

BAB II

LANDASAN TEORI

2.1. Uraian Teori

2.1.1 Pengertian Tindak Pidana

Sebelum membahas mengenai pengertian tindak pidana perbuatan cabul, terlebih dahulu akan diuraikan mengenai definisi dari tindak pidana. Tindak pidana merupakan sebuah istilah yang dipakai oleh beberapa ahli hukum di Indonesia untuk menterjemahkan istilah “*strafbaar feit*”. Beberapa istilah yang juga sering digunakan antara lain, perbuatan pidana, peristiwa pidana, perbuatan yang dapat dihukum, pelanggaran pidana, serta delik.

Istilah “*strafbaar feit*” sendiri yang merupakan bahasa Belanda tersebut terdiri atas tiga kata, yaitu straf yang berarti hukuman (pidana), baar yang berarti dapat (boleh), dan feit yang berarti tindak, peristiwa, pelanggaran dan perbuatan. Jadi istilah *strafbaarfeit* adalah peristiwa yang dapat dipidana atau perbuatan yang dapat dipidana.¹⁶

Beberapa pendapat pakar hukum dari barat (Eropa) mengenai pengertian *strafbaar feit*, antara lain sebagai berikut:

1. Simons, memberi batasan pengertian *strafbaar feit* adalah suatu tindakan melanggar hukum yang telah dilakukan dengan sengaja oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya dan yang oleh undang-undang telah dinyatakan sebagai suatu tindakan yang dapat dihukum.¹⁷

¹⁶ Amir Ilyas, 2012, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rangkang Education Yogyakarta & PuKAPI Indonesia, Yogyakarta, hlm. 19.

¹⁷ Lamintang, P.A.F, 1997. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 34.

2. Pompe, strafbaar feit adalah suatu pelanggaran norma (gangguan terhadap tertib hukum) yang dengan sengaja ataupun dengan tidak sengaja telah dilakukan oleh seorang pelaku, dimana penjatuhan hukuman terhadap pelaku tersebut adalah perlu demi terpeliharanya tertib hukum.¹⁸
3. Hasewinkel Suringa, strafbaar feit yang bersifat umum yakni suatu perilaku manumur yang pada suatu saat tertentu telah ditolak di dalam suatu pergaulan hidup tertentu dan dianggap sebagai perilaku yang harus ditiadakan oleh hukum pidana dengan menggunakan sarana-sarana yang bersifat memaksa yang terdapat didalam undang-undang.¹⁹

Beberapa pendapat pakar hukum Indonesia mengenai *Strafbaar feit*, antara lain sebagai berikut:²⁰

1. Moeljatno, mengatakan bahwa strafbaar feit adalah suatu perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, dimana larangan tersebut disertai ancaman (sanksi) yang berupa pemidanaan bagi siapa yang melanggar larangan tersebut. Atau dapat juga dirumuskan bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam pidana.
2. Bambang Poernomo, menyatakan bahwa strafbaar feit adalah hukum sanksi. Definisi ini diberikan berdasarkan ciri hukum pidana yang membedakan dengan lapangan hukum yang lain, yaitu bahwa hukum pidana sebenarnya tidak mengadakan norma sendiri

¹⁸ *Ibid.* Hlm 35

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.* 37

melainkan sudah terletak pada lapangan hukum yang lain, dan sanksi pidana diadakan untuk menguatkan ditaatinya norma-norma di luar hukum pidana.

3. Roeslan Saleh, mengartikan istilah strafbaar feit sebagai suatu perbuatan yang bertentangan dengan tata atau ketentuan yang dikehendaki oleh hukum, dimana syarat utama dari adanya perbuatan pidana adalah kenyataan bahwa ada aturan yang melarang.

Tindak pidana merupakan sebuah istilah yang umum dipergunakan dalam undang-undang di Indonesia, dimana istilah tindak pidana lebih menekankan kepada suatu tindakan yang mencakup pengertian melakukan atau berbuat (aktif) serta tidak berbuat (pasif) dimana erat kaitannya dengan suatu sikap batin seseorang yang berbuat atau bertindak. Tindakan ataupun perbuatan yang dimaksud mengandung unsur ataupun sifat melawan hukum dari suatu aturan hukum yang telah ada yang melarang tindakan tersebut sehingga tindakan tersebut dapat dijatuhi hukuman.

2.1.2. Pengertian Tindak Pidana Pencabulan

Selanjutnya akan dijelaskan pengertian tindak pidana perbuatan cabul atau pencabulan. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, cabul adalah (kata sifat) keji, kotor. Pencabulan adalah perbuatan kotor atau keji. Sedangkan, Perbuatan cabul secara umum adalah perbuatan yang melanggar kesusilaan (kesopanan) atau perbuatan keji, yang semuanya itu dalam

lingkungan nafsu birahi kelamin, misalnya cium -ciuman, merabaraba anggota kemaluan, meraba-raba buah dada, dan sebagainya.²¹

Pencabulan atau perbuatan cabul (*Ontuchtige Handelingen*) dapat juga diartikan sebagai segala macam wujud perbuatan, baik yang dilakukan diri sendiri maupun pada orang lain mengenai dan yang berhubungan dengan alat kelamin atau bagian tubuh lainnya yang dapat merangsang nafsu seksual. Dari pengertian di atas, dapatlah diketahui oleh siapapun yang tidak memiliki legalitas hukum dalam hubungan suami istri tetap dipidana sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku.²²

Pengertian pencabulan itu sendiri lebih luas dari pengertian bersetubuh. Sebagaimana pengertian bersetubuh menurut Hoge Raad yang telah diterangkan dibagian muka, yang mengandung pengertian perpaduan alat kelamin laki-laki dan alat kelamin perempuan, dimana disyaratkan masuknya penis kedalam liang vagina, kemudian penis mengeluarkan sperma sebagaimana biasanya membuahkan kehamilan. Sementara itu, apabila tidak memenuhi salah satu syarat saja, misalnya penis belum masuk spermanya sudah keluar, kejadian ini bukanlah persetubuhan namanya, tetapi perbuatan cabul sehingga bila dilakukan dengan memaksa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, kejadian itu adalah perkosaan berbuat cabul.²³

Landasan yuridis mengenai tindakan pencabulan sendiri diatur dalam KUHP pada Bab XIV buku ke II, yaitu Pasal 289 sampai dengan Pasal 296 KUHP, yang mengkategorikan pencabulan tersebut sebagai kejahatan

²¹ R. Soesilo, 1995. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal, Politeia, Bogor, hlm. 212.

