

BAB III
KASUS POSISI DAN PERTIMBANGAN HUKUM HAKIM
DALAMMENERAPKAN DIVERSI TERHADAP TINDAK PIDANA
PENCURIAN DENGAN PEMBERATAN

A. Kronologis Terjadinya Pencurian Yang dilakukan Anak Dibawah Umur.

Kejadian perkara terjadi pada hari Jumat tanggal 25 Januari 2019 pada pukul 01.30 Wib dini hari di Kp. Pamalayan Rt. 04 Rw. 06 Desa Sinarjaya kec. Bungbulang kab. Garut saksi telah kehilangan barang milik saksi berupa 1 (satu) unit sepeda motor jenis Honda Blade No. Pol. : Z-4573-FE, tahun 2012.

Petugas ronda melihat dua orang mencurigakan disekitar halaman rumah korban yang bernama roni yang , petugas ronda tersebut melihat tersangka 2 anak yang menaiki motor jenis Honda Beat meninggalkan halaman pinggir rumah, sesaat itu kemudian petugas ronda malam membangunkan korban yang sedang tidur, kemudian korban sesaat itu langsung menyisir motor nya yang telah hilang tersebut. alhasil korban melihat motornya yang hilang Kp. Impres, korban melihat ada kerumunan warga yang ternyata bahwa warga telah mengamankan Dua Orang anak yang diduga pelaku.

Setelah mengetahui kejadian tersebut korban melaporkan ke pihak kepolisian Garut, ditemukan fakta bahwa salah satu tersangka anak yang berhadapan dengan hukum masih adahubungan keluarga dengan saksi, dari kejadian dan waktu yang berbeda ternyata Petugas ronda malam melakukan pengejaran, tak lama kemudian pelakuyakni kedua Anak ini menghampiri saksi tetapi hanya menggunakan satukendaraan yaitu honda beat warna hijau, setelah

itu saksi mencari keberadaan sepeda motor Honda blade dan diketemukan di semak-semak tidak jauh dari ketika saksi bertemu dengan pelaku, pelaku berkelit dengan tidak mengakui telah melakukan pencurian, namun petugas ronda sebagai saksi akhirnya menemukan barang bukti berupa motor yang ada di semak-semak, akhirnya saksi membawa dua pelaku tindak pidana pencurian kendaraan bermotor tersebut ke Pos Ronda, saat digeledah di pos ronda ternyata petugas ronda tersebut menemukan dua buah kunci astag yang diakui oleh pelaku sebagai milik Ali (tersangka 1), dengan ditemukannya bukti kendaraan dan kunci astag tersebut, akhirnya pelaku pencurian kendaraan bermotor yang dilakukan oleh anak tersebut di akui.

Didapatkan keterangan saat pemeriksaan Berita Acara Kepolisian, bahwa awalnya Anak janji ketemu dengan Anak yang berhadapan dengan hukum II untuk mencari sasaran sepeda motor yang sedang diparkir di Kec. Caringin dengan menggunakan sepeda motor Honda Beat milik Anak, dengan niatnya saat berangkat Anak sudah mempersiapkan dua buah kunci Astag, anak berhadapan dengan hukum telah berniat untuk melakukan tindak pidana pencurian, kunci (leter T) miliknya pemberian dari orang bernama Ipin.

Hasil pencurian yang dilakukan ABH 1 dan 2 dimaksudkan untuk dijual ke daerah Puncak Bayuning, namun di perjalanan sepeda motor Honda Blade kehabisan bensin sehingga sepeda motor oleh Anak bersama Anak yang berhadapan dengan hukum II disimpan sementara di semak-semak, ketika Anak bersama Anak yang berhadapan dengan hukum III hendak pulang dengan berboncengan sepeda motor telah diberhentikan oleh Petugas ronda malam yang

mencurigai Anak yang akhirnya Anak bersama Anak yang berhadapan dengan hukum II diamankan.

Anak bersama Anak yang berhadapan dengan hukum II sebelumnya telah melakukan perbuatan yang sama sebanyak dua kali yakni di Kec. Caringin, Cisewu dan Pakenjeng yang mana sasarannya adalah sepeda motor dan berhasil selamat tidak ketahuan dan sepeda motornya telah dijual dan uang hasil penjualannya telah dibagi dua yang digunakan untuk membeli minuman adapun motor Honda Beat warna hijau adalah milik Anak hasil membeli tapi tanpa dilengkapi surat/dokumen kepemilikan.

