

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Perbandingan Hukum Pidana

Setiap subjek hukum berhubungan dengan satu bagian khusus dalam sistem hukum, hukum pidana membahas aturan-aturan mengenai kejahatan, hukum acara membahas aturan-aturan tentang proses-proses beracara di pengadilan. Sebagian ilmu hukum mempunyai sifat yang berbeda karena berhubungan dengan beberapa masalah menyeluruh yang mempengaruhi seluruh atau hampir seluruh sistem hukum. Yang termasuk kelompok ini adalah subjek-subjek teoritis, antara lain sejarah hukum, sosiologi hukum, yurisprudensi serta perbandingan hukum atau hukum komparatif (*comparative law*). Istilah perbandingan hukum dalam bahasa asing antara lain: *Comparative Law*, *Comparative Jurisprudence*, *Foreign Law*, *Droit Compare*, *Rechtsgelijking*. Dalam *Blacks Law Dictionary* dikemukakan bahwa, *Comparative Jurisprudence* ialah suatu studi mengenai prinsip ilmu hukum dengan melakukan perbandingan berbagai macam sistem hukum.

Menurut G. Guitens Bergoins, *study comparative* ataupun perbandingan hukum adalah metode perbandingan yang diterapkan dalam ilmu hukum. Istilah *study comparative* ataupun perbandingan hukum bukanlah suatu ilmu hukum, tetapi melainkan hanya suatu metode studi, suatu metode yang digunakan untuk meneliti sesuatu, suatu cara bekerja, yakni perbandingan. Apabila hukum itu terdiri atas element ataupun seperangkat peraturan, maka nampak jelas bahwa hukum

perbandingan (*vergelijkende recht*) itu tidak ada. Metode untuk membandingkan atauran hukum dari berbagai sistem hukum tidak berdampak pada perumusan-perumusan atauran yang berdiri sendiri: tidak ada aturan hukum perbandingan.¹

Studi *comparative* ataupun perbandingan hukum suatu metode mengandung arti bahwa ia merupakan suatu cara pendekatan untuk lebih memahami suatu objek atau masalah yang diteliti. Oleh karena itu sering digunakan istilah metode studi komparatif ataupun perbandingan hukum. Studi *comparative* hukum pidana harus dipahami dengan menggunakan metode fungsional, kritis, realistik dan tidak dogmatis serta diperlukan dalam proses pembaharuan hukum.

Menurut Konrad Zweigert dan Kurt Siehr, studi *comparative* hukum ataupun perbandingan hukum modern menggunakan metode kritis, realistik dan tidak dogmatis²:

Kritis karena studi komparatif ataupun perbandingan hukum sekarang tidak mementingkan perbedaan-perbedaan ataupun persamaan-persamaan dari berbagai tata hukum (*legal orders*) semata-mata sebagai fakta, akan tetapi yang dipentingkan ialah apakah penyelesaian secara hukum ataupun sesuatu masalah relevan, dapat dipraktekkan. Adil dan kenapa penyelesaian demikian.

¹ Barda Nawawi Arif, 2011, *Perbandingan hukum Pidana (edisi revisi)*, Jakarta, Hal. 5

² *Ibid.*, Hal 13

Realistis karena studi komparatif ataupun perbandingan hukum bukan saja meneliti perundang-undangan, keputusan peradilan dan doktrine, akan tetapi semua motif nyata menguasai dunia, yaitu yang bersifat etis, psikologis, ekonomis dan motif-motif lain yang berasal dari kebijakan legislatif.

Tidak dogmatis karena studi komparatif ataupun perbandingan hukum tidak hendak terkekang dalam kelakuan dogma, meskipun dogma mempunyai fungsi sistematisasi, akan tetapi dogma dapat mengaburkan dan menyeronongkan pandangan dalam menemukan “penyelesaian hukum yang lebih baik”.

Studi komparatif hukum menggunakan pendekatan fungsional, karena akan mempertanyakan apakah fungsi suatu norma atau pranata dalam masyarakat tertentu, dan apakah dengan demikian fungsi itu dipenuhi dengan baik atau tidak. Dengan demikian secara ideal dapat diadakan ramalan, apakah norma itu perlu dipertahankan, dihapus atau diubah.

