

MAKALAH



PENEGAKAN HUKUM DAN DISKRESI : Suatu Telaah Paradigmatik

Oleh:
Prof. Erlyn Indarti



Norsk Senter for Menneskerettigheter
Norwegian Centre for Human Rights

PENEGAKAN HUKUM
DAN DISKRESI :
Suatu Telaah Paradigmatik

Erlyn Indarti

Jakarta, Oktober - November, 2015

PENEGAKAN HUKUM DAN DISKRESI

| A | B | C | D | E | F | G | H | I | J | K | L | M | N | O | P | Q | R | S | T | U | V | W | X | Y | Z |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|--|---|---|---|
| Permasalahan Hukum | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Hukum Sebagai Peraturan Perundang-undangan | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Ketentuan Peraturan Perundang-undangan Yang Ditegakkan | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Ketentuan Peraturan Perundang-undangan Yang Ditegakkan Secara Aktif | | | | | | | | | | | | Ketentuan Peraturan Perundang-undangan Yang Ditegakkan Secara Pasif | | | | | | | | | | | | | |
| Ketentuan Peraturan Perundang-undangan Yang Ditegakkan Apa Adanya | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Ketentuan Peraturan Perundang-undangan Yang Ditegakkan Melalui DISKRESI | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | Ketentuan Peraturan Perundang-undangan Yang Ditegakkan Melalui DISKRESI | | | | | |
| Ketentuan Peraturan Perundang-undangan Yang Tidak Ditegakkan | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | Ketentuan Peraturan Perundang-undangan Yang Tidak Ditegakkan | | | |

Penegakan Hukum melalui Diskresi ?

