

BAB II

KERANGKA TEORITIK DAN KONSEPTUAL

2.1 Kerangka Teoritik

Teori mempunyai kedudukan yang sangat penting dalam pengembangan ilmu karena teori dapat memberikan suatu kemanfaatan, baik bagi pengembangan ilmu pengetahuan maupun untuk hal-hal yang bersifat praktis.¹

Manfaat teori dalam ilmu hukum adalah sebagai alat untuk menganalisa dan mengkaji penelitian hukum yang dikembangkan oleh para ahli hukum, dapat digunakan dalam melakukan berbagai penelitian. Peter Mahmud Marzuki dalam buku *Penelitian Hukum* menyebutkan bahwa untuk menggali makna yang lebih jauh dari aturan hukum, tidak cukup dilakukan penelitian dalam ruang lingkup dogmatik hukum, melainkan lebih mendalam lagi memasuki teori hukum.² Dengan demikian teori hukum sangat penting digunakan untuk meneliti dan menganalisa permasalahan-permasalahan yang menjadi pokok bahasan seperti penelitian dalam disertasi ini yaitu Kebijakan Formulasi Pidana Kerja Sosial terhadap Anak sebagai Pelaku Tindak Pidana dalam rangka Perlindungan Anak.

Teori hukum dalam beberapa definisi seperti Bruggink mengartikan suatu keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum dan sistem tersebut untuk sebagian penting dipoitifkan.³

Untuk membahas isu hukum dalam penelitian disertasi ini akan digunakan beberapa teori hukum sebagai pisau analisis yakni *Grand Theory* dalam

¹ H Salim HS, *Perkembangan Teori dalam Ilmu Hukum.*,(Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hlm 16

² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Op. Cit, hlm 72

³ H Salim HS, *Perkembangan Teori dalam Ilmu Hukum*, Op. Cit, hlm 53

penelitian ini teori yang dipergunakan adalah teori Hukum Negara Kesejahteraan, *Middle theory* meliputi teori Hak Asasi Manusia dan teori Keadilan, *Applied Theory* meliputi: teori Kebijakan Hukum Pidana dan teori Tujuan Pemidanaan.

2.1.1 Teori Hukum Negara Kesejahteraan

Negara kesejahteraan diletakkan oleh tokoh kharismatik Jerman *Otto Von Bismarck* pada tahun 1880 dengan tujuan untuk memberikan rasa aman bagi masyarakat sejak lahir sampai mati. Rasa aman yang dimaksud merupakan proteksi sosial terhadap resiko ekonomi yang tidak terduga, misalnya karena sakit memerlukan jaminan kesehatan, resiko kecelakaan kerja, menurunnya pendapatan karena memasuki masa pensiun dan jaminan kematian. Ide ini kemudian berkembang di seluruh dunia dengan berbagai modifikasi sesuai dengan kondisi dan karakteristik masyarakat masing-masing.

Secara sederhana negara kesejahteraan adalah ;

"A state in which the welfare of the people in such matters as social security, health and education, housing, and working conditions is the responsibility of the government".

British Dictionary definitions for welfare state Expand:

"A system in which the government undertakes the chief responsibility for providing for the social and economic security of its population, usually through unemployment insurance, old-age pensions, and other social-security measures"

Welfare state : "An economic system that combines features of capitalism and socialism by retaining private ownership while the government enacts broad programs of social welfare, such as pensions and public housing".⁴

Terjemahan bebas " Negara yang mengutamakan keamanan sosial, kesehatan, pendidikan, kelayakan tempat tinggal dan kelayakan pekerjaan adalah tanggung jawab pemerintahan "

"Suatu sistem dimana pemerintah yang memiliki tanggung-jawab dalam menyediakan jaminan sosial dan ekonomi bagi penduduknya,

⁴ American Psychological Association (APA): welfare state. (n.d.). *Dictionary.com Unabridged*. Retrieved December 20, 2014, from Dictionary.com website: [http://dictionary.reference.com/browse/welfare state](http://dictionary.reference.com/browse/welfare+state), 12/09/2015

melalui asuransi bagi yang tidak bekerja, pensiun hari tua dan sosial keamanan lainnya.”

“Negara kesejahteraan adalah; sebuah sistem ekonomi yang menggabungkan fitur dari kapitalisme dan sosialisme dengan mempertahankan kepemilikan pribadi, sementara pemerintah menyiapkan program kesejahteraan sosial, seperti pensiun dan perumahan”.

Menurut *Ian Gough* dalam buku *The political Economy of the Welfare State* menyebutkan; “ *the twentieth century, and in particular the periode since the second World War, can fairly be described as the era of the Welfare state*”⁵

Terjemahan bebas; negara kesejahteraan merupakan gagasan dan konsep yang populer sejak Perang Dunia Ke II dan awal abad ke 20.

Dalam perkembangan pemikiran mengenai negara hukum, ada dua kelompok negara hukum yaitu negara hukum formal dan negara hukum materiil. Negara hukum materiil atau dinamis dapat disebut dengan istilah *Welfare state* atau negara kesejahteraan. Ide tentang negara kesejahteraan berkembang pada abad ke 19 sebagai akibat dari gerakan demokrasi konstitusional kemudian lahir demokrasi negara kesejahteraan. Selain itu disebabkan pengaruh dari faham sosialis sebagai simbol perlawanan terhadap kaum kapitalis liberal.

Menurut *Milton H. Spencer*, sosialisme demokrasi modern merupakan gerakan yang berupaya memperbaiki kesejahteraan masyarakat melalui tindakan: (1) memperkenalkan hak milik privat atas alat-alat produksi; (2) melaksanakan pemilikan oleh negara (*public owership*) hanya apabila hal tersebut diperlukan demi kepentingan masyarakat; (3) mengandalkan diri secara maksimal atas perekonomian pasar dan membantunya dengan perencanaan untuk mencapai sasaran sosial dan ekonomis yang diinginkan, seperti yang di

⁵ Ian Gough, *The Political Economy of Welfare State*, (London : The Macmillan Press, 1979), hlm 1

kutip Winardi.⁶

Konsep negara kesejahteraan dapat dilihat dari beberapa aspek yaitu politik dan ekonomi seperti pendapat *James A Caparaso* dalam buku *Theories of Political Economy*:

*"It is often assumed that political economy involves an integration of politics and economics. It is less often conceded that the very idea of political economy rests on a prior separation of politics and economics. If politics and economics are conceptually fused, political economy cannot be thought to involve a relation between distinguishable activities. Since this point is often confused by talking about politics and economics as "organically linked" or the boundaries between the two as "blurred,".*⁷

Terjemahan bebas: "Diasumsikan bahwa politik ekonomi integrasi antara politik dan ekonomi. Hal ini tidak selalu mengakui bahwa gagasan ekonomi politik sebelumnya terpisah. Jika konsep politik dan ekonomi menyatu tidak dapat diperkirakan melibatkan hubungan yang berbeda. Karena berbicara tentang politik dan ekonomi terkait secara organis atau batas batas antara keduanya menjadi kabur".

Bicara negara kesejahteraan maka ada 3 faktor yang mendorong keberadaannya yaitu : faktor ekonomi, politik dan psikologis;

"Faktor pertama: bahwa kehidupan ekonomi setelah revolusi industri yaitu dari kehidupan agraris menjadi ekonomi industri yang menyebabkan ketergantungan terhadap upah dari majikan. Pemerintah menjadi tempat perlindungan bagi buruh agar mendapatkan haknya dan kewajiban majikan untuk memenuhinya. Pemerintah mulai menyusun berbagai program agar buruh dapat hidup lebih layak. Faktor kedua: adalah soal politik terutama ada kesadaran hak pilih merupakan senjata untuk mempengaruhi kebijakan yang akan diambil oleh para politisi, sehingga memaksa politisi merancang berbagai program agar dapat memikat pemilih untuk memilihnya. Faktor ketiga: adalah psikologis pada dasarnya manusia memiliki keinginan untuk hidup lebih layak atau sejahtera ".⁸

Dengan demikian pada hakekatnya negara kesejahteraan dapat digambarkan sebagai pengaruh dari keinginan manusia agar terjaminnya rasa

⁶ Winardi, *Kapitalisme Versus Sosialisme*, (Bandung : Remaja Karya, 1986), hlm 204

⁷ James A. Caporaso, David P. Levine, *Theories of Political Economy*, (Cambridge University Press, 1999), hlm 7.

⁸ Muslim Mufti, Didah Durrotun Naafisah, *Teori Teori Demokrasi*, Op.Cit, hlm 176

aman, tenang dan terciptanya kesejahteraan sehingga tidak terpuruk dalam kesengsaraan. Tujuan manusia senantiasa untuk mengupayakan berbagai cara demi tercapainya kesejahteraan dalam kehidupannya. Ketika keinginan tersebut telah di amanatkan dalam konstitusi suatu negara, maka negara wajib untuk mewujudkan.

Negara kesejahteraan (*welfare state*) dalam pengertian lain adalah negara yang menganut sistem ketatanegaraan yang fokusnya pada kepentingan kesejahteraan warga negaranya. Muncul konsep negara kesejahteraan sebenarnya tidak lepas dari perkembangan paham instrumentalisme dalam pemikiran hukum, yang mengambil corak berpikir kaum utilitarianisme. Menurut paham ini hukum hanya merupakan instrumen saja untuk mencapai tujuan hidup dan kesenangan hidup manusia dan masyarakat.⁹

Dalam perkembangan gagasan negara kesejahteraan, *Gosta Esping Andersen* menjelaskan:

*"The welfare state variations we find are therefore not linearly distributed, but clustered by regime types. In one cluster we find the "liberal" welfare state, in which means tested assistance, modest universal transfers, or modest social insurance plans predominate. Benefits cater mainly to a clientele of low income, usually working class, state dependents. In this model, the progress of social reform has been severely circumscribed by traditional, liberal work ethic norms: it is one where the limits of welfare equal the marginal propensity to opt for welfare instead of work".*¹⁰

Terjemahan bebas: berdasarkan pengamatan berbagai variasi Internasional atas hak-hak sosial dan stratifikasi negara kesejahteraan, ditemukan pengaturan yang berbeda secara kualifikasi antara negara, pasar dan keluarga. Negara kesejahteraan tidak didistribusikan secara linier tetapi dalam tipe-tipe rezim. Negara kesejahteraan "liberal" bantuan sosial atau jaminan sosial merupakan rencana yang menonjol. Pemenuhan keuntungan bagi mereka yang berpenghasilan rendah pada umumnya kelas pekerja dalam model ini,

⁹ Munir Fuady, *Konsep Negara Demokrasi*, (Bandung : Refika Aditama, 2010), hlm 54

¹⁰ Gosta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, (New Jersey: Princeton University Press Princeton, 1990), hlm 26.

kemajuan reformasi sosial dipengaruhi oleh norma tradisional, etika kerja liberal dalam hal ini batas kesejahteraan sebanding dengan pemenuhan marginal untuk meraih kesejahteraan kerja. Pembentukan peraturan dilakukan secara tegas dan ketat seringkali berhubungan dengan stigma, keuntungan diperoleh secara mudah, negara mendorong pasar baik secara pasif dan aktif dengan memberikan subsidi dalam skema kesejahteraan swasta.

Lebih lanjut *Gosta Esping Andersen* membagi negara kesejahteraan dalam tiga tipe atau rezim:

1. *Residual Welfare State*, yang meliputi negara Australia, Kanada, Selandia Baru, dan Amerika Serikat, dengan basis rezim kesejahteraan liberal dan dicirikan dengan jaminan sosial yang terbatas terhadap kelompok target yang selektif serta dorongan yang kuat bagi pasar untuk mengurus pelayanan publik.
2. *Universalist Welfare State*, yang meliputi negara seperti Denmark, Finlandia, Norwegia, Swedia, dan Belanda, dengan basis rezim kesejahteraan sosial demokrat yang dicirikan dengan cakupan jaminan sosial yang universal dan kelompok target yang luas serta tingkat dekomodifikasi yang ekstensif.
3. *Social Insurance Welfare State*, yang meliputi negara seperti Austria, Belgia, Prancis, Jerman, Italia, dan Spanyol dengan basis rezim kesejahteraan konservatif dan dicirikan dengan sistem jaminan sosial yang tersegmentasi serta peran penting keluarga sebagai penyedia pasok kesejahteraan.

Memahami konsep negara seperti yang dikemukakan oleh *Gosta Esping Andersen* maka dapat disimpulkan bahwa negara kesejahteraan seyogianya dibangun diatas dasar nilai nilai sosial, seperti kewarga negaraan sosial, demokrasi penuh, sistem hubungan industrial moderen dan hak atas pendidikan dan perluasan pendidikan masal yang modern.

Tujuan negara kesejahteraan bukan saja untuk menghilangkan

perbedaan dalam ekonomi masyarakat, tetapi memperkecil kesenjangan ekonomi dan menghilangkan kemiskinan dalam masyarakat. Kemiskinan yang akut dengan perbedaan yang terlampau jauh akan menimbulkan dampak buruk dalam segala sendi kehidupan masyarakat. Dampak buruk tersebut akan dirasakan seperti terjadinya tindak pidana yang akan mengganggu keamanan dan kenyamanan masyarakat pada umumnya.

Bahwa peran negara dalam memberikan pelayanan seperti menjamin terselenggaranya pendidikan, kesehatan merupakan keharusan yang dilakukan oleh negara sehingga terciptanya suatu kondisi dimana masyarakat akan hidup lebih baik. Tidak berlebihan jika para ahli menyatakan bahwa hakikat sebuah negara dapat diukur dengan ada atau tidaknya kesejahteraan dalam masyarakat.¹¹

Dalam Islam juga dikenal suatu konsep dengan istilah; *Baldatun Thayyibatun Wa Rabbun Ghafur* artinya negara yang adil makmur dan rakyatnya sejahtera. Sebagaimana diyakini bahwa Allah adalah Dzat yang Maha Sempurna dan Maha Mengetahui, ilmunya meliputi segala sesuatu dan Allah telah memilih kota Makkah sebagai satu tempat di bumi yang lebih utama dibanding tempat-tempat yang lain.

Ini semua adalah bukti dari kesempurnaan Ilmu Allah yang mengetahui rahasia dan hakikat sesuatu, istilah ini terdapat di dalam Al- Quranul karim. Untuk mengetahui profil negeri *Baldatun Thayyibatun Wa Rabbun Ghafur*, Allah mengabarkan dalam Qur'an Surat Saba ayat 15. Artinya:

"Sesungguhnya bagi kaum saba' ada tanda (kekuasaan Tuhan) ditempat kediaman mereka yaitu dua buah kebun disebelah kanan dan sebelah kiri. (kepada mereka dikatakan): "Makanlah olehmu dari rizki yang (dianugerahkan) Tuhanmu dan bersyukurlah kamu kepadanya.

¹¹ Muslim Mufti, Didah Durrotun Naafiisah, *Teori Teori Demokrasi*, Op. Cit, hlm 174

(Negerimu) adalah Negeri yang baik dan (Tuhanmu) adalah Tuhan yang Maha Pengampun”

Keberkahan yang diberikan Allah kepada Negeri Saba tercatat dalam sejarah, penduduknya adalah penduduk yang senantiasa tunduk dan patuh dalam menjalankan perintah Allah, bebas dari kesyirikan dan kedzaliman serta selalu mensyukuri nikmat yang Allah berikan. Sungguh mereka mencintai Allah, adapun akhlak kaum Saba' yaitu mereka kebanyakan senantiasa meninggalkan pekerjaan yang mengandung kebohongan, baik dalam ucapan maupun tindakan. Kaum Saba' benar-benar jujur dalam berkata dan bekerja. Sehingga mereka mendapat ganjaran berupa taufik yaitu peningkatan nilai amal mereka, keunggulan dan keberhasilan yang mencakup semua bidang pekerjaan. Seperti berdagang, predikat *Baldatun Thayyibatun wa rabbun ghafur* yang telah diraih kaum Saba dapat dipraktikkan oleh negara manapun termasuk Indonesia, karena Indonesia merupakan negara yang sumber daya alamnya sangat luar biasa dibandingkan dengan negara manapun di dunia.

Dalam sejarah peradaban Indonesia khususnya dalam pewayangan terdapat istilah yang terkenal adalah *gemah ripah loh jinawi*, bahwa suatu negara akan makmur aman sentosa dan rakyatnya hidup sejahtera bila rajanya/pemimpinnya berbudi luhur, bijaksana dan selalu bertindak adil tidak pilih kasih. Raja/ pemimpin yang berkarakter seperti itu pasti akan selalu disayangi oleh rakyatnya. Raja/pemimpin yang berbudi luhur, bijaksana dan selalu bertindak adil itu dalam pengertian masyarakat Jawa dimaksudkan agar beliau menerapkan kepemimpinan dilandasi filosofi sebagaimana petuah kepemimpinan yang disebut “Hasta brata”.

Hasta berarti delapan sedangkan brata bermakna laku/lampah/sifat. Petuah ini diberikan oleh Rama Wijaya (titisan Wisnu) kepada Wibisana saat

dinobatkan sebagai raja Alengka menggantikan kakaknya, Rahwana yang telah gugur melawan Rama Wijaya, dan juga oleh Kresna (titisan Wisnu) kepada Arjuna yang ditakdirkan akan menjadi pewaris yang menurunkan para raja. Inti petuah ini adalah mengajarkan hendaknya para raja/pemimpin dapat merasuk dan menetralkan sifat delapan benda alam dalam menjalankan kepemimpinannya, yakni bumi, matahari, bulan, bintang, samudera, angin, air dan api.

