

BAB III

PENERAPAN HAK RESTITUSI PADA ANAK YANG BERHADAPAN

DENGAN HUKUM

A. Konsep Restitusi Pada Anak Pelaku Tindak Pidana Dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia Saat Ini

Secara umum, perlindungan hak asasi manusia telah diatur dan disebutkan dalam beberapa peraturan perundangan, bahkan dalam Undang-Undang Dasar Perubahan, sehingga pemenuhan hak asasi dalam era kemerdekaan lebih diperhatikan secara sungguh-sungguh oleh negara terhadap warganya.

Meskipun Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia telah mencantumkan tentang hak anak, pelaksanaan kewajiban dan tanggung jawab orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan negara untuk memberikan perlindungan pada anak masih memerlukan suatu undang-undang mengenai perlindungan anak sebagai landasan yuridis bagi pelaksanaan kewajiban dan tanggung jawab tersebut. Dengan demikian, pembentukan undang-undang ini didasarkan pada pertimbangan bahwa perlindungan anak dalam segala aspek merupakan bagian dari kegiatan pembangunan nasional, khususnya dalam memajukan kehidupan berbangsa dan bernegara.

Walaupun instrumen hukum telah dimiliki, dalam perjalanannya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak belum dapat berjalan secara efektif karena masih adanya tumpang-tindih antar peraturan perundang-undangan sektoral terkait dengan definisi anak. Di sisi lain, maraknya kejahatan terhadap anak di masyarakat salah satunya adalah

kejahatan seksual, memerlukan peningkatan komitmen dari pemerintah, pemerintah daerah, dan masyarakat serta semua pemangku kepentingan yang terkait dengan penyelenggaraan perlindungan anak. Untuk efektivitas pengawasan penyelenggaraan perlindungan anak diperlukan lembaga independen diharapkan dapat mendukung pemerintah dan pemerintah daerah dalam penyelenggaraan perlindungan anak. Perubahan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak juga mempertegas tentang perlunya pemberatan sanksi pidana dan denda bagi pelaku kejahatan terhadap anak, untuk memberikan efek jera, serta mendorong adanya langkah konkret untuk memulihkan kembali fisik, psikis, dan sosial anak korban dan/atau anak pelaku kejahatan. Hal tersebut perlu dilakukan mengantisipasi anak korban dan/atau anak pelaku kejahatan di kemudian hari tidak menjadi pelaku kejahatan yang sama.⁴⁰

1. Konsep Restitusi Terhadap Pelaku

Pasal 1 angka 1 UU PA mendefinisikan anak sebagai seseorang yang belum berusia 18 tahun, termasuk dengan anak yang masih di dalam kandungan, dari pandangan sosial, Haditono berpendapat bahwa anak merupakan makhluk yang membutuhkan pemeliharaan, kasih sayang dan tempat bagi perkembangannya. Selain itu, anak merupakan bagian dari keluarga dan keluarga memberi kesempatan bagi anak untuk belajar ber-

⁴⁰ *Perlindungan Anak Pelaku Pidana*. Moch. Ridwan. hlm. - Sudah sampai hlm. 18.

etika yang penting untuk perkembangan yang cukup baik dalam kehidupan bersama-sama.⁴¹

Sebagian yang dimaksud anak yang menjadi korban kejahatan adalah anak yang telah mengalami penderitaan fisik, psikis, seksual, dan/atau sosial sebagai akibat perbuatan pelanggaran hukum yang dilakukan oleh orang lain, kelompok orang, lembaga dan Negara. Terhadap anak yang menjadi pelaku, menurut Arif Gosita ada beberapa hak yang harus diperjuangkan pelaksanaannya secara bersama-sama, yaitu:

7. Sebelum persidangan:

- a. Hak mendapatkan pelayanan karena penderitaan mental, fisik dan sosialnya;
- b. Hak diperhatikan laporan yang disampaikan dengan suatu tindak lanjut yang dianggap dan peka tanpa imbalan (kooperatif);
- c. Hak untuk mendapatkan perlindungan terhadap tindakan-tindakan yang merugikan, menimbulkan penderitaan mental, fisik, sosial dari siapa saja (berbagai ancaman, penganiayaan, pemerasan);

⁴¹ Siska Lis Sulistiani, *Kedudukan Hukum Anak Hasil Perkawinan Beda Agama Menurut Hukum Positif dan Hukum Islam* (Bandung: PT Refika Aditama, 2015), hlm. 15.

- d. Hak untuk mendapatkan pendamping, penasihat dalam rangka mempersiapkan diri berpartisipasi dalam persidangan yang akan datang dengan prodeo;
- e. Hak untuk mendapatkan fasilitas ikut serta memperlancar pemeriksaan sebagai pelapor, saksi atau korban.

8. Selama persidangan:

- a. Hak untuk mendapatkan fasilitas untuk menghadap sidang sebagai korban (transport, penyuluhan);
- b. Hak untuk mendapatkan penjelasan mengenai tata cara persidangan dan kasusnya;
- c. Hak untuk mendapatkan perlindungan terhadap tindakan-tindakan yang merugikan, yang menimbulkan penderitaan mental, fisik, sosial (misalnya berbagai ancaman, penganiayaan, pembunuhan);
- d. Hak untuk menyatakan pendapat;
- e. Hak untuk mengganti kerugian atas kerugian penderitaannya;
- f. Hak untuk memohon persidangan tertutup.

9. Setelah persidangan:

- 1. Hak untuk mendapatkan perlindungan terhadap tindakan-tindakan yang merugikan, yang menimbulkan penderitaan

mental, fisik, sosial (misalnya berbagai macam ancaman, penganiayaan, pembunuhan);

2. Hak atas pelayanan di bidang mental, fisik dan sosial.⁴²

Pada tahun 2017, telah terbit Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 2017 tentang Pelaksanaan Restitusi Bagi Anak yang Menjadi Korban Tindak Pidana (PP No. 43 Tahun 2017) yang merupakan peraturan pelaksanaan UU PA. Dalam Peraturan Pemerintah ini diatur tentang hak anak untuk memperoleh restitusi dari pelaku karena tindakannya yang merugikan anak, baik secara fisik maupun psikis yang menyebabkan anak tidak dapat menjalankan fungsinya.

Selain PP No. 43 Tahun 2017, ada pula Peraturan Pemerintah lain yang mengatur tentang pemberian restitusi yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 7 Tahun 2018 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban (PP No. 7 Tahun 2018). Hanya saja, PP No. 7 Tahun 2018 tersebut berfokus pada semua korban yang mengalami tindak pidana. Sehingga penelitian ini memakai PP No. 43 Tahun 2017 sebagai dasar dalam pemberian restitusi bagi anak yang menjadi korban tindak pidana.

