

B A B I

P E N D A H U L U A N

A. Latar Belakang

Konstitusi Negara Republik Indonesia menjamin kesejahteraan setiap Warga Negeranya termasuk perlindungan terhadap HAK ANAK yang merupakan bagian dari hak asasi manusia. Tidak terkecuali terhadap anak yang mempunyai masalah dengan hukum, harus tetap dijamin hak haknya karena anak adalah merupakan generasi penerus bangsa penerus keturunan dan harapan setiap keluarga, Anak sebagai tunas, potensi, dan generasi muda penerus cita -cita perjuangan bangsa memiliki peran strategis, ciri dan sifat khusus sehingga wajib dilindungi dari segala bentuk perlakuan tidak manusiawi yang mengakibatkan terjadinya pelanggaran hak asasi manusia.¹

Kegiatan perlindungan Anak setidaknya memiliki 2 aspek yang **pertama** berkaitan dengan kebijakan dan peraturan perundang undangan yang mengatur mengenai perlindungan hak anak dan aspek **kedua** menyangkut pelaksanaan kebijakan dan peraturan – peraturan tersebut.²

Penyelesaian perkara pidana dengan menggunakan pendekatan *Represif* sebagai mana yang lazim dipergunakan dalam peradilan pidana telah melahirkan

¹ Undang Undang Republik Indonesia No. 35. Tahun 2014. *Tentang Perlindungan Anak* pada konsideran menimbang huruf. c. Jakarta 17 oktober 2014

² Nashriana, *Perlindungan Hukum Pidana Bagi Anak Indonesia* , PT Raja Grafindo Persada, Jakarta 2011, hal. 3

keadilan Retributife (*Retributive Justice*) yang berorientasi pada **pembalasan** berupa pembedaan dan pemenjaraan, bahwa pelaksanaan keadilan retributif dirasa kurang menghasilkan keadilan bagi semua pihak terutama terhadap anak – anak, khususnya **anak yang bermasalah dengan hukum, anak korban dan anak saksi** yang lebih memerlukan perhatian Khusus, oleh sebab itu diperlukan adanya satu upaya pembaharuan hukum pidana guna untuk menyelesaikan permasalahan tersebut. Pada *Kongres Internasional Penal Reform Conference* yang diselenggarakan di *Royal Holloway College*, University Of London pada tanggal 13 April 1999 dikemukakan bahwa salah satu unsur kunci dari Agenda baru pembaharuan hukum pidana ialah perlunya memperkaya Sistem Peradilan Formal dengan sistem atau mekanisme Informal dalam penyelesaian sengketa yang sesuai dengan standar hak asasi manusia.

Hak asasi anak merupakan bagian dari Hak asasi manusia yang mendapat jaminan hukum Internasional maupun hukum nasional, yang secara Universalpun dilindungi dalam *Universal Declaration of Human Right* (UDHR) dan *Internasional Civil and Political Right* (UDHR) **perlakuan hak asasi anak dengan orang dewasa** diatur dalam Konvensi - konvensi internasional khusus sebagaimana diutarakan dalam Deklarasi Hak - Hak anak.³ Konvensi Perserikatan Bangsa Bangsa tersebut telah diratifikasi pemerintah Republik Indonesia dengan Keputusan Presiden No. 3 tahun 1999. Tentang Hak Asasi Manusia.

Setiap anak yang dirampas kebebasannya akan diperlakukan secara manusiawi dan menghormati martabat seorang manusia, dan dengan cara yang memberi

³ Harkristuti Harkrisnowo, *Tantangan dan Agenda Hak-Hak Anak* Komisi Hukum Nasional Jakarta, Februari 2002, hal 4.

perhatian kepada kebutuhan – kebutuhan orang seusianya. Secara khusus, setiap anak yang dirampas haknya dalam proses perkaranya **dipisahkan dari orang dewasa**, kecuali bila tidak melakukannya dianggap sebagai kepentingan yang terbaik dari anak yang bersangkutan dan anak akan mempunyai hak untuk terus mengadakan hubungan dengan keluarganya melalui surat menyurat atau kunjungan, kecuali dalam keadaan luar biasa.⁴ Salah satu pembaharuan hukum yang menjadi fokus dalam penulisan ini adalah penyelesaian dalam perkara pidana khususnya anak dengan pendekatan Diversi

Semangat Restoratif, Penyelesaian perkara dengan menggunakan pendekatan Keadilan Restoratif sudah diakomodir dalam Undang Undang No. 11 Thun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak (UU SPPA) yang telah diterapkan di Indonesia dengan semangat sistem **Diversi** yaitu Pengalihan Penyelesaian Perkara Anak dari proses peradilan Pidana ke Proses diluar peradilan pidana⁵ yaitu pengenyampingan perkara pidana sesuai dengan yang dikemukakan oleh **Tony F.Marshall** menyampaikan definisi Restoratif Justice adalah suatu proses dimana pihak yang terlibat dalam tindak pidana tertentu bersama sama memecahkan masalah bagaimana menangani akibat di masa yang akan datang⁶ atau teori yang dikemukakan oleh Stephenson dan Brown yang menyampaikan salah satu bentuk keadilan restoratif yang mempunyai tujuan memperbaiki tindakan kejahatan dengan mnyeimbangkan

⁴ Konvensi Majelis Umum Persatuan Bangsa Bangsa, *Konvensi Hak Anak* (KHA) yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Republik Indonesia dengan *Keputusan Presiden no 39 Tahun 1999*.

