

BAB II

LANDASAN TEORI DAN KAJIAN PUSTAKA

A. Landasan Teori

Teori hukum sebagaimana yang diungkapkan Radbruch bertugas untuk membuat jelas nilai-nilai postulat hukum hingga memenuhi landasan filosofi yang menjadikan teori menempati kedudukan yang sangat vital.¹ Oleh karena itulah para ahli yang menganalisa hukum senantiasa berusaha mencantumkan teori tertentu untuk menjustifikasi bahwa penjelasannya sudah memenuhi standar teoritis.² Dalam tulisan ini penulis menggunakan teori *legal sistem* oleh Friedman sebagai berikut:

Teori *legal sistem* menyatakan bahwa dalam penerapan hukum, hukum dipandang secara integral dalam suatu kesatuan yang utuh yang terdiri dari sub sistem. Lawrence M. Friedman menyatakan bahwa dalam penerapan hukum terdapat tiga komponen yang mempengaruhinya, yang terdiri dari *legal structure*, *legal substance*, dan *legal culture*.³ Sebagai suatu penerapan hukum maka lembaga penegak hukum tidak dapat menyampingkan ketiga komponen tersebut. Ketiga komponen tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut: *pertama*, komponen struktur hukum (*legal structure*). Komponen ini meliputi semua institusi/lembaga hukum yang diciptakan oleh sistem hukum. salahsatunya adalah sistem perbankan dengan seluruh kelebagaannya. *Kedua*, komponen substantif (*legal substance*) adalah segala sesuatu yang merupakan keluaran dari suatu sistem hukum yang berupa seluruh aturan hukum, norma hukum, dan asas hukum baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Seluruh keluaran sistem hukum tersebut harus mampu menciptakan keadilan kepada para pencari keadilan yaitu setiap subjek hukum yang ingin menjalankan kepentingan/haknya sebagai subjek hukum, termasuk membuat perjanjian dalam lapangan hukum harta kekayaan. *Ketiga*, komponen budaya

¹Madzhab Sejarah, Sociological Jurisprudence, Pragmatic Legal Realism. <http://makalahpendidikanislamismail.blogspot.co.id/2015/madzab-sejarah-sociological.html> diakses tanggal 22 Feb 2016. Pukul 11:57 WIB.

² *Ibid.*

³Lawrence M. Friedmann. *The Legal Sistem: A sosial Science Perspectif*. Russel Sage Foundation. New York, 1977. Hlm 77

(*legal culture*) merupakan opini-opini, kepercayaan-kepercayaan atau kebiasaan-kebiasaan, cara berfikir serta bertindak dari setiap subjek hukum tentang hukum dan berbagai gejala yang berkaitan dengan hukum. Menurut Friedmann keberlakuan empirik dalam aspek legitimasi aturan hukum diletakkan dalam konteks budaya hukum sebagai suatu proses sosial. Pada penjelasan ini budaya hukum berfungsi sebagai bensin motor keadilan, yang terumus dalam sikap dan nilai yang ada hubungannya dengan hukum dan sistem hukum. Teori *legal sistem* merupakan penolakan terhadap aliran *legal positivism* yang memandang hukum secara sempit.

Lawrence M. Friedman stated that legal behaviour is a behaviour that is influenced by the rules, decisions, orders or laws issued by the official legal authority. Legal behaviour is not just a law-abiding behaviour, but all the behaviours that are reacting to something, going on the legal sistem. The reaction may be complying with the law or include reaction is lawlessness.⁴

B. Kajian Pustaka

1. Kecakapan Menurut Hukum Nasional.

Kecakapan menurut hukum nasional yang dimaksud dalam tulisan ini adalah kecakapan yang diatur dalam hukum positif Indonesia yang berkaitan dengan kebolehan seseorang melakukan perbuatan hukum atau menjelaskan kedewasaan seseorang. Kecakapan bertindak tersebut diantaranya dijumpai dalam *burgerlijk wetbook*, Undang- Undang jabatan notaris,, Undang- Undang lalu lintas dan Undang- Undang perkawinan dan sebagainya.

Kecakapan bertindak tidak dapat dipisahkan dari pemahaman kedewasaan atau dewasa karena kecakapan selalu dikaitkan dengan

⁴ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (legal theory) dan Teori Peradilan (Jurisprudence) termasuk Interpretasi Undang- undang (Legisprudence)* dalam tulisan Khoirul Anwar dkk, *Synchronization Court Involment on Sharia Arbitration in Ordere to Enforce Islamic Law in the Sharia Economy Dispute Reslolution*, Journal of law, Policy and globalization, Vol. 55. 2016. hlm 191

kedewasaan. Misalnya dalam ketentuan *Burgerlijk Wetboek* pasal 1330 menyatakan bahwa :

“tidak boleh melakukan perjanjian adalah (1). Anak di bawah umur; (2). Orang di bawah pengampuan; (3). Para wanita yang telah bersuami.”

Ketentuan di atas menjelaskan bahwa kecakapan bertindak berhubungan erat dengan kedewasaan karena yang tidak boleh melakukan perjanjian adalah anak di bawah umur atau istilah lainnya orang yang belum dewasa. Apabila pasal ini diinterpretasikan maka kata kata tidak boleh melakukan perjanjian diartikan sebagai tidak boleh melakukan perbuatan hukum karena perjanjian adalah salah satu bentuk perbuatan hukum. Kata “tidak boleh melakukan perjanjian” dapat pula diartikan tidak cakap melakukan perbuatan hukum karena pada dasarnya orang yang dianggap cakap melakukan perbuatan hukum tidak mendapat larangan dari hukum untuk melakukan interaksi/hubungan hukum dengan orang lain dalam kehidupan bermasyarakat. Dengan demikian Pasal 1330 di atas dapat diinterpretasi secara *akontario* yaitu “yang boleh melakukan perbuatan hukum adalah (1). Orang dewasa; (2). Orang yang tidak berada di bawah pengampuan; (3). Perempuan yang belum kawin. Kedewasaan secara yuridis selalu bersubstansi pengertian perihal kewenangan subjek hukum dalam melaksanakan tindakan tindakanya secara mandiri. Hukum positif menjelaskan bahwa usia memegang kendali yang cukup penting untuk dapat melakukan tindakan hukum bagi seseorang yang hendak menjalankan hak perdatanya.

Tindakan hukum seseorang tidak dapat dipisahkan dari kewenangan hukum yang selalu berkaitan satu sama lainnya. Kewenangan hukum disini dapat diartikan sebagai kewenangan subjek hukum untuk menjadi pendukung hak dan kewajiban. Sedangkan subjek hukum terdiri dari manusia dan bukan manusia (badan hukum). Keseluruhan semua manusia dan badan hukum yang dimaksud di atas sebagai penyanggah hak dan kewajiban belum berarti memiliki keleluasaan secara mandiri untuk mengambil hak – haknya melalui tindakan hukum. Oleh karena itu

mereka masih memerlukan kecakapan bertindak yang diartikan sebagai kewenangan untuk melakukan tindakan-tindakan hukum pada umumnya.

Hukum positif menentukan bahwa tidak semua subjek hukum dapat melakukan tindakan hukum tetapi terdapat golongan subjek hukum yang sama sekali tidak diperkenankan hukum melakukan tindakan hukum yaitu mereka yang di bawah pengampuan, dan orang-orang yang tindakan hukumnya belum mampu memberikan konsekwensi yang sempurna yaitu anak yang belum dewasa pada umumnya.

Uraian sebelumnya telah dijelaskan bahwa kedewasaan selalu berkaitan dengan kecakapan. Kedewasaan disini diartikan suatu keadaan sudah dewasa. Dalam hukum orang dewasalah yang dianggap cakap melakukan perbuatan hukum. Dengan demikian terdapat perbedaan perlakuan terhadap orang dewasa dan orang belum dewasa oleh hukum dalam hal perbuatan hukum.

Perbedaan perlakuan ini terjadi karena para pemikir hukum beranggapan bahwa diperlukan kematangan berfikir, keseimbangan psikis dalam lalu lintas pergaulan manusia dimana pada orang belum dewasa taraf ini belum terwujud maksimal. Karena keterbatasan dalam taraf ini maka dia masih memerlukan perwakilan oleh orang yang dewasa. Kecakapan seseorang dalam melakukan perbuatan hukum memerlukan kedewasaan sedangkan dalam pandangan hukum positif kedewasaan dipengaruhi oleh umur. Konsep kedewasaan seseorang dinyatakan secara implisit dalam BW pada Pasal 330 yang menyatakan belum dewasa adalah mereka yang belum genap berumur minimal dua puluh satu tahun atau belum pernah menikah meskipun belum berumur genap dua puluh satu tahun.

Ketentuan di atas yang dikaitkan dengan kecakapan paling tidak menurut anggapan pembuat BW orang yang telah berumur dua puluh satu tahun atau sudah menikah walaupun belum genap berumur dua puluh satu tahun dikategorikan sebagai orang yang mampu menyadari luas lingkup atau kedalaman akibat dari perbuatannya sehingga mereka

dianggap cakap bertindak. Walaupun Pasal 330 BW merupakan prinsip bahwa yang cakap dalam berbuat adalah mereka yang disebut dalam pasal tersebut tidak menutup kemungkinan prinsip tersebut dikecualikan dalam lapangan hukum perkawinan.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menjelaskan bahwa syarat umur untuk melakukan perkawinan adalah Sembilan belas tahun untuk mempelai laki-laki sedang enam belas tahun untuk mempelai perempuan. Pengecualian lain dari ketentuan Pasal 330 BW perihal batasan dewasa dijumpai pula dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris Pasal 39 ayat (1) menyatakan bahwa seseorang menghadap ke hadapan notaris harus memenuhi syarat-syarat yaitu (1). Minimal si penghadap berumur delapan belas tahun atau sudah menikah, dan (2) cakap melakukan perbuatan hukum.

Pengecualian atau penyimpangan lainnya dijumpai pula dalam Surat Edaran Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional No 4 tahun 2015 tentang Batasan Usia Dewasa dalam Rangka Pelayanan Pertanahan pada poin ke tujuh menyatakan bahwa usia dewasa untuk diperkenankan melakukan tindakan hukum di bidang pelayanan pertanahan adalah minimal berumur delapan belas tahun atau sudah kawin.

Hukum nasional atau hukum positif memberikan peran utama umur untuk mengukur kedewasaan yang akhirnya akan dikaitkan dengan kecakapan karena hukum positif hanya melihat hukum dalam satu tujuan saja yaitu kepastian hukum. Otto menjelaskan kepastian hukum meliputi:

- “1. Tersedia aturan-aturan hukum yang jelas atau jernih, konsisten dan mudah diperoleh yang diterbitkan oleh Negara
2. bahwa instansi – instansi penguasa menerapkan aturan- aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya
3. bahwa mayoritas warga pada prinsipnya menyetujui muatan isi dan karena itu menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan- aturan tersebut;

4. bahwa hakim-hakim yang mandiri dan tidak berpihak menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum; dan
5. bahwa keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan.”⁵

Kedewasaan seseorang sangat berperan penting dalam mewujudkan hak-hak individunya. Dengan kata lain hukum nasional memberikan batasan tertentu untuk memenuhi unsur kedewasaan yang bisa dikenal dengan pemenuhan unsur umur. Hukum perdata pada prinsipnya memberikan kebebasan pada tiap individu untuk bertindak dalam rangka menikmati hak-hak keperdataan mereka termasuk hak-hak dalam lapangan hukum harta kekayaan.

Kebebasan ini tidak diberikan secara absolute tetapi terdapat pembatasan berupa umur tertentu demi menjaga perlindungan hukum, jadi kebebasan individu yang diberikan oleh hukum bersifat relatif. Pada dasarnya tidak ada ketentuan dalam hukum positif yang berlaku umum mengatur tentang kecakapan bertindak sehingga tidak diketahui pula dengan pasti unsur-unsur dan syarat-syarat kecakapan.

Hubungan kedewasaan dan kecakapan walaupun ini tidak tercantum secara jelas hanya dapat dikaitkan satu sama lainnya secara tidak langsung dan hanya dapat dilakukan interpretasi melalui pasal satu dengan lainnya antara peraturan perundangan yang ada. Misalnya ketentuan dalam BW Pasal 330 jo Pasal 1330 dan ketentuan Undang-undang Perkawinan Pasal 47 Jo Pasal 50 kita dapat menyimpulkan bahwa pada dasarnya yang dapat melakukan tindakan hukum secara sah dengan akibat hukum yang sempurna adalah mereka yang telah dewasa⁶

Kecakapan bertindak sering pula dimaknai sebagai kemampuan bertanggung jawab. Kecakapan bertindak ini memiliki ratio legis atau alasan hukum sebagaimana yang termuat dalam *memorie van toelichting*

⁵ <http://ngobrolinhukum.com/2013/02/05/memahami-kepastian-dalam-hukum/> diakses hari Selasa tanggal 13 Mei 2015. Pukul 16.31

⁶ J. Satrio, *Hukum Perjanjian (Perjanjian Pada Umumnya)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1992, hlm 45

(Mvt)⁷. Dalam *Memorie van Toelichting* (Mvt) ratio legis tentang kemampuan bertanggung jawab hanya dijelaskan secara negative yaitu kriteria pada orang yang tidak memiliki kemampuan bertanggungjawab sebagai berikut:

- a. Seseorang tidak memiliki kemerdekaan untuk memilih berbuat atau tidak berbuat
- b. Seseorang berada dalam keadaan tertentu sehingga ia tidak dapat menginsafi bahwa perbuatannya melanggar hukum dan tidak mengerti akibat perbuatannya tersebut.⁸

Kemampuan bertanggung jawab sangat dipengaruhi oleh ilmu pengetahuan yang diterimanya. Dengan demikian kemampuan bertanggung jawab didasarkan pada keadaan dan kemampuan jiwa seseorang.⁹ Seseorang dinyatakan mampu bertanggungjawab apabila ia mampu mengetahui atau menyadari perbuatannya dan ia dapat menentukan kehendaknya sesuai kesadaran tersebut.¹⁰

2. Konsep Kecakapan Bertindak dan Kelemahannya

Pembahasan perihal kecakapan bertindak (*bekwaamheid*) tidak lepas pada paradigma dewasa. Ini berarti bahwa kecakapan akan selamanya berpadu dengan pemahaman orang tentang kedewasaan. Kondisi ini menjadikan konsep kecakapan makin sulit dipersatukan karena belum ada konsep kedewasaan yang dapat dijadikan sebagai paradigma dikarenakan kedewasaan tergantung pada opini masing-masing orang.

Paradigma kedewasaan perlu memperhatikan bentuk fisik, pemikiran yang dirampung dalam wujud pertanggungjawaban. Pemberian label dewasa pada subjek hukum memerlukan pula pertimbangan filosofis

⁷ Zaid Alfauza Marpaung dkk, *Pertanggungjawaban Pidana terhadap Perkawinan Poligami tanpa Persetujuan Istri yang Sah (Studi Putusan Mahkamah Agung No. 330K/PID/2012)*, USU Law Journal, Vol. 2 No. 2 September 2014, hlm 118

⁸ *Ibid*

⁹ E. Utrecht dalam Zaid Alfauza Marpaung dkk, *Ibid*

¹⁰ *Ibid*

sehingga dapat berlaku secara umum dan merangkul semua perbuatan hukum.¹¹ Dikaitkan dengan kecakapan bertindak dalam hukum maka eksistensi dari kecakapan bertindak ini tidak lepas pula dari interaksi perundang-undangan yang memuat kecakapan bertindak dengan praktek-praktek kecakapan bertindak yang sudah ada dalam kehidupan sehari-hari masyarakat yang dikenal dengan perilaku masyarakat. Aturan-aturan perihal kecakapan bertindak pada hakekatnya juga menjalankan dua peran yaitu peran sebagai *control* sosial (menjaga ketertiban manusia dalam perbuatan hukum bidang perdata) dan sisi lainnya juga berperan sebagai fasilitator perubahan sosial demi menjaga tujuan penerapan kecakapan bertindak tersebut yaitu keadilan dalam wujud perlindungan hukum pada orang yang belum cakap bertindak.

Konsep kedewasaan bermula atau berangkat pada paradigma dinamika sosial artinya kedewasaan bukanlah pemahaman *static* yang bersifat tetap dari masa ke masa tetapi sebaliknya, paradigma kedewasaan yang dinamis adalah sifat atau ciri yang sesuai dengan dinamika sosial. Oleh karena itu kedewasaan yang diatur oleh hukum perlu memiliki dinamisasi dalam penerapannya sehingga hukum akan mengalami perubahan-perubahan dikarenakan hukum melalui perangkatnya melakukan koreksi terhadap kandungan hukum demi menjaga kelangsungan masyarakat dalam pemenuhan adaptasi terhadap perubahan-perubahan yang terjadi disekelilingnya. Disini dapat dilihat, bahwa kecakapan adalah sesuatu yang selalu berubah tergantung pada kematangan berfikir pada setiap generasi. Kemajuan teknologi dan globalisasi yang juga melahirkan perbedaan tajam dalam ekonomi pada setiap orang akan memicu kematangan berfikir seseorang.

Pemahaman kecakapan bertindak perlu penyesuaian pengetahuan bahwa kehidupan bermasyarakat merupakan suatu dinamika sehingga kondisi ini

¹¹ <http://widhihandoko.com/?p=73>

memunculkan hukum positif. Bernard Arief sidharta¹² mengemukakan bahwa:

“Hukum mempunyai banyak aspek, dimensi, faset, dan berbagai tingkat abstraksi yang menyebabkan hukum menjadi gejala yang sangat mejemuk. Hukum berakar dan terbentuk dalam proses interaksi berbagai aspek kenyataan kemasyarakatan (politik, ekonomi, sosial, budaya, teknologi, keagamaan, ideology dan sebagainya). Dalam dinamikanya, hukum itu dibentuk dan ikut membentuk tatanan masyarakat; bentuk dan berbagai sifatnya ditentukan oleh masyarakat, namun sekaligus ikut menentukan bentuk dan sifat- sifat masyarakat itu sendiri. Jadi hukum itu dikondisi dan mengkondisi masyarakat, diwarnai dan mewarnai masyarakat”.