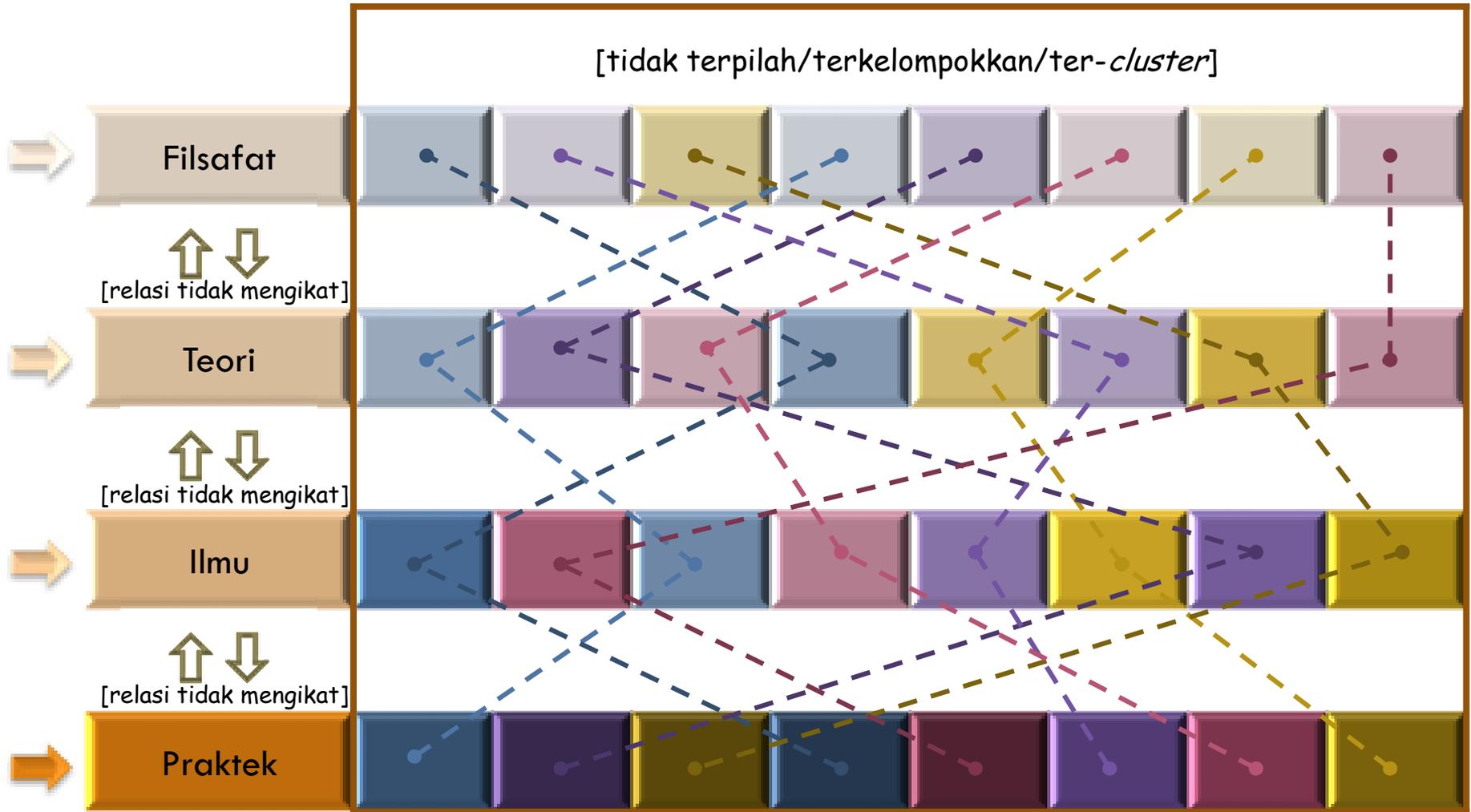
3



AKUMULASI FILSAFAT, TEORI, ILMU, DAN PRAKTEK

Suatu Relasi Tidak Mengikat

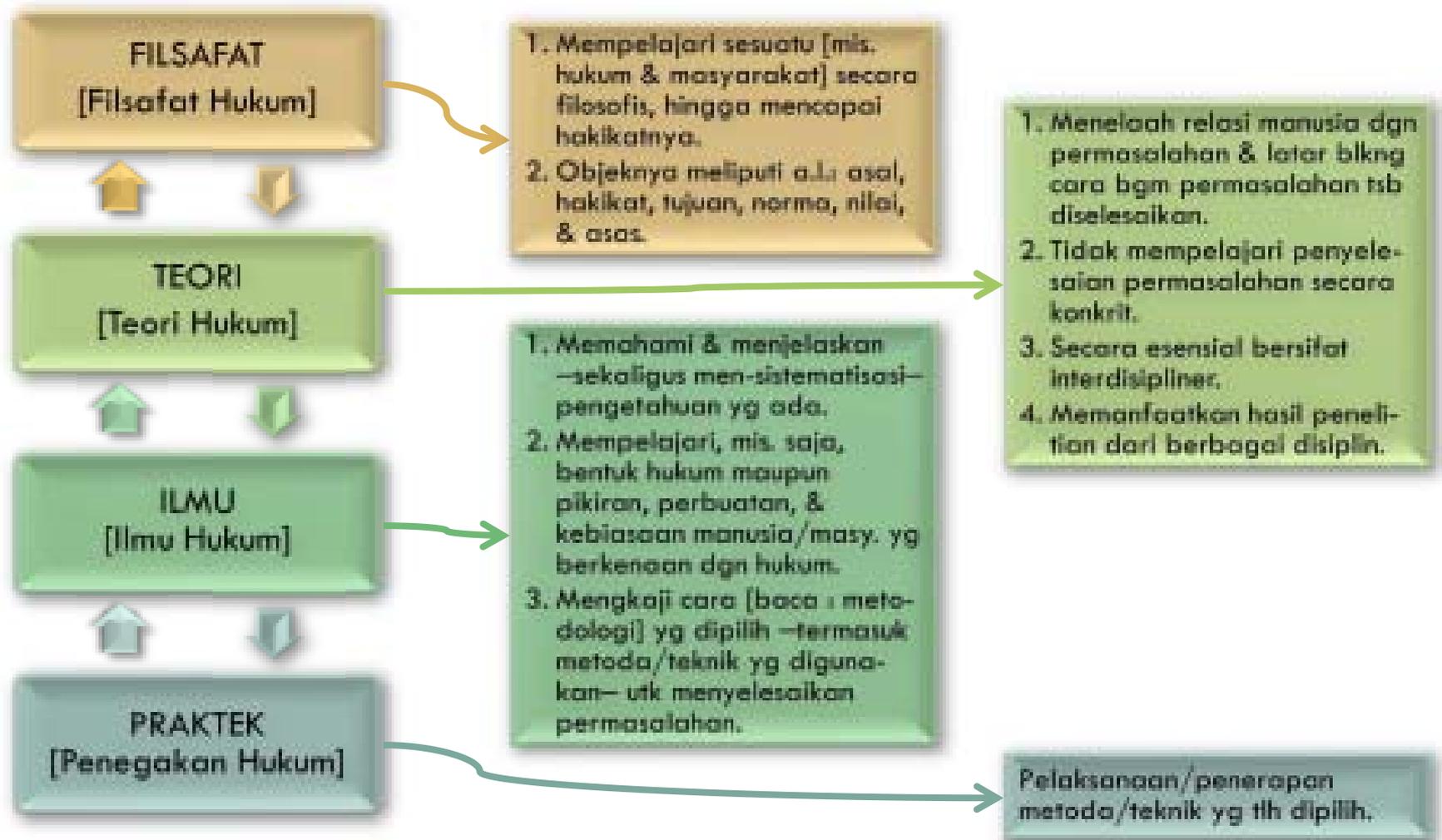
4



FILSAFAT, TEORI, ILMU, DAN PRAKTEK