Soedarto berpendapat bahwa kegunaan studi komparatif hukum mencakup beberapa hal, yakni³ :

1. Unifikasi hukum
2. Harmonisasi hukum
3. Mencegah adanya chauvisme hukum nasional
4. Memahami hukum asing, dan
5. Pembaharuan hukum

³ Ramli atmasasmita, 1996, *Perbandingan Hukum Pidana, Bandung*, Fikahati Aneska, Hlm. 16

B. Anak Sebagai Pelaku Tindak Pidana

Pengertian anak sebagai pelaku tindak pidana pada Pasal 1 butir 1 UU Pengadilan Anak adalah yang terlibat dalam perkara anak nakal. Menurut Pasal 2 butir 2 yang dimaksud dengan anak nakal mempunyai dua pengertian yaitu⁴ :

1. Anak yang melakukan tindak pidana

Walaupun UU Pengadilan Anak tidak memberikan penjelasan lebih lanjut, akan tetapi dapat dipahami bahwa anak yang melakukan tindak pidana, perbuatannya tidak terbatas kepada perbuatan-perbuatan yang melanggar peraturan KUHP saja melainkan juga melanggar peraturan-peraturan di luar KUHP misalnya ketentuan pidana dalam UU Narkotika, UU Hak Cipta, UU Pengelolaan Lingkungan Hidup.

2. Anak yang melakukan perbuatan yang dinyatakan terlarang bagi anak

Yang dimaksud dengan perbuatan terlarang bagi anak adalah baik menurut peraturan perundang-undangan maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan. Dalam hal ini peraturan tersebut baik yang tertulis maupun tidak tertulis misalnya hukum adat atau aturan-aturan kesopanan dan kepantasan dalam masyarakat.

Pasal 1 butir 2 mengenai pengertian anak nakal di atas, yang dapat diperkarakan untuk diselesaikan melalui jalur hukum hanyalah anak nakal dalam pengertian angka 1 di atas, yaitu anak yang melakukan tindak pidana.

⁴ Nasir Djamil, 2012, *Anak Bukan untuk Dihukum: Catatan Pembahasan UU Sistem Peradilan Pidana Anak (UU-SPPA)* Jakarta : Raja Grafindo Persada hlm 32

Ada 2 (dua) kategori perilaku anak yang membuat ia harus berhadapan dengan hukum, yaitu⁵:

1. *Status Offence* adalah perilaku kenakalan anak yang apabila dilakukan oleh orang dewasa tidak dianggap sebagai kejahatan, seperti tidak menurut, membolos sekolah atau kabur dari rumah
2. *Juvenile Delinquency* adalah perilaku jahat (dursila) atau kejahatan/kenakalan anak-anak muda; merupakan gejala sakit (patologis) secara sosial pada anak-anak dan remaja yang disebabkan oleh satu bentuk pengabaian sosial, sehingga mereka itu mengembangkan bentuk tingkah laku yang menyimpang

C. Pengertian Penyidikan terhadap Anak

Perkara pidana yang dilakukan oleh anak-anak pada umumnya ketentuan yang dilanggar adalah peraturan pidana yang terdapat dalam KUHP, maka penyidikannya dilakukan oleh penyidik umum dalam hal ini penyidik Polri. Sejalan akan diberlakukannya dengan diberlakukannya Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak, telah dipertegas bahwa penyidikan terhadap perkara anak nakal dilakukan oleh penyidik Polri dengan dasar hukum Pasal 26 Ayat (1) Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak dan yang pada intinya menyebutkan bahwa "penyidikan terhadap perkara anak dilakukan oleh penyidik yang ditetapkan berdasarkan Surat Keputusan Kepala Kepolisian RI atau pejabat lain yang ditunjuk oleh Kapolri". Meskipun penyidiknya penyidik Polri, akan tetapi tidak semua penyidik Polri dapat melakukan penyidikan terhadap

⁵ *Ibid* hlm 34

perkara anak nakal. Undang – Undang Sistem Peradilan Pidana Anak dikenal adanya penyidik anak, yang berwenang melakukan penyidikan. Penyidik anak diangkat oleh Kapolri dengan Surat Keputusan Khusus untuk kepentingan tersebut. Undang Undang Sistem Peradilan Pidana Anak melalui Pasal 26 Ayat (3) menetapkan syarat – syarat yang harus dipenuhi oleh seorang Penyidik adalah:

1. Telah berpengalaman sebagai penyidik;
2. Mempunyai minat, perhatian, dedikasi dan memahami masalah anak.
3. Telah mengikuti pelatihan teknis tentang peradilan Anak

Perlindungan hukum terhadap anak dalam proses peradilan dilakukan dimulai semenjak tingkat penyelidikan, penyidikan, penuntutan, pemeriksaan di sidang pengadilan sampai pada pelaksanaan putusan pengadilan tersebut. Selama proses peradilan tersebut , maka hak-hak anak wajib dilindungi oleh hukum yang berlaku dan oleh sebab itu harus dilakukan secara konsekuen oleh pihak-pihak terkait dengan penyelesaian masalah anak nakal tersebut.⁶

