BAB IV

ANALISIS HUKUM ISLAM DAN HUKUM POSITIF DALAM MEMBERIKAN PERLINDUNGAN HUKUM BAGI ANAK YANG MENJADI KORBAN TINDAK PIDANA KEKERASAN SEKSUAL YANG DILAKUKAN OLEH ANAK.

A. Analisis Hukum Positif di Indonesia dalam penyelesaian tindak pidana kekerasan seksual sesama anak dibawah umur.

Apabila ditelaah, maka kekerasan seksual terdiri dari dua unsur kata, yaitu kekerasan dan seksual. karena itu sebelum menentukan pengertian kekerasan seksual ini, maka perlu kita ketahu terlebih dahulu mengenai pengertian Kekerasan yaitu penganiayaan, penyiksaan, atau perlakuan salah. Atau kekerasan adalah penggunaan kekuatan fisik dan kekuasaan, ancaman atau tindakan terhadap diri sendiri, perorangan atau sekelompok orang atau masyarakat yang mengakibatkan atau kemungkinan besar mengakibatkan memar/trauma, kematian, kerugian psikologis, kelainan perkembangan atau perampasan hak.[1]

Sedangkan pengertian seksual itu sendiri yaitu, hal yang berkenaan dengn seks atau jenis kelamin, hak yang berkenaan dengan perkara persetubuhan antara laki-laki dan perempuan. Jadi, Kekerasan seksual merupakan bentuk kontak seksual atau bentuk lain yang tidak

[1] Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana,* (Jakarta: PT. Raja Grafindo, 2010), 2.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

diinginkan secara seksual. Kekerasan seksual biasanya disertai dengan tekanan psikologis atau fisik. Perkosaan merupakan jenis kekerasan seksual yang spesifik. Perkosaan dapat didefiniskan sebagai penetrasi seksual tanpa izin atau dengan paksaan, disertai oleh kekerasan fisik.[2]

Meskipun kekerasan seksual terjadi secara berulang dan terus menerus, namun tidak banyak masyarakat yang memahami dan peka tentang persoalan ini. Kekerasan seksual seringkali dianggap sebagai kejahatan terhadap kesusilaan semata. Pandangan semacam ini bahkan didukung oleh negara melalui muatan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Dalam KUHP kekerasan seksual seperti perkosaan dianggap sebagai pelanggaran terhadap kesusilaan. Pengkategorian ini tidak saja mengurangi derajat perkosaan yang dilakukan, namun juga menciptakan pandangan bahwa kekerasan seksual adalah persoalan moralitas semata.[3]

Pandangan bahwa kekerasan seksual hanya sebagai kejatahan kesusilaan juga tidak terlepas dari ketimpangan relasi yang menempatkan perempuan sebagai marka atau penanda kesucian dan moralitas dari masyarakatnya. Inilah sebabnya seringkali pembahasan tentang moralitas berujung pada pertanyaan apakah perempuan masih perawan atau tidak sebelum pernikahannya, apakah perempuan melakukan aktivitas seksual hanya dalam kerangka perkawinan, dan sejauh mana perempuan memendam ekspresi seksualitasnya dalam keseharian interaksi sosialnya.

[2] *Ibid*.2
[3] *Ibid*.5

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Akibatnya, banyak sekali perempuan yang merasa malu untuk menceritakan pengalaman kekerasan seksual karena malu atau kuatir dianggap "tidak suci" atau "tidak bermoral". Sikap korban membungkam justru pada banyak kesempatan didukung, bahkan didorong oleh keluarga, orang-orang terdekat, dan masyarakat sekitarnya.

Anak sebagai pelaku Kekerasan seksual, hal ini menjadi pokok bahasan yang selalu dibicarakan dan yang didiskusikan baik dalam media elektronik, lewat media cetak maupun dibicarakan lewat forum-forum yang bersifat nasional, dimana ujungnya bermuara pada jaminan perlindungan bagi anak dan pertanggung jawaban anak itu sendiri, dengan memperhatikan hukum positif yang berlaku dan aspek kepentingan si anak sebagai pelaku kekerasan seksual.

