

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara Indonesia merupakan Negara yang berdasarkan kepada hukum. Hal itu secara tegas dinyatakan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.¹ Berlandaskan hal tersebut maka Negara Indonesia harus berjalan dan dijalankan berdasarkan hukum, selaras dengan peraturan hukum tersebut.

Hukum pada penerapannya tidaklah harus diterapkan secara mentah-mentah, kaku, ataupun secara keras dan “*text book*”. Hukum merupakan ibarat pisau bermata dua. Bila digunakan dengan benar maka akan berjalan sesuai dengan substansi tujuan awalnya yaitu demi kebaikan luas, namun kemudian, dapat melukai sistem hukum itu sendiri bila diakali dan digunakan oleh pihak yang bermaksud lain ataupun tak benar. Sehingga dalam penerapannya memerlukan nurani dari aparat penegak hukum dan pelaku hukum lainnya. Dalam hal ini nurani berfungsi sebagai filter agar hukum tetap berjalan untuk sebuah keadilan dan tidak menyimpang dari hakikat keadilan itu sendiri.

Keadilan dalam hukum pidana selama ini sudah dianggap ditegakkan apabila pelaku tindak pidana setelah melalui proses peradilan pidana dijatuhi sanksi sesuai dengan aturan-aturan hukum pidananya. Kerugian atau penderitaan korban dianggap sudah diimpaskan, dibayar atau dipulihkan oleh pelaku dengan menjalani dan menerima proses pemidanaan. Banyak pendapat

¹ Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

mengemuka terkait dengan penjatuhan sanksi pidana, dikatakan bahwa substansi maupun prosedur penyelesaian tindak pidana melalui jalur hukum pidana yang selama ini dijalankan hampir tidak membawa manfaat apapun bagi pemulihan penderitaan korban. Selama ini sanksi pidana lebih merupakan “pembayaran atau penebusan” kesalahan pelaku kepada Negara daripada wujud pertanggung jawaban pelaku atas perbuatan jahatnya kepada korban.²

Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang dikenal dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981, Lembaran Negara Nomor 76, mulai berlaku sejak tanggal 31 Desember 1981. Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana memuat ketentuan-ketentuan mengenai tata cara, prosedur, dan persyaratan yang harus dipatuhi dan dilaksanakan dalam upaya menegakkan hukum dan keadilan serta melindungi HAM.³ Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana merupakan Kitab undang-undang hukum yang mengatur tentang cara bagaimana kelangsungan atau menyelenggarakan Hukum Pidana Material, sehingga memperoleh keputusan hakim dan cara bagaimana isi putusan itu harus dilaksanakan. Dalam proses peradilan, aparat penegak hukum menggunakan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana sebagai pedoman atau acuan untuk melaksanakan tugasnya. Tidak hanya itu, pelaksanaan dari setiap pasal-pasal yang terdapat di Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana sangat perlu diperhatikan.

Awal dari proses hukum acara pidana, adalah tindakan penyelidikan dan penyidikan. Penyelidikan merupakan tindakan yang dilakukan oleh

² G.Widiartana. *Viktimologi Perspektif Korban Dalam Penanggulangan Kejahatan*, UAJY, Yogyakarta, 2013. hal 102

³ L&J Law Firm. *Bila Anda Menghadapi Masalah Hukum (Pidana)*, Forum Sahabat, 2009. hal 3

penyelidik untuk mencari jawaban atas pertanyaan, apakah benar terjadi peristiwa pidana serta dapat atau tidaknya dilakukannya penyidikan. Sedangkan penyidikan merupakan tindak lanjut dari penyelidikan yang dilakukan oleh penyidik dalam hal pengumpulan bukti-bukti yang menerangkan jelas suatu tindak pidana itu terjadi. Apabila pengumpulan alat bukti-alat bukti dalam peristiwa pidana itu telah memenuhi unsur dalam peristiwa pidana itu telah siap untuk diproses.⁴

Dalam hal ini KUHAP telah membedakan antara penyelidik dan penyidik. Penyelidik adalah pejabat polisi negara Republik Indonesia (Pasal 4 KUHAP), sedangkan penyidik disamping pejabat polisi negara, juga ada penyidik lainnya yaitu penyidik pembantu dan penyidik pegawai negeri sipil.⁵

Penyidik dapat melakukan tindakan upaya paksa. Penindakan tersebut berupa Penangkapan, Penahanan, Penggeledahan, Penyitaan, Pemeriksaan dan Penyitaan Surat.⁶ Dalam penelitian ini, penulis memfokuskan terhadap penahanan.

Penahanan merupakan suatu tindakan yang dilakukan penyidik sebagai tindak lanjut dari penangkapan guna kepentingan penyidikan. Dalam melaksanakan penahanan para petugas harus betul-betul menyadari hakekat dari penahanan yaitu hak yang paling asasi dari manusia, terlebih lagi jika diperhatikan bahwa penderitaan yang disebabkan dibatasi kemerdekaannya, karena ditahan itu dapat mengenai orang yang bersalah maupun yang belum

⁴ Hartono. *Penyidikan dan Penegakan Hukum Pidana Melalui Pendekatan Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010. hal 1

⁵ Andi Sofyan,. *Hukum Acara Pidana Suatu Pengantar*, Prenadamedia group, Jakarta, 2014. hal 83

⁶ M.Yahya Harahap. *Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP Penyidikan Dan Penuntutan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007. hal 101

tentu bersalah. Penahanan ini diterapkan kepada tersangka sebelum dinyatakan salah, sedangkan menyatakan salah atau tidaknya tersangka adalah hakim.

Penahanan merupakan kewenangan dari pihak kepolisian dalam melakukan penyidikan, namun dengan dilatar belakangi oleh pendapat hukum diatas , penahanan harus dilakukan dengan sangat hati-hati dan bila dianggap perlu sekali. Istimemewanya disini, penahanan dapat dipahami seperti prinsip-prinsip matematis yang berkaitan dengan detail. Dalam penahanan, momen-momen kecil dapat berpengaruh besar. Konkretnya penahanan merupakan penyingkiran asas-asas yang diakui dan dilindungi oleh hukum yang menjadi hak asasi manusia. Sehingga kekeliruan dalam penahanan dapat menimbulkan hal-hal yang fatal bagi penahan maupun orang yang ditahan. Asumsinya KUHAP mengatur mengenai detail-detail untuk melakukan penahanan guna meminimalisir resiko tersebut. Hal itu dilakukan guna menjamin tegaknya hak-hak dari tersangka. KUHAP tetap menjamin hak-hak tertentu meskipun orang tersebut berstatus sebagai tersangka.

Beberapa bulan yang lalu kita dihebohkan oleh kasus dugaan penistaan agama yang dilakukan oleh Gubernur Jakarta Non-aktif Basuki Tjahaja Purnama. Kasus itu bermula ketika Basuki Tjahaja Purnama melakukan kunjungan di Kepulauan Seribu tanggal 27 September lalu.⁷ Pernyataan Basuki Tjaahaja Purnama menyulut kemarahan. Sampai digelar demo pada tanggal 4 november 2016 dari berbagai ormas islam di Indonesia untuk menuntut ahok ditetapkan sebagai tersangka dan segera ditahan.

