



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 1/PUU-VIII/2010**

**PERIHAL
PENGUJIAN UNDANG-UNDANG NOMOR 3
TAHUN 1997 TENTANG PENGADILAN ANAK
TERHADAP
UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK
INDONESIA TAHUN 1945**

**ACARA
MENDENGAR KETERANGAN PEMERINTAH DAN
AHLI DARI PEMERINTAH
(III)**

**J A K A R T A
SELASA, 2 MARET 2010**



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 1/PUU-VIII/2010**

PERIHAL

Pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

PEMOHON

- Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI)
- Yayasan Pusat Kajian dan Pengabdian Anak Medan

ACARA

Mendengar Keterangan Pemerintah dan Ahli dari Pemerintah (III)

**Selasa, 2 Maret 2010, Pukul 10.00 – 12.05 WIB
Ruang Sidang Pleno Gedung Mahkamah Konstitusi RI,
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat**

SUSUNAN PERSIDANGAN

- | | |
|---|-----------|
| 1) Pof. Dr. Moh. Mahfud MD., S.H. | (Ketua) |
| 2) Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H. | (Anggota) |
| 3) Dr. H.M. Arsyad Sanusi, S.H., M.Hum. | (Anggota) |
| 4) Prof. Dr. Maria Farida Indrati, S.H., M.Hum. | (Anggota) |
| 5) Hamdan Zoelva, S.H., M.H. | (Anggota) |
| 6) Dr. Harjono, S.H., M.CL | (Anggota) |
| 7) Drs. Ahmad Fadlil Sumadi, S.H., M.Hum | (Anggota) |
| 8) Dr. Muhammad Alim, S.H., M.Hum | (Anggota) |
| 9) Dr. H.M. Akil Mochtar, S.H., M.H. | (Anggota) |

Ida Ria Tambunan, S.H.

Panitera Pengganti

Pihak yang Hadir:

Pemohon:

- Susilawati

Kuasa Hukum Pemohon:

- Muhammad Joni, S.H., M.H.
- Despiyanti, S.H.
- Indrawan, S.H., M.H.

Pemerintah:

- Dr. Mualimin Abdi (Kasubdit Penyiapan Keterangan Pemerintah dan Pendampingan pada Sidang MK)
- Dra. Emmy Rachmawati (Deputi Bidang Perlindungan Anak Kemeng PP dan PA)
- Dr. Ir. Irma Alamsyah Djaya Putra, Msc (Staf Ahli Menteri bidang Hukum dan Politik Kemeneg PP dan PA)
- Rudi Purboyo

Ahli dari Pemerintah:

- Dr. Mudzakkir, S.H., M.H.

SIDANG DIBUKA PUKUL 10.00 WIB

1. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi untuk mendengar keterangan Pemerintah dan mendengar keterangan Ahli yang di ajukan oleh Pemerintah dalam Perkara Nomor 1/PUU-VIII/2010 dengan ini dinyatakan dibuka dan terbuka untuk umum.

KETUK PALU 1X

Pemohon dipersilakan untuk memperkenalkan diri.

2. KUASA HUKUM PEMOHON: MUHAMMAD JONI, S.H., M.H.

Terima Kasih Yang Mulia, *assalamualaikum, wr.wb.*

Selamat pagi untuk kita sekalian.

Perkenankan kami untuk memperkenalkan Pemohon, yang pertama adalah dari Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) dalam hal ini dihadiri oleh salah satu Komisioner KPAI Ibu Susilawati kemudian nanti berkenan Yang Mulia dari Yayasan Pusat Kajian dan Perlindungan Anak Medan sedang *on the way* dari Medan sekarang sedang di jalan dia akan berkenan untuk hadir, dan saya sendiri Muhammad Joni S.H, M.H. advokat kuasa dari Pemohon dan rekan advokat Despiyanti S.H. sebagai kuasa Pemohon.

Terima kasih Yang Mulia

3. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Pemerintah.

4. PEMERINTAH: DR. MUALIMIN ABDI (KASUBDIT PENYIAPAN KETERANGAN PEMERINTAH DAN PENDAMPINGAN SIDANG MK, DEP HUKUM DAN HAM)

Terima kasih Yang Mulia, *assalamualaikum wr.wb.*

Pemerintah hadir saya sendiri Mualimin Abdi dari Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, kemudian, di samping paling kanan ada Dr.Ir. Irma Djaya Putra beliau staf ahli dari Kementerian Negara

Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak. Kemudian, disebelahnya ada Ibu Emmy Rachmawati, Deputi Perlindungan Anak. Kemudian, ada Pak Rudi Purboyo dari Kementerian PP dan Perlindungan Anak.

Yang Mulia, Pemerintah dalam hal ini keterangan pemerintahnya akan kami sampaikan secara tertulis, tapi kemudian, uraian lebih lanjut tentang materi yang akan disampaikan oleh ahli Dr. Mudzakkir

5. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Jadi Pemerintah hanya nyampaikan tertulis tidak *opening statement*, tidak?

6. PEMERINTAH: DR. MUALIMIN ABDI (KASUBDIT PENYIAPAN KETERANGAN PEMERINTAH DAN PENDAMPINGAN SIDANG MK, DEP HUKUM DAN HAM)

Kali ini tidak Yang Mulia.

7. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Oke tidak terima kasih.

Saya persilakan Pemohon untuk menyampaikan dulu pokok-pokok permohonan disertai dengan petitum. Dalam waktu yang sesingkat-singkatnya karena kita sudah mendengar semua pada sidang-sidang panel yang sebelumnya.

8. KUASA HUKUM PEMOHON: MUHAMMAD JONI, S.H., M.H.

Terima kasih Yang Mulia.

Perkenalkan kami untuk menyampaikan pokok-pokok permohonan yang diajukan oleh para Pemohon.

Para Pemohon dalam hal ini adalah Komisi Perlindungan Anak Indonesia, dalam hal ini disingkat KPAI sebuah lembaga independen, Lembaga Perlindungan Anak di Indonesia yang berdasarkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002.

Yang kedua Pemohonnya adalah Yayasan Pusat Kajian dan Perlindungan Anak Medan, sebuah yayasan dengan pengesahan akte notaris dan pengesahan status badan hukum sesuai dengan bukti P-3.

Adapun permohonan yang diajukan para Pemohon dalam hal ini adalah terhadap pertama Pasal 1 angka 2 huruf b sepanjang frasa maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan.

Yang kedua adalah Pasal 4 ayat (1) sepanjang frasa sekurang-kurangnya 8 tahun. Yang Ketiga Pasal 5 ayat (1) sepanjang frasa belum mencapai umur 8 tahun. Yang keempat Pasal 22 sepanjang frasa pidana

atau yang kelima Pasal 23 sepanjang frasa pidana penjara dan yang terakhir adalah Pasal 31 ayat (1) sepanjang frasa di lembaga pemasyarakatan anak.

Adapun pokok permohonan ini adalah berkaitan dengan, pertama Pasal 1 angka 2 huruf b yaitu frasa maupun menurut peraturan hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang menurut dalil dan bukti serta alasan yang diajukan oleh para Pemohon, pasal ini merupakan *over kriminalisasi* terhadap anak karena menjustifikasi anak di bawah dan menjadi dikualifikasi sebagai orang yang melakukan tindak pidana, dalam hal ini ketika dia melakukan perbuatan yang menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan. Jadi ada penyimpangan terhadap asas legalitas yang diakui secara universal di dalam sistem hukum pidana maupun di dalam teori hukum pidana.

Yang kedua Pasal 4 ayat (1) tentang Batas Umur Anak Nakal yang dapat diajukan ke sidang anak adalah sekurang-kurangnya 8 tahun, namun belum mencapai 18 tahun. Menurut argumentasi, dalil dan bukti yang diajukan oleh para Pemohon bahwa ketentuan ini adalah bertentangan dengan hak-hak konstitusional anak sebagaimana dalam batu uji yang telah kami sampaikan Pasal 28B, Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 karena batas usia ini adalah tunduk terlalu rendah dibandingkan dengan batas usia anak melakukan perbuatan pidana, jika dibandingkan dengan perbuatan sejenis di luar negeri atau dikualifikasi juga telah menghilangkan hak-hak konstitusional anak lainnya karena batas usia ini.

Yang Ketiga Pasal 5 ayat (1) dengan argumentasi yang sama bahwa batas usia delapan tahun terlalu rendah dan dapat kami tambahkan hal ini juga bukti yang kami ajukan dalam hal ini adalah rekomendasi Komite PBB tentang Hak Anak untuk merevisi batas usia delapan tahun yang dinilai sangat lemah.

Yang ketiga adalah Pasal 22 ayat (1). Pasal 22, terhadap anak nakal hanya dapat dijatuhkan pidana atau tindakan yang ditentukan dalam undang-undang ini. Para Pemohon memohon agar frasa pidana atau dihapuskan karena pidana adalah hal yang tidak tepat untuk dijatuhkan kepada anak karena anak dalam masa pertumbuhan dan mempunyai hak konstitusional.

Pasal 23 ayat (2), adalah pidana penjara. Menghapuskan pidana penjara karena pidana penjara adalah bukan penjara tepat untuk anak, dan kita sudah menyampaikan beberapa bukti dan argumentasi serta pendapat yang terkait dengan hal itu.

Pasal 31 ayat (1), anak nakal yang oleh hakim diputuskan untuk diserahkan kepada negara, ditempatkan di lembaga pemasyarakatan anak sebagai anak negara. Kami ingin memohon supaya frasa "ditempatkan di lembaga pemasyarakatan anak sebagai anak negara," sepanjang di lembaga pemasyarakatan anak, itu adalah bertentangan dengan hak-hak konstitusional anak Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I

ayat (1) UUD 1945. Karena anak negara adalah bukan anak pidana dan karena itu tidak sepatutnya ditempatkan di lembaga pemasyarakatan anak yang di *set up* adalah untuk pembinaan terhadap anak-anak pidana.

Demikian pokok-pokok permohonan Yang Mulia dan kami akan sampaikan petitum.

Pertama adalah menerima, mengabulkan permohonan para Pemohon seluruhnya. Kedua, menyatakan Pasal 1 ayat (2) huruf b, Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 ... sepanjang frasa maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 dan tidak menyatakan mempunyai kekuatan hukum mengikat. Yang ketiga, berdasarkan saran dan masukan dari Majelis Hakim pada sidang pendahuluan, kami sudah melakukan *renvoy* sehingga petitum nomor tiga (3) adalah menyatakan ketentuan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak sepanjang frasa berbunyi, "sekurang-kurangnya 8 tahun" bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2), pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 dan dinyatakan inkonstitusional bersyarat dan hanya berlaku secara konstitusional bersyarat jika proses penyidikan, penuntutan, dan sidang anak serta penahanan, pemenjaraan anak dalam lembaga pemasyarakatan anak sudah menjamin hak-hak anak. Keempat, di *renvoy* menjadi menyatakan ketentuan Pasal 5 ayat (1), Undang-undang Pengadilan Anak sepanjang frasa berbunyi "belum mencapai berbunyi umur 8 tahun," bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, dan menyatakan inkonsitusal bersyarat dan hanya berlaku secara berlaku konstitusional bersyarat, jika proses penyidikan anak sudah menjamin perlindungan hak-hak anak. Kelima, menyatakan ketentuan Pasal 22 Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang mengenai frasa berbunyi pidana atau bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, dan menyatakan inkonsitusal bersyarat dengan memperhatikan hak-hak anak memperoleh prioritas tindakan bukan pidana. Di *renvoy* menjadi menyatakan ketentuan Pasal 22 Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang mengenai frasa pidana bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 dan menyatakan inkonstitusional bersyarat dan hanya berlaku secara konstitusional bersyarat dengan memperhatikan hak-hak anak memperoleh prioritas tindakan bukan pidana. Yang keenam menyatakan ketentuan Pasal 23 ayat (2) huruf a Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang mengenai frasa pidana penjara bertentangan dengan ketentuan Pasal 28, mohon maaf kami ulangi. Yang ketujuh, menyatakan ketentuan Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang frasa di "lembaga pemasyarakatan anak" bertentangan

dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1), Undang-Undang Dasar 1945 dan menyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Subsider, mohon putusan seadil-adilnya. Demikian Yang Mulia terima kasih.

9. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Baik, selanjutnya dipersilakan Pemerintah yang kali ini langsung dirangkum dalam pandangan ahli.

Untuk itu ahli langsung maju dulu untuk diambil sumpah.

Pak Fadlil

10. HAKIM ANGGOTA: DRS. AHMAD FADLIL SUMADI, S.H., M.HUM

Untuk pengucapan sumpah, ikuti lafal yang akan saya pandu menurut agama Islam.

Bismillahirrahmanirahim, demi Allah saya bersumpah sebagai ahli akan menerangkan yang sebenarnya, tidak lain dari yang sebenarnya

Ahli akan memberikan keterangan yang sebenarnya, sesuai dengan keahlian saya. Terima kasih.

11. AHLI DARI PEMERINTAH: DR. MUDZAKKIR, S.H., M.H.

Bismillahirrahmanirahim, demi Allah saya bersumpah sebagai ahli akan menerangkan yang sebenarnya, tidak lain dari yang sebenarnya

12. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Jadi langsung saja Pak ke Podium.

13. AHLI DARI PEMERINTAH: DR. MUDZAKKIR, S.H., M.H.

Assalamualaikum, wr. wb. Salam sejahtera untuk kita semuanya dan selamat pagi juga untuk kita semuanya.

Majelis Hakim yang saya muliakan, perkenankan saya ingin menyampaikan keterangan ahli saya sebagaimana yang saya ucapkan dalam sumpah saya tadi. Keterangan ini saya sampaikan berdasarkan keahlian saya dalam perkara yang terkait dengan pengujian konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak.