Pasal 2 PP No. 43 Tahun 2017 menjelaskan secara lengkap tentang hak anak sebagai korban tindak pidana untuk memperoleh restitusi dari pelaku, yaitu sebagai berikut:

⁴² Nahriana, *Perlindungan Hukum Pidana Bagi Anak di Indonesia* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011), hlm. 20-23

- (1) Setiap anak yang menjadi korban tindak pidana berhak memperoleh restitusi.
- (2) Anak yang menjadi korban tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi:
 - a. Anak yang berhadapan dengan hukum;
 - b. Anak yang dieksploitasi secara ekonomi dan/atau seksual;
 - c. Anak yang menjadi korban pornografi;
 - d. Anak korban penculikan, penjualan, dan/atau perdagangan;
 - e. Anak korban kekerasan fisik; dan/atau;
 - f. Anak korban kejahatan seksual.⁴³

Putusan mengenai restitusi dengan sendirinya mendapatkan kekuatan hukum tetap apabila putusan pidananya juga mendapatkan kekuatan hukum tetap. Berkaitan pengajuan tuntutan restitusi maka ada beberapa hal yang perlu diperhatikan yaitu kerugian yang ditimbulkan oleh tindak pidana atau orang lain yang menderita kerugian (korban) sebagai akibat langsung dari tindak pidana tersebut, permohonan restitusi yang diakibatkan tindak pidana tadi ditujukan kepada pelaku tindak pidana (terdakwa) dan restitusi yang diajukan kepada terdakwa digabungkan atau diperiksa dan diputus sekaligus bersamaan pada pemeriksaan dan putusan

⁴³ Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 43 Tahun 2017 tentang Pelaksanaan Restitusi Bagi Anak yang menjadi Korban Tindak Pidana

perkara pidana yang didakwa kepada terdakwa dan dalam bentuk satu putusan.

Perlindungan anak pelaku pidana secara nasional telah memperoleh dasar pijakan yuridis di antaranya Undang-Undang Dasar 1945 sebagai landasan konstitusional serta Pasal 21 sampai 24; Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak; Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1997 Nomor 3; Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 153, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5332); Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297.⁴⁴

Penjelasan Pasal 35 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 memberikan pengertian kompensasi yaitu ganti kerugian yang diberikan oleh Negara karena pelaku tidak mampu memberikan ganti kerugian sepenuhnya yang menjadi tanggung jawab, sedangkan restitusi, yaitu ganti kerugian yang diberikan kepada korban atau keluarganya oleh pelaku ataupun pihak ketiga. Restitusi dapat berupa:

- a. Pengembalian harta milik;

⁴⁴ *Perlindungan Anak Pelaku Pidana*. Moch. Ridwan. hlm. - Sudah sampai hlm 6-7

- b. Pembayaran ganti kerugian untuk kehilangan atau penderitaan dan/atau;
- c. Penggantian biaya untuk tindakan tertentu.

Pengertian restitusi dan kompensasi merupakan yang istilah dalam penggunaannya sering dapat dipertukarkan. Namun menurut *Stephen Schafer* perbedaan antara kedua istilah tersebut adalah kompensasi lebih bersifat keperdataan. Kompensasi timbul dari permintaan korban, dan dibayarkan oleh masyarakat atau merupakan bentuk pertanggungjawaban masyarakat atau Negara, sedangkan restitusi lebih bersifat pidana, timbul dari putusan pengadilan dan dibayar oleh terpidana.

Lebih lanjut *Schafer* menyatakan bahwa terdapat lima sistem pemberian restitusi dan kompensasi kepada korban kejahatan, yaitu sebagai berikut:

- a. Ganti rugi yang bersifat keperdataan, diberikan melalui proses perdata. Sistem ini memisahkan tuntutan ganti rugi korban dari proses pidana.
- b. Kompensasi yang bersifat keperdataan diberikan melalui proses pidana.
- c. Restitusi yang bersifat perdata dan bercampur dengan sifat pidana diberikan melalui proses pidana.
- d. Kompensasi yang bersifat perdata, diberikan melalui proses pidana dan didukung oleh sumber-sumber penghasilan Negara. Disini

kompensasi tidak mempunyai aspek pidana apapun, walaupun diberikan dalam proses pidana.

Hal yang memerlukan perhatian penting dalam pelaksanaan pembayaran ganti kerugian pada korban adalah perlunya diupayakan agar system pemberian ganti kerugian dilaksanakan dengan sederhana dan singkat sehingga apa yang menjadi hak korban dapat segera direalisasikan. Apabila jangka waktu yang diperlukan untuk merealisasikan pembayaran ganti kerugian ini membutuhkan waktu yang lama, dikhawatirkan konsep perlindungan korban dalam kaitan pembayaran ganti kerugian akan terabaikan.⁴⁵

2. Keterbatasan Restitusi dalam Peradilan Pidana Anak

Penanggulangan kenakalan anak dengan sistem peradilan pidana anak sama dengan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana atau sanksi hukum (*penal sanction*). Apabila penanggulangan kejahatan hendak menggunakan sarana kebijakan hukum pidana/penal ditetapkan terlebih dahulu dua masalah sentral yaitu:

- b. Perbuatan yang seharusnya dijadikan tindak pidana;
- c. Sanksi yang sebaiknya digunakan atau dikenakan.

⁴⁵ *Urgensi Perlindungan Korban Kejahatan: Antara Norma dan Realita*, Dikdik M. Arief Mansur, & Elisatris Gultom, Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2008, hal. 165

Dalam konteks pencegahan kenakalan anak, maka penetapan masalah sentral tersebut terhadap kenakalan anak (penetapan tindak pidana anak dan sanksi pidana terhadap anak), perlu memperhatikan pendapat Sudarto. Dengan mengacu pendapat Sudarto, maka masalah sentral pertama dalam konteks penanggulangan kenakalan anak sebagai berikut:

- a. Penggunaan hukum pidana anak harus memperhatikan tujuan pembangunangenerasi muda. Sehubungan dengan itu, penggunaan hukum pidana anak harus bertujuan untuk menanggulangi kenakalan anak dan mengadakan penguguran terhadap tindakan-tindakan penganggungan itu sendiri demi kesejahteraan dan pengayoman anak;
- b. Perbuatan anak yang diusahakan untuk dicegah dan ditanggulangi dengan hukum pidana anak harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian materiil atau spritual atas diri anak dan warga masyarakat pada umumnya;
- c. Penggunaan hukum pidana anak harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil;
- d. Kapasitas atau kemampuan daya kerja penegak hukum.

Pilihan penetapan hukum pidana anak sebagai sarana penganggulangan kejahatan anak harus memperhitungkan faktor-faktor korelasional dan regresional baik yang bersifat mendukung maupun menghambat bekerjanya hukum pidana anak dalam menangani kenakalan anak di masyarakat. Ini berarti bahwa apabila ternyata penanganan anak

nakal dengan sarana penal karena satu hal lain (kurang personal aparat hukum yang profesional di bidang anak), justru menimbulkan kerugian bagi perkembangan jiwa anak di masa yang akan datang berupa stigma, maka sudah barang tentu perlu dilakukan peninjauan kembali pilihan penetapan sarana penal sebagai upaya penanggulangan kenakan anak di masyarakat.

Selanjutnya masalah sentral ke dua sanksi apakah yang sebaiknya dikenakan pada pelaku anak. Dalam hal ini perlu dipertimbangkan secara umum yaitu:

- a. Apakah sanksi itu sungguh-sungguh mencegah terjadi kejahatan anak;
- b. Apakah sanksi itu tidak berakibat timbulnya keadaan lebih merugikan atas diri anak (stigmatisasi), dari pada apabila sanksi itu tidak dikenakan;
- c. Apakah tidak ada sanksi lain yang dapat mencegah secara efektif dengan kerugian yang lebih kecil.

