

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Pidana dan Tindak Pidana

1. Pengertian Pidana

Literatur hukum pidana jarang sekali menjelaskan, bahwa istilah hukum pidana sebenarnya merupakan istilah yang mempunyai banyak pengertian. Tidak adanya penjelasan ini membawa konsekuensi sering adanya pemahaman yang kurang benar tentang apa yang dimaksud dengan istilah hukum pidana (Tongat, 2008 : 11).

Menurut Sudarto, hukum pidana berpangkal dari dua hal pokok, yaitu:

1. Perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu.
2. Pidana

Menurut Sudarto, dengan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu, dimaksudkan perbuatan yang dilakukan oleh orang, yang memungkinkan adanya pemberian pidana. Perbuatan semacam itu dapat disebut perbuatan yang dapat dipidana atau dapat disingkat perbuatan jahat. Oleh karena dalam “perbuatan jahat” ini harus ada orang yang melakukannya, maka persoalan tentang “perbuatan tertentu” itu diperinci menjadi dua, yaitu perbuatan yang dilarang dan orang yang melanggar larangan itu. (Tongat, 2008 : 12).

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa hukum pidana merupakan hukum yang mengatur tentang perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh undang-undang beserta sanksi pidana yang dapat dijatuhkan kepada pelaku. (Bambang Waluyo, 2004 : 6).

Sementara yang dimaksud dengan pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu, yang menurut Soedarto termasuk juga apa yang disebut tindakan disiplin (Tongat, 2008 : 12), sedangkan Roeslan Saleh menegaskan bahwa pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu, pidana merupakan reaksi atas delik, dan ini berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu. (Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1998 : 2)

Roeslan Saleh (1983 : 13) menjelaskan bahwa perbuatan yang oleh aturan hukum dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dinamakan perbuatan pidana juga disebut orang dengan delik. Pidana sendiri selalu mengandung unsur-unsur atau ciri-ciri sebagai berikut :

- a. Pidana itu pada hakekatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan.
- b. Pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan (oleh yang berwenang).
- c. Pidana itu dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang (Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1998 : hlm. 4).

Sedangkan pembedaan itu sendiri adalah hukuman, yang berarti dapat berupa hukum pidana dan hukum perdata. Menurut Moeljatno, hukum pidana adalah bagian dari

keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk :

1. Perbuatan-perbuatan yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dengan disertai ancaman atau sanksi berupa sanksi pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut.
2. Menentukan kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan.
3. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila orang disangka telah melanggar larangan tersebut. (Pipin Syarifin, 2000 : 13).

Pidana pada hakekatnya merupakan pengenaan penderitaan terhadap pembuat delik dimana pidana tersebut diharapkan mempunyai pengaruh terhadap orang yang dikenai pidana tersebut. Pidana ini baru dapat dirasakan secara nyata oleh terpidana ketika putusan hakim dilaksanakan secara efektif. Pemidanaan disini diharapkan agar terpidana tidak melakukan tindak pidana lagi. Dengan adanya pemidanaan, maka tujuan pemidanaan baru dapat tercapai.

2. Pengertian Tindak Pidana

Menurut beberapa literatur dapat diketahui, bahwa istilah tindak pidana pada hakekatnya merupakan istilah yang berasal dari terjemahan *strafbaarfeit* dalam bahasa Belanda. Kata *strafbaarfeit* kemudian diterjemahkan dalam berbagai terjemahan dalam bahasa Indonesia. Beberapa kata yang digunakan untuk menterjemahkan kata *strafbaarfeit* oleh sarjana-sarjana Indonesia antara lain : tindak

pidana, *delict*, perbuatan pidana. Menurut Moeljatno, tindak pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan disertai ancaman (sanksi) dan menurut wujudnya atau sifatnya perbuatan-perbuatan atau tindak pidana ini adalah perbuatan-perbuatan yang melawan hukum, perbuatan-perbuatan ini juga merugikan masyarakat, dalam arti bertentangan dengan atau menghambat akan terlaksananya tata dalam pergaulan masyarakat yang dianggap baik dan adil (Tongat, 2008 : 101).

