



PUTUSAN
Nomor 1/PUU-VIII/2010

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

[1.1] Yang memeriksa, mengadili dan memutus perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh:

[1.2] **1. Komisi Perlindungan Anak Indonesia**, berkedudukan di Jalan Teuku

Umar Nomor 10-12 Menteng, Jakarta Pusat, yang diwakili oleh:

Nama : **Drs. Hadi Supeno, M.Si**

Pekerjaan : Ketua Komisi Perlindungan Anak Indonesia;

Disebut sebagai ----- **Pemohon I;**

2. Yayasan Pusat Kajian dan Perlindungan Anak Medan, berkedudukan di Jalan Abdul Hakim Nomor 5A, Pasar Satu Setia Budi, Kelurahan Tanjung Sari, Kecamatan Medan Selayang, Kota Medan, yang diwakili oleh:

Nama : **Ahmad Sopian, S.H., M.A**

Pekerjaan : Ketua Yayasan Pusat Kajian dan Perlindungan Anak Medan;

Disebut sebagai ----- **Pemohon II;**

Berdasarkan Surat Kuasa Khusus Nomor 412 KPAI/XII/2009 bertanggal 23 November 2009 dan 25 November 2009 memberi kuasa kepada:
1. Muhammad Joni, S.H., M.H; 2. Indrawan, S.H., M.H; 3. Despi Yanti, S.H;
4. Ade Irfan Pulungan, S.H; 5. Ariffani Abdullah, S.H; 6. Azmiati Zuliah, S.H.
Kesemuanya adalah Advokat yang tergabung pada "Tim Litigasi Untuk Penghapusan Kriminalisasi Anak, Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI)" berkedudukan di Jalan Teuku Umar Nomor 10-12 Menteng, Jakarta,

bertindak untuk dan atas nama Pemberi Kuasa, baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama;

Selanjutnya disebut sebagai ----- **Para Pemohon;**

- [1.3] Membaca permohonan dari para Pemohon;
 Mendengar keterangan dari para Pemohon;
 Membaca keterangan tertulis Pemerintah;
 Membaca keterangan tertulis DPR;
 Membaca dan mendengar keterangan Ahli dari para Pemohon dan Pemerintah;
 Memeriksa bukti-bukti tertulis yang diajukan para Pemohon;
 Membaca kesimpulan tertulis dari Pemohon;

2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan dengan surat permohonan bertanggal 22 Desember 2009, yang kemudian diterima dan terdaftar di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 6 Januari 2010, dengan registrasi perkara Nomor 1/PUU-VIII/2010, yang telah diperbaiki dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 8 Februari 2010, yang pada pokoknya sebagai berikut:

I. Tentang Latar Belakang Pengajuan Permohonan

Anak adalah orientasi dan sekaligus motivasi bagi orangtua yang memancarkan energi kehidupan. Kahlil Gibran menamsilkan anak sebagai “sang busur” yang melesat melewati zamannya. Anak-anakmu bukan milikmu, mereka putra-putri kehidupan. Pemikiran arif tradisional dikenal pula butir bernas yang memberi tempat anak sebagai “*buah hati sibiran tulang*”. Begitu kuatnya dorongan dan orientasi orangtua kepada anak, seakan menjadi motifasi orangtua melakukan apa saja untuk anak. Beralasanlah jika untuk kepentingan anak, dilakukan dengan progresif atau yang dikenal dalam *International Covenant on Economic, Social and*

Cultural Rights (ICESCR) dengan istilah “*to achieving progressively the full realization*”.

Sudahkah orientasi kepada anak yang tumbuh subur di dalam lingkup domestik keluarga itu, tumbuh subur juga di luar rumah alias di masyarakat atau sektor publik? di sekolah? di jalanan? di pengadilan? di penjara (anak)? Dalam kehidupan berbangsa dan bernegara?. Sudahkah pemerintah sebagai “kepala keluarga” dan penanggung jawab atas nasib anak-anak Indonesia di sektor publik alias di dalam masyarakat bangsa dan negara, sudah sepenuhnya berorientasi kepada anak? Sudahkah kepentingan anak menjadi motivasi utama pemerintah dalam menjalankan pemerintahan?

Pemikiran kepentingan anak sebagai orientasi utama bangsa di dunia, dikumandangkan penulis ternama asal Swedia, Ellen Key dengan karyanya tentang pendidikan *Barnets århundrade* (volume I dan II, 1900), yang diterjemahkan menjadi *The Century of the Child* (1909). [http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/archive/publications/ThinkersPdf/kye.pdf]. Ellen Key menulis buku terlaris internasional *The Century of the Child* yang mengusung gagasan bahwa dunia anak-anak harus menjadi pekerjaan utama masyarakat selama abad kedua puluh. Meskipun ia tidak pernah berpikir bahwa "abad anak" akan menjadi kenyataan, pada kenyataannya hal itu jauh lebih resonansi daripada yang bisa ia bayangkan.

Karakteristik anak-anak yang sedang dalam pertumbuhan atau mengalami proses evolusi kapasitas (*evolving capacity*) selaku insan manusia (*human being*), tidak semestinya tumbuh sendiri atau dibiarkan tanpa perlindungan. Anak-anak membutuhkan orangtua/keluarga, masyarakat dan pemerintah serta negara selaku pembuat regulasi, pelaksana pemenuhan hak-hak anak dan pengemban kewajiban negara (*state obligation*).

Kesadaran nasional atau justifikasi konstitusional melindungi anak sebagai urusan utama dalam berbangsa dan bernegara, tertuang dalam Pasal 28 ayat (2) UUD 1945 secara eksplisit telah menegaskan hak-hak konstitusional anak yang berbunyi, “*Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, dan perlindungan dari berbagai bentuk kekerasan dan diskriminasi*”.

Oleh karena itu, Negara Republik Indonesia secara konstitusional telah eksplisit mengakui, menghormati dan melindungi hak-hak konstitusional anak yakni:

- a. hak atas kelangsungan hidup;
- b. hak atas tumbuh dan berkembang, dan;
- c. hak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi;

Pengakuan, penghormatan dan jaminan serta perlindungan hak-hak anak dimaksud merupakan realisasi dari kewajiban negara dan sekaligus pemenuhan hak-hak kewarganegaraan sebagai suatu “penganugerahan hak-hak sosial kepada rakyatnya” (*the granting of social rights*). Selain alasan-alasan yuridis konstitusional dimaksud, beberapa alasan perlindungan anak-anak diuraikan secara lebih teknis-praktis, yaitu:

Mengapa Anak Membutuhkan Perlindungan?

Menurut ketentuan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, anak mempunyai hak konstitusional yang wajib dijamin dan dilindungi serta dipenuhi. Sehingga, keberadaan anak bukan hanya sekadar subjek yang merupakan urusan privat atau urusan domestik atau keluarga, akan tetapi termasuk ke dalam urusan negara. Selain alasan itu, beberapa alasan subjektif dari sisi keberadaan anak sehingga anak membutuhkan perlindungan, yaitu:

- (1) Biaya untuk melakukan pemulihan (*recovery*) akibat dari kegagalan dalam memberikan perlindungan anak sangat tinggi. Jauh lebih tinggi dari biaya yang dikeluarkan jika anak-anak memperoleh perlindungan;
- (2) Anak-anak sangat berpengaruh langsung dan berjangka panjang atas perbuatan (*action*) ataupun tidak adanya/dilakukannya perbuatan (*unaction*) dari pemerintah ataupun kelompok lainnya;
- (3) Anak-anak selalu mengalami pemisahan atau kesenjangan dalam pemberian pelayanan publik;
- (4) Anak-anak tidak mempunyai hak suara, dan tidak mempunyai kekuatan lobi untuk mempengaruhi agenda kebijakan pemerintah;
- (5) Anak-anak pada banyak keadaan tidak dapat mengakses perlindungan dan pentaatan hak-hak anak;
- (6) Anak-anak lebih beresiko dalam eksploitasi dan penyalahgunaan;

[Peter Newel, “Taking Children Seriously - A Proposal for Children’s Rights Commissioner”, Calouste Gulbenkian Foundation, London, halaman 1].

Secara psikologis, ”anak” bukan ”orang dewasa dalam ukuran mini” melainkan ”anak” merupakan subjek yang masih rawan dalam tahap perkembangan kapasitas (*evolving capacities*), yang sangat erat kaitannya dengan kausalitas antara pemenuhan dan perlindungan atas hak hidup dan hak kelangsungan hidupnya, hak atas tumbuh dan berkembang anak serta hak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Sehingga dalam pemahaman juridis konstitusional, hak-hak anak tersebut tidak terpisah-pisahkan antara satu dengan yang lainnya, yakni antara hak hidup dan hak kelangsungan hidupnya, hak atas tumbuh dan berkembang anak serta hak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Dalam keadaan konkret, misalnya gangguan tumbuh dan berkembang anak yang terpenjara akibat putusan pidana, maka terjadilah kerugian konstitusional anak untuk kelangsungan hidup dan hak tumbuh dan berkembang anak, walaupun sah menurut hukum formil.

Perlu ditegaskan bahwasanya hak hidup (*rights to life*) tidak dapat dilepaskan dengan hak kelangsungan hidup (*right to survival*), dan hak tumbuh dan berkembang (*rights to development*). Apalagi terhadap anak yang masih dalam masa pertumbuhan dan perkembangan, di mana setiap pencideraan, perusakan, atau pengurangan atas hak kelangsungan hidup anak akan berakibat serius dan fatal bagi hak hidup anak.

Berdasarkan Konvensi PBB tentang Hak Anak [*United Nation’s Convention on the Rights of the Child* (CRC)/Konvensi Hak Anak (KHA)], secara konseptual tidak memisahkan antara hak hidup dengan hak kelangsungan hidup anak dan hak tumbuh dan berkembang anak yang dirumuskan dalam satu pasal dan ayat yang bersamaan. Bahkan, pengakuan atas hak hidup anak tersebut dipertegas dengan pengakuan hak atas kelangsungan hidup (*rights to survival*) dan hak atas tumbuh kembang (*rights to development*).

Lebih dari itu, terhadap integrasi antara hak hidup anak, hak kelangsungan hidup anak dan hak tumbuh dan kembang anak tersebut, negara menjamin (*shall ensure*)

dengan segala upaya maksimal yang mungkin dilakukan negara (*the maximum extent possible the survival and development*), sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 6 ayat (1) dan ayat (2) CRC yang berbunyi sebagai berikut:

- (1) *“State Parties recognize that every child has the inherent right to life.*
- (2) *State Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development”.*

Berdasarkan ketentuan di atas maka hak hidup anak, hak kelangsungan hidup anak dan hak tumbuh dan kembang anak merupakan hak asasi anak sebagai warga dunia dan hak konstitusional anak sebagai warganegara Indonesia yang dijamin Pasal 28B ayat (2) UUD 1945.

Pemenuhan hak konstitusional anak itu [Pasal 28B ayat (2)] terganggu dan terlanggar dengan kriminalisasi anak dalam usia terlalu dini, ataupun menempatkan anak negara (yang bukan anak pidana) dengan perlakuan yang sama seperti anak pidana di dalam lembaga pemasyarakatan anak.

Angka kejahatan seperti pencurian yang dilakukan oleh anak di Indonesia setiap tahun berjumlah lebih dari 4.000 anak. Sembilan dari sepuluh anak-anak ini akhirnya menginap di hotel prodeo (penjara atau rumah tahanan) karena pada umumnya anak-anak ini tidak mendapat dukungan dari pengacara maupun pemerintah, dalam hal ini dinas sosial.

[Steven Allen (2003). Kata Pengantar dalam Purnianti et.al. Analisa Situasi Sistem Peradilan Pidana Anak (*Juvinile Justice System*) di Indonesia. Indonesia: UNICEF, halaman 1].

Tercatat dalam statistik kriminal Polri pada tahun 2.000 terdapat sekitar 11.344 anak yang menjadi tersangka pelaku tindak pidana. Pada bulan Januari hingga Mei 2002 ditemukan 4.325 tahanan anak di rumah tahanan atau lembaga pemasyarakatan di seluruh Indonesia. Ironisnya, sebagian besar (84,2%) anak-anak ini ditempatkan pada tahanan atau penjara orang-orang dewasa. Jumlah anak-anak yang ditahan tersebut tidak termasuk anak-anak yang sedang berada dalam tahanan kepolisian (Polsek, Polres, Polda dan Mabes).

Berdasarkan data Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, pada tahun 2001 tercatat sejumlah 3.084 anak yang berkonflik dengan hukum (973 berstatus

tahanan dan 2.116 berstatus sebagai anak didik pemasyarakatan). Pada tahun 2002 terjadi peningkatan anak yang berkonflik dengan hukum, yaitu sebanyak 3.772 orang (1.002 berstatus tahanan dan 2.770 berstatus sebagai anak didik pemasyarakatan). Sedangkan sampai bulan Mei 2003 terdapat sebesar 3.004 anak yang berkonflik dengan hukum. (Data Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan HAM, Mei 2003).

Keadaan ini menjadi relevan dan memiliki kausalitas bahwa kriminalisasi anak mengakibatkan pelanggaran hak konstitusional anak dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Padahal disadari betul adanya kerugian dan dampak buruk penahanan anak bersama orang dewasa, sebagaimana ditegaskan dalam KHA (artikel 37.c.) dan *The Beijing Rules* (butir 13.4).

Berbagai bentuk kekerasan yang dialami anak, seperti halnya kasus peradilan 10 anak-anak yang dituduh bermain judi di kawasan Bandar Udara Soekarno-Hatta, yang justru sempat ditahan dalam masa 29 hari (masa yang panjang). Setelah sepuluh anak disergap polisi lantas dibawa ke Mapolres, dan dibariskan. *"Baju mereka disuruh dilepas. Selama sekitar setengah jam, mereka dijemur di tengah teriknya matahari. Kepalanya disuruh mendongak ke atas. Keringat berkucuran. Usai "penghukuman" itu, mereka menginap di tahanan Mapolres Metro BSH".* (Majalah Forum Keadilan, Nomor 14, 26 Juli 2009, halaman 13), Bukti P-7;

Mereka yang disidang masih duduk di bangku SD dan SMP. Kesepuluh anak itu adalah R. 11 tahun, S. 12 tahun, T. 12 tahun, AG. 12 tahun, D. 12 tahun, B. 13 tahun, AR. 14 tahun, Aroh. 14 tahun, Ir. 14 tahun, M. 14 tahun. Kesepuluh anak sekolah yang bekerja di kawasan Bandara Soekarno-Hatta menjadi penyemir sepatu untuk membantu ekonomi keluarganya karena berasal dari keluarga miskin itu, anehnya, secara tidak adil justru dijerat kasus perjudian (Pasal 303 KUHP) setelah dibekuk oleh Polisi Sektor Bandara sedang bermain judi di kawasan Bandara Soekarno-Hatta, Tangerang, Banten pada bulan Juni 2009.

Padahal sebagian dari 10 anak tersebut belum berusia di atas 12 tahun yang menurut Undang-Undang Pengadilan Anak tidak dapat dijatuhi pidana. Namun, bagaimana logika hukumnya sehingga anak-anak itu dikenakan upaya paksa penahanan dalam masa 29 hari?

Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) mengecam persidangan 10 anak di bawah umur yang disangka melakukan perjudian. Ketua KPAI Hadi Supeno menilai, tidak seharusnya anak-anak itu disidangkan. Menurut Undang-Undang Perlindungan Anak, langkah pemidanaan merupakan upaya terakhir untuk menyelesaikan kasus anak yang melakukan tindak pidana. Pasal 16 Undang-Undang Perlindungan Anak yang menyatakan penindakan hanya dilakukan sebagai upaya terakhir, apalagi anak-anak itu tidak merugikan orang lain. KPAI mendesak, pengadilan dan proses hukum terhadap bocah-bocah tersebut harus dihentikan. Penyidik mengenakan Pasal 303 tentang perjudian pada ke-10 anak itu. Padahal, ada sebuah unsur yang tidak ditemukan pada tindakan bocah tersebut. Pasal itu menyebutkan, perjudian yang dilakukan digunakan untuk mata pencaharian. (harian Kompas, "KPAI: Hentikan Pengadilan atas 10 Bocah" dikutip dari <http://www.kompas.com/read/xml/2009/07/16/12340128/kpai.hentikan.pengadilan.at.as.10.bocah>), Bukti P-8.

Sebelumnya, Rj (8 tahun) mengalami proses peradilan dalam usia dini. Bahkan sempat dikeluarkan surat penahanan kepada anak kecil itu. Rj didakwa atas perbuatan penganiayaan karena berkelahi dengan Ar alias E. Kasus Rj ini menjadi bukti terlanggarnya hak konstitusional anak sebagai akibat dari batas usia tanggung jawab pidana anak (*the age of criminal responsibility*) yang terlalu rendah dan tidak adil, sehingga menjadi alasan kriminalisasi anak.

Bukan cuma itu, dengan kecenderungan membawa anak ke mesin peradilan pidana anak (Paulus Hadisuprpto, "Peradilan Restoratif: Model Peradilan Anak Indonesia Masa Datang", Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 18 Februari 2006, halaman 23), maka anak-anak akan selalu menjadi target kriminalisasi. Padahal penahanan, pemidanaan, merupakan upaya terakhir (*ultimum remidium*). Sehingga tidak sepatutnya dibawa ke pengadilan apabila tidak perlu. Di samping itu, tidak luput juga banyak kasus yang dilaporkan ke Polisi namun tidak diproses menuju sidang anak, atau menjadi perkara yang hilang alias "*dark number*".

Dengan demikian secara kua normatif, adanya kriminalisasi terhadap anak yang karenanya melanggar hak anak atas tumbuh dan kembang, dan hak anak atas

perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi karena adanya kriminalisasi anak dan pemenjaraan anak melanggar hak konstitusional anak dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945.

Secara normatif adanya kriminalisasi anak merupakan perbuatan melanggar hak konstitusional atas perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan sama di hadapan hukum. Padahal berdasarkan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menegaskan bahwa, "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*".

Atas dasar itu, maka para hakim didorong untuk menggali rasa keadilan substantif (*substantive justice*) di masyarakat daripada terbelenggu ketentuan undang-undang (*procedural justice*), sebagaimana dikemukakan Moh. Mahfud MD, Guru Besar Hukum Tata Negara pada Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta; [Moh. Mahfud MD, "Penegakan Keadilan di Pengadilan", Opini di harian *Kompas*, 22 Desember 2008, halaman 6].

Disinilah urgensi Permohonan uji materil Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak ("UU Pengadilan Anak") [*vide* Bukti P-5] ini untuk mencari memperoleh perlindungan hukum dan kepastian hukum yang adil bagi anak-anak yang masih menjadi sasaran "mesin peradilan pidana" guna menghentikan kriminilisasi anak;

II. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dan *Legal Standing* Para Pemohon

A. Tentang Kewenangan Mahkamah Konstitusi

1. Bahwa para Pemohon memohon agar sudilah kiranya Mahkamah Konstitusi ("Mahkamah") menerima permohonan dan menetapkan persidangan yang memeriksa, mengadili dan melakukan persidangan permohonan pengujian materil ketentuan Undang-Undang Pengadilan Anak yakni:

1.1. Pasal 1 angka 2 huruf b sepanjang mengenai frasa "*...maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*";

1.2. Pasal 4 ayat (1) yang berbunyi, "*Batas umur Anak Nakal yang dapat diajukan ke Sidang Anak adalah sekurang-kurang 8 (delapan) tahun*

tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin", yakni sepanjang frasa "*sekurang-kurang 8 (delapan) tahun*";

- 1.3. Pasal 5 ayat (1) yang berbunyi, "*Dalam hal anak belum mencapai umur 8 (delapan) tahun melakukan atau diduga melakukan tindak pidana, maka terhadap anak tersebut dapat dilakukan pemeriksaan oleh penyidik*"; yakni sepanjang frasa, "*belum mencapai umur 8 (delapan) tahun*".
- 1.4. Pasal 22 yang berbunyi, "*Terhadap Anak Nakal hanya dapat dijatuhkan pidana atau tindakan yang ditentukan dalam undang-undang ini*", sepanjang frasa "*pidana atau*";
- 1.5. Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang frasa "*pidana penjara*";
- 1.6. Pasal 31 ayat (1) yang berbunyi, "*Anak Nakal yang oleh Hakim diputus untuk diserahkan kepada negara, ditempatkan di Lembaga Pemasyarakatan Anak sebagai Anak Negara*", yakni sepanjang frasa frasa "*di Lembaga Pemasyarakatan Anak*".

terhadap UUD 1945, Pasal 28B, Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945. [*vide* Bukti P-6]

2. Bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 *juncto* Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi ("UU MK"), menyatakan bahwa:

"Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir, yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang diberikan oleh Undang-undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum";
3. Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung dan badan peradilan yang ada di bawahnya termasuk Mahkamah Konstitusi;

4. Bahwa Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi; *“Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”*;
5. Bahwa Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, *“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”*;
6. Bahwa Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, *“..., hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”*;
7. Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mengatur bahwa secara hierarkhis kedudukan UUD 1945 lebih tinggi dari Undang-Undang, oleh karenanya setiap ketentuan Undang-Undang tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945. Dengan demikian, jika terdapat ketentuan dalam Undang-Undang yang bertentangan dengan UUD 1945 maka ketentuan tersebut dapat dimohonkan untuk diuji melalui mekanisme Pengujian Undang-Undang;
8. Bahwa, berdasarkan dalil-dalil tersebut di atas, Mahkamah Konstitusi berwenang untuk memeriksa dan mengadili permohonan pengujian Undang-Undang Pengadilan Anak sebagaimana dimaksud dalam angka 1 di atas, terhadap Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945.

B. Tentang Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Dan Kepentingan Konstitusional Para Pemohon

1. Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK menyebutkan bahwa:
Pemohon adalah pihak yang menganggap hakdan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:
 - a. perorangan warga negara Indonesia;

- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
 - c. badan hukum publik atau privat; atau
 - d. lembaga negara;
2. Bahwa berdasarkan Penjelasan Pasal 51 ayat (1) UU MK antara lain menyebutkan bahwasanya yang dimaksud dengan "hak konstitusional" adalah *hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*;
 3. Bahwa Penjelasan Pasal 51 ayat (1) UU MK tidak mengatur mengenai kewenangan konstitusional. Namun dengan menganalogikannya dengan definisi hak konstitusional maka dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud dengan kewenangan hak konstitusional adalah kewenangan hak yang diatur dalam UUD 1945;
 4. Bahwa berdasarkan ketentuan di atas, maka terdapat 2 (dua) syarat yang harus dipenuhi untuk menguji apakah Pemohon memiliki *legal standing* dalam perkara pengujian undang-undang, yakni terdiri dari syarat -syarat sebagai berikut:
 - a. Memenuhi kualifikasi untuk bertindak sebagai Pemohon sebagaimana diuraikan dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK;
 - b. Bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon tersebut dirugikan dengan berlakunya suatu ketentuan undang-undang;
 - c. Bahwa, untuk selanjutnya pembahasan secara terperinci mengenai legal standing masing-masing Pemohon akan diuraikan di bawah ini.

B.1. Legal Standing Pemohon I

1. Bahwa Pemohon I adalah suatu badan hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia berdasarkan amanat Pasal 74 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak ("UU Perlindungan Anak") *juncto* Keputusan Presiden Nomor 77 Tahun 2003 ("Keppres Nomor 77/2003") yang beralamat dan berkedudukan hukum di Jalan Teuku Umar Nomor 10-

- 12, Menteng, Jakarta Pusat; dalam hal ini diwakili oleh pengurusnya yakni Drs. Hadi Supeno, M.Si selaku ketua, yang bertindak untuk dan atas nama Komisi Perlindungan Anak Indonesia (*vide* Bukti P-1 dan *vide* Bukti P-2);
2. Bahwa berdasarkan Pasal 74 Undang-Undang Perlindungan Anak yang berbunyi, *“Dalam rangka meningkatkan efektifitas penyelenggaraan perlindungan anak, dengan undang-undang ini dibentuk Komisi Perlindungan Anak Indonesia yang bersifat independen”* (*vide* Bukti P-1);
 3. Bahwa Pemohon I sebagai Lembaga Negara memiliki tugas yang tertera dalam Pasal 76 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yaitu: (a) melakukan sosialisasi seluruh ketentuan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perlindungan anak, mengumpulkan data dan informasi, menerima pengaduan lakukan penelaahan, pemantauan, evaluasi, dan pengawasan terhadap penyelenggaraan perlindungan anak; (b) memberikan masukan, dan pertimbangan kepada Presiden dalam perlindungan anak (Bukti P-1.A);
 4. Bahwa Pemohon I semenjak didirikan sampai dengan saat ini secara aktif dan terus menerus melakukan kegiatan dalam bidang perlindungan anak, termasuk advokasi, layanan anak dan pengaduan perkara perlindungan anak serta melakukan kegiatan-kegiatan lainnya dalam bidang advokasi kebijakan dan peraturan perundang-undangan (Bukti P-9);
 5. Bahwa Pemohon I bukan saja menjalankan kegiatannya secara sepihak bahkan dalam menjalankan kegiatan, program dan misi serta tugasnya sebagaimana diamanatkan UU Perlindungan Anak bersama-sama jaringan dan KPAI Daerah yang sudah terbentuk di beberapa provinsi Indonesia dan beberapa kabupaten/kota pada berbagai provinsi di Indonesia. Sehingga kegiatan, program dan misi perlindungan anak dapat berjalan bersama antara Pemohon I dan Komisi Perlindungan Anak Indonesia Daerah (KPAID) seluruh Indonesia;

6. Bahwa lebih dari itu, Pemohon I semenjak berdirinya sampai dengan saat ini melakukan kegiatan dalam bidang perlindungan anak yang membutuhkan perhatian khusus termasuk melakukan kegiatan dalam:
 - a. Saksi dalam pengujian UU Perfiman;
 - b. Pihak Terkait dalam pengujian UU Pornografi;Dengan demikian Pemohon I terbukti secara konkret, terus menerus dan sesuai dengan mandat organisasi melakukan upaya perlindungan anak dan hak-hak anak dengan berbagai dimensi dan bentuk kegiatannya. Sehingga Pemohon I memiliki kepentingan untuk melakukan advokasi kepentingan umum yakni kepentingan anak yang diemban demi menjamin adanya dan terlaksananya kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*) yang merupakan prinsip umum hak-hak anak;
7. Bahwa Pemohon I sebagai organisasi independen yang melakukan advokasi perlindungan anak dan hak-hak anak mempunyai kepentingan konstitusional dan bahkan mempunyai kerugian konstitusional dengan diberlakukannya kriminalisasi anak dalam beberapa tafsir pasal-pasal di Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak ("UU Pengadilan Anak"), *vide* Bukti P-5 yang dimohonkan untuk dilakukan uji materiil kepada Mahkamah Konstitusi;
8. Bahwa dengan demikian Pemohon I memiliki kewenangan konstitusional sebagaimana diatur dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;

B.2. Legal Standing Pemohon II

1. Bahwa Pemohon II adalah sebagai lembaga non pemerintah yang memiliki kepentingan dan pemihakan terhadap perlindungan hak anak khususnya di kawasan/daerah Provinsi Sumatera Utara;
2. Bahwa Pemohon II sudah secara nyata dan faktual dalam jangka waktu yang panjang menjalankan kegiatan perlindungan hak-hak anak khususnya di kawasan/daerah Provinsi Sumatera Utara seperti penanganan kasus-

kasus kekerasan terhadap anak dan upaya pemenuhan hak anak lainnya dalam perlindungan anak, dengan berbagai kegiatan termasuk diantaranya perlindungan anak berkonflik dengan hukum dalam kasus anak yakni Rj, (Bukti P-10).

3. Bahwa Pemohon II melakukan kegiatan perlindungan anak secara *de facto* merupakan upaya melindungi kepentingan publik khususnya anak;
4. Bahwa secara formal dalam anggaran dasar Pemohon II secara jelas dan tegas disebutkan maksud dan tujuan serta upaya yang tertera dalam akte pendirian Pemohon II yakni dalam Pasal 3 angka 1 yang berbunyi "*memberikan perlindungan terhadap anak dan perempuan dan terhadap setiap orang atau lembaga yang melakukan pelanggaran terhadap hak anak*", (Bukti P-3.A).
5. Bahwa berdasarkan yurisprudensi Mahkamah Konstitusi, lembaga non pemerintah yang menjalankan kegiatan serta misi untuk kepentingan umum termasuk menjalankan advokasi kepentingan publik (*public interest advocacy*) diakui mempunyai *legal standing* sebagai Pemohon dalam pengujian materiil Undang-Undang terhadap UUD 1945;

Untuk itu perkenankan Pemohon II mengemukakan bahan berikut ini:

"Dalam perkara Nomor 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Migas, Pemohon merupakan perkumpulan lembaga swadaya masyarakat yang dalam anggaran dasarnya dikatakan melakukan kegiatan perlindungan dan advokasi kepentingan umum. Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa terlepas dari terbukti tidaknya kedudukan hukum para Pemohon sebagai badan hukum atau tidak, namun berdasarkan anggaran dasar masing-masing perkumpulan yang mengajukan permohonan pengujian UU a quo ternyata bahwa tujuan perkumpulan tersebut adalah untuk memperjuangkan kepentingan umum (public interest advocacy) yang di dalamnya tercakup substansi dalam permohonan a quo. Karenanya Mahkamah Konstitusi berpendapat, para Pemohon (LSM) tersebut memiliki legal standing. Sesungguhnya pemberian legal standing terhadap public interest advocacy (LSM) seperti ini telah mengadopsi legal standing LSM

lingkungan dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997, sepanjang telah dimuat anggaran dasar dan telah dilakukan kegiatan membela kepentingan lingkungan. Tampaknya dengan sikap Mahkamah Konstitusi dalam beberapa putusan tersebut, telah terjadi perluasan legal standing dan kerugian konstitusional yang dialami sebagai syarat memperoleh pengakuan legal standing demikian. Tetapi pemberian legal standing terhadap LSM yang bergerak di bidang public interest advocacy tersebut merupakan kemajuan yang cukup jauh terutama dalam pengujian undang-undang yang sarat dengan perlindungan kepentingan umum dan hak asasi manusia, standing Pemohon harus diperkenankan secara luas”;

Sebagaimana pendapat Maruarar Siahaan, dalam bukunya yang berjudul “*Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*”, Penerbit Konstitusi Press, Jakarta, 2005, halaman 91-92. (Bukti P-11);

II. Alasan-Alasan Permohonan

A. Dalil-dalil bahwa Undang-Undang Pengadilan Anak [Pasal 1 butir (2) huruf b] 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) UUD 1945;

1. Bahwa ketentuan Pasal 1 butir (2) Undang-Undang Pengadilan Anak berbunyi sebagai berikut:

“Anak Nakal adalah:

a) anak yang melakukan tindak pidana; atau

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”.

2. Bahwa ketentuan Pasal 1 butir (2) huruf b Undang-Undang Pengadilan Anak yang berbunyi, *“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”, menjadi hukum positif yang mengakibatkan anak dikualifikasi sebagai anak nakal apabila melakukan perbuatan yang dikualifikasi sebagai:

- (a) Perbuatan tertentu, “*yang dinyatakan terlarang bagi anak, baik menurut peraturan perundang-undangan*”;
- (b) Perbuatan yang, “*menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*”.

3. Bahwa ketentuan tersebut menjadi dasar kriminalisasi anak, selain melakukan perbuatan terlarang karena perbuatan tersebut dilarang “*menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*”.

Jadi tidak hanya atas perbuatan yang merupakan tindak pidana (Pasal 1 butir 2 huruf a Undang-Undang Pengadilan Anak), dan perbuatan yang terlarang menurut peraturan perundang-undangan [Pasal 1 butir (2) huruf a Undang-Undang Pengadilan Anak];

4. Bahwa ketentuan di atas merupakan alasan mengapa anak nakal diajukan ke proses peradilan pidana, karena anak nakal termasuk dalam hal ini perbuatan yang “*menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*”, dapat dibawa ke proses peradilan pidana, padahal anak tersebut tidak dikualifikasi melakukan perbuatan pidana. Disinilah kausalitas dan dasar kriminalisasi anak yang melakukan perbuatan bukan perbuatan pidana;
5. Bahwa sesuai teori hukum, dalam hal mengenakan hukuman pidana kepada orang (subjek hukum) hanya dapat dijatuhkan kepada orang apabila sudah ditetapkan lebih dulu dalam Undang-Undang, yang dalam hukum pidana dikenal dengan asas legalitas. Asas legalitas ini (sesuai doktrin, salah satunya hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut) dijamin dalam Pasal 28I UUD 1945;
6. Bahwa asas legalitas dianut dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, sehingga seorang tidak dapat dihukum apabila tidak ditetapkan terlarang menurut undang-undang. Oleh karena itu tidak dapat dijatuhi pidana apabila bukan merupakan tindak pidana (*strafbaar feit*) yang diatur secara tertulis dan disahkan lebih

dahulu sebelum adanya perbuatan yang dilarang. Relevan dengan itu, pakar hukum pidana Hamel (1927) dan Noyon-Langemeyer, menyatakan bahwa *straf baar feit* sebagai kelakuan orang yang dirumuskan dalam Undang-Undang, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidanakan dengan kesalahan;

[Martiman Prodjohamidjojo, “Memahami Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia 2”, Pradnya Paramita, Jakarta, 1996, halaman 15] [Bukti P-12].

7. Bahwa asas legalitas adalah asas universal dalam hukum pidana yang menjadi dasar hukum dibenarkannya penjatuhan hukuman pidana atau kriminalisasi pada orang termasuk anak;
8. Bahwa asas legalitas adalah bagian dari sistem hukum yang dibangun dari sejumlah asas-asas hukum (*legal principles*) yang melahirkan sejumlah norma hukum (*legal norms*), dan norma hukum-lah yang melahirkan aturan-aturan hukum (*legal rules*), baik yang tertulis (peraturan) maupun tidak tertulis. Namun, dalam perkara pidana, yang dijadikan dasar menuntut seorang dan menjatuhkan pidana seseorang hanyalah peraturan hukum (aturan hukum yang tertulis). Hal ini dinamakan sebagai “asas legalitas”.
9. Bahwa asas legalitas merupakan salah satu asas hukum pidana yang sifatnya universal, yang artinya digunakan di seluruh sistem hukum di dunia modern. Di Indonesia, asas legalitas secara tegas ditentukan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yaitu:

“Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada”..

Dari pasal tersebut, jurisprudensi dan doktrin (keduanya merupakan sumber hukum) menegaskan bahwa unsur dari asas legalitas itu ada empat, yaitu:

- (i) ***Lex scripta***, yang artinya harus dituangkan secara tertulis dalam suatu perundang-undangan. Contohnya, perbuatan mencuri dapat dipidana, karena tegas ancaman pidananya tertuang dalam Pasal 362 KUHP;
- (ii) ***Lex certa***, artinya perbuatan pidana yang dimaksud harus diuraikan unsur-unsurnya oleh undang-undang secara jelas dan lengkap.

- (iii) **Non retroaktif**, artinya seseorang hanya boleh dipidana, jika perbuatan yang dilakukannya itu memang sebelumnya telah diancamkan pidana dalam perundang-undangan, sebelum perbuatan tersebut dilakukan.
- (iv) **Dilarang menggunakan konstruksi, termasuk analogi** (memperluas atau mempersempit berlakunya suatu peraturan).
10. Bahwa pencantuman asas legalitas dan non-retroaktif, untuk menjamin kepastian hukum bagi warga negara, diatur dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang tidak memberikan peluang melakukan penyimpangan asas legalitas termasuk prinsip non-retroaktif sebagai salah satu unsurnya. Hak konstitusional ini sudah jelas ditegaskan dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan “..., hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”.
11. Bahwa ketentuan Pasal 1 butir (2) huruf b Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang frasa “*menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*” telah menyimpang ataupun melampaui asas legalitas dalam hukum pidana [Pasal ayat (1) KUHP] yang dikenal dengan asas ‘*Nullum delictum nulla poenasine previa lege poenali*’ dan karenanya bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1), Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Maka beralasan jika asas legalitas ini tetap dipertahankan dalam KUHP dan sampai saat ini tetap diterapkan baik dalam teori hukum pidana maupun dalam hukum pidana positif;
12. Bahwa dengan demikian jelaslah ketentuan Pasal 1 butir (2) huruf b sepanjang frasa “*menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*” telah bertentangan dengan asas legalitas dalam hukum pidana positif yang berarti menormakan kriminalisasi anak, karena membuat norma yang mengakibatkan anak-anak dapat diajukan ke sidang anak yang selanjutnya dapat dijatuhi pidana. Oleh karena, frasa “*menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*” bertentangan dengan asas legalitas dalam

hukum pidana yang mengandung unsur *Lex scripta, Lex certa, non-retroaktif*, dan dilarang menggunakan konstruksi, termasuk analogi;

13. Bahwa hukum pidana dan perumusan perbuatan pidana hanya bersumber pada Undang-Undang yang disahkan lebih dahulu, yang disebut dengan asas legalitas. Artinya pemidanaan harus berdasarkan undang-undang (*lege*), yaitu bukan saja tertulis dalam bentuk Undang-Undang, akan tetapi juga produk perundang-undangan lainnya. Hal ini berarti akan terdapat kepastian hukum bagi setiap pencari keadilan.

[E.Y. Kanter, S.H., dan S.R. Sianturi, S.H., "Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya", Stora Grafika, Jakarta, 2002 halaman 74].

[Bukti P-13];

14. Bahwa walaupun penyimpangan terhadap asas legalitas untuk kejahatan terhadap warga kolektif, atau kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*), seperti dalam *Nurrenburg Trials* yang mengadili penjahat kemanusiaan nazi, akan tetapi terhadap kejahatan individu, penerapan asas legalitas masih berlangsung dalam hukum pidana positif. Menurut Mr. Drs. E. Utrecht, justru konsisten menganjurkan asas legalitas itu tetap dipertahankan terhadap delik individu;

[Mr. Drs. E. Utrecht, "Hukum Pidana I", Pustaka Tinta Mas, Surabaya", 1999, halaman 197] [Bukti P-14];

15. Bahwa menurut Prof. Dr. Loebby Loqman, S.H. M.H, prinsip "*Legality*" merupakan karakteristik yang *essentieel*, baik ia dikemukakan oleh "*Rule of Law*" – konsep, maupun oleh faham "*Rechstaat*" dahulu, maupun oleh konsep "*Socialist Legality*". Demikian misalnya larangan berlakunya hukum pidana secara *retroaktif* atau *retrospective*, larangan analogi, berlakunya asas "*nullum delictum*" dalam hukum pidana, kesemuanya itu merupakan suatu refleksi dari prinsip "*Legality*". [Bukti P-15];

16. Bahwa mazhab klasik sekalipun, sebagaimana dikemukakan Cesare Beccaria Bonesana, yang pada tahun 1764 menerbitkan buku berjudul, "*Dei delitti e delle pene*", yang berarti tentang kejahatan dan pidana, yang dicetak berpuluh-puluh kali, disusul terjemahan ke dalam bahasa asing,

mengemukakan bahwa "prinsip terpenting ialah bahwa pidana harus ditentukan sebelumnya oleh undang-undang .."

[Mr.J.M.van Bemmelem, "Hukum Pidana 2 Hukum Penitentier", Binacipta, Bandung, 1986, halaman 2], [Bukti P-16]

17. Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 1 butir (2) huruf b Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang frasa "*menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*" bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D, dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, oleh karena:

- a. Ketentuan dimaksud bertentangan dengan hak konstitusional anak yakni hak tumbuh dan berkembang oleh karena mengakibatkan anak dapat dijatuhi hukuman pidana penjara, sehingga terganggunya perkembangan anak, tercerabutnya hak pendidikan, hak berkumpul dengan keluarga dan hak tumbuh kembang anak lainnya;
- b. Ketentuan dimaksud bertentangan dengan hak konstitusional anak atas perlindungan anak dari kekerasan oleh karena secara faktual maupun rasional anak-anak yang dijatuhi pidana dalam penjara atau anak dalam yang ditahan dalam banyak kasus dan keadaan terbukti mengalami kekerasan baik fisik maupun psikis;
- c. Ketentuan dimaksud bertentangan dengan hak konstitusional anak atas perlindungan anak dari diskriminasi oleh karena secara faktual maupun rasional anak-anak yang dikriminalisasi dan selanjutnya dijatuhi pidana dalam penjara atau anak berarti mengalami diskriminasi hukum, padahal semestinya anak tidak dijatuhkan pidana karena melakukan perbuatan yang "*menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*";
- d. Ketentuan dimaksud selain melanggar hak konstitusional dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, juga melanggar hak konstitusional warga negara termasuk anak, yakni hak atas kepastian hukum yang adil sebagaimana dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi sebagai berikut:

"Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum";

- e. Ketentuan dimaksud bertentangan dengan hak konstitusional warga negara termasuk anak yakni hak atas tidak dijatuhi pidana atas perbuatan yang tidak merupakan tindak pidana, dan perbuatan melanggar peraturan perundang-undangan, sesuai asas legalitas;

Hak asasi anak sebagai hak asasi manusia (HAM), secara eksplisit sebagai hak konstitusional, yang dalam pandangan konstitusi bukan saja wujud harmonisasi dan akomodasi pandangan dan instrumen HAM sebagai isu global, namun pengakuan HAM dalam konstitusi merupakan syarat negara hukum.