⁵ Undang -Undang Republik Indonesia No. 11 Tahun 2012 tentang *Sistem Peradilan Pidana Anak* (UU SPPA) BAB.I Pasal 1, Point 7. Jakarta 30 Juli 2012.

⁶ Apong Herlina, *Restoratif Justice* Jurnal Kriminologi Indonesia Vol. 3 No. III. September 2004, hal. 19.

kepentingan pelaku, korban, dan komunitas adalah Mediasi Penal (*Victim – Offender Mediation*).⁷

Memperhatikan kenakalan remaja yang semakin meningkat baik secara kualitas maupun kuantitas, dan yang sangat memperhatikan lagi bahwa kenakalan tersebut bukan hanya kenakalan biasa tetapi lebih mengarah menjadi tingkat kriminal dan sudah tidak sesuai dengan norma – norma yang dianut di tengah tengah masyarakat yang pada akhirnya menjurus pada perbuatan kriminal yang membutuhkan penanganan hukum secara serius. Terutama atas perlindungan Hak -hak si anak dalam pelaksanaan proses perkara pidana. Disisi lain tindak kejahatan kesusilaan terhadap Anak -anak merupakan masalah yang membutuhkan perhatian yang cepat baik penanggulangan maupun proses peradilannya yang secara serius dari Pemerintah, karena berkaitan dengan **Moralitas**

Generasi Penerus Bangsa, saat ini banyak kasus – kasus anak yang bermasalah dengan hukum seperti pelecehan seksualitas, Perdagangan anak, narkoba maupun tindakan kriminal lainnya dimana pelaku dan korbannya adalah anak – anak, Rumitnya keadaan dan Faktor – Faktor yang menyebabkan anak bermasalah dengan hukum tentu sangat beragam yang tentu tidak terlepas dari pengaruh Lingkungan, Kemiskinan dan kurangnya Pendidikan dan perhatian orang tua, sehingga tindakan ataupun perilaku yang telah menimpa anak- anak bukanlah karena kemauan mereka semata tetapi lebih dari pada adanya beban dan tekanan yang belum semestinya mereka tanggung.

⁷ I Made Agus Mahendra Iswara, *Mediasi Penal Penerapan Nilai - Nilai Restoratif Justice dalam penyelesaian Tindak Pidana Adat Bali* Jakarta: Universitas Inonesia, 20013, hal.3

Anak yang bermasalah dengan hukum setiap tahun menunjukkan peningkatan yang sangat besar dan mereka sebagai generasi penerus bangsa haruslah ditangani dengan sangat serius dan khusus sehingga mereka tetap mempunyai kesempatan untuk dapat menggapai masa depan yang lebih baik.

Hukum dalam perkembangannya saat ini memungkinkan mediasi dengan semangat Restoratif Justice yang bukan saja hanya diterapkan dalam ranah hukum Perdata tetapi dapat juga diterapkan dalam ranah hukum Pidana yang dikenal dengan Mediasi Penal yaitu “Penyelesaian Perkara Pidana melalui musyawarah dengan bantuan Mediasi oleh mediator yang seimbang yang dihadiri oleh pelaku, korban, para orang tua yang bersangkutan, perwakilan Masyarakat dengan tujuan pemulihan bagi pelaku, korban dan masyarakat yang terkait.”⁸

Diversi adalah regulasi kebijakan untuk menyelesaikan permasalahan anak yang bermasalah dengan hukum dengan semangat Restoratif Justice melalui mediasi yang menghadirkan seluruh Stakeholder dengan menimbulkan salah satu pertanyaan apakah mampu dari proses dan keputusannya dapat mengembalikan keadaan seperti semula.?

Penyelesaian perkara dibidang hukum pidana melalui Restitusi dalam proses pidana menunjukkan, bahwa perbedaan antara hukum pidana dan perdata tidak begitu Besar dan perbedaan itu menjadi tidak berfungsi.⁹

⁸ DS, Dewi dkk, Mediasi Penal : *Penerapan Restoratife Justice di Pengadilan anak Indonesia* Depok : Indi – Publishing, hal. 86.