Tataran dan Lapisan

5



PARADIGMA : SUATU LANDASAN BERPIKIR BARU

6



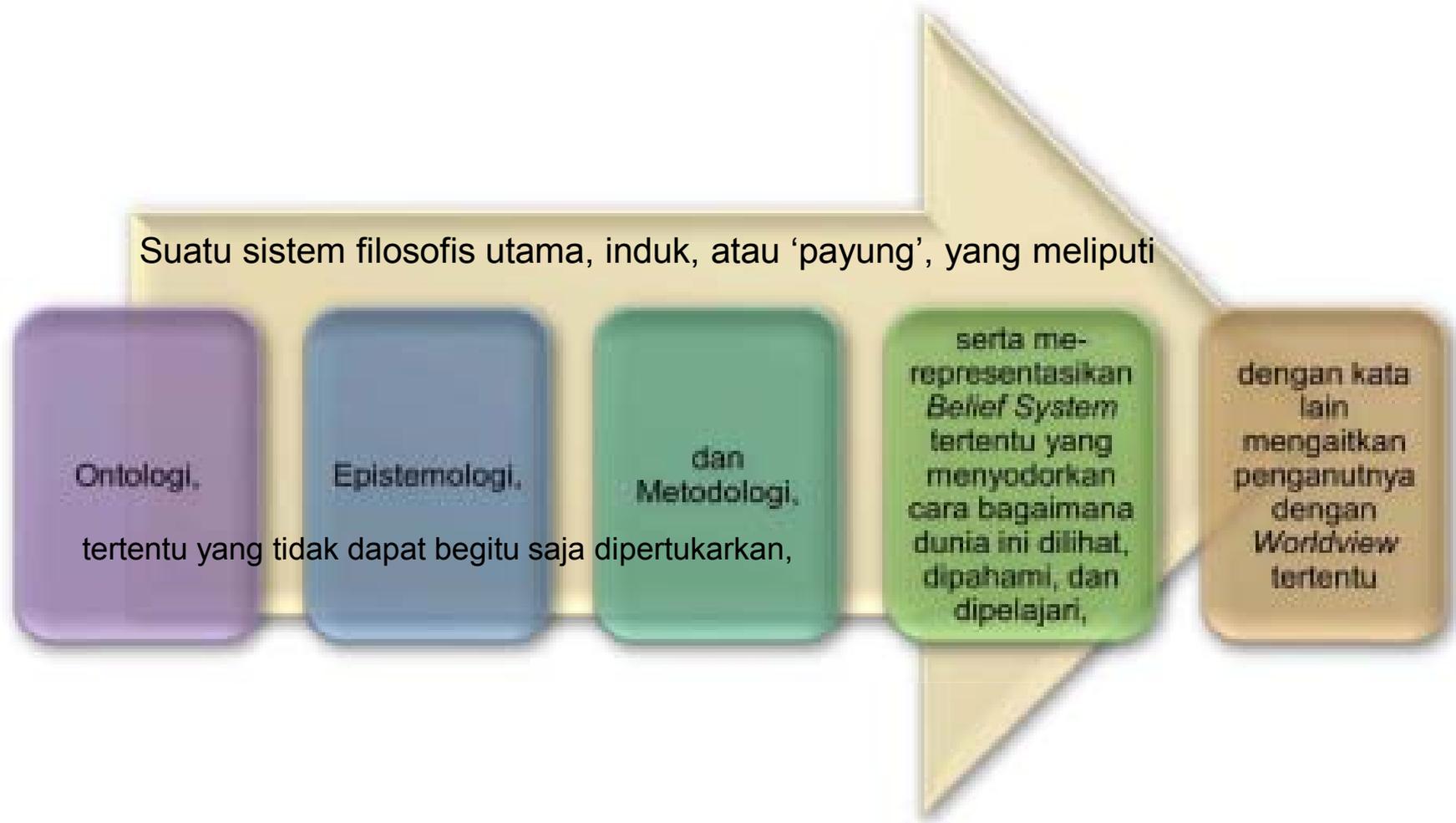
Paradigma pada dasarnya bukan hanya sekumpulan teori, melainkan sistem filosofis 'payung', yang meliputi keseluruhan koleksi, kombinasi, gabungan, atau campuran dari komitmen yang dianut dan diterapkan oleh anggota-anggota suatu komunitas ilmu pengetahuan