Soetandyo¹³ mengemukakan:

“dalam hubungan interaktif antara sistem hukum formal yang ditopang oleh otoritas Negara dan tertib hukum rakyat yang bertumpu pada dasar- dasar moralitas komunitas akan tercipta perbincangan tentang sejauh manakah hukum akan mampu bekerja secara efektif, baik dalam peran yang konservatif sebagai sarana control maupun dalam peran yang lebih progresif sebagai salah satu faktor fasilitator yang akan memudahkan terjadinya perubahan sosial”

Hukum yang baik adalah hukum yang dilaksanakan dalam dunia empiris tanpa paksaan dan demi terwujudnya hukum yang seperti itu maka dia harus diterima sebagai salah satu bagian dari sistem nilai kemasyarakatan yang membawa faedah bagi individu yang hidup dalam ruang lingkupnya. Hal demikian hanya terwujud apabila hukum diberikan nilai evaluatif dalam substansinya sedangkan nilai evaluatif tersebut akan terkandung dalam substansi hukum apabila pemberlakuan hukum dilaksanakan secara responsif. Hukum yang dilaksanakan secara responsif akan bersubstansi

¹² Bernard Arief Sidharta, *Ilmu Hukum Indonesia: Upaya Pengembangan Ilmu Hukum y sistematis yang responsif terhadap Perubahan Masyarakat*, Cet. I, Genta Publishing, Yogyakarta, 2013, hlm 13

¹³ Soetandyo Wignjosebroo, *Hukum dalam Masyarakat: Perkembangan dan Masalah sebuah pengantar ke Arah Kajian sosiologi Hukum*, Bayu Media Publishing, Malang, 2008, hlm 17

prinsip persamaan di hadapan hukum (*equality before law*) yang berlandaskan keadilan.

Kehendak melakukan perbuatan hukum harus mendapat respon dari hukum melalui lembaga kecakapan hukum. Oleh karena itu maka kecakapan bertindak menurut hukum tidak dilihat semata-mata berdasarkan unsur umur tetapi juga melihat unsur lain seperti psikologi atau unsur adat atau unsur hukum lain yaitu hukum Islam. Dengan demikian terciptalah perlindungan hukum bagi mereka yang telah dewasa menurut non hukum untuk melakukan perbuatan hukum

Dalam praktek sering dijumpai pengutamaan nilai kepastian hukum dibandingkan nilai keadilan dan kemanfaataannya. Dengan demikian penegakan hukum menggeser nilai nilai keadilan dan kemanfaatan hukum. Jadi dalam kehidupan nyata banyak terjadi permasalahan-permasalahan yang berkaitan dengan penegakan tersebut yang membuat masyarakat kecewa terhadap ketentuan hukum yang lebih mementingkan prosedural semata.¹⁴

Seseorang dianggap cakap bertindak dalam segala hal saat orang tersebut mendapat pengakuan dewasa dalam pergaulan hidup bermasyarakat. Kedewasaan disini menjadi barometer atau pengukur yang menentukan bahwa seseorang dapat atau belum dapat dianggap cakap bertindak. Sehingga dalam pemahaman manusia kedewasaan memberikan hak pada dirinya untuk melekatkan label cakap bertindak dalam segala aspek. Paradigma berfikir manusia menyatakan apabila orang yang telah mencapai kedewasaan maka pada umumnya dan sudah seharusnya mampu menyadari dan menginsyafi tindakan dan akibat dari tindakannya.

¹⁴ Rahman Amin, *Falsafah Keadilan, Kepastian Hukum, dan Penegakan Hukum* <http://rahmanamin1984.blogspot.com/2014/03/hukum-pidana.html> diakses pada hari kamis tanggal 14 Mei 2015. Pukul 16. 30

Undang- Undang No 2 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang- Undang No 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris pasal 39 ayat 1 (a) dan (b) menyatakan bahwa seorang dapat menghadap notaris apabila : (a) Paling rendah telah berumur delapan belas tahun dan/atau sudah menikah (b) cakap melakukan perbuatan hukum. Ketentuan Undang Undang ini dianggap sebagai ketentuan yang tumpang tindih oleh sebagian pakar karena pada huruf (a) secara tegas dan konkret menetapkan umur sebagai barometer kecakapan tetapi pada huruf (b) barometer ketentuan ini justru memperlonggar dengan kalimat yang abstrak. Tetapi sebenarnya ketentuan ini memberikan penyelesaian yang fantastik dalam menanggapi makna kecakapan bertindak walaupun huruf (b) dalam ketentuan ini kurang serasi dalam pembuatan kalimatnya. Huruf (b) dalam ketentuan ini sebenarnya adalah penyelesaian terhadap masalah kecakapan bertindak apabila dalam penerapan umur untuk menentukan kecakapan bertindak tidak sesuai dengan nilai- nilai sosial yang dianut oleh masyarakat.

Kelemahan kelemahan yang ada dalam aturan kecakapan bertindak itu lahir saat manusia menempuh cara berhukum melalui skema. Cara berhukum yang demikian ini sebenarnya lahir sejak hukum beralih bentuk, dari hukum yang muncul serta merta menjadi hukum yang diundangkan dan dirumuskan dengan sengaja secara rasional.¹⁵

Konsep kecakapan bertindak tidak dapat dilepaskan dari hukum keluarga yang memuat materi kekuasaan orangtua, perwalian, pendewasaan dan *curatele*. Materi dalam hukum keluarga tersebut akan diuraikan di bawah ini agar dapat mendapatkan pemahaman yang menyeluruh terhadap kecakapan bertindak.

¹⁵ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta. 2010. Hlm 7

a. Kekuasaan Orangtua

Manusia diciptakan oleh sang *Khalid* melalui perantara ayah dan ibu yang lazimnya disebut sebagai orangtua. Manusia yang diciptakan tanpa orangtua biologis hanyalah manusia pertama yaitu Adam dan Hawa, setelah itu manusia yang lahir kemudian memiliki orangtua biologis. Manusia melahirkan manusia lainnya secara berkesinambungan dalam sebuah wadah yang diakui oleh setiap individu dan Negara. Wadah ini dikenal dengan nama perkawinan.

Perkawinan terjadi antara dua manusia yang berjenis kelamin berbeda yaitu pria dan perempuan. Perkawinan ini berlangsung sebagai wadah untuk mempertahankan eksistensi manusia di muka bumi karena melalui cara ini kemungkinan manusia bertambah jumlah dari masa ke masa. Pertambahan jumlah manusia tersebut bersumber dari akibat perkawinan yang berupa kelahiran seorang anak.

Seorang anak yang lahir di muka bumi ini tidak langsung dibolehkan hukum untuk melakukan perbuatan hukum secara mandiri. Seorang anak yang lahir dalam perkawinan sah berada di bawah kekuasaan orangtua sebelum dia dewasa dan/atau kawin. Dengan demikian orangtua memiliki kekuasaan terhadap anak dimulai sejak anaknya lahir dan berakhir sejak anaknya memiliki usia dewasa atau sudah kawin.¹⁶

Kekuasaan orangtua adalah hak dan kewajiban timbal balik antara orangtua dan anak. Jadi kekuasaan orangtua tidak dapat diartikan sebagai kekuasaan buta yang harus dituntut atau dijalankan oleh orangtua terhadap anaknya tetapi sebaliknya, dalam kekuasaan orangtua terdapat pula hak anak. Dengan demikian kekuasaan orangtua bukan pemahaman bahwa orangtua

¹⁶ Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, PT. Intermesa, Jakarta, 1980. Hlm 50

dapat memperlakukan anaknya semau hatinya saja dan anak tidak berhak untuk menolak segala perlakuan orangtua yang menyimpang.

Kekuasaan orangtua dijelaskan dalam Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang memuat hak dan kewajiban orangtua sebagai berikut:

1. Orangtua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya hingga anak mencapai usia dewasa atau sudah kawin.¹⁷ Bunyi ketentuan diatas bersi perintah pada orangtua untuk memberikan hak-hak anak yang bersifat imperatif
2. Anak wajib menghormati orangtua dan menaati kehendak mereka yang baik.¹⁸ Kewajiban anak pada poin ini adalah kekuasaan orangtua yang dibatasi oleh Undang- Undang karena anak diberi kebebasan untuk taat pada orangtua selama perintah/kehendak orangtua memiliki nilai baik. Nilai baik yang dimaksud disini adalah nilai baik yang sesuai dengan masyarakat, agama dan Negara.
3. Anak yang memasuki usia dewasa wajib memelihara dan membantu orangtua saat kedua orangtua sudah tua.¹⁹ Dalam kekuasaan orangtua terdapat pula kewajiban anak terhadap orangtua sebagai kewajiban timbal balik yang ditentukan oleh Undang Undang.
4. Seorang anak yang belum mencapai umur dewasa dan belum pernah kawin berada dibawah kekuasaan orangtua.²⁰ Kekuasaan orangtua yang dimaksud disini adalah

¹⁷ Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 45 ayat (1) dan ayat(2)

¹⁸ Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 46 ayat (1)

¹⁹ Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 46 ayat (2)

²⁰ Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 47 ayat (1)

- pelaksanaan hak dan kewajiban orangtua terhadap anak ataupun sebaliknya.
5. Anak yang akan melakukan perbuatan hukum baik di dalam pengadilan maupun di luar pengadilan diwakili oleh orangtua selama anak masih dibawah umur atau belum menikah.²¹
 6. Orangtua tidak diperkenankan mengalihkan hak atau menjaminkan barang tetap kepemilikan anaknya yang belum berumur genap delapan belas tahun atau belum melangsungkan perkawinan kecuali demi kepentingan anak yang menghendaknya.²²

Istilah dewasa ditemukan pula dalam Undang- Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pasal 46 ayat (2) yang mengatur kekuasaan orangtua. Undang- Undang perkawinan tidak memberikan interpretasi dewasa sehingga masih terdapat kekosongan pengertian mengenai dewasa tersebut.

Pasal 45 Undang- Undang Perkawinan menyatakan bahwa orangtua memiliki kewajiban memelihara dan mendidik anak anak mereka selama belum kawin dan belum mampu mandiri. Sebaliknya pasal 46 Undang- Undang Perkawinan menyatakan bahwa saat anak telah dewasa dia wajib memelihara orangtuanya termasuk ayah ibu dan kakek nenek menurut kesanggupannya.

Sudarsono menginterpretasikan ‘dewasa’ dengan mengaitkannya pada kemampuan memelihara orang lain dan ini hanya dapat dilakukan oleh orang yang sudah dapat memelihara diri sendiri atau mandiri dengan kata lain kehidupan orang tersebut tidak lagi bergantung pada orangtuanya.²³ Hukum perdata memberikan batasan dalam kekuasaan orangtua sebagaimana yang telah disinggung pada awal pembahasan

²¹ Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 47 ayat (2)

²² Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 48

²³ Sudarsono, *Hukum Perkawinan Nasional*, Cetakan keempat, PT. Rineka Cipta, Jakarta, 2010. Hlm 189

kekuasaan orangtua ini. Pembatasan ini berarti kekuasaan orangtua bukanlah lembaga hukum yang terus menerus menaungi anak akan tetapi kekuasaan orangtua akan berakhir secara otomatis yaitu saat anak- anaknya telah mencapai masa dewasa sebagaimana yang diatur dalam perundang- undangan.

Kekuasaan orangtua dapat juga hapus karena ketetapan pengadilan dengan alasan-alasan tertentu. Dalam kenyataan kekuasaan orangtua dimiliki bersama oleh pasangan suami isteri tapi bisaanya lebih dominan dipegang oleh ayah kecuali dalam hal hal tertentu seperti sakit, sedang bepergian maka kekuasaan orangtua biasanya dialihkan kepada ibu.²⁴ Kekuasaan orangtua bukan lembaga hukum yang bersifat tetap tetapi kekuasaan tersebut dapat dicabut atas permintaan salah satu orangtua (apabila kedua orangtua bercerai), keluarga anak dalam garis lurus ke atas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang berwenang.²⁵

Orangtua menjalankan kekuasaannya tetap memerlukan perilaku baik atau buruk dari orangtua. Perilaku baik yang dimaksud adalah perilaku yang memenuhi unsur-unsur kewajiban orangtua yang ditetapkan dalam undang- undang. Sedangkan perilaku buruk adalah segala tingkah laku yang tidak senonoh sebagai seorang pengasuh dan pendidik yang seharusnya memberikan contoh yang baik.²⁶

Orangtua yang Kekuasaan orangtuanya dicabut dan dialihkan kepada orangtua lain atau pihak lain masih tetap turut serta memberikan bantuan menghidupi anaknya. Bantuan

²⁴ Yaswirman, *Hukum Keluarga: Karakteristik dan Prospek Doktrin Islam dan Adat dalam Masyarakat Matrilineal Minangkabau*, Cetakan kedua, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013. Hlm 167

²⁵ H. Hilman Adikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama*, Mandar Maju, Jakarta, 1990, hlm 149

²⁶ M. Yahya Harahap, *Beberapa Permasalahan Hukum Acara paa Peradilan Agama. Al- Hikma, Jakarta, 1975*, hlm 216

tersesebut berupa: 1). Bantuan pemberian nafkah dan pemberian kehidupan kepada anak- anaknya; 2). Bantuan tersebut harus diberikan setiap minggu atau setiap bulan atau setiap tiga bulan kepada dewan perwakilan sebesar jumlah yang telah ditentukan pengadilan.²⁷ Kekuasaan orangtua yang diperoleh akibat perceraian baik cerai mati maupun cerai hidup memberikan konsekwensi pada orangtua yang memegang kekuasaan orangtua untuk mengelola dan menguasai harta si anak tetapi meskipun memegang kuasa, orangtua tidak boleh memindahkan hak atau menggadaikan barang- barang tetap milik anaknya kecuali kepentingan anak menghendaki.²⁸

b. Perwalian

Hukum perdata nasional yang berlaku di Indonesia yaitu KUHPerdata tidak membenarkan seseorang yang berumur sebelum delapan belas tahun mengadakan perbuatan secara mandiri karena mereka masih berada di bawah perwalian. Setiap larangan atau kewajiban yang tertuang dalam hukum tertulis merupakan hukum tetapi apakah semua yang tertuang dalam peraturan dapat dianggap hukum dikembalikan kepada manfaat hukum itu sendiri. Setiap orang memiliki pengertian tentang hukum, akan tetapi pada banyak orang pengertian ini masih kurang. Masih ada orang yang menyamakan hukum dengan polisi, atau juga dengan larangan:apa saja yang tidak boleh adalah hukum²⁹

Selama pengertian hukum sederhana ini, kemungkinan untuk menegakkan hukum yang merupakan idaman pemerintah

²⁷ HM. Djamil Latif, *Aneka Hukum Perceraian di Indonesia*,, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985, hlm 104

²⁸ Seba Silawati, *Akibat Putusnya Perkawinan Karena Perceraian terhdap Kekuasaan Orangtua kepada Anak yang Masih di Bawah Umur(Studi Kasus Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor:38/PDT-G/2011/PN.JKT.SEL*, Tesis Fakultas Hukum, Program Magister Kenotariatan, Universitas Indonesia, Jakarta, 2012, hlm 71

²⁹ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Renungan tentang Filsafat Hukum*, edisi. 3, Jakarta, 1985, hlm 11.

kecil sekali. Oleh karena itu hukum perlu dipikirkan secara mendalam agar maknanya yang luhur menjadi nyata, jika orang memiliki suatu pengertian hukum yang tepat, maka setiap orang akan menaruh hormat terhadap hukum dan timbullah semangat untuk membangun Negara hukum.

Ketentuan hukum perihal perwalian di atas tidak dapat dilaksanakan sepenuhnya. Fakta menyatakan bahwa sedikitnya anak berumur 5-14 tahun bekerja mencari nafkah di Negara-Negara berkembang dan hampir setengahnya bekerja paruh waktu. Anak-anak Asia kecuali Jepang menduduki jumlah tertinggi anak umur 5-14 tahun yang aktif secara ekonomi 61 persen- diikuti oleh Afrika 32 persen, dan Amerika latin dan karibia 7 persen. Di banglades, india dan Pakistan 7 juta anak adalah buruh atau pekerja.³⁰

Pekerja anak yang digambarkan di atas adalah fakta tidak berfungsinya aturan kecakapan bertindak termasuk di Indonesia. Kenyataan ini seharusnya memberikan kesempatan kepada Negara untuk membuat analisa khusus terhadap eksistensi pekerja anak yang tidak dapat diatasi oleh pemerintah. Pemerintah menganalisa perlu melakukan pendekatan interdispliner dan segera keluar dari kurungan aliran hukum positif.

Pengusaha yang mempekerjakan anak adalah persoalan yang semakin meningkat di banyak Negara. Diperkirakan 250 juta anak bekerja mencari nafkah- hamper setengah dari mereka bekerja penuh waktu karena disebabkan kondisi berutang, kurang akses atau kualitas sekolah yang buruk, hilangnya pekerjaan bagi pencari nafkah utama, kurangnya pendidikan orangtua, ekspektasi budaya mengenai peran anak-anak serta

³⁰ Unicef, 2001, Beyond Child Labor: Affirming Rights; UNICEF. 2006. Child Protection Information Sheets.

konsumerisme.³¹ Penyebab terakhir dari lahirnya pekerja anak yaitu konsumerisme adalah topik yang hangat dan layak didiskusikan pada era modern ini. Konsumerisme pada anak adalah suatu tindakan menghamburkan uang untuk barang yang tidak diperlukan, yang dibeli hanya atas dasar harus sama dengan kakak atau adik.³² Pengertian ini adalah pengertian konsumerisme yang dimiliki oleh orangtua, pengertian konsumerisme yang dimiliki oleh anak berbeda pula namun letak perbedaannya adalah kalau konsumerisme pada orangtua maka orangtua lah yang membelanjakan barang yang tidak perlu sedangkan kalau konsumerisme pada anak maka anak lah yang membelanjakan uang yang mereka punyai.