Disamping itu secara khusus perlu pula dipertimbangkan tujuan apakah yang ingin dicapai dengan penggunaan sanksi terhadap anak nakal, dalam arti apakah tujuan yang ingin dicapai itu sama dengan tujuan penjatuhan sanksi pelaku kejahatan dewasa. Untuk itu dalam kebijakan penerapan sanksi atas anak nakal perlu dipertimbangkan pula jenis-jenis sanksi yang paling sesuai, dalam arti kenakalan anak dan pelaku anak manakah serta bentuk konflik penyelesaian konflik. Penggunaan kebijakan penal sebagai sarana penanggulangan kejahatan, memiliki keterbatasan-

keterbatasan. Demikian pula apabila kebijakan penal hendak digunakan untuk penganggulangan kenakalan anak. Keterbatasan kebijakan penal bagi penanggulangan kenakan anak terjadi, karena adanya faktor-faktor berikut:

a. Sifat dan hakikat perilaku delikueni anak;

Perilaku anak apabila dilihat dari faktor-faktor korelasional dan regresional adalah sangat kompleks. Kompleks ini karena dari faktor-faktor yang bersumber pada kondisi kejiwaan anak itu sendiri. Kondisi anak yang masih berada dalam proses pembentukan jiwa menuju kedewasaan, sering memunculkan perilaku jahat yang bersumber pada transisi kejiwaan dalam menapak rentang kehidupan menuju kedewasaan. Kompleksitas sifat dan hakikat perilaku delikueni lebih kompleks dibandingkan dengan kejahatan orang dewasa.

b. Jangkauan hukum pidana anak;

Sudarto menyatakan bahwa penggunaan hukum pidana merupakan penanggulangan suatu gejala (*kurieren amsyptom*) dan bukan suatu penyelesaian dengan menghilangkan sebab-sebabnya. Jadi, jangkauan kemampuan hukum pidana selama ini juga disebabkan oleh hakikat dan fungsi dari hukum pidana itu sendiri. Kemudian setiap anak yang melakukan tindak pidana dan dituduh serta dinyatakan bersalah melanggar Undang-Undang, maka terhadap anak tersebut berhak diperlakukan yang sesuai dengan martabatnya dengan cara

memperkuat penghargaan dan penghormatan anak pada hak-hak asasi dengan mempertimbangkan usia anak dan perkembangannya dalam masyarakat.

c. Sifat dan hakikat sanksi pidana terhadap anak;

Secara sifat dan hakikat sanksi pidana terhadap anak, bila dikaji lebih dalam tampaknya kompleksitasnya lebih tinggi bila dibandingkan dengan sanksi pidana terhadap orang dewasa. Sanksi pidana bagi orang dewasa dipandang hanya sebagai pengobatan *symptomatic* bukan kausatif. Pengalaman anak selama diobati lewat proses pembedaan, obatnya akan lebih bersifat paradoksal dan negative membekas pada diri anak secara kejiwaan bila dibandingkan dengan orang dewasa. Apabila dewasa ini untuk kepentingan anak, dimana dalam penanganan anak lebih baik secara publik atau pidana maupun privat (perdata) kepentingan terbaik anak harus ditempatkan sebagai pertimbangan utama. Dengan kata lain, sanksi hukum pidana anak sebagai bagian integral upaya perlindungan dan pencapaian kesejahteraan anak harus berorientasi pada kepentingan terbaik anak dan perkembangan anak.

d. Kondisi objektif penegakkan hukum pidana anak.

Menurut Barda Nawawi Arief, secara fungsional bekerjanya hukum pidana memerlukan sarana pendukung yang lebih banyak dan bervariasi baik berupa perundang-undangan organiknya, instansi dan aparat pelaksanaannya, sarana dan prasarana maupun

operasionalisasinya di lapangan. Perundang-undangan organik yang khusus, yang mampu menampung dan mengharmonisasikan kepentingan terbaik bagi anak dan tujuan pemidanaan pada umumnya. Lembaga yang bekerja untuk mendukung misi yang tidak saja bersifat pidana murni melainkan juga bersifat keperdataan atau administratif. Sudah barang tentu akan menjadikan kebutuhan lembaga pendukung inipun lebih kompleks dari pada pemidaan pada umumnya. Perumusan tindak pidana anak lebih luas dari pada orang dewasa (*criminal offence* dan *status offence*) perumusan sanksi pidana yang berupa tindakan (*maatregels*) lebih besar porsinya dari pada pidana (*straf*).⁴⁶

B. Peraturan Perundang-Undangan Tindakan Restitusi Pada Anak Pelaku Tindak Pidana Sebagai Bentuk Upaya Perlindungan Hukum Bagi Anak Korban Tindak Pidana

Sebagaimana telah disinggung pada uraian-uraian sebelumnya, bahwa apabila kita telusuri peraturan hukum pidana materiil yang mengatur tentang perlakuan khusus terhadap anak pelaku tindak pidana sebelum adanya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, penegak hukum berorientasi pada ketentuan yang ada dalam KUHP. Dalam KUHP sendiri ternyata hanya mengatur dalam tiga pasal saja, yaitu Pasal 45, 46, dan 47 KUHP

Pasal 45 KUHP mengatakan bahwa:

⁴⁶ *Sistem Peradilan Pidana Anak*, Dr. Nikmah Rosidah, S.H., M.H., hlm 34-36

“Dalam hal penuntutan pidana terhadap orang yang belum dewasa karena melakukan suatu perbuatan sebelum umur enam belas tahun, hakim dapat menentukan:

Memerintahkan supaya yang bersalah dikembalikan kepada orang tuanya, walinya atau pemeliharannya, tanpa pidana apapun;

Atau memerintahkan supaya yang bersalah diserahkan kepada pemerintah tanpa pidana apa pun, jika perbuatan merupakan kejahatan atau salah satu pelanggaran berdasarkan Pasal-Pasal 489, 490, 492, 496, 497, 503, 505, 514, 517-519, 526, 531, 532, 536, dan 540 serta belum lewat dua tahun sejak dinyatakan bersalah karena melakukan kejahatan atau salah satu pelanggaran tersebut di atas, dan putusannya telah menjadi tetap;

Atau menjatuhkan pidana kepada yang bersalah.”

Pasal tersebut meminta dua syarat yang harus dipenuhi:

1. Orang tersebut waktu dituntut harus belum dewasa yaitu mereka yang belum berumur 21 tahun dan belum kawin. Jika orang kawin dan bercerai sebelum umur 21 tahun, ia tetap dipandang dewasa.
2. Tuntutan itu mengenai peristiwa pidana yang telah dilakukan orang tersebut pada waktu ia sebelum berumur 16 tahun.

