

BAB II

LANDASAN TEORI

2.1.Uraian Teori

2.1.1. Teori Pidana

Teori-teori pidana berkembang mengikuti dinamika kehidupan masyarakat sebagai reaksi dari timbul dan berkembangnya kejahatan itu sendiri yang senantiasa mewarnai kehidupan sosial masyarakat dari masa ke masa. Dalam dunia ilmu hukum pidana itu sendiri, berkembang beberapa teori tentang tujuan pidana, yaitu teori absolut (*retributif*), teori relatif (*deterrence/utilitarian*), teori penggabungan (*integratif*), teori *treatment* dan teori perlindungan sosial (*social defence*). Teori-teori pidana mempertimbangkan berbagai aspek sasaran yang hendak dicapai di dalam penjatuhan pidana.⁵³

Teori absolut (*teori retributif*), memandang bahwa pidana merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan, jadi berorientasi pada perbuatan dan terletak pada kejahatan itu sendiri. Pidana diberikan karena si pelaku harus menerima sanksi itu demi kesalahannya. Menurut teori ini, dasar hukuman harus dicari dari kejahatan itu sendiri, karena kejahatan itu telah menimbulkan penderitaan bagi orang lain, sebagai imbalannya (*vergelding*) si pelaku harus diberi penderitaan.⁵⁴

⁵³Dwidja Priyanto, *Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara Di Indonesia*, Bandung : PT. Rafika Aditama, 2009, Hlm 22.

⁵⁴Leden Marpaung, *Asas-Teori-Praktek Hukum Pidana*, Jakarta : Sinar Grafika, 2009, Hlm 105.

Setiap kejahatan harus diikuti dengan pidana, tidak boleh tidak, tanpa tawar menawar. Seseorang mendapat pidana oleh karena melakukan kejahatan. Tidak dilihat akibat-akibat apapun yang timbul dengan dijatuhkannya pidana, tidak peduli apakah masyarakat mungkin akan dirugikan. Pembalasan sebagai alasan untuk memidana suatu kejahatan.⁵⁵ Penjatuhan pidana pada dasarnya penderitaan pada penjahat dibenarkan karena penjahat telah membuat penderitaan bagi orang lain.⁵⁶ Menurut Hegel bahwa, pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan.⁵⁷

Ciri pokok atau karakteristik teori *retributif*, yaitu :⁵⁸

1. Tujuan pidana adalah semata-mata untuk pembalasan ;
2. Pembalasan adalah tujuan utama dan di dalamnya tidak mengandung sarana-sarana untuk tujuan lain misalnya untuk kesejahteraan masyarakat;
3. Kesalahan merupakan satu-satunya syarat untuk adanya pidana ;
4. Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan si pelanggar ;
5. Pidana melihat ke belakang, ia merupakan pencelaan yang murni dan tujuannya tidak untuk memperbaiki, mendidik atau memasyarakatkan kembali si pelanggar.

Teori relatif (*deterrence*), teori ini memandang pidana bukan sebagai pembalasan atas kesalahan si pelaku, tetapi sebagai sarana mencapai tujuan bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan. Dari teori ini muncul tujuan pidana sebagai sarana pencegahan, yaitu pencegahan umum yang ditujukan pada masyarakat. Berdasarkan teori ini, hukuman yang dijatuhkan

⁵⁵Dwidja Priyanto, *Op. Cit*, Hlm 24.

⁵⁶Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Op. Cit*, Hlm 90.

⁵⁷Muladi dan Barda Nawawi, *Op. Cit*, Hlm 12.

⁵⁸Karl O.Cristiansen sebagaimana dikutip oleh Dwidja Priyanto, *Op. Cit*, Hlm 26.

untuk melaksanakan maksud atau tujuan dari hukuman itu, yakni memperbaiki ketidakpuasan masyarakat sebagai akibat kejahatan itu. Tujuan hukuman harus dipandang secara ideal, selain dari itu, tujuan hukuman adalah untuk mencegah (*prevensi*) kejahatan.⁵⁹

Menurut Leonard, teori *relatif* pemidanaan bertujuan mencegah dan mengurangi kejahatan. Pidana harus dimaksudkan untuk mengubah tingkah laku penjahat dan orang lain yang berpotensi atau cenderung melakukan kejahatan. Tujuan pidana adalah tertib masyarakat, dan untuk menegakan tata tertib masyarakat itu diperlukan pidana.⁶⁰

Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Dasar pembenaran pidana terletak pada tujuannya adalah untuk mengurangi frekuensi kejahatan. Pidana dijatuhkan bukan karena orang membuat kejahatan, melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan. Sehingga teori ini sering juga disebut teori tujuan (*utilitarian theory*).⁶¹

Adapun ciri pokok atau karakteristik teori relatif (*utilitarian*), yaitu :⁶²

1. Tujuan pidana adalah pencegahan (*prevention*) ;
2. Pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat ;

⁵⁹ Leden Marpaung, *Op. Cit*, Hlm 106.

⁶⁰ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Op. Cit*, Hlm 96-97.

⁶¹ Dwidja Priyanto, *Op. Cit*, Hlm 26.

⁶² Karl O. Christiansen dalam Dwidja Priyanto, *Ibid*

3. Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dapat dipersalahkan kepada si pelaku saja (misal karena sengaja atau *culpa*) yang memenuhi syarat untuk adanya pidana ;
4. Pidana harus ditetapkan berdasar tujuannya sebagai alat untuk pencegahan kejahatan ;
5. Pidana melihat ke muka (bersifat prospektif), pidana dapat mengandung unsur pencelaan, tetapi unsur pembalasan tidak dapat diterima apabila tidak membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat.