Hukum dapat melakukan sebuah program untuk menghindarkan sifat konsumerisme pada anak melalui pemberian menabung bagi anak secara mandiri di bank mengingat data di atas terdapat jutaan anak yang bekerja di Negara berkembang khususnya anak. Wawancara dengan Supri seorang pedagang keliling yang menjajakan nasi, rokok, pulsa, tikar bekas dan lain-lain pada penumpang Pelni di Pelabuhan Bajoe menyatakan pekerjaan seperti ini sudah dia kerjakan sejak di sekolah dasar. Dia melakukan pekerjaan ini mulai pulang sekolah hingga tengah malam dan mendapat keuntungan kira kira lima puluh ribu hingga seratus ribu rupiah.³³

Penyimpangan kecakapan bertindak dalam hukum dalam bentuk pengizinan anak menabung secara mandiri di bank berarti melanjutkan budaya leluhur kita. Dalam bahasa budaya

³¹ Erica Harper, *International Law and Standard Applicable in Natural Disaster Situation: Perlindungan Hak-hak Warga sipil dalam Situasi Bencana*, Jakarta, Grassindo, 2009, hlm 226

³² Azalea E. Tani dan Terry T. Ponomban, *Menciptakan Hubungan Kakak beradik yang Rukun: Panduan bagi Orangtua*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 2007, hlm 52

³³ Wawancara dengan Supri pedagang keliling di Pelabuhan Penyeberangan Pelni Bajoe, Kabupaten Bone, Propinsi Sulawesi Selatan. Tanggal 5 Agustus 2012.

jawa dikenal istilah *Nyelengi*. *Nyelengi* bermakna menabung. Celengan berarti tabungan. Suka nyelengi berarti suka menabung yang merupakan pengendalian diri dari jiwa konsumerisme dan hidup boros demi masa depan seperti kata pepatah: sedia payung sebelum hujan.³⁴

Masyarakat pedesaan mengajarkan anak-anaknya menabung dengan cara menyimpan uang recehan logam di dalam bambu. Setelah terkumpul banyak dan dalam jangka waktu lama, tabungan tersebut dibuka. Ketika bambu yang jadi tabungan mereka penuh uang, si penabung merasa dirinya mampu mengendalikan nafsu konsumtif.³⁵ Semboyan rajin pangkal pandai, hemat pangkal kaya dapat dimulai dengan tradisi *nyelengi*. Jiwa Konsumerisme tinggi dapat dicegah dengan menabung.³⁶

Kegiatan menabung bagi anak bukan persoalan sepele sehingga perbuatan ini harus segera diterapkan oleh hukum nasional. Pada zaman dahulu orang masih bisa menyimpan uang di bawah bantal, uang dapat pula disimpan dalam celengan. Celengan yang umum digunakan adalah yang terbuat dari tanah liat, plastic dan dari logam. Sebelum banyak bank didirikan, orang mulai dari anak hingga dewasa menabung uangnya di celengan. Namun celengan ini tidak aman karena bisa dicuri dan tidak pula mendapatkan bunga. Sekarang ini jarang orang menggunakan celengan untuk sarana menabung, orang lebih suka ke bank untuk menyimpan uangnya. Namun celengan ini masih efektif untuk mengajarkan anak-anak menabung.³⁷

³⁴ H.M. Nasruddin Anshoriy dan Sudarsono, *Kearifan Lingkungan dalam Perspektif Budaya Jawa*, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia, 2008, hlm 58

³⁵ *Ibid*

³⁶ *Ibid*

³⁷ Agnes Liem dan Frans M. Royan, *Cara Cerdas Menelola Keuangan di Masa Sulit dan Krisis: Tetap Kaya di Masa Sulit*, Jakarta, PT. Elex Media Komputindo, 2010., hlm 50

Bentham menyatakan hukum hadir untuk memberikan atau menjadi perantara kesejahteraan manusia sehingga memperoleh *happiness* atau kebahagiaan. Perbuatan menabung secara mandiri oleh anak dibank memerlukan perantara hukum agar perbuatan tersebut dapat terlaksana secara maksimal dan berdaya guna atau bermanfaat pada anak. Beberapa ahli hukum tidak setuju ketika penerapan kecakapan bertindak dikaitkan dengan ekonomi, budaya dan sebagainya. Para ahli ini adalah mereka yang berdiri pada mazdhab positivisme hukum. Perbedaan pemahaman ini melahirkan pertanyaan tentang “apakah hukum itu?.” Apa artinya hukum dapat diketahui melalui tiga jalan: 1. Melalui pengalaman sehari-hari kita mengetahui bahwa hukum mengatur hidup bersama kita; 2. Melalui studi tentang hukum kita memperoleh suatu pengetahuan yang terperinci tentang peraturan-peraturan hukum yang berlaku di Negara kita; 3. Melalui filsafat hukum kita berusaha untuk mengerti makna hukum dalam rangka suatu pandangan yang menyeluruh tentang kehidupan kita.³⁸

Pengertian hukum yang dihasilkan melalui pemikiran secara filsafat tidak berlawanan dengan pengertian hukum yang sudah ada pada kita berdasarkan pengalaman dan studi tentang hukum. Maksudnya dengan disorotinya makna hukum dalam suatu konteks yang universal pengertian kita tentang hukum tidak perlu berubah. Tujuan filsafat hukum adalah memperdalam pengertian kita tentang hukum dengan mempelajari maknanya yang sebenarnya.³⁹

Manusia sudah sering menemukan hukum melalui gejala hukum yang berupa pengalaman pada dirinya. Berdasarkan

³⁸ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Yogyakarta, Kanisius, 1995, hlm 15

³⁹ *Ibid*

pengalaman tersebut hukum muncul pertama kali sebagai kaidah yang mengatur hidup bersama.⁴⁰

Penemuan hukum dalam kehidupan sehari-hari manusia merupakan kajian dari antropologi hukum yang merupakan disiplin ilmu yang secara paling eksplisit memusatkan perhatian pada kompleksnya hukum dalam masyarakat, dan pada hubungan dalam hidup bermasyarakat, serta pada perubahan-perubahan baik dalam perilaku manusia maupun dalam kekompleksan normative. Kajian antropologi hukum adalah kajian yang hakiki karena kajian ini berusaha memberikan pemahaman pluralisme hukum serta perubahan hukum.⁴¹

Hukum sejak kemunculan pertama kalinya menghasilkan dua jenis studi yang berbeda ilmu yang pertama tinggal dalam rangka suatu sistem hukum tertentu, umpamanya ilmu hukum Romawi, ilmu hukum Indonesia. Ilmu-ilmu hukum itu misalnya Romawi dan Indonesia memang berbeda. Kemudian muncul pertanyaan yaitu *quid iuris?* Artinya apa yang termasuk hukum itu apakah romawi atau Indonesia?. Inilah ilmu yang dipelajari di fakultas hukum Indonesia. Ilmu hukum yang kedua tidak mengenal suatu tata hukum tertentu, hukum ini atau hukum itu, akan tetapi mengenal hukum sebagai hukum. Pertanyaan yang diajukan disini adalah *quid ius?* Artinya hukum itu apa? Ilmu yang terakhir ini disebut filsafat hukum.⁴²

Manusia yang memahami hukum akan melakukan kegiatan berfikir dan selalu berangkat dari pemikiran tentang hukum pada zaman dulu. Sebenarnya telah ditemukan pikiran-pikiran tentang hukum di China kuno. Filsafat Konfusius di abad-5 sebelum masehi sebagian besar merupakan suatu filsafat tentang aturan

⁴⁰ Ihromi, *Antropologi dan Hukum*, hlm 90

⁴¹ T.o. Ihromi, *Antropologi Hukum: Sebuah Bunga Rampai* (terj. Irianto), Jakarta. Yayasan Obor Indonesia, 2001, hlm 13

⁴² O. Notohamidjojo, *Soal-soal Pokok Filsafat Hukum*, Jakarta, 1975, hlm 20.

Negara yang bijaksana yakni melalui hukum Li. Titik tolak pemikiran tersebut adalah kebiasaan ritual dan sakral yang telah lama menjamin kelangsungan hidup di negeri yang luas itu. Konfusius dan pemikir-pemikir lain berusaha mencari dasar bagi suatu praktek hukum yang baik dan bijaksana. Namun pemikiran modern tentang hukum tidak berakar dalam filsafat Konfusius melainkan dalam tradisi filsafat yang berasal dari Yunani dan diteruskan di Eropa.

Manusia menemukan hukum sebagai gejala dalam hidup sesama manusia yang berfungsi mengatur hidup bersama tersebut, baik dalam hubungan publik maupun hubungan privat. Hukum itu muncul dalam wujud peraturan tertulis dan tidak tertulis yang menentukan hak dan kewajiban. Gejala hukum itu nampak dalam pengalaman biasa menjadi objek pelajaran ilmu pengetahuan pada fakultas hukum di Indonesia. Ilmu pengetahuan hukum selalu mengenai suatu aturan hidup dalam suatu masyarakat yang konkret. Misalnya dipelajari hukum Indonesia, hukum adat Indonesia, hukum Islam, Hukum Internasional dan sebagainya⁴³

Hukum memandang manusia sama sehingga harus pula diperlakukan sama. Secara umum dikenal dengan asas *equality before the law* (persamaan di dapan hukum).⁴⁴ Namun tidak demikian dengan perwalian. Hukum menciptakan lembaga perwalian untuk melindungi anak dalam melakukan interaksi dengan masyarakat karena anak belum mampu menyadari luas akibat perbuatannya.

Hukum secara historis dan filsafat selalu menginginkan keadilan. Namun kenyataannya, hukum sejak semula selalu

⁴³ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta, Penerbit Kanisius, 1982, hlm 12

⁴⁴ Darda Syahrizal, *kasus-kasus Hukum Perdata di Indonesia*, Yogyakarta, Penerbit Pustaka Ghratama, 2011, hlm 120

mengandung potensi untuk cenderung memberikan keuntungan kepada golongan yang lebih mampu secara finansial. Begitu pula perwalian yang membabi buta akan memberikan keuntungan kepada orang dewasa saja jika dalam pelaksanaannya tidak berhati-hati dengan mempertimbangkan prinsip kepentingan terbaik bagi anak.

Keadilan dapat diumpamakan seperti dua sisi mata uang yang tidak dapat dipisahkan. Disatu sisi mengandung prinsip persamaan dan sisi lain mengandung prinsip perbedaan. Dalam prinsip persamaan termakna dalam kata “setiap warga Negara bersamaan haknya di hadapan hukum.” Disisi lain, prinsip perbedaan memberikan kewajiban kepada pemerintah untuk memberikan perlindungan dan perlakuan khusus kepada warga Negara secara ekonomi dan sosial berada dalam posisi kurang beruntung atau lemah.⁴⁵

Hukum mengatur perwalian berangkat dari pemahaman di atas yang bertujuan untuk melindungi kelompok lemah dalam pergaulan hidup masyarakat termasuk anak. Namun perlu diingat penerapan perwalian terhadap perbuatan anak tidak boleh diterapkan pada setiap perbuatan anak—prinsip kepentingan terbaik bagi anak adalah pertimbangan yang kemungkinan menghilangkan perwalian atau melonggarkan perwalian dalam hukum perdata.

Prinsip kepentingan terbaik bagi anak atau *the best interest of the child principle* diatur dalam Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Dalam pasal 14: “setiap anak berhak untuk diasuh oleh orangtuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah

⁴⁵ *Ibid*

menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak.”⁴⁶

Prinsip kepentingan terbaik bagi anak tidak hanya diatur dalam dalam ranah hukum perdata tetapi ranah hukum pidana pun mengatur prinsip ini. Bahkan instrument hukum internasionalpun mengaturnya dalam sebuah konvensi yang dikenal dengan nama konvensi hak-hak anak (*Convention on the Rights of the Child*). Dalam ranah hukum pidana, anak sebagai pelaku penyelesaiannya sangat ditegaskan bahwa kepentingan terbaik anak harus menjadi pertimbangan utama dalam setiap tindakan yang menyangkut anak, termasuk tindakan dari penguasa/pemerintah, pengadilan atau lembaga-lembaga lainnya terhadap anak.⁴⁷

Anak merupakan kelompok rentan yang perlu perlakuan khusus. Oleh karenanya anak mungkin menjadi korban dari aturan hukum yang menyimpangi kepentingan terbaik mereka. Anak sebagai korban adalah anak yang menjadi korban kerugian mental, fisik, dan sosial oleh karena tindakan aktif atau pasif orang lain atau kelompok swasta atau pemerintah, baik secara langsung maupun tidak langsung. Situasi dan keadaan ini merugikan diri mereka sebagai akibat sikap dan tindakan orang lain atau kelompok lain.⁴⁸

Anak sebagai kelompok rentan memiliki sensitivitas tinggi yang mengakibatkan mereka menjadi individu yang pesimis menghadapi keadaan walaupun dalam hati ada kemauan melakukan suatu perbuatan yang bermanfaat bagi diri mereka.

⁴⁶ Maria Ulfah Anshor, *Memutus Rantai Ketidakadilan Global care dalam Pengasuhan Anak Tenaga Kerja Indonesia Perempuan: Studi Pengasuhan anak TKI Perempuan pada Pesantren di Indramayu*, edisi 1. Jakarta, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, hlm 258

⁴⁷ Beniharmoni Harefa, *Kaita Selektif Perlindungan Hukum bagi Anak*, Yogyakarta, Deep Publisher, 2016, hlm 148

⁴⁸ Arif Gostia, *Masalah Korban Kejahatan*, Jakarta, Akademika Presindo, 1987, hlm 161

Suatu kebijakan atau aturan hukum dari pemerintah dapat menjadikan mereka korban psikologi atau mental yang akhirnya berdampak pada pertumbuhan jiwa mereka di masa datang.

Setiap Negara membuat program perlindungan regional pada anak. Di Afrika dibentuk organisasi Afrika Bersatu (OAU) pada bulan Juli 1990 mengadopsi piagam Afrika tentang Hak-hak dan Kesejahteraan anak. Piagam mulai berlaku sejak 29 November 1999. Tujuan piagam adalah memberikan perlindungan terhadap hak-hak anak di seluruh bidang kehidupan.⁴⁹

3. Kedudukan Subjek Hukum dalam Konsep Negara Hukum

Ilmu hukum mengartikan subjek hukum sebagai setiap pendukung hak dan kewajiban. Subjek hukum hanya diberikan kepada orang dan badan hukum. Setiap orang memiliki hak dan kewajiban secara timbal balik artinya hak yang melekat pada satu sisi merupakan kewajiban pada sisi lain pada orang sebagai subjek hukum. Contohnya: bila subjek hukum dalam perjanjian jual beli berhak menerima pembayaran dari barang yang dijualnya maka disisi lain subjek hukum tersebut mempunyai pula kewajiban untuk menyerahkan barang yang dijualnya kepada pembeli.

Contoh di atas adalah ilustrasi bagaimana letak suatu hak memberikan pula secara spontan letak kewajiban pada diri subjek hukum sehingga kedudukan tiap- tiap subjek hukum adalah seimbang dalam pergaulan hidup bersama. Hak dan kewajiban melekat pada setiap orang dalam pergaulan hidup bermasyarakat misalnya hidup bertetangga, melakukan pekerjaan sehari- hari ataupun melaksanakan kepentingan pribadi mereka. Dalam kehidupan bertetangga individu berhak menikmati segala fasilitas televisi dalam rumahnya tetapi disisi lain individu juga wajib menjaga agar individu lain tidak terganggu dalam menikmati hak-

⁴⁹ Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional: Sebuah Pengantar Kontekstual*, Cianjur, IMR Pres, 2012, hlm 529

hak mereka dengan bunyi terlalu nyaring suara TV sehingga mengganggu waktu istirahat atau waktu belajar anak tetangga. Algra mengartikan subjek hukum sebagai setiap orang yang mempunyai hak dan kewajiban dengan kata lain mempunyai wewenang hukum⁵⁰

Kata subjek hukum bersumber dari terjemahan bahasa belanda "*rechsubject*" dan bahasa Inggris "*law of subject*".

Manusia berpredikat subjek hukum mendapatkan kebebasan menikmati hak perdata dan hak publik dan menaati kewajiban perdata dan kewajiban publik sebagai konsekwensi dari hak- hak yang dinikmatinya. Hukum perdata menyediakan akses penuh bagi setiap orang untuk menikmati hak perdatanya, pengakuan untuk menikmati hak- hak ini dituangkan dalam KUHPerdata sebagai berikut: *pertama*, dalam pasal 1 BW berbunyi: "menikmati hak perdata tidaklah tergantung pada hak kenegaraan"; *kedua*, dalam pasal 2 BW dinyatakan: "anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan dianggap sebagai telah lahir, bilamana kepentingan si anak menghendaki. Mati waktu dilahirkan dianggapla ia tidak pernah ada"; *ketiga*, dalam pasal 3 BW menyatakan: "tiada suatu hukumanpun mengakibatkan kematian perdata atau kehilangan segala hak kewarganegaraan".

Pasal 1 BW di atas berarti bahwa hak dan kewajiban perdata seseorang tidak tergantung pada agama, golongan, jenis kelamin dan juga tidak tergantung pada kedudukannya dalam Negara yang menyangkut hak-hak ketatanegaraan.⁵¹ Dalam sistem hukum perdata Amerika dibedakan kapasitas hukum yang dilakukan subjek hukum yaitu kapasitas untuk membuat kontrak dan kapasitas untuk melangsungkan perkawinan.

⁵⁰ Salim H.S, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, cetakan kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2003. Hlm 23

⁵¹ Djaja S. Meliala, *Perkembangan Hukum Perdata tentang Orang dan hukum Keluarga*, Cetakan-3, Nuansa Aulia, Bandung, 2009, hlm 37

Kapasitas untuk membuat kontrak adalah kemampuan seseorang membuat kontrak yang sah dan tindakan hukum lainnya.⁵²

Subjek hukum merupakan salah satu unsur yang sangat esensial dalam kontrak⁵³ yang dibuat oleh para pihak. Keberadaan subjek hukum ini melengkapi syarat keabsahan sebuah kontrak karena hanya subjek hukumlah yang menciptakan kesepakatan dan kecakapan dalam pembuatan kontrak.