⁹ Barda Nawawi Arief, *Mediasi Pinal Penyelesaian Perkara diluar Pengadilan* , Semarang: Pustaka Megister, ,2008, hal. 45

Diversi dengan semangat Restoratif Justice yang tertuang dalam Sistem Peradilan Pidana Anak merupakan sistem Peradilan Pidana yang terkait didalam penanganan Anak yang bermasalah dengan Hukum, polisi, Kejaksaan, Pengadilan serta Pembimbing Kemasyarakatan ataupun Balai Pemasyarakatan, Advokad, Lembaga Pembinaan Khusus anak (LPKA), Lembaga Penempatan Anak Sementara (LPAS) dan Lembaga Penyelenggaraan Kesejahteraan Sosial (LPKS) sebagai Institusi atau lembaga yang menangani Anak yang Bermasalah dengan Hukum harus berupaya keras untuk memediasi dengan diprakarsai dan dipimpin oleh Fasilitator yang ditunjuk oleh yang berwenang dengan tujuan untuk mencapai perdamaian antara pelaku dan korban, dengan melalui penyelesaian diluar proses pengadilan. Rumusan khusus peraturan yang mengatur *Restoratif Justice* memang belum ada namun bukan berarti penerapannya tidak ada dasar hukumnya, terlebih dalam penemuan hukum yang menjadi tugas penegak hukum meliputi juga menemukan hukum yang hidup dalam masyarakat.¹⁰ Kalau misalnya hukum yang ada (*Restributive Justice*) itu ternyata tidak mampu menyelesaikan masalah yang dialami baik pelaku maupun korban, maka menurut kajian *Socialegal Studies*, bukan berarti diam (Melakukan Pembiaran) tetapi berupaya bagaimana hukum itu dirubah, diinovasi agar mampu menciptakan keadilan.¹¹

¹⁰ Bagir Manan , *Hakim Sebagai Pembaharu Hukum* ,Jakarta : Jurnal Varia Peradilan, no 254, IKAHI, Januari 2007. hal.10

¹¹ Adjie Semekto, *Kajian Hukum Antara Study Normatif dan Keilmuan* , Jurnal Hukum Progresif Voll 2. No. 2 Oktober 2002, hal. 66

Dari hasil pemaparan latar belakang masalah di atas, penulis memilih topik untuk diulas lebih dalam di penyusunan tesis ini yang diberi judul **“DIVERSI SEBAGAI BENTUK PENYELESAIAN PERKARA ANAK MELALUI PENDEKATAN RESTORATIF JUSTICE OLEH PENYIDIK DI WILAYAH KERJA PENGADILAN NEGERI TANGERANG”**

B. RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan latar belakang yang telah diuraikan diatas maka dengan ini dapat dikemukakan Rumusan masalah yang akan dibahas dalam penulisan ini adalah sebagai berikut :

1. Bagaimana Pelaksanaan Diversi dalam Peradilan Pidana Anak di wilayah Kerja Pengadilan Negeri Tangerang
2. Apakah Pelaksanaan Diversi di Wilayah Kerja Pengadilan Negeri Tangerang sejalan dengan Keadilan Restoratif Justice.

C. TUJUAN PENELITIAN

Secara spesifik tujuan penelitian adalah pernyataan yang dirumuskan secara konkret, tegas dan sederhana tentang hal -hal yang ingin diungkapkan atau dijawab melalui penelitian yang kita laksanakan¹² . Tujuan penelitian juga berhubungan secara fungsional dengan rumusan masalah penelitian.¹³

Tujuan penelitian berkaitan dengan paradigma *“Science of process”* dalam artian penelitian dalam penulisan tesis ini adalah untuk memberikan kontribusi secara

¹² Marzuki. Penelitian Hukum. Jakarta: Kencana, 2007, hal 154

¹³ *Ibid*

teoritik khususnya dalam pengembangan teori, konsep dan asas-asas hukum disisi lain tujuan umum penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Mengembangkan wawasan studi hukum dan kemasyarakatan melalui Perspektif penelaahan Hukum Pidana.
2. Mengembangkan pola pemikiran dan Pemahaman hukum yang tidak terbatas hanya pada hukum positif dan dogmatis tetapi mengembangkan kearah berpikir yang lebih progresif untuk pengembangan hukum dan penemuan hukum.
3. Pengembangan studi hukum untuk meningkatkan kamahiran teoritis akademis, kemampuan berpikir kritis secara ilmiah, serta mampu melihat dan mengamati perkembangan hukum maupun penerapannya untuk memenuhi rasa keadilan dalam Masyarakat .
4. Mengetahui dan Menganalisis Asas Hukum yang berkaitan dengan judul Tesis dan menjawab Rumusan masalah.
5. Untuk mengetahui tentang Diversi dan Pengaturannya dalam perspektif hukum Positif Negara Republik Indonesia dalam semangat Restoratif Justice dan nilai nilai budaya yang dianut dalam masyarakat.

