

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Hukum adalah suatu tatanan perbuatan manusia. “Tatanan” adalah suatu sistem aturan. Hukum bukanlah, seperti yang terkadang dikatakan sebuah peraturan. Hukum adalah seperangkat peraturan yang mengandung semacam kesatuan yang kita pahami melalui sebuah sistem¹.

Pernyataan bahwa hukum merupakan sebuah tatanan perbuatan manusia tidak berarti bahwa tatanan hukum hanya berkenaan dengan perbuatan manusia; bahwa tidak ada hal lain kecuali perbuatan manusia yang masuk ke dalam isi dari peraturan-peraturan hukum². Pernyataan “Tatanan sosial tertentu yang memiliki karakter hukum merupakan suatu tatanan Hukum,” tidak mengandung pertimbangan moral bahwa tatanan sosial ini baik atau adil. Ada tatanan hukum yang dari sudut pandang tertentu, tidak adil. Hukum dan Keadilan adalah dua konsep yang berbeda. Upaya untuk membebaskan konsep hukum dari ide keadilan bukanlah persoalan mudah, sebab kedua konsep tersebut selalu dicampuradukan di dalam pemikiran politik yang tidak ilmiah dan juga didalam pembicaraan umum, dan karena pencampuradukan kedua konsep ini berkaitan dengan kecenderungan

¹ Hans Kelsen, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Nusamedia-Nuansa, 2006, Bandung, Hlm. 3

² Ibid

ideologis untuk membuat hukum positif tampak adil. Hukum yang dibedakan dari keadilan adalah hukum positif³.

Setiap manusia memiliki hasrat untuk hidup secara teratur, serasi, selaras dengan masyarakat dan mendambakan sebuah masyarakat yang patuh terhadap hukum berlaku. Oleh karena itu hukum dalam bentuk apapun ada pada setiap masyarakat manusia dimanapun juga dimuka bumi ini. Bagaimanapun primitifnya dan bagaimanapun modernnya suatu masyarakat pasti mempunyai hukum. Oleh karena itu, keberadaan (eksistensi) hukum sifatnya universal. Hukum tidak bisa dipisahkan dengan masyarakat, tetapi justru mempunyai hubungan timbal balik⁴. Tujuan hukum adalah terciptanya suatu kedamaian yang didasarkan pada keserasian antara ketertiban dan ketentraman. Tujuan hukum ini tentunya akan tercapai apabila didukung oleh tugas hukum, yakni keserasian antara kepastian hukum dengan kesebandingan hukum, sehingga akan menghasilkan suatu keadilan⁵. Dengan demikian peran hukum dalam masyarakat menjadi suatu ang urgen seperti yang dikatakan oleh Surjono Soekanto, paling tidak hukum mempunyai 3 (tiga) peranan utama dalam masyarakat, yakni *pertama*, sebagai sarana pengendalian sosial; *kedua*,

³ Ibid Hlm. 6

⁴ Riduan Syahrani, “Rangkuman Intisari Ilmu Hukum” dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum* studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman, DR. Teguh Prasetyo, SH.,M.Si, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2007, Hlm. 38.

⁵ Edmon Makarim, “Kompilasi hukum Telematika” dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum* studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman, DR. Teguh Prasetyo, SH.,M.Si, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2007, Hlm. 39.

sebagai sarana untuk memperlancar proses interaksi sosial; *ketiga*, sebagai sarana untuk menciptakan keadaan tertentu⁶.

Untuk membicarakan kehadiran hukum sebagai suatu sistem, maka sebaiknya mulai dari pembicaraan tentang sistem itu sendiri, oleh karena bagaimana pun hukum sebagai suatu sistem akan tunduk pada batasan dan ciri-ciri sistem hukum juga. Sistem ini mempunyai dua pengertian yang penting untuk dikenali, sekalipun dalam pembicaraan-pembicaraan keduanya sering dipakai secara tercampur begitu saja. Yang pertama adalah pengertian sistem sebagai jenis satuan. Yang mempunyai tatanan tertentu. Tatanan tertentu disini menunjuk kepada suatu struktur yang tersusun dari bagian-bagian. Kedua sistem sebagai suatu rencana, metoda, atau prosedur untuk mengerjakan sesuatu. Dalam Pemahaman mengenai sistem hukum nanti akan terlihat, bahwa kedua-duanya dapat dikenali kembali pemakaiannya, misal pada waktu kita berbicara mengenai penafsiran dan penemuan hukum.⁷ Setiap sistem hukum menunjukkan 4 (empat) unsur dasar yaitu⁸:

1. Pranata peraturan;
2. Proses penyelenggaraan hukum;
3. Prosedur pemberian keputusan oleh Pengadilan; dan
4. Lembaga penegak hukum

⁶ Soerjono Soekanto, "*Pengantar Penelitian Hukum*" dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum* studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman, DR. Teguh Prasetyo, SH.,M.Si, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2007, Hlm. 39

⁷ Satjipto Rahardjo, "*Ilmu Hukum*", PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, Hlm. 48

⁸ Ronny Hanitijo Soemitro, SH, "*Sebuah Model Analitik Mengenai Pembangunan Politik Dengan Menggunakansistem Hukum Sebagai Kerangka Teoritik*" dalam kumpulan karya ilmiah menyambut 70 tahun Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H. dalam buku *Wajah Hukum Di Era Reformasi*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, Hlm. 179

Bila diperhatikan lebih lanjut sistem hukum dalam keadaan yang sebenarnya maka terbukti bahwa unsur-unsur tersebut dan pengorganisasiannya berbeda-beda dalam suatu variasi yang luas. Pendekatan pengembangan terhadap sistem hukum menekankan pada beberapa hal. Yaitu: bertambah meningkatnya diferensiasi internal dari keempat unsur-unsur dasar dari sistem hukum tersebut, ialah perangkat peraturan-peraturan, penerapan peraturan-peraturan, pengadilan dan penegakan hukum, yaitu bagaimana unsur-unsur dasar sistem hukum itu dipengaruhi oleh diferensiasi lembaga-lembaga dalam masyarakat yang lebih luas.⁹

Diaz¹⁰ menyebutkan beberapa alasan lain untuk mempertanggungjawabkan, bahwa hukum itu merupakan suatu sistem adalah sebagai berikut: pertama suatu sistem hukum itu bisa disebut demikian karena ia bukan sekadar merupakan kumpulan peraturan-peraturan belaka. Kaitan yang mempersatukannya sehingga tercipta pola kesatuan yang demikian itu adalah masalah keabsahannya. Peraturan-peraturan itu diterima sebagai sah apabila dikeluarkan dari sumber atau sumber-sumber yang sama, seperti peraturan hukum, yurisprudensi dan kebiasaan. Sumber-sumber yang demikian itu dengan sendirinya melibatkan kelembagaan seperti pengadilan dan pembuat undang-undang. Ikatan sistem itu tercipta pula melalui praktek penerapan peraturan-peraturan hukum itu. Praktek ini menjamin terciptanya susunan kesatuan dari peraturan-peraturan tersebut dalam dimensi waktu. Sarana-sarana yang dipakai untuk menjalankan praktek itu, seperti penafsiran atau pola-pola penafsiran yang seragam menyebabkan terciptanya ikatan sistem tersebut.

⁹ Ibid, Hlm. 180

¹⁰ Sebagaimana dikutip dalam buku Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm 51.

Fuller mengajukan satu pendapat untuk mengukur apakah kita pada suatu saat dapat berbicara mengenai adanya suatu sistem hukum. Ukuran tersebut diletakkannya pada delapan asas yang dinamakannya *principle of legality*, yaitu¹¹:

1. Suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan. Yang dimaksud disini adalah, bahwa ia tidak boleh mengandung sekadar keputusan-keputusan yang bersifat *ad hoc*.
2. Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan.
3. Tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut, oleh karena apabila yang demikian itu tidak ditolak, maka peraturan itu tidak bisa dipakai untuk menjadi pedoman tingkah laku. Membolehkan pengaturan secara berlaku surut berarti merusak integritas peraturan yang ditujukan untuk berlaku bagi waktu yang akan datang.
4. Peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti.
5. Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan.
6. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihiapa yang dapat dilakukan.
7. Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah peraturan sehingga menyebabkan seorang akan kehilangan orientasi.
8. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaan sehari-hari.

¹¹ Ibid.

Masing-masing sistem hukum mempunyai karakteristik sendiri sebagai akibat adanya perbedaan pola kebudayaan setiap bangsa. Salah satu dari kebudayaan itu adalah hukum, maka hukum tidak terlepas dari adanya perbedaan-perbedaan diantara bangsa-bangsa yang mempunyai kebudayaan yang berbeda. Walaupun berbeda dapat dijumpai adanya persamaan struktur, kategori dan konsep hukum dalam membentuk sistem hukum, sehingga dapat dikelompokkan atau dimasukkan kedalam suatu keluarga hukum yang ada didunia. Pada taraf yang paling umum, sistem hukum memiliki fungsi untuk mendistribusikan dan menjaga alokasi nilai-nilai yang benar menurut masyarakat. Alokasi ini, yang tertanam dengan pemahaman akan kebenaran, adalah apa yang umumnya disebut sebagai *keadilan*. Aristoteles menarik garis perbedaan yang terkenal antara keadilan distributive dan keadilan komunitatif, antara prinsip dimana kekayaan dan kehormatan dialokasikan diantara warga dan yang berkenaan dengan individu dan gugatan hukum.¹² Fungsi pokok lainnya dari sistem hukum adalah kontrol sosial yang pada dasarnya berupa pemberlakuan peraturan mengenai perilaku yang benar.¹³ Menurut Talcott Parsons, pengembangan sistem hukum dalam keadaan-keadaan khusus yang mampu menciptakan perangkat hubungan-hubungan institusional yang baru yang akan mempercepat pembangunan dalam masyarakat yang lebih luas.

Philippe Nonet dan Philip Selznick merupakan contoh dari arus baru pemikiran penyelenggaraan hukum disuatu Negara. Dalam model perkembangan

¹²Lawrence M. Friedman, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Nusa Media, Bandung, 2009, hlm. 19

¹³ Ibid, hlm. 20

ini dikemukakan tiga tatanan hukum yang hingga derajat tertentu mengungkapkan perkembangan (evolusi) tatanan hukum dalam masyarakat yang sudah terorganisasi secara politik dalam bentuk negara. Tipe-tipe tatanan hukum itu adalah tatanan Hukum Represif, Tatanan Hukum Otonom dan Tatanan Hukum Responsif. Tatanan Hukum Represif yang mendahului dua tatanan lainnya, muncul atau diperlukan untuk menyelesaikan berbagai permasalahan fundamental dalam mendirikan tatanan politik yang merupakan prasyarat bagi sistem hukum dan sistem politik mencapai sasaran yang lebih tinggi. Tatanan Hukum Otonom mengandaikan dan dibangun diatas hasil-hasil yang dicapai Tatanan Hukum Represif. Tatanan Hukum Responsif bertumpu pada “*constitutional cornerstones*” tahap “*Rule of Law*” yang dihasilkan Tatanan Hukum Otonom.¹⁴

Tipe Tatanan Hukum Represif memperlihatkan cirri-ciri sebagai berikut¹⁵:

1. Institusi hukum secara langsung dapat diakses oleh kekuasaan politik; hukum diidentifikasi sama dengan Negara dan disubordinasikan pada tujuan Negara (*raison d’etat*);
2. Langgengnya sebuah otoritas merupakan urusan yang paling penting dalam administrasi hukum. Dalam “perspektif resmi” yang terbangun, manfaat dari keraguan (*the benefit of the doubt*) masuk ke sistem, dan kenyamanan administrasi menjadi titik berat perhatian;

¹⁴ Nonet – Selznick, “*Law and society In Transition*” seperti dikutip oleh Teguh Prasetyo, dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2007, Hlm. 52

¹⁵Ibid Hlm. 53

3. Lembaga-lembaga control yang terspesialisasi, seperti polisi, mejadi pusat kekuasaan yang independen; mereka terisolasi dari konteks sosial yang berfungsi memperlunak, serta mampu menolak otoritas politik;
4. Sebuah rezim “hukum berganda” (*dual law*)” melembagakan keadilan berdasarkan kelas dengan cara mengonsolidasikan dan melegitimasi pola-pola subordinasi sosial.
5. Hukum pidana mereflesikan nilai-nilai yang dominan; moralisme hukum yang akan menang.