Subjek hukum berkewajiban memberikan keadilan pada setiap subjek hukum lainnya melalui kebenaran yang diyakininya. Demi kewajiban ini, subjek hukum menciptakan produk hukum yang dalam kenyataannya produk hukum yang dibuat oleh subjek hukum cenderung melahirkan formalistik semata dimana kepastian hukum menjadi ikon kebenaran untuk menciptakan keadilan. Keadilan ini adalah keadilan yang terdefinisi dalam kalimat bahasa hukum dan menutup diri dari unsur-unsur luar hukum. Teori ini mengidentikkan hukum dengan undang-undang dan satu satunya hukum adalah undang-undang.⁵⁴

Subjek hukum baik secara personal maupun kelembagaan (pengadilan, kepolisian, kejaksaan, perbankan) cenderung selalu berpijak pada alur pikir *legisme* sebagai ciri utama dari positivisme hukum. Positivisme hukum hanya melihat hukum dari teleskop perundang-undangan selanjutnya mengambil keputusan terhadap peristiwa yang ada.⁵⁵ Lembaga negara menerapkan peraturan dengan berbagai tipe yaitu tipe

⁵² H. Salim. HS, *Perbandingan Hukum Perdata Comparative Civil Law*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm 58

⁵³ Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak Innominaat di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm 80

⁵⁴ Rusli Muhammad, *Kajian Kritis terhadap Teori Hukum Positif (Positivisme)*, Jurnal Hukum Republika, Vol. 5, No. 2, Fakultas Hukum Universitas Lancang Kuning, Tahun 2006, hlm 222-223

⁵⁵ A. Sukris Sarmadi, *Membebaskan Positivisme Hukum ke Rana Hukum Progresif (studi Pembacaan Teks Hukum bagi Penegak Hukum)* Jurnal Dinamika Hukum Vol. 12. No. 2. Mei 2012, hlm 332

lembaga negara tekstual dan tipe lembaga negara kontekstual.⁵⁶ Tipe lembaga negara tekstual berimplikasi pada sulitnya bahkan cenderung mereduksi hak-hak asasi subjek hukum termasuk menabung mandiri bagi anak di bank.

Negara sebagai subjek hukum bertindak melalui alat Negara atau pemerintahan dalam mengurus perekonomian Negara melalui pengaturan operasi perbankan sebenarnya telah melaksanakan fungsi hukum. Thomas Aquinas menyatakan fungsi hukum adalah untuk mengusahakan kesejahteraan masyarakat. Pembicaraan tentang fungsi hukum ini adalah ranah pembangunan ekonomi melalui penyehatan perbankan yang sangat kompleks dan jalin-menjalin dengan teori ekonomi tetapi tetap dalam kerangka ilmu hukum karena tujuannya masih sama yaitu mengatur perilaku manusia dan berbagai lembaga menuju tercapainya kesejahteraan manusia.⁵⁷

Suatu tindakan atau kegiatan manusia dan institusi Negara yang melawan tujuan inti dari bermasyarakat yaitu kesejahteraan seluruh umat manusia walaupun belum diatur dalam hukum positif maka sepatutnya tindakan itu pada hakikatnya bersifat asosial bahkan amoral sehingga dapat ditetapkan sebagai tindakan melawan hukum. Dengan demikian hukum merupakan instrument untuk melayani masyarakat dalam upaya mencapai kesejahteraan. Mengingat fungsi ini, seharusnya hukum tidak dapat dipisahkan dari objek yang diaturnya. Sebelum hukum menetapkan aturan, terlebih dahulu mempelajari objeknya, apakah itu dalam bidang hubungan sosial, bidang ekonomi, bidang moneter perbankan atau bidang lainnya.⁵⁸

Setiap perilaku Negara maupun individu dalam Negara hukum selalu berdasarkan pada teks-teks otoritatif yang ada dalam sistem hukum yang tersusun, terinterpretasikan dan tersistematiskan sebagai hukum yang

⁵⁶ Bandingkan dengan M. Syamsuddin, *Rekonstruksi Pola Pikir Hakim dalam Memutus Perkara Korupsi Berbasis Hukum Progresif*, Jurnal Dinamika Hukum Vol. 11 No.1 Januari 2011, FH. Unsoed, Purwokerto, hlm 11

⁵⁷ Gunarto Suhardi, *Usaha Perbankan dalam Perspektif Hukum*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2003, hlm 15

⁵⁸ *Ibid*

positif oleh ilmu hukum. Dengan demikian sifat dari ilmu hukum tersebut sangat konkrit, terikat pada sistem hukum tertentu dan ketat dalam metode kajiannya. Sedangkan filsafat hukum berkisar terus menerus pada hal yang abstrak dan spekulatif. Hal-hal inilah yang mendorong para yuris untuk mencari alternatif pemikiran yang dapat menengahi dua kutub metode tersebut.⁵⁹

Penerapan suatu substansi hukum memerlukan kajian filsafat hukum karena hukum tanpa filsafat hukum akan memaksakan dirinya untuk bekerja sendiri, menutup ruang bekerja sama dengan disiplin lain, menyebabkan semakin menyempitnya ruang kajian ilmu hukum bahkan stagnasi (tidak berkembang) artinya kaum positivisme hukum benar-benar menganggap kebenaran ilmu dan praktik hukum telah final pada titik garis positivisme hukum sehingga merasa tidak akan ada perkembangan baru di waktu mendatang. Sebuah monument yang menjadi tanda usainya dialektika dalam ilmu dan praktik hukum adalah kodifikasi.⁶⁰

Positivisme hukum berupaya memurnikan ilmu hukum dengan membersihkannya dari anasir non hukum membawa ilmu hukum cenderung mereduksi masalah hukum yang kompleks menjadi sesuatu yang sederhana, linier, mekanis sehingga melemahkan daya antisipasi hukum terhadap perkembangan masyarakat.⁶¹

Reduksionisme ini mengandung bahaya karena hukum yang multi aspek direduksi menjadi bagian-bagian kecil, maka penyempitan hukum itu menghasilkan pemahaman hukum yang tidak utuh. Disadari atau tidak, cara pandang yang linier dan mekanis ini memiskinkan daya nalar sajana-sarjana hukum di Indonesia. Oleh karena itu, memasungkan paradigma hakim kepada satu pendekatan aliran pemikiran tertentu tidak sejalan dengan sifat hukum sebagai ilmu praktis, normologis, dan otoratif.

⁵⁹ E. Fernando M. Manulang, *Menggapai hukum Berkeadilan: Tinjauan hukum Kodrat dan Antinomi Nilai*, Kompas, Jakarta, 2000, hlm 13

⁶⁰ Sulistyowati Irianto dan Shidarta, *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, Cetakan kedua, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2013 hlm 33

⁶¹ *Ibid*

Bukankah hukum sebagai ilmu praktis membutuhkan evaluasi terus-menerus dari kenyataan sosial tempat berpijaknya hukum? Menjauhkan ilmu hukum dengan kenyataan sosial sama saja dengan mengkhianati ilmu hukum sebagai ilmu praktis.⁶²

4. Perjanjian Dalam Konteks Negara Hukum

Dalam konteks Negara hukum, perjanjian sebagai salah satu perbuatan hukum diatur sedemikian jelas agar dapat mewujudkan kepastian hukum, keadilan yang pada akhirnya bermuara pada kesanggupan hukum memberikan perlindungan terhadap subjek hukum yang akan atau sedang menjalankan perjanjian. Dengan demikian terdapat beberapa poin-poin dasar yang diatur oleh hukum Negara terkait perjanjian tersebut. Poin-poin dasar tersebut meliputi definisi perjanjian, syarat-syarat perjanjian, asas-asas perjanjian, kapan mulai dan berakhirnya perjanjian.

a. Definisi Perjanjian

Perjanjian berasal dari kata “janji” yang berarti kesanggupan untuk melaksanakan sesuatu. Istilah perjanjian merupakan terjemahan dari bahasa Belanda yaitu “*overeenkomst*” yang diterjemahkan dengan perjanjian atau persetujuan. Kata perjanjian menunjukkan adanya makna bahwa para pihak dalam perjanjian yang akan dilaksanakan telah sepakat tentang apa yang mereka sepakati berupa janji yang diperjanjikan. Hoetomo menyatakan bahwa perjanjian adalah kesepakatan antara dua pihak, syarat dan ketentuan yang harus disepakati⁶³

Dalam pengertian yuridis pengertian perjanjian ditentukan dalam pasal 1313 BW yang menjelaskan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan

⁶² *Ibid*

⁶³ Hoetomo, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia*, Mitra Pelajar, Surabaya, 2005, hlm

dirinya terhadap satu orang atau lebih. Subekti memberikan pengertian perjanjian dalam kalimat berbeda, yaitu suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada seseorang lain atau dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.⁶⁴

Setiawan menyatakan bahwa perjanjian adalah perbuatan hukum dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.⁶⁵ Dari aneka ragam pengertian perjanjian di atas tidak satupun yang mengikuti atau sepaham dengan definisi perjanjian yang diberikan oleh BW. Perbedaan pengertian perjanjian ini diikuti pula oleh penerapan perjanjian di lapangan yang berarti bahwa konsep atau pengertian perjanjian oleh pasal 1313 BW tersebut tidak memiliki kekuatan mengikat karena pengertian tersebut memiliki kekurangan yaitu hanya berlaku untuk perjanjian sepihak saja.

Kelemahan perjanjian di atas menunjukkan bahwa kandungan suatu aturan tertulis belum tentu memiliki kebenaran absolute dalam artian kebenaran aturan tertulis masih memerlukan koreksi melalui nilai-nilai yang terkandung dalam masyarakat.

b. Syarat Sah Perjanjian

Keabsahan suatu perjanjian lahir dari pemikiran manusia yang kemudian dituangkan dalam aturan tertulis sebagai konsekwensi menjaga ketertiban antar individu dalam pergaulan hidup masyarakat yang berguna membatasi perjanjian yaitu perjanjian yang menjaga dan melindungi harkat dan martabat manusia itu sendiri, jadi dengan syarat ini perjanjian yang menjatuhkan harkat martabat manusia dapat tercegah.

Era modern ini syarat sah perjanjian dapat ditinjau dari dua sistem hukum yaitu sistem hukum dari barat yang diwakili oleh sistem

⁶⁴ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, PT. Internusa, Jakarta, 2005, hlm 1

⁶⁵ R. Setiawan, *Pokok-pokok Perikatan*, Bina cipta, Bandung, 1987, hlm 49

hukum Eropa dan sistem hukum timur tengah yaitu sistem hukum Islam. Sistem hukum Islam dikaji karena era modern ini telah banyak berkembang perekonomian syari'at khususnya Indonesia menjadi laboratorium tumbuh kembangnya perekonomian syari'at mulai dari jasa perbankan, jasa pegadaian, jasa perhotelan bahkan ada juga jasa ojek syari'ah.

1) Syarat- syarat Sah Perjanjian dalam Sistem Hukum Eropa.

Indonesia pernah dijajah oleh Belanda selama kurang lebih tiga ratus lima puluh tahun. Pada saat penjajahan menjamah Indonesia, maka waktu tersebut berlaku asas konkordansi yaitu suatu asas yang memberlakukan hukum penjajah terhadap Negara jajahannya sehingga berlakulah *Burgerlijk Wetboek* atau dalam terjemahan bebasnya dikenal dengan nama kitab undang- undang hukum perdata.

Hingga saat ini BW ini masih menjadi pedoman Indonesia dalam melakukan transaksi di bidang keperdataan walaupun sebagian tidak berlaku lagi karena sudah memiliki aturan tersendiri dalam bentuk undang- undang. Oleh karena itu maka membahas syarat sah perjanjian di Indonesia harus mengacu pada BW tersebut.

Syarat- syarat sah perjanjian diatur dalam pasal 1320 BW yang dapat dikelompokkan ke dalam dua syarat secara garis besarnya yaitu pertama syarat subjektif dan kedua syarat objektif. Masing- masing syarat ini dapat lagi dikelompokkan: syarat subjektif dikelompokkan menjadi dua syarat yaitu pertama, sepakat dan kedua cakap bertindak dalam hukum; selanjutnya syarat objektif dapat pula dikelompokkan menjadi dua yaitu: pertama objek tertentu dan kedua, kausa halal.

a) Syarat- syarat Subjektif dalam Perjanjian

Dikatakan syarat subjektif karena syarat ini melekat erat pada subjek hukum yang akan melakukan perjanjian yang membawa konsekwensi bahwa tanpa eksistensi dari subjek hukum dalam suatu perjanjian maka syarat ini mustahil ada. Adapun syarat- syarat ini dapat dibagi sebagai berikut:

(1) Sepakat Kedua Belah Pihak

Perjanjian dalam pergaulan hidup bermasyarakat tidak mendapat pengakuan secara otomatis dari Negara bila tidak ada pengakuan dari para pihak dalam perjanjian bahwa mereka telah sepakat melakukan perjanjian tersebut. Sepakat atau *toestoming* adalah terciptanya persesuaian penawaran dan penerimaan sehingga dalam kata sepakat terdapat unsur penawaran dan penerimaan jadi prinsipnya sepakat adalah pertemuan antara dua kehendak.⁶⁶ Kesepakatan dapat pula diartikan sebagai sepakatnya subjek hukum yang mengikatkan diri mereka, yang berarti bahwa masing pihak yang melakukan perjanjian wajib memiliki keinginan yang bebas untuk terikat pada perjanjian yang dinyatakan secara tegas atau diam- diam. Sehingga sepakat yang didasari paksaan, penipuan dan kekhilafan dianggap tidak sah.⁶⁷

Pelanggaran dari syarat ini dengan kata lain kata sepakat yang diberikan karena paksaan, penipuan, dan kekhilafan mengakibatkan sebuah perjanjian ‘dapat dibatalkan’. Kata dapat dibatalkan mengandung makna bahwa perjanjian tersebut dinyatakan batal apabila telah

⁶⁶ Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan (bagian pertama)*, Cetakan Pertama, FH UII, Yogyakarta, 2013, hlm 168-169

⁶⁷ R. Soeroso, *Perjanjian di Bawah Tangan: pedoman Praktis Pembuatan dan aplikasi Hukum*, Cetakan Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm 12

ada penetapan pengadilan yang didasari oleh gugatan salah satu pihak yang merasa dirugikan. Makna ini berimplikasi bahwa perjanjian tersebut masih berlaku dan memiliki kekuatan mengikat selama belum ada pembatalan dari pengadilan. Jadi tidak ada pengaduan motif negative suatu kesepakatan maka kedua belah pihak wajib melaksanakan hak dan kewajiban mereka sesuai kandungan perjanjian.

Berlakunya perjanjian yang didasari oleh kata sepakat berlatang belakang negatif selama belum ada pembatalan pengadilan didasarkan pada asas hukum perdata yaitu asas harus bersifat pasif yang berarti hakim dilarang memutus perkara tanpa didasari gugatan para pihak atau kata lainnya hakim dilarang mencari- cari kasus untuk disidangkan. Selain itu pemberlakuan perjanjian yang didasari sepakat berlatang belakang negatif adalah suatu upaya menghindari suatu perbuatan main hakim sendiri (*eigen rechting*), sehingga kewenangan membatalkan perjanjian secara sepihak hanya dimiliki oleh pengadilan.

(2) Cakap Bertindak dalam Hukum

Pemahaman hukum pada kecakapan bertindak dalam hukum hanya dimiliki oleh subjek hukum yaitu orang dan badan hukum. Subjek hukum adalah penyanggah hak dan kewajiban oleh karena itu setiap subjek hukum memiliki hak dan kewajiban setara sesuai dengan statusnya dalam bidang privat maupun publik.

Secara umum subjek hukum memiliki hak dan kewajiban dalam menjalankan perbuatan hukum yang berhubungan dengan hak dan kewajibannya, akan tetapi dalam menjalankan hak dan kewajiban tersebut dalam

bentuk perbuatan memerlukan dukungan atau label hukum yang melekat pada diri subjek hukum yang dikenal dengan nama kecakapan bertindak dan kewenangan hukum⁶⁸

Kewenangan untuk memiliki hak dan/ atau kewajiban disebut kewenangan hukum atau kewenangan berhak karena sejak manusia lahir tidak seluruhnya dari mereka memiliki kewenangan tersebut.⁶⁹ Kecakapan bertindak atau *bekwaamheid* dapat diartikan dapat diartikan kemampuan untuk melakukan perbuatan-perbuatannya secara mandiri tanpa perwakilan dari wali atau orang tua sehingga kecakapan bertindak menciptakan kemampuan untuk mewujudkan kehendaknya sendiri dalam pergaulan hidup bermasyarakat.

Pengertian di atas dapat ditarik perbedaan kewenangan hukum dan kecakapan bertindak yaitu bila kewenangan hukum maka subjek hukum dalam hal pasif sedangkan bila kecakapan bertindak subjek hukum dalam hal aktif.⁷⁰

Aliran hukum positif mengakui seseorang cakap bertindak dalam hukum saat seseorang telah mencapai umur tertentu menurut ketentuan perundang-undangan tetapi aliran lain seperti sosiologi hukum memiliki pandangan berbeda. Aliran sosiologi hukum pada hakekatnya lahir dari pemikiran ahli baik di bidang filsafat hukum, ilmu, maupun sosiologi. Hasil-hasil pemikiran tersebut tidak saja berasal dari individu-individu tetapi kemungkinan berasal juga dari aliran-aliran yang

⁶⁸ R. Soeroso, *Perbandingan Hukum Perdata*, Cetakan Ketiga, Sinar Grafika, Jakarta, 1999, hlm 139

⁶⁹ FX. Suhardana, *Hukum Perdata I*, Prenhallindo, Jakarta, 1987, hlm 45

⁷⁰ Handri Raharjo, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Cetakan- 1, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2009, hlm 52

mewakili kelompok ahli pemikir tertentu yang secara garis besar mempunyai pendapat yang berbeda.⁷¹

Pemaparan di atas menggambarkan penyebab sosiologi hukum memiliki pandangan berbeda dengan aliran hukum positif terhadap cakap bertindak dalam hukum karena aliran ini pada hakekatnya lahir dari bidang filsafat hukum, ilmu dan sosiologi. Embrio lahirnya sosiologi hukum tersebut jelas menggambarkan dan mengakui bahwa hukum tidak mungkin tidak berubah. Filsafat hukum memberikan ajaran yang abstrak dan berlaku untuk setiap situasi misalnya ajaran tentang keadilan. Ilmu memberikan ajaran bahwa segala sesuatu tidak ada yang bersifat pasti karena ilmu berasal dari fikiran manusia yang bersumber pada otak manusia sedangkan manusia sendiri adalah mahluk yang tidak luput dari keterbatasan.