Berdasarkan tujuan umum dari penelitian tersebut, maka tujuan daripada penyusunan tesis ini adalah untuk menjawab dari rumusan masalah adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui pelaksanaan diversi dalam Peradilan Pidana Anak di wilayah kerja Pengadilan Negeri Tangerang.
2. Untuk mengetahui pelaksanaan diversi di wilayah Kerja Pengadilan Negeri Tangerang sejalan dengan keadilan *Restorative Justice*

D. MANFAAT PENELITIAN

Hasil suatu penelitian semestinya harus dapat dimanfaatkan oleh yang membutuhkan, Peneliti harus menyebutkan secara spesifik dan secara lengkap siapa saja yang menurut peneliti yang menerima manfaat dari penelitian yang dilakukan oleh peneliti, bisa tenaga profesional, penentu kebijakan, institusi Akademis, dan lain sebagainya.¹⁴

1. Manfaat Teoritis

Secara teoritis manfaat penelitian dapat memperkaya dan menambah ilmu pengetahuan khususnya yang berkenaan dengan studi hukum, khususnya upaya upaya hukum dalam penyelesaian tindak pidana khususnya Anak Yang Bermasalah Dengan Hukum dengan menggunakan metode atau mekanisme Diversi melalui pendekatan *Restoratif Justice* dengan berupa mediasi dengan upaya menarik penyelesaian perkaranya diluar persidangan.

Penelitian ini diharapkan dapat lebih memperkaya literatur dibidang hukum Pidana khususnya dalam Sistem Peradilan Pidana Anak.

2. Manfaat Praktis

Selain manfaat teoritis penelitian ini juga diharapkan membawa manfaat Praktis yaitu memberikan tambahan pemahaman kepada para Penegak Hukum, Mahasiswa ataupun masyarakat pencari keadilan.

18 M Sopiudin Dahlan. *Langkah -Langkah Membuat Proposal Penelitian* , Jakarta: CV Sagung Seto, Seri 3, 2008, hal. 11

E. KERANGKA KONSEP

Kerangka konsep pada penulisan dalam hal ini adalah berupa istilah- istilah yang digunakan dalam penyusunan tesis ini untuk mempermudah dan untuk memperoleh kesamaan pengertian yang dihimpun dari berbagai sumber khususnya dalam peraturan Perundang undangan yang berlaku yang mempunyai korelasi dengan judul tesis yaitu Undang Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak dan Undang Undang no. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia no 65 Tahun 2015 tentang pedoman pelaksanaan Diversi dan penanganan anak yang belum berumur 12 (dua belas) Tahun.

Peristilahan yang dipergunakan dalam karya tulis ini kiranya dapat dimengerti berdasarkan definisi definisi berikut :

1. Diversi adalah pengalihan penyelesaian perkara Anak dari proses peradilan Pidana ke proses diluar peradilan pidana.
2. Sistem Peradilan Pidana Anak adalah keseluruhan proses penyelesaian perkara anak yang berhadapan dengan hukum, mulai tahap penyelidikan sampai dengan tahap pembimbingan setelah menjalani pidana.
3. Anak adalah seseorang yang belum berumur 18 (delapan belas) Tahun termasuk anak yang masih dalam kandungan.
4. Anak yang berhadapan dengan hukum adalah anak yang berkonflik dengan hukum, anak yang menjadi korban tindak pidana (anak korban) dan anak yang menjadi saksi tindak pidana (anak Saksi).

5. Anak yang berkonflik dengan hukum yang selanjutnya disebut anak adalah anak yang telah berumur 12 (dua belas) tahun tetapi belum berumur 18 (delapan Belas) tahun yang diduga melakukan tindak pidana.
6. Anak yang menjadi korban tindak pidana yang selanjutnya disebut sebagai anak korban adalah anak yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun, yang mengalami penderitaan fisik, mental, dan / atau kerugian ekonomi yang disebabkan oleh tindak pidana.
7. Anak yang menjadi saksi tindak pidana yang selanjutnya disebut sebagai anak saksi adalah anak yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun yang dapat memberikan keterangan guna kepentingan penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan disidang Pengadilan, tentang suatu perkara pidana yang didengar,dilihat,dan/ atau dialaminya sendiri.
8. Keadilan Restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku / korban, dan pihak lain yang terkait utnuk bersama – sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali kepada keadaan semula, dan bukan pembalasan.
9. Perlindungan Anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak – haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.
10. Keluarga adalah unit terkecil dalam masyarakat yang terdiri atas suami istri, atau suami istri dan anaknya, atau keluarga sedarah dalam garis lurus keatas atau kebawah sampai dengan derajat ketiga.

11. Orang Tua adalah ayah dan / atau ibu kandung atau Ayah dan / atau Ibu tiri, atau ayah dan / atau ibu angkat.
12. Wali adalah orang atau badan yang dalam kenyataannya menjalankan kekuasaan asuh sebagai orang tua terhadap anak.
13. Hak anak adalah bagian dari Hak Asasi Manusia yang wajib dijamin, dilindungi, dan dipenuhi oleh orang tua, keluarga, masyarakat, Negara, pemerintah, dan Pemerintah Daerah.
14. Masyarakat adalah Perseorangan, Keluarga, Kelompok, dan organisasi sosial, dan atau Organisasi Kemasyarakatan.
15. Pendamping adalah Pekerja sosial yang mempunyai kompetensi Profesional dalam bidangnya.
16. Perlindungan Khusus adalah suatu bentuk perlindungan yang diterima oleh anak dalam situasi dan kondisi tertentu untuk mendapatkan jaminan rasa aman terhadap ancaman yang membahayakan diri dan jiwa dalam tumbuh kembangnya.
17. Kekerasan adalah setiap perbuatan terhadap anak yang berakibat timbulnya kesengsaraan atau penderitaan secara fisik, psikis, seksual, dan / atau penelantaran, termasuk ancaman untuk melakukan perbuatan, pemaksaan, atau perampasan, kemerdekaan, serta melawan hukum.
18. Setiap orang adalah orang perseorangan atau korporasi.
19. Pembimbing kemasyarakatan adalah pejabat fungsional penegak hukum yang melaksanakan penelitian kemasyarakatan, pembimbingan, pengawasan, dan pendamping terhadap anak didalam dan diluar proses peradilan pidana.