18. Bahwa ketentuan Undang-Undang Pengadilan Anak Pasal 1 butir (2) huruf b sepanjang frasa *"Menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan"* telah menyimpang dari asas legalitas yang dianut dalam hukum pidana positif berarti menormakan kriminalisasi anak, karena:

- (a) Mengacaukan antara tindak pidana dengan kenakalan anak. Undang-Undang Pengadilan Anak (Pasal 1 butir 2 huruf b) gagal membedakan atau memberikan batasan yang konsisten mana tindak pidana (*strafbaar*) yang dilarang dalam Undang-Undang (dan karenanya dapat diancamkan pidana), dengan mana yang hanya merupakan kenakalan anak-anak (*juvenile delinquency*). Undang-Undang Pengadilan Anak (Pasal 2 huruf 1a dan 1b), memberikan batasan general karena anak nakal itu adalah anak yang melakukan tindak pidana. Itu artinya anak yang melakukan delik sesuai dengan ketentuan *legal* formal berdasarkan asas legalitas. Dan yang kedua anak nakal adalah anak yang melakukan pelanggaran atau melakukan perbuatan termasuk perbuatan yang dilarang menurut ketentuan adat-istiadat, kebiasaan dan sebagainya.
- (b) Melanggar hak konstitusional yakni asas legalitas. Melanggar asas legalitas yang menjadi basis utama pengadilan pidana yang dijamin

dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945. Ketentuan adat dan kebiasaan yang berlaku pada masyarakat bisa jadi malah merugikan anak, mengingat kultur masyarakat yang menempatkan anak di bawah kendali orang tua.

(c) Mengakibatkan pemidanaan anak. Dengan adanya pasal tersebut telah nyata berakibat pada pemenjaraan anak dan berpotensi digunakan oleh masyarakat dan kepolisian untuk "mengadili" anak yang dianggap bersalah karena melanggar adat-istiadat setempat.

(d) Melanggar hak asasi manusia. Secara normatif ketentuan *Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik* dalam Pasal 15 ayat (1) melarang situasi tersebut. Pasal tersebut berbunyi:

"Tidak seorang pun dapat dinyatakan bersalah atas suatu tindak pidana karena melakukan atau tidak melakukan tindakan yang bukan merupakan tindak pidana pada saat dilakukannya, baik berdasarkan hukum nasional maupun internasional".

(e) Melanggar hak anak. Adanya ketentuan Pasal 1 butir (2) huruf b Undang-Undang Pengadilan Anak melanggar hak anak, karena adanya larangan serupa dalam Pasal 40 ayat (2) huruf a KHA yang menyatakan: *"Tidak seorang anak pun dapat dinyatakan, dituduh, atau diakui telah melanggar hukum pidana, karena alasan berbuat atau tidak berbuat yang tidak dilarang oleh hukum nasional atau internasional pada waktu perbuatan-perbuatan itu dilakukan".*

19. Bahwa dengan alasan tersebut di atas maka frasa *"Menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan"* dimaksud bertentangan dengan hak konstitusional dalam UUD 1945 yakni hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut [Pasal 28I ayat (1)], yang tidak lain adalah unsur dari asas legalitas; hak atas hukum yang berkeadilan [Pasal 28D ayat (1)]; dan hak anak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang dan perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi [Pasal 28B ayat (2)].

20. Bahwa sesuai Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 menjamin dan melindungi serta menganut asas legalitas, dan bahkan merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun;
21. Bahwa disisi lain dengan adanya ketentuan Pasal 1 butir (2) huruf a dan huruf b Undang-Undang Perlindungan Anak sebagai hukum positif merupakan wujud dari norma Undang-Undang yang bertentangan satu dengan yang lain, sehingga menimbulkan perbedaan perlakuan hukum atau diskriminasi. Adanya diskriminasi hukum ini bertentangan dengan hak konstitusional yang dijamin Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 24D ayat (1) UUD 1945, oleh karena:
- a. Ketentuan Pasal 1 butir (2) huruf a Undang-Undang Perlindungan Anak mengakui asas legalitas, sementara Pasal 1 butir (2) huruf b sepanjang frasa "*Menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*" tidak menganut asas legalitas, karena menormakan perbuatan yang dinyatakan terlarang menurut "*hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*" yakni ketentuan hukum yang bukan hukum pidana positif;
 - b. Dengan demikian ada penormaan yang saling bertentangan yang mengakibatkan tidak terwujud kepastian hukum sesuai asas legalitas yang dianut dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP.
22. Bahwa sebagai negara hukum dimana keadilan dan moralitas menjadi esensi paling mendasar, maka pembentukan hukum tidak dapat mengabaikan konsistensi hukum dan pertentangan normatif dalam undang-undang (apalagi hukum pidana) tidak lain adalah bentuk diskriminasi hukum. Pembentukan hukum yang adil sebagaimana menurut *Lon Fuller* dalam bukunya *The Morality of Law* (moralitas Hukum), mengandung syarat di antaranya tidak boleh bertentangan satu sama lain (*laws should not be contradictory*).
- [*Brian Bix, "Jurisprudence: Theory and Context", chapter "Understanding Lon Fuller", Second Edition, London, Sweet & Maxwell, 1999, halaman 76; AAG. Peters dan Koesriani Siswosubroto, (ed). 1990. "Hukum dan Perkembangan*

Sosial". Buku Teks Sosiologi Hukum. Buku III. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, halaman 61-62];

23. Bahwa adanya norma hukum positif dalam Pasal 1 butir (2) huruf b sepanjang frasa "*Menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*" dari Undang-Undang Perlindungan Anak terbukti merugikan kepentingan hukum anak dan melanggar hak anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, oleh karena:
- a. Terjadinya kriminalisasi anak dengan adanya ketentuan dimaksud yang merupakan legalisasi penjatuhan hukum pidana pada anak sehingga *defacto* melanggar hak konstitusional anak-anak yang dijamin Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Apalagi batas usia tanggungjawab pidana anak (*criminal responsibility of the child*) yang terlalu rendah dalam Undang-Undang Pengadilan Anak sehingga semakin memastikan pelanggaran hak konstitusional anak.
 - b. Terjadinya kriminalisasi anak dengan adanya ketentuan dimaksud telah terbukti dengan pemidanaan anak-anak yang hanya melakukan perbuatan yang secara otentik bukan perbuatan pidana namun hanya kenakalan anak (*juvenile delinquency*) seperti halnya kasus perkelahian anak di sekolah yang dilakukan Rj (*vide* Bukti P-10), yang semestinya tidak perlu dibawa ke pengadilan. Undang-Undang Pengadilan Anak gagal membedakan atau memberikan batasan yang konsisten mana tindak pidana (*strafbaar*) dengan mana yang merupakan kenakalan anak-anak (*juvenile*).
 - c. Terjadinya penahanan anak (dan penjatuhan hukuman) dengan membawa anak ke pengadilan yakni dalam kasus 10 anak jalanan penyemir sepatu yang dituduh dan diadili melakukan permainan judi (Pasal 303 KUHP). Padahal secara faktual, anak-anak dimaksud masih dibawah umur, bahkan ada yang belum berumur 12 tahun yang tidak dibenarkan dikenakan upaya paksa perampaan kemerdekaan anak.
24. Bahwa arah politik hukum pidana Indonesia yang konsisten menggunakan asas legalitas terbukti dari perumusan Rancangan Undang-Undang KUHP

(RUU KUHP) yang dalam Pasal 106 menerangkan bahwa dalam hal anak yang dapat dijatuhi pidana hanya terhadap perbuatan pidana yang dilakukan anak, tidak ada diterapkan perbuatan lain diluar tindak pidana. Berikut ini dikutip bunyi Pasal 106 ayat (1) RUU KUHP yakni sebagai berikut:

“Anak yang belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan”.

Sehingga dapat disimpulkan bahwa ketentuan Pasal 1 butir (2) huruf b sepanjang frasa “*Menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*” dari Undang-Undang Perlindungan Anak terbukti tidak lagi memiliki justifikasi secara akademis, sosiologis, politik-hukum, dan melanggar hak konstitusional anak;

25. Bahwa jaminan hak konstitusional anak atas perlindungan dari diskriminasi anak akibat kriminalisasi dimaksud adalah melanggar hak asasi manusia karena:
- a. Perlindungan dari diskriminasi adalah merupakan asas atau prinsip yang dijamin dalam segenap instrumen hak asasi manusia internasional sehingga menjadi asas atau prinsip yang universal (*universal principle*);
 - b. Pasal 2 Konvensi PBB tentang Hak Anak (KHA) menciptakan kewajiban fundamental negara peserta (*fundamental obligations of state parties*) yang mengikat diri dengan KHA, untuk menghormati dan menjamin (*to respect and ensure*) seluruh hak-hak anak dalam konvensi ini kepada semua anak dalam semua yurisdiksi nasional dengan tanpa diskriminasi dalam bentuk apapun;
 - c. Prinsip non diskriminasi ini merupakan prinsip HAM yang universal karena konsisten masuk sebagai asas konvensi seperti *Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, and Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Convention on Elimination of All Form Discrimination Against Women (CEDAW)*. Beberapa konvensi HAM mengartikan diskriminasi sebagai adanya pembedaan (*distinction*), pengucilan (*exclusion*), pembatasan (*restriction*) atau pilihan/pertimbangan (*preference*), yang berdasarkan

atas ras (*race*), warna kulit (*colour*), kelamin (*sex*), bahasa (*language*), agama (*religion*), politik (*political*) atau pendapat lain (*other opinion*), asal usul sosial atau nasionalitas, kemiskinan (*poverty*), kelahiran atau status lain;

- d. Acuan terhadap diskriminasi dapat pula dikutip dari Pasal 1 Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial, yang memberikan definisi atas "*racial discrimination*", sebagai berikut:

"Any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, color, descent or national ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life".

- e. Pengertian diskriminasi dapat diperoleh dari Pasal 1 butir 3 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang berbunyi sebagai berikut:

"Diskriminasi adalah setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tidak langsung didasarkan pada pembedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan, politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan, pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya";

- f. Indonesia sebagai negara hukum (*rechtstaat*), menganut prinsip *rechtstaat* termasuk prinsip non diskriminasi yakni persamaan kedudukan di hadapan hukum. Konsepsi negara hukum dalam tradisi *Anglo Saxon* dikembangkan A.V. Dicey dengan sebutan *the rule of law*, dan dalam tradisi Eropa Kontinental, yang antara lain dikembangkan Julius Stahl, Immanuel Kant, Paul Laband, dan Fichte, disebut sebagai *rechtstaat*, yang kemudian dirumuskan Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., ke dalam 12 prinsip pokok negara hukum yang merupakan pilar-pilar utama negara

hukum modern sehingga dapat disebut sebagai Negara Hukum dalam arti yang sebenarnya dengan menganut prinsip-prinsip sebagai berikut:

1. supremasi hukum (*supremacy of law*);
2. persamaan dalam hukum (*equality before the law*);
3. asas legalitas (*due process of law*);
4. pembatasan kekuasaan;
5. organ-organ eksekutif *independent*;
6. peradilan bebas dan tidak memihak;
7. peradilan tata usaha negara;
8. peradilan tata negara (*constitutional court*);
9. perlindungan hak asasi manusia;
10. bersifat demokratis;
11. berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfare rechtstaat*);
12. transparansi dan kontrol sosial.

- g. Harmonisasi dan kepatuhan terhadap konvensi internasional bukan hanya untuk kepentingan harmonisasi hukum, akan tetapi wujud kepatuhan konstitusional sebagai negara hukum (*recht staat*). UUD 1945 telah meresepsi prinsip-prinsip dasar HAM sebagai salah satu syarat dari negara hukum, khususnya prinsip dasar HAM yang terkait dengan hidup dan kehidupan dan merupakan simbol atau ikhtiar bangsa Indonesia dalam konteks menjadikan UUD 1945 menjadi UUD yang makin modern dan makin demokratis;

[Panduan Pemasyarakatan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hal 144, diterbitkan oleh Sekretariat Jenderal Majelis Pemusyawaratan Rakyat, Jakarta, 2005], [Bukti P-17];

26. Bahwa berdasarkan alasan-alasan di atas, para Pemohon memohon sudilah kiranya Majelis Hakim Mahkamah Yang Mulia menyatakan ketentuan UndangUndang Pengadilan Anak [Pasal 1 butir (2) huruf b] 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) UUD 1945;

27. Bahwa dengan demikian berkenan kiranya Majelis Hakim Mahkamah Yang Mulia menyatakan ketentuan Undang-Undang Pengadilan Anak [Pasal 1 butir (2) huruf b] sepanjang frasa “...*maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*” tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

B. Dalil-dalil bahwa Undang-Undang Pengadilan Anak Pasal 4 ayat (1) sepanjang frasa “*sekurang-kurang 8 (delapan) tahun*”, bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, dan karenanya berlaku secara inkonstitusional bersyarat. Dan berlaku secara konstitusional bersyarat jika proses penyidikan, penuntutan dan sidang anak, serta penahanan, pemenjaraan anak dalam lembaga pemasyarakatan anak sudah menjamin perlindungan hak-hak anak;

1. Bahwa ketentuan Undang-Undang Pengadilan Anak Pasal 4 ayat (1) berbunyi sebagai berikut:

”Batas umur Anak Nakal yang dapat diajukan ke Sidang Anak adalah sekurang-kurang 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin”;

2. Bahwa ketentuan dimaksud mengandung norma bahwa hanya anak sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun dan belum mencapai 18 (delapan belas) tahun yang dapat diajukan ke sidang anak;

3. Bahwa ketentuan dimaksud mengandung norma hanya anak usia sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun yang dapat diajukan ke Sidang Anak;

4. Bahwa batas umur anak sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun yang dapat diajukan ke sidang anak tersebut terlalu rendah, bukan saja tidak memenuhi rasa keadilan, akan tetapi melanggar hak konstitusional anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi yang dijamin Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Hak tumbuh kembang (*rights to development*) anak [Pasal 28B ayat (2) UUD 1945] terlanggar, karena pemidanaan anak dan membawa anak ke Sidang

Anak merupakan bentuk perampasan kemerdekaan dan tumbuh kembang anak, oleh karena:

a. Batas tanggung jawab pidana anak terlalu rendah dibandingkan usia boleh bekerja. Batas usia sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun terlalu rendah sebagai batas usia tanggungjawab pidana anak (*the age of criminal responsibility*), apabila dibandingkan dengan batas usia anak-anak dapat melakukan perbuatan hukum tertentu pada lembaga pekerjaan tertentu, diantaranya:

(1) Lebih rendah dari usia pekerjaan ringan. Melakukan perbuatan hukum diperbolehkan bekerja pada bentuk pekerjaan ringan (*light work*) berdasarkan Undang-Undang Ketenagakerjaan yakni pada usia 13 sampai dengan 15 tahun, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 69 ayat (1) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan ("UU Ketenagakerjaan");

(2) Lebih rendah dari usia larangan pekerjaan terburuk. Larangan melakukan pekerjaan berbahaya atau bentuk-bentuk pekerjaan terburuk bagi anak (*the worst form of child labor*), berdasarkan Pasal 74 Undang-Undang Ketenagakerjaan yakni pada usia di bawah 18 tahun;

Dengan demikian, fakta tersebut merupakan bentuk diskriminasi hukum dan perlakuan hukum yang berkeadilan terhadap Anak Nakal, sehingga melanggar hak konsitusional dalam Pasal 28B ayat (2) dan, Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

b. Batas Usia Tanggung jawab Pidana Anak Melanggar Hak konstitusional Anak Atas Pendidikan.

(1) Usia wajib belajar untuk anak. Batas usia tanggung jawab pidana yang sedemikian rendah menghalangi jaminan pemenuhan hak atas pendidikan dasar yang merupakan hak fundamental dan hak untuk semua anak (*education for all*), oleh karena anak usia 8 (delapan) tahun semestinya tidak diajukan ke sidang anak karena dalam masa usia yang semestinya mengenyam pendidikan dasar (*fundamental education*). Sehingga penormaan usia anak sekurang-kurangnya 8

(delapan) tahun dapat diajukan ke Sidang Anak tersebut kontradiktif dengan hak konstitusional anak atas tumbuh dan berkembang [Pasal 28B ayat (2) UUD 1945], termasuk hak atas pendidikan dan pengajaran;

- (2) Usia tanggung jawab pidana anak memberangus hak pendidikan anak. Batas usia anak sekurang-kurangnya 8 tahun dapat diajukan ke Sidang Anak selain tidak sesuai dengan perkembangan psikologis anak, juga mengancam hak anak mengenyam pendidikan dasar, oleh karena membawa anak ke Sidang Anak secara rasional mendorong pemidanaan dan pemenjaraan anak;
- (3) Pemenjaraan anak menghambat sifat progresif pemenuhan hak pendidikan. Pemenjaraan anak secara objektif dan rasional hampir selalu mengakibatkan hilangnya hak pendidikan anak, drop-out dari sekolah sehingga hak pendidikan anak terganggu, padahal hak pendidikan sangat fundamental, dan diberikan secara progresif dan dengan pemenuhan realisasi penuh, oleh karena:
 - (i) Diatur sebagai hak konstitusional dalam Pasal 31 ayat (1) UUD 1945 memberikan hak konstitusional warga negara termasuk anak bahwa, "*Setiap warga negara berhak mendapat pendidikan*".
 - (ii) Hak atas pendidikan merupakan harmonisasi Pasal 28 dan 29 KHA yang dipertegas lagi dalam Pasal 9 Undang-Undang Perlindungan Anak, serta berbagai kewajiban pemerintah dalam Pasal 48 sampai dengan Pasal 54 Undang-Undang Perlindungan Anak.
 - (iii) Pendidikan bukan hanya program namun hak dasar (*fundamental right*) untuk semua anak, bahkan untuk segala situasi apapun (*in all situations*) [UNICEF, "*Technical Notes: Special Considerations for Programming in Unstable Situations*", 2003, halaman 265., Chapter 3, halaman 265], dimana pendidikan dasar merupakan fondasi untuk pembelajaran seumur hidup dan pembangunan manusia. [Artikel 1 (4) hasil *World Declaration on Education for All*, pada *World Conference on Education for All*, di Jomtien, Thailand].

Dalam *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) (1948), ditegaskan:

“Every one has the right to education. Education shall be free, at least in elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory”.

- (iv) Pemenuhan hak pendidikan anak bukan hanya program normatif, namun dengan langkah serius. Pasal 28 ayat (1) KHA (1989) menegaskan hak atas pendidikan bagi anak. *“State parties recognize the right of the child to education, and with a view to achieving this right progressively and on the basis of equal opportunity, ...”*;
 - (v) Pasal 13 ayat (2) ICESCR ini menegaskan negara peserta mengakui, dengan menekankan upaya pencapaian untuk merealisasikan penuh (*to achieving full realization*) hak pendidikan. Istilah *“with a view to achieving progressively the full realization of the rights”*, terkandung dalam Pasal 2 ayat (1) ICESCR. Pasal 2 ayat (1) ICESCR menegaskan bahwa setiap negara peserta ICESCR mengambil langkah sendiri maupun dengan bantuan internasional dan kerja sama, untuk merealisasikan hak-hak dalam ICESCR tersebut.
 - (vi) *Europe's Ombudsmen for Children* (Ombudsman Eropa untuk Anak-anak) menegaskan bahwa, *“Children in conflict with the law are still children first and do not lose their human rights, including rights to special treatment and protection, to education and to health”*. (“Anak-anak dalam konflik dengan hukum masih anak-anak yang pertama dan tidak kehilangan hak asasi manusia, termasuk hak untuk perlakuan khusus dan perlindungan, untuk pendidikan dan kesehatan”).
- (4) Pemenjaraan anak mengancam hak atas makanan sebagai hak tumbuh dan kembang anak . Hasil penelitian berjudul, “Pembinaan Anak Pidana di Lembaga Pemasyarakatan. Menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan dan Pelaksanaannya

di Lembaga Pemasyarakatan Labuhan Ruku Kelas IIA (Asahan)”
[Sumber:http://library.usu.ac.id/index.php/component/journals/index.php?option=com_journal_review&id=3584&task=view] Bukti P-18].

Fakta dan bukti tersebut menunjukkan bahwa pelaksanaan pembinaan yang dilakukan terhadap anak pidana di Lembaga Pemasyarakatan Labuhan Ruku Kelas IIA (Asahan) dalam pelaksanaannya masih terdapat beberapa faktor penghambat di antaranya masih kurangnya tenaga petugas di bidang pendidikan, hukuman yang relatif singkat, dana yang minim, kurang terpenuhinya gizi;

Di samping itu, faktanya negara ngutang Rp.80 milyar untuk makan napi untuk kepentingan konsumsi atau makan sehari-hari bagi para narapidana (Napi) di seluruh Lembaga Pemasyarakatan (LP) di Indonesia, negara masih harus ngutang sebesar kurang lebih Rp.80 milyar. Hutang kepada rekanan Departemen Hukum dan HAM sebesar itu, tercatat selama enam bulan ini, kata Wakil Ketua Komisi III DPR, M. Akil Mochtar, S.H., M.H; ketika dicegat wartawan di Denpasar, Senin (11/07). Usai melakukan pertemuan dengan jajaran Polda Bali, Akil menyebutkan, pihak Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia terpaksa ngutang dulu kepada rekanannya, sehubungan dana untuk itu belum turun dari Pemerintah. "*Ada lembaga pemasyarakatan yang over capacity lebih dari 50% dari yang distandarkan,*" ungkapnya. Akibatnya, jatah makan yang seharusnya diperuntukkan untuk 100 orang pada satu lembaga pemasyarakatan, misalnya, kemudian terhitung harus memberi makan kepada Napi yang jumlahnya lebih banyak dari 100.

[Sumber :www.kapanlagi.com/h/0000072110.html (11 Juli 2005) [Bukti P-19].

Keadaan ini melanggar hak konstitusional anak, karena negara kita mengakui hak hidup sebagai hak yang tidak bisa dikurangi dalam Pasal 28A UUD 1945. Bunyinya, "*Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya*". Hak atas

makan itu dijamin dalam *Minimum Standar Rules* tentang Perlakuan terhadap Narapidana. Dalam Pasal 20 ayat (1) dikemukakan, “*Setiap orang yang dipenjarakan harus diberi oleh pengelola penjara pada jam-jam yang bisa makanan yang bergizi cukup untuk kesehatan dan kekuatan, bermutu menyehatkan dan disiapkan serta disuguhkan dengan baik*”.

Dengan berbagai argumentasi konstitusional dan instrumen internasional itu, merupakan pelanggaran hak anak apabila negara mengabaikan hak atas makanan anak-anak sehingga menyeruakkan busung lapar anak-anak. Menjamin realisasi hak atas makanan bagi anak adalah menjamin hak hidup manusia. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1996 tentang Pangan (“UU Pangan”) menentukan tanggungjawab pemerintah dan masyarakat mewujudkan ketahanan pandangan [Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Pangan]. Pemerintah menyediakan ketersediaan pangan yang cukup baik dalam jumlah maupun mutunya, aman, bergizi, beragam dan merata serta terjangkau daya beli masyarakat [Pasal 45 ayat (2) Undang-Undang Pangan].

Dengan demikian, fakta tersebut merupakan bentuk pelanggaran hak konstitusional anak untuk tumbuh dan berkembang sehingga melanggar hak konstitusional dalam Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Selain itu, fakta tersebut merupakan bentuk pelanggaran hak konstitusional anak untuk memperoleh pendidikan yang dijamin dalam Pasal 31 ayat (1) UUD 1945

- c. Usia tanggung jawab pidana anak dalam Undang-Undang Pengadilan Anak jauh lebih rendah dibandingkan berbagai negara. Dibandingkan dengan negara-negara lain, batas usia tanggung jawab pidana anak di Indonesia dengan UU Pengadilan Anak *a quo* terlalu rendah jika dibandingkan dengan negara-negara lain bahkan yang sudah maju. Jika dibandingkan dengan peradilan pidana anak pada negara-negara lain, usia bertanggung jawab anak sebagai pelaku tindak pidana justru ada

yang lebih tinggi misalnya pada usia 12 tahun yang berlaku di Italia dan Belanda, pada usia 14 tahun berlaku di Austria, usia 15 tahun (Denmark, dan Swedia), usia 18 tahun (Belgia), usia 16 tahun (Spanyol).

Ruxon, 1966, halaman 306, dalam Purnianti dan kawan-kawan., "Analisa Situasi Sistem Peradilan Pidana Anak (*Juvenile Justice System*) di Indonesia", UNICEF, 2003, halaman 204].

- d. Sistem peradilan pidana anak, masih merupakan turunan dari sistem peradilan untuk orang dewasa. Perbedaan usia dapat bertanggung jawab secara hukum ini berkaitan dengan sistem peradilan anak yang diterapkan di negara-negara tersebut. Scotlandia tidak memiliki pengadilan khusus bagi anak *delinkuen*, karena anak-anak yang melakukan *delinquency* dibawa ke lembaga yang dikenal dengan *Children's Hearing System* yang tidak memiliki wewenang menjatuhkan sanksi untuk menghukum anak. [Purnianti dan kawan-kawan., "Analisa Situasi Sistem Peradilan Pidana Anak (*Juvenile Justice System*) di Indonesia", UNICEF, 2003, halaman 204. halaman 204.].

Di Inggris, anak yang melakukan *delinquency* dapat ditangkap polisi, namun hanya sebagian yang akhirnya dibawa ke pengadilan. Di Swedia, anak-anak yang terkena melakukan kriminal sebelum berusia 15 tahun tidak boleh ditahan dengan hukum pidana (*may not be sentenced under the Penal Code*).

[UNICEF, "*Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*", 1998, halaman 552 .

Di Negara Republik Arab Syiria, Undang-Undang Kenakalan Anak (*Juvenile Delinquents Act*) membedakan pertanggungjawaban anak berdasarkan 3 (tiga) tahapan masa "*childhood*", yakni: *Pertama*, usia anak-anak 7 tahun kebawah, dimana pada tahapan ini anak-anak dibebaskan dari tanggung jawab kriminal. *Kedua*, tahap kedua anak usia remaja yakni usia 7 sampai dengan 15 tahun, dimana anak pada usia ini dilakukan proses hukum (*legal proceedings*), namun pengadilan tidak dapat menjatuhkan pidana. *Ketiga*, tahap anak usia antara 15 sampai dengan 18 tahun, yang mana anak dapat diproses di depan pengadilan.

BAGAIMANA DI INDONESIA?

Penormaan dalam Undang-Undang Pengadilan Anak tidak membuat Pengadilan Anak. Dalam konsiderans ataupun dalam Penjelasan Umum Undang-Undang Pengadilan Anak tidak ditemukan landasan filosofis, yuridis, dan gagasan membentuk pengadilan anak. Pada bagian konsideran “Menimbang”, huruf b dari Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 hanya disebutkan “...*penyelenggaraan pengadilan bagi anak perlu dilakukan secara khusus*”. Undang-Undang Pengadilan Anak hanya menentukan bahwa Pengadilan Anak berada dibawah lingkungan peradilan umum (Pasal 2). “*Pengadilan Anak adalah pelaksana kekuasaan kehakiman yang berada di lingkungan Peradilan Umum*”. Namun, Undang-Undang Pengadilan Anak diperlemah hanya sebatas Sidang Anak saja (Pasal 3 Undang-Undang Pengadilan Anak), yang berwenang memeriksa, memutuskan menyelesaikan perkara dalam Undang-Undang Pengadilan Anak.

Kendatipun Undang-Undang Pengadilan Anak mengatur tentang “Hakim dan Wewenang Sidang Anak” (BAB II), “Pidana dan Tindakan” (BAB III), “Petugas Kemasyarakatan” (BAB IV), “Acara Pengadilan Anak” (Bab V), “Lembaga Pemasyarakatan Anak” (BAB VI), namun ketentuan tersebut hanya *lex specialis* dari KUHAP dan KUHP yang diberlakukan bagi anak nakal.

Oleh karena itu, Sidang Anak hanyalah bermaksud membedakan Sidang Anak dengan sidang orang dewasa dengan berbagai kekhususan, misalnya, kekhususan dalam petugas penegak hukumnya, adanya alternatif pidana dan tindakan, masa tahanan yang lebih rendah, hukuman pidana yang dijatuhkan diturunkan menjadi maksimum hanya ½ (seperdua) saja dari ancaman pelaku dewasa, hukum acara pidana sama dengan KUHAP dengan berbagai pengecualian.

Dengan demikian, hukum acara dalam sidang anak hanya turunan dari hukum acara dan sistem peradilan bagi orang dewasa. Implikasinya, secara institusional perkembangan dan kemajuan Sidang Anak tidak

berjalan efektif dan cenderung terabaikan. Secara faktual banyak pengadilan tidak memiliki hakim anak, demikian pula Jaksa Penuntut Umum, dan Penyidik Anak, sehingga di lapangan kerap terjadi Sidang Anak masih dilakukan dengan memakai toga, seragam Jaksa, tanpa disediakan Penelitian Kemasyarakatan (Litmas) dari Pembimbing Kemasyarakatan (PK) BAPAS, dan tak jarang anak-anak dikenakan upaya paksa berupa penahanan (kasus Rj, di Pengadilan Negeri Stabat), dan kasus 10 anak Tangerang yang didakwa bermain judi dan ditahan dalam masa panjang (29 hari).

Untuk membangun pengadilan anak yang bukan turunan dari pengadilan orang dewasa dan bukan hukum acara untuk orang dewasa, maka gagasan dasarnya adalah dengan membuat norma hukum yang memerintahkan pembentukan pengadilan anak sebagai badan pengadilan yang memeriksa dan mengadili perkara anak. Walaupun tetap berada di bawah lingkungan peradilan umum. Dengan demikian, terjamin pembinaannya oleh Mahkamah Agung sebagai pembina peradilan saat ini.

Hal ini merupakan kelemahan utama Undang-Undang Pengadilan Anak sehingga belum efektif ditegakkan, walaupun hanya sekadar menjalankan Sidang Anak saja. Kelemahan utama ini, terkait pula dengan berbagai kelemahan lain sebagai turunan (*derivative*) atas kelemahan utama yang bersumber dari tidak kokohnya eksistensi Pengadilan Anak di Indonesia berdasarkan Undang-Undang Pengadilan Anak.

- e. Anak Bukan Pelaku Tindak Pidana Otentik, Namun Terkait Situasi Lingkungan Situasinya.

Orang (termasuk anak) tidak mempunyai kehendak bebas dalam melakukan suatu perbuatan karena dipengaruhi watak pribadinya, namun dipengaruhi faktor-faktor biologis dan lingkungan kemasyarakatannya. Kejahatan sebenarnya merupakan manifestasi dari keadaan jiwa seseorang abnormal. Karena itu pelaku kejahatan tidak dapat dipersalahkan atas perbuatannya dan tidak dapat dikenakan pidana.

[Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H., “Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia”, Total Media, Jogjakarta, 2009, halaman 88]. [Bukti P-20]

Justifikasi bahwa anak bukan pelaku tindak pidana yang otentik, dan mandiri bersesuaian dengan ajaran paham filsafat determinisme yang bertolak dari asumsi bahwa keadaan hidup dan perilaku manusia, baik perorangan ataupun kelompok masyarakat ditentukan faktor-faktor fisik, geografis, biologis, psikologis, sosiologis, ekonomis, dan keagamaan yang ada.

[DR. M.Sholehuddin, S.H., M.H., “Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana-Ide Dasar Double Track System & Implementasinya”, Rajawali Pers, Jakarta, 2004, halaman 33]. [Bukti P-21]

5. Bahwa secara konstitusional tidak ditemukan rujukannya memberikan batas usia tanggung jawab pidana kepada anak sekurang-kurangnya 8 tahun, sehingga rujukannya semestinya ditelaah berdasarkan sejarah hukum, peraturan perundang-undangan maupun instrumen internasional;
6. Bahwa dalam sejarah hukum pidana mengenai batas usia belum dewasa, justru memberi batasan usia lebih tinggi dan jauh di atas usia 8 tahun. Menurut ahli hukum pidana, diperoleh rujukan dan fakta bahwa:
 - a. Sistem *Code Penal* di Nederland sampai tahun 1886 (di *Nedtherland Indie* sampai tahun 1918), ialah adanya pembatasan umur. Seorang anak yang belum mencapai usia 16 tahun yang melakukan suatu tindak pidana, tidak dipidana, akan tetapi anak itu dapat diperintahkan oleh hakim perdata untuk mendapatkan pendidikan paksa (*dwang-opvoeding*) dari pemerintah.
 - b. Pada tahun 1886, semenjak berlakunya KUHP Nasional Belanda yang dalam banyak hal mencontoh KUHP Jerman, terjadi perubahan dalam pembatasan usia sebagai berikut:
 - Seorang anak yang belum mencapai usia 10 tahun, jika melakukan suatu tindak pidana, tidak dipidana, akan tetapi harus mendapat pendidikan paksa dari pemerintah.

- Jika seorang anak yang usianya antara 10 tahun dan 16 tahun melakukan suatu tindak pidana dan sudah berakal ("*oordel des onderscheid*"), anak harus dipidana dengan pengurangan 1/3nya. Tetapi jika belum berakal anak itu tidak dipidana, akan tetapi harus diperintahkan oleh hakim pidana untuk dididik paksa oleh pemerintah sampai anak itu berumur 18 tahun.
- Seorang anak yang sudah berusia 16 tahun atau lebih jika melakukan suatu tindak pidana, harus dipidana.
[E.Y. Kanter, S.H., & S.R. Sianturi, S.H., "Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya", Stora Grafika, Jakarta, 2002 halaman 264-265]. [Bukti P-13A];

7. Bahwa dari penelusuran sejarah hukum pidana mengenai pertanggung jawab pidana anak, dapat dikemukakan kesimpulan antara lain:
 - a. Batas usia pertanggungjawaban pidana anak, jauh lebih tinggi dari 8 tahun sebagaimana dianut dalam UU Pengadilan Anak, Undang-Undang produk zaman kemerdekaan;
 - b. Terhadap anak yang tidak cakap karena tidak berakal, diprioritaskan Tindakan berupa pendidikan paksa, bukan menjatuhkan pidana.
 - c. Batas usia anak boleh dipidana adalah 16 tahun, yang berarti jauh lebih tinggi dari UU Pengadilan Anak yang mematok usia 12 tahun ke atas [Pasal 26 ayat (3) dan (4) UU Pengadilan Anak];
8. Bahwa berdasarkan Pasal 4 *The Beijing Rules*, ditentukan bahwa usia pertanggungjawaban pidana anak/remaja tidak dapat ditetapkan pada usia terlalu rendah, mengingat kenyataan emosional, mental dan intelektual anak/remaja.
9. Bahwa penetapan batas usia sekurang-kurangnya 8 tahun tidak memiliki justifikasi rasa keadilan maupun justifikasi juridis, oleh karena:
 - (a) Penetapan usia 8 tahun sebagai titik asumsi batas minimal pertanggungjawaban pidana menurut Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, berdasarkan Pandangan Komite Hak Anak (*Committee on The Rights of The Child*) terlalu rendah. Berikut ini diajukan evaluasi objektif Komite PBB tentang Hak Anak, yakni:

“77. The Committee reiterates its serious concern that the minimum age of criminal responsibility, set at 8 years, is too low.

[Pandangan Komite atas Laporan Negara Indonesia pada sidang Komite yang ke-35, paragraph 77 dan rekomendasi pada paragraph 78]. [Bukti P-25].

- (b) Delegitimasi batas usia tanggung jawab pidana anak usia sekurang-kurangnya 8 tahun sebagaimana dalam UU Pengadilan Anak bersesuaian dengan rekomendasi Komite PBB untuk Hak Anak, yakni:

“78. The Committee recommends that the State party: (a) raise the minimum age of criminal responsibility to an internationally acceptable level; (b) ensure that detained children always separated from adults, and that deprivation of liberty is used only as a last resort, for the shortest appropriate time period and in appropriate conditions; (c) in cases where deprivation of liberty is unavoidable, improve procedures of arrest and conditions of detention, and establish special units within the police for the handling of cases of children in conflict with the law; (d) ensure the full implementation of juvenile justice standards and in particular article 37 (b) and article 40 para. 2 sub-para. (b)(ii)-(iv) and (vii) of the Convention, as well the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules) and the United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (the Riyadh Guidelines), and in the light of the Committee's 1995 discussion day on the administration of juvenile justice”.

[Pandangan Komite atas Laporan Negara Indonesia berdasarkan Ketentuan Pasal 44 KHA pada sidang Komite yang ke-35. Paragraf 77 dan rekomendasinya pada paragraf 78]. [*vide* Bukti P-25].

- (c) Komite PBB tentang Hak Anak merekomendasikan agar Negara Indonesia menaikkan batasan usia minimal tanggung jawab kriminal sampai pada tingkat yang dapat diterima secara internasional. *Beijing Rules* menentukan hal yang serupa, paragraf 4.1 menyatakan bahwa konsep usia pertanggungjawaban tindak pidana tidak dapat ditetapkan

terlalu rendah, mengingat pertimbangan kedewasaan emosional, mental, dan intelektual [*In those legal systems recognising the concept of the age of criminal responsibility for juveniles, the beginning of that age shall not be fixed at too low an age level, bearing in mind the fact of emotional, mental and intellectual maturity*].

- (d) Untuk dapat menentukan batas usia pertanggungjawaban tindak pidana yang diterima secara internasional dengan merujuk pada praktik-praktik yang dijalankan oleh negara-negara lain;
- (e) Dalam berbagai peraturan negara-negara di dunia mengenai usia minimal tanggung jawab pidana (*criminal responsibility*) menunjukkan berlakunya hukum kebiasaan internasional yang menjadi parameter menentukan usia pertanggungjawaban pidana, yakni:
- Austria (14 tahun),
 - Belgia (18 tahun),
 - Denmark (15 tahun),
 - Inggris (10 tahun),
 - Finlandia (15 tahun),
 - Perancis (13 tahun),
 - Jerman (14 tahun),
 - Yunani (12 tahun),
 - Irlandia (7 tahun),
 - Itali (14 tahun),
 - Luxemburg (18 tahun),
 - Belanda (12 tahun),
 - Irlandia Utara (8 tahun),
 - Portugal (16 tahun),
 - Skotlandia (8 tahun),
 - Spanyol (16 tahun),
 - Swedia (15 tahun).
- (f) Berdasarkan fakta praktik-praktik negara di atas dalam menentukan usia minimal tanggung jawab pidana dapat disimpulkan bahwa rata-rata

negara tersebut menetapkan usia pertanggungjawaban pidana minimal di atas 12 tahun. Dengan demikian, dapat dikatakan usia 12 tahun sebagai batas minimal usia pertanggungjawaban tindak pidana telah menjadi hukum kebiasaan internasional (*international customary law*).

Praktik-praktik tersebut telah meningkat pelaksanaannya berlaku secara universal karena banyak negara lagi yang telah menggunakannya sebagai kebiasaan. Dengan kata lain, agar bisa menjadi suatu hukum kebiasaan internasional sehingga batas usia tanggung jawab pidana anak yang lebih tinggi sudah diterima negara-negara menjadi kebiasaan internasional yang berkekuatan hukum.

- (g) *The UN's General Comment no 10 (2007) on juvenile justice makes clear its view that a minimum age of criminal responsibility below the age of 12 is not "internationally acceptable" and that all countries should raise their minimum age to at least 12 and preferably 14 or 16.*

[“... bahwa usia minimal tanggung jawab kriminal di bawah usia 12 tahun tidak "internasional dapat diterima" dan bahwa semua negara harus meningkatkan usia minimum untuk setidaknya 12 dan lebih 14 atau 16”].

Dalam dua komentar terbaru tentang masalah ini melalui "Kesimpulan Pengamatan" pada pelaksanaan UNCRC di Inggris, PBB meminta Inggris (termasuk Skotlandia) di tahun 2002 menjadi "cukup meningkatkan usia minimum tanggung jawab kriminal" dan pada tahun 2008 untuk "meningkatkan usia minimum tanggung jawab pidana sesuai dengan Komentar Umum no 10", yaitu setidaknya usia 12 tahun.

[“*In its two most recent comments on this issue through its "Concluding Observations" on implementation of the UNCRC in the UK, the UN called for the UK (including Scotland) in 2002 to "considerably raise the minimum age of criminal responsibility" and in 2008 to "raise the minimum age of criminal responsibility in accordance with General Comment no 10", ie to at least age 12*”].

- (h) Penetapan usia minimal 12 tahun sebagai ambang batas usia pertanggungjawaban pidana telah diterima dalam praktik sebagian

negara-negara, maka dapat menjadi sumber hukum internasional yang menjadi acuan bagi bangsa-bangsa beradab;

- (i) Di Australia, sejak publikasi *The age of criminal responsibility* (Urbas 2000), beberapa yurisdiksi telah direvisi Undang-Undang mereka, membenarkan tren selama 20 tahun terakhir untuk keseragaman dalam batas umur tanggung jawab kriminal.

Di Australian Capital Territory, the *Criminal Code 2002 Div 2.3.1 (2002 Div KUHP 2.3.1)* sekarang berkaitan dengan tanggung jawab kriminal anak-anak. Dari tanggal 1 Juli 2005 di Victoria, usia yurisdiksi pidana pembagian Pengadilan Anak-anak telah meningkat dari 17 sampai 18 tahun (*the age jurisdiction of the criminal division of the Children's Court has increased from 17 to 18 years*).