²² Chazawi Adami, 2002. Tindak Pidana Mengenai Kesopanaan, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 80.

²³ *Ibid.* Hlm. 80

terhadap kesusilaan. Sedangkan pencabulan terhadap anak diatur dalam Pasal 290 ayat (2) dan (3), Pasal 292, Pasal 293, Pasal 294 ayat (1), Pasal 295 KUHP.

2.1.3. Anak Sebagai Pelaku Tindak Pidana

Dewasa ini banyak terlihat kejahatan-kejahatan yang melibatkan peran seorang anak, baik itu sebagai korban dari sebuah tindak kejahatan, maupun sebagai pelaku dari tindak kejahatan itu sendiri. Sebelum lebih jauh diuraikan tentang pengertian anak sebagai pelaku tindak kejahatan, terlebih dahulu diuraikan pengertian anak itu sendiri.

Pengertian mengenai anak banyak dijumpai dalam perundangundangan di Indonesia dengan suatu definisi atau penjelasan yang sangat beragam. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) pada Pasal 72 memberikan batasan umur seorang anak hanya 16 (enam belas) tahun dan Pasal 283 ayat (1) yang memberikan batasan mengenai umur anak adalah belum mencapai 17 (tujuh belas) tahun, sementara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata), mereka yang belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 (dua puluh satu) tahun dan belum pernah kawin dianggap tidak cakap untuk melakukan suatu perbuatan hukum.

Lebih lanjut dalam Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak ditentukan bahwa “ Anak adalah seseorang yang belum mencapai umur 21 tahun dan belum pernah kawin”. Dalam Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, Pasal 1 ayat (1) mendefinisikan Anak adalah seseorang yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan. Pengertian ini memiliki

kemiripan dengan pengertian anak yang terkandung dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang.

Dalam Undang-Undang No. 3 Tahun 1997 yang mengatur tentang Pengadilan Anak Pasal 1 ayat (1) ditentukan bahwa anak adalah orang yang dalam perkara anak nakal telah mencapai umur 8 (delapan) tahun sampai berumur 18 (delapan belas) tahun dan belum kawin. Terhadap ketentuan dalam Undang-Undang Pengadilan Anak tersebut maka telah dilakukan judicial review ke Mahkamah Konstitusi.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1/PUU-VIII/2010 tertanggal 12 Februari 2011 menyatakan frasa “8 (delapan) tahun” dalam Pasal 1 angka 1, Pasal 4 ayat (1), dan Pasal 5 ayat (1), beserta penjelasan Undang-Undang tersebut, khususnya terkait dengan frasa “8 (delapan) tahun”. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak adalah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat secara bersyarat (conditionally unconstitutional), artinya inkonstitusional, kecuali dimaknai “12 (dua belas) tahun”.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak yang akan menggantikan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak. Dua tahun sejak diundangkan yang akan mulai berlaku pada 30 Juli 2014. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 telah mengadopsi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 1/PUU-VIII/2010 yaitu dengan memberikan pengertian Anak yang Berkonflik dengan Hukum sebagai anak yang telah berumur 12 (dua belas) tahun tetapi belum berumur 18 (delapan belas)

tahun yang diduga melakukan tindak pidana. Meskipun terdapat beberapa pengertian mengenai anak sebagaimana yang diuraikan di atas, akan tetapi skripsi ini lebih menitik beratkan pengertian anak pada Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak dikarenakan Undang-Undang ini telah khusus membahas tentang anak sebagai pelaku tindak kejahatan.

Lebih lanjut membahas mengenai pengertian anak sebagai pelaku tindak pidana, berikut akan diuraikan pengertian tentang pelaku tindak pidana. Pelaku tindak pidana adalah mereka yang melakukan suatu perbuatan yang oleh hukum (peraturan yang telah ada) disebut secara tegas sebagai suatu perbuatan yang terlarang dan dapat dipidana. Pelaku tindak pidana dapat pula mencakup mereka yang turut serta melakukan, menyuruh melakukan, ataupun membujuk seseorang agar melakukan sesuatu perbuatan pidana.

Dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak ditentukan bahwa anak sebagai pelaku tindak pidana adalah mereka yang oleh Undang-Undang dikatakan belum dewasa melakukan suatu perbuatan yang dinyatakan terlarang bagi anak menurut peraturan perundang-undangan maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan. Meskipun demikian, anak sebagai pelaku tindak pidana tetap mempunyai hak untuk mendapatkan perlindungan serta jaminan atas hak-hak anak dalam menjalani sebuah proses peradilan atas perbuatan yang dilakukannya.

Oleh karena itu, dalam hal menjatuhkan vonis hukuman terhadap anak pelaku tindak pidana, Hakim patut memperhatikan secara cermat akan

jaminan masa depan si anak kelak dikemudian hari atas vo nis yang dijalaninya nanti.

2.1.4. Unsur-Unsur Tindak Pidana

Dalam hukum pidana dikenal dua pandangan tentang unsur-unsur tindak pidana, yaitu pandangan monistis dan pandangan dualistis. Pandangan monistis adalah suatu pandangan yang melihat syarat, untuk adanya pidana harus mencakup dua hal yakni sifat dan perbuatan. Pandangan ini memberikan prinsip-prinsip pemahaman, bahwa di dalam pengertian perbuatan atau tindak pidana sudah tercakup di dalamnya perbuatan yang dilarang (*criminal act*) dan pertanggungjawaban pidana atau kesalahan (*criminal responsibility*).²⁴

Unsur-unsur tindak pidana menurut pandangan monistis meliputi :²⁵

- a. Ada perbuatan;
- b. Ada sifat melawan hukum;
- c. Tidak ada alasan pembeda;
- d. Mampu bertanggungjawab;
- e. Kesalahan;
- f. Tidak ada alasan pembenaran.