Anak bukanlah untuk di hukum melainkan harus diberikan bimbingan dan pembinaan, sehingga bisa tumbuh dan berkembang sebagai anak normal yang sehat dan cerdas seutuhnya. Anak adalah anugerah Allah Yang Maha Kuasa sebagai calon generasi penerus bangsa yang masih dalam masa perkembangan fisik dan mental. Terkadang anak mengalami situasi sulit yang membuatnya melakukan tindakan yang melanggar hukum. Walaupun demikian, anak yang melanggar hukum tidak layak untuk dihukum apalagi kemudian dimasukan dalam penjara.[4]

Anak haruslah ditangani secara berbeda dengan orang dewasa. Untuk itu, secara paradigma model penanganan yang berlaku melalui

[4] M. Nasir Djamil, *Anak Bukan Untuk Dihukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), 1.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Undang-Undang No.11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, dengan menggunakan model penanganan *restoratif justice*, yaitu dijelaskan pada pasal 1 ayat (6) "Keadilan Restoratif adalah penyelesaian tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan."

Penanganan hukum Berdasarkan Konvensi Hak Anak yang kemudian diadopsi dalam Undang-Undang No.23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, ada empat prinsip umum perlindungan anak yang menjadi dasar bagi setiap negara dalam menyelenggarakan perlindungan anak, antara lain:

1. Prinsip Nondiskriminasi
2. Prinsip kepentingan terbaik anak (*Bestinterests of the child*)
3. Prinsip hak hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan (*The right to life, survival and development*)
4. Prinsip penghargaan terhadap pendapat anak (*Respect for the views of the child*).

Dalam mengenai perkara hukuman bagi anak sebagai pelaku tindak pidana kekerasan seksual sesama anak dibawah umur dalam perkara nomor: 10/Pid.sus.anak/2015/PN.GSK di pengadilan negeri gresik, hakim pengadilan negeri gresik menjerat pelaku berdasarkan pada ketentuan pada

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Pasal 81 Ayat (1) undang-undang nomor 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak, yang berbunyi:

> "Setiap orang yang dengan sengaja melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 3 (tiga) tahun dan denda paling banyak Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah) dan paling sedikit Rp 60.000.000,00 (enam puluh juta rupiah)."[5]

Namun bagi penulis kurang sependapat dengan langsung menerapkan pasal tersebut, dan tindakan pemidanaan anak tersebut kedalam Rutan yang tempatnya orang dewasa dipidana. Padahal secara jelas bahwa hukuman orang dewasa dengan anak jauh berbeda, oleh sebab itu penulis mengambil sebuah teori peniadaan hukuman yang diambil dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Bab III tentang Hal-hal yang menghapuskan, mengurangi atau memberatkan pidana.

Terdapat keadaan-keadaan khusus yang menyebabkan suatu perbuatan yang pada umumnya merupakan tindak pidana, sehingga si pelaku bebas dari hukuman pidana. Pembahasan ini dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana diatur dalam Pasal 44-51. Dasar teori peniadaan hukum pidana dibedakan menjadi tiga:

1. Alasan pembenaran: alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, sehinga apa yang dilakukan oleh terdakwa lalu menjadi perbuatan yang patut dan benar. Tertera dalam Pasal 49 ayat 1, 50, dan Pasal 51 ayat 1.

[5] Tim Permata press, *Undang-undang Perlindungan Anak*,,, 33

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2. Alasan Pemaaf: alasan yang menghapuskan kesalahan terdakwa, tetap melawan hukum jadi tetap merupakan perbuatan pidana, tetapi terdakwa tidak dipidana, karena tidak ada kesalahan. Tercantum pada Pasal 49 ayat 2, dan 51 ayat 2.
3. Alasan penghapusan penuntutan: ini adalah peran otoritas pemerintah, pemerintah atas dasar utilitas atau kemanfaatannya kepada masyarakat, sebaiknya tidak diadakan penuntutan demi kepentingan umum.

Penentuan orang yang belum dewasa Pasal 45, 46, dan 47 KUHP, memuat peraturan khusus untuk orang belum dewasa sebagai berikut:

a. Pasal 45: dalam penuntutan di muka hakim pidana dari seorang yang belum dewasa, tentang suatu perbuatan yang dilakukan sebelum orang itu mencapai usia 16 tahun, maka pengadilan dapat memerintahkan, bahwa si bersalah akan di kemabalikan kepada orang tua, wali, atau pemelihara, tanpa menjatuhkan hukuman pidana. Apabila perbuatannya termasuk golongan kejahatan atau salah satu dari pelanggaran-pelanggaran yang termuat dala pasal 489, 490, 492, 496, 497, 503-505, 517-519, 526, 531, 532, 536 dan 540. Dan dilakukan sebelum 2 tahun setelah penghuuman orang itu karena salah satu dari pelanggaran-pelanggaran tersebut atau karena suatu kejahatan, memerintahkan, bahwa terdakwa diserahkan di bawah kekuasaan pemerintah, tanpa menjatuhkan suatu hukum pidana.[6]
b. Pasal 46: Apabila pengadilan memerintahkan agar si terdakwa diserahkan kekuasaan pemerintah, maka terdakwadapat dimasukkan ke lembaga pemerintah dan oleh pemerintah dididik seperlunya. Atau dapat diserahkan kepada suatu yayasan atau lemabaga sosial sampai terdakwa mencapai umur 18 tahun.[7]
c. Pasal 47: apabila terdakwa dijatuhi oleh pengadilan, maksimum hukumannya dikurangi sepertiga. Apa bila

[6] Dr.Andi Hamzah,*Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dan Kitab*,,, 23.
[7] *Ibid*, 23.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

> terdakwa dihukum erihal suatu kejahatan, yang dapat dijatuhi hukuman mati atau hukuman seumur hidup, maka hukuman maksimumnya menjadi 15 tahun penjara. Tidak boleh dijatuhkan hukuman tambahan dari pasal 10 di bawah huruf b, nomor 1 dan 3.[8]

Dari pendapat penulis diatas maka hukuman yang layak bagi pelaku kekerasan seksual dibawah umur yaitu dengan cara dikembalikan kepada orang tuanya hal ini didasarkan pada Pasal 45 KUHP. Terkecuali anak tersebut melakukan suatu tindak pidana kejahatan maka hukuman yang terdapat pada pasal 45 KUHP tidak berlaku. Hal ini diperkuat juga dengan yang dijelaskan pada Undang-undang Nomor 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak, Pasal 64 yaitu:

> (1) Perlindungan khusus bagi anak yang berhadapan dengan hukum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 59 meliputi anak yang berkonflik dengan hukum dan anak korban tindak pidana, merupakan kewajiban dan tanggung jawab pemerintah dan masyarakat.
>
> (2) Perlindungan khusus bagi anak yang berhadapan dengan hukum sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilaksanakan melalui:
>
> a. perlakuan atas anak secara manusiawi sesuai dengan martabat dan hak-hak anak;
> b. penyediaan petugas pendamping khusus anak sejak dini;
> c. penyediaan sarana dan prasarana khusus;
> d. penjatuhan sanksi yang tepat untuk kepentingan yang terbaik bagi anak;
> e. pemantauan dan pencatatan terus menerus terhadap perkembangan anak yang berhadapan dengan hukum;
> f. pemberian jaminan untuk mempertahankan hubungan dengan orang tua atau keluarga; dan
> g. perlindungan dari pemberitaan identitas melalui media massa dan untuk menghindari labelisasi.
>
> (3) Perlindungan khusus bagi anak yang menjadi korban tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilaksanakan melalui:

[8] *Ibid*, 24.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

a. upaya rehabilitasi, baik dalam lembaga maupun di luar lembaga;
b. upaya perlindungan dari pemberitaan identitas melalui media massa dan untuk menghindari labelisasi;
c. pemberian jaminan keselamatan bagi saksi korban dan saksi ahli, baik fisik, mental, maupun sosial; dan
d. pemberian aksesibilitas untuk mendapatkan informasi mengenai perkembangan perkara.[9]

B. Analisis Hukum Islam dalam penyelesaian tindak pidana kekerasan seksual sesama anak di bawah umur.

Hukuman dalam bahasa Arab disebut ‘uqubah. Lafaz ‘uqubah menurut bahasa berasal dari kata (عَقَبَ) yang sinonimnya (خَلَفَلَهُ وَجَاءَبِعَقَبِهِ) Artinya: Mengiringnya dan datang di belakangnya. Dalam pengertian yang agak mirip dan mendekati pengertian istilah, barangkali lafaz tersebut bisa diambil dari lafaz: (عَاقَبَ) yang sinonimnya: (سَوَاءً بِمَافَعَل جَزَاهُ) Artinya: *Membalasnya sesuai dengan apa yang dilakukan.*

Setelah kita ketahui hukuman pelaku tindak pidana kekerasan seksual sesama anak dibawah umur dalam hukum positif maka selanjutnya penulis akan menganalisis hukum positif tersebut dengan hukum islam. Penulis berpendapat ada beberapa korelasi antara hukum positif dengan hukum islam, sekilas korelasi itu berada pada penjatuhan hukum positif.