Doli incapax berarti suatu anggapan bahwa anak adalah "tidak mampu kejahatan" ("*incapable of crime*") di bawah Undang-Undang atau hukum umum. Australia baru-baru ini tinjauan (Bradley 2003 dan Crofts 2003) telah membahas mengamandemen praduga *incapax Doli* termasuk membalikkan beban pembuktian dan mengubah penerapannya pada usia dua belas dan di bawah.

Usia tanggung jawab kriminal di wilayah hukum Australia

Jurisdiction	Cannot be charged with a criminal offence	Doli Incapax	Maximum age for appearance in child, juvenile or youth court
Commonwealth	Under 10 ^{1(a)}	10 to under 14 ^{1(b)}	
Australian Capital Territory	Under 10 ^{2(a)}	10 to under 14 ^{2(b)}	Under 18 ^{2(c)}
New South Wales	Under 10 ^{3(a)}	10 to under 14 ^{3(b)}	Under 18 ^{3(c)}
Northern Territory	Under 10 ^{4(a)}	10 to under 14 ^{4(b)}	Under 18 ^{4(c)}
Queensland	Under 10 ^{5(a)}	10 to under 14 ^{5(b)}	Under 17 ^{5(c)}
South Australia	Under 10 ^{6(a)}	10 to under 14 ^{6(b)}	Under 18 ^{6(c)}
Tasmania	Under 10 ^{7(a)}	10 to under 14 ^{7(b)}	Under 18 ^{7(c)}
Victoria	Under 10 ^{8(a)}	10 to under 14 ^{8(b)}	Under 18 ^{8(c)}
Western Australia	Under 10 ^{9(a)}	10 to under 14 ^{9(b)}	Under 18 ^{9(c)}

Sumber:

- Cth: 1(a) *Crimes Act 1914 s4M*; *Criminal Code Act 1995 s7.1*; 1(b) *Crimes Act 1914 s4N*; *Criminal Code Act 1995 s7.2*

- ACT: 2(a) Criminal Code 2002 s25; 2(b) Criminal Code 2002 s26; 2(c) Children and Young People Act 1999 Part 1.3 ss7 and 8, and s69
- NSW: 3(a) Children (Criminal Proceedings) Act 1987 s5; 3(b) Common law *doli incapax* ; 3(c) Children (Criminal Proceedings) Act 1987 s3
- NT: 4(a) Criminal Code Act s38(1); 4(b) Criminal Code Act s38(2); 4(c) Juvenile Justice Act s3
- QLD: 5(a) Criminal Code Act 1899 s29(1); 5(b) Criminal Code Act 1899 s29(2); 5(c) Juvenile Justice Act 1992 Schedule 4
- SA: 6(a) Young Offenders Act 1993 s5; 6(b) Common law *doli incapax* ; 6(c) Young Offenders Act 1993 s4;
- TAS: 7(a) Criminal Code Act 1924 s18(1); 7(b) Criminal Code Act 1924 s18(2); 7(c) Youth Justice Act 1997 s3
- VIC: 8(a) Children and Young Persons Act 1989 s127 ; 8(b) Common law *doli incapax* ; 8(c) Children and Young Persons Act 1989 s3
- WA: 9(a) Criminal Code Act Compilation Act 1913 s29; 9(b) Criminal Code Act Compilation Act 1913 s29; 9(c) Young Offenders Act 1994 s3

(j) *UN Committee Rights of the Child* (Komite PBB Hak Anak) menerbitkan *Concluding Observations* 2002 para 57) yang menyatakan:

“The Committee is particularly concerned that the age at which children enter the criminal justice system is low with the age of criminal responsibility still set at 8 years in Scotland to 10 years in the rest of the State party and the abolition of the principle of doli incapax.

[“Komite sangat prihatin bahwa usia di mana anak-anak memasuki sistem peradilan pidana adalah rendah dengan usia tanggung jawab kriminal masih ditetapkan pada 8 tahun di Skotlandia sampai 10 tahun di lain pihak Negara dan penghapusan prinsip *Doli incapax*”].

(k) *UN Committee Rights Child* (Komite Hak Anak PBB) menerbitkan general comment (10),

February 2007 *praised states with commendable high age of 14–16*”. Age below 12 – “*not internationally acceptable*” Umur di bawah 12 - "tidak bisa diterima internasional" .

(l) Dengan memperhatikan pandangan komite dan hukum kebiasaan internasional di atas dapat dikatakan bahwa UU Pengadilan Anak bertentangan dengan hukum internasional, khususnya dalam penetapan usia pertanggungjawaban tindak pidana. Konsekuensi yuridis dan politisnya, Undang-Undang tersebut perlu segera diamandemen. Pasal 40 ayat (3) huruf (a) KHA menandakan negara-negara pihak harus

berusaha meningkatkan pembuatan Undang-Undang, prosedur-prosedur, para penguasa dan lembaga-lembaga yang berlaku secara khusus pada anak-anak yang dinyatakan sebagai, dituduh, atau diakui melanggar hukum pidana, terutama, pembentukan umur minimum; di mana di bawah umur itu anak-anak dianggap tidak mempunyai kemampuan untuk melanggar hukum pidana;

- m. Jika tidak dilakukan amandemen, maka rentang usia pertanggungjawaban pidana anak yang demikian luas (usia 8-18 tahun) mempunyai implikasi hukum, yakni anak dengan rentang usia tersebut berpotensi dikenai hukuman pidana. Kondisi ini jelas berkorelasi dengan meningkatkan angka kasus tindak pidana yang dilakukan oleh anak.
 - n. Pasal 37 ayat (2) KHA menetapkan kewajiban negara untuk menjamin tidak seorang anak pun dapat dirampas kebebasannya secara melanggar hukum atau dengan sewenang-wenang. Penangkapan, penahanan atau pemenjaraan seorang anak harus sesuai dengan Undang-Undang, dan harus digunakan hanya sebagai upaya jalan lain terakhir dan untuk jangka waktu terpendek yang tepat. Hal ini selaras dengan Pasal 14 ayat (4) Kovenan bahwa dalam kasus orang di bawah umur, prosedur yang dipakai harus mempertimbangkan usia mereka dan keinginan untuk meningkatkan rehabilitasi bagi mereka.
10. Bahwa secara emosional maupun mental, batas usia anak usia sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun diajukan ke Sidang Anak terlalu dini mampu menghadapi situasi di dalam "penjara" sebagai "balasan" atas perbuatan delik si anak.

Padahal jika dibandingkan dengan ketentuan hukum internasional mengenai batas usia anak yang dilarang bekerja pada bentuk pekerjaan terburuk (*the worst form of child labor*) sesuai dengan Konvensi ILO Nomor 182 yang diratifikasi dengan UU 1/2000) adalah belum mencapai 18 tahun. Secara faktual, kondisi, situasi dan tingkat tekanan anak-anak yang bekerja pada bentuk-bentuk pekerjaan terburuk tersebut, tidak jauh lebih buruk dibandingkan dengan anak-anak di lembaga pemasyarakatan;

11. Bahwa adanya kesadaran sosiologis dan rasa keadilan yang terusik dengan adanya norma batas usia dapat diajukan ke Sidang Anak yang terlalu rendah berdasarkan Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak *a quo*, sudah disadarai dan dikoreksi Pemerintah dalam Rancangan Undang-Undang guna mengganti UU Pengadilan Anak, sebagaimana terbukti dalam:

- (a) RUU tentang Peradilan Pidana Anak yang dimaksudkan untuk mengganti Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak ("UU Pengadilan Anak"), yang memberikan ketentuan batasan usia anak dapat diajukan ke Sidang Anak dinaikkan menjadi 12 tahun (Bukti P-23); dan
- (b) Dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP), disiapkan draf yang menaikkan batas usia bertanggung jawab anak menjadi 12 tahun. Berikut ini dikutip bunyi Pasal 106 ayat (1) RUU KUHP sebagai berikut:

"Anak yang belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan".

[Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia Direktorat Jenderal Hukum dan Perundang-undangan – Direktorat Perundang-undangan, "Rancangan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor ... Tahun ... tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana", Jakarta, 20 (Bukti P-24)];

- (c) Kajian Tim Penyusunan Rancangan KUHP, yang telah mempelajari perkembangan baru di dunia serta rekomendasi PBB seperti *The UN standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice 1985* (dikenal pula sebagai "*Beijing Rules*") dan *The UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived Liberty* tahun 1990. Tim RUU KUHP menginginkan agar filosofi dan jenis pidana dan tindakan bagi anak (12-18 tahun) berbeda dari yang berlaku untuk orang dewasa (18 tahun ke atas).

[lihat *Mardjono Reksodiputro*, "Catatan-catatan Sekilas tentang Bab Pidana, Pidana dan Tindakan (Bab III Buku Kesatu Rancangan Undang-undang Republik Indonesia tentang KUHP", dikutip dari "<http://www.djpp.depkmham.go.id/inc/buka.php?czo0MjoiZD1zb3MrMSZmPUNhdGF0YW5fU2VraWxhc19UdGdfUUVVX0tVSFAuaHRtIjs=>]

[Bukti P-24.A];

12. Bahwa dengan demikian secara sosiologis dan rasa keadilan, ketentuan Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak mengenai batas usia anak dapat diajukan ke Sidang Anak sekurang-kurangnya 8 tahun diyakini tidak lagi memiliki justifikasi sosiologis sehingga tidak lagi memiliki justifikasi rasa keadilan masyarakat;
13. Bahwa dengan demikian ketentuan Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak mengenai batas usia anak dapat diajukan ke Sidang Anak sekurang-kurangnya 8 tahun, apabila diuji dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 adalah norma yang tidak memberikan jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum;
14. Bahwa penentuan batas usia anak sekurang-kurangnya 8 tahun yang dapat diajukan ke Sidang Anak, apabila ditelaah dalam penjelasannya hanya menyebutkan didasarkan pada pertimbangan sosiologis, psikologis dan pedagogis bahwa anak yang belum 8 tahun dianggap belum dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya. Akan tetapi tidak ditemukan *ratio logis*, mengapa harus ditentukan sekurang-kurangnya 8 tahun? Padahal batas usia sekurang-kurangnya 8 tahun bertentangan dengan masa tumbuh kembang anak, usia mengenyam pendidikan, dan berada dalam keluarga (*family unification*). Selain itu, usia tanggung jawab pidana sekurang-kurangnya umur 8 tahun dinilai tidak adil karena jauh lebih rendah dibandingkan batas usia anak boleh bekerja baik pada tempat berbahaya sekalipun (18 tahun) ataupun anak bekerja pada pekerjaan ringan (13 sampai dengan 15 tahun);
15. Bahwa penentuan batas usia anak sekurang-kurangnya 8 tahun dapat diajukan ke Sidang Anak, mengakibatkan anak terpisah dengan keluarganya (*separated children from their family*), padahal tempat terbaik bagi anak adalah dalam keluarga sehingga mengutamakan unifikasi anak dalam keluarga (*family unification*) termasuk dalam situasi darurat sekalipun, oleh karena:
- (a) Sesuai Pasal 5 KHA yang mengemukakan konsep orangtua (*parent*), dan konsep "*responsibilities*" for their child, dimana esensi *parental direction*

and guidance adalah tidak tak terbatas (*not unlimited*) karena anak sedang berubah kehidupannya yang dikenal dengan “*evolving capacities of the child*”.

- (b) Negara peserta mengupayakan hal terbaik agar prinsip bahwa kedua orangtua agar mampu memikul tanggung jawab bersama untuk membesarkan dan mengembangkan anak.
 - (c) Konsep pengakuan penyatuan (unifikasi) anak di dalam keluarga sebagai lingkungan utama dan terbaik bagi anak ditegaskan dalam Pasal 9 KHA dimana dalam Pasal 9 ayat (3) KHA, Negara menjamin hak anak yang terpisah dari orangtuanya (*separated children*) untuk mempertahankan hubungan pribadi (*personal relations*) dan hubungan langsung (*direct contact*) secara tetap dengan orangtuanya.
16. Bahwa dalam menentukan batas usia tanggungjawab pidana anak atas perbuatannya, sangat ditentukan kepada politik hukum dalam menentukan batas usia tanggung jawab pidana anak yang bervariasi atau berbeda-beda pada setiap negara. Namun semestinya ditemukan rasio logis yang jelas dan bersesuaian dengan instrumen/konvensi internasional, termasuk hak anak untuk tidak mengalami pembedaan atau kriminalisasi dalam usia dini dengan mematok batas usia rendah yakni sekurang-kurangnya 8 tahun.
17. Bahwa secara faktual dalam perkembangan hukum di dunia, penentuan batas tanggung jawab hukum seorang anak sangat berbeda-beda, yang karenanya menjadi alasan terciptanya diskriminasi dalam menentukan batas usia tanggungjawab hukum pada lembaga hukum tertentu, sebagaimana ditemukan faktanya oleh Komite PBB untuk Hak Anak (*Committee on the Rights of the Child*).

Dalam melakukan evaluasi kemajuan pelaksanaan KHA pada negara-negara peserta (*states parties*), yang antara lain diminta menyediakan informasi yang relevan mengenai batas usia tanggung jawab hukum anak termasuk tanggung jawab pidana, yang terbukti berbeda-beda pada setiap negara dan pada setiap lingkup lembaga hukum, termasuk diantaranya mengenai:

- hubungan seksual (*sexual consent*); memperoleh konsultasi hukum dan medis tanpa izin orangtua (*legal or medical counselling without parental consent*);
 - melakukan pekerjaan-pekerjaan yang berbahaya (*hazardous employment*);
 - melakukan pekerjaan paruh waktu (*part-time employment*);
 - melakukan pekerjaan purnawaktu (*full time employment*);
 - menikah/kawin (*marriage*);
 - izin melakukan;
 - secara sukarela masuk ke dalam angkatan bersenjata (*voluntary enlistment into the armed forces*);
 - secara sukarela menjadi saksi di pengadilan (*voluntarily giving testimony in court*);
 - batas usia untuk tanggung-jawab kriminal (*criminal responsibility*);
 - perampasan kemerdekaan (*deprivation of liberty*);
 - penjatuhan hukuman;
 - penggunaan atau mengkonsumsi minuman beralkohol
18. Bahwa dengan adanya norma sedemikian yang menormakan batas usia pertanggungjawaban pidana anak yang terlalu rendah yakni sekurang-kurangnya 8 tahun dapat diajukan ke Sidang Anak, secara faktual dan secara rasional mengakibatkan anak-anak mengalami kekerasan akibat dari proses Sidang Anak, dan/atau akibat dari tidak diberikannya perlindungan anak dari diskriminasi hukum yang dijamin dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945;
19. Bahwa selain itu, perihal batas usia anak yang dapat diajukan ke Sidang Anak dalam usia sekurang-kurangnya 8 tahun *a quo* bertentangan dengan rasa keadilan hukum yang secara eksplisit dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Padahal dalam sistem hukum pidana dikenal asas *the last resort* atau *ultimum remedium*, yakni asas hukum yang hanya menggunakan hukum pidana sebagai upaya terakhir ketika upaya lain tidak dilaksanakan. Dengan demikian asas *the last resort* dimaksud tidak sejalan atau tidak relevan dengan adanya batas usia yang rendah anak dibawa ke Sidang Anak yakni sekurang-kurangnya 8 tahun;

20. Bahwa asas *the last resort* dimaksud, walaupun diterapkan untuk penahanan dan penangkapan ataupun pemenjaraan, namun asas *the last resort* dimaksud juga relevan dipergunakan untuk mencegah agar anak-anak tidak terlalu dini memasuki Sidang Anak, dengan cara menormakan batas usia tanggung jawab pidana anak (*criminal responsibility*) yang tidak terlalu rendah yang saat ini masih sekurang-kurangnya 8 tahun. Hal ini dapat mengambil ide dalam Pasal 37 huruf B Konvensi PBB tentang Hak Anak (KHA), yang menentukan bahwa penangkapan (*arrest*), penahanan (*detention*) ataupun pemenjaraan/hukuman penjara (*imprisonment*) hanya dengan:

- (a) Bersesuaian dengan hukum;
- (b) *The Last Resort*, dan
- (c) Untuk jangka waktu paing pendek (*for the shortest possible time*).

[Bukti P-25].

21. Bahwa asas *the last resort* juga bersesuaian pula dengan Pasal 66 ayat (4) UU 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia ("UU HAM"), sehingga merupakan justifikasi juridis formal bahwa undang-undang nasional juga mengakui dan memberlakukan asas *the last resort* dimaksud. (Bukti P-26).

22. Bahwa penambahan rumusan HAM serta jaminan penghormatan perlindungan, pelaksanaan, dan pemajuannya ke dalam UUD 1945, Indonesia 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 negara hukum;

23. Bahwa, masuknya rumusan HAM kedalam UUD 1945 merupakan kemajuan besar dalam proses perubahan Indonesia sekaligus menjadi salah satu ikhtiar bangsa Indonesia menjadikan UUD 1945 menjadi UUD yang makin modern dan makin demokratis. (*vide* Bukti P-17)

24. Bahwa keadaan batas usia anak sekurang-kurangnya 8 tahun dapat diajukan ke Sidang Anak dimaksud menjadi alasan adanya dorongan norma membawa masuk anak-anak yang muda belia ke dalam proses peradilan yang selanjutnya dapat berlanjut menjadi faktor kriminalisasi anak;

25. Bahwa dalam hal perlindungan anak, maka untuk pemenuhan hak konstitusional anak sesuai Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, maka menurut para Pemohon batas usia minimum pertanggungjawaban pidana anak yang berkonflik dengan hukum adalah usia 15 tahun, mengingat dan mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

- Batas usia anak boleh bekerja di pekerjaan ringan adalah 13-15 tahun, hal ini bersesuaian dan mengacu kepada ketentuan yang diatur dalam Pasal 69 ayat (1) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan (UU Ketenagakerjaan) [Bukti P-38],
- Kompilasi Hukum Islam di Indonesia mengatur anak yang belum berusia 12 tahun/belum *mumayyiz*, hak pemeliharaan anak masih di bawah perawatan ibunya (Pasal 105), sehingga masih sangat jauh dari usia 8 tahun;
- RUU tentang Peradilan Pidana Anak [*vide* Bukti P-23], memberi batasan tanggung jawab pidana lebih dari 8 tahun yakni 12 tahun, namun hal ini masih terlalu rendah karena dalam batas usia anak yang wajib belajar 9 tahun;
- RUU KUHP (*vide* Bukti P-24), memberi batasan tanggung jawab pidana lebih dari 8 tahun yakni 12 tahun, namun hal ini masih terlalu rendah karena dalam batas usia anak yang wajib belajar 9 tahun;
- Perangkat Hukum Internasional “Peraturan-peraturan minimum standar PBB mengenai administrasi peradilan bagi remaja” (*Beijing Rules*) yang disahkan melalui Resolusi Majelis PBB Nomor 40/33 tanggal 29 November 1985, yang meminta batas usia pertanggungjawaban pidana anak tidak terlalu rendah. Hal ini bersesuaian dengan rekomendasi Komite PBB Hak Anak untuk mengoreksi batas usia pidana anak (Bukti P-25 dan Bukti P-25A);
- Konvensi hak anak yang memberi batas usia anak belum 18 tahun.
- Masa dan usia wajib belajar 9 tahun sebagai salah satu program dari pemerintah;

- Masuknya rumusan HAM ke dalam UUD 1945, maka secara konstitusional hak asasi setiap warga Negara dan penduduk Indonesia (khususnya anak) telah dijamin;
 - UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (*vide* Bukti P-26);
26. Bahwa berkenaan para Pemohon mempergunakan dan selanjutnya memohon agar sudilah kiranya Majelis Hakim Mahkamah dalam permohonan *a quo* mempergunakan dan mengambilalih secara *mutatis mutandis* seluruh dalil, alasan dan bukti yang dikemukakan para Pemohon dalam alasan-alasan permohonan uji materiil pada bagian II. Huruf A tersebut di atas;
27. Bahwa ketentuan yang diatur dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak berlaku di Indonesia dan mengikat seluruh warga negara atau subjek hukum di Indonesia, dan karenanya pemberlakuan atau penerapannya berkorelasi dengan hak para Pemohon dalam hal ini memastikan pemenuhan hak anak untuk tumbuh dan berkembang (*right to development*), hak atas perlindungan (*right to protection*) dari kekerasan dan perlakuan diskriminatif terhadap anak sebagai subjek yang dilindungi hak konstitusionalnya;
28. Bahwa hal-hal tersebut di atas menjadi fakta adanya pelanggaran hak konstitusional anak terhadap hak atas tumbuh dan berkembang (*right to development*) dan hak atas perlindungan (*rights to protection*) dari kekerasan dan diskriminasi yang dijamin dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945;
29. Bahwa dengan adanya norma hukum yang terlalu rendah membawa anak ke dalam proses peradilan anak yang kemudian menjadi kriminalisasi anak pada gilirannya secara rasional dan faktual mengakibatkan pelanggaran hak konstitusional anak untuk tumbuh dan berkembang sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
30. Bahwa dengan alasan dan dalil serta bukti-bukti tersebut di atas, hak atas kelangsungan hidup dan hak atas tumbuh dan berkembang, hak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi [Pasal 28B ayat (2) UUD 1945], dapat diperoleh fakta dan keadaan bahwa kriminalisasi anak dengan adanya

Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak adalah bertentangan dengan hak konstitusional anak dalam Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

31. Bahwa dengan alasan-alasan tersebut di atas maka ketentuan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak penerapannya melanggar ketentuan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
 32. Bahwa dengan alasan-alasan tersebut di atas para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah dalam permohonan *a quo* yang memeriksa, mengadili dan memutuskan permohonan uji materiil *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang "*sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun*" bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
 33. Bahwa dengan alasan-alasan tersebut di atas para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah dalam permohonan *a quo* yang memeriksa, mengadili dan memutuskan permohonan uji materiil *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang "*sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun*" adalah 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 perlindungan hak-hak anak;
- C. Dalil-dalil bahwa ketentuan Pasal 5 ayat (1) sepanjang frasa berbunyi "*belum mencapai umur 8 (delapan) tahun*" bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dan karenanya diberlakukan inkonstitusional bersyarat dan hanya berlaku secara konstitusional bersyarat jika proses penyidikan anak sudah menjamin perlindungan hak-hak anak**
1. Bahwa ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak berbunyi, "*Dalam hal anak belum mencapai umur 8 (delapan) tahun melakukan atau diduga melakukan tindak pidana, maka terhadap anak tersebut dapat dilakukan pemeriksaan oleh Penyidik*";

2. Bahwa ketentuan Pasal 5 ayat (1) sepanjang frasa yang berbunyi, “..*anak belum mencapai umur 8 (delapan) tahun*”, adalah terlalu rendah karena terhadap anak dalam usia itu dilakukan proses hukum “*pro justisia*” oleh Penyidik. Apalagi proses penyidikan sebagai proses “*pro justisia*” terhadap anak sebagaimana KUHAP maupun Penjelasan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak, sama seperti halnya melakukan penyidikan terhadap Anak Nakal umur 8 tahun ke atas walaupun bedanya hanya untuk penyidikan saja, dan tidak untuk diajukan ke Sidang Anak, mengingat bahwa pertanggungjawaban anak dalam hukum pidana (*toerekenvatbaarheid*) atas pelanggaran-pelanggaran hukum yang dilakukannya adalah belum sempurna seperti orang dewasa, maka perlu adanya ketentuan batas usia minimum bagi anak untuk dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya.
3. Bahwa ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak ini tetap mempersamakan perlakuan proses penyidikan seperti halnya penyidikan untuk “*pro justisia*” yang diajukan ke Sidang Anak (seperti Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak). Oleh karena pemeriksaan penyidik terhadap Anak Nakal berusia sekurang-kurang 8 tahun untuk diajukan ke Sidang Anak (dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak) dengan pemeriksaan Penyidik untuk anak kurang 8 tahun [Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak] adalah sama saja karena yang diberlakukan adalah KUHAP juga oleh penyidik. Dengan demikian, maka:
 - (a) Tidak ada perbedaan perlakuan dalam pemeriksaan penyidik terhadap anak belum 8 tahun [Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak], dengan pemeriksaan penyidik terhadap Anak Nakal (sekurang-kurangnya 8 berumur tahun) untuk diajukan ke Sidang Anak [Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak]. Sehingga tidak ada perbedaan perlakuan hukum dalam pemeriksaan oleh penyidik terhadap anak yang sudah memiliki tanggung jawab hukum pidana (*criminal responsibility*), yakni sekurang-kurangnya 8 tahun, dengan

anak yang belum memiliki tanggung jawab hukum pidana (anak usia belum 8 tahun).

- (b) Dengan demikian, dalam hal proses pemeriksaan penyidik, seakan-akan tidak ada gunanya dan tidak ada implikasi hukumnya, dan tidak ada perlindungan khusus bagi anak berusia belum 8 tahun yang diduga melakukan tindak pidana. Sebab, tetap saja pemeriksaannya oleh penyidik sama seperti pemeriksaan penyidik terhadap anak usia sekurang-kurangnya 8 tahun sebagaimana maksud Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak.
 - (c) Justru, ironisnya pada kenyataan di lapangan diperoleh fakta dimana proses pemeriksaan anak usia kurang 8 tahun guna kepentingan "*pro justisia*" oleh Penyidik, secara faktual dan terbukti dalam banyak kasus mengakibatkan pelanggaran hak-hak anak, kekerasan terhadap anak, dan berbagai kondisi yang tidak nyaman bagi anak;
4. Bahwa proses hukum pemeriksaan untuk kepentingan "*pro justisia*" oleh penyidik terhadap anak kurang 8 tahun dimaksud [Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak], adalah proses yang dalam beberapa hal anak mengalami kekerasan, keadaan anak tidak nyaman dan kerap membuat terganggunya psikologis dan mental anak.

Fakta-fakta adanya pelanggaran hak anak seperti kekerasan dan kondisi tidak nyaman dalam lingkup proses pemeriksaan untuk kepentingan "*pro justisia*" oleh Penyidik tersebut dapat dikemukakan beberapa fakta dan data sebagai berikut:

- (a) Kekerasan terhadap anak berkonflik hukum. Kekerasan tak terelakkan dari anak berkonflik hukum. Di lingkungan Kepolisian, seakan-akan penyidikan identik dengan kekerasan. Kunjungan KPAI ke sebuah lembaga pemasyarakatan anak menemukan, dari 32 penghuni lembaga pemasyarakatan anak, 18 orang dari 32 orang mengaku selama penyidikan mengalami penyiksaan.

[Hadi Supeno, "Dekriminalisasi Anak", Pokok-pokok pikiran, pada Diskusi Publik "Dekriminalisasi Anak", yang diselenggarakan oleh

Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI), pada tanggal 31 Juli 2009].
[Bukti P-27]

Pada awal Juli 2009 yang lalu, sepuluh (10) anak yang sedang bermain “macan buram” ditangkap Polisi, dijemu di atas rumput dalam terik matahari siang, ditahan, dan dipidanakan dengan tuduhan melakukan pelanggaran Pasal 303 KUHP.

(Lihat Surat dari Lembaga Bantuan Hukum Masyarakat, kepada KPAI, Nomor 089/SK/SBJ/VI/2009 tertanggal 12 Juni 2009 perihal Permohonan Audiensi), Bukti P-28.

Dalam sidang pengadilan tanggal 27 Juli 2009, 10 anak tetap diputus bersalah, walaupun divonis dikembalikan kepada orang tua dengan pengawasan Bapas. Ini bukan kali pertama anak-anak Indonesia mengalami tindakan sewenang-wenang dari aparat hukum. Ada kasus Raju di Sumatera Utara yang menjadi bahan perbincangan internasional, ada kasus Joko dari Depok yang disiksa Polisi di depan orang tuanya, dan banyak lagi tindakan *abuses of power* oleh aparat kepolisian dengan korban anak-anak.

(Pengaduan terakhir dari “Setara Institut” kepada Kapolri, tembusan surat ke KPAI Nomor 52/Eks/Ket.HD/VII/2009 tertanggal 27 Juli 2009, perihal Penolakan Terhadap Kriminalisasi Anak dan Human Right Defenders], Bukti P-29.

Selain itu Laporan mengenai kekerasan anak diperoleh fakta bahwa:

"Dari hasil monitoring Lembaga Advokasi Hak Anak (Laha) terhadap 44 anak yang berada di rumah tahanan (rutan) pada tahun 2004, 66 persen di antaranya mendapatkan kekerasan fisik selama proses hukum tersebut. Bentuk kekerasan yang mereka alami bervariasi, mulai dari disiram, dipukul, digencet, dan lainnya," ungkap Andi dari Divisi Kajian dan Pendidikan Publik Laha, Jumat (5/8) di Bandung.

[Sumber : www.pikiran-rakyat.com/cetak/2005/0805/08/0310.htm], Bukti P-30.

- (b) Kecenderungan penahanan. Berdasarkan data skunder yang diperoleh dari Poltabes Palembang tentang perkara pidana anak, antara tahun

2000 sampai dengan 2003, terdaftar sejumlah 75 kasus anak. Dari keseluruhan tersangka anak tersebut ternyata semuanya dikenakan penahanan. Dalam kasus Raju, anak di bawah umur yang dibawa ke sidang pengadilan pidana pada Pengadilan Negeri Stabat, sembari menanti pengadilan. Bahkan diterbitkan Surat Perintah Penahanan oleh Pengadilan Negeri Stabat. Dari contoh kasus itu, ada kecenderungan melakukan penahanan pada anak. [Bukti P-23] “...*Dua malam Raju sempat dipisahkan dari ibunya karena harus menjalani penahanan di rumah tahanan Pangkaja Brandan. Akibatnya, asma (sesak nafas) Raju kumat. Raju diminakan izin dibawa berobat tetapi tidak diperkenankan*”. [lihat Jufri Bulian Ababil, “Raju Yang Diburu”, Pondok Edukasi, Bantul, 2006, halaman 7 sampai dengan 9], Bukti P-10.A.

- (c) Kecenderungan penjatuhan pidana daripada tindakan pidana. Sepanjang bulan Januari sampai dengan bulan Juli 2003 terjadi 43 kasus anak yang berkonflik dengan hukum dengan jumlah pelaku 94 orang, yang diduga dan disangka sebagai pelaku tindak pidana di Sumatera Utara. Artinya 13 orang anak akan dipenjara setiap bulan. [Ariffani, *Anak Nakal: Dari Terminologi sampai Implementasi*, Majalah Kalingga, Edisi November-Desember 2003, PKPA-UNICEF, halaman 8].
- (d) Proses “*Pro Justisia*” dan pidana diterapkan bukan sebagai *The last resort*. Proses hukum bocah pencuri mie instan. Empat bocah siswa SD dan SMP di Kagungan-Kota Agung, Kabupaten Tanggamus (Lampung). Keempat bocah itu, Sh (8) kelas 2 SDN 1 Kagungan, DE (13) kelas 2 SMPN 2 Kota Agung Timur, Ad (11) kelas 5 SD 1 Kagungan, dan He (12) kelas 6 SDN 1 Kagungan didakwa mencuri empat bungkus mie instan, perkaranya mulai disidangkan di Pengadilan Negeri (PN) Kota Agung Rabu (15/3) lalu. Para bocah yang menjadi terdakwa tersebut, dituduh mencuri mie instan saat bermain di sekitar tambak udang di Pekon Kagungan, Kecamatan Kota Agung Timur, Minggu (15 Desember tahun 2005) sekitar pukul 10.00 WIB. Sekawanan bocah itu mengambil empat bungkus mie yang harganya per bungkus Rp.500,. Namun ulah bocah tersebut diketahui salah satu penjaga tambak di sana dan

ditangkap serta sempat terkena pukulan di paha maupun tangan mereka. Kendati tidak ditahan, kasus itu ternyata diadukan oleh perusahaan tambak tersebut ke Polsek Kota Agung yang kemudian memproses mereka hingga ke pengadilan. Anak-anak di bawah 13 tahun itu diancam Pasal 363 KUHP berupa pencurian dengan pemberatan. [sumber: Bandar Lampung, 17 Maret 2006, Sumber: www.gatra.com/artikel.php?id=93057], Bukti P-33.

- (e) Penahanan atau pemenjaraan bersama orang dewasa. Pengalaman menjalani tahanan bersama orang dewasa juga banyak ditemui oleh anak-anak yang berkonflik dengan hukum. Menurut data UNICEF, 5.000 anak yang ditahan atau dipenjara, 84% diantaranya ditempatkan di penjara dewasa. [www.unicef.org/indonesia/id/protection_3146.html].
- (f) *Over capacity*. Dalam laporan penelitian berjudul, “Sistem Pembinaan Anak Pidana Di lembaga Pemasyarakatan Kelas IIA Anak Tanjung Gusta Medan”, diperoleh fakta bahwa kendala yang dihadapi petugas lembaga pemasyarakatan adalah *over* kapasitas ataupun tidak sebandingnya jumlah anak pidana dengan petugas lembaga pemasyarakatan, minimnya dana operasional, kurangnya tenaga profesional, prasarana yang tidak mendukung dan kurangnya partisipasi orangtua/keluarga dan masyarakat. Untuk masalah *over* kapasitas dan kekurangan dana operasional belum ada upaya yang bisa dilakukan. Khususnya masalah *over* kapasitas dikarenakan sumber penyebabnya adalah dari Rumah Tahanan dan Lembaga Pemasyarakatan Kelas IA Tanjung Gusta Medan. Sebagai saran perlunya kepedulian semua pihak (pemerintah dan masyarakat) untuk memperhatikan kebutuhan anak pidana. Bagi Departemen Hukum dan HAM perlunya penambahan dana operasional di lembaga pemasyarakatan, petugas wanita dan pembina yang profesional.
- (g) Kapasitas Lembaga Pemasyarakatan Anak Tanjung Gusta saat ini sudah *over* kapasitas, di mana yang selayaknya dihuni oleh 250 orang tahanan dan napi, namun kini dihuni 839 orang, dengan perincian, 443

orang anak usia 18 tahun ke bawah, dan 396 orang usia 18 sampai dengan 21 tahun.

[http://www.waspada.co.id/index.php?option=com_content&view=article&id=40450:pusaka-indonesia-anak-berkonflik-dengan-hukum-harus-dilindungi&catid=59&Itemid=91], Bukti P-35.

- (h) Ragam permasalahan pembinaan. Hasil penelitian berjudul “Pembinaan Anak Pidana di lembaga pemasyarakatan menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan dan Pelaksanaannya di Lembaga Pemasyarakatan Labuhan Ruku Kelas IIA (Asahan)”.

[Sumber:http://library.usu.ac.id/index.php/component/journals/index.php?option=com_journal_review&id=3584&task=view], Bukti P-36. Fakta dan bukti tersebut menunjukkan bahwa pelaksanaan pembinaan yang dilakukan terhadap anak pidana di Lembaga Pemasyarakatan Labuhan Ruku Kelas IIA (Asahan) telah melaksanakan ketentuan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan dan peraturan pemerintah lainnya. Namun dalam pelaksanaannya masih terdapat beberapa faktor penghambat di antaranya: masih kurangnya tenaga petugas di bidang pendidikan, hukuman yang relatif singkat, dana yang minim, kurang terpenuhi gizi makanan, sarana bangunan dan pelayanan kesehatan yang kurang baik serta faktor pendukungnya yaitu: pembinaan anak pidana yang hukumannya relatif rendah, peningkatan pembinaan anak pidana kebutuhan di bidang pendidikan, sarana bangunan dilakukan pemisahan bagi anak pidana dan biaya operasional dari pemerintah dilakukan peningkatan kapasitas.

5. Bahwa sebagai negara peserta (*state party*) atas Konvensi PBB tentang Hak Anak (KHA), Komite PBB tentang Hak Anak yang diberikan mandat KHA mengevaluasi laporan Negara (*country report*) atas pelaksanaan KHA di negara peratifikasi *cq* Indonesia, dengan memberikan beberapa penilaian dari anggota komite (yang terdiri atas ahli dari berbagai negara di dunia), termasuk penilaian mengenai pelaksanaan sistem peradilan pidana anak di Indonesia, yakni:

“The Committee is very concerned at the very large number of children sentenced to jail even for petty crimes and despite article 66 (4) of Law No. 39 of 1999 on Human Rights, that these children are often detained with adults and in poor conditions, even when in detention centres for children”;
Bukti P-25A.

6. Bahwa penentuan batas usia di bawah 8 tahun dapat dilakukan pemeriksaan oleh Penyidik, yang dimaksudkan adalah proses *“pro justisia”*, seperti yang telah dijelaskan dimuka, terlalu rendah karena itu mengakibatkan pelanggaran hak konstitusional anak atas tumbuh kembang, dan hak konstitusional atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi [Pasal 28B ayat (2) UUD 1945], dan melanggar hak konstitusional anak untuk memperoleh hukum yang berkeadilan [Pasal 28D ayat (1) UUD 1945], karena sangat tidak adil pada usia anak belum 8 tahun sudah dibenarkan diajukan ke pemeriksaan Penyidik;
7. Bahwa untuk perlindungan hak anak dalam Pasal 2B ayat (2) UUD 1945, maka menurut para Pemohon batas usia minimum pertanggungjawaban pidana anak yang berkonflik dengan hukum lebih tepat adalah lebih tinggi dari 8 tahun yakni usia 15 tahun, mengingat dan mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:
 - Batas usia anak boleh bekerja di pekerjaan ringan adalah 13 sampai dengan 15 tahun, hal ini bersesuaian dan mengacu kepada ketentuan yang diatur dalam Pasal 69 ayat (1) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan (UU Ketenagakerjaan) [Bukti P-38],
 - Kompilasi Hukum Islam di Indonesia mengatur anak yang belum berusia 12 tahun/belum *mumayyiz*, hak pemeliharaan anak masih di bawah perawatan ibunya (Pasal 105), sehingga masih sangat jauh dari usia 8 tahun;
 - RUU tentang Peradilan Pidana Anak (*vide* Bukti P-23), memberi batasan tanggung jawab pidana lebih dari 8 tahun yakni 12 tahun, namun hal ini masih terlalu rendah karena dalam batas usia anak yang wajib belajar 9 tahun;

- RUU KUHP (*vide* Bukti P-24), memberi batasan tanggung jawab pidana lebih dari 8 tahun yakni 12 tahun, namun hal ini masih terlalu rendah karena dalam batas usia anak yang wajib belajar 9 tahun;
 - Perangkat hukum internasional “Peraturan-peraturan minimum standar PBB mengenai administrasi peradilan bagi remaja” (Beijing Rules) yang disahkan melalui Resolusi Majelis PBB Nomor 40/33 tanggal 29 November 1985, yang meminta batas usia pertanggungjawaban pidana anak tidak terlalu rendah. Hal ini bersesuaian dengan rekomendasi Komite PBB Hak Anak untuk mengoreksi batas usia pidana anak (Bukti P-25 dan Bukti P-25A);
 - Konvensi Hak Anak yang memberi batas usia anak belum 18 tahun;
 - Masa dan usia wajib belajar 9 tahun sebagai salah satu program dari pemerintah;
 - Masuknya rumusan hak asasi manusia ke dalam UUD 1945, maka secara konstitusional hak asasi setiap warga negara dan penduduk Indonesia (khususnya anak) telah dijamin;
 - Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (*vide* Bukti P-26);
8. Bahwa segenap argumentasi terhadap anak nakal yakni sekurang-kurangnya berusia 8 tahun sekalipun menurut dalil para Pemohon tidak tepat dan melanggar hak konstitusional anak, maka dengan demikian secara rasional anak yang berusia belum 8 tahun dapat diajukan ke pemeriksaan penyidik (menurut Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak), adalah sama juga melanggar hak konstitusional anak sebagaimana dalil-dalil, argumentasi dan bukti yang dikemukakan para Pemohon dalam permohonan ini (Angka II huruf B);
9. Bahwa perkenankan para Pemohon mempergunakan dan selanjutnya memohon agar sudilah kiranya Majelis Hakim Mahkamah dalam permohonan *a quo* mempergunakan dan mengambilalih secara *mutatis mutandis* seluruh dalil, alasan dan bukti yang dikemukakan para Pemohon dalam alasan-alasan permohonan pada bagian II huruf B tersebut di atas;

10. Bahwa dengan alasan-alasan tersebut di atas maka ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak penerapannya melanggar ketentuan Pasal 28B ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
11. Bahwa dengan alasan-alasan tersebut di atas para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah dalam permohonan *a quo* yang memeriksa, mengadili dan memutuskan permohonan uji materiil *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang frasa berbunyi, "*belum mencapai umur 8 (delapan) tahun*" bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
12. Bahwa dengan alasan-alasan tersebut di atas para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah dalam permohonan *a quo* yang memeriksa, mengadili dan memutuskan permohonan uji materiil *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak sepanjang frasa berbunyi, "*belum mencapai umur 8 (delapan) tahun*" inkonstitusional bersyarat, dan hanya berlaku secara konstitusional bersyarat jika proses penyidikan anak sudah menjamin perlindungan hak-hak anak;;

D. Dalil-dalil bahwa UU Pengadilan Anak Pasal 22 yang berbunyi, "*Terhadap Anak Nakal hanya dapat dijatuhkan pidana atau tindakan yang ditentukan dalam undang-undang ini*" sepanjang frasa yang berbunyi, "*pidana atau*" bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, dan karenanya berlaku secara inkonstitusional bersyarat dan hanya berlaku secara konstitusional bersyarat dengan memperhatikan tindakan sebagai prioritas, bukan pidana:

1. Bahwa ketentuan Pasal 22 UU Pengadilan Anak berbunyi, "*Terhadap Anak Nakal hanya dapat dijatuhkan pidana atau tindakan yang ditentukan dalam undang-undang ini*";
2. Bahwa dengan demikian terhadap Anak Nakal dapat dijatuhkan alternatif Pidana (*strafft*) atau Tindakan (*matregelen*);

3. Bahwa Pasal 22 UU Pengadilan Anak menormakan Anak Nakal sebagai subjek hukum belum dewasa, namun dapat dijatuhi pidana atau tindakan sebagaimana dalam UU Pengadilan Anak;
4. Bahwa meskipun pemidanaan adalah merupakan upaya untuk menyadarkan narapidana atau anak pidana agar menyesali perbuatannya dan menjadikan kembali sebagai warga masyarakat yang baik, taat kepada hukum, menjunjung tinggi nilai moral, sosial dan keagamaan sehingga tercipta kehidupan masyarakat yang aman, tertib dan damai, namun terhadap Anak Nakal, lebih tepat dan lebih baik dikenakan pembinaan dengan menjatuhkan tindakan sebagai upaya perbaikan (*restorative justice*) dan bukan penghukuman atau pemidanaan karena penghukuman atau pemidanaan akan menimbulkan dampak traumatik yang berkepanjangan terhadap si anak yang secara langsung maupun tidak langsung akan mempengaruhi proses perkembangan kejiwaan si anak mengingat status eks narapidana yang nantinya akan disandangnya setelah keluar dari Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS);
5. Bahwa pembinaan yang dilakukan dalam Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS) merupakan nama pengganti dari “penjara”, tidak mengatasi pendapat bahwa Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS) adalah tempat penyiksaan maupun berkumpulnya penjahat. Begitu buramnya gambaran Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS) dimata masyarakat, sehingga Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS) diakui juga menyimpan misteri dan kenangan bagi orang yang pernah menjadi penghuni maupun mengunjunginya. Dan masyarakat tetap beranggapan bahwa di dalam Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS) pun narapidana tidak dapat disadarkan, mengingat berkumpulnya penjahat pemula maupun yang berpengalaman dari berbagai latar belakang. Oleh karena itu, sisi buram dari Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS) mengharuskan ia berjalan bagaikan kapal tua yang sarat penumpang; [Despi Yanti, “Kedudukan Lembaga Pemasyarakatan (LP) sebagai Sub Sistem dalam Sistem Peradilan Pidana”, Skripsi, Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 1998, halaman 117], Bukti P-37.

