

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Tindak Pidana

Cara menentukan suatu perbuatan yang dilakukan oleh seseorang termasuk dalam kategori perbuatan pidana, perbuatan tersebut harus memenuhi unsur-unsur dari perbuatan pidana sehingga apa yang telah dilakukan oleh orang tersebut bisa dikatakan “tindak pidana”. Muljatno seperti yang telah dikutip Nikmah mendefinisikan “perbuatan pidana” sebagai perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut³⁷. Definisi tersebut dapat diartikan jika perbuatan pidana adalah suatu perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum yang memiliki sanksi atau hukuman bagi yang melakukan perbuatan pidana tersebut. Muljatno seperti yang telah dikutip Nikmah juga membagi unsur perbuatan pidana sebagai berikut³⁸:

1. Kelakuan dan akibat (perbuatan)
2. Hal ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatan
3. Keadaan tambahan yang memberatkan pidana
4. Unsur melawan hukum yang subyektif

³⁷ Nikmah Rosidah, *Pertanggung Jawaban Kejahatan Dalam Hukum Pidana Internasional*, Pustaka Magister, Semarang, 2011, hlm. 36

³⁸ Nikmah Rosidah, *Ibid*, hlm. 36-37

5. Unsur melawan hukum yang obyektif

Sedangkan Simons seperti yang telah dikutip Nikmah juga menyimpulkan perbuatan pidana terdiri dari³⁹: (1) perbuatan manusia baik positif maupun negatif; berbuat atau tidak berbuat/membiarkan, (2) diancam dengan pidana (3) melawan hukum (4) dilakukan dengan kesalahan (5) oleh orang yang mampu bertanggung jawab. Berdasarkan dari pernyataan Simons dan Muljatno dapat diartikan jika perbuatan pidana harus memenuhi unsur obyektif dan subyektif dari perbuatan tersebut sehingga dapat diklasifikasikan sebagai perbuatan pidana. Selain itu juga Simons seperti yang telah dikutip Nikmah mengartikan “perbuatan pidana” sebagai suatu tindakan melanggar hukum yang telah dilakukan dengan sengaja ataupun tidak sengaja oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya dan oleh undang-undang telah dinyatakan sebagai suatu perbuatan atau tindakan yang dapat dihukum⁴⁰. Berdasarkan penjelasan dari simons perbuatan pidana adalah segala tindakan yang dilarang oleh peraturan perundang-undangan serta memiliki sanksi (ancaman) atau hukuman yang telah diatur di dalam peraturan perundang-undangan. Sedangkan tindak pidana anak berdasarkan penjelasan simons adalah segala perbuatan atau tindakan yang dilakukan oleh anak-anak yang menurut hukum dilarang dan memiliki sanksi hukuman.

Sedangkan ruang lingkup ketentuan pidana mencakup⁴¹:

- a. Perumusan tindak pidana berserta sanksinya, dan

³⁹ Nikmah Rosidah, *Ibid*, hlm. 36

⁴⁰ Nikmah Rosidah, *Loc. Cit*, hlm. 36

⁴¹ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana Dalam Peraturan Perundang-Undangan*, Pustaka Magister, Semarang, 2012, hlm. 16

- b. Aturan/pedoman tentang pertanggungjawaban pidana dan penjatuhan sanksi pidana

Tindak pidana anak adalah tindak pidana yang dilakukan oleh anak-anak sebagaimana yang diatur dalam ketentuan pasal 45 KUHP. Kemudian jika memperhatikan Pasal 1 ayat (3) 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 pidana⁴². Penjelasan pasal tersebut dapat diartikan, tindak pidana anak adalah tindak pidana (*strafbaar feit*) atau kelakuan orang (*menselijke gedraging*) yang dirumuskan dalam aturan hukum tertulis, yang bersifat melawan, yang patut dipidana (*strafwaardig*) dan dilakukan oleh anak-anak dengan suatu kesalahan.

Sedangkan menurut Simmons tindak pidana terbagi atas dua unsur⁴³:

Unsur obyektif terdiri dari:

1. Perbuatan orang.
2. Akibat yang kehilangan dari perbuatan tersebut.
3. Keadaan tertentu yang menyertai perbuatan tersebut

Unsur Subyektif:

1. Orang yang mampu untuk bertanggung jawab.
2. Adanya kesalahan yang mengiringi perbuatan

⁴² Undang - Undang Nomor 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Anak

⁴³ Nikmah Rosidah, *Konstruksi Penanggulangan Perjudian Di Indonesia*, Pustaka Magister, Semarang, 2013, hlm. 24

Menurut teori tradisional, terdapat 2 (dua) macam pertanggungjawaban yang dibedakan yaitu, pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan (*based on fault*) dan pertanggungjawaban mutlak (*absolut responsibility*)⁴⁴. Berdasarkan penjelasan di atas unsur tindak pidana anak sama dengan unsur tindak pidana pada umumnya hanya saja yang membedakan pelaku dari tindak pidana tersebut adalah anak-anak yang menurut peraturan perundang-undangan belum berusia 18 tahun yang dapat mempertanggungjawabkan perbuatan tersebut berdasarkan peraturan hukum pidana yang berlaku. Penjelasan tersebut juga sesuai dengan penjelasan dari Romli Atmasasmita menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan *juvenile delinquency* adalah⁴⁵: "Setiap perbuatan atau tingkah laku seseorang anak dibawah umur 18 tahun dan belum kawin yang merupakan pelanggaran terhadap norma-norma yang berlaku serta dapat membahayakan perkembangan pribadi si anak yang bersangkutan". Dalam menanggulangi tindak pidana anak negara telah membentuk sistem peradilan tersendiri yang diatur dalam ketentuan perundang-undangan karena anak merupakan individu yang dilindungi oleh Negara Indonesia sehingga sistem peradilan anak memperhatikan kepentingan anak itu sendiri.