Lain halnya dengan pandangan dualistis yang memisahkan antara perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana. Pandangan ini memiliki prinsip bahwa dalam tindak pidana hanya mencakup *criminal act*, dan *criminal responsibility* tidak menjadi unsur tindak pidana. Oleh karena itu, untuk menyatakan sebuah perbuatan sebagai tindak pidana cukup dengan adanya

²⁴ Amir Ilyar, *Op. Cit.* Hlm. 38

²⁵ *Ibid.* Hlm. 43

perbuatan yang dirumuskan oleh undang-undang yang memiliki sifat melawan hukum tanpa adanya suatu dasar pembenar.

Menurut pandangan dualistis, unsur-unsur tindak pidana meliputi :²⁶

- a. Adanya perbuatan yang mencocoki rumusan delik;
- b. Ada sifat melawan hukum;
- c. Tidak ada alasan pembenar.

Selanjutnya unsur-unsur pertanggungjawaban pidana meliputi :²⁷

- a. Mampu bertanggungjawab;
- b. Kesalahan;
- c. Tidak ada alasan pemaaf.

Menurut Penulis lebih tepat dikatakan bahwa syarat pemidanaan terdiri dari dua unsur yaitu tindak pidana sebagai unsur objektif dan pertanggungjawaban pidana sebagai unsur subjektif. Kedua unsur ini memiliki hubungan erat, yaitu tidak ada pertanggungjawaban pidana jika sebelumnya tidak ada tindak pidana.

Berikut ini akan diuraikan mengenai unsur-unsur tindak pidana. Unsur-unsur tindak pidana, antara lain:

1. Ada perbuatan yang mencocoki rumusan delik

Perbuatan manusia dalam arti luas adalah mengenai apa yang dilakukan, apa yang diucapkan, dan bagaimana sikapnya terhadap suatu hal atau kejadian. Sesuatu yang dilakukan dan diucapkan disebut act, yang oleh sebagian pakar disebut sebagai perbuatan positif. Sikap seseorang terhadap suatu hal atau kejadian disebut omission, yang oleh sebagian pakar disebut

²⁶ Ibid. Hlm. 43

²⁷ Ibid. Hlm. 43

sebagai perbuatan negatif. Oleh karena itu, mencocoki rumusan delik yaitu mencocoki unsureunsur yang ada dalam pasal yang didakwakan, termasuk unsur perbuatan maupun pertanggungjawaban pidananya.

2. Ada sifat melawan hukum

Dalam dogmatic hukum pidana, istilah “sifat melawan hukum” tidak selalu berarti sama. Ada empat makna yang berbeda-beda, tetapi yang masing-masing dinamakan sama, yaitu sifat melawan hukum. Harus selalu ditanyakan dalam hubungan apa istilah itu dipakai untuk mengetahui artinya.

Sifat melawan hukum dapat dibedakan menjadi 4 (empat) jenis, yaitu:²⁸

a. Sifat Melawan Hukum Umum

Ini diartikan sebagai syarat umum untuk dapat dipidana yang tersebut dalam rumusan pengertian perbuatan pidana. Perbuatan pidana adalah kelakuan manusia yang termasuk dalam rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat dicela.

b. Sifat Melawan hukum Khusus

Ada kalanya kata “bersifat melawan hukum” tercantum secara tertulis dalam rumusan delik. Jadi sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidana. Sifat melawan hukum yang menjadi bagian tertulis dari rumusan delik dinamakan :sifat melawan hukum khusus. Juga dinamakan “sifat melawan hukum facet”.

c. Sifat Melawan Hukum Formal

²⁸ I Made Widnyana, 2010, Asas-Asas Hukum Pidana, PT. Fikahati Aneska, Jakarta, hal.57.

Istilah ini berarti : semua bagian yang tertulis dari rumusan delik telah dipenuhi (jadi semua syarat tertulis untuk dapat dipidana).

d. Sifat Melawan Hukum Materiil

Sifat melawan hukum materiil berarti melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembentuk undang-undang dalam rumusan delik tertentu.

Dalam ilmu hukum pidana, dikenal beberapa pengertian melawan hukum (*wederrechtelijk*). Menurut Simons, melawan hukum diartikan sebagai bertentangan dengan hukum, bukan saja terkait dengan hak orang lain (hukum subjektif), melainkan juga mencakup hukum perdata atau hukum administrasi negara.²⁹

Selanjutnya menurut Vos, Moeljatno, dan TIM BPHN atau BABINKUMNAS memberikan definisi bertentangan dengan hukum artinya bertentangan dengan apa yang dibenarkan oleh hukum atau anggapan masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut dilakukan.³⁰

3. Tidak Ada Alasan Pembena

Alasan pembena menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, artinya meskipun perbuatan itu telah memenuhi rumusan delik sebagaimana ditentukan dalam undang-undang, dengan lain perkataan alasan pembena menghapuskan dapat dipidananya perbuatan.³¹ Pada dasarnya, perbuatan seseorang termasuk tindak pidana tetapi karena hal-hal tertentu perbuatan tersebut dapat dibenarkan dan pelakunya tidak dapat dipidana.

²⁹ Amir Ilyas, *Op. Cit.*, hlm. 52.

³⁰ *Ibid.* Hlm. 53

³¹ I Made Widnyana, *Op.Cit.*, hlm 138

Hal-hal yang dapat menjadi alasan pembenar, antara lain:

a. Daya paksa absolut.