Sosiologi hukum saat ini sedang berkembang pesat. Ilmu ini mengarahkan pelaku hukum untuk menjelaskan hukum positif yang berlaku artinya isi dan bentuknya yang berubah-ubah menurut waktu dan tempat, melalui bantuan faktor kemasyarakatan.⁷²

Hukum bukan lembaga yang otonom dan bukan pula suatu gejala yang netral, yang semata-mata hasil rekaan bebas manusia. Akan tetapi, dia berada dalam kajian yang sangat erat dengan persoalan kemajuan masyarakat. Di sisi lain, hukum dapat menjelaskan dirinya dengan bantuan hukum. Dalam dua hal itu, hukum dan gejala

⁷¹ Soerjono Soekanto, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2003, hlm 32

⁷² D.H.M. Meuwissen, *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, Bandung, Refika Aditama, 2007, hlm 67

kemasyarakatan diletakkan pada suatu tataran yang sama.⁷³

Pound menyatakan bahwa problem utama dewasa ini menjadi perhatian dari para praktis sosiologi hukum adalah bagaimana mendorong pembuat hukum menafsirkan dan menerapkan aturan-aturan hukum yang lebih mengacu pada fakta-fakta sosial hukum tersebut diterapkan. Sosiologi hukum menjadi hukum dalam kehidupan sehari-hari dalam masyarakat: *law is observed in the daily life in society*. dalam hubungan dengan sesama anggota masyarakat berpedoman kepada kaidah-kaidah yang berlaku dalam kehidupan bermasyarakat. Kaidah tersebut sesuai dengan aturan tentang hukum positif dan dapat pula tidak sesuai.⁷⁴

John Austin dalam Achmad Ali menyatakan: *the study of the nature should be a study of law as it actually exist in a legal system, and not of law as it ought to be on moral ground* (bahwa studi tentang sifat hukum seharusnya merupakan studi tentang hukum yang benar-benar terdapat dalam norma-norma moral)⁷⁵

Menurut Friedman, sosiologi hukum berangkat dari asumsi dasar: ‘...the people who make, apply, or use the law are human being. Their behaviour is sosial behaviour. Yet, the study of law has proceeded in relative isolation from other studies in the sosial sciences...’

⁷³ Yesmil Anwar Adang, 2008. *Pengantar Sosiologi Hukum*, Jakarta: Grasindo, hlm 109

⁷⁴ Tina Asmarawati, *Sosiologi Hukum: Petasan ditinjau dari Perspektif Hukum dan Kebudayaan*, edisi 1, cetakan 1. Yogyakarta, Deepublish, 2014, hlm 3

⁷⁵ Achmad Ali, *Sosiologi Hukum: Kajian Empiris terhadap Pengadilan*. Jakarta, BP Iblam, 2000, hlm 9

Asumsi dasar tersebut beranggapan bahwa orang yang membuat, menerapkan atau menggunakan hukum adalah manusia. Perilaku mereka adalah perilaku sosial. Namun, kajian hukum secara relative telah memisahkan diri dari studi-studi lain di dalam ilmu sosial. Selanjutnya Achmad Ali menyatakan bahwa dengan menggunakan pandangan-pandangan sosiologi terhadap hukum, kita akan menghilangkan kecenderungan untuk senantiasa mengidentikkan hukum sebagai undang-undang belaka sebagaimana yang dianut oleh kaum positivistic atau legalistic.

Subjek hukum yang belum cakap bertindak masih membutuhkan lembaga perwalian karena belum sampai usianya. Kaum positivistic atau legalistik menerapkan aturan ini tanpa pandang bulu dan pertimbangan lain. Bagi mereka apa yang tertulis dalam peraturan adalah keharusan yang harus dipenuhi. Kaum positivistik lupa bahwa masyarakat memiliki perkembangan kehidupan yang disertai perubahan baik pola pikir ataupun perilaku.

Perubahan pola pikir dan perilaku seperti menabung di bank mengharuskan praktisi melihat hukum dari perkembangan masyarakat itu sendiri. Apabila hukum tidak ingin dianggap tertinggal dari perkembangan masyarakatnya maka hukum harus merespon segala seluk beluk kehidupan sosial yang menyelimutinya. Ini berarti peranan hukum menjadi semakin penting dalam menghadapi permasalahan-permasalahan sosial yang timbul.⁷⁶

⁷⁶ Esmi Warasih, *Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang: Badan Penerbit UNDIP, 2011. hlm 1

Penerapan aturan kecakapan bertindak tidak serta merta berlaku pada seluruh subjek hukum dan seluruh kegiatan subjek hukum. Penerapan tersebut memerlukan pertimbangan budaya sebagai salah satu unsur pendorong bekerjanya hukum. Hukum saat ini telah mengalami proses transplantasi cultural. Agar lebih memahami proses transplantasi tersebut, ada baiknya manusia mengetahui arti sebuah kebudayaan.

Lezlie White seperti yang dikutip oleh Soekanto menyatakan kebudayaan adalah suatu kumpulan gejala-gejala yang teroganisir yang terdiri dari tindakan-tindakan (pola perilaku), benda-benda, ide-ide (kepercayaan dan pengetahuan), dan perasaan-perasaan (sikap-sikap, nilai-nilai) yang semuanya itu tergantung pada penggunaan symbol-simbol. Selo Soemardjan dan Soelaeman Soemardi mengartikan kebudayaan sebagai semua hasil karya, rasa, dan cipta masyarakat. Semua karya (teknologi), rasa (kesopanan, kesusilaan, kepercayaan, hukum) dan cipta (filsafat, ilmu pengetahuan) dikuasai oleh karsa (daya upaya) manusia untuk melindungi dari dari kekuatan-kekuatan lain yang ada dalam masyarakat, yakni dengan jalan menentukan kegunaannya agar sesuai dengan kepentingan sebagian besar atau seluruh anggota masyarakat.⁷⁷

Pengertian kebudayaan di atas, jelas hukum merupakan bagian dari kebudayaan. Soehendera dalam uraian aslinya menyatakan bahwa kebudayaan suatu masyarakat dijabarkan pada perbagai pranata sosial yang ada, yaitu antara lain: pranata kekerabatan, pranata agama,

⁷⁷ Rianto Adi, *Sosiologi Hukum: Kajian Hukum Secara Sosiologis*, Edisi pertama, Jakarta, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2012, hlm 68

pranata ekonomi. Agar berbagai pranata tersebut tetap berlangsung dan terpelihara, maka terdapat suatu pranata yang digunakan oleh masyarakat untuk menuntun atau mengarahkan anggota masyarakat pada aturan yang telah disepakati bersama. Aturan ini disebut pranata pengawasan sosial. Salah satu bentuk dari pranata pengawasan sosial adalah pranata hukum.⁷⁸

Kaum positivistic atau legalistik memandang hukum secara eksklusif artinya hukum adalah pranata yang menjelaskan aturan dan/atau menyelesaikan aturan berdasarkan pada ketentuan yang dibuatnya sendiri. Dalam hal ini hukum memiliki sifat sombong dan tertutup pada dunia luarnya. Kaum positivistic mengambil langkah ini dengan dalih menciptakan asas kepastian hukum.

Kaum positivistic menganggap asas kepastian hukum sebagai asas dalam Negara hukum yang menggunakan landasan peraturan perundang-undangan belaka. Pemahaman demikian merupakan pemahaman yang keliru karena pada dasarnya asas kepastian hukum merupakan suatu asas dalam Negara hukum yang menggunakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara Negara.⁷⁹

Rawls berbeda pandangan dengan kaum positivistic yang menganggap keadilan lahir dari penerapan tekstual peraturan perundangan. Rawls tidak menginginkan masyarakat baru diwujudkan secara mendadak. Menurut rawls banyak orang memerlukan pendidikan sebelum

⁷⁸ *Ibid*, hlm 68

⁷⁹ Rocky marbun, Deny Bram, Yuliasara Isnaeni, Nusya. A, *Kamus Hukum Lengkap*, Cetakan Pertama. Jakarta: Visi Media, 2012, hlm 22

mereka dapat menikmati kekayaan kebudayaan yang tersedia bagi manusia zaman sekarang. Di lain pihak keyakinannya teguh bahwa hidup bermasyarakat harus diberikan suatu aturan baru, dimana kekayaan dunia dibagi secara lebih merata. Menurut situasi menjadi tidak adil kalau hasil perkembangan hidup dibagi berdasarkan perbedaan yang telah ada antara ras, agama, ataupun kelas mana saja. Maka untuk menciptakan masyarakat yang adil perlulah diperiksa kembali manakah prinsip-prinsip keadilan yang dapat digunakan untuk membentuk suatu masyarakat yang baik.⁸⁰

Hukum memiliki sifat memaksa sehingga dalam setiap aturan hukum selalu ditekankan makna keharusan. Namun keharusan sendiri dapat dibagi menjadi 2 yaitu keharusan alamiah dan keharusan moral. Keharusan alamiah adalah keharusan yang berjalan secara otomatis atau sesuai dengan hukum alam sehingga tidak perlu ada lembaga yang mengawasi pelaksanaannya. Sedangkan keharusan moral atau keharusan yang didasarkan pada hukum moral. Keharusan demikian ini tidak dapat berjalan sendiri tetapi memerlukan pengawasan lembaga tertentu.⁸¹

Hukum perihal kecakapan bertindak memerintahkan seorang subjek hukum belum dewasa agar mendapat pendamping/perwakilan dalam setiap perbuatan hukum yang akan dilakukannya. Ketentuan ini merupakan keharusan berdasarkan hukum moral, sebagai hukum moral maka ketentuan ini tidak dapat berjalan secara otomatis sehingga dalam penerapannya pun masih

⁸⁰ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius. Yogyakarta 1982, hlm 195

⁸¹ Adnan Murya dan Urip Sucipto, *Etika dan Tanggung Jawab Profesi*, Deepublish, Yogyakarta, 2016, hlm 14

memerlukan persetujuan yang bersangkutan dan nilai masyarakat tentunya aturan ini diterima berdasarkan moral yang mereka yakini.

b) Syarat- syarat Objektif dalam Perjanjian

Syarat objektif dalam perjanjian adalah syarat- syarat yang melekat pada objek yang diperjanjikan sehingga syarat ini akan muncul apabila terdapat objek dalam sebuah perjanjian. Syarat objektif ini adalah lanjutan dari syarat subjektif di atas. Syarat ini dikelompokkan menjadi dua syarat yaitu:

(1) Syarat Hal (objek) Tertentu

Yang dimaksud dengan syarat hal tertentu adalah objek perjanjian haruslah jelas menunjuk pada suatu benda, baik benda bergerak atau tidak bergerak, baik benda berwujud atau tidak berwujud. Hal ini untuk memudahkan dan memberi kemampuan para pihak untuk melaksanakan hak dan kewajibannya karena perjanjian terhadap benda yang tidak jelas tentu akan membuat para pihak tidak mampu menuntut pemenuhan haknya dan menjalankan kewajibannya.⁸²

(2) Kausa Halal

Kausa halal berarti perjanjian tersebut tidak boleh bertentangan dengan Undang- undang, kesusilaan dan ketertiban umum. Kausa bisa pula diartikan sebab dalam sebuah perjanjian. Dengan demikian harus dibedakan kausa halal dalam pengertian tujuan dan kausa halal dalam pengertian motif. Kausa halal dalam perjanjian sewa menyewa rumah bertujuan untuk mengalihkan manfaat

⁸² J. Satrio, *Hukum Perjanjian pada Umumnya*, Citra Aditya, Bandung, 1992, hlm 296

ekonomis kepada pihak penyewa. Sedangkan motifnya mungkin saja dilandasi oleh keinginan usaha. Dalam hal ini hukum tidak mempertimbangkan motif yang menggerakkan orang melakukan tindakan hukum selama tujuannya atau akibatnya halal⁸³

2) Syarat- syarat Sah Perjanjian dalam Sistem Hukum Islam.

Dalam konsep hukum Islam perjanjian dikenal dengan nama akad. Seperti pada hukum barat maka hukum Islam pun mengenal keberadaan syarat- syarat perjanjian. Syarat- syarat akad atau perjanjian dalam hukum Islam dapat dikelompokkan menjadi dua kelompok besar yaitu pertama, syarat umum dan kedua syarat khusus. Syarat umum adalah rukun- rukun yang harus ada pada setiap akad contoh orang yang berakad, objek akad, objek tersebut bermanfaat dan tidak dilarang oleh *syara'*. Sedangkan pengertian syarat khusus adalah syarat- syarat yang harus ada pada sebagian akad dan tidak diisyaratkan pada bagian lainnya.⁸⁴

Hukum Islam selalu melekatkan rukun dan syarat pada suatu transaksi atau perbuatan, keduanya merupakan penentu sah atau tidaknya sebuah transaksi. Dalam ensiklopedi hukum Islam rukun didefinisikan sebagai sebuah unsur yang menjadi bagian tidak terpisah dari perbuatan.⁸⁵ Adapun pengertian syarat adalah sesuatu yang tergantung pada keberadaan hukum *syar'i* (perbuatan hukum) dan ia berada di luar hukum tersebut yang ketiadaan syarat ini meniadakan hukum tersebut.

⁸³ Herlien Budiono dalam Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan (Bagian Pertama)*, Cetakan Pertama, FH UII Press, Yogyakarta, 2013, hlm 189

⁸⁴ Faturrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm 41

⁸⁵ Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid 5 Ichtiar BaruVan Hoeve, Jakarta, 1996, hlm 1510

Perbedaan dari keduanya adalah rukun merupakan sifat yang kepadanya tergantung keberadaan hukum dan ia dalam hukum itu sendiri sedangkan syarat adalah sifat yang kepadanya tergantung keberadaan hukum tetapi ia beradai di luar hukum itu sendiri. Sebagai contoh rukuk dan sujud adalah rukun shalat. Dia merupakan bagian dari sholat itu sendiri. Jika tidak ada rukuk dan shalat maka shalat itu batal atau tidak sah. Sedangkan syarat Shalat adalah salah satunya adalah wudhu'. Wudhu' adalah bagian di luar shalat, akan tetapi bila wudhu' tidak ada maka Shalat tidak sah.

Rukun akad dan syarat akad mempunyai keanekargaman pendapat dari *fuqaha* atau para ahli hukum Islam. Penganut mazdhab menyakini bahwa rukun akad hanya *sighat al- 'aqd* (ijab dan Kabul) adapun syaratnya adalah *al- 'aqidain* (subjek akad) dan *mahallul 'aqd* (objek akad), Karena *al- 'aqidain* dan *mahallul 'aqd* bukan merupakan bagian dari *tasharruf aqd* (perbuatan hukum akad). Kedua hal tersebut berada di luar akad.⁸⁶ Fuqaha lainnya yang dimotori oleh mazhab Syafi'i mempunyai pendapat berbeda tentang syarat dan rukun akad. Mereka berpendapat bahwa *al- aqidain* dan *mahalul aqd* adalah termasuk ke dalam rukun akad karena keduanya adalah pilar yang utama tegaknya akad.⁸⁷

Di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah rukun akad itu sendiri dikelompokkan ke dalam empat kelompok yaitu 1. Pihak- pihak yang berakad, objek akad, tujuan pokok akad, dan kesepakatan.⁸⁸ Pihak yang berakad maksudnya orang, badan usaha yang memiliki kecakapan hukum dalam bertindak. Objek akad adalah jasa yang dihalalkan yang dibutuhkan oleh masing- masing pihak. Tujuan akad adalah memenuhi kebutuhan hidup dan

⁸⁶ Gemala Dewi, Wirnyaningsih, Yeni Salma Barlinti, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Edisi Pertama, Cetakan Keempat, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2013, hlm 56

⁸⁷ Ghufroon A. Mas'adi, *Fiqh Muaalat Kontekstual*, Cetakan 1, Raja Grafindo Persada , 2002, hlm 79

⁸⁸ Kompilasi hukum Ekonomi Syariah, Bab III, Pasal 22

pengembangan usaha masing-masing pihak selama tidak bertentangan dengan *syarak*.⁸⁹

c. Asas-asas Perjanjian

Asas- asas dalam perjanjian diuraikan sebagai berikut:

1) Asas Kebebasan Berkontrak

Yang dimaksud asas ini adalah setiap orang bebas mengadakan sebuah perjanjian dalam hal bentuk, isi, dan kepada siapa saja lawan janjinya. Asas ini tersirat dalam pasal 1338 BW yang berbunyi: “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang- undang bagi mereka yang membuatnya”. Kata semua pada pasal ini menunjukkan bahwa BW mengizinkan subjek hukum untuk membuat perjanjian secara bebas menurut pemikiran mereka walaupun nama perjanjiannya tidak ada dalam BW itu sendiri. Kata ‘semua’ merupakan pula norma kabur yang tuangkan dalam BW yang bertujuan menjaga elastisitas hukum perjanjian sehingga mampu bertahan untuk waktu yang lama.

2) Asas Konsensualisme

Artinya sebuah perjanjian harus mempunyai consensus dari kedua belah pihak. Konsensus artinya kesepakatan.

3) Asas Itikad Baik

Subjek hukum yang akan membuat perjanjian harus mempunyai itikad baik. Itikad baik disini dikelompokkan ke dalam dua kelompok yaitu itikad baik dalam pengertian subjektif yaitu kejujuran yang dimiliki oleh subjek hukum dalam perjanjian. Itikad baik yang kedua adalah itikad baik dalam pengertian objektif artinya pelaksanaan perjanjian oleh subjek hukum harus sesuai dengan kepatutan dan norma yang sesuai dengan masyarakat.