B. Pertimbangan Hukum Hakim Terkait Unsur Pencurian Dengan Pemberatan.

Anak telah didakwa oleh Penuntut Umum dengan dakwaan tunggal sebagaimana diatur dalam dakwaan Pasal 363 ayat(1) ke- 4 KUHP, yang unsur-unsurnya adalah sebagai berikut:

1. Unsur "*Barang siapa*"; : adalah siapa saja yang tunduk dan dapat dipertanggungjawabkan sebagai subyek hukum pidana serta mampu bertanggung jawab artinya dapat dipertanggung jawabkan perbuatannya secara hukum, telah dihadapkan 2 (dua) orang anak yang bernama Anak yang berhadapan dengan hukum I dan Anak yang berhadapan dengan hukum II, tidak terdapat adanya pengecualian sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 44 KUHP yaitu alasan kejiwaan *Insanity* dan daya paksa *Overmacht* (unsur terpenuhi)

2. Unsur “*Mengambil barang sesuatu yang seluruh atau sebagian kepunyaan orang lain*”; “mengambil” adalah perbuatan memindahkan barang dari tempat semula ke tempat lain, dengan membawa barang di bawah kekuasaannya yang nyata, dimana perbuatan tersebut mengakibatkan barang berada di luar kekuasaan pemiliknya (unsur terpenuhi)
3. Unsur “*Dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum*”; : keterangan saksi-saksi dan keterangan Para Anak dipersidangan, dengan mengambil alih uraian fakta serta oleh karena unsur ini masih berhubungan dengan unsur Kedua diatas, dengan terpenuhinya unsur Kedua diatas yaitu mengambil barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian milik orang lain yaitu kepemilikan barang berupa sepeda motor Honda Blade No. Pol Z-4573-FE milik saksi korban RONI (unsur terpenuhi)
4. Unsur “*Dilakukan oleh dua orang atau lebih dengan bersekutu*”; : sebagaimana yang telah diuraikan dalam pertimbangan unsur Kedua dan unsur Ketiga diatas, Para Anak yaitu Anak yang berhadapan dengan hukum I dan Anak yang berhadapan dengan hukum II telah mengambil sepeda motor milik saksi korban RONI secara bersama-sama, hingga sepeda motor tersebut berpindah penguasaannya kepada Para Anak untuk selanjutnya Para Anak dapat membawa sepeda motor tersebut dari tempat semula diparkir oleh pemiliknya saksi korban RONI ke tempat

lainnyadengan maksud untuk dijual demi mendapatkan keuntungan (unsur terpenuhi)

Ketentuan perundang-undangan bahwa yang dimaksud dengan “*Barang siapa*” adalah siapa saja yang tunduk dan dapat dipertanggungjawabkan sebagai subyek hukum pidana serta mampu bertanggung jawab artinya dapat dipertanggungjawabkan perbuatannya secara hukum dan salah satu subyek yang dianggap sebagai subyek hukum menurut peraturan hukum yang berlaku adalah manusia, meskipun unsur “*Barang siapa*” tidak disebutkan dengan tegas pada bunyi Pasal 363 ayat (1) Ke-4 KUHP, sehingga haruslah dianggap tersirat dan harus pula dibuktikan.

Ketentuan Pasal 1 angka 3 UU RI Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, bahwa Anak dapat dimintakan pertanggungjawaban terhadap perbuatannya adalah berumur 12 (dua belas) tahun tetapi belum berumur 18 (delapan belas) tahun, yang mana dalam hal ini bahwa Anak yang berhadapan dengan hukum berusia 17 Tahun dan Anak yang berhadapan dengan hukum berusia 16 Tahun.

C. Penetapan Diversi Dalam Tahap Pemeriksaan Persidangan

Orang tua (Ayah dan Ibu Kandung) Anak yang berhadapan dengan hukum memberikan pendapat sebagai berikut:

1. Bahwa sebagai orang tua menyadari kesalahan dari Anak;- Bahwa perbuatan Anak ini tanpa sepengetahuan dan kontrol pengawasan orang tua;

2. Bahwa orang tua memohon keringanan hukuman bagi Anak, agar Anak dikembalikan kepada orang tua, dikarenakan orang tua telah mendaftarkan Anak di PONDOK PESANTREN AL-QUR'ANAL FADLILAH Garut untuk membekali anak pendidikan, moral serta ilmu agama
3. Bahwa orang tua masih sanggup untuk mendidik dan mengasuh serta membiayai sekolah Anak;
4. Bahwa orang tua Anak masih memiliki hubungan keluarga dengan saksi korban RONI dan saksi korban RONI telah memaafkan perbuatan Anak;

D. Kendala Penyidik Kepolisian Garut Dalam Menangani Perkara Anak.

1. Tidak adanya ruang tahanan khusus anak-anak. Kepolisian Sektor Garut Bayongbong²⁴⁾
2. Kepolisian sector garut Bayongbong belum memiliki ruang tahanan yang di peruntukan khusus untuk anak-anak, sehingga apabila karena sesuatu dan lain hal mengharuskan penyidik untuk melakukan penahanan seperti kasus-kasus yang ancamannya tinggi seperti pembunuhan akan sulit untuk dilakukan ataupun kasus-kasus lain yang apabila ditiptkan ke orang tua atau walinya sangat membahayakan keselamatan jiwa anak dimaksud dan Lembaga pasyarakatan anak untuk di Garut Kota juga tidak ada. Untuk penahanan yang sudah pernah dilakukan oleh penyidik Kepolisian Sektor Garut Bayongbong untuk sementara mempergunakan ruangan Staf yang