Terhadap pokok-pokok persoalan, saya ingin supaya memberi ringkasan secara singkat, kami atau saya akan sampaikan pokok-pokok persoalan yang terkait dengan norma yang diujikan.

Yang pertama adalah norma hukum yang bersisi tentang kalimat yang menyatakan, "maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup

dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan." Dikutip dari Pasal 1 ayat (2) huruf b, bagian kalimat yang terakhir tentang Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997.

Terhadap norma tersebut, ahli berpendapat bahwa rumusan norma yang demikian, maksud saya adalah mengutip tentang apa yang disebut sebagai hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan. Adalah sudah lazim dalam sistem hukum Indonesia, mungkin ini tidak lazim dalam sistem hukum yang lain. Karena sesuai dengan konsep hukum menurut sistem hukum Indonesia, menurut ahli adalah hukum itu adalah *norm* atau kaidah. Norma tersebut dipahami sebagai norma yang tertulis atau kaidah atau norma tersebut dipahami sebagai norma yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan atau istilahnya adalah peraturan perundangan-undangan atau norma yang tertulis, maupun norma yang tidak tertulis yang hidup dan berkembang dalam kehidupan masyarakat hukum Indonesia. Sehingga dengan demikian pemahaman dalam konsep hukum kita ada dua yakni, hukum sebagai norma tertulis dalam peraturan perundang-undangan dan norma atau kaidah hukum yang tidak tertulis, yang keduanya merupakan satu kesatuan yang tidak dapat terpisahkan.

Pemahaman seperti ini saya kutip dari atau saya telusuri, saya teliti dari, para pendiri Republik Indonesia di sini selalu mengatakan bahwa di dalamnya itu selalu ada unsur dua hal seperti ini. Jadi norma itu yang tidak tertulis yang hidup dalam kehidupan masyarakat. Nah, oleh sebab itu, rumusan *a quo*, ditujukan kepada norma hukum yang tidak tertulis sehingga dengan demikian saya simpulkan itu adalah sudah lazim di dalam sistem hukum Indonesia.

Pengakuan terhadap norma hukum yang tidak tertulis tersebut, menurut ahli relevan dalam suatu konteks masyarakat hukum Indonesia yang bercorak heterogen. Yang oleh pendiri Republik Indonesia dipergunakanlah istilah, masyarakat Indonesia yang 'Bhineka Tunggal Ika.'" Dalam konteks hukum, istilah yang paling menarik digunakan adalah Prof. Ruslan Shaleh yang menyebutnya sebagai, untuk menjelaskan tentang keragaman hukum di Indonesia ini adalah ke-Bhineka Tunggal Ikaan yuridis", atau dikatakan sebagai, berbeda-beda, beragam warna hukum dalam konteks Indonesia ini tetapi dia menjadi satu yang diikat di dalam satu kesatuan yang disebut sebagai sistem hukum Indonesia.

Saya ulangi lagi di sini, ini istilah yang saya pergunakan untuk menjelaskan dan pengakuan terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat, yakni apa yang saya sebut dan saya setuju dengan konsepnya Prof. Ruslan Shaleh, mengenai kebhineka tunggal-ikaan yuridis.

Keberadaan norma hukum yang tidak tertulis tersebut, menurut ahli menjadi jiwa hukum nasional Indonesia dan menjiwai hukum nasional Indonesia yang tertulis. Jadi menjiwai hukum nasional Indonesia dan menjiwai hukum nasional yang tertulis. Dengan demikian

hukum nasional yang tertulis harus dijiwai dengan hukum nasional Indonesia yang tidak tertulis, keduanya itu tidak dapat dipisahkan menurut pendapat ahli. Sehingga dengan demikian kita mengenal sifat melawan hukum formil dan sekaligus di dalamnya kita juga mengenal sifat melawan hukum materiil.

Sifat melawan hukum materiil dan formil adalah menjadi kesatuan yang tidak dapat dipisahkan dan sifat melawan hukum materiil yang berupa asas-asas hukum konstitutif ini adalah merupakan dan yang menjiwai hukum yang tidak tertulis atau tertulis.

Oleh sebab itu hakim memiliki kewajiban, ini juga diatur dalam ketentuan yang lain, hakim memiliki kewajiban menggali, menilai, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat hukum Indonesia. Ini di muat dalam Pasal 28 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang selengkapnya demikian. "Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat."

Dalam hukum pidana telah menjadi yurisprudensi tetap atau *constant jurisprudences*, Mahkamah Agung bahwa pemberlakuan hukum pidana materiil yang tidak tertulis yaitu hukum pidana adat yang diberlakukan secara limitatif mendasarkan kepada Undang-Undang Nomor 1 Darurat Tahun 1951. Kemudian hukum materiil yang bersumber dari yurisprudensi tetap konstan tersebut oleh tim perumus RUU KUHP dimuat dalam Pasal 1 ayat (3) dan (4) RUU KUHP Tahun 2008 dikutip selengkapnya sebagai berikut; "ketentuan sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1 ini yang melandasi asas legalitas, tidak mengurangi hukum yang hidup di dalam masyarakat, yang menentukan seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam perundang-undangan. Yang ayat ke (4) berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dimaksud ayat (3), sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa.

Rumusan Pasal 1 ayat (3) dan (4) ini merupakan proses yang begitu panjang setelah melakukan kajian sedemikian rupa sehingga dengan demikian dalam konteks masyarakat hukum Indonesia yang berbhineka tunggal ika sebagaimana yang kami maksudkan tadi, maka tim perumus RUU KUHP mempertahankan rumusan sebagai mana Pasal 1 ayat (3) dan ayat (4) ini memperoleh kritik yang begitu mendalam. Karena tim perumus KUHP setelah kami buka dokumen-dokumen, memang inilah menurut tim perumus dipandang rumusan yang paling tepat di dalam menghadapi keragaman hukum adat di Indonesia, sehingga dengan demikian melalui ketentuan Pasal 1 ayat (3) dan (4) ini semuanya bisa diadopsi dan terkontrol dalam sistem hukum pidana Indonesia di masa akan datang, sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (3) dan ayat (4) sebagai ketentuan umum hukum pidana.

Oleh sebab itu nanti tidak perlu lagi ada ketentuan-ketentuan yang lain yang mengatur di dalam RUU KUHP ini, agar supaya mudah terkontrol dan yang disebut tadi adalah ada parameter-parameter dalam konteks ini adalah nilai-nilai Pancasila dan atau prinsip-prinsip hukum umum diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Majelis Hakim yang saya muliakan.

Dalam praktik hukum, pengertian sebagaimana dimaksud yang diujikan tadi juga dipergunakan dalam mengintepretasikan berbagai rumusan dalam hukum pidana, misalnya melawan hukum. Tentu saja melawan hukum yang tidak ada penjelasan tersebut digunakan juga dalam mengintepretasikan pasal tersebut adalah termasuk juga adalah dalam konteks hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat Indonesia.

Bertentangan dengan kepatutan dalam kehidupan masyarakat tiada lain juga diukur dari sesuatu tak tertulis dalam kehidupan pergaulan dalam masyarakat Indonesia dan lain-lain, yang kemudian dikenal dengan sifat melawan hukum materiil di dalam hukum pidana.

Pemberlakuan hukum yang hidup dan yang berlaku dalam masyarakat tersebut tidak bermakna bahwa aparat penegak hukum dan hakim bebas semaunya sendiri melakukan intepretasi untuk menentukan hukum yang hidup dalam masyarakat. Karena menurut ahli, keberadaan norma hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat adalah *given* dalam masyarakat bersangkutan dan tugas aparat penegak hukum dan hakim adalah menemukannya.

Ini di dalam tulisan Profesor Rulof Hoffman yang dia juga menulis tentang asas legalitas Indonesia. Kami pernah mengkritik dan menyampaikan pendapat saya terkait asas legalitas yang berlaku di Indonesia karena mereka sebagai profesor Belanda memahami hukum Indonesia menurut perspektif hukum Belanda, sehingga mereka mengatakan bahwa Undang-Undang Nomor 1 Darurat Tahun 1951 adalah melanggar hak-hak rakyat karena dirampas haknya karena berlaku hukum yang tidak tertulis. Padahal Majelis Hakim yang saya muliakan, walaupun dia tidak tertulis sesungguhnya telah *given* dan ada dan telah dipahami oleh masyarakat bersangkutan pada masyarakat adat yang bersangkutan. Oleh sebab itu sesungguhnya dia tiak bertentangan dengan asas-asas hukum karena masyarakat yang bersangkutan telah mengerti bahwa di dalamnya itu ada kaidah hukum yang harus ditaati dan mereka telah memperolehnya secara turun-temurun.

Berikutnya yang kedua. Jadi kalau saya ingin sampaikan mengenai pandangan saya, apa yang disampaikan di dalam kaidah sebagaimana ditentukan di dalam hukum yang tidak tertulis, dimuat di dalam Pasal 1 tadi, menurut pendapat saya adalah itu memang sesuai dengan jiwa hukum Indonesia dan menurut saya juga bahwa atau menurut ahli itu tidak bertentangan dengan konstitusi.

Yang kedua tentang batas usia anak 8 tahun sampai dengan sebelum usia 18 tahun, Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun

1997. Mengenai hal ini batas usia anak dalam undang-undang *a quo* tersebut lebih ditujukan kepada kebijakan dalam perumusan legislatif, yakni kapan seseorang mulai dapat dimintai pertanggungjawaban pidana dalam hukum pidana. Masing-masing negara memiliki kebijakannya sendiri-sendiri sesuai dengan konteks sistem hukum dan nilai budaya pada masing-masing negara. Hal ini bisa dilihat didalam yang diajukan oleh Pemohon banyak negara yang memiliki ukuran yang berbeda-beda, dan oleh sebab itu negara Indonesia dalam konteks ini masyarakat Indonesia atau bangsa Indonesia telah menetapkan berdasarkan Undang-Undang Tahun 1997 tersebut adalah sebagai kesepakatan pada saat itu. Itulah norma atau ukuran menurut Indonesia pada saat itu adalah dipandang sebagai rumusan yang paling tepat.

Perlu diketahui bahwa sebelum lahirnya Undang-undang Nomor 3 Tahun 1997 tersebut berdasarkan KUHP Pasal 45 tidak ditentukan batas usia minimum, yakni hanya menentukan batas usia maksimum yakni adalah 16 tahun. Sedangkan usia minimum tidak dibatasi. Dan kemudian lahirlah Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 yang menghapus beberapa ketentuan Undang-undang KUHP yakni Pasal 45, 46, dan 47 yang menunjukkan ada progres perkembangan, bahwa tidak lagi usia 16 tahun yang dinaikan menjadi 18 tahun tetapi batas usia minimum diberikan yakni adalah 8 tahun, sehingga dengan demikian jika dilihat dari progres perkembangan undang-undang, anak tersebut menurut pendapat ahli adalah sudah mencoba untuk memberikan batasan-batasan tertentu atau limitasi tertentu mengenai usia anak.

Persoalannya bagaimana hubungannya dengan United Nations yang terkait dengan Komite Hak-Hak Anak PBB yang merekomendasikan usianya adalah 12 tahun dan tidak mengakui jika ada negara yang menggunakan batasan di bawah 12 tahun.

Saya ingin sampaikan batasan usia yang direkomendasi PBB tersebut adalah tidak tepat jika itu didasarkan untuk menguji konsistionalitas atau setidaknya-tidaknya menginterpretasi Pasal 28B ayat (2) Undang-undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945. Karena untuk menguji konstusionalitas sebagaimana dimaksud Pasal 28B ayat (2) tersebut maka sebaiknya kita menggunakan ukuran-ukuran yang menurut sistem hukum Indonesia dipandang sebagai sesuatu yang tepat. Dan tadi sudah saya sampaikan Majelis Hakim yang kami muliakan, bahwa persoalan pertanggungjawaban pidana atau persoalan kapan seorang anak dengan ukuran batas usia dapat dimintai pertanggungjawaban, adalah tergantung pada kebijakan negara masing-masing. Sehingga masing-masing negara memiliki wewenang untuk mengambil kebijakan di dalam menentukan batas usia anak yang dapat dimintai pertanggungjawaban.

Usia anak sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 adalah kesepakatan bangsa Indonesia, dirumuskan dalam Undang-undang Nomor 3 Tahun 1997. Sehingga dengan demikian bisa diubah dan disesuaikan dengan ukuran perkembangan kecerdasan dan

kemampuan pertanggungjawaban pidana rata-rata bagi anak Indonesia, mungkin ukuran sekarang dan bisa diukur di masa yang akan datang. Atas dasar pertimbangan tersebut batas usia dalam Undang-Undang *A quo* tidak bersifat mutlak, maka tidak dapat diuji konstusionalitasnya di Mahkamah Konstitusi karena hal ini menjadi wilayah kompetensi legislatif atau legislatif review, sekarang sedang dalam proses penyiapan naskah RUU perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997. Dan oleh sebab itu ahli berpendapat bahwa sebaiknya jika usia ini mau disesuaikan dengan perkembangan yang terjadi sekarang, mungkin menyesuaikan dengan ketentuan-ketentuan yang ada di dalam undang-undang yang lain sebaiknya usahanya lebih bagus untuk masuk di dalam *legislatif review* atau penyiapan naskah RUU perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997.

Yang berikutnya, adalah anak belum mencapai umur atau usia 8 tahun melakukan atau diduga melakukan tindak pidana, Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997.