Perbuatan-perbuatan pidana yang diancam dengan sanksi pidana tersebut dapat dipaksakan untuk pelakunya oleh aparat penegak hukum dalam rangka menjaga ketertiban, keamanan serta norma-norma hukum pidana sendiri. Menurut Pompe, perkataan tindak pidana atau "*strafbaar feit*" itu secara teoritis dapat dirumuskan sebagai "suatu pelanggaran norma (gangguan terhadap tertib hukum) yang dengan sengaja atau pun tidak sengaja telah dilakukan terhadap seorang pelaku, dimana penjatuhan hukum terhadap pelaku tersebut adalah demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum". (P.A.F. Lamintang, 1997 : 182).

Menurut Simmons "*strafbaar feit*" dapat diartikan sebagai kelakuan yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum, yang berhubungan dengan kesalahan dan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab. Sementara menurut Van Hamel, *strafbaarfeit* adalah kelakuan orang yang dirumuskan dalam *wet*, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan. (Tongat, 2008 : 102 - 103).

Berdasarkan pengertian di atas, maka dapat dipahami bahwa pengertian pidana dan tindak pidana pada hakekatnya pidana merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan sedangkan tindak pidana adalah

suatu perbuatan yang dilakukan seseorang sengaja maupun tidak sengaja oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas tindakan yang dilakukannya.

B. Kebijakan Mediasi Penal Dalam Penyelesaian Perkara Pidana

Secara garis besar upaya penanggulangan kejahatan dapat dibagi menjadi dua, yaitu melalui jalur “penal” dan “non penal. Menurut Hoefnagels, upaya penanggulangan kejahatan dapat ditempuh dengan :

- a. Penerapan hukum pidana (*criminal law application*);
- b. Pencegahan tanpa pidana (*prevention without punishment*); dan
- c. Mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan ppidanaan lewat mass media (*influencing views of Society on crime and punishment/,ass media*)
(Barda Nawawi Arief, 2008 : 39 – 40).

Ketiga upaya penanggulangan kejahatan tersebut di atas itulah yang secara garis besar dibagi menjadi dua menjadi jalur penal yaitu melalui penerapan hukum pidana dan jalur non penal melalui pencegahan tanpa pidana dan mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan ppidanaan melalui mass media.

Mediasi penal (*penal mediation*) merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa masalah-masalah pidana di luar pengadilan (atau dikenal dengan istilah ADR atau *alternative dispute resolution*). ADR pada umumnya digunakan di lingkungan kasus-kasus perdata, tidak untuk kasus-kasus perdata, tidak untuk kasus-kasus pidana. Berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia saat ini (hukum positif) pada prinsipnya kasus-kasus pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu, dimungkinkan adanya penyelesaian pidana di luar pengadilan.

Walaupun pada umumnya penyelesaian sengketa di luar pengadilan hanya ada dalam sengketa perdata, namun dalam praktek sering juga kasus pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui berbagai diskresi aparat penegak hukum atau melalui mekanisme musyawarah/perdamaian atau lembaga pemaafan yang ada di dalam masyarakat (musyawarah keluarga, musyawarah desa, musyawarah adat dan sebagainya).

Dengan demikian mediasi penal dapat diartikan sebagai suatu upaya atau tindakan dari mereka yang terlibat dalam perkara pidana (penegak hukum, pelaku dan korban) untuk menyelesaikan perkara pidana tersebut di luar prosedur yang formal/proses peradilan, baik pada tahap penyidikan, penuntutan dan peradilan.

Praktek penyelesaian perkara pidana melalui mediasi penal (di luar pengadilan) selama ini tidak ada landasan hukum formalnya, sehingga sering terjadi suatu kasus yang secara informal telah ada penyelesaian damai (walaupun melalui mekanisme hukum adat) namun tetap saja diproses ke pengadilan sesuai hukum yang berlaku.

Sebagai salah satu alternatif penyelesaian masalah di bidang hukum pidana, menurut Prof. Detlev Frehsee (Barda Nawawi Arief, 2008 : 4), meningkatnya penggunaan restitusi dalam proses pidana menunjukkan bahwa perbedaan itu menjadi tidak berfungsi.