Teori gabungan (*integratif*) mendasarkan pidana pada asas pembalasan dan asas tertib pertahanan tata tertib masyarakat, dengan kata lain dua alasan itu menjadi dasar dari penjatuhan pidana. Pada dasarnya teori gabungan adalah gabungan teori absolut dan teori relatif. Gabungan kedua teori itu mengajarkan bahwa penjatuhan hukuman adalah untuk mempertahankan tata tertib hukum dalam masyarakat dan memperbaiki pribadi si penjahat.⁶³

Teori gabungan ini dapat dibedakan menjadi dua golongan besar, yaitu :⁶⁴

1. Teori gabungan yang mengutamakan pembalasan, tetapi pembalasan itu tidak boleh melampaui batas dari apa yang perlu dan cukup untuk dapatnya dipertahankannya tata tertib masyarakat;
2. Teori gabungan yang mengutamakan perlindungan tata tertib masyarakat, tetapi penderitaan atas dijatuhinya pidana tidak boleh lebih berat daripada perbuatan yang dilakukan terpidana.

⁶³Leden Marpaung, *Op. Cit*, Hlm 107.

⁶⁴Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana I*, Jakarta : PT. Raja Grafindo, 2010, Hlm 162-163.

Teori *treatment*, mengemukakan bahwa pemidanaan sangat pantas diarahkan kepada pelaku kejahatan, bukan kepada perbuatannya. Teori ini memiliki keistimewaan dari segi proses re-sosialisasi pelaku sehingga diharapkan mampu memulihkan kualitas sosial dan moral masyarakat agar dapat berintegrasi lagi ke dalam masyarakat. Menurut Albert Camus, pelaku kejahatan tetap *human offender*, namun demikian sebagai manusia, seorang pelaku kejahatan tetap bebas pula mempelajari nilai-nilai baru dan adaptasi baru. Oleh karena itu, pengenaan sanksi harus mendidik pula, dalam hal ini seorang pelaku kejahatan membutuhkan sanksi yang bersifat *treatment*.⁶⁵

Treatment sebagai tujuan pemidanaan dikemukakan oleh aliran positif. Aliran ini beralaskan paham determinasi yang menyatakan bahwa orang tidak mempunyai kehendak bebas dalam melakukan suatu perbuatan karena dipengaruhi oleh watak pribadinya, faktor-faktor lingkungan maupun kemasyarakatannya.⁶⁶ Dengan demikian kejahatan merupakan manifestasi dari keadaan jiwa seorang yang abnormal. Oleh karena itu si pelaku kejahatan tidak dapat dipersalahkan atas perbuatannya dan tidak dapat dikenakan pidana, melainkan harus diberikan perawatan (*treatment*) untuk rekonsialisasi pelaku.

Teori ini hampir sama dengan tujuan undang-undang nomor 11 tahun 2012 tentang sistem peradilan pidana anak yang menganut teori *Treatment* karena anak dianggap tidak dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya sendiri. Anak memiliki kerbatasan dalam memahami dan melindungi diri dari berbagai pengaruh lingkungan sekitarnya yang ada, anak yang berhadapan dengan hukum

⁶⁵Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Op. Cit*, Hlm 96-97.

⁶⁶Muladi dan Barda Nawawi, *Op. Cit*, Hlm 12.

dihindarkan dari hukuman yang berat tetapi harus hukuman yang mendidik anak atau harus demi kepentingan terbaik bagi anak

Teori perlindungan sosial(*social defence*) merupakan perkembangan lebih lanjut dari aliran modern dengan tokoh terkenalnya Filippo Gramatica, tujuan utama dari teori ini adalah mengintegrasikan individu ke dalam tertib sosial dan bukan pemidanaan terhadap perbuatannya. Hukum perlindungan sosial mensyaratkan penghapusan pertanggungjawaban pidana (kesalahan) digantikan tempatnya oleh pandangan tentang perbuatan anti sosial, yaitu adanya seperangkat peraturan-peraturan yang tidak hanya sesuai dengan kebutuhan untuk kehidupan bersama tapi sesuai dengan aspirasi-aspirasi masyarakat pada umumnya.⁶⁷

Berdasarkan teori-teori pemidanaan yang dikemukakan di atas, dapat diketahui bahwa tujuan pemidanaan itu sendiri merumuskan perpaduan antara kebijakan *penal* dan *non-penal* dalam hal untuk menanggulangi kejahatan. Di sinilah peran negara melindungi masyarakat dengan menegakan hukum. Aparat penegak hukum diharapkan dapat menanggulangi kejahatan melalui wadah Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice System*).

2.1.2. Diversi Dan Restorasi Justive Dalam Pengadilan Anak

Sebelum membahas jauh tentang konsep diversi dan Restorative Justice, ada baiknya dipahami sistem peradilan pidana anak dalam perspektif HAM internasional sebagai komparasi. Sistem Peradilan Pidana Anak (*Juvenile Justice System*) adalah segala unsur sistem peradilan pidana yang terkait di dalam penanganan kasus-kasus kenakalan anak. Pertama, polisi sebagai institusi formal

⁶⁷*Ibid.*

ketika anak nakal pertama kali bersentuhan dengan sistem peradilan, yang juga akan menentukan apakah anak akan dibebaskan atau diproses lebih lanjut. Kedua, jaksa dan lembaga pembebasan bersyarat yang juga akan menentukan apakah anak akan dibebaskan atau diproses ke pengadilan anak. Ketiga, Pengadilan Anak, tahapan ketika anak akan ditempatkan dalam pilihan-pilihan, mulai dari dibebaskan sampai dimasukkan dalam institusi penghukuman. Sehubungan dengan hal ini, Muladi yang menyatakan bahwa criminal justice system memiliki tujuan untuk :

- a. Resosialisasi dan rehabilitasi pelaku tindak pidana;
- b. Pemberantasan kejahatan;
- c. Dan untuk mencapai kesejahteraan sosial.

Berangkat dari pemikiran ini, maka tujuan sistem peradilan pidana anak terpadu lebih ditekankan kepada upaya pertama (resosialisasi dan rehabilitasi) dan ketiga (kesejahteraan sosial).