⁷[Http://jambi.tribunnews.com/2016/11/16/kronologi-kasus -setelah-ucapan-dibohongi-curhat-ahok-sampai -ke-penetapan-tersangka](http://jambi.tribunnews.com/2016/11/16/kronologi-kasus-setelah-ucapan-dibohongi-curhat-ahok-sampai-ke-penetapan-tersangka) diakses tanggal 23 November 2016 pukul 05.06 wib

Badan Reserse dan Kriminal (Bareskrim) Kepolisian RI segera melakukan langkah-langkah awal setelah menerima laporan tentang dugaan penistaan agama yang dilakukan oleh Basuki Tjahaja Purnama. Setelah langkah-langkah tersebut ditempuh Kepolisian RI mengadakan gelar perkara terbuka namun terbatas pada tanggal 15 November 2016 yang diikuti oleh Tim penyelidikan, ahli yang dihadirkan pelapor maupun terlapor serta pimpinan gelar perkara dari Bareskrim yang diawasi oleh Komisi Kepolisian Nasional beserta Ombudsman. Pada keesokan harinya Basuki Tjahaja Purnama ditetapkan sebagai tersangka. Dengan statusnya sebagai tersangka, maka kasus dugaan penistaan agama yang dilakukan Basuki Tjahaja Purnama akan dilanjutkan ke pengadilan.

Dasar penahanan, tata cara penahanan, jenis penahanan, batas waktu penahanan kesemuanya telah diatur dalam KUHAP. Hal tersebut masih ditambah pula dengan jaminan pengakuan hak tersangka serta perlindungan hak tahanan dalam penyidikan. Khususnya pada kasus dugaan penistaan agama yang dilakukan oleh Basuki Tjahaja Purnama, Kasus tersebut menarik, karena terjadi pro dan kontra baik itu mengenai proses penanganan Kepolisian dalam hal ini belum dilakukan penahanan terhadap tersangka, upaya perlindungan hak tersangka, animo masyarakat luas, bahkan kemudian gerakan-gerakan masyarakat yang timbul untuk menegakkan keadilan dari kaca mata masyarakat sendiri. Ditambah dengan bumbu intrik-intrik politik yang timbul dikarenakan masih dalam proses Pemilihan Umum Kepala Daerah DKI Jakarta, hingga kini masih menjadi pro dan kontra di berbagai lapisan masyarakat.

Polres Pekalongan pada tahun 2015 pernah menangani kasus yang menurut peneliti sangat menarik sehingga menjadi dasar penelitian. Kasus ini berawal dari penganiayaan yang terjadi antara MUHAMMAD RIZQI MAULANA alias RIKI Bin NASIHIN dan ASSIFUL MUBAROK alias ASIF Bin H. WAHIDIN. Kasus ini menjadi menarik karena keduanya saling melaporkan tentang penganiayaan yang dialami masing – masing pihak. Namun, penyidik hanya melakukan penahanan terhadap MUHAMMAD RIZQI MAULANA alias RIKI Bin NASIHIN dan tidak melakukan penahanan terhadap ASSIFUL MUBAROK alias ASIF Bin H. WAHIDIN. Dikarenakan penyidik memiliki ide dasar yang menjadi latar belakang keputusan tersebut.

Berdasarkan latar belakang tersebut maka penulis tertarik melakukan penelitian yang berjudul **“KAJIAN YURIDIS IDE DASAR YANG MENJADI LATAR BELAKANG KEPUTUSAN PENAHANAN OLEH PENYIDIK KEPOLISIAN (STUDI KASUS DI POLRES PEKALONGAN)”**.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian yang telah disampaikan di atas, peneliti menrumuskan permasalahan dalam penelitian ini sebagai berikut :

1. Bagaimana ide dasar yang menjadi latar belakang dan pelaksanaan penahanan yang telah dilakukan di Polres Pekalongan?
2. Kendala-kendala apa saja yang menghambat proses penahanan yang dialami oleh penyidik Polres Pekalongan?

3. Bagaimana upaya yang dilakukan oleh penyidik Polres Pekalongan dalam mengatasi kendala penahanan agar dapat diterapkan dalam perkembangan dinamika hukum di masa depan?

C. Tujuan Penelitian

Sesuai dengan permasalahan yang telah disampaikan di atas, maka tujuan penelitian ini adalah untuk :

1. Mendeteskikan dan menganalisis ide dasar yang menjadi latar belakang dan pelaksanaan penahanan yang telah dilakukan di Polres Pekalongan.
2. Menganalisis dan mendeteskikan Kendala-kendala apa saja yang menghambat proses penahanan yang dialami oleh penyidik Polres Pekalongan.
3. Menjabarkan upaya yang dilakukan oleh penyidik Polres Pekalongan dalam mengatasi kendala penahanan agar dapat diterapkan dalam perkembangan dinamika hukum di masa depan.

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Teoretis

Manfaat secara teoretis dari penelitian ini adalah dapat menjadi acuan untuk penelitian lain dalam mengembangkan dan dapat menambah referensi bagi penelitian berikutnya serta menelaah secara mendalam tentang ide dasar penahanan sebagai kajian ilmiah yang dapat dipergunakan masyarakat luas pada umumnya dan mahasiswa pada khususnya.

2. Manfaat Praktis

Adapun manfaat praktis dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

- a. Untuk meningkatkan kemampuan peneliti dalam melakukan penelitian ilmiah sekaligus menuangkannya dalam bentuk tesis.
- b. Khusus bagi Satuan Reserse Kriminal Polres Pekalongan, penelitian ini bermanfaat sebagai masukan bagi perbaikan terhadap penerapan penahanan yang dilakukan fungsi reserse kriminal di Polres Pekalongan di masa yang akan datang.

E. Kerangka Teori

1. Teori Penegakan Hukum Pidana.

Pengertian penegakan hukum pidana dalam arti sempit adalah ditegakkannya atau dilaksanakannya aturan-aturan pidana yang berlaku terhadap pelanggaran aturan pidana. Tetapi tentu saja tugas penegakan hukum pidana tidak sekedar dilaksanakannya aturan-aturan pidana secara normatif yuridis atau dalam kata lain kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan tidak hanya berupa pidana normatif semata. Menurut Barda Nawawi Arief:

"Kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan pada hakikatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (social defence) untuk mencapai kesejahteraan masyarakat (social welfare). Tujuan akhir atau tujuan utama politik kriminal ialah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Kebijakan kriminal

pada hakikatnya juga merupakan bagian integral dari kebijakan sosial yang bertujuan untuk mencapai kesejahteraan sosial.⁸

Dalam forum internasional khususnya dalam perkembangan kongres-kongres PBB, masalah pencegahan/ penanggulangan kejahatan lebih banyak dilihat dari konteks kebijakan pembangunan/ sosial global.

Menurut Barda Nawawi Arief:

"Strategi Kebijakan Penanggulangan/ pencegahan Kejahatan menurut Kongres-kongres PBB itu pada garis besarnya sebagai berikut:

1. Meniadakan faktor-faktor penyebab/ kondisi yang menimbulkan terjadinya kejahatan.
2. Pencegahan kejahatan dan peradilan pidana harus ditempuh dengan kebijakan integral/ sistemik.
3. Perlu dibenahi, dan ditingkatkan kualitas aparat penegak hukum.
4. Perlu dibenahi dan ditingkatkan kualitas institusi dan sistem manajemen organisasi/ manajemen data.
5. Disusunnya beberapa *Guidelines, Basic Principles, Rules, Standard Minimum Rules*.
6. Ditingkatkannya kerjasama internasional dan bantuan teknis dalam rangka memperkuat *the rule of law* dan *Management of Criminal Justice system*.⁹

Berdasarkan pemikiran di atas, jelaslah bahwa dipergunakannya aturan-aturan pidana dalam rangka penanggulangan kejahatan bukan satu-satunya cara penegakan hukum pidana. Menurut Barda Nawawi Arief, upaya penanggulangan kejahatan perlu ditempuh dengan pendekatan kebijakan dalam arti :

1. Ada Keterpaduan (integralitas) antara politik kriminal dan politik sosial;

⁸ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal. 45.

⁹ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 77-81.