Anak belum genap usia 8 tahun melakukan atau diduga melakukan tindak pidana tetapi penyidik diberikan wewenang melakukan pemeriksaan dan menyatakan bahwa anak tersebut masih dapat dibina oleh orang tua atau orang tua asuhnya, maka penyidik meyerahkan kembali anak tersebut kepada orang tua, wali atau orangtua asuhnya. Jika hasilnya anak tersebut tidak dapat dibina lagi oleh orang tua, wali atau orang tua asuhnya maka penyidik menyerahkan anak tersebut kepada Departemen Sosial setelah mendengar pertimbangan dari pembimbing kemasyarakatan.

Majelis Hakim yang saya muliakan. Ketentuan sebagaimana diatur dalam undang-undang ini atau ketentuan yang dimaksud di dalam norma sebagaimana yang kami kutip tadi, yakni Pasal 5 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) dapat kami jelaskan bahwa sesungguhnya inilah yang disebut sebagai kewenangan diskresi kepolisian, kalau penyidiknya adalah polisi, berarti kewenangan diskresi polisi terhadap anak usia 8 tahun yang apabila dia melakukan tindak pidana. Jadi tidak diproses ke pengadilan melainkan cukup diambil kebijakan untuk dikembalikan kepada orang tuanya atau dengan kata lain pilihan-pilihan yang tepat yang mendidik bagi anak demi masa depan anak yang bersangkutan. Sehingga dengan demikian kepolisian memiliki kemampuan untuk mendekteksi secara dini bagaimana perkembangan anak yang bersangkutan dan polisilah nanti memang harus bertanggung jawab untuk berikutnya terhadap kalau terjadi tindak pidana atau pelanggaran-pelanggaran dan ketertiban yang lain yang kesemuanya menjadi kewenangan di kepolisian. Oleh sebab itu anak yang belum usia 8 tahun yang melakukan atau diduga melakukan tindak pidana, tidak dapat diproses dan diajukan ke pengadilan anak melainkan sepenuhnya menjadi wewenang diskresinari oleh penyidik. Oleh sebab itu pula peran penyidik sangat penting karena di samping memeriksa juga memberi penilaian terhadap persoalan anak dan mengambil keputusan untuk

kebaikan anak yang bersangkutan di masa yang akan datang. Mungkin yang perlu dipahami dalam satu konteks ini adalah di bidang kepolisian memang menurut analisis dan pengamatan saya, memang belum disediakan polisi yang khusus untuk anak dan jaksa yang khusus untuk anak dan juga hakim yang khusus untuk anak. Mereka hanya ditugaskan untuk menangani perkara anak. Mungkin ini menjadi pikiran di dalam RUU KUHP yang akan datang. Maaf RUU terhadap perubahan RUU yang akan datang, dipikirkan adanya namanya polisi khusus terhadap anak, jaksa khusus terhadap anak, dan juga hakim khusus terhadap anak. Mungkin bersifat *ad hoc* atau yang lain yang prinsipnya adalah dia harus menyelami jiwa anak. Dan oleh sebab itu mengenai persoalan ini pula kami ingin sampaikan memang inilah bagian upaya untuk deteksi sedini mungkin tapi penyidik diberi wewenang untuk bisa menentukan kebaikan terhadap anak yang bersangkutan. Oleh sebab itu pula menurut ahli pasal ini juga pasal yang menjadi kompetensi *legislative review* dan kesempatan sekarang Pemohon sebaiknya untuk mengajukan kepada Pemerintah yang menyiapkan naskah RUU perubahan terhadap Undang-Undang Pengadilan Anak.

Yang berikutnya sanksi pidana penjara dikenakan kepada anak nakal. Sanksi pidana dan pidana penjara dikenakan kepada anak nakal Pasal 22, Pasal 23 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak.

Kepada anak yang melanggar hukum pidana dikenakan pidana atau tindakan. Jadi ada dua sanksi di sini adalah pidana atau tindakan. Pengenaan sanksi pidana berupa pidana pokok yakni pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda atau pidana pengawasan. Di samping pidana pokok dapat dikenakan sanksi pidana tambahan yaitu perampasan barang-barang tertentu dan pembayaran ganti rugi.

Menjadi persoalan Majelis Hakim yang kami muliakan, kapan seorang anak yang melanggar hukum pidana dapat dikenakan sanksi pidana pokok berupa sanksi pidana penjara. Undang-Undang *a quo* tidak mengatur secara eksplisit di dalam pasal-pasal. Hal ini berarti pilihan penjatuhan pidana penjara terhadap anak diserahkan kepada kebijakan hakim atau aparat penegak hukum yang dalam doktrin hukum pidana menjadi kewenangan diskresionari aparat penegak hukum dan khususnya adalah hakim.

Meskipun demikian penjelasan umum Undang-Undang *A quo* yang ditempatkan sebagai bagian tak terpisahkan dalam memahami dan menafsirkan norma-norma hukum yang dimuat di dalam pasal memuat ketentuan sebagai berikut;

- khusus sanksi terhadap anak di dalam undang-undang ini ditentukan berdasarkan perbedaan umur anak, yakni bagi anak yang masih berumur 8 tahun sampai 12 tahun, hanya dikenakan tindakan seperti dikembalikan kepada orang tuanya, ditempatkan pada organisasi sosial atau diserahkan kepada negara. Sedangkan terhadap anak yang telah mencapai usia di atas 12 tahun, dijatuhkan pidana. Perbedaan

pemberlakuan tersebut didasarkan atau pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental dan sosial anak. Artinya melalui penjelasan ini sesungguhnya undang-undang juga sudah membatasi bahwa pengenaan sanksi pidana tidak boleh dikenakan kepada anak yang berumur 8 tahun sampai dengan 12 tahun. Tetapi pengenaan sanksi pidana dapat dikenakan pada anak usia anak 12 tahun sampai dengan 18 tahun.

Dengan demikian Majelis Hakim yang saya muliakan, walaupun secara norma di dalam pasal-pasal tidak dimuat sebagaimana pembatasan pengenaan sanksi pidana, jika dihubungkan dengan konvensi internasional khususnya dari Komite Hak-hak Asasi Anak di PBB tadi menurut hemat ahli dengan penjelasan sebagaimana dimuat di dalam penjelasan umum tersebut telah berusaha untuk berusaha dalam rangka untuk membatasi pengenaan sanksi pidana.

Ketentuan dalam penjelasan tersebut, menurut ahli mengikat kepada semua aparat penegak hukum terutama hakim agar tidak mengenakan sanksi pidana kepada anak yang melakukan pelanggaran hukum, yang usianya kurang dari 12 tahun.

Pilihan pengenaan sanksi pidana. Sekarang kita bicara mengenai doktrinnya dilakukan terhadap anak yang melanggar hukum pidana yang telah mencapai usia 12 tahun sampai dengan 18 tahun, meskipun hukum membolehkan pengenaan sanksi pidana terhadap anak usia 12 tahun sampai 18 tahun, aparat penegak hukum dan hakim masih memiliki ruang untuk memilih alternatif sanksi berdasarkan asas-asas sanksi terhadap anak. Pilihan sanksi pidana kepada anak ditujukan kepada kebaikan anak yang bersangkutan. Oleh sebab itu hakim dalam mengambil putusan mengedepankan kepentingan anak, yaitu untuk mengembalikan dan mengantarkan anak menuju masa depan yang baik dan mengembangkan dirinya sebagai warga yang bertanggung jawab bagi kehidupan keluarga, bangsa dan negara.

Pilihan sanksi pidana terhadap anak yaitu pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda, atau pidana pengawasan sesuai dengan asas penegakan hukum pidana dan pengenaan sanksi pidana berlaku yang disebut asas subsidiaritas, yakni pilihan hukum dan pengenaan sanksi selalu mengedepankan pilihan hukum dan pengenaan sanksi yang paling ringan yang efektif untuk mencapai tujuan.

Pilihan sanksi pidana penjara bagi anak ditempatkan sebagai pilihan terakhir atau *ultimum remedium*. Pertimbangan penjatuhan sanksi pidana penjara sebagai alternatif pilihan sanksi dengan mempertimbangkan sifat perbuatan jahat yang dilakukan dan sikap batin yang bersangkutan serta dampak pelanggaran terhadap korban dan masyarakat, sehingga pengenaan sanksi pidana tersebut disebut tepat dan proporsional untuk dikenakan kepada anak yang melanggar hukum pidana.

Dalam posisi rumusan sanksi dari yang terberat sampai dengan yang teringan tersebut, hakim masih diberi ruang untuk diskresi memilih

sanksi yang paling tepat. Jika sanksi pidana penjara dihilangkan hakim tidak memiliki pilihan lain, jika menghadapi perkara anak kira-kira. Jika usianya lebih 18 tahun atau rata-rata usia 18 tahun itu sudah mahasiswa semester pertama atau tahun pertama, melakukan tindak pidana yang sifat..., tindak pidana tersebut sangat berat yang sama atau melebihi kejahatan orang dewasa atau melebihi batas normal kejahatan pada umumnya. Atau dilakukan sama dengan orang dewasa yang termasuk kejahatan yang sangat berat atau luar biasa berat *extra ordinary crime* atau *serious crime*, maka hakim masih memiliki alternatif pilihan pengenaan sanksi pidana yang jelas dan proporsional untuk anak yang bersangkutan yaitu pidana penjara.

Majelis, kita membayangkan andaikata pidana penjara tersebut dihilangkan dan anak yang bersangkutan hanya dikenakan tindakan. Kita juga dapat membayangkan tentang bagaimana jika anak usia 18 tahun yang dia mungkin umur 17 tahun atau 18 tahun, yang menurut penilaian pada umumnya orang itu menurut penilaian masyarakat sudah dewasa dan melakukan kejahatan yang berat, tapi dia tidak dikenakan sanksi pidana penjara. Saya khawatir kalau ini dihapuskan sehingga dengan demikian akan menutup bagi hakim untuk memilih yang terbaik buat anak yang bersangkutan, saya ulangi lagi Majelis Hakim. Di sini adalah pidana penjara yang kemudian dilaksanakan dalam lembaga pemasyarakatan anak bukanlah pilihan yang terburuk tapi bisa itu merupakan pilihan yang terbaik bagi anak yang bersangkutan. Sekali lagi prinsip di dalam penjelasan umum, di dalam penerapan Undang-Undang Pengadilan Anak ini adalah harus mengutamakan kepentingan anak dan seandainya hakim memilih masuk penjara itu juga alternatif yang terbaik buat anak yang bersangkutan.

Hal ini mengimbangi bahwa penjatuhan sanksi pidana bukan hanya menggunakan parameter kepentingan terpidana saja dalam kaitan dengan ini adalah anak yang dijatuhi pidana, tetapi juga memperhatikan kepentingan keadilan bagi korban kalau kejahatan itu berat bisa juga dia akan menimbulkan kematian yang lebih banyak. Masyarakat juga harus diperhatikan dan juga pihak yang menderita karena pelanggaran hukum pidana.

Adanya ancaman pidana penjara tersebut menurut teori psikologi kriminal berfungsi untuk memberi daya cegah kepada calon pelaku atau orang yang berniat melakukan kejahatan untuk membatalkan niat jahatnya, untuk melakukan kejahatan yang berat karena pertimbangan berat atau kerasnya sanksi pidana tersebut kemudian dia menjadi faktor penekan secara psikologis dan menjadi faktor perhitungan ketika dia harus melakukan kejahatan atau dia terpaksa harus memilih kejahatan. Sehingga dengan demikian adanya ancaman sanksi pidana penjara tersebut, anak akan bisa mempertimbangkan dalam konteks ini pilihan-pilihan, jika harus dia mempertimbangkan itu maka umumnya sanksi yang berat dapat mencegah dan mengurangi atau menekan seseorang yang memiliki niat untuk berbuat jahat.

Bagaimana dengan lembaga pemasyarakatan? Sebagaimana yang telah saya uraikan tadi kalau di situ ada sanksi pidana berupa pidana penjara secara otomatis di dalamnya harus ada pelaksanaan pidana penjara, yakni adalah dilaksanakan di dalam lembaga pemasyarakatan dan melalui pengadilan anak Indonesia ini lembaga pemasyarakatan dan dibentuk namanya adalah lembaga pemasyarakatan anak. Jika anak dikenakan sanksi pidana penjara maka anak dimasukkan dalam lembaga pemasyarakatan anak yang berbeda dengan pidana yang berlaku bagi orang dewasa.

Keberadaan lembaga pemasyarakatan anak, karena anak dapat dikenakan sanksi pidana penjara, konsekuensinya disediakan adanya lembaga pemasyarakatan yang cocok dan disediakan khusus untuk anak yang bersangkutan. Sekali lagi, walaupun namanya lembaga pemasyarakatan tapi di sini ada anak maka fungsi dan tujuannya tetap menghormati atau mengutamakan kepentingan kebaikan anak di masa yang akan datang.

Sesuai dengan pendapat hukum sebelumnya, maka penjatuhan sanksi pidana penjara bagi anak dan kemudian dibina dalam lembaga pemasyarakatan anak sebagai pilihan yang terbaik bagi anak untuk masa depan anak yang bersangkutan.

Majelis Hakim yang saya muliakan.

Perkenankan saya untuk mengutip beberapa ketentuan RUU KUHP yang telah mengatur atau merumuskan satu ketentuan mengenai persoalan anak yang selama ini berada dalam ketentuan di dalam undang-undang yang lain, maka tim perumus RUU KUHP berusaha untuk menyatukan tentang ketentuan mengenai anak ini ke dalam RUU KUHAP.

Di dalam RUU KUHP telah diatur mengenai tentang persoalan anak yang dimuat di dalam bagian keempat buku kesatu tentang pidana dan tindakan bagi anak, (Ini RUU KUHAP tahun 2008). Dimuat di dalam Pasal 113 sampai dengan ketentuan umumnya adalah sampai dengan 131 yang semuanya mengatur tentang bagaimana penerapan sanksi terhadap anak.