Secara singkat pemimpin akan senantiasa berusaha mensejahterakan kehidupan warganya sebagaimana bumi menjadi tempat hidup dan kehidupan bagi manusia, hewan dan tumbuhan. Dengan sabar namun pasti memberikan dorongan kekuatan kepada warganya untuk menapaki kehidupan sebagaimana matahari senantiasa memberi sinar kehidupan seluruh jagat raya. Memberikan ketenteraman dan harapan terlepas dari kesusahan hidup sebagaimana bulan memberikan suasana teduh menyinari cahayanya di malam gelap.

Pemimpin akan menjadi panutan perikehidupan pribadinya sebagaimana bintang bersinar indah dan menjadi penunjuk arah bagi bahtera di malam hari. Sabar, lapang dada dan luas jangkauan pemahaman kemanusiaannya sehingga mampu memahami dan memberi solusi segala permasalahan warganya sebagaimana samudra yang luas dan menerima segala yang mengalir kepadanya tanpa mampu mengeruhkan airnya. Sifat angin yang lembut, merambah di segala ruang dan waktu memberi nafas kehidupan akan mengilhami pemimpin untuk berlaku penyayang, adil, siap, dan selalu waspada menjaga kesejahteraan kehidupan warganya. Sedangkan air selalu mencari tempat yang rendah mengajarkan pemimpin semestinya selalu rendah hati, tidak sombong apalagi arogan menyakiti hati dan berlaku semena-mena. Namun juga harus meniru sifat

api yang panas membara membakar apapun yang menyentuhnya, artinya tegas lugas tidak pandang bulu, "*rawe-rawe rantas malang-malang putung*" membela keyakinan atas perjuangannya membela kebenaran serta kedaulatan dan kewibawaan negara demi kesejahteraan warganya.¹²

Dalam konteks ini sejarah mencatat bahwa para *founding father* seperti Muh. Yamin dalam sidang Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) pada tanggal 29 Mei 1945, mengemukakan pendapatnya tentang dasar negara sebagai berikut ;

- I) Peri Kebangsaan,
- II) Peri Kemanusiaan,
- III) Peri Ketuhanan,
- IV) Peri Kerakyatan, (a. Permusyawaratan. b. Perwakilan. c. Kebijakanaksanaan),
- V) Kesejahteraan Rakyat.¹³

Kemudian berikutnya pada tanggal 1 Juni 1945, didalam pidato Soekarno mengemukakan pendapatnya tentang dasar negara Indonesia Merdeka yang dikenal dengan nama Pancasila atas saran salah seorang teman ahli bahasa terdiri dari lima prinsip yang rumusannya sebagai berikut ;

- 1) Nasionalisme (kebangsaan Indonesia),
- 2) Internasionalisme (peri kemanusiaan),
- 3) Mufakat (demokrasi),
- 4) Kesejahteraan sosial,
- 5) Ketuhanan Yang Maha Esa (Ketuhanan Yang Berkebudayaan).¹⁴

Dengan melihat pokok-pokok pikiran para pendiri negara ini maka jelas bahwa Indonesia sebagai salah satu negara yang mengusung gagasan negara kesejahteraan, hal ini dapat dilihat dalam pembukaan Undang-Undang Dasar

¹² Heri Syambodo, Gemah Ripah Loh Jinawi, <https://www.google.com/gemah+ripah+loh+jinawi+herisyambodo.blokdetik.com>, 06-09-2015

¹³ H Kaelan MS, *Pendidikan Pancasila*, (Yogyakarta : Paradigma, 2002), hlm 38

¹⁴ Ibid, hlm 40

1945 dimana mengekspresikan gagasan negara kesejahteraan. Dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 tertangkap semangat yang amat kuat bahwa para *founding father* ingin membangun negara kesejahteraan, meskipun tidak secara tegas atau normatif dalam Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, namun harus diingat bahwa membaca sebuah teks hukum tidak cukup hanya dengan melihat apa yang tertuang secara tekstual. Seperti yang dikemukakan oleh Philipus M Hajon dan Tatiek Sri Djatmiati menyebutkan bahwa norma harus diawali dengan pendekatan konseptual, karena norma sebagai suatu bentuk proposisi tersusun atas rangkaian konsep.¹⁵

Secara cermat melihat rumusan pembukaan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, maka pokok-pokok pikiran terkait dengan tujuan negara yang berhubungan dengan konsep negara kesejahteraan sebagai berikut, "Bahwa sesungguhnya kemerdekaan itu adalah hak segala bangsa, dan oleh sebab itu maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan. Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan tumpah darah Indonesia dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial." Dengan demikian secara konstitusional gagasan kesejahteraan sosial yang telah diatur dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, maka merupakan sebuah kewajiban konstitusional yang wajib dilaksanakan bagi seluruh rakyat Indonesia dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.

Masyarakat yang tidak sejahtera seperti sosial ekonomi yang buruk, kemiskinan atau kesengsaraan dalam masyarakat merupakan unsur sosiologis

¹⁵ Philipus M Hajon , Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum*, (Yogyakarta : Gajah mada University Press), hlm 38-39

terjadinya kejahatan, demikian juga dengan anak sebagai pelaku tindak pidana. Menurut Purnianti Mangunsong, bahwa sekitar 80 % anak-anak yang berhadapan dengan hukum berasal dari keluarga yang orang-tuanya bermata pencarian buruh bangunan, karyawan pabrik, pedagang kecil, sopir, dan petani gurem.¹⁶

Ekonomi yang buruk dapat mengakibatkan keadaan anak-anak dari keluarga yang tak mampu menjadi tidak menentu karena kebutuhan sehari-hari tidak terpenuhi, hal inilah yang mendorong anak melakukan tindak pidana seperti pencurian, pencopetan, dan penodongan. W.A. Bonger menyatakan; kemiskinan mendorong kepada kejahatan dan menjadi motif sebab struktur dari kapitalis menghasilkan konflik-konflik yang tak terhitung jumlahnya.¹⁷ Menurut Mathew Hole bahwa kemiskinan sama halnya membiarkan manusia dalam keadaan kacau dan tidak tenang, memerangi kemiskinan adalah suatu tindakan kearifan sipil dan kearifan politik.¹⁸ Seperti yang dikutip oleh Luthfi J. Kurniawan dalam buku, *Negara Kesejahteraan Dan Pelayanan Sosial*.

Memahami negara kesejahteraan dapat memberikan gambaran bahwa seorang anak yang melakukan tindak pidana tidak berdiri sendiri tetapi ada sebab akibat, banyak faktor penyebab tetapi yang dianggap dominan adalah faktor ekonomi berhubungan langsung dengan kesejahteraan. Karena kesejahteraan anak merupakan tujuan dari peradilan anak atau seluruh kegiatan

¹⁶ Purnianti Mangunsong,, Pendekatan Restorative Justice dalam Sistem Peradilan Pidana Anak, Materi makalah Paparan Temu Konsultatif KPAI dengan Pemerintah Kerajaan Swedia, (Jakarta : 28-29 Oktober 2009)

¹⁷ A. Qirom Syamsudin Meliala, E. Sumaryono, *Kejahatan Anak Suatu Tinjauan dari Psikologi dan Hukum*, (Yogyakarta : Liberty, 1985), hlm 36

¹⁸ Luthfi J. Kurniawan dkk, *Negara Kesejahteraan Dan Pelayanan Sosial*, (Malang : Intrans Publishing, 2015), hlm 11

harus selalu menguntungkan dan memajukan kesejahteraan anak demi perkembangan pribadinya.

Dengan demikian teori negara kesejahteraan yang akan digunakan sebagai pisau analisis dalam disertasi ini adalah teori *Social Insurance Welfare State* atau teori negara kesejahteraan jaminan sosial oleh *Gosta Esping Andersen* bahwa teori ini dicirikan dengan sistem jaminan sosial yang tersegmentasi serta peran penting keluarga sebagai penyedia pasok kesejahteraan. Teori ini sebagai pisau analisis untuk menjawab masalah pertama yaitu apa dasar filosofi pidana kerja sosial terhadap perlindungan anak sebagai pelaku tindak pidana di masa yang akan datang.

2.1.2. Teori Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia merupakan hak yang melekat dengan kuat di dalam diri manusia, keberadaannya diyakini sebagai bagian yang tak terpisahkan dari kehidupan manusia. Hak asasi manusia adalah hak-hak dasar yang dimiliki setiap manusia semata mata karena dia adalah manusia, didasarkan pada prinsip bahwa setiap orang dilahirkan setara dalam harkat dan hak-haknya. Kesetaraan adalah prinsip dasar yang memastikan bahwa setiap manusia dilahirkan bebas dan setara, setiap manusia memiliki hak yang sama dan layak menerima tingkat penghormatan yang sama, dan non diskriminasi bahwa tidak ada seorangpun ditolak hak asasinya karena faktor usia, etnis asal, jenis kelamin dan sebagainya,

Munculnya istilah hak asasi manusia pada mulanya adalah keinginan manusia secara universal agar diakui dan dilindungi hak dasar manusia, istilah tersebut bertalian erat dengan realitas sosial politik yang berkembang dan sebagai reaksi atas tindakan yang dilakukan oleh penguasa. Hak asasi manusia adalah alat untuk melindungi orang dari kekerasan dan kesewenang-wenangan.

Asal usul gagasan mengenai hak asasi manusia bersumber dari teori hak kodrati (*natural rights theory*). Teori kodrati mengenai hak bermula dari teori hukum kodrati (*natural law theory*), yang terakhir ini dapat dirunut kembali sampai jauh kebelakang hingga ke zaman kuno dengan filsafat Stoika hingga ke zaman modern melalui tulisan-tulisan hukum kodrati Santo *Thomas Aquinas*.¹⁹

Dengan landasan inilah *John Locke* seorang terpelajar pasca Renainsans mengembangkan dan mengajukan pemikiran mengenai teori hak kodrati dan yang kemudian melatar belakangi munculnya hak kodrati dalam revolusi di Inggris, Amerika maupun Perancis pada abad ke 17 dan 18. Pandangan ini tidak berjalan mulus karena mendapat tantangan dari *J. Bentham* yang mengatakan bahwa hak dan hukum merupakan hal yang sama. Baginya hak adalah anak kandung hukum, dari berbagai fungsi hukum maka lahirlah berbagai jenis hak.

Pendapat dari kaum *utilitarian* mendapat dukungan dari kaum positivis dengan tokohnya *John Austin* yang berpendapat bahwa eksistensi dan isi hak hanya dapat diturunkan dari hukum negara. Satu-satunya hukum yang sah adalah perintah dari yang berdaulat, ia tidak datang dari alam atau moral.²⁰ Yang menarik adalah bahwa walaupun teori hak-hak kodrati mendapat kecaman tetapi teori ini mengilhami munculnya gagasan hak asasi manusia Internasional.

Gerakan hak asasi manusia terus berkembang bahkan telah menembus batas-batas teritorial sebuah negara dan hak asasi manusia selalu diperbincangkan seiring dengan kesadaran manusia atas hak yang dimilikinya. Hak asasi manusia dianggap sebagai hak yang dimiliki setiap manusia, yang melekat atau inheren dan melekat pada diri manusia sejak lahir. Kesadaran

¹⁹ Rhona K.M.Smith, at.al, *Hukum Hak Asasi Manusia*,(Yogyakarta: PUSHAM UII, 2008), hlm 7-8

²⁰ Ibid, hlm 10

manusia akan hak asasi berasal dari keinsyafan terhadap harga diri, harkat, dan martabat yang melekat pada dirinya sebagai karunia Tuhan. Hak asasi manusia bukan masalah baru bahkan sejak Nabi Musa telah memperjuangkan kemerdekaan umat Yahudi dari perbudakan di Mesir, manusia menyadari tentang pentingnya penegakan hak dalam membela kemerdekaan, kebenaran, dan keadilan.²¹

Dalam tataran konseptual maka teori Hak Asasi Manusia dapat dikelompokkan kedalam dua bagian yaitu;

1) Teori Universalis (*Universalist theory*)

Berangkat dari konsep universalisme moral dan kepercayaan akan keberadaan moral universal yang melekat pada seluruh umat manusia, dan meletakkan keberadaan moral yang bersifat lintas budaya dan lintas sejarah yang dapat diidentifikasi secara nasional. Doktrin hukum alam adalah kepercayaan akan eksistensi suatu moral alami yang didasarkan atas kepentingan kemanusiaan yang bersifat fundamental. Oleh sebab itu hak alami diperlakukan sebagai hak yang dimiliki individu terlepas dari nilai-nilai masyarakat maupun negara.²²

2) Teori Relativisme Budaya (*Cultural Relativism Theory*)

Gagasan ini menyatakan bahwa kebudayaan merupakan satu-satunya sumber keabsahan hak atau kaidah moral. Oleh karena itu hak asasi manusia dianggap perlu difahami dari konteks kebudayaan masing-masing negara. Semua kebudayaan mempunyai hak hidup serta martabat yang sama yang harus dihormati. Gagasan ini diusung oleh negara-

²¹ Ramdlon Naning, *Cita Dan Citra Hak Hak Asasi Manusia Di Indonesia*, (Jakarta : Lembaga Kriminologi UI Program Penunjang Bantuan Hukum Indonesia, 1983), hlm 8

²² Rhona K.M. Smith, at,al, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Op.Cit, hlm 17

negara yang sedang berkembang seperti negara-negara Islam.

Kemudian tokoh-tokoh di Asia Tenggara seperti Mahathir Mohammad berpendapat bahwa saat kemiskinan dan tidak tersedianya pangan yang memadai masih merajalela dan kebutuhan-kebutuhan dasar rakyat tidak terjamin maka prioritas mesti diberikan kepada pembangunan ekonomi. Lee Kwan Yew menyebutkan bahwa untuk bangsa Asia yang utama adalah pembangunan ekonomi yang ditopang dengan kepemimpinan yang kuat, bukan memberikan kebebasan dan hak asasi manusia. Yang terakhir hak asasi akan diberikan apabila negara mampu menstabilkan pertumbuhan ekonomi dan memberi kesejahteraan kepada rakyat²³

Perkembangan pemikiran hak asasi manusia di Indonesia mengalami masa pasang surut hal ini dapat dilihat dalam sejarah pergerakan Indonesia, mulai dari tahun 1908 sampai masa kini. Pada prinsipnya konsep pemikiran hak asasi manusia di Indonesia tidak semata-mata sebagai konsep tentang hak-hak asasi individual, melainkan melekat kewajiban-kewajiban asasi. Pemikiran hak asasi manusia mulai timbul sejak tahun 1908, karena ada kesadaran akan pentingnya pembentukan suatu negara bangsa. Di awal pergerakan konsep hak asasi manusia yang mengemuka adalah hak atas kemerdekaan, artinya hak sebagai bangsa yang merdeka dan bebas menentukan nasib sendiri.

Bahkan konsep pemikiran mengenai hak untuk turut serta dalam pemerintahan telah dikemukakan oleh Budi Utomo. Pemikiran tentang demokrasi asli bangsa Indonesia yang antara lain dikemukakan oleh Hatta, makin memperkuat anggapan bahwa HAM telah dikenal oleh bangsa Indonesia.²⁴

²³ Ibid, hlm 19

²⁴ Bagir Manan, *Perkembangan Pemikiran Dan Pengaturan Hak Asasi Manusia Di Indonesia*, (Bandung : PT Alumni , 2001), hlm 222

Pemikiran hak asasi manusia menjadi sangat penting ketika terjadi perdebatan tentang Rancangan Undang-Undang Dasar oleh Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI).

“Pemahaman bahwa HAM bersifat universal, dan oleh karenanya butir-butir HAM yang terdapat dalam *droit de l’homme et du citoyen* harus diakomodasi. Pihak lain, yang bertolak dari paham kekeluargaan yang menjadi dasar UUD, menganggap tidak semua butir perlu dimasukkan. Paham kekeluargaan yang bertolak dari teori integralistik menganggap hak mengeluarkan pikiran dan pendapat merupakan hak yang bersumber dari Individualisme. Sementara pihak lain berpendapat bahwa hak itu harus dijamin justru untuk menghindarkan timbulnya Negara kekuasaan “. ²⁵

Tepatnya pada tanggal 14 Juli 1945 Badan Penyelidik bersidang dan menghasilkan susunan Undang-Undang Dasar yang diusulkan terdiri atas 3 bagian yaitu; (a) Pernyataan Indonesia merdeka, (b) Pembukaan yang di dalamnya terkandung dasar Negara Pancasila, dan (c) Pasal-pasal Undang-Undang Dasar. Dengan demikian pemikiran hak asasi manusia dan Pancasila bukan sesuatu yang baru tetapi jauh sebelum Indonesia merdeka sudah diperjuangkan oleh bangsa Indonesia dalam rangka mencapai cita-cita kemerdekaan untuk menentukan nasib sendiri.

Dalam konstitusi UUD Negara RI Tahun 1945 secara implisit dalam Preamble menyebutkan Negara RI menjunjung tinggi Hak Asasi Manusia. Pancasila yang terdapat dalam Preamble UUD Negara RI Tahun 1945, sebagai falsafah bangsa secara tegas menempatkan sila ke 2 dalam Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab, bahwa Negara memperlakukan setiap warga negara atas dasar pengakuan martabat manusia dan nilai-nilai kemanusiaan. Oleh karenanya sila kedua ini menolak kekerasan yang dilakukan terhadap warga negara baik oleh negara maupun kelompok atau individu.