Karakter khas hukum otonom dapat diringkas sebagai berikut¹⁶:

1. Hukum terpisah dari politik. Secara khas, sistem hukum ini menyatakan kemandirian kekuasaan peradilan, dan membuat garis tegas antara fungsi-fungsi legislative dan yudikatif;
2. Tertib hukum mendukung “model peraturan” (*model of rules*). Focus pada peraturan membantu menerapkan ukuran bagi akuntabilitas para pejabat; pada saat yang sama, ia membatasi krestivitas institusi-institusi hukum msupun risiko campur tangan lembaga –lembaga hukum itu dalam wilayah politik;
3. “Prosedur adalah jantung hukum”. Keteraturan dan keadilan (*fairness*), dan bukannya keadilan substantive, merupakan tujuan utama dan kompetensi utama dari tertib hukum;

¹⁶Ibid, hlm. 54

4. “ketaatan pada hukum” dipahami sebagai kepatuhan yang sempurna terhadap peraturan-peraturan hukum positif. Kritik terhadap hukum yang berlaku harus disalurkan melalui politik.

Dalam tipe Tatanan Hukum Responsif,¹⁷ hukum dipandang sebagai fasilitator respon atau sarana tanggapan terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial. Pandangan ini mengimplemantasikan dua hal. *Pertama*, hukum harus fungsional, pragmatik, bertujuan dan rasional, *Kedua* tujuan menetapkan standar bagi kritik terhadap apa yang berjalan. Ini berarti bahwa tujuan berfungsi sebagai norma kritik dan dengan demikian mengendalikan diskresi administrative serta melunakan resiko “*Institutional Surrender*”. Dalam tipe ini, aspek eksresif dari hukum lebih mengemuka ketimbang dalam dua tipe lainnya, dan keadilan substantive juga dipentingkan disamping keadilan prosedural. Dalam hukum responsif pada akhirnya yang dipermasalahkan adalah *tujuan tata tertib sosial*¹⁸.

Keadilan prosedural¹⁹ dapat menjadi pengganti keadilan substantive, hasilnya adalah bahwa suatu moralitas dan cara-cara akan meliputi keseluruhan legalitas dan keadilan. Keadilan Substantif sifatnya derivative, yaitu suatu hasil tambahan yang sangat diharapkan dari metode yang sempurna, akan tetapi keadilan formal adalah konsisten dengan melayani pola-pola yang ada tentang privilese dan kekuasaan. Kesadaran tentang keadilan merasa dirinya diserang apabila suatu sistem yang membanggakan dirinya atas persidangan yang

¹⁷Ibid

¹⁸Koesriani Siswosubroto, SH, *Buku Teks Sosisologi Hukum*, Editor: Prof. Dr. A.A.G Peters (Universitas Utrecht)- (Universitas Indonesia), “ Hukum dan Perkembangan sosial”, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1990, hlm. 163.

¹⁹ Ibid, hlm. 174

lengkap dan berat sebelah kemudian tidak mampu untuk membalas tuntutan tuntutan penting tentang ketidakadilan substansif. Keadilan hukum otonom akan dirasakan sebagai kebohongan dan sewenang-wenang apabila ia akan menimbulkan prustasi terhadap harapan-harapan akan keadilan yang telah ia kobarkan, pada waktunya, ketegangan antara keadilan procedural dan keadilan substantive akan menggerakkan kekuatan yang mendorong tata tertib hukum sampai jauh melampaui batas-batas hukum otonom.

Pencarian hukum responsif telah menjadi perhatian yang sangat besar yang terus menerus dari teori hukum modern (yang menginginkan) untuk membuat hukum lebih responsif terhadap kebutuhan-kebutuhan sosial (dan) untuk memperhitungkan secara lebih lengkap dan lebih cerdas tentang fakta sosial yang menjadi dasar dan tujuan penerapan dan pelaksanaan hukum”, sifat responsif dapat diartikan sebagai melayani kebutuhan dan kepentingan sosial yang dialami dan ditemukan, tidak boleh pejabat, melainkan oleh rakyat. Syarat untuk mengemukakannya secara otentik memerlukan upaya-upaya khusus yang akan memungkinkan hal ini dilakukan. Dengan demikian diperlukan jalur-jalur baru untuk berpartisipasi. Sifat Responsif mengandung arti suatu komitmen kepada hukum didalam perspektif konsumen, akan tetapi, didalam konsep hukum Responsif terkandung lebih dari hanya suatu hasrat bahwa sistem hukum dibuka untuk tuntutan-tuntutan kerakyatan. Keterbukaan saja akan “mudah turun derajatnya menjadi oportunistik, artinya, adaptasi tanpa bimbingan kepada peristiwa-peristiwa dan tekanan-tekanan”. Nonet dan Selznick menunjuk kepada dilemma yang pelik didalam institusi-institusi

antara integritas dan keterbukaan. Integritas berarti bahwa suatu institusi dalam melayani kebutuhan-kebutuhan sosial tetap terikat kepada prosedur-prosedur dan cara-cara bekerja yang membedakannya dari institusi-institusi lain.²⁰ Dua ciri menonjol dari konsep hukum responsive adalah (a) pergeseran penekanan dari aturan-aturan ke prinsip-prinsip dan tujuan; dan (b) pentingnya kerakyatan baik sebagai tujuan hukum maupun cara untuk mencapainya.²¹

Sistem Hukum Pidana Indonesia memasuki babak baru dalam perkembangannya. Salah satu bentuk pembaharuan yang ada dalam Hukum Pidana Indonesia adalah pengaturan tentang hukum pidana dalam perspektif dan pencapaian keadilan kepada perbaikan maupun pemulihan keadaan setelah peristiwa dan proses peradilan pidana yang dikenal dengan keadilan restoratif (*restoratif justice*) yang berbeda dengan keadilan retributif (menekankan keadilan pada pembalasan) dan keadilan restitutif (menekankan keadilan pada ganti rugi). Apabila ditinjau dari perkembangan ilmu hukum pidana dan sifat pemidaan modern, telah memperkenalkan dan mengembangkan apa yang disebut pendekatan hubungan Pelaku-Korban atau "*Doer-Victims*" *Relationship*. Suatu pendekatan baru yang telah menggantikan pendekatan perbuatan atau pelaku atau "*daad-dader straftecht*". Ahli hukum telah memperkenalkan formula keadilan khususnya dalam penegakkan HAM, bahwa ada 3 aspek pendekatan untuk membangun suatu sistem hukum dalam rangka modernisasi dan pembaharuan hukum, yaitu segi struktur (*structure*), substansi (*substance*) dan budaya (*legal culture*) yang

²⁰Ibid, hlm. 176

²¹Ibid. hlm. 178

kesemuanya layak berjalan secara integral, simultan dan paralel.²² Ridwan selanjutnya mengatakan “Perlindungan hukum bagi anak dapat dilakukan sebagai upaya perlindungan hukum terhadap berbagai kebebasan dan hak asasi anak. Perlindungan terhadap anak ini juga mencakup kepentingan yang berhubungan dengan kesejahteraan anak. Perlindungan anak-anak yang berhadapan dengan hukum (ABH), merupakan tanggung jawab bersama aparat penegak hukum. Tidak hanya anak sebagai pelaku, namun mencakup juga anak yang sebagai korban dan saksi. Aparat penegak hukum yang terlibat dalam penanganan ABH agar tidak hanya mengacu pada Undang- Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Sistem Peradilan Pidana Anak atau peraturan perundang-undangan lainnya yang berkaitan dengan penanganan ABH, namun lebih mengutamakan perdamaian daripada proses hukum formal yang mulai diberlakukan 2 tahun setelah UU SPPA diundangkan atau 1 Agustus 2014 (Pasal 108 UU No. 11 Tahun 2012). Penghukuman bagi pelaku Tindak Pidana Anak tidak kemudian mencapai keadilan bagi korban, mengingat dari sisi lain masih meninggalkan permasalahan tersendiri yang tidak terselesaikan meskipun pelaku telah dihukum. Melihat prinsip prinsip tentang perlindungan anak terutama prinsip mengutamakan kepentingan terbaik bagi anak maka diperlukan proses penyelesaian perkara anak diluar mekanisme pidana atau biasa disebut diversi. Institusi penghukuman bukanlah jalan untuk menyelesaikan permasalahan anak karena justru di dalamnya rawan terjadi pelanggaran-pelanggaran

²²Ridwan Mansyur, *Keadilan Restoratif sebagai tujuan pelaksanaan Diversi pada Sistem Peradilan Pidana Anak*, dikuti dari www.mahkamahagung.go.id ditulis pada 8/13/2014

terhadap hak anak. Oleh karena itu dibutuhkan suatu acara dan prosedur di dalam sistem yang dapat mengakomodasi penyelesaian perkara yang salah satunya adalah dengan menggunakan pendekatan keadilan restoratif, melalui suatu pembaharuan hukum yang tidak sekedar mengubah undang-undang semata tetapi juga memodifikasi sistem peradilan pidana yang ada, sehingga semua tujuan yang di kehendaki oleh hukumpun tercapai.

Peraturan perundang-undangan yang telah dibuat oleh pemerintah Indonesia untuk memberikan perlindungan hak terhadap anak antara lain : Undang-undang No.4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan anak, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak dimana secara substansinya Undang-Undang tersebut mengatur hak-hak anak yang berupa, hak hidup, hak atas nama, hak pendidikan, hak kesehatan dasar, hak untuk beribadah menurut agamanya, hak berekspresi, berpikir, bermain, berkreasi, beristirahat, bergaul dan hak jaminan sosial. Khusus terhadap anak yang berhadapan dengan hukum setelah dilakukannya ratifikasi atas Konvensi Hak-Hak Anak oleh Pemerintah Indonesia dengan mengeluarkan Keppres Nomor 36 Tahun 1990, maka secara hukum menimbulkan kewajiban kepada Indonesia (negara peserta) untuk mengimplementasikan hak-hak anak tersebut dengan menyerapnya ke dalam hukum nasional, Undang-undang No.23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang telah diubah dengan Undang Undang No 35 tahun 2014 tentang Perubahan Undang-undang No.23 Tahun 2002

tentang Perlindungan Anak serta Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak sebagai pengganti Undang Undang no 3 Tahun 1997 tentang Peradilan Anak.

