

BAB III

**TINJAUAN TEORITIK MENGENAI TINDAK PIDANA, TINDAK
PIDANA PENCEMARAN NAMA BAIK MELALUI MEDIA SOSIAL DAN
*RESTORATIVE JUSTICE***

A. Tinjauan Mengenai Tindak Pidana

1. Pengertian Tindak Pidana

Hukum pidana mengatur tentang kejahatan dan pelanggaran kepentingan umum, perbuatan mana diancam hukuman yang merupakan suatu penderitaan atau siksaan, akan tetapi, terdapat suatu perbedaan di dalam hukum pidana, yaitu di dalamnya mengenal adanya suatu kesengajaan memberikan suatu akibat hukum berupa suatu penderitaan yang khusus dalam bentuk suatu hukuman kepada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap keharusan atau larangan yang telah ditentukan.¹ Hukum pidana dipandang sebagai suatu upaya terakhir untuk memperbaiki kelakuan manusia (Asas *Ultimum Remedium*).²

Definisi hukum pidana menurut Moeljatno antara lain menyatakan bahwa hukum pidana adalah hukum yang:³

- a. Menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang dengan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar ketentuan tersebut;
- b. Menentukan kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan;
- c. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang telah melanggar tersebut.

¹ Gomgom T.P. Siregar, *Suatu Analisis mengenai Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik melalui Media Elektronik*, PT Refika Aditama, Bandung, 2020, hlm. 21

² *Ibid*, hlm. 22

³ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta, 1992, hlm. 10

Istilah tindak pidana berasal dari istilah yang dikenal dalam hukum pidana Belanda, yaitu *strafbaar feit*, walaupun istilah ini terdapat dalam WvS Hindia Belanda, akan tetapi tidak ada penjelasan resmi tentang apa yang dimaksud dengan *strafbaar feit* tersebut.⁴ Oleh karena itu, para ahli hukum berusaha memberi arti dan istilah tersebut, walau sampai saat ini belum ada keseragaman pendapat.⁵

Masalah tindak pidana dalam ilmu hukum pidana merupakan bagian yang paling pokok dan sangat penting. Telah banyak definisi tentang tindak pidana oleh para ahli hukum, namun di samping ada persamaan, terdapat juga perbedaan mengenai istilah tindak pidana. Di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak terdapat pengertian tindak pidana, tetapi pengertian tersebut biasanya dikemukakan oleh para ahli hukum. Menurut Moeljatno tindak pidana diartikan sebagai perbuatan pidana, yaitu perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai dengan ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut.⁶ Disamping pengertian tindak pidana tersebut, maka Moeljatno menambahkan bahwa perbuatan pidana atau tindak pidana itu bersifat merugikan masyarakat jadi anti sosial, karenanya perbuatan itu dilarang keras atau pantang dilakukan, dengan demikian konsepsi perbuatan pidana atau tindak pidana dapat disamakan atau disesuaikan dengan konsepsi perbuatan pantangan yang telah lama dikenal dalam masyarakat Indonesia asli sejak nenek moyang.⁷

⁴ Gomgom T.P. Siregar, *Op. Cit.*, hlm. 25

⁵ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana I*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm.67

⁶ Moeljatno, *Op. Cit.*, hlm. 54

⁷ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta 2008, hlm. 3

Tindak pidana menurut Adam Chazawi mengemukakan bahwa *Strafbaarfeit* itu dikenal dalam hukum pidana, diartikan sebagai delik, peristiwa pidana, dan tindak pidana. *Strafbaarfeit* terdiri dari 3 (tiga) kata yaitu *straf*, *baar*, dan *feit*. *Straf* diartikan sebagai pidana dan hukum, *baar* diartikan sebagai dapat dan boleh. Sedangkan *feit* diartikan sebagai tindak, peristiwa, pelanggaran, dan perbuatan. Bahasa inggrisnya adalah *delict*. Artinya, suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukuman (pidana).⁸ Sedangkan menurut Van Hamel, tindak pidana adalah perbuatan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang melawan hukum yang patut dipidana dan dilakukan sebagai kesalahan. Sebagai tindak pidana suatu pelanggaran terhadap kaidah hukum yang berlaku di masyarakat, dimana pelaku mempunyai kesalahan untuk dapat dimintai pertanggungjawaban sehingga dapat dikenai pemidanaan.⁹