Todung Mulya Lubis dalam buku *In Search of Human Rights Legal Political*

²⁵ Ibid, hlm 223

Dilemmas of Indonesia's New Order 1966-1990, menjelaskan bahwa ada tiga teori mengenai Hak Asasi Manusia yaitu ;

- 1) *"Natural Right* atau hak hak alami; bahwa hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki oleh seluruh manusia pada segala waktu dan tempat berdasarkan takdirnya sebagai manusia (*Human rights are rights that belong to all times and in all places by virtue of being born as human beings*),
- 2) *Positivist Theory* atau teori positivis; bahwa hak asasi harus tertuang dalam hukum yang riil, maka dipandang sebagai hak melalui adanya jaminan konstitusi (*Rights, then, should be created and granted by Constitutions, law or contracts*),
- 3) *Relativist Cultural* bahwa hak itu bersifat universal merupakan pelanggaran satu dimensi kultural yang lain atau disebut dengan imperialisme kultural. Penekanan dari teori ini adalah bahwa manusia merupakan interaksi sosial dan kultural serta perbedaan tradisi budaya dan peradaban dan perbedaan cara pandang kemanusiaan ".²⁶

Menurut Iredell Jenkins dalam buku *Social Order and the Limits of Law*, dinyatakan bahwa:

"Shocked by the experiences through which they had passed and thus made vividly aware of the abject conditions under which millions of men lived and the abuses to which they were subjected, the nations of the world disavowed the past and proclaimed their determination to create a brighter future. Human rights are the vehicle they those to delineate the contours of this future and to spell out its most important features".²⁷

Terjemahan bebas; "menyadari berbagai pengalaman dimasa yang lalu dimana kondisi objek dari jutaan orang hidup dan menjadi sasaran pelanggaran, bangsa bangsa didunia mengingkari masa lalu dan menyatakan tekad untuk menciptakan masa depan yang lebih cerah. Hak asasi manusia sebagai kendaraan bagi mereka untuk menggambarkan bentuk masa depan untuk menguraikan fitur yang paling penting ".

Sangat tidak mudah untuk menerima konsep universalitas hak asasi manusia dalam beragam budaya, tradisi dan agama. Untuk itu diperlukan

²⁶ Todung Mulya Lubis, *In Search of Human Rights Legal Political Dilemmas of Indonesia's New Order 1966-1990*, (Jakarta : PT Gramedia Pustaka Utama, 1993), hlm 15-24

²⁷ Iredell Jenkin, *Social Order and the Limits of Law*, (New Jersey : Priceton University Press, 1980), hlm 250

kesamaan konsep dan prinsip tentang martabat umat manusia. Berbagai agama dan keyakinan mengakui martabat manusia sebagai individu dengan berbagai ragam cara dan sistem. Oleh karena itu di dalam mukadimah Perjanjian Internasional Hak Sipil dan Politik dari PBB dirumuskan; "*These rights derive from the inherent dignity of the human person*" (Hak-hak ini berasal dari martabat yang inheren dalam manusia).²⁸

Pada tahun 1946 setelah usai Perang Dunia II, disusunlah rancangan piagam hak asasi manusia oleh organisasi kerjasama untuk sosial ekonomi Perserikatan Bangsa Bangsa yang terdiri dari 18 anggota, kemudian pada tanggal 10 Desember 1948 dalam Sidang Umum PBB dari 58 negara yang terwakili menghasilkan karya besar adalah berupa *Univesal Declaration of Human Rights* (Deklarasi Hak Asasi Manusia) yang terdiri dari 30 pasal.

Majelis Umum PBB memproklamkan pernyataan tentang hak asasi manusia yang menyeruhkan seluruh anggota dan seluruh bangsa agar memajukan dan menjamin pengakuan dan pematuhan hak-hak dan kebebasan yang termaktub dalam pernyataan tersebut. Mukadimah pernyataan tersebut menjelaskan bahwa sesungguhnya hak-hak kodrati yang diperoleh setiap manusia berkat pemberian Tuhan tidak dapat dipisahkan dari hakekatnya dan karena itu setiap manusia berhak akan kehidupan yang layak, kebebasan, keselamatan dan kebahagiaan pribadi.

Langkah PBB memperkuat hak asasi manusia dapat dilihat yaitu sampai tahun 1990, PBB dan Organisasi-organisasi Internasional lainnya telah memiliki

²⁸ Miriam Budiardjo, *Menggapai Kedaulatan untuk Rakyat*, (Bandung : Mizan , 1998), hlm 40

75 instrumen/alat hukum yang melindungi hak asasi manusia.²⁹ Dari berbagai instrumen/alat hukum satu diantaranya adalah *Convention on the Rights of the Child* (Konvensi Hak Hak Anak). Munculnya beragam piagam, jelas bahwa dalam masa globalisasi, universalitas hak asasi manusia tidak diragukan lagi. Akan tetapi dipihak lain diakui pula bahwa implementasi hak asasi dapat memberikan warna khusus keadaan sosial ekonomi, kebudayaan, dan agama masing-masing negara.³⁰

Terkait dengan hak anak, ada anggapan bahwa hak-hak anak telah cukup dilindungi dalam instrumen-instrumen hak asasi yang ada, khususnya *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, namun pada tahun 1979, tahun kanak-kanak disepakati bahwa sebuah kelompok kerja CHR harus menyusun sebuah konvensi yang akan mengefektifkan hak-hak tertentu yang berorientasi pada anak.³¹ Konvensi PBB mengenai Hak-Hak Anak disetujui oleh Majelis Umum pada tanggal 20 November tahun 1989 dan mulai berlaku 1990.

Konvensi Hak-Hak Anak disamping memberikan definisi tentang anak yaitu; setiap orang yang berusia dibawah 18 tahun, kecuali berdasarkan undang-undang yang berlaku bagi anak itu, kedewasaan dicapai lebih dini. Juga mencantumkan hak-hak baru yang dilindungi adalah hak atas sebuah nama, hak untuk mengetahui orang tuanya dan diasuh oleh mereka, dipertahankannya identitas anak, kebebasan dari perlakuan buruk seksual dan eksploitasi seksual, obat-obat dan perdagangan narkotik.³²

Dalam perspektif Islam hak asasi manusia terdapat dalam setiap

²⁹ A. Masyhur Effendi, *Hak Asasi Manusia Dalam Hukum Nasional dan Internasional*, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1994), hlm 68

³⁰ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Jakarta : Gramedia Media pustaka Utama, 2010), hlm 213

³¹ Scott Davidson, *Hak Asasi Manusia*, (Jakarta : PT Temprint, 1994), hlm 135

³² Ibid

kehidupan dan amat strategis dalam menegakkan dan meningkatkan kehidupan kualitas kemanusiaan. Hal ini tergambar dalam Piagam Madina yang ditanda tangani bersama oleh Nabi Muhammad 622 M di kota Madina berisi perjanjian bersama untuk saling melindungi dengan jaminan hak-hak dan kewajiban-kewajiban asasi setiap warga untuk hidup bersama membangun peradaban.³³ Hak asasi dan kewajiban asasi antara lain dapat ditunjukkan mempunyai nilai keutamaan akhlak, apabila dilakukan dengan cara menegakan keadilan atau menyampaikan perkataan yang benar dihadapan penguasa yang menyeleweng. Dalam hubungan ini terlihat bahwa proses penegakkan hukum dan keadilan menuntut adanya spirit amar ma'ruf nahi mungkar.³⁴

Menghormati dan memelihara hak asasi merupakan suatu keniscayaan dalam Islam, karena Islam merupakan agama pertama yang mendeklarasikan dan memperjuangkan hak asasi manusia. Tujuan pokok ajaran Islam (*maqasidusy syari'ah*) dengan jelas merefleksikan penghormatannya terhadap hak asasi manusia dan yang harus dipelihara yakni jiwa, agama, akal, harta benda, dan keluarga.³⁵ Prinsip-prinsip hak asasi manusia dalam Islam dibangun diatas dua prinsip utama yaitu; (1) prinsip persamaan manusia, Allah menciptakan manusia dari jiwa yang satu, seluruh umat manusia merupakan saudara dalam keluarga besar kemanusiaan yang menafikan segala bentuk kasta dan strata. (2) prinsip kebebasan setiap individu, karena manusia adalah mahluk yang diberi tugas dan tanggung jawab untuk memakmurkan bumi serta membangun peradaban manusia.

³³ Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Konstitusi Sosial, Institusionalisasi dan Konstitusionalisasi Kehidupan Sosial Masyarakat Madani*, (Jakarta : LP3ES, 2015), hlm 193

³⁴ Bambang Sutiyoso, *Reformasi Keadilan Hukum Di Indonesia*, (Yogyakarta: UII Press, 2010), hlm 172

³⁵ Tafsir Alqur'an Tematik jilid 9, *Lajnah Pentashihan Mushaf Alqur'an Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama* (Jakarta : Kamil Pustaka, 2009), hlm 10

Islam memberikan kebebasan kepada manusia untuk menentukan pilihan tanpa paksaan seperti firman Allah dalam Al Qur'an, Al Kahf Surat 18 : 29 "Barang siapa yang ingin beriman hendaklah ia beriman, dan barangsiapa yang ingin kafir biarlah ia kafir. Prinsip kebebasan dalam Islam mencakup seluruh aspek kehidupan manusia; kebebasan beragama, kebebasan berpolitik, kebebasan berpikir, kebebasan berekspresi dan kebebasan berserikat.³⁶

Sejak 1400 Tahun yang lalu, hak-hak tertentu telah mendapat jaminan berdasarkan Al Qur'an yaitu hak hidup, keamanan diri, kemerdekaan, perlakuan yang sama (non diskriminasi), kebebasan berfikir, keyakinan, beribadah, perkawinan, kemerdekaan hukum, dan lain-lain.³⁷ Prinsip dalam Al Qur'an adalah persamaan manusia dan tidak mengakui keutamaan faktor lain seperti keturunan ras dan sebagainya sama sekali tidak ada ruang, hal ini dapat di buktikan dalam hadist Rasulullah "Sesungguhnya semua manusia adalah sama seperti gigi sisir, bangsa Arab tidak lebih tinggi dibanding dari bangsa non arab kecuali dalam ketakwaan".

Dengan demikian maka teori hak asasi manusia yang akan digunakan sebagai pisau analisis dalam disertasi ini adalah teori yang dikemukakan oleh Todung Mulya Lubis bahwa hak asasi manusia adalah yang dimiliki oleh seluruh manusia pada segala waktu dan tempat berdasarkan takdirnya sebagai manusia dan harus tertuang dalam hukum yang riil dan dijamin dalam konstitusi. Teori ini sebagai pisau analisis untuk menjawab masalah yang pertama yaitu apa dasar filosofi pidana kerja sosial terhadap perlindungan anak sebagai pelaku tindak pidana di masa yang akan datang.

³⁶ Ibid, hlm 11

³⁷ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam, Penegakan Syariat Dalam Wacana dan Agenda*, (Jakarta: Gema Insani, 2003), hlm 68

2.1.3. Teori Keadilan

Persoalan keadilan terkadang menjadi bahan perdebatan yang tiada akhir, dan selalu menjadi yang menarik untuk dibicarakan. Keadilan tidak dapat dipisahkan dengan konsep keadilan, keadilan dapat merujuk pada apa yang disebut hak dan kewajiban. Jika seseorang telah menjalankan kewajibannya, maka dia berhak mendapatkan apa yang menjadi haknya. Jika seseorang belum menjalankan kewajiban yang harus dikerjakan, maka haknya belum dapat diterima, keadilan pada akhirnya berkaitan langsung dengan hak dan kewajiban. Kewajiban adalah bentuk pasif dari tanggung jawab. Sesuatu yang dilakukan karena tanggung jawab adalah kewajiban. Kewajiban tidak memperhitungkan untung atau balasan. Ia lakukan karena tuntutan suara hati, bukan karena pertimbangan pikiran. Ia adalah suruhan dari dalam.³⁸

Prinsip keadilan yang harus ditegakkan meliputi; keadilan warga Negara dalam menerima keamanan, hak sipil dan hak politik. Negara wajib melindungi dan memberikan kepada setiap warga negara akan hak-haknya. Jika negara tidak dapat memberikan maka sebenarnya negara telah berlaku dhalim. Keadilan hanya dapat ditegakkan apabila negara melaksanakan asas keadilan, setiap orang hendaknya memiliki hak yang sama untuk mendapatkan kebebasan dasar dan perbedaan sosial dan ekonomi hendaknya diatur sedemikian rupa, sehingga memberi manfaat yang besar bagi mereka yang kurang beruntung, dan bertalian dengan jabatan serta kedudukan yang terbuka bagi semua orang berdasarkan persamaan yang layak.

Pemikiran tentang keadilan menyebabkan kehidupan hukum ini mempunyai dinamika. Hukum positif yaitu hukum yang dibuat dan dijalankan

³⁸ Muhammad Erwin, *Filsafat Hukum Refleksi Kritis terhadap Hukum*, (Jakarta : Rajawali Pers, 2011), hlm 244

dalam suatu wilayah tertentu senantiasa dihadapkan dengan tuntutan keadilan, sehingga menimbulkan kehidupan hukum yang selalu dinamis.³⁹ Oleh karena itu kehidupan hukum tidak akan pernah final, melainkan selalu merupakan perjuangan hal ini karena ada hukum yang dianggap ideal, maka konsep keadilan dalam kehidupan hukum positif yang berlaku sekarang, senantiasa diuji oleh hukum yang dianggap ideal tersebut.

Setiap pembicaraan mengenai hukum senantiasa tidak akan dilepaskan dengan pembicaraan mengenai keadilan. Membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antara manusia adalah membicarakan keadilan. Dengan demikian, setiap pembicaraan mengenai hukum jelas atau samar-samar, senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula.⁴⁰

Ruti G. Teitel dalam buku *Keadilan Transisi Sebuah Tinjauan Komperhensif* menjelaskan, sebuah konsep baru tentang keadilan transisi sebagai berikut:

"Praktik tradisional selama setengah abad terakhir menunjukkan bahwa selalu terdapat masalah peradilan yang ditimbulkan dari pergeseran norma paradigmatik yang mencirikan transisi. Meskipun terdapat ekspansi dramatik dalam pertanggung-jawaban pidana dalam tingkat abstrak, pelaksanaannya masih tertinggal jauh. Praktik suksesor menunjukkan suatu pola penyelidikan pidana yang dilanjutkan proses pengadilan, namun dengan sanksi yang ringan atau tidak ada sama sekali. Sementara hukuman secara umum dieksploitasikan sebagai praktik tunggal yang mencakup proses penentuan dan penghukuman kesalahan, dalam sanksi pidana transisional, elemen-elemen penentu dan pemberian sanksi menjadi terpisah satu sama lain. Proses pidana parsial yang menyusul, yang dikenal sebagai sanksi terbatas adalah yang membedakan peradilan pidana dalam masa transisi".⁴¹

³⁹ Satjipto Raharjo, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, (Jakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 159.

⁴⁰ *Ibid*

⁴¹ Ruti G. Teitel, *Keadilan Transisi Sebuah Tinjauan Komperhensif*, (Jakarta: Elasm), hlm. 59.

Keadilan adalah bicara hak dan kewajiban, terkait dengan anak maka menurut Made Sadhi Astuti bahwa:

"Hak-hak anak sebaiknya dipahami sebagai suatu perwujudan adanya keadilan. Keadilan adalah suatu kondisi dimana setiap anak dapat melaksanakan hak dan kewajibannya secara seimbang, serta dapat mengembangkan diri mereka seutuhnya agar dapat berbudi luhur. Hak-hak anak berhubungan erat dengan kewajibannya, tanggung-jawabannya, ini tergantung pada situasi, kondisi mental, fisik, dan sosialnya. Melaksanakan kewajiban tertentu adalah juga hak seorang anak pada hakekatnya, seperti belajar, membantu orang tua, dan membela Negara. Oleh karena itu pemahaman mengenai hak dan kewajiban seorang anak harus dikembangkan sedini mungkin".⁴²

Prinsip keadilan menurut Hadi Supeno dibagi dalam 13 (tiga belas) Prinsip:

- (1) "pelaku kenakalan anak adalah korban; (2) setiap anak berhak agar kepentingan terbaiknya dijadikan sebagai pertimbangan utama; (3) tidak mengganggu tumbuh kembang anak; (4) setiap anak berhak untuk diperlakukan adil dan setara, bebas dari segala bentuk diskriminasi; (5) setiap anak berhak mengekspresikan pandangan mereka dan didegar pendapatnya; (6) setiap anak berhak dilindungi dari perlakuan salah, kekerasan, dan eksploitasi; (7) setiap anak diperlakukan dengan kasih sayang dan penghargaan akan harkat dan martabat sebagai manusia yang sedang tumbuh kembang; (8) setiap anak berhak atas jaminan kepastian hukum; (9) program pencegahan kenakalan remaja dan pencegahan terhadap perlakuan salah, kekerasan, dan eksploitasi secara umum harus menjadi bagian utama dari sistem peradilan anak; (10) perenggutan kebebasan dalam bentuk apapun harus selalu digunakan hanya sebagai upaya terakhir dan apabila terpaksa dilakukan hanya untuk jangka waktu yang paling singkat; (11) perhatian khusus harus diberikan kepada kelompok paling rentan dari anak, seperti anak korban konflik bersenjata, anak di daerah konflik sosial, anak di daerah bencana, anak tanpa pengasuh utama, anak dari kelompok minoritas, anak yang cacat, anak yang terimbas migrasi, dan anak yang terinfeksi HIV/AIDS; (12) pendekatan peka gender harus diambil disetiap langkah. Stigmasi dan kerentanan khas yang dialami anak perempuan dalam sistem peradilan harus diakui sebagai sebuah problem nyata yang banyak berkaitan dengan status dan peran gendernya sebagai anak perempuan; (13) mengembangkan perspektif futuristik dengan meniadakan penjara anak".⁴³

⁴² Made Sadhi Astuti, *Hukum Pidana Anak dan Perlindungan Anak*, (Malang: UNM Pers, 2002), hlm. 22-23.