Paradigma menggariskan tolok ukur, mendefinisikan standar ketepatan, menetapkan metodologi penelitian atau telaahan, atau memutuskan bagaimana hasil penelitian atau telaahan tentang suatu permasalahan akan dijelaskan, dikritisi, atau dipahami; dalam hal ini, permasalahan yang mengemuka mis. : **DISKRESI**

PARADIGMA : DENZIN DAN LINCOLN (1994)

8



PARADIGMA : GUBA DAN LINCOLN (1994)

Rangkaian *Basic Belief* 4 (Empat) Paradigma Utama

9

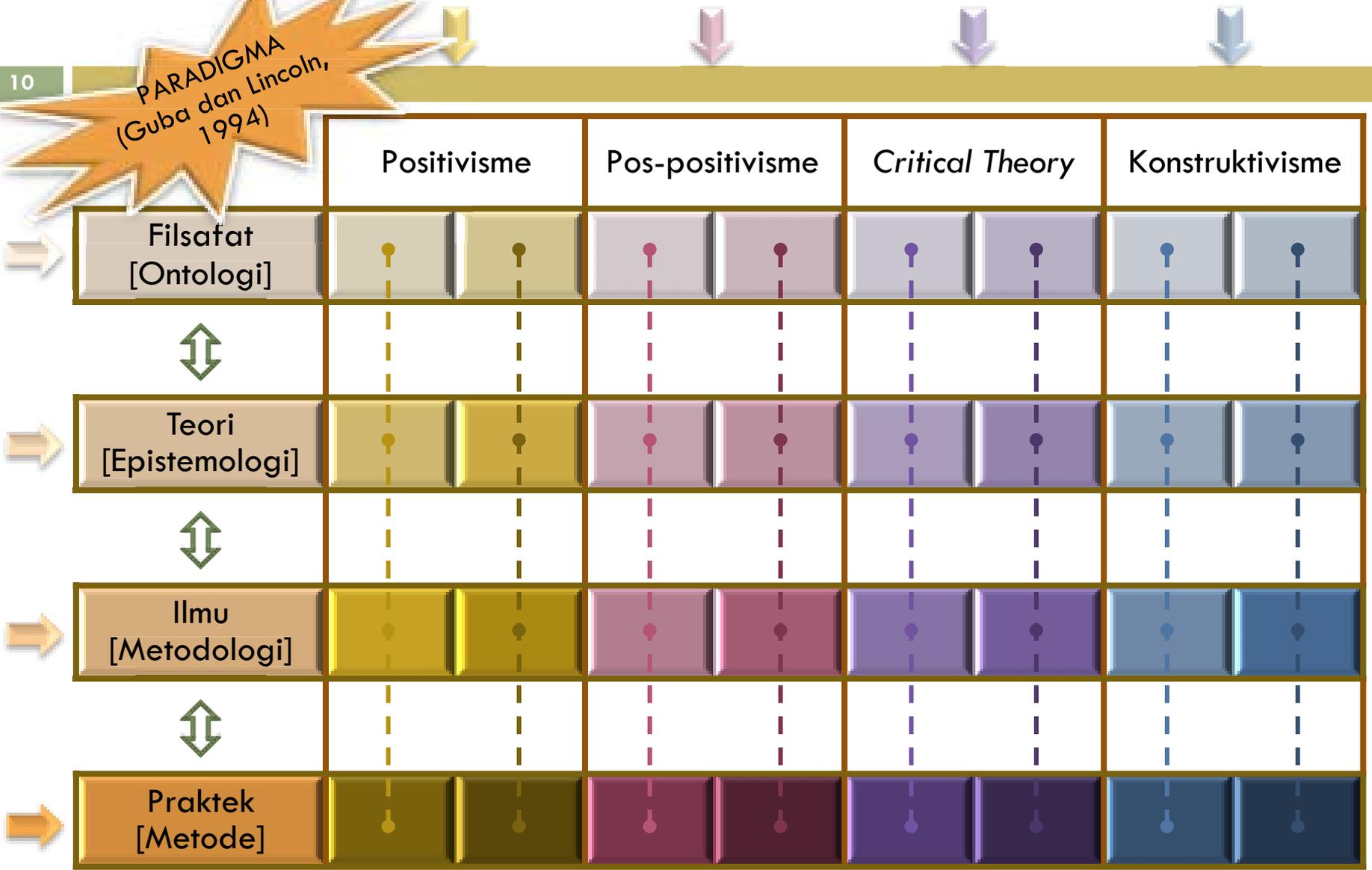
| Pertanyaan | Positivisme | Postpositivisme | <i>Critical Theory et al</i> | Konstruktivisme |
|---------------------|---|---|--|--|
| Ontologi | Realisme Naif : realitas eksternal, objektif, <i>real</i> , dan dapat dipahami. | Realisme Kritis : realitas eksternal, objektif, dan <i>real</i> yang dipahami scr tidak sempurna. | Realisme Historis : realitas 'virtual' yang terbentuk oleh faktor sosial, politik, budaya, ekonomi, etnis, dan 'gender'. | Relativisme : realitas majemuk & beragam, berdasarkan pengalaman sosial-individual, lokal, dan spesifik. |
| Epistemologi | Dualis / Objektivis : peneliti dan objek investigasi adalah dua <i>entity</i> independen; bebas nilai. | Modifikasi Dualis / Objektivis : dualisme surut dan objektivitas menjadi kriteria penentu; eksternal objektivitas. | Transaksional / Subjektivis : peneliti dan objek investigasi terkait scr interaktif; temuan di-'mediasi' oleh nilai yang dipegang semua pihak. | Transaksional / Subjektivis : peneliti dan objek investigasi terkait secara interaktif; temuan di-'cipta' / di-'konstruksi' bersama. |
| Metodologi | Eksperimental / Manipulatif : uji empiris dan verifikasi <i>research question</i> dan hipotesa; manipulasi dan kontrol terhadap kondisi berlawanan; utamanya metoda kuantitatif. | Modifikasi Eksperimental / Manipulatif : falsifikasi dengan cara <i>critical multipism</i> atau modifikasi 'triangulasi'; utilisasi teknik kualitatif: <i>setting</i> lebih natural, informasi lebih situasional, dan cara pandang <i>emic</i> . | Dialogis / Dialektikal : ada 'dialog' antara peneliti dengan objek investigasi, bersifat dialektikal : men-'transform' kemasa-bodohan dan kesalah-pahaman menjadi kesadaran utntuk mendobrak. | Hermeneutikal / Dialektikal : 'konstruksi' ditelusuri melalui interaksi antara peneliti dan objek investigasi; dengan teknik hermeneutikal dan pertukaran dia-lektikal 'konstruksi' di-interpretasi; tujuan : distilasi / konsensus / resultante. |