Pokok-pokok yang ingin saya sampaikan Majelis Hakim, di dalam RUU KUHP 2008 ini ditetapkan bahwa anak yang dimaksud itu adalah belum mencapai usia 12 tahun, melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan. Dengan demikian tim perumus pada saat itu memberikan batasan umur yakni adalah 12 tahun.

Pidana dan tindakan bagi anak hanya berlaku bagi orang yang berumur 12 tahun dan 18 tahun yang melakukan tindak pidana. Dengan memperhatikan ketentuan mengenai tujuan pemidanaan dan pedoman pemidanaan sebagai dimaksud Pasal 54, 55. Ada catatan lagi di sini khususnya karena untuk anak, demi kepentingan masa depan anak pemeriksaan di depan pengadilan dapat ditunda dan dihentikan setelah mendengar pertimbangan penyidik, penuntut umum dan petugas

kemasyarakatan. Dan seterusnya mungkin ingin saya sampaikan di sini tentang pidana pokok bagi anak.

Di dalam pidana pokok bagi anak, selain pidana-pidana yang tadi dikatakan tindakan tadi juga ada pidana pokok bagi anak terdiri dari pidana verbal, peringatan, teguran keras, pidana syarat, pidana dengan syarat, pidana pembinaan di luar lembaga, pembinaan kerja sosial, pidana kerja sosial, pidana pengawasan, pidana denda dan pidana pembatasan kebebasan yakni pidana pembinaan di lembaga dan yang kedua adalah pidana penjara atau pidana tuntutan. Jadi dalam RUU KUHAP juga masih mengenal yang disebut sebagai pidana penjara bagi anak.

Inilah gambaran yang ingin saya sampaikan Majelis Hakim, bahwa pikiran-pikiran yang berkembang tetap RUU KUHAP pada saat itu tetap juga masih memberi alternatif adanya pidana penjara bagi anak. Dan juga alternatif-alternatif yang lain.

Sesungguhnya rumusan-rumusan seperti ini kita bisa melakukan kajian sedemikian rupa sehingga mungkin dipandang tidak lazim, misalnya ada pidana verbal berupa peringatan, cukup dengan peringatan lisan. Kemudian bagian yang lain yang ingin saya sampaikan Majelis Hakim, bahwa terhadap penjatuhan pidana, pembatasan kemerdekaan tersebut itu diseleksi sedemikian rupa, tadi juga saya jelaskan. Jadi mengantisipasi jika dikemudian hari seorang anak itu melakukan tindak pidana berat atau tindakan yang disertai dengan kekerasan. Jadi ada alternatif di sini penerapan sanksi pidana, pembebasan kebebasan termasuk pidana penjara tadi apabila anak itu melakukan tindak pidana berat dan tindak pidana disertai dengan kekerasan. Jadi tidak semua tindak pidana dikenakan sanksi pidana penjara melainkan ada batasan-batasan tertentu bagi anak yang bersangkutan.

Kemudian bagian yang lain adalah kedudukan pidana penjara sebagaimana yang tadi juga saya sudah kemukakan tetap ditempatkan sebagai upaya yang terakhir atau *ultimum remedium*. Pidana penjara bagi anak dilaksanakan di lembaga pemasyarakatan anak, tentu saja dengan beberapa pengurangan-pengurangan di dalam undang-undang atau RUU KUHP ini.

Demikian penjelasan atau uraian keterangan ahli saya terkait dengan proses atau pengujian konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 3 tahun 1997 terkait mengenai pengadilan anak dengan beberapa pasal yang telah kami sebutkan tadi.

Semoga bermanfaat, *billahitaufiq walhidayah, wassalamualaikum wr. wb.*

14. KETUA : PROF. DR. MOH. MAHFUD MD, S.H.

Baik, terima kasih Pak Mudzakkir.

Apakah Pemohon mau menanyakan sesuatu, silakan.

15. KUASA HUKUM PEMOHON: MUHAMMAD JONI, S.H., M.H.

Terima kasih Yang Mulia atas kesempatan untuk bertanya dan mohon berkenan juga kami untuk menanggapi beberapa hal yang sudah disampaikan oleh ahli dari Pemerintah.

Yang pertama kami ingin bertanya dan sekaligus menegaskan, apakah Saudara Ahli pada kesempatan ini mengakui bahwa ketentuan Pasal 1 angka 2 huruf b sepanjang frase maupun menurut peraturan hukum yang lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan, itu adalah hukum tidak tertulis atau hukum adat yang sebenarnya adalah hukum tidak tertulis tadi. Maka dengan demikian ini akan menjadi penting untuk meletakkan frasa sebagaimana disebut tadi di dalam sistem hukum Indonesia atau lebih tepatnya di dalam sistem pidana Indonesia yang Saudara Ahli singgung-singgung tadi.

Pertama, saya ingin terlebih dahulu menyampaikan tentang sumber hukum tata negara. Pertama adalah *the law of constitution*, yang termasuk di dalamnya dokumen-dokumen sejarah tentang histori dokumen daripada konstitusi itu. Yang kedua, adalah undang-undang yang ditetapkan bersama antara parlemen dengan pemerintah. Yang ketiga, yang tadi juga disebutkan adalah *judicial decision*, keputusan-keputusan pengadilan, khususnya pengadilan yang merupakan *landmark decision* yang menjadi acuan penting di dalam penegakkan hukum dan menjadi acuan penting di dalam proses persidangan.

Yang keempat, adalah prinsip dan *rules of common law* yang merupakan prinsip-prinsip dasar atau hal-hal yang merupakan acuan secara prinsip yang diakui oleh dalam penegakkan hukum. Dan yang terakhir yang Saudara Ahli lupa adalah diakuinya adanya konvensi, diakuinya adanya kebiasaan perjanjian-perjanjian internasional yang sebenarnya adalah tidak bisa dilepaskan sebagai sumber daripada hukum itu. *Nah*, sebagai bagian daripada sistem hukum tentunya Konvensi PBB tentang Hak Anak yang kemudian dievaluasi kepada setiap negara peserta *state party* dan bertepatan dengan batas usia tanggung jawab pidana anak yang di Indonesia masih 8 tahun tersebut, menurut Komite PBB tentang Hak Anak ini adalah sesuatu yang terlalu rendah dan mereka menyebutnya sebagai apa yang disebut dengan *not internationally acceptable*. sebagai sebuah kebiasaan internasional tentunya pernyataan yang dikualifikasi dengan frasa *not internationally acceptable* itu adalah masuk dalam kualifikasi konvensi internasional yang merupakan rumusan yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab, dan saya kira kita adalah bangsa yang seperti itu.

Yang kedua, saya ingin menyampaikan bahwa kedudukan konvensi, kedudukan instrumen HAM internasional, kalau kita kaitkan dengan penjelasan atau panduan pemasyarakatan Undang-Undang Dasar 1945. Bahwa penambahan rumusan HAM..., saya ingin

membacakan Yang Mulia. Penambahan rumusan HAM serta jaminan penghormatan, perlindungan, pelaksanaan dan pemajuannya ke dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 bukan semata-mata karena kehendak untuk mengakomodasi perkembangan pandangan mengenai HAM yang makin menganggap penting HAM sebagai isu global, melainkan karena hal itu merupakan salah satu syarat daripada sebuah negara hukum. Jadi harmonisasi terhadap apa yang telah (suara tidak jelas), oleh Konvensi PBB tentang Hak Anak dan kemudian diperjelas oleh Komite PBB tentang Hak Anak.

Sudara Ahli mestinya meletakkan ini sebagai konteks untuk meletakkan pelaksanaan salah satu syarat negara hukum. Karena itu maka ini tidak hanya sekedar upaya untuk mengharmonisasi tetapi itu adalah upaya untuk menegakkan negara hukum yang secara konstitusional itu sudah tegas sekali sebagai sebuah pilihan politik dari bangsa Indonesia.

Yang berikut, yang ingin saya sampaikan adalah bahwa kalau Saudara Ahli mengatakan bahwa hukum tidak tertulis tadi adalah menjadi bagian daripada sistem hukum, kami ingin menyampaikan pendapat daripada seorang ahli, barangkali ini bisa menjadi bagian daripada pertimbangan hakim. Bahwa Pasal 1 butir 2 huruf b sebagian frasa di atas telah bertentangan dengan azas legalitas di dalam hukum pidana positif, yang berarti telah menormakan kriminalisasi anak karena membuat norma yang mengakibatkan anak-anak dapat dijatuhi, diajukan ke sidang anak yang selanjutnya dapat dijatuhi pidana. Hal ini adalah bertentangan dengan asas legalitas yang merupakan teori hukum pidana yang sangat universal, yang sangat diakui oleh kaum hukum. Asas legalitas di dalam hukum pidana itu mengandung unsur *lex scripta, lex certa* dan non retroaktif yang dilarang menggunakan konstruksi termasuk analogi. Yang ingin saya ingin katakan bahwa berdasarkan Pasal 28I ayat (1) yang dikenal dengan asas non retroaktif yang tidak lain adalah bagian yang tidak terpisahkan daripada asas legalitas itu. Nah, hal ini juga sependapat dengan apa yang disampaikan oleh Bapak Martiman seorang ahli hukum pidana, itu sudah kami sampaikan didalam permohonan di dalam bukti P-12, menurut beliau adalah bahwa asas legalitas yang dianut dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP sehingga seorang tidak dapat dihukum apabila tidak ditetapkan terlarang menurut undang-undang terlebih dahulu. Hal ini juga diakui oleh Utrech di dalam bukti P-14.

Kemudian kami juga mengutip Lubi Lukman (...)

16. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Saudara kalau bukan tanggapan terhadap itu, itu masukan di dalam kesimpulan saja, kalau pendapat yang *anu*. Pendapat terpisah itu nanti khusus keterangan Pemerintah saja tadi. Kalau yang begitu nanti di kesimpulan saja, nanti kita baca ya?

17. KUASA HUKUM PEMOHON: MUHAMMAD JONI, S.H., M.H.

Terima kasih Yang Mulia, ya, baik Yang Mulia, sedikit lagi Yang Mulia.

Nah dengan demikian kami ingin katakan bahwa pengakuan terhadap hukum tidak tertulis itu adalah bentuk daripada ketidakpastian hukum.

Yang kedua tentang batas usia tanggung jawab pidana anak, saya kira sudah saya sampaikan bahwa ini adalah *not international acceptable*. Kemudian apakah ini harus kami lakukan ke *legislatif review*, saya kira Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi telah menjamin hak kami Pemohon untuk mengajukan ini ke Mahkamah Konstitusi dan pidana yang diajukan, pemidanaan atau pidana yang dilakukan terhadap anak adalah sebagai upaya terakhir, saya kira ini juga adalah bagian yang merupakan hak anak dan anak bukan merupakan pelaku tindak pidana yang otentik, itu bersesuaian dengan teori determinanisme yang menjelaskan bahwa bukan kemauan anak secara bebas untuk melakukan tindak pidana. Dan saya juga ingin sampaikan Yang Mulia satu pertanyaan kepada Bapak Ahli. Apakah Saudara Ahli membuat sama atau berbeda anak negara dengan anak pidana.

Terima kasih Yang Mulia.

18. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Baik, silakan Saudara Ahli. Mungkin tidak harus ditanggapi semua ya karena alurnya berbeda. Yang bukan, yang soal pendapat-soal pendapat itu biar hakim yang menyimpulkan, tapi kalau pertanyaan silakan di jawab.

19. AHLI DARI PEMERINTAH: DR. MUDZAKKIR, S.H., M.H.

Terima kasih Yang Mulia Majelis Hakim.

Perkenankan saya ingin menjawab beberapa pertanyaan dan sekaligus tanggapan.

Mungkin yang menjadi menarik perhatian saya di sini adalah terkait dengan persoalan konvensi. Apakah dia itu mengikat bangsa Indonesia sehingga kita harus tunduk patuh terhadap semua yang teks di dalam konvensi tersebut.

Saya ingin sampaikan, yang pertama adalah sesuai dengan apa yang telah saya sampaikan kepada sidang-sidang sebelumnya. Ahli berpendapat bahwa menguji sebuah konstitusionalitas itu bukan menguji sebuah konsep, sebuah norma-norma yang bersifat konvensi internasional. Menguji konstitusionalitas sebuah norma adalah dasar hukumnya adalah konstitusi atau UUD 1945. Dan tadi sudah saya

kemukakan di dalam teks UUD 1945 ada beberapa ketentuan yang berkaitan dengan persoalan yang, norma yang dimohonkan uji oleh Pemohon dan ahli berpendapat bahwa, menginterpretasi terhadap pasal-pasal konstitusi, jika pasal-pasal konstitusi itu tersebut bersumber dari manapun asalnya karena sudah masuk didalam konstitusi harus diinterpretasi berdasarkan pikiran, alam pemikiran, masyarakat Indonesia atau sistem hukum Indonesia. Ibaratnya itu sudah dinasionalisasi menjadi hukum nasional Indonesia, maka dia harus masuk di dalam konstitusi Indonesia, maka dia harus dipahami dalam satu konteks sistem hukum Indonesia. Kalau demikian, kalau dia masuk di dalam batang tubuh UUD 1945 itu artinya pemahaman terhadap norma-norma yang dimuat di dalam batang tubuh tersebut harus dihubungkan dengan konstruksi yuridis yang disebut sebagai Pembukaan UUD 1945. Sehingga dengan demikian secara konseptual seperti itu atau syarat doktrin hukum yang kami ajarkan seperti itu, sehingga pasal-pasal yang berhubungan dengan hak asasi manusia, yang kalau di kutip tadi adalah terkait dengan persoalan hak-hak anak yang dihubungkan di dalamnya. Kalau itu tidak, kalau sudah masuk di dalam pasal-pasal konstitusi sebaiknya harus dipahami dalam satu konteks sistem hukum Indonesia.