6. Bahwa gambaran Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS) yang tidak terlepas dari beban dan tekanan masyarakat itu merupakan hambatan pokok mengingat “kepercayaan” masyarakat adalah salah satu penunjang keberhasilan “pembinaan”. Cara kekerasan memperlakukan narapidana justru membenarkan penilaian buruk dari masyarakat terhadap Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS) meskipun itu adalah tindakan dari “oknum” petugas pemasyarakatan. Seringnya terjadi keributan dan saling memeras antar sesama warga binaan pemasyarakatan serta tidak tentramnya narapidana sewaktu menjalani pembinaan, serta keterbatasan fasilitas pembinaan memperkuat dugaan akan suramnya masa depan narapidana;
7. Oleh karena itu semakin lama dipenjara, semakin mungkin seseorang itu menjadi terprisonisasi. Hal ini sangat relevan seperti yang dikatakan oleh Irwin dan Cressey, yang mengatakan terdapatnya budaya umum di penjara, yang terdiri dari tiga sub kultur, yaitu:
 1. Subkultur penjahat, yaitu apabila narapidana mengikuti kehidupan yang ada di penjara;
 2. Subkultur pencuri, yaitu apabila narapidana menghayati kultur jahat dari luar;
 3. Subkultur yang benar, yaitu apabila narapidana mengikuti norma yang benar;

[Despi Yanti, "Kedudukan Lembaga Pemasyarakatan (LP) sebagai Sub Sistem dalam Sistem Peradilan Pidana", Skripsi, Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 1998, halaman 118, Bukti P-37A].
8. Bahwa, kehendak narapidana untuk tetap mengikuti pola-pola yang diinginkan oleh pembina, sering berbenturan dengan apa yang dilihat dan dialami selama berintegrasi dengan sesama narapidana. Pada kesempatan ini narapidana yang menjalani hukuman lebih lama, sering memanfaatkan narapidana dengan masa pidana lebih singkat agar dijadikan sahabat yang menguntungkan untuk tidak mematuhi peraturan. Ketidakberhasilan pembinaan terhadap warga binaan pemasyarakatan, tampak pada saat kembalinya narapidana melakukan kejahatan setelah bebas dari Lembaga Pemasyarakatan. Hal inilah yang menyebabkan anggapan bahwa Lembaga

Pemasyarakatan (LAPAS) itu dicap sebagai sekolah kejahatan; [Despi Yanti, "Kedudukan Lembaga Pemasyarakatan (LP) sebagai Sub Sistem dalam Sistem Peradilan Pidana", Skripsi, Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 1998, halaman 119], Bukti P-37B.

9. Bahwa ketentuan Pasal 22 UU Pegadilan Anak yang tidak memberikan prioritas tindakan terhadap pidana adalah ketentuan yang melanggar hak konstitusional anak untuk tumbuh dan kembang sebagaimana Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, oleh karena situasi buruk dalam pemidanaan sebagaimana fakta antara lain:

- (a) Kekerasan. "*Dari hasil monitoring Lembaga Advokasi Hak Anak (Laha) terhadap 44 anak yang berada di rumah tahanan (rutan) pada tahun 2004, 66 persen di antaranya mendapatkan kekerasan fisik selama proses hukum tersebut. Bentuk kekerasan yang mereka alami bervariasi, mulai dari disiram, dipukul, digencet, dan lainnya,*" [Sumber : www.pikiran-rakyat.com/cetak/2005/0805/08/0310.htm] Bukti P-30.
- (b) Kecenderungan penahanan. Berdasarkan data skunder yang diperoleh dari Poltabes Palembang tentang perkara pidana anak, antara tahun 2000 sampai dengan 2003, terdaftar sejumlah 75 kasus anak. Dari keseluruhan tersangka anak tersebut ternyata semuanya dikenakan penahanan, Bukti P-31
- (c) Kecenderungan penjatuhan pidana daripada tindakan. Sepanjang Januari sampai dengan Juli 2003 terjadi 43 kasus anak yang berkonflik dengan hukum dengan jumlah pelaku 94 orang, yang diduga dan disangka sebagai pelaku tindak pidana di Sumatera Utara. Artinya 13 orang anak akan dipenjara setiap bulan [Ariffani, Anak Nakal: Dari Terminologi sampai Implementasi, Majalah Kalingga, Edisi November-Desember 2003, PKPA-UNICEF, halaman 8].
- (d) Proses "*Pro Justisia*" dan pidana bukan *the last resort*. Proses hukum bocah pencuri mie instan. Empat bocah siswa SD dan SMP di Kagungan-Kota Agung, Kabupaten Tanggamus (Lampung). Keempat bocah itu, Sh (8) kelas 2 SDN 1 Kagungan, DE (13) kelas 2 SMPN 2

Kota Agung Timur, Ad (11) kelas 5 SD 1 Kagungan, dan He (12) kelas 6 SDN 1 Kagungan didakwa mencuri empat bungkus mie instan, perkaranya mulai disidangkan di Pengadilan Negeri (PN) Kota Agung Rabu (15/3). Para bocah yang menjadi terdakwa tersebut, dituduh mencuri mie instan saat bermain di sekitar tambak udang di Pekon Kagungan, Kecamatan Kota Agung Timur, Minggu (15 Desember 2005) sekitar Pukul 10.00 WIB. Sekawan bocah itu mengambil empat bungkus mie yang harganya per bungkus Rp.500.- Namun ulah mereka diketahui salah satu penjaga tambak di sana dan ditangkapserta sempat terkena pukulan di paha maupun tangan mereka. Kendati tidak ditahan, kasus itu ternyata diadukan oleh perusahaan tambak tersebut ke Polsek Kota Agung yang kemudian memproses mereka hingga ke pengadilan. Anak-anak di bawah 13 tahun itu diancam Pasal 363 KUHP berupa pencurian dengan pemberatan. [Sumber : www.gatra.com/artikel.php?id=93057] [*vide* Bukti P-33]

- (e) Penahanan atau pemenjaraan bersama orang dewasa. Pengalaman menjalani tahanan bersama orang dewasa juga banyak ditemui oleh anak-anak yang berkonflik dengan hukum. Menurut data UNICEF, 5.000 anak yang ditahan atau dipenjara, 84% di antaranya ditempatkan di penjara dewasa. [www.unicef.org/indonesia/id/protection_3146.html] [*vide* Bukti P-30].
- (f) *Over capacity*. Dalam laporan penelitian berjudul, “Sistem Pembinaan Anak Pidana Di lembaga Pemasyarakatan Kelas IIA Anak Tanjung Gusta Medan”, diperoleh fakta bahwa kendala yang dihadapi petugas lembaga pemasyarakatan adalah over kapasitas ataupun tidak sebandingnya jumlah anak pidana dengan petugas lembaga pemasyarakatan, minimnya dana operasional, kurangnya tenaga profesional, prasarana yang tidak mendukung dan kurangnya partisipasi orangtua/keluarga dan masyarakat.
- (g) Ragam permasalahan pembinaan. Hasil penelitian berjudul “Pembinaan Anak Pidana Di Lembaga Pemasyarakatan Menurut Undang-Undang

Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan dan Pelaksanaannya Di Lembaga Pemasyarakatan Labuhan Ruku Kelas IIA (Asahan)".

[Sumber http://library.usu.ac.id/index.php/component/journals/index.php?option=com_journal_review&id=3584&task=view] [Bukti P-36], menunjukkan bahwa pelaksanaan pembinaan yang dilakukan terhadap anak pidana di Lembaga Pemasyarakatan Labuhan Ruku Kelas IIA (Asahan) telah melaksanakan ketentuan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan dan Peraturan Pemerintah lainnya. Namun dalam pelaksanaannya masih terdapat beberapa faktor penghambat diantaranya: kurang terpenuhi gizi makanan, sarana bangunan dan pelayanan kesehatan yang kurang baik serta faktor pendukungnya.

- (h) Negara ngutang Rp.80 Milyar untuk makan Napi untuk kepentingan konsumsi atau makan sehari-hari bagi para narapidana (Napi) di seluruh Lembaga Pemasyarakatan (LP) di Indonesia, negara masih harus ngutang sebesar kurang lebih Rp.80 milyar. Utang kepada rekanan Departemen Hukum dan HAM sebesar itu, tercatat selama enam bulan ini, kata Wakil Ketua Komisi III DPR M. Akil Mochtar, S.H M.H. Nyaris seluruh LP yang ada di Indonesia, kini tercatat menampung penghuni yang melebihi kapasitas sebenarnya. "*Ada LP yang over capacity lebih dari 50% dari yang distandarkan,*" ungkapnya. Akibatnya, jatah makan yang seharusnya diperuntukkan untuk 100 orang pada satu LP, misalnya, kemudian terhitung harus memberi makan kepada Napi yang jumlahnya lebih banyak dari 100. [Sumber : www.kapanlagi.com/h/0000072110.html] (11 Juli 2005) [*vide* Bukti P-19].
- (i) Masih banyak terjadi kekerasan terhadap anak yang dibuktikan dengan data dan fakta. Berikut ini hanya gambarann Kekerasan yang dialami Anak dari laporan penelitian LPA Sulawesi Selatan. Sumber: Badan Penelitian dan Pengembangan Hak Asasi Manusia, Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia, "Aspek HAM Dalam Undang-Undang Pengadilan Anak (Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997)", Jakarta, 2004, halaman 57. [Bukti P-42].

10. Bahwa adalah secara norma pemidanaan utamanya pemenjaraan tidak menghilangkan hak-hak perdata dan hak sipil sebagai warga negara, namun pada kenyataannya dengan situasi di dalam menjalani pidana anak-anak kerap kali tak terhindar kehilangan hak perdata atau hak sipil diantaranya hak pendidikan. Semestinyalah pemenjaraan anak tidak menghambat sifat progresif pemenuhan hak pendidikan. Akan tetapi pemenjaraan anak secara objektif dan rasional hampir selalu mengakibatkan hilangnya hak pendidikan anak, drop-out dari sekolah sehingga hak pendidikan anak terganggu, padahal hak pendidikan sangat fundamental, dan diberikan secara progresif dan dengan pemenuhan realisasi penuh, oleh karena:
- (a) Hak pendidikan diatur sebagai hak konstitusional dalam Pasal 31 ayat (1) UUD 1945 memberikan hak konstitusional warga negara termasuk anak bahwa, *“Setiap warga negara berhak mendapat pendidikan”*.
 - (b) Hak atas pendidikan merupakan harmonisasi Pasal 28 dan Pasal 29 KHA yang dipertegas lagi dalam Pasal 9 UU Perlindungan Anak, serta berbagai kewajiban Pemerintah dalam Pasal 48 sampai dengan Pasal 54 UU Perlindungan Anak.
 - (c) Pendidikan bukan hanya program namun hak dasar (*fundamental right*) untuk semua anak, bahkan untuk segala situasi apapun (*in all situations*) (UNICEF, *“Technical Notes: Special Considerations for Programming in Unstable Situations”*, 2003, halaman 265., Chapter 3, halaman 265), di mana pendidikan dasar merupakan fondasi untuk pembelajaran seumur hidup dan pembangunan manusia. [Artikel 1 (4) hasil World Declaration on Education for All, pada World Conference on Education for All, di Jomtien, Thailand]. Dalam *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) (1948), ditegaskan *“Every one has the right to education. Education shall be free, at least in elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory”*.
 - (d) Pemenuhan hak pendidikan anak bukan hanya program normatif, namun dengan langkah serius. Pasal 28 ayat (1) KHA (1989) menegaskan hak atas pendidikan bagi anak. *“State parties recognize*

the right of the child to education, and with a view to achieving this right progressively and on the basis of equal opportunity, ...”;

(e) Pasal 13 ayat (2) ICESCR ini menegaskan negara peserta mengakui, dengan menekankan upaya pencapaian untuk merealisasikan penuh (*to achieving full realization*) hak pendidikan. Istilah “*with a view to achieving progressively the full realization of the rights*”, terkandung dalam Pasal 2 ayat (1) ICESCR. Pasal 2 ayat (1) ICESCR menegaskan bahwa setiap negara peserta ICESCR mengambil langkah sendiri maupun dengan bantuan internasional dan kerjasama, untuk merealisasikan hak-hak dalam ICESCR tersebut.

11. Bahwa keadaan buruk dalam pemenjaraan anak di Indonesia mendapatkan sorotan dan sesuai penyesuaian untuk memenuhi hak anak. Perbaikan keadaan dimaksud lebih tepat daripada penjatuhan pidana anak, sehingga yang tepat adalah memberikan perawatan (restorasi) dengan mengedepankan *restorative justice* yakni dengan prioritas menjatuhkan Tindakan, bukan pidana karena situasi buruk dalam ppidanaan anak. Pandangan Komite Hak Anak (*Committee on The Rights of The Child*) yang mengevaluasi kemajuan pelaksanaan hak anak, memberikan rekomendasi untuk anak berkonflik dengan hukum diantaranya: (a) memastikan anak yang ditahan terpisah dari orang dewasa, perampasan kemerdekaan anak hanya sebagai upaya terakhir (*the last resort*), untuk jangka waktu paling pendek (*shortest time period*). Berikut ini diajukan evaluasi objektif Komite PBB tentang Hak Anak, yakni:

“78. *The Committee recommends that the State party: (a) raise the minimum age of criminal responsibility to an internationally acceptable level; (b) ensure that detained children are always separated from adults, and that deprivation of liberty is used only as a last resort, for the shortest appropriate time period and in appropriate conditions; (c) in cases where deprivation of liberty is unavoidable, improve procedures of arrest and conditions of detention, and establish special units within the police for the handling of cases of children in conflict with the law; (d) ensure the full implementation of juvenile justice standards and in particular*

article 37 (b) and article 40 para. 2 sub-para. (b)(ii)-(iv) and (vii) of the Convention, as well the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules) and the United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (the Riyadh Guidelines), and in the light of the Committee's 1995 discussion day on the administration of juvenile justice". [lihat Pandangan Komite atas Laporan Negara Indonesia pada sidang Komite yang ke-35. Lihat paragraph 77 dan rekomendasi paragraph 78].

12. Bahwa selain itu, perihal memberikan prioritas Tindakan kepada Anak Nakal bersesuaian dengan pemenuhan hak atas rasa keadilan hukum yang secara eksplisit dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Selain itu memberikan prioritas tindakan kepada anak nakal bersesuaian pula dengan asas *the last resort* atau *ultimum remidium*, yakni asas hukum yang hanya menggunakan hukum pidana ataupun penjatuhan pidana sebagai upaya terakhir ketika upaya lain tidak dilaksanakan. Dengan demikian asas *the last resort* dimaksud tidak sejalan dengan memberikan prioritas tindakan kepada anak nakal;
13. Bahwa ketentuan Pasal 22 sepanjang frasa "pidana atau" tersebut yang menjustifikasi pidana bagi anak nakal, bukan saja merupakan ketentuan yang a-historis dan tidak memperhatikan rasa keadilan masyarakat bahkan semenjak zaman penjajahan. Sejak zaman kolonial sekalipun, terhadap anak dibawah umur sedapat mungkin tidak dijatuhkan pidana namun dilakukan pendidikan paksa dengan mengesampingkan menjatuhkan pidana.
14. Bahwa justifikasi sosiologis mencegah pemenjaraan anak dengan member prioritas tindakan kepada anak nakal, merupakan bentuk pembinaan anak yang diutamakan. Hal ini diterakan dalam KUHP Nasional Belanda, yakni:
 - a. Sistem *Code Penal di Nederland* sampai tahun 1886 (di *Nedtherland Indie* sampai tahun 1918), ialah adanya pembatasan umur. Seorang anak yang belum mencapai usia 16 tahun yang melakukan suatu tindak pidana, tidak dipidana, akan tetapi anak itu dapat diperintahkan oleh

hakim perdata untuk mendapatkan pendidikan paksa (*dwang-opvoeding*) dari pemerintah.

- b. Pada tahun 1886, semenjak berlakunya KUHP Nasional Belanda yang dalam banyak hal mencontoh KUHP Jerman, terjadi perubahan dalam pembatasan usia.

[E.Y. Kanter, S.H., & S.R.Sianturi, SH., "Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya", Stora Grafika, Jakarta, 2002 hal.264-265]. [*vide* Bukti P-13.A];

15. Bahwa dalam rujukan sejarah hukum pidana, KUHP Nasional Belanda menganut asas yang memprioritaskan tindakan, bukan hanya memberikan pidana, yang dimaksudkan tentunya pemenjaraan;
16. Bahwa dengan demikian Pasal 22 UU Pengadilan Anak sepanjang frasa "pidana atau" bukan saja bertentangan dengan hak konstitusional anak sebagaimana Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 namun juga menyimpang dari prinsip dan sejarah hukum pidana;
17. Bahwa oleh karena anak sebagai subjek yang sedang berkembang atau tengah menjalani "*evolving capacities*", maka anak tidak dijatuhi pidana sebagai bentuk penderitaan atas perbuatannya. Oleh karena, sesuai dengan filsafat determinisme dalam hukum pidana bahwa keadaan hidup dan perilaku manusia, baik perorangan ataupun kelompok masyarakat ditentukan faktor-faktor fisik, geografis, biologis, psikologis, sosiologis, ekonomis dan keagamaan yang ada. (DR. M. Sholehuddin, S.H., M.H., "Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana-Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya", Rajawali Pers, Jakarta, 2004, halaman 33).
18. Bahwa selain lebih mendidik anak, memprioritaskan tindakan sebenarnya sanksi yang setara dengan pidana, sehingga prioritas penjatuhan Tindakan sebagai bentuk sanksi yang mandiri (*independent sanction*), dan bukan sanksi pelengkap (*complement sentence*) dari sanksi Pidana, adalah memiliki justifikasi normatif. (Dr. M. Sholahuddin, S.H., M.H.; "Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana-Ide Dasar Double Tract System & Implementasinya", Rajawali, Jakarta, halaman 206-207), [Bukti P-21A].

19. Bahwa perilaku anak tidak hanya karena faktor dari diri si anak sendiri namun adanya kontribusi proporsional lingkungan sosial sehingga sesuai filsafat determinisme maka penjatuhan pidana kepada anak pelaku perbuatan terlarang tidak tepat dan tidak adil, dan melanggar hak anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi yang dijamin Pasal 28B ayat (2) UUD 1945;
20. Bahwa lagipula perkembangan pemikiran hukum pidana dewasa ini menjustifikasi penghilangan pemidanaan untuk membuat menderita pelaku perbuatan terlarang. Dalam RUU KUHP telah memasukkan Tujuan Pemidanaan (Pasal 50) dan Pedoman Pemidanaan (Pasal 51) untuk membantu penegak hukum lebih memahami falsafah pemidanaan yang dianut. Falsafah secara singkat dapat dilihat pada Pasal 50 ayat (3) untuk tidak menderitakan dan merendahkan martabat manusia Indonesia. [lihat Mardjono Reksodiputro, "Catatan-catatan sekilas tentang Bab Pemidanaan, Pidana dan Tindakan (Bab III Buku Kesatu Rancangan Undang-Undang Republik Indonesia tentang KUHP", dikutip dari "<http://www.djpp.depkumham.go.id/inc/buka.php?czo0MjoiZD1zb3MrMSZmPUNhdGF0YW5fU2VraWxhc19UdGdfUjVX0tVSFAuaHRtIjs=>]
21. Bahwa perkembangan pemikiran hukum pidana yang mengedepankan Tindakan daripada pidana muncul sejak lama dalam perkembangan hukum pidana di Belanda. Menurut Mardjono Reksodiputro, "*Konsepsi tentang tindakan diambil oleh Rancangan dari Belanda, yang mengenal disamping "straf" dan "maatregel" sebagai sanksi dalam hukum pidana. Remmelink (2003 – hal. 458) mengatakan " ... bila kita bicara tentang maatregel (tindakan), maka disini yang mendominasi adalah fungsi prevensi khusus. ... Pada prinsipnya tindakan berwujud sebagai suatu "perlakuan" (behandeling/treatment) ... di samping atau sebagai pengganti pidana". Di Belanda ketentuan mengenai tindakan ini diatur dalam bab tersendiri sejak tahun 1983 (Bab/Title II A Buku Kesatu)".* [lihat Mardjono Reksodiputro, "Catatan-catatan Sekilas tentang Bab Pemidanaan, Pidana dan Tindakan (Bab III Buku Kesatu Rancangan Undang-Undang Republik Indonesia tentang KUHP)", dikutip dari

[<http://www.djpp.depkumham.go.id/inc/buka.php?czo0MjoiZD1zb3MrMSZmPUNhdGF0YW5fU2VraWxhc19UdGdfUIVVX0tVSFAuaHRtIjs=>]

22. Bahwa dengan perkembangan situasi peradilan anak saat ini, modal pemidanaan dengan bentuk “individualisasi pemidanaan (*individualization of sentencing*), dalam perkembangan dunia akademis sudah dianggap ketinggalan zaman (Paulus Hadisuprpto, “Peradilan Restoratif: Model Peradilan Anak Indonesia Masa Datang”, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 18 Februari 2006, halaman 24 dan halaman 25);
23. Bahwa walaupun demikian, beberapa perkembangan stelsel pidana itu yang tidak lagi mengedepankan pidana penjara, adalah bentuk pengakuan kelemahan pemenjaraan. Hal ini bersesuaian pula dengan fakta dan bukti bahwa menurut R.M. Jackson, pidana penjara termasuk jenis pidana yang relative kurang efektif, dalam hal menekan tidak berulangnya suatu perbuatan pidana. Angka rata-rata residivis (bagi yang pertama kali melakukan tindak pidana) berbanding terbalik dengan usia pelaku. Pada anak-anak mencapai 50%, untuk mereka yang pernah dipidana berusia 21 tahun ke bawah, mencapai 70%, residivis, lebih tinggi daripada yang bukan residivis setelah dijatuhi pidana penjara daripada pidana lainnya
24. Bahwa pada kenyataannya lembaga penjara sebagai hukuman pokok dalam pidana yang menurut Barda Nawawi Arief, pidana penjara membawa pengaruh lebih jahat, sehingga sering dikatakan bahwa rumah penjara adalah perguruan tinggi kejahatan atau pabrik kejahatan [Barda Nawawi Arief, “Kebijakan Legislatif”, halaman 76-81, dalam buku Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H., “Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia”, Total Media, Yogyakarta, 2009, halaman 93]. [Bukti P-35].
Lagi pula Keberhasilan pidana penjara sebagai sarana untuk reformasi adalah sangat kecil, walaupun hal itu sulit ditentukan secara tepat.
(Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H., “Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia”, Total Media, Jogjakarta, 2009, hal.93). [Bukti P-43];

25. Bahwa lagipula dengan fakta dan situasi pemenjaraan anak dalam Lembaga Pemasyarakatan Anak saat ini, maka dengan mengacu kepada asas *The Last Resort* dalam pemidanaan anak, lebih tepat jika tidak menjatuhkan pidana kepada anak namun lebih tepat memberikan prioritas Tindakan kepada Anak Nakal;
26. Bahwa dengan demikian, ketentuan Pasal 22 UU Pengadilan Anak yang membolehkan penjatuhan pidana baik anak nakal semestinya diterapkan dengan tidak melanggar hak konstitusional anak dalam Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 24D ayat (1) UUD 1945, yakni dengan memberikan prioritas penerapan tindakan kepada Anak Nakal;
27. Bahwa, merujuk kepada fakta-fakta dan dalil-dalil uraian tersebut di atas, maka dipandang perlu untuk menyatakan bahwa ketentuan Pasal 22 UU Pengadilan Anak tersebut di atas merupakan ketentuan Pasal Konstitusional bersyarat dengan memperhatikan tindakan sebagai prioritas, bukan pidana. Sehingga penjatuhan pidana atau pemidanaan terhadap Anak Nakal hanya merupakan *last resort* dan bukan sebagai tujuan utama;
28. Bahwa pemidanaan terhadap anak haruslah merupakan *ultimum remedium (the last resort)* mengingat sifat kekhususan anak bahwa anak bukanlah merupakan *miniature* orang dewasa. Oleh karenanya berbagai tindakan pencegahan harus dilakukan agar anak tidak melakukan tindak pidana, dengan melaksanakan meningkatkan pembinaan kualitas anak sesuai yang digariskan dalam Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 1997 tentang Penyelenggaraan Pembinaan Kualitas Anak dan disesuaikan dengan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah [halaman 9 tulisan Ny. Erna Sofwan Sjukrie, S.H; "Perlindungan hukum terhadap anak yang berkonflik dengan hukum" yang disampaikan pada pelatihan *lawyers* pembela anak berkonflik dengan hukum Lembaga Advokasi Anak Indonesia (LAAI kerja sama dengan Plan Internasional, Bogor 2-5 April 2002). [Bukti P-32];
29. Bahwa, penerapan batas usia minimum 8 tahun apabila diperhitungkan dengan masa usia sekolah anak dimulai usia 7 tahun, maka anak baru

berada di kelas 2 Sekolah Dasar, yang dirasakan masih terlalu muda untuk dibebani tanggung jawab terhadap tindak pidana yang dilakukan.

30. Bahwa dalam RUU KUHP diatur tentang batas umur minimum untuk dapat dipertanggungjawabkan secara pidana bagi anak yang melakukan tindak pidana, anak yang belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan (Pasal 113 RUU KUHP), penentuan batas usia 12 (dua belas) tahun didasarkan pada pertimbangan psikologis yaitu kematangan emosional, intelektual dan mental anak [halaman 7 tulisan Ny. Erna Sofwan Sjukrie, S.H; “Reformasi nasional dalam pelaksanaan system peradilan yang berpihak kepada anak dan keadilan” yang disampaikan pada seminar yang diselenggarakan oleh Yayasan Prayuwana Indonesia Lembaga Pusat Kajian Hak-hak Perlindungan dan Kesejahteraan Anak Indonesia bekerja sama dengan Departemen Kehakiman dan HAM Republik Indonesia di Jakarta, 25 Februari, 200 pelatihan *lawyers* pembela anak berkonflik dengan hukum Lembaga Advokasi Anak Indonesia (LAAI kerja sana dengan Plan Internasional, Bogor 2-5 April 2002). [Bukti P-22];
31. Bahwa ditinjau dari sisi perkembangan pemikiran hukum pidana yang muncul dalam perumusan RUU KUHP, terbukti adanya upaya serius untuk mengedepankan atau memprioritaskan Tindakan bukan Pidana sebagaimana muncul dengan adanya bentuk pidana kerja sosial dan pidana pengawasan, mengingat hal ini dikaitkan karena Indonesia telah meratifikasi Konvensi Internasional tentang Hak-Hak Anak;
32. Bahwa dengan alasan-alasan tersebut di atas para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah yang memeriksa, mengadili dan memutuskan permohonan *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 22 UU Pengadilan Anak sepanjang frasa “*pidana*” bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
33. Bahwa para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah yang memeriksa, mengadili dan memutuskan Permohonan *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 22 Undang-Undang Pengadilan Anak

merupakan inkonstitusional bersyarat dan hanya berlaku secara konstitusional bersyarat dengan memperhatikan hak-hak anak memperoleh prioritas tindakan bukan pidana;

E. Dalil-dalil bahwa ketentuan Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang mengenai frasa "pidana penjara", bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) UUD 1945:

1. Bahwa ketentuan Pasal 23 ayat (2) UU Pengadilan Anak berbunyi:

"Pidana pokok yang dapat dijatuhkan kepada Anak Nakal ialah: a. pidana penjara; b. pidana kurungan; c. pidana denda; atau d. pidana pengawasan".
2. Bahwa ketentuan Pasal 23 ayat (2) huruf a UU Pengadilan Anak berbunyi,

"Pidana pokok yang dapat dijatuhkan kepada Anak Nakal ialah: a pidana penjara;
3. Bahwa pengajuan uji material atas ketentuan Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang mengenai frasa *"pidana penjara"*, dalam hal apabila Mahkamah Konstitusi menolak atau tidak sependapat dengan para Pemohon mengenai permohonan pengujian Pasal 22 sepanjang frasa *"pidana atau"*. Karena itu mohon berkenan menggunakan *posita* di bawah ini dan secara *mutatis mutandis* mengambil alih dalil dan *posita* dalam hal pengujian Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang mengenai frasa *"pidana penjara"*;
4. Bahwa ketentuan Pasal 23 ayat (2) huruf a Undang-Undang Pengadilan Anak adalah ketentuan yang a-historis dan tidak memperhatikan rasa keadilan masyarakat bahkan semenjak zaman penjajahan, di mana terhadap anak di bawah umur dapat dilakukan pendidikan paksa yang disebut secara eksplisit dan bahan dengan mengesampingkan menjatuhkan pidana, dengan demikian termasuk pidana penjara;
5. Bahwa dalam sejarah hukum pidana, terhadap anak ada gagasan hukum pidana yang besar dan bersesuaian dengan justifikasi sosilogis bahwa pemenjaraan anak dicegah dan dihindarkan dengan memberi alternatif kepada tindakan (*maatregel*). Dalam sejarah hukum pidana, tindakan merupakan bentuk pembinaan anak yang diutamakan sebagaimana

diterapkan dalam KUHP Nasional Belanda. Berikut ini dikemukakan rujukan:

- a. *Sistem Code Penal di Nederland* sampai tahun 1886 (*di Nedherland Indie* sampai tahun 1918), ialah adanya pembatasan umur. Seorang anak yang belum mencapai usia 16 tahun yang melakukan suatu tindak pidana, tidak dipidana, akan tetapi anak itu dapat diperintahkan oleh hakim perdata untuk mendapatkan pendidikan paksa (*dwang-opvoeding*) dari pemerintah.
- b. Pada tahun 1886, semenjak berlakunya KUHP Nasional Belanda yang dalam banyak hal mencontoh KUHP Jerman, terjadi perubahan dalam pembatasan usia sebagai berikut:
 - Seorang anak yang belum mencapai usia 10 tahun, jika melakukan suatu tindak pidana, tidak dipidana, akan tetapi harus mendapat pendidikan paksa dari pemerintah.
 - Jika seorang anak yang usianya antara 10 tahun dan 16 tahun melakukan suatu tindak pidana dan sudah berakal (*oordel des onderscheid*), anak harus dipidana dengan pengurangan 1/3nya. Tetapi jika belum berakal anak itu tidak dipidana, akan tetapi harus diperintahkan oleh hakim pidana untuk dididik paksa oleh pemerintah sampai anak itu berumur 18 tahun.
 - Seorang anak yang sudah berusia 16 tahun atau lebih jika melakukan suatu tindak pidana, harus dipidana.

[E.Y. Kanter, S.H., dan S.R. Sianturi, S.H., "Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya", Stora Grafika, Jakarta, 2002 halaman 264-265]. [*vide* Bukti P-13A];
6. Bahwa dalam rujukan sejarah hukum pidana di atas, terbukti bahwa KUHP Nasional Belanda menganut asas yang memprioritaskan tindakan, bukan hanya memberikan pidana, yang dimaksudkan tentunya pemenjaraan. Konsepsi tentang tindakan diambil oleh Rancangan KUHP dari hukum pidana Belanda, yang mengenal disamping "*straf*" dan "*maatregel*" sebagai sanksi dalam hukum pidana. Menurut Remmelink (Hukum Pidana, Komentor Atas Pasal-Pasal Terpenting KUHP Belanda dan Padanannya

dalam KUHP Indonesia, 2003, halaman 458) mengatakan ” ... *bila kita bicara tentang maatregel (tindakan), maka disini yang mendominasi adalah fungsi prevensi khusus. ... Pada prinsipnya tindakan berwujud sebagai suatu “perlakuan” (behandeling/treatment) ... di samping atau sebagai pengganti pidana*”. Di Belanda ketentuan mengenai tindakan ini diatur dalam bab tersendiri sejak tahun 1983 (Bab/Title IIA Buku Kesatu).

[lihat Mardjono Reksodiputro, “Catatan-catatan Sekilas tentang Bab Pidana, Pidana dan Tindakan (Bab III Buku Kesatu Rancangan Undang-Undang Republik Indonesia tentang KUHP)”, dikutip dari [<http://www.djpp.depkumham.go.id/inc/buka.php?czo0MjoiZD1zb3MrMSZmPUNhdGF0YW5fU2VraWxhc19UdGdfUUVVX0tVSFAuaHRtljs=>]

7. Bahwa dengan demikian Pasal 23 ayat (2) huruf a UU Pengadilan Anak bukan saja bertentangan dengan hak konstitusional anak sebagaimana diuraikan di atas, namun juga menyimpang dari prinsip dan sejarah hukum pidana;
8. Bahwa dalam hal anak sebagai subyek yang dalam perkembangan dan menjalani masa “*evolving capacities*”, maka anak sepatutnya dididik bukan dibebankan penderitaan atas perbuatannya. Menurut ahli hukum pidana, perbedaan antara sanksi pidana dengan sanksi Tindakan terletak pada ada tidaknya unsur pencelaan, bukan pada ada tidaknya unsur penderitaan. Sedangkan sanksi tindakan tujuannya untuk mendidik.

[DR. M. Sholehuddin, S.H., M.H; “Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana-Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya”, Rajawali Pers, Jakarta, 2004, halaman 33]. [*vide* Bukti P-21]

9. Bahwa perbedaan orientasi ide dasar dari 2 jenis sanksi tersebut memiliki kaitan dengan paham filsafat yang memayunginya, yakni filsafat indeterminisme sebagai sumber ide sanksi pidana, dan filsafat determinisme sebagai sumber ide sanksi Tindakan. Filsafat indeterminisme mengasumsikan bahwa sejatinya manusia memiliki kehendak bebas, termasuk ketika manusia melakukan kejahatan. Karenanya konsekuensi pilihan bebasnya, maka setiap pemidanaan harus diarahkan pada

pencelaan moral dan pengenaan penderitaan bagi pelaku. Sedangkan filsafat determinisme bertolak dari asumsi bahwa keadaan hidup dan perilaku manusia, baik perorangan ataupun kelompok masyarakat ditentukan faktor-faktor fisik, geografis, biologis, psikologis, sosiologis, ekonomis dan keagamaan yang ada.

[DR. M.Sholehuddin,S.H., M.H; “Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana – Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya”, Rajawali Pers, Jakarta, 2004, halaman 33]. [*vide* Bukti P-21].

10. Bahwa menghapuskan sanksi Pidana penjara bagi anak nakal tidak menegasi kesalahan anak nakal. Walaupun demikian, Tindakan sebenarnya sanksi juga yang setara dengan pidana, sehingga Tindakan adalah sanksi yang mandiri (*independent sanction*), dan bukan sanksi pelengkap (*complement sentence*) dari sanksi Pidana. (Dr. M. Sholahuddin,S.H., M.H, “Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana-Ide Dasar Double Tract System dan Implementasinya”, Rajawali, Jakarta, halaman 206-207). [*vide* Bukti P-21A].
11. Bahwa dalam konteks saat ini di mana perilaku anak tidak hanya karena faktor dari diri si anak sendiri namun adanya kontribusi proporsional lingkungan sosial sekitarnya, maka paham filsafat yang tepat memayunginya adalah filsafat indeterminisme, sehingga dalam hal penjatuhan sanksi kepada anak pelaku perbuatan terlarang tidak tepat dan tidak adil jika dikenakan sanksi pidana penjara akan tetapi lebih tepat dengan memberikan sanksi tindakan;
12. Bahwa tidak layaknya menjatuhkan pidana penjara bagi anak nakal karena pemahaman pemenjaraan sudah perlu direformasi menjadi pembinaan yang mengubah keadaan anak. Sehingga penghapusan pidana penjara memiliki justifikasi sosiologis, teoritis dan filosofis. Berdasarkan Laporan *Roundtable Discussion* berjudul “Keadaan Bagi Anak Yang Berhadapan dengan Hukum Dalam Situasi Bencana dan Emergensi” diperoleh deskripsi mengenai pembinaan anak berkonflik dengan hukum yang berorientasi kepada restorasi anak. Dalam memahami penjatuhan pidana, patut merujuk aliran positif yang melihat kejahatan secara empiris dengan menggunakan

metode ilmiah untuk mengkonfirmasi fakta-fakta di lapangan dalam kaitannya dengan terjadinya kejahatan.

Aliran ini beralaskan paham *determinisme* yang menyatakan bahwa seseorang melakukan kejahatan bukan berdasarkan kehendaknya karena manusia tidak mempunyai kehendak bebas dan dibatasi oleh berbagai faktor, baik watak pribadinya, faktor biologis, maupun faktor lingkungan. Oleh karena itu pelaku kejahatan tidak dapat dipersalahkan dan dipidana, melainkan harus diberikan perlakuan (*treatment*) untuk re-sosialisasi dan perbaikan si pelaku. Gerber dan Mc. Anany menyatakan bahwa munculnya paham rehabilitasionis dalam ilmu pidana sejalan dengan gerakan reformasi penjara. Melalui pendekatan kemanusiaan, maka paham ini melihat bahwa sistem pidana pada masa lampau menyebabkan tidak adanya kepastian nasib seseorang;

Berdasarkan pendekatan keilmuan, maka aliran rehabilitasi berusaha membuat jelas dan melahirkan suatu dorongan untuk memperbaiki pelaku kejahatan sebagai tema sentral mengenyampingkan semua tujuan lain dari pidana. Jadi gerakan rehabilitationist merupakan paham yang menentang sistem pidana pada masa lalu, baik untuk tujuan retributif, maupun tujuan *deterrence*. Basis utama aliran ini adalah konsepnya bahwa kejahatan disebabkan oleh multi faktor yang menyangkut kehidupan natural manusia di dunia ini, antara lain faktor biologis dan faktor lingkungan sosial.

Oleh karena itu aliran positif bersandarkan pada paham *indeterminisme* yang mengakui bahwa manusia tidak mempunyai kehendak bebas (*free will*) karena dibatasi oleh faktor-faktor tadi. Dalam hal penjatuhan pidana, aliran ini menganut sistem "*indefinite sentence*", yaitu pidana yang dijatuhkan tidak ditentukan secara pasti karena setiap pelaku kejahatan mempunyai kebutuhan yang berbeda. Hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Lombroso, bahwa penerapan pidana yang sama pada semua pelaku kejahatan, merupakan suatu kebodohan karena setiap pelaku mempunyai kebutuhan yang berbeda.

[Sue Titus Reid, 1985, *Crime and Criminology*. Fourth Edition, CBS College Publishing, New York, Halaman 97-102. Lihat juga Muladi, 1985, Lembaga Pidana Bersyarat, Alumni Bandung, Halaman 34]. [Bukti P-44].

Perbuatan seseorang tidak bisa hanya dilihat dari aspek yuridis semata terlepas dari orang yang melakukannya. Perbuatan seseorang itu harus dilihat secara konkret bahwa dalam kenyataannya perbuatan seseorang itu dipengaruhi oleh watak pribadinya, faktor-faktor biologis, maupun faktor-faktor lingkungan. Bentuk pertanggungjawaban sipembuat lebih bersifat tindakan (*treatment*) untuk melindungi kepentingan masyarakat.