Dalam hukum pidana Islam, anak di bawah umur khususnya periode *mumayyiz (tidak mempunyai kemampuan berpikir)* tidak dimintai pertanggungjawaban pidana, sebab pertanggungjawaban pidana

[9] Tim Permata press, *Undang-undang Perlindungan Anak*,,, 26

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

berdasarkan kemampuan berfikir dan memilih. Di samping itu pula ia akan terbebas dari hukuman *had (hukuman yang telah ditentukan oleh syara' dan merupakan hak Allah, seperti jarimah zina)* sebagaimana hadis nabi yang diriwayatkan oleh Imam Ahmad dan Abu Daud yang artinya dari Aisya ra. Ia berkata: telah bersabda Rasulullah saw: Dihapuskan ketentuan dari tiga hal, dari orang yang tidur sampai ia bangun, dari orang yang gila sampai ia sembuh, dan dari anak kecil sampai ia dewasa.[10]

Dari uraian hadis di atas, maka hanya manusia yang berakal pikiran, dewasa, dan kemauan sendiri yang dapat dibebani tanggung jawab pidana. Oleh karena itu tidak ada pertanggungjawaban pidana bagi anak-anak, orang gila, orang yang hilang kemauannya, orang yang dipaksa atau terpaksa.

Namun karena Islam tidak mengesampingkan kepentingan masyarakat dan suka kedamaian, maka anak di bawah umur dapat dijatuhi hukuman ta'zir atau hukuman yang bersifat pendidikan atas perbuatan dosa (maksiat) yang hukumnya belum ditentukan oleh syara'.[11] Tetapi dalam rangka mendidik dan mengarahkan kepada kemaslahatannya.

Menurut analisis penulis, dalam sumber-sumber data yang sudah terkumpulkan dapat di ketahui bahwasannya terhadap perkara tindak pidana kekerasan seksual seharusnya menggunakan Ta'zir. Pada saat ini ta'zir adalah hukuman yang diberikan oleh hakim atau pemerintah (ulil

[10] Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam* (Fikih Jinayah), 74-75.
[11] Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*,..... 249.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

amri) untuk menetapkannya. Hal ini berdasarkan firman Allah Swt. dalam surat al-Maidah ayat 49 berikut :

Artinya : *"Dan hendaklah kamu memutuskan perkara di antara mereka menurut apa yang diturunkan Allah, dan janganlah kamu mengikuti hawa nafsu mereka." (QS. Al-Maidah ayat 49)*

Dalam perkara ini hukuman yang diberikan hakim bersifat preventif (pencegahan) atau ta'dibiyah (pengajaran), karena pelaku adalah anak di bawah umur khususnya pada masa kemampuan berpikir lemah (seperti yang diuraikan di BAB II) .

Hukum Pidana Islam sebagai realisasi dari hukum Islam itu sendiri, menerapkan hukuman dengan tujuan untuk pencegahan serta balasan, perbaikan dan pengajaran. Dengan tujuan tersebut, pelaku jarimah tidak melakukan dan mengulangi perbuatannya lagi. Disamping itu, juga merupakan tindakan preventif (pencegahan) bagi orang lain untuk tidak melakukan hal yang sama.[12]

Tujuan pemberian hukuman dalam Islam sesuai dengan konsep tujuan disyari'atkannya hukum, yaitu untuk merealisasi kemaslahatan umat dan sekaligus menegakkan keadilan. Dalam *jarimah ta'zir* hakim dalam memberi hukuman sebatas sesuai dengan kepatutan dan sifatnya merupakan upaya mendidik, bukan sengaja untuk menyakiti atau mencederai.[13]

Berdasarkan pertimbangan tersebut, maka pertimbangan putusan hakim sudah sesuai dengan hukum Islam. Hal ini dikarenakan hukuman

[12] Rahmat Hakim, *Hukum Pidana Islam (Fiqih Jinayah)*..... 63.
[13] Zainuddin Ali, *Hukum Islam*,. 129

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

bagi anak di bawah umur cukup bersifat mendidik dan mencegah, dan tidak dibenarkan memberikan hukuman *had* atau "hukuman berat".