⁸⁹ Mardani, Hukum Perikatan Syariah di Indonesia, Cetakan 1, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm 56

5. Rekonstruksi Hukum sebagai Upaya Perwujudan Perlindungan Hukum

Anak sebagai bagian dari generasi muda merupakan penerus cita-cita perjuangan bangsa dan sumber daya manusia ke depan. Untuk mewujudkan sumber manusia Indonesia yang berkualitas dan bermoral, diperlukan pembinaan dan perlindungan secara kontinyu demi mempertahankan kelangsungan hidup, pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental, sosial serta perlindungan dari segala kemungkinan yang akan membahayakan mereka (anak) dan di masa depan⁹⁰

Perlindungan hukum terhadap anak adalah hak setiap anak, oleh karena itu sudah menjadi kewajiban bagi orang tua, masyarakat dan pemerintah untuk memberikan perlindungan pada anak, mengingat anak masih mempunyai keterbatasan dalam menjaga dan melindungi dirinya.⁹¹ Anak sebagai subjek hukum berada dalam masa transisi yang dipenuhi oleh gejala fisik, psikis dan sosial pada kelompok umur tertentu akan mengarungi hidup yang sangat mudah dipengaruhi. Selain itu anak pada masa sekarang mempunyai gaya hidup yang khas dan mempunyai ciri tersendiri yaitu mempunyai selera ingin tahu sebagai perwujudan identitas diri.⁹²

Pada saat orang membahas pelaksanaan hukum, maka umumnya orang akan melirik pada peraturan yang telah ada sebagai pijakan berbuat atau tidak berbuat. Orang yang hendak melakukan perbuatan tetapi dalam kaedah hukum atau peraturan perundang-undangan dilarang akan menghambat pelaksanaan kepentingannya. Orang yang terhambat kepentingannya ini hanya dapat bersikap pasrah dan menerima isi peraturan tersebut. Contoh pelaksanaan kepentingan yang terhambat oleh

⁹⁰ Beniharmoni Harefa, *Kapita Selekta Perlindungan Hukum bagi Anak*, deepublish publisher, Yogyakarta, 2016. hlm 1

⁹¹ *Ibid*, hlm 3-4

⁹² *Ibid*, hlm 5

hukum adalah perbuatan menabung pada anak karena terhalang oleh kecakapan hukum dalam prasangka undang-undang.

Setiap orang tidak seyogyanya menjadikan peraturan perundang-undangan sebagai pijakan sakral dalam artian peraturan perundang-undangan sebagai pedoman awal dan terakhir dalam setiap perbuatan. Penulis setuju terhadap keberadaan peraturan perundang-undangan sebagai pedoman dalam berbuat atau tidak berbuat, tetapi perlu diingat tidak semua peraturan perundang-undangan mampu mengatur setiap kegiatan manusia, oleh karena itulah peraturan perundang-undangan hanyalah konsep awal yang terbuka pada penilaian-penilaian di luar dirinya.

Pada saat suatu perbuatan yang diaturnya sudah tidak mencerminkan tujuan dari pembentukannya, maka wajarlah peraturan perundang-undangan membuka dirinya untuk menerima ilmu di luar dirinya dalam menganalisa setiap problem yang hadir di tengah masyarakat. Keterbukaan peraturan perundang-undangan terhadap ilmu lain di luar dirinya dikarenakan peraturan perundang-undangan tidaklah sempurna dan tidak mungkin sempurna mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas.⁹³ Sustansi dari peraturan perundang-undangan merupakan bahasa hukum yang merupakan simbol-simbol kebahasaan. simbol- simbol ini hanya mampu dipahami dengan keilmuan yang dimiliki oleh manusia yang dinamakan teori.

Teori merupakan ciptaan berfikir manusia yang bersumber pada otak yang masih masih terus berkembang dari generasi ke generasi, sehingga apa yang kita pahami sebagai kebenaran di abad lalu bisa saja mengalami perubahan pada abad sekarang atau abad yang akan datang. Kedewasaan berdasarkan umur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan pada abad lalu adalah suatu kebenaran karena pada waktu itu faktor-faktor perkembangan kedewasaan seseorang dalam

⁹³ Sudikno Mertokusumo dan Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya, Bandung, cet.2, 2013, hlm 3

bentuk sarana dan prasarana belum menampakkan dirinya seperti pada saat ini.

Anton Freddy Susanto memandang hukum dalam pandangan semantik menyatakan bahwa norma-norma telah disandikan mempunyai fungsi khusus tetapi dalam pemahaman norma tersebut memiliki kelemahan-kelemahan kebahasaan. kelemahan-kelemahan ini berupa perbedaan pemaknaan dari masing-masing penafsiran.⁹⁴ Dalam pandangan semiotika hukum, hukum dipandang sebagai pemberi pesan dan masyarakat sebagai penerima pesan tersebut akan memahami pesan berdasarkan kebutuhannya. Kedewasaan sebagai tolok ukur kacakapan akan dipahami oleh masyarakat tanpa memandang umur tetapi juga menggunakan pertimbangan lain

Rekonstruksi hukum merupakan pemikiran pembaharuan untuk mengembalikan hukum pada hakekat sejatinya yaitu untuk memenuhi tujuan hukum yang akhirnya menciptakan perlindungan pada setiap individu dalam pergaulan hidup bermasyarakat. Rekonstruksi diperlukan juga ketika terjadi gap antara isi hukum dan pelaksanaan hukum tersebut dilapangan dalam artian substansi hukum tidak lagi sesuai dengan kenyataan atau *dassein*. Rekonstruksi hukum ini sejalan dengan pemahaman Joeni Arianto Kurniawan yang menyatakan bahwa:

“potensi legal gap semakin sulit dihindari ketika suatu hukum telah dipositifkan dalam bentuk yang statis....Namun pemositifan hukum ke dalam bentuk yang rigid (tertulis) seperti Undang-Undang ini justru merupakan prinsip yang utama dalam kultur *Civil law sistem* yang memiliki problematika di dalamnya karena memicu problematika dalam ruang tata hukum Indonesia....Undang-undang memiliki kelebihan dalam memenuhi kepastian hukum, namun ia juga memiliki kelemahan karena sifatnya akan menjadi tidak fleksibel, kaku, dan statis. Penulisan adalah pembatasan dan pembatasan atas suatu Undang-undang secara logis akan membawa kepada konsekuensi ketertinggalan substansi”⁹⁵

⁹⁴ Anthon Freddy Susanto, *Semiotika Hukum Dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*, Refika Aditama, Bandung, 2005, hlm 89

⁹⁵ Joeni Arianto Kurniawan, *Hukum Adat dan Problematika Hukum Indonesia*, Jurnal Perspektif Hukum UGM, Yogyakarta, Vol 2 November 2007, hlm 105

Pemahaman di atas sejalan pula dengan Ade Maman Suherman yang menyatakan bahwa dalam *Civil law sistem* terdapat kultur yang mendasarkan dirinya pada filsafat positivisme hukum.⁹⁶ Kultur pemahaman yang tertanam dalam sistem hukum *civil law* membawa hukum pada situasi berpihak pada satu tujuan hukum saja yaitu kepastian hukum. Sehingga Harun Hadiwijoyo⁹⁷ mengemukakan bahwa:

“Dalam *Civil law sistem* terdapat konsep bahwa tujuan utama yang disasar oleh hukum bukanlah keadilan melainkan kepastian, karena filsafat positivism mengutamakan hal yang sifatnya jelas dan pasti (positif) di atas segalanya dengan alasan bahwa hanya hal yang bersifat pasti saja yang dapat dijadikan ukuran kebenaran.”

Pemikir lain, Lili Rasjidi dan Ira Thania menyatakan bahwa kultur *civil law sistem* selalu diidentikkan dengan Undang-undang, sehingga satu-satunya sumber hukum adalah Undang-undang disebabkan hanya Undang-undang sajalah bentuk hukum yang dapat memenuhi kriteria positivistik.⁹⁸

Berdasarkan pada uraian para pemikir di atas maka penerapan hukum dengan menggunakan pilosopi posivistik selalu terbentur pada keadaan atau situasi yang tidak diharapkan oleh hukum itu sendiri yaitu gap antara hukum dan kenyataan. Gap diartikan sebagai ketidaksinkronan substansi hukum dengan pelaksanaan di lapangan. Gap antara substansi hukum dan kenyataan menurut hemat penulis dapat menciptakan penyimpangan-penyimpangan hukum, atau dapat pula menciptakan penghalang bagi seseorang untuk melaksanakan kepentingannya.

Seseorang yang terhalang kepentingan individunya karena konsekwensi penerapan hukum dalam bidang hukum perdata kebanyakan hanya bersifat pasif dalam artian yang bersangkutan hanya pasrah

⁹⁶ Ade Maman Sherman, *Pengantar Perbandingan sistem Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm 68

⁹⁷ Harun Hadiwijoyo, *Seri Sejarah Filsafat Barat 2*, Kanisus, Yogyakarta, 1980, hlm 109

⁹⁸ Rasjidi dan Thania Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Citra Aditya, Bandung, 2004, hlm 66

menerima begitu saja sambil menunggu waktu tertentu agar kepentingannya dibolehkan oleh hukum untuk menjalankannya. Dalam keadaan pasrah menerima ketentuan inilah terjadi *legal problem* yang tersembunyi karena hanya dirasakan efek negatifnya oleh orang yang bersangkutan tanpa dapat berbuat lebih banyak.

Para pemikir yang mengkritisi kultur yang terdapat dalam *civil law system* telah memberikan gambaran umum perihal efek negatif hukum ketika diterapkan secara kaku (sesuai teks). Efek negatif ini secara khusus dapat dijumpai pada penerapan kecakapan bertindak untuk melakukan perjanjian yaitu perjanjian menabung.

Bank- bank yang menyediakan jasa menabung selalu menerapkan ketentuan umum tentang syarat-syarat sah melakukan suatu perjanjian sehingga bank-bank tersebut hanya membolehkan orang dewasa dalam persangkaan Undang-undang saja, sedangkan kedewasaan menurut persangkaan Undang-undang minimal mengukur kedewasaan seseorang dari segi umur semata yaitu minimal umur 18 tahun dan/atau sudah kawin. Penerapan ketentuan hukum oleh Bank ini membuat atau menciptakan gap antara hukum dan kenyataan karena kedewasaan yang dianut masyarakat bersifat pluralisme (ada hukum adat, hukum Islam, dan hukum nasional).

Aliran positivisme hukum selalu melakukan konstruksi hukum melalui pemahaman bahwa hukum adalah suatu objek studi yang tersendiri sehingga konstruksi hukum tersebut penerapannya bersifat tertutup pula. Pemahaman secara jelas terhadap hukum sebagai objek studi tersendiri bukan berarti hukum terpisahkan pemanfaatannya terhadap metode dalam berbagai disiplin studi yang lain tetapi sebaliknya pemanfaatan hukum menggunakan dapat menggunakan berbagai disiplin studi di luar hukum, inilah yang disebut pendekatan multi-disipliner.⁹⁹

⁹⁹ Pranoto Iskandar dan Yudi Junadi, *Memahami Hukum di Indonesia: Sebuah Korelasi antara Politik, Filsafat dan Globalisasi*, IMR Press, Cianjur, 2011, hlm 3

Manusia yang menggunakan hukum harus memandang hukum sebagai salah satu fenomena sosial, setiap individu harus menempatkan aturan hukum dalam aneka situasi dan kondisi yang beragam. Argumentasi ini tidak dapat dilepaskan dari kenyataan yang memperlihatkan bahwa aturan hukum tidak lahir dari suatu kekosongan, maksudnya suatu aturan hukum hanya lahir dari suatu peristiwa sosial yang kemungkinan dilatarbelakangi oleh kepentingan-kepentingan. Fakta ini sejalan dengan peran dan hakikat dari hukum itu sendiri sebagai aturan dalam pergaulan hidup masyarakat. Secara singkat dapat dikatakan hukum dalam konteks Negara modern lahir tidak untuk membatasi kebebasan individu tetapi untuk memfasilitasi kebebasan tiap individu termasuk kebebasan menabung secara mandiri bagi anak di bank demi pencapaian perlindungan hak-hak anak.

Para ahli hukum sendiri bertentangan satu sama lainnya dalam penerapan suatu hukum. Aliran positivisme yang sekarang banyak dikritik berbeda dengan aliran utilitarianisme, aliran etis dan masih banyak aliran lainnya. Pertentangan ini menimbulkan pertanyaan tentang apa hukum itu? Pertanyaan ini adalah pertanyaan paling dasar dan telah menghasilkan berbagai jawaban yang berkelompok-kelompok bahkan tidak jarang saling menjatuhkan. Pertanyaan ini sangat penting dalam kajian pendidikan hukum sehingga dapat disimpulkan hampir semua literatur filsafat hukum menyediakan pembahasannya. Urgensi pertanyaan ini tidak dapat dilepaskan dari diskursus *mainstream* yang menuntut suatu tatanan hukum (*the rule of law*) akan dipandang tidak memiliki legitimasi ketika hukum tidak memiliki persyaratan yang diminta oleh hukum seharusnya. Misalnya di Jerman pada masa Nazi atau Afrika Selatan pada masa Apartheid.¹⁰⁰ Dalam keadaan tertentu pun pertanyaan ini dapat memberikan bimbingan atas pertanyaan terkait dengan hukum yang berlaku atas berbagai persoalan praktis-aktual.

¹⁰⁰ Jens Meierhentich, *The Legacies of Law: Long Run Consequences of Legal Development in South Africa*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, hlm 56

John Austin mengemukakan hukum sebagai seperangkat perintah baik secara langsung atau tidak langsung, oleh badan atau individu yang berkuasa, kepada seorang anggota atau anggota-anggota dari masyarakat politik dimana kewenangannya bersifat utama. Pengertian yang diberikan oleh Austin ini dinamakan sebagai "*command theory*" yang berawal dari Thomas Hobbes. Theory ini pada awalnya mulai dikembangkan secara serius oleh gurunya Austin, Jeremy Bentham, yang pada masa remajanya tidak puas terhadap pandangan Sir William Blackstone yang masih memegang teguh hukum alam yang dianggapnya terlalu spekulatif.¹⁰¹

Perbedaan antara kedua aliran ini tidak dapat dilepaskan dari adanya keyakinan bahwa hukum berawal dari ketentuan yang sebelumnya telah terkandung dalam tradisi hukum alam itu sendiri. Manusia bukanlah pencipta hukum tapi hanyalah sebatas penemu hukum yang sebelumnya ada di alam.

Keyakinan di atas memberikan konsekwensi bahwa hukum buatan manusia haruslah sesuai dengan hukum alam sebagai hukum yang tertinggi bagi manusia. Hukum alam selalu memasukkan moral dalam kajiannya. Hal ini wajar karena pada umumnya masyarakat yang merasa dicurangi oleh pihak lain selalu menuntut keadilan dalam hukum. Oleh karena itu tidak heran bila masyarakat selalu menyandingkan hukum dengan moralitas.

Harapan masyarakat yang mengharapkan masuknya moral dalam hukum jarang terwujud karena prinsip legalitas selalu mengharapkan kehadiran kepastian hukum dalam kehidupan bernegara. Kemudian prinsip legalitas tersebut menyamakan perbuatan immoral dengan illegal.¹⁰² Perbedaan antara hukum dan moralitas tidak dapat dilepaskan dari kenyataan yang menunjukkan bahwa keduanya adalah unsur yang berbeda. Hukum pada dasarnya adalah serangkaian aturan yang dimonopoli oleh larangan. Terhadap beberapa persoalan, pelanggaran

¹⁰¹ Pranoto Iskandar, *Loc.Cit*

¹⁰² Mark Tebbit, *Philosophy of Law: An Introduction*, London: Routledge, 2005, hlm 4

hukum dapat disertai oleh pelanggaran moralitas. Sangatlah penting saat hukum dipandang berfungsi sebagai moralitas minimum yang didasarkan pada kebutuhan atas pengekangan semata.

Pemaparan di atas dijelaskan bahwa hukum berbeda dengan moralitas tetapi tidak tertutup kemungkinan moralitas berfungsi sebagai penuntun atau aspirasi pembentukan hukum. Bahkan Dworkin berpendapat pemisahan hukum dan moralitas adalah hal yang mustahil karena ketika kita menerima sebuah prinsip dan aturan sebagai hukum maka kita tidak mampu mempertahankan perbedaan antara hukum dalam kenyataan dan apa yang seharusnya.¹⁰³ Hukum sejak pertama kali dikenal sudah dipandang sebagai representative atas aturan yang lebih kekal dan sacral. Aristoteles dalam karyanya *the constitution of the lakedaimonias* bisa dianggap sebagai sebuah karya pertama tentang pengelolaan politik suatu Negara yang pernah dilakukan manusia. Singkatnya aristoteles tidak menjadikan hukum sebagai sebuah disiplin ilmu tersendiri. Hukum dan pandangannya hanyalah bagian dari tema-tema besar lain seperti etika, politik dan retorika. Pandangan ini sejalan dengan tren yang mendominasi pemikiran di masa itu yang selanjutnya diikuti oleh Romawi. Aturan hukum pada masa itu bukanlah sebagai titik awal bagi argumentasi. Apa yang menjadi dasar perhatian utama bagi argumentasi mereka adalah hakikat dari keadilan.

Konstruksi hukum yang baru dapat dilakukan melalui pembaruan hukum. Indonesia lebih cenderung melakukan pembaruan hukum pidana tetapi melupakan pembaruan hukum perdata. Hal ini dinyatakan oleh Dikdik M Arief Mansur & Elistris Gultom:

“berbagai pihak dari kalangan praktisi hukum, akademisi, maupun pemerintahan, melalui RUU-KUHP, salah satu yang menjadi pemicu terhadap perubahan hukum pidana adalah adanya kemajuan teknologi informasi yang menghendaki segala aktifitas manusia berlangsung

¹⁰³ J.W. Harris, *Legal Philosophy*, London: Butterwrths, 1980, hlm 177

dengan cepat, transparan serta tanpa batas wilayah (*borderless*).¹⁰⁴ Dewasa ini pembaharuan hukum pidana sebagai bagian dari kebijakan hukum pidana¹⁰⁵ telah diupayakan dan sampai sekarang masih terus diolah. Konstruksi baru hukum melalui pembaruan hukum mengalami ketimpangan karena hanya hukum pidana saja yang diusung oleh pemerintah. Sedangkan pembaruan hukum tidak hanya mencakup hukum pidana saja tetapi hukum perdata pun memerlukan pembaruan karena berasal dari warisan colonial dan pembautannyapun sudah berabad yang lalu.