⁴³ Hadi Supeno, *Kriminalisasi Anak Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pemidanaan*, (Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, 2010), hlm. 90-91.

Keadilan selalu dihubungkan dengan penyelesaian perkara di pengadilan, dan tentunya melibatkan setidaknya dua pihak yang masing-masing sedang terlibat konflik kepentingan satu dengan lainnya. Sehingga bisa saja terjadi ketika putusan hakim dijatuhkan akan dirasakan berbeda oleh kedua belah pihak, yaitu satu pihak merasa adil karena keinginannya dikabulkan, tetapi pihak yang lain merasa putusannya tidak adil karena keinginannya tidak terpenuhi. Sehingga hakekat keadilan itu implementasinya dalam praktik dirasakan adil atau tidak adil adalah berdasarkan penilaian masing-masing pihak, yang sangat mungkin berbeda secara diametral parameterinya.⁴⁴

Dalam tataran ideal, untuk mewujudkan putusan hakim yang memenuhi harapan pencari keadilan, yang mencerminkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat, ada beberapa unsur yang harus dipenuhi dengan baik. *Gustav Radbruch* mengemukakan idealnya dalam suatu putusan harus memuat *idee des recht*, yang meliputi 3 unsur yaitu keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian hukum (*Rechtsicherheit*) dan kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*).⁴⁵ Sebagaimana dikutip oleh Sudikno Mertokusumo dalam buku Mengenal Hukum Suatu Pengantar.

Salah seorang ahli hukum yang mengembangkan teori keadilan adalah John Rawls. Dalam bukunya *A Theory of Justice*, mengemukakan bahwa :

*"Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought. A theory however elegant and economica must be rejected or revised if it is untrue; likewise laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust"*⁴⁶

⁴⁴ Bambang Sutiyoso, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, hlm 9

⁴⁵ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta:Liberty,2004)hlm 15

⁴⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, (New York : Oxford University Press, 1976), hlm 3

Terjemahan bebas : Keadilan adalah kebajikan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran. Suatu teori betapapun elegan dan ekonomisnya, harus ditolak atau direvisi jika ia tidak benar. Demikian juga hukum dan institusi, tidak peduli betapapun efisien dan rapinya, harus direformasi atau dihapuskan jika tidak adil.

Kemudian John Rawls menjelaskan bahwa;

*"The first statement of the two principles read as follows:
First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similiar liberty for others.
Second: social and economic inequalities are to be arranged so thaht they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantages, and (b) attached to positions and offices open to all ".⁴⁷*

Terjemahan bebas: "Pernyataan pertama dari dua prinsip adalah sebagai berikut: pertama setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Kedua ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan semua orang, (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang".

Lebih lanjut *John Rawls* menguraikan tentang keadilan prosedural:

" Imperfect procedural justice exemplified by a criminal trial. The desired outcome is that the defendant should be declared guilty if and only if he has committed the offence with which he is charged. The trial procedure is framed to search for and to establish the truth in this regard. But is seems impossible to the design the legal rules so that they always lead to the correct result. The theory of trials examines which procedures and rules of evidence, and the like, are best calculated to advance this purpose consistent wiht the other ends of the law".⁴⁸

Terjemahan bebas: "Keadilan prosedural yang tidak sempurna dicontohkan oleh pengadilan kriminal. Hasil yang diinginkan adalah bahwa tersangka harus dinyatakan bersalah jika ia melakukan pelanggaran yang dituduhkan. Prosedur pengadilan diharapkan dapat mengungkap kebenaran. Namun tampaknya mustahil untuk merancang aturan-aturan hukum sehingga memberikan hasil yang tepat. Teori pengadilan menguji prosedur dan bukti mana yang paling terkalkulasi dengan baik agar konsisten dengan tujuan-tujuan hukum".

⁴⁷ Ibid, hlm. 60.

⁴⁸ Ibid, hlm 85

Salah satu tujuan hukum adalah tercapainya keadilan, keadilan adalah keseimbangan antara hak dan kewajiban. Dalam konteks putusan hakim peradilan, seringkali disinggung mengenai keadilan prosedural (*procedural justice*) dan keadilan substantif (*substantive justice*). Yang dimaksud dengan keadilan prosedural adalah keadilan yang didasarkan pada ketentuan-ketentuan yang dirumuskan dari peraturan hukum formal, seperti mengenai tenggang waktu, maupun syarat-syarat beracara di pengadilan. Sedangkan keadilan substantif adalah keadilan yang didasarkan pada nilai-nilai yang lahir dari sumber hukum yang responsif sesuai hati nurani.⁴⁹

Terkait dengan keadilan terhadap anak John Rawls menjelaskan bahwa :

"The first stage in the sequence of moral development I shall refer to as the morality of authority. While certain aspect of this morality are preserved at later stages for special occasions, we can regards the morality of authority in its primitive form is that of the child. I assume that sense of justice is acquired gradually by the younger members society as they grow up. The succession of generations and the necessity to teach moral attitudes (however simple) to children is one the conditions of human life."⁵⁰

Terjemahan bebas : Tahap pertama dalam urutan perkembangan moral disebut sebagai moralitas otoritas. Ketika aspek-aspek tertentu dari moralitas ini dipertahankan pada tahap berikutnya untuk keperluan khusus, kita dapat menganggap moralitas otoritas dalam bentuk primitifnya yaitu pada masa kanak-kanak. Saya menganggap bahwa rasa keadilan didapatkan secara bertahap oleh anggota masyarakat yang lebih muda ketika tumbuh dewasa. Pergantian generasi dan kebutuhan untuk mengajarkan sikap-sikap moral (betapapun sederhana) kepada anak-anak adalah salah satu dari berbagai kebiasaan kehidupan manusia.

Di dalam teori *John Rawls* ada beberapa prinsip-prinsip keadilan yang menarik diantaranya adalah prinsip bagi individu: kewajiban-kewajiban alamiah, contoh kewajiban alamiah adalah kewajiban untuk menolong orang lain ketika ia membutuhkan dan berada dalam bahaya, dengan syarat melakukan tanpa

⁴⁹ Bambang Sutiyoso, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, Op.Cit, hlm 9.

⁵⁰ John Rawls, *A Theory Of Justice*, Op. Cit, hlm 462

membahayakan diri sendiri, kewajiban untuk tidak menyakiti atau mengganggu orang lain dan kewajiban untuk tidak menyebabkan penderitaan yang tidak perlu. Dengan demikian tergambar bahwa prinsip ini memberikan peluang bagi pencari keadilan terutama anak sebagai pelaku tindak pidana untuk mendapatkan hukuman seadil-adilnya sesuai dengan perbuatan yang telah dilakukan, sebagai wujud dari salah satu prinsip kewajiban alamiah yaitu tidak menyebabkan penderitaan yang tidak perlu.

Dengan demikian teori yang digunakan sebagai pisau analisis dalam disertasi ini adalah teori keadilan prinsip-prinsip keadilan bagi individu dari *John Rawls* yaitu, kewajiban untuk menolong orang lain ketika ia membutuhkan dan berada dalam bahaya, dengan syarat melakukan tanpa membahayakan diri sendiri, kewajiban untuk tidak menyakiti atau mengganggu orang lain dan kewajiban untuk tidak menyebabkan penderitaan yang tidak perlu. Teori ini sebagai pisau analisis untuk menjawab rumusan masalah pertama yaitu apa dasar filosofi pidana kerja sosial terhadap perlindungan anak sebagai pelaku tindak pidana di masa yang akan datang dan rumusan masalah kedua yaitu bagaimana kebijakan formulasi perumusan norma pidana kerja sosial tentang jenis tindak pidana, batas usia minimum yang dapat dikenakan pidana kerja sosial, keberadaan anak selama masa menjalani ppidanaan pidana kerja sosial terhadap anak sebagai pelaku tindak pidana di masa yang akan datang.

2.1.4. Teori Kebijakan Hukum Pidana

Sebagai negara hukum maka hukum harus dipahami dan dikembangkan sebagai satu kesatuan sistem.

"Sebagai sebuah sistem hukum terdiri dari elemen-elemen: (1) Kelembagaan (institusional); (2) Kaedah aturan (instrumental); (3)

Perilaku subjek hukum yang menyangkut hak dan kewajiban yang ditentukan oleh norma-norma aturan (elemen subyektif dan kultural). Ketiga elemen sistem hukum tersebut mencakup: a) Kegiatan pembuatan hukum (*law making*); b) Kegiatan pelaksanaan hukum/penerapan hukum (*law administration*); c) Kegiatan peradilan atas pelanggaran hukum (*law adjudicating*) yang biasa disebut sebagai penegakan hukum dalam arti sempit (*law enforcement*); d) Pemasyarakatan dan pendidikan hukum (*law socialization and law education*); e) Pengelolaan informasi hukum (*law information management*)".⁵¹

Pemikir hukum yang dapat dianggap paling lengkap dalam mengkaji tentang sistem hukum adalah *Lawrence M Friedman*. Menurut *Friedman* bahwa setiap sistem hukum selalu mengandung tiga unsur yaitu; *structure, substance* dan *legal culture*. Ketiga unsur ini saling berkaitan seperti substansi merupakan hasil dari struktur sedangkan budaya hukum dapat diartikan sebagai sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum, dalam budaya hukum termuat masalah kepercayaan, nilai, pemikiran, harapan masyarakat terhadap hukum yang saling mempengaruhi berlangsungnya proses hukum.

Structure menurut Lawrence M Friedman ;

*"First many features of a working legal system can be called structural the moving parts, so speak of the machine courts are simple and obvious example; their structures can be described; a panel of such and such size, sitting at such and such a time, which this or that limitation on jurisdiction. The shape size, and power of legislative is another element structure. A written constitution is still another important feature in structural landscape of law. It is, or attempts to be, the expression or blueprint of basic features of the country's legal process, the organization and framework of government".*⁵²

Terjemahan bebas; "Lain dari pada yang disebutkan sebelumnya, unsur lain yang mempengaruhi penegakkan adalah perihal struktur hukum, yang bergerak dan menjalankan hukum normatif, seperti peradilan dan seluruh perangkatnya; atau yang dapat didefinisikan sebagai perangkat dalam ruang lingkup fungsinya dan perangkat

⁵¹ Jimly Asshidiqie, *Implikasi Perubahan UUD 1945 Terhadap Pembangunan Hukum Nasional*, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi, 2005), hlm 21

⁵² Lawrence M. Friedman, *American Law* (New York : WW. Norton and Company, 1984), hlm 19

dalam ruang lingkup waktu dan yurisdiksi tertentu; mengenai bentuk kekuasaan dan unsur legislatif lainnya menyertai. Dalam konstitusi tertulis lainnya terdapat beberapa unsur yang melengkapi pembedaan hukum. atau dapat dinyatakan sebagai cetak biru antara proses hukum dan kerangka pemerintahan yang mendukung berjalannya proses hukum”.

Struktur sebagai bagian dari sistem hukum mencakup yudikatif (pengadilan), legislatif dan eksekutif. Struktur dalam sistem hukum meliputi pengadilan, yuridiksi dan cara naik banding dari satu pengadilan ke pengadilan yang lain, maka pengadilan tidak dapat dipisahkan dari penegakan hukum. Penegakan hukum adalah bagian dari kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana hukum pidana, maka termasuk bagian dari kebijakan hukum pidana.

Dalam rangka menanggulangi kejahatan diperlukan berbagai sarana sebagai reaksi yang dapat diberikan kepada pelaku kejahatan, berupa sanksi pidana maupun non pidana saling terkait satu sama lain. Sehingga pelekatan struktur hukum akan mempengaruhi kebijakan legislatif, yudikatif, maupun eksekutif dalam upaya penanggulangan tindak pidana yang mempunyai dampak terhadap pembangunan hukum. merujuk kepada kebijakan yang dikemukakan

Peter Hoefnagels bahwa:

"Criminal policy as a science of policy is part of a largr policy: the law enforcement policy. This makes it understandable that administrative and civil law occupy the same place in the diagram as non-criminal legal crime prevention".⁵³

Terjemahan bebas: "Kebijakan kriminal sebagai ilmu kebijakan adalah bagian dari kebijakan yang lebih besar, yaitu: kebijakan penegakan hukum. Hal ini menjadi dimengerti bahwa hukum administrasi dan perdata menempati tempat yang sama dalam diagram sebagai pencegahan kejahatan hukum non-kriminal”.

Selanjutnya *Peter Hoefnagels* megemukakan:

"The main division of the diagram is therefore into: science and application. This follows from the social, serving nature of criminology.

⁵³ G. Peter Hoefnagels, *The Other Side of Criminology An Inversion of the Consept of rime*, (Holland: Kluwer-Deventer, 1972), p. 57.

Criminal policy is also manifest as science and as application. The legislative and enforcement policy is in turn part of social policy. The same distinction is found in criminal statistic: application creates the material for the statistics which the science of statistics subsequently analyzes".⁵⁴

Terjemahan bebas: "Oleh karena itu, divisi utama diagram adalah menjadi ilmu pengetahuan dan aplikasi. Ini mengikuti masyarakat, yang secara alami melayani kriminologi. Kebijakan kriminal juga bermanifestasi sebagai ilmu pengetahuan dan sebagai aplikasi. Kebijakan legislatif dan penegakan hukum pada gilirannya merupakan bagian dari kebijakan sosial. Perbedaan yang sama ditemukan dalam statistik kriminal, bahwa aplikasi menciptakan bahan untuk statistik yang kemudian menjadi analisis ilmu statistik".

Dengan uraian tersebut, bahwa konsep ideal berkaitan dengan struktur hukum akan mempunyai korelasi dengan kebijakan kriminal, apabila *Peter Hoefnagels* berpandangan terhadap penalisasi sebagai tolak ukur dalam penanggulangan kejahatan, maka disatu sisi kebijakan kriminal perlu meninjau struktur hukum. Lebih lanjut, *Peter Hoefnagels* mengemukakan bahwa kebijakan kriminal (*criminal policy*) dapat ditempuh dengan tiga cara, yaitu:

1. *"Influencing views of society on crime, and punishment, yaitu mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan pidanaan lewat media massa;*
2. *Criminal law application (practical criminology), yaitu penerapan hukum pidana;*
3. *Prevention without punishment, yaitu pencegahan tanpa hukuman".⁵⁵*

Penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan memang tidak dapat dipandang sebagai sarana yang berdiri sendiri, sebab hal ini barulah satu sisi saja dalam politik hukum pidana. Pada hakekatnya kegiatan tersebut bagian dari politik sosial yang lebih luas. Oleh karena itu jika ingin menggunakan hukum pidana sebagai salah satu sarana untuk menanggulangi

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

kejahatan harus diperhatikan kaitannya secara integral antara politik criminal dengan politik social, dan integralitas antara sarana penal dan non penal.

Mempertahankan hukum pidana dan kebijakan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan, ada beberapa alasan yang dapat digunakan sebagai argumentasi yaitu :

1. "Perlu tidaknya hukum pidana tidak terletak pada tujuan-tujuan hendak dicapai, tetapi terletak pada persoalan seberapa jauh untuk mencapai tujuan itu boleh menggunakan paksaan, persoalan bukan terletak pada hasil yang akan dicapai, tetapi dalam pertimbangan antara nilai dari hasil itu dan nilai dari batas-batas kebebasan pribadi masing-masing.
2. Adanya usaha-usaha perbaikan atau perawatan yang tidak mempunyai arti sama sekali bagi terhukum, dan disamping itu harus tetap ada suatu reaksi atas pelanggaran-pelanggaran norma yang dilakukannya itu dan tidaklah dapat dibiarkan begitu saja.
3. Pengaruh pidana atau hukum pidana bukan semata-mata ditujukan pada si penjahat, tetapi juga untuk mempengaruhi orang yang tidak jahat yaitu warga masyarakat yang mentaati norma-norma masyarakat".⁵⁶

Untuk memahami pengertian kebijakan hukum pidana atau politik hukum pidana, maka terlebih dahulu memahami istilah politik hukum pidana yang sering dikenal dengan berbagai istilah antara lain "*penal policy*", "*criminal law policy*" atau "*strafrechts politiek*"⁵⁷ Politik hukum pidana sesungguhnya bagian dari politik hukum secara makro karena politik hukum adalah suatu kebijakan untuk melahirkan peraturan perundang-undangan yang baik untuk memenuhi kebutuhan masyarakat seperti yang dikemukakan oleh M. Mahfud MD yaitu:

"Politik hukum adalah legal policy yang akan atau telah dilaksanakan secara nasional oleh pemerintah Indonesia meliputi:

- a. Pembangunan hukum yang berintikan pembuatan dan pembaharuan terhadap materi-materi hukum agar dapat sesuai dengan kebutuhan;

⁵⁶ Roeslan Saleh, *Mencari Asas Umum yang Sesuai Untuk Hukum Pidana Nasional*, (Jakarta : Kumpulan Bahan Upgrading Hukum Pidana, Jilid 2, 1971), Hlm 15-16

⁵⁷ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Jakarta: Kencana, 2014), hlm 26

- b. Pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada termasuk penegasan fungsi lembaga dan pembinaan para penegak hukum. Bahwa pengertian tersebut terlihat politik hukum mencakup proses pembuatan dan pelaksanaan hukum yang dapat menunjukkan sifat ke arah mana hukum akan dibangun dan akan ditegakan”.⁵⁸

Lebih lanjut Moh. Mahfud MD menjelaskan bahwa suatu undang-undang sangat dipengaruhi oleh kondisi politik atau dengan menggunakan istilah konfigurasi politik. Konfigurasi politik terdiri atas konfigurasi demokratis dan konfigurasi otoriter;