AKUMULASI FILSAFAT, TEORI, ILMU, DAN PRAKTEK

Suatu Keterikatan / Keterkaitan Paradigmatik

10

PARADIGMA
(Guba dan Lincoln,
1994)



TELAAHAN PARADIGMATIK

Suatu Pemahaman Dasar

11

Kerangka berpikir yang membedakan dan memadukan —kemudian memilah dan mengaitkan— telaahan filsafati, teoretis, ilmiah, dan praktis tentang suatu hal, keadaan, peristiwa, atau permasalahan [mis. Hukum], dalam rangka menjelaskan, mengkritisi, memahami, mengungkap, atau menyelesaikannya secara lebih rinci, jelas, dan komprehensif

DISKRESI

Suatu Pemahaman Dasar

12

DISKRESI :

kewenangan/otoritas seseorang, sekelompok orang, atau institusi untuk — secara merdeka, bijaksana, dan dengan penuh pertimbangan— menetapkan pilihan yang berkenaan dengan pembuatan keputusan tentang —dan/atau pelaksanaan— tindakan [hukum] tertentu yang dipandang paling tepat

kewenangan/
otoritas

kemerdekaan

kebijaksanaan

pertimbangan

pilihan

keputusan

tindakan

ketepatan

Level Diskresi

LEVEL 1

- Tidak harus ada ketentuan hukum, tertulis maupun tidak
- Membangun kesepakatan
- Menerapkan kesepakatan

LEVEL 2

- Harus tidak ada ketentuan hukum tertulis
- Harus menafsir ketentuan hukum yang ada
- Harus menerapkan ketentuan hukum yang telah ditafsir

LEVEL 3

- Tidak harus ada ketentuan hukum tertulis yang mengatur
- Harus menafsir ketentuan hukum yang ada
- Harus tidak menerapkan ketentuan hukum apa adanya

LEVEL 4

- Harus ada ketentuan hukum tertulis
- Tidak harus menafsir ketentuan hukum yang ada
- Harus menerapkan ketentuan hukum apa adanya; analogi

LEVEL 5

- Harus ada ketentuan hukum tertulis yang mengatur
- Harus tidak menafsir ketentuan hukum yang ada
- Harus menerapkan ketentuan hukum apa adanya

Diskresi Dan Bacaan Hukum

14

| Paradigma | Aliran Filsafat Hukum | Bacaan Hukum | Diskresi |
|------------------------|---|---|---|
| Positivisme | Aliran hukum positivis | Kaku, tekstual, tanpa penafsiran | Tidak dimungkinkan |
| Pos-positivisme | Aliran hukum realis, Aliran hukum sosiologis, Aliran hukum dan masyarakat | Kemerdekaan dan subjektivitas di dalam penafsiran | Dimungkinkan |
| <i>Critical theory</i> | <i>Critical legal theory, Feminist jurisprudence, Critical race theory.</i> | Hukum didasarkan pada realitas / struktur virtual, sehingga : <ul style="list-style-type: none"> ▪ cenderung tidak adil, opresif timpang, eksploitatif; ▪ tidak dapat dipercayai begitu saja; dan ▪ wajib untuk terus ditafsir secara kritis | Tidak ada keraguan dalam penggunaan diskresi |
| Konstruktivisme | Aliran hukum interpretivis, Aliran hukum fenomenologis, Aliran hukum simbolik - interaksionis | Tidak mengenal bacaan hukum; yang ada hanya rangkaian proses penafsiran/interpretasi guna mencapai makna sejatinya | Penerapan diskresi di seluruh proses pembuatan, pelaksanaan, dan penegakan hukum |
| | Aliran hukum konstruktivis | Hukum adalah konstruksi mental berupa konsensus/ kesepakatan yang bersifat relatif, majemuk, beragam, dan kontekstual | Kemerdekaan untuk secara kontekstual mengkonstruksi hukum berdasarkan realitas eksperiensial (realitas berbasis pengalaman) |