Berkenaan dengan istilah sistem peradilan pidana atau *criminal justice system* tidak terpisah dari istilah sistem yang digambarkan oleh **Davies** et.al sebagai “*the word system conveys an impression of a complex to end*” artinya bahwa kata *system* menunjukkan adanya suatu kesan dari objek yang kompleks lainnya dan berjalan dari awal sampai akhir, oleh karena itu dalam mewujudkan tujuan sistem tersebut ada empat instansi yang terkait yaitu kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Keempat komponen tersebut harus bekerja sama secara terpadu (*Integrated Criminal Justice Administration*). Berproses secara terpadu artinya bahwa keempat sub sistem ini bekerja sama berhubungan walaupun masing-masing berdiri sendiri. Polisi selaku penyidik melakukan penyidikan termasuk penyelidikan, penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan dan pemeriksaan surat. Jaksa selaku penuntut umum melakukan penuntutan berdasarkan hasil penyidikan yang disampaikan oleh penyidik. Hakim atas dasar dakwaan penuntut umum melakukan pemeriksaan dalam sidang pengadilan.

Menghadapi dan menangani proses peradilan anak yang terlibat tindak pidana, maka hal yang pertama yang tidak boleh dilupakan adalah melihat kedudukannya sebagai anak dengan semua sifat dan ciri-cirinya yang khusus, dengan demikian orientasi adalah bertolak dari konsep perlindungan terhadap anak dalam proses penanganannya sehingga hal ini akan berpijak pada konsep

kejahteraan anak dan kepentingan anak tersebut. Penanganan anak dalam proses hukumnya memerlukan pendekatan, pelayanan, perlakuan, perawatan serta perlindungan yang khusus bagi anak dalam upaya memberikan perlindungan hukum terhadap anak yang berhadapan dengan hukum.

Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) tahun 2014²³ merekam dari data polisi dalam setahun ada 7.000 anak yang ditahan, sedangkan data Anak Berkonflik Dengan Hukum (AKH) pada tahun 2015 yang ditahan di berbagai wilayah hukum di Indonesia tercatat masih cukup tinggi, ada 2.621 Anak Berkonflik Dengan Hukum (AKH) telah ditetapkan sebagai narapidana anak. Selama ini pada tingkat kepolisian, penanganan anak yang berhadapan dengan hukum masih menekankan pada prosedur hukum positif yaitu KUHAP yang kadangkala tidak mempertimbangkan kepentingan anak, akibatnya anak yang berhadapan dengan hukum bisa mendapatkan kekerasan dan penganiayaan saat terjadi penangkapan atau ketika anak-anak ini berada dalam tahanan polisi. Bahkan untuk sekedar pembuatan BAP akan sangat melekat dalam benak anak-anak karena kenangan ini lebih diingat sebagai pengalaman buruk yang menyakitkan tanpa ada sisi positifnya bagi kepentingan anak.²⁴ Label yang diberikan masyarakat kepada Anak Yang Berhadapan dengan Hukum akan sangat mengganggu tumbuh kembang sang anak, karena pelabelan terhadap anak dan perlakuannya pada seseorang akan menyebabkan anak tersebut akan menerima identitas sebagai pelaku

²³ Republika Online 16 Juli 2014.

²⁴ Charles N. Swanson, Jr. Neil C. Chamelin, Leonard Terito, 1984, *Criminal Investigation*, Random House, New York, hlm. 4, dalam Purnianti, Mamik Sri Supatmi dan Ni Made Martini Tinduk, hlm. 77

penyimpangan dan menolak *self-image* konvensional (citra diri yang baik/lazim). Perubahan (transformasi) identitas ini pada saatnya akan memunculkan sebuah komitmen anak sebagai pelaku penyimpangan. Stigma yang ditentukan secara konvensional tersebut dapat mengucilkan individu anak dari ketaatan norma dan pada waktunya akan meningkatkan ketertarikan individu anak tersebut pada perilaku-perilaku menyimpang.²⁵

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak memasukkan Keadilan restoratif sebagai konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan dengan menitik beratkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini.²⁶ Keadilan restoratif adalah sebuah proses yang bertujuan untuk memberikan hak-hak kepada korban kejahatan. Untuk mencapai tujuan tersebut dilakukan pertemuan antara korban dengan pelaku.²⁷ Penanganan yang dijalankan dengan memperhitungkan pengaruh yang lebih luas terhadap korban, pelaku dan masyarakat dilaksanakan melalui mekanisme diversifikasi. Melalui Undang-undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak aparat penegak hukum akan berusaha mencari solusi terbaik bagi anak. Diversifikasi akan diupayakan secara maksimal oleh pihak penyidik demi menghindarkan anak masuk ke dalam SPP (Sistem Peradilan Pidana),

²⁵ Arfan Kaimuddin, *Perlindungan Hukum Korban Tindak Pidana Pencurian Ringan Pada Proses Diversi Tingkat penyidikan*, Arena Hukum, Volume 8, Nomor 2, Agustus 2015.

²⁶ Marlina, *Peradilan Pidana Anak di Indonesia, Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice*, Bandung: Refika Aditama, 2007, hlm. 95.

²⁷ Ibid

karena akibat buruk dapat diderita anak yang berhadapan dengan hukum apabila telah masuk dalam Sistem Peradilan Pidana, dan label tersebut akan diberikan oleh masyarakat terhadap anak dan hal ini akan sangat mengganggu tumbuh kembang anak.

Berdasarkan uraian diatas perlu untuk lebih mendalami tentang Rekonstruksi Pendekatan Restorative Justice System Terhadap Anak Yang Berkonflik Dengan Hukum Yang Berbasis Nilai Keadilan (Studi Di Polda Jawa Tengah).

B. Perumusan Masalah

- a. Mengapa pelaksanaan pendekatan Restorative Justice System terhadap anak yang berkonflik dengan hukum belum berbasis nilai Keadilan?
- b. Bagaimana kelemahan-kelemahan penerapan Restorative Justice System terhadap anak yang berkonflik dengan hukum di tingkat kepolisian?
- c. Bagaimana rekonstruksi pendekatan Restorative Justice System terhadap anak yang berkonflik dengan hukum yang berbasis nilai keadilan?

C. Tujuan Penelitian

- a. Untuk mengetahui dan menganalisis mengapa pelaksanaan pendekatan Restorative Justice System terhadap anak yang berkonflik dengan hukum belum berbasis nilai Keadilan.
- b. Untuk mengetahui dan menganalisis kelemahan-kelemahan penerapan Restorative Justice System terhadap anak yang berkonflik dengan hukum di tingkat kepolisian.

- c. Untuk mengetahui dan menemukan rekonstruksi pendekatan Restorative Justice System terhadap anak yang berkonflik dengan hukum yang berbasis nilai keadilan.

D. Manfaat Penelitian

1. Kegunaan teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat membangun teori baru di bidang hukum, baik dalam pengembangan hukum pidana pada umumnya maupun hukum pidana formil, terutama menyangkut konsep Keadilan *Restorative Justice System* terhadap anak yang berkonflik dengan hukum dalam pelaksanaan sistem peradilan pidana anak di Indonesia.

2. Kegunaan Praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan kebijakan bagi Polisi, Penuntut Umum, Hakim maupun Advokat atau pihak-pihak lain yang relevandalam penerapan konsep Keadilan Restoratif dalam penyelesaian perkara terhadap anak yang berkonflik dengan hukum.

E. Kerangka Konseptual

1. **Pengertian Keadilan Restoratif dan Diversi**

Keadilan Restoratif dirumuskan dalam Pasal 1 Ayat 6 UU No. 11 tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.

Penanganan yang dijalankan dengan memperhitungkan pengaruh yang lebih luas terhadap korban, pelaku dan masyarakat dilaksanakan melalui mekanisme diversifikasi. Didalam Penjelasan Umum disebutkan Keadilan restoratif merupakan suatu proses diversifikasi, yaitu semua pihak yang terlibat dalam suatu tindak pidana tertentu bersama-sama mengatasi masalah serta menciptakan suatu kewajiban untuk membuat segala sesuatunya menjadi lebih baik dengan melibatkan korban, anak, dan masyarakat dalam mencari solusi untuk memperbaiki, rekonsiliasi, dan menentramkan hati yang tidak berdasarkan pembalasan.

Kata diversifikasi berasal dari kata bahasa Inggris *diversion*, menjadi istilah diversifikasi.²⁸ Ide dasar diversifikasi atau pengalihan ini adalah untuk menghindari efek negatif pemeriksaan konvensional peradilan pidana anak terhadap anak, baik efek negatif proses peradilan maupun efek negatif stigma (cap jahat) proses peradilan, maka pemeriksaan secara konvensional dialihkan, dan kepada anak tersebut dikenakan program-program diversifikasi.

Ide diversifikasi dicanangkan dalam *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (SMRJJ)* atau *The Beijing Rules* (Resolusi Majelis Umum PBB 40/33 tanggal 29 November 1985), dimana diversifikasi (*Diversion*) tercantum dalam *Rule 11.1*, *11.2* dan *Rule 17.4*. ide dasar diversifikasi atau pengalihan ini adalah untuk menghindari efek negatif pemeriksaan konvensional peradilan pidana anak terhadap anak, baik efek negatif proses peradilan maupun

²⁸ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, *Pedoman Umum Ejaan Bahasa Indonesia yang Disempurnakan dan Pedoman Umum Pembentukan Istilah*, Cet. Ke VII, Bandung: Pustaka Setia, 2005, hlm. 84-87. Selanjutnya disebut dengan Departemen Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, *Pedoman Umum Ejaan Bahasa Indonesia yang Disempurnakan dan Pedoman Umum Pembentukan Istilah*.

efek negatif stigma (cap jahat) proses peradilan, maka pemeriksaan secara konvensional dialihkan, dan kepada anak tersebut dikenakan program-program diversi. Syarat-syarat dilakukan ide diversi dalam perkara anak, yaitu:²⁹

- a. Pelaku anak yang baru pertama kali melakukan tindak pidana;
- b. Umur anak relatif masih muda;
- c. Implementasi bentuk program-program diversi yang dikenakan pada anak mendapat persetujuan pada orang tua/wali, maupun anak yang bersangkutan;
- d. Kejahatan yang dilakukan dapat tindak pidana yang ringan ataupun yang berat (dalam kasus tertentu);
- e. Anak telah mengaku bersalah melakukan tindak pidana/kejahatan;
- f. Masyarakat mendukung dan tidak keberatan, atas pengalihan pemeriksaan ini;
- g. Jika pelaksanaan program diversi gagal, maka pelaku anak tersebut dikembalikan untuk diperiksa secara formal.

Diversi diatur dalam *Rule 17.4 SMRJJ*, ketentuan *Rule 17.4 SMRJJ* sebagai berikut: *“The Competent authority shall have the power to discontinue the proceeding at any time”*, yang kemudian dalam penjelasan dikatakan: *“The power to discontinue the proceeding at any time (rule 17.4) is a characteristic inherent in the handling of juvenile offenders as opposed to adult. At any time, circumstances may become known to the competent authority which would make a complete cessation of the intervention appear to the best disposition of the case”*.

²⁹ Made Ayu Citra Maya Sari, *Makalah: Diversi Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia*, Universitas Udayana, 2012, hlm. 5.