Namun upayah lain diluar mekanisme pidana atau peradilan dapat dilakukan dengan beberapa metode diantaranya metode *Diversi* dan *Restorative Justice*.⁶⁸

Diversi adalah pengalihan penanganan kasus kasus anak yang diduga telah melakukan tindak pidana dari proses formal dengan atau tanpa syarat. Pendekatan diversifikasi dapat diterapkan bagi penyelesaian kasus-kasus anak yang berkonflik dengan hukum.

Ketika anak terlibat dalam permasalahan hukum atau sebagai pelaku pencabulan ,negara juga memberikan perlindungan hukum kepada anak

⁶⁸Setya wahyudi, *Implementasi Ide Diversi Dalam Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak Di Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm.14

melalui peraturan perundang-undangan diantaranya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 Tentang sistem peradilan anak.⁶⁹

Seorang anak yang melakukan tindak pidana wajib disidangkan di pengadilan khusus anak yang berada di lingkungan peradilan umum, dengan proses khusus serta pejabat khusus yang memahami masalah anak, mulai dari penangkapan, penahanan, proses mengadili dan pembinaan inilah yang disebut (*Restorative Justice*) apabila telah masuk ke ranah hukum tetapi kecenderungan merugikan si anak ini akibat dari efek penjatuhan pidana terutama pidana penjara, yang berupa stigma (cap jahat). Tindakan diversifikasi dapat dilakukan oleh pihak Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan, maupun Pembina Lembaga Masyarakat. Penerapan diversifikasi di semua tingkatan dalam sistem peradilan pidana anak diharapkan dapat mengurangi efek negatif keterlibatan anak dalam proses peradilan tersebut.⁷⁰ Diversifikasi wajib diupayakan pada tingkat penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan perkara di Pengadilan Negeri. Bahkan bagi penyidik, penuntut umum dan hakim yang dengan sengaja tidak melaksanakan kewajiban yakni mengupayakan diversifikasi berdasarkan Pasal 96 Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak dijera dengan sanksi pidana penjara paling lama dua tahun atau denda paling banyak dua ratus juta rupiah. Upaya diversifikasi wajib dilakukan terhadap tindak pidana dengan syarat yang tercantum dalam Pasal 7 ayat 2 Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak yakni tindak pidana tersebut diancam dengan pidana penjara di bawah (7) tujuh tahun dan bukan

⁶⁹ Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam sistem Peradilan Pidana Anak Di Indonesia*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2006, h. 33

⁷⁰ Ismantoro Dwi Yuwono. 2015. Penerapan Hukum Dalam Kasus Kekerasan Seksual terhadap Anak, Pustaka Yustisia. Yogyakarta. Hal.9

merupakan pengulangan tindak pidana. Syarat sebagaimana tersebut di atas bersifat kumulatif atau harus terpenuhi dua-duanya karena ada kata “dan”, sehingga apabila salah satu tidak terpenuhi maka diversi tidak dapat dilakukan.

Bagi anak pelaku pencabulan yang melanggar Pasal 76 D atau E UU No.35 tahun 2014 dan pelaku telah berusia 14 tahun maka diversi tidak dapat dilakukan, karena syarat sebagaimana tercantum dalam Pasal 7 ayat 2 UU SPPA tidak terpenuhi. Syarat pertama dari dilakukan diversi adalah tindak pidana tersebut diancam dengan pidana penjara di bawah tujuh tahun, sedangkan pelanggaran terhadap Pasal 76 D dan E UU No. 35 tahun 2014 tentang Perlindungan anak pelaku diancam dengan pidana penjara maksimum 15 tahun dan apabila pelakunya anak sesuai Pasal 81 ayat 2 UU SPPA pidana penjara yang dapat dijatuhkan kepada Anak paling lama 1/2 (satu perdua) dari maksimum ancaman pidana yang di terapkan oleh Hakim Apabila pelaku pencabulan berusia 12 tahun tetapi belum berusia 14 tahun tidak dapat dijatuhi sanksi pidana apabila mereka melakukan pencabulan, hanya dapat dikenai tindakan.

Secara umum unsur-unsur pencabulan terdiri dari dua unsur yaitu unsur bersifat obyektif dan bersifat subyektif seperti yang tercantum dalam pasal 289 KUHP dan Undang Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak pasal 76 D-E dan pasal 82.

Untuk menjatuhkan hukuman terhadap anak yang melakukan pencabulan tersebut diantaranya yaitu:

Pasal 289 KUHP yang berbunyi:

“Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seseorang melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul, dihukum karena salahnya

melakukan perbuatan melanggar kesopanan dengan hukuman penjara selamalamanya Sembilan tahun”.

Dan bunyi pasal 76 D-E dan pasal 82 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak.

Pasal 76E Undang-Uundang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak :

“Setiap Orang dilarang melakukan Kekerasan atau ancaman Kekerasan, memaksa, melakukan tipu muslihat, melakukan serangkaian kebohongan, atau membujuk Anak untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul”.

Pasal 82 Undang-Uundang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak :

(1) Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 76E dipidana dengan pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).

Adapun yang menjadi tujuan upaya diversi Pasal 6 UU SPPA adalah :⁷¹

1. Untuk menghindari anak dari penahanan;
2. Untuk menghindari cap/label anak sebagai penjahat;
3. Untuk mencegah pengulangan tindak pidana yang dilakukan oleh anak;
4. Agar anak bertanggung jawab atas perbuatannya;
5. Untuk melakukan intervensi-intervensi yang diperlukan bagi korban dan anak tanpa harus melalui proses formal
6. Menghindari anak mengikuti proses sistem peradilan;

Pada prinsipnya pendekatan ini didasari 2 (dua) faktor sebagai berikut :

⁷¹Nandang Sambas, Pembaharuan Sistem Pidana Anak di Indonesia, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010, Hal. 2013

1. Anak-anak dianggap belum mengerti benar kesalahan yang telah diperbuat, sehingga sudah sepatutnya diberikan pengurangan hukuman, serta pembedaan pemberian hukuman bagi anak-anak dengan orang dewasa.
2. Bila dibandingkan dengan orang dewasa, anak-anak diyakini lebih muda.