Jika kedua syarat tersebut dipenuhi, maka hakim dapat memutuskan salah satu dari tiga kemungkinan:

- a. Anak itu dikembalikan kepada orang tua atau walinya, dengan tidak dijatuhi hukuman suatu apa;

- b. Anak itu dijadikan anak negara, maksudnya tidak dijatuhi hukuman, akan tetapi diserahkan kepada Rumah Pendidikan Anak-Anak untuk mendapat didikan dari negara sampai anak itu berumur 18 tahun. Hal ini hanya dapat dilakukan bila anak itu telah berbuat suatu kejahatan atau pelanggaran yang bermaklud dalam pasal ini dan sebagai *recidive*.
- c. Anak itu dijatuhi hukuman seperti biasa. Dalam hal ini ancaman hukuman dikurangkan dengan sepertiganya.

Dengan tiga macam kemungkinan itu, kepada hakim diberikan kesempatan untuk menimbang tentang kecakapan rokhani terdakwa yang masih muda tersebut. Apabila misalnya hakim berpendapat, bahwa anak-anak yang umurnya 9 tahun atau 13 tahun kecakapan akalunya ternyata tidak normal perkembangannya, maka sudah cukup hakim mengirimkan kembali anak-anak itu kepada orang tuanya, wali atau orang yang memeliharanya dengan tidak dijatuhkan suatu hukuman. Akan tetapi apabila hakim menganggap anak-anak yang berumur 13 atau 15 tahun telah berbuat suatu kejahatan dengan akal yang cukup mampu membeda-bedakan, hakim ada kesempatan pula untuk menjatuhkan hukuman akan tetapi hukuman yang dijatuhkan itu tidak boleh lebih dari dua pertiga maksimum hukuman yang diancamkan.

Menurut Pasal 46 KUHP:

- (1) Jika hakim memerintahkan supaya yang bersalah diserahkan kepada pemerintah, maka ia dimasukkan dalam rumah pendidikan negara supaya menerima pendidikan dari pemerintah atau dikemudian hari dengan cara

lain, atau diserahkan kepada seorang tertentu yang bertempat tinggal di Indonesia atau kepada suatu badan hukum, yayasan atau lembaga amal yang berkedudukan di Indonesia untuk menyelenggarakan pendidikannya, atau dikemudian hari, atas tanggungan pemerintah, dengan cara lain; dalam kedua hal di atas, paling lama sampai orang yang bersalah itu mencapai umur delapan belas tahun.

- (2) Aturan untuk melaksanakan ayat 1 pasal ini ditetapkan dengan Undang-Undang.

Pasal tersebut merupakan aturan administrasi tentang apa yang harus dikerjakan, apabila hakim telah memberi perintah, bahwa tersalah akan diserahkan kepada pemerintah. Penyerahan ini selesai jika telah mencapai umur 18 tahun. Administrasi itu dapat memilih antara penempatan dalam rumah pendidikan negeri atau mempercayakan untuk dididik oleh orang lain, perserikatan, lembaga atau badan kesosialan partikular.

Pasal 47 KUHP menyatakan bahwa:

- (1) Jika hakim menjatuhkan pidana, maka maksimum pidana pokok terhadap tindak pidananya di kurangi sepertiga.
- (2) Jika perbuatan itu merupakan kejahatan yang diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, maka dijatuhkan pidana penjara paling lama lima belas tahun.
- (3) Pidana tambahan dalam Pasal 10 butir b, nomor 1 dan 3, tidak dapat diterapkan.

Dari ketiga pasal tersebut nampak adanya pengaturan khusus bagi anak yang melakukan suatu tindak pidana. Namun demikian, apabila kita lihat ketentuan Pasal 45 KUHP ternyata pasal tersebut tidak membedakan tindak pidana yang dilakukan oleh anak dibawah umur dengan tindak pidana yang dilakukan oleh orang dewasa. Dengan kata lain KUHP tidak menentukan perbuatan apa saja yang dikualifikasikan sebagai tindak pidana anak. Selain itu, ketentuan Pasal 45 KUHP tersebut tidak mengatur pula batas umur minimum bagi seorang anak yang dapat diminta pertanggungjawabannya. Dengan demikian, bagi anak yang baru lahirpun tidak tertutup kemungkinan dapat diminta pertanggungjawaban pidana. Hal tersebut karena baik dipandang dari perbuatan maupun dari aspek kemampuan pertanggungjawaban, secara yuridis formal telah memenuhi syarat. Dalam kondisi yang demikian sudah selayaknya ketentuan yang mengatur tentang tindak pidana yang dilakukan oleh anak di bawah umur ditinjau kembali, sehingga dapat disesuaikan dengan perkembangan hukum dan masyarakat yang ada sekarang ini. Dalam hal hukum pidana formal, ketentuan khusus yang berlaku bagi anak pelaku tindak pidana dapat kita lihat sebagaimana diatur dalam Pasal 153 KUHP. Dimana dalam Pasal 153 ayat (3) disebutkan bahwa: “Untuk keperluan pemeriksaan, hakim ketua sidang membuka sidang dan menyatakan terbuka untuk umum kecuali dalam perkara mengenai kesusilaan atau terdakwanya anak-anak”. Ketentuan tersebut dipertegas lagi dalam ayat selanjutnya yang menyatakan

bahwa: “Tidak dipenuhinya ketentuan dalam ayat (2) dan ayat (3) mengakibatkan batalnya putusan demi hukum”.⁴⁷

1. Upaya Restitusi Terhadap Pelaku

Rekomendasi pidana restitusi melalui upaya paksa sita harta kekayaan sebaiknya dilakukan sejak awal penyidikan. Hal ini dilakukan karena tindak kekerasan pada Anak merupakan kejahatan yang sangat luar biasa karena telah melanggar HAM dan juga menyebabkan kerugian psikis maupun secara ekonomi bagi korban. Oleh karena itu sita harta hasil dari tindak pidana kekerasan pada anak setara dengan besarnya kerugian yang dialami korban. Konsep sita harta memproyeksikan nilai keluarganya. Melalui sita harta kekayaan, maka sistem peradilan pidana bagi pelaku melalui batasan maksimum yang pasti.

Upaya paksa adalah serangkaian tindakan penyidikan untuk melaksanakan penyidikan, yaitu dalam hal melakukan penangkapan, penahanan, pengeledahan, penyitaan, dan pemeriksaan surat. Dalam keadaan normal, bilamana tindakan itu dilakukan tanpa dasar ketentuan undang-undang, maka hal tersebut dapat dikualifikasikan sebagai pelanggaran hak asasi manusia khususnya tentang hak dan kebebasan pribadi dari orang yang ditindak. Dalam KUHAP disebutkan bahwa upaya paksa dapat dilakukan dengan cara penyitaan. Dasar Hukum Penyitaan

⁴⁷ *Peradilan Pidana Anak di Indonesia dan Instrumen Internasional Perlindungan Anak serta Penerapannya*, Dr. Nandang Sambas, S.H.,M.H., hlm 163-165

dapat dilihat dalam Pasal Pasal 11 KUHAP, Pasal 38 s/d Pasal 49 KUHAP, Pasal 128 s/d Pasal 132 KUHAP.

Pasal 1 angka 16 KUHAP menyatakan bahwa: Penyitaan adalah serangkaian tindakan penyidik untuk mengambil alih dan atau menyimpan di bawah penguasaannya benda bergerak atau tidak bergerak, berwujud atau tidak berwujud untuk kepentingan pembuktian dalam penyidikan, penuntutan dan peradilan. Setelah ditemukannya bukti-bukti dari hasil penggeledahan terhadap tersangka, maka penyitaan akan dilakukan sebagai tindak lanjut dari proses penyidikan.