Kecakapan bertindak dalam konteks hukum perdata sangat urgen dilakukan pembaruan atau konstruksi ulang agar pelaksanaannya mampu memberikan perlindungan kepentingan pada semua subjek hukum melalui keadilan yang dirasakan oleh masyarakat. Pembaruan hukum memiliki dua makna, makna pertama diartikan sebagai *legal reform* dan *law reform*.¹⁰⁶ Hukum saat dikonsepsikan sebagai suatu sistem, hukum menjadi suatu proses demi penegakan hukum itu sendiri. *legal reform* merupakan pembaruan hukum melalui proses politik yang disadari. *Legal reform* merupakan proses politik yang progresif dan reformatif. Pada taraf inilah hukum berfungsi sebagai *tool of sosial engineering* yang dapat efektif melalui proses-proses yudisial atau melalui proses-proses legilatif sebagaimana yang dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja untuk praktek pembangunan hukum Indonesia¹⁰⁷

Fungsi yang reformatif hukum sebagai *tool of sosial engineering* menjadikan pembaruan hukum Indonesia masih berwujud konsep sebagai *legal reform* (pembaruan sistem hukum perundangan belaka). Pembaruan hukum yang seperti ini hanya menjadi sebatas aktivitas legislative yang

¹⁰⁴ Dikdik M Arief Mansur & Elistris Gultom, *Cyber Law: Aspek Hukum Teknologi Informasi*. Bandung: Refika Adiatama. 2005, hlm 17

¹⁰⁵ Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti. 2005, hlm 3

¹⁰⁶ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*. Jakarta: Elsam-Huma, 2002, hlm 355.

¹⁰⁷ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Bandung: Bina Cipta, 1987, hlm 51

pada umumnya hanya melibatkan pemikiran orang-orang politik yang memiliki akses lobi. Pembaruan hukum sebagai *legal reform* belum pernah memperoleh keberhasilan atau belum pernah terbukti. Dengan lain pembaruan hukum yang seperti ini memiliki preference untuk membatasi diri pada pembaruan Undang-undang atau pasal dan ayat saja serta terkesan tidak mempermasalahkan paradigma ideologis. pembaruan hukum dengan cara ini tetap membatasi dirinya melalui cara pandang yang positivistic belaka. Padahal pemahaman hukum secara *legalistik positivistik* dan berbasis peraturan tidak mampu menangkap kebenaran karena memang tidak mau melihat dan mengakuinya.¹⁰⁸

Pengkajian hukum sebagai *legal reform* secara semiotika¹⁰⁹ hukum dapat dikatakan tidak akan mampu mengikuti partisipasi masyarakat banyak yang awam terhadap hukum. Masyarakat yang berada dalam lingkungan yang diisyaratkan oleh pengalaman budaya dan pengalaman bahasa yang sangat berbeda akan membuat mereka kesulitan memasuki wacana yang dikuasai oleh *linguistic dominating sistem* para elit politik dan elit profesional yang memegang dominasi permainan hukum. *Legal reform* lebih mudah merespon kepentingan elit penguasa dari pada merespon kepentingan masyarakat yang terpinggirkan dan mempunyai kehidupan yang sangat rawan. *Legal reform* memang memperjuangkan kebebasan, kesetaraan dan kesamaan dalam memperoleh suatu kesempatan tetapi semua itu hanyalah sebatas norma-norma yang abstrak dan retorika belaka. Dalam fakta, tidak semua pengguna hukum memiliki kesempatan sama untuk masuk ke dalam sistem untuk mengklaim hak-hak yang telah dijanjikan misalnya hak anak menabung secara mandiri.

¹⁰⁸ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum:Paradigma....., Op. Cit*

¹⁰⁹ Semiotika menurut Soetandyo adalah suatu cabang ilmu mengenai tanda-tanda kebahasaan yang masing-masing tanda itu, entah yang berupa kata-kata yang diucapkan atau dituliskan, entah yang berupa isyarat-isyarat simbolis lainnya seperti warna atau gerakan anggota tubuh, yang semuanya itu adalah hasil konseptualisasi oleh subjek-subjek yang tengah berwacana mengenai realitas yang ditemui dan dialami. Dengan kata lain semiotika adalah suatu prosedur yang terpakai untuk menganalisis suatu dialog guna mengungkapkan pesan-pesan yang tengah dibalikkan oleh para pembincang yang terlibat dalam dialog itu. Soetandyo Wignjosoebroto, *Ibid*

Kegagalan *legal reform* memicu lahirnya aliran realisme hukum di Amerika sebagai kritikan terhadap *legal reform*. Tujuan kehadiran aliran ini adalah untuk menandingi doktrin hukum kaum positivistic dengan *legal reformnya*.

Oliver Wendel Holmes berpendapat bahwa hukum "*law has not been logic: it is experience.*"¹¹⁰ Menurut Holmes hukum bukanlah suatu sistem teks normative yang tertutup. Menjaga kemurnian hukum dengan menutup dorongan dari pengaruh luar hukum merupakan upaya sia-sia dan tidak realistik. Masih menurut Holmes dalam suatu putusan bukanlah logika hakim yang digunakan untuk berlogika secara deduktif-matematis dari pangkal premis yang dinamakan preseden hukum formal. Kemampuan seorang hakim dalam menangkap makna yang ia artikan sebagai kebenaran dipengaruhi oleh nilai-nilai yang ia yakini, pendidikan, pengalamannya dan sebagainya.

Seorang hakim dalam memutus perkara harus mendahulukan nilai-nilai yang diyakininya sebagai kebenaran, latar belakang pendidikannya (lanjut ketika, pengalamannya dan sebagainya). Hakim perlu mengenal secara dalam aspek-aspek sosial, sejarah dan ekonomi dalam setiap persoalan hukum. Putusan yang demikian ini mengarahkan hukum pada kemanfaatan hukum itu sendiri.

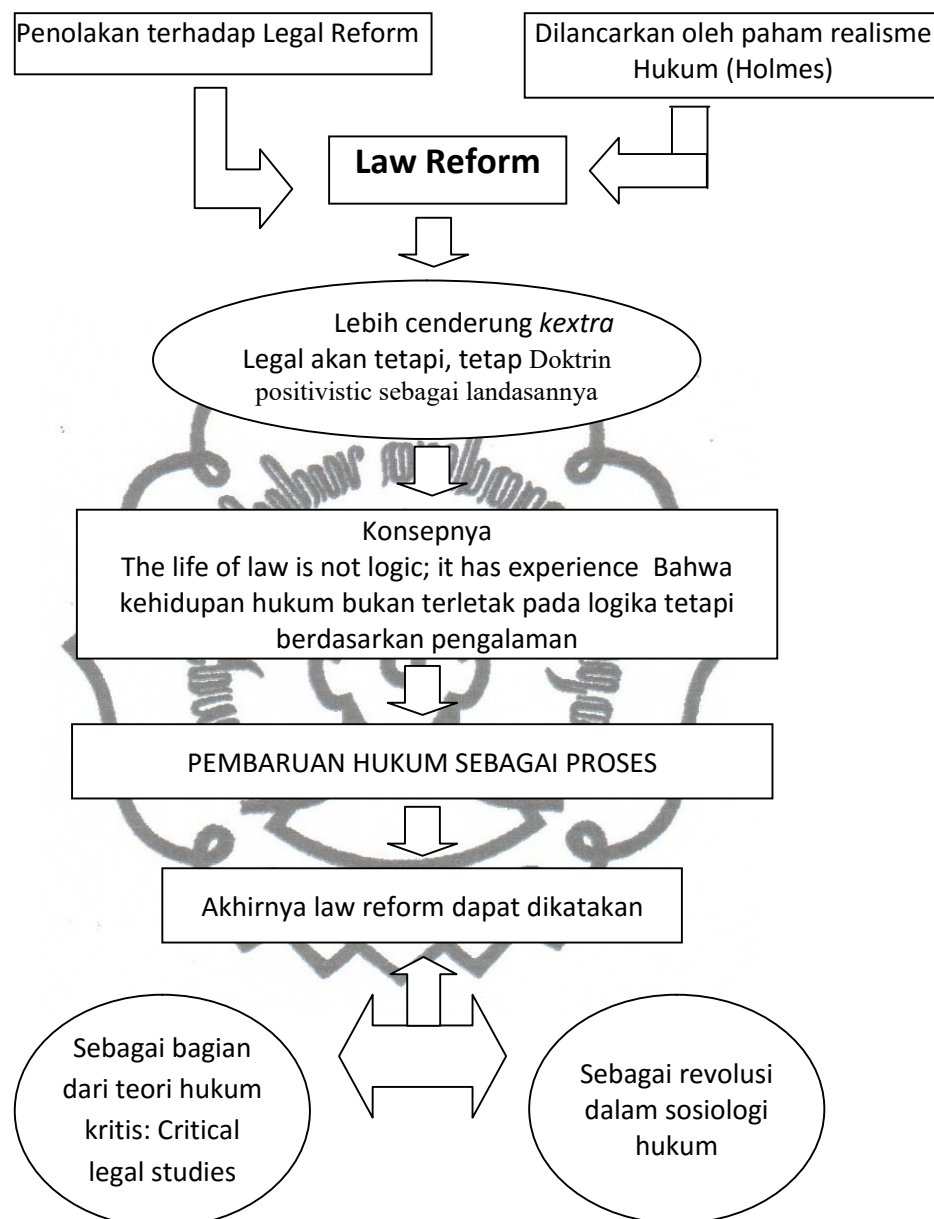
Pemikiran Holmes di atas telah memberikan suatu isyarat terhadap dunia hukum, bahwa Holmes telah melakukan suatu revolusi sosiologi hukum atau yang lebih dikenal dengan nama "*sociological jurisprudence.*" Holmes menekankan pentingnya seorang sarjana hukum memberikan perhatian kepada perbedaan-perbedaan yang objektif dan empiris dari kenyataan sosial yang actual khususnya sosiologi.¹¹¹

Gambaran *law reform* dapat dilihat dalam bagan di bawah ini.¹¹²

¹¹⁰ Oliver Wendel Holmes, *Law as Prophecy of What the Courts Will Do*. Dalam Surya Prakash Sinha, *Jurisprudence: Legal Philosophy in a Nutsheel*, West Publishing. St. Paul Minn, 1993, hlm 260

¹¹¹ Alvin S. Johnson, *Sosiologi Hukum*. Rineka Cipta, Jakarta, 1994, hlm 194

¹¹² Yesmil Anwar Adang, *Pembaruan Hukum.....*, *Op. Cit*



Bagan di atas membahas perihal makna dari pembaruan hukum baik secara proses maupun produk. Pembaruan hukum secara proses dinamakan law reform sedangkan pembaruan hukum secara produk dinamakan legal reform.

Pembentukan hukum tidak dapat dilepaskan kita tentang pengetahuan. Plato beranggapan pengetahuan sejati merupakan pengetahuan tunggal yang tidak berubah-ubah yaitu pengetahuan yang menangkap idea-idea. Pengetahuan manusia bersifat apriori dan sudah

melekat pada rasio manusia itu sendiri yang disebut idea atau gagasan. Oleh karena itu manusia harus terus-menerus membersihkan pengetahuannya dari unsur-unsur yang berubah-ubah agar dapat menembus hakikat kenyataan atau ide-ide. Jalur rasionalitas ini diikuti oleh filsafat modern yang antara lain diikuti oleh Rene Descartes, Malebranche, Spinoza, Leibniz, dan Wolf.

Mereka menyatakan bahwa pengetahuan sejati dapat diperoleh dalam rasio sendiri dan bersifat apriori yang menghasilkan pernyataan-pernyataan logis, analitis dan matematis.¹¹³ Pemahaman lainnya berbeda sebagaimana yang dikemukakan oleh Aristoteles berpendapat bahwa pengetahuan sejati adalah pengamatan empiris. Pengetahuan bersifat apriori maka tugas manusia mengamati unsur-unsur tersebut sehingga yang berubah-ubah dan melakukan abstraksi atas unsur-unsur itu sehingga dari partikuler diperoleh yang universal. Untuk melakukan abstraksi ini manusia harus membersihkan diri dari unsur-unsur yang berubah. Jalur empirisme ini memperoleh dukungan dari Hobbes, Locke, Berkeley, dan Hume. Mereka berpendapat bahwa pengetahuan sejati dapat diperoleh melalui evidensi pengamatan iderawi.

Sebuah pembaruan hukum, apapun bentuknya pastilah memiliki unsur kontinuitas (*continuity*) dan perubahan (*change*). Hal ini berarti suatu pembaruan hukum tidak lepas dari keterikatan sejarah atau masa-masa sebelumnya, baik materi hukum ataupun prosedur penerapan hukum.¹¹⁴ Pembaruan hukum membutuhkan strategi pembangunan hukum dimana dalam strategi pembangunan hukum selalu berkaitan dengan tiga tradisi hukum yaitu tradisi hukum kontinental (*civil law*), tradisi hukum adat, dan tradisi hukum sosial.¹¹⁵ Negara selalu berupaya melakukan modernisasi hukum dari waktu ke waktu sehingga modernisasi hukum

¹¹³ F. budi Hardiman, *Kritik Ideologi: Menyingkap Pengetahuan Bersama Jurgen Habermas*, Yogyakarta. Buku Baik, 2004. Hlm 6

¹¹⁴ Marzuki Wahid dan Rumadi, *Fiqh Madzhab Negara: Kritik Atas Politik Hukum Islam*, Edisi Revisi, Cetakan I, Yogyakarta, Penerbit LKiS, 2001, hlm 98

¹¹⁵ Abdul Hakim G. Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, Cet. I, Jakarta, YLBHI, 1988, hlm 26

merupakan pilihan strategis demi mendukung misi hukum modern sebagai instrument modal.¹¹⁶

Kehadiran hukum modern menjadikan kontrak, kelahiran dan semua hubungan sosial dikelompokkan dalam hubungan Negara. kemudian di atas hubungan tersebut lahirlah hubungan produktif ekonomi politik, yang menghasilkan uang dan kekuasaan. Disinilah semua kegiatan masyarakat selalu terkait dengan hukum modern yang berakhir pada kategori-kategori formal.¹¹⁷ Setiap hubungan baik public dan perdata yang selalu berdasarkan pada kategori-kategori formal akan menjadikan kemungkinan tidak tercapainya perlindungan hukum pada semua subjek hukum. (kemungkinan hanya subjek hukum tertentu saja yang mendapat perlindungan). Perbuatan hukum dalam bentuk menabung misalnya bagi golongan anak tidak mendapatkan perlindungan hukum karena tidak dibolehkan oleh hukum melaksanakan kepentingan menabungnya secara mandiri-lepas dari orang tua karena tidak termasuk dalam kategori-kategori formal.

Pembentukan suatu hukum, termasuk hukum perihal kecakapan bertindak diwarnai oleh tiga sumber hukum¹¹⁸ yaitu: hukum Islam, hukum adat, dan hukum perdata barat. Ketiga sumber hukum ini merupakan tempat yang dijadikan rujukan dalam membuat suatu hukum namun sayang sekali ketiga sumber ini hanya dilirik saat hukum akan dibuat tetapi tidak berarti lagi saat penerapan hukum dilakukan.

Pembentukan hukum baik membentuk baru maupun pembaruan hukum membutuhkan cara berfikir sebagaimana ungkapan Holmes, “*the life of the law has not been logic, it has been experience*”. Berpikir demikian bertujuan memberikan kreativitas menemukan hal baru dalam hukum. Bobbi de porter memberikan cara berfikir kreatif sebagai berikut:

¹¹⁶ F.X. Adji Samekto, *Studi Hukum Kritis. Kritik terhadap Hukum Modern*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2005, hlm 23

¹¹⁷ Sulistyowati Irianto, *Hukum yang Bergerak: Tinjauan Atropologi Hukum*, Jakarta, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2009, hlm 235

¹¹⁸ Erni Setyowati, *Panduan Bantuan Hukum di Indonesia: Pedoman anda Memahami dan Menyelesaikan Masalah hukum*, cetakan kedua, Jakarta, YLBHI, 2007, hlm 26

1. berfikir jangan mudah merasa puas/ jangan menerima apa adanya. Kita boleh melihat sama dengan apa yang dilihat oleh orang lain, tapi kita juga harus berfikir dengan apa yang tidak dipikirkan oleh orang lain.
2. Jangan terpaku pada satu cara, jangan kaku dalam berfikir, tempuh jalan lain untuk menempuh suatu tujuan. Jangan selalu mengambil jalan yang sama menuju tempat yang sama.
3. Pertajam keingintahuan. Jadikan pertanyaan why, sebagai panduan keingintahuan. Tanyakan mengapa sesuatu ini menjadi begini.¹¹⁹

Pemikiran secara sosiologis diharapkan berefek pada perubahan cara pandang demi memperkaya khazanah pengetahuan sosiologi hukum sehingga merubah pula cara pemikiran hukum yang normative dan undang-undang dapat berperan sesuai fungsinya yaitu mengatur kehidupan bermasyarakat. Hukum tertulis atau undang-undang dalam pandangan sosiologis dilihat sebagai karya manusia, pembahasannya pasti berawal dari masyarakat itu sendiri. Berdasarkan realitas sosial suatu pembuatan undang-undang maka kita dapat membedakannya berdasarkan beberapa model masyarakat yang turut memengaruhi suatu peraturan.