2. Ada keterpaduan (integralitas) antara upaya penanggulangan kejahatan dengan penal dan nonpenal.¹⁰

Hal ini bisa dimengerti, karena ketika kebijakan kriminal itu merupakan bagian integral dari kebijakan sosial, maka tugas-tugas atau pekerjaan yang harus dilakukan oleh pelaku penegakan hukum dalam rangka mencapai tujuan kebijakan sosial yaitu kesejahteraan sosial tidak seluruhnya dapat diatur secara limitatif rinci dalam suatu rumusan aturan.

Demikian halnya secara khusus dengan tugas-tugas atau pekerjaan polisi sebagai salah satu komponen fungsi sistem peradilan pidana/ criminal justice system. Tugas-tugas kepolisian yang berorientasi pada kebijakan kriminal sebenarnya merupakan satu kesatuan dengan kepolisian sebagai komponen fungsi dalam Sistem Peradilan Pidana (SPP).

Menurut Barda Nawawi Arief:

"Masalah Kepolisian dalam perspektif Kebijakan Kriminal dan Kepolisian dalam perspektif Sistem Peradilan Pidana, keduanya tidak dapat dipisahlepaskan, karena pada hakikatnya Sistem Peradilan Pidana merupakan bagian dari kebijakan kriminal. Sistem peradilan pidana pada dasarnya merupakan sistem penegakan hukum pidana yang bertujuan untuk menanggulangi kejahatan."¹¹

Dalam rangkaian sistem peradilan pidana, tugas polisi terutama adalah sebagai penyidik yang bertugas menanggulangi pelanggaran terhadap ketentuan peraturan pidana. Inilah antara lain tugas polisi sebagai alat negara penegak hukum. Namun pada bagian lain polisi pun bertugas

¹⁰ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*, hal. 25.

¹¹ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 41.

sebagai pengayom, pelindung, dan pelayan masyarakat sebagaimana diatur dalam Pasal 2 dan Pasal 13 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia yang berbunyi:

Pasal 2 : Fungsi kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat.

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.

Sehubungan dengan tugas-tugas polisi itu maka dapat dijabarkan sebagai berikut:

1. Selaku alat negara penegak hukum berkewajiban memelihara dan meningkatkan tertib hukum yang dapat dilaksanakan melalui kegiatan-kegiatan:
 - a. Melaksanakan penindakan/ represif terhadap setiap pelanggaran hukum;
 - b. Menjaga tegaknya hukum;
 - c. Menciptakan dan melindungi dapat dilaksanakan melalui kegiatan-kegiatan:
2. Mengayomi dan melindungi dapat dilaksanakan melalui kegiatan-kegiatan:
 - a. Melindungi masyarakat dalam arti luas termasuk harta bendanya;
 - b. Memberikan pelayanan kepada masyarakat khususnya yang membutuhkan;

- c. Mengayomi dan melindungi masyarakat bersama-sama masyarakat itu sendiri melalui sistem keamanan swakarsa dan lain-lain yang mendorong masyarakat untuk berpartisipasi dalam menciptakan keamanan dan ketertiban masyarakat.

Walaupun tugas kepolisian negara republik indonesia dalam lingkup fungsi represif, namun ciri pelindung, pengayom tidak boleh lepas dari tugas-tugas preventif. Karena sesungguhnya tugas-tugas represif dan preventif itu tidak dapat dipisahkan dan selalu melekat antara satu dengan lainnya, misal selaku alat negara penegak hukum, polisi wajib memerangi kejahatan (*fight crime*), sedangkan pelaku kejahatan (*the criminal*) diperlakukan sesuai ketentuan perundang-undangan, disamping polisi juga memperhatikan aspek kepentingan korban pelaku kejahatan serta situasi dan kondisi masyarakat dengan berbagai kompleksitasnya. Tidak jarang polisi terpaksa berpaling dari hukum tertulis yang diembannya. Apabila pengetrapan hukum tertulis dipaksakan mungkin akan menimbulkan gejolak-gejolak dalam masyarakat. Disinilah konsekuensi tugas melindungi dan mengayomi masyarakat. Disamping itu pula hakikat penegakan hukum tidaklah berarti semata-mata dipergunakan hukum tertulis itu.

Disini menunjukkan bahwa di dalam tugasnya sebagai alat negara, penegak hukum, polisi mengambil sikap fleksibel atau luwes dalam menghadapi ketentuan-ketentuan hukum positif tertulis.

Langkah-langkah yang diambil oleh polisi itu biasanya sudah banyak dimengerti dengan baik oleh komponen-komponen fungsi lainnya.

"Langkah-langkah kebijaksanaan yang diambil polisi biasanya dengan pertimbangan-pertimbangan antara lain sebagai berikut :

1. Penggunaan hukum adat dirasakan lebih efektif
2. Hukum adat lebih bisa dirasakan oleh para pihak antara pelaku, korban dan masyarakat.
3. Kebijaksanaan yang ditempuh lebih banyak manfaat ketimbang semata-mata menggunakan hukum positif yang ada.
4. Atas kehendak mereka sendiri.
5. Tidak bertentangan dengan kepentingan umum.¹²

Cara-cara yang dilakukan di atas, mungkin secara teoritis hukum tidak dibenarkan, tetapi dalam kebutuhan praktek sering diperlukan dan dapat ditempuh. Misalnya ketika kasus pidana biasa diproses oleh penyidik sesuai dengan ketentuan perundang-undangan, tiba-tiba para pihak memohon agar perkara tersebut dihentikan dan kemudian polisi mempertimbangkannya. Dan ternyata penghentian penyidikan atas perkara itu dirasakan lebih bermanfaat, maka dilakukanlah penghentian penyidikannya.

Dari uraian diatas ternyata polisi selaku alat negara penegak hukum ikut menyeleksi baik karena ia sebagai penegak hukum maupun sebagai pengayom, pembimbing, pendidik dan pelayan masyarakat. Pengenyampingan perkara-perkara itu umumnya didasarkan karena kebutuhan-kebutuhan praktek yang bukan saja dipandang dari segi hukum semata melainkan juga kebutuhan dari segi sosial budaya masyarakat, pembinaan dan bimbingan serta pelayanan masyarakat. Meskipun ditinjau dari pelaksanaan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981) tindakan-tindakan tersebut dianggap tidak benar. Namun kebijaksanaan yang ditempuh polisi tersebut sesungguhnya

¹² Faal, *Op.Cit.*, hal. 41.

masih dalam lingkungan wewenangnya dan setidaknya menurut hukum masih dalam batas lingkup yang dibenarkan atau dalam kata lain masih dalam kerangka hukum atau dapat dipertanggungjawabkan secara hukum. Penyeleksian atau penyaringan perkara yang dilakukan itu pun merupakan pengambilan keputusan. Polisi sebagai penegak hukum yang mengambil keputusan sesungguhnya telah berperan sebagai seorang hakim, meskipun ia bukan sebagai hakim. Polisi wajib menegakkan semua aturan hukum yang berlaku, tetapi prakteknya penyaringan perkara sering dilakukan. Tindakan atau keputusan polisi yang demikian bisa dimaklumi karena disamping sebagai penegak hukum, ia harus pula menciptakan keamanan dan ketertiban, pengayoman, perlindungan dan pelayanan pada masyarakat. Oleh karena itu dalam prakteknya, polisi sering mengesampingkan hukum kecuali memang ada reaksi dari masyarakat.

Oleh karena itu keutamaan dalam menegakkan hukum pidana tentunya adalah hukum pidana yang diatur dalam peraturan Hukum Pidana. Tetapi dalam praktek pelaksanaannya tentu saja sulit, karena materi peraturan pidana itu sendiri secara substantif relatif sangat terbatas, artinya suatu rumusan perbuatan yang diatur tidak melihat sampai kepada latar belakang perbuatan dan pelaku perbuatan serta suasana sosial terhadap perbuatan dan pelaku perbuatan. Oleh karena itu ketentuan hukum yang tidak tertulis atau norma-norma yang berlaku di masyarakat merupakan pelengkap yang dapat digunakan oleh petugas dalam rangka mencapai tujuan hukum itu yaitu untuk mencapai kepentingan masyarakat.