“Konfigurasi politik demokratis adalah konfigurasi yang membuka peluang bagi berperannya potensi rakyat secara maksimal untuk turut aktif menentukan kebijakan negara. Di dalam konfigurasi yang demikian pemerintah lebih merupakan komite yang harus melaksanakan kehendak-kehendak rakyatnya yang dirumuskan secara demokratis, sementara badan perwakilan rakyat dan parpol berfungsi secara proporsional dan lebih menentukan dalam pembuatan kebijakan negara dan pers dapat melaksanakan fungsinya dengan bebas tanpa ancaman pembredelan. Konfigurasi politik otoriter adalah konfigurasi yang menempatkan pemerintah pada posisi yang dominan dengan sifat yang intervensionis dalam penentuan dan pelaksanaan kebijakan negara sehingga potensi dan aspirasi masyarakat tidak teragregasi dan terartikulasi secara proporsional. Bahkan dengan peran pemerintah yang sangat dominan, badan perwakilan rakyat dan parpol tidak berfungsi secara baik lebih merupakan alat justifikasi atas kehendak pemerintah, dan pers tidak memiliki kebebasan dan senantiasa berada di bawah kontrol pemerintah dan bayang-bayang pembredelan”.⁵⁹

Dalam sistem hukum Indonesia, Undang-undang adalah produk politik oleh sebab itu hukum dan politik sulit dipisahkan, khususnya hukum tertulis yang mempunyai kaitan langsung dengan negara. Hukum dan politik tidak dapat

⁵⁸ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, (Jakarta : LP3ES 2001), hlm 9

⁵⁹ Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum*, Menegakan Konstitusi, (Jakarta : Rajawali Pers, 2010), hlm 67

dipisahkan terutama masyarakat yang sedang membangun dan pembangunan itu adalah keputusan politik.⁶⁰

Bagir Manan membagi politik hukum menjadi dua ruang lingkup yaitu; politik pembentukan hukum dan politik penegakan hukum. Politik pembentukan hukum merupakan kebijakan dengan penciptaan, pembaharuan dan pengembangan hukum yang mencakup kebijakan pembentukan perundang-undangan, kebijakan pembentukan hukum, yurisprudensi dan kebijakan terhadap peraturan tertulis lainnya. Sedangkan politik penegakan hukum merupakan kebijakan dibidang peradilan dan bidang pelayanan hukum.⁶¹

Menurut Sudarto politik hukum adalah kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan dapat untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.⁶² Sementara politik hukum pidana mengartikan bagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu peraturan perundang-undangan pidana yang baik, secara singkat dapat dinyatakan sebagai suatu ilmu sekaligus seni yang bertujuan untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik.⁶³ Dalam politik hukum pidana menunjuk pada peran negara dalam mengarahkan, mengendalikan dan memaksa warga negaranya untuk tidak melakukan tindak pidana yang dilarang atau sebuah aktivitas yang dapat

⁶⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan (kumpulan karya tulis)*, (Bandung : Alumni, 2002), hlm 109-110

⁶¹ Bagir manan, *Politik Hukum Otonomi Daerah Sepanjang Peraturan Perundang Undangan Pemerintahan Daerah Dalam Hukum dan Politik Indonesia, Tinjauan Analisis Dekrit Presiden dan Otonomi Daerah*, (Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 1999), hlm 144

⁶² Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat : Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*, (Bandung : Sinar Baru, 1983), hlm 120

⁶³ Barda Nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op.Cit, hlm 27

dikategorikan sebagai melanggar aturan hukum pidana yang telah diatur oleh negara melalui undang-undang.⁶⁴

Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Oleh karena itu kebijakan hukum pidana merupakan bagian dari penegakan hukum (*law enforcement policy*).⁶⁵ Usaha penanggulangan kejahatan lewat pembuatan undang-undang (hukum) pidana pada hakekatnya merupakan bagian integral dari usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*).⁶⁶

Kebijakan pembuatan undang-undang atau kebijakan legislatif (formulasi) yang baik seyogianya mengandung unsur yuridis, sosiologis, filosofis, sehingga kaidah yang tercantum dalam Undang-undang adalah sah secara hukum, berlaku efektif dan diterima oleh masyarakat secara wajar dan berlaku untuk waktu yang panjang. Syarat dalam unsur yuridis yaitu; keharusan adanya kewenangan dari pembuat Undang-undang, keharusan adanya kesesuaian bentuk atau jenis peraturan perundang-undangan, keharusan mengikuti tata cara tertentu, keharusan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Selain unsur yuridis, sosiologis dan filosofis yang perlu diperhatikan yakni unsur teknik perancangan yang tidak boleh diabaikan dalam upaya membuat peraturan perundang-undangan.

Pada tahap perancangan meliputi tahap penyusunan naskah akademik melibatkan para ahli dari berbagai universitas, konsultan, badan pemerintah dan non-pemerintah, disusun melalui dasar-dasar, alasan-alasan, pertimbangan-

⁶⁴ Komisi Hukum Nasional, Arah Pembaharuan Hukum Pidana Nasional : Seminar Pengkajian Hukum Nasional, (Jakarta 26-27 Nopember 2013), hlm 4

⁶⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op.Cit, hlm 28

⁶⁶ Ibid

pertimbangan yang tidak semata-mata politis, tetapi atas pertimbangan yuridis, sosiologis, ekonomis, sosial, budaya, filosofis, agar dapat memenuhi kemanfaatan atau akibat yang akan timbul. Tahap perancangan yakni meliputi tahap aspek-aspek prosedural dan penulisan rancangan dengan menterjemahkan gagasan-gagasan, naskah akademik, bahan-bahan yang lain ke dalam bahasa dan struktur yang normatif serta memperhatikan asas-asas formal dan materiiil.⁶⁷

Asas-asas yang dimaksud menurut A. Hamid Attamimi, yaitu: Asas yang terkandung dalam Pancasila sebagai sumber hukum Indonesia dan norma fundamental negara, kelima sila dalam Pancasila kedudukannya selaku cita hukum rakyat Indonesia dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara secara positif merupakan "bintang pemandu" yang memberikan pedoman dan bimbingan dalam semua kegiatan, memberi isi pada tiap peraturan perundang-undangan dan secara negatif merupakan kerangka yang membatasi ruang gerak isi peraturan perundang-undangan tersebut.

Pancasila merupakan norma fundamental negara dan cita hukum, oleh karena itu sila-sila dalam Pancasila, baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama, baik tunggal maupun berpasangan, merupakan norma dasar atau norma tertinggi bagi berlakunya semua norma-norma hukum yang berlaku dalam kehidupan rakyat Indonesia bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.⁶⁸ Dengan mengacu pada asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan diharapkan terciptanya peraturan perundang-undangan yang baik dan dapat menjamin rasa keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia.

Merujuk pada usaha pembaharuan hukum pidana maka pembaharuan

⁶⁷ Bagir Manan, *Dasar Dasar Perundang-undangan Indonesia*, (Jakarta: Ind-Hill.Co, 1992), hlm 14

⁶⁸ A. Hamid Attamimi, *Peranan Kesatuan Presiden Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negara*, (Jakarta: Disertasi, Universitas Indonesia, 1990), hlm 333

struktur hukum, substansi hukum dan budaya hukum merupakan syarat. Pembaharuan dalam substansi hukum pidana meliputi hukum pidana materil dan hukum pidana formil, yaitu penyempurnaan perumusan dari tindak pidana, pertanggung jawaban dan sanksi pidana merupakan pembaharuan hukum pidana materil sebagai bagian dari politik hukum pidana atau disebut kebijakan hukum pidana. Sedangkan pembaharuan hukum pidana adalah ;

- a. "Merupakan bagian dari kebijakan (upaya rasional) untuk memperbaharui substansi hukum (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegak hukum,
- b. Merupakan bagian dari kebijakan (upaya rasional untuk menanggulangi kejahatan dalam rangka perlindungan masyarakat,
- c. Merupakan bagian dari kebijakan (upaya rasioanl) untuk mengatasi masalah sosial dan masalah kemanusiaan dalam rangka mencapai tujuan nasional yaitu *social defence* dan *social welfare*,
- d. Merupakan upaya peninjauan dan penilaian kembali pokok-pokok pemikiran ide-ide dasar atau nilai-nilai sosial filosofis, sosial politik dan sosial kultural yang melandasi kebijakan kriminal dan kebijakan hukum pidana".⁶⁹

Sementara kebijakan hukum pidana, dilihat dari ciri pendekatan sistem dalam peradilan pidana, maka dapat diketahui ;

- 1) "Titik awal pada koordinasi dan sinkronisasi komponen peradilan pidana (Kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan,
- 2) Pengawasan dan pengendalian, penggunaan kekuasaan oleh komponen peradilan pidana,
- 3) Efektifitas sistem penanggulangan kejahatan lebih utama dari efisiensi penyelesaian perkara,
- 4) Penggunaan hukum sebagai instrumen untuk memantapkan *the administration of justice*".⁷⁰

Ada dua masalah sentral dalam kebijakan hukum pidana, yakni sarana penal (hukum pidana) ialah masalah penentuan:

⁶⁹ Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, (Bandung : Citra Aditya, 2005), hlm 3

⁷⁰ Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana Kontemporer*, (Jakarta: Prenada Media, 2000), hlm 30

- 1) perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana dan
- 2) sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si-pelanggar.⁷¹

Kebijakan formulasi merupakan awal dari perencanaan dalam usaha untuk penanggulangan kejahatan, oleh karenanya kebijakan formulasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal yang secara fungsional dapat dilihat sebagai bagian dari prosedur usaha penanggulangan kejahatan. Secara garis besar kebijakan penanggulangan kejahatan dapat dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan menurut Barda Nawawi Arief meliputi:

- a. "perencanaan atau kebijakan tentang perbuatan-perbuatan terlarang apa yang akan ditanggulangi karena dipandang membahayakan atau merugikan;
- b. perencanaan/kebijakan tentang sanksi apa yang dapat dibuat dikenakan terhadap pelaku perbuatan yang dilarang itu (baik berupa pidana atau tindakan) dan sistem penerapannya;
- c. perencanaan/kebijakan tentang prosedur atau mekanisme sistem peradilan pidana dalam rangka penegakan hukum pidana".⁷²

Dalam melakukan kebijakan hukum pidana diperlukan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*) yang bersifat pragmatis dan rasional serta pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value judgment approach*). karena dalam pendekatan kebijakan sudah seharusnya dipertimbangkan faktor-faktor nilai seperti yang dikemukakan Roeslan Saleh dalam buku Pikiran-pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana;

"Keharusan rasionalitas itu bukanlah berarti bahwa pertimbangan-pertimbangan etis dalam hukum pidana dapat ditinggalkan saja. Juga syarat rasional adalah suatu syarat moral (Wilkins, Morris dan Howard). Jadi rasionalitas jangan sampai dikaburkan oleh

⁷¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op.Cit, hlm 30

⁷² Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori dan Kebijakan Kriminal*, (Bandung; Alumni, 1984), hlm. 198.

pertimbangan-pertimbangan yang bersifat etis. Batas-batas yang bersifat etis itu haruslah sebaik-baiknya dan seteliti-telitinya dirumuskan. Di dalam batas-batas dari apa yang secara etis dapat diterima haruslah diambil keputusan-keputusan yang rasional itu".⁷³

Indonesia yang berdasarkan Pancasila dimana kebijakan pembangunan nasional bertujuan membentuk manusia Indonesia seutuhnya. Maka pendekatan nilai dan humanistik menjadi pertimbangan utama apabila akan menggunakan sanksi pidana sebagai sarana untuk mencapai tujuan tersebut, sebab pada hakikatnya kejahatan merupakan masalah kemanusiaan. Dalam konteks pidana anak maka sanksi yang diterima oleh anak disesuaikan dengan perbuatan yang dilakukan. Melalui pembahasan yang panjang dan mendapat tanggapan dari berbagai fraksi di Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), maka pada tanggal 30 Juli 2012 disahkan Undang-undang No. 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Pidana Anak dan berlaku Juli 2014 sebagai pengganti Undang-undang Pengadilan Anak. Kelahiran Undang-undang ini merupakan suatu bentuk kebijakan legislatif (formulasi) yaitu perumusan hukum pidana khususnya sanksi pidana anak dalam sistem peradilan pidana anak.

Dengan demikian teori Kebijakan hukum pidana yang digunakan sebagai pisau analisis dalam disertasi ini adalah teori kebijakan hukum pidana oleh Barda Nawawi Arief, yaitu: perencanaan atau kebijakan tentang perbuatan-perbuatan terlarang apa yang akan ditanggulangi karena dipandang membahayakan atau merugikan; perencanaan/kebijakan tentang sanksi apa yang dapat dibuat dikenakan terhadap pelaku perbuatan yang dilarang itu (baik berupa pidana atau tindakan) dan sistem penerapannya; perencanaan/kebijakan tentang prosedur atau mekanisme sistem peradilan pidana dalam rangka penegakan hukum

⁷³ Roeslan Saleh, *Pikiran pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana*, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1982), hlm 44

pidana. Teori ini digunakan sebagai pisau analisis untuk menjawab rumusan masalah kedua yaitu bagaimana kebijakan formulasi perumusan norma pidana kerja sosial, tentang jenis tindak pidana, batas usia minimum yang dapat dikenakan pidana kerja sosial, dan tentang keberadaan anak selama masa menjalani ppidanaan pidana kerja sosial terhadap anak sebagai pelaku tindak pidana di masa yang akan datang.

2.1.5. Teori Tujuan Ppidanaan

Ppidanaan tidak dapat lepas dari tujuan hukum, *Gustav Radbruch* mengatakan, bahwa sesuatu yang dibuat pasti memiliki cita atau tujuan. Tujuan ini merupakan nilai yang ingin diwujudkan manusia. Tujuan hukum yang utama ada tiga yaitu: Keadilan untuk keseimbangan; kepastian untuk ketepatan; kemanfaatan untuk kebahagiaan.⁷⁴

Jeremy Bentham adalah orang pertama yang memperkenalkan bentuk utilitarisme atau teori utilitis yang diartikan sebagai kemanfaatan, beliau sangat percaya bahwa hukum harus dibuat secara utilitarianistik, dengan patokan-patokan yang didasarkan pada keuntungan, kebahagiaan, kesenangan, dan kepuasan manusia. Lebih lanjut dikatakan bahwa tujuan hukum adalah mendatangkan manfaat atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya untuk orang sebanyak-banyaknya. *Utility* menurut *Jeremy Bentham* adalah prinsip-prinsip yang menolak setiap tindakan apapun yang mengurangi kebahagiaan pihak yang kepentingannya terpengaruh oleh tindakan itu. Apabila pihak kepentingan adalah orang perorangan, prinsip *utility* harus dirancang untuk meningkatkan kebahagiaannya, apabila pihak yang berkepentingan adalah masyarakat, prinsip

⁷⁴ Muhammad Erwin, *Filsafat Hukum Refleksi Kritis terhadap Hukum*, Op.Cit, hlm 123

utility harus diarahkan untuk kebahagiaan masyarakat.⁷⁵

Pemidanaan menurut *Jeremy Bentham* harus bersifat spesifik untuk tiap kejahatan dan seberapa kerasnya pidana itu tidak boleh melebihi jumlah yang dibutuhkan, untuk mencegah dilakukannya penyerangan-penyerangan tertentu. Pemidanaan hanya bisa diterima apabila ia memberikan harapan bagi tercegahnya kejahatan yang lebih besar.⁷⁶ Dasar pemidanaan berdasarkan perjanjian masyarakat atau rakyat dengan negara dimana rakyatlah yang berdaulat dan menentukan bentuk pemerintahan. Kekuasaan negara tidak lain adalah kekuasaan yang diberikan oleh rakyat dan menyerahkan sebagian hak azasnya dan sebagai imbalannya adalah perlindungan kepentingan hukum dari negara, untuk itu negara memperoleh hak untuk memidana, ini merupakan ajaran kedaulatan rakyat dengan tokohnya *J.J Rousseau*.

"Dalam Black Law Dictionary bahwa pemidanaan adalah; Any pain, penalty, suffering, or confinement inflicted upon a person by the authority of the law and the judgment and sentence of a court, for some crime or offense committed by him, or for his omission of a duty enjoined by law".⁷⁷

Terjemahan bebas; "Setiap rasa sakit, hukuman, penderitaan, atau kurungan yang menimpa seseorang atas hukuman dari pengadilan, terhadap kejahatan atau pelanggaran yang dilakukan".

Pengertian pemidanaan oleh *Herbert L. Packer* dalam buku *The Limits of Criminal Sanction* menjelaskan bahwa pemidanaan harus memiliki karakteristik;

1. *"It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant.*
2. *It must be for an offense against legal rules.*
3. *It must be imposed on an actual or supposed offender for his offense.*
4. *It must be intentionally administered by human beings other than the offender.*

⁷⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2009), hlm 119

⁷⁶ Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hlm 269

⁷⁷ *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition by Henry Campbell Black, St. Paul, (West Publishing Co,1990), hlm. 1234.

5. *It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offense is committed*".⁷⁸

Terjemahan bebas; "Bahwa standar penghukuman harus menunjukkan lima karakteristik:

1. menimbulkan rasa sakit atau konsekuensi lain yang biasanya dianggap tidak menyenangkan.
2. untuk pelanggaran terhadap aturan hukum.
3. dikenakan pada pelaku yang sebenarnya atau sepatutnya untuk pelanggaran itu.
4. untuk mengatur perilaku manusia, dan berlaku bagi pelaku pelanggaran.
5. dipaksakan oleh pemerintah sebagai sistem hukum terhadap suatu pelanggaran".