13. Bahwa dengan demikian apalagi dengan situasi dan tempat pelembagaan anak ke dalam institusionalisasi tertutup sebagaimana halnya penjara yang masih belum menjamin dan melindungi serta memenuhi hak-hak anak, sehingga pemenjaraan anak adalah tidak adil dari prima kausa anak melakukan perbuatan terlarang, dan hal itupun bersesuaian dengan hak konstitusional anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi yang dijamin Pasal 28B ayat (2) UUD 1945;
14. Bahwa dengan perkembangan situasi peradilan anak saat ini, modal pembedaan dengan bentuk “individualisasi pembedaan (*individualization of sentencing*), dalam perkembangan dunia akademis sudah dianggap ketinggalan zaman.
[Paulus Hadisuprpto, “Peradilan Restoratif: Model Peradilan Anak Indonesia Masa Datang”, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 18 Februari 2006, halaman 24-25]; [Bukti P-45].
15. Bahwa selain itu, persoalan pemberian sanksi pidana atas suatu perbuatan yang terlarang sebagai cara untuk mematuhi hukum, dalam ilmu hukum tidak sepenuhnya mutlak. Pertanyaan besar yang mengagitasi hakim dan filsuf, berabad-abad: “*why do people obey the law*”. Walaupun memang kerap kali sistem hukum didukung dengan sanksi (*supported by sanction*), akan tetapi sanksi dibutuhkan namun tidak selalu diperlukan untuk setiap

Undang-Undang dalam sistem hukum (*the need for having sanction arises but not necessarily for every law*).

[Prof. Hari Chand, "Modern Jurisprudence", International Law Book Services, 1994, p.111] [Bukti P-46];

16. Bahwa dalam situasi dan kondisi serta "*setting*" sosial dan empiris mengenai lembaga pemasyarakatan anak (Lapas Anak) saat ini, yang masih belum kondusif bagi pemenuhan hak konstitusional anak, maka dengan demikian tidak konstitusional mengabaikan hak konstitusional anak sebagaimana yang dijamin dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, serta secara *kausal verband* mengakibatkan terlanggarnya hak konstitusional anak lainnya, yakni:

- (a) Hak atas pendidikan;
- (b) Hak atas rasa aman;
- (c) Hak atas makan;
- (d) Hak atas bebas dari kekerasan;
- (e) Hak atas berkumpul dengan keluarga;
- (f) Hak atas hukum berkeadilan.

17. Bahwa pidana penjara tidak tepat diterapkan kepada anak, sejalan dengan berbagai kritik terhadap pidana penjara yang bergema dalam perkembangan ilmu hukum pidana, yang berangkat dari ajaran paham filsafat determinisme yang bertolak dari asumsi bahwa keadaan hidup dan perilaku manusia, baik perorangan ataupun kelompok masyarakat ditentukan faktor-faktor fisik, geografis, biologis, psikologis, sosiologis, ekonomis dan keagamaan yang ada.

[DR. M. Sholehuddin, S.H., M.H.; "Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana – Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya", Rajawali Pers, Jakarta, 2004, halaman 33]. [*vide* Bukti P-21];

Oleh karena itu bukan pidana yang harus dijatuhkan kepadanya akan tetapi yang diperlukan adalah tindakan perawatan yang bermaksud memperbaiki

[Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H., "Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia", Total Media, Yogyakarta, 2009, halaman 88]. [*vide* Bukti P-20];

18. Bahwa namun berbagai kritik terhadap pidana penjara masih relevan dengan justifikasi untuk menjamin hak konstitusional anak yang bukan pelaku pidana yang otentik. Berbagai argumentasi mengkritik pidana penjara, diantaranya:

(a) Kritik yang moderat mencakup aspek yang disebut (i) *Starfmodus* (sisi pelaksanaan pidana penjara, baik sistem pembinaan/treatment maupun kelembagaan/institusi); (ii) *Straftmaat* (sisi lamanya penjatuhan pidana penjara dilihat dari jenis pidana, khususnya penjatuhan pidana penjara yaitu adanya kecenderungan membatasi pidana penjara pendek); (iii) *Straftsoort* (sisi penggunaan atau penjatuhan pidana penjara dilihat sebagai jenis pidana yaitu kecenderungan untuk mengurangi atau membatasi penjatuhan pidana penjara secara limitatif dan selektif). Disamping kritik moderat muncul kritik ekstrim yang menghendaki hapusnya sama sekali pidana penjara. Gerakan penghapusan pidana penjara (*prison abolition*) terlihat dengan adanya *International Conference On Prison Abolition* (ICOPA) yang pertamakali pada tahun 1983 di Toronto, kedua di Amsterdam (24-27 Juli 1985), ketiga di Montreal (1987). Pada konferensi ketiga ini gerakan *prison abolition* diubah menjadi *penal abolition*.

[Prof. Dr. Dwidja Priyatno, S.H., M.H., Sp.N., "Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara di Indonesia", Refika Aditama, Bandung, 2006, halaman 84-85], [Bukti P-47].

(b) Menurut R.M. Jackson, pidana penjara termasuk jenis pidana yang relative kurang efektif, dalam hal menekan tidak berulangnya suatu perbuatan pidana. Angka rata-rata residivis (bagi yang pertama kali melakukan tindak pidana) berbanding terbalik dengan usia pelaku. Pada anak-anak mencapai 50%, untuk mereka yang pernah dipidana berusia 21 tahun ke bawah, mencapai 70%, residivis, lebih tinggi daripada yang bukan residivis setelah dijatuhi pidana penjara daripada pidana lainnya.

(c) Menurut Barda Nawawi Arief, pidana penjara membawa pengaruh lebih jahat, sehingga sering dikatakan bahwa rumah penjara adalah perguruan tinggi kejahatan atau pabrik kejahatan;

[Barda Nawawi Arief, "Kebijakan Legislatif", halaman 76-81, dalam buku Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H; "Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia", Total Media, Jogjakarta, 2009, halaman 93]. [*vide* Bukti P-48];

- (d) Keberhasilan pidana penjara sebagai sarana untuk reformasi adalah sangat kecil, walaupun hal itu sulit ditentukan secara tepat.

[Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H., "Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia", Total Media, Jogjakarta, 2009, halaman 93]. [Bukti P-20];

- (e) Menurut Richard Posner, dilihat dari segi ekonomi pidana denda mengandung nilai yang tidak ditemukan pada pidana penjara sehingga lebih menguntungkan daripada pidana penjara. Biaya sosial pidana penjara lebih besar;

[Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H; "Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia", Total Media, Jogjakarta, 2009, halaman 93]. [*vide* Bukti P-20];

19. Bahwa sebagai negara peserta Konvensi PBB tentang Hak Anak, yang sudah diratifikasi dengan Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990, maka kewajiban negara menghargai, melindungi, dan memenuhi hak asasi anak yang berkonflik dengan hukum, dan bersesuaian pula dengan instrumen Hukum Internasional lain yang diterbitkan Perserikatan Bangsa-Bangsa antara lain sebagai berikut:

- (a) Berdasarkan ketentuan Pasal 40 ayat (4) Konvensi Hak Anak ditentukan bahwa *"A variety of dispositions, such as care, guidance and supervision orders; counselling; probation; foster care; education and vocational training programmes and other alternatives to institutional care shall be available to ensure that children are dealt with in a manner appropriate to their well-being and proportionate both to their circumstances and the offence"*.

("Berbagai kecenderungan, seperti perawatan, bimbingan dan pengawasan perintah; konseling; masa percobaan; anak asuh, pendidikan dan program-program pelatihan kejuruan dan alternatif lain untuk perawatan kelembagaan harus tersedia untuk menjamin bahwa anak-anak ditangani dengan cara yang sesuai untuk mereka juga -

teraan dan proporsional baik kepada keadaan mereka dan pelanggaran").

- (b) Peraturan-Peraturan Minimum Standar Perserikatan Bangsa-Bangsa Mengenai Administrasi Peradilan bagi Anak (*United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules)*) Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985:

Bagian satu: Prinsip-prinsip umum

Butir 5. Tujuan-tujuan peradilan bagi anak

- 5.1. Sistem peradilan bagi anak akan mengutamakan kesejahteraan anak dan akan memastikan bahwa reaksi apapun terhadap pelanggar-pelanggar hukum berusia anak akan selalu sepadan dengan keadaan-keadaan baik pada pelanggar-pelanggar hukumnya maupun pelanggaran hukumnya.

Butir 6. Ruang lingkup kebebasan membuat keputusan

- 6.1. Mengingat kebutuhan-kebutuhan khusus yang beragam dari anak-anak maupun keragaman langkah-langkah yang tersedia, ruang lingkup yang memadai bagi kebebasan untuk membuat keputusan akan diizinkan pada seluruh tahap proses peradilan dan pada tahap-tahap berbeda dari administrasi peradilan bagi anak, termasuk pengusutan, penuntutan, pengambilan keputusan dan pengaturan-pengaturan lanjutannya.

Butir 7. Hak-hak anak

- 7.1. Langkah-langkah pelindung prosedural yang mendasar seperti praduga tak bersalah, hak diberitahu akan tuntutan-tuntutan terhadapnya, hak untuk tetap diam, hak akan pengacara, hak akan kehadiran orang tua wali, hak untuk menghadapi dan memeriksa silang saksi-saksi dan hak untuk naik banding ke pihak berwenang yang lebih tinggi akan dijamin pada seluruh tahap proses peradilan.

- (c) Pedoman Perserikatan Bangsa-Bangsa dalam Rangka Pencegahan Tindak Pidana Remaja (*United Nations Guidelines for the Prevention of*

Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines)) Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/112 of 14 December 1990;

Bagian : Perundang-undangan dan Administrasi Peradilan Anak

Butir 52. Pemerintah-pemerintah agar menyusun dan menegakan prosedur dan undang-undang khusus dalam rangka memajukan dan melindungi hak-hak dan kesejahteraan remaja.

Butir 54. Tidak seorang anak atau remajapun yang menjadi obyek langkah-langkah penghukuman yang keras dan merendahkan martabat di rumah, sekolah atau institusi-institusi lain.

Butir 58. Penegakan hukum dan petugas lain yang relevan dari kedua jenis kelamin, agar dilatih untuk tanggap terhadap kebutuhan khusus anak dan agar terbiasa dengan dan menerapkan, semaksimal mungkin, program-program dan kemungkinan-kemungkinan penunjukan pengalihan anak dari system peradilan.

(d) Peraturan-Peraturan PBB bagi perlindungan anak yang kehilangan kebebasannya (*United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*) Adopted by General Assembly resolution 45/113 of 14 December 1990.

(1) Sistem pengadilan bagi anak harus menjunjung tinggi hak-hak dan keselamatan serta memajukan kesejahteraan fisik dan mental para anak. Hukuman penjara harus digunakan sebagai upaya akhir.

(2) Para anak hanya dapat dihilangkan kebebasannya sesuai dengan prinsip-prinsip dan prosedur-prosedur yang dituangkan dalam peraturan-peraturan ini dan peraturan-peraturan minimum standar Perserikatan Bangsa-Bangsa mengenai administrasi peradilan bagi anak (peraturan-peraturan Beijing). Menghilangkan kebebasan seorang anak haruslah merupakan suatu keputusan yang bersifat pilihan terakhir dan untuk masa yang minimum serta dibatasi pada kasus-kasus luar biasa. Jangka waktu sanksi harus ditentukan oleh

pihak kehakiman yang berwenang, tanpa mengesampingkan kemungkinan pembebasannya yang lebih awal.

- (3) Peraturan ini dimaksudkan untuk menetapkan standar-standar minimum yang dapat diterima oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa bagi perlindungan anak-anak yang kehilangan kebebasannya dalam segala bentuk, yang konsisten dengan hak asasi manusia dan kebebasan dasar, dan dengan maksud meniadakan pengaruh-pengaruh merugikan dari semua jenis penahanan dan untuk membina pengintegrasian dalam masyarakat.
- (4) Peraturan-peraturan ini harus diterapkan secara tidak berat sebelah, tanpa diskriminasi apapun berkaitan dengan ras, warna kulit, kelamin, usia, bahasa, agama, kebangsaan, pendapat politik atau lainnya, kepercayaan-kepercayaan atau praktek-praktek budaya, kepemilikan, kelahiran atau status keluarga, asal etnis atau sosial dan cacat jasmani. Kepercayaan-kepercayaan, praktik-praktik agama dan budaya, serta konsep moral anak yang bersangkutan harus dihormati. Menghilangkan kebebasan harus dikenakan pada kondisi-kondisi keadaan-keadaan yang menjamin penghormatan hak-hak asasi manusia para anak. Para anak yang ditahan pada fasilitas-fasilitas pemasyarakatan harus dijamin mendapatkan manfaat dari kegiatan-kegiatan dan program-program yang berarti, yang akan berfungsi untuk memajukan dan mempertahankan kesehatan dan harga diri mereka, untuk membina rasa tanggung jawab mereka dan mendorong sikap-sikap dan ketrampilan-ketrampilan yang akan membantu mereka dalam mengembangkan potensi mereka sebagai anggota-anggota masyarakat.

20. Bahwa dalam konteks kehidupan anak dalam struktur lapisan masyarakat dan tata kultur yang masih mendasarkan pada pola relasi antara anak dengan orang dewasa (*patron-klien relationship*), maka anak yang melakukan tindak pidana seharusnya dipandang sebagai korban (*child perspective as victim*). Oleh karena:

- (a) Anak melakukan tindak pidana tidak terlepas dari faktor yang melatarbelakanginya. Bisa jadi faktor pola relasi yang tidak setara antara anak dengan orang dewasa melatarbelakangi anak melakukan tindak pidana. Dalam titik ini kuasa orang dewasa terhadap anak dimanfaatkan untuk mempengaruhi, menyuruh atau melibatkan anak dalam suatu tindak pidana.
- (b) Disamping itu faktor ketidakadilan struktural yang mengakibatkan kemiskinan yang *massive* dan derasnya arus informasi tanpa regulasi menjadi pemicu anak melakukan tindak pidana.
- (c) Terkait permasalahan tersebut, di negara-negara Eropa terdapat 5 (lima) macam pendekatan yang biasanya digunakan untuk menangani pelaku pelanggaran hukum usia anak, yaitu:
- Pendekatan yang murni mengedepankan kesejahteraan anak;
 - Pendekatan kesejahteraan dengan intervensi hukum;
 - Pendekatan dengan menggunakan/berpatokan pada sistem peradilan pidana semata;
 - Pendekatan edukatif dalam pemberian hukuman;
 - Pendekatan hukuman yang murni bersifat retributif.

Berdasarkan pemikiran di atas, maka tindakan hukum yang dilakukan terhadap mereka yang berusia di bawah 18 tahun harus mempertimbangkan kepentingan terbaik anak. Hal ini didasari asumsi bahwa anak tidak dapat melakukan kejahatan atau *doli incapax* dan tidak dapat secara penuh bertanggung jawab atas tindakannya. Dengan demikian, pendekatan yang dapat digunakan untuk penanganan anak yang berkonflik dengan hukum berdasarkan praktik-praktik negara Eropa yang sesuai dengan nilai-nilai, prinsip-prinsip, dan norma KHA adalah pendekatan yang murni mengedepankan kesejahteraan anak [Pasal 3 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3)] dan pendekatan kesejahteraan dengan intervensi hukum (Pasal 37, Pasal 39, dan Pasal 40).

Berangkat dari konsep ini, pendekatan dengan model penghukuman yang bersifat restoratif atau disebut *restorative justice* saat ini lebih layak diterapkan dalam menangani pelanggar hukum usia anak. Prinsip ini

merupakan hasil eksplorasi dan perbandingan antara pendekatan kesejahteraan dan pendekatan keadilan.

Restorative justice berlandaskan pada prinsip-prinsip *due process* yang sangat menghormati hak-hak hukum tersangka, seperti hak untuk diperlakukan sebagai orang yang tidak bersalah hingga vonis pengadilan menetapkan demikian, hak untuk membela diri, dan mendapatkan hukuman yang proposional dengan kejahatan yang dilakukannya.

21. Bahwa keadaan butuk dalam rumah tanahan anak maupun lembaga pemasyarakatan anak terbukti secara konkret dengan fakta dan data diantaranya:

- (a) Negara ngutang Rp.80 miliar untuk makan napi untuk kepentingan konsumsi atau makan sehari-hari bagi para narapidana (Napi) di seluruh Lembaga Pemasyarakatan (LP) di Indonesia, negara masih harus ngutang sebesar kurang lebih Rp.80 milyar. Hutang kepada rekanan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia sebesar itu, tercatat selama enam bulan ini, kata Wakil Ketua Komisi III DPR M Akil Mochtar S.H., M.H., di Denpasar, Senin (11/07). Usai melakukan pertemuan dengan jajaran Polda Bali, Akil menyebutkan, pihak Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia terpaksa ngutang dulu kepada rekanannya, sehubungan dana untuk itu belum turun dari pemerintah. Cukup besarnya beban hutang untuk konsumsi Napi selama enam bulan itu, antara lain disebabkan *over capacity*-nya lembaga pemasyarakatan yang ada di Indonesia. Nyaris seluruh lembaga pemasyarakatan yang ada di Indonesia, kini tercatat menampung penghuni yang melebihi kapasitas sebenarnya. "*Ada lembaga pemasyarakatan yang over capacity lebih dari 50% dari yang distandarkan,*" ungkapinya. Akibatnya, jatah makan yang seharusnya diperuntukkan untuk 100 orang pada satu lembaga pemasyarakatan, misalnya, kemudian terhitung harus memberi makan kepada napi yang jumlahnya lebih banyak dari 100. [Sumber : www.kapanlagi.com/h/0000072110.html (11 Juli 2005) [*vide* Bukti P-19].
- (b) Masih banyak terjadi kekerasan terhadap anak yang dibuktikan dengan data dan fakta.

Kekerasan yang dialami Anak dari laporan penelitian Lembaga Pemasyarakatan Anak Sulawesi Selatan:

Anak	Kasus	Kekerasan Yang Dialami
SF, 14 tahun	Pencurian	Ditendang, dipukul
SY, 17 tahun	Perjudian	Dipukul dengan kabel
HA, 16 ahun	Pengeroyokan	Ditendang, diinjak, ditampar.
WY, 17 tahun	Penganiayaan/penikaman	Ditendang, ditampar, dipukul denan rotan, berjalan dengan lutut.
RR, 18 tahun	Jambret	Ditampar, dipukul dengan kayu.
AS, 14 tahun	Pelecehan seksual terhadap anak	Ditendang, ditampar, dipuul dengan kayu.
AM, 18 tahun	Perusakan rumah	Dipukul dengan balok, dipukul, ditendang sehngga darah kelar dari mulut dan hidung.
MS, 12 tahun	Narkoba	Ditampar, dicekik, diancam tembak.

Sumber: Badan Peneltian dan Pengembangan Hak Asasi Manusia, Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia, "Aspek HAM Dalam Undang-Undang Pengadilan Anak (Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997)", Jakarta, 2004, halaman 57. [vide Bukti P-42].

22. Bahwa dengan kompleksitas masalah peminjaraan anak yang tidak menjamin dipenuhinya hak konstitusional anak [Pasal 28B ayat (2) UUD 1945], maka beralasan menghilangkan pidana penjara dalam sistem sanksi UU Pengadilan Anak;
23. Bahwa dengan alasan-alasan di atas para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah yang memeriksa, mengadili dan memutuskan permohonan *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 23 ayat (2) huruf a Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang frasa "pidana penjara", bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
24. Bahwa dengan alasan-alasan di atas para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah yang memeriksa, mengadili dan memutuskan permohonan uji materil *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang frasa berbunyi "pidana penjara", Undang-Undang Pengadilan Anak tidak mempunyai kekuatan mengikat;

F. Dalil-dalil bahwa ketentuan Pasal 31 ayat (1) sepanjang mengenai frasa yang berbunyi “di Lembaga Pemasyarakatan Anak”, bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945.

1. Bahwa ketentuan Pasal 31 ayat (1) yang berbunyi:

“Anak Nakal yang oleh Hakim diputus untuk diserahkan kepada negara, ditempatkan di Lembaga Pemasyarakatan Anak sebagai Anak Negara”.

Bahwa penempatan sebagai anak negara menurut system hukum sanksi dalam UU Pengadilan Anak bukan bentuk pidana (*strafft*), namun sanksi Tindakan. Menurut pakar hukum pidana, Dr. Andi Hamzah, Tindakan (*maatregel*) bukan pidana [Andi Hamzah, “Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia”, Pradnya Paramita, 1993, Jakarta, halaman 35]. [Bukti P-49].
2. Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak, *“Tindakan yang dapat dijatuhkan kepada Anak Nakal ialah: a. mengembalikan kepada orang tua, wali, atau orang tua asuh; b. menyerahkan kepada negara untuk mengikuti pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja; atau c. menyerahkan kepada Departemen Sosial, atau Organisasi Sosial Kemasyarakatan yang bergerak di bidang pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja”;*
3. Bahwa dengan demikian Pasal 24 ayat (1) huruf b UU Pengadilan Anak menegaskan bahwa tindakannya adalah, *“menyerahkan kepada negara untuk mengikuti pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja”;*
4. Bahwa dengan demikian tindakan terhadap anak negara yakni *“menyerahkan kepada negara untuk mengikuti pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja”*, adalah bukan penjatuhan pidana sehingga tidak selayaknya ditempatkan pada tempat anak pidana;
5. Bahwa oleh karena tindakan (*maatregelen*) bukan hukuman pidana bagi anak, namun merupakan upaya yang semata-mata dimaksudkan untuk prevensi khusus sehingga bertujuan melindungi masyarakat. [Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H; “Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia”, Total Media,

Yogyakarta, 2009, halaman 93]. [*vide* Bukti P-20]; Oleh karena itu tidak sah jika ditempatkan secara serupa dengan anak pidana;

6. Bahwa dalam perkembangan politik hukum pidana di Indonesia, stelsel hukuman telah bergeser dengan kecenderungan meninggalkan penghukuman penjara, dengan mengakomodasi pidana kerja sosial (*community service*) dan pidana pengawasan (*control*) ke dalam RUU KUHP saat ini. Dengan demikian ada perkembangan pemikiran hukum dan justifikasi akademis untuk mengeliminir pemenjaraan di dalam lembaga. Dengan ratio legis sedemikian, maka selain alasan utama bahwa anak Negara tidak tepat ditempatkan di dalam lembaga pemasyarakatan anak yang merupakan tempat bagi anak pidana, namun juga karena adanya justifikasi bahwa penempatan di dalam lembaga penjara sudah tereliminir dalam perkembangan politik hukum pidana mengenai stelsel hukuman yang dirumuskan dalam RUU KUHP;
7. Bahwa kualifikasi anak pidana dengan anak sipil maupun anak negara adalah berbeda baik dari konsepsi maupun status hukum, namun secara yuridis dan faktual diperlakukan sama sehingga terjadi penyamaan perlakuan atas status anak yang berbeda. Sehingga secara faktual dan yuridis penempatan anak negara di lembaga pemasyarakatan anak adalah "Penempatan yang Salah" atau "Pemenjaraan yang keliru";
8. Bahwa oleh karena itu, penempatan anak negara ke lembaga pemasyarakatan anak adalah melanggar hak konstitusional anak untuk tidak dipenjarakan tanpa alasan hukum yang sah. Menurut ketentuan Pasal 37B Konvensi PBB tentang Hak Anak (KHA), penangkapan (*arrest*), penahanan (*detention*) ataupun pemenjaraan/hukuman penjara (*imprisonment*) hanya dengan (a) Bersesuaian dengan hukum; (b) *The Last Resort*. (c) Untuk jangka waktu paling pendek (*for the shortest possible time*). Ketentuan ini sejalan dengan ketentuan Pasal 66 ayat (4) UU 39/1999;
9. Tentang batas usia tanggung jawab pidana anak melanggar hak konstitusional anak atas pendidikan;

- a. Usia wajib belajar untuk anak. Batas usia tanggung jawab pidana yang sedemikian rendah menghalangi jaminan pemenuhan hak atas pendidikan dasar yang merupakan hak fundamental dan hak untuk semua anak (*education for all*), oleh karena anak usia 8 (delapan) tahun semestinya tidak diajukan ke Sidang Anak karena dalam masa usia yang semestinya mengenyam pendidikan dasar (*fundamental education*). Sehingga penormaan usia anak sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun dapat diajukan ke Sidang Anak tersebut kontradiktif dengan hak konstitusional anak atas tumbuh dan berkembang [Pasal 28B ayat (2) UUD 1945], termasuk hak atas pendidikan dan pengajaran;
- b. Usia tanggung jawab pidana anak memberangus hak pendidikan anak. Batas usia anak sekurang-kurangnya 8 tahun dapat diajukan ke Sidang Anak selain tidak sesuai dengan perkembangan psikologis anak, juga mengancam hak anak mengenyam pendidikan dasar, oleh karena membawa anak ke Sidang Anak secara rasional mendorong pembedaan dan pemenjaraan anak;
- c. Pemenjaraan anak menghambat sifat progressif pemenuhan hak pendidikan. Pemenjaraan anak secara objektif dan rasional hampir selalu mengakibatkan hilangnya hak pendidikan anak, *drop-out* dari sekolah sehingga hak pendidikan anak terganggu, padahal hak pendidikan sangat fundamental, dan diberikan secara progresif dan dengan pemenuhan realisasi penuh, oleh karena:
 - (i) Diatur sebagai hak konstitusional dalam Pasal 31 ayat (1) UUD 1945 memberikan hak konstitusional warga negara termasuk anak bahwa, "*Setiap warga negara berhak mendapat pendidikan*".
 - (ii) Hak atas pendidikan merupakan harmonisasi Pasal 28 dan Pasal 29 KHA yang dipertegas lagi dalam Pasal 9 Undang-Undang Perlindungan Anak, serta berbagai kewajiban Pemerintah dalam Pasal 48 sampai dengan Pasal 54 Undang-Undang Perlindungan Anak.
 - (iii) Pendidikan bukan hanya program namun hak dasar (*fundamental right*) untuk semua anak, bahkan untuk segala situasi apapun (*in all*

situations) [UNICEF, “*Technical Notes: Special Considerations for Programming in Unstable Situations*”, 2003, halaman 265., Chapter 3, halaman 265], dimana pendidikan dasar merupakan fondasi untuk pembelajaran seumur hidup dan pembangunan manusia. [Artikel 1 (4) hasil World Declaration on Education for All, pada World Conference on Education for All, di Jomtien, Thailand]. Dalam *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) (1948), ditegaskan :

“Every one has the right to education. Education shall be free, at least in elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory”.

- (iv) Pemenuhan hak pendidikan anak bukan hanya program normatif, namun dengan langkah serius. Pasal 28 ayat (1) KHA (1989) menegaskan hak atas pendidikan bagi anak. *“State parties recognize the right of the child to education, and with a view to achieving this right progressively and on the basis of equal opportunity, ...”*;
- (v) Pasal 13 ayat (2) ICESCR ini menegaskan negara peserta mengakui, dengan menekankan upaya pencapaian untuk merealisasikan penuh (*to achieving full realization*) hak pendidikan. Istilah *“with a view to achieving progressively the full realization of the rights”*, terkandung dalam Pasal 2 ayat (1) ICESCR. Pasal 2 ayat (1) ICESCR menegaskan bahwa setiap negara peserta ICESCR mengambil langkah sendiri maupun dengan bantuan internasional dan kerja sama, untuk merealisasikan hak-hak dalam ICESCR tersebut.
- (vi) *Europe’s Ombudsmen for Children* (Ombudsman Eropa untuk anak-anak) menegaskan bahwa, *“Children in conflict with the law are still children first and do not lose their human rights, including rights to special treatment and protection, to education and to health”*. [“Anak-anak dalam konflik dengan hukum masih anak-anak yang pertama dan tidak kehilangan hak asasi manusia, termasuk

hak untuk perlakuan khusus dan perlindungan, untuk pendidikan dan kesehatan”].

10. Bahwa perihal alasan-alasan tidak tepatnya penempatan anak negara di lembaga pemasyarakatan anak, oleh karena Anak Negara bukan anak pidana, dan mohon Majelis Hakim Yang Mulia berkenan secara *mutatis mutandis* menggunakan dan mempertimbangkan dalil, alasan dan bukti yang dikemukakan pada Angka II Huruf B, C dan D, dalam permohonan ini;
11. Bahwa dengan alasan-alasan tersebut di atas para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah yang memeriksa, mengadili dan memutuskan Permohonan *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 31 ayat (1) UU Pengadilan Anak sepanjang frasa “di Lembaga Pemasyarakatan Anak”, bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945;
12. Bahwa dengan alasan-alasan tersebut di atas para Pemohon memohon sudilah kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah dalam permohonan *a quo* yang memeriksa, mengadili dan memutuskan permohonan uji materiil *a quo* menyatakan ketentuan Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak sepanjang frasa berbunyi, “di Lembaga Pemasyarakatan Anak”, tidak mempunyai kekuatan mengikat;

III. Tentang kerugian konstitusional para Pemohon

Untuk memastikan adanya kerugian konstitusional yang timbul sebagai akibat adanya ketentuan pasal-pasal dalam UU Pengadilan Anak (sebagaimana yang dimohonkan uji materiil), berikut ini diberikan contoh kasus kriminalisasi anak-anak akibat batas usia tanggung jawab pidana anak yang terlalu rendah, yakni sekurang-kurangnya 8 tahun sebagaimana ditentukan Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak.

Fakta 1:

Raju yang “Disandera”

“Bocah yang belum genap berusia 8 tahun itu mencantelkan dua tangannya ke terali besi di Pengadilan Negeri (PN) Stabat cabang Brandan, Kabupaten Langkat, Sumatera Utara. Sambal menunggu sidang, matanya menerawang ke

luar sel, menembus kebebasan. Di sekelilingnya tampak sejumlah tahanan dewasa yan satu sel dengannya melirik kearahnya; seolah mencibir. Kasihan, kecil-kecil, kenapa dipenjarakan.

“...Dua malam Raju sempat dipisahkan dari ibunya karena harus menjalani penahanan di rumah tahanan Pangkaja Brandan. Akibatnya, asma (sesak nafas) Raju kumat. Raju dimintakan izin dibawa berobat tetapi tidak diperkenankan” [Sumber: Jufri Bulian Ababil, “Raju Yang Diburu”, Pondok Edukasi, Bantul, 2006, halaman 7-9.]

Fakta 2:

Batas Usia tanggung jawab Pidana Anak:

UU Pengadilan Anak Pasal 4 ayat (1) berbunyi: *”Batas umur Anak Nakal yang dapat diajukan ke Sidang Anak adalah sekurang-kurang 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin”;*

Fakta 3:

Usia bertanggung jawab pidana anak di negara lain yang diatas 8 tahun:

- 10 tahun (Inggris),
- 12 tahun (Italia, Belanda),
- 14 tahun (Austria),
- 15 tahun (Denmark, dan Swedia),
- 18 tahun (Belgia),
- 16 tahun (Spanyol).

Fakta 4:

Pandangan Komite Hak Anak PBB (*Commitee on The Righths of The Child*),

“Jawab pidana anakdi Indonesia terlalu rendah. “77. The Committee reiterates its serious concern that the minimum age of criminal responsibility, set at 8 years, is too low”.

Bahwa berdasarkan fakta-fakta tersebut di atas, maka Raju (anak yang belum mencapai 8 tahun), dikenakan penahanan, dilakukan pemeriksaan Penyidik dan di sidangkan karena kepada anak tesebut diberlakukan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak. Sehingga mengalami derita antara lain dilakukan

upaya paksa dengan terbitnya Surat Perintah Penahanan, diajukan ke Sidang Anak, dan sebagainya.

Hal ini adalah kerugian konstitusional Raju karena sebagai anak berhak atas tumbuh dan berkembang, perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi [Pasal 28B ayat (2) UUD 1945]. Juga secara faktual dengan kausalitas keberadaan UU Pengadilan Anak dimaksud, menimbulkan kerugian konstitusional anak.

Berbagai kerugian konstitusional anak yang merupakan target group dari para Pemohon yang mempunyai kepentingan publik dalam advokasi perlindungan anak berkonflik dengan hukum, maka absah dan mempunyai *legal standing* mengajukan permohonan uji materiil ini.

Berikut ini beberapa argumentasi dan dasar kerugian konstitusional para Pemohon yang secara *causal verband* timbul akibat adanya pasal-pasal UU Pengadilan Anak yang dimohonkan pengujiannya sebagai berikut:

1. Bahwa situasi anak yang mengalami proses hukum atau dikenal sebagai anak berkonflik dengan hukum menjadi fakta yang tak terbantahkan. Tercatat dalam statistik kriminal Polri pada tahun 2000 terdapat sekitar 11.344 anak yang menjadi tersangka pelaku tindak pidana. Pada bulan Januari hingga bulan Mei 2002 ditemukan 4.325 tahanan anak di rumah tahanan atau lembaga pemasyarakatan di seluruh Indonesia. Ironisnya, sebagian besar (84,2%) anak-anak ini ditempatkan pada tahanan atau penjara orang-orang dewasa. Jumlah anak-anak yang ditahan tersebut tidak termasuk anak-anak yang sedang berada dalam tahanan kepolisian (Polsek, Polres, Polda dan Mabes). Berdasarkan data Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, pada tahun 2001 tercatat sejumlah 3.084 anak yang berkonflik dengan hukum (973 berstatus tahanan dan 2.116 berstatus sebagai anak didik pemasyarakatan). Pada tahun 2002 terjadi peningkatan anak yang berkonflik dengan hukum, yaitu sebanyak 3.772 orang (1.002 berstatus tahanan dan 2.770 berstatus sebagai anak didik pemasyarakatan). Sedangkan sampai bulan Mei 2003 terdapat sebesar 3.004 anak yang berkonflik dengan hukum.

2. Para Pemohon dengan demikian mengalami kerugian konstitusional karena meningkatnya anak-anak yang mengalami kriminalisasi dan berbagai kenyataan yang melanggar hak konstitusional anak.
3. Fakta-fakta dan rasionalitas kerugian konstitusional sebagaimana dikemukakan dan dibuktikan dalam Angka II dari naskah permohonan ini terbukti menjadi koncern para Pemohon dalam telah mengupayakan advokasi kepentingan anak-anak (*public interest advocacy for our children's*) guna menjamin kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*) yang secara faktual-ril dan secara formal dalam Anggaran Dasar atau statutenya mempunyai kepentingan, misi dan fokus kegiatan terhadap anak berkonflik dengan hukum.
4. Fakta-fakta pelanggaran atas hak konstitusional anak yang menjadi Anak Nakal, ataupun anak pidana merupakan bukti adanya kerugian konstitusional anak-anak yang dibela dan dilindungi para Pemohon, yang secara kelembagaan telah dengan konsisten dan terus menerus menjadi bagian dari lingkup tugas dan misi serta agenda para Pemohon melindungi anak-anak;
5. Walaupun adanya hak-hak anak dijamin dalam UUD 1945 Pasal 28B ayat (2) (hak kelangsungan hidup, hak atas tumbuh dan berkembang, dan hak perlindungan dari kekerasan dengan adanya kriminalisasi anak), namun dengan adanya kenyataan buruk bagi anak nakal dan anak yang mengalami peradilan pidana *a quo* maka telah menimbulkan kerugian konstitusional anak yang menjadi sasaran kegiatan para Pemohon;
6. Dengan masih adanya anak-anak yang terlanggar hak-haknya dalam proses peradilan pidana anak sebagaimana dalam UU Pengadilan Anak *a quo* dimana para Pemohon melakukan advokasi dan perlindungan hak-hak anak tersebut, sehingga merupakan bentuk konkrit dan kausalitas dan kerugian konstitusional para Pemohon;
7. Dengan demikian para Pemohon yang mengawal dan mengadvokasi hak-hak anak yang telah terlanggar hak konstitusionalnya dan telah mengalami kerugian konstitusional yakni hak konstitusional yang dijamin dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang

disebabkan dengan masih berlakunya pasal-pasal yang dimohonkan pengujiannya dalam permohonan *a quo*;

8. Dengan masih berlakunya pasal-pasal yang dimohonkan pengujiannya dalam permohonan *a quo*, dan apabila terus diberlakukan, maka secara kausalitas dan dengan *causal verband* akan mungkin meningkatkan kriminalisasi anak-anak, anak pidana yang mengalami kerugian hak-haknya atas pendidikan, berkumpul dengan keluarga, atas kesehatan dan hak-hak lainnya.
9. Bahwa dengan demikian menurut hemat para Pemohon, batas usia minimum pertanggungjawaban pidana anak yang berkonflik dengan hukum adalah usia 15 tahun, mengingat dan mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:
 - Batas usia anak boleh bekerja di pekerjaan ringan adalah 13 sampai dengan 15 tahun, hal ini bersesuaian dan mengacu kepada ketentuan yang diatur dalam Pasal 69 ayat (1) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan (UU Ketenagakerjaan) [Bukti P-38],
 - Kompilasi Hukum Islam di Indonesia mengatur anak yang belum berusia 12 tahun/belum *mumayyiz*, hak pemeliharaan anak masih di bawah perawatan ibunya (Pasal 105), sehingga masih sangat jauh dari usia 8 tahun [Bukti P-44],
 - RUU tentang Peradilan Pidana Anak (*vide* Bukti P-23), memberi batasan tanggung jawab pidana lebih dari 8 tahun yakni 12 tahun, namun hal ini masih terlalu rendah karena dalam batas usia anak yang wajib belajar 9 tahun;
 - RUU KUHP (*vide* Bukti P-24), memberi batasan tanggung jawab pidana lebih dari 8 tahun yakni 12 tahun, namun hal ini masih terlalu rendah karena dalam batas usia anak yang wajib belajar 9 tahun;
 - Perangkat Hukum Internasional “Peraturan-peraturan minimum standar PBB mengenai administrasi peradilan bagi remaja” (Beijing Rules) yang disahkan melalui Resolusi Majelis PBB Nomor 40/33 tanggal 29 November 1985, yang meminta batas usia pertanggungjawaban pidana anak tidak terlalu rendah. Hal ini bersesuaian dengan rekomendasi Komite PBB Hak Anak untuk mengoreksi batas usia pidana anak (Bukti P-25 dan Bukti P-25A);

- Konvensi Hak Anak yang memberi batas usia anak belum 18 tahun.
- Masa dan usia wajib belajar 9 tahun sebagai salah satu program dari Pemerintah;
- Masuknya rumusan HAM ke dalam UUD 1945, maka secara konstitusional hak asasi setiap warga negara dan penduduk Indonesia (khususnya anak) telah dijamin; dan
- Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia [*vide* Bukti P-26];

Berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, para Pemohon memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Yang Mulia agar sudilah kiranya berkenan memeriksa, mengadili dan memutuskan permohonan *a quo* dengan amar putusan yang berbunyi sebagai berikut:

Primer:

- (1) Menerima dan mengabulkan permohonan para Pemohon untuk seluruhnya;
- (2) Menyatakan Pasal 1 butir (2) huruf b Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak 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) UUD 1945, dan menyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- (3) Menyatakan ketentuan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, sepanjang frasa berbunyi, “*sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun*” bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, dan menyatakan 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 perlindungan hak-hak anak;
- (4) Menyatakan ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, sepanjang frasa berbunyi, “*belum mencapai umur 8 (delapan) tahun*” bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, dan menyatakan inkonstitusional bersyarat dan

hanya berlaku secara konstitusional bersyarat jika proses penyidikan anak sudah menjamin perlindungan hak-hak anak;

- (5) Menyatakan ketentuan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak sepanjang mengenai frasa berbunyi "*pidana atau*", bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, dan menyatakan inkonstitusional bersyarat yang hanya berlaku secara konstitusi bersyarat dengan memperhatikan hak-hak anak memperoleh prioritas tindakan bukan pidana;
- (6) Menyatakan ketentuan Pasal 23 ayat (2) huruf a Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak sepanjang mengenai frasa berbunyi, "*pidana penjara*", bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, dan menyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- (7) 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) UUD 1945 dan menyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

Subsida:

Mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.2] Menimbang bahwa untuk menguatkan dalil-dalilnya Pemohon mengajukan bukti-bukti tertulis Bukti P-1 sampai dengan Bukti P-52 sebagai berikut:

1. Bukti P-1 : Fotokopi Ketentuan Pasal 74 Bab XI Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak;
2. Bukti P-1A : Fotokopi Ketentuan Pasal 76 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak;
3. Bukti P-2 : Fotokopi Surat Keputusan Presiden Nomor 77 Tahun 2003 tentang Komisi Perlindungan Anak Indonesia;
4. Bukti P-3 : Fotokopi Akte Pendirian Yayasan Pusat Kajian Dan Perlindungan Anak Medan (YPKPAM) Nomor 52 tanggal 22 Agustus 2008;
5. Bukti P-3A : Fotokopi Ketentuan Pasal 3 angka 1 Akte Pendirian Yayasan PKPA Medan;