Berdasarkan Pasal 1 angka 6 UU SPPA disebutkan bahwa Keadilan Restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.

Selanjutnya dalam pasal 5 ayat (1) disebutkan bahwa Sistem Peradilan Pidana Anak wajib mengutamakan pendekatan Keadilan Restoratif. Keadilan *restoratif* yang dimaksud dalam UU SPPA adalah kewajiban melaksanakan Diversi.

Dalam pasal 7 UU SPPA disebutkan bahwa :

Ayat (1) “Pada tingkat penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan perkara Anak di pengadilan negeri wajib diupayakan diversifikasi”.

Ayat (2) “Diversifikasi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaksanakan dalam hal tindak pidana yang dilakukan :

1. diancam dengan pidana penjara di bawah 7 (tujuh) tahun; dan
2. bukan merupakan pengulangan tindak pidana”.

Oleh karena penerapan diversifikasi merupakan suatu kewajiban, maka menjadi penting bagi pejabat dalam setiap tingkat pemeriksaan untuk benar-benar memahami bagaimana mekanisme penerapan diversifikasi tersebut.⁷²

Dalam tulisan singkat ini, Penulis hanya mencoba untuk mengkaji bagaimana penerapan Diversifikasi dalam tahap pemeriksaan dipersidangan, karena undang-undang ini tidak mengatur secara teknis mengenai penerapan Diversifikasi. Pasal 15 UU SPPA menyatakan bahwa Ketentuan mengenai pedoman pelaksanaan proses Diversifikasi, tata cara dan koordinasi pelaksanaan Diversifikasi diatur dengan Peraturan Pemerintah. Namun hingga saat ini pun Peraturan Pemerintah yang dimaksud belum ada.

Implementasi dari ide diversifikasi tersebut dalam penanganan masalah anak yang berhadapan dengan hukum dilakukan dengan menerapkan peradilan restoratif (*Restorative Justice*) dalam peradilan pidana anak. Sistem Peradilan Pidana Anak (*Juvenile Justice System*) adalah segala unsur sistem peradilan pidana yang terkait di dalam penanganan kasus – kasus kenakalan anak. Pertama, polisi sebagai institusi formal ketika anak nakal pertama kali bersentuhan dengan sistem peradilan, yang juga akan menentukan apakah anak akan dibebaskan atau diproses lebih lanjut. Kedua, jaksa dan lembaga pembebasan bersyarat yang juga akan menentukan apakah anak akan dibebaskan atau diproses ke pengadilan anak. Ketiga, Pengadilan Anak, tahapan ketika anak akan ditempatkan dalam pilihan-

⁷²Setya wahyudi, *Implementasi Ide Diversifikasi Dalam Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak Di Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm.14

pilihan, mulai dari dibebaskan sampai dimasukkan dalam institusi penghukuman.

Sehubungan dengan hal ini, didalam *criminal justice system* memiliki tujuan yaitu:

1. Resosialisasi dan rehabilitasi pelaku tindak pidana;
2. Pemberantasan kejahatan;
3. Dan untuk mencapai kesejahteraan sosial.

Berangkat dari pemikiran ini, maka tujuan system peradilan pidana anak terpadu lebih ditekankan kepada upaya pertama (resosialisasi dan rehabilitasi) dan ketiga (kesejahteraan sosial). dalam system peradilan pidana anak, aktivitas pemeriksaan dan pemutusan perkara tertuju pada kepentingan anak, oleh karenanya segala aktivitas yang dilakukan oleh polisi, jaksa, hakim dan pejabat lain harus didasarkan pada suatu prinsip yaitu demi kesejahteraan anak dan kepentingan anak .

Berdasarkan tujuan system peradilan pidana anak tersebut maka salah satu yang dapat dilakukan adalah dengan menerapkan *Restorative Justice*.⁷³ *Restorative Justice* dilaksanakan untuk mencapai keadilan restoratif. *Restorative Justice* memiliki prinsip yang berbeda dengan model peradilan konvensional. *Restorative Justice* mempunyai prinsip – prinsip sebagai berikut :

- a. Membuat pelanggar bertanggung jawab untuk memperbaiki kerugian yang ditimbulkan untuk memperbaiki kerugian yang ditimbulkan oleh kesalahan pelaku;
- b. Melibatkan para korban, orang tua, keluarga, sekolah, dan teman sebaya;

⁷³. Sidabalok, Hosianna, *Perlindungan Hukum terhadap Anak Korban Tindak Pidana Pemerkosaan yang Dilakukan oleh Anak*, Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXVII No. 325 Desember 2012, Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI), Jakarta: 2012.M. hal.15

- c. Menciptakan forum untuk bekerjasama dalam menyelesaikan masalah;
- d. Menetapkan hubungan langsung dan nyata antara kesalahan dengan reaksi social yang formal

Pelaksanaan *Restorative Justice* dapat dilakukan melalui kegiatan – kegiatan seperti : restitusi; mediasi korban dengan pelaku/pelanggar; musyawarah kelompok keluarga; pelayanan di masyarakat yang bersifat pemulihan baik bagi korban maupun pelaku; pelayanan korban; restorasi masyarakat; atau denda restroatif. *Restorative Justice* merupakan cara penjatuhan sanksi terhadap anak nakal dengan memberikan hak kepada korban untuk ikut serta secara aktif dalam proses peradilan. Indicator pencapaian tujuan penjatuhan sanksi dalam penerapan *Restorative Justice* dapat dilihat dari apakah korban telah direstorasi, kepuasan korban, besarnya ganti rugi, kesadaran pelaku atas perbuatannya, jumlah kesepakatan perbaikan yang dibuat, kualitas pelayanan kerja dan keseluruhan proses yang terjadi.