B. Sistem Peradilan Pidana Anak

Sistem hukum di dalam suatu Negara akan selalu berubah-ubah karena tidak ada sistem hukum yang bersifat abadi, sistem hukum tersebut akan selalu berubah mengikuti perkembangan zaman (dinamika masyarakat). Jika suatu sistem hukum “dianggap” sudah tidak sesuai lagi dengan paradigma hukum yang berkembang

⁴⁴ Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Sekretariat dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006, hlm. 61

⁴⁵ Tolib Setiady, *Pokok-pokok Hukum Panitensier Indonesia*, Alfabeta, Bandung, 2010, hlm. 176

dalam masyarakat maka sistem hukum tersebut haruslah diubah, itulah keunikan “hukum”, akan selalu berubah seiring dengan perkembangan pola pikir masyarakat di suatu tempat. Hal tersebut sesuai dengan bunyi pepatah latin yang ada di dalam buku William Harrison yang berjudul "*Description of England*" yang berbunyi "*tempora mutantur nos et mutamur in illis*" (zaman berubah dan kita juga akan berubah bersamanya)⁴⁶. Menurut Satjipto Rahardjo seperti yang telah dikutip Nikmah, yang dimaksud dengan sistem adalah suatu kesatuan yang bersifat kompleks, yang terdiri dari bagian-bagian yang berhubungan satu sama lain⁴⁷. Sementara itu Erna Dewi merumuskan pengertian sistem secara umum di dalamnya terkandung sub-sub sistem, yakni (1) terdiri atas bagian, sistem, elemen, komponen (2) satu sama lain berinteraksi dan interpedensi yang tersusun secara sistematis sehingga merupakan satu kesatuan yang utuh, (3) terdapat tujuan yang ingin dicapai sebagai hasil akhir, dan (4) berada dalam lingkungan yang kompleks⁴⁸. Berdasarkan semua penjelasan yang telah dikemukakan sebelumnya, sistem dapat diartikan yang terdiri dari sub-sub sistem yang merupakan kesatuan yang kompleks yang saling berhubungan antara satu dengan lainnya dan memiliki tujuan yang sama sehingga terjadi keselarasan satu dengan yang lainnya.

Sedangkan Mardjono Reksodipoerto seperti yang telah dikutip Erna Memberikan pendapat yang dimaksud dengan sistem peradilan pidana adalah sistem pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga-lembaga kepolisian, kejaksaan,

⁴⁶ Mulyawan, “Anak adalah amanah dan karunia Tuhan YME, yang dalam dirinya melekat harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya dan anak bukanlah miniatur orang dewasa”, diakses dari <http://www.pn-palopo.go.id/index.php/berita/artikel/163-era-baru-sistem-peradilan-pidana-anak>, pada tanggal 7 Oktober 2015 Pukul. 01:00 WIB.

⁴⁷ Nikmah Rosidah, *Budaya Hukum Hakim Anak Di Indonesi Sebuah Pendekatan Hukum Progresif*, Op. Cit, hlm. 42

⁴⁸ Erna Dewi dan Firganefi, *Sistem Pradilan Pidana Indonesia (Dinamika dan Perkembangan) Edisi 2*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2014, hlm. 2

pengadilan dan pemasyarakatan terpidana. Pada kesempatan lain ia mengatakan bahwa sistem peradilan pidana adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi masalah kejahatan. Menanggulangi artinya sebagai pengendalian kejahatan yang berada dalam batas-batas toleransi⁴⁹. Oleh karena itu dalam membicarakan sistem Peradilan pidana berarti untuk mengetahui fungsi hukum pidana dan hukum acara pidana. Hukum pidana (meliputi hukum acara pidana) pada intinya berfungsi⁵⁰:

1. Mencegah penegak hukum agar tidak melaksanakan tindakan sewenang-wenang terhadap masyarakat atau pencari keadilan yang melakukan perbuatan melakukan pelanggaran hukum.
2. Menentukan siapa dan perbuatan-perbuatan apa yang dilarang dilakukan serta diancam dengan sanksi pidana.

Penjelasan di atas dapat diartikan, sistem peradilan pidana adalah sebuah keterkaitan antar lembaga penegak hukum dan aparat penegak hukum yang berfungsi untuk memberikan perlindungan terhadap keadilan masyarakat dan menjaga agar aparat penegak hukum dalam penegakan hukum tetap memperhatikan batas-batas yang ditentukan dalam sub sistem peradilan pidana. Dalam rangka memberikan keadilan yang seadil-adilnya maka dibentuk sistem Peradilan khusus seperti sistem peradilan pidana anak. Sistem hukum selain mempunyai fungsi untuk melindungi masyarakat dari kesewenang-wenangan aparat penegak hukum tetapi berfungsi sebagai pelindung tatanan sosial agar

⁴⁹ Erna Dewi dan Firanefi, *Ibid*, hlm. 4

⁵⁰ Kadri Husin, *Sistem Pradilan Pidana*, Universitas Lampung, Bandar Lampung, 2012, hlm. 17

masyarakat mempunyai batasan dalam melakukan suatu tindakan agar terciptanya tatanan sosial dan keselarasan sosial antar masyarakat yang baik.

Istilah sistem peradilan pidana anak merupakan terjemahan dari istilah *the juvenile justice system* yaitu suatu istilah yang digunakan searti dengan jumlah institusi yang tergabung dalam pengadilan, yang meliputi polisi, jaksa, hakim dan penasehat hukum, lembaga pengawasan, pusat-pusat penahanan anak, dan fasilitas-fasilitas pembinaan anak⁵¹. Berdasarkan penjelasan tersebut dapat diartikan, sistem peradilan pidana anak merupakan keseluruhan sub sistem yang terkait dalam penegakan hukum pidana dalam melakukan penanganan terhadap anak yang berhadapan dengan hukum berdasarkan praturan perundang-undangan yang mengatur tentang sistem peradilan pidana anak. Dalam memberikan apresiasi perlindungan terhadap anak yang berhadapan dengan hukum pemerintah Indonesia merumuskan sistem peradilan anak pertama kali ke dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak.