20. Pekerja sosial profesional adalah seseorang yang bekerja, baik dilembaga pemerintah maupun swasta, yang memiliki kompetensi dan profesi pekerja sosial serta kepedulian dalam pekerjaan sosial yang diperoleh melalui pendidikan, pelatihan dan / atau pengalaman praktik pekerjaan sosial untuk melaksanakan tugas pelayanan dan penanganan masalah sosial anak.
21. Tenaga Kesejahteraan sosial adalah seseorang yang dididik dan dilatih secara profesional untuk melaksanakan tugas pelayanan dan penanganan masalah sosial dan / atau seseorang yang bekerja baik dilembaga pemerintah maupun swasta, yang ruang lingkup kegiatannya dibidang kesejahteraan sosial anak.
22. Pendamping adalah orang yang dipercaya oleh anak untuk mendampingi selama dalam peradilan pidana berlangsung.
23. Advokat atau pemberi bantuan hukum lainnya adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum. baik didalam maupun diluar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan peraturan perundang undangan.
24. Lembaga Pembinaan Khusus Anak (LPKA) adalah lembaga atau tempat anak menjalani masa Pidananya.
25. Lembaga Penempatan Anak Sementara (LPAS) adalah tempat sementara bagi anak selama proses peradilan berlangsung.
26. Lembaga Penyelenggara Kesejahteraan Sosial (LPKS) adalah lembaga atau tempat pelayanan sosial yang melaksanakan penyelenggaraan kesejahteraan sosial bagi anak.

27. Balai Pemasarakatan yang disebut BAPAS adalah unit pelaksana teknis Pemasarakatan yang melaksanakan tugas dan fungsi penelitian kemasarakatan, pembimbingan, pengawasan, dan pendampingan.
28. Penyidik adalah penyidik Anak.
29. Penuntut umum adalah Penuntut umum Anak.
30. Hakim adalah Hakim Anak.
31. Hakim Banding adalah Hakim Banding Anak.
32. Hakim Kasasi adalah Hakim Kasasi Anak.
33. Musyawarah Diversi adalah musyawarah antara para pihak yang melibatkan anak dan orang tua/walinya, korban dan atau orang tua/walinya, Pembimbing Kemasyarakatan, Pekerja Sosial Profesional, perwakilan masyarakat, dan pihak-pihak yang terlibat lainnya, untuk mencapai kesepakatan **Diversi** melalui pendekatan keadilan restoratif.
34. Fasilitator Diversi adalah Hakim yang ditunjuk oleh Ketua Pengadilan untuk menangani perkara anak yang bersangkutan.
35. Kaukus adalah pertemuan terpisah antara fasilitator Diversi dengan salah satu pihak yang diketahui oleh pihak lain.
36. Kesepakatan Diversi adalah kesepakatan hasil proses musyawarah Diversi yang dituangkan dalam bentuk dokumen dan ditanda tangani oleh para pihak yang terlibat dalam musyawarah Diversi.
37. Hari adalah hari Kerja.

F. KERANGKA TEORI

Kerangka teori adalah konsep-konsep yang sebenarnya merupakan abstraksi dari hasil pemikiran atau kerangka acuan pada dasarnya bertujuan untuk mengadakan kesimpulan terhadap dimensi-dimensi sosial yang dianggap relevan untuk suatu penelitian.¹⁵

a. Teori Perlindungan Hukum Terhadap Anak.

Perlindungan hukum adalah segala daya upaya yang dilakukan secara sadar oleh setiap orang maupun lembaga pemerintah dan swasta yang bertujuan mengusahakan pengamanan, penguasaan dan pemenuhan kesejahteraan hidup sesuai dengan hak-hak asasi yang ada sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Karena setiap anak Indonesia adalah asset bangsa yang sangat berharga, generasi penerus dan sumber daya manusia Indonesia yang bakal menjadi Penentu masa depan bangsa dan negara. Negara berkewajiban menciptakan rasa aman dan memberikan perlindungan hukum kepada setiap anak Indonesia agar mereka tumbuh serta berkembang secara wajar dan berperan serta dalam pembangunan.