Sekalipun demikian, negara boleh mengambil kebijakan khusus bila terjadi masalah tindak pidana anak. Negara bisa memaksa orang tua atau wali untuk mendidik anaknya, atau negara mengambil anak dari pengasuhnya dan menyerahkannya pada pengasuh lain yang mampu dari kalangan kerabat yang berhak atas pengasuhan anak. Bila anak sebatang kara tidak memiliki pengasuh dan wali, maka negara berkewajiban memelihara anak tersebut dan mendidiknya agar tidak menjadi pelaku kriminal. Atau ngara bisa memutuskan agar anak tersebut di berikan binaan di Lapas Anak. maka dalam perkara ini hakim memiliki wewenang dalam menyelesaikan dan memutus perkara berdasarkan undang-undang yang berlaku dan peraturan-peraturan yang berlaku.

Hakim bersifat preventif (pencegahan) karena pelaku adalah anak di bawah umur belum mukallaf . Hukum yang di tegakkan dalam islam, mempunyai 2 (dua) aspek di antaranya yaitu:

a. Preventif (pencegahan)

b. Represif (pendidikan)

Dengan diterapkan 2 (dua) aspek tersebut akan dihasilkan suat aspek kemaslahatan, yaitu terbentuknya moral yang baik, maka akan menjadikan masyarakat yang aman, tenteram, damai dan penuh dengan

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

keadilan karena moral yang dilandasi agama akan membawa prilaku manusia sesuai dengan tuntutan agama.[14]

Dilihat dari kaidah umum tersebut dapat ditarik bahwa apabila pelaku kekerasan seksual itu melakukan tindakan kekerrasan seksual atau pemerkosaan dan tidak mentaati aturan dalam Undang-undang maka secara otomatis akan dikenai hukuman. Akan tetapi tidak begitu saja pelaku itu dihukum, apalagi pelakunya adalah anak dibawah umur, namun ada ulul amri yang diberi kewenangan untuk menetapkan setiap hukuman, tetapi harus tetap berpegangan kepada ketentan-ketentuan yang umum yang ada dalam nash syara' dan harus sesuai dengan ruh syari'ah dan kemaslahatan umum.

Pengajaran terhadap anak-anak bisa dilaksanakan oleh ayah, guru, pelatih pekerjaan, kakek, dan wali. Seorang ibu dapat memberikan pengajaran, jika ia menjadi wali atas anak kecil atau menjadi pengasuh dan pemeliharanya. Syarat-syarat memberikan pengajaran terhadap anak tidak berbeda dengan syarat pengajaran terhadap istri. dengan demikian maka pendidikan dan pengajaran diberikan kepada anak karena kesalahan yang sudah dilakukannya, bukan terhadap kesalahan yang dilakukan. demikian pula pukulan jangan sampai melukai, tidak boleh mengenai wajah dan anggota badan yang mengkhawatirkan seperti perut dan kemaluan. pukulan yang dimaksudkan dalam pendidikan itu tidak boleh berlebihan dan layak di anggap sebagai pelajaran terhadap anak kecil.

[14] Makrus Munajat, *Demokrasi Hukum Pidana Islam*, (Yokyakarta: Logung Pustaka,2004),53.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

Apabila pukulan masih dalam batas-batas tersebut maka orang yang melakukan pengajaran tidak dibebani pertanggungjawaban karena perbuatannya termasuk perbuatan mubah. apabila pemukulan mengakibatkan cidera pada anggota tubuh anak menurut Imam Malik dan Imam Ahmad pengajaran atau pendidik tidak dikenakan penggantian kerugian, selama pukulannya itu layak di anggap sebagai pendidikan dan masih dalam batas-batas yang telah ditentukan oleh syara'. Apabila pukulannya sangat keras sehingga tidak layak dianggap sebagai pendidikan, pendidik atau pengajar dikenakan pertanggung jawaban pidana. Menurut Imam Syafi'i, orang yang memberikan pengajaran harus mengganti kerugian atas cidera pada anggota tubuh anak kecil akibat tindakan pengajaran dalam keadaan bagaimanapun. alasannya karena pendidikan dan pengajaran merupakan hak dan bukan kewajiban. dengan demikian, ia boleh meninggalkan dan boleh juga mengerjakannya. apabila ia mengerjakan maka ia bertanggungjawab atas akibat perbuatannya itu.