6. Bukti P-4 : Fotokopi Surat Keputusan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia Nomor AHU-4047.AH.01.02 Tahun 2008 tentang Pengesahan Yayasan;
7. Bukti P-5 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak;
8. Bukti P-6 : Fotokopi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
9. Bukti P-7 : Fotokopi Majalah Forum Keadilan Edisi Nomor 14 Halaman 12 tanggal 26 Juli 2009;
10. Bukti P-8 : Fotokopi tulisan harian Kompas "KPAI" Hentikan Pengadilan Atas 10 Bocah;
11. Bukti P-9 : Fotokopi Kegiatan Komisi Perlindungan Anak Indonesia;
12. Bukti P-10 : Fotokopi contoh kasus/kegiatan Pusat Kajian dan Perlindungan Anak dalam melakukan perlindungan hak-hak anak khususnya di kawasan/daerah Provinsi Sumatera Utara;
13. Bukti P-10A : Fotokopi tulisan Jufri Bulian Ababil "Raju Yang Diburu", Pondok Edukasi, Bantul 2006 halaman 7-9;
14. Bukti P-11 : Fotokopi pendapat Maruarar Siahaan dalam bukunya yang berjudul "Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia" Penerbit Konstitusi Press, Jakarta 2005, halaman 91-92;
15. Bukti P-12 : Fotokopi buku karya Martiman Prodjohamidjojo halaman 15 "Memahami Dasar-Dasar Hukum Pidana 2", Pradnya Paramita, Jakarta, 1996;
16. Bukti P-13 : Fotokopi buku karya E.Y Kanter, S.H dan S.R. Sianturi, S.H, halaman 74, Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya", Storia Grafika, Jakarta, 2002;
17. Bukti P-13A : Fotokopi buku karya E.Y. Kanter, S.H dan S.R Sianturi, S.H, halaman 264-265, "Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan penerapannya", Storia Grafika, Jakarta, 2002;
18. Bukti P-14 : Fotokopi buku karya Mr. Drs. E. Utrecht, halaman 197 "Hukum Pidana I", Pustaka Tinta Mas, Surabaya", 1999;

19. Bukti P-15 : Fotokopi makalah Prof. Dr. Loebby Loqman, S.H., M.H., “Perkembangan Asas legalitas Dalam Hukum Pidana Indonesia”;
20. Bukti P-16 : Fotokopi buku karya Mr. J.M. Bemmelen halaman 2, ‘Hukum Pidana 2- Hukum Penitentier’, Binacipta, Bandung , 1986;
21. Bukti P-17 : Fotokopi buku panduan Pemasyarakatan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Sekretariat Jenderal Majelis Permusyawaratan Rakyat, Jakarta, 2005;
22. Bukti P-18 : Fotokopi hasil penelitian “Pembinaan Anak Pidana di lembaga pemasyarakatan menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan dan Pelaksanaannya di Lembaga Pemasyarakatan Labuhan Ruku Kelas IIA (Asahan);
23. Bukti P-19 : Fotokopi wawancara wartawan di Bali dengan Wakil Ketua Komisi III DPR M. Akil Mochtar, S.H., M.H., sumber www.kapanlagi.com/h/0000072110.html 11 Juli 2005;
24. Bukti P-20 : Fotokopi buku karya Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H halaman 88, “Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia”, Total Media, Yogyakarta, 2009;
25. Bukti P-21 : Fotokopi buku karya Dr. M. Sholehuddin, S.H., M.H, halaman 33, Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana-Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya”, Rajawali Pers, Jakarta 2004;
26. Bukti P-21A : Fotokopi tulisan Dr. M. Sholahuddin, S.H., M.H, halaman 206-207, “Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana- Ide dasar Double Tract System dan Implementasinya”, Rajawali, Jakarta
27. Bukti P-22 : Fotokopi tulisan Ny. Erna Sofwan Sjukrie, S.H halaman 7, “Pemahaman visi dan misi Pengadilan Anak Dalam Sistem Peradilan Indonesia”;
28. Bukti P-23 : Fotokopi Rancangan Undang-Undang tentang Peradilan Pidana Anak mengganti Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak;
29. Bukti P-24 : Fotokopi draf Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) Pasal 113;

30. Bukti P-24A : Fotokopi tulisan Mardjono Reksodiputro, "Catatan-Catatan Sekilas tentang Bab Pidana, Pidana dan Tindakan (Bab III Buku Kesatu Rancangan Undang-Undang Republik Indonesia tentang KUHP);
31. Bukti P-25 : Fotokopi Pasal 37 huruf B Konvensi PBB tentang Hak Anak (KHA);
32. Bukti P-25A : Fotokopi ketentuan Konvensi PBB tentang Hak Anak (KHA), Komite PBB tentang Hak Anak yang diberikan mandate KHA mengevaluasi laporan negara (*Country Report*) atas pelaksanaan KHA di negara peratifikasi *cq* Indonesia;
33. Bukti P-26 : Fotokopi Pasal 66 ayat (4) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM);
34. Bukti P-27 : Fotokopi tulisan Hadi Supeno, "Dekriminalisasi Anak", Pokok-pokok pikiran, pada tanggal 31 Juli 2009 tentang Kekerasan Tak Terelakkan Dari Anak Berkonflik Hukum;
35. Bukti P-28 : Fotokopi Surat Lembaga Bantuan Hukum Masyarakat Nomor 089/SK/SBJ/VI/2009 tertanggal 12 Juni 2009 perihal Permohonan Audiensi;
36. Bukti P-29 : Fotokopi Surat Setara Institut kepada Kapolri tembusan ke Komisi Perlindungan Anak Indonesia Nomor 52/Eks/Ket.HD/VII/2009 tertanggal 27 Juli 2009 perihal Penolakan Terhadap Kriminalisasi Anak dan Human Right Defenders;
37. Bukti P-30 : Fotokopi tulisan yang bersumber www.pikiran-rakyat.com/cetak/2005/0805/08/0310.htm tentang Situasi Buruk Dalam Pidana sebagaimana Fakta;
38. Bukti P-31 : Fotokopi Surat Perintah Penahanan oleh Pengadilan Negeri Stabat;
39. Bukti P-32 ; Fotokopi tulisan Ny Erna Sofwan Sjukrie, S.H, halaman 9, "Perlindungan Hukum Terhadap Anak Yang Berkonflik Dengan Hukum";

40. Bukti P-33 : Fotokopi tulisan Bandar Lampung 17 Maret 2006 tentang Proses Hukum Bocah Pencuri Instan, sumber www.gatra.com/artikel.php?id=93057;
41. Bukti P-34 : Fotokopi tulisan Agus Raharjo, S.H., M.Hum, "Problematika asas retroaktif dalam Hukum Pidana Indonesia";
42. Bukti P-35 : Fotokopi tulisan bersumber [http://www.waspada.co.id/index.php?option=com_content & view=article&id=40450:pusaka-indonesia-anak-berkonflik-dengan-hukum-harus-dilindungi&catid=59 & itemed=91](http://www.waspada.co.id/index.php?option=com_content&view=article&id=40450:pusaka-indonesia-anak-berkonflik-dengan-hukum-harus-dilindungi&catid=59&itemed=91)
43. Bukti P-36 ; Fotokopi tulisan bersumber http://library.usu.ac.id/index.php/component/journals/index.php?option=com_journal_review&id=3584&task=view tentang hasil penelitian "Pembinaan Anak Pidana di Lembaga Pemasyarakatan menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan dan pelaksanaannya di Lembaga Pemasyarakatan Labuhan Ruku Kelas IIA Asahan";
44. Bukti P-37 : Fotokopi tulisan Despi Yanti, "Kedudukan Lembaga Pemasyarakatan (LP) sebagai Sub Sistem dalam Sistem Peradilan Pidana", Skripsi Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 1998, halaman 117;
45. Bukti P-37A : Fotokopi tulisan Despi Yanti, "Kedudukan Lembaga Pemasyarakatan (LP) sebagai Sub Sistem dalam Sistem Peradilan Pidana", Skripsi Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 1998, halaman 118;
46. Bukti P-37B : Fotokopi tulisan Despi Yanti, "Kedudukan Lembaga Pemasyarakatan (LP) sebagai Sub Sistem dalam Sistem Peradilan Pidana", Skripsi Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 1998, halaman 119;
47. Bukti P-38 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan, Pasal 69 ayat (1);
48. Bukti P-39 : Fotokopi tulisan Ariffani anak nakal dari terminologi sampai implemenrasi, Majalah Kalingga, Edisi November-Desember

- 2003, PKPA-UNICEF halaman 8 tentang Sisuasi Buruk dalam Pemidanaan;
49. Bukti P-40 : Fotokopi tulisan bersumber pada www.unicef.org/indonesia/id/protection3146.html tentang pengalaman menjalani tahanan bersama orang dewasa juga banyak ditemui oleh anak-anak yang berkonflik dengan hukum;
50. Bukti P-41 : Fotokopi tulisan bersumber Hasil penelitian berjudul “pembinaan Anak Pidana di lembaga Pemasyarakatan menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan dan Pelaksanaannya di Lembaga Pemasyarakatan Labuhan Ruku Kelas IIA Asahan”;
51. Bukti P-42 : Fotokopi tulisan bersumber pada laporan penelitian LPA Sulawesi Selatan;
52. Bukti P-43 : Fotokopi tulisan Barda Nawawi Arief, “Kebijakan Legislatif”, halaman 76-81 dalam buku Dr. Syaiful Bakhri, S.H., M.H., “Perkembangan Sttelsel Pidana Indonesia”, Total Media , Yogyakarta, 2009 halaman 93;
53. Bukti P-44 : Fotokopi buku Kompilasi Hukum Islam, penerbit Fokusmedia, Bandung, 2005;
54. Bukti P-45 : Fotokopi Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Paulus Hadisuprpto, “Peradilan Restoratiff Model Peradilan Anak Indonesia Masa Datang”, 18 Februari 2006, halaman 24-25;’
55. Bukti P-46 : Fotokopi buku karya Prof. Hari Chand, “Modern Jurisprudence”, International Law Book Sevices, 1994, P.111;
56. Bukti P-47 : Fotokopi buku karya Prof. Dr. Dwidja Priyatno, S.H., M.H., Sp.N., Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara di Indonesia”, Refika Aditama, Bandung, 2006, halaman 84-85;
57. Bukti P-48 : Fotokopi tulisan tentang Kekerasan Yang Dialami Anak Dari Laporan penelitian DPA Sulawesi Selatan;

58. Bukti P-49 : Fotokopi buku karya Dr. Andi Hamzah, “Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia”, Pradnya Paramita, 1993, Jakarta Halaman 35;
59. Bukti P-50 : Fotokopi kliping Koran harian Republika Edisi Rabu, 16 Desember 2009 “Anak Bermasalah Jangan Dipenjara”, kutipan pernyataan dari Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia Republik Indonesia;
60. Bukti P-51 : Fotokopi kliping Koran Harian Kompas Edisi Rabu, 16 Desember 2009 “Lapas Anak Minim Guru” ditemukan anak dibawah usia 12 tahun;
61. Bukti P-52 : Fotokopi Laporan *need assessment* Anak Berkonflik Dengan Hukum di Rutan dan Lapas Makassar, 2004;

[2.3] Menimbang bahwa pada persidangan tanggal 2 Maret 2010 telah didengar keterangan ahli Pemerintah **Dr. Mudzakkir, S.H., M.H** yang pada pokoknya sebagai berikut:

- Bahwa norma hukum yang berisi “.... **Maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan**” (Pasal 1 ke-2 huruf b Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997). Rumusan norma hukum yang demikian sudah lazim dalam sistem hukum pidana Indonesia, karena sesuai dengan konsep hukum menurut sistem hukum Indonesia bahwa hukum adalah norma (kaedah). Norma tersebut dipahami sebagai norma yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan, maupun norma yang tidak tertulis yang hidup dan berkembang dalam kehidupan masyarakat hukum Indonesia;
- Bahwa pengakuan terhadap norma hukum yang tidak tertulis tersebut, menurut ahli, relevan dalam konteks masyarakat hukum Indonesia yang bercorak heterogen yang oleh pendiri Republik Indonesia dipergunakan istilah masyarakat Indonesia “Bhinneka Tunggal Ika”;
- Bahwa keberadaan norma hukum yang tidak tertulis menurut ahli, menjadi jiwa hukum nasional Indonesia dan menjiwai hukum nasional yang tertulis. Oleh sebab itu, hakim memiliki kewajiban untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dan berkembang dalam

- masyarakat hukum Indonesia (Pasal 28 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman);
- Bahwa batas usia anak dalam Undang-Undang *a quo* lebih ditujukan kepada kebijakan dalam perumusan legislatif 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 tersebut;
 - Bahwa *UN Committee Rights* (Komite Hak-Hak Anak PBB) merekomendasikan batas minimum 12 tahun mulai dimintai pertanggungjawaban secara hukum dan internasional tidak batas usia di bawah 12 tahun. Namun demikian, batasan usia yang rekomendasikan oleh PBB tidak dapat dijadikan dasar untuk menafsirkan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 untuk menguji konstusionalitas norma hukum yang mengatur tentang batas usia anak yang dapat dimintai pertanggungjawaban pidana sebagaimana dimaksud Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997;
 - Bahwa anak yang belum genap usia 8 tahun melakukan atau diduga melakukan tindak pidana, tetapi penyidik diberi wewenang melakukan pemeriksaan dan menyatakan:
 - Anak yang masih dapat dibina oleh orang tua, atau orang tua asuhnya, maka penyidik menyerahkan kembali anak tersebut kepada orang tua, wali atau orang tua asuhnya.
 - Anak 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.
 - Bahwa Undang-Undang *a quo* tidak mengatur secara eksplisit kapan seorang anak yang melanggar hukum pidana dapat dikenakan sanksi pidana pokok berupa sanksi pidana penjara. Hal ini berarti, pilihan penjatuhan pidana penjara terhadap anak diserahkan kepada kebijakan hakim atau aparat penegak hukum, yang dalam doktrin hukum menjadi wewenang diskresionari aparat penegak hukum dan khususnya hakim;
 - Bahwa khusus mengenai sanksi terhadap anak dalam Undang-Undang *a quo* ditentukan berdasarkan perbedaan umur anak yaitu, bagi anak yang masih

- berumur 8 (delapan) tahun sampai 12 (dua belas) hanya dikenakan tindakan, dikembalikan kepada orang tuanya, ditempatkan pada organisasi sosial, atau diserahkan kepada negara, sedangkan terhadap anak yang telah mencapai umur di atas 12 (dua belas) tahun dijatuhkan pidana. Perbedaan perlakuan didasarkan atas pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental, dan sosial anak;
- Bahwa bila sanksi pidana penjara dihilangkan, hakim tidak memiliki pilihan lain jika menghadapi perkara anak yang usianya sekitar 18 tahun (rata-rata sudah mahasiswa tahun pertama), melakukan tindak pidana yang sifat jahat tindak pidana sangat berat yang sama atau melebihi kejahatan orang dewasa atau dilakukan sama dengan orang dewasa yang termasuk kejahatan sangat berat atau luar biasa berat maka hakim masih memiliki alternatif pilihan pengenaan sanksi pidana yang tepat dan proporsional untuk anak yang bersangkutan, yaitu pidana penjara;
 - Bahwa 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. Walaupun namanya lembaga pemasyarakatan tetapi karena ada anak maka fungsi dan tujuannya tetap menghormati atau mengutamakan kepentingan kebaikan anak di masa yang akan datang;
 - Bahwa penjatuhan sanksi pidana penjara bagi anak dan kemudian dibina dalam lembaga pemasyarakatan anak sebagai pilihan yang terbaik untuk masa depan anak yang bersangkutan;

[2.4] Menimbang bahwa pada tanggal 30 Maret 2010, Pemerintah telah menyampaikan keterangan tertulis di Kepaniteraan Mahkamah yang pada pokoknya sebagai berikut:

Pokok Permohonan

1. Bahwa menurut para Pemohon ketentuan Pasal 1 butir 2 huruf b UU Pengadilan Anak, sepanjang frasa, "*Maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*", dianggap bertentangan dengan asas *legalitas* dalam hukum pidana positif yang mengandung unsur *lex scripta, lex certa, non retroaktif*, dan dilarang

menggunakan konstruksi, termasuk analogis, dengan ketentuan *a quo* berarti menormakan kriminalisasi anak, dan pada gilirannya mengakibatkan anak-anak dapat diajukan ke Sidang Anak yang selanjutnya dapat dijatuhi pidana, karenanya menurut para Pemohon dianggap bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945;

2. Bahwa menurut para Pemohon ketentuan Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak, sepanjang frasa, "*Sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun*" bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat UUD 1945 karena batas umur anak sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun yang dapat diajukan ke Sidang Anak tersebut terlalu rendah, bukan saja tidak memenuhi rasa keadilan, akan tetapi melanggar hak konstitusional anak yang dijamin dalam Pasal 28B ayat UUD 1945. Hak tumbuh kembang anak terlanggar, karena pemidanaan anak akan membawa anak ke Sidang Anak merupakan bentuk perampasan kemerdekaan dan tumbuh kembang anak, karena:
 - a. batas usia tanggung jawab pidana anak terlalu rendah dibandingkan usia boleh bekerja.
 - b. batas usia tanggung jawab pidana anak melanggar hak konstitusional anak atas pendidikan.
 - c. usia tanggung jawab pidana anak dalam UU Pengadilan Anak jauh lebih rendah dibandingkan berbagai negara.
 - d. sistem peradilan pidana anak, masih merupakan turunan dari sistem peradilan untuk orang dewasa.
 - e. anak bukan pelaku tindak pidana otentik, namun terkait situasi lingkungan sosialnya.

Bahwa secara konstitusional tidak ditemukan rujukannya memberikan batas usia tanggung jawab pidana kepada anak sekurang-kurangnya 8 tahun, sehingga rujukannya semestinya ditelaah berdasarkan sejarah hukum, peraturan perundang-undangan, maupun instrumen internasional;

3. Bahwa menurut para Pemohon ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak, sepanjang frasa, "*Belum mencapai umur 8 (delapan) tahun*" dianggap bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945

- karena terlalu rendah dalam menentukan batas usia tersebut guna dilakukan proses hukum oleh Penyidik. Bahwa ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak tetap mempersamakan perlakuan proses penyidikan seperti halnya penyidikan untuk "*pro justisia*" yang diajukan ke Sidang Anak [seperti Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak] dengan pemeriksaan penyidik untuk anak kurang 8 tahun [Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak] adalah sama saja karena yang diberlakukan adalah KUHAP juga oleh penyidik;
4. Bahwa menurut para Pemohon ketentuan Pasal 22 UU Pengadilan Anak, sepanjang frasa "*pidana atau*" bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dan karenanya berlaku secara inskonstitusional bersyarat, karena tidak memperhatikan tindakan sebagai prioritas bukan pemidanaan, karena terdapat situasi buruk dalam pemidanaan sebagaimana fakta antara lain:
 - a. kekerasan;
 - b. kecenderungan penahanan;
 - c. kecenderungan penjatuhan pidana daripada tindakan;
 - d. proses '*pro justisia*' dan pidana bukan *the last resort*;
 - e. penahanan atau pemenjaraan bersama orang dewasa;
 - f. *over capacity*;
 - g. ragam permasalahan pembinaan.**
 5. Bahwa menurut para Pemohon ketentuan Pasal 31 ayat (1) UU Pengadilan Anak, sepanjang frasa, "*Di Lembaga Pemasyarakatan Anak*" bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 karena penempatan anak negara ke Lembaga Pemasyarakatan Anak adalah melanggar hak konstitusional anak untuk tidak dipenjarakan tanpa alasan hukum yang sah. Bahwa kualifikasi anak pidana dengan anak sipil maupun anak negara adalah berbeda baik dari konsepsi maupun status hukum, namun secara yuridis dan faktual diperlakukan sama sehingga terjadi penyamaan perlakuan atas status anak yang berbeda.
 6. Bahwa menurut para Pemohon ketentuan Pasal 23 ayat (2) huruf a UU Pengadilan Anak adalah ketentuan yang a-historis dan tidak memperhatikan

rasa keadilan masyarakat, dimana terhadap anak di bawah umur dapat dilakukan pendidikan paksa tersebut secara eksplisit dan bahkan dengan mengesampingkan menjatuhkan pidana penjara.

7. Singkatnya menurut para Pemohon ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan asas legalitas dalam hukum pidana positif yang mengandung unsur *lex scripta, lex certa, non retroaktif*, dan tidak memenuhi rasa keadilan, karena itu menurut Pemohon ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945;

Tentang Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Para Pemohon.

Berkaitan dengan kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon, Pemerintah menyerahkan sepenuhnya kepada Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilainya, apakah para Pemohon memenuhi kualifikasi sebagai pihak yang mempunyai kedudukan hukum atau tidak, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi maupun berdasarkan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terdahulu.

Terhadap materi muatan norma yang dimohonkan untuk diuji tersebut di atas, Pemerintah dapat menjelaskan sebagai berikut:

- a. Terhadap frasa, "maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan", sebagai berikut:
 1. Bahwa rumusan norma yang demikian sudah lazim dalam sistem hukum pidana Indonesia, karena sesuai dengan konsep hukum menurut sistem hukum Indonesia dikonsepsikan sebagai norma, baik yang tertulis maupun norma yang tidak tertulis. Rumusan *a quo* ditujukan kepada rumusan norma hukum yang tidak tertulis.
 2. Hal yang sama juga dipergunakan dalam berbagai rumusan dalam hukum pidana, misalnya "melawan hukum", "bertentangan dengan kepatutan dalam pergaulan masyarakat" dan lain-lain, yang kemudian dikenal sebagai sifat melawan hukum materiil dalam hukum pidana.
 3. Perbuatan yang tidak tertulis yang dapat dilakukan oleh anak, misalnya perbuatan vandalisme yang tidak diatur secara eksplisit dalam KUHP.
 4. Pasal 1 angka 2 huruf b UU Pengadilan Anak sebenarnya dimaksudkan untuk

menjelaskan definisi tentang pengertian anak nakal yang berfungsi untuk menjelaskan sedemikian rupa suatu kata atau istilah sehingga tidak menjadi pengertian ganda, sehingga bila Pasal 1 angka 2 huruf b dihilangkan maka justru akan menjadi tidak jelas lagi tentang pengertian anak nakal, sehingga sama sekali tidak berkaitan dengan masalah konstusionalitas keberlakuan suatu Undang-Undang yang dimohonkan untuk diuji.

5. Frasa, "maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan" dapat dikemukakan sebagai berikut:
 - a. Bahwa frasa ini sebenarnya untuk menampung hukum positif yang berlaku di Indonesia yaitu di samping hukum nasional namun juga ada hukum adat yang berlaku dan ditaati oleh masyarakat. Atau dengan kata lain diakui sebagai "kebhinneka tunggalikaan yuridis". Norma hukum tidak tertulis adalah relevan dalam konteks masyarakat hukum Indonesia, karena keberadaan norma hukum tidak tertulis merupakan "*given*" yang berasal dari masyarakat sehingga tidak bertentangan dalam masyarakat, dan UUD 1945 pun menghormati nilai-nilai budaya yang hidup dan berkembang di masyarakat.
 - b. Keterkaitan dengan peraturan hukum tertulis, frasa ini sebenarnya sesuai dengan ketentuan Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang antara lain menyatakan bahwa pengadilan harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili. Dengan demikian putusan hukum yang ditetapkan oleh hakim tidak hanya berdasarkan asas legalitas, hakim harus menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat termasuk sumber hukum tidak tertulis (hukum adat) dalam putusannya.
6. Bahwa salah kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam uji materiil sebuah materi muatan norma dalam suatu Undang-Undang termasuk UU Pengadilan Anak, maka sebagai batu ujinya adalah UUD 1945, sedangkan Konvensi Internasional dapat dijadikan bahan referensi yang bersifat *ad-informandum*.

7. Karena itu Pemerintah tidak sependapat dengan anggapan para Pemohon yang mengatakan bahwa Pasal 1 angka 2 huruf b UU Pengadilan Anak dianggap bertentangan dengan asas legalitas yang dianut dalam sistem hukum Indonesia, karena jika dihubungkan dengan sistem hukum Indonesia, maka tidak hanya didasarkan pada hukum tertulis semata, tetapi juga terdapat hukum tidak tertulis yang hidup dan berkembang di Indonesia.
- b. Terhadap frasa "8 tahun sampai dengan sebelum usia 18 tahun" sebagai berikut:
 1. Penetapan batas usia anak yang dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana pada sidang anak yang telah ditetapkan oleh Komite PBB untuk Hak-Hak Anak dalam pelaksanaannya disesuaikan dengan sistem hukum dan nilai-nilai budaya di negara masing-masing. Sehingga penetapan batas usia anak yang dapat dimintakan pertanggungjawabkan pidananya berbeda-beda di setiap negara;
 2. Penetapan batas usia anak Indonesia yang ditetapkan di bawah 8 (delapan) tahun sebagaimana termuat dalam UU Pengadilan Anak dilaksanakan berdasarkan kesepakatan bersama antara Pemerintah dan DPR sebagai representasi dan wakil rakyat dan disesuaikan dengan situasi dan kondisi pada saat itu. Hal ini tidak bersifat mutlak atau bersifat relatif dan dapat diubah berdasarkan perkembangan kecerdasan dan kemampuan pertanggungjawaban secara pidana rata-rata anak di Indonesia. Dengan demikian perubahan batas usia anak yang dapat dimintakan pertanggungjawabannya merupakan ranah pembentuk Undang-Undang (DPR bersama Presiden) melalui mekanisme *legislative review* dan bukan melalui pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi.
 3. Dengan demikian apabila para Pemohon ingin melakukan perubahan batas usia yang dapat dimintakan pertanggungjawabannya di sidang anak sebagaimana termuat dalam UU Pengadilan Anak dapat dilakukan dengan memberikan masukan kepada pembuat Undang-Undang, agar batas usia anak (baik dalam perubahan UU Pengadilan Anak maupun RUU KUHP) diubah menjadi 12 (dua belas) sampai dengan 16 (enam belas) tahun.

c. Terhadap frasa, "Sanksi pidana penjara kepada anak nakal" sebagai berikut:

1. Ada dua jenis sanksi bagi anak yaitu pidana atau tindakan
2. Tidak semua kenakalan anak dari usia 8 tahun sampai dengan 18 tahun dikenakan sanksi pidana penjara, tetapi adanya sanksi pidana penjara sebagai alternatif pilihan sanksi yang dihubungkan antara perbuatan jahat yang dilakukan (misalnya sama atau melebihi orang dewasa) dan sikap batin yang bersangkutan sehingga pengenaan sanksi pidana tepat untuk dikenakan kepada anak nakal. Sanksi pidana penjara bagi anak ditempatkan sebagai ancaman sanksi yang terakhir atau *ultimum remedium*.
3. Jenis sanksi bersifat alternatif yang memberi peluang bagi hakim untuk memilih sanksi yang paling tepat, adil dan proporsional dengan perbuatan yang dilakukan oleh pelaku.
4. Dalam posisi rumusan sanksi dari yang terberat sampai dengan yang teringan tersebut, hakim diberi ruang (*diskresi*) untuk memilih sanksi yang paling tepat. Jika sanksi pidana penjara dihilangkan, maka hakim tidak memiliki pilihan lain jika ada anak yang usianya 18 tahun kurang sedikit, kemudian melakukan tindak pidana di mana kejahatan yang dilakukan sama dengan orang dewasa atau bahkan melebihi kejahatan orang dewasa (melebihi batas normal kejahatan), maka hakim tidak memiliki alternatif pilihan untuk mengenakan sanksi pidana.
5. Hal ini untuk mengimbangi bahwa penjatuhan sanksi pidana bukan hanya menggunakan parameter kepentingan terpidana saja, tetapi juga untuk kepentingan keadilan bagi korban atau pihak yang menderita karena kejahatan.
6. Memberi daya cegah kepada calon pelaku atau orang yang berniat melakukan kejahatan untuk membatalkan niat jahatnya.
7. Dalam menjatuhkan sanksi pidana terhadap anak berlaku asas *subsidiaritas* yang artinya bahwa aparat penegak hukum mempunyai ruang (*diskresi*) untuk memilih alternatif sanksi pidana dari yang paling ringan sampai yang paling-berat, namun harus diutamakan yang paling ringan dan efektif serta menjadikan sanksi pidana penjara sebagai "*ultimum remedium*" atau pilihan terakhir yang dapat diberikan kepada anak.
8. Penjatuhan sanksi pidana seperti tersebut di atas sesuai bila dikaitkan dengan

peraturan hukum lainnya sesuai dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang menganut prinsip kepentingan terbaik dan prinsip pemidanaan sebagai upaya terakhir.

9. Dalam RUU KUHP tahun 2008 masalah kepentingan anak diatur dalam Bab IV Pasal 113 sampai dengan Pasal 131 yaitu tentang "Pidana dan tindakan bagi anak". Dalam Pasal 113 disebutkan bahwa anak yang belum mencapai usia 12 tahun tidak dapat dikenakan pertanggungjawaban pidana. Adapun bentuk-bentuk pemidanaan untuk anak yang terdapat dalam RUU KUHP antara lain berupa:
 - a. Pidana verbal: peringatan dan teguran keras;
 - b. Pidana dengan syarat: pembinaan diluar lembaga, pidana kerja sosial, dan pidana pengawasan;
 - c. Pidana denda;
 - d. Pidana pembatasan kebebasan: kurungan, penjara.
10. Pemberian sanksi kepada anak yang melakukan pelanggaran hukum yaitu sekurang-kurangnya berusia 8 tahun dan belum mencapai 18 tahun jangan diartikan sebagai kriminalisasi terhadap anak tetapi lebih kearah pembinaan yang menjadi kewajiban negara agar anak-anak tidak terjerumus lebih jauh ke dalam perbuatan yang tidak baik. Selain itu pembinaan dilakukan secara adil dengan tidak memberikan sanksi hukum sebagaimana yang dilakukan oleh orang dewasa, yang dijamin perlindungan dan kepastian hukum sesuai dengan hak-hak anak.
11. Pembinaan terhadap anak di lembaga pemasyarakatan dilakukan dengan tidak mencabut hak-hak anak dan tetap memperhatikan hak anak berupa hak hidup, tumbuh dan berkembang anak, dengan memberikan fasilitas-fasilitas yang diperlukan-seperti pendidikan dan keterampilan, pemberian layanan kesehatan, sarana prasarana bermain dan lain-lain. Dengan demikian Pemerintah tidak sependapat dengan anggapan para Pemohon yang menyatakan bahwa pembinaan yang dilakukan oleh Negara terhadap anak dianggap memberangus hak pendidikan anak, dan menyebabkan anak keluar atau putus sekolah, atau setidaknya mengganggu pendidikan anak.
12. Pemerintah juga tidak sependapat dengan anggapan para Pemohon yang menyatakan bahwa pemenjaraan anak melanggar hak anak untuk

berkembang, karena pada kenyataannya pembinaan yang dilakukan oleh Pemerintah antara lain dengan memberikan makanan yang cukup untuk memenuhi kebutuhan gizi anak, dengan kata lain pembinaan tersebut dengan memperhatikan tumbuh kembang anak.

d. Terhadap frasa "Lembaga Pemasyarakatan Anak", sebagai berikut:

1. Jika anak dikenakan sanksi pidana, maka anak dimasukkan ke dalam lembaga pemasyarakatan anak yang berbeda dengan lembaga pemasyarakatan yang berlaku bagi orang dewasa;
2. Keberadaan lembaga pemasyarakatan tersebut karena anak dapat dikenakan sanksi pidana penjara, konsekuensinya disediakan adanya lembaga pemasyarakatan khusus untuk anak;
3. Bahwa pembentukan Lembaga Pemasyarakatan Anak oleh Negara adalah dalam rangka melaksanakan tugas negara untuk melindungi anak dari perbuatan yang tidak baik, dibandingkan bila anak tersebut berada di luar Lembaga Pemasyarakatan;
4. Pembinaan yang dilakukan di Lembaga Pemasyarakatan terhadap anak yang melakukan pelanggaran hukum sebenarnya sudah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Kalaupun ada kekurangan di sana sini, hal ini disebabkan karena keterbatasan sarana dan prasarana maupun belum maksimalnya tingkat profesionalitas petugas pemasyarakatan dalam melaksanakan pekerjaan dengan sebaik-baiknya. Kedepan Pemerintah akan melakukan upaya perbaikan dalam penanganan anak yang terkait dengan masalah hukum, juga pembinaan anak di lembaga pemasyarakatan lebih ditingkatkan kualitasnya;
5. Bahwa argumen-argumen yang diajukan para Pemohon sebagaimana yang diuraikan dalam permohonannya sangat dipengaruhi dan dihantui adanya kekhawatiran yang berlebihan, seolah-olah anak yang masuk dalam pembinaan di Lembaga Pemasyarakatan dapat menyebabkan anak mengalami trauma, anak di cap sebagai anak nakal, mengalami kekerasan dan lain sebagainya;
6. Karena itu Pemerintah tidak sependapat dengan anggapan para Pemohon

yang menyatakan bahwa Lembaga Pemasyarakatan adalah semata-mata sebagai lembaga pemidanaan terhadap anak yang melakukan pelanggaran hukum, karena pada kenyataannya Lembaga Pemasyarakatan lebih mengedepankan pembinaan sesuai dengan tumbuh kembang si anak tersebut;

KESIMPULAN

Berdasarkan penjelasan di atas, Pemerintah memohon kepada yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang memeriksa, memutus dan mengadili permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dapat memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menolak permohonan pengujian para Pemohon untuk seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian Para Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*);
2. Menerima Keterangan Pemerintah secara keseluruhan;
3. Menyatakan ketentuan Pasal 1 butir 2 huruf sepanjang frasa "maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan"; Pasal 4 ayat (1) sepanjang frasa "sekurang-kurang 8 (delapan) tahun"; Pasal 5 ayat (1) sepanjang frasa "belum mencapai umur 8 (delapan) tahun"; Pasal 22 sepanjang frasa "pidana atau"; Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang frasa "pidana penjara"; Pasal 31 ayat (1) sepanjang frasa "di Lembaga Pemasyarakatan Anak" Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak **tidak bertentangan** dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Namun demikian apabila Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.5] Menimbang bahwa pada persidangan tanggal 7 April 2010 telah didengar keterangan ahli dari Pemohon yang pada pokoknya sebagai berikut:

1. Dr. Surastini, S.H., M.H

- Bahwa penanganan anak yang menjadi pelaku tindak pidana harus didasarkan pada beberapa asas antara lain asas perlindungan, kepentingan terbaik bagi anak dan kelangsungan hidup serta tumbuh kembang anak;
- Bahwa UU 3/1997 yang digunakan sebagai dasar hukum untuk menangani anak yang berhadapan dengan hukum sebagai pelaku tindak pidana ternyata memuat beberapa ketentuan yang tidak sejalan dengan asas-asas tersebut di atas. Ketentuan-ketentuan tersebut secara langsung maupun tidak langsung bertentangan dengan UUD 1945 khususnya Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945;
- Bahwa yang dimaksud Pasal 1 angka 2 huruf b UU 3/1997 adalah hukum yang tidak tertulis, berupa hukum adat atau kebiasaan atau norma-norma lain yang dianggap tidak pantas dilakukan oleh anak-anak sehingga bila dibandingkan dengan orang dewasa, frasa tersebut memperluas seorang anak untuk dapat dijerat dengan sanksi pidana. Hal ini dapat ditafsirkan bertentangan dengan asas legalitas yang tercantum di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang disebut sebagai asas *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* yang menyatakan seseorang hanya dapat dihukum berdasarkan kekuatan Undang-Undang yang telah ada sebelum perbuatan tersebut dilakukan;
- Bahwa Pasal 4 ayat (1) UU 3/1997, batasan usia sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun terlalu rendah untuk diminta pertanggungjawaban pidana karena anak yang masih berusia 8 tahun masih sangat membutuhkan perlindungan sebagaimana ketentuan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
- Bahwa Pasal 5 ayat (1) UU 3/1997 merupakan ketentuan yang tidak sejalan meskipun anak itu tidak diajukan ke persidangan tetapi proses yang harus dijalani dalam sistem peradilan pidana sudah memberikan dampak psikologis dan tidak bisa diingkari adanya stigma negatif dari masyarakat apabila anak telah masuk ke dalam proses peradilan pidana meskipun hanya pada tahap penyidikan, oleh karenanya memproses anak yang

berusia di bawah 8 tahun meskipun tidak diajukan ke sidang anak adalah bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

- Bahwa Pasal 22 UU 3/1997 penjatuhan pidana bagi anak bukanlah sesuatu yang tepat karena sanksi yang diberikan seharusnya bertujuan untuk membantu, menolong agar yang bersangkutan dapat lebih baik di masa yang akan datang;
- Bahwa Pasal 23 ayat (2) huruf a UU 3/1997 bertujuan untuk pembalasan atau penjeraan karena yang dilihat adalah apa yang telah dilakukan oleh yang bersangkutan di masa yang lalu. Oleh karenanya seorang anak lebih tepat apabila dijatuhkan adalah tindakan akan tetapi seandainya harus dijatuhkan sanksi berupa pidana, maka selayaknya yang dijatuhkan bukanlah pidana pengekangan kemerdekaan;
- Bahwa Pasal 31 ayat (1) UU 3/1997 apabila hakim mengadili seorang anak, dapat menetapkan atau dapat menjatuhkan sanksi pidana atau tindakan. Apabila sanksi pidana atau tindakan sama-sama ditempatkan di lembaga pemasyarakatan anak merupakan perlakuan yang tidak adil dan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

2. Fentiny Nugroho, M.A., Ph.D

- Bahwa pengujian materiil Pasal 1 angka 2 huruf b, Pasal 4 ayat (1), Pasal 5 ayat (1), Pasal 22, Pasal 23 ayat (2) huruf a, dan Pasal 31 ayat (1) UU 3/1997, ahli menyoroti dari tiga aspek dengan pertimbangan masalah batas umur, aspek pidana dan di lembaga pemasyarakatan anak;
- Bahwa usia anak 8 tahun sampai 18 tahun sangat rawan dikenakan pidana karena pada usia-usia inilah anak-anak tumbuh kembangnya secara maksimal;
- Bahwa berdasarkan data dari Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan HAM ternyata UU 3/1997 membawa dampak jumlah narapidana anak meningkat, dan sekitar 57% bergabung dengan tahanan orang dewasa karena pasal-pasal ini memungkinkan terjadi;

- Bahwa peradilan anak sudah selayaknyalah sesuai dengan perspektif perlindungan anak, yang mementingkan kepentingan anak, kelangsungan hidup, tumbuh kembang anak, serta juga menghargai pendapat anak;
- Bahwa Pasal 40 Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tentang Ratifikasi Konvensi Hak Anak, menurut ahli ada hal yang agak janggal dengan pasal-pasal *a quo* sebab dikatakan negara-negara pihak yang meratifikasi mengakui hak setiap anak yang dinyatakan sebagai tertuduh atau diakui telah melanggar hukum pidana untuk diberlakukan dalam suatu cara yang sesuai dengan peningkatan rasa penghormatan dan harga diri anak yang memperkuat kembali penghormatan anak terhadap hak asasi manusia, dan kebebasan-kebebasan dasar orang-orang lain, dan yang memperhatikan umur anak dan keinginan untuk meningkatkan integrasi kembali anak, dan pengambilan anak pada peran konstruktif masyarakat;
- Bahwa dengan penempatan anak di lembaga pemasyarakatan agak menyimpang dengan paradigma perlindungan anak di Indonesia dewasa ini;

[2.6] Menimbang bahwa Dewan Perwakilan Rakyat pada tanggal 22 April 2010 mengajukan keterangan tertulis di Kepaniteraan Mahkamah yang pada pokoknya sebagai berikut:

A. Ketentuan Pasal UU Pengadilan Anak Yang Dimohonkan Pengujian Terhadap UUD 1945

Para Pemohon dalam permohonan *a quo* mengajukan permohonan Pengujian Pasal 1 angka 2 huruf b sepanjang frasa “menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan”, Pasal 4 ayat (1) sepanjang frasa “sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun”, Pasal 5 ayat (1) sepanjang frasa “belum mencapai umur 8 (delapan) tahun”, Pasal 22 sepanjang frasa “pidana atau”, Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang frasa “Pidana penjara”, dan Pasal 31 ayat (1) sepanjang frasa “di lembaga pemasyarakatan anak” UU Pengadilan Anak, yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

Pasal 1 angka 2 huruf b:

“Anak Nakal adalah:

*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**”.*

Pasal 4 ayat (1):

*“Batas umur Anak Nakal yang dapat diajukan ke Sidang Anak **adalah sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun** tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin”.*

Pasal 5 ayat (1)

*“Dalam hal anak **belum mencapai umur 8 (delapan) tahun** melakukan atau diduga melakukan tindak pidana, maka terhadap anak tersebut dapat dilakukan pemeriksaan oleh Penyidik”.*

Pasal 22

*“Terhadap Anak Nakal hanya dapat dijatuhkan **pidana atau tindakan** yang ditentukan dalam Undang-undang ini.*

Pasal 23 ayat (2) huruf a:

“Pidana pokok yang dapat dijatuhkan kepada Anak Nakal ialah:

a. pidana penjara”.

Pasal 31 ayat (1)

“Anak Nakal yang oleh Hakim diputus untuk diserahkan kepada negara, ditempatkan di Lembaga Pemasyarakatan Anak sebagai Anak Negara”.