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Pasal 1 butir 13 yang dimaksud penyidikan adalah serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang untuk mencari serta mengumpulkan bukti yang dengan bukti itu membuat terang tentang tindak pidana yang terjadi guna menemukan tersangkanya. Mulai dari penyidikan, POLRI menggunakan parameter alat bukti sah yang sesuai dengan Pasal 184 KUHP yang dikaitkan dengan segitiga pembuktian/*evidencetriangle* untuk memenuhi

⁶ Wagianti, 2010, *Hukum Pidana Anak* Bandung : Refika Aditama hlm 41

aspek legalitas dan aspek legitimasi untuk membuktikan tindak pidana yang terjadi.⁷

D. Sistem Pemidanaan Anak

Sebelum kita membahas tentang proses pemidanaan terhadap anak lebih lanjut, kita akan ketahui terlebih dahulu kategori anak yang melakukan tindak pidana yang telah diatur dalam Undang-Undang No.3 tahun 1997 Pasal 1 Angka 2 yang berbunyi⁸ :

1. Anak yang melakukan tindak pidana.
2. Anak yang melakukan perbuatan yang dinyatakan terlarang bagi anak, baik menurut peraturan perundang-undangan maupun menurut hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan.

Pemidanaan anak ada batasan usia minimal dan maksimal anak tersebut dapat dijatuhi sanksi pidana. Batas usia anak adalah pengelompokan usia maksimal sebagai wujud kemampuan anak dalam status hukum, sehingga anak tersebut beralih status menjadi usia dewasa atau menjadi seorang subjek hukum yang dapat bertanggungjawab secara mandiri terhadap perbuatan-perbuatan dan tindakan-tindakan hukum yang dilakukan oleh anak itu.

⁷ Solehuddin, 2011, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana*, Jakarta : PT Raja Grafindo Persada hlm 45

⁸ Wagiaty, 2010, *Hukum Pidana Anak* Bandung : Refika Aditama hlm 58

Dan mengenai batasan umur anak yang melakukan tindak pidana diatur dalam pasal 4, yaitu ⁹:

1. Batas umur anak nakal yang dapat diajukan ke sidang pengadilan anak adalah sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin.
2. Dalam hal anak melakukan tindak pidana pada batas umur sebagaimana di maksud dalam ayat (1) dan di ajukan ke sidang pengadilan setelah anak yang bersangkutan melampaui batas umur tersebut, tetapi belum pernah mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun tetapi di ajukan ke sidang anak.

Menurut Undang-Undang Pengadilan Anak, anak di bawah umur yang melakukan kejahatan yang memang layak untuk diproses adalah anak yang telah berusia 8 tahun dan diproses secara khusus yang berbeda dengan penegakan hukum terhadap orang dewasa. Tetapi pada prakteknya penegakan hukum kepada anak nakal terkadang mengabaikan batas usia anak.¹⁰

Mahkamah Konstitusi melalui Keputusannya Nomor 1/PUU-VIII/2010 (LNRI Tahun 2012 No. 153) menyatakan frase 8 tahun dalam Pasal 1 Angka 1, Pasal 4 Ayat (1) dan Pasal 5 Ayat (1) UU No. 3 Tahun 1997 bertentangan dengan UUD 1945 serta menilai untuk melindungi hak konstitusional anak, perlu menetapkan batas umur bagi anak yaitu batas minimal usia anak yang bisa dimintai

⁹ *Ibid* hlm 60

¹⁰ Saraswati Irma Hukum, 2010, *Perlindungan Anak di Indonesia*, Jakarta: Citra Aditya hlm 82

pertanggungjawaban hukum adalah 12 (dua belas) tahun karena secara relatif sudah memiliki kecerdasan, emosional, mental dan intelektual yang stabil.¹¹

Terhadap Anak Nakal hanya dapat dijatuhkan pidana atau tindakan. pidana berupa pidana pokok dan pidana tambahan, Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 3 Tahun 1997 yang mengatur tentang pidana pokok dan pidana tambahan bagi anak nakal, yaitu¹²:

1. Pidana Pokok merupakan pidana utama yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal. Beberapa pidana pokok yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal, yaitu:
 - a. Pidana penjara;
 - b. Pidana kurungan;
 - c. Pidana denda, atau;
 - d. Pidana pengawasan,
2. Pidana Tambahan adalah pidana yang dapat dijatuhkan sebagai tambahan dari pidana pokok yang diterimanya. Selain pidana pokok maka terhadap anak nakal dapat pula dijatuhkan pidana tambahan, berupa :
 - a. Perampasan barang-barang tertentu, dan/atau;
 - b. Pembayaran ganti rugi.