Imam Abu Hanifa berpendapat bahwa pendidik harus mengganti kerugian atas cidera pada anggota tubuh anak kecil tersebut.pendapat imam abu yusuf mengatakan bahwa bapak, kakek, dan *washiy* diberi izin untuk melakukan perbuatan pengajaran dan tidak ada pertanggungjawaban atas perbuatan yang di bolehkan.

Hal di atas merupakan pengajaran ketika orang tua mengetahui bahwa anaknya sudah terlibat pada pergaulan bebas, akan tetapi anak tersebut tidak mentaati apa yang dikatakan orang tuanya maka

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

diperbolehkan anak tersebut diberi pengarahan oleh orang tuamya. Adapun peniadaan hukuman atau hapusnya hukuman bagi pelaku kekerasan seksual yang berkaitan dengan kemaslahatan umum.

Dalam uraian yang sebelumnya telah dijelaskan bahwa hal-hal yang menyebabkan hapusnya hukuman itu ada empat, yaitu:

1) Paksaan.
2) Mabuk.
3) Gila, dan
4) Dibawah Umur

Melihat dari 4 hal diatas maka ada korelasi anatara hukum pidana islam dengan positif, terletak pada angka 4 yang mana hapusnya hukuman bisa disebabkan si pelaku masih dibawah umur. Konsep yang dikemukakan oleh syariat islam tentang pertanggung jawaban anak dibawah umur merupakan konsep yang sangat baik. meskipun konsep tersebut telah lama usianya, namun konsep tersebut menyamai teori terbaru dikalangan hukum positif. Hukum Romawi sebagai bentuk hukum positif yang paling maju pada masa turunnya syariat islam dsn yang menjadi dasar hukum-hukum eropa modern, mengadakan pemisahan antara pertanggung jawaban anak dibawah umur dengan pertanggung jawaban orang dewasa dalam batas yang sangat sempit, yaitu usia tujuh tahun. dengan demikian menurut hukum romawi, apabila anak-anak telah mencapai umur tujuh tahun keatas maka ia dibebani pertanggungjawaban pidana. akan tetapi apabila seorang anak belum mencapai usia tersebut

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

maka ia tidak dikenakan pertanggungjawaban pidana, kecuali kalau ketika melakukan jarimah ia mempunyai niatan untuk merugikan orang lain. pandangan hukum romawi tentu saja jauh berbeda dengan konsep yang dibawa oleh syariat islam.

Menurut syariat Islam, pertanggungjawaban pidana didasarkan atas dua perkara yaitu kekuatan berfikir dan pilihan. sehubungan dengan hal tersebut maka kedudukan anak dibawah umur berbeda-beda sesuai dengan perbedaan masa yang dilaluinya dalam kehidupannya. semenjak ia dilahirkan sampai ia memiliki dua perkara tersebut.

Secara alamiyah terdapat *tiga* masa yang dialami setiap orang sejak ia dilahirkan sampai ia dewasa.

1. *Masa Tidak Adanya Kemampuan Berfikir (Idrak)*

Masa ini dimulai sejak seorang dilahirkan dan berakhir di usia tujuh tahun. Pada masa tersebut seorang anak di anggap tidak mempunyai kemampuan berfikir dan ia disebut anak yang belum *tamyiz*. Sebenarnya tamyiz itu dimana seorang bisa membedakan mana yang benar dan yang salah, tidak dibatasi dengan usia tertentu. Akan tetapi, Para fuqaha berpedoman kepada usia dalam menentukan batas-batas tamyiz dan kemampuan berfikir, agar ketentuan tersebut bisa berlaku untuk semua orang, dengan berpegangan kepada keadaan yang umum dan biasa terjadi pada anak. Dengan demikian seorang anak yang belum tamyiz karena belum mencapai usia tujuh tahun, apabila ia melakukan suatu jarimah

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

maka tidak dijatuhi hukuman, had apabila ia melakukan jarimah hudud dan tidak diqishash apabila ia melakukan jarimah qishash.

Akan tetapi, pembebasan anak tersebut dari pertanggung jawaban pidana tidak menyebabkan ia dibebaskan dari pertanggungjawaban pedata dari setiap jarimah yang dilakukannya. Ia tetap diwajibkan membayar ganti rugi yang dibebankan kepada harta miliknya, apabila tindakannya menimbulkan kerugian kepada orang lain baik pada hartanya maupun jiwanya.