Dalam ketentuan SMRJJ ditentukan bahwa setiap pejabat yang berwenang mempunyai kekuasaan untuk tidak melanjutkan proses pada setiap saat (*have the power to discontinue the proceeding at any time*). Kekuasaan pejabat mempunyai kewenangan ini didasarkan pada ciri atau karakteristik yang melekat di dalam menangani pelanggar anak (*a characteristic inherent in the handling of juvenile offenders*), yang berbeda dengan pemeriksaan terhadap pelanggar dewasa. Pada setiap saat, keadaan-keadaan tertentu dapat diketahui oleh pihak berwenang secara hukum yang akan membuat penghentian sepenuhnya dari intervensi sebagai pernyataan keputusan yang terbaik terhadap perkara itu.³⁰

Berdasar *United Nations Standart Rules for Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules)*,diversi adalah pemberian kewenangan kepada aparat penegak hukum untuk mengambil tindakan-tindakan kebijaksanaan dalam menangani atau menyelesaikan masalah pelanggar anak dengan tidak mengambil jalan formal antara lain menghentikan atau tidak meneruskan/melepaskan dari proses peradilan pidana atau mengembalikan/menyerahkan kepada masyarakat dan bentuk-bentuk kegiatan pelayanan sosial lainnya. Penerapan diversi dapat dilakukan didalam semua tingkatan pemeriksaan, dimaksudkan untuk mengurangi dampak negatif keterlibatan anak dalam proses peradilan tersebut.³¹

Tindakan diversi dapat dilakukan oleh pihak kepolisian, kejaksaan, pihak pengadilan maupun pembina lembaga pemasyarakatan. Penerapan diversi di

³⁰ Setya Wahyudi, *Implementasi Ide Diversi dalam Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia*, hlm. 274-276.

³¹Ibid. Hlm 56

semua tingkatan ini diharapkan mengurangi efek negatif (*negative effect*) keterlibatan anak dalam proses peradilan tersebut.³²

Diversi (pengalihan) pada kasus-kasus anak yang berhadapan dengan hukum menjadi jalan keluar yang menentukan bagi anak. Program diversi sebagaimana dicantumkan dalam *Beijing Rules* akan memberikan jaminan bahwa anak mendapat resosialisasi dan reduksi tanpa harus menanggung stigmatisasi. Berkaitan dengan program diversi maka harus dirancang program intervensi yang efektif misalnya persiapan memasuki dunia kerja dan menyediakan lapangan pekerjaan, persiapan studi lanjutan, pengembangan potensi diri dan program khusus penurunan dan pengalihan agresivitas menjadi energi yang positif dan kreatif. Program diversi pada satu sisi harus bertujuan memberdayakan anak, namun pada sisi lain harus mampu mengembangkan sikap anak untuk menghargai orang lain. Diharapkan setelah melalui program ini anak memiliki kemampuan untuk memahami kesalahannya dan tidak mengulangi tindakannya lagi.³³

Diversi adalah pengalihan penyelesaian perkara anak dari proses peradilan pidana ke proses di luar peradilan pidana. Dalam Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak, diversi bertujuan mencapai perdamaian antara korban dan anak, menyelesaikan perkara anak di luar proses peradilan, menghindarkan anak dari perampasan kemerdekaan, mendorong masyarakat untuk berpartisipasi, dan menanamkan rasa tanggung jawab kepada anak.

³² Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2001, hlm. 165.

³³ Abintoro Prakoso, *Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak*, Yogyakarta: Laksbang Grafika, 2013, hlm. 166.

2. Hubungan Diversi dengan Keadilan Restoratif

Pada dasarnya suatu penegakan hukum akan berhasil dan berjalan maksimal jika tidak terlepas dari tiga pilar yang saling mempengaruhi, yakni memenuhi struktur (*structure*), substansi (*substance*), dan kultur hukum (*legal culture*).³⁴

Pertama, sistem hukum harus mempunyai struktur. Dalam hal ini sistem hukum yang berubah, namun bagian-bagian sistem itu berubah dengan kecepatan yang berbeda, dan setiap bagian berubah tidak secepat bagian tertentu lainnya. Ada pola jangka panjang yang berkesinambungan struktur sistem hukum, dengan kata lain ini adalah kerangka atau rangkaian, bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberi semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan.³⁵

Kedua, sistem hukum mempunyai substansi. Yang dimaksud dengan substansi adalah aturan, norma, dan pola perilaku manusia yang nyata dalam sistem hukum. Dan yang ketiga sistem hukum mempunyai kultur (budaya hukum) adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum, didalamnya terdapat kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya.³⁶

Dalam *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* (“*The Beijing Rules*”) butir 11 menentukan:

Diversi merupakan proses melimpahkan anak pelaku tindak pidana dari sistem peradilan pidana kepada sistem informal seperti mengembalikan kepada lembaga sosial masyarakat, baik pemerintah negara maupun non pemerintah. Tindakan ini dilakukan untuk menghindari efek negatif

³⁴Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum di Indonesia*, Jakarta: PT. GHlmlia, 2002, hlm. 8.

³⁵Made Ayu Citra Maya Sari, *Diversi dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia*, Makalah, hlm. 8.

³⁶Ibid

terhadap jiwa dan perkembangan anak. Diversi dilakukan oleh petugas dengan melakukan kewenangan yang disebut diskresi.

Konvensi negara-negara di dunia mencerminkan pradigma baru untuk menghindari peradilan pidana anak. Keadilan restoratif (*restorative justice*) adalah alternatif yang populer di berbagai belahan dunia untuk penanganan anak yang bermasalah dengan hukum karena menawarkan solusi yang komprehensif dan efektif.³⁷

Keadilan restoratif berangkat dari asumsi bahwa tanggapan atau reaksi terhadap perilaku *delikueni* anak tidak akan efektif tanpa adanya kerjasama dan keterlibatan dari korban, pelaku dan masyarakat. Prinsip yang menjadi dasar ialah bahwa keadilan yang paling baik terlayani, apabila setiap pihak menerima perhatian secara adil dan seimbang, aktif dilibatkan dalam proses peradilan dan memperoleh keuntungan secara memadai dari interaksi mereka dalam sistem peradilan anak.³⁸ Keadilan restoratif dengan *Welfare Approach* dianggap sebagai penghukuman modern yang lebih manusiawi untuk model penghukuman terhadap anak. Prinsip keadilan restoratif merupakan hasil eksplorasi dan perbandingan antara *welfare approach* dengan *justice approach* yang digagas oleh John Braithwaite yang dikenal sebagai *reintegrative shaming* karena model ini menggeser nilai filsafati penanganan anak; (a) dari penghukuman menuju ke rekonsiliasi; (b) dari pembalasan terhadap pelaku menuju ke penyembuhan

³⁷G. Bazemore dan Schiff M, *Juvenile Justice Reform and Restorative Justice: Building Theory and Policy from Practice*, Oregon: Willan Publishing, 2005, hlm. 1.

³⁸Paulus Hadisuprpto, *Peradilan Restoratif: Model Peradilan Anak Indonesia Masa Depan*, Pidato pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, hlm. 32.

korban; (c) dari pengasingan dan kekerasan menuju ke peran sertaan dan kekerabatan masyarakat keseluruhan; dan (d) dari deskruktif yang negatif menuju ke perbaikan, pemberian maaf yang sarat dengan limpahan kasih.³⁹

F. Kerangka Teori

Penelitian ini menggunakan beberapa teori yaitu Teori Negara Hukum, Teori Kebijakan Kriminal dan Teori Keadilan. Ketiga teori ini dipandang dapat menguraikan tentang kedudukan negara hukum Welfare State yang bekerja untuk perlindungan warga negara, yang kemudian menjadi pedoman didalam menyusun formulasi kebijakan kriminal berdasarkan prinsip Keadilan khususnya keadilan Restoratif bagi anak.

Berikut akan diuraikan secara singkat satu persatu tentang teori tersebut:

1. Teori Negara Hukum

Beberapa istilah asing yang dipersamakan pengertiannya dengan negara hukum, yaitu : *rule of law*, *rechtsstaat*, dan *etat de droit*. Perbedaan istilah dalam penyebutan negara hukum ini dilatarbelakangi oleh perkembangan teoritis-konseptual maupun dalam kerangka praktis-oprasional. Menurut **Philipus M. Hadjon**, konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, sebaliknya konsep *the rule of law* berkembang secara evolusioner. Hal ini tampak baik dari isi maupun kriteria *rechtsstaat* dan

³⁹ Paulus Hadisuprpto, *Pemberian Malu Reintegratif Sebagai Sarana Non Penal Penanggulangan Perilaku Delinkuensi Anak (Studi Kasus di Semarang dan Surakarta)* Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2003, hlm. 36.

rule of law itu sendiri⁴⁰. **Miriam Budiardjo** menyatakan, peristilahan *rechtsstaat* mengandung unsur-unsur : Hak-hak manusia; Pemisahaan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu; Pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan; Peradilan administrasi dalam perselisihan⁴¹.

Dasar pikiran yang mendukung adanya negara hukum adalah keinginan untuk adanya kebebasan rakyat (*liberte du citoyen*), bukan kebebasan negara (*gloire de l'etat*).⁴²

Carl J. Friedrich memperkenalkan sebuah istilah negara hukum dengan nama *rechstaat* atau *constitutional state*. tokoh lainnya yang berperan dalam peristilahan *rechstaat* adalah **Friedrich J. Stahl**. Setidaknya, menurut Stahl, terdapat empat unsur berdirinya *rechstaat*, yaitu : (1) hak-hak manusia; (2) pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu; (3) pemerintahan berdasarkan peraturan-peraturan; dan (4) peradilan administrasi dalam perselisihan.

Menurut **A.V. Dicey**, ada tiga unsur fundamental dalam *rule of law*, yaitu; (1) supremasi aturan-aturan hukum, tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang, dalam arti, seseorang hanya boleh dihukum kalau melanggar hukum; (2) kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum, petunjuk ini berlaku baik bagi

⁴⁰Bambang Arumanadi, & Sunarto, *Konsepsi Negara Hukum Menurut UUD 1945*, IKIP Semarang Press, 1990, hlm. 6. Lihat juga **Philipus M. Hadjon**, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*, PT. Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm. 72. Hlm, **Padmo Wahjono**, *Indonesia ialah Negara yang Berdasarkan Atas Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 17 November 1979, hlm, 3. Soewandi, *Hak-hak Dasar dalam Konstitusi-konstitusi Demokrasi Modern*, PT. Pembangunan, Djakarta, 1957, hlm, 12

⁴¹Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, PT. Gramedia, Jakarta, 1983, hlm. 56

⁴²Soewandi, *Hak-hak Dasar dalam Konstitusi-konstitusi Demokrasi Modern*, PT. Pembangunan, Djakarta, 1957, hlm, 12

masyarakat biasa maupun para pejabat; dan (3) terjaminnya hak-hak asasi manusia oleh undang-undang serta keputusan-keputusan pengadilan⁴³.

Masalah legitimasi tata hukum dalam intinya adalah masalah legitimasi negara, dalam hal ini menurut **Scheltens** negara tidak menghadirkan dirinya semata-mata sebagai suatu kenyataan, sebagai suatu lembaga yang netral, tetapi sebagai organisasi terbaik yang dimungkinkan dalam situasi tertentu. Setiap negara selalu memerlukan ideologi tertentu untuk meligitimasi kehadirannya, dan suatu negara hanya akan dapat berfungsi dengan baik jika kekuasaan negara mendapat dukungan umum dan pengakuan warganya⁴⁴. Disamping itu, seperti yang dikatakan **Aristoteles**, suatu negara yang baik adalah yang diatur oleh hukum, negara yang baik adalah negara yang diperintah dengan konstitusi dan kedaulatan hukum⁴⁵. negara berkewajiban untuk melaksanakan dan menerapkan hukum dan keadilan sesuai dengan kesadaran hukum dan rasa keadilan setiap orang⁴⁶.