Tindakan pada dasarnya merupakan suatu perbuatan yang bertujuan untuk membina dan memberikan pengajaran kepada anak nakal. Beberapa tindakan yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal berdasarkan Pasal 24 UU Pengadilan Anak adalah ¹³:

1. Mengembalikan kepada orang tua, wali, atau orang tua asuh;
2. Menyerahkan kepada negara untuk mengikuti pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja, atau;

¹¹ Ibid hlm 83

¹² Wagiati, 2010, *Hukum Pidana Anak Bandung* : Refika Aditama hlm 62

¹³ Ibid Hlm 64

3. Menyerahkan kepada Departemen Sosial, atau organisasi sosial kemasyarakatan yang bergerak di bidang pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja.

E. Model Diversi

Diversi adalah sebuah tindakan atau perlakuan untuk mengalihkan atau menempatkan pelaku tindak pidana anak keluar dari sistem peradilan pidana. Undang-Undang No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana telah mengatur tentang diversi yang berfungsi agar anak yang berhadapan dengan hukum tidak terstigmatisasi akibat proses peradilan yang harus dijalaninya. Hal ini sesuai dengan yang tercantum dalam Resolusi PBB

Konsep Diversi pertama kali dikemukakan sebagai kosa kata pada laporan peradilan anak yang disampaikan Presiden Komisi Pidana (*president's crime commissionis*) Australia di Amerika Serikat pada tahun 1960. Awalnya konsep diversi telah ada sebelum tahun 1960 ditandai berdirinya peradilan anak (*children's court*) sebelum abad ke-19 yaitu diversi dari sistem peradilan pidana formal dan formalisasi polisi untuk melakukan peringatan (*police cautioning*). Prakteknya telah berjalan di Negara bagian Victoria Australia pada tahun 1959 diikuti oleh negara bagian queensland pada tahun 1963.

Pelaksanaan diversi dilatarbelakangi keinginan menghindari efek negatif terhadap jiwa dan perkembangan anak oleh keterlibatannya dengan sistem peradilan pidana. Pelaksanaan diversi oleh aparat penegak hukum didasari oleh kewenangan aparat penegak hukum yang disebut discretion atau dalam bahasa Indonesia

diskresi. Dengan penerapan konsep diversifikasi bentuk peradilan formal yang ada selama ini lebih mengutamakan usaha memberikan perlindungan bagi anak dari tindakan pemenjaraan. Selain itu terlihat bahwa perlindungan anak dengan kebijakan diversifikasi dapat dilakukan di semua tingkat peradilan mulai dari masyarakat sebelum terjadinya tindak pidana dengan melakukan pencegahan. Setelah itu jika ada anak yang melakukan pelanggaran maka tidak perlu diproses ke polisi.

Prinsip utama pelaksanaan konsep diversifikasi yaitu tindakan persuasif atau pendekatan non penal dan memberikan kesempatan kepada seseorang untuk memperbaiki kesalahan. Diversifikasi berupaya memberikan keadilan kepada kasus anak yang telah terlanjur melakukan tindak pidana sampai kepada aparat penegak hukum sebagai pihak penegak hukum. Kedua keadilan tersebut dipaparkan melalui sebuah penelitian terhadap keadaan dan situasi untuk memperoleh sanksi atau tindakan yang tepat (*appropriate treatment*) Tiga jenis pelaksanaan program diversifikasi yaitu :

1. Pelaksanaan kontrol secara sosial (*social control orientation*), yaitu aparat penegak hukum menyerahkan pelaku dalam tanggung jawab pengawasan atau pengamatan masyarakat, dengan ketaatan pada persetujuan atau peringatan yang diberikan. Pelaku menerima tanggung jawab atas perbuatannya dan tidak diharapkan adanya kesempatan kedua kali bagi pelaku oleh masyarakat.

2. Pelayanan sosial oleh masyarakat terhadap pelaku (*social service orientation*), yaitu melaksanakan fungsi untuk mengawasi, mencampuri, memperbaiki dan menyediakan pelayanan pada pelaku dan keluarganya. Masyarakat dapat mencampuri keluarga pelaku untuk memberikan perbaikan atau pelayanan.
3. Menuju proses *restorative justice* atau perundingan (*balanced or restorative justice orientation*), yaitu melindungi masyarakat, memberi kesempatan pelaku bertanggung jawab langsung pada korban dan masyarakat dan membuat kesepakatan bersama antara korban pelaku dan masyarakat. Pelaksanaannya semua pihak yang terkait dipertemukan untuk bersama-sama mencapai kesepakatan tindakan pada pelaku.

Penerapan ketentuan diversi merupakan hal yang penting untuk dipertimbangkan, karena dengan diversi hak-hak asasi anak dapat lebih terjamin, dan menghindarkan anak dari stigma sebagai “anak nakal”, karena tindak pidana yang diduga melibatkan seorang anak sebagai pelaku dapat ditangani tanpa perlu melalui proses hukum.