B. Hak Dan/Atau Kewenangan Konstitusional Yang Dianggap Pemohon Dirugikan Oleh berlakunya Pasal-Pasal *A quo* UU Pengadilan Anak

Bahwa pada pokoknya para Pemohon dalam permohonan *a quo*, mengemukakan hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan dengan berlakunya Pasal 1 angka 2 huruf b sepanjang frasa, “menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan”, Pasal 4 ayat (1) sepanjang frase, “sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun“, Pasal 5 ayat (1) sepanjang frase, “belum mencapai umur 8 (delapan) tahun”, Pasal 22 sepanjang frase, “pidana atau”, Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang frase, “Pidana penjara”,

dan Pasal 31 ayat (1) sepanjang frase, “di Lembaga Perasyarakatan Anak” UU Pengadilan Anak dengan dalil-dalil sebagai berikut:

1. Bahwa ketentuan Pasal 1 angka 2 huruf b sepanjang frase, “menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan”, telah bertentangan dengan asas legalitas dalam hukum pidana positif yang berarti menormakan kriminalisasi anak, karena membuat norma yang mengakibatkan anak-anak dapat diajukan ke Sidang Anak yang selanjutnya dapat dijatuhi pidana. Pemidanaan harus berdasarkan pada Undang-Undang, yaitu bukan saja tertulis dalam bentuk Undang-Undang, akan tetapi juga produk perundang-undangan lainnya, menurut para Pemohon pasal *a quo* bertentangan dengan hak konstitusional anak untuk tumbuh dan berkembang, perlindungan anak dari kekerasan karena secara faktual dan rasional anak-anak yang dijatuhi pidana penjara atau ditahan dalam banyak kasus mengalami kekerasan fisik maupun psikis;
2. Bahwa batasan umur anak sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun yang dapat diajukan ke sidang anak terlalu rendah, bukan saja tidak memenuhi rasa keadilan, akan tetapi melanggar hak konstitusional anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta perlindungan dari kekerasan dan didiskriminasi sebagaimana dijamin Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Menurut para Pemohon batas usia sekurang-kurangnya 8 tahun bertentangan dengan masa tumbuh kembang anak, usia mengenyam pendidikan, dan berada dalam keluarga. Selain itu usia tanggung jawab pidana sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun dinilai tidak adil karena jauh lebih rendah dibanding batas usia anak boleh bekerja, serta melanggar hak konstitusional anak atas pendidikan;
3. Bahwa penentuan batas usia di bawah 8 tahun dapat dilakukan pemeriksaan oleh penyidik [Pasal 5 ayat (1)] adalah terlalu rendah pada usia di bawah 8 tahun untuk dilakukan proses hukum penyidikan yang sama seperti halnya anak yang telah berusia sekurang-kurang 8 tahun, yang secara faktual dan terbukti dalam banyak kasus mengakibatkan pelanggaran hak anak, kekerasan terhadap anak, dan berbagai kondisi yang tidak nyaman bagi anak yang menjalankan proses penyidikan tersebut. karena itu menurut para

Pemohon mengakibatkan pelanggaran hak konstitusional anak atas tumbuh kembang, perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, serta hak untuk memperoleh hukum yang berkeadilan;

4. Bahwa ketentuan Pasal 22 UU Pengadilan Anak yang tidak memberikan prioritas tindakan terhadap Pidana adalah ketentuan yang melanggar hak konstitusional anak untuk tumbuh dan berkembang, oleh karena fakta menunjukkan situasi buruk dalam pemidanaan seperti kekerasan, penahanan atau pemenjaraan bersama dengan orang dewasa, dan *over capacity* yang menyebabkan timbulnya berbagai masalah dalam pembinaan;
5. Bahwa penempatan anak nakal dalam Lembaga Pemasyarakatan sebagai anak negara [Pasal 31 ayat (1) UU Pengadilan Anak], dengan melihat situasi, kondisi serta *setting* sosial dan empiris mengenai Lembaga Pemasyarakatan Anak saat ini yang belum kondusif bagi pemenuhan hak konstitusional anak, maka dengan demikian pasal *a quo* mengabaikan hak konstitusional anak sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945;
6. Bahwa menurut para Pemohon adanya fakta-fakta kerugian konstitusional anak sebagaimana diuraikan di atas, dikaitkan dengan fungsi kelembagaan para Pemohon dalam melakukan kegiatan advokasi dan perlindungan terhadap anak, adalah merupakan bentuk konkret dan kausalitas adanya kerugian konstitusional para Pemohon;

C. Keterangan DPR

1. Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon

Kualifikasi yang harus dipenuhi oleh Pemohon sebagai Pihak telah diatur dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang menyatakan bahwa, "*Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:*

- a. *perorangan warga negara Indonesia;*
- b. *kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;*

- c. *badan hukum publik atau privat; atau*
- d. *lembaga negara;*

Hak dan/atau kewenangan konstitusional yang dimaksud ketentuan Pasal 51 ayat (1) tersebut, dipertegas dalam penjelasannya, bahwa yang dimaksud dengan “hak konstitusional” adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945. Ketentuan Penjelasan Pasal 51 ayat (1) ini menegaskan, bahwa hanya hak-hak yang secara eksplisit diatur dalam UUD 1945 saja yang termasuk “hak konstitusional”.

Oleh karena itu, menurut Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai pemohon yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:

- a. Kualifikasinya sebagai Pemohon dalam permohonan *a quo* sebagaimana disebut dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud “Penjelasan Pasal 51 ayat (1)” yang dianggap telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang;
- c. Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon sebagai akibat berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian.

Batasan mengenai kerugian konstitusional, Mahkamah Konstitusi telah memberikan pengertian dan batasan tentang kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu Undang-Undang harus memenuhi 5 (lima) syarat (*vide* Putusan Perkara Nomor 006/PUU-III/2005 dan Perkara Nomor 011/PUU-V/2007) yaitu sebagai berikut:

- a. adanya hak konstitusional Pemohon yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. bahwa hak konstitusional Pemohon tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;

- c. bahwa kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan untuk diuji;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Apabila kelima syarat tersebut tidak dipenuhi oleh Pemohon dalam mengajukan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka Pemohon tidak memiliki kualifikasi kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai pihak Pemohon.

Menanggapi permohonan para Pemohon *a quo*, DPR berpandangan bahwa meskipun Pemohon memiliki kualifikasi sebagai subjek hukum dalam permohonan Pengujian Undang-Undang *a quo* sesuai Pasal 51 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi, namun merujuk ukuran kerugian konstitusional yang dibatasi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Perkara Nomor 011/PUU-V/2007), para Pemohon dalam permohonan *a quo*, tidak membuktikan secara aktual kerugian konstitusional dan kerugian potensial, serta tidak terdapat *causal verband* kerugian yang didalilkan Pemohon dengan ketentuan Pasal Undang-Undang *a quo* yang dimohonkan pengujian. Adapun pandangan DPR terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon yaitu:

1. Bahwa terhadap dalil-dalil para Pemohon yang menyatakan dengan berlakunya pasal-pasal *a quo* menyebabkan hak konstitusional anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta perlindungan dari kekerasan dan didiskriminasi dirugikan, karena secara faktual banyak terjadi kekerasan fisik maupun psikis, DPR berpandangan hal tersebut bukanlah persoalan konstitusionalitas norma melainkan persoalan penerapan norma UU Pengadilan Anak;
2. bahwa DPR berpandangan substansi materi pasal-pasal yang dimohonkan uji materiil oleh para Pemohon sama sekali tidak menghalang-halangi para Pemohon untuk melakukan kegiatan kajian, penelitian, advokasi dan perlindungan terhadap anak, oleh karena itu pasal-pasal konstitusi yang menjadi

dasar uji materiil yang didalilkan para Pemohon sangat tidak relevan dengan jika dikaitkan dengan hak konstitusional para Pemohon secara kelembagaan;

Berdasarkan uraian-uraian di atas, DPR berpandangan bahwa Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) karena tidak memenuhi ketentuan Pasal 51 ayat (1) huruf a UU MK dan batasan kerugian konstitusional yang diputuskan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi terdahulu, karena itu sudah sepatutnya apabila Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang Mulia secara bijaksana menyatakan Permohonan para Pemohon dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*);

Apabila Ketua/Majelis Hakim berpendapat lain berikut kami sampaikan keterangan DPR yang terkait dengan Pokok Perkara;

2. Pokok Materi Uji UU Pengadilan anak

Terhadap pandangan-pandangan Pemohon sebagaimana diuraikan dalam permohonan *a quo*, pada kesempatan ini DPR ingin menyampaikan penjelasan/keterangan sebagai berikut:

1. Bahwa UU Pengadilan Anak dibentuk dalam rangka memberikan perlindungan kepada pertumbuhan dan perkembangan mental anak, oleh karena itu perlu ditentukan pembedaan perlakuan di dalam hukum acara dan ancaman pidananya. Pembedaan perlakuan dan ancaman yang diatur dalam Undang-Undang ini dimaksudkan untuk lebih melindungi dan mengayomi anak tersebut agar dapat menyongsong masa depannya yang masih panjang. Selain itu pembedaan tersebut dimaksudkan untuk memberi kesempatan kepada anak agar melalui pembinaan akan diperoleh jati dirinya untuk menjadi manusia yang mandiri, bertanggung jawab, dan berguna bagi diri, keluarga, masyarakat, bangsa dan negara;
2. Bahwa terhadap pendapat para Pemohon yang menyatakan Pasal 1 angka 2 huruf b bertentangan dengan asas legalitas dalam hukum pidana positif yang berarti menormakan kriminalisasi anak, karena membuat norma yang mengakibatkan anak-anak dapat diajukan ke Sidang Anak yang selanjutnya dapat dijatuhi pidana yang dapat merugikan hak konstitusional anak, DPR berpandangan Pasal 1 angka huruf b bukan sebuah norma yang

- mengkriminalisasi anak, melainkan perumusan pengertian atau definisi anak nakal yang dirumuskan berdasarkan kenyataan sosiologis terdapat anak, yang karena satu dan lain hal tidak mempunyai kesempatan memperoleh perhatian baik secara fisik, mental, maupun sosial. Karena keadaan diri yang tidak memadai tersebut, maka baik sengaja maupun tidak sengaja sering juga anak melakukan tindakan atau perilaku yang dapat merugikan dirinya dan atau masyarakat;
3. Bahwa dengan dirumuskannya batasan, pengertian atau definisi anak nakal dalam Pasal 1 angka 2 tersebut justru untuk memenuhi asas legalitas, karena telah menjadi hukum positif yang menjadi dasar untuk menghadapi dan menangani anak nakal yang memang memerlukan penanganan khusus untuk menyelesaikan persoalan hukumnya;
 4. Bahwa terhadap pendapat para Pemohon yang menyatakan batas usia sekurang-kurangnya 8 tahun bertentangan dengan masa tumbuh kembang anak, usia mengenyam pendidikan, dan berada dalam keluarga. Selain itu usia tanggung jawab pidana sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun dinilai tidak adil karena jauh lebih rendah dibanding batas usia anak boleh bekerja, serta melanggar hak konstitusional anak atas pendidikan, DPR berpandangan bahwa penentuan batas usia 8 tahun bagi anak nakal untuk dapat diajukan ke sidang anak adalah merupakan kebijakan pembuat Undang-Undang dengan didasarkan pada pertimbangan sosiologis, psikologis dan pedagogis, bahwa anak yang berusia 8 (delapan) tahun dianggap dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya (*vide* Penjelasan Umum UU Pengadilan Anak);
 5. Bahwa DPR berpandangan UU Pengadilan Anak sudah secara komprehensif telah melindungi kepentingan-kepentingan hak-hak konstitusional anak yang sedang bermasalah dengan hukum (anak nakal), hal tersebut antara lain dapat dilihat dari:
 - a. Pada tahap penyidikan:
 - penyidikan dilakukan oleh Penyidik Anak yang mempunyai syarat-syarat yang ditentukan dalam Pasal 41 UU Pengadilan Anak,
 - tata cara penyidikan mewajibkan Penyidik memeriksa tersangka dalam suasana kekeluargaan (*vide* Pasal 42 ayat (1));

- dalam melakukan penyidikan terhadap Anak Nakal, Penyidik wajib meminta pertimbangan atau saran dari Pembimbing Kemasyarakatan, dan apabila perlu juga dapat meminta pertimbangan atau saran dari ahli pendidikan, ahli kesehatan jiwa, ahli agama, atau petugas kemasyarakatan lainnya [*vide* Pasal 42 ayat (2)];
- Proses penyidikan terhadap perkara Anak Nakal wajib dirahasiakan [*vide* Pasal 42 ayat (3)].

b. Penahanan

Apabila diperlukan untuk kepentingan penyidikan maka dapat dilakukan penahanan dengan mempertimbangkan hal-hal yang diatur dalam Pasal 45 UU Pengadilan Anak yaitu:

- Penahanan dilakukan setelah dengan sungguh-sungguh mempertimbangkan kepentingan anak dan atau kepentingan masyarakat;
- Alasan penahanan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) harus dinyatakan secara tegas dalam surat perintah penahanan;
- Tempat tahanan anak harus dipisahkan dari tempat tahanan orang dewasa;
- Selama anak ditahan kebutuhan jasmani, rohani, dan sosial anak harus tetap dipenuhi.

c. Sanksi untuk anak nakal yang berusia 8 sampai dengan 12 tahun adalah berupa Tindakan bukan Pidana;

Dalam Penjelasan Umum UU Pengadilan Anak tetela secara tegas menyebutkan bahwa “Khusus mengenai sanksi terhadap anak dalam Undang-undang ini ditentukan berdasarkan perbedaan umur anak, yaitu bagi anak yang masih berumur 8 (delapan) tahun sampai 12 (dua belas) tahun hanya dikenakan tindakan, seperti dikembalikan kepada orang tuanya, ditempatkan pada organisasi sosial, atau diserahkan kepada negara, sedangkan terhadap anak yang telah mencapai umur di atas 12 (dua belas) tahun dijatuhkan pidana. Perbedaan perlakuan tersebut didasarkan atas pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental, dan sosial anak.”

6. Bahwa oleh karena UU Pengadilan Anak sudah secara komprehensi mengatur perlindungan terhadap kepentingan/hak konstitusional anak yang mengalami

persoalan hukum, maka jika dalam penerapannya menurut para Pemohon secara faktual masih terjadi pelanggaran-pelanggaran, hal tersebut bukanlah persoalan konstusionalitas norma melainkan persoalan penerapan norma; Bahwa berdasarkan dalil-dalil tersebut, DPR berpandangan ketentuan Pasal- 1 angka 2 huruf b sepanjang frase, “menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan”, Pasal 4 ayat (1) sepanjang frase, “sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun“, Pasal 5 ayat (1) sepanjang frase “belum mencapai umum 8 (delapan) tahun”, Pasal 22 sepanjang frase “pidana atau”, Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang frase “Pidana penjara”, dan Pasal 31 ayat (1) sepanjang frase “dilembaga permasyarakatan anak” UU Pengadilan Anak tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945.

Bahwa berdasarkan pada dalil-dalil tersebut di atas, DPR memohon kiranya Ketua/Majelis Hakim Konstitusi yang mulia memberikan amar putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan Pemohon *a quo* tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*), sehingga permohonan *a quo* harus dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*);
2. Menyatakan permohonan *a quo* ditolak untuk seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan *a quo* tidak dapat diterima;
3. Menyatakan keterangan DPR diterima untuk seluruhnya;
4. Menyatakan ketentuan Pasal 1 angka 2 huruf b sepanjang frase “menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan”, Pasal 4 ayat (1) sepanjang frase “sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun“, Pasal 5 ayat (1) sepanjang frase “belum mencapai umur 8 (delapan) tahun”, Pasal 22 sepanjang frase “pidana atau”, Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang frase “Pidana penjara”, dan Pasal 31 ayat (1) sepanjang frase “di lembaga permasyarakatan anak” UU Pengadilan Anak tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945;
5. Menyatakan ketentuan Pasal 1 angka 2 huruf b sepanjang frase “menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang

bersangkutan”, Pasal 4 ayat (1) sepanjang frase “sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun“, Pasal 5 ayat (1) sepanjang frase “belum mencapai umum 8 (delapan) tahun”, Pasal 22 sepanjang frase “pidana atau”, Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang frase “Pidana penjara”, dan Pasal 31 ayat (1) sepanjang frase “di lembaga permasyarakatan anak” UU Pengadilan Anak tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Apabila Majelis Hakim Konstitusi berpendapat lain, kami mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.7] Menimbang bahwa persidangan pada tanggal 11 Mei 2010 telah didengar dan dibaca keterangan ahli Pemohon baik lisan dan tertulis yang pada pokoknya sebagai berikut:

1. Prof. Bismar Siregar

- Asas pembangunan nasional, asas keimanan dan ketakwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa, bahwa segala usaha dan kegiatan pembangunan dijiwai dan digerakkan dan dikendalikan oleh keimanan dan ketakwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa, sebagai nilai luhur yang menjadi landasan spiritual, modal dan etika dalam rangka pembangunan nasional sebagai pengamalan Pancasila;
- Anak baru bertanggung jawab atas dirinya setelah ia dewasa, kedewasaan seorang anak tidak dinilai dari takaran tahun umurnya tetapi terjadinya peristiwa beda bagi anak perempuan dan laki-laki. Anak hanya mengenal hak, mengenal hak dari orang tuanya kewajiban baru terpikul dari dirinya sesudah dewasa. Sebaliknya orang tua tidak mempunyai hak atas anak kecuali kewajiban ayah adalah iman bagi keluarganya, istri, anak yang berada di bawah tanggung jawabnya;
- Bahwa orangtua lebih tepat untuk bertanggung jawab atas anak yang berusia 8 tahun untuk mempertanggungjawabkan perbuatannya;
- Bahwa anak memerlukan kasih sayang dan pendidikan;
- Kembalikan Pancasila sebagai nilai dasar kegiatan pembangunan dijiwai digerakkan dan dikendalikan oleh keimanan dan ketakwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa, sebagai nilai luhur yang menjadi landasan spiritual, moral

dan etika dalam rangka pembangunan nasional, sebagai pengamalan Pancasila;

- Wujud peraturan yang lebih menekankan pendidikan berdasarkan kasih sayang bukan sekadar formalitas dan rutinitas;

2. Hj. Aisyah Amini, S.H., M.H

- Pasal 4 UU 3/1997 “Anak nakal yang dapat diajukan ke sidang adalah sekurang-kurangnya berusia 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 tahun dan belum menikah”. Dalam Usia ini mestinya anak-anak menempuh pendidikan wajib (wajib belajar 9 tahun). Perlu ditinjau kembali tentang batas usia anak yang akan diminta pertanggungjawaban secara hukum atas tindakan yang ia lakukan;
- Pertanggungjawaban pidana hanya dapat dibebankan kepada seseorang jika memenuhi dua unsur yaitu adanya pengetahuan tentang perbuatan pidana dan adanya kebebasan bertindak;
- Hukuman bagi anak sesuai tahap perkembangannya:
 - 0-7 tahun (belum *mumayyiz*), tidak dapat diminta pertanggungjawaban, tidak dijatuhkan hukum pidana, hanya dapat diberikan tindakan yang bersifat mendidik;
 - 7 tahun – usia *aqil baligh*, dikenakan hukuman yang bersifat mendidik, bukan hukum pidana, jika perbuatannya merugikan orang lain secara materil maka dimintakan ganti rugi melalui orang tua/walinya;
 - Dewasa, usia *al-baligh al-rasyid (aqil baligh)*, dapat dikenakan sanksi pidana;
- Dalam syariat Islam, sistem peradilan belum berlaku bagi anak karena anak belum dikenakan beban hukum (taklif) dengan kata lain anak tidak termasuk subjek hukum pidana. Oleh karena itu, anak yang berhadapan dengan hukum tidak dapat dikenakan sanksi pidana melainkan sanksi yang bersifat mendidik (edukatif dan rehabilitatif);
- Dalam pandangan Syariat Islam, fase perkembangan manusia ada 3 phase:
 1. Sejak lahir sampai usia 7 tahun merupakan phase seseorang belum mempunyai kemampuan berfikir (*idrak*) dan ikhtiyar. Pada phase ini,

seseorang tidak dapat dimintakan tanggung jawab apapun atas perbuatannya;

2. Usia di atas 7 tahun sampai *baligh*, seseorang sudah mempunyai kemampuan berfikir yang lemah. Pada phase ini, seseorang sudah memikul tanggung jawab *ta'dibiyah*, bukan pidana;
 3. Usia *baligh*, seseorang sudah mempunyai kemampuan berfikir (*idrak*) yang sempurna. pada phase ini, seseorang sudah memikul tanggung jawab pidana;
- Batas usia *baligh*:
 - a. Menurut Madzhab Syafi'i adalah 15 tahun (jika belum ikhtilam atau haid);
 - b. Menurut Madzhab Habnafi adalah 18 tahun (jika belum ikhtilam atau haid);

[2.8] Menimbang bahwa pada persidangan tanggal 26 Oktober 2010 telah didengar keterangan ahli Pemohon yang pada pokoknya sebagai berikut:

Adi Fahrudin

- Pemenjaraan anak yang dipraktikkan selama ini tidak efektif melakukan perbaikan dan pemulihan sosial anak. Pemenjaraan anak dapat menimbulkan dampak buruk pada anak, antara lain trauma, eksploitasi, belajar kejahatan yang lebih ekstrim dari penjahat dewasa atau sesame anak;
- Pemenjaraan anak tidak sesuai dengan hak-hak anak berdasarkan tingkat perkembangan. menurut ahli *community service order* atau perintah layanan masyarakat, dapat dijadikan alternatif pengganti pidana atau penjara anak. *community service order* perlu diadopsi dan diadaptasi dalam konteks Indonesia. persoalan anak terutama pidana ringan, tidak sepatutnya dihukum dengan memasukkan mereka ke dalam lembaga permasyarakatan anak, tetapi mewajibkan mereka menjalani rehabilitasi dan kerja sukarela di panti-panti sosial milik pemerintah dan swasta yang ditetapkan oleh pengadilan;
- Pilihan lain yang dirasakan terbaik adalah merehabilitasi mereka sepenuhnya dalam panti rehabilitasi sosial di bawah Kementerian Sosial. Untuk dapat melaksanakan hal itu terutama dalam hal konteks anak tanpa penjara, maka perlu dilakukan sinkronisasi perundang-undangan yang ada. Misalnya Undang-

Undang-Undang Perlindungan Anak, Undang-Undang Pengadilan anak, Undang-Undang Perasyarakatan, Undang-Undang Ketenagakerjaan dan Undang-Undang Kesejahteraan Sosial, agar tidak terjadi tumpang tindih;

- Pemerintah dalam hal ini kementerian sosial harus mempersiapkan perangkat pelaksana, yaitu dengan penyiapan pekerja sosial profesional dan penyiapan infrastruktur panti rehabilitasi sosial yang dapat mengemban tanggung jawab dalam program rehabilitasi sosial anak;

[2.9] Menimbang bahwa para Pemohon telah mengajukan kesimpulan tertulis melalui Kepaniteraan tanggal 26 November 2010 sedangkan Pemerintah, dan Dewan Perwakilan Rakyat tidak mengajukan kesimpulan tertulis;

[2.10] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian Putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan ditunjuk dalam Berita Acara Persidangan, dan merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan Putusan ini;

3. PERTIMBANGAN HUKUM

[3.1] Menimbang bahwa pokok permohonan para Pemohon adalah menguji konstitusionalitas Pasal 1 angka 2 huruf b, Pasal 4 ayat (1), Pasal 5 ayat (1), Pasal 22, Pasal 23 ayat (2) huruf a, Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1997 Nomor 3, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3668, selanjutnya disebut UU Pengadilan Anak) terhadap Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945;

[3.2] Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan pokok permohonan, Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Mahkamah) terlebih dahulu akan mempertimbangkan:

- a. kewenangan Mahkamah untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan *a quo*;
- b. kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon;

Terhadap kedua hal tersebut di atas, Mahkamah berpendapat sebagai berikut;

Kewenangan Mahkamah

[3.3] Menimbang bahwa menurut Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316, selanjutnya disebut UU MK) *juncto* Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076), Mahkamah berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang- Undang terhadap UUD 1945;

[3.4] Menimbang bahwa permohonan Pemohon adalah menguji konstiusionalitas norma Pasal 1 angka 2 huruf b, Pasal 4 ayat (1), Pasal 5 ayat (1), Pasal 22, Pasal 23 ayat (2) , Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak terhadap Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, sehingga oleh karenanya Mahkamah berwenang untuk memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan *a quo*;

Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Para Pemohon

[3.5] Menimbang bahwa menurut Pasal 51 ayat (1) UU MK, yang dapat bertindak sebagai Pemohon dalam pengujian suatu Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstiusionalnya dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang yang dimohonkan pengujian, yaitu:

- a. perorangan, termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama, warga negara Indonesia;
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau

d. lembaga negara;

[3.6] Menimbang bahwa para Pemohon terdiri dari dua badan hukum yakni Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) sebagai Pemohon I dan Yayasan Pusat Kajian dan Perlindungan Anak Medan (YPKPAM) sebagai Pemohon II yang merasa hak konstitusionalnya dirugikan atau setidaknya berpotensi memiliki kerugian konstitusional dengan berlakunya sejumlah pasal dalam UU Pengadilan Anak;

[3.7] Menimbang bahwa Pemohon I adalah badan hukum yang didirikan berdasarkan amanat Pasal 74 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak *juncto* Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 77 Tahun 2003. Berdasarkan Pasal 76 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002, Pemohon I memiliki tugas, yakni melakukan sosialisasi, pengaduan, penelaahan, pemantauan, evaluasi, dan pengawasan yang berkaitan dengan perlindungan anak, serta memberikan pertimbangan kepada presiden dalam permasalahan perlindungan anak (*vide* Bukti P-1A), sedangkan Pemohon II adalah badan hukum privat yang berdasarkan Pasal 3 angka 1 Akta Pendiriannya memiliki tujuan untuk “memberikan perlindungan terhadap anak dan perempuan dan terhadap setiap orang atau lembaga yang melakukan pelanggaran terhadap hak anak”; (*vide* Bukti P-3A);

[3.8] Menimbang bahwa para Pemohon memiliki misi untuk menjalankan advokasi kepentingan publik (*public interest advocacy*) dalam hal kepentingan anak, sehingga berdasarkan Putusan Nomor 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Migas yang telah mengabulkan kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon sebagai lembaga swadaya masyarakat (LSM), dikarenakan terbukti memiliki *public interest advocacy* atas permohonan yang diajukan;

[3.9] Menimbang pula bahwa Mahkamah sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/ 2005, bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007, bertanggal 20 September 2007 serta putusan-putusan selanjutnya telah berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.10] Menimbang bahwa para Pemohon merasa dirugikan dengan berlakunya pasal-pasal dalam Undang-Undang *a quo* yang dianggap berpotensi merugikan kepentingan dan misi para Pemohon sebagai badan hukum yang bertujuan untuk melakukan perlindungan anak, sedangkan berdasarkan praktik yang dihadapi oleh para Pemohon, keberadaan pasal-pasal *a quo* telah menimbulkan kerugian konstitusional atau setidaknya berpotensi menimbulkan kerugian konstitusional terhadap aktivitas perlindungan anak di Indonesia;

[3.11] Menimbang bahwa melalui pandangan inilah, para Pemohon memiliki hubungan sebab akibat (*causal verband*) serta berpotensi untuk dapat dirugikan hak konstitusionalnya sebagaimana dijamin dalam Pasal 1 angka 2 huruf b, Pasal 4 ayat (1), Pasal 5 ayat (1), Pasal 22, Pasal 23 ayat (2) huruf a, Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak terhadap Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945;

[3.12] Menimbang bahwa meskipun para Pemohon tidak memiliki kerugian langsung yang secara nyata, aktual, dan spesifik diderita disebabkan dengan berlakunya pasal-pasal *a quo*, namun keberadaan Bukti P-1A dan Bukti P-3A telah menunjukkan bahwa para Pemohon memang merupakan badan hukum publik dan

privat yang memiliki misi setidaknya untuk melakukan perlindungan dan advokasi perlindungan anak;

[3.13] Menimbang bahwa berdasarkan prinsip kepentingan umum dan keadilan, maka kedudukan hukum para Pemohon yang memiliki *public interest advocacy* dapat dikualifikasi sebagai pihak yang patut dipertimbangkan dalam perkara ini;

[3.14] Menimbang bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, menurut Mahkamah, para Pemohon secara *prima facie* mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan pengujian pasal-pasal dalam UU Pengadilan Anak sehingga substansi permohonan Pemohon sangat relevan dan harus dipertimbangkan secara cermat dan akurat dalam pokok permohonan;

Pokok Permohonan

[3.15] Menimbang bahwa oleh karena para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*), maka selanjutnya pokok permohonan yang diajukan, yakni mengenai konstusionalitas pasal-pasal yang dimohonkan pengujian harus dipertimbangkan dan diberi penilaian hukum dan keadilan;

[3.16] Menimbang bahwa para Pemohon mendalilkan pasal-pasal dalam UU Pengadilan Anak yang dimohonkan pengujian bertentangan dengan UUD 1945 atau setidaknya konstusional bersyarat, yakni;

1. Pasal 1 angka 2 huruf b sepanjang frasa “... *maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan belaku dalam masyarakat yang bersangkutan.*”
2. Pasal 4 ayat (1) sepanjang frasa “...*sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun...*”
3. Pasal 5 ayat (1) sepanjang frasa “...*belum mencapai umur 8 (delapan) tahun...*”
4. Pasal 22 sepanjang frasa “...*pidana atau...*”
5. Pasal 23 ayat (2) huruf a sepanjang frasa “...*pidana penjara...*”
6. Pasal 31 ayat (1) sepanjang frasa “...*di Lembaga Pemasyarakatan Anak...*”

Para Pemohon mendalilkan bahwa tiga dari enam pasal yang dimohonkan oleh para Pemohon adalah inkonstitusional atau bertentangan dengan UUD 1945, sedangkan frasa lainnya yang terdapat dalam tiga pasal lainnya, dimohonkan oleh para

Pemohon untuk ditafsirkan inkonstitusional bersyarat, jika proses penyidikan anak sudah menjamin perlindungan hak-hak anak dengan memperhatikan hak-hak anak memperoleh prioritas tindakan bukan pidana;

Ada pun tiga pasal yang dimohonkan untuk dinyatakan inkonstitusional dan bertentangan dengan UUD 1945 adalah menyangkut isu hukum berikut:

- 1. Definisi Anak Nakal.** Para Pemohon menyatakan bahwa definisi anak nakal sebagaimana terkandung dalam Pasal 1 angka 2 huruf b UU Pengadilan anak sepanjang frasa, “...*maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan*”, telah bertentangan dengan asas legalitas hukum pidana di Indonesia. Hal ini disebabkan, standar atas nilai-nilai sosial yang hidup di masyarakat tidak dapat dijadikan batu ukur yang menjamin kepastian hukum bagi anak. Akibatnya, praktik kriminalisasi anak akan mudah terjadi yang disebabkan adanya kerancuan antara definisi “tindak pidana” dengan “kenakalan anak”. Pencantuman frasa *a quo* dalam definisi anak nakal dianggap oleh para Pemohon sebagai bentuk pelanggaran hak-hak anak yang dijamin oleh UUD 1945;
- 2. Pidana Penjara Bagi Anak Nakal.** Para Pemohon menyatakan bahwa pemberian alternatif pidana penjara bagi anak nakal sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 23 ayat (2) huruf a dalam hal frasa “*pidana penjara*” adalah bertentangan dengan konstitusi karena melanggar hak-hak anak. Hal ini dikarenakan anak nakal tidak seharusnya diberikan pidana penjara, melainkan pendidikan atau tindakan paksa yang bersifat mendidik dan rehabilitatif. Dalam hal ini, anak nakal masih dapat diberikan pidana kurungan, pidana denda, dan pidana pengawasan yang lebih mendidik dan edukatif dibandingkan dengan “pidana penjara” yang cenderung memiliki pengaruh negatif bagi anak itu sendiri;
- 3. Anak Nakal di Lembaga Pemasyarakatan Anak.** Para Pemohon menyatakan bahwa anak nakal akan ditempatkan di Lembaga Pemasyarakatan Anak sebagai anak negara sebagaimana yang terkandung dalam Pasal 31 ayat (1) UU Pengadilan Anak adalah bertentangan dengan konstitusi. Penempatan anak nakal di Lembaga Pemasyarakatan Anak adalah penempatan yang salah atau keliru dikarenakan prinsip dari tindakan yang dapat diberikan kepada anak nakal

yang diserahkan kepada negara adalah meliputi “kegiatan pendidikan, pembinaan dan pelatihan kerja” (*vide* Pasal 24 ayat (1) UU Pengadilan Anak) di mana hal tersebut tidak selayaknya diberikan pada anak;

Selain tiga pasal yang dimohonkan untuk dinyatakan inkonstitusional, para Pemohon juga meminta kepada Mahkamah untuk memberikan tafsiran inkonstitusional bersyarat bagi tiga pasal lain dengan isu hukum sebagai berikut:

1. **Batas Usia Anak.** Para Pemohon menyatakan bahwa usia anak yang dapat diajukan ke sidang anak sebagaimana terdapat dalam Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak adalah terlalu rendah. Hal ini dikarenakan batas usia pidana anak di Indonesia dianggap lebih rendah dibandingkan batas usia pidana anak di negara-negara lain. Batas usia yang terlalu rendah ini akan menghambat sifat progresif pemenuhan pendidikan anak, serta mengancam hak anak untuk tumbuh dan berkembang. Adapun pada realitanya, proses peradilan yang berlaku di Indonesia masih merupakan proses peradilan orang dewasa yang jauh dari perlindungan hak-hak anak;

Para Pemohon juga menyatakan bahwa batas usia anak untuk dapat dilakukan penyidikan sebagaimana tercantum dalam Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak juga dianggap terlalu rendah dengan alasan bahwa anak yang berkonflik cenderung mendapatkan kekerasan dalam masa penyidikan tersebut. Hal ini didasarkan pada realitas dan praktik di mana pada proses pemeriksaan, anak kerap mendapatkan kekerasan, seperti terjadinya penahanan bersama orang dewasa, permasalahan lingkungan disebabkan “*over capacity*” penjara di Indonesia hingga ragam masalah penahanan dan pembinaan lainnya;

Oleh karenanya, khusus untuk dua pasal menyangkut batas usia anak, yakni sekurang-kurangnya 8 tahun [Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 5 ayat (1)], para Pemohon meminta Mahkamah untuk menyatakan inkonstitusional bersyarat dan hanya dapat berlaku secara konstitusional jika proses penyidikan anak sudah menjamin perlindungan hak-hak anak;

2. **Pidana atau Tindakan.** Para Pemohon menyatakan bahwa alternatif pemberian hukuman bagi Anak Nakal sebagaimana tercantum dalam Pasal 22 UU Pengadilan Anak, yakni Tindakan atau Pidana, harus diprioritaskan pada

pemberian hukuman “Tindakan”. Hal ini dikarenakan, hukuman pidana akan memberikan pengaruh yang jauh lebih buruk bagi anak dibandingkan dengan hukuman tindakan. Hal ini didasarkan pada realitas dan fakta bahwa penjara memiliki ragam permasalahan yang sangat kompleks, mulai dari penahanan bersama orang dewasa, kelebihan kapasitas (*over capacity*), sarana, dan prasarana yang tidak memadai, sehingga secara keseluruhan akan menghambat hak anak untuk dapat tumbuh dan berkembang sesuai dengan usianya;

Oleh karenanya para Pemohon meminta kepada Mahkamah untuk menyatakan frasa “...pidana atau...” pada Pasal 22 UU Pengadilan Anak adalah inkonstitusional bersyarat dan hanya berlaku dengan memperhatikan hak-hak anak untuk memperoleh prioritas tindakan dan bukan pidana;

Pasal-pasal tersebut di atas bertentangan dengan pasal-pasal dalam UUD 1945, yakni;

a. Pasal 28B ayat (2) UUD 1945

”Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”.

b. Pasal 28D ayat (1) UUD 1945

”Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”.

c. Pasal 28I ayat (1) UUD 1945

”Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”.

[3.17] Menimbang bahwa untuk mendukung dalil-dalilnya, para Pemohon mengajukan bukti tertulis yang diberi tanda Bukti P-1 sampai dengan Bukti P- 52;

[3.18] Menimbang bahwa di samping mengajukan bukti tertulis, para Pemohon juga mengajukan 5 (lima) orang ahli, yaitu **Dr. Surastini, S.H., M.H.; Fentiny**

Nugroho, M.A., Ph.D, Prof. Bismar Siregar, dan Hj. Aisyah Amini, yang memberikan keterangan dalam persidangan tanggal 7 April 2010 serta tanggal 11 Mei 2010 dan **Adi Fahrudin** dalam persidangan tanggal 26 Oktober 2010 yang selengkapnya dimuat dalam uraian mengenai Duduk Pekara, pada pokoknya menyatakan hal-hal sebagai berikut:

1. Dr. Surastini, S.H., M.H.,

- Bahwa Pasal 1 angka 2 huruf b UU Pengadilan Anak adalah hukum tidak tertulis berupa hukum adat atau kebiasaan, sehingga dapat ditafsirkan untuk memperluas kemungkinan seorang anak untuk dapat dijerat dengan sanksi pidana sehingga bertentangan dengan asas pidana "*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*";
- Bahwa Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak, batasan usia sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun dinilai terlalu rendah untuk diminta pertanggungjawaban pidana karena anak yang masih berusia 8 tahun masih sangat membutuhkan perlindungan;
- Bahwa Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak yang memungkinkan adanya penyidikan bagi anak di bawah usia 8 tahun tanpa diajukan ke persidangan akan memberikan dampak psikologis yang berpengaruh negatif bagi anak;
- Bahwa Pasal 22 dan Pasal 23 UU Pengadilan Anak mengenai penjatuhan pidana serta penjatuhan hukuman penjara bagi anak bukanlah suatu yang tepat karena tidak membantu dan menolong anak untuk menjadi lebih baik di masa yang akan datang;
- Bahwa Pasal 31 ayat (1) UU Pengadilan Anak tentang penjatuhan sanksi pidana atau tindakan yang sama-sama ditempatkan di Lembaga Pemasyarakatan Anak merupakan perlakuan yang tidak adil;

2. Fentiny Nugroho, M.A., Ph.D

- Bahwa usia anak 8 tahun sampai 18 tahun sangat rawan dikenakan pidana karena pada usia-usia inilah anak-anak tumbuh dan berkembang secara maksimal;

- Bahwa peradilan anak sudah selayaknya sesuai dengan perspektif perlindungan anak, yang mementingkan kepentingan anak, kelangsungan hidup, tumbuh kembang anak, serta juga menghargai pendapat anak;

3. Prof. Bismar Siregar

- Bahwa orang tua lebih tepat untuk bertanggung jawab atas anak yang berusia 8 tahun untuk mempertanggungjawabkan perbuatannya;
- Bahwa anak masih memerlukan kasih sayang dan pendidikan dari lingkungannya;
- Bahwa apabila ada anak yang salah, maka yang salah adalah orang tuanya yang telah salah mendidik anaknya;

4. Hj. Aisyah Amini

- Bahwa anak usia 8 tahun yang ikut dalam sidang anak akan kehilangan haknya untuk mendapatkan pendidikan;
- Bahwa dalam hukum Islam, anak yang belum mencapai kesempurnaan akal (akil baligh) tidak dapat dimintai pertanggungjawabannya sehingga belum bisa dikenai beban hukum (taklif);

5. Adi Fahrudin

- Bahwa pemenjaraan anak yang dipraktikan selama ini tidak efektif melakukan perbaikan dan pemulihan sosial anak karena dapat menimbulkan trauma;
- Bahwa *community service order* atau perintah layanan masyarakat lebih sesuai dengan tingkat perkembangan anak dan dapat dijadikan alternatif pengganti pengganti pidana atau penjara bagi anak;
- Bahwa pilihan lainnya adalah merehabilitasi anak di panti rehabilitasi sosial di bawah Kementerian Sosial dengan menyiapkan pekerja sosial dan infrastruktur;
- Bahwa untuk melakukan hal tersebut perlu dilakukan sinkronisasi perundang-undangan yang ada;
- Bahwa dari tinjauan psikososial anak maka usia 13 (tiga belas) tahun baru dapat dikenai pertanggungjawaban hukum karena telah mengetahui hak dan kewajibannya;

- Bahwa anak usia 13 tahun baru dapat dikenai pertanggungjawaban hukum;

[3.19] Menimbang bahwa Pemerintah telah memberikan keterangan tertulis pada tanggal 30 Maret 2010 dan telah mengajukan satu orang ahli, yakni Dr. Mudzakkir, S.H., M.H., yang telah didengar keterangannya pada tanggal 2 Maret 2010 yang selengkapnya diuraikan dalam bagian Duduk Perkara, pada pokoknya menyatakan hal-hal sebagai berikut:

- Bahwa norma hukum yang berisi “.... ***Maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan***” (Pasal 1 angka 2 huruf b UU Pengadilan Anak) merupakan norma hukum yang lazim dan sesuai corak masyarakat yang heterogen dan sistem hukum pidana di Indonesia;
- Bahwa meskipun Komite Hak-Hak Anak PBB merekomendasikan batas minimum pertanggungjawaban hukum anak, yakni 12 tahun, namun batas usia demikian tidak dapat dijadikan dasar untuk menafsirkan konstitusionalitas batas usia Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak;
- Bahwa pilihan penjatuhan pidana penjara terhadap anak diserahkan kepada kebijakan hakim, sedangkan pembedaan perlakuan dan hukuman tentunya didasarkan atas pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental dan sosial anak;

Pendapat Mahkamah

[3.20] Menimbang bahwa isu hukum yang harus diberi penilaian oleh Mahkamah adalah:

1. Apakah batas usia anak sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun merupakan batas usia yang terlalu rendah sehingga dapat melanggar hak-hak konstitusional anak dan bertentangan dengan UUD 1945?
2. Apakah penerapan hukum melalui peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat merupakan ketentuan yang bertentangan dengan asas legalitas hukum pidana dan bertentangan dengan UUD 1945?