Program diversifikasi dapat menjadi bentuk *Restorative Justice* jika :

1. Mendorong anak untuk bertanggung jawab atas perbuatannya;
2. Memberikan kesempatan bagi anak untuk mengganti kesalahan yang dilakukan dengan berbuat kebaikan bagi si korban;
3. Memberikan kesempatan bagi si korban untuk ikut serta dalam proses;
4. Memberikan kesempatan bagi anak untuk dapat mempertahankan hubungan dengan keluarga;
5. Memberikan kesempatan bagi rekonsiliasi dan penyembuhan dalam masyarakat yang dirugikan oleh tindak pidana .

Prinsip utama pelaksanaan konsep diversifikasi yaitu tindakan persuasif atau pendekatan non penyal dan memberikan kesempatan kepada seseorang untuk memperbaiki kesalahan. Petugas dalam melaksanakan diversifikasi menunjukkan pentingnya ketaatan kepada hukum dan aturan kepada anak yang berhadapan dengan hukum (pelaku).⁷⁴

Petugas melakukan diversifikasi dengan cara pendekatan persuasif dan menghindari penangkapan yang menggunakan tindakan kekerasan dan pemaksaan, untuk mengalihkan suatu kasus dari proses formal ke proses informal. Proses pengalihan ditujukan untuk memberikan perlindungan terhadap anak yang berkonflik dengan hukum.

Tindakan kekerasan saat penangkapan membawa sifat keterpaksaan sebagai hasil dari penegakan hukum. Penghindaran penangkapan dengan kekerasan dan pemaksaan menjadi tujuan dari pelaksanaan diversifikasi. Tujuannya menegakkan hukum tanpa melakukan tindakan kekerasan dan menyakitkan dengan memberi kesempatan kepada seseorang untuk memperbaiki kesalahannya tanpa melalui hukuman pidana oleh negara yang mempunyai otoritas penuh. Salah satu contoh latar belakang pentingnya kebijakan diversifikasi dilakukan karena tingginya jumlah anak yang masuk ke peradilan pidana dan diputus dengan penjara dan mengalami kekerasan saat menjalani rangkaian proses dalam sistem peradilan pidana, yaitu Philipina.⁷⁵ Di negara Philipina angka keterlibatan anak dengan tindak pidana dan menjalani peradilan sampai pemenjaraan cukup tinggi

⁷⁴Setya Wahyudi, Implementasi Ide Diversifikasi dalam Pembaharuan Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia, Yogyakarta: Genta Publishing, 2011, hlm.26.

⁷⁵Romli Atmasamita, Sistem Peradilan Pidana, Perspektif Eksistensialisme dan Abolisilisionisme, Bina Cipta, 1996, hlm.14

dan 94% adalah anak pelaku pidana untuk pertama kalinya (*first-time offender*). Jumlah anak yang menjalani pemenjaraan tidak diiringi dengan adanya kebijakan diversifikasi dan program pencegahan tindak pidana anak secara formal, sebaliknya usaha dukungan untuk mengembalikan anak ke komunitasnya sangat rendah. Diversifikasi dilakukan dengan alasan untuk memberikan suatu kesempatan kepada pelanggar hukum agar menjadi orang yang baik kembali melalui jalur non formal dengan melibatkan sumber daya masyarakat. Diversifikasi berupaya memberikan keadilan kepada kasus anak yang telah terlanjur melakukan tindak pidana sampai kepada aparat penegak hukum sebagai pihak penegak hukum. Kedua keadilan tersebut dipaparkan melalui sebuah penelitian terhadap keadaan dan situasi untuk memperoleh sanksi atau tindakan yang tepat (*appropriate treatment*). Tiga jenis pelaksanaan program diversifikasi yaitu:

1. Pelaksanaan kontrol secara sosial (*social control orientation*), yaitu aparat penegak hukum menyerahkan pelaku dalam tanggung jawab pengawasan atau pengamatan masyarakat, dengan ketaatan pada persetujuan atau peringatan yang diberikan. Pelaku menerima tanggung jawab atas perbuatannya dan tidak diharapkan adanya kesempatan kedua kali bagi pelaku oleh masyarakat.
2. Pelayanan sosial oleh masyarakat terhadap pelaku (*social service orientation*), yaitu melaksanakan fungsi untuk mengawasi, mencampuri, memperbaiki dan menyediakan pelayanan pada pelaku dan keluarganya. Masyarakat dapat mencampuri keluarga pelaku untuk memberikan perbaikan atau pelayanan.

3. Menuju proses restorative justice atau perundingan (*balanced or restorative justice orientation*), yaitu melindungi masyarakat, memberi kesempatan pelaku bertanggung jawab langsung pada korban dan masyarakat dan membuat kesepakatan bersama antara korban pelaku dan masyarakat.

Pelaksanaannya semua pihak yang terkait dipertemukan untuk bersama-sama mencapai kesepakatan tindakan pada pelaku. Pelaksanaan diversifikasi dilatarbelakangi keinginan menghindari efek negatif terhadap jiwa dan perkembangan anak oleh keterlibatannya dengan sistem peradilan pidana. Pelaksanaan diversifikasi oleh aparat penegak hukum didasari oleh kewenangan aparat penegak hukum yang disebut *discretion* atau dalam bahasa Indonesia diskresi.