Penyidik dapat melakukan penyitaan atas barang bukti yang memiliki keterkaitan dengan tindak pidana yang terjadi sehingga dapat membuktikan suatu perkara. Pembuktian suatu tindak pidana membutuhkan sebagai berkas yang digunakan dalam proses penyidikan, penuntutan dan peradilan. Kriteria benda yang dapat dikenakan penyitaan diatur secara limitatif dalam KUHAP. Adapun benda tersebut adalah:

- 1) Benda atau tagihan tersangka atau terdakwa yang seluruh atau sebagian diduga diperoleh dari tindak pidana atau sebagai hasil dari tindak pidana;
- 2) Benda yang telah dipergunakan secara langsung untuk melakukan tindak pidana atau untuk mempersiapkannya;
- 3) Benda yang dipergunakan untuk menghalangi penyidikan tindak pidana;
- 4) Benda yang khusus dibuat untuk melakukan suatu tindak pidana;

- 5) Benda lain yang mempunyai hubungan langsung dengan tindak pidana yang dilakukan;
- 6) Benda yang berada dalam sitaan dalam perkara perdata atau karena pailit sepanjang memenuhi ketentuan poin (1) sampai dengan (5) juga dapat disita untuk kepentingan penyidikan, penuntutan dan mengadili perkara pidana.

Dalam Pasal 6 *Protocol To Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women And Children, Supplementing The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime* (Protokol Untuk Mencegah, Menindak, dan Menghukum Perdagangan Orang, Terutama Perempuan dan Anak-Anak, Melengkapi Konvensi yang Terorganisasi) disebutkan tentang kriminalisasi pencucian hasil tindak pidana. Bahwa negara yang meratifikasi konvensi ini harus mengadopsinya dalam peraturan perundang-undangan untuk memberantas tindak pidana perdagangan orang. Undang-undang yang dibuat harus sesuai dengan prinsip dasar konvensi tersebut dan disesuaikan dengan prinsip hukum nasionalnya. Konvensi tersebut berharap negara melalui badan legislatifnya dapat melakukan tindakan tentang penyitaan hasil kekayaan yang diperoleh dari tindak pidana perdagangan orang. Pasal tersebut juga menyebutkan tentang pengalihan harta benda yang dipastikan bahwa properti yang dimiliki pelaku merupakan hasil dari kejahatan perdagangan orang. Tujuan dari penyitaan tersebut adalah untuk menghindari disembunyikan atau bahkan disamarkan asal usul dari harta benda tersebut.

Indonesia sebagai negara yang turut meratifikasi konvensi tersebut harus ikut melakukan pencegahan tindak pidana kekerasan pada anak. Langkah utama untuk dapat melakukan penyitaan memberikan kepastian hukum bagi korban dalam upaya melakukan tuntutan hak restitusi. Selain itu sita harta kekayaan tersebut akan melindungi hak asasi korban serta dapat memberikan kemanfaatan dan kesejahteraan bagi korban dan atau keluarga korban. Lazimnya penyitaan dilakukan dengan tata cara sebagai berikut:

- 1) Pasal 38 (1) KUHAP, ada surat izin penyitaan dari ketua Pengadilan Negeri setempat.
- 2) Pasal 128, memperlihatkan dan menunjukkan tanda pengenal.
- 3) Pasal 129, memperlihatkan benda yang akan disita.
- 4) Pasal 129 (1), penyitaan dan memperlihatkan benda sitaan harus disaksikan oleh kepala desa atau ketua lingkungan dengan dua saksi.
- 5) Pasal 129 (2), membuat berita acara penyitaan.
- 6) Pasal 129 (4), menyampaikan turunan berita acara penyitaan kepada atasannya dan kepada keluarga pihak di mana barang itu disita serta kepada kepala desa.
- 7) Pasal 130 (1), membungkus benda sitaan, seandainya barang sitaan tidak memungkinkan untuk dibungkus, maka harus dibuat catatan atau data tentang barang sitaan, kemudian catatan itu ditulis di atas label yang ditempelkan dan dikaitkan pada barang sitaan (Pasal 130 (2)).

Selain tata cara penyitaan biasa tersebut diatas, KUHAP juga mengatur tentang penyitaan dalam keadaan perlu dan mendesak. Kondisi penyitaan secara mendesak diatur dalam Pasal 38 (2). Penyitaan secara mendesak dilakukan untuk memberi kemungkinan melakukan penyitaan tanpa melalui tata cara yang ditentukan oleh Pasal 38 (1). Hal ini sesuai dengan keadaan yang diperlukan.

Konsep sita harta dalam hukum pidana hanya dapat dilakukan oleh penyidik jika mendapat surat izin dari Ketua Pengadilan Negeri setempat. Namun demikian, jika dalam keadaan mendesak, penyidik dapat bertindak sendiri jika tidak memungkinkan untuk mendapatkan surat izin terlebih dahulu. Penyidik dapat melakukan penyitaan terhadap benda bergerak. Setelah dilakukan penyitaan penyidik wajib melaporkan kepada Ketua Pengadilan Negeri untuk memperoleh persetujuan atas proses penyitaan tersebut.

Berkaitan dengan benda yang dapat disita, dijelaskan dalam Pasal 39 KUHAP, bahwa benda yang dapat disita adalah benda yang berkaitan dengan peristiwa tindak pidana. Penyitaan merupakan tindakan yang dilakukan oleh penggugat dalam bentuk permohonan ke Pengadilan Negeri setempat untuk menghindari kemungkinan tergugat mengalihkan harta kekayaannya pada orang lain. Penggugat dapat mengajukan agar harta kekayaan dari hasil kejahatan tersebut dibekukan, disimpan sebagai jaminan dan tidak dapat dialihkan maupun dijual.

Menurut Yahya Harahap, penyitaan (*beslag*) merupakan tindakan menempatkan harta kekayaan tergugat secara paksa berada dalam penjagaan resmi berdasarkan perintah pengadilan atau hakim, penetapan dan penyitaan atas barang yang disita berlangsung sejak proses pemeriksaan sampai adanya putusan pengadilan yang berkekuatan hukum yang tetap yang menyatakan secara sah atau tidaknya penyitaan tersebut.

Djamanat Samosir berpendapat bahwa penyitaan merupakan suatu tindakan hukum yang dilakukan oleh hakim yang sifatnya eksepsional. Atas permohonan salah satu pihak, untuk mengamankan barang dari kemungkinan pemindahan tangan, atau pembebanan atas jaminan, perusakan oleh pihak yang memegang atau menguasai barang supaya putusan hakim dapat dilaksanakan.⁴⁸

2. Perlindungan Hukum Bagi Korban

Untuk mewujudkan tujuan hukum, yakni keadilan, kepastian dan kemanfaatan, maka hukum harus ditegakkan melalui serangkaian tindakan atau kegiatan yang dilaksanakan oleh aparat penegak hukum yang mempunyai tugas dan kewenangan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan. Dalam lapangan hukum pidana, penegakkan hukum pidana dilaksanakan oleh penegak hukum terhadap setiap perbuatan yang melanggar terhadap ketentuan hukum pidana materiil sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) maupun ketentuan

⁴⁸ *Rekonstruksi Pidana Restitusi dan Dana Kurungan Pengganti Dalam Tindak Pidana Perdagangan Orang*, Dr. Ika Dewi Sartika Saimima, S.H., M.H., M.M., 2020. Hal. 27 - 31

dalam Undang-Undang tindak pidana khusus di luar KUHP, di mana dalam pelaksanaannya berdasarkan ketentuan hukum acara pidana sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dan Undang-Undang tindak pidana khusus lainnya di luar KUHAP sebagai hukum acara yang mengatur bagaimana penegak hukum melaksanakan dan menegakkan ketentuan hukum pidana materiil.