2. Teori Kepastian Hukum

Kepastian adalah kata berasal dari pasti, yang artinya tentu; sudah tetap; tidak boleh tidak; suatu hal yang sudah tentu.¹³ Munculnya hukum modern membuka pintu bagi masuknya permasalahan yang tidak ada sebelumnya yang sekarang kita kenal dengan nama kepastian hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan sesuatu yang baru, tetapi nilai – nilai keadilan dan kemanfaatan secara tradisional sudah ada sebelum era hukum modern.

Kepastian hukum dapat dimaknakan bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Kepastian diartikan sebagai kejelasan norma sehingga dapat dijadikan pedoman bagi masyarakat yang dikenakan peraturan ini. Pengertian kepastian tersebut dapat dimaknai bahwa ada kejelasan dan ketegasan terhadap berlakunya hukum di dalam masyarakat. Hal ini untuk tidak menimbulkan banyak salah tafsir. Kepastian hukum yaitu adanya kejelasan skenario perilaku yang bersifat umum dan mengikat semua warga masyarakat termasuk konsekuensi – konsekuensi hukumnya. Kepastian hukum dapat juga berarti hal yang dapat ditentukan oleh hukum dalam hal – hal yang konkret.¹⁴

Kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Kepastian hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenangnya berarti bahwa seseorang akan dapat

¹³ W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia Edisi Ketiga*, Balai Pustaka, Jakarta, 2006, hal. 847

¹⁴ Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kedua puluh empat, Pradnya Paramita, Jakarta, 1990, Hal.24-25

memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan untuk menciptakan ketertiban dalam masyarakat. Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian hukum akan kehilangan makna karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang.¹⁵

Sudah umum bilamana kepastian sudah menjadi bagian dari suatu hukum, hal ini lebih diutamakan untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan kati diri serta maknanya, karena tidak lagi dapat digunakan sebagai pedoman perilaku setiap orang.

Kepastian sendiri hakikatnya merupakan tujuan utama dari hukum. Apabila dilihat secara historis banyak perbincangan yang telah dilakukan mengenai hukum semenjak Montesquieu mengeluarkan gagasan mengenai pemisahan kekuasaan.

Keteraturan masyarakat berkaitan erat dengan kepastian dalam hukum, karena keteraturan merupakan inti dari kepastian itu sendiri. Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati.

¹⁵ Fence M. Wantu, *Op.cit*, hal. 193

Lon Fuller dalam bukunya *the Morality of Law* mengajukan 8 (delapan) asas yang harus dipenuhi oleh hukum, yang apabila tidak terpenuhi, maka hukum akan gagal untuk disebut sebagai hukum, atau dengan kata lain harus terdapat kepastian hukum. Kedelapan asas tersebut adalah sebagai berikut :¹⁶

1. Suatu sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan, tidak berdasarkan putusan-putusan sesat untuk hal-hal tertentu;
2. Peraturan tersebut diumumkan kepada publik
3. Tidak berlaku surut, karena akan merusak integritas sistem;
4. Dibuat dalam rumusan yang dimengerti oleh umum;
5. Tidak boleh ada peraturan yang saling bertentangan;
6. Tidak boleh menuntut suatu tindakan yang melebihi apa yang bisa dilakukan;
7. Tidak boleh sering diubah-ubah;
8. Harus ada kesesuaian antara peraturan dan pelaksanaan sehari-hari.

Pendapat Lon Fuller di atas dapat dikatakan bahwa harus ada kepastian antara peraturan dan pelaksanaannya, dengan demikian sudah memasuki ranah aksi, perilaku, dan faktor-faktor yang mempengaruhi bagaimana hukum positif dijalankan.

Menurut Gustav Radbruch, hukum harus mengandung tiga nilai identitas. (1) Asas kepastian hukum atau *rechtmatigheid*. Asas ini meninjau dari sudut yuridis. (2). Asas keadilan hukum (*gerechtigheit*), asas ini meninjau

¹⁶ <http://tesishukum.com/pengertian-asas-kepastian-hukum-menurut-para-ahli> diakses tanggal 15 Januari 2017 pukul 13.05 wib

dan sudut filosofis. (3). Asas kemanfaatan hukum (*zweckmatigheid*) atau *doelmatigheid* atau *utility*. Asas ini meninjau dari sosiologis.¹⁷

Menurut pendapat Gustav Radbruch, kepastian hukum adalah “*Scherkeit des Rechts selbst*” (kepastian hukum tentang hukum itu sendiri). Adapun 4(empat) hal yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, diantaranya:¹⁸

1. Bahwa hukum itu positif, artinya bahwa ia adalah perundang-undangan (*gesetzliches Recht*).
2. Bahwa hukum ini didasarkan pada fakta (*Tatsachen*), bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim, seperti ”kemauan baik”, “kesopanan”.
3. Bahwa fakta itu harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping juga mudah dijalankan.
4. Hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah.

Pendapat lainnya mengenai kepastian hukum diungkapkan oleh Roscoe Pound, seperti yang dikutip di dalam buku yang berjudul Pengantar Ilmu Hukum oleh Peter Mahmud Marzuki dimana kepastian hukum mengandung dua pengertian, diantaranya:

1. Pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apayang boleh atau tidak boleh dilakukan.

¹⁷ Sudarsono, *Kamus Hukum Edisi Baru*, Penerbit Rineka Cipta, Jakarta, 2007, Hal. 397

¹⁸ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) & Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Undang-Undang (Legisprudence) Volume I Pemahaman Awal*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010.hal. 292-293

2. Kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu. Kepastian hukum bukan hanya berupa Pasal - Pasal dalam undang - undang, melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara putusan yang satu dengan putusan hakim yang lain untuk kasus serupa yang telah diputus.¹⁹

Asas kepastian hukum merupakan suatu jaminan dimana suatu hukum harus dijalankan dengan cara yang baik dan tepat. Ujian utama dari hukum ialah kepastian. Jika hukum tidak ada kepastian maka hukum akan kehilangan jati dirinya serta maknanya, dan jika hukum tidak memiliki jati diri maka hukum tidak lagi digunakan sebagai pedoman berlaku setiap orang.²⁰

Adanya kepastian hukum dalam suatu Negara menyebabkan adanya upaya pengaturan hukum dalam suatu perundang-undangan yang ditetapkan oleh pemerintah. Peraturan-peraturan yang tidak berdasarkan pada keputusan sesaat adalah system hukum yang berlaku. Sebuah konsep untuk memastikan bahwa hukum dijalankan dengan baik sehingga tidak menimbulkan kerugian bagi siapapun, hukum harus menjadi pedoman, mengayomi dan melindungi masyarakat dari berbagai tindak kejahatan atau pelecehan pada individu ataupun kelompok merupakan pengertian dari asas kepastian hukum didalam penyelenggaraan Negara.