Dengan penerapan konsep diversifikasi bentuk peradilan formal yang ada selama ini lebih mengutamakan usaha memberikan perlindungan bagi anak dari tindakan pemenjaraan.⁷⁶ Selain itu terlihat bahwa perlindungan anak dengan kebijakan diversifikasi dapat dilakukan di semua tingkat peradilan mulai dari masyarakat sebelum terjadinya tindak pidana dengan melakukan pencegahan. Setelah itu jika ada anak yang melakukan pelanggaran maka tidak perlu diproses ke polisi. Selanjutnya jika anak yang melakukan pelanggaran sudah terlanjur ditangkap oleh polisi dalam setiap pemeriksaan peradilan untuk dapat melakukan diversifikasi dalam bentuk menghentikan pemeriksaan demi perlindungan terhadap pelaku anak. Kemudian apabila kasus anak sudah sampai di pengadilan, maka hakim dapat mengimplementasikan ide diversifikasi demi kepentingan pelaku anak tersebut yang

⁷⁶M.Nasir Djamil, *Anak Bukan Untuk Dihukum*, Sinar Grafika, Jakarta Timur, Cetakan Pertama, 2013, hlm.44.

sesuai dengan prosedurnya dan diutamakan anak dapat dibebaskan dari pidana penjara. Terakhir bila anak sudah terlanjur berada di dalam penjara, maka petugas penjara dapat membuat kebijakan diversifikasi terhadap anak sehingga anak dapat di limpahkan ke lembaga sosial, atau sanksi alternatif yang berguna bagi perkembangan dan masa depan anak tapi diversifikasi untuk mengeluarkan dari sistem peradilan. Satu hal utama dari bentuk ini yaitu sikap kehati-hatian dari polisi, dimana anak muda yang telah ditangani polisi hanya diberikan peringatan lisan dan tertulis, setelah itu anak akan dilepas dan merupakan akhir dari permasalahan terkecuali kalau anak tersebut melakukan pelanggaran selanjutnya (mengulangi) maka akan dilakukan proses lanjutan.⁷⁷

Penahanan yang dilakukan terhadap anak tetap berpedoman kepada aturan hukum mengenai hak anak yang tercantum dalam aturan yang ada mengenai hak anak yaitu konvensi hak anak, Undang – Undang Peradilan Anak, Undang – Undang tentang HAM, Undang – Undang Perlindungan Anak, serta peraturan perundang-undangan lainnya. Penempatan terhadap pelaku anak yang terlanjur ditahan, dibedakan tempat penahannya dengan orang dewasa dengan menjamin pemenuhan fasilitas yang melindungi perkembangan anak, pendidikan, hobi, akses dengan keluarga, perlindungan hak properti anak, perlindungan dari penyiksaan dan perlakuan fisik dan mental dan proses peradilan yang singkat dan cepat. Implementasi diversifikasi bagaimanapun juga harus dilakukan secara selektif setelah melalui berbagai pertimbangan. Kenakalan anak yang dapat dipertimbangkan dalam hal ini dilihat dari kategori kenakalan atau kejahatan yang dilakukannya tersebut. Kejahatan dapat dikategorikan dalam tiga kategori yaitu

⁷⁷Darwin Prinst, Hukum Anak Indonesia, Citra Aditya Bakti, Bandung: 2011, hlm.13-14.

tingkat ringan, sedang, dan berat. Secara umum anak – anak yang melakukan kenakalan ringan sedapat mungkin diversi dilakukan.

Untuk kejahatan berat maka diversi bukanlah pilihan. Kejahatan yang tergolong ringan sebagai *petty crime*, seperti pencurian ringan, penyerangan ringan tanpa menimbulkan luka, atau kerusakan ringan pada harta benda. Kenakalan atau kejahatan yang tergolong sedang adalah tipe kejahatan yang di dalamnya terdapat kombinasi antara semua kondisi. Semua kondisi menjadi pertimbangan untuk menentukan ketepatan untuk dilakukan diversi atau tidak dilakukan diversi. Untuk kejahatan berat seperti penyerangan seksual dan penyerangan fisik yang menimbulkan luka parah. Keadaan – keadaan yang terdapat pada anak sebagai pelaku kejahatan berbeda – beda. Oleh karena itu, faktor – faktor yang dapat menjadi pertimbangan implementasi diversi perlu dicermati. Beberapa faktor situasi yang menjadi pertimbangan implementasi diversi, dapat dikemukakan sebagai berikut :⁷⁸

1. Tingkat keseriusan perbuatan : ringan, sedang atau berat. Latar belakang perbuatan timbul dapat menjadi pertimbangan.
2. Pelanggaran yang sebelumnya dilakukan.
3. Derajat keterlibatan anak dalam kasus.
4. Sikap anak terhadap perbuatan tersebut. Jika anak mengakui dan menyesali, hal ini dapat menjadi pertimbangan.
5. Reaksi orang tua dan/atau keluarga terhadap perbuatan tersebut.

⁷⁸ Angger Sigit Pramukti, Fuady Primaharsya, Sistem Peradilan Pidana Anak, Pustaka Yustia, Yogyakarta: Cetakan Pertama, 2015, hlm 69.

6. Usul yang diberikan untuk melakukan perbaikan atau meminta maaf pada korban.
7. Dampak perbuatan terhadap korban.
8. Pandangan korban tentang metode penanganan yang ditawarkan.
9. Dampak sanksi atau hukuman yang sebelumnya pernah diterima oleh pelaku anak.
10. Apabila demi kepentingan umum, maka proses hukum harus dilakukan.

Diversi dapat diimplementasikan dalam beberapa bentuk. Secara garis besar, terdapat tiga bentuk diversifikasi, yaitu :⁷⁹

1. Diversi dalam bentuk peringatan, ini akan diberikan kepada polisi untuk pelanggaran ringan. Sebagai bagian dari peringatan, si pelaku akan meminta maaf pada korban. Peringatan seperti ini telah sering dilakukan.
2. Diversi informal, yang diterapkan terhadap pelanggaran ringan di mana dirasakan kurang pantas jika hanya sekedar memberi peringatan kepada pelaku, dan kepada pelaku diperlukan rencana intervensi yang lebih komprehensif. Pihak korban harus diajak untuk memastikan pandangannya tentang diversifikasi informal dan apa yang mereka inginkan di dalam rencana tersebut. Diversifikasi informal harus berdampak positif kepada korban, keluarga, dan anak. Yaitu dipastikan bahwa pelaku anak akan cocok diberikan diversifikasi informal. Rencana diversifikasi informal ini, anak akan bertanggung jawab, mengakui kebutuhan – kebutuhan korban dan anak,

⁷⁹ Soerjono Soekanto, dlm buku Bunadi Hidayat, *Pemidanaan Anak Dibawah umur*, Bandung: Alumni, 2010, Hln 27

dan kalau mungkin orang tua dimintai pertanggungjawaban atas kejadian tersebut.