Penegak hukum dalam melaksanakan penegakkan hukum pidana dilaksanakan dalam wadah sistem peradilan pidana yang dimulai sejak tahap penyelidikan dan penyidikan, tahap penuntutan, dan tahap pemeriksaan di sidang pengadilan hingga penjatuhan putusan oleh hakim dan pelaksanaan putusan pengadilan. Sistem peradilan pidana yang digariskan dalam KUHAP merupakan sistem peradilan pidana terpadu (*integrated criminal justice system*) yang diletakkan di atas landasan prinsip diferensiasi fungsional di antara aparat penegak hukum sesuai dengan tahap proses kewenangan yang diberikan undang-undang kepada masing-masing lembaga penegak hukum, yakni kepolisian, kejaksaan, pengadilan untuk menegakkan, melaksanakan (menjalankan), dan memutuskan hukum pidana.⁴⁹

Selain lembaga penegak hukum sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, perlindungan terhadap anak khususnya yang menjadi saksi atau korban dilaksanakan oleh Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban

⁴⁹ *Hukum Perlindungan Anak dan Perempuan di Indonesia*, Dr. Rahman Amin, S.H., M.H. hlm 136

(LPSK) sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan saksi dan korban, yaitu sebagai berikut:

1. Meminta keterangan secara lisan dan/atau tertulis dari pemohon dan pihak lain yang terkait dengan permohonan;
2. Menelaah keterangan, surat, dan/atau dokumen yang terkait untuk mendapatkan kebenaran atas permohonan;
3. Meminta salinan atau fotokopi surat dan/atau dokumen terkait yang diperlukan dari instansi mana pun untuk memeriksa laporan pemohon sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
4. Meminta informasi perkembangan kasus dari penegakkan hukum;
5. Mengubah identitas terlindung sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
6. Mengelola rumah aman;
7. Memindahkan atau merelokasi terlindung ke tempat yang lebih aman;
8. Melakukan pengaman dan pengawalan;
9. Melakukan pendampingan saksi dan/atau korban dalam proses peradilan; dan
10. Melakukan penilaian ganti rugi dalam pemberian restitusi dan kompensasi;

Berdasarkan kewenangan LPSK tersebut di atas, dalam hal perlindungan terhadap anak yang berhadapan dengan hukum baik sebagai

saksi maupun korban suatu tindak pidana, LPSK dapat melakukan pendampingan sejak tahap awal penanganan perkara pidana, yakni proses penyidikan di kepolisian, tahap penuntutan dan persidangan di pengadilan dengan memenuhi hak-hak anak dan korban sebagai saksi antara lain mendapatkan perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga dan harta bendanya berkaitan dengan keterangan yang akan, sedang atau telah diberikannya serta hak-hak lainnya selama menjalani proses peradilan pidana. Apabila anak sebagai saksi berada dalam situasi yang dapat mengancam keselamatannya, maka LPSK dapat memberikan perlindungan dalam dengan menempatkan saksi pada tempat yang aman (*safe house*), memberikan identitas baru atau merelokasi kediamannya ke tempat yang baru sehingga keamanan saksi dapat terjaga.⁵⁰

C. Pengaturan Perundang-Undangan Terhadap Restitusi Perdagangan Orang

Kesetaraan hukum atau *equity of law* merupakan kepatutan yang harus dilakukan dalam melihat suatu perkara. Soerjono Soekanto melihat kepatutan atau *equity* merupakan nilai-nilai yang ada dalam kepentingan pribadi/bagian. Di dalam hukum, biasanya nilai-nilai digambarkan sebagai berpasang-pasangan, tetapi dalam formasi selalu bertegangan, seperti misalnya kesetaraan atau kesetimpalan (*rechtvaardigheid, billijkheid*) dengan kepastian hukum (*rechtszekerheid*). Kepastian Hukum dan kesetaraan merupakan dua tugas pokok dari hukum. Namun dalam pelaksanaannya kedua tugas tersebut tidak

⁵⁰ *Ibid.* hlm 141 - 142

dapat ditetapkan secara merata. Asas kepastian hukum merupakan jaminan bahwa dalam pelaksanaannya hukum harus dijalankan dengan cara yang baik dan benar. Kepastian adalah tujuan dari pelaksanaan hukum itu sendiri, jika tidak ada kepastian hukum maka hukum akan kehilangan jati dirinya.

Dalam hal penjatuhan pidana dalam perkara tindak pidana perdagangan orang, hakim harus mengutamakan keadilan dan kemanfaatan dari penjatuhan pidana itu sendiri. Sesuai dengan asas kemanfaatan, maka penjatuhan pidana tersebut harus dapat bermanfaat bagi korban, pelaku dan memenuhi kepentingan masyarakat. Keadilan itu sendiri pada dasarnya merupakan suatu kondisi yang harus diwujudkan oleh hukum. Keadilan dalam tindak pidana perdagangan orang harus memuat dimensi keadilan secara prosedural, akses keadilan bagi korban untuk mendapatkan hak restitusi, dan terlaksananya putusan hakim dalam penjatuhan pidana kurungan pengganti bagi pelaku.

Hakim dalam mengadili dan menjatuhkan pidana tidak akan terlepas dari sistem aturan pidana. Namun demikian, hakim diberikan kekuasaan untuk menggali dan melihat perubahan sosial dan pemenuhan rasa keadilan bagi masyarakat atas perbuatan yang dilarang oleh peraturan perundang-undangan.

Dalam penelusuran pustaka, diketahui bahwa hukum positif Indonesia memiliki beberapa peraturan perundang-undangan dan Peraturan Pemerintah yang berkaitan dengan pemberitan hak restitusi. Peraturan tersebut terdiri atas;

1. Pasal 98-101 KUHAP yang menyebutkan tentang; penggabungan perkara ganti kerugian, bentuk; kerugian materiel, ganti kerugian akan dikabulkan setelah pokok perkaranya telah berkekuatan hukum tetap, korban harus

aktif berhubungan dengan JPU untuk memastikan ganti kerugian dimasukkan dalam tuntutan JPU, jika tidak dimasukkan dalam tuntutan, masih ada peluang sebelum putusan eksekusi putusan.