Perlindungan hukum terhadap anak adalah upaya perlindungan hukum terhadap berbagai kebebasan dan hak asasi anak (*fundamental rights and freedoms of children*) serta berbagai kepentingan yang berhubungan dengan kesejahteraan anak.¹⁶ Perlindungan anak adalah suatu kegiatan bersama yang

¹⁵ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta : UI Pres, 198, hal. 125

¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1998. hal 156.

bertujuan mengusahakan pengamanan, pengadaan, dan pemenuhan kesejahteraan rohaniyah dan jasmaniah anak yang sesuai dengan kepentingannya dan hak asasinya.¹⁷ Mengenai perlindungan hukum bagi korban terdapat dua teori yaitu teori *Retributive Justice* dan *Teori Restorative Justice*.

b. Teori Keadilan Retributif (*Retributive Justice*)

Penegakan hukum yang dilaksanakan selama ini merupakan upaya pembangunan yang berkesinambungan, tujuannya adalah dalam rangka mewujudkan suasana berperikehidupan bangsa yang aman, tentram, tertib, dan dinamis dalam lingkungan pergaulan dunia yang merdeka, damai dan bersahabat. Penegakan hukum pada hakekatnya adalah upaya untuk menciptakan keadilan. Proses pemenuhan rasa keadilan masyarakat melalui penegakan hukum sampai sekarang masih menampilkan wajah lama, yaitu hukum sebagai alat penindas (*retributive justice*).¹⁸

Konsep sistem peradilan pidana yang berdasarkan *retributive justice*, dapat dilihat dalam sistem peradilan di Indonesia yang cenderung masih menganut sistem pembalasan terhadap pelaku tindak pidana. Hukum digunakan sebagai alat untuk menakut-nakuti pembalasan terhadap pelaku. Hal ini mengakibatkan peraturan-peraturan yang digunakan lebih memperhatikan pelaku tindak pidana tanpa memperhatikan bagaimana korban

¹⁷ Arief Gostia, *Masalah Korban Kejahatan*. Jakarta: PT Bhuana Ilmu Poluler, 2004, hal. 18

¹⁸ Bagir Manan, *Restoratif Justice (suatu pengenalan)*, dalam *Refleksi Dinamika Hukum Rangkaian Pemikiran Dalam Dekade Terakhir*, Jakarta : Perum Percetakan Negara RI, 2008, hal. 4.

dari tindak pidana tersebut. Ini merupakan salah satu akibat dari pelaksanaan sistem peradilan pidana pada *retributive justice*.¹⁹

Konsep perlindungan hukum bagi korban pada keadaan *retributive justice* tidak terlalu diperhatikan dan pengaturannya sangat minim dan tidak memberikan jaminan perlindungan yang seutuhnya. Hal ini bisa dilihat dalam KUHP, dimana korban mendapatkan porsi perlindungan hukum yang sangat sedikit. KUHP lebih banyak memperhatikan pelaku dan hanya diatur dalam beberapa pasal saja, yaitu pada Pasal 98 sampai Pasal 101 dan Pasal 108 KUHP.

Hukum pidana menurut keadilan retributif adalah orientasi keadilan ditujukan kepada pelanggar dan semata-mata karena pelanggaran hukumnya, pelanggaran terhadap hukum pidana adalah melanggar hak negara sehingga korban kejahatan adalah negara itu sendiri, sehingga *retributive justice* yang tidak memberikan tempat terhadap korban dalam sistem peradilan pidana karena konsep tersebut tidak dapat memberikan perlindungan terhadap korban. Mengingat korban tindak pidana tidak hanya dapat mengalami kerugian materiil melainkan sangat dimungkinkan mengalami kerugian immateriil.²⁰

c. Teori Keadilan Restoratif (*Restorative Justice*)

Restorative Justice (keadilan restoratif) adalah suatu penyelesaian secara adil yang melibatkan pelaku, korban, keluarga mereka dan pihak lain

¹⁹ *Ibid*

²⁰ Bagir Manan, *Op.Cit.* hal. 4

yang terkait dalam suatu tindak pidana secara bersama-sama mencari penyelesaian terhadap tindak pidana tersebut dan implikasinya dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula. *Restorative Justice* adalah konsep pemidanaan. Tetapi sebagai konsep pemidanaan hanya tidak hanya terbatas pada ketentuan hukum pidana (formal dan materil). *Restorative Justice* harus juga diamati dari segi kriminologi dan sistem pemasyarakatan. Dari kenyataan yang ada, sistem pemidanaan yang berlaku belum sepenuhnya menjamin keadilan secara terpadu (*integrated justice*), yaitu keadilan bagi pelaku, keadilan bagi korban, dan keadilan bagi masyarakat.²¹

Bahwa dalam substansi *restorative justice*, berisi prinsip-prinsip, antara lain: membangun partisipasi bersama antara pelaku, korban dan kelompok masyarakat menyelesaikan suatu peristiwa atau tindak pidana; menempatkan pelaku, korban, dan masyarakat sebagai pemangku kepentingan yang bekerja bersama dan langsung berusaha menemukan penyelesaian yang dipandang adil bagi semua pihak (*win-win solutions*).²²