Mengingat upaya penanggulangan kejahatan lewat jalur non penal lebih bersifat tindakan pencegahan untuk terjadinya kejahatan, maka sasaran utamanya adalah menangani faktor-faktor penyebab terjadinya kejahatan. Faktor-faktor kondusif itu antara lain, berpusat pada masalah-masalah atau kondisi-kondisi sosial yang secara langsung atau tidak langsung dapat menimbulkan atau menumbuh-kembangkan kejahatan. Dengan demikian, dilihat dari sudut politik kriminal secara makro dan

global, maka upaya-upaya non penal menduduki kunci dan strategis dari keseluruhan upaya politik kriminal.

Beberapa masalah dan kondisi sosial yang dapat merupakan faktor kondusif penyebab timbulnya kejahatan, jelas merupakan masalah yang tidak dapat diatasi semata-mata dengan jalur “penal” dan oleh karena itu harus ditunjang oleh jalur “non penal”. Salah satu jalur non penal untuk mengatasi masalah-masalah sosial adalah melalui “kebijakan sosial” (*social policy*) yang termasuk dalam jalur “*prevention without punishment*” (Barda Nawawi Arief, 2008 : 44).

Walaupun pada umumnya penyelesaian sengketa atau terjadinya suatu perkara di luar pengadilan hanya ada dalam sengketa perdata, namun dalam praktek sering juga kasus pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui berbagai diskresi aparat penegak hukum atau melalui mekanisme musyawarah/perdamaian atau lembaga permufakatan yang ada di dalam masyarakat (musyawarah keluarga; musyawarah desa; musyawarah adat dsb.). Praktek penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan selama ini tidak ada landasan hukum formalnya, sehingga sering terjadi suatu kasus yang secara informal telah ada penyelesaian damai (walaupun melalui mekanisme hukum adat), namun tetap saja diproses ke pengadilan sesuai hukum yang berlaku.

Menurut Barda Nawawi Arief (2006 : 12) mediasi pidana yang dikembangkan itu bertolak dari ide dan prinsip kerja (*working principles*) sebagai berikut :

a. Penanganan konflik (*Conflict Handling/Konfliktbearbeitung*):

Tugas mediator adalah membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide,

bahwa kejahatan telah menimbulkan konflik interpersonal. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi.

b. Berorientasi pada proses (*Process Orientation/Prozessorientierung*):

Mediasi penal lebih berorientasi pada kualitas proses daripada hasil, yaitu :
menyadarkan pelaku tindak pidana akan kesalahannya, kebutuhan-kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut, dan sebagainya.

c. Proses informal (*Informal Proceeding - Informalität*):

Mediasi penal merupakan suatu proses yang informal, tidak bersifat birokratis, menghindari prosedur hukum yang ketat.

d. Ada partisipasi aktif dan otonom para pihak (*Active and Autonomous Participation - Parteiautonomie/Subjektivierung*)

Para pihak (pelaku dan korban) tidak dilihat sebagai objek dari prosedur hukum pidana, tetapi lebih sebagai subjek yang mempunyai tanggungjawab pribadi dan kemampuan untuk berbuat. Mereka diharapkan berbuat atas kehendaknya sendiri.

C. Jenis-jenis Tindak Pidana yang Dapat Diselesaikan Melalui Mediasi Penal

Sebagaimana dikemukakan di atas, bahwa berdasarkan hukum positif di Indonesia, ADR hanya dimungkinkan dalam perkara perdata (Pasal 6 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa) bahwa untuk perkara pidana pada prinsipnya tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu, dimungkinkan adanya penyelesaian kasus pidana di luar pengadilan, antara lain :

a. Dalam hal delik yang dilakukan berupa “pelanggaran yang hanya diancam dengan pidana denda”. Menurut Pasal 82 KUHP, kewenangan/hak menuntut delik

pelanggaran itu hapus, apabila terdakwa telah membayar denda maksimum untuk delik pelanggaran itu dan biaya-biaya yang dikeluarkan kalau penuntutan telah dilakukan. Ketentuan dalam Pasal 82 KUHP ini dikenal dengan istilah “*afkoop*” atau “pembayaran denda damai” yang merupakan salah satu alasan penghapusan tuntutan.