Berkaitan dengan konsep hukum negara atau pemerintah, menarik sekali ucapan dari **Cicero** yang mengutip **Chrysippus**: *lex ratio summa insita in natura, quae jubet ea, qual facienda sunt, prohibetque contraria*(hukum merupakan nalar tertinggi, yang melekat dalam alam, yang memerintahkan apa yang harus

⁴³ A.V. Dicey, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan, London, 1973, hlm. 39-40.

⁴⁴ Seperti dikutip oleh Lily Rasyidi dalam *Filsafat Hukum, Mazhab dan Refleksinya*, disunting oleh Lily Rasyidi dan Arief Sidharta, CV Remaja Karya, Bandung, hlm.3-4

⁴⁵ Nukthoh Afrawie Kurde, *Telaah Kritis Teori Negara Hukum*, Pustaka Pelajar, Jakarta,2005, hlm 14

⁴⁶ Muchtar Affandi, *Ilmu-ilmu Kenegaraan Suatu Studi Perbandingan*, Fakultas Sosial dan Ilmu Politik, UNPAD, Bandung, 1982, hlm.156.

dilakukan dan melarang yang sebaliknya)⁴⁷. Dengan demikian negara atau pemerintah (dalam arti luas) harus menjamin tertib hukum, menjamin tegaknya hukum dan menjamin tercapainya tujuan hukum. Tertib hukum (*rechtsorde*) di sini adalah suatu kekuasaan negara yang didasarkan pada hukum dan keadaan masyarakat yang sesuai dengan hukum yang berlaku⁴⁸.

Dalam perjalanan sejarah boleh dikata, sejak abad ke 19 pengertian negara hukum telah mengalami perubahan-perubahan. Kalau pada awalnya, seperti yang dijelaskan **Padmo Wahjono**⁴⁹:

”Negara hukum adalah suatu konsep teoritik yang tumbuh dan berkembang di daratan Eropa Barat (kontinental). Ide negara hukum ini berkembang dari Negara Hukum Liberal (jaga malam) ke Negara Hukum Formal dan yang terakhir sekarang ialah Negara Hukum Materiil dalam arti Negara Kemakmuran yang dikenal dengan sebutan: *Wohlfahrtstaat*, *Social Servis Stata*, *Sociale Verzorgingstaat*, *Welvaarstaat* dan sebagainya”.

Menurut **S. Gautama**⁵⁰”suatu negara hukum terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan. Negara tidak maha kuasa, negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang. Tindakan negara terhadap warganegara dibatasi oleh hukum”.**Albert Venn Dicey** salah seorang pemikir Inggris mengemukakan ada tiga unsur utama pemerintahan di bawah *rule of the law*⁵¹, Indonesia juga telah meletakkan dasar yang kokoh bagi penyelenggaraan pemerintahan, yaitu sebagai Negara Hukum. Dalam Risalah Amandemen

⁴⁷ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004, hlm.36.

⁴⁸ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Adytia Bakti, Bandung, hlm.2.

⁴⁹ Padmo Wahjono, *Asas Negara Hukum dan perwujudannya Dalam Sistem Hukum Nasional*, dalam topik *”Politik Pembangunan Hukum Nasional”*, kumpulan tulisan disunting oleh Moh. Busyro Muqodas cs, UII Press, Yogyakarta, 1992, hlm 40.

⁵⁰ S. Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1973, hlm.8.

⁵¹ Sunarjati Hartono, *Apakah The Rule Of Law Itu ?*, Alumni, Bandung, 1992, hlm.7-9

UUD 1945 dijelaskan secara empirik pencantuman Pasal 1 Ayat (3) yang menegaskan “Indonesia adalah negara hukum” adalah suatu upaya agar dalam penyelenggaraan Negara harus mengutamakan aspek hukum, diatas kekuasaan. Keberadaan Pasal 1 Ayat 3 tersebut adalah merespon salah satu tuntutan reformasi, yaitu supremasi hukum. Supremasi Hukum dapat ditegakkan apabila didukung oleh suatu sistem yang baik⁵².

B. Arief Sidharta⁵³ menegaskan, Negara Hukum adalah yang pemerintahannya dijalankan berdasarkan dan bersarkan hukum yang berakar dalam seperangkat titik tolak normative, berupa asas-asas yang menjadi pedoman dan criteria penilaian pemerintah dan perilaku pejabat pemerintah. Keberadaan Negara Hukum harus memenuhi prasyarat berupa Prediktabilitas perilaku khususnya perilaku pemerintah yang mengimplikasikan ketertiban demi keamanan dan ketentraman bagi setiap orang dan terpenuhinya kebutuhan materil minimum bagi kehidupan manusia yang menjamin keberadaan manusia yang bermartabat menusiawi.

Hukum merupakan salah satu sub-sistem dalam masyarakat tidak terlepas dari perubahan-perubahan yang terjadi masyarakat. Hukum disamping mempunyai kepentingan sendiri untuk mewujudkan nilai-nilai tertentu di dalam masyarakat terikat pada bahan-bahan yang disediakan oleh

⁵²MPR-RI, Buku I Naskah Akademik Kajian Komprehensif Komisi Konstitusi tentang Perubahan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Jakarta, 2004, hlm.40.

⁵³ Dalam tulisannya berjudul *Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum*, Majalah Jentera Edisi 3-Tahun II, November 2004, hlm.123-124.

masyarakatnya. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa hukum sangat dipengaruhi oleh perubahan-perubahan yang terjadi di sekelilingnya.⁵⁴

2. Teori Kebijakan Kriminal

Istilah “kebijakan” berasal dari istilah “*policy*”(Inggris) atau “*politiek*” (Belanda). Bertolak dari kedua istilah asing tersebut, maka istilah “kebijakan hukum pidana” dapat pula disebut istilah “politik hukum pidana”. Dalam kepustakaan asing istilah “politik hukum pidana” sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain “*penal policy*”, “*criminal law policy*”, atau “*strafrechts politiek*”.⁵⁵ Pengertian kebijakan dan politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun politik kriminal. Menurut Sudarto ‘politik hukum’, adalah:

1. Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat⁵⁶;
2. 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 dicita-citakan⁵⁷.

Bertolak dari pengertian demikian, Prof Sudarto selanjutnya menyatakan, bahwa melaksanakan “politik hukum pidana” berarti

⁵⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Aksara Bandung, 1980 hlm.99

⁵⁵ Barda Nawawi Arief, 2014, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Perkembangan Penyusunan KUHP Baru, Edisi Kedua, cetakan keempat, Penerbit Kencana, Jakarta, hlm.26.

⁵⁶ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hlm. 159 sebagaimana dikutip dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid*.

⁵⁷ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1985, hlm.20 sebagaimana dikutip dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid*.

mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik, dalam arti memenuhi syarat keadilan, dan daya guna⁵⁸. Dalam kesempatan lain beliau menyatakan bahwa “melaksanakan politik hukum pidana” berarti “usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.”⁵⁹ Barda Nawawi Arief menyatakan, dilihat sebagai bagian dari politik hukum maka politik hukum pidana mengandung arti, sebagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan pidana yang baik⁶⁰.

Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakekatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Oleh karena itu sering pula dikatakan bahwa politik atau kebijakan hukum pidana merupakan bagian dari kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*)⁶¹.. Oleh karena itu wajar pulalah apabila kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian integral dari kebijakan atau politik sosial (*social policy*). Kebijakan sosial (*social policy*) dapat diartikan sebagai segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan masyarakat.

⁵⁸ Sudarto, *Op.cit.* hlm 161, sebagaimana dikutip dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid*

⁵⁹ Sudarto, *Op.cit.* 1983, hlm 93 dan 109, sebagaimana dikutip dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid*

⁶⁰ Barda Nawawi Arief, *Op-cit*, hlm 26-27

⁶¹ Barda Nawawi Arief, *Op-cit*, hlm. 28.

Jadi di dalam pengetahuan “*social policy*” sekaligus tercakup di dalamnya “*social welfare policy*” dan “*social defence policy*”⁶².

Perdebatan mengenai peranan pidana dalam menghadapi masalah kejahatan ini, menurut **Inkeri Anttila**, telah berlangsung beratus-ratus tahun.⁶³ Menurut **Herbert L. Packer**, usaha mengendalikan perbuatan anti sosial dengan mengenakan pidana pada seseorang yang bersalah melanggar peraturan pidana, merupakan ”suatu problem sosial yang mempunyai dimensi hukum yang penting “⁶⁴.

Penggunaan upaya hukum, termasuk hukum pidana, sebagai salah satu upaya untuk mengatasi masalah sosial termasuk dalam bidang kebijaksanaan penegakkan hukum. Tidak ada kemutlakan dalam bidang kebijaksanaan, karena pada hakekatnya dalam masalah kebijaksanaan orang dihadapkan pada masalah penilaian dan pemilihan dari berbagai macam alternatif⁶⁵. Dengan demikian masalah pengendalian atau penanggulangan kejahatan dengan menggunakan hukum pidana, bukan hanya merupakan problem sosial seperti dikemukakan oleh **Packer** di atas, tetapi juga merupakan masalah kebijaksanaan (*the problem of policy*)⁶⁶.

Sejarah hukum pidana menurut M. Cherif Bassiouni, penuh dengan gambaran-gambaran mengenai perlakuan yang oleh ukuran-ukuran sekarang

⁶² Ibid.

⁶³ Barda Nawawi Arief, *Penetapan Pidana Penjara Dalam Perundang-Undangan dalam Rangka Usaha Penanggulangan Kejahatan*, Disertasi, Universitas Padjadjaran Bandung, 1986, hlm.28

⁶⁴ Ibid

⁶⁵ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1977, hlm.161

⁶⁶ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*, hlm.29

dipandang kejam dan melampaui batas. Dikemukakan selanjutnya bahwa gerakan pembaharuan pidana di Eropa Kontinental dan di Inggris, terutama justru merupakan reaksi humanistik terhadap kekejaman pidana. Atas dasar pandangan yang demikian pulalah kiranya, ada pendapat yang menyatakan bahwa teori retirbutif atau teori pembalasan dalam hal pemindaan merupakan *a relic of barbarism*⁶⁷.

Sudarto mengemukakan bahwa hukum pidana atau lebih tepat sistem pidana itu merupakan bagian dari politik kriminal, ialah usaha yang rasional dalam menanggulangi kejahatan, sebab disamping penanggulangan dengan menggunakan pidana masih ada cara lain untuk melindungi masyarakat dari kejahatan. Misalnya dengan pengolahan kesehatan jiwa masyarakat (*mental hygiene*), atau dengan penerangan-penerangan serta pemberian contoh oleh golongan masyarakat yang mempunyai kekuasaan.⁶⁸

Sebagai suatu masalah yang termasuk masalah kebijaksanaan, maka penggunaan hukum pidana sebenarnya tidak merupakan suatu keharusan. Tidak ada kemutlakan dalam bidang kebijaksanaan, karena pada hakekatnya dalam masalah kebijaksanaan orang dihadapkan pada masalah penilaian dan pemilihan dari berbagai macam alternatif⁶⁹.