Nah sehubungan dengan konstruksi berpikir tersebut, begitu masuk dia dalam sistem hukum Indonesia, kalau kita telusuri secara mendalam bahwa hukum dalam konteks Indonesia tertulis dan tidak tertulis ya? Sekali lagi ini tertulis dan tidak tertulis, ini tidak bisa duaduanya, tidak di pisahkan. Baik itu memahami konstitusi, undang-undang maupun yang lain, juga demikian pembentuk undang-undang. Tugas pembentuk undang-undang adalah sesungguhnya adalah menuliskan apa hukum yang hidup di dalam masyarakat. Sehingga dengan demikian apa yang di dalam hidup masyarakat dituliskan dalam yang tertulis, sehingga hukum yang tertulis di jiwai oleh hukum yang tidak tertulis.

Kalau dikatakan bahwa memberlakukan hukum yang tidak tertulis adalah bertentangan dengan asas non retroaktif, kita juga bertanya asal muasal hukum Indonesia seharusnya hukum yang tidak tertulis. Kalau hukum yang tidak tertulis ada di dalam masyarakat Indonesia, kemudian dinormakan menjadi undang-undang berarti dia sudah masuk dalam undang-undang yang tertulis. Bagaimana yang tidak tertulis, yang masih hidup di dalam kehidupan masyarakat? Tadi saya katakan itu *given*, tidak berlakulah namanya non retroaktif seperti yang dipahami oleh Prof Rulof, yang dia mengatakan bahwa sama argumennya adalah ini adalah non retroaktif.

Saya ingin sampaikan, Anda bukan masyarakat Indonesia, kami orang Indonesia. Kami orang Jawa tahu persis mana perbuatan yang tidak boleh, yang tidak boleh. Saudara kami yang ada Irian Jaya sana juga mengetahui tentang perbuatan yang boleh dan yang tidak boleh menurut masyarakat hukum di Indonesia di Irian Jaya sana atau di Papua sana demikian juga di wilayah-wilayah yang lain sama seperti itu, jadi dia tidak muncul dengan sendirinya terus kemudian berlaku surut,

tidak. Jadi norma itu *given* ada di dalam masyarakat yang bersangkutan, itulah yang kami sampaikan maka di dalam rumusan dalam RUU KUHP Pasal 1, ke-3, dan ke-4 itulah upaya dalam rangka untuk formalisasi apa yang selama ini hanya diikuti di dalam yurisprudensi kemudian diformalkan di dalam RUU tersebut, sehingga dengan demikian kalau toh ada rumusan seperti itu dan nanti juga tetap sama juga kalau itu nanti RUU KUHP itu disahkan dia juga akan berlaku nanti akan pindah rumusan itu di dalam pasal 1, ke-3, dan ke-4. Jadi menurut saya tidak berlaku surut tetapi mereka memang *given* ada di dalam kehidupan masyarakat dan masyarakat dimana dia berada pasti dia akan tahu tentang mana yang boleh dan mana yang tidak boleh atau dengan kata lain perbuatan yang dapat dikenakan sanksi menurut lingkup masyarakat yang bersangkutan. Persoalan tadi adalah yang terkait dengan anak sebagai pelaku tindak pidana, jadi tadi sudah saya kemukakan prinsipnya saya kira juga sama di dalam RUU KUHP bahwa sesungguhnya prinsipnya anak itu adalah tidak di pidana, kecuali tidak dapat dimintai pertanggungjawaban khususnya terkait dengan urusan pidana sanksi si sanksi pidana yang berat atau pidana penjara kecuali dia melakukan tindak pidana yang tergolong berat, tadi sudah saya kemukakan juga bahwa kalau begitu berarti ada kemungkinan anak yang usia tertentu dan melakukan tindak pidana tertentu dapat dikenakan sanksi pidana, jadi ada kemungkinan anak yang bersangkutan bisa dikenakan sanksi pidana penjara. Mungkin yang itu yang terkait dengan persoalan anak Negara dan seterusnya bahwa saya sarankan nanti bisa di baca juga di dalam undang-undang ini jelas penetapan dia menjadi anak Negara yang tadi sudah saya kemukakan rumusan di dalam pasal yang berhubungan dengan penetapan anak yang dia tidak dikenakan sanksi pidana karena di bawah usia dan demikian juga bentuk-bentuk penenaan sanksi, jadi anak Negara ini termasuk bagian di dalamnya adalah demi kebaikan anak yang bersangkutan agar supaya anak yang bersangkutan kalau dia tidak ada yang memelihara karena orang tuanya tidak mampu dan sebaiknya ditempatkan sebagai anak Negara. Lantas dimana anak Negara itu dipelihara atau dikelola atau dipelihara? Ada beberapa alternatif tadi salah satunya adalah di Lembaga Pemasyarakatan Anak, mungkin kita akan membayangkan bahwa Lembaga Pemasyarakatan Anak seperti apa, kalau boleh saya berpendapat yang terkait dengan persoalan implementasi dari proses pengadilan anak dan juga pelaksanaan pidana anak, saya sependapat bahwa pelaksanaan pidana, penyelenggaraan pidana itu mungkin masih jauh dari harapan mengenai pelaksanaan pidana termasuk juga pidana anak, termasuk penahanan anak, dan proses-proses peradilan anak mungkin masih jauh harapan dari apa yang digagas di dalam Undang-Undang Pengadilan Anak ini, sehingga dengan demikian kalau keluhannya tentang praktek, saya kira itu wilayah praktek, dan kalau wilayah praktek mungkin saya termasuk yang juga mengkritisi tentang proses-proses pengadilan anak tadi sudah saya kemukakan, kami pun di tingkat pendidikan karena saya sebagai

dosen saya juga pernah menyampaikan kepada mahasiswa saya, “tolong tulis itu tentang anak, anda kuasai psikologi Anda akan menjadi polisi anak, jaksa anak, dan hakim anak”. Dan kami akan berjuang sejauh yang bisa kami sampaikan di masa depan itu harus ada hakim yang di angkat dia special untuk pengadilan anak, hakim anak dan demikian juga jaksa yang sejak awal dia harus diangkat sebagai jaksa anak, dan juga polisi nanti sejak awal dia rekrut dalam rangka untuk ahli dalam bidang kepolisian anak, saya kira begitu tanggapan saya terima kasih Majelis Hakim.

20. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Hakim Sodiki.

21. HAKIM ANGGOTA: PROF. DR. ACHMAD SODIKI, S.H.

Terima kasih kepada ahli, ada satu kesulitan bagi saya bahwa pengakuan terhadap sumber hukum tentang hukum lain yang hidup dan berlaku di dalam masyarakat itu seringkali bertentangan dengan asas legalitas itu sendiri, ada satu perbuatan yang menurut ukuran masyarakat itu bukan merupakan suatu perbuatan pidana tapi barangkali menurut ketentuan hukum tertulis disitu harus dianggap sebagai suatu perbuatan pidana, ada satu peristiwa menurut masyarakat itu dianggap sesuatu yang wajar-wajar saja, jadi misalnya saja di kalangan pesantren kalau seorang kyai punya mangga atau punya pohon buah, santrinya ngambil, itu tidak dianggap pidana itu biasa saja. Atau seorang istri yang sedang ngidam tetangganya punya mangga diambilkan itu, biasa saja bukan dianggap suatu pidana.

Nah seringkali batas antara asas legalitas yang dimaksud di dalam hukum pidana itu sendiri, itu menurut ukuran apa yang disebut dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat tidak cocok dan banyak peraturan hukum nasional yang sekarang itu menjadi masalah, karena dianggap bertentangan dengan hukum adat itu sendiri.

Nah dalam kaitan ini Saudara Ahli., katakanlah sekarang banyak juga peristiwa tentang Ibu Minah yang mengambil sekian banyak buah lalu ditahan sekian bulan padahal sesungguhnya kalau diselesaikan barangkali secara adat sesuai dengan keadilan atau dengan perasaan hukum masyarakat sudah cukup ada di situ. Nah sekarang di dalam hal ini, ini bagaimana seorang aparat hukum yang selalu berdalil bahwa demi penegakkan hukum ini harus begini menurut hukum tertulis tetapi menurut pendapat masyarakat yaitu seharusnya tidak begitu. Nah sekarang ini barangkali aparat mendapat satu situasi yang ambivalensi, suatu yang dalam bahasa *sisofanik {sic}* iya jadi di suatu kejiwaan yang pecah, yang satu mengikuti hukum tertulis yang satu mengikuti ketentuan hukum tidak tertulis yang dianggap sebagai penentang hukum yang masih hidup.

Nah kira-kira dalam hal begini ini Saudara Ahli ini bisa memberikan suatu pandangan yang.., iya barangkali lebih *acceptable* dan bisa diterima oleh masyarakat .
saya persilakan, Terima kasih.

22. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Pak Hakim Muhammad Alim.

23. HAKIM ANGGOTA: DR. MUHAMMAD ALIM, S.H., M.HUM

Terima kasih Pak Ketua.

Kepada ahli, saya barangkali semacam kembaran Pak Ahli. Ketika saya di kuliah di S-1 dahulu dosen saya mengatakan begini “hukum itu menyamaratakan,” artinya semua orang yang mencuri kalau yang dewasa diancam setinggi-tingginya 5 tahun penjara, itu yang menyamaratakan.

Keadilan kata dia tidak boleh menyamaratakan. Tiap-tiap kasus harus ditimbang sendiri-sendiri dalam bahasa latin di buku pengantar ilmu hukum, van Apeldoorn. Tiap-tiap kasus ditimbang sendiri-sendiri. Di situ barangkali peranannya hakim. Jikalau menurut nilai keadilan hakim itu pantas ini diberi tindakan, iya diberi tindakan. Kalau menurut dia untuk lebih baiknya untuk anak yang ini diberikan pembedaan, iya diberikan kepidanaan. Dan itu memang satu hal yang membutuhkan satu pemikiran yang mendalam bagi seorang hakim, kebetulan saya pernah menjadi hakim anak juga.

Memang kita, barangkali ahli sependapat dengan kami bahwa kita tidak bisa berlaku adil. Kita hanya mendekati keadilan, yang maha adil yaitu hanya Allah SWT, karena mungkin sesuatu kita kasih misalnya satu bulan, itu kita merasa adil tapi mungkin itu belum terlalu adil menurut orang lain dan lain-lain.

Jadi mungkin barangkali di situ bagaimana Pak Ahli berpendapat mengenai hukum itu menyamaratakan keadilan atau penerapan dari pengadilan tidak boleh menyamaratakan, harus ditimbang sendiri-sendiri tiap-tiap kasus.

Terima kasih Pak Ketua

24. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Pak Akil.

25. HAKIM ANGGOTA: DR. H.M. AKIL MOCHTAR, S.H., M.H.

Masih ke ahli.

Saya kira biang keroknya pasal, undang-undang ini, di dalam Pasal 1 ayat (2) yaitu pengertian anak nakal itu *lho* Pak. Kenapa tidak Bapak nakal atau Ibu nakal gitu.

Coba baca Pasal 1 ayat (2) itu "anak nakal adalah anak yang melakukan tindak pidana atau, itu alternatif kan? Anak yang melakukan perbuatan yang dinyatakan terlarang bagi anak-anak. Itu saya tidak bisa menafsirkan begitu luas itu, yang namanya perbuatan yang terlarang bagi anak misalnya nonton di atas jam sembilan malam tayangan TV itu terlarang juga. Misalnya tayangan ini untuk anak *eh*, tidak untuk di bawah umur misalnya. Berarti dia sudah terkena kategori anak nakal, kalau menurut pengertian Pasal 1 ayat (2) huruf b anak yang melakukan perbuatan yang dinyatakan terlarang bagi anak, baik menurut peraturan perundang-undangan maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan. Saya tidak mengerti bagaimana perumus undang-undang itu bisa membuat kalimat seperti ini. Peraturan hukum lain itu, itu kan sangat luas memang. Kalau dibidang norma, nilai atau norma yang hidup di dalam masyarakat yang menjadi asas di dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman itu, itu saya kira memang nilai atau hakim wajib menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Tetapi kan itu pengertiannya sangat luas. Kalau misalnya dengan pengertian yang semantik seperti ini, ini sudah membawa sebuah pengertian, yang menurut saya tentu kalau maksudnya itu adalah nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat kan tidak seperti ini kalimatnya. Baik menurut peraturan perundang-undangan maupun terhadap peraturan hukum lain, kalau kita bilang peraturan hukum itu sudah terkodifikasi Pak. Tidak ada peraturan itu..., saya kira itu siapapun, apa lagi ahli hukum membaca ini jelas sekali dalam masyarakat yang bersangkutan, peraturan hukum itu apakah yang dia rujuk itu peraturan hukum adat karena apa? Karena memang bisa juga misalnya itu adalah peraturan agama yang dianut sehingga dengan demikian pengertian Pasal 1 angka 2 huruf b, itu juga masuk stigma anak nakal. Jadi anak nakal itu sudah bahaya sekali karena bisa diancam suatu perbuatan pidana menurut Undang-Undang Pengadilan Anak ini. Saya kira itu salah menurut saya pengertian anak nakalnya itu. Anak yang melakukan tindak pidana saja kenapa? Anak adalah orang yang..., ayat (1)-nya memberikan kualifikasi anak Pak. Umurnya kurang 8 tahun, terus anak nakal adalah, apa hubungannya anak nakal dengan ini anak yang melakukan tindak pidana adalah ini, ini, ini. Kenapa mesti dihubungkan dengan huruf b ini.