2. Unsur-Unsur Tindak Pidana

Dari beberapa pengertian menurut para ahli hukum jelas bahwa adanya suatu perbuatan yang melawan hukum memiliki unsur-unsur untuk mengungkapkan suatu tindak pidana. Menurut Leden Marpaung, unsur perbuatan tindak pidana dibedakan menjadi 2 (dua) macam yaitu:¹⁰

1. Unsur Subjektif

Unsur Subjektif adalah unsur-unsur yang melekat pada pelaku tindak pidana dalam hal ini termasuk juga sesuatu yang terkandung di dalam hatinya. Unsur-unsur subjektif dari suatu tindak pidana adalah:

⁸ Alfitri, *Modus Operandi Pidana Khusus Di Luar KUHP : Korupsi, Money Laundering, Dan Trafficking*, Raih Asa Sukses, Jakarta, 2014, hlm. 112.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Leden Marpaung, *Hukum Pidana Bagian Khusus*, Sinar Grafika, Jakarta, 1991, hlm. 9

- a. Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus* atau *culpa*)
- b. Maksud pada suatu percobaan
- c. Macam-macam maksud seperti yang terdapat di dalam kejahatan-kejahatan pembunuhan, pencurian, penipuan.
- d. Merencanakan terlebih dahulu.

2. Unsur Objektif

Unsur Objektif adalah unsur yang ada hubungannya dengan keadaan tertentu, di mana keadaan-keadaan tersebut sesuatu perbuatan telah dilakukan.

Unsur-unsur objektif dari suatu tindak pidana adalah :

- a. Sifat melawan hukum.
- b. Kausalitas (sebab-akibat)
- c. Kausalitas yaitu hubungan antara sesuatu tindakan sebagai penyebab dengan sesuatu kenyataan akibat.

3. Macam-macam Tindak Pidana

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana telah mengklasifikasikan tindak pidana atau delik kedalam dua kelompok yaitu dalam Buku Kedua dan Buku Ketiga masing-masing menjadi kelompok kejahatan dan pelanggaran. Dari keseluruhan jenis delik-delik dalam hukum pidana, hanya beberapa yang menjadi relevansi pada kajian ini. Perbuatan pidana dibedakan menjadi beberapa macam, yaitu sebagai berikut:¹¹

1. Perbuatan pidana (delik) formil, adalah suatu perbuatan pidana yang sudah dilakukan dan perbuatan itu benar-benar melanggar ketentuan yang dirumuskan dalam pasal undang-undang yang bersangkutan.

¹¹ Yulies Tiena Masriani, *Pengantar Hukum Indonesia*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 2004. hlm.63.

Contoh: Pencurian adalah perbuatan yang sesuai dengan rumusan Pasal 362 KUHP, yaitu mengambil barang milik orang lain dengan maksud hendak memiliki barang itu dengan melawan hukum.

2. Perbuatan pidana (delik) materiil, adalah suatu perbuatan pidana yang dilarang, yaitu akibat yang timbul dari perbuatan itu. Contoh: pembunuhan. Dalam kasus pembunuhan yang dianggap sebagai delik adalah matinya seseorang yang merupakan akibat dari perbuatan seseorang.
3. Perbuatan pidana (delik) *dolus*, adalah suatu perbuatan pidana yang dilakukan dengan sengaja. Contoh: pembunuhan berencana (Pasal 338 KUHP)
4. Perbuatan pidana (delik) *culpa*, adalah suatu perbuatan pidana yang tidak sengaja, karena kealpaannya mengakibatkan luka atau matinya seseorang. Contoh: Pasal 359 KUHP tentang kelalaian atau kealpaan.
5. Delik aduan, adalah suatu perbuatan pidana yang memerlukan pengaduan orang lain. Jadi, sebelum ada pengaduan belum merupakan delik. Contoh: Pasal 284 mengenai perzinahan atau Pasal 310 mengenai Penghinaan.
6. Delik biasa adalah terjadinya suatu perbuatan yang tidak perlu ada pengaduan, tetapi merupakan suatu kewajiban aparat penegak hukum untuk melakukan tindakan.

B. Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik Melalui Media Sosial

1. Pengertian Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik

Tindak pidana pencemaran nama baik dikenal dengan istilah penghinaan terhadap kehormatan, yang pada dasarnya adalah menyerang kehormatan seseorang. Kehormatan adalah perasaan terhormat seseorang di mata masyarakat, dimana setiap orang memiliki hak untuk diperlakukan sebagai anggota masyarakat yang terhormat.¹² Nama baik adalah penilaian baik menurut anggapan umum tentang perilaku atau kepribadian seseorang dari sudut moralnya. Nama baik seseorang selalu dilihat dari sudut orang lain, yakni moral atau kepribadian yang baik, sehingga ukurannya ditentukan berdasarkan penilaian secara umum dalam

¹² Gomgom T.P. Siregar, *Op. Cit.*, hlm. 35

suatu masyarakat tertentu di tempat mana perbuatan tersebut dilakukan dan konteks perbuatannya.¹³

Dalam kamus Hukum, pencemaran nama baik adalah perbuatan menghina atau menista orang lain atau menyerang nama baik atau kehormatan orang lain dan menyiarkan agar supaya diketahui umum atau baik secara lisan maupun tertulis. Sedangkan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, penghinaan atau pencemaran nama baik yaitu segala penyerangan kehormatan dan nama seseorang dengan tidak memuat suatu tuduhan melakukan perbuatan tertentu atau tidak ditujukan untuk menyiarkannya kepada khalayak ramai dapat dihukum tetapi terbatas pada cara-cara melakukannya yang tertentu.¹⁴

Menurut S. Soesilo menerangkan apa yang dimaksud dengan menghina yaitu menyerang kehormatan dan nama baik seseorang. Yang diserang biasanya malu, kehormatan yang diserang disini bukan kehormatan dalam lapangan seksual.¹⁵

Pencemaran nama baik dikenal juga dengan istilah penghinaan yang pada dasarnya adalah menyerang nama baik dan kehormatan seseorang yang bukan dalam arti seksual sehingga orang itu merasa dirugikan. Kehormatan dan nama baik memiliki pengertian yang berbeda tetapi keduanya tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lain, karena menyerang kehormatan akan berakibat kehormatan dan nama baiknya tercemar, demikian juga menyerang nama baik akan berakibat nama baik dan kehormatan tercemar. Oleh sebab itu menyerang salah satu diantara

¹³ *Ibid*

¹⁴ Hamzah Hasan, *Kejahatan kesusilaan Perspektif Hukum Pidana Islam*. Alauddin University Press, Makasar, 2012, hlm. 151

¹⁵ R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) serta komentar-komentar Lengkap Pasal Demi Pasal*, Politeria, Bogor, 1996, hlm. 225.

kehormatan atau nama baik sudah cukup dijadikan alasan untuk menuduh seseorang telah melakukan penghinaan.¹⁶

Penghinaan sudah lama menjadi bagian dari hukum pidana dan hukum perdata Indonesia, karena pada dasarnya Indonesia mewarisi sistem hukum yang berlaku pada masa Hindia Belanda.¹⁷ Hukum penghinaan di Indonesia pada dasarnya diatur dalam 2 (dua) kelompok besar, yaitu kelompok hukum pidana diatur dalam KUHP dan beberapa UU lain yang juga memuat ketentuan beberapa pasalnya.¹⁸

2. Pengertian Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Dalam KUHP penghinaan dibedakan berdasarkan penghinaan umum dan penghinaan khusus. Objek penghinaan umum berupa harga diri atau martabat kehormatan pribadi seseorang. Objek penghinaan khusus berupa harga diri atau martabat mengenai kehormatan dan nama baik kelompok.¹⁹ Hukum pidana mengatur penghinaan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana BAB XVI Buku II Pasal 310 sampai Pasal 321. KUHP menjelaskan, secara umum Penghinaan diatur dalam Bab XVI dan dikelompokkan menjadi 7 (tujuh) bagian, yakni: menista, fitnah, penghinaan ringan, penghinaan terhadap pegawai negeri, pengaduan fitnah, persangkutan palsu, dan penistaan terhadap orang mati. Selain itu, di dalam KUHP juga terdapat bentuk-bentuk penghinaan yang lebih khusus,

¹⁶ Leden Marpaung, *Tindak Pidana Terhadap Kehormatan Pengertian dan Penerapannya*, PT Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm. 54