Disamping kegagalan hukum pidana memenuhi fungsinya, dasar pemikiran lain yang menjadi penyebab penolakan terhadap penggunaan

⁶⁷Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni Bandung 1984, hlm. 149-150.

⁶⁸ Sudarto, *Op-cit*, hlm.31

⁶⁹ Sudarto, *Op-cit.*, hlm.161

hukum pidana dan ppidanaan dalam menanggulangi kejahatan, yakni adanya paham “determinisme” yang menyatakan, bahwa orang tidak mempunyai kehendak bebas dalam melakukan suatu perbuatan, karena dipengaruhi oleh watak pribadinya, faktor-faktor biologis maupun faktor-faktor lingkungan kemasyarakatan. Dengan demikian, kejahatan tidak dapat dipersilahkan atas perbuatannya dan tidak dapat dikenakan pidana. Karena seorang penjahat merupakan jenis manusia khusus yang memiliki ketidaknormalan organik dan mental, maka bukan pidana yang seharusnya dikenakan kepadanya, melainkan tindakan-tindakan perawatan yang bertujuan memperbaiki⁷⁰. Bahwa kejahatan pada umumnya merupakan perwujudan dari ketidaknormalan atau ketidakmatangan si pelanggar (*the exoression of an offenders abnormality or immaturity*) dari pada (*punishment*). kriminolog lainnya bernama Karl Mengatakan, “sikap memidana” (*punitive Attitude*) harus diganti dengan: sikap mengobati” (*therepeutic attitude*)⁷¹

3. Teori Keadilan

Menurut Mochtar Kusumaatmadja dan Arief Sidarta, tujuan hukum tidak bisa dilepaskan dari tujuan akhir hidup bermasyarakat yang tidak dapat

⁷⁰ Muladi, Sistem Peradilan Pidana dan Relevansinya dengan Instrumen-instrumen Internasional, Makalah yang disajikan dalam penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi yang diselenggarakan oleh Undip di Semarang, tanggal 12 – 31 Januari 1993

⁷¹ Barda Nawawi Arief dan Muladi, Op. Cit, hal. 15

dilepaskan dari nilai-nilai dan falsafah hidup yang menjadi dasar hidup masyarakat itu, yang akhirnya bermuara pada keadilan⁷².

Pakar hukum Inggris Jeremy Bentham memperkenalkan tentang teori tujuan hukum. Menurut Bentham, hukum bertujuan untuk mewujudkan apa yang berfaedah atau yang sesuai dengan daya guna (*efektif*). Adagiumnya yang terkenal adalah, "The Greatest happiness for the greatest number" artinya, "kebahagiaan yang terbesar untuk jumlah yang terbanyak". Ajaran ini disebut sebagai "eudaemonisme" atau "utilitarisme". Dalam teori ini diajarkan bahwa hanya dalam ketertibanlah setiap orang akan mendapat kesempatan untuk mewujudkan kebahagiaan yang terbanyak.⁷³

Berkaitan dengan tujuan hukum Achmad Ali mengemukakan: bahwa persoalan tujuan hukum dapat dikaji melalui 3 (tiga) sudut pandang yaitu:⁷⁴

1. dari sudut pandang ilmu hukum positif- normative, tujuan hukum dititik beratkan pada segi kepastian hukum;
2. dari sudut pandang falsafah hukum, maka tujuan hukum dititik beratkan pada segi keadilan;
3. dari sudut pandang sosiologi hukum, tujuan hukum dititik beratkan pada segi kemanfaatan.

⁷² Mochtar Kusumaatmadja dan Arief Sidarta, *Pengantar Ilmu Hukum Suatu Pengenalan Pertama Ruang lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Alumni Bandung, 2000 hlm.52.

⁷³ Boy Nurdin, *Filsafat Hukum (Tokoh-tokoh Penting Filsafat Sejarah Dan Intisari Pemikiran)*, Pustaka Litera AntarNusa, Jakarta, 2014, hlm 19.

⁷⁴ Achmad Ali, *Mengembara Di Belantara Hukum*, Lembaga Penerbitan Universitas Hasanudin, 1990, hlm. 99

Gustav Radburch⁷⁵ menjelaskan terhadap ketiga tujuan hukum tersebut kadangkala terjadi benturan antara kepastian hukum dengan keadilan dan atau benturan antara kepastian hukum dengan kemanfaatan, dan antara keadilan dengan kepastian hukum, dengan demikian apabila ingin menegakkan keadilan maka kemanfaatan hukum dan kepastian hukum harus dikorbankan, sehingga dalam teorinya tersebut Gustav Radburch mengajarkan adanya skala prioritas yang harus dijalankan, dimana prioritas pertama selalu keadilan, kemudian kemanfaatan dan terakhir adalah kepastian hukum. Sehingga demi tercapainya tujuan hukum yang menuntut kedamaian, ketenteraman, kesejahteraan dan ketertiban dalam masyarakat, maka asas prioritas dalam tujuan hukum yang diajarkan Gustav Radburch dapat dijadikan pedoman, apalagi di Indonesia dengan kondisi masyarakatnya yang berasal dari berbagai latar belakang, asas prioritas yang mengedepankan keadilan daripada manfaat dan kepastian hukum dapat menjawab persoalan kemajemukan di Indonesia, tetapi penerapan asas prioritas ini hanya dapat dilakukan selama tidak mengganggu ketenteraman dan kedamaian manusia selaku subyek hukum dalam masyarakat.

Secara teoritis, terdapat beberapa pendapat mengenai teori tujuan hukum *Pertama*, Teori Etis yang mengajukan tesis bahwa hukum itu semata-mata bertujuan untuk menemukan keadilan. Salah seorang pendukung teori ini adalah Geny. Keprihatinan mendasar dari teori etis ini terfokus pada dua

⁷⁵ <http://bolmerhutasoit.wordpress.com/2011/10/07/artikel-politik-hukum-tujuan-hukum-menurut-gustav-radbruch/>

pertanyaan tentang keadilan itu, yakni (1) menyangkut hakikat keadilan, dan (2) menyangkut isi atau norma untuk berbuat secara konkrit dalam keadaan tertentu. Menurut para penganut teori etis ini, bahwa hakikat keadilan itu terletak pada penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan. Dalam hal ini ada dua pihak yang terlibat, yaitu pihak yang memperlakukan dan yang menerima perlakuan. Misalnya, antara orang tua dengan anaknya, majikan dan guru, hakim dan yustisiabel, pemerintah dan warganya serta kreditur dan debitur⁷⁶.

Aristoteles membedakan keadilan menjadi dua macam keadilan, yaitu *justisia distributive* yang menghendaki setiap orang mendapat apa yang menjadi haknya, dan *justisia commutative* yang menghendaki setiap orang mendapat hak yang sama banyaknya (keadilan yang menyamakan). Demikian pula Roscou Pound melihat keadilan dalam hasil-hasil konkrit yang dapat diberikan kepada masyarakat⁷⁷, berupa pengalokasian sumber-sumber daya kepada anggota-anggota dan kelompok-kelompok dalam masyarakat. *Kedua*, Teori Utilitas. Penganut teori ini antara lain Jeremy Bentham, berpendapat bahwa tujuan hukum adalah untuk menjamin kebahagiaan terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-banyaknya (*The greatest good of the greatest number*). *Ketiga*, Teori Campuran, yang berpendapat bahwa tujuan pokok hukum adalah ketertiban, dan oleh karena itu ketertiban merupakan syarat bagi adanya suatu masyarakat yang teratur. Disamping ketertiban

⁷⁶ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2010, hlm. 57

⁷⁷ *Ibid.*, hlm, 58

Mochtar Kusumaatmadja berpendapat bahwa tujuan lain dari hukum adalah untuk mencapai keadilan secara berbeda-beda (baik isi maupun ukurannya) menurut masyarakat dan zamannya⁷⁸.

Demikian pula Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto berpendapat bahwa tujuan hukum adalah demi kedamaian hidup antar pribadi yang meliputi ketertiban ekstern antar pribadi dan ketenangan intern pribadi⁷⁹.

Berbagai tujuan yang hendak diwujudkan dalam masyarakat melalui hukum yang dibuat itu, sekaligus menyebabkan tugas maupun fungsi hukum pun semakin beragam. Secara garis besar tujuan-tujuan tersebut meliputi pencapaian suatu masyarakat yang tertib dan damai, mewujudkan keadilan, serta untuk mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan atau kesejahteraan⁸⁰.

Muladi⁸¹ secara rinci menyatakan beberapa karakteristik dari restorative justice, yaitu :

1. Kejahatan dirumuskan sebagai pelanggaran seorang terhadap orang lain dan diakui sebagai konflik,

⁷⁸ *Ibid.*, hlm, 68

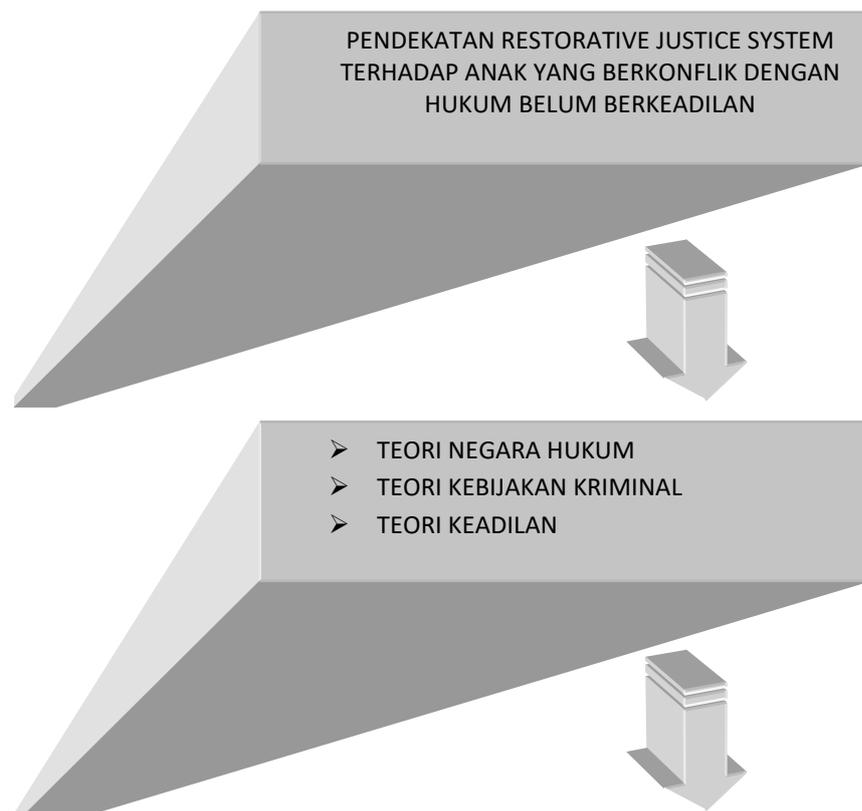
⁷⁹ Purnadi Purbacaraka, dan Soerjono Soekanto, *PeriHlm kaidah Hukum*, Alumni, Bandung, 1978, hlm. 67