3. Diversi formal, yang dilakukan jika diversi informal tidak dapat dilakukan, tetapi tidak memerlukan intervensi pengadilan. Beberapa korban akan merasa perlu mengatakan pada anak betapa marah dan terlukanya mereka, atau mereka ingin mendengarkannya langsung dari anak.

Karena permasalahannya muncul dari dalam keluarga anak, maka ada baiknya ada anggota keluarga lainnya yang hadir untuk mendiskusikan dan menyusun rencana diversi yang baik untuk semua pihak yang terkena dampak dari perbuatan itu.

Terdapat faktor – faktor penghambat terhadap upaya implementasi ide diversi dalam system peradilan pidana anak Indonesia saat ini. Faktor – faktor tersebut yaitu :

1. Hambatan Internal walaupun keadilan *Restoratif Justice* dan *Diversi* sudah mulai dikenal sebagai alternatif penanganan anak berhadapan dengan hukum dari peradilan pidana dan mulai mendapatkan dukungan banyak pihak masih banyak hambatan yang dihadapi oleh sistem peradilan anak yaitu :⁸⁰
 - a. Kebutuhan yang semakin meningkat tidak sebanding dengan sumber daya (baik personel maupun fasilitas);
 - b. Pemahaman yang berbeda dalam penanganan anak berhadapan dengan hukum dan korban di antara aparat penegak hukum.

⁸⁰ Salam Faisal, Hukum Acara Peradilan Anak di Indonesia, Mandar Maju, Bandung, 2009, Hln 82

- c. Kurangnya kerja sama antara pihak yang terlibat (aparatus penegak hukum dan pekerja sosial anak);
- d. Permasalahan etika dan hambatan birokrasi dalam penukaran data dan informasi antara aparat penegak hukum;
- e. Koordinasi antara aparat penegak hukum (Polisi, Jaksa, Hakim, Advokat, Bapas, Rutan, Lapas) masih tersendat karena kendala ego sektoral;
- f. Belum ada persamaan persepsi antar-aparatus penegak hukum mengenai penanganan anak berhadapan dengan hukum untuk kepentingan terbaik bagi anak;
- g. Terbatasnya sarana dan prasarana penanganan anak berhadapan dengan hukum selama proses pengadilan (pra dan pasca putusan pengadilan)
- h. Kurangnya kebijakan formulasi untuk melaksanakan proses rehabilitasi sosial anak nakal dalam hal ini Departemen sosial atau Organisasi sosial masyarakat yang bergerak dibidang pendidikan, pembinaan dan latihan kerja sehingga dapat dikirim ke panti sosial untuk dibina secara khusus diberi pemulihan mental dan perilaku;
- i. Kurangnya perlindungan anak yang melakukan tindak pidana namun kehendak demikian tidaklah mudah dilakukan karena ketentuan dalam sistem pemasyarakatan anak saat ini tidak memberi peluang yang demikian;
- j. Pandangan aparat penegak hukum sistem peradilan pidana anak masih berpangkal pada tujuan pembalasan atas perbuatan jahat pelaku anak, sehingga hakim akan menjatuhkan pidana semata – mata diharapkan agar anak jera .

Bahwa dalam menerapkan sistem *Restoratif Justice* dan *Diversi* masih banyak hambatan eksternal yang ditimbulkan yaitu :

2. Hambatan Eksternal

- a. Ketiadaan payung hukum Belum adanya payung hukum menyebabkan tidak semua pihak memahami implementasi keadilan *restorative* dengan tujuan pemulihan bagi pelaku, korban, dan masyarakat.
- b. Akibatnya sering ada pihak-pihak yang mengintervensi jalanya proses mediasi. Banyak pihak yang belum memahami prinsip dalam ketentuan pasal 16 ayat (3) Undang – Undang tentang perlindungan anak yang menyebutkan bahwa penangkapan, penahanan, penjatuhan hukuman pidana bagi anak adalah upaya terakhir. Selain itu Undang – Undang tentang Pengadilan Anak saat ini tidak memberikan ruang yang cukup bagi implementasi ide *diversi*.⁸¹ Namun demikian sebenarnya jika melihat pada Undang – Undang Hak Asasi Manusia, Undang – Undang Perlindungan Anak, dan Keputusan Presiden tentang Pengesahan Hak – Hak Anak, terdapat ketentuan yang mengarah dan menghendaki implementasi *diversi*. Patut disayangkan karena penegak hukum cenderung melalaikan hal tersebut.
- c. Inkonsistensi penerapan peraturan belum adanya payung hukum sebagai landasan dan pedoman bagi semua lembaga penegak hukum, inkonsistensi penerapan peraturan di lapangan dalam penanganan anak berhadapan dengan hukum masalah yang paling sederhana dapat dilihat pada

⁸¹<https://www.google.com/search?q=faktorfaktor+penghambat+sistem+pengadilan+anak>.
Di akses .08-05-2016. 15:00.WIB.

beragamnya batasan yang menjadi umur minimal seorang anak pada peraturan-peraturan yang terkait. Akibatnya aparat penegak hukum membuat putusan yang tidak konsisten dalam kasus anak berhadapan dengan hukum yang memiliki kemiripan unsur-unsur perbuatan.