Daya paksa diatur dalam Pasal 48 KUHP yang menyatakan bahwa barang siapa melakukan perbuatan karena terpaksa oleh sesuatu kekuasaan yang tak dapat dihindarkan tidak boleh dihukum. Dalam penjelasannya, Jonkers mengatakan daya paksa dikatakan bersifat absolut jika seseorang tidak dapat berbuat lain. Ia mengalami sesuatu yang sama sekali tidak dapat mengelakkannya dan tidak mungkin memilih jalan lain.³²

Berdasarkan doktrin hukum pidana, daya paksa dibedakan menjadi dua, yaitu daya paksa absolut (*vis absoluta*) dan daya paksa relatif (*vis compulsiva*). Apabila dilihat dari segi asalnya tekanan dan paksaan itu, maka bentuk daya paksa disebabkan oleh perbuatan manusia dan bukan perbuatan manusia. Akan tetapi, jika dilihat dari sifat tekanan dan paksaan, maka daya paksa disebabkan oleh tekanan yang bersifat fisik dan psikis.³³

Menurut Adami Chazawi, daya paksa absolut baik yang disebabkan oleh perbuatan manusia maupun alam, baik yang bersifat fisik maupun psikis, adalah suatu keadaan di mana paksaan dan tekanan yang sedemikian kuatnya pada diri seseorang, sehingga tidak dapat lagi berbuat sesuatu selain yang terpaksa dilakukan atau apa yang terjadi.³⁴

Vos berpendapat jika *vis absoluta* dimasukkan ke dalam daya paksa dinilai berlebihan, karena pembuat yang dipaksa secara fisik sebenarnya tidak berbuat. Perbuatan itu berarti perbuatan yang disadari dan orang yang memaksa sebagai pembuat secara langsung. Orang yang dipaksa tidak termasuk

³² R. Soesilo, *Op. Cit.*, hlm. 63

³³ *Ibid.* Hlm. 30

³⁴ *Ibid.* Hlm. 30

dalam rumusan delik. Jadi, semestinya mendapat putusan bebas bukan lepas dari segala tuntutan hukum.³⁵

b. Pembelaan terpaksa

Perihal pembelaan terpaksa (*noodweer*) dirumuskan dalam Pasal 49 ayat (1) KUHP sebagai berikut:

“Barangsiapa melakukan perbuatan, yang terpaksa dilakukannya untuk mempertahankan dirinya atau diri orang lain, mempertahankan kehormatan atau harta benda sendiri atau kepunyaan orang lain, dari pada serangan yang melawan hak dan mengancam dengan segera pada saat itu juga, tidak boleh dihukum.”

Dari rumusan Pasal 49 ayat (1) KUHP tersebut ditentukan syarat-syarat dimana melakukan suatu delik untuk membela diri dapat dibenarkan. Menurut Pasal ini, untuk pembelaan terpaksa diisyaratkan :³⁶

- Ada serangan mendadak atau seketika itu terhadap raga, kehormatan kesusilaan atau harta benda;
- Serangan itu bersifat melawan hukum;
- Pembelaan merupakan keharusan;
- Cara pembelaan adalah patut (syarat ini tidak disebut dalam Pasal 49 ayat (1) KUHP)

Pembelaan harus seimbang dengan serangan atau ancaman. Hal ini sesuai dengan asas keseimbangan (*proporsionaliteit*). Selain itu, juga dianut asas subsidiaritas (*subsidiariteit*), artinya untuk mempertahankan kepentingan hukumnya yang terancam pembelaan itu harus mengambil upaya yang paling ringan akibatnya bagi orang lain.³⁷

³⁵ Amir Ilyas, *Op. Cit.*, hlm. 59.

³⁶ I Made Widnyana, *Op. Cit.*, hlm. 144

³⁷ Adami Chazawi, *Op. Cit.*, hlm. 46

c. Menjalankan ketentuan undang-undang

Dasar alasan pembena karena menjalankan ketentuan undang-undang dirumuskan dalam Pasal 50 KUHP sebagai berikut:

“Barangsiapa yang melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang tidak dipidana.”

Menurut Pompe, ketentuan undang-undang meliputi peraturan (verordening) dikeluarkan oleh penguasa yang berwenang untuk itu menurut undang-undang. Jadi, meliputi ketentuan yang berasal langsung dari pembuat undang-undang, dari penguasa yang mempunyai wewenang (bukan kewajiban) untuk membuat peraturan yang berdasar undang-undang.

Pasal 50 KUHP ditujukan untuk mengantisipasi bagi perbuatan-perbuatan yang dilakukan berdasarkan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang. Mengenai hal ini telah diterangkan oleh Hoge Raad dalam pertimbangan suatu putusannya (26-6-1911) yang menyatakan bahwa untuk menjalankan aturan-aturan undang-undang seorang pegawai negeri diperkenankan mempergunakan segala alat yang diberikan kepadanya untuk mematahkan perlawanan.³⁸

Misalnya, undang-undang telah memberikan kewenangan pada penyidik untuk melakukan penangkapan dan penahanan terhadap seorang tersangka dengan memenuhi prosedur dan syarat-syarat yang juga ditetapkan (surat perintah). Dalam melaksanakan kewenangan yang diperintahkan oleh undang-undang, penyidik dapat melakukan wujud-wujud perbuatan tertentu seperti memukul bahkan menembak untuk melumpuhkan sepanjang diperlukan.

³⁸ *Ibid*

d. Menjalankan perintah jabatan yang sah

Pasal 51 ayat (1) KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

“Barangsiapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang, tidak dipidana.”

Pada perintah jabatan ada hubungan publik antara orang yang memberi perintah dan orang yang diberi perintah. Hoge Raad memutuskan bahwa perintah yang diberikan oleh pengairan Negara kepada pemborong tergolong dalam sifat hukum perdata dan bukan perintah jabatan (HR 27 November 1933 W. 12698, N.J. 1934, 266).³⁹

Suatu perintah dikatakan sah, apabila perintah itu berdasarkan tugas, wewenang, atau kewajiban yang didasarkan kepada suatu peraturan. Di samping itu, antara orang yang diperintah dengan yang memberi perintah harus ada hubungan jabatan dan subordinasi.⁴⁰

2.1.5. Pidanaan dan Restoratif Justice

Pidana dan pidanaan ialah suatu perasaan tidak enak (sengsara) yang dijatuhkan oleh hakim dengan vonis kepada orang yang telah melanggar undang-undang hukum pidana.

1. Teori Pidanaan

Ada tiga teori pidanaan yang dikenal dalam hukum pidana yaitu :

a. Teori Absolut atau Teori Pembalasan

Teori ini memandang bahwa pidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan sehingga berorientasi pada perbuatan dan

³⁹ Amir Ilyas, Op. Cit., hlm. 71.