3. Apakah klausul Anak Nakal dapat dipidana penjara di Lembaga Pemasyarakatan Anak merupakan tindakan yang melanggar hak konstitusional anak yang bertentangan dengan UUD 1945?

[3.21] Menimbang bahwa pada dasarnya sistem peradilan anak (*juvenile justice system*) merupakan sistem peradilan yang ditujukan untuk memberikan perlindungan dan kesesuaian antara kepentingan anak dan ketertiban umum secara adil dan seimbang. Sistem peradilan anak ini diarahkan kepada penerapan keadilan khusus kepada anak yang melakukan tindak pidana dengan lebih memperhatikan perlindungan sosial, mental, dan moral anak dibandingkan konsep pemidanaan (*sentencing*) semata-mata;

[3.22] Menimbang bahwa pendekatan pidana (*penalty approach*) yang ditujukan sistem peradilan anak adalah lebih pada proses rehabilitasi moral dan mental anak dibandingkan pada penerapan sanksi *an sich*;

[3.23] Menimbang bahwa keseimbangan dari sistem peradilan anak memiliki tiga filosofi yang secara bersama-sama harus diterapkan yakni perlindungan masyarakat (*community protection*), kompetensi pembangunan (*development competency*) dan akuntabilitas (*accountability*). Filosofi keseimbangan ini secara cermat juga harus diterapkan di samping memperhatikan kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*);

[3.24] Menimbang bahwa Mahkamah berpendapat keberadaan UU Pengadilan Anak ini seharusnya ditujukan untuk memberikan perlindungan terbaik pada anak untuk dapat menjamin hak hidup (*rights to life*), hak kelangsungan hidup (*rights to survival*), dan hak tumbuh kembang anak (*rights to develop*). Keberadaan UU Pengadilan Anak sebagai Undang-Undang yang secara khusus ditujukan bagi kepentingan terbaik bagi anak adalah bentuk dari *affirmative action* bagi Anak;

[3.25] Menimbang bahwa setelah mencermati keseluruhan ketentuan perundang-undangan tentang Pengadilan Anak, Mahkamah memandang terdapat substansi atau materi Undang-Undang *a quo* yang perlu diperbaiki, seperti Pasal 23 ayat (2)

huruf a UU yang menyatakan, “*Pidana pokok yang dapat dijatuhkan kepada Anak Nakal ialah: a. Pidana penjara; b. Pidana kurungan; c. Pidana denda; atau d. Pidana pengawasan*”. Sistematika rumusan tersebut seharusnya mendahulukan pidana pengawasan dan yang terakhir barulah pidana penjara dengan rasio hukum sebagaimana terurai dalam paragraf [3.22] dan [3.23] di atas;

[3.26] Menimbang bahwa dari enam pasal yang dimohonkan untuk diuji, para Pemohon meminta tiga pasal dalam UU Pengadilan Anak untuk diputus bertentangan dengan UUD 1945 dan oleh karenanya harus dicabut dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Ketiga pasal tersebut adalah Pasal 1 angka 2 huruf b, Pasal 23 ayat (2) huruf a, Pasal 31 ayat (1) UU Pengadilan Anak;

[3.27] Menimbang bahwa selain ketiga pasal yang dimohonkan untuk dicabut dan dinyatakan inkonstitusional, para Pemohon juga meminta Mahkamah untuk memberikan putusan inkonstitusional bersyarat. Putusan inkonstitusional bersyarat memberikan arti bahwa sebuah pasal dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*), kecuali dimaknai dengan pemahaman tertentu. Dalam hal ini, tiga pasal yang dimohonkan untuk dinyatakan inkonstitusional bersyarat adalah Pasal 4 ayat (1), Pasal 5 ayat (1), dan Pasal 22 UU Pengadilan Anak;

[3.28] Menimbang bahwa Pemohon memohon agar Mahkamah mencabut frasa, “...*maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan,*” dalam Pasal 1 angka 2 huruf b UU Pengadilan Anak. Para Pemohon mendalilkan bahwa keberadaan frasa tersebut telah memberikan beban pidana yang lebih berat dan sumir dalam mendefinisikan “Anak Nakal”. Hal ini disebabkan frasa *a quo* telah menimbulkan relativitas pemaknaan di masing-masing budaya dan lingkup masyarakat. Pemohon menyatakan bahwa keberadaan klausula dalam Pasal 1 angka 2 huruf b UU Pengadilan Anak bertentangan dengan asas legalitas hukum pidana dan telah menimbulkan ketidakpastian hukum bagi anak karena tidak adanya standar atau ukuran yang jelas mengenai apa definisi anak nakal menurut ukuran-ukuran sosial yang amat beragam dan selalu berkembang;

Bahwa Mahkamah telah mendengarkan ahli Pemerintah, yakni Dr. Mudzakkir, S.H., M.H., yang menyatakan bahwa keberadaan klausula dalam Pasal 1 angka 2 huruf b UU Pengadilan Anak tentang definisi Anak Nakal selain telah melakukan tindak pidana juga telah melakukan perbuatan terlarang menurut peraturan hukum lain yang berlaku di masyarakat, adalah merupakan norma hukum yang lazim dan sesuai corak masyarakat yang heterogen dan sistem hukum pidana di Indonesia. Hal tersebut memberikan bukti bahwa Undang-Undang *a quo* telah mengakomodasi heterogenitas yang dimiliki oleh masyarakat Indonesia;

Bahwa sepanjang pendapat hukum ahli Pemohon, Dr. Surastini, S.H., M.H., yang menyatakan bahwa Pasal 1 angka 2 huruf b UU Pengadilan Anak adalah hukum tidak tertulis berupa hukum adat atau kebiasaan sehingga dapat ditafsirkan untuk memperluas kemungkinan seorang anak untuk dapat dijerat dengan sanksi pidana sehingga bertentangan dengan asas pidana, "*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*". Menurut Mahkamah, pendapat hukum tersebut adalah tidak tepat menurut hukum karena ketentuan *a quo* telah merupakan norma hukum (pidana) yang ditujukan tidak hanya kepada anak *an sich* melainkan juga untuk semua pencari keadilan yang sesuai dengan asas legalitas [*vide* Pasal 1 ayat (1) KUHP];

Bahwa Mahkamah berpendapat norma hukum di Indonesia tidak dapat diklasifikasi hanya sebatas pada norma-norma hukum positif yang tertulis dalam Undang-Undang. Selain norma hukum yang telah ditetapkan dan ditulis oleh negara, berlaku pula norma hukum lain yang sejatinya telah mengakar dan berlaku secara kultural di tengah masyarakat Indonesia. Norma-norma hukum yang hidup dalam masyarakat inilah yang secara sosiologis dan historis lebih dahulu diakui oleh masyarakat Indonesia dengan ragam budaya yang dimilikinya;

Bahwa Mahkamah mengakui adanya norma hukum lain yang hidup dan mengikat di dalam masyarakat Indonesia, yakni norma hukum agama, norma hukum adat, dan norma hukum kesusilaan yang tidak kesemuanya dimuat dalam hukum positif di Indonesia;

Bahwa alasan hukum dalam pokok permohonan adalah timbulnya relativitas dan ukuran yang tidak jelas dengan berlakunya pasal *a quo* yang pada akhirnya

dapat dibuktikan melalui proses hukum di pengadilan. Penafsiran bahwa seorang anak dapat dikategorikan sebagai “Anak Nakal” bukan merupakan proses tanpa prosedur dan dapat dijustifikasi oleh setiap orang. Pemberian kategori “Anak Nakal” merupakan justifikasi yang dapat dilakukan melalui sebuah proses peradilan yang standarnya akan ditimbang dan dibuktikan di muka hukum, sehingga pendapat para Pemohon mengenai telah dilanggarnya asas legalitas dalam hukum pidana adalah tidak tepat dan tidak berdasar hukum;

[3.29] Menimbang bahwa sepanjang isu hukum tentang frasa, “...*sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun...*”, pada Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak harus dinyatakan inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*) dan hanya berlaku jika proses penyidikan, penahanan, penuntutan, dan sidang anak, serta pemasyarakatan anak dalam Lembaga Pemasyarakatan Anak sudah menjamin perlindungan hak-hak anak dan dengan adanya frasa, “...*belum mencapai umur 8 (delapan) tahun...*”, pada Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak agar dinyatakan bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2), Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, dan menyatakan inkonstitusional bersyarat dan hanya berlaku jika proses penyidikan anak sudah menjamin perlindungan hak-hak anak;

Bahwa para Pemohon mendalilkan bahwa batas usia anak yang dibawa ke sidang anak adalah terlalu rendah, sehingga tidak memenuhi rasa keadilan dan juga melanggar hak konstitusional anak. Para Pemohon membandingkan batas usia tanggung jawab pidana anak dengan batas usia anak yang diberlakukan di sejumlah negara dan rekomendasi Komite Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) untuk Hak Anak, sehingga memberikan kesimpulan tentang batas usia anak, yakni 12 tahun sebagai batas minimal usia tanggung jawab pidana anak yang telah menjadi hukum kebiasaan internasional (*international customary law*). Selain itu, para Pemohon juga mendalilkan bahwa dalam Pasal 113 ayat (1) RUU KUHP telah dirancang batas usia anak yang belum mencapai usia 12 tahun tidak dapat diminta pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukan;

Bahwa para Pemohon mendalilkan frasa, “*Belum mencapai umur 8 (delapan) tahun*” adalah terlalu rendah karena terhadap anak dalam usia tersebut dapat

dilakukan proses hukum "*pro justisia*" oleh Penyidik. Para Pemohon menyatakan bahwa dalam kenyataannya para Penyidik tidak membedakan perlakuan dalam pemeriksaan penyidikan terhadap anak yang belum berusia 8 tahun. Para Pemohon juga menyatakan fakta hukum bahwa pelanggaran hak anak seperti kekerasan dan kondisi tidak nyaman dalam lingkup proses pemeriksaan untuk kepentingan "*pro justisia*";

Bahwa para Pemohon mendalilkan sejumlah permasalahan yang terjadi dalam proses pemeriksaan dan persidangan anak yang terjadi di Indonesia. Proses pemeriksaan dan persidangan bagi anak usia 8 tahun menurut para Pemohon telah menyebabkan kerugian konstitusional yang diderita oleh anak sehingga tidak memberikan jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum;

Bahwa ahli Pemohon, Fentiny Nugroho, M.A., Ph.D, memberikan keterangan bahwa usia anak 8 tahun sampai 18 tahun sangat rawan dikenakan pidana karena pada usia inilah, anak-anak tumbuh dan berkembang secara maksimal. Senada dengan pendapat ahli Pemohon tersebut, Dr. Surastini, S.H., M.H, menyatakan bahwa batas usia sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun terlalu rendah untuk diminta pertanggungjawaban pidana karena anak yang masih berusia 8 tahun masih sangat membutuhkan perlindungan. Adapun ahli Pemohon lainnya, Prof. Bismar Siregar, menyatakan bahwa anak usia 8 tahun belum dapat diminta tanggung jawab pidana dan orang tuanya yang lebih tepat bertanggung jawab atas perbuatan anaknya. Dalam perspektif hukum Islam, ahli Pemohon, Hj. Aisyah Amini, menyatakan bahwa anak yang belum akil baligh atau belum sempurna akalinya belum dapat dimintai pertanggungjawaban pidana. Adapun ahli Pemohon lainnya, Adi Fahrudin, menyatakan bahwa dari tinjauan psikososial anak, maka usia 13 (tiga belas) tahun baru dapat dikenai pertanggungjawaban hukum karena telah mengetahui hak dan kewajibannya;

Bahwa sebaliknya, dari keterangan ahli Pemerintah, Dr. Mudzakkir, S.H., M.H. yang menyatakan meskipun Komite Hak-Hak Anak PBB telah merekomendasikan batas minimum pertanggungjawaban hukum anak, yakni 12 tahun, namun batas usia demikian tidak dapat dijadikan dasar untuk

menafsirkan konstitusionalitas batas usia pada Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak;

Bahwa dari dua pandangan hukum baik ahli Pemohon maupun ahli pemerintah, Mahkamah memandang batasan umur telah menimbulkan pelbagai penafsiran dan kontroversi pemikiran sehingga perlu ada batasan usia yang serasi dan selaras dalam pertanggungjawaban hukum bagi anak yang terdapat dalam UU Pengadilan Anak dengan mendasarkan pada pertimbangan hak-hak konstitusional anak. Mahkamah menemukan adanya perbedaan antara batas usia minimal bagi anak yang dapat diajukan dalam proses penyidikan, proses persidangan, dan pemidanaan. Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak menyatakan bahwa batas umur Anak Nakal yang dapat diajukan ke Sidang Anak adalah sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun. Selanjutnya, Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak menyatakan dalam hal anak belum mencapai umur 8 (delapan) tahun dapat dilakukan penyidikan, sedangkan Pasal 26 ayat (3) dan ayat (4) UU Pengadilan Anak menyatakan bahwa apabila anak nakal belum mencukupi umur 12 tahun melakukan tindak pidana yang diancam hukuman mati atau seumur hidup maka terhadap anak nakal hanya dapat dijatuhkan tindakan sebagaimana diatur dalam Pasal 24 ayat (1) UU Pengadilan Anak tidak dapat dilakukan apabila belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun. Dari pengaturan hukum mengenai batas umur, baik dalam proses penyidikan, proses persidangan, dan pemidanaan tersebut merupakan jenis dan materi muatan dari pertanggungjawaban hukum (pidana) yang seharusnya ketiganya mengandung kesesuaian karena jenis dan materinya sama sehingga harus konsisten sesuai dengan asas-asas hukum yang dituangkan dalam Pasal 5 huruf c Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan;

Bahwa Mahkamah berpendapat, batas umur 8 (delapan) tahun bagi anak untuk diajukan ke sidang dan belum mencapai umur 8 (delapan) tahun dapat dilakukan pemeriksaan oleh penyidik, secara faktual benar, umur *a quo* relatif rendah. Penjelasan Undang-Undang *a quo* menentukan batas umur 8 (delapan) tahun secara sosiologis, psikologis, pedagogis anak dapat dianggap

sudah mempunyai rasa tanggung jawab. Meskipun dalam Undang-Undang Pengadilan Anak menerapkan pula asas praduga tak bersalah, menurut Mahkamah, fakta hukum menunjukkan adanya beberapa permasalahan dalam proses penyidikan, penahanan, dan persidangan, sehingga menciderai hak konstitusional anak yang dijamin dalam UUD 1945. Oleh karenanya, Mahkamah perlu menetapkan batas umur bagi anak untuk melindungi hak konstitusional anak terutama hak terhadap perlindungan (*protection right*) dan hak untuk tumbuh dan berkembang (*development right*), Mahkamah berpendapat bahwa konvensi internasional, rekomendasi Hak-Hak Anak PBB, dan instrumen hukum internasional lainnya batas umur 12 tahun dapat dijadikan perbandingan dalam menentukan batas usia minimal bagi anak dalam pertanggungjawaban hukum. Namun, Mahkamah berpendapat bahwa instrumen hukum internasional dan rekomendasi PBB tidak dapat dijadikan batu uji *an sich* dalam menilai konstitusionalitas batas usia pertanggungjawaban hukum bagi anak;

Bahwa penetapan usia minimal 12 (dua belas) tahun sebagai ambang batas usia pertanggungjawaban hukum bagi anak telah diterima dalam praktik sebagian negara-negara sebagaimana juga direkomendasikan oleh Komite Hak Anak PBB dalam *General Comment*, 10 Februari 2007. Dengan batasan usia 12 (dua belas) tahun maka telah sesuai dengan ketentuan tentang pidana yang dapat dijatuhkan kepada anak dalam Pasal 26 ayat (3) dan ayat (4) UU Pengadilan Anak. Penetapan batas umur tersebut juga dengan mempertimbangkan bahwa anak secara relatif sudah memiliki kecerdasan emosional, mental, dan intelektual yang stabil serta sesuai dengan psikologi anak dan budaya bangsa Indonesia, sehingga dapat bertanggung jawab secara hukum karena telah mengetahui hak dan kewajibannya. Selain itu, penetapan batas umur tersebut sesuai dengan semangat revisi KUHP yang akan memberikan batasan usia yang lebih tinggi untuk menghindari adanya pelanggaran konstitusional anak sebagaimana didalilkan para Pemohon yang sama dengan RUU Peradilan Anak yang memberikan batasan usia 12 (dua belas) tahun. Berdasarkan pandangan hukum di atas, Mahkamah berpendapat, batas umur minimal 12 (dua belas) tahun lebih menjamin hak

anak untuk tumbuh berkembang dan mendapatkan perlindungan sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Dengan demikian, frasa sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun dalam Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak dan frasa belum mencapai umur 8 (delapan) tahun dalam Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak adalah inkonstitusional bersyarat, artinya inkonstitusional kecuali harus dimaknai telah mencapai usia 12 (dua belas) tahun sebagai ambang batas minimum pertanggungjawaban pidana;

Bahwa dengan perubahan batasan usia minimal pertanggungjawaban hukum bagi anak adalah 12 (dua belas) tahun maka Mahkamah berpendapat hal tersebut membawa implikasi hukum terhadap batas umur minimum (*minimum age floor*) bagi Anak Nakal (*delinquent child*) sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (1) UU Pengadilan Anak yang menyatakan, "*Anak adalah orang yang dalam perkara Anak Nakal **telah mencapai umur 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin***". Oleh karenanya, Mahkamah berpendapat bahwa meskipun Pasal *a quo* tidak dimintakan pengujiannya oleh para Pemohon, namun Pasal *a quo* merupakan jiwa atau ruh dari Undang-Undang Pengadilan Anak, terutama Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 5 ayat (1) UU pengadilan Anak, sehingga batas umur minimum juga harus disesuaikan agar tidak bertentangan dengan UUD 1945, yakni 12 (dua belas) tahun.

Bahwa sejatinya, menurut Mahkamah, bukan hanya Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak yang akan berpengaruh dengan dihapuskannya frasa, "*sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun*" dan Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak sepanjang frasa "*...belum mencapai umur 8 (delapan) tahun...*" dalam UU Pengadilan Anak. Penghapusan frasa *a quo* ternyata juga secara *mutatis mutandis* mempengaruhi keberadaan frasa *a quo* pada pasal lainnya. Adapun menurut perhatian Mahkamah, pasal lain yang akan turut terpengaruh adalah Pasal 1 angka 1 bagian Ketentuan Umum yakni, "*Anak adalah orang yang dalam perkara Anak Nakal **telah mencapai umur 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin***", dan penjelasan Undang-Undang *a quo* sepanjang terkait dengan batas umur 8 tahun;

Bahwa meskipun yang dimohonkan pengujian hanya Pasal 4 ayat (1) UU Pengadilan Anak sepanjang frasa, “...*sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun...*” dan Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak sepanjang frasa, “...*belum mencapai umur 8 (delapan) tahun...*”, namun Mahkamah sesuai dengan kewenangan konstitusionalnya, tidak akan membiarkan adanya norma dalam Undang-Undang yang tidak konsisten dan tidak sesuai dengan amanat perlindungan konstitusional yang dikonstruksikan oleh Mahkamah. Oleh karena itu, norma-norma pasal yang lain dalam Undang-Undang ini, yaitu Pasal 1 angka 1 dan penjelasan UU Pengadilan Anak sepanjang mengandung frasa sebagaimana disebutkan dalam Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak harus dinyatakan inkonstitusional bersyarat sebagaimana telah dipertimbangkan di atas;

Bahwa dalam perkara konstitusi yang berkaitan dengan pengujian konstitusionalitas suatu Undang-Undang sesungguhnya tidak mengenal istilah putusan “*ultra petita*” (putusan melebihi yang diminta oleh Pemohon), namun karena Undang-Undang merupakan satu kesatuan sistem yang apabila sebagian pasalnya dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, maka pasti akan berpengaruh terhadap pasal-pasal lain yang tidak dimohonkan pengujian. Oleh karena itu, pernyataan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat terhadap Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang *a quo*, berlaku pula terhadap Pasal 1 angka 1 serta penjelasan UU Pengadilan Anak sepanjang frasa, “...*telah mencapai umur 8 (delapan) tahun...*”, meskipun tidak dimohonkan pengujian oleh para Pemohon, merupakan sesuatu yang tidak dapat dihindarkan;

Bahwa sebagai “*The Interpreter of Constitution*”, Mahkamah dapat memberikan tafsir dalam penghapusan frasa “...*telah mencapai umur 8 (delapan) tahun...*” pada Pasal 1 angka 1, frasa “...*sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun...*”, pada Pasal 4 ayat (1) dan frasa, “...*belum mencapai umur 8 (delapan) tahun...*”, pada Pasal 5 ayat (1) UU Pengadilan Anak untuk selanjutnya hanya dapat dilaksanakan apabila ditafsirkan sesuai dengan batas umur minimum yang ditentukan oleh Mahkamah yakni 12 (dua belas) tahun;

[3.30] Menimbang bahwa para Pemohon memohon kepada Mahkamah untuk menyatakan inkonstitusional bersyarat Pasal 22 UU Pengadilan Anak sepanjang frasa “...pidana atau...” bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dengan alasan bahwa untuk menjamin diperolehnya hak-hak anak harus didahulukan pemberian tindakan daripada penjatuhan pidana;

Bahwa para Pemohon mendalilkan, Pasal 22 UU Pengadilan Anak mengenai pemberian pidana akan berdampak traumatik pada anak yang secara langsung maupun tidak langsung akan mempengaruhi proses perkembangan kejiwaan anak mengingat status mantan narapidana akan terus disandang oleh anak hingga keluar dari Lembaga Pemasyarakatan Anak;

Bahwa Pasal *a quo* tidak memberikan penekanan prioritas yakni upaya pemberian tindakan dan bukan pidana bagi anak sehingga tidak memberikan jaminan perlindungan dan kepastian hukum bagi tumbuh kembang anak;

Bahwa dari keterangan ahli Pemohon (Dr. Surastini, S.H., M.H) yang menyatakan Pasal 22 UU Pengadilan Anak mengenai penjatuhan pidana bagi anak bukanlah suatu yang tepat karena tidak membantu dan menolong anak untuk menjadi lebih baik di masa yang akan datang;

Bahwa sebaliknya dari keterangan ahli Pemerintah yakni Dr. Mudzakkir, S.H., M.H; yang memberikan penekanan pada proses pemberian pidana penjara kepada anak merupakan ranah kebijakan hakim yang juga didasarkan pada pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental, dan sosial anak dalam menerapkan hukum yang berbeda;

Bahwa dari pandangan hukum kedua ahli di atas, Mahkamah dapat menerima keterangan ahli Pemerintah bahwa proses penjatuhan dan pilihan mengenai pidana bagi anak sepenuhnya merupakan kewenangan bagi hakim untuk memutuskan setiap perkara. Hal ini dikarenakan setiap perkara dan kasus memiliki pertimbangan dan tindakan hukum yang berbeda pula sehingga alasan para Pemohon tidak tepat menurut hukum dan harus dikesampingkan.

[3.31] Menimbang bahwa para Pemohon juga memohon pada Mahkamah untuk mencabut frasa “*a. pidana penjara*”, pada Pasal 23 ayat (2) huruf a UU Pengadilan Anak dengan alasan bahwa penjatuhan pidana bagi anak merupakan pidana yang akan melanggar hak-hak anak seperti hak atas pendidikan, hak atas rasa aman, hak atas makan, hak atas bebas dari kekerasan, hak atas berkumpul dengan keluarga dan hak atas hukum berkeadilan. Pemohon mendalilkan bahwa pidana penjara di Indonesia telah memiliki sejumlah permasalahan tersendiri yang telah terbukti tidak akan efektif untuk memberikan pendidikan kesadaran atas tindak pidana yang telah dilakukan oleh seorang anak;

Bahwa ahli Pemohon berpendapat bahwa keberadaan pasal *a quo* mengenai penjatuhan pidana serta penjatuhan pidana penjara bagi anak adalah suatu pilihan yang tidak tepat dan tidak membantu ataupun menolong anak untuk menjadi lebih baik di masa yang akan datang;

Bahwa Mahkamah dapat menerima keterangan ahli Pemerintah, Dr. Mudzakkir, S.H., M.H., yang menerangkan pilihan penjatuhan pidana penjara terhadap anak diserahkan kepada kebijakan hakim, sedangkan perbedaan perlakuan dan pidana tentunya didasarkan atas pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental, dan sosial anak;

Dari pandangan hukum di atas, Mahkamah berpendapat bahwa Pasal 23 ayat (2) huruf a UU Pengadilan Anak telah memberikan sejumlah alternatif pidana bagi anak nakal selain pidana penjara yakni pidana kurungan, pidana denda atau pidana pengawasan. Dalam hal ini, keberadaan pidana penjara bukan merupakan satu-satunya pilihan pidana bagi anak sehingga tidak secara mutlak dapat merugikan hak konstitusional anak. Keberadaan klausula pidana penjara merupakan bentuk pilihan yang keputusan akhirnya akan diserahkan pada hakim berdasarkan pertimbangan berat ringan tindakan pidana, kapasitas pribadi anak dan lain sebagainya. Hal ini tentunya dengan melihat sejumlah prinsip keseimbangan antara kepentingan terbaik anak (*the best interest of child*) dan ketertiban struktur sosial masyarakat;

Bahwa sepanjang menyangkut isu hukum berupa kasus-kasus kekerasan yang diderita oleh anak dalam penjara merupakan tindakan secara sistematis terjadi

disebabkan berlakunya norma dalam Pasal 23 ayat (2) huruf a UU Pengadilan Anak. Mahkamah berpendapat, terjadinya kerugian yang dialami oleh anak dalam penjara bukan disebabkan berlakunya norma *a quo* melainkan dalam tataran implementasi bukan tataran konstitusional yang sama sekali secara mutlak tidak menyebabkan kerugian bagi semua anak yang tinggal dalam Lembaga Pemasyarakatan Anak sehingga Pasal 23 ayat (2) huruf a UU Pengadilan Anak adalah konstitusional;

[3.32] Menimbang bahwa para Pemohon mendalilkan bahwa frasa, “...*di Lembaga Pemasyarakatan Anak...*”, Pasal 31 ayat (1) UU Pengadilan Anak dengan alasan bahwa penempatan anak nakal yang telah diputus oleh Hakim dalam Lembaga Pemasyarakatan Anak merupakan “**penempatan yang salah**” atau “**pemenjaraan yang keliru**”. Para Pemohon berpendapat bahwa anak nakal tidak semestinya dimasukkan dalam Lembaga Pemasyarakatan Anak seharusnya mengikuti pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja sebagaimana tercantum dalam Pasal 24 ayat (1) huruf b UU Pengadilan Anak;

Sebaliknya atas dalil para Pemohon, Pemerintah kemudian memberikan keterangan yang pada pokoknya menyatakan ketentuan mengenai adanya Lembaga Pemasyarakatan Anak merupakan konsekuensi dari tindakan pidana yang dilakukan oleh anak, sehingga harus ditempatkan dalam lembaga pemasyarakatan yang berbeda dengan lembaga pemasyarakatan orang dewasa. Pemerintah memberikan keterangan bahwa pembentukan Lembaga Pemasyarakatan Anak adalah dalam rangka untuk melindungi anak dari perbuatan yang tidak baik, dibandingkan bila anak tersebut berada di luar Lembaga Pemasyarakatan;

Di samping itu Pemerintah juga telah mengakui adanya permasalahan seperti pelanggaran hukum yang diderita oleh anak selama dalam Lembaga Pemasyarakatan Anak. Hal tersebut disebabkan keterbatasan sarana dan prasarana maupun belum maksimalnya tingkat profesionalitas petugas pemasyarakatan dalam melaksanakan pekerjaan dengan sebaik-baiknya. Dalam hal ini, Pemerintah mengaku juga telah melakukan upaya perbaikan dalam penanganan dan pembinaan anak di Lembaga Pemasyarakatan Anak;

Bahwa Mahkamah berpendapat ketentuan yang terdapat dalam Pasal 31 ayat (1) merupakan penegasan keberadaan Lembaga Pemasyarakatan Anak dan keharusan aparat penegak hukum untuk tidak menempatkan anak nakal yang dinyatakan bersalah di Lembaga Pemasyarakatan bagi orang dewasa. Keberadaan Pasal *a quo* telah mempertegas keberadaan Lembaga Pemasyarakatan Anak sebagai wadah pendidikan, pembinaan, dan latihan kerja bagi Anak Nakal yang diputus menjalani pidana di Lembaga Pemasyarakatan Anak;

Bahwa pada prinsipnya permasalahan-permasalahan yang didalilkan oleh para Pemohon mengenai Lembaga Pemasyarakatan Anak merupakan permasalahan yang timbul karena penerapan hukum yang salah oleh aparat penegak hukum dan bukan disebabkan adanya norma yang bertentangan dengan UUD 1945. Oleh karenanya dalil para Pemohon tidak tepat dan tidak berdasar hukum;

[3.31] Menimbang bahwa dari rangkaian pendapat Mahkamah di atas dalam kaitannya yang satu dengan yang lain para Pemohon tidak dapat membuktikan dalil-dalil permohonannya, maka frasa-frasa yang dimohonkan oleh Pemohon yakni yang terdapat dalam Pasal 1 angka 2 huruf b, Pasal 22, Pasal 23 ayat (2) huruf a, Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak tidak terbukti menurut hukum, sedangkan dalil Pemohon mengenai Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Pengadilan Anak beralasan hukum;

4. KONKLUSI

Berdasarkan seluruh penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan sebagai berikut:

- [4.1] Mahkamah berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara *a quo*;
- [4.2] Para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk bertindak selaku pemohon dalam perkara *a quo*;
- [4.3] Dalil-dalil Pemohon dalam pokok permohonan terbukti menurut hukum untuk sebagian.

Dengan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan dengan mengingat Pasal 56 ayat (2) dan ayat (3) serta Pasal 57 ayat (1) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316).

5. AMAR PUTUSAN

Mengadili,

- Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian;
- Menyatakan frasa, "... 8 (*delapan*) tahun...", dalam Pasal 1 angka 1, Pasal 4 ayat (1), dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1997 Nomor 3, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3668), beserta penjelasan Undang-Undang tersebut khususnya terkait dengan frasa "...8 (*delapan*) tahun..." adalah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*), artinya inkonstitusional, kecuali dimaknai "...12 (*dua belas*) tahun...";
- Menyatakan frasa, "... 8 (*delapan*) tahun...", dalam Pasal 1 angka 1, Pasal 4 ayat (1), dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1997 Nomor 3, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3668), beserta penjelasan Undang-Undang tersebut khususnya terkait dengan frasa "...8 (*delapan*) tahun..." tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*), artinya inkonstitusional, kecuali dimaknai "...12 (*dua belas*) tahun...";
- Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya;
- Memerintahkan pemuatan Putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi yaitu Moh. Mahfud MD, sebagai Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, M. Arsyad Sanusi, Maria Farida Indrati, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota pada hari Rabu, tanggal dua bulan Februari tahun dua ribu sebelas dan diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum pada hari Kamis, tanggal dua puluh empat tahun dua ribu sebelas oleh tujuh Hakim Konstitusi, yaitu Moh. Mahfud MD, sebagai Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota dengan didampingi oleh Ida Ria Tambunan sebagai Panitera Pengganti, dihadiri oleh Pemohon/Kuasanya, Pemerintah atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili.

KETUA,

ttd

Moh. Mahfud MD

ttd.

Achmad Sodiki

ttd.

Hamdan Zoelva

ttd.

M. Akil Mochtar

ttd.

Harjono

ttd.

Ahmad Fadlil Sumadi

ttd.

Muhammad Alim

6. PENDAPAT BERBEDA (*DISSENTING OPINION*)

Terhadap putusan perkara ini terdapat 1 (satu) orang Hakim Konstitusi yang pendapat berbeda (*dissenting opinion*), yaitu Hakim M. Akil Mochtar, sebagai berikut:

[6.1] **Pendapat Berbeda (*Dissenting Opinion*) Hakim M. Akil Mochtar**

Dissenting Opinion Hakim Konstitusi M. Akil Mochtar terhadap Pasal 1 angka 2 huruf b Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak sepanjang frasa ” ... ***maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan***”, saya memiliki pendapat berbeda (*dissenting opinion*) sebagai berikut:

UUD 1945 sebagai Konstitusi Negara menjamin negara hukum yang demokratis, prinsip tersebut ditetapkan secara tegas di dalam Pasal 28I ayat (5) yang menyatakan ”*Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan*”. Oleh sebab itu, semua produk yang dihasilkan oleh negara termasuk produk hukumnya harus ditujukan untuk mensejahterakan masyarakat menuju masyarakat Indonesia adil dan makmur. Salah satu ciri yang diakui secara universal oleh negara hukum yang demokratis adanya pengakuan atas asas legalitas dalam segala bentuk. Asas legalitas adalah asas yang dipakai untuk menjamin asas-asas lainnya, antara lain asas pembatasan kekuasaan pemerintah dan hak-hak asasi (Lunshof);

Di Indonesia asas legalitas diatur dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Indonesia yang menyatakan, “*Tiada suatu perbuatan boleh dihukum, melainkan atas kekuatan ketentuan pidana dalam undang-undang, yang ada terlebih dahulu daripada perbuatan itu*”, yang dalam bahasa latinnya dikenal dengan sebutan ”***Nullum delictum nulla poena sine praevia legi poenali***”. Perumusan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut mengandung makna asas *lex temporis delicti*, artinya Undang-Undang yang berlaku adalah Undang-Undang yang ada pada saat delik terjadi (nonretroaktif).

Asas legalitas adalah asas yang sangat fundamental dalam hukum pidana yang di dalamnya mengandung beberapa hal, yaitu *prinsip lege praevia*, artinya tidak ada perbuatan pidana tanpa Undang-Undang sebelumnya; prinsip *lege scripta*, artinya, tidak ada perbuatan pidana tanpa Undang-Undang tertulis; prinsip *lege certa*, artinya, tidak ada perbuatan pidana tanpa aturan Undang-Undang yang jelas;

dan prinsip *lege stricta*. Artinya, tidak ada perbuatan pidana tanpa Undang-Undang yang ketat.

Sesuai dengan asas *lex certa* maka perumusan hukum pidana harus mengutamakan kejelasan, tidak multitafsir, adanya kepastian hukum. Asas *lex certa* menurut doktrin hukum pidana menganut prinsip:

1. tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut Undang-Undang;
2. tidak ada penerapan Undang-Undang pidana secara analogis;
3. tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;
4. tidak diberlakukan ketentuan pidana yang berlaku surut;
5. tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan Undang-Undang;
6. penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan Undang-Undang.

Hal yang demikian itu, bertolak dari nilai-nilai untuk mencegah terjadinya kesewenang-wenangan penegak hukum, menjamin adanya kepastian hukum, dan pidana yang dijatuhkan bersumber kepada hukum yang tertulis.

Sejak kelahirannya hukum pidana dibentuk untuk mengatur dan menerapkan sanksi pidana terhadap perbuatan seseorang (*daad-strafrecht*), namun dalam perkembangannya kemudian dengan pengaruh gerakan humanisme maka hukum pidana juga diwajibkan mempertimbangkan seseorang yang melakukan tindak pidana, akan tetapi ketika perbuatan itu dilakukan yang bersangkutan di bawah umur atau dalam keadaan gila, maka pemberlakuan ketentuan pidana dikecualikan terhadap yang bersangkutan, sehingga dalam doktrin hukum pidana muncul sebutan *daad-dader strafrecht*. Dengan demikian, sangat jelas adresat hukum pidana adalah perbuatan seseorang yang melanggar aturan pidana, dan bukan kepada status sosial atau status hukum orang yang bersangkutan (orang dewasa maupun anak) [Romli Atmasasmita (2005:2)];

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006, bertanggal 25 Juli 2006 terkait dengan Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 *juncto* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, telah memberikan pertimbangan terhadap ajaran sifat melawan hukum

materiil dalam Undang-Undang *a quo* yang bertentangan dengan prinsip asas legalitas, yang pertimbangannya adalah sebagai berikut:

“... Menimbang bahwa dengan demikian Mahkamah menilai memang terdapat persoalan konstiusionalitas dalam kalimat pertama Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK sehingga Mahkamah perlu mempertimbangkan lebih lanjut hal-hal sebagai berikut:

1. *Pasal 28D ayat (1) mengakui dan melindungi hak konstiusional warga negara untuk memperoleh jaminan dan perlindungan hukum yang pasti, dengan mana dalam bidang hukum pidana diterjemahkan sebagai asas legalitas yang dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, bahwa asas tersebut merupakan satu tuntutan akan kepastian hukum di mana orang hanya dapat dituntut dan diadili atas dasar suatu peraturan perundang-undangan yang tertulis (lex scripta) yang telah lebih dahulu ada;*
2. *Hal demikian menuntut bahwa suatu tindak pidana memiliki unsur melawan hukum, yang harus secara tertulis lebih dahulu telah berlaku, yang merumuskan perbuatan apa atau akibat apa dari perbuatan manusia secara jelas dan ketat yang dilarang sehingga karenanya dapat dituntut dan dipidana, sesuai dengan prinsip nullum crimen sine lege stricta;*
3. *Konsep melawan hukum yang secara formil tertulis (formele wederrechtelijk), yang mewajibkan pembuat undang-undang untuk merumuskan secermat dan serinci mungkin (vide Jan Remmelink, Hukum Pidana, 2003:358) merupakan syarat untuk menjamin kepastian hukum (lex certa) atau yang dikenal juga dengan istilah Bestimmtheitsgebot;*

Menimbang bahwa berdasarkan uraian di atas, konsep melawan hukum materiil (materiele wederrechtelijk), yang merujuk pada hukum tidak tertulis dalam ukuran kepatutan, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai satu norma keadilan, adalah merupakan ukuran yang tidak pasti, dan berbeda-beda dari satu lingkungan masyarakat tertentu ke lingkungan masyarakat lainnya, sehingga apa yang melawan hukum di satu tempat mungkin di tempat lain diterima dan diakui sebagai sesuatu yang sah dan tidak melawan hukum, menurut ukuran yang dikenal dalam kehidupan masyarakat setempat, ...dst;

Menimbang bahwa oleh karenanya Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK kalimat pertama tersebut, merupakan hal yang tidak sesuai dengan perlindungan dan jaminan kepastian hukum yang adil yang dimuat dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Dengan demikian, Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK sepanjang mengenai frasa “Yang dimaksud dengan ‘secara melawan hukum’ dalam pasal ini mencakup perbuatan-perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana”, harus dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945;...”

Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi *a quo*, pelaksanaan asas legalitas yang termuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP merupakan suatu tuntutan akan kepastian hukum di mana orang hanya dapat dituntut dan diadili atas dasar suatu peraturan perundang-undangan yang tertulis (*lex scripta*) yang telah lebih dahulu ada, yang merupakan pengakuan dan perlindungan hak konstitusional warga negara untuk memperoleh jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil sesuai Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

Dengan demikian, dalam hal seseorang yang diduga melakukan tindak pidana korupsi saja mendapat perlindungan dan jaminan konstitusional, adalah ketidakadilan jika seorang anak Indonesia yang kemudian diduga melakukan tindak pidana, tetapi tindakan tersebut tidak diatur secara rinci, pasti, dan cermat dalam Undang-Undang, dijatuhi pidana yang hal tersebut merupakan tindakan mengkriminalisasi terhadap semua anak Indonesia. Padahal tujuan asas legalitas adalah untuk melindungi setiap orang dari tindakan sewenang-wenang aparat penegak hukum dalam menangkap, menahan, atau menuntut seorang anak ke pengadilan tanpa menyebutkan ketentuan atau peristiwa pidana yang dilanggar;

Tujuan akhir dari hukum pidana adalah perlindungan tertib hukum sehingga jika interpretasi dilakukan berdasarkan tujuan yang kabur berarti kita mengganti bendungan dengan pagar yang tidak mampu memberikan batasan yang tegas, kita akan cenderung menerima prinsip yang berlaku di Rusia pada jaman Stalin:

perbuatan apapun yang secara sosial dipandang berbahaya akan dianggap sebagai tindak pidana (Jan Remmelink, Hukum Pidana, 2003 53-54);

Maka berdasarkan uraian tersebut di atas, menurut saya seharusnya Mahkamah Konstitusi menyatakan Pasal 1 angka 2 huruf b Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak sepanjang frasa, " ... ***maupun menurut peraturan hukum lain yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan***" bertentangan dengan UUD 1945;

PANITERA PENGGANTI,

ttd

Ida Ria Tambunan