²⁴⁾ Wawancara via telepon dengan Ivan sebagai anggota unit criminal khusus Kepolisian Sector Garut ., wawancara pada tanggal 1 September 2019 pada pukul 11.02 wib.

kosong. Dalam perkara-perkara yang menyangkut anak-anak apabila menurut hasil pemeriksaan, penyidik berpendapat anak belum mencapai umur 12 (Dua belas) tahun melakukan atau diduga melakukan tindak pidana masih bisa dibina oleh orang tua , wali atau orang tua asuhnya, penyidik menyerahkan kembali anak 9 tersebut kepada orang tua , wali atau orang tua asuhnya, hal tersebut telah dibenarkan sesuai pasal 21 Undang-Undang No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak.

3. Belum adanya petugas khusus penyidik anak Untuk penyidik anak (PPA), Kepolisian sector Garut Bayongbong belum memiliki penyidik dengan keahlian khusus seperti yang dimaksudkan dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2012, tentang peradilan Anak, dan apabila terjadi tindak pidana yang melibatkan anak-anak sebagai pelakunya, untuk proses penyidikannya masih dilakukan oleh penyidik tindak pidana umum namun tetap mengikuti ketentuanketentuan yang telah ditetapkan dalam Undang-undang No. 11 Tahun 2012 tentang Peradilan Anak. Kemudian menyangkut keterbatasan personil, Kepolisian sector garut Bayongbong hanya memiliki satu orang penyidik Polisi wanita dan itupun belum mempunyai keahlian khusus untuk melakukan penyidikan terhadap anak-anak. Keterbatasan personil terutama penyidik yang memiliki keahlian khusus untuk penyidikan anak, Kepolisian sector garut Bayongbong selalu berkoordinasi dengan Unit Ruang Pelayanan Khusus (RPK) PLORESRABES Bandung apabila menangani pelaku kejahatan / tindak pidana yang masih berstatus anak-anak.

4. Penyidikan (Polres Garut Tidak Mengaplikasikan Perma No 4 Tahun 2014

Polres Garut seyogyanya bekerjasama dengan Penelitian Kemasyarakatan (Litmas), kerjasama Litmas Dan Polres dimaksudkan untuk tambahan sprindik, data penyelidikan secara obyektif tentang perkembangan dan latar belakang ABH I dan ABH II dari berbagai aspek sosiologis, psikologis, , ekonomis, dan lain sebagainya. Hasil penelitian Litmas kemudian dibuat kesimpulan dan rekomendasi disertakan dalam BAP ABH I dan ABH II disertai dengan legal opini pertimbangan yuridis, sosiologis untuk kepentingan pemeriksaan dalam sistem peradilan pidana anak.

Kegagalan Polres Garut terjadi pada tidak menerapkan dan atau gagal dalam merefleksikan *restorative justice* di tingkat penyidikan, *restorative justice* wajib di upayakan Polres garut dalam bentuk kesepakatan antar orang tua ABH I dan II serta korban Roni. Ditemukan fakta bahwa Korban roni dan ABH I terikat hubungan keluarga, seharusnya diversi berhasil diterapkan di tingkat penyidikan.

BAB IV

ANALISA PENERAPAN DIVERSI TERHADAP TINDAK PIDANA PENCURIAN DENGAN PEMBERATAN

A. Penerapan Diversi Terhadap Tindak Pidana Pencurian Dengan Pemberatan.

Analisa hasil penelitian penulis dalam meneliti bentuk pemberian nestapa pada anak , khususnya dalam tahap penahanan wilayah hukum Polres Garut, maka hakim telah **benar** dengan mempertimbangkan mengedepankan pencegahan dan perlindungan hukum pada anak, sebagai pelaku tindak pidana pencurian dengan pemberatan (pencurian di malam hari). Upaya hukum dalam lingkup perlindungan hukum dari anak yang berhadapan dengan hukum (ABH) dilakukan melalui suatu system penegakan hukum melalui jalur pidana non penal dalam bentuk putusan sela pemeriksaan persidangan dan dapat pula dilakukan banding pada peradilan tingkat selanjutnya.