⁴⁰ I Made Widnyana, Op. Cit., hlm 149.

terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori ini mengedepankan bahwa sanksi dalam hukum pidana dijatuhkan sematamata karena orang telah melakukan sesuatu kejahatan yang merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan sehingga sanksi bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan.

b. Teori Relatif atau Teori Tujuan

Berdasarkan teori ini bahwa pidanaaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan pelaku tetapi sarana mencapai tujuan yang bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan masyarakat. Sanksi ditekankan pada tujuannya, yakni untuk mencegah agar orang tidak melakukan kejahatan, maka bukan bertujuan untuk pemuasan absolut atas keadilan. Dari teori ini muncul tujuan pidanaaan yang sebagai sarana pencegahan, baik pencegahan khusus yang ditujukan kepada pelaku maupun pencegahan umum yang ditujukan ke masyarakat.

Teori relatif berbasas pada 3 (tiga) tujuan utama pidanaaan yaitu preventif, deterrence, dan reformatif. Tujuan preventif (prevention) untuk melindungi masyarakat dengan menempatkan pelaku kejahatan terpisah dari masyarakat. Tujuan menakuti (deterrence) untuk menimbulkan rasa takut melakukan kejahatan yang bisa dibedakan untuk individual, publik dan jangka panjang. Ada dua macam prevensi yang dikenal yaitu prevensi khusus dan prevensi umum. Keduanya berdasarkan atas gagasan, bahwa sejak mulai dengan ancaman akan pidana sampai kemudian dengan dijatuhkannya pidana, orang akan takut menjalankan kejahatan. Dalam prevensi khusus, suatu hukuman atau ancaman pidana ditujukan kepada si

penjahat agar si penjahat takut melakukan kejahatan, sedangkan dalam prevensi umum suatu hukuman atau ancaman pidana dimaksudkan agar semua oknum takut melakukan kejahatan.

2. Teori Keadilan Restoratif

Perdamaian berasal dari kata damai, menurut kamus besar bahasa Indonesia perdamaian didefinisikan sebagai penghentian permusuhan (perselisihan). Menurut kamus hukum perdamaian adalah penyelesaian perselisihan, persengketaan atau perkara di luar persidangan pengadilan, itulah prinsip penyelesaian yang baik sesuai dengan hikmah Pancasila.

Berdasarkan kedua rumusan di atas tentang pengertian perdamaian pada intinya perdamaian adalah sarana untuk menyelesaikan konflik secara kekeluargaan tanpa kekerasan. Perdamaian ini dapat dilakukan baik sebelum perkara dimajukan ke pengadilan maupun sesudah dimajukan ke pengadilan. Dalam perdamaian lebih mengutamakan suasana kekeluargaan di antara para pihak yang bersengketa sebab dalam perdamaian tidak dijonjolkan pihak yang salah atau benar namun akan dibahas duduk persoalan yang sebenarnya dan para pihak akan mengambil keputusan berdasarkan kesepakatan.

Konsep ADR (Alternative Dispute Resolution) menekankan penyelesaian sengketa secara konsensus yang sudah lama dilakukan masyarakat, yang intinya menekankan upaya musyawarah mufakat, kekeluargaan, perdamaian dan sebagainya. ADR mempunyai daya tarik khusus karena keserasiannya dengan sistem sosial budaya tradisional berdasarkan musyawarah mufakat. George Applebey dalam *An Overview of Alternative Dispute Resolution* berpendapat

bahwa ADR pertama-tama adalah merupakan suatu eksperimen untuk mencari model-model: ⁴¹

- a. Model-model baru dalam penyelesaian sengketa
- b. Penerapan-penerapan baru terhadap metode-metode lama
- c. Forum-forum baru bagi penyelesaian sengketa
- d. Penekanan yang berbeda dalam pendidikan hukum.

Berdasarkan konsep tersebut maka dapat dinyatakan bahwa ADR merupakan kehendak sukarela dari pihak-pihak yang berkepentingan untuk menyelesaikan sengketa mereka di luar pengadilan, dalam arti di luar mekanisme adjudikasi standar konvensional. Oleh karena itu, meskipun masih berada dalam lingkup atau sangat erat dengan pengadilan, tetapi menggunakan prosedur adjudikasi non standar, mekanisme tersebut masih merupakan ADR.

Philip D. Bostwick yang menyatakan bahwa ADR merupakan serangkaian praktek dan teknik-teknik hukum yang ditujukan untuk: ⁴²

- a. Memungkinkan sengketa-sengketa hukum diselesaikan di luar pengadilan untuk keuntungan atau kebaikan para pihak yang bersengketa
- b. Mengurangi biaya atau keterlambatan kalau sengketa tersebut diselesaikan melalui litigasi konvensional
- c. Mencegah agar sengketa-sengketa hukum tidak di bawa ke pengadilan.

⁴¹ Barda Nawawi Arief. 2001, Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan. PT. Citra Aditya Bakti. Bandung. hlm. 23

⁴² Eva Achjani Zulfa, 2009, Keadilan Restoratif di Indonesia, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta, hlm.1

ADR dalam konteks hukum positif yang berlaku di Indonesia pada dasarnya telah diakui sebagaimana terdapat dalam Pasal 1 butir (10) Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, bahwa ADR adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsolidasi, atau penilaian ahli. Dalam praktik, hakikatnya ADR dapat diartikan sebagai *alternative to litigation* atau *alternative to adjudication*.

Alternative to litigation berarti semua mekanisme penyelesaian sengketa di luar pengadilan, sehingga dalam hal ini arbitrase termasuk bagian dari ADR. Sedangkan *Alternative to adjudication* berarti mekanisme penyelesaian sengketa yang bersifat konsensus atau kooperatif, tidak melalui prosedur pengajuan gugatan kepada pihak ke tiga yang berwenang mengambil keputusan. Termasuk bagian dari ADR adalah konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, dan pendapat ahli, sedangkan arbitrase bukan termasuk ADR. Tujuan yang dikehendaki pihak-pihak yang bersengketa melalui mekanisme ADR adalah wini-win solution atau mutual acceptable solution.⁴³

Penyelesaian perkara pidana melalui mediasi tidak dapat dilepaskan dari cita hukum yang didasarkan pada landasan filsafat hukum yaitu keadilan (*law is justice*), dan asas hukum proses penyelesaian perkara yang mengacu pada sumber hukum tertulis dan sumber hukum tidak tertulis. Perumusan kaidah hukum untuk penyelesaian perkara pidana dilakukan melalui mediasi yang diderivasi dari cita hukum dan asas hukum. Oleh karena itu pola mediasi yang diterapkan harus