¹⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008, hal.137

²⁰ www.pengertianmenurutparaahli.com/pengertian-asas-kepastian-hukum/ diakses tanggal 15 Januari 2017 pukul 13.31 wib

Disini, hukum yang tidak boleh bertentangan serta harus dibuat dengan rumusan yang bias dimengerti oleh masyarakat umum. di dalam asas ini. Dengan hal ini, pengertian asas kepastian hukum dan keadilan yaitu hukum berlaku surut sehingga tidak merusak integritas tistem yang ada dan terkait dengan adanya peraturan dan pelaksanaannya. Kepastian hukum diharapkan mengarahkan masyarakat untuk bersikap positif pada hukum Negara yang telah ditentukan.²¹

Suatu kepastian hukum mengharuskan terciptanya suatu peraturan umum atau kaidah umum yang berlaku secara umum, serta mengakibatkan bahwa tugas hukum umum untuk mencapai kepastian hukum (demi adanya ketertiban dan keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia). Hal ini dilakukan agar terciptanya suasana yang aman dan tentram dalam masyarakat luas dan ditegakkannya serta dilaksanakan dengan tegas.²²

3. Teori Kewenangan.

Menurut kamus besar bahasa indonesia, kata wewenang disamakan dengan kata kewenangan, yang diartikan sebagai hak dan kekuasaan untuk bertindak, kekuasaan membuat keputusan, memerintah dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang/badan lain.²³

²¹ *Ibid.*

²² Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum*, Binacipta, Bandung, 1983, Hal. 15

²³ Kamal Hidjaz, *Efektivitas Penyelenggaraan Kewenangan Dalam Sistem Pemerintahan Daerah Di Indonesia*. Pustaka Refleksi, Makasar. 2010. Hal 35.

Menurut Bagir Manan wewenang dalam bahasa hukum tidak sama dengan kekuasaan. Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat dan tidak berbuat. Wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban.²⁴

Menurut H.D Stout wewenang adalah pengertian yang berasal dari hukum organisasi pemerintahan, yang dapat dijelaskan sebagai seluruh aturan – aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang-wewenang pemerintahan oleh subjek hukum publik didalam hubungan hukum publik.²⁵

Kewenangan adalah merupakan hak menggunakan wewenang yang dimiliki seorang pejabat atau institusi menurut ketentuan yang berlaku, dengan demikian kewenangan juga menyangkut kompetensi tindakan hukum yang dapat dilakukan menurut kaedah-kaedah formal, jadi kewenangan merupakan kekuasaan formal yang dimiliki oleh pejabat atau institusi. Kewenangan memiliki kedudukan yang penting dalam kajian hukum tata negara dan hukum administrasi negara. Begitu pentingnya kedudukan kewenangan ini, sehingga F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyebut sebagai konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi negara.²⁶

Berdasarkan definisi kewenangan menurut para ahli diatas, penulis berpendapat bahwa kewenangan merupakan suatu hak yang dimiliki oleh seorang pejabat atau institusi yang bertindak menjalankan hak dan kekuasaan untuk bertindak, kekuasaan membuat keputusan, memerintah dan

²⁴ Nurmayani S.H.,M.H. *Hukum Administrasi Daerah*.Universitas Lampung, Bandar Lampung. 2009. Hal. 2.

²⁵ Ridwan HR. *Hukum Administrasi Negara*. PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta. 2013. Hal 71.

²⁶ Ridwan HR.*Op.Cit.*Hal.99

melimpahkan tanggung jawab kepada orang/badan lain berdasarkan peraturan perundang – undangan yang berlaku.

Indroharto, mengemukakan bahwa wewenang diperoleh secara atribusi, delegasi, dan mandat, yang masing – masing dijelaskan sebagai berikut : Wewenang yang diperoleh secara atribusi, yaitu pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang – undangan. Jadi, disini dilahirkan/diciptakan suatu wewenang pemerintah yang baru. Pada delegasi terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh Badan atau Jabatan TUN yang telah memperoleh suatu wewenang pemerintahan secara atributif kepada Badan atau Jabatan TUN lainnya. Jadi, suatu delegasi selalu didahului oleh adanya sesuatu atribusi wewenang. Pada mandat, disitu tidak terjadi suatu pemberian wewenang baru maupun pelimpahan wewenang dari Badan atau Jabatan TUN yang satu kepada yang lain.²⁷

Bagir Manan, menyatakan dalam Hukum Tata Negara, kekuasaan menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Wewenang mengandung arti hak dan kewajiban. Hak berisi kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu atau menuntut pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu. Kewajiban memuat keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu. Dalam hukum administrasi negara

²⁷ Indroharto. *Usaha Memahami Undang-undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Pustaka Harapan, Jakarta. 1993. hal. 68.

wewenang pemerintahan yang bersumber dari peraturan perundang – undangan diperoleh melalui cara – cara yaitu atribusi, delegasi dan mandat.²⁸

Mengenai wewenang untuk melakukan tindakan yang diberikan kepada Kepolisian Negara Republik Indonesia pada umumnya dapat dibedakan menjadi 2 bagian yaitu:

1. Wewenang umum.

Wewenang yang diberikan kepada Kepolisian Negara Republik Indonesia yang didasarkan atas tindakan yang dilakukan kepolisian berdasarkan asas legalitas dan asas *plchtmatigheid* yang sebagian besar bersifat preventif.²⁹

Artinya setiap tindakan yang dilakukan oleh aparat kepolisian haruslah berdasarkan wewenang yang telah diatur oleh peraturan perundang-undangan tertulis, namun seorang aparat kepolisian dapat juga melakukan tindakan diluar ketentuan peraturan perundang-undang tertulis selama tindakan tersebut dapat dianggap sebagai suatu tindakan yang sah, sepanjang tidak melampaui batas-batas wewenang nya dan melanggar Hak Asasi Manusia serta dengan tujuan untuk kepentingan umum yang biasa dikenal dengan asas *Plchtmatigheid*.

Pembatasan terhadap asas *plchtmatiggheid* dilakukan dengan cara setiap tindakan aparat kepolisian yang tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan tertulis haruslah memenuhi unsur-unsur kewajiban

²⁸ Bagir Manan. *Wewenang Provinsi, Kabupaten, dan Kota dalam Rangka Otonomi Daerah*. Fakultas Hukum Unpad, Bandung. 2000, Hal. 1-2.

²⁹ Warsito Hadi Utomo, *Hukum kepolisian di Indonesia*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2005, Hal. 109

sebagai syarat agar tindakan itu dianggap sah yang kemudian dikenal dengan sebagai 4 (empat) prinsip *plchtmatigheid* yang terdiri dari.³⁰

a. *Notwendigkeit*

Yaitu menginginkan adanya tindakan yang betul-betul diperlukan, tetapi juga tidak boleh dari pada apa yang seharusnya menurut kewajiban aparat.

b. *Sachlichkeit*

Yaitu menghendaki adanya tindakan yang zakelijk, menurut ukuran-ukuran kepolisian tidak boleh didorong oleh motif-motif perorangan.

c. *Zweckmussigkeit*

Yaitu adanya keinginan untuk melakukan tindakan-tindakan yang semata-mata bertujuan untuk mencapai suatu tujuan. Tindakan manakah dari sekian jumlah alternatif tidak menjadi soal, asal tujuan tercapai.

d. *Verhathism assigheit*

Yaitu menghendaki adanya keseimbangan antara cara atau alat yang dipergunakan dengan obyek daripada tindakan, ini dilakukan agar yang ditindak tidak lebih menderita dari pada apa yang seperlunya saja.