Upaya hukum terhadap ABH 1 dan ABH 2 tidak terlepas dari upaya penal, yaitu adanya peran aparat penegak hukum kepolisian garut dalam penegakan hukum (*law enforcement*), melalui pendekatan penahanan diupayakan untuk menggapai tujuan restorative itu sendiri, yaitu pada akhirnya hakim mempertimbangkan pidana masa pidana dikurangi masa tahanan untuk seluruhnya, namun, ada inkonsistensi dalam penerapan penahanan tersebut, bahwa penahanan seharusnya dikesampingkan dengan adanya Perma No 4 tahun 2014 Tentang Pedoman Diversi dalam Peradilan Anak.

Hukum pidana memiliki tujuan pembalasan / menimpakan nestapa dan tujuan perlindungan hukum kepada anak. Pemidanaan bukanlah hanya semata-mata karena tuntutan dari pembalasan keadilan, akan tetapi pembalasan tersebut mempunyai tujuan untuk melindungi kepentingan anak, karena pidana tidak semata-mata hanya pembalasan terhadap kesalahan pelaku tetapi juga mempunyai tujuan yang bermanfaat sehingga dasar pembenaran dalam teori ini adalah terletak dalam tujuannya.

Amanat undang-undang No 11 Tahun 2012 menyebutkan bahwa Keadilan Restoratif 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, dan system peradilan Diversi adalah pengalihan penyelesaian perkara Anak dari proses peradilan pidana ke proses di luar peradilan pidana

Keadilan Restorative justice yang di terapkan dalam peradilan Diversi merupakan suatu bentuk khas perlindungan hukum pada anak, peran lembaga penelitian masyarakat dalam upaya hukum anak sangatlah dibutuhkan dalam dan untuk mempengaruhi pertimbangan hakim dalam pembuatan putusan terhadap ABH I dan ABH II, lembaga litmas berperan sebagai social control dan landasan penegakan / *law enforcement*²⁵⁾

²⁵⁾Riska Vidya Satriani, <https://www.mahkamahagung.go.id/id/artikel/2613/keadilan-restoratif-sebagai-tujuan-pelaksanaan-diversi-pada-sistem-peradilan-pidana-anak> diunduh pada 2 September 2019 pukul 8 .00 wib

Efektifitas konsep Litmas sebagai control social pada ABH 1 dan ABH II, diperlukan suatu tinjauan hukum, menurut konsep hukum Mochtar Kusumaatmadja, bahwa hukum itu tidak dapat didefinisikan karena luas sekali ruang cakupannya dan meliputi semua bidang kehidupan masyarakat yang selalu mengalami perkembangan dan perubahan. Mochtar Kusumaatmadja memberikan definisi hukum secara luas tidak saja merupakan keseluruhan asas-asas dan kaidah, namun adanya peran institusi dan proses gejala social.

Penegakan hukum acara peradilan anak secara konkret seharusnya menjamin di taatinya hukum materiil dengan menggunakan cara *procedural* yang ditetapkan oleh hukum formal, hakikatnya penegakan hukum mewujudkan nilai-nilai atau kaedah-kaedah yang memuat keadilan dan kebenaran, penegakan hukum bukan hanya menjadi tugas dari para penegak hukum yang sudah di kenal secara konvensional , tetapi menjadi tugas dari setiap orang. Meskipun demikian, dalam kaitannya dengan hukum publik pemerintahlah yang bertanggung jawab. Faktor faktor yang mempengaruhi penegakan hukum menurut Soerjono Soekanto :

1. Substansi Hukum : Penyelenggaraan hukum di lapangan ada kalanya terjadi pertentangan antara kepastian hukum dan keadilan, hal ini disebabkan oleh konsepsi keadilan merupakan suatu rumusan yang bersifat abstrak, sedangkan kepastian hukum merupakan suatu prosedur yang telah ditentukan secara normatif. Kebijakan atau tindakan yang tidak sepenuhnya berdasar hukum merupakan sesuatu yang dapat dibenarkan sepanjang kebijakan atau tindakan itu tidak bertentangan dengan hukum. Maka pada hakikatnya penyelenggaraan hukum bukan hanya mencakup *law*

enforcement saja, namun juga *peace maintenance*, karena penyelenggaraan hukum sesungguhnya merupakan proses penyerasian antara nilai kaidah dan pola perilaku nyata yang bertujuan untuk mencapai kedamaian.