Dari konteks inilah menurut saya, kalau kita lihat kepada kepastian hukum sehingga kewenangan yang sudah begitu luas tadi kalau misalnya anak ini diadili, si pelaku tindak pidana, katakanlah bukan pelaku tindak pidana, dia masuk kategori suatu perbuatan yang dilarang, yang saya contohkan tadi, dia suka nonton TV di atas jam 10 yang tayangannya untuk orang dewasa. Sehingga oleh orang tuanya serahkan kepada polisi karena sudah tidak bisa diatur lagi ini. Kemudian polisi bisa

mengambil pilihan, dia bisa disuruh masuk jadikan anak negara, masukin dalam panti asuhan, menurut saya bisa seperti itu.

Nah dalam konteks itu Pak Ahli, apakah pengertian Pasal 1 ayat (2) huruf b ini kalau kita bandingkan atau kita hubungkan dengan filsafat atau falsafah pidana, dimana pidana itu adalah untuk tidak memberikan penderitaan atau menurunkan harkat dan martabat bangsa Indonesia atau seseorang, itu kan tujuan atau falsafah pidana yang dianut juga sekarang oleh Rancangan KUHP yang tadi Saudara bayangkan.

Bagaimana ini pengertian Pasal 1 ayat (2) huruf b ini dengan tujuan pidana dalam konteks itu?

Yang kedua saya tanya juga kenapa *kok* berbeda-beda undang-undang ini menganut 8 tahun. Rancangan KUHP 12, boleh memilih lain lagi. Nah ukuran kedewasaan ini, kalau KUHP dulu kan menyebutkan yang belum mencapai usia 16 tahun diserahkan kepada Hakim Perdata yang menentukan apakah seorang anak itu diadili, dikasih hukuman atau dikembalikan ke negara atau orang tuanya. *Kok* hukum di zaman kolonial *kok* agak lebih fleksibel dibanding ketika mengatur seperti ini?

8 tahun itu kira-kira dari sosiologisnya baru kelas dua SD-lah. Apakah bisa kita bayangkan anak kelas dua SD harus kehilangan masa depan sekolahnya karena dia termasuk stigma anak nakal? Yang menurut kategori undang-undang ini dia bisa diancam dengan satu tindakan apapun namanya, tindakan hukumanlah tidak usah pidana. Kalau pidana sudah terakhir.

Jadi dari aspek sosiologis itu menurut saya, bagaimana ahli pidana memandang ini, hubungkan dengan Rancangan KUHP sebagai hukum positif yang belum berlaku menurut saya? Karena tentu belum juga lolos Pak kan di DPR akan dibahas lagi, iya belum tentu seperti itu Pak. Iya masih perspektif sih Pak.

Saya kira itu Pak, terima kasih.

26. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Pak Hamdan.

27. HAKIM ANGGOTA: HAMDAN ZOELVA, S.H., M.H.

Pada ahli, yang juga Pemerintah, kembali saya masalah definisi anak-anak kali ini.

Ada *confuse* ini, "anak nakal" atau anak nakal ini, definisi anak nakal ini seperti sekaligus definisi tindak pidana terhadap anak. Jadi, anak melakukan tindak pidana adalah melakukan perbuatan pidana sekaligus atau melakukan perbuatan lain yang terlarang. Ini mana yang paling benar? Apakah ini hanya definisi anak nakal atau definisi anak yang melakukan tindak pidana? Karena kalau dilihat pasal-pasal selanjutnya, saya melihat ada kecenderungan definisi anak nakal ini

adalah sekaligus definisi anak, rumusan tindak pidana terhadap anak. Ini menjadi soal, karena apa yang disampaikan oleh pandangan ahli tadi, kalau mengenai perbuatan melawan hukum materiil, perbuatan melawan hukum formil, cukup definisi di ayat, di butir a, itu sudah mencakup segalanya. Karena sudah kita anut sejak dulu, tindak pidana itu di sana mengandung perbuatan melawan hukum materiil maupun perbuatan melawan hukum formil.

Persoalannya adalah ketika diperluas menjadi anak yang melakukan perbuatan yang dinyatakan terlarang bagi anak. Jadi, kongkretnya, dalam proses kalau ditemukan anak melakukan perbuatan yang memenuhi dua kualifikasi butir a, atau butir b, maka bisa dilakukan penyidikan dan bisa dibawa ke pengadilan. Itu menjadi soal, dan kalau kita lihat rumusan-rumusan selanjutnya dari undang-undang ini, terlihat sekali bahwa kecenderungannya adalah definisi anak nakal itu sekaligus batasan tindak pidana atau definisi 'tindak pidana terhadap anak.

Jadi inilah kira-kira yang dipersoalkan, dikaitkan dengan asas legalitas, prinsip persamaan dan yang lain terhadap tindak pidana yang dilakukan oleh orang dewasa. Jadi justru kepada anak jauh lebih luas, itu yang pertama.

Kemudian yang kedua, ada diskresi penegak hukum, tentang kalau anak yang delapan sampai dua belas itu hanya bisa dilakukan tindakan. Anak yang dua belas sampai delapan belas, itu bisa ada dua alternatif, bisa pidana, bisa tindakan. Ini kelihatan diskresi penegak hukum menjadi sangat luas. Persoalannya adalah, kadang-kadang di sinilah terjadi tindakan yang berlebihan dari penegak hukum terhadap anak, karena diskresi yang sangat luas ini. Ini muncul sekarang ini dalam banyak kasus, kalau anaknya adalah anak pejabat, itu akan dilakukan tindakan, apa, sanksi yang lebih berat dari biasanya. Tetapi, kalau dilakukan oleh anak-anak yang, yang anak pejabat, itu tindakan atau sanksi yang lebih berat. Tapi kalau dilakukan oleh anak-anak yang, apa sebaliknya, maka itu, maka itu bisa akan lebih ringan. Jadi anak pejabat, korbannya anak pejabat itu jadi lebih berat. Kalau korbannya anak biasa, menjadi hal yang lebih berat lagi.

Jadi, saya ingin katakan bahwa ini diskresi penegak hukum dalam memberikan tindakan atau pidana, itu, sangat luas. Belum lagi, penahanan dan proses penyidikan yang dilakukan oleh penyidik, itu menjadi juga sangat luas diskresi yang dimiliki padahal ini terhadap anak.

Apa pasal memberikan keluasaan diskresi demikian, itu tidak membahayakan bagi anak dalam sistem atau dalam praktik penegakkan hukum kita yang belum baik.

Saya kira itu dua soal yang saya ingin tanyakan.

Terima kasih.

28. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Hakim Arsyad, oh Ibu Maria dulu, silakan Bu Maria.

29. HAKIM ANGGOTA: PROF. DR. MARIA FARIDA INDRATI, S.H., M.H.

Terima kasih Pak Ketua.

Saya akan merangkum pendapat-pendapat hakim yang lain tadi. Kepada ahli saya tanyakan, asas legalitas itu sebetulnya dipakai atau dirumuskan untuk tujuan mencapai suatu kepastian hukum atau menjamin adanya suatu kepastian hukum. Jadi tadi dikatakan adanya kebhineka tunggal ikaan dalam suatu peraturan.

Akan tetapi, dengan rumusan Pasal 1 butir 2 huruf b, yang menyatakan, "menurut peraturan hukum yang lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan," itu justru akan menimbulkan berlakunya peraturan yang berlainan atau berlakunya kebhinekaan dalam hukum.

Kalau ini dirumuskan dan ini akan dirumuskan juga di dalam rancangan hukum pidana kita, maka sebetulnya justru tidak sesuai dengan asas legalitas itu sendiri. Nah apakah betul bahwa justru dengan akan kita akan membuat suatu hukum dengan merumuskan suatu kebhinekaan tunggal ikaan, jadi satu peraturan untuk semua orang atau asas legalitas, justru kita di dalamnya kita akan menuju atau kita memberikan peluang terhadap kebhinekaan peraturan yang berlaku. Sehingga jaminan untuk kepastian hukumnya itu justru hilang. Jadi saya menganggap kalau ada rumusan seperti Pasal 1 angka 2, huruf b ini justru ketidakpastian hukum itu tidak terjamin lagi tetapi yang terjamin adalah kebhinekaan hukum. Jadi banyak peraturan-peraturan yang harus ditafsirkan sendiri oleh penegak hukum.

Saya rasa itu.

30. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Pak Arsyad.

31. HAKIM ANGGOTA: DR. H.M. ARSYAD SANUSI, S.H.,M.HUM

Saudara Kuasa Pemohon, Saudara Pemerintah dan Saudara Ahli.

Pemohon mengajukan permohonan pengujian konstitusional tentang Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak.

Beberapa pasal yang dijadikan obyek pengujian, *objectum litisnya* dan juga batu ujinya. Kemudian dari pasal-pasal yang ingin diuji ini adalah berkenaan dengan adanya misalnya katakanlah Pasal 1 angka 2 huruf b bahwa frasa kalimat-kalimat ini, itu adalah melanggar asas legalitas asas *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenale*.

Nah frase bahwa tumbuh dalam hukum yang hidup dalam masyarakat, ingin saya bertanya kepada Pemohon, Kuasa Pemohon. Apakah di dalam perspektif permohonan gambaran ini, Saudara mengakui adanya pidana adat atau tidak? Itu pertanyaan dulu agar konstruksi di dalam permohonan ini nantinya.

Yang kedua katakanlah baik pidana adat maupun perdata adat, ada juga itu. Ini juga sekaligus saya tujukan kepada ahli tadi yang notabene bahwa kita masih memperlakukan pidana adat berdasarkan Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951.

Ilustrasi gambaran yang saya ingin sampaikan kepada Saudara, dalam kaitan tugas hakim menggali, mengikuti, memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Ini ilustrasi, ada kasus dukun cabul. Jadi dukun cabul itu melakukan perbuatan asusila kepada Ibu-Ibu yang datang berobat kepada sang dukun. Lalu KUHP sama sekali tidak mengatur di dalam itu. Alasan sang dukun bahwa dia datang sendiri, saya tidak pernah melakuakn kekerasan. Sedangkan di dalam KUHP dinyatakan siapa dan barangsiapa melakukan perbuatan dengan kekerasan, melanggar kesusilaan, melakukan suatu hubungan seks tetapi sang dukun mengatakan saya tidak melakukan kekerasan. Tetapi di situ adalah kalau dimaknai pembuatan undang-undang itu adalah kekerasan fisik, kena 285. Tetapi sang dukun bilang tidak saya melakukan saya mengobati dia yang datang setiap hari senang dia. Sehingga sang hakim waktu itu bagaimana menggunakan ini? Maka berlakulah Undang-Undang Darurat Pidana Adat tentang tindakan-tindakan sementara untuk perkara-perkara yang notabene tidak diatur di dalam hukum pidana positif kita ini. Sehingga sang hakim ini memutus dengan satu penggalian hukum yang berupa istilah dalam adat setempat kebhinekaan hukum tadi yang dikemukakan oleh Ibu Maria, bahwa sang dukun ini melakukan perbuatan yang notabene oleh hakim yang bersangkutan itu dikatakan istilah delik "*kagaug-gaug.*" artinya perbuatan yang senonoh, katakanlah begitu tetapi itu dianggap karena dukun ini secara psikis, ada kekerasan psikis di situ seolah dihipnotis itu perempuan selalu datang. Maka tetap dia dihukum berdasarkan undang-undang darurat dan itu yurisprudensinya Pak Mudzakkir bisa didapatkan di Pengadilan Negeri Makassar.

Perdata adat, adat juga. Saya sendiri pernah mengadili tindak pidana anak, anak nakal ini. Kalau dari sudut tindak hukumannya (suara tidak jelas) itu pidananya bisa pidana bisa tindakan, baik Undang-Undang Nomo 3 Tahun 1997 maupun sistem hukum pidana kita yang berlaku.

Nah sekarang, pernah ada kasus, justru orang tuanya ini saya mau kembalikan kepada orang tuanya dengan jalan *maatregelen* tindakan. Tetapi sang Ayah, Ibu mengatakan "jangan Pak tolong dimasukan di anak negara." Dan itu tidak tepat kalau dikatakan untuk *sharing* saja untuk Pak Mudzakkir ahli, hakim anak itu harus ber-SK di pengadilan dan itu sudah berlaku lama. Bahkan sekarang ini, itu juga

satu edaran diperintahkan untuk membuat khusus ruangan sidang anak dengan atribut itu menghilangkan semua atribut pengadilan biasa, hanya memakai baju biasa saja, duduk sama-sama dengan anak-anak itu di dalam rangka persidangan, tidak seperti begini anak di situ tidak. Orang tuanya ada, Balai Bispas (bimbingan pemasyarakatan) ada.

Saya tidak tahu persis kejaksanaan tentu ada juga dia punya jaksa khusus ber-SK anak itu sekedar (...)

Nah pertanyaan untuk ini karna ini tidak tajam sekali dilihat didalam permohonan, mengapa beberapa pasal itu dimintai kalimat agar Mahkamah mengabulkan permohonan ini di dalam petitumnya ini, itu Pasal 20, pasal berapa itu 4 dan sebagainya seterusnya ada tiga pasal itu inkonstitusional bersyarat. Tetapi Saudara tidak menunjukkan kalau inkonstitusional bersyarat itu kalau itu tidak dipenuhi bagaimana? Kalau dipenuhi bagaimana?. Ini tidak tergambar didalam permohonan, sekalipun itu sudah dalam panel dikemukakan beberapa anggota-anggota panel.