Lilik Mulyadi menyatakan bahwa apabila ditelusuri, alasan utama pengganti Undang-Undang tersebut dikarenakan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan dan kebutuhan hukum masyarakat karena secara komprehensif belum memberikan perlindungan kepada anak yang berhadapan dengan hukum. Dikaji dari perspektif masyarakat internasional terhadap perlindungan hak-hak anak, antara lain terlihat dari adanya resolusi PBB 44/25 – *Convention on the Rights of the Child (CRC)* (diratifikasi dengan Keppres

⁵¹ Nikmah Rosidah, *Budaya Hukum Hakim Anak Di Indonesia Sebuah Pendekatan Hukum Progresif*, Op. Cit, hlm. 44

Nomor 36 Tahun 1990), Resolusi PBB 40/33 – UN *Standard Minimum Rules for the Administrations of Juvenile Justice (The Beijing Rules)*, Resolusi PBB 45/113 – UN *Standard for the Protection of Juvenile Deprived of Their Liberty*, Resolusi PBB 45/112 – UN *Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyardh Guidelines)* dan Resolusi PBB 45/110 – UN *Standard Minimum Rules for Custodial Measures 1990 (The Tokyo Rules)*. Hal demikian, didasarkan pada pemikiran bahwa anak merupakan amanah dan karunia Tuhan Yang Maha Esa yang memiliki harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya. Anak merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari keberlangsungan hidup manusia dan keberlangsungan sebuah Bangsa dan Negara. Dengan peran anak yang penting ini, hak anak telah secara tegas dinyatakan dalam Pasal 28B ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 hasil amandemen, dimana negara menjamin setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi⁵².

Era baru pendekatan sistem hukum peradilan pidana anak sejak berlakunya Undang-Undang SPPA jauh berbeda dengan saat masih berlakunya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, dimana di Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tersebut tidak mengenal proses pengalihan penyelesaian perkara yang melibatkan anak (pelaku) di luar peradilan anak yang selama ini dilalui dengan proses persidangan, dimana istilah tersebut lebih populer saat ini dengan istilah diversifikasi. Dalam Undang-Undang SPPA yang baru, seorang

⁵² Lilik Mulyadi (Ketua Pengadilan Negeri/Perikanan Klas 1A Khusus Jakarta Utara) dalam makalahnya yang berjudul "Menyongsong berlakunya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, Problema dan Solusinya", yang disampaikan dalam Seminar Hukum Nasional pada hari Selasa, 26 Maret 2013 di Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya, Yogyakarta.

anak (pelaku) yang sudah berumur 12 (dua belas) tahun dan belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun termasuk anak yang sudah berumur 12 (dua belas tahun) meskipun sudah pernah kawin dan belum mencapai usia 18 (delapan belas) tahun tetapi sudah kawin, pada saat diproses baik di tingkat penyidikan, penuntutan dan pada saat anak diperiksa di Pengadilan Negeri maka pada setiap tingkatan pemeriksaan tersebut wajib dilakukan diversifikasi⁵³. Berdasarkan penjelasan yang telah disebutkan sebelumnya dapat dipahami jika diversifikasi tidak ada dalam Undang – Undang Nomor 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak tetapi diversifikasi ada dan diatur setelah ada perubahan terhadap Undang – Undang pengadilan anak sebelumnya yang berubah menjadi Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak yang biasa disingkat dengan SPPA, yang secara resmi menggantikan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak.

C. Diversi dan Diskresi Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak

1. Konsep Diversi

Diversi adalah sebuah tindakan atau perlakuan untuk mengalihkan atau menempatkan pelaku tindak pidana anak keluar dari sistem peradilan pidana⁵⁴. Diversi sebagai suatu program yang menghilangkan tahapan proses peradilan formil bagi seorang terdakwa dan menggantinya dengan suatu kebijakan berbasis pola pelayanan sosial kemasyarakatan, dimana program ini sudah diterapkan

⁵³Muliyawan, “Era Baru Sistem Peradilan Pidana Anak”, .pn-palopo, diakses dari <http://www.pn-palopo.go.id/index.php/berita/artikel/163-era-baru-sistem-peradilan-pidana-anak>, pada tanggal 7 Oktober 2015 pukul 21:44 WIB.

⁵⁴ M. LUTFI CHAKIM, “Implementasi Konsep Diversi Terhadap Anak Yang Berhadapan Dengan Hukum”, lutfichakim, diakses dari <http://www.lutfichakim.com/2012/12/konsep-diversi.html>, pada tanggal 8 Oktober 2015 pukul 18:27 WIB

secara luas, baik secara formal maupun informal diberbagai sistem hukum di banyak negara⁵⁵.

Berdasarkan penjelasan di atas dapat dipahami, diversifikasi merupakan sebuah perlakuan khusus yang diberikan kepada anak yang berhadapan dengan hukum dengan cara menempatkan anak yang menjadi terdakwa diluar proses peradilan sehingga dapat menghilangkan efek negatif karena walaupun anak menjadi terdakwa tetapi anak dilindungi oleh Undang-Undang Negara Republik Indonesia karena anak merupakan masa depan sebuah bangsa yang harus dilindungi walaupun anak tersebut berhadapan atau berkonflik dengan hukum sehingga pelaksanaan diversifikasi sangat dibutuhkan.