- b. Dalam hal tindak pidana dilakukan oleh anak di bawah usia 8 tahun. Menurut Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, batas usia anak nakal yang dapat diajukan ke pengadilan sekurang-kurangnya 8 tahun dan belum mencapai 18 tahun. Terhadap anak di bawah 8 tahun, penyidik dapat menyerahkan kembali anak tersebut kepada orang tua, wali atau orang tua asuhnya apabila dipandang masih dapat dibina atau diserahkan ke Departemen Sosial apabila dipandang tidak dapat lagi dibina oleh orang tua/wali/orang tua asuh (Pasal 5 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak).

Ketentuan di atas hanya memberi kemungkinan adanya penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan, namun belum merupakan mediasi non penal sebagaimana diuraikan di atas. Penyelesaian di luar pengadilan berdasar Pasal 82 KUHP di atas belum menggambarkan secara tegas adanya kemungkinan penyelesaian damai atau mediasi antara pelaku dan korban (terutama dalam masalah pemberian ganti rugi atau kompensasi yang merupakan “sarana pengalihan/diversi” (*mean of diversion*) untuk dihentikannya penuntutan maupun penjatuhan pidana. Walaupun Pasal 82 KUHP merupakan alasan penghapusan penuntutan, namun bukan karena telah adanya ganti rugi/kompensasi terhadap korban, namun hanya karena telah membayar denda maksimum yang diancamkan. Penyelesaian kasus pidana dengan memberi ganti rugi kepada korban, dimungkinkan dalam hal hakim akan menjatuhkan pidana bersyarat

(Pasal 14c KUHP). Perlu dicatat, bahwa ketentuan pidana bersyarat dalam KUHP inipun masih tetap berorientasi pada kepentingan pelaku (*offender oriented*) dan bukan “*victim oriented*”.

Kemungkinan lain terlihat dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM yang memberi kewenangan kepada Komnas HAM (yang dibentuk berdasarkan Keppres No. 50 Tahun 1993 untuk melakukan mediasi dalam kasus pelanggaran HAM (Pasal 1 ayat (7), Pasal 76 ayat (1), Pasal 89 ayat (4) dan Pasal 96). Namun tidak ada ketentuan secara tegas menyatakan bahwa semua kasus pelanggaran HAM dapat dilakukan mediasi oleh Komnas HAM, karena menurut Pasal 86 ayat (4) Komnas HAM dapat juga memberi saran kepada para pihak untuk menyelesaikan sengketa melalui pengadilan (sub c).

D. Konsep Perpolisian Masyarakat dalam Menyelesaikan Perkara Pidana Melalui Kebijakan Penal

Indonesia secara normatif-konstitusional adalah negara berdasarkan hukum, atau yang sering disebut sebagai negara hukum. Di tengah-tengah itu, polisi merupakan salah satu pilar yang penting, karena badan tersebut mempunyai peranan yang sangat penting dalam mewujudkan janji-janji hukum menjadi kenyataan. Dapat dilihat bahwa pada era reformasi telah melahirkan paradigma baru dalam segenap tatanan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang ada dasarnya memuat koreksi terhadap tatanan lama dan penyempurnaan kearah tatanan indonesia baru yang lebih baik. Paradigma baru tersebut antara lain supermasi hukum, hak azasi manusia, demokrasi, transparansi dan akuntabilitas yang diterapkan dalam praktek penyelenggara pemerintahan negara termasuk didalamnya penyelenggaraan fungsi Kepolisian.

Pengidentifikasian polisi sebagai birokrasi kontrol sosial memang memberi deskripsi mengenai polisi itu. Polisi seyogyanya kita lihat tidak hanya menjalankan kontrol sosial saja, melainkan juga memberi pelayanan dan interpretasi hukum secara konkrit, yaitu melalui tindakan-tindakannya. Dengan kontrol sosial, pelayanan dan agen interpretasi tersebut menjadi lebih lengkaplah bahwa polisi mewujudkan janji-janji hukum.