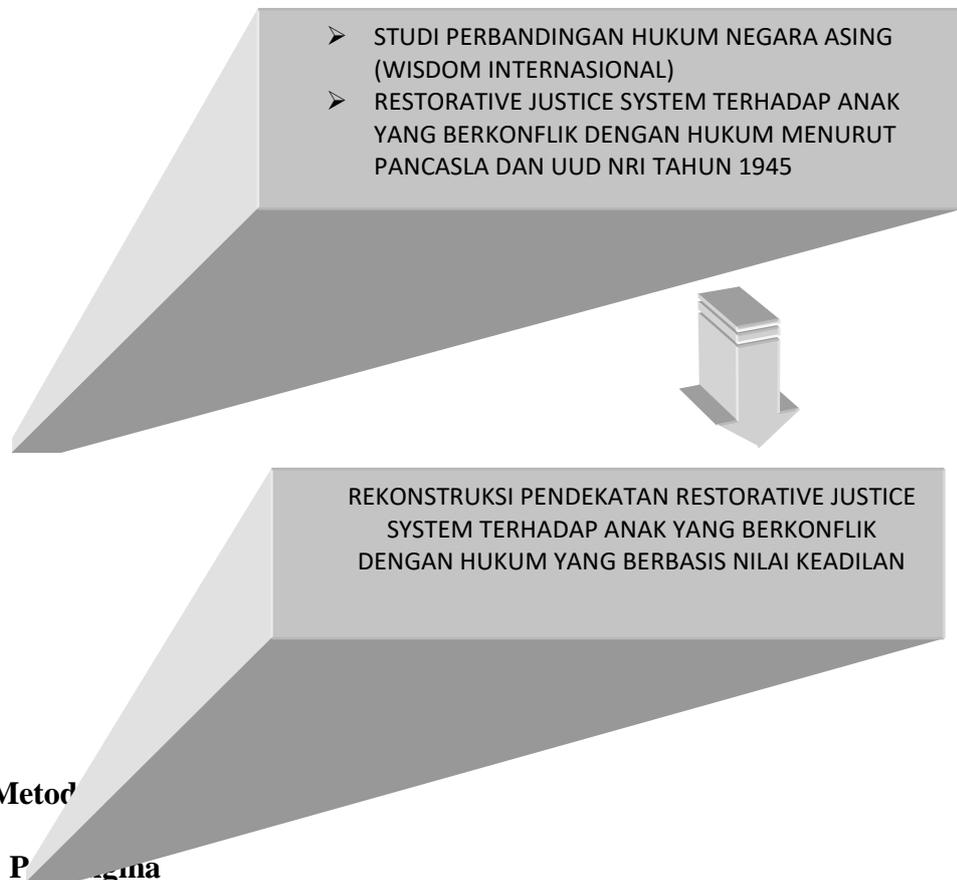
⁸⁰ Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis* Suryandaru Utama, Semarang, 2005 hlm. 26

⁸¹Angkasa dkk, Model Peradilan Restoratif Dalam Sistem Peradilan Anak (Kajian tentang Praktik Mediasi Pelaku dan Korban dalam Proses Peradilan Anak di Wilayah Hukum Balai Pemasarakatan Purwokerto), *Jurnal Dinamika Hukum* Vol 9 No 3 September 2009, hlm. 189

2. Titik perhatian pada pemecahan masalah, pertanggung jawaban, dan kewajiban pada masa depan,
3. Sifat normatif dibangun atas dasar dialog dan negosiasi,
4. Restitusi sebagai sarana perbaikan para pihak, rekonsiliasi dan restorasi sebagai tujuan utama,
5. Keadilan dirumuskan sebagai hubungan-hubungan hak, dinilai atas dasar hasil,
6. Sasaran perhatian pada perbaikan kerugian sosial,
7. Masyarakat merupakan fasilitator di dalam proses restorative,
8. Peran korban dan pelaku tindak pidana diakui, baik dalam masalah maupun penyelesaian hak-hak dan kebutuhan korban, pelaku tindak pidana didorong untuk bertanggung jawab,
9. Pertanggung jawaban si pelaku dirumuskan sebagai dampak permohonan terhadap perbuatan dan untuk membantu memutuskan yang terbaik,
10. Tindak pidana dipahami dalam konteks menyeluruh, moral, sosial dan ekonomi, dan
11. Stigma dapat dihapus melalui tindakan restorative.

G. Kerangka Pemikiran Disertasi





H. Metodologi

1. Paradigma

Thomas Kuhn merupakan salah satu tokoh yang telah mempopulerkan istilah paradigma dalam bukunya *The Structure of Scientific Revolution* (1962). Kuhn adalah pakar ilmu alam, sehingga konsep paradigma yang ia bangun mengacu pada ilmu alam. Setelah publikasi bukunya itu, maka istilah paradigma menjadi terminologi penting pada berbagai komunitas disiplin ilmu.⁷⁰ Substansi konsep paradigma dari **Thomas Kuhn** menyatakan bahwa perkembangan ilmu pengetahuan terjadi secara revolutif dan bukan terjadi secara akumulatif. Dengan landasan ilmu alam, Kuhn mengamati bahwa ilmu

⁷⁰ Muhari Agus Santoso, *Paradigma Baru Hukum Pidana*, Averroes Press, Malang, 2002, hlm, xi

pengetahuan pada periode tertentu berlaku paradigma tertentu yang dianut oleh komunitas ilmu yang bersangkutan. Meskipun demikian, pertentangan-pertentangan tidak dapat dihindari karena terjadi penyimpangan dan paradigma yang berlaku tidak mampu menyelesaikannya secara tuntas. Situasi ini disebut Kuhn sebagai *anomalies*. Jika krisis memuncak maka timbul keraguan terhadap paradigma yang berlaku, dan suatu revolusi ilmiah akan terjadi di mana dikemudian hari memunculkan paradigma baru yang mampu menjawab semua persoalan yang timbul sebelumnya.⁷¹

Robert Friedrichs telah mencoba merumuskan pengertian paradigma yaitu “*A fundamental image a discipline has of its subject matter* (suatu pandangan mendasar dari suatu disiplin ilmu tentang apa yang menjadi pokok persoalan (*subject matter*) yang semestinya dipelajari”.

George Ritzer, telah mensintesisakan pengertian paradigma **Kuhn** dan **Friedrichs**, adalah “pandangan mendasar dari ilmuwan tentang apa yang menjadi pokok persoalan yang semestinya dipelajari oleh suatu cabang ilmu pengetahuan (*discipline*). Jadi, sesuatu yang menjadi pokok persoalan dalam cabang ilmu menurut versi ilmuwan tertentu. Paradigma membantu merumuskan tentang apa yang harus dipelajari, persoalan-persoalan apa yang mesti dijawab dan bagaimana seharusnya dijawab, serta aturan-aturan apa yang harus diikuti dalam menginterpretasikan informasi yang dikumpulkan dalam rangka menjawab persoalan tersebut.⁷² Identitas suatu bidang pengetahuan ilmiah antara lain ditandai oleh adanya keharusan untuk

⁷¹*Ibid*,

⁷²*Ibid*, hlm., xii-xiii

mempunyai paradigma-paradigma, yakni konsepsi-konsepsi yang dipunyai oleh bidang pengetahuan ilmiah tersebut yang memberi bentuk dan pengertian pada kerja komunitas ilmiah itu dalam waktu tertentu. Paradigma akan merupakan konsensus yang menentukan masalah-masalah yang diteliti dan tujuan-tujuan yang hendak dicapai oleh penelitian tersebut. Dengan demikian paradigma dalam penelitian ini adalah paradigma hukum positif sebagai suatu pijakan untuk menjawab, menyelesaikan serta mengatasi permasalahan-permasalahan bidang hukum pidana khususnya yang berkaitan dengan penerapan Keadilan Restoratif dalam menangani persoalan anak yang berkonflik dengan hukum.

Paradigma hukum positif ini dilakukan melalui metode penelitian kualitatif dengan pertimbangan. Pertama, menyesuaikan metode kualitatif lebih mudah apabila berhadapan dengan kenyataan ganda; kedua, metode ini menyajikan secara langsung hakikat hubungan antara peneliti dan responden; ketiga, metode ini lebih peka dan lebih dapat menyesuaikan diri dengan banyak penajaman pengaruh bersama dan terhadap pola-pola nilai yang dihadapi.

2. Sifat Penelitian

Penelitian ini bersifat deskriptif analitik, yaitu lebih menekankan pada aspek pemahaman secara mendalam terhadap suatu permasalahan, dalam hal ini tentang Pendekatan Keadilan Restoratif Terhadap Anak Yang Berkonflik Dengan Hukum Melalui Diversi Kepolisian.

Sifat Deskriptif Analitik ini merupakan salah satu ciri *Penelitian kualitatif* yang bersifat deskriptif dan cenderung menggunakan analisis . Proses dan makna (perspektif subyektif) lebih ditonjolkan dalam penelitian ini. Landasan teori dimanfaatkan sebagai pemandu agar fokus penelitian sesuai dengan fakta di lapangan. Selain itu landasan teori juga bermanfaat untuk memberikan gambaran umum tentang latar penelitian dan sebagai bahan pembahasan hasil penelitian.

3. Metode Pendekatan

Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu yang dihadapi⁸². Menurut Peter Mahmud penelitian hukum dilakukan untuk mencari pemecahan atas isu hukum yang timbul (*know how*) di dalam hukum. Hasil yang dicapai untuk memberikan preskripsi mengenai apa yang seyogianya atas isu yang diajukan . Mahmud lebih lanjut mengatakan tidak dijumpai dikotomi penelitian hukum sebagai penelitian normatif dan sosiologis seperti yang selama ini dikenal di Indonesia. Menurut Bernard Arief Sidharta penelitian hukum normatif adalah jenis penelitian yang lazim dilakukan dalam kegiatan pengembangan Ilmu Hukum yang di Barat disebut juga sebagai Dogmatika Hukum merupakan ilmu yang kegiatannya ilmiahnya mencakup kegiatan menginventarisasi, memaparkan, menginterpretasi dan mensistematisasi dan juga mengevaluasi keseluruhan hukum positif (teks otoritatif) yang berlaku dalam suatu masyarakat atau negara tertentu – dengan

⁸²Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2006, hlm.35.

bersaranakan konsep-konsep (pengertian-pengertian), kategori=kategori, teori-teori, klasifikasi-klasifikasi, dan metode-metode yang dibentuk dan dikembangkan khusus untuk melakukan semua kegiatan tersebut – yang keseluruhan kegiatannya diarahkan untuk mempersiapkan upaya menemukan penyelesaian yuridik terhadap masalah hukum (mikro maupun makro) yang mungkin terjadi dalam masyarakat. Arief selanjutnya mengatakan masalah inti dalam Ilmu Hukum adalah menentukan apa yang menjadi hukumnya bagi situasi tertentu, artinya menetapkan apa yang menjadi hak-hak dan kewajiban-kewajiban spesifik para pihak berdasarkan hukum positif yang berlaku⁸³. Johnny Ibrahim⁸⁴ menyebut penelitian hukum normatif suatu prosedur penelitian ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisi normatifnya. Penelitian ini menggunakan beberapa pendekatan⁸⁵, yaitu pendekatan yuridis sosiologis dan pendekatan perundang-undangan (*Statute Approach*) yang dilakukan dengan menelaah undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang diteliti yaitu tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, juga menggunakan Pendekatan Konseptual yaitu konsep hukum Keadilan Restoratif serta pendekatan perbandingan hukum di berbagai negara.

4. Teknik Pengumpulan Data

⁸³Bernard Arief Sidharta, *Metode Penelitian Hukum*, Yayasan Obor Indonesia, 2009 hlm.142-143

⁸⁴Dalam bukunya *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia Publishing Malang, 2006, hlm.57

⁸⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Ibid*, hlm.93-95. Lihat juga Johnny Ibrahim, *Ibid*, hlm.299-322.