Diskresi Dan Konsistensi Hukum

15

| Paradigma | Aliran Filsafat Hukum | Konsistensi Hukum |
|------------------------|---|---|
| Positivisme | Aliran hukum positivis | Jika dan hanya jika dapat terus dipastikan agar hukum tidak ditafsir atau diskresi tidak digunakan/diterapkan |
| Pos-positivisme | Aliran hukum realis, Aliran hukum sosiologis, Aliran hukum dan masyarakat | Sepanjang ada koridor atau batas yang nyata bagi penafsiran hukum atau bagi penggunaan/ penerapan diskresi |
| <i>Critical theory</i> | <i>Critical legal theory,</i> <i>Feminist jurisprudence,</i> <i>Critical race theory.</i> | Ketika penafsiran hukum atau penggunaan/ penerapan diskresi dilaksanakan dalam rangka : <ul style="list-style-type: none"> • pertama, meng-ekskavasi/membongkar ketidak-adilan, opresi, ketimpangan, dan eksploitasi; • kedua, men-transform/merubah kemasa-bodohan menjadi gerakan nyata; • ketiga, memperjuangkan emansipasi dan restitusi |
| Konstruktivisme | Aliran hukum interpretivis, Aliran hukum fenomenologis, Aliran hukum simbolik-interaksionis | Tatkala penafsiran hukum dapat terus berlangsung menuju makna sejati-nya, atau pewujudan diskresi sebagai pengejawantahan hukum dapat terus terlaksana |
| | Aliran hukum konstruktivis | Manakala hukum tidak lagi dikaitkan dengan diskresi atau bukan diskresi Manakala relativitas/fleksibilitas hukum dapat di pertahankan; di mana setiap individu, kelompok, dan/atau institusi merdeka untuk terus secara aktif 'men-konstruksi' hukum Manakala demokratisasi hukum dapat dijaga; melalui mana konsensus atau kesepakatan terus terbangun di antara sekalian individu, kelompok, dan/atau institusi |

Diskresi Dan Keadilan

| Paradigma | Aliran Filsafat Hukum | Keadilan |
|------------------------|---|--|
| Positivisme | Aliran hukum positivis | Jika dan hanya jika hukum 'dibaca' apa adanya secara tekstual (tidak ditafsir) atau penggunaan/penerapan diskresi tidak terjadi. |
| Pos-positivisme | Aliran hukum realis, Aliran hukum sosiologis, Aliran hukum dan masyarakat | Sepanjang hukum tidak 'dibaca' secara kaku atau dapat ditafsir, dengan kata lain sepanjang penggunaan/penerapan diskresi masih dimungkinkan. |
| <i>Critical theory</i> | <i>Critical legal theory,</i> <i>Feminist jurisprudence,</i> <i>Critical race theory.</i> | Selama hukum ditafsir secara kritis agar tidak lagi bersifat buruk, yakni : adil, tidak opresif, tidak timpang, dan tidak eksploitatif. Selama diskresi digunakan dalam rangka : <ul style="list-style-type: none"> ▪ meng-eks kavasi atau 'membongkar' sifat buruk hukum; ▪ men-transform atau merubah kemasa-bodohan menjadi gerakan nyata; ▪ memperjuangkan emansipasi dan restitusi; demi memenuhi rasa keadilan masyarakat. |
| Konstruktivisme | Aliran hukum interpretivis, Aliran hukum fenomenologis, Aliran hukum simbolik - interaksionis | Tatkala hukum 'melulu' ditafsir untuk menuju makna sejati-nya. Tatkala diskresi adalah —atau menjadi wujud pengejawantahan— hukum, demi terjaminnya keadilan bagi masyarakat. |
| | Aliran hukum konstruktivis | Manakala perdebatan mengenai diskresi atau bukan diskresi tidak lagi relevan. Manakala kemerdekaan setiap individu, kelompok, dan/atau institusi untuk secara aktif meng-konstruksi hukum —untuk kemudian mewujudkan resultante kosntruksi hukum atau mencapai konsensus/ kesepakatan melalui proses demokrasi— bisa dijamin. |