2. Penegakan Hukum : Fungsi hukum salah satunya adalah membentuk mentalitas atau kepribadian petugas / aparat penegak hukum dalam memainkan peranan penting, jika peraturan sudah baik, tetapi kualitas petugas kurang baik, maka salah satu kunci keberhasilan dalam penegakan hukum adalah mentalitas atau kepribadian penegak hukum.
3. Sarana dan Prasarana : Faktor sarana atau fasilitas pendukung mencakup perangkat lunak (*software*) dan perangkat keras (*Hardware*), salah satu contoh perangkat lunak adalah pendidikan, skill dan pengalaman aparat penegak hukum. Pendidikan yang diterima oleh aparat penegak hukum dewasa ini cenderung pada hal-hal yang praktis konvensional, sehingga dalam banyak hal aparat penegak hukum mengalami hambatan di dalam tujuannya. dalam tindak pidana anak yang selama ini masih diberikan wewenang kepada jaksa, hal tersebut karena secara teknis yuridis polisi dianggap belum mampu dan belum siap. Walaupun disadari pula bahwa tugas yang harus diemban oleh polisi begitu luas dan banyak.
4. Faktor Masyarakat : Penegakan hukum berasal dari masyarakat dan bertujuan untuk mencapai kedamaian di dalam masyarakat. Setiap warga masyarakat atau kelompok mempunyai kesadaran hukum, persoalan yang timbul adalah taraf kepatuhan hukum, yaitu kepatuhan hukum yang tinggi, sedang, atau kurang. Adanya derajat kepatuhan hukum masyarakat terhadap

hukum, merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum yang bersangkutan.

5. Faktor Kebudayaan : Berdasarkan konsep kebudayaan sehari-hari, orang begitu sering membicarakan soal kebudayaan. Kebudayaan menurut Soerjono Soekanto, mempunyai fungsi yang sangat besar bagi manusia dan masyarakat, yaitu mengatur agar manusia dapat mengerti bagaimana seharusnya bertindak, berbuat, dan menentukan sikapnya jika mereka berhubungan dengan orang lain. Dengan demikian, kebudayaan adalah suatu garis pokok tentang perikelakuan yang menetapkan peraturan mengenai apa yang harus dilakukan, dan apa yang dilarang.

Pertimbangan teori diatas merumuskan berlakunya usaha-usaha penegakan hukum melalui pendekatan diversi dalam penegakan hukum pidana, adapun upaya hukum yang telah dilakukan adalah:

1. Meminta maaf pada korban, terungkap fakta korban merupakan saudara masih bertalian keluarga dari ABH 1,
2. Menyajikan hasil penelitian lembaga litmas dalam putusan persidangan
 - a. Litmas tidak berperan aktif dalam penahanan anak di Polres garut
 - b. Litmas Tidak Berperan aktif di tahap penuntutan
 - c. Serta ajuran pendekatan keluarga pada anak,

Perkara penahanan anak sebagai pelaku tindak pidana pencurian yang perkaranya tidak dilakukan diversi dan hakim telah memutus dalam vonis pengadilan, diversi telah gagal di lakukan di tingkat penyidikan dan penuntutan, dengan adanya kekosongan hukum dalam sistem formil diversi dari

hukumperlindungan anak. Berhasilnya tahap diversi di tingkat pemeriksaan persidangantidak terlepas dari peran hakim dan lembaga litmas, hakim teah mengembalikan acara penahanan dalam hukum acara pidana, dengan sistem materiil dari hukum restorative justice (perlindungan hukum anak).

Perubahan kebiasaan menerapkan penahanan dalam perkara anak akan lebih baik dengan menerapkan diversi,dengan merubah pola penerapanpenahanan. penggunaan sarana lembaga litmas terhadap bentuk perlindungan hukum terhadap ABH 1 dan 2, khususnya anak sebagai pelaku tindak pidana yang menurut undang-undang belum berusia 18 tahun.

Diversi harus berpijak pada keterkaitan yang sangat erat antara landasan filsafat pemidanaan, teori-teori pemidanaan serta aliran-aliran hukum pidana. Hal itu akan menunjukkan adanya benang merah antara penetapan sanksi dalam suatu penahanan. Oleh karena itu, sistem pola penahanan, tidak dapat dipisah lepaskan dari proses penetapan sanksi, penerapan sanksi, dan pelaksanaan sanksi.

Perumusan sanksi pidana dalam Undang- undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Pengadilan Anak, walaupun diatur dua jenis sanksi pidana yang berupa pidana penjara dan atau penahanan dan tindakan, namun bentuk sanksi yang ditentukan tidak menunjukkan tujuan pemidanaan yang hendak melindungi kepentingan anak. Perumusan sanksi pidana dalam Undang-Undang Pengadilan Anak merujuk kepada KUHP sebagai induk perundang-undangan hukum pidana.

Aturan penahanan anak dalam UUSPPA yang secara khusus sama denganaturan penahanan orang dewasa (KUHP), perumusan sanksi dalam perundang-undangan harus berpijak pada pola perumusan tunggal, maupun

perumusan alternatif. Sedangkan perumusan alternatif-kumulatif hanya dipakai sebagai suatu pengecualian dalam hal-hal tertentu saja. Dalam sudut penerapan penahanan, pola perumusan kumulatif dapat dipandang sebagai upaya penanggulangan kejahatan yang integral karena terkandung makna melakukan upaya perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat sebagai tujuan akhir dari kebijakan kriminal. Maka dengan adanya unsur pemberatan, kepolisian menilai dan menrapkan penahanan anak ABH 1 dan 2 sebagai tujuan pemidanaan dianggap benar.