Adanya keempat syarat diatas setidaknya-tidaknya dapat membatasi pelaksanaan tindakan kepolisian yang berdasarkan asas *Plchtmatigheid*, mengingat bahwa dengan adanya asas ini seorang aparat kepolisian dibenarkan untuk melakukan tindakan berdasarkan kewenangannya tanpa harus diatur dalam peraturan perundang-undangan. Asas ini juga mengharuskan seorang aparat kepolisian dapat melakukan penilaian dan

³⁰ Abdussalam, *Hukum Kepolisian Sebagai Hukum Positif dalam disiplin Hukum*, Restu Agung, Jakarta, 2007, Hal. 139

memperkirakan hasil dari tindakannya yang tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan tersebut.³¹

Prakteknya kemampuan penilaian dari seorang aparat kepolisian yang melemahkan penerapan asas *Plchtmatigheid* tersebut, karena memungkinkan terjadinya tindakan yang sewenang-wenang dan bahkan bisa saja dimanfaatkan oleh aparat kepolisian untuk kepentingan pribadinya, walaupun demikian hal positif yang dapat diambil dari penerapan asas *Plchtmatigheid* ini adalah agar aparat polisi dapat mengambil tindakan tertentu dengan segera dalam suatu peristiwa hukum dari pada tindak bertindak sama sekali.³²

2. Wewenang Khusus

Wewenang khusus merupakan wewenang yang diberikan secara khusus kepada Kepolisian dalam rangka melakukan fungsinya sebagai alat Negara dalam bidang penegakan hukum pada umumnya dan khususnya sebagai penyelidik ataupun penyidik sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Segala kegiatan pekerjaan yang dilaksanakan oleh Polisi yang meliputi kegiatan pencegahan (*preventif*) dan penegakan hukum (*represif*) yang menempatkan Polisi sebagai tugas yang bersama-sama dengan

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

rakyat, dan Polisi hanya menjadi *status quo* dan menjalankan hukum saja.³³

Berkaitan dengan tugas dan wewenang polisi ini harus dijalankan dengan baik agar tujuan polisi yang tertuang dalam Pasal-Pasal berguna dengan baik, Undang-undang kepolisian bertujuan untuk menjamin tertib dan tegaknya hukum serta terbinannya ketentraman masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan negara, terselenggaranya fungsi pertahanan dan keamanan negara, tercapainya tujuan nasional dengan menjunjung fungsi hak asasi manusia terlaksana.³⁴

4. Diskresi Kepolisian

a. Pengertian Diskresi.

Diskresi dapat diartikan sebagai suatu kebijaksanaan berdasarkan kekuasaan untuk melakukan suatu tindakan atas dasar pertimbangan dan keyakinan dirinya. Kewenangan diskresi adalah suatu kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum atas dasar pertimbangan dan keyakinannya dan lebih menekankan pertimbangan moral ketimbang dalam kerangka hukum. Meskipun demikian diskresi itu dilakukan bukan lepas dari ketentuan hukum tetapi diskresi itu tetap dilakukan dalam kerangka hukum.

Polisi selaku pelaku diskresi, yaitu bertindak seolah-olah tidak berdasarkan hukum positif yang berlaku, apabila dikaji lebih jauh justru

³³ Satjipto Rahardjo. *Masalah Penegakan Hukum*. Sinar Baru: Bandung. 1983. Hal: 35

³⁴ Momo Kelana. *Hukum Kepolisian. Perkembangan di Indonesia Suatu studi Histories Komperatif*. PTIK, Jakarta, 1972, Hal.4.

itu suatu tindakan yang dapat menjunjung tinggi tujuan hukum itu sendiri yaitu, kesejahteraan, kenyamanan dan ketertiban. Dipergunakannya hukum pidana (KUHP dan peraturan perundang-undangan lainnya) bukanlah satu-satunya. Sebagaimana dikatakan oleh Louis A. Redelet yang dikutip oleh Roeslan Saleh "*Law is not an end in itself, properly understood, it is a mean to higher ends in human affair, much as good order, justice...*".³⁵ Pekerjaan polisi itu tidak hanya harus dilihat dalam kaitannya dengan penyelenggaraan hukum melainkan lebih luas lagi. Artinya bukan hanya pekerjaan yang berkualitas hukum semata, melainkan semua urusan dalam hidup bermasyarakat sebagai konsekuensi tugas pokok polisi yang meliputi berbagai macam kegiatan pemeliharaan dan pencegahan seperti memelihara ketertiban dan keamanan, keselamatan orang, benda dan masyarakat, mencegah dan memberantas menjalarnya penyakit-penyakit masyarakat. Sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia yaitu: "Fungsi Kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat."

Lebih lanjut Pasal 15 c Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tersebut menegaskan bahwa: "Mencegah dan menanggulangi tumbuhnya penyakit masyarakat". Oleh karenanya tugas pokok polisi tersebut niscaya

³⁵ Roeslan Saleh, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Makalah Kuliah S2 Ilmu Hukum Undip, 1995.

tidak hanya bisa dikaitkan pada penyelenggaraan hukum dalam arti sempit saja. Hal ini bisa dilihat dari bunyi Pasal 13 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tersebut, yaitu:

- 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 Satjipto Rahardjo :

"Memelihara dan mencegah tersebut membutuhkan kreativitas. Pada gilirannya kreativitas itu membutuhkan kelonggaran dan kebebasan dalam bertindak dan itu berarti tugas polisi tidak bisa diatur dan dibatasi atau dalam istilah ilmunya dibutuhkan suatu diskresi untuk bisa melaksanakan tugas tersebut.³⁶

Sedangkan menurut Soerjono Soekanto:

"Suatu tujuan hukum tidak selalu identik dengan tujuan-tujuan yang dirumuskan secara eksplisit apa yang dinyatakan dalam suatu aturan belum tentu merupakan alasan yang sesungguhnya dari pembuatan aturan tersebut.³⁷

Berdasarkan pandangan di atas maka tindakan polisi yang memaafkan atau dalam istilah ilmunya melaksanakan wewenang diskresi atas pertimbangan bahwa kepentingan umum tidak terganggu. Di dalam Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia ditegaskan bahwa: "Untuk kepentingan umum pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri. "Pertimbangan demi kepentingan umum tersebut

³⁶ Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum*, Makalah Kuliah S2. Ilmu Hukum, Undip, 1994, hal. 11.

³⁷ Soerjono Soekanto, *Efektivitas Hukum dan Peranan Sanksi*, Remaja Karya, Jakarta, 1995, hal. 7.

adalah di antara alternatif berbagai macam pertimbangan yang diyakini oleh anggota polisi itu. Kepentingan umum yang dimaksud dalam Pasal 1 butir 7 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 disebutkan bahwa "Kepentingan umum adalah kepentingan masyarakat dan atau kepentingan bangsa dan negara demi terjaminnya keamanan dalam negeri". Tampaknya makna Pasal 1 butir 7 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tersebut masih sangat abstrak dan perlu penjabaran lebih lanjut sehingga tidak menimbulkan pemahaman yang bermacam-macam hingga menimbulkan kesan penyalahgunaan kekuasaan atau wewenang. Sehubungan dengan hal itulah, Pasal 18 ayat (2) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 menjelaskan bahwa "Pelaksanaan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan serta Kode Etik Kepolisian Negara Republik Indonesia".

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia tugas polisi adalah preventif, represif dan pembinaan masyarakat. Hal tersebut sesuai dengan bunyi Pembukaan Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945 yaitu perlindungan bagi setiap warga negara. Lebih lanjut dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 dijelaskan antara lain bahwa:

"Sebagai aktualisasi paradigma supremasi hukum, dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 secara tegas dinyatakan dalam perincian kewenangan Kepolisian Negara Republik Indonesia yaitu melakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap semua tidak pidana sesuai dengan hukum acara pidana dan peraturan perundang-undangan lainnya. Namun tindakan pencegahan tetap diutamakan melalui pengembangan asas

preventif dan asas kewajiban umum kepolisian yaitu memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat. Dalam hal ini setiap pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia memiliki kewenangan diskresi yaitu kewenangan untuk bertindak demi kepentingan umum berdasarkan penilaian sendiri".