¹⁷ Gomgom T.P. Siregar, *Op. Cit.*, hlm 27

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid*, hlm. 28

seperti penghinaan terhadap Presiden/Wakil Presiden, penghinaan terhadap Negara, penghinaan terhadap Badan/Kekuasaan Umum, penghinaan terhadap Golongan, dan penghinaan (Menista) terhadap Agama.²⁰

3. Pengertian Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik Melalui Media Sosial Dalam Undang-Undang Informasi Dan Transaksi Elektronik

Secara operasional, pencemaran nama baik melalui media sosial adalah suatu tindakan yang dilakukan oleh seseorang atau oknum yang tanpa hak menyebarkan fitnah atau perkataan, baik berupa video, yang dapat menyerang kehormatan dan nama baik seseorang dan yang diserang itu biasanya merasa malu.²¹

Informasi yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, *electronic data interchange (EDI)*, surat elektronik, telegram, teleks, *telecopy* atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, kode akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah sehingga di dalamnya mengandung unsur penghinaan atau pencemaran nama baik seseorang.²²

Tindak pidana pada Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik tidak memuat bentuk-bentuk penghinaan atau pencemaran nama baik seperti yang terdapat dalam KUHP. Namun, hanya memuat kualifikasi dari tindak pidana penghinaan atau pencemaran nama baik, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE, yakni hanya menyebutkan kualifikasi yang dilakukan dengan cara

²⁰ *Ibid*, hlm 27

²¹ Gomgom T.P. Siregar, *Op. Cit.*, hlm 53

²² *Ibid*, hlm. 70

“mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diakses”. Namun, di dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik tidak terdapat penjelasan mengenai apa yang dimaksud dengan “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diakses”.²³

Unsur-unsur yang terdapat dalam Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang No. 19 Tahun 2016 tentang perubahan atas Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik adalah:²⁴

- 1) Setiap Orang
Orang adalah perseorangan, baik Warga Negara Indonesia, Warga Negara Asing, maupun badan hukum.
- 2) Dengan Sengaja dan Tanpa Hak
Dengan sengaja dan tanpa hak adalah Tindakan yang dilakukan oleh pelaku kejahatan yang telah direncanakan atau diniatkan terlebih dahulu dan tanpa sepengetahuan dari orang yang berhak.
- 3) Mendistribusikan dan/atau Mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya
Mendistribusikan dan/atau Mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya adalah tindakan yang dilakukan oleh pelaku kejahatan untuk menyebarluaskan tindak kejahatannya supaya dapat diketahui oleh orang banyak.
- 4) Informasi Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.

Menurut pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2/PUU-VII/2009 halaman 89 menjelaskan sebagai berikut.²⁵

- a. Mendistribusikan, yaitu menyebarluaskan melalui sarana/media elektronik ditujukan kepada orang-orang tertentu yang dikehendaki.
- b. Mentransmisikan, yaitu memasukkan informasi ke dalam jaringan media elektronik yang bisa diakses public oleh siapa saja yang tidak dibatasi oleh tempat dan waktu.
- c. Akses adalah kegiatan melakukan interaksi dengan Sistem Elektronik yang berdiri sendiri atau dalam jaringan.

²³ *Ibid*, hlm. 39

²⁴ *Ibid*, hlm. 69-70

²⁵ *Ibid*.

- d. Informasi Elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, *electronic data incharge* (EDI), surat elektronik, telegram, teleks, telecopy, atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, kode, akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah, yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.
- e. Dokumen Elektronik adalah setiap Informasi Elektronik yang dibuat, diteruskan, dikirimkan, diterima, atau disimpan dalam bentuk analog, digital, elektromagnetik, optikal, atau sejenisnya, yang dapat dilihat, ditampilkan, dan/atau didengar melalui computer atau Sistem Elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, kode, akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah, yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.

Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-VI/2008 dan Nomor 2/PUU-VII/2009, tindak pidana penghinaan dan pencemaran nama baik dalam bidang Informasi dan Transaksi Elektronik bukan semata-mata sebagai tindak pidana umum, melainkan sebagai delik aduan. Penegasan mengenai delik aduan dimaksudkan agar selaras dengan asas kepastian hukum dan rasa keadilan masyarakat.²⁶

4. Delik Immaterial Pada Pasal 36 Undang-Undang No. 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik

Unsur-unsur yang terdapat dalam Pasal 36 Undang-Undang No. 19 Tahun 2016 tentang perubahan atas Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik adalah:

- 1) Setiap Orang
- 2) Dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum

²⁶ *Ibid.* hlm. 59

- 3) Perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 34
- 4) Mengakibatkan kerugian bagi orang lain

Kedudukan operator norma pada pasal 36 UU-ITE, yang mengatur bahwa apabila tindakan pelanggaran terkait pasal 27 sampai dengan pasal 34 UU-ITE mengakibatkan kerugian bagi orang lain, maka pasal 36 bisa digunakan. Dengan adanya ketentuan kondisi atau syarat norma pada pasal 36 UU-ITE, maka larangan dalam UU-ITE bisa dibaca dengan dua bentuk, yaitu: pertama: larangan perbuatan yang tidak mensyaratkan akibat kerugian (formil), dan kedua: larangan perbuatan yang mensyaratkan akibat kerugian (materil) sebagaimana diatur dalam pasal 36 UU-ITE.²⁷

Berdasarkan penjelasan di atas, terlihat bahwa dalam penerapan UU-ITE memiliki dua mekanisme dan bergantung pada peristiwa hukum yang terjadi. Menurut Bambang Pratama dalam penentuan unsur kerugian, apakah bentuk kerugian itu harus berupa materi atau bentuk kerugian bisa termasuk kerugian imateril. Dalam hal ini saya berpendapat bahwa bentuk kerugian haruslah nyata, namun demikian tidak harus material, bisa juga reputasi. Hal ini didasarkan pada argumentasi bahwa aturan hukum bentuknya kongkret yang digunakan untuk menjawab permasalahan kongkret. Oleh sebab itu ketika menentukan suatu jenis kerugian, maka kerugian tersebut haruslah kongkret, bukan hanya berdasarkan pada apa yang dirasakan olehnya secara subjektif.²⁸

²⁷ Bambang Pratama, "PERBUATAN YANG DILARANG DALAM UU-ITE", <https://business-law.binus.ac.id/2019/07/23/perbuatan-yang-dilarang-dalam-uu-ite/>, diakses pada Tanggal 20 Juni 2020, Pukul. 20.19 WIB.

²⁸ *Ibid.*

Menurut Riki Perdana Raya Waruwu Penghinaan/Pencemaran Nama Baik merupakan kerugian immaterial. Peristiwa pidana dalam Putusan Kasasi Mahkamah Agung Nomor 2290 K/PID.SUS/2015. Adapun salah satu pertimbangan majelis hakim adalah kerugian yang bersifat *immaterial* yang diderita korban tidak dapat dinilai dengan uang. Salah satu akibat yang dirasakan korban adalah hilangnya kepercayaan orang/masyarakat yang membaca tulisan pada akun *Facebook* Terdakwa.²⁹

C. Tinjauan Umum Mengenai *Restorative Justice*

1. Pengertian *Restorative Justice*

Berdasarkan Pasal 1 angka 27 Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2019 Tentang Penyidikan Tindak Pidana, keadilan restoratif adalah penyelesaian kasus pidana yang melibatkan pelaku, korban dan/atau keluarganya serta pihak terkait, dengan tujuan agar tercapai keadilan bagi seluruh pihak.

Menurut Eva Achjani Zulfa, keadilan restoratif adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisih dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini.³⁰

²⁹ Riki Perdana Raya Waruwu, "Aspek Hukum Pencemaran Nama Baik melalui Facebook", <http://www.pn-gunungsugih.go.id/main/index.php/805-aspek-hukum-pencemaran-nama-baik-melalui-facebook.html>, diakses pada tanggal 14 Agustus 2020, pukul 15.28 WIB

³⁰ Eva Achjani Zulfa, *Keadilan Restoratif*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 65.