Perumusan pidana tunggal, sanksi yang ditetapkan hanya salah satu bentuk dari jenis sanksi baik yang berupa pidana maupun tindakan. Walaupun perumusan seperti ini memiliki kelemahan karena bersifat kaku absolut, dan bersifat imperatif. Sesungguhnya sistem perumusan tunggal yang sangat kaku dan absolut dirasakan adanya kontradiksi dengan ide pemasyarakatan, karena konsepsi pemasyarakatan berpijak dari ide rehabilitasi, resosialisasi dan individualisasi pidana. Sistem ini tidak memberi kesempatan kepada hakim untuk menerapkan sanksi yang sesuai bagi terdakwa. Atas dasar hal itu banyak para ahli berpendapat untuk menghindari penggunaan perumusan tunggal. Seandainya dalam keadaan terpaksa harus dirumuskan, maka sifat kaku dan absolut perumusan tunggal perlu diimbangi dengan perumusan pedoman pemidanaan bagi hakim.

Perihal putusan pidana yang dikurangi masa penahanan dalam KUHP, diberikan untuk mengimbangi dan menghindari sifat kaku dan absolut perumusan tunggal telah dirumuskan suatu pedoman sebagai katup pengaman. Yang dirumuskan dalam pedoman tersebut antara lain:

1. Kewenangan hakim untuk tidak menjatuhkan pidana penjara yang dirumuskan secara tunggal;
2. Keadaan-keadaan atau syarat-syarat untuk dapat tidak menjatuhkan pidana penjara;
3. Jenis alternatif sanksi yang dapat dijatuhkan oleh hakim sebagai pengganti dari pidana penjara yang tidak dijatuhkan itu.

Dalam Pasal 49 Konsep ditegaskan syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk tidak menjatuhkan pidana, adalah:

1. Terdakwa melakukan tindak pidana yang hanya diancam dengan pidana penjara secara tunggal;
2. Pengadilan berpendapat tidak perlu menjatuhkan pidana penjara setelah mempertimbangkan tujuan pemidanaan, pedoman pemidanaan, serta pedoman penjatuhan pidana penjara.

Perumusan alternatif, ditujukan dalam rangka memberikan kerangka kebijakan untuk menerapkan prinsip subsidiaritas penggunaan sanksi. Artinya bahwa ancaman sanksi yang lebih berat baru digunakan bila bobot sanksi yang lebih ringan dipandang tidak menunjang tercapainya tujuan pemidanaan. Selain itu juga, perumusan alternatif dapat memberi kebebasan kepada hakim untuk memilih salah satu bentuk sanksi yang diancamkan dalam suatu perundang-undangan.

Perumusan putusan alternatif hakim memiliki kesempatan untuk memilih jenis pidana, namun dalam upaya menjamin adanya penjatuhan sanksi sesuai dengan tujuan pemidanaan, maka selayaknya undang-undang menentukan

pedoman bagi hakim dalam menentukan pilihannya. Pasal 51 ayat (1) RKUHP menegaskan bahwa pilihan hakim dalam menjatuhkan sanksi harus selalu berorientasi pada “tujuan pemidanaan”, dan lebih mengutamakan jenis pidana yang lebih ringan sekiranya pidana yang lebih ringan itu telah memenuhi tujuan pemidanaan.

Tujuan pemidanaan dalam upaya memberikan perlindungan demi tercapainya kesejahteraan anak, maka kriteria/ standar berat ringannya pemberian sanksi bukan hanya dilihat/diukur secara kuantitatif, melainkan lebih didasarkan kepada pertimbangan kualitatif. Oleh karena itu, sesungguhnya, pertimbangan berat ringannya sanksi (terutama sanksi pembinaan di dalam lembaga), bukan hanya sebatas adanya pengurangan dari ancaman sanksi untuk orang dewasa, melainkan perlu dipertimbangkan juga bobot sanksi yang diancamkan.

Penjatuhan sanksi ditujukan untuk melindungi kepentingan anak, maka ancaman sanksi perampasan kemerdekaan sejauh mungkin dihindarkan. Sebagaimana ditegaskan dalam berbagai instrumen internasional, bahwa tidak seorangpun akan dirampas kemerdekaannya secara tidak sah atau sewenang-wenang. Penghukuman terhadap seorang anak harus sesuai dan diterapkan sebagai upaya terakhir untuk jangka waktu yang paling pendek.