Pelaksanaan Diversifikasi dalam Undang Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak (UU SPPA) sebagaimana yang diatur dalam Pasal 7 ayat (2) memberikan persyaratan bahwa diversifikasi terhadap dugaan tindak pidana yang dilakukan anak-anak atau yang dalam Undang Undang ini disebut sebagai anak yang berkonflik dengan hukum, dapat dilaksanakan dalam tindak pidana yang dilakukan:

- a. Diancam dengan pidana penjara di bawah 7 (tujuh) tahun; dan
- b. Bukan merupakan pengulangan tindak pidana

Berdasarkan penjelasan di atas dapat dipahami jika anak yang melakukan tindak pidana dengan ancaman pidana lebih dari tujuh tahun dan merupakan pengulangan dari tindak pidana tidak dapat dilakukandiversifikasi, terlepas apapun latar

⁵⁵ Nikmah Rosidah, *Budaya Hukum Hakim Anak Di Indonesi Sebuah Pendekatan Hukum Progresif, Op. Cit*, hlm. 97

belakang, kondisi dan masalah yang menyebabkan anak tersebut melakukan dugaan tindak pidana. Ancaman pidana diatas tujuh tahun merupakan termasuk delik yang digolongkan sangat berat seperti yang tertulis pada bagan dibawah ini⁵⁶:

NO	Golongan Delik	Ancaman Maksimum	Ancaman Minimum
1	“Berat	4 s/d 7 Tahun	1 Tahun
2	“Sangat serius”	7 s/d 10 Tahun	2 Tahun
		12 s/d 15 Tahun	3 Tahun
		Mati/ Seumur hidup/20 Tahun	5 Tahun

Setya Wahyudi seperti yang telah dikutip Muhammad membagi diversi menjadi beberapa jenis seperti berikut⁵⁷:

1) Peringatan

Diversi dalam bentuk peringatan, ini akan diberikan oleh polisi untuk pelanggaran ringan. Sebagai bagian dari peringatan, si pelaku akan meminta maaf pada korban. Polisi mencatat detil kejadian dan mencatatkan dalam arsip di kantor polisi. Peringatan seperti ini telah sering dipraktekkan.

2) Diversi informal

Diversi informal diterapkan terhadap pelanggaran ringan dimana dirasakan kurang pantas jika hanya sekedar memberi peringatan kepada pelaku, dan kepada pelaku membutuhkan rencana intervensi yang komprehensif. Pihak

⁵⁶ Erna Dewi, *Sistem Minimum Khusus Dalam Hukum Pidana Sebagai Salah Satu Usaha Pembaharuan Hukum Pidana*, Pustaka Magister, Semarang, 2013, hlm. 63

⁵⁷ M. Taufik Makarao, *Pengkajian Hukum Tentang Penerapan Restorative Justice Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Yang Dilakukan Oleh Anak-Anak*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum Dan Ham RI, 2013, hlm. 50-51

korban harus diajak (dapat dilakukan melalui telepon) untuk memastikan pandangan mereka tentang diversifikasi informal dan apa yang mereka inginkan di dalam rencana tersebut. Diversifikasi informal harus berdampak positif kepada korban, anak dan keluarganya. Yaitu harus dipastikan bahwa anak akan cocok untuk diberi diversifikasi informal. Rencana diversifikasi informal ini anak akan bertanggungjawab, mengakui kebutuhan-kebutuhan korban dan anak, dan kalau mungkin orang tua diminta bertanggungjawab atas kejadian tersebut.

3) Diversifikasi formal

Diversifikasi formal dilakukan jika diversifikasi 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 mendengar langsung dari anak. Karena permasalahannya muncul dari dalam keluarga anak maka baiknya ada anggota keluarga lainnya yang hadir untuk mendiskusikan dan menyusun rencana diversifikasi yang baik untuk semua pihak yang terkena dampak dari perbuatan itu. Proses diversifikasi formal dimana korban dan pelaku bertemu muka, secara internasional hal ini disebut sebagai "restorative justice". Sebutan-sebutan lain *restorative justice*, misalnya Musyawarah Kelompok Keluarga (*Family Group Conference*); Musyawarah Keadilan Restoratif (*Restorative Justice Conference*); Musyawarah Masyarakat (*Community Conferencing*).

Diversi yang memiliki 3 (tiga) jenis yang telah dikemukakan di atas dapat dipahami sebagai sebuah upaya untuk menemukan solusi dalam menyelesaikan suatu masalah. Secara ringkas tujuan dari program diversi bagi pelaku anak yaitu⁵⁸:

- a. Pencegahan, menghilangkan atau mengurangi laju residivis;
- b. Menentukan pilihan pelaku-pelaku dengan suatu alternatif dari proses peradilan pada umumnya dan suatu penghukuman kejahatan;
- c. Mempromosikan untuk mengumpulkan restitusi untuk korban kejahatan;
- d. Mengurangi biaya dan kelebihan beban kasus dalam sistem peradilan pidana

Diversi yang merupakan suatu penyelesaian perkara pidana anak yang berkonflik dengan hukum memiliki tujuan agar program diversi dapat mengurangi laju residivis serta dapat mengurangi beban biaya dalam sistem peradilan pidana, diversi sendiri terbagi menjadi 3 (tiga) jenis seperti yang telah dikemukakan di atas. Diversi sendiri memiliki kaitan erat dengan aparat penegak hukum karna upaya diversi merupakan suatu tindak yang dapat dilakukan oleh aparat penegak hukum dalam menangani anak yang menjadi tersangka dalam kasus tindak pidana.

2. Konsep Diskresi

Pengertian “diskresi” dalam hal ini, adalah suatu kebijakan yang dilakukan dalam hal mana seorang penguasa atau penegak hukum menjalankan kekuasaan atau kewenangan yang diberikan hukum kepadanya. Adapun yang dimaksud dengan “penegak hukum” pada hakekatnya adalah pilar utama dari suatu negara hukum dalam proses peradilan pidana dalam kaitannya dengan pengendalian kejahatan⁵⁹.

⁵⁸ Nikmah Rosidah, *Budaya Hukum Hakim Anak Di Indonesia Sebuah Pendekatan Hukum Progresif*, Op. Cit, hlm. 101

⁵⁹ Kadri Husin, *Op. Cit*, hlm. 149

Sedangkan Thomas J. Aaron mendefinisikan diskresi bahwa⁶⁰:

“discretion is power authority conferred by law to action on the basic of judgement of conscience, and its use is more than idea of morals than law” yang dapat diartikan kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum serta dengan pertimbangan keyakinan yang menekankan pada pertimbangan moral dari pada pertimbangan hukum.