2. *Masa Kemampuan Berfikir yang Lemah.*

Masa ini dimulai sejak anak memasuki usia tujuh tahun sampai anak tersebut dewasa (*balig*). apabila anak memasuki usia lima belas tahun maka ia dianggap dewasa menurut ukuran hukuman.

3. *Masa Kemampuan Berfikir Penuh*

Masa ini dimulai sejak seorang anak menginjak usia dewasa, yaitu usia lima belas tahun menurut para fiqaha atau delapan belas tahun menurut pendapat Imam Hanifah. Pada periode ini anak dikenakan pertanggung jawaban pidana atas semua jarimah yang dilakukannya, apapun jenis dan macamnya.

Pada umumnya hukum positif sama pendiriannya dengan syariat islam, yaitu mengadakan pertanggungjawaban pidana menurut perbedaan umur anak-anak dibawah umur. Disamping itu dalam hukum positif juga anak dibawah umur dikenakan pertanggung jawaban perdata, baik dijatuhi hukuman pidana atau tidak. Hal itu disebabkan karena tidak ada

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

pertentangan antara dibebaskannya dari hukuman karena belum mencapai usia tertentu dengan keharusan mengganti kerugian yang ditimbulkan sebagai akibat perbuatannya.

Dalam hukuman pidana indonesia, ketentuan mengenai anak dibawah umur diatur dalam pasal 45, yang berbunyi sebagai berikut.

Dalam hal penuntutan pidana terhadap orang yang belum dewasa karena melakukan suatu perbuatan sebelum umur enam belas tahun, hakim dapat menentukan: memerintahkan supaya yang bersalah dikembalikan kepada orang tuanya, walinya atau pemeliharanya, tanpa pidana apa pun; atau memerintahkan supaya yang bersalah diserahkan kepada pemerintah tanpa pidana apa pun, jika perbuatan merupakan kejahatan atau salah satu pelanggaran berdasar- kan pasal-pasal 489, 490, 492, 496, 497, 503 - 505, 514, 517 - 519, 526, 531, 532, 536, dan 540 serta belum lewat dua tahun sejak dinyatakan bersalah karena melakukan kejahatan atau salah satu pelanggaran tersebut di atas, dan putusannya telah menjadi tetap; atau menjatuhkan pidana kepada yang bersalah.[15]

Apabila hakim memilih untuk menghukum anak dibawah umur, hukuman yang dijatuhkan adalah maksimum hukuman pokok untuk tindak pidana yang dilakukannya dan dikurangi sepertiganya. Ketentuan ini terdapat dalam Pasal 47 KUHP:

(1) Jika hakim menjatuhkan pidana, maka maksimum pidana pokok terhadap tindak pidananya dikurangi sepertiga.
(2) Jika perbuatan itu merupakan kejahatan yang diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, maka dijatuhkan pidana penjara paling lama lima belas tahun.
(3) Pidana tambahan dalam pasal 10 butir b, nomor 1 dan 3, tidak dapat diterapkan. [16]

Pada kasus kekerasan seksual yang dilakukan oleh anak ersebut harus melihat pada pasal 17 UU RI Nomor 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak dalam pasal 17, Yaitu:

(1) Setiap anak yang dirampas kebebasannya berhak untuk:

[15] Dr.Andi Hamzah, *KUHP & KUHAP,* (Jakarta: PT.Rineka Cipta, 2012), 23
[16] *Ibid*, 24

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

a. mendapatkan perlakuan secara manusiawi dan penempatannya dipisahkan dari orang dewasa;
b. memperoleh bantuan hukum atau bantuan lainnya secara efektif dalam setiap tahapan upaya hukum yang berlaku; dan
c. membela diri dan memperoleh keadilan di depan pengadilan anak yang objektif dan tidak memihak dalam sidang tertutup untuk umum.

(2) Setiap anak yang menjadi korban atau pelaku kekerasan seksual atau yang berhadapan dengan hukum berhak dirahasiakan.[17]

Dari tiga pasal tersebut diatas jelaslah bahwa dalam hukum pidana indonesia masih terdapat celah-celah untuk menjatuhkan hukuman pidana bagi anak dibawah umur yang melakukan suatu tindak pidana. Hal ini jelas berbeda dengan hukum pidana islam seperti yang telah dikemukakan di atas, sama sekali tidak membolehkan untuk menjatuhkan hukuman pidana. Kecuali hukuman yang bersifat pengajaran dan pendidikan.

[17] Tim Permata press, *Undang-undang Perlindungan Anak*,,, 9

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id