Menurut Bagir Manan, secara umum pengertian keadilan restoratif adalah penataan kembali sistem pemidanaan yang lebih adil, baik bagi pelaku, korban maupun masyarakat.³¹

Proses pendekatan keadilan restoratif dilakukan dengan suatu kebijakan sehingga terwujud suatu pengalihan proses penyelesaian tindak pidana keluar proses pengadilan pidana dan diselesaikan melalui proses musyawarah. Penyelesaian melalui musyawarah sebetulnya bukan hal baru bagi Indonesia, bahkan hukum adat di Indonesia tidak membedakan penyelesaian perkara pidana dan perdata, semua perkara dapat diselesaikan secara musyawarah dengan tujuan untuk mendapatkan keseimbangan atau pemulihan keadaan.³²

Keadilan ini adalah ihwal yang mendasar bagi bekerjanya suatu sistem hukum. Sistem hukum tersebut sesungguhnya merupakan struktur atau kelengkapan saja untuk mencapai konsep keadilan yang telah disepakati bersama.³³ Dalam perspektif restoratif dalam memandang kejahatan, meskipun kejahatan dilakukan juga melanggar hukum pidana, aspek yang lebih penting bukan perbuatan pelanggarnya tetapi proses penimbunan kerugian terhadap korban kejahatan, masyarakat dan sebenarnya melanggar kepentingan pelanggar itu sendiri. Bagian-bagian yang penting ini sebagian besar telah dilupakan oleh sistem peradilan pidana menurut perspektif retributif.³⁴

³¹ Albert Aries, "Penyelesaian Perkara Pencurian Ringan dan Keadilan Restoratif", *Majalah Varia Peradilan, Tahun XX. No. 247*, Ikatan Hakim Indonesia, 2006. hlm. 3.

³² Arief, Barda Nawawi. *Batas-Batas Kemampuan Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Kejahatan, Makalah Seminar Nasional Pendekatan Non Penal Dalam Penanggulangan Kejahatan*, Graha Santika Hotel, Semarang, 1996. hlm. 2

³³ Rahardjo, Satjipto. *Biarkan Hukum Mengalir (Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia dan Hukum)*. Buku Kompas. Jakarta. 2007. hlm. 270

³⁴ Yulia, Rena. *Viktimologi Perlindungan Hukum Terhadap Korban Kejahatan*. Graha Ilmu. Yogyakarta, 2010. hlm. 191

2. Prinsip-Prinsip *Restorative Justice*

Beberapa prinsip-prinsip yang berlaku secara universal yang melekat dalam konsep pendekatan restoratif dalam menyelesaikan tindak pidana, antara lain:³⁵

a. Prinsip Penyelesaian yang adil (*Due Process*)

Dalam setiap sistem peradilan pidana di seluruh negara, kepada tersangka selalu diberikan hak untuk mengetahui terlebih dahulu tentang prosedural-prosedural perlindungan tertentu ketika dihadapkan pada penuntutan atau penghukuman. Proses peradilan (*Due Process*) haruslah dianggap sebagai bentuk perlindungan untuk memberi keseimbangan bagi kekuasaan negara untuk menahan, menuntut, dan melaksanakan hukuman dari suatu putusan penghukuman.

Diantara proteksi-proteksi yang diidentifikasi yang telah diterima secara internasional dan termasuk sebagai gagasan *Due Process* adalah hak untuk diduga tak bersalah (*presumption of innocence*) dan hak untuk mendapatkan persidangan yang adil (*fair*) serta hak untuk mendapatkan bantuan penasihat hukum.

Dalam penyelesaian restoratif. Batas proses formal selalu diberikan bagi tersangka setiap saat, baik selama dan setelah restoratif agar hak tersangka mendapatkan pengadilan yang *fair* tetap terjaga. Namun demikian jika tersangka diharuskan untuk melepaskan haknya dan memilih untuk berpartisipasi dalam sebuah proses restoratif, maka kepada tersangka harus diberi tahu implikasi keputusannya memilih intervensi restoratif. Sebaliknya bila dalam putusan penyelesaian melalui restoratif pelaku tidak dapat memenuhi putusan karena

³⁵ Rufinus Hotmaulana Hutauruk. *Penanggulangan Kejahatan Korporasi melalui pendekatan Restoratif Suatu Terobosan Hukum*. Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm 126

dianggap mengurangi hak atau membebani tersangka terlalu berat, maka kepada pelaku diberi perlindungan tambahan, tersangka dapat diperbolehkan untuk melakukan banding terhadap perjanjian apapun yang dicapai dalam proses restoratif berdasarkan alasan tidak bersalah.

b. Perlindungan yang setara

Dalam proses penyelesaian tindak pidana melalui pendekatan restoratif. Keadilan harus timbul dari suatu proses saling memahami akan makna dan tujuan keadilan itu, tanpa memandang suku, jenis kelamin, agama, asal bangsa dan kedudukan sosial lainnya.