2. Pasal 35 UU No. 26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia menyebutkan tentang bentuk pengembalian harta milik, ganti kerugian untuk kehilangan atau penderitaan, penggantian biaya untuk tindakan tertentu, dimasukkan dalam tuntutan Jaksa, Pengadilan HAM memutuskan dalam amar putusannya dalam 30 hari pelaku melaksanakan putusan tidak melaksanakan putusan, maka korban/keluarga/ahli warisnya melaporkan ke Jaksa Agung dan dilakukan perintah agar dalam 7 (tujuh) hari pelaku membayar restitusi.
3. Pasal 36-42 UU No. 15/2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti UU No. 1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme. Menyebutkan tentang pemberian restitusi dilakukan melalui putusan pengadilan, tuntutan restitusi harus dimasukkan dalam tuntutan Jaksa Penuntut Umum, diajukan paling lambat 60 (enam puluh) hari melaksanakan putusan untuk memberikan restitusi, jika melampaui batas, dapat melaporkan kepada pengadilan paling lambat 30 (tiga puluh) hari pengadilan akan membuat penetapan untuk memerintahkan pembayaran restitusi tersebut.
4. Pasal 48-50 UU No. 13/2006 Jo UU No. 31/2014 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. Menyebutkan tentang bentuk: kehilangan kekayaan/penghasilan, penderitaan, biaya perawatan medis, psikologis,

kerugian lain yang diderita oleh korban, diajukan sebelum putusan karena akan dijatuhkan sekaligus dalam amar putusan, restitusi diberikan dalam 14 (empat belas) hari setelah putusan berkekuatan tetap dan dititipkan di Pengadilan Negeri, jika tidak memenuhi kewajiban restitusi, dapat melapor kepada pengadilan dan pengadilan membuat surat peringatan tertulis, jika diabaikan maka dapat memerintahkan Jaksa Penuntut Umum untuk menyita dan melelang barang, jika tidak mampu membayar diganti dengan kurungan maksimum 1 (satu) tahun.

5. Pasal 7A UU No. 21/2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang. Menyebutkan tentang restitusi yang diminta dalam bentuk: kehilangan penghasilan/kekayaan, penderitaan, perawatan medis/psikologis permohonan restitusi diajukan ke LPSK sebelum atau setelah putusan pengadilan sebelum putusan: dimasukkan dalam tuntutan, setelah putusan: mengajukan ke pengadilan untuk meminta penetapan.
6. Pasal 71 D UU No. 35/2014 tentang Perubahan atas UU Nomor 23/2002 tentang Perlindungan Anak. Menyebutkan tentang bentuk kehilangan kekayaan, penderitaan, perawatan medis dan psikologis, diajukan sebelum putusan: penyidikan atau penuntutan atau melalui LPSK.
7. Pasal 10 UU 11/2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak. Menyebutkan tentang bentuk: pengembalian kerugian, rehabilitasi medis dan psikologis dilakukan melalui diversi dan ditetapkan oleh pengadilan, jika tidak melaksanakan penetapan pengadilan maka proses SPPA akan dilaksanakan.

Jika diperhatikan beberapa ketentuan tersebut, diketahui bahwa peraturan tentang pidana restitusi seharusnya adalah seperti yang diamanatkan dalam UU No.21 tahun 2017 tentang PTPPO. Atas dasar hal tersebut, maka sebagai upaya untuk memenuhi keadilan dan terlaksananya penegakkan hukum, maka dalam penanganan kasus korban perdagangan orang terutama untuk pemenuhan pemberian restitusi maka diajukan rekomendasi untuk melakukan upaya paksa sita harta kekayaan yang diperoleh dari tindak pidana perdagangan orang.⁵¹

1. Upaya Paksa Pidana Restitusi Melalui Mediasi Penal

Selain melalui upaya paksa sita harta kekayaan hasil tindak pidana perdagangan orang, perlu dilakukan rekonstruksi Pidana Restitusi melalui Mediasi Penal. Hukum positif Indonesia mengenal asas bahwa perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan. Namun demikian, dalam hal-hal tertentu dimungkinkan adanya penyelesaian kasus di luar pengadilan. Dalam praktik penegakan hukum di Indonesia, beberapa kasus pidana dapat diselesaikan di luar pengadilan melalui diskresi penegak hukum, mekanisme perdamaian, lembaga adat dan lain sebagainya. Dalam perkembangan hukum pidana akan ditemukan konsekuensi logis bahwa dalam suatu peristiwa pidana yang terjadi dalam masyarakat akan ditemukan adanya suatu sifat privat. Sesuai eksistensinya, hukum pidana merupakan hukum publik yang memiliki tujuan melindungi kepentingan masyarakat dan negara dengan melakukan perimbangan yang selaras atas kejahatan yang terjadi. Perimbangan atas peristiwa pidana yang terjadi

⁵¹ *Rekonstruksi Pidana Restitusi dan Dana Kurungan Pengganti Dalam Tindak Pidana Perdagangan Orang*, Dr. Ika Dewi Sartika Saimima, S.H., M.H., M.M, 2020. hlm 25-27

terlihat dari regulasi pembuatan peraturan perundang-undangan yang merupakan kebijakan legislasi yang bersifat parsial ternyata sifat publik dari hukum pidana bergeser sifatnya memasuki ranah hukum privat yang dikenal sebagai mediasi penal.

Peraturan perundang-undangan Indonesia memang tidak mengatur tentang mediasi penal. Namun demikian upaya perdamaian melalui mediasi penal tersebut secara parsial diatur dalam suatu Kapolri Nomor POL: B/3022/XII/2009/SDEOPS tanggal 14 Desember 2009 tentang Penanganan Kasus Melalui *Alternative Dispute Resolution* (ADR) serta Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 7 tahun 2008 tentang Pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat dalam Penyelenggaraan Tugas Polri. Aturan Kapolri tersebut dibuat sebagai dasar untuk mengatur penanganan kasus pidana melalui ADR serta disepakati oleh para pihak. Mediasi tersebut dilakukan melalui prinsip musyawarah, mufakat, menghormati normal sosial/adat serta memenuhi asas keadilan.

Mediasi penal dikenal dengan istilah *mediation in criminal cases*, *mediation in penal matters*, *victim offenders mediation*, *offender victim arrangement*. Implikasi dari penyelesaian perkara di luar pengadilan tersebut memang tidak ada landasan formalnya, hingga lazimnya dalam suatu perkara dilakukan penyelesaian damai melalui mekanisme hukum adat, tapi tetap diselesaikan juga melalui proses pengadilan sesuai hukum positif yang berlaku. Salah satu eksistensi dari mediasi penal dalam

penyelesaian perkara perdata di bidang hukum pidana adalah dengan pemberian restitusi dalam proses peradilan pidana.

Mediasi penal dapat dikatakan sebagai perkembangan baru dalam hukum pidana. Perkembangan tersebut merupakan pembaharuan di bidang hukum pidana, di mana dimensi dari mediasi penal tersebut yang di capai bukan keadilan formal melalui subsistem peradilan pidana yang diatur dalam peraturan pidana yang bersifat legal formal. Secara filosofis, mediasi penal mengupayakan *win-win* solusi bagi para pihak, tersangka maupun korban. Mediasi penal dapat memberikan keadilan tertinggi bagi para pihak karena terjadi kesepakatan di antara tersangka dan korban kejahatan.