- d. Kurangnya dukungan dan kerja sama antar lembaga
- Masalah ini merupakan hambatan yang lain yang masih banyak terjadi dalam menegakkan suatu ketentuan hukum, termasuk penanganan anak berhadapan dengan hukum banyak kalangan professional hukum yang masih menganggap mediasi sebagai metode pencarian keadilan kelas dua dengan berpandangan bahwa mediasi tidak berhasil mencapai keadilan sama sekali karena tidak lebih dari hasil kompromi pihak – pihak yang terlibat, padahal saat ini hakim adalah satu-satu pihak yang bisa memediasi perkara anak yang berhadapan dengan hukum tidak seperti mediasi perdata yang memperbolehkan non-hakim menjadi mediator di pengadilan
- e. Pandangan masyarakat terhadap perbuatan tindak pidana
- Ide diversifikasi masih terhalang adanya pandangan masyarakat yang cenderung dendam dan ingin melakukan pembalasan terhadap pelaku kejahatan, termasuk pada pelaku anak.

2.2. Karangka Pemikiran

Tindak pidana pencabulan merupakan salah satu bentuk kejahatan yang sangat mengganggu keamanan dan ketertiban hidup masyarakat. Untuk memberantas kejahatan ini, Pemerintah Indonesia melakukan upaya penegakan hukum melalui tahap-tahap pemeriksaan perkara yang dilakukan oleh

Kepolisian, Kejaksaan dan Pengadilan. Pemeriksaan perkara tindak pidana pencabulan yang dilakukan anak pada tingkat pertama dilakukan oleh Kepolisian (penyidik), setelah Berita Acara Pemeriksaan pelaku tindak pidana pencabulan yang dilakukan anak tersebut lengkap kemudian di limpahkan kepada Kejaksaan (selaku penuntut umum yang berwenang mengajukan dakwaan dan penuntutan untuk selanjutnya di proses di pengadilan anak). Apabila pelaku pencabulan anak dibawah umur maka perlu dilakukan penyelesaian perkara *Restorative Justice* .

Sebagaimana kita ketahui pelaku tindak pidana pencabulan dilakukan oleh anak merupakan perbuatan tercelah dan perlu diberikan sanksi pidana namun sebelum menjatuhkan pidana kepada anak perlu diperhatikan usia anak dan ringan atau beratnya pelanggaran hukum yang dilakukan untuk di proses dipengadilan anak dan batasan maksimum hukuman yang diterapkan karena anak merupakan penerus bangsa dilindungi negara kemungkinan perilaku anak tersebut bisa diperbaiki dan menghindari anak dari pradigma sistem pengadilan seperti biasanya. Hakim dalam memutus suatu perkara pidana harus melihat unsur-unsur yang dilakukan anak dan fakta-fakta di persidangan berdasarkan dengan bukti-bukti tersebut telah cukup maka Hakim dapat mengambil kesimpulan pelaku tidak terbukti bersalah maka dibebaskan dari hukuman.

Menurut Moelyanto

“Perbuatan pidana” sebagaimana yang dijelaskan dalam bukunya Azas-Azas Hukum pidana menyamakan antara perbuatan pidana dengan istilah inggris istilah “ *Criminal Act*”. Penyamaan ini akibat, atau dengan lain perkataan akibat dari yang dilarang oleh hukum. Kedua, karena juga di pisahkan dari pertanggungjawaban pidana yang dinamakan liability atau responsibility. Untuk adanya *criminal liability* (jadi untuk pidananya seseorang) selain dari

pelakunya *criminal act* (tindak pidana) orang juga harus mempunyai kesalahan atau guilt.⁸²

Menurut Ezzat Abdel Fatah

Setiap anggota masyarakat potensial untuk menjadi korban kejahatan. Hal ini berarti bahwa setiap orang mempunyai peluang untuk menjadi korban kejahatan. Hanya saja apakah setiap orang menyadari hal itu dan berupaya untuk mencegah dirinya menjadi korban.⁸³

Paul Separovic menyatakan bahwa ada 3 faktor yang menyebabkan seseorang untuk menjadi korban.

1. Faktor personal, termasuk keadaan biologis (umur, jenis kelamin, keadaan mental) ;
2. Faktor sosial, misalnya imigran, minoritas, pekerjaan, perilaku jahat, dan hubungan antar pribadi ;
3. Faktor situasional, misalnya situasi konflik, tempat dan waktu.⁸⁴

2.3.Hipotesis

Penelitian yang dilakukan untuk keperluan penulisan karya ilmiah pada umumnya membutuhkan hipotesis, karena hipotesis jawaban sementara terhadap rumusan masalah penelitian. Oleh karena itu rumusan masalah penelitian biasanya disusun dalam bentuk kalimat pertanyaan. Ikatan sementara jawaban yang

⁸² Moeljatno, op. cit., hal. 54.

⁸³ P.AF. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung, : Citra Aditya Bakti, 1997), hal. 193.

⁸⁴ *Ibid.*, hal 194.

diberikan baru di dasarkan pada teori relevan, belum berdasarkan fakta empiris melalui pengumpulan data.⁸⁵

Jadi adapun yang menjadi hipotesis permasalahan yang akan penulis kemukakan adalah sebagai berikut:

1. Perlindungan hukum terhadap pelaku tindak pidana pencabulan anak telah diberikan apa yang menjadi hak-hak anak yang terdapat di peraturan undang-undang nomor 11 tahun 2012 tentang sistem peradilan pidana anak.
2. Pertimbangan Hakim dalam menjatuhkan putusan tindak pidana pencabulan yang dimana hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara, pertama kita harus menggunakan hukum tertulis sebagai dasar keputusanya yang disebut undang-undang. jika didalam hukum tertulis tidak cukup tidak dapat ditentukan kesalahan ataupun perbuatan tercelah dalam suatu perkara, maka barulah Hakim mencari dan menemukan sendiri hukuman dari sumber-sumber hukum yang lain seperti Yurisprudensi, Doktrin, Traktat Kebiasaan atau hukum tidak tertulis.

⁸⁵ Sugiono ,Metode Penelitian Ilmu Administrasi,Bandung:Alfabet, 2002.hlm.39.