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia pasal 18 ayat (1) dalam kaitan dengan kewenangan diskresi kepolisian berisi “Untuk kepentingan umum pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri”. Diskresi merupakan kewenangan polisi untuk mengambil keputusan atau memilih berbagai tindakan dalam menyelesaikan masalah pelanggaran hukum atau perkara pidana yang ditanganinya, ini sesuai dengan pernyataan dari Davis, diskresi kepolisian *is maybe defined as the capacity of police officers to select from among a number of legal and ilegal courses of action or inaction while performing their duties*. Sedangkan Menurut Irsan tindakan diskresi dapat dibedakan sbb ; (1) tindakan diskresi yang dilakukan oleh petugas kepolisian secara individu dalam mengambil keputusan tersebut; (2) tindakan diskresi yang berdasarkan petunjuk atau keputusan atasan atau pimpinannya⁶¹.

⁶⁰ Ferli HidAyat, “Diskresi Kepolisian”, wordpress, diakses dari <https://ferli1982.wordpress.com/2013/01/15/diskresi-kepolisian-2/>, pada tanggal 13 Oktober 2015 pukul 22:40 WIB

⁶¹ ---, “Tindakan Diskresi Polisi Dalam Pelaksanaan Tugas Penyidikan Pidana”, Law Skripsi, diakses dari http://www.lawskripsi.com/index.php?option=com_content&view=article&id=110&Itemid=110, pada tanggal 13 Oktober 2015 pukul 23:11 WIB.

Penerapan diskresi dalam penegakan hukum dapat dibenarkan sepanjang tidak bertentangan dengan rasa keadilan (sebut masyarakat)⁶².

Berdasarkan penjelasan di atas dapat dipahami, diskresi merupakan kewenangan yang dimiliki kepolisian dalam menyelesaikan suatu masalah atau perkara sesuai dengan penilaiannya sendiri sepanjang tidak bertentangan dengan rasa keadilan yang ada dalam masyarakat sehingga pelaksanaan dari diskresi mengacu kepada profesionalitas dan integritas dari pihak kepolisian.

Diskresi sejogianya hanya diterapkan pada kasus – kasus ringan antara lain pelanggaran, kejahatan ringan yang pelakunya anak dibawah umur, atau dapat saja terjadi apabila masyarakat dapat memanfaatkan kesalahan pelaku dengan denda adat, atau tata cara adat dengan maksud memulihkan keseimbangan dalam masyarakat⁶³.

Berdasarkan penjelasan di atas dapat dipahami diskresi kebanyakan diterapkan pada kasus ringan atau tindak pidana anak serta tindakan yang dimiliki oleh kepolisian ini dapat memberikan hukum adat yang hidup dalam masyarakat masuk kedalam penyelesaian suatu perkara karena kepolisian memiliki wewenang diskresi tersebut.

D. Restorative Justice

Restorative justice (keadilan restoratif) adalah alternatif yang populer di berbagai belahan dunia untuk penanganan anak yang bermasalah dengan hukum karena

⁶² Kadri Husin, *Op. Cit*, hlm. 150

⁶³ Kadri Husin, *Ibid*, hlm. 151

menawarkan solusi yang komprehensif dan efektif⁶⁴. Sedangkan menurut Marshall, *Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future*⁶⁵.

Berdasarkan penjelasan di atas dapat dipahami, Keadilan restoratif adalah sebuah proses dimana semua pihak yang terlibat di dalam suatu pelanggaran tertentu duduk bersama-sama untuk menyelesaikan secara kolektif bagaimana menangani pelanggaran dan implikasinya untuk masa depan. Dalam penerapan *restorative justice* keterlibatan semua pihak yang terlibat dalam suatu masalah merupakan point penting karena *restorative justice* merupakan sebuah proses yang penyelesaian masalah yang mengedepankan sebuah solusi atau keputusan yang diambil dengan persetujuan semua pihak.

Restorative justice (keadilan restoratif) bertujuan untuk memberdayakan para korban, pelaku, keluarga dan masyarakat untuk memperbaiki suatu perbuatan melawan hukum, dengan menggunakan kesadaran dan keinsyafan sebagai landasan untuk memperbaiki kehidupan bermasyarakat menjelaskan bahwa konsep *restorative justice* (keadilan restoratif) pada dasarnya sederhana⁶⁶. *Restorative justice* adalah konsep yang sederhana serta dalam proses untuk memperbaiki suatu masalah yang terjadi dalam sebuah masyarakat, melibatkan semua pihak agar dapat menemukan sebuah pemecahan masalah yang dapat

⁶⁴ Nikmah Rosidah, *Budaya Hukum Hakim Anak Di Indonesi Sebuah Pendekatan Hukum Progresif, Op. Cit*, hlm. 103

⁶⁵ Lawrence W Sherman and Heather Strang, *Restorative Justice: The Evidence*, The Smith Institute, London, 2007, hlm. 32

⁶⁶ Nikmah Rosidah, *Budaya Hukum Hakim Anak Di Indonesi Sebuah Pendekatan Hukum Progresif, Op. Cit*, hlm. 103

memperbaiki kesalahan dari pelaku terhadap korban, yang menekankan kesadaran dan keinsyafan dari pelaku.

Kelompok Kerja Peradilan Anak Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mendefinisikan *restorative justice* sebagai suatu proses semua pihak yang berhubungan dengan tindak pidana tertentu duduk bersama-sama untuk memecahkan masalah dan memikirkan bagaimana mengatasi akibat pada masa yang akan datang. Proses ini pada dasarnya dilakukan melalui diskresi (kebijakan) dan diversifikasi, yaitu pengalihan dari proses pengadilan pidana ke luar proses formal untuk diselesaikan secara musyawarah. Penyelesaian melalui musyawarah sebetulnya bukan hal baru bagi Indonesia, bahkan hukum adat di Indonesia tidak membedakan penyelesaian perkara pidana dan perdata, semua perkara dapat diselesaikan secara musyawarah dengan tujuan untuk mendapatkan keseimbangan atau pemulihan keadaan⁶⁷.