Lebih lanjut *Herbert L. Packer* menyebutkan bahwa ada dua konsep tentang pidana yang masing-masing mempunyai implikasi yang berbeda yaitu; retributif (*retributive view*) dan utilitarian (*utilitarian view*). Retributif menganggap pidana sebagai ganjaran negatif terhadap perilaku menyimpang, sehingga melihat pidana sebagai kesalahan yang dilakukan atas dasar tanggung jawab moral, pandangan ini berorientasi kebelakang. Sedangkan utilitarian melihat pidana dari segi manfaat atau kegunaan, yang ingin dihasilkan dengan dijatuhkan pidana. Pidana dimaksudkan untuk memperbaiki perilaku terpidana dan untuk mencegah pengulangan perbuatan serupa, sehingga pandangan ini berorientasi kedepan dan mempunyai sifat pencegahan.⁷⁹

Pidana adalah penjatuan hukuman kepada pelaku yang telah melakukan suatu tindak pidana atau perbuatan pidana istilah yang digunakan Moeljatno, menyebutkan; perbuatan yang oleh suatu ukuran hukum dilarang dan diancam pidana, bahwa larangan ditujukan pada perbuatan yaitu suatu keadaan

⁷⁸ Herbert L Packer, *The Limit Of Criminal Sanctions*, (New York: Oxford University Press, 2001), hlm 21.

⁷⁹ Ibid, hlm 41-43

atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang, sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu.⁸⁰

Menurut Roeslan Saleh, pidana adalah reaksi atas delik, dan ini bertujuan suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpahkan negara pada pembuat delik itu.⁸¹ Lebih lanjut dikemukakan Roeslan Saleh bahwa hukum pidana dalam usahanya mencapai tujuan-tujuannya tidaklah semata-mata dengan jalan menjatuhkan pidana, tetapi disamping itu juga dengan menggunakan tindakan-tindakan (*maatregelen*). Jadi disamping pidana ada pula tindakan, tindakan ini pun suatu sanksi tetapi tidak ada sifat pembalasan padanya.

Muladi dan Barda Nawawi Arief menyimpulkan bahwa pidana mengandung unsur-unsur atau ciri ciri sebagai berikut :

- a. "Pidana pada hakekatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat akibat lain yang tidak menyenangkan.
- b. pidana diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan oleh yang berwenang.
- c. pidana dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang".⁸²

Sedangkan tujuan pemidanaan menurut Muladi haruslah bersifat integratif yaitu; (a) perlindungan masyarakat, (b) memelihara solidaritas masyarakat, (c) pencegahan umum dan khusus, (d) pengimbangan.⁸³

Sejarah perkembangan hukum pidana sesungguhnya ada 3 macam Teori tujuan pemidanaan yaitu :

1. Teori pembalasan atau teori absolut adalah membenaran pemidanaan karena seseorang telah melakukan suatu tindak pidana, terhadap pelaku tindak pidana mutlak harus dilakukan pembalasan berupa pidana. Tuntutan

⁸⁰ Moeljatno, *Azas-azas Hukum Pidana*, (Jakarta: Rineca Cipta, 2000), hlm 54

⁸¹ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, (Jakarta: Aksara Baru, 1983), hlm 9

⁸² Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori Teori dan Kebijakan Pidana*, (Bandung : Alumni, 2005), hlm 4

⁸³ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, (Bandung : Alumni, 2004), hlm 11

keadilan absolut seperti yang di kemukakan oleh tokoh *Immanuel Kant* bahwa walaupun seluruh masyarakat untuk menghancurkan dirinya sendiri atau membubarkan masyarakatnya pembunuh terakhir yang masih ada didalam penjara harus dipidana mati sebelum resolusi pembubaran masyarakat itu dilaksanakan. Hal ini harus dilakukan karena setiap orang seharusnya menerima ganjaran dari perbuatannya, dan perasaan balas dendam tidak boleh tetap ada pada anggota masyarakat, karena apabila tidak demikian mereka semua dapat dipandang sebagai orang yang ikut ambil bagian dalam pembunuhan itu yang merupakan pelanggaran terhadap keadilan umum.⁸⁴

Ucapan Imanuel Kant yang terkenal adalah "walaupun besok dunia akan kiamat, penjahat terakhir harus menjalankan pidana". Kant menginginkan pemidanaan merupakan tuntutan mutlak karena telah merugikan orang lain. Pembalasan (*vergelding*) oleh banyak orang di kemukakan sebagai alasan untuk memidana suatu kejahatan. Maka unsur pembalasan, meskipun dapat dimengerti tidak selalu dapat tepat menjadi ukuran untuk penetapan suatu pidana. pengikut teori ini adalah J.M Van Bemmelen, V.F.C Van Hattum, R. Krannenburg, E. Kant dan Hegel.⁸⁵

2. Teori tujuan atau teori relatif adalah pemidanaan berdasarkan kepada tujuan pemidanaan yaitu untuk perlindungan masyarakat atau pencegahan terjadinya kejahatan. Menurut teori ini suatu kejahatan tidak mutlak harus diikuti suatu pidana, yang harus dipersoalkan adalah manfaatnya suatu pidana bagi masyarakat atau bagi si penjahat itu sendiri, tidak dilihat masa

⁸⁴ Muladi, Barda Nawawi Arief, *Teori Teori dan Kebijakan Pidana*, Op Cit, hlm 11

⁸⁵ Andi Hamzah, Siti Rahayu, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pemidanaan Di Indonesia*, (Jakarta : Akademika Pressindo, 1983), hlm 26

lampau tapi masa depan. Maka harus ada tujuan lebih jauh, dengan demikian teori ini dinamakan teori tujuan.⁸⁶

3. Teori gabungan, teori ini merupakan gabungan antara absolut dan relatif. Tujuannya adalah untuk memperbaiki dan melindungi masyarakat. Hukuman yang dijatuhkan kepada pelaku yang melakukan kejahatan supaya orang lain jangan melakukan kejahatan.⁸⁷

Menurut Made Sadhi Astuti teori gabungan dibagi menjadi 3 golongan;

1. "Teori gabungan yang menitik beratkan pada pembalasan, tetapi pembalasan tersebut tidak boleh melampaui batas dan cukup dapat mempertahankan tata tertib.
2. Teori gabungan yang menitik beratkan pada pertahanan tata tertib masyarakat. Menurut teori ini penjatuhan pidana bertujuan bahwa penderitaan atas pidana yang dijatuhkan tidak boleh lebih berat dari pada perbuatan yang dilakukan oleh terpidana.
3. Teori gabungan yang menganggap bahwa pidana memenuhi keharusan pembalasan dan keharusan melindungi masyarakat".⁸⁸

Lebih lanjut Made Sadhi Astuti menyebutkan bahwa, tujuan pidana

bertalian erat dengan jenis kejahatan yang telah dilakukan dan nilai nilai budaya, mencerminkan jiwa, pandangan hidup, serta struktur sosial budaya bangsa yang bersangkutan.⁸⁹

Beberapa ahli juga membagi teori pembedaan ke dalam dua bagian besar yaitu *Retributif* dan *Deterrence*.

a. Teori *Retributif*,

Teori ini memandang bahwa pembedaan adalah akibat nyata/mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada pelaku tindak pidana. Sanksi pidana dideskripsikan sebagai suatu pemberian derita dan petugas dapat dinyatakan gagal bila penderitaan itu tidak dirasakan oleh terpidana. Ajaran ini

⁸⁶ Ibid

⁸⁷ H Salim HS, *Perkembangan Teori dalam Ilmu Hukum*, Op Cit, hlm 159

⁸⁸ Made Sadhi Astuti, *Pembedaan Terhadap Anak Sebagai Pelaku Tindak Pidana*, (Malang: IKIP Malang, 1997), hlm 33

⁸⁹ Ibid

lebih pada ajaran pembalasan melalui *lex talionis* (dalam Kitab perjanjian lama digambarkan sebagai *eyes for eyes, life for life, tooth for tooth, hand for hand, foot for foot, burn to burn, wound to wound, strife for strife*).⁹⁰

b. Teori *Deterrence*

Teori ini memandang penjatuhan sanksi pidana tidak hanya sebagai pembalasan semata karena ada tujuan lain yang lebih bermanfaat yaitu;

- 1) Mencegah semua pelanggaran,
- 2) Mencegah pelanggaran yang paling jahat,
- 3) Menekan kejahatan,
- 4) Menekan kerugian /biaya sekecil-kecilnya.⁹¹

Dengan demikian jelas bahwa teori deterrence tujuannya adalah sebagai sarana pencegahan.

Dalam perspektif Islam, teori pembalasan sejalan dengan konsep yang ada dalam sistem pidana Islam yaitu *Qishas* (pembalasan), seperti termuat dalam Quran Surat Al Maidah ayat 45 " Dan kami telah tetapkan dalam (At Taurat) bahwasanya jiwa dibalas dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi dengan gigi, dan luka-luka pun ada qishasnya. Barang siapa yang melepaskan hak *qishas*, maka melepaskan hak itu menjadi penebus dosa baginya. Barangsiapa tidak memutuskan perkara menurut apa yang diturunkan Allah, maka mereka adalah orang-orang yang zalim".⁹²

Sesungguhnya *qishas* merupakan tradisi masyarakat Jazirah Arab jauh sebelum keberadaan Islam dan qishas dalam Islam merupakan penyempurnaan dan penyederhanaan dari ajaran-ajaran sebelumnya yaitu Injil perjanjian lama.

⁹⁰ Eva Akhjani Zulfa, *Pergeseran Paradigma Pidana*, (Bandung: Lubuk Agung, 2011), hlm 51

⁹¹ Ibid , hlm 54

⁹² *Al Quran Dan Terjemahannya, Al Furqon* (Semarang: Asy Syifa, 1998), hlm 92

Yang dimaksud dengan penyederhanaan adalah bahwa dalam pelaksanaannya beban yang di ancamkan dalam hukum *qishas* dan *diyat* ditentukan secara lebih ringan dari pada ketentuan-ketentuan sebelumnya.⁹³

Ajaran pembalasan dalam konsep pemidanaan Islam hanya pada tindak pidana tertentu seperti pembunuhan, termasuk golongan *qishas-diyat* yaitu;

- (1) pembunuhan dengan sengaja
- (2) pembunuhan semi sengaja
- (3) menyebabkan matinya orang karena kealpaan (kesalahan),
- (4) penganiayaan dengan sengaja,
- (5) menyebabkan orang luka karena kealpaan (kesalahan).⁹⁴

Dalam hukum pidana barat dikenal sebagai tindak pidana terhadap tubuh dan jiwa. Ajaran pembalasan ini tercantum dalam Al Qur'an surat Al Baqarah : 178 diwajibkan atas kamu *qishas* berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh, orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, wanita dengan wanita. Maka barang siapa mendapatkan pemaafan dari saudaranya, hendaklah mengikuti dengan cara yang baik dan hendaklah yang diberi maaf membayar *diyat* (denda) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik pula.⁹⁵ Jadi *diyat* merupakan denda sebagai pengganti apabila tidak dilakukan *qishas*. Yang menarik dari *qishas* dalam konsep Hukum pidana Islam ada tiga opsi yaitu;

- a) Pembalasan terhadap pelaku atas perbuatan yang telah dilakukannya terhadap korban.
- b) Pembalasan dengan cara pembayaran denda sesuai dengan kerugian

⁹³ Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia : Study Tentang Bentuk-Bentuk Pidana Dalam Tradisi Hukum Fiqh dan Relevansi bagi Usaha Pembaharuan KUHP Nasional*, (Bandung: Angkasa, 1995), hlm 129

⁹⁴ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam : Penegakan Syariat dalam Wacana dan Agenda*, Op Cit, hlm 34

⁹⁵ Al Quran Dan Terjemahan, Op Cit, hlm 21

yang diderita keluarga korban sebagai akibat dari perbuatan pelaku.

- c) Kebijakan dari keluarga korban terhadap pelaku dengan pemberian maaf.

Hal ini ditetapkan Allah agar tercipta kemaslahatan bagi manusia baik untuk mewujudkan manfaat maupun menghindarkan kerusakan dan kemudaratan. Apabila dicermati dengan seksama konsep *qishas diyat* dapat disimpulkan bahwa konsep ini merupakan cikal bakal teori *restoratif justice*, sebab inti dari teori *restoratif justice* adalah mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula tanpa pembalasan dan saling memaafkan diantara para pihak.

Terkait dengan pemidanaan terhadap anak sebagai pelaku tindak pidana, saat ini berkembang model pemidanaan yang bersifat restoratif atau *restoratif justice*. Model ini dianggap lebih modern dan manusiawi terhadap anak. Prinsip-prinsip restoratif sangat menghormati hak-hak tersangka, seperti hak untuk diperlakukan tidak bersalah hingga putusan hakim menetapkan, hak untuk membela diri dan mendapatkan hukuman yang proporsional dengan kejahatan yang dilakukannya.⁹⁶

Berdasarkan hasil penelitian Made Sadhi Astuti dalam buku *Pemidanaan Terhadap Anak sebagai Pelaku Tindak Pidana*, menunjukkan bahwa pidana penjara menimbulkan kerugian-kerugian terhadap terpidana diantaranya adalah terpidana diberi cap oleh masyarakat yang disebut stigma.⁹⁷

Menurut Made Sadhi Astuti tujuan pemidanaan terhadap anak sebaiknya didasarkan atas kebijaksanaan dalam pengertian mental (psikis) dan spiritual

⁹⁶ Purnianti dkk, *Analisis Situasi Sistem Peradilan Pidana Anak (Juvenile Justice System)* Di Indonesia, Op Cit, hlm 73 -74

⁹⁷ Made Sadhi Astuti, *Pemidanaan Terhadap Anak Sebagai Pelaku Tindak Pidana*, Op.Cit, hlm 151

karena pertumbuhan secara fisik maupun mental anak tidak boleh mengalami hambatan atau gangguan dan tujuan dari pidana kebijaksanaan berpangkal tolak dari Pancasila.⁹⁸ Lebih lanjut Made Sadhi Astuti menyebutkan teori "Pidana Kebijaksanaan" berkaitan dengan tujuan pidana dan pemidanaan bahwa ;

"Tidak mungkin pidana perampasan kemerdekaan mempunyai tempat dalam struktur pemikiran pidana kebijaksanaan sebab pidana perampasan kemerdekaan terhadap anak melakukan tindak pidana, adalah bertentangan dengan tujuan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia khususnya asas kekeluargaan dan gotong royong".⁹⁹

Hal ini sesuai dengan tujuan pemidanaan yang tercantum dalam penjelasan Pasal 55 Rancangan Undang-Undang KUHP tahun 2015 berbunyi; Pemidanaan merupakan suatu proses. Sebelum proses ini berjalan, peranan hakim penting sekali. Ia mengkonkritkan sanksi pidana yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan dengan menjatuhkan pidana terhadap tertuduh dalam kasus tertentu. Ketentuan dalam pasal ini dikemukakan tujuan dari pemidanaan yaitu sebagai sarana perlindungan masyarakat, rehabilitasi, dan resosialisasi, pemenuhan pandangan hukum adat, serta aspek psikologis untuk menghilangkan rasa bersalah bagi yang bersangkutan. Meskipun pidana pada dasarnya merupakan suatu nestapa, namun pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak merendahkan martabat manusia.¹⁰⁰ Konsep ini difahami sebagai respon atas penerapan konsep hak asasi manusia.

Dengan demikian teori tujuan pemidanaan yang digunakan sebagai pisau analisis dalam disertasi ini adalah teori tujuan pemidanaan oleh Made Sadhi Astuti yaitu teori Pidana Kebijaksanaan, bahwa tujuan pemidanaan terhadap anak sebaiknya didasarkan atas kebijaksanaan dalam pengertian mental (psikis)

⁹⁸ Ibid, hlm 33-34

⁹⁹ Ibid hlm 89

¹⁰⁰ Rancangan Undang Undang Tentang Kitab Undang Undang Hukum Pidana tahun 2015, (Jakarta : Kementrian Hukum Dan HAM) , hlm 178

dan spiritual karena pertumbuhan secara fisik maupun mental anak tidak boleh mengalami hambatan atau gangguan dan tujuan dari pidana kebijaksanaan berpangkal tolak dari Pancasila. Teori ini digunakan sebagai pisau analisis untuk menjawab rumusan masalah yang kedua yaitu bagaimana kebijakan formulasi perumusan norma pidana kerja sosial, tentang jenis tindak pidana, batas usia minimum yang dapat dikenakan pidana kerja sosial, dan tentang keberadaan anak selama masa menjalani ppidanaan pidana kerja sosial terhadap anak sebagai pelaku tindak pidana di masa yang akan datang.