Berdasarkan penjelasan di atas maka dapat difahami bahwa diskresi itu sesungguhnya suatu keputusan atau tindakan kepolisian yang dengan sadar tidak melakukan kewajiban atau tugasnya selaku penegak hukum berdasarkan alasan-alasan yang dapat dipertanggungjawabkan terhadap hukum itu sendiri. Menurut Satjipto Rahardjo: "Pemikiran kebijaksanaan diskresi bisa mengadakan kompromi antara keharusan-keharusan yang diletakkan dalam peraturan hukum dengan keleluasaan untuk bertindak."³⁸

Oleh karena itu mengingat pemahaman tentang kewenangan diskresi sangat luas, tentunya juga sangat dibutuhkan persyaratan-persyaratan yang harus dimiliki oleh petugas terutama di dalam menilai suatu perkara. Disamping dituntut kecakapan dan kemahiran, kiranya perlu pula instrumen yang dapat membantu misal di dalam pelaksanaan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, petugas polisi sebelum mengadakan penyidikan didahului oleh kegiatan penyelidikan. Jika difahami lebih jauh, fungsi penyelidikan ini bisa merupakan alat penyaring atau filter terhadap peristiwa-peristiwa yang terjadi apakah dapat dilakukan penyidikan atau tidak. Fungsi penyaring inilah dalam sistem peradilan pidana menempatkan kedudukan polisi sebagai *gate*

³⁸ Satjipto Rahardjo, *Op. Cit.* hal. 11.

keeper process. Pemberian diskresi polisi sebenarnya bukan hal yang sederhana, karena didalamnya dijumpai konflik kepentingan antara kepentingan hukum dan kepentingan masyarakat.

b. Diskresi Polisi dalam Sistem Peradilan Pidana.

Sistem peradilan pidana sebenarnya tidak lain adalah bekerjanya dalam satu sistem atau proses bekerjanya lembaga-lembaga penegak hukum secara berangkai dan berurutan seperti penyidikan, penuntutan, pemeriksaan di sidang pengadilan dan pelaksanaan putusan hakim. Artinya antara masing-masing lembaga penegak hukum saling berhubungan dan mempengaruhi antara satu sama lain serta bekerja dengan dilandasi oleh hukum acara pidana.

Menurut Mardjono Reksodiputro:

"Sistem peradilan pidana adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi masalah kejahatan. Menanggulangi berarti suatu usaha untuk mengendalikan kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi masyarakat. Sistem ini dianggap berhasil apabila sebagian besar dari laporan maupun keluhan masyarakat yang menjadi korban kejahatan dapat diselesaikan, dengan diajukannya pelaku kejahatan kesidang pengadilan dan diputuskan bersalah serta mendapat pidana."³⁹

Sementara Muladi dalam bukunya "Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana" menyatakan bahwa :

"Sistem peradilan pidana adalah suatu sistem yang didalamnya terkandung gerak sistemik dari subsistem-subsistem pendukungnya yaitu, Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Koreksi/ lembaga pemasyarakatan yang secara keseluruhan dan merupakan satu kesatuan (totalitas) yang menjadi tujuan sistem pengadilan pidana."⁴⁰

³⁹ Mardjono Reksodiputro, *Hak Asasi Manusia dan Sistem Peradilan Pidana*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, Lembaga Kriminologi UI, Jakarta, 2007, hal. 84.

⁴⁰ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Undip Press, Semarang, 1995, hal. vii.

Berdasarkan pemikiran diatas jelaslah bahwa bekerjanya sistem peradilan pidana sangat ditentukan oleh budaya hukum masyarakat. Muladi mengatakan bahwa disamping lembaga penegak hukum, unsur masyarakat merupakan faktor penting dalam sistem peradilan pidana.⁴¹

Berdasarkan tujuan sistem peradilan pidana atau lebihjauh lagi tujuan penegakan hukum pidana, maka dimungkinkan pula terjadi selektivitas perkara pada setiap pentahapan proses. Polisi sebagai salah satu komponen fungsi penegakan hukum sebagaimana dijelaskan diatas pun memiliki wewenang untuk mengadakan seleksi atau penyaringan perkara melalui diskresi kepolisiannya.

Menurut Barda Nawawi Arief:

"Tujuan-tujuan yang ingin dicapai hukum pidana atau sistem peradilan pidana itu pada umumnya terwujud dalam kepentingan-kepentingan sosial tersebut adalah:

1. Pemeliharaan tertib masyarakat.
2. Perlindungan warga masyarakat dari kejahatan, kerugian atau bahaya-bahaya yang tak dapat dibenarkan yang dilakukan oleh orang lain.
3. Memasyarakatkan kembali (resosialisasi) para pelanggar hukum.
4. Memelihara atau mempertahankan integritas pandangan-pandangan dasar tertentu mengenai keadilan sosial, martabat kemanusiaan dan keadilan individu."⁴²

Lebih lanjut Barda Nawawi Arief menyampaikan bahwa :

"Tujuan *law enforcement* atau penegakan hukum pidana dapat dilakukan melalui upaya penal dan non penal. Oleh karena itu pada tataran penggunaan hukum pidana harus benar-benar dipertimbangkan, dan pertimbangan itu didasarkan pada persyaratan:

1. Pidana itu sungguh-sungguh mencegah
2. Pidana itu tidak menyebabkan timbulnya keadaan yang lebih berbahaya atau merugikan ketimbang yang akan terjadi apabila pidana itu tidak dipergunakan.

⁴¹ *Ibid*, hal. viii.

⁴² Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 100.

3. Tidak ada pidana lain yang dapat mencegah secara efektif dengan bahaya atau kerugian yang lebih kecil".⁴³

Atas dasar pemikiran diatas, maka di dalam sistem peradilan pidana, pembedaan bukanlah tujuan akhir dan bukan pula satu-satunya upaya untuk mencapai tujuan penegakan hukum pidana atau tujuan sistem peradilan pidana. Artinya dapat pula menggunakan cara-cara diluar hukum pidana atau dikatakan sebagai upaya non penal. Meskipun sebenarnya perkara-perkara ringan atau kurang serius sekalipun bisa dijatuhi hukuman penjara oleh hakim walaupun hanya 1 (satu) atau 2 (dua) hari penjara namun ditinjau dari aspek ekonomisasi. Sistem peradilan pidana disamping tidak efisien juga pidana penjara tidak benar-benar diperlukan semestinya tidak diterapkan. Meskipun konsep pembedaan atau pidana penjara itu sendiri tidak semata-mata memberikan balasan yang berupa derita atau dalam rangka pembinaan narapidana sekalipun. Disinilah peranan petugas pada sistem peradilan pidana dituntut mampu mengadakan penilaian-penilaian setiap terjadinya suatu tindak pidana secara profesional.

Barda Nawawi Arief sebagaimana dikutip Faal mengatakan bahwa:

"Pidana penjara sebagai salah satu sarana politik kriminal sedang mendapat sorotan tajam saat ini diberbagai negara. Banyak negara yang cenderung untuk menghindari, mengurangi atau membatasi penerapan pidana penjara dengan berusaha mencari bentuk-bentuk alternatif dari pidana penjara. Adanya kecenderungan untuk mengembangkan garis kebijaksanaan yang limitatif dalam penggunaan pidana penjara terlihat misalnya dalam kongres PBB mengenai *prevention of crime and treatment of offenders*."⁴⁴

⁴³ *Ibid*, hal. 122.

⁴⁴ M. Faal, *Op. Cit.*, hal. 36.

F. Metode Penelitian

1. Jenis penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yang bersifat deskriptif. Penelitian deskriptif adalah salah satu jenis metode penelitian yang berusaha menggambarkan dan menginterpretasi objek sesuai dengan apa adanya. Penelitian deskriptif ini juga sering disebut non-eksperimen, karena pada penelitian ini peneliti tidak melakukan kontrol dan manipulasi variable penelitian. Di samping itu, penelitian deskriptif juga merupakan penelitian dimana pengumpulan data untuk mengetes pertanyaan penelitian atau hipotesis yang berkaitan dengan keadaan dan kejadian sekarang. Mereka melaporkan keadaan objek atau subjek yang diteliti sesuai dengan apa adanya.