Terdapat keraguan tentang kemampuan sistem pendekatan restoratif dalam penyelesaian suatu masalah dan memberikan “rasa keadilan” diantara para partisipan yang berbeda-beda, karena dapat saja salah satu pihak mempunyai kelebihan kekuatan ekonomi, intelektual, politik atau bahkan fisik. Sehingga akan terjadi suatu ketidaksetaraan diantara para pihak yang berpartisipasi dalam suatu proses restoratif.

c. Hak-Hak Korban

Dalam penyelesaian suatu masalah melalui pendekatan restoratif, hak-hak korban perlu mendapat perhatian karena korban adalah pihak yang berkepentingan yang seharusnya mempunyai kedudukan (hukum) dalam proses penyelesaiannya. Pada sistem peradilan pidana pada umumnya ditengarai bahwa korban tidak menerima perlindungan yang setara dari pemegang wewenang sistem peradilan pidana, sehingga kepentingan yang hakiki dari korban sering terabaikan dan

kalaupun ini ada hanya sekedar pemenuhan sistem administrasi atau manajemen peradilan pidana.

d. Proporsionalitas

Gagasan *fairness* di dalam sistem restoratif didasarkan pada konsensus persetujuan yang memberikan alternatif dalam menyelesaikan masalah sedangkan pengertian proporsionalitas adalah berkaitan dengan lingkup kesamaan sanksi-sanksi penderitaan yang harus dikarenakan pada pelanggar yang melakukan pelanggaran. Dalam peradilan pidana pada umumnya, proporsionalitas dianggap telah terpenuhi bila telah memenuhi suatu perasaan keadilan retributif (keseimbangan timbal balik antara *punish* dan *reward*). Sedangkan dalam pendekatan restoratif dapat memberlakukan sanksi-sanksi yang tidak sebanding terhadap pelanggar yang melakukan pelanggaran yang sama.

Beberapa korban mungkin hanya menginginkan suatu permintaan yang bersahaja, sementara korban lainnya mungkin mengharapkan restorasi penuh dari pelanggar.

e. Praduga Tak Bersalah

Dalam peradilan pidana pada umumnya, negara memiliki beban pembuktian untuk membuktikan kesalahan tersangka. Sejak dan sampai beban pembuktian ini dilakukan, tersangka harus dianggap tidak bersalah. Berbeda halnya dalam proses restoratif, yang mensyaratkan suatu pengakuan bersalah merupakan syarat dapat dilanjutkannya lingkaran penyelesaian.

Dalam proses-proses restoratif, hak-hak tersangka mengenai praduga tak bersalah dapat dikompromikan dengan cara, yaitu tersangka memiliki hak untuk

melakukan terminasi proses restoratif dan menolak proses pengakuan bahwa ia bersalah, dan selanjutnya memilih opsi proses formal di mana kesalahan harus dibuktikan, atau tersangka dapat memperoleh hak untuk banding ke pengadilan dan semua perjanjian yang disepakati dalam proses restoratif dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat.³⁶

f. Hak Bantuan Konsultasi atau Penasihat Hukum

Dalam proses restoratif, advokat atau penasihat hukum memiliki peran yang sangat strategis untuk membangun kemampuan pelanggar dalam melindungi haknya *vis a vis* bantuan penasihat hukum. Dalam semua tahapan proses informal yang restoratif, tersangka dapat diberi informasi melalui bantuan penasihat hukum mengenai hak dan kewajibannya yang dapat dipergunakan sebagai pertimbangan dalam membuat keputusan.