Pengumpulan data dilakukan dengan studi dokumentasi, kuesioner, dan wawancara. Studi dokumentasi dilakukan dengan melakukan penelusuran melalui *library reseach*, terhadap sumber data primer dan sekunder. Instrumen yang digunakan dalam penelitian ini berupa kuesioner (*questionnaire*), pedoman wawancara (*interview guidelines*) dan catatan observasi. Pemakaian kuesioner sebagai sarana pengumpul data didasarkan pada pertimbangan bahwa ada beberapa pertanyaan yang harus dijawab oleh responden secara hati-hati dan penuh pertimbangan berdasarkan referensi dan kelayakan baik dari referensi yang bersumber dari literatur (Undang-undang atau bahan sumber hukum lain) maupun berdasarkan pertimbangan hati nurani dan kejujuran. Kuesioner yang dipakai dalam penelitian ini bersifat campuran (semi tertutup) yaitu kombinasi antara kuesioner tertutup dengan kuesioner terbuka. Penentuan angket model campuran tersebut didasarkan pertimbangan bahwa dalam penelitian ini diperlukan data dan informasi seluas-luasnya dan sedalam-dalamnya sesuai dengan fokus penelitian.

Selain kuesioner peneliti juga menggunakan wawancara yang lebih bersifat fleksibel dibandingkan dengan penggunaan kuesioner. Pedoman wawancara menjadi panduan dalam mewawancarai responden secara mendalam. Panduan wawancara (*interviewguidelines*) digunakan sebagai pemandu dalam melaksanakan wawancara agar lancar dan terarah sesuai dengan target data yang ingin diperoleh. Panduan wawancara ini diperlukan karena peneliti menggunakan model wawancara semi terstruktur. Metode pengumpulan data lainnya yang digunakan adalah Observasi yang dilakukan secara *non-*

participation untuk “*watching and listening to other persons behaviour over time without manipulating or controlling it and recording finding in ways that permit some degree of analytical interpretation*”, guna menangkap:

- a. Konteks sosial alamiah dari perilaku manusia yang nyata;
- b. Gejala atau peristiwa penting, yang mempengaruhi hubungan sosial antara orang-orang yang diamati perilakunya;
- c. Kenyataan dari sudut pandang hidup atau falsafah hidup dari pihak-pihak yang diamati;
- d. Identifikasi keteraturan perilaku atau pola⁸⁶

5. Sumber data penelitian

Sumber data penelitian terdiri data primer dan data sekunder. Untuk data sekunder terdiri dari :

- a. Bahan hukum primer (*Primary Sources or authorities*), yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, terdiri atas :
 - Norma atau kaidah dasar, yakni Pembukaan Undang-undang Dasar 1945;
 - Peraturan Dasar : Batang Tubuh Undang-Undang Dasar 1945;
 - Peraturan Perundang-undangan: Undang-undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan Menteri; Yurisprudensi;
 - Bahan Hukum lainnya seperti KUHP, KUHPA.

⁸⁶*ibid.*

- b. Bahan hukum sekunder (*Secondary Sources or authorities*), yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti rancangan peraturan perundang-undangan, hasil karya ilmiah dari kalangan hukum, hasil-hasil penelitian dan keputusan pengadilan.
- c. Bahan hukum tersier (*Tertier Sources or authorities*), berupa bahan-bahan hukum penunjang bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus, index maupun ensiklopedia⁸⁷.

Data sekunder dalam penelitian ini diperoleh dari dokumen dan peraturan perundang-undangan yang antara lain meliputi :

1. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana
2. Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana
3. Undang-undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak
4. Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia
5. Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak
6. Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.
7. Undang-undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi Dan Korban

⁸⁷ Ronny Hanityo Soemitro, *Op-cit*, hlm.1.

8. Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia
9. Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2010 tentang Susunan Organisasi Dan Tata Kerja Pada Tingkat Kepolisian Daerah
10. Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2010 tentang Susunan Organisasi Dan Tata Kerja Pada Tingkat Kepolisian Resor
11. Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 2012 tentang Manajemen Penyidikan Tindak Pidana
12. Peraturan Kepala Badan Reserse Kriminal Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2014 Tentang Standar Operasional Prosedur Pelaksanaan Penyidikan Tindak Pidana
13. Telegram Rahasia (TR) Kabareskrim No. 1124/XI/2006 tentang Pedoman Pelaksanaan Diversi bagi Kepolisian
14. Kesepakatan Bersama Departemen Sosial Republik Indonesia, Departemen Hukum dan HAM Republik Indonesia, Departemen Pendidikan Nasional Republik Indonesia, Departemen Kesehatan Republik Indonesia, Departemen Agama Republik Indonesia dan Kepolisian Negara Republik Indonesia tentang Perlindungan dan Rehabilitasi Sosial Anak Yang Berhadapan dengan Hukum
15. Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jaksa Agung Republik Indonesia, Kapolri, Menteri Hukum dan HAM, Menteri Sosial, Menteri Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak
16. *The United Nations for the Protection of Juvenile Deprived of Liberty*

17. *Juvenile Justice and Welfare Act of 2006 Filiphina*
18. *Convention on The Rights of The Child (Konvensi Hak-hak Anak)*
19. *The United Nations Standard Rules of Administrationif Juvinille Justice (The Beijing Rules)*
20. *The United Nations Rules for the Protection of Juvenile Deprived of Their Liberty (Peraturan PBB untuk Perlindungan Anak yang Terampas Kebebasannya)*
21. *The United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines)*

6. Analisis Data

Tahapan dalam analisis data adalah sebagai pengeditan (*editing*), pengkodean (*coding*), pengkategorian untuk klasifikasi, menghitung frekuensi, tabulasi melalui teknik tabel silang, dan analisis.

Untuk menganalisis data primer dilakukan dengan tahapan yaitu *control* untuk memastikan kesesuaian antara pertanyaan dengan jawaban yang ada dalam kuesioner atau dalam catatan wawancara, apakah jawaban sudah memenuhi kebutuhan data. Dalam tahapan pengkodean dilakukan kode tertentu berdasarkan macam jawabannya. Pada tahap pengklasifikasian, data yang diperoleh akan digolongkan dalam klasifikasi tertentu untuk menghitung frekuensi dalam rangka memusahkan tahap tabulasi. Tahapan-tahapan tersebut merupakan sarana untuk melakukan analisis data. Tahapan-tahapan tersebut dilakukan untuk mengontrol kesesuaian antara data yang dibutuhkan

untuk analisis dengan data yang diperoleh. Dalam menganalisis data sekunder yang diperoleh melalui studi dokumentasi, peneliti melakukan langkah-langkah analisis sebagaimana dikemukakan oleh Sri Mamudji, yaitu menggunakan sistem SQ-3 R yakni *survey, question, read, recite/recall, review*.

1. Langkah pertama, *survey*, meliputi survey buku, survey bab dan survey artikel.
2. Langkah kedua, *question*, yaitu mengajukan pertanyaan-pertanyaan yang berkaitan dengan isi bacaan
3. Langkah kedtia, *read*, yakni membaca bahan hukum sekaligus memberikan tanda khusus pada bagian-bagian yang penting
4. Langkah keempat *Recite/Recall*, yakni membaca bagian demi bagian bahan hukum dan berhenti sejenak untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan yang diajukan pada tahap question
5. Langkah kelima, *review*, yaitu menelusuri kembali semua judul dan subjudul aerta bagian-bagian yang penting untuk memperjelas pemahaman⁸⁸.

Data lengkap yang diperoleh melalui teknik wawancara, observasi dan studi dokumentasi tersebut kemudian dianalisis secara kualitatif cara menguraikan secara deskriptif-*analisis* dan preskriptif. Dalam melakukan analisis kualitatif yang bersifat deskriptif dan preskriptif ini, analisis bertitik

⁸⁸Sri Mamudji, 1997, *Teknik Menganalisa Dokumen*, Makalah dalam Penataran Motode Penelitian Hukum di Jakarta 21-31 Juli 1997.

tolak pada analisis yuridis-sistematis yang dilengkapi dengan analisis empiris serta analisis komparatif.

7. Validasi

Setelah data terkumpul dilakukan validasi dengan teknik triangulasi (reduksi data, display data dan penyimpulan) dengan model mengalir (flow model). Menurut Sugiyono⁸⁹, teknik pengumpulan data triangulasi diartikan sebagai teknik pengumpulan data yang bersifat menggabungkan dari berbagai teknik pengumpulan data dan sumber data yang telah ada. Triangulasi digunakan sebagai salah satu teknik pemeriksaan data secara sederhana sebagai upaya untuk mengecek data dalam suatu penelitian, dimana peneliti tidak hanya menggunakan satu sumber data, satu metode pengumpulan data atau hanya menggunakan pemahaman pribadi peneliti saja tanpa melakukan pengecekan kembali dengan penelitian lain. Triangulasi ini merupakan teknik yang didasari oleh pola pikir fenomenologi yang bersifat multiperspektif. Artinya, untuk menarik kesimpulan yang mantap, diperlukan tidak hanya satu cara pandang.

I. Sistematika Penulisan

Sistematika penelitian disertasi ini berisi 6 (enam) bab, masing-masing bab berisi uraian sub-bab yang saling terkait, sebagai berikut:

Bab I Pendahuluan, yang memaparkan mengenai: (A) Latar belakang (B). Perumusan Masalah, (C). Tujuan penelitian, (D). manfaat penelitian, (E).

⁸⁹Sugiyono, *Metode Penelitian Pendidikan: Pendekatan Kuantitatif Kualitatif dan R&D*, Alfabeta, Bandung, 2010, Hlm 27

Kerangka Konseptual, (F). Kerangka Teori (G). Kerangka Pemikiran Disertasi (H). Metode Penelitian (H). Sistematika Penulisan Disertasi

Bab II Tinjauan Pustaka meliputi (A). Konsep Dasar Restorative Justice; (B). Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanganan anak yang Berkonflik dengan hukum; (C). Teori Hukum;

Bab III Pelaksanaan pendekatan Restorative Justice System terhadap anak yang berkonflik dengan hukum di tingkat kepolisian, terdiri atas uraian tentang (A). Tugas pokok dan fungsi Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam Penegakan Hukum; (B). Peran Kepolisian dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak; (C). Penerapan Restorative Justice di tingkat Kepolisian dalam penanganan Anak yang berkonflik dengan hukum.

Bab IV Kelemahan-kelemahan penerapan Restorative Justice System terhadap anak yang berkonflik dengan hukum, berisi uraian tentang (A). Kelemahan Undang-Undang; (B). Kelemahan Kelembagaan meliputi 1. Sumber daya manusia; 2. Sarana Prsarana; 3. Standar Operasional Prosedur; (C). Implementasi Model Diversi

Bab V Rekonstruksi Pendekatan Restorative Justice System Terhadap Anak Yang Berkonflik Dengan Hukum Yang Berbasis Nilai Keadilan, meliputi (A). Kebijakan Hukum Kepolisian dalam Penanganan anak yang Berkonflik dengan Hukum; (B). Kebijakan Penanganan Anak yang berkonflik dengan hukum menurut Sila ke-5 Pancasila dan Pasal 28 UUD RI Tahun 1945.

Bab VI Penutup, berisi Kesimpulan, Saran dan implikasi Kajian
Disertasi.