Nah ini yang saya ingin *sharing* kepada Pemohon maupun kepada ahli bahwa sekali lagi hakim anak itu sudah ada ber-SK itu dan itu berlaku sudah lama dan batal demi hukum kalau hakim biasa yang mengadili.

Barangkali demikian Pak Ketua.

32. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Silakan ahli.

33. AHLI DARI PEMERINTAH: DR. MUDZAKKIR, S.H., M.H.

Terima kasih atas tanggapannya. Tadi cukup banyak yang dibahas di dalam konteks ini.

Mungkin ada yang sama ingin saya sampaikan secara umum, terutama mengenai berlakunya hukum yang tidak tertulis. Ini sesungguhnya di dalam tim perumus RUU KUHP dan juga di dalam memahami tentang keberlakuan hukum yang tidak tertulis, itu memang ada dua aliran.

Aliran yang pertama adalah aliran yang tetap mengakui adanya hukum yang tidak tertulis, yang berlaku di dalam konteks hukum pidana. Sehingga berdasarkan alasan historis dengan hukum adat yang berlaku zaman kolonial. hukum pidana adat zaman kolonial, kemudian masuk di dalam hukum kemerdekaan dan kemudian dikuatkan di dalam Undang-Undang Darurat Nomor 151 tersebut dan kemudian menjadi yurisprudence dan sampai hari ini yurisprudence itu berlaku. Dan kemudian oleh ahli atau oleh tim perumus pada saat itu dengan melakukan kajian sedemikian rupa, akhirnya kita berusaha untuk merumuskan itu di dalam rumusan Pasal 1, ketiga, dan keempat. Itu sesungguhnya ending sebuah proses pemikiran hukum yang bersumber dari praktik hukum. Kita dulu mau

mencoba mengumpulkan yurisprudensi dan kebetulan di dalam disertasi saya khusus mengenai perlakuan terhadap korban itu kami temukan dalam yurisprudensi hukum adat, dimana pembayaran terhadap korban itu sebagai sanksi, salah satu bagian daripada sanksi. Ketika dia sudah membayar kepada korban itu diajukan ke pengadilan itu *nebis in idem* dan seterusnya.

kami mencoba untuk mengumpulan putusan-putusan seperti itu dan akhirnya dirumuskan di dalam hasil risetnya di Mahkamah., di BPHN dan dirumuskanlah pasal itu.

Jadi saya ingin sampaikan dalam konteks ini, ini sesungguhnya alam pikiran Indonesia memahami hukum Indonesia. Tapi giliran yang satunya lagi mengutip kutipan-kutipan dari Belanda, Amerika, bukan Amerika, Belanda dan hukum-hukum yang lain, yang basis masyarakat mereka umumnya adalah homogen maka dia mengatakan asas legalitas mutlak tidak boleh pengakuan terhadap hukum yang tidak tertulis dalam bentuk apapun. Ya seperti di Belanda mungkin negaranya tidak terlalu heterogen atau tidak heteromogen begitu ya, Jerman homogen, Prancis homogen, itu dikutip semua sebagai landasan untuk menjelaskan konteks hukum Indonesia.

Tapi Indonesia ini kalau kita lihat dari *story*, kita punya ragam, kurang lebih 19 masyarakat hukum adat yang dia masing-masing punya landasan hukum atau punya hukum adat sendiri-sendiri. Maka kita ambil berdasarkan studi ini, maka akhirnya munculah keputusan seperti ini. Jadi, sampai hari ini mereka yg mengikuti doktrin-doktrin yang diajarkan di Belanda, Prancis, Jerman, selalu mengatakan itu bertentangan. Tapi, kami sebagai warga negara Indonesia, terus kemudian mempelajari hukum Indonesia, mengikuti sejarah sistem Indonesia. Kami tidak sependapat dengan cara seperti itu, sama halnya tidak sedepan{sic} saya ketika saya di wawancarai oleh Rulof Hoffman yang ia menulis tentang asas legalitas Indonesia, yang mengkritik asas legalitas Indonesia, yang juga banyak dikutip oleh teman-teman. Dia selalu mengatakan bagaimana orang dirampas haknya hanya berdasarkan hukum yang tidak tertulis, selama tiga bulan. Mengapa *kok* rela dan seterusnya dan seterusnya. Saya jelaskan kepada Profesor Rulof pada saat itu adalah kita ini...Anda harus memahami hukum Indonesia dalam konteks masyarakat Indonesia. Anda tidak boleh memahami hukum Indonesia dalam konteks perspektif Belanda. Kekeliruan Anda di dalam memahami konteks hukum Indonesia di situ.

Nah, itulah gambaran yang ingin saya sampaikan kepada yang terhormat Majelis Hakim bahwa ada dua aliran yg seperti itu. Jadi, kalau nanti dikutip tulisan-tulisan, mohon supaya dituliskan ahli-ahli hukum adat, tolong dikutipkan juga, misalnya Prof Kusnu, professor-profesor yang lain yang dia menyelami tentang hukum adat. Mungkin kalimatnya tidak seperti ini, tapi mereka yang studi di luar negeri, yang studinya lebih banyak mengutip-ngutip buku asing, KUHP asing, dia menggunakan sedikit berbeda.

Yang jadi persoalan adalah mana kira-kira yang paling tepat dalam suatu konteks di Indonesia yang masyarakatnya heterogen yang tadi saya katakan sebagai *bhinneka tunggal ika*, keragaman tapi dia harus menyatu dalam satu konteks hukum Indonesia. Keberagaman hukum diakui tetapi dalam konteks kesatuan negara Republik Indonesia. Saya berpendapat bahwa rumusan Pasal 1 ketiga dan keempat dalam RUU KUHP adalah merupakan jalan tengah dalam rangka untuk, apa namanya, diterapkan dalam respon hukum Indonesia yang saya sebut sebagai hukumnya juga hukum yang heterogen. Maka sejarahnya Indonesia dulu kan dulu ada hukum intergentil, hukum yang menyelesaikan antara hukum tata Indonesia dan seterusnya dan seterusnya.

Nah, atas dasar pertimbangan tersebut, saya berpendapat bahwa adanya pasal yang mengatur tentang Pasal 1 tadi, 2b tadi, Pasal 1 kedua huruf b tadi. Kami memahami dalam satu konteks itu, dalam konteks dimana keberagaman itu harus di akui. Jadi kalau misalnya sesuai dengan tata krama hukum adat masyarakat di Indonesia di Bali, yang disebut anak nakal apabila ia melanggar tata krama masyarakat adat Bali yang oleh hukum adat dikenakan sanksi hukum. Saya ulangi lagi di sini, yang menurut pendapat saya tadi anak nakal dalam konteks ini melanggar aturan tindak pidana tadi, yang kedua itu mestinya yang berlaku yang hidup yang dikenakan sanksi pidana, dikenakan sanksi pidana. Kan ruangnya berbeda itu, yang bukan pidana itu silakan dikelola oleh masing-masing lingkungan masing-masing tetapi yang dia itu melakukan pelanggaran pidana barulah masuk dalam ruangan di sini. Yang disebut sebagai hukum yang hidup tadi mestinya adalah yang diberi ancaman sanksi pidana termasuklah yang di sini.

Yang kedua, ketentuan yang huruf b tadi harus dipahami sebagai, apa yang disebut sebagai pengecualian terhadap asas legalitas. Saya ulangi lagi, di sini adalah pengecualian asas legalitas untuk berlaku di Indonesia yang masyarakat yang heterogen.

Jadi tidak dipahami sebagai sesuatu yang berkontradiksi dalam hukum pidana Itu selalu dikatakan, kalau terjadi kontradiksi antara norma satu dengan norma yang lainnya, bisa tidak ia berlaku sebagai asas pengecualian karena pertentangan ada dua, pertentangan yang bermakna positif dan pertentangan yang bermakna negatif. Kalau pertentangan yang bermakna positif adalah pertentangan atau ketidaksesuaian itu dalam rangka menguatkan asas hukum. Justru dengan adanya pertentangan itu, asas hukum jadi hidup dan menguat karena dua-duanya akan mencapai tujuan hukum. Sedangkan kalau pertentangann negatif, pertentangan untuk memperlemah berlakunya hukum atau berlakunya asas hukum. Jadi dalam konteks ini harus dipahami dalam konteks pengecualian yang tadi pertentangan yang positif tadi adalah memperkuat berlakunya asas hukum atau tujuan hukum, itulah yang saya sebut sebagai pengecualian.

Kalau itu sebagai pengecualian maka norma yang tadi saya sebutkan dan juga di dalam.., yang diakui di dalam kehidupan masyarakat hukum Indonesia sampai hari ini, juga hukum adat tadi harus dipandang sebagai suatu pengecualian. Maka di situlah muncul yang disebut sebagai pemberlakuan hukum yang tidak tertulis, yang bersifat legitatif. Itu namanya harmonisasinya. Tapi Prinsipnya, itu harus dipandang kalau ada yang tertulis, berlaku tertulis. Kalau tidak tertulis, sejauh secara prinsip tadi tidak diatur maka berlaku, tetapi diberikan limitasi. Jadi atas dasar pemikiran tersebut maka dalam konteks anak tadi, maka menurut kami adalah itu harus dipandang Pasal 1 kedua huruf b tadi diberikan pengecualian.

Yang ingin saya sampaikan pula bahwa, dalam kaitannya sebagai sebuah dua norma yang bertentangan tadi, kadang-kadang diterapkan di dalam praktik hukum seolah ia bertentangan antara yang tertulis dengan yang tidak tertulis. Lantas bagaimana maka mulailah dalam hukum pidana tadi, sudah saya sebutkan sesungguhnya bahwa melawan hukum ada yang tertulis, ada tidak tertulis. Bagaimana kalau bertentangan antara yang tertulis dengan yang tidak tertulis? Maka berlakulah di dalam hukum disebut sebagai sifat melawan hukum materil yang mempunyai fungsi yang negatif. Harus mengedepankan fungsi sifat melawan hukum materil yang negatif, karena justru yang negatif inilah dalam rangka menegakkan keadilan. Seperti contoh tadi adalah mengambil mangga milik kiainya. Kiai kalau mengambil ruang pohon yang sudah di sana itu ibaratnya itu tidak dipandang sebagai kejahatan. Jadi kalau misalnya seperti itu ya kalau mengambil itu ya tidak bisa dihukum. Itu yang saya sebut sebagai melawan hukum materil yang mempunyai fungsi yang negatif, menegasikan sesuatu sama artinya orang mempromosikan alat keluarga berencana. Misalnya Bapak-Bapak di RT dengan memasang kondom, peragaan dan seterusnya atau Ibu-Ibu misalnya tentang alat pencegah kehamilan itu tidak dipandang sebagai melakukan tindak pidana karena di situ adalah melawan hukum yang saya sebut sebagai melawan hukum materil yang mempunyai fungsi yang negatif.

Sehingga dengan demikian meskipun menurut undang-undang bertentangan dengan hukum, tetapi karena menurut kehidupan masyarakat di situ nilai-nilai yang hidup perbuatan yang hidup dimasyarakat tidak bertentangan maka sebaiknya itu tidak dikenakan sanksi pidana.

Sesungguhnya dengan adanya dua norma ini menurut saya justru kalau dipahami sebagai seorang ahli hukum pidana di dalam praktiknya begitu justru bisa diharmonisasikan untuk disesuaikan. Apa yang dikhawatirkan oleh Majelis Hakim tadi mengenai keadilan dengan hukum tadi, itu disesuaikan dan diharmonisasikan begitu di dalam praktik penegakkan hukum. Sehingga dengan demikian persoalannya bagaimana kalau dalam praktik misalnya kasus Minah dan seterusnya?

Dalam perkara ini saya berpendapat bahwa apapun yang dilakukan Minah tetap juga secara yuridis formil adalah mencuri.

Yang kedua adalah Minah mau diapakan itu urusan yang kedua, itu yang namanya pengenaan urusan sanksi pidana. Demi kepastian hukum dia harus dikatakan dia mencuri karena memang pemiliknya tidak ridho mengenai hal itu. Tetapi persoalan sanksi bagaimana, itu urusan dan wewenang daripada praktik penegakkan hukum maka saya tidak sependapat jika ada kenapa Minah harus dihukum dan seterusnya tapi Minah harus dinyatakan perbuatannya adalah melawan hukum. Perkara sanksinya kalau misalnya cukup dikasih percobaan, kalau perlu tidak ditahan itu kewenangan diskresi di dalam oleh aparat penegak hukum.

Yang menjadi persoalan mungkin menurut pendapat saya di sini adalah ini terkait hukum yang seperti ini adalah ada di tangan lembaga penegak hukum yang, seharusnya dia memahami tentang hukum itu secara mendalam tetapi karena dia memahaminya tidak secara mendalam. Tetapi akibatnya apa hukum itu dipahami sebagai tekstual yuridis, itulah yang kadang-kadang kami sering kami memberi dan membantu kepolisian, tolong yang itu jangan, yang Ini ya, yang. Karena saya ingin menyampaikan bahwa di dalam penegakkan bukan hanya memenuhi unsur-unsur delik saja tetapi harus ada jiwa hukum di dalamnya itu harus ada begitu. Itulah kalau saya memberi keterangan di kepolisian itu saya katakan itu tolong jangan ini memenuhi unsur tetapi tidak ada unsur sifat hukumnya. Tetapi polisi tetap mengatakan bahwa ini adalah memenuhi unsur, harus diproses ke pengadilan. Ini yang saya katakan menegakkan hukum tanpa jiwa hukum. Ya kami akhirnya paham karena memang proses penegakkan hukum oleh polisi, umumnya mereka tidak ahli dalam bidang pidana sehingga sering dalam memahami itu cenderung pada pandangan yang tekstualisme. Sehingga apa yang tertulis ya seperti itulah yang dilakukan. Sehingga ini yang menurut saya sangat mengkhawatirkan di dalam penegakkan hukum terutama tadi ingin saya sampaikan, itulah pentingnya ada ahli yang khusus mengenai bidang anak yang menguasai psikologi.