3. Penerapan *Restorative Justice*

Kepolisian Negara Republik Indonesia adalah bagian dari administrasi pemerintahan yang fungsinya untuk memelihara keteraturan serta ketertiban dalam masyarakat, menegakkan hukum, dan mendeteksi kejahatan serta mencegah terjadinya kejahatan. Polisi juga memiliki fungsi sebagai pengayom masyarakat dari ancaman dan tindak kejahatan yang mengganggu rasa aman serta merugikan secara kejiwaan dan material, dengan cara memelihara keteraturan dan ketertiban

³⁶ *Ibid* hlm.136

sosial, menegakkan hukum atau lebih tepatnya menegakkan keadilan dalam masyarakat berdasarkan hukum.³⁷

Tugas kepolisian dalam memelihara ketertiban dan keamanan masyarakat sangat erat kaitannya dengan hak-hak asasi manusia. Oleh karena sifat pekerjaan itulah, maka polisi sering menanggung resiko menjadi sorotan masyarakat. Sorotan-sorotan yang ditujukan kepada polisi ada yang bersifat positif maupun negatif.³⁸

Polisi haruslah menempatkan posisinya bukan hanya sekedar pelaksana undang-undang, dimana ia dapat memilih antara meneruskan proses secara hukum atau menggunakan sarana mediasi untuk menghentikan proses hukum. Menurut Gustav Radbruch, ada tiga nilai dasar yang terdapat dalam hukum, yakni nilai keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum.

Memang pada dasarnya, metode mediasi untuk menyelesaikan kasus tindak pidana di Kepolisian tidak dikenal dalam peraturan perundang-undangan tentang sistem peradilan pidana, seperti di Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana dan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia. Meski demikian, Kepolisian memiliki Hak Diskresi pada pasal 18 ayat (1) Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian. Kapolri setidaknya mengeluarkan surat tentang penanganan sengketa di luar pengadilan serta Perkap yang mengatur mengenai Penyidikan Tindak Pidana. Mediasi oleh lembaga Kepolisian antara lain adalah *restorative justice*.

³⁷ Denny Pratama Fitriyanto, Erna Dwi, Diah Gusti Niati M, "MEDIASI PENAL OLEH LEMBAGA KEPOLISIAN DALAM PENANGANAN TINDAK PIDANA RINGAN DALAM MEWUJUDKAN PRINSIP RESTORATIVE JUSTICE", *Studi di Wilayah Hukum Polresta Bandar Lampung*, Bandar Lampung, 2017, hlm. 1

³⁸ Sitompul, *Beberapa Tugas dan Peranan Polisi*, Cv. Wanthy Jaya, Jakarta, 2000, hlm 1

Memahami konsep diskresi kepolisian secara sederhana, ialah memahami bahwa kepolisian memiliki kewenangan untuk mengambil keputusan atau memilih berbagai tindakan dalam menyelesaikan perkara pidana yang ditanganinya dengan berdasarkan hukum atas dasar situasi dan kondisi, menurut pertimbangan dan keputusan hati nuraninya sendiri demi kepentingan umum.³⁹

Diskresi kepolisian, secara tidak langsung dapat digunakan dalam menerapkan mediasi dalam penanganan perkara antara dua belah pihak pelaku dan korban untuk menyelesaikan permasalahan hukum yang baik untuk mencapai keadilan dan kemanfaatan yang merupakan tujuan hukum. Sehingga polisi dapat menjadi pahlawan bagi bangsanya, dengan membuat pilihan tepat dalam pekerjaannya.⁴⁰

Mediasi merupakan salah satu bentuk penyelesaian sengketa diluar lembaga peradilan (*non litigasi*) dengan bantuan orang lain atau pihak ketiga yang netral dan tidak memihak serta tidak sebagai pengambil keputusan yang disebut mediator. Tujuannya disini ialah untuk mencapai kesepakatan penyelesaian sengketa yang sedang mereka hadapi tanpa ada yang merasa dikalahkan.⁴¹

Beberapa peraturan mengenai mediasi oleh pihak kepolisian antara lain yaitu :

- a) Surat kapolri No. Pol. B/ 3022/XII/2009/sdeops tentang konsep Alternatif Dispute Resolution (ADR).
- b) Pasal 12 Perkap No. 6 Tahun 2019 Tentang Penyidikan Tindak Pidana

³⁹ *Ibid*, hlm. 2

⁴⁰ Satjipto Raharjo, *Membangun Polisis sipil, Perspektif Hukum, Sosial, dan Kemasyarakatan*, PT Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2007, hlm 262

⁴¹ I Ketut Artadi dan Dewa Nyoman Rai Asmara Putra, *Pengantar Umum Tentang Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Perancangan Kontrak*, Fakultas Hukum Universitas Udayana, Denpasar, 2009, hlm 12