Batas Diskresi

| Paradigma | Aliran Filsafat Hukum | Batas Diskresi |
|----------------------------|--|---|
| Positivisme | Aliran hukum positivis | Penafsiran hukum atau penggunaan/penerapan diskresi tidak dimungkinkan sama-sekali: ' <i>zero interpretation/discretion policy</i> '. |
| 17 Pos-positivisme | Aliran hukum realis, Aliran hukum sosiologis, Aliran hukum dan masyarakat | <p>Terbuka peluang bagi penafsiran hukum atau penggunaan/penerapan diskresi, sepanjang diperlukan, yang dibatasi koridor berupa a.l.:</p> <ul style="list-style-type: none"> • kekuasaan, • otoritas, • kebijaksanaan, • pertimbangan, dan • kemampuan, <p>untuk memilih keputusan/tindakan hukum secara tepat yang didasarkan pada intelektualitas dan ke-cendekiawan-an dari para penafsir atau pengguna/penerap diskresi itu sendiri.</p> |
| <i>Critical theory</i> | <i>Critical legal theory,</i> <i>Feminist jurisprudence,</i> <i>Critical race theory.</i> | <p>Ketika penafsiran hukum atau penggunaan/ penerapan diskresi bermuara pada :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ pertama, di-ekskavasi-nya ketidak-adilan, opresi, ketimpangan, dan eksploitasi; ▪ kedua, di-transform-nya kemasa-bodohan menjadi gerakan nyata; ▪ ketiga, dicapainya emansipasi dan restitusi. |
| Perspektif Interpretivisme | Aliran hukum interpretivis, Aliran hukum fenomenologis, Aliran hukum simbolik - interaksionis | Tatkala makna sejati hukum tercapai melalui penafsiran hukum, atau diskresi terwujud sebagai pengejawantahan hukum. |
| Konstruktivisme | Aliran hukum konstruktivis | <p>Batas penafsiran hukum atau penggunaan/ penerapan diskresi tidak relevan. Yang dikatakan sebagai batas penafsiran hukum atau penggunaan/ penerapan diskresi bisa dikatakan relativitas/fleksibilitas hukum itu sendiri; di mana proses konstruksi-rekonstruksi hukum oleh individu, kelompok, dan/atau institusi berlangsung secara berkelanjutan.</p> <p>Demokratisasi hukum bisa juga dipandang sebagai batas penafsiran hukum atau penggunaan/penerapan diskresi; di mana konsensus atau kesepakatan relatif terus-menerus terbangun dan tergantikan.</p> |

Hasil Diskresi

18

Sebelum Pelaksanaan Penegakan Hukum

Selective Law Enforcement atau Penegakan Hukum Selektif

- didasarkan pada pengalaman dan kebutuhan, kemudian ditetapkan sebagai, atau dituangkan ke dalam, misalnya saja, kebijakan, petunjuk pelaksanaan, petunjuk teknis, atau petunjuk operasional, bagi jajaran aparat penegak hukum setempat

Sepanjang Pelaksanaan Penegakan Hukum

Penyelidikan

Penyaringan Perkara

- di mana perkara yang tengah ditangani diyakini atau dianggap sebagai bukan perkara pidana atau tidak memenuhi kriteria delik tertentu

Penyidikan

Pengesampingan Perkara

- disebut pula sebagai penghentian, pengeluaran, pencabutan, pemeti-esan, penyisihan, atau seleksi perkara; di mana dengan pertimbangan tertentu, proses hukum dari perkara dimaksud tidak dilanjutkan