Dalam proses Sistem Peradilan Pidana mediasi penal menurut “*Explanatory Memorandum*” dari rekomendasi Dewan Eropa No. R. (99) 19 tentang *Mediation in Penal Matters* dapat dilakukan dalam langkah berikut.

1. *Model informal mediation* dilakukan dengan mengundang para pihak untuk dilakukan penyelesaian secara informal, mengupayakan kesepakatan antara pelaku dengan korban agar tidak melanjutkan proses penuntutan. Kasus pidana dari penuntutan atau peradilan pada prosedur masyarakat yang lebih fleksibel dan informal dalam melakukan negosiasi.
2. *Model victim offender mediation* dilakukan dengan cara semua pihak bertemu untuk membicarakan konflik kejahatan dan melibatkan

seorang mediator yang telah ditunjuk. Mediator dapat berasal dari pejabat formal, *mediator independent* atau bahkan kombinasi di antara keduanya. Mediasi dalam bentuk seperti ini dapat dilakukan pada tahap kebijakan Kepolisian, tahap penuntutan atau bahkan setelah pemidanaan.

3. *Model reparation negotiation programmes* dilakukan untuk menilai, menaksir jumlah kompensasi atau jumlah perbaikan yang harus dibayarkan oleh pelaku kepada korban. Program ini menjadi konsiliasi di antara para pihak yang berkaitan dengan perencanaan perbaikan materiel. Model mediasi seperti ini dapat dikenakan pada pelaku tindak pidana melalui program kerja agar pelaku dapat menyimpan uang untuk membayar ganti rugi kepada korban.
4. *Model traditional village or tribal moots*, model ini mengupayakan agar seluruh masyarakat di lingkungannya saling bertemu dan memecahkan konflik kejahatan di antara warganya. Model pertemuan suku (*tribal moots*) memberikan keuntungan bahwa bentuk hukum yang ada disesuaikan dengan struktur masyarakat modern dan hak-hak individu yang diakui menurut hukum.
5. *Model community panels of courts*, mediasi dilakukan secara fleksibel dan informal dengan cara mediasi dan negosiasi. Tujuan dari model ini adalah menghindari suatu kasus dari penuntutan atau peradilan.
6. *Model family and community group references*, model ini dikembangkan melalui partisipasi masyarakat dalam sistem peradilan

pidana yang melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku dan korban, warga masyarakat, penegak hukum.

RUU KUHP sebagai pembaharuan hukum pidana nasional mengupayakan agar pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarganya serta memberikan maaf dari korban maupun keluarganya menjadi dasar pertimbangan dalam pemidanaan (Pasal 56 ayat (1) huruf I, j dan k). Pemberian ganti kerugian yang layak sebagai bentuk perbaikan kerusakan yang dilakukan secara sukarela atas akibat yang ditimbulkan dari tindak pidana yang dilakukan menjadi faktor peringanan pidana (Pasal 139). Bahkan dimungkinkannya hakim memberi maaf/pengampunan (*“rechterlijk pardon”*) tanpa menjatuhkan pidana apapun terhadap terdakwa, sekalipun telah terbukti adanya tindak pidana dan kesalahan.

Dalam polarisasi dan mekanisme mediasi penal, jika hal tersebut sungguh-sungguh diinginkan oleh pelaku maupun korban serta untuk mencapai kepentingan yang lebih luas, maka mediasi merupakan upaya yang dapat dilakukan dalam penyelesaian perkara atas kejahatan yang dialami oleh korban perdagangan orang. Mediasi tersebut dilakukan sebagai bentuk keseriusan dari pelaku atas keadaan-keadaan yang dialami korban saat tindak pidana tersebut dilakukan serta keadaan lainnya yang timbul terjadinya tindak pidana itu. Mediasi dilakukan agar korban mendapatkan kompensasi sebagai bentuk ganti rugi atas penderitaannya terlebih dahulu tanpa menunggu proses persidangan

Dalam Pasal 82 KUHP disebutkan sebagai berikut:

Ayat (1) “Hak menuntut hukuman karena pelanggaran yang terancam hukuman utama tidak lain daripada denda, tiada berlaku lagi jika maksimum denda dibayar dengan kemauan sendiri dan demikian juga dibayar ongkos perkara, jika penuntutan telah dilakukan dengan izin amtenar yang ditunjuk dalam undang-undang umum, dalam tempo yang ditetapkannya”.

Ayat (2) “Jika perbuatan itu terancam selainnya denda juga rampasan, maka harus diserahkan juga benda yang patut dirampas itu atau dibayar harganya, yang ditaksir oleh amtenar yang tersebut dalam ayat pertama.

Berdasarkan Pasal 82 KUHP tersebut diatas, penyelesaian di luar pengadilan belum menggambarkan secara tegas adanya kemungkinan upaya penyelesaian perkara secara damai atau dilakukannya mediasi bagi pelaku dan korban. Namun demikian, masalah pemberian ganti rugi atau kompensasi dalam perkara pidana merupakan “sarana pengalihan/diversi” (*means of diversion*)” agar dapat dihentikannya penuntutan maupun penjatuhan pidana.

Model mediasi penal yang dapat digunakan dalam kasus tindak pidana perdagangan orang adalah kombinasi dari model *victim offender mediation* dan model *reparation negotiation programmes*. Sejak awal penyidikan diupayakan untuk menawarkan alternatif penyelesaian perkara pidana dengan cara perdamaian kepada para pihak. Meskipun bentuk mediasi tersebut tidak akan menghilangkan tuntutan atas pidana pokok dari pidana

perdagangan orang, namun para pihak tetap mengupayakan hal terbaik bagi pelaku maupun korban perdagangan orang.

Dalam penyelesaian perkara pidana perdagangan orang, proses mediasi tersebut dapat terus dilakukan berbarengan dengan proses dalam sistem peradilan pidana. Proses tersebut dilakukan secara bersamaan sebagai upaya bahwa mekanisme penyelesaian perkara di luar pengadilan dapat mencapai suatu penyelesaian yang memiliki kekuatan hukum. Kekhawatiran bahwa salah satu pihak menghindari kesepakatan tersebut menjadi mentah, maka kemungkinan bahwa perkara tersebut tetap berjalan sebelum jatuh tempo kadaluarsa atas penuntutannya.

Pihak pelaku dan pihak korban tindak pidana perdagangan orang dapat melakukan proses negosiasi sebelum dilakukan proses pemeriksaan di depan sidang pengadilan. Pada proses penyidikan tersebut, negosiasi dilakukan dengan cara menitikberatkan pada pembayaran kompensasi dari pelaku kepada korban. Konsep rekonsiliasi di antara pelaku dan korban mengupayakan adanya kesepakatan pembayaran ganti kerugian korban korban.

Upaya mediasi tersebut dilakukana agar para pihak baik pelaku maupun korban menyadari dan menghargai hasil yang diperoleh dari proses mediasi tersebut. Mediasi tersebut tetap berpegang pada prinsip kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan hukum. Prinsip bahwa mediasi dilakukan untuk mengakui kesalahan yang telah dilakukan oleh pelaku dan pemberian maaf dari korban sebagai pihak yang dirugikan

akibat terjadinya tindak pidana perdagangan orang dapat menjadi *win-win solution*.⁵²



⁵² *Ibid.* hlm 36-40