Restorative justice adalah sebuah pendekatan untuk membuat pemindahan dan pelebagaan menjadi sesuai dengan keadilan. *Restorative justice* dibangun atas dasar nilai-nilai tradisional komunitas yang positif dan sanksi-sanksi yang dilaksanakan menghargai hak-hak asasi manusia. Prinsip-prinsip *Restorative Justice* adalah membuat pelaku bertanggung jawab untuk membuktikan kapasitas dan kualitasnya sebaik dia mengatasi rasa bersalahnya

²¹ *Ibid*

²² *Ibid. hal. 5*

dengan cara konstruktif, melibatkan korban, orang tua, keluarga, sekolah atau teman bermainnya, membuat forum kerjasama juga dalam masalah yang berhubungan dengan kejahatan untuk mengatasinya.²³

Hal ini berbeda dengan konsep keadilan dalam sistem hukum pidana Indonesia yang bersifat *retributive justice*. *Restorative justice* merupakan konsep yang didasarkan pada tujuan hukum sebagai upaya dalam menyelesaikan konflik dan mendamaikan antara pelaku dan korban kejahatan. Pidana penjara bukanlah satu-satunya pidana yang dapat dijatuhkan pada pelaku kejahatan, tetapi pemulihan kerugian dan penderitaan yang dialami korban akibat kejahatan yang harus diutamakan. Kewajiban merestorasi akibat kejahatan dalam bentuk restitusi dan kompensasi serta rekonsiliasi dan penyatuan sosial merupakan bentuk pidana dalam konsep *restorative justice*. Munculnya konsep *restorative justice* pada dasarnya diharapkan agar dapat memberikan dan memenuhi rasa tanggung jawab sosial pada pelaku dan mencegah stigmatisasi pelaku dimasa yang akan datang.²⁴

d. Teori Pertanggungjawaban Pidana atas Kelalaian.

Orang tua yang melakukan kelalaian yang disengaja sehingga mengakibatkan terjadinya penganiyaan terhadap anaknya mempunyai kewajiban mempertanggungjawabkan secara pidana atas kesengajaannya tersebut. Seorang yang melakukan tindak pidana baru boleh dihukum apabila

²³ Rena Yulia, *Viktimologi: Perlindungan Hukum Terhadap Korban Kejahatan*, Jakarta: Rajawali Press, 2007. hal 164-165.

²⁴ *Ibid.*

si pelaku sanggup mempertanggungjawabkan perbuatannya. Pertanggungjawaban seseorang berkaitan dengan kesalahan. Kesalahan dalam hukum pidana ada dua macam yaitu, sengaja (*dolus/opzet*) dan kejahatan (*culpa*).

Unsur-unsur tindak pidana adalah sebagai berikut :

1. Perbuatan manusia (positif atau negatif); berbuat atau tidak berbuat atau membiarkan;
2. Diancam dengan pidana;
3. Melawan hukum;
4. Dilakukan dengan kesalahan; dan
5. Oleh orang yang mampu bertanggung jawab.²⁵

Pertanggungjawaban pidana mengandung makna bahwa setiap orang yang melakukan tindak pidana atau melawan hukum, sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang, maka orang tersebut patut mempertanggungjawabkan perbuatan sesuai dengan kesalahannya.²⁶

Pertanggungjawaban pidana menurut hukum pidana adalah kemampuan bertanggungjawab seseorang terhadap kesalahan. Unsur pertama adalah kemampuan bertanggung jawab yang diartikan sebagai implementasi tanggungjawab seseorang untuk menerima setiap resiko dan konsekuensi yuridis yang muncul sebagai akibat tindak pidana yang telah dilakukannya, sedangkan unsur kedua adalah kesalahan yang dapat diartikan sebagai unsur kesengajaan, kelalaian, atau kealpaan.

²⁵ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*. Bandung : Sinar Baru, 1986. hal 40.

²⁶ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*. Jakarta: Rineka Cipta, 2001. hal 12.

1) Kemampuan bertanggung jawab

Unsur pertama dari kesalahan adalah adanya kemampuan bertanggung jawab. Tidaklah mungkin seseorang dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana apabila ia tidak mampu bertanggung jawab. Kemampuan bertanggung jawab dapat diartikan sebagai suatu keadaan jiwa sedemikian, yang membenarkan adanya penerapan sesuatu upaya pemidanaan, baik dilihat dari sudut umum maupun dari orangnya. Kemampuan bertanggung jawab harus memuat unsur :

- a. Kemampuan untuk membedakan antara perbuatan yang baik dan yang buruk sesuai hukum yang melawan hukum (*intellectual factor*);
- b. Kemampuan untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik buruknya perbuatan tadi (*volitional factor*).²⁷

Orang yang mampu bertanggung jawab harus memenuhi tiga syarat, yaitu :