⁴³ Barda Nawawi Arief, 2008, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara Diluar Pengadilan*, Pustaka Magister, Semarang. hlm. 15-16

mengacu pada nilai-nilai keadilan, nilai kepastian hukum dan kemanfaatan. Sedangkan norma hukum yang diterapkan harus mempertimbangkan landasan filosofis, yuridis, dan sosiologis.⁴⁴

Penyelesaian perkara pidana melalui mekanisme di luar peradilan saat ini semakin lazim dilakukan dan dapat diterima oleh masyarakat karena dirasakan lebih mampu menjangkau rasa keadilan, walaupun para praktisi dan ahli hukum berpandangan bahwa ADR hanya dapat diterapkan dalam perkara perdata, bukan untuk menyelesaikan perkara pidana karena pada dasarnya perkara pidana tidak dapat diselesaikan melalui mekanisme di luar peradilan.

Pada dasarnya, mediasi penal merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan (Alternative Dispute Resolution/ADR) yang lazim diterapkan terhadap perkara perdata. Pada dimensi ini, ADR di luar pengadilan telah diatur dalam UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Dalam hubungan ini telah terdapat beberapa lembaga pendorong metode ADR, antara lain Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) yang memfokuskan pada dunia perdagangan dan ADR dalam penyelesaian sengketa jasa konstruksi (UU Nomor 18 Tahun 1999 jo UU Nomor 29 Tahun 2000 jo PP Nomor 29 Tahun 2000) dengan yurisdiksi bidang keperdataan. Begitu pula ADR dikenal juga menyangkut hak cipta dan karya intelektual, perburuhan, persaingan usaha, perlindungan konsumen, lingkungan hidup dan lain-lain.⁴⁵

⁴⁴ Mardjono Reksodiputro, 2002, Sistem Peradilan Pidana Indonesia Melihat Kejahatan dan Penegakan Hukum dalam Batas-Batas Toleransi. Pusat Keadilan dan Pengabdian Hukum. Jakarta. hlm. 12-13

⁴⁵ T. Gayus Lumbuun, 2007, Alternatif Dispute Resolution Di Dalam Sistem Peradilan Pidana, Makalah Workshop, Jakarta. hlm. 3

Beberapa kategorisasi sebagai tolok ukur dan ruang lingkup terhadap perkara yang dapat diselesaikan di luar pengadilan melalui mediasi penal adalah:

- a. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori delik aduan, baik aduan yang bersifat absolut maupun aduan yang bersifat relatif.
- b. Pelanggaran hukum pidana tersebut memiliki pidana denda sebagai ancaman pidana dan pelanggar telah membayar denda tersebut (Pasal 80 KUHP).
- c. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori “pelanggaran”, bukan “kejahatan”, yang hanya diancam dengan pidana denda.
- d. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk tindak pidana di bidang hukum administrasi yang menempatkan sanksi pidana sebagai ultimum remedium.
- e. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori ringan/serba ringan dan aparat penegak hukum menggunakan wewenangnya untuk melakukan diskresi.
- f. Pelanggaran hukum pidana biasa yang dihentikan atau tidak diproses ke pengadilan (*deponir*) oleh Jaksa Agung sesuai dengan wewenang hukum yang dimilikinya.
- g. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori pelanggaran hukum pidana adat yang diselesaikan melalui lembaga adat⁴⁶

3. Teori Kebijakan

Istilah “kebijakan” diambil dari istilah “*policy*” (Inggris) atau “*politiek*” (Belanda). Bertolak dari kedua istilah ini, maka istilah “kebijakan hukum pidana”

⁴⁶ Barda Nawawi Arief. 2009, RUU KUHP Baru Sebuah Restrukturisasi/ Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia. Badan Penerbit Universitas Diponegoro. Semarang. hlm.25

dapat juga disebut dengan istilah “politik hukum pidana”. Dalam kepustakaan asing istilah “politik hukum pidana” ini sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain “*penal policy*”, “*criminal law policy*” atau “*strafrechtspolitiek*”.⁴⁷

Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik kriminal. Menurut Prof. Sudarto, “politik hukum” adalah :⁴⁸

- a. Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.
- b. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicit-citakan.

Bertolak dari pengertian demikian Prof. Sudarto selanjutnya menyatakan, bahwa melaksanakan “politik hukum pidana” berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Dalam kesempatan lain beliau menyatakan, bahwa melaksanakan “politik hukum pidana” berarti usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.

Dengan demikian, dilihat sebagai bagian dari politik hukum, maka politik hukum pidana mengandung arti, bagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundangundangan yang baik. Pengertian demikian terlihat pula dalam defenisi “*penal policy*” dari Marc Ancel dinyatakan sebagai “suatu

⁴⁷ Arief , Barda Nawawi, 1996 Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Bandung: PT. Aditya., Hlm 47

⁴⁸ Ibid, Hlm 49

ilmu sekaligus seni yang bertujuan untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik”. Dengan demikian, yang dimaksud dengan “peraturan hukum positif” (*the positif rules*) dalam defenisi Marc Ancel itu jelas adalah peraturan perundangundangan hukum pidana. Dengan demikian, istilah “penal policy” menurut Marc Ancel adalah sama dengan istilah “kebijakan atau politik hukum pidana”.⁴⁹

Kebijakan hukum pidana dalam penegakan hukum tindak pidana kecelakaan lalu lintas dalam sistem pemidanaan melalui kebijakan penal lebih menitik beratkan pada sifat repressive sesudah tindak pidana kecelakaan lalu lintas terjadi. Artinya setelah terjadi tindak pidana kecelakaan lalu lintas, maka pelaku diberikan sanksi pidana sesuai dengan ketentuan pasal 359, 360 dan 361 KUHP atau Pasal 310, 311 dan 312 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan

Masalah kebijakan pidana merupakan salah satu bidang yang seyogyanya menjadi pusat perhatian kriminologi, karena kriminologi sebagai studi yang bertujuan mencari dan menentukan faktor-faktor yang membawa timbulnya kejahatan-kejahatan dan penjahat. Kajian mengenai kebijakan hukum pidana (*Penal Policy*) yang termasuk salah satu bagian dari ilmu hukum pidana, erat kaitannya dengan pembahasan hukum pidana nasional yang merupakan salah satu masalah besar yang dihadapi bangsa Indonesia.