Terdapat tiga prinsip dasar untuk membentuk *restorative justice* yaitu: *The three principles that are involved in restorative justice include: there be a restoration to those who have been injured, the offender has an opportunity to be involved in the restoration if they desire and the court system's role is to preserve the public order and the community's role is to preserve a just peace*⁶⁸.

Prinsip dasar dari *restorative justice* yaitu mengacu pada perbaikan terhadap korban yang telah dirugikan, pelaku memiliki keterlibatan terhadap perbaikan

⁶⁷ Anjar Nawan, "Konsep Diversi Dan *Restorative Justice*", wordpress, diakses dari <https://anjarnawanyep.wordpress.com/konsep-diversi-dan-restorative-justice/>, pada tanggal 14 Oktober 2015 pukul 20:19 WIB

⁶⁸ Dari Wikipedia, the free encyclopedia/http://en.wikipedia.org/wiki/Restorative_justice.

tersebut dan melibatkan aparat penegak hukum dalam mewujudkan perdamaian untuk kedua belah pihak. M. Taufik juga membagi prinsip dasar *restorative justice* menjadi tiga⁶⁹ :

- a. Terjadi pemulihan kepada mereka yang menderita kerugian akibat kejahatan;
- b. Pelaku memiliki kesempatan untuk terlibat dalam pemulihan keadaan (restorasi);
- c. Pengadilan berperan untuk menjaga ketertiban umum dan masyarakat berperan untuk melestarikan perdamaian yang adil.

Berdasarkan penjelasan di atas dapat dipahami, keterlibatan pelaku dalam pemulihan terhadap korban kejahatan atau masyarakat yang menderita kerugian merupakan hal yang penting bagi pelaku untuk terlibat agar sesuai dengan prinsip *restorative justice* serta fungsi dari pengadilan hanya menjaga ketertiban umum dalam sebuah masyarakat yang menjaga dan melestarikan perdamaian.

Restorative justice yang menjadi instrument hukum dalam melaksanakan *restorative justice* adalah mediasi penal yang merupakan diskursus baru dalam sistem hukum Indonesia yang menawarkan solusi yang komprehensif dan efektif dalam menangani permasalahan anak yang bermasalah dengan hukum, walaupun mediasi sebenarnya bukanlah metode penyelesaian sengketa yang baru dalam sistem hukum Indonesia⁷⁰. Berdasarkan penjelasan tersebut dapat dipahami mediasi penal merupakan sebuah instrument dari *restorative justice* dalam pelaksanaan *restorative justice* yang ada di masyarakat, agar dapat menemukan solusi yang baik bagi semua pihak yang terlibat.

⁶⁹ M. Taufik Makarao, *Op. Cit*, hlm. 27

⁷⁰ Nikmah Rosidah, *Op. Cit*, hlm. 107

E. Hukum Adat Megow Pak Tulang Bawang

Setiap masyarakat di seluruh dunia mempunyai tata hukum di dalam wilayah negaranya. Tidak ada suatu bangsa yang tidak mempunyai tata hukum nasionalnya. Hukum nasional bangsa merupakan cerminan dari kebudayaan bangsa yang bersangkutan. Karena hukum merupakan akal budi bangsa dan tumbuh dari kesadaran hukum bangsa, maka hukum akan tampak dari cerminan kebudayaan bangsa tersebut⁷¹. Hukum tidak lahir dari suatu tindakan bebas (*arbitrary act of a legislator*) tetapi dibangun dan dapat ditemukan di dalam jiwa masyarakat. Hukum secara hipotetis dapat dikatakan berasal dari kebiasaan dan selanjutnya dibuat melalui aktivitas hukum (*juristic activity*)⁷². Hukum Adat adalah aturan kebiasaan manusia dalam hidup bermasyarakat⁷³.

Sementara itu Soepomo seperti yang telah dikutip Soleman menyatakan Hukum adat adalah hukum non-statutair yang sebagian besar adalah hukum kebiasaan dan sebagian kecil hukum Islam. Hukum adat pun melingkupi hukum yang berdasarkan keputusan-keputusan hakim yang berisi asas-asas hukum dalam lingkungan, dimana ia memutuskan perkara. Hukum adat berurat-berakar pada kebudayaan tradisional⁷⁴.

⁷¹ Anto Sumarman, *Hukum Adat Perspektif Sekarang dan Mendatang*, Adi Cita Karya Nusa, Yogyakarta, 2003, hlm. 1.

⁷² M.D.A. Freeman, *Llyd's Introduction to Jurisprudence*, Sweet & Maxweel Ltd., London, 2001, hlm. 904-905

⁷³ Hilman Hadikusuma, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 1

⁷⁴ Soleman B. Taneko, *Hukum Adat Suatu Pengantar Dan Prediksi Masa Mendatang*, PT. ERESKO, Bandung, 1987, hlm. 5

Sedangkan Aubert seperti yang telah dikutip Munir Fuady menyatakan Fungsi hukum dalam Masyarakat sebagai Berikut⁷⁵:

1. Fungsi Mengatur (*governance*).
2. Fungsi distribusi sumber daya.
3. Fungsi safeguard terhadap ekspektasi masyarakat.
4. Fungsi penyelesaian konflik.
5. Fungsi ekspresi dari nilai dan cita dalam masyarakat.

Penjelasan di atas dapat diartikan jika hukum adat adalah sebuah aturan kebiasaan yang terbentuk oleh hukum kebiasaan dan hukum islam serta keputusan-keputusan yang diambil oleh tokoh adat. Hukum adat sendiri hidup dan berasal dari masyarakat yang memegang teguh adat dan istiadat sehingga membuat hukum adat tersebut dipatuhi secara turun temurun walau hukum adat tersebut tidak tertulis serta hukum adat tersebut juga berfungsi sebagai alat untuk menyelesaikan konflik yang terjadi.