Sebelum konsep *community policing* diluncurkan terutama di negara-negara maju, penyelenggaraan tugas-tugas Kepolisian baik dalam pemeliharaan keamanan dan ketertiban maupun penegakan hukum, dilakukan secara konvensional. Polisi cenderung melihat dirinya semata-mata sebagai pemegang otoritas dan institusi Kepolisian dipandang semata-mata sebagai alat negara sehingga pendekatan kekuasaan bahkan tindakan represif seringkali mewarnai pelaksanaan tugas dan wewenang Kepolisian. Walaupun prinsip-prinsip “melayani dan melindungi” (*to serve and to protect*) ditekankan, pendekatan-pendekatan yang birokratis, sentralistik, serba sama/seragam mewarnai penyajian layanan Kepolisian. Gaya perpolisian tersebut mendorong polisi untuk mendahulukan mandat dari pemerintah pusat dan mengabaikan persetujuan masyarakat lokal yang dilayani. Selain itu Polisi cenderung menumbuhkan sikap yang menampilkan dirinya sebagai sosok yang formal, dan eksklusif dari anggota masyarakat lainnya. Pada akhirnya semua itu berakibat pada mudarnya legitimasi Kepolisian di mata publik pada satu sisi, serta semakin berkurangnya dukungan publik bagi pelaksanaan tugas Kepolisian maupun buruknya citra polisi pada sisi lain.

Pada saat ini Polri telah mengadopsi sebuah falsafah baru dalam kepolisian yaitu *community policing* sebagai model pemolisian baru melalui Polmas yang mendekatkan polisi kepada masyarakat yang dilayaninya. Hal tersebut tentunya akan membawa konsekuensi besar bagi polisi yaitu harus adanya perubahan perilaku dan tindakan-tindakan petugas kepolisian baik tingkat manajemen maupun tingkat operasional (Satjipto Rahardjo, 2004 : 85).

Perubahan yang mendasar dari falsafah tersebut harus diawali dari adanya kecintaan dari anggota polisi akan tugas dan tanggung jawabnya. Gaya pemolisian sebagai suatu tindakan atau aktivitas kepolisian dalam menyelesaikan masalah-masalah sosial yang terjadi dalam masyarakat yang berkaitan dengan pencegahan terjadinya tindak kejahatan dan upaya menciptakan keamanan dan ketertiban. (Chrysnanda Dwilaksana, 2004 : 95).

Tugas dan tanggung jawab apapun yang diberikan atau yang dipercayakan kepadanya harus menjadi suatu amanah dan harus dicintai dan ada rasa kebanggaan. Hal tersebut perlu diawali sejak adanya deskripsi dan analisa kerja yang jelas dan tertulis yang dibuat secara berjenjang dari tingkat yang terendah sampai tingkat yang tertinggi, secara terincisebagai penjabaran tugas. Adanya standarisasi keberhasilan tugas yang bervariasi antara satu tempat tugas dengan yang lainnya. Untuk mengetahui keberhasilan dalam melaksanakan tugas perlu adanya penilaian kinerja yang obyektif, konsisten dan konsekuen.

Paradigma baru Polri tersebut menjadi kerangka dalam mewujudkan jati diri, profesionalisme dan modernisasi Polri sebagai pengayom, pelindung dan pelayan masyarakat, berada dekat masyarakat dan membaaur bersama masyarakat. Inilah

paradigma baru dikenal sebagai *Community Policing*, atau Polmas, Polmas adalah sebuah filosofi, strategi operasional, dan organisasional yang mendukung terciptanya suatu kemitraan baru antara masyarakat dengan Polisi dalam mencegah masalah dan tindakan-tindakan proaktif sebagai landasan terciptanya kemitraan.

Polmas pada dasarnya sejalan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam konsep Siskamswakarsa yang dalam pengembangannya disesuaikan dengan ke-kini-an penyelenggaraan fungsi kepolisian dalam masyarakat madani, sehingga tidak semata-mata merupakan pengadopsian dari konsep *Community Policing*. Sebagai suatu falsafah, polmas mengandung makna “suatu model perpolisian yang menekankan hubungan yang menjunjung nilai-nilai sosial/kemanusiaan dan menampilkan sikap santun dan saling menghargai antara polisi dan warga dalam rangka menciptakan kondisi yang menunjang kelancaran penyelenggaraan fungsi kepolisian dan peningkatan kualitas hidup masyarakat”.