- a. Dapat menginsyafi makna perbuatannya;
- b. Dapat menginsyafi bahwa perbuatan itu tidak dapat dipandang patut dalam pergaulan masyarakat;
- c. Mampu untuk menentukan niat atau kehendaknya dalam melakukan perbuatan.²⁸

Seorang pelaku tindak pidana tidak dapat dikenakan pertanggungjawaban terhadap perbuatannya, apabila terdapat alasan-alasan pemaaf (kesalahannya ditiadakan) dan alasan pembenar (sifat melawan

²⁷ Tri Andrisman, *Asas-asas Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Indonesia*, Bandar Lampung: Universitas Lampung, 2009. hal 96

²⁸ Roeslan Saleh, *Asas-asas Hukum Pidana*. Bandung: Aksara Baru, 1982. hal 89

hukumnya ditiadakan) yang dasar-dasarnya ditentukan dalam KUHP, adalah sebagai berikut :

- a. Alasan pemaaf/kesalahannya ditiadakan, yaitu jiwanya cacat atau terganggu karena penyakit, pengaruh daya paksa, pembelaan terpaksa karena serangan dan perintah jabatan karena wewenang.
- b. Alasan pembenaran/peniadaan sifat melawan hukum, yaitu keadaan darurat, terpaksa melakukan pembelaan karena serangan terhadap diri sendiri maupun orang lain, terhadap kehormatan kesusilaan, atau harta benda sendiri atau orang lain, perbuatan yang dilaksanakan menurut ketentuan undang-undang dan perbuatan yang dilaksanakan menurut perintah jabatan oleh penguasa yang berwenang.²⁹

2) Kesengajaan/kelalaian atau kealpaan.

Unsur kedua dari kesalahan dalam arti yang seluas-luasnya adalah hubungan batin antara si pembuat terhadap perbuatannya, yang dicelakakan kepada si pembuat. Hubungan batin ini bisa berupa sengaja atau alpha. KUHP tidak memberikan pengertian tentang kesengajaan. Petunjuk tentang arti kesengajaan dapat diketahui dari MvT (*Memorie van Toelichting*), yang memberikan arti kesengajaan sebagai menghendaki dan mengetahui.³⁰

Bentuk atau corak kesengajaan ada 3 (tiga) macam yaitu :

²⁹ Roeslan Saleh, *Op.Cit.* hal 90

³⁰ Tri Andrisman, *Op.Cit.* hal 102

- a. Sengaja dengan maksud (*Dolus Directus*), yaitu apabila si pelaku memang menghendaki dengan maksud akibat perbuatan yang dilakukan sesuai dengan sempurna.
- b. Sengaja dengan kepastian, yaitu apabila si pelaku mengetahui dari perbuatannya yang dilakukan akan timbul atau pasti terjadi akibat lain dari perbuatan yang dilakukan.
- c. Sengaja dengan kemungkinan yang timbul akibat lain dari perbuatan yang dilakukan dan ternyata kemungkinan tersebut benar-benar terjadi.³¹

Hubungan kemampuan bertanggung jawab dengan perbuatan yang dilakukan merupakan masalah kesengajaan, kealpaan serta alasan pemaaf sehingga mampu bertanggung jawab harus mempunyai kesengajaan atau kealpaan serta tidak adanya alasan pemaaf merupakan unsur kesalahan dari semua unsur. Jadi harus dihubungkan pula dengan tindak pidana yang dilakukan, sehingga untuk adanya kesalahan yang mengakibatkan dipidananya terdakwa harus memenuhi beberapa syarat yaitu :

- a. Melakukan perbuatan pidana;
- b. Mampu bertanggung jawab;
- c. Dengan sengaja atau kealpaan; dan
- d. Tidak adanya alasan pemaaf.³²

³¹ Roeslan Saleh, *Op.Cit.* hal 90-91

³² Roeslan Saleh, *Op.cit.* hal 60

G. SISTIMATIKA PENULISAN

Hasil penelitian akan dituangkan dalam bentuk tesis yang terdiri dari 5 (lima)

Bab dan beberapa bagian Sub Bab sebagai berikut :

Bab Satu dalam Bab Satu ini berisikan Latar Belakang, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Kerangka Konsep dan Kerangka Teori dan Sistematika Penulisan.

Bab Dua dalam Bab Dua ini berisikan Tinjauan Pustaka dan Landasan Teori, yaitu dengan menguraikan dan membahas mengenai teori-teori dan undang-undang yang mengatur mengenai diversi yang bersumber dari berbagai konsep, literatur yang berkaitan dengan judul tesis yang sedang dibahas.

Bab Tiga Metode Penelitian. Pada Bab III ini akan membahas dan menguraikan mengenai metode penelitian yang digunakan dalam penyusunan tesis.

Bab Empat Pembahasan yang mengelaborasi Konsep Diversi dan Prosesnya dengan pokok pokok hasil penelitian untuk menjawab rumusan masalah yang akan disusun dalam Sub bab -sub bab lainnya.

Bab Lima Merupakan Bab penutup berupa kesimpulan dari hasil penelitian dan saran-saran didalam akhir tesis ini.