Hukum kebiasaan dan hukum adat di Eropa (Belanda) itu sama artinya, yang disebut dengan “*gewoonte recht*”, yaitu adat atau kebiasaan yang bersifat hukum yang berhadapan dengan hukum perundangan (*wettenrecht*). Tetapi di dalam sejarah perundangan di Indonesia antara “adat” dan “kebiasaan” itu dibedakan sehingga “hukum adat” tidak sama dengan “hukum kebiasaan”. “Kebiasaan” yang dibenarkan (diakui) di dalam perundangan merupakan “hukum kebiasaan” sedangkan “hukum adat” adalah hukum kebiasaan di luar perundangan⁷⁶. Hukum adat menurut Hilman, “Hukum adat” adalah adat yang mempunyai sanksi,

⁷⁵ Munir Fuady, *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2013, hlm. 246

⁷⁶ Hilman Hadikusuma, *Op.Cit*, hlm. 8

sedangkan istilah “adat” yang tidak mengandung sanksi adalah “kebiasaan yang normatif”, yaitu kebiasaan yang berwujud aturan tingkah laku yang berlaku di dalam masyarakat⁷⁷.

Hukum adat merupakan keseluruhan aturan yang berlaku di dalam masyarakat tertentu yang berasal dari kebudayaan tradisional dan memiliki sanksi bagi yang melanggar aturan yang sudah berlaku sejak turun-temurun di masyarakat yang mengacu pada kebenaran subjektif. Kebenaran subjektif adalah kebenaran yang akan berbicara tentang benar-salahnya suatu peristiwa atau perbuatan sebagaimana yang ditentukan kesesuaiannya dengan norma-norma moral-sosial yang diyakini bersama⁷⁸. Menurut Van Dick seperti yang telah dikutip oleh R. Otje Salman, hukum adat memiliki corak tersendiri dibandingkan sistem hukum lainnya. Tiga karakteristik unik hukum adat adalah ia mengandung sifat yang sangat tradisional, dapat berubah, sanggup menyesuaikan diri⁷⁹.

Sedangkan menurut Satjipto Rahardjo seperti yang telah dikutip Kadri Husin menyatakan⁸⁰:

Hukum adat harus diperhitungkan sebagai kenyataan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian hukum adat merupakan faktor yang turut menentukan baik dalam hal pembentukan maupun penerapan hukum di Indonesia. Dalam hal ini Pancasila di samping merupakan ide yang harus diwujudkan dalam kenyataan. Juga berperan sebagai “*realien*” yaitu norma dasar yang menjadi alat pengukur atau menyaring mengenai apa yang bisa diterima oleh tata hukum Indonesia.

⁷⁷ Hilman Hadikusuma, *Ibid*, hlm. 9

⁷⁸ Soetandyo Wignjosoebroto, *Pergeseran paradigm dalam kajian-kajian sosial dan hukum*, Setara Press, Semarang, 2013, hlm. 18

⁷⁹ R. Otje Salman, *Rekonspetualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 34

⁸⁰ Kadri Husin, *Op. Cit*, hlm. 87

Sedangkan hukum pidana adat (*adat recht delicten*) dapat juga disebut “hukum pidana adat” atau “hukum pelanggaran adat”, yaitu aturan-aturan hukum adat yang mengatur peristiwa atau perbuatan kesalahan yang berakibat terganggunya keseimbangan masyarakat, sehingga perlu diselesaikan (diberi sanksi pen)⁸¹. Penjelasan tentang hukum pidana adat dapat dipahami sebagai keseluruhan aturan adat yang memiliki sanksi serta memiliki fungsi mengatur keseimbangan dalam masyarakat yang mematuhi aturan tersebut.

Aturan-aturan hukum pidana adat pada umumnya bersifat tradisional *magis religious*, menyeluruh dan menyatukan, tidak *prae-existence*, tidak menyamaratakan, terbuka dan lentur⁸². Ini dapat terlihat dalam sebuah aturan hukum adat yang masih berlaku seperti hukum adat Megow Pak Tulang Bawang yang ada di Kabupaten Tulang Bawang Propinsi Lampung, dalam penerapan aturan dari hukuman yang berupa sanksi untuk pelaku yang melanggar aturan dari hukum adat Megow Pak Tulang Bawang yang berupa denda, disesuaikan dengan kemampuan ekonomi dari pelaku dari pelanggar hukum adat tersebut, sehingga dapat diartikan bahwa hukum adat Megow Pak Tulang Bawang bersifat lentur yang dapat menyesuaikan dan sekaligus menyamaratakan pelaku dari pelanggar aturan hukum adat.

Sebelum lebih lanjut membahas tentang Hukum Adat Megow Pak Tulang Bawang terlebih dahulu membahas maksa dari orang lampung asli. “Orang lampung asli” (ulun Lappung, jelma Lampung) terdiri dari dua kelompok

⁸¹ Erna Dewi, *Sistem Pemidanaan Indonesia yang Berkearifan Lokal*, Justice Publisher, Bandar Lampung, 2014, hlm. 94

⁸² Erna Dewi, *Ibid*, hlm. 95-96

keturunan (ruwa jurai) dengan dua dialek bahasa (nyow dan api) dan dua adat istiadat (pepadun dan saibatin/peminggir). Di dalam menjalani kehidupannya, di lingkungan adat pepadun terdapat filsafat hidup piil pasenggiri, yang kemudian diadopsi menjadi filsafat hidup orang Lampung secara keseluruhan⁸³. Sedangkan Penduduk Kabupaten Tulang Bawang secara garis besar dapat dikelompokkan dalam masyarakat Adat Lampung (masyarakat asli Lampung) dan kelompok pendatang. Keberadaan kelompok ini telah membentuk suatu pertalian adat dan budaya yang menjadi suatu akulturasi budaya. Masyarakat adat Lampung kebanyakan termasuk adat Pepadun dengan sebutan Marga Megow Pak Tulang Bawang (marga empat Tulang Bawang) yang tersebar di kecamatan-kecamatan di wilayah Kabupaten Tulang Bawang. Adat Pepadun Megow Pak Tulang Bawang terdiri dari empat kebuayan, yaitu⁸⁴:

1. Buay Bulan (Kecamatan Menggala dan Kecamatan Tulang Bawang)
2. Buay Suwai Umpu (Kecamatan Menggala, Kecamatan Gunung Terang dan Kecamatan Simpang Pematang).
3. Buay Tegamoan (Kecamatan Tulang Bawang Tengah dan Kecamatan Menggala)
4. Buay Aji (Kecamatan Gedong Aji).

Berdasarkan penjelasan diatas dapat dipahami adat pepadun Megow Pak Tulang Bawang merupakan adat yang terbentuk oleh empat klan yang disebut buay dan memiliki kesamaan dalam adat istiadatnya sehingga bersatu menjadi adat yang terdiri dari empat marga yang hidup di daerah Tulang Bawang. Hukum adat

⁸³ Lampung Post, "Transformasi Piil Pasenggiri", diakses dari <http://lampost.co/berita/transformasi-piil-pasenggiri>, pada tanggal 15 oktober 2015 pada pukul 02:05 WIB

⁸⁴ Mirna Octayani, Ali Imron dan Iskandar Syah, Deskripsi Pasar Tradisional Di Kelurahan Menggala Kota Kecamatan Menggala Kabupaten Tulang Bawang, Universitas Lampung, Bandar Lampung, 2012, hlm. 5

megow pak tulang bawang secara garis besar dapat diartikan sebagai sebuah aturan-aturan yang ditaati dan diketahui oleh 4 (empat) klan yang hidup di tulang bawang yang diwariskan secara turun temurun serta memiliki sanksi (denda) bagi yang melanggarnya.

Pendapat Hilman, masyarakat Adat Megow Pak Tulang Bawang termasuk dalam masyarakat hukum teritorial karena termasuk dalam perserikatan desa, yang dimaksud perserikatan desa adalah apabila di antara beberapa desa atau marga yang terletak berdampingan yang masing-masing berdiri sendiri mengadakan perjanjian kerjasama untuk mengatur kepentingan bersama, misalnya kepentingan dalam mengatur pemerintahan adat bersama, pertahanan bersama, kehidupan ekonomi, dan pemasaran bersama⁸⁵. Berdasarkan pada daerah tertentu atau wilayah ada tiga macam persekutuan territorial yaitu⁸⁶:

- a. Persekutuan Desa Yaitu orang-orang yang terikat dalam satu desa
- b. Persekutuan Daerah yaitu dimana di dalamnya terdapat beberapa desa yang masing-masing mempunyai tata susunan sendiri.
- c. Perserikatan Yaitu apabila beberapa persekutuan hukum yang berdekatan mengadakan kesepakatan untuk memelihara kepentingan bersama, seperti saluran air, pengairan, membentuk pengurus bersama.

Berdasarkan penjelasan di atas dapat dipahami, perserikatan desa yang merupakan salah satu dari jenis masyarakat hukum teritorial seperti masyarakat hukum Adat Megow Pak Tulang Bawang merupakan bagian dari kehidupan sosial yang telah melembaga serta merupakan faktor yang sangat menentukan dalam proses sosialisasi masyarakat adat yang menganut hukum Adat Megow Pak Tulang Bawang. Sedangkan masyarakat Adat Megow Pak Tulang Bawang mematuhi aturan hukum adat yang tertulis maupun tidak tertulis di dalam buku Pelatoeran

⁸⁵ Hilman Hadikusuma, Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia, *Op. Cit*, hlm. 107

⁸⁶ Bewa Ragawino, *Pengantar Dan Asas-Asas Hukum Adat Indonesia*, Universitas Padjadjaran, Bandung, 2008, hlm. 31

Sepandjang Hadat Lampung yang merupakan kitab hukum adat Megow Pak Tulang Bawang.

Sedangkan Satjipto menjelaskan hukum dan lembaga – lembaga tradisional di Indonesia merupakan bagian – bagian kehidupan sosial yang telah melembaga. Mereka ini telah merupakan faktor – faktor yang sangat menentukan dalam proses sosialisasi warga masyarakat⁸⁷. Dapat dipahami jika masyarakat yang menganut hukum adat atau kearifan lokal merupakan sebuah individu yang terikat dalam masyarakat sehingga kearifan lokal yang ada pada setiap masyarakat akan berbeda-beda. Favali dan Pateman sebagaimana yang dikutip oleh secara paradoks, hukum adat lebih fleksibel dalam menghadapi perubahan. Sementara peraturan perundang-undangan memerlukan revisi hukum melalui tindakan eksekutif dan legislatif, hukum adat terus melakukan penyesuaian melalui tindakan-tindakan interpretatif masyarakat. Bahkan, tradisi *common law* tidak cocok dengan dinamikanya sendiri⁸⁸.

Berdasarkan penjelasan di atas dapat dipahami Hukum adat Megow Pak merupakan sebuah hukum adat adalah sebuah kearifan lokal yang bersifat fleksibel karena hukum adat Megow Pak Tulang Bawang merupakan berasal dari kebiasaan-kebiasaan masyarakat adat Megow Pak yang berasas kekeluargaan dan musyawarah.

⁸⁷ Satjipto Rahardjo, *Hukum Dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1986, hlm. 155

⁸⁸ Myrna A. Safitri, dkk, *Beragam Jalur Menuju Keadilan: Pluralisme Hukum Dan Hak-Hak Masyarakat Adat Di Asia Tenggara*, Epistema Institute, Jakarta, 2012, hlm. 22