Penelitian deskriptif ini mempelajari masalah-masalah dalam masyarakat, serta tata cara yang berlaku dalam masyarakat serta situasi-situasi tertentu, termasuk tentang hubungan kegiatan-kegiatan, sikap-sikap, pandangan-pandangan, serta proses-proses yang sedang berlangsung dan pengaruh-pengaruh dari situasi fenomena.⁴⁵

2. Metode Pendekatan

Metode pendekatan penelitian yang akan digunakan adalah metode yuridis sosiologis. Yuridis Sosiologis adalah penelitian yang menggunakan data sekunder sebagai data awalnya, yang kemudian dilanjutkan dengan data primer atau data lapangan. Meneliti efektivitas suatu Undang-undang dan

⁴⁵ Blau, M Peter dan M. W. Meyer. *Birokrasi Masyarakat Modern*, Edisi Kedua, Cetakan Pertama, Alih Bahasa Gary Rachman Jusuf, UI-Press, Jakarta, 2005. Hal 35

Penelitian yang ingin mencari hubungan (Korelasi) antara berbagai gejala atau variabel sebagai alat pengumpul datanya dari studi dokumen, pengamatan (Observasi) dan wawancara (*interview*)⁴⁶

3. Jenis dan Sumber Data

Jenis dan sumber data yang digunakan oleh penulis yang selanjutnya diolah dalam penelitian ini adalah :

a. Data Primer

Data primer yaitu data yang berasal dari lapangan penelitian. Penulis mengambil data primer dari para penyidik reskrim Polres Pekalongan dan para tersangka yang telah menjalani proses penahanan serta pihak-pihak lain yang berkaitan dengan penelitian ini.

b. Data Sekunder

Dengan cara studi kepustakaan yang terdiri dari :

1) Bahan Hukum Primer meliputi :

- a) Undang - Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.
- b) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 Tentang Kitab Undang- UndangHukum Pidana.
- c) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana.
- d) Undang – undang Nomor 2 tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia.

⁴⁶ Aminudin. *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, RajaGrafindo Pengacara, Jakarta, 2012. Hal 88

2) Bahan Hukum Sekunder.

Berasal dari buku – buku dan literatur yang berkaitan dengan judul penelitian.

3) Bahan Hukum Tersier

Berasal dari jurnal – jurnal dan internet.

4. Teknik pengumpulan data.

a. Observasi

Observasi adalah teknik pengumpulan data yang dilakukan dengan melakukan pengamatan. Data yang di hasilkan adalah data kualitatif.

b. Wawancara

Wawancara adalah teknik pengumpulan data yang dilakukan dengan cara Wawancara Bebas terpimpin. Wawancara Bebas terpimpin adalah dimana setiap wawancara yang dilakukan, mengacu pada instrumen yang tersedia dan menanyakan tentang hal yang berkaitan dengan kajian penelitian. Adapun sampel data yang diambil adalah *Purposive Sampling* yaitu Pengambilan sampel dilakukan hanya atas dasar pertimbangan penelitiannya saja yang menganggap unsur-unsur yang dikehendaki telah ada dalam anggota sampel yang diambil. Dalam hal ini adalah dari para penyidik reskrim Polres Pekalongan dan para tersangka yang telah menjalani proses penahanan serta pihak-pihak lain yang berkaitan dengan penelitian ini.

c. Studi Pustaka dan Studi Dokumen

Studi dokumen merupakan suatu teknik pengumpulan data yang

dilakukan melalui data tertulis dengan menggunakan konten analisis, yakni dengan cara menganalisis dokumen-dokumen yang telah penulis dapatkan dilapangan yang berhubungan dengan masalah yang diteliti.⁴⁷

5. Lokasi Penelitian

Lokasi penelitian ini dilaksanakan di Wilayah Hukum Polres Pekalongan. Alasan penentuan lokasi ini dikarenakan bahwa kedekatan lokasi penelitian dengan tempat dinas peneliti, sehingga akan lebih efektif dan fleksibel terhadap waktu penelitian.

6. Metode Analisis Data

Metode analisis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah deskriptif kualitatif. Deskriptif kualitatif merupakan penelitian yang termasuk dalam jenis penelitian yang bertujuan mengungkap fakta, keadaan, fenomena, variabel, dan keadaan yang terjadi saat penelitian berjalan dan menyuguhkan apa adanya.⁴⁸

G. Sistematika Penulisan

Untuk memberikan gambaran yang jelas dan sistematis dalam penelitian yang dituangkan dalam bentuk tesis ini, maka peneliti membagi penelitian ini dengan 4 bab dengan sistematika sebagai berikut:

BAB I PENDAHULUAN. Bab ini dibagi menjadi 7 sub bab yaitu; (1) Latar Belakang, sub bab ini memberikan gambaran secara umum latar belakang permasalahan yang diangkat dalam tesis ini. (2) Perumusan

⁴⁷ Soerjono Soekanto. *Pengantar Penelitian Hukum*, UI-PRESS, Jakarta, 2006. hal 21

⁴⁸ <https://infromasi-pendidikan.com/2013/08/penelitian-deskriptif-kualitatif.html?m=1/>. Diakses pada hari rabu tanggal 30 November 2016 pukul 12.45 wib

Permasalahan, berisi tentang pokok-pokok masalah yang akan dikaji. (3) Tujuan Penelitian, menjelaskan tujuan dari dilaksanakannya penelitian ini. (4) Manfaat Penelitian, memberikan gambaran manfaat yang hendak dicapai baik secara akademis maupun praktis. (5) Kerangka Teori, memberikan penjelasan teori-teori yang nantinya akan digunakan untuk menganalisa atau mengupas hasil penelitian tesis ini. (6) Sistematika Penulisan, memberi gambaran sistematika atau tata urutan penulisan tesis.

BAB II TINJAUAN KEPUSTAKAAN. Bab ini dibagi menjadi 3 sub bab yaitu ; (1) Pengertian Penyidikan, memberikan gambaran tentang definisi penyidikan yang dibahas dalam penelitian ini. (2) Pengertian Penahanan, penjelasan tentang penahanan dan kaidah-kaidah hukum yang mengatur tentang penahanan dalam dimensi yang diambil dalam penelitian ini. (3) Pengertian Tindak Pidana, pengertian tindak pidana secara spesifik yang terkonteks sesuai penelitian ini.

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN. Bab ini dibagi menjadi 4 sub bab yaitu; (1) Gambaran Umum Wilayah Hukum Polres Pekalongan Sebagai Tempat Penelitian Sekaligus Tempat Tugas Peneliti. (2) Ide Dasar Yang Menjadi Latar Belakang dan Pelaksanaan Penahanan Yang Telah Dilakukan di Polres Pekalongan dan pembahasannya. (3) Kendala-kendala yang menghambat proses penahanan yang dialami oleh Penyidik Polres Pekalongan dan pembahasannya. (4) Upaya yang dilakukan oleh penyidik Polres Pekalongan dalam mengatasi kendala penahanan agar dapat

diterapkan dalam perkembangan dinamika hukum di masa depan dan pembahasannya.

BAB IV PENUTUP. Bab ini terdiri dari 2 sub bab yaitu ; (1) Simpulan, merupakan sub bab yang menjelaskan tentang kesimpulan dari pembahasan terhadap permasalahan dan persoalan-persoalan. (2) Saran, sub bab ini menjelaskan tentang saran terkait implementasi hukum positif tentang penahanan yang sebaiknya dilakukan di masa depan.