B. Upaya Hukum Tersangka Anak Dalam Penyidikan dan Penahanannya Tidak Sesuai Prosedur Diversi.

Terkait dengan penangguhan penahanan ABH I dan II dalam dalam menerapkan diversi harus berdasarkan jaminan dari orang tua /Wali dan/atau lembaga bahwa Anak tidak akan melarikan diri, tidak akan menghilangkan atau

merusak barang bukti, dan/atau tidak akan mengulangi tindak pidana, selain itu dalam Pasal 31 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana mengatur penangguhan penahanan atas dasar permintaan tersangka dan atau terdakwa penyidik, Penuntut dan atau hakim, memiliki kewenangan untuk melakukan penangguhan penahanan dengan jaminan uang dan atau jaminan orang berdasarkan ketentuan yang berlaku.

Diversi tidak berhasil dilakukan di tingkat penyidikan disebabkan karena adanya konisi kesepakatan uang pengganti, dalam budaya kerja Kepolisian uang pengganti kerugian biasa disamakan dengan uang jaminan yang diatur dalam Pasal 35 KUHAP, Jaminan uang ditetapkan oleh pejabat yang berwenang dalam diversi disebut sebagai lembaga pembimbing (Bapas) Penyetoran uang jaminan / uang pengganti kerugian, ini dilakukan sendiri oleh pemohon atau penasihat hukumnya atau keluarganya dan untuk itu panitera memberikan tanda terima

Praperadilan merupakan hal yang baru dalam dunia peradilan Indonesia. Praperadilan merupakan salah satu lembaga baru yang diperkenalkan ditengah-tengah kehidupan penegakan hukum. Sebelum berlakunya Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dengan Undang-undang RI nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara (LN Tahun 1981 nomor 76, TLN nomor 3209, Tanggal 31 Desember 1981), maka hukum acara pidana yang digunakan sebagai pedoman untuk peradilan umum adalah Het Herziene Indonesisch Reglement atau H.I.R. (Saatsblad Tahun 1941 Nomor 44) yang merupakan produk hukum pada masa

kolonial.²⁶⁾ H.I.R. (Het Herziene Indonesisch Reglement) menyimpan kelemahan-kelemahan, kekurangan-kekurangan serta hanya menguntungkan pihak penguasa (penjajah), bahkan khususnya mengabaikan perlindungan akan hak asasi manusia, ketidakpastian hukum dan keadilan. Misalnya, ketidakpastian tentang tindakan pendahuluan dalam proses hukumannya dalam penangkapan, pengeledahan, penyitaan, penahanan, hak-hak dan status tersangka, terdakwa, bantuan hukum, lamanya serta ketidakpastian dalam proses penyelesaian perkara pada semua tingkat pemeriksaan dan sebagainya.

Maka dimulailah usaha pembaharuan hukum yang ditandai dengan adanya perubahan hukum positif melalui hukum acara pidana baru yang secara fundamental merupakan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai usaha dalam penegakan hukum dalam negara Indonesia sebagai negara hukum yang berdasarkan Pancasila.

Untuk itu lahirlah Undang-Undang Nomor 14 tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman dan Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 sebagai penyempurnaan atas Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 ini memuat asas-asas yang mengatur perlindungan terhadap hak hak asasi manusia di dalam proses peradilan pidana. Karena peraturan tersebut baru merupakan pokok-pokoknya, maka pengaturan pelaksanaan selanjutnya diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana.

²⁶⁾ R. Soeparmono, *PRAPERADILAN DAN PENGGABUNGAN PERKARA GUGATAN GANTI KERUGIAN DALAM KUHAP*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 2

Kemudian sejak berlakunya KUHAP, yang juga berarti H.I.R (Het Herziene Reglement) dan peraturan pelaksanaannya tidak berlaku lagi dalam wilayah yuridiksi Indonesia, kekurangan yang terdapat di H.I.

R dapat diatasi oleh KUHAP, khususnya mengenai perlindungan terhadap hak asasi manusia, ketidakpastian hukum dan keadilan, seperti yang termuat dalam pertimbangan terbitnya KUHAP huruf a yaitu:

bahwa negara Republik Indonesia adalah negara hukum berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 yang menjunjung tinggi hak asasi manusia serta menjamin segala warganegara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.

Pertimbangan tersebut bahwa apa yang diatur dalam hukum acara pidana adalah cara cara yang harus ditempuh dalam menegakkan ketertiban hukum masyarakat, dan juga sekaligus juga bertujuan melindungi hak hak asasi tiap tiap individu, baik yang menjadi korban maupun si pelanggar hukum.

Hubungan individu apabila merasa dirinya tidak pantas atau tidak layak di karenakan merasa hak-haknya dilanggar, maka ia dapat menuntut dengan suatu permintaan praperadilan yang diatur dalam KUHAP. Dimana sebelumnya didalam H.I.R. tidak diatur mengenai praperadilan. Ini merupakan perbedaan fundamental antara KUHAP dengan H.I.R.