Memang dari awal profesi memang ingin masuk di situ, itulah yang kami tuntutan sejak dulu sebenarnya.

Ketika saya sudah memikirkan persoalan anak ini, kalau bisa polisi itu sejak awal dia hanya ingin ahli dalam bidang kepolisian anak. Jadi sekarang ini setelah saya baca di dalam dokumen-dokumen itu, hakim biasa yang ditetapkan mengenai anak. Jaksa yang biasa dinilai dia bisa menyelesaikan perkara anak. Kalau saya lihat studi banding saya di Belanda pada saat itu adalah memang ada Hakim-Hakim Agung anak yang menguasai bidang anak. Ada hakim anak yang spesial menangani anak. Sehingga dia bisa atau terjun secara terus menerus, dia memang ahli dalam bidang anak tersebut. Saya kira untuk di masa mendatang di dalam rumusan RUU Perubahan Pengadilan Anak ini kita bisa mengusulkan ke arah itu.

Kemudian yang terkait dengan persoalan yang berhubungan dengan anak nakal ini. Dalam konteks ini lantas apa yang dimaksud dalam konteks anak nakal? Kalau kita lihat pemikiran-pemikiran yang mendahului sebelum lahirnya tentang Undang-Undang Pengadilan Anak ini, sebetulnya anak nakal ini ditujukan kepada anak yang melakukan tindak pidana. Kalau orang dewasa yang disebut sebagai dia nanti terpidana, kalau ini adalah anak nakal. Jadi anak nakal ini tidak sama dengan konotasi kita bahwa anak nakal ini ya suka melanggar tata krama etik di dalam kehidupan rumah tangga bukan itu. Ini adalah karena ini pengadilan anak maka dia adalah mengadili perkara anak dan anak itu yang melakukan tindak pidana.

Kalau dia melanggar norma-norma yang tidak tertulis tadi, itu dalam satu konteks bahwa menurut norma yang tidak tertulis itu dia bisa dikenakan sanksi pidana, bukan karena dia melakukan pelanggaran-pelanggaran yang tidak dapat dikenakan sanksi pidana. Oleh sebab itu yang tidak (...)

34. KETUA: PROF.DR. MOH. MAHFUD MD., S.H.

Saudara supaya dipersingkat ya, jam 12.00 kita akhiri sidang ini.

35. AHLI DARI PEMERINTAH: DR. MUDZAKKIR, S.H., M.H.

Ya, terima kasih.

Jadi menurut pendapat saya adalah, pendapat ahli adalah kita harus dalam konteks dia dapat dikenakan sanksi pidana menurut hukum yang tidak tertulis. Kalau yang tidak tertulis itu adalah hukum adat maka menurut hukum adat itu dikenakan sanksi pidana. Sehingga dengan demikian menurut saya adalah jelas di dalam konteks pengertian atau dihubungkan dengan konsep anak nakal tadi.

Kemudian, mengenai norma umur tadi ukurannya berbeda-beda.

Saya sependapat bahwa di dalam peraturan perundang-undangan kita umumnya tidak sama ini, mengenai anak saja itu tidak sama karena pertama adalah adanya ukuran yang dipergunakan pada saat itu berbeda sehingga perkembangan jadi berbeda. Seperti yang telah saya sampaikan tadi adalah kalau misalnya mau dirumuskan ulang tentang anak, perkembangan yang terjadi sekarang ini bisa dijadikan dasar hukum untuk merumuskan kira-kira usia anak itu berapa sesuai dengan apa yang sebagai norma yang hidup di dalam kehidupan masyarakat kita, kira-kira ukurannya itu berapa? Jadi saya kira itu harus pasti 12 tahun juga tidak, harus 15 tahun tidak jadi itu hanya kesepakatan kita menurut pertimbangan kita dengan alasan-alasan tertentu atau *reasoning* tertentu yang bisa diterima.

Memang saya ingin sampaikan di dalam KUHP yang lama ini atau KUHP yang sekarang sudah dihapus Pasal 45, 46 dan 47. Dia tidak ada batas usia anak, memang itu ada kelemahan. Jadi usia 1 hari sampai

dengan 16 tahun ini adalah satu kelemahan menurut saya karena minimum tidak ada sehingga pernah terjadi anak usia balita di Bantul pada saat itu pernah diadili di ruang sidang pengadilan, di pengadilan dia masih nete ibunya. Jadi pernah terjadi seperti itu karena apa? Karena dia main-main pasir begitu dilempar kena mata temannya, juga balita juga dan kebetulan anak balita itu yang satunya adalah anaknya tentara. Jadi pada saat itu dia, tolong itu di proses. Jadi pada saat itu diproses di pengadilan dan memang tidak mengerti itu menjadi kritikan sehingga melahirkan pemikiran perlu ada pada saat itu Undang-Undang Pengadilan Anak pada saat itu.

Jadi ini yang ingin saya gambarkan, perbedaan itu saya kira bisa disesuaikan dan kalau itu direkomendasikan saya sangat setuju sekali supaya nanti anak itu menjadi hukum induknya adalah hukum anak. Pidana anak itu adalah sebagai bagian daripada hukum anak tersebut, sehingga akan jelas posisi sanksi itu akan jelas sekali kedudukannya dimana. Jadi kalau ada reformasi lagi tentang anak, saya kira saya setuju sekali dengan catatan harus pandangan yang komprehensif dengan sistematis membangun sebuah sistem, sub sistem hukum yang disebut sebagai hukum anak yang di dalamnya adalah ada sanksi pidana atau proses pengadilan anak.

Tadi sudah saya jelaskan mengenai persoalan definisi tadi ya, batasan dan seterusnya. Menurut saya sesungguhnya, kalau kita lihat di dalam konteks ini bukan dewasa lebih sempit dibandingkan dengan anak. Menurut saya sama saja karena konsep saya tadi bahwa berlaku yang hidup tadi harus dipandang sebagai anak, bisa dikenakan sanksi pidana.

Bagaimana dengan ruang diskresi? Ini yang ingin saya sampaikan tadi, sebaiknya dalam perkara anak itu polisi anak spesial direkrut dia itu anak karena apa? Dia nanti memiliki ruang diskresi yang begitu luas. Kalau itu dicampur dengan polisi dewasa yang menangani perkara dewasa, itu ada potensi untuk disalah gunakan kewenangan itu. Maka ini kalau anak memang diskresi tidak apa-apa untuk dilakukan kewenangan. Tetapi di sini ada suatu proses kontrol, tentu saja karena ada orang tua melibatkan pendampingan dan seterusnya-dan seterusnya.

Justru di dalam pengadilan anak itu justru filsafatnya adalah yang kemarin digagas walaupun saya agak sedikit keberatan kalau itu sebagai filsafat umumnya. Yang disebut sebagai ingin mengubah pengadilan anak di dalam RUU itu adalah filsafat restroaktif yang juga ingin memasukkan konsep diversi dalam suatu proses penyelenggaraan peradilan anak. Mungkin secara prinsip-prinsip umum saya setuju itu. Tapi sebagai prinsip dasar tentang restroaktif pada saat itu saya tidak setuju.

Jadi kalau misalnya ada saya sebut sebagai banyak ruang diskresi, saya kira itu lebih bagus untuk proses anak. Tetapi diskresi yang terukur tadi seperti halnya di dalam RUU KUHP juga memberi peluang diskresi.

Jadi kalau mau diadili ternyata setelah dicek oleh ahli anak pada saat itu ternyata dia sudah menjadi baik, ya tidak usah diproses di pengadilan. Ini yang saya sebut konsep yang diversi.

Tapi juga ada konsep restoratif, mencoba berembuk bersama bagaimana menyelesaikan perkara anak tadi. Yang nakal tadi entah itu dari korbannya, orang tuanya atau masing-masing dengan orang tuanya.

Saya kira menurut saya ini malah justru bukan membahayakan malah justru dituntut di dalam perkara anak adalah lebih banyak kewenangan untuk mengembangkan diskresi atau mungkin berpijak pada konsep diversi dan *restorative justice*. Mungkin tidak keseluruhan tetapi mengambil yang paling tepat dalam konteks sistem masyarakat hukum Indonesia.

Dan yang berikutnya mengenai kekhawatiran yang terkait dengan persoalan adanya hukum yang hidup. Saya ingin katakan bahwa kita harus mengakui bahwa masing-masing daerah punya hukum lokal. Dan kalau saya diminta tentang pembuatan Perda, saya katakan Perda kan hukum lokal . Tapi nampaknya agak sulit memperdakan hukum lokal, tapi hukum itu tetap ada. Dalam konteks masyarakat kita menurut pendapat saya apa yang disebut undang-undang itu adalah hukum unifikasi harus dipandang sebagai hukum nasional, sedangkan hukum adat yang bersifat lokal harus dipandang itu adalah hukum yang hidup di dalam masyarakat. Menurut saya jelas, dengan cara seperti inilah akan mengharmonisasi hukum yang tidak tertulis dengan yang tertulis sehingga hukum itu dinamik, sesuai dengan dimana pembuatan itu dilakukan dan hakim bisa menggali nilai-nilai hidup di dalam masyarakat di tempat mana pelanggaran tersebut dilakukan.

Kalau menurut saya konsep saya seperti itu, sehingga tidak bertentangan dengan asas legas sebagaimana seperti yang tadi saya katakan.

Sebagai yang terakhir adalah mengenai kaitannya dengan tentang hukum yang hidup. Tadi saya kira sudah saya sampaikan bahwa saya termasuk orang yang sependapat dengan pendapat yang kita harus tetap mengakui hukum yang hidup dalam kehidupan masyarakat kita. Saya tidak sependapat, jika orientasi kita pada hukum-hukum di negara kecil, negara-negara Eropa yang relatif mereka tingkat pendidikannya tinggi dan relatif dia masyarakatnya adalah homogen dalam satu konteks hukum.

Atas dasar itu saya ingin menyampaikan pandangan ahli saya bahwa, oleh sebab itu di masa depan sekalipun kita sebaiknya juga tetap harus mengakui hukum yang hidup di dalam kehidupan masyarakat kita.

Terima kasih, *wassalamualaikum wr. wb.*

36. KETUA : PROF. DR. MOH. MAHFUD MD, S.H.

Tadi ada pertanyaan dari Pak Arsyad kepada Pemohon, silakan dijawab singkat saja begitu. Kalau uraiannya nanti di kesimpulan saja.

37. KUASA HUKUM PEMOHON: MUHAMMAD JONI, S.H., M.H.

Terima kasih Yang Mulia.

Kami mengacu kepada Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang mengakui hak konstitusional setiap orang atas pengakuan jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil.

Menurut hemat kami, hukum adat yang bersifat elastis, karakternya yang bersifat lentur dan karena itu dia bukan hukum pidana yang bersifat positif. Dengan demikian, paling tidak menurut pendapat kami bahwa dia tidak menjamin kepastian hukum yang justru dijamin di dalam Pasal 28D ayat (1) Undang-undang Dasar 1945.

Dan setelah kami telaah juga ternyata juga Undang-Undang 319/1997 tidak meletakkan Undang-Undang Darurat seperti yang disampaikan oleh Majelis Hakim Yang Mulia masuk dalam konsideran Undang-Undang 319/1997.

Yang kedua bahwa di dalam Rancangan Undang-Undang KUHP sendiri pun ternyata menggunakan frase anak yang melakukan tindak pidana. Tidak ada embel-embel lain dan itu berarti adalah anak yang melakukan perbuatan pidana, tidak seperti ketentuan Pasal 1 angka 2 huruf b yang ada dalam Undang-Undang 319/1997. Menurut hemat kami KUHP sudah satu aliran dan sudah satu kata bahwa yang bisa dipidana adalah tindak pidana. Dan hal ini tentu merupakan seperti yang kami sampaikan tadi adalah merupakan hak konstitusional yang sudah dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945.

Yang berikut tentang petitum inkonstitusional bersyarat. Kami memang menggunakan itu dan dianggap konstitusional bersyarat apabila setelah memenuhi berbagai persyaratan konstitusional yang dalam hal ini adalah proses penyidikan, penuntutan dan sidang anak serta penahanan, pemenjaraan anak dalam lembaga pemasyarakatan anak sudah menjamin perlindungan terhadap hak anak.

Demikian Yang Mulia, terima kasih.

38. KETUA : PROF. DR. MOH. MAHFUD MD, S.H.

Baik, sidang dianggap cukup dan tanggal 9 jam 12.00 kesimpulan supaya sudah disampaikan ke Mahkamah, ke Panitera. tidak usah sidang tapi langsung ke Panitera, nanti kita akan undang sidang berikutnya untuk pengucapan vonis.

Untuk ini sidang (...)

39. KUASA HUKUM PEMOHON: MUHAMMAD JONI, S.H., M.H.

Yang Mulia, mohon berkenan untuk kami menyampaikan saksi fakta dan ahli dan ketika di dalam proses permohonan daftar saksi dan daftar ahli sudah kami sampaikan.

40. KETUA : PROF. DR. MOH. MAHFUD MD, S.H.

Sudah disampaikan?

Baik, kalau begitu tunggu undangan berikutnya, sidang hari ini dinyatakan selesai dan ditutup.

KETUK PALU 3X

SIDANG DITUTUP PUKUL 12.05 WIB