2.2 Kerangka Konseptual

2.2.1 Konsep Kebijakan Formulasi

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, kebijakan diartikan sebagai; kepandaian, kemahiran, kebijaksanaan. Hal ini menunjukkan seakan-akan tidak ada perbedaan yang mendasar antara arti kata kebijakan dengan kebijaksanaan. Kebijaksanaan diartikan kepandaian menggunakan akal budi.¹⁰¹

Menurut Maria Farida Indrati Soeprpto dalam buku Ilmu Perundang-undangan menyebutkan bahwa;

“Peraturan kebijakan (*beleidregels*) merupakan suatu peraturan yang mempunyai kemiripan dengan peraturan perundang-undangan (*wettelijke regels*), akan tetapi keduanya memiliki beberapa perbedaan yang sangat mendasar. Apabila suatu peraturan perundang-undangan dibentuk dalam rangka penyelenggaraan kekuasaan legislatif, maka suatu peraturan kebijakan dibentuk dalam rangka penyelenggaraan kekuasaan administrasi dalam suatu negara”.¹⁰²

Sedangkan menurut Sudarto dalam buku Hukum dan Hukum Pidana menyebutkan;

¹⁰¹ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, Edisi Ketiga, 2007), hlm 889

¹⁰² Maria Farida Indrati Soeprpto, *Ilmu Perundang Undangan*, (Yogyakarta : Kanisius, 1998), hlm 85

“Politik kriminal dalam arti luas meliputi segala usaha, yang dilakukan melalui pembentukan undang-undang dan tindakan dari badan resmi, yang bertujuan untuk menegakan norma-norma pokok dari masyarakat. Yang di dalamnya termasuk politik hukum pidana. Menjalankan politik hukum juga mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang baik, dalam arti memenuhi syarat keadilan dan dayaguna”.¹⁰³

Dari perspektif hukum pidana maka kebijakan formulasi harus memperhatikan harmonisasi dalam sistem hukum pidana atau aturan pemidanaan umum yang berlaku saat ini. Tidaklah dapat dikatakan terjadi harmonisasi apabila kebijakan formulasi berada diluar sistem hukum pidana yang berlaku saat ini. Kebijakan hukum pidana dilaksanakan melalui tahap tahap yang terdiri atas tiga tahap. Tahap pertama yaitu tahap formulasi atau pembuatan undang-undang (kebijakan legislatif). Tahap kedua tahap aplikasi atau penerapan (kebijakan yudikatif) dan tahap eksekusi atau pelaksanaa (kebijakan eksekutif atau administratif).¹⁰⁴

Tahap formulasi atau pembuatan undang-undang tahap ini disebut sebagai tahap kebijakan legislatif. Kebijakan legislatif adalah suatu perencanaan atau program dari pembuat undang-undang mengenai apa yang akan dilakukan dalam menghadapi persoalan tertentu dan cara bagaimana melakukan atau melaksanakan sesuatu yang telah direncanakan atau diprogramkan. Sedangkan tahap aplikasi yaitu tahap penerapan hukum pidana oleh aparat aparat penegak hukum mulai dari kepolisian sampai pengadilan atau biasa disebut sebagai tahap yudikatif. Dan tahap berikutnya adalah tahap pelaksanaan atau kebijakan eksekutif.

¹⁰³ Sudarto, *Hukum Dan Hukum Pidana*, (Bandung : Alumni, 2007), hlm 153

¹⁰⁴ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, (Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 2001), hlm 74

Kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Kebijakan kriminalisasi menggunakan hukum pidana tidak dapat lepas dengan sistem pemidanaan, sistem pemidanaan (*the sentencing system*) menurut *L.H.C Hulsmann* adalah aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pemidanaan (*the statutory rules relating to penal sanctions and punishment*). Pengertian pemidanaan sebagai suatu proses penjatuhan pidana oleh hakim mencakup keseluruhan ketentuan peraturan perundang-undangan bagaimana hukum pidana ditegakan secara konkrit. Hukum pidana substantif, hukum pidana formal dan pelaksanaan pidana dapat dilihat sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan.¹⁰⁵

Kebijakan formulasi merupakan tahapan yang paling strategis dari "*penal policy*" karena pada tahapan tersebut legislatif berwenang dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana yang berorientasi pada permasalahan pokok hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan, pertanggung-jawaban pidana, dan sanksi apa yang dapat dikenakan. Oleh karena itu upaya penanggulangan kejahatan bukan hanya tugas aparat penegak hukum tetapi juga tugas aparat pembuat undang-undang (aparatur legislatif).¹⁰⁶

Menurut Barda Nawawi kebijakan legislatif (formulasi) ada dua yaitu bersifat preventif dan represif.

"Bersifat preventif dapat dilakukan dengan memberikan kewenangan kepada aparat penegak hukum untuk melakukan penundaan penuntutan bersyarat. Sedangkan kebijakan yang bersifat represif dapat dilakukan dengan;

¹⁰⁵ Barda Nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op.Cit, hlm 119.

¹⁰⁶ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Op.Cit, hlm 78-79

- a) menyempurnakan ketentuan ketentuan yang berhubungan dengan pidana bersyarat, sehingga operasionalisasinya dapat lebih efektif,
- b) menyediakan ketentuan bagi hakim untuk tidak menjatuhkan pidana penjara secara tunggal dengan menyediakan alternatif pidana penjara atau tindakan lain yang lebih ringan".¹⁰⁷

Penerapan pidana sesungguhnya berhubungan erat dengan sistem perumusan ancaman pidana yang tercantum dalam undang undang. Dan tujuan akhir dari kebijakan kriminal ialah perlindungan masyarakat untuk mencapai tujuan utama, sering disebut dengan istilah kebahagiaan warga masyarakat, kehidupan yang sehat dan menyegarkan, kesejahteraan masyarakat atau untuk mencapai keseimbangan.¹⁰⁸ Dengan kata lain kebijakan formulasi (legislatif) terhadap anak sebagai tindak pidana dalam sistem peradilan pidana anak lebih mengutamakan kesejahteraan anak dan keseimbangan.

Berdasarkan penjelasan di atas maka konsep kebijakan formulasi yang digunakan dalam disertasi ini adalah konsep yang dikemukakan oleh Barda Nawawi bahwa dalam kebijakan formulasi merupakan tahap yang paling strategis dari penal policy karena legislatif berwenang merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan, pertanggung jawaban pidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan.

2.2.2 Konsep Pidana Kerja Sosial

Berdasarkan kamus *Black's law Dictionary*, kerja sosial diartikan sebagai;

"Socially Valuable Work Performed without pay- Community service is often required as a part of a criminal sentence, esp. one that does not include incarceration".¹⁰⁹

¹⁰⁷ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, (Yogyakarta : Genta Publishing, 2010), hlm 218

¹⁰⁸ Ibid hlm 32

¹⁰⁹ Black's Law Dictionary, 8th Edition by Henry Campbell Black, St. Paul, West Publishing, 2006, hal. 319.

Terjemahan bebas; "Pekerjaan yang mempunyai nilai sosial yang dikerjakan secara paksa tanpa melalui mekanisme pengupahan. Pada umumnya kerja sosial digunakan sebagai bagian dari salah satu stelsel pidana."

Pidana kerja sosial atau *community service order* dalam *Dictionary of Law*, Oxford University didefinisikan sebagai berikut:

*"An order that requires an offender (who must consent and be aged at least 16) to perform unpaid work for between 40 and 240 hours under the supervision of a probation officer. Such an order replaces any other form of punishment (e.g. imprisonment); it is usually based on a probation officer's report and is carried out within 12 months (unless extended). Breach of the order may be dealt with by fine or by revocation have been imposed for the offence."*¹¹⁰

Terjemahan bebas: "suatu ketentuan yang mengharuskan persetujuan dari pelaku dan pelaku berusia 16 tahun untuk melakukan pekerjaan tanpa dibayar, waktu bekerja antara 40 sampai 240 jam dibawah pengawasan petugas percobaan. Sebagai pengganti hukuman penjara yang tidak lebih dari 12 bulan. Pelanggar dikenakan denda apabila tidak melakukan pekerjaan".

Konferensi Internasional mengenai *Prevention of Crime and Treatment of offender* ke-7 mengeluarkan sebuah resolusi untuk mengurangi populasi pidana penjara, alternatif pidana penjara dan integrasi sosial nara pidana. Menurut *P.J.P Tak* seorang Guru Besar dari Belanda, bahwa hanya ada tiga alternatif yang sesuai dengan resolusi itu yaitu:

- (1) kontrak untuk pembinaan (*contract treatment*),
- (2) pencabutan dan larangan mengenai hak-hak dan izin (*deprivation and interdicts concerning rights or licence*),
- (3) kerja sosial (*community service*).¹¹¹

Prinsip *Community Service order* adalah hakim dapat menjatuhkan bagi yang telah berusia 16 tahun atas perbuatan pidana yang diancam pidana

¹¹⁰ *Dictionary of Law*, (Oxford university, Press Market House Books Ltd, 1997), <http://www.google.com/community-service>. Tanggal 7 Oktober 2014

¹¹¹ Dwidja Priyatno, *Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara Di Indonesia*, (Bandung: Refika Aditama, 2013, hlm 47-50.

penjara, jumlah jam tidak lebih dari 240 (dua ratus empat puluh) dan tidak boleh kurang dari 40 (empat puluh) jam selama itulah terpidana melakukan pekerjaan dan sebelumnya harus mendapatkan persetujuannya. Tanpa ada persetujuan terdakwa, maka pekerjaan yang ditetapkan sebagai sanksi pidana akan dapat dianggap sebagai satu bentuk kerja paksa.¹¹²

Pidana kerja sosial merupakan bentuk pidana dimana pidana tersebut dijalani oleh terpidana dengan melakukan pekerjaan sosial yang ditentukan. Berbeda dengan jenis pidana perampasan kemerdekaan, pidana ini merupakan jenis pidana yang harus dijalani oleh terpidana di luar lembaga dengan melakukan pekerjaan-pekerjaan sosial.¹¹³

Konsep pidana kerja sosial yang digunakan dalam disertasi ini adalah berdasarkan kamus *Black's Law Dictionary* pekerjaan yang mempunyai nilai sosial yang dikerjakan secara paksa tanpa melalui mekanisme pengupahan.

2.2.3 Konsep Anak

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia anak adalah keturunan kedua. Nilai anak dalam masyarakat sangat beragam, tergantung lingkungan sosial budaya masyarakat, secara umum dalam rentang sejarah kehidupan manusia ada dua jenis nilai anak dalam masyarakat. Pertama; anak sebagai nilai sejarah berarti anak harus meneruskan sejarah dinasti atau garis keturunan sehingga anak dipersiapkan dengan baik untuk melanjutkan dinasti berikutnya. Kedua; anak sebagai nilai ekonomi karena anak akan membantu menyangga kehidupan ekonomi keluarga seperti ada ungkapan banyak anak banyak rezeki.¹¹⁴

¹¹² Jan Rimmelink, *Hukum Pidana Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanan dalam KUHP Indonesia*, (Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, 2003), hlm 482

¹¹³ Tongat, *Pidana Kerja Sosial dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, (Jakarta : Djambatan, 2001, hlm 7

¹¹⁴ Hadi Supeno, *Kriminalisasi Anak Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pemidanaan*, *Op. Cit*, hlm 19-22

2.2.3.1 Konsep Anak menurut pandangan Islam

Dalam pandangan Islam anak merupakan pemberian dan karunia Tuhan yang sangat berharga kepada seseorang, dalam sebuah ayat dalam Al Qur'an dikatakan bahwa harta dan anak dalam kehidupan manusia digambarkan sebagai Zinatun (hiasan), yaitu sesuatu yang membuat indah dan baik. Kehadiran anak yang berkualitas secara fisik, mental, dan spiritual dalam bahasa agama disebut "waladun salih (anak yang saleh) yang dapat membantu membahagiakan kedua orang tua setelah meninggal dunia dengan melalui doa yang selalu dipanjatkannya.¹¹⁵ Terkait dengan definisi anak menurut Islam, anak adalah seseorang yang telah akil baliq tidak ditentukan berdasarkan usia.

2.2.3.2. Konsep Anak Menurut Ilmu Pengetahuan

Secara konseptual ilmu pengetahuan memberikan gambaran dari aspek psikologis. Didalam teori perkembangan anak menurut Jean Piaget (1896-1980) ada empat tahap perkembangan kognitif dari setiap individu secara kronologis, yaitu :

1. Tahap sensori motor : 0-2 tahun, bahwa pada tahap ini bayi lahir dengan refleks bawaan, ia hanya dapat mengetahui hal-hal yang ditangkap dengan indranya.
2. Tahap pra operasi : 2-7 tahun, pada tahap ini mulai timbul pertumbuhan kognitifnya tetapi masih terbatas pada hal-hal yang dapat dijumpai atau dilihat di dalam lingkungan saja.
3. Tahap operasi konkrit : 7-11 tahun, tahap ini anak telah dapat mengetahui simbol-simbol matematis tetapi belum dapat menghadapi

¹¹⁵ Tafsir Al Qur'an tematik Jilid 1, Lajnah Pentashihan Mushaf Al Qur'an Badan litbang dan Diklat Kementerian Agama RI, (Jakarta : Kamil Pustaka, 2014), hlm 260

hal-hal yang abstrak atau tak berwujud.

4. Tahap operasi formal 11 ke atas, pada tahap ini mengartikan bahwa anak-anak telah memasuki tahap baru dalam logika orang dewasa, yaitu mampu melakukan penalaran abstrak.

J. Piaget mengemukakan tentang perkembangan kognitif yang dialami oleh setiap individu secara lebih rinci mulai dari bayi hingga dewasa. Teori ini disusun berdasarkan studi klinis terhadap anak-anak dari berbagai usia.

"Pengertian kognitif menurut J Piaget, bukan hanya hasil kematangan organisme, bukan pula pengaruh lingkungan saja melainkan interaksi antara keduanya. Dalam pandangan ini organisme aktif mengadakan hubungan dengan lingkungan. Penyesuaian terhadap obyek-obyek yang ada dilingkungannya, yang merupakan proses interaksi yang dinamis inilah yang disebut dengan kongnisi. Sebagai fungsi mental yang berhubungan dengan proses mengetahui, proses kognitif meliputi aspek-aspek persepsi, ingatan, pikiran, simbol, penalaran, dan pemecahan persoalan".¹¹⁶

Sedangkan Singgih Gunarsah dalam buku *Perubahan Sosial dalam Masyarakat*, mengklasifikasi tahapan usia seseorang dihubungkan dengan perkembangan jiwa dalam lima tahap yaitu;

- 1) "Anak, berusia dibawah 12 tahun;
- 2) Remaja dini, berusia antara 12- 15 tahun;
- 3) Remaja penuh, berusia antara 15-18 tahun;
- 4) Dewasa muda, berusia antara 18-21 tahun;
- 5) Dewasa, berusia 21 tahun ke atas".¹¹⁷

Melihat gambaran tahapan tersebut diatas dari masing-masing karakteristik maka anak yang berusia 12 -15 tahun yang disebut remaja dini atau masa puber akan cenderung emosi tinggi, mudah tersinggung, suka marah-marah, dan cenderung bersikap anti sosial yang pada akhirnya dapat melakukan tindakan penyimpangan perilaku yang akan merugikan diri sendiri maupun

¹¹⁶ Singgih D. Gunarsa, *Dasar & Teori Perkembangan Anak*, (Jakarta : Libri PI BPK, 2011), hlm 136

¹¹⁷ Singgih D. Gunarso, *Perubahan Sosial dalam Masyarakat*, (Jakarta : PAU FIS UI, 1989), hlm 9

masyarakat serta lingkungannya.

2.2.3.3 Konsep Anak Menurut Hukum Adat

Di dalam hukum adat tidak ditemukan ketentuan yang mengenai definisi anak, yang dapat dijadikan rujukan adalah hasil penelitian Soepomo tentang hukum perdata Jawa Barat menyebutkan bahwa ukuran kedewasaan seseorang diukur dari beberapa aspek; (1) dapat bekerja sendiri,(2) cakap untuk melakukan apa yang disyaratkan dalam kehidupan bermasyarakat (3) dapat mengurus harta kekayaan sendiri. Demikian pula dengan hukum Islam, batasan kedewasaan tidak berdasarkan hitungan usia, tetapi sejak ada tanda-tanda perubahan badaniah baik anak pria maupun wanita.¹¹⁸

Soedjono menyebutkan bahwa menurut hukum adat, anak dibawah umur adalah mereka yang belum menentukan tanda-tanda fisik yang konkrit bahwa ia telah dewasa. Ternyata menurut hukum adat Indonesia tidak terdapat batasan umur yang pasti sampai umur berapa seseorang masih dianggap sebagai anak atau sampai umur berapakah seseorang dianggap belum dewasa.¹¹⁹

2.2.3.4. Konsep Anak Menurut Peraturan Perundang-undangan

Perserikatan Bangsa Bangsa dalam *Convention on the Right of the Child* (CRC) atau Konvensi Hak Anak (KHA) menetapkan definisi anak " Anak berarti setiap manusia di bawah umur 18 (delapan belas) tahun kecuali menurut undang-undang yang berlaku pada anak, kedewasaan dicapai lebih awal.

Konsep anak dalam Undang-undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia terdapat dalam ketentuan umum Pasal 1 (butir 5) Anak adalah

¹¹⁸ Irma Setyowati Soemitro, *Aspek Hukum Perlindungan Anak*, (Jakarta : Bumi Aksara, 1990), hlm 19

¹¹⁹ Kusno Adi, *Kebijakan Kriminal Dalam Penanggulangan Tindak Pidana Narkotika oleh Anak*, (Malang : UMM Press, 2009), hlm 7

setiap manusia yang berusia di bawah 18 (delapan belas) tahun dan belum menikah, termasuk anak yang masih berada dalam kandungan apabila hal tersebut adalah demi kepentingannya.

Sedangkan Undang-undang No. 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak memberikan definisi Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan, Pasal 1 butir (1). Maka konsep anak yang akan digunakan dalam disertasi ini adalah konsep yang dirumuskan dalam Pasal 1 butir (1) Undang-undang No. 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan atas UU No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak. Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan.

2.2.4 Konsep Tindak Pidana

Istilah tindak pidana merupakan terjemahan dari *strafbaar feit* dari bahasa Belanda dengan berbagai pengertian sebagai berikut;

- (a) perbuatan yang dapat/boleh dihukum
- (b) peristiwa pidana,
- (c) perbuatan pidana,
- (d) tindak pidana dan
- (e) delik.