Analisis terhadap 2 (dua) masalah sentral ini tidak dapat di lepaskan dari konsepsi integral antara kebijakan criminal dengan kebijakan sosial atau kebijakan pembangunan nasional. Ini berarti pemecahan masalah-masalah di atas

⁴⁹ Prasetyo ,Teguh, 2011, Hukum Pidana, Jakarta: Rajawali Press. Hlm 34

harus pula di arahkan untuk mencapai tujuan–tujuan tertentu dari kebijakan sosial-politik pula kebijakan dalam menangani 2 (dua) masalah sentral tersebut di atas, harus pula dilakukan dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*).

Bertolak dari pemahaman “kebijakan”, istilah kebijakan dalam tulisan ini diambil dari istilah “*Policy*” (Inggris) atau “*Politie*” (Belanda)⁵⁰. Atas dasar dari kedua istilah asing ini, maka istilah “Kebijakan Hukum Pidana” dapat pula disebut dengan istilah “Politik Hukum Pidana”. Dalam kepustakaan asing istilah : Politik Hukum Piana ini sering di kenal dengan berbagai istilah antara lain “*Penal Policy*”, “*Criminal Law Policy*” atau “*Strafrechtspolitiek*”. Kebijakan Penanggulangan Kejahatan atau yang biasa di kenal dengan istilah “Politik Kriminal” yang dapat meliputi ruang lingkup yang cukup luas. Maksudnya dalam upaya penanggulangan kejahatan dapat ditempuh dengan :

- a. Penerapan hukum pidana (*Criminal law application*)
- b. Pencegahan tanpa pidana (*Prevention without punishment*)
- c. Mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan
- d. dan pemidanaan lewat media masa (*influencing views of society on crime and punishment*).⁵¹

2.1.6. Pidanaan Terhadap Anak

Sebelum adanya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, pengaturan ancaman sanksi pidana bagi anak diatur secara

⁵⁰ Solly Lubis, 2011, serba-serbi politik dan hukum, cetakan kedua, Sofmedia, medan. Hlm. 7

⁵¹ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2005, Politik Hukum Pidana, Pustaka Pelajar. Yogyakarta. Hlm. 35

khusus dalam tiga Pasal, yaitu Pasal 45, 46, dan 47 KUHP. Adapun pengaturan sistem pidana secara umum tersebar dalam ketentuan umum Buku I KUHP.

Secara khusus ketentuan yang mengatur masalah hukum pidana anak, ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak. Dibentuknya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, antara lain karena di sadari bahwa walaupun kenakalan anak merupakan perbuatan anti sosial yang dapat meresahkan masyarakat, namun hal tersebut diakui sebagai suatu gejala umum yang harus diterima suatu fakta sosial. Oleh karena itu, perlakuan terhadap anak nakal seharusnya berbeda dengan perlakuan terhadap orang dewasa.

Anak yang melakukan kenakalan berdasarkan perkembangan fisik, mental dengan maupun sosial mempunyai kedudukan yang lemah dibandingkan orang dewasa, sehingga perlu ditangani secara khusus. Anak yang berkonflik dengan hukum perlu dilindungi dari tindakantindakan yang dapat menghambat perkembangannya, sehingga dalam penanganannya perlu dibuat hukum pidana anak secara khusus, baik yang menyangkut hukum pidana materiil maupun hukum pidana formal, maupun hukum pelaksanaan pidana.⁵²

Jika anak melakukan tindak pidana maka menurut Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 terhadap anak nakal atau anak yang berkonflik dengan hukum dapat dijatuhkan pidana yaitu pidana pokok dan pidana tambahan.

⁵² Nandang Sambas, 2010. Pembaharuan Sistem Pidana Anak di Indonesia. Graha Ilmu, Bandung, hlm 82.

Dengan menyimak Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) diatur pidana pokok dan tambahan bagi anak nakal.⁵³

a. Pidana Pokok

Ada pidana pokok dapat dijatuhkan kepada anak nakal yaitu :

- 1) Pidana penjara
- 2) Pidana kurungan
- 3) Pidana denda, atau
- 4) Pidana pengawasan

b. Pidana tambahan

Seperti telah disebutkan bahwa selain pidana pokok maka terhadap anak nakal dapat juga dijatuhkan pidana tambahan yang berupa :⁵⁴

- 1) Perampasan barang-brang tertentu, dan atau
- 2) Pembayaran ganti rugi

c. Tindakan

Beberapa tindakan yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal (Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997) adalah :⁵⁵

1. Mengembalikan kepada orang tua, wali atau orang tua asuh;
2. Menyerahkan kepada Negara untuk mengikuti pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja; atau
3. Menyerahkan kepada Departemen Sosial, atau Organisasi

Sosial kemasyarakatan yang bergerak di bidang pendidikan, pembinaan dan latihan kerja.

d. Pidana penjara

⁵³ *Ibid*, hlm. 84

⁵⁴ *Ibid*, hlm. 84

⁵⁵ *Ibid*, hlm. 85

Berbeda dengan orang dewasa, pidana penjara bagi anak nakal lamanya $\frac{1}{2}$ (satu perdua) dari ancaman pidana orang dewasa atau paling lama 10 (sepuluh) tahun. Kecuali itu, pidana mati dan pidana penjara seumur hidup tidak dapat dijatuhkan terhadap anak.

e. Pidana kurungan

Dinyatakan dalam Pasal 27 Undang-Undang Pengadilan anak bahwa pidana kurungan yang dapat dijatuhkan kepada anak yang melakukan tindak pidana, paling lama $\frac{1}{2}$ (satu perdua) dari maksimum ancaman pidana kurungan bagi orang dewasa.

f. Pidana denda

Seperti pidana penjara dan pidana kurungan maka penjatuhan pidana denda terhadap anak nakal paling banyak juga $\frac{1}{2}$ (satu perdua) dari maksimum ancaman pidana denda bagi orang dewasa (Pasal 28 ayat (1)). Undang-undang Pengadilan Anak mengatur pula ketentuan yang relatif baru yaitu apabila pidana denda tersebut dinyatakan tidak dapat dibayar maka diganti dengan wajib latihan kerja. Undang-undang menetapkan demikian sebagai upaya untuk mendidik anak yang bersangkutan agar memiliki keterampilan yang bermanfaat bagi dirinya (Pasal 28 ayat (2)).