Praperadilan merupakan suatu lembaga yang diatur dalam KUHAP untuk melindungi hak asasi tersangka (dalam proses penyidikan) dan terdakwa (dalam proses penuntutan) dalam suatu proses peradilan pidana apabila terdapat

perbuatan dari aparat penegak hukum yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Persoalan praperadilan di dalam KUHAP, tidak semata mata tergantung pada proses penangkapan atau penahanan atau tindakan lain dalam penghentian penyidikan, tetapi menyangkut pula perihal ganti rugi dan rehabilitasi.

Praperadilan itu sendiri merupakan salah satu bagian ruang lingkup wewenang pengadilan bagi Pengadilan Negeri. Yang menjadi karakteristik dari kewenangan pengadilan itu yaitu, bahwa wewenang Pengadilan Negeri yang dilakukan oleh praperadilan tersebut, adalah dimaksudkan sebagai wewenang pengawasan horizontal dari Pengadilan Negeri.²⁷⁾ Pengawasan horizontal Pengadilan Negeri telah terbuka dan diberikan oleh KUHAP yang merupakan tugas baru yang dahulu didalam sistem H.I.R tidak ada, yaitu sebagai pengawasan yang diberikan kepada Pengadilan Negeri sebagai badan peradilan tingkat pertama untuk mengontrol, menilai, menguji, mempertimbangkan secara yuridis, apakah dalam tindakan upaya paksa terhadap tersangka oleh penyidik/ penyidik atau penuntutan benar benar telah sesuai aturan dan ketentuan KUHAP atau aturan perundang undangan ataukah bertentangan.

Seperti halnya peraturan perundang undangan lainnya yang masih terdapat penyimpangan dalam pelaksanaannya, dalam KUHAP pun terdapat penyimpangan, yang terutama dilakukan pihak kepolisian dalam tahap penyidikan. Upaya-upaya memperoleh keterangan dengan jalan kekerasan masih menjadi modus utama dalam pola penyidikan. Meletakkan posisi tersangka

²⁷⁾ *Ibid*, hlm.11

sebagai objek pemeriksaan atau lebih dikenal sebagai sistem inkuisitur, dimana sistem inkuisitur ini dianut dalam H.I.R.²⁸⁾ Selain penyiksaan, polisi masih sering menangkap orang tanpa bukti lengkap, atau pembuktiannya seakan mengada-ada.

Ataupun tidak terdapatnya surat penangkapan ataupun surat penahanan yang diberikan kepada tersangka dan keluarga tersangka. Dimana tindakan-tindakan pelanggaran yang telah disebut diatas merupakan pelanggaran terhadap hak-hak tersangka dan terdakwa.

Padahal KUHAP sudah menjamin hak-hak tersangka dan terdakwa, termasuk perlindungan terhadap penyiksaan dimana tersangka di tempatkan sebagai subjek dari proses penyidikan atau yang lebih dikenal sebagai sistem akusatoir.

Terhadap tindakan kekerasan yang dilakukan kepolisian ini, oleh tersangka dapat dimintakan praperadilan, bukan saja kekerasan selama proses penyidikan, tetapi juga dapat diminta praperadilan apabila terdapat penghentian penyidikan dan penghentian penuntutan.

Namun biasanya gugatan praperadilan yang diajukan oleh tersangka dan terdakwa ataupun keluarga tersangka dan terdakwa gagal. Ada banyak faktor yang mempengaruhi gagalnya gugatan praperadilan yang diajukan oleh tersangka ataupun terdakwa.

Kurangnya pembuktian oleh pihak penggugat merupakan salah satu faktor gagalnya gugatan praperadilan. Dan ini dapat diterima sebagai alasan kenapa gugatan praperadilan itu gagal. Tetapi terdapat faktor lain yang seharusnya bukan

²⁸⁾ Romli Atmasasmita *SISTEM PERADILAN PIDANA Perspektif Eksistensialisme dan Abolitionisme*, Putra A. Bardin, cetakan kedua (revisi), 1996, hal.46

penyebab gagalnya gugatan praperadilan, seperti yang di kemukakan oleh Harkristuti Harkrisnowo seorang ahli hukum pidana dari Universitas Indonesia bahwa terdapat kecenderungan polisi sebagai alat negara jarang kalah di praperadilan. Adanya *in group feelings* atau semacam solidaritas di antara sesama aparat negara merupakan faktor di luar hukum yang dapat menyebabkan gagalnya suatu gugatan praperadilan selain kurangnya pembuktian.²⁹⁾

²⁹) Zuhri Mahrus, *at.all*, *Sudah Waktunya Merevisi sebuah Karya Agung*, <http://www.forum.co.id/forum/redaksi/961218/18forut1.htm>, diakses pada tanggal 2 Januari 2007