Sementara menurut Wiryono Prodjodikoro tindak pidana berarti suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenai hukuman pidana.¹²⁰

¹²⁰ Wirjono Prodjodikoro, *Asas Asas Hukum Pidana di Indonesia*, (Bandung : Refika Aditama, 2003), hlm 59

Sedangkan para ahli hukum pidana Indonesia menggunakan beberapa istilah untuk menerjemahkan *strafbaar feit* seperti Moeljatno dan Roeslan Saleh memakai istilah perbuatan pidana, dengan rumusan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana barangsiapa melanggar larangan tersebut. Moeljatno menolak istilah peristiwa pidana karena peristiwa itu adalah pengertian yang konkret yang hanya menunjuk kepada suatu kejadian yang tertentu saja misalnya matinya orang. Hukum pidana tidak melarang orang mati, tetapi melarang adanya orang mati karena perbuatan orang lain.¹²¹

Roeslan Saleh disamping memakai perbuatan pidana juga memakai istilah delik. Sedangkan R. Tresna memakai istilah peristiwa pidana yaitu suatu perbuatan atau rangkaian perbuatan manusia, yang bertentangan dengan undang-undang atau peraturan peraturan lain terhadap perbuatan mana diadakan tindakan penghukuman. Berbagai arti dari *strafbaar feit* tersebut dilatar belakangi pemahaman dan interpretasi yang digunakan oleh para ahli sehingga memunculkan rumusan dan pengertian yang berbeda.

Seperti Sudarto menggunakan istilah tindak pidana untuk menerjemahkan *strafbaar feit* dengan alasan bahwa istilah tindak pidana sudah lazim digunakan oleh pembentuk undang-undang dan sudah diterima oleh masyarakat. Sementara tindak pidana menurut Sudarto adalah perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu, yang dilakukan oleh orang yang memungkinkan pemberian pidana.¹²² Sedangkan Indriyanto Seno Adji merumuskan tindak pidana adalah perbuatan seseorang yang diancam pidana, perbuatannya bersifat

¹²¹ Andi Hamzah, *Asas Asas Hukum Pidana*, (Jakarta : Rineka Cipta, 2008), hlm 94

¹²² Sudarto, *Hukum Pidana*, (Semarang : Yayasan Sudarto, 1990), hlm 9

melawan hukum, terdapat suatu kesalahan dan bagi pelakunya dapat dipertanggung-jawabkan perbuatannya.¹²³

Dengan memahami pengertian dari tindak pidana maka dapat disusun unsur-unsur dari suatu tindak pidana yaitu;

- (1) subyek,
- (2) kesalahan,
- (3) melawan hukum,
- (4) diancam dengan pidana,
- (5) waktu, tempat, dan keadaan.

Secara sederhana dapat dirumuskan pengertian tindak pidana yaitu; suatu tindakan pada tempat, waktu dan keadaan tertentu yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang, bersifat melawan hukum serta dengan kesalahan dilakukan oleh seseorang yang mampu bertanggung-jawab.¹²⁴

Pidana selalu berhubungan dengan aspek hukum pidana lainnya yaitu perbuatan yang dilarang dan hukuman atau sanksi atas pelanggaran larangan tersebut. Moeljatno merumuskan pengertian hukum pidana adalah bagian dari pada keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk ;

1. "Menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang dengan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut.
2. Menentukan kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana telah diancamkan.

¹²³ Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, (Jakarta : Prenada Media, 2008), hlm. 27

¹²⁴ S.R Sianturi, *Asas Asas Hukum Pidana Di Indonesia dan Penerapannya*, (Jakarta : Alumni AHAEM-PETHAEM, 1997), hlm 207

3. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut".¹²⁵

Sementara *Simmons* merumuskan suatu tindak/perbuatan yang diancam dengan pidana oleh undang-undang, bertentangan dengan hukum, dilakukan dengan kesalahan, oleh seseorang yang mampu bertanggung-jawab. Sedangkan *Van Hammel* mengatakan bahwa *strafbaar feit* adalah suatu perbuatan yang diancam dengan pidana, dilakukan dengan kesalahan dan mampu bertanggung-jawab dan tindakan mana bersifat dapat dipidana.¹²⁶ Adanya unsur perumusan dalam undang-undang dan pertanggung-jawaban pidana merupakan ciri mendasar dari definisi kejahatan atau perbuatan pidana menurut *Simmons* dan *Van Hammel*.

Menurut Sudarto hukum pidana ialah sanksi yang berupa pidana yang diancamkan kepada pelanggaran norma. Sanksi dalam hukum pidana ialah sanksi yang negatif. Sanksi negatif ini baru diterapkan apabila sarana atau upaya sudah tidak memadai, maka dikatakan hukum pidana mempunyai fungsi yang subsidiar.¹²⁷ Pasal 1 ayat (1) KUHP menghendaki penentuan tindak pidana hanyalah berdasarkan suatu ketentuan peraturan perundang undangan. Dengan demikian dapat dikatakan *nullum crimen sine lege* dan *nullum poena sine lege* merupakan prinsip utama dari asas legalitas.¹²⁸

Asas legalitas dalam KUHP Pasal 1 ayat (1) yang berbunyi tiada suatu perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan. Moeljatno

¹²⁵ Moeljatno, *Asas Asas Hukum Pidana*, (Jakarta : Rineca Cipta, 2000), hlm 1

¹²⁶ S.R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Op.Cit, hlm.201.

¹²⁷ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana* (Bandung : Alumni 2007), hlm.22

¹²⁸ Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggung Jawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Op.Cit, hlm 31

menulis bahwa asas legalitas mengandung tiga pengertian; (1) tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang, (2) untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kias), (3) aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.¹²⁹ Dengan demikian konsep tindak pidana yang digunakan dalam disertasi ini adalah yang dikemukakan oleh Sudarto yaitu tindak pidana adalah perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu yang dilakukan oleh orang yang memungkinkan pemberian pidana.

2.2.5 Konsep Anak Sebagai Pelaku Tindak Pidana

Anak sebagai pelaku tindak pidana sangat erat dengan penentuan pertanggung-jawaban pidana. Kemampuan dalam melakukan perbuatan hukum pada dasarnya merupakan salah satu persyaratan penting dalam menentukan seseorang bersalah atau tidak. Hal ini sesuai dengan pendapat Moeljatno;

“Orang tidak mungkin dipertanggung-jawabkan (dijatuhi pidana) kalau tidak melakukan perbuatan pidana. Akan tetapi, meskipun melakukan perbuatan pidana, tidak selalu dia dapat dipidana, misalnya anak-anak bermain dengan korek api di pinggir rumah tetangga, lalu menyalahkan dinding rumah tersebut, sehingga menimbulkan bahaya umum baik terhadap barang maupun orang (Pasal 187 KUHP)”.¹³⁰

Mempertanggung-jawabkan seseorang dalam hukum pidana bukan hanya berarti sah menjatuhkan pidana terhadap orang tersebut, dipertimbangkan bahwa memang pada tempatnya meminta pertanggung-jawaban atas tindak pidana yang dilakukannya. Chairul Huda mengutip pendapat

¹²⁹ Andi Hamzah, *Asas Asas Hukum Pidana*, Op.Cit, hlm 40

¹³⁰ Moeljatno, *Asas Asas Hukum Pidana*, Op.Cit, hlm 155

Alf Ross bahwa pertanggung-jawaban tidak hanya berarti *rightfully sentenced*, tetapi juga *rightfully accused*.¹³¹

Apabila dikaitkan dengan anak sebagai pelaku tindak pidana maka akan muncul pertanyaan pada usia berapakah seorang anak dapat diminta pertanggungjawaban atas perbuatannya. Untuk itu menurut Moeljatno bahwa kemampuan bertanggung-jawab harus ada yaitu; 1) kemampuan untuk membedakan antara perbuatan yang baik dan buruk, yang sesuai dengan hukum dan yang melawan hukum. 2) kemampuan untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik dan buruknya perbuatan tadi.¹³²

Undang-undang No. 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Pidana Anak menentukan bahwa anak yang melakukan tindak pidana dan dapat diajukan ke sidang pengadilan adalah anak yang telah berusia 12 (dua belas) tahun. Penetapan usia minimal 12 (dua belas) tahun sebagai ambang batas usia pertanggungjawaban hukum bagi anak telah diterima dalam praktik sebagian negara-negara sebagaimana juga direkomendasikan oleh Komite Hak Anak PBB dalam *General Comment*, 10 Februari 2007. Penetapan ini dengan pertimbangan bahwa anak secara relatif sudah memiliki kecerdasan emosional, mental, dan intelektual yang stabil, sehingga dapat dipertanggung-jawabkan secara hukum karena telah mengetahui hak dan kewajibannya. Selain itu, sesuai dengan semangat revisi KUHP yang akan memberikan batasan usia yang lebih tinggi untuk menghindari adanya pelanggaran konstitusional anak.

Anak sebagai pelaku tindak pidana dirumuskan dalam Pasal 1 butir (3)

¹³¹Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Op.Cit, hlm 64

¹³² Moeljatno, *Asas Asas Hukum Pidana*, Op. Cit, hlm 165

Undang-undang No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak menegaskan bahwa batas umur 12 (dua belas) tahun tetapi belum berumur 18 (delapan belas) tahun yang diduga melakukan tindak pidana. Dengan demikian konsep anak sebagai pelaku tindak pidana terkait dengan usia pertanggungjawaban anak, yang digunakan dalam disertasi ini adalah konsep yang ada dalam Pasal 1 butir (3) UU No. 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Pidana Anak. Anak yang berkonflik dengan hukum adalah anak yang telah berumur 12 (dua belas) tahun dan belum berumur 18 (delapan belas) tahun yang diduga melakukan tindak pidana.

2.2.6 Perlindungan Anak

Dalam konteks berbangsa dan bernegara anak adalah cikal bakal sebuah masyarakat. Baik buruknya sebuah masyarakat akan sangat ditentukan oleh sejauh mana perhatian dalam memberikan perlindungan terhadap anak. Generasi yang baik, cerdas akan lahir jika kebutuhan anak yang bersifat materil, spritual serta akhlak terpenuhi dengan baik. Demikian pentingnya seorang anak maka masyarakat dunia memberikan perhatian khusus menyangkut upaya pemenuhan kebutuhan melalui berbagai deklarasi, konvensi dan berbagai peraturan perundang-undangan.

Demikian pula dalam Pembukaan Undang-undang Dasar atau Konstitusi Negara Republik Indonesia telah tercantum dengan jelas bahwa tujuan dari negara antara lain adalah memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa. Mencerdaskan kehidupan bangsa di dalamnya mengandung makna pendidikan, pendidikan tidak dapat dilepaskan dari dunia anak-anak mulai dari usia dini sampai dewasa. Pasal 34 Undang-undang Dasar Negara RI Tahun 1945 menjelaskan bahwa "fakir miskin dan anak terlantar di pelihara oleh

negara” konsekwensi dan implementasi dari Pasal tersebut adalah lahirnya Undang-undang No. 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak.

Undang-undang Kesejahteraan Anak secara spesifik mengatur tentang kebutuhan-kebutuhan dasar anak demi kesejahteraannya. Ketentuan umum memuat bahwa kesejahteraan anak adalah suatu tata kehidupan dan penghidupan anak yang dapat menjamin pertumbuhan dan perkembangannya dengan wajar, baik secara rohani, jasmani, maupun sosial. Usaha kesejahteraan anak adalah usaha kesejahteraan sosial yang ditujukan untuk menjamin terwujudnya kesejahteraan anak terutama terpenuhinya kebutuhan pokok anak. Yang dimaksud kebutuhan pokok anak adalah pangan, sandang, pemukiman, pendidikan dan kesehatan.

Secara rohani, jasmani, maupun sosial anak belum memiliki kemampuan untuk berdiri sendiri, maka menjadi kewajiban bagi generasi yang terdahulu untuk menjamin, memelihara, dan mengamankan kepentingan anak itu. Pemeliharaan, jaminan, dan pengamanan kepentingan ini layak dilakukan oleh pihak-pihak yang mengasuhnya di bawah pengawasan dan bimbingan negara, dan bila perlu oleh negara sendiri. Dengan melihat ketentuan tersebut di atas maka sesungguhnya kesejahteraan anak merupakan tanggung-jawab dari negara, apabila tidak ada pihak-pihak yang dapat melaksanakannya maka pelaksanaan hak dan kewajiban menjadi tanggung jawab negara.

Pelaksanaan kewajiban dan tanggung jawab orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan negara dalam memberikan perlindungan pada anak juga dapat dilihat dalam Undang-undang No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Kemudian UU No. 23 Tahun 2002 ini telah direvisi dengan Undang-undang No. 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-undang

No.23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak. Dalam UU ini Pasal 1 angka (2) yang dimaksud dengan Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Perlindungan anak ditujukan pada segala kegiatan untuk menjaga agar anak dapat tumbuh dengan wajar, secara lahir dan bathin serta bebas dari segala bentuk ancaman, hambatan dan gangguan. Perlindungan anak merupakan usaha dan kegiatan seluruh lapisan masyarakat dalam berbagai kedudukan dan peranan yang menyadari pentingnya anak sebagai generasi penerus cita-cita bangsa dan negara.

Pengertian perlindungan anak menurut Arif Gosita dirumuskan sebagai berikut;

- a) "Suatu perwujudan adanya keadilan dalam suatu masyarakat. Keadilan ini merupakan keadilan sosial yang merupakan dasar utama perlindungan anak.
- b) Suatu usaha bersama melindungi anak untuk melaksanakan hak dan kewajibannya secara manusiawi dan positif,
- c) Suatu permasalahan manusia yang merupakan suatu kenyataan sosial,
- d) Suatu hasil interaksi antara pihak-pihak tertentu akibat adanya suatu interelasi antara fenomena yang ada dan saling mempengaruhi,
- e) Suatu tindakan individu yang dipengaruhi oleh unsur-unsur sosial tertentu atau masyarakat tertentu seperti kepentingan yang menjadi motivasi, lembaga-lembaga sosial (keluarga, sekolah, pesantren, pemerintah dan sebagainya), nilai-nilai sosial, norma hukum, status, peran dan sebagainya.
- f) Merupakan suatu tindakan hukum yang dapat mempunyai akibat hukum yang harus diselesaikan dengan berpedoman dan berdasarkan hukum,
- g) Harus diusahakan dalam berbagai bidang penghidupan dan kehidupan keluarga, bermasyarakat, bernegara dan berbangsa.
- h) Merupakan suatu bidang pembangunan nasional. Mengabaikan masalah perlindungan anak akan mengganggu pembangunan

nasional serta kesejahteraan rakyat maupun anak".¹³³
 Sementara Bismar Siregar lebih menekankan perlindungan anak dipusatkan pada hak-hak anak yang diatur hukum bukan kewajiban, mengingat secara hukum anak belum dibebani kewajiban. Pendapat ini sejalan konsep Hukum Islam yang dikenal dengan fikih anak, yang dimaksud adalah bahwa ada kewajiban sang ibu untuk menyusui anaknya seperti termuat dalam Qur'an Surat Al Baqarah Ayat (233) "Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, yaitu bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. Dan kewajiban ayah memberi makan dan pakaian kepada ibu dengan cara yang ma'ruf. Seseorang tidak dibebani melainkan menurut kadar kesanggupannya. Janganlah seorang ibu dan ayah menderita sengsara karena anaknya".¹³⁴

Hal ini menunjukkan bahwa seorang anak hanya mempunyai hak tanpa beban kewajiban dan hak mendapatkan Air Susu Ibu (ASI) merupakan hak absolut seorang anak, dan bentuk perlindungan anak sejak dini. Bahkan dalam Islam perlindungan anak dilakukan sejak pertemuan antara sperma laki-laki (bapak) dengan ovum perempuan (ibu) dan menghasilkan pembuahan yang terus tumbuh sampai akhirnya lahirlah seorang anak. Para ulama bersepakat melarang tindakan menggugurkan janin dalam kandungan kecuali kehamilan akan mengancam dan membahayakan keselamatan ibu.

Pandangan ini didukung oleh para ahli kedokteran dan genetika yang menyatakan janin adalah makhluk hidup yang terus mengalami pertumbuhan dan perkembangan. Janin adalah asal kehidupan manusia yang tidak boleh dibunuh

¹³³ Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak dalam Sistem Peradilan Pidana Anak*, (Bandung : Refika Aditama, 2010), hlm 36

¹³⁴ Al quran dan Terjemahannya, Op Cit, hlm 29

atau disakiti oleh siapapun.¹³⁵

Upaya perlindungan anak dilaksanakan sejak dari janin ada dalam kandungan sampai anak berumur 18 (delapan belas) tahun. Bertitik tolak dari konsepsi perlindungan anak yang utuh, menyeluruh, dan komprehensif maka dalam Undang-undang Perlindungan Anak, meletakkan kewajiban perlindungan anak berazaskan Pancasila dan berlandaskan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta prinsip-prinsip dasar Konvensi Hak-hak Anak meliputi;

- a. non diskriminasi,
- b. kepentingan terbaik bagi anak, hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan,
- c. penghargaan terhadap pendapat anak.

Sedangkan tujuan perlindungan anak adalah menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi demi terwujudnya anak Indonesia yang berkualitas, berakhlak mulia dan sejahtera.

Berdasarkan penjelasan di atas maka konsep perlindungan anak yang digunakan dalam disertasi ini adalah konsep yang tercantum dalam Pasal 1 angka (2) Undang-undang No. 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, bahwa perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

¹³⁵ Tafsir Al Qur'an Tematik Jilid I, Lajnah Pentashihan Mushaf Al Qur'an Badan litbang dan Diklat Kementerian agama RI, (Jakarta: Kamil Pustaka , 2009), hlm 264