Lama wajib latihan kerja sebagai pengganti denda, paling lama 90 (sembilan puluh) hari kerja lama latihan kerja tidak lebih dari 4 (empat) jam sehari serta tidak dilakukan pada malam hari (Pasal 28 ayat (3)). Tentunya demikian mengingat pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental, dan sosial anak serta perlindungan anak.

g. Pidana bersyarat

Garis besar ketentuan pidana bersyarat bagi anak nakal sesuai dengan perumusan Pasal 29 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 adalah :

1. Pidana bersyarat dapat dijatuhkan, apabila pidana penjara yang dijatuhkan selama paling lama 2 (dua) tahun, sedangkan jangka waktu masa pidana bersyarat adalah paling lama 3 (tiga) tahun
2. Dalam putusan pidana bersyarat diberlakukan ketentuan sebagai berikut :
 - a. Syarat umum, yaitu anak nakal tersebut tidak akan melakukan tindak pidana lagi selama menjalani masa pidana bersyarat.
 - b. Syarat khusus, yaitu anak melakukan atau tidak melakukan hal tertentu yang ditetapkan dalam putusan hakim dengan memperhatikan kebebasan anak.
3. Pengawasan dan pembimbingan
 - a. Selama menjalani masa pidana bersyarat, jaksa melakukan pengawasan dan pembimbingan kemasyarakatan melakukan bimbingan agar anak nakal menepati persyaratan yang telah dilakukan.
 - b. Anak nakal yang menjalani pidana bersyarat dibimbing oleh balai permasyarakatan berstatus sebagai klien permasyarakatan.
 - c. Selama anak nakal berstatus sebagai klien permasyarakatan dapat mengikuti pendidikan sekolah.

h. Pidana pengawasan

Ketentuan bentuk dan cara pelaksanaan pidana pengawasan menurut Undang-undang Nomor 3 Tahun 1997 akan diatur lebih lanjut dengan

peraturan pemerintah. Hendaknya nanti materi yang diatur dalam peraturan pemerintah tersebut harus tetap berpedoman pada Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak Khusus Pasal 30.

Pidana pengawasan dijatuhkan kepada anak yang melakukan tindak pidana dengan ketentuan sebagai berikut :

- a. Lamanya paling singkat 3 (tiga) bulan dan paling lama 2 (dua) tahun.
- b. Pengawasan terhadap perilaku anak dalam kehidupan sehari-hari di rumah tersebut dilakukan oleh jaksa.
- c. Pemberian bimbingan dilakukan oleh pembimbing kemasyarakatan.

2.2.Kerangka Pemikiran

Tindak pidana pencabulan yang dilakukan oleh anak merupakan suatu perbuatan yang melawan hukum dan harus diberikan sanksi namun keadaan dimana anak adalah generasi penerus yang diharapkan kelak dan kemungkinan masih dapat dibimbing lagi karena masih dalam tahap perkembangan, maka patutlah untuk seterusnya negara mengubah paradigma dalam penanganan anak berhadapan dengan hukum atau anak pelaku tindak pidana.

Penerapan restoratif justice dalam penegakan hukum kepada anak harus bersifat mendidik. Anak harus dilindungi karena seyogyanya anak adalah lembaran kertas putih yang isinya keluarga dan masyarakat terutama negara, memberikan isi terhadap perilaku. Perubahan paradigma dalam penanganan anak sebagai pelaku pencabulan haruslah memiliki wajah baru, agar setiap anak tidak lagi melakukan perbuatan yang melawan hukum.

2.3.Hypotesis

Hipotesa berasal dari kata “hypo” dan “thesis”, yang masing-masing berarti “sebelum” dan “dalil”. Jadi, inti hipotesa adalah suatu dalil yang di anggap belum menjadi dalil yang sesungguhnya, oleh karena masih di uji atau dibuktikan dalam penelitian yang akan dilakukan kemudian.⁵⁶

Jadi hipotesa dapat diartikan sebagai jawaban sementara yang harus diuji kebenarannya dalam pembahasan-pembahasan berikutnya, dengan demikian yang menjadi hipotesa penulis dalam skripsi ini adalah :

1. Penerapan Restoratif Justice pada sistem pemidanaan anak, seyogyanya sistem pemidanaan yang bersifat mendidik (edukatif), tidak hanya menekankan dari segi pemidanaannya saja namun lebih kepada bagaimana caranya agar seorang anak itu bisa dirubah perilakunya menjadi lebih baik dan tidak akan mengulangi tindakannya tersebut tanpa harus diberikan sanksi badan atau penjara, memungkinkan dapat tercapainya tujuan dari pembuatan peraturan yang mengatur tentang anak tersebut.
2. Dalam pokok pertimbangan hukumnya hakim menyebutkan: terhadap terdakwa yang masih merupakan anak dibawah umur yang sedang bermasalah dengan hukum, sesuai dengan ketentuan Undang- Undang Nomor: 23 tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, maka terhadap anak dapat dilakukan perlindungan dan penempatan dalam Rumah Tahanan Anak.

Padahal dalam seluruh pertimbangan hukumnya, hakim harus melihat pula berbagai aspek dalam hukum pidana, yaitu: dengan bertitik tolak

⁵⁶ Soerjono Soekanto, 2008, Pengantar Penelitian Hukum, UI-Press, Jakarta, hlm. 148.

kepada aspek yuridis, aspek keadilan bagi terdakwa dan kultur masyarakat pada umumnya, aspek kejiwaan dan atau psikologis terdakwa, aspek agamis dan atau religius, dimana terdakwa tinggal dan dibesarkan, maka uraian sebagaimana konteks diatas haruslah mempertimbangkan aspek dan dimensi *Legal justice*, *Moral Justice* dan *Social Justice* atau lebih tegasnya lagi putusan dan pertimbangan dari hakim harus mempertimbangkan dimensi teoretis, Normatif dan praktik antara *das sollen* dengan *das sein*.