Chambels dan Seidmen,¹²⁰ membagi masyarakat menjadi dua model sebagai berikut:

1. masyarakat yang didasarkan pada basis kesepakatan terhadap nilai-nilai consensus. Masyarakat yang seperti ini akan sedikit mengenal konflik atau tegangan di dalam masyarakat sebagai akibat adanya kesepakatan mengenai nilai-nilai yang menjadi landasan kehidupan mereka. Pada model masyarakat ini, tiap orang bertumpu pada kesepakatan antar warganya. Unsur yang menjadi pendukung kehidupan dapat terangkum menjadi satu kesatuan yang terintegrasi baik. Pada model ini pembuat

¹¹⁹ Taufiq Pasiak, *Revolusi IQ/EQ/SQ(antara Neurosains dan Alquran)*, Bandung. Mizan, 2004, hlm 102

¹²⁰ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung, Angkasa, 1986, hlm 49-51

undang-undang hanya menetapkan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Pembuatan hukum pada masyarakat ini adalah perwujudan nilai-nilai dalam masyarakat. Model seperti ini hanya terjadi pada masyarakat sederhana.

2. Kedua, masyarakat dengan model konflik. Pada masyarakat ini dengan perubahan serta konflik-konflik sosial. Pada model ini masyarakat dilihat sebagai suatu hubungan sebagian warganya mengalami tekanan oleh warga lainnya. Perubahan dan konflik ini merupakan kejadian yang umum. Pembuatan hukum tertulis pada masyarakat ini berada dalam kondisi konflik satu sama lainnya.

Pembuatan atau konstruksi hukum tertulis secara sosiologis tidak hanya dapat dilihat sebagai kegiatan steril dan otonom tetapi pekerjaan ini memiliki asal-usul sosial, tujuan sosial, intervensi sosial dan memiliki efek sosial. Pembuatan hukum tertulis adalah suatu seni untuk menemukan cara mengimplememntasikan nilai baik masyarakat.

Satjipto rahardjo¹²¹ menyatakan, ukuran serta format yang digunakan dalam sosiologi pembuatan undang-undang bukan sekedar rasionalitas, logika dan prosedur tetapi termasuk juga entri-entri sosiologi. Misalnya:

1. Asal-usul sosial undang-undang
2. Mengungkap motif di belakang pembuatan undang-undang
3. Melihat pembuatan undang-undang sebagai endapan konflik kekuatan dan kepentingan dalam masyarakat
4. Susunan dari badan pembuatan undang-undang dan implikasi sosiologisnya
5. Membahas hubungan antara kualitas dan jumlah undang-undang yang dibuat dengan lingkungan sosial dalam suatu periode tertentu
6. Sasaran perilaku yang ingin diatur atau diubah.

¹²¹ Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Perkembangan, Metode, dan Pilihan Masalah*, Jakarta, Muhammadiyah university Press, hlm 125

6. Teori Keadilan John Rawls sebagai Upaya Pencapaian Perlindungan

John Rawls menyatakan keadilan sebagai '*justice as fairness* (keadilan sebagai fair).¹²² Dalam kamus *justice* dan *fair* sama-sama mengandung arti adil, tetapi mempunyai perbedaan mendasar. *Justice* berarti adil menurut isinya sedangkan *fair* dapat diartikan adil berdasarkan prosedur yang wajar.¹²³ John Rawls meyakini keadilan akan tercipta melalui pemerataan *the sosial primary goods* (nilai-nilai kebutuhan pokok).

Nilai-nilai kebutuhan pokok dapat diartikan kebutuhan hidup yang dinilai layak sebagai manusia. *The sosial primary goods* dibagi menjadi lima bagian yang disusun secara berurutan sebagai berikut: 1). Kebebasan-kebebasan mendasar seperti kebebasan mengemukakan pendapat, kebebasan hati nurani, dan kebebasan berkumpul, integritas pribadi, dan kebebasan politik; 2). Kebebasan bergerak dan kebebasan memilih profesi; 3). Kuasa dan keuntungan yang berkaitan dengan jabatan-jabatan dan posisi-posisi penuh tanggung jawab; 4). Pendapatan dan milik; 5). Dasar-dasar sosial dari harga diri (*self-respect*).¹²⁴

7. Peningkatan Budaya Menabung Pada Anak Usia Dini.

Pada saat sekarang ini, kegiatan menabung sudah menjadi program pemerintah dalam bidang perbankan melalui gerakan budaya menabung sejak usia dini. Dalam sebuah kegiatan gemar menabung dilakukan oleh bank BNI Slamet Riyadi dengan cara membuka pendaftaran menabung pada anak – anak TK melalui produk menabung mereka yang dikenal “tapenas anak” kegiatan ini berlangsung di kantor Bank BNI jalan Slamet Riyadi pada tanggal 13 Januari 2016.¹²⁵

¹²² John Rawls, *A theory of Justice*, terjemahan Teori Keadilan, penerjemah Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Cetakan kedua, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2011, hlm 54

¹²³ K. Bertens, *Pengantar Etika Bisnis*, Kanisius, Yogyakarta, 2000, hlm 102

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Koran Solo Pos, terbitan edisi 14 Januari 2016

Pada sisi lainnya kegiatan gemar menabung sejak usia dini diselenggarakan pula oleh lembaga tinggi perbankan yaitu Otoritas Jasa Keuangan melalui peluncuran produk tabungan yang disebut dengan SimPel (Simpanan Pelajar).¹²⁶ Kegiatan gemar menabung sejak usia dini tersebut adalah salah satu kegiatan untuk menciptakan budaya menabung di bank dalam masyarakat Indonesia.

Kegiatan menabung sejak dini yang sekarang ini digalakkan oleh perbankan melalui OJK merupakan suatu penciptaan budaya menabung yang membutuhkan peranan hukum dan dukungan hukum. Menabung sejak dini yang dicanangkan oleh sebagian bank mengingatkan pendapat Kuntjaraningrat¹²⁷ bahwa unsur kebudayaan memiliki tiga wujud yaitu (1). Sebagai sebuah ide, gagasan atau nilai- nilai norma peraturan; (2). Sebagai suatu aktifitas kelakuan berpola dari manusia dalam sebuah komunitas masyarakat; (3). Benda- benda hasil karya manusia.

8. Penelitian yang Relevan dan Kebaharuan Penelitian

Penelitian dengan judul rekonstruksi kecakapan bertindak sebagai syarat sah perjanjian dalam perjanjian menabung di bank ini, sejauh pengetahuan penulis adalah sebuah hal baru yang belum pernah dikaji oleh peneliti dan pestudi hukum baik secara teoritis maupun praktis. Karya karya sebelumnya lebih fokus pada kajian keanekaragaman penentuan kecakapan bertindak dalam hukum positif sedangkan fokus pada penelitian ini adalah mengupayakan konstruksi baru dalam pencapaian perlindungan hukum kepada seluruh subjek hukum khususnya subjek hukum yang dinyatakan belum cakap bertindak menurut prasangka undang- undang. Penegasan tentang keaslian/ originalitas penelitian ini bertujuan untuk menghindari pengulangan penulisan terhadap karya karya yang memiliki

¹²⁶ Koran Solo Pos, terbitan 12 Desember 2015

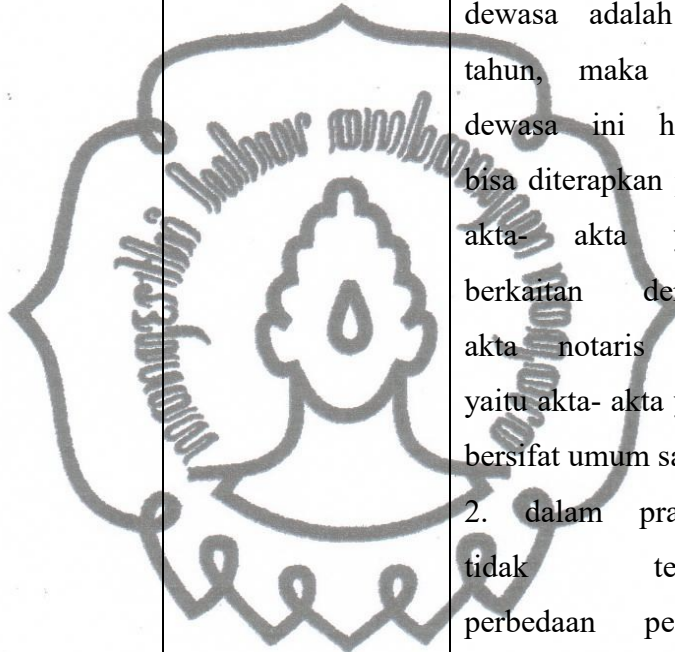
¹²⁷ Koentjaraningrat, *Lot. Cit*

kesamaan tema. Berikut ini beberapa karya tulis ilmiah yang secara substansi berbeda tetapi relevan dengan penelitian ini

Table 1. Karya yang relevan dengan penelitian

No	Nama	Judul	Hasil temuan	Kebaruan penulis
1	Ningrum Puji Lestari (2008)	Kecakapan bertindak dalam melakukan perbuatan hukum setelah berlakunya undang-undang no 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris.	Ketidakseragaman batasan usia dewasa dalam melakukan perbuatan hukum menurut hukum positif membuat notaris mengambil langkah bahwa kedewasaan hanya diterapkan oleh notaris terhadap akta- akta yang berkaitan dengan akta yang notaris saja yaitu akta- akta yang bersifat umum, berkaitan langsung dengan pihak ketiga dan berkaitan dalam dunia usaha mis: akta pendirian perseroan terbatas, CV, yayasasn, kuasa untuk menjual, perjanjian sewa	Ketidakseragaman kedewasaan tidak dilihat dalam perspektif hukum positif saja tetapi kedewasaan dapat dikaji dalam perspektif hukum positif dan non hukum dalam hal ini adata tau kebiasaaan masyarakat tentang kedewasaan.

			<p>menyewa, jual-beli, perjanjian kerja sama dan perjanjian kontrak kerja. Sedangkan terhadap akta-akta yang berkaitan dengan perbuatan peralihan hak atas tanah dan pendaftaran tanah, hanya dapat dibuat dalam kewenangan PPAT sehingga penentuan batasan dewasa harus tunduk pada ketentuan pasal 330 BW yang dianut dan diakui oleh BPN sebab PPAT dalam menjalankan tugas pokoknya selalu berhubungan langsung dengan BPN</p>	
2	Sugiyem (2010)	Penerapan kedewasaan dengan keluarnya UU No. 30 Tahun 2004 tentang Jabatan	<p>1. Belum ada keseragaman dan keepakatan batasan usia dewasa dalam melakukan</p>	Penulis tidak membahas keseragaman batasan usia dewasa dalam melakukan perbuatan hukum di bidang kenotariatan

		<p>Notaris dalam pembuatan akta kuasa menjual hak atas tanah di samarinda</p> 	<p>perbuatan hukum sehingga dalam pelaksanaannya UUJN yang di dalam pasal 39 ayat (1) menentukan bahwa dewasa adalah 18 tahun, maka usia dewasa ini hanya bisa diterapkan pada akta-akta yang berkaitan dengan akta notaris saja yaitu akta-akta yang bersifat umum saja.</p> <p>2. dalam praktek tidak terjadi perbedaan perspsi mengenai usia dewasa sebab dalam prakteknya perbedaan batasan usia antara pembuatan hkum yang ada dalam kewenangan notaris dan perbuatan hukum yang masuk dalam kewenangan PPAT yang diatur</p>	<p>tetapi disini penulis membahas konsekwensi dari penerapan kecakapan sebagai salah satu syarat sah perjanjian khususnya perjanjian menabung di bank.</p>
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

			<p>dengan peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional No 1 Tahun 2006 tentang Ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah No. 37 Tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah dan juga BW.</p>	
3	Bertrand A. Hasibuan(2006)	<p>Problematikan kedewasaan bertindak di dalam hukum (studi pada praktek notaris di kota Medan)</p>	<p>1. berlakunya UU No. 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris maka dalam hal ini kedewasaan notaris wajib berpedoman pada UUNJ, tetapi di dalam praktek ternyata sebagian notaris dalam hal kedewasaan masi hada yang berpedoman kepada peraturan lain terutama dalam hal</p>	

			<p>yang berkaitan dengan instansi/ lembaga.</p> <p>2. pemerintahan yang berpedoman kepada peraturan yang berbeda dalam mengukur kedewasaan seseorang berakibat akta yang dibuat notaris di hadapan penghadap yang belum dewasa mempunyai kekuatan pembuktian di bawah tangan. Kewenangan untuk menegaskan kedewasaan seseorang ditetapkan dalam peraturan tetapi peraturan tersebut tidak dapat memecahkan masalah kedewasaan maka hakim dapat menegaskan hal</p>	
--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

4	Harahap Nirwana (2010)	<p>Problematika Jual-Beli dan Pendaftaran tanah Hak Milik yang dimiliki Bersama anak di Bawah Umur (Studi di Pematang Siantar</p> <p>Pelaksanaan hak dan kewajiban perdata orang yang tidak cakap hukum di kabupaten Sleman</p>	<p>kedewasaan seseorang.</p> <p>Kantor pertanahan mengharuskan dilakukan penetapan pengadilan untuk jual- beli dan pendaftaran tanah hak milik yang dimiliki bersama anak di bawah umur mengacu pada BW .</p>	<p>Pada penelitian objeknya adalah perjanjian menabung yang fokus pada subjek hukum belum cakap menurut prasangka undang-undang</p> <p>Subjek hukum belum cakap bertindak menurut prasangka Undang-undang dalam perbuatan menabung dimungkinkan melakukannya tanpa perwakilan walinya.</p>
5	Imma Indra Dewi (2008)		<p>Orang yang tidak cakap melakukan perbuatan hukum di kabupaten Sleman dalam melaksanakan hak dan kewajibannya yang berkaitan dengan masalah administrasi dan ekonomi melalui walinya atau pengampunya.</p>	

```

graph TD
    A([Aturan Kecakapan bertindak]) --> B((berlawanan))
    A --> C((Sesuai/searah))
    B --> D[Anak yang tidak bersekolah/tdk punya PKS( tdk memenuhi SKU poin 3 Generic Model)]
    D --> E[Tabungan anak terhalang oleh generic Model OJK]
    E --> F[Tidak memberikan perlindungan hukum]
    C --> G[Ada kerjasama dgn sekolah (memenuhi SKU Poin 3 Generic model)]
    G --> H[Melahirkan Tabungan Anak]
    I[GENERIC MODEL OJK] -.-> D
    I -.-> G
    I -.-> E
    I -.-> H
  
```

Pemerintah melalui lembaga Otoritas Jasa Keuangan (OJK) telah merancang sebuah program pembentukan karakter budaya menabung di

Indonesia yang dikenal dengan nama Simpanan Pelajar atau disingkat SimPel. Program ini dirancang untuk menciptakan budaya menabung sejak dini sebagai respon pemerintah terhadap doktrin menabung di dunia pendidikan.

Program menabung sejak dini yaitu SimPel ini dituangkan dalam sebuah ide yang dibakukan yang dikenal dengan nama *generic model*. *generic model* ini sebuah ide yang diusung oleh OJK dan dituangkan dalam sebuah buku yang diberi nama *generic model* tabungan siswa yang meliputi (1). Latar Belakang, (2) Defenisi Produk, (3) Tujuan Produk, (4) Manfaat Produk, (5) Syarat dan Ketentuan Umum, (6) Fitur Produk, (7) Mekanisme Perubahan Fitur Standar, (8) Program Reward, (9) Program Komunikasi, (10) Kode Etik Bank Peserta, (11) Pengawasan dan Sanksi, (12) Organisasi SimPel/ SimPel iB, (13) Tugas dan Wewenang Komite Produk, (14) Tugas dan Wewenang Komite Pemasaran dan Komunikasi, (15) Mekanisme Monitoring dan Evaluasi Produk, (16) Daftar Bank Peserta.

Dalam program menabung sejak dini pemerintah hendak mencapai empat tujuan yaitu

1. Literasi Keuangan yaitu meningkatkan pengetahuan dan pemahaman kepada siswa, orangtua dan komunitas sekolah mengenai layanan khususnya produk tabungan
2. Inklusi keuangan yaitu meningkatkan akses keuangan yang mudah dijangkau, biaya ringan, dan fitur yang menarik bagi siswa
3. Budaya menabung yaitu menciptakan budaya gemar menabung dan melatih pengelolaan keuangan sejak dini
4. Pengembangan asset yaitu mengajarkan kepada siswa untuk dapat memiliki dan mengembangkan kekayaan sendiri dengan cara menabung.

Selanjutnya dalam syarat dan ketentuan umum poin 3 *generic model* disebutkan bahwa pembukaan rekening dilakukan melalui kerjasama antara sekolah dengan bank. Bentuk kerjasama disesuaikan dengan kebijakan masing- masing bank. Dalam praktek perjanjian kerjasama dikenal dengan PKS. Dalam fakta tujuan ataupun syarat dan ketentuan umum dalam membuka rekening tabungan anak di atas tidak dapat membentuk karakter budaya menabung bangsa disebabkan tujuan dan SKU *generic model* belum mampu merangkul seluruh kepentingan anak dalam menabung.

Dalam fakta terdapat dua peristiwa atau keadaan yang tidak dapat dirangkul atau dijangkau oleh *generic model* sebagai berikut:

1. Tidak semua sekolah bersedia mengadakan kerjasama dengan perbankan.
Keadaan ini menjadikan anak yang menempuh pendidikan pada sekolah

tersebut tidak dapat menabung karena bertentangan dengan syarat dan ketentuan umum tabungan simpel yang tercantum dalam generic model OJK

2. Tidak semua anak menempuh pendidikan dua belas tahun. Dalam kehidupan nyata terdapat anak yang hanya mengenyam dunia pendidikan sampai pada sekolah menengah pertama saja atau bahkan ada pula hanya sampai pada sekolah dasar saja dan mereka telah melakukan pekerjaan ringan dengan pendapatan mandiri

Dua keadaan di atas tidak dapat dijangkau oleh ketentuan yang telah ditentukan oleh generic model dan keadaan ini menghambat pembentukan karakter budaya menabung yang merupakan tujuan utama dibentuknya tabungan anak. Ketentuan yang tertuang dalam generic model OJK tersebut pada dasarnya bersumber dari aturan kecakapan yang termuat dalam KUHPerduta.

Dalam KUHPerduta kecakapan melakukan perbuatan hukum (*handeling bekwaamheid*) merupakan salah satu syarat yang perlu dipenuhi dalam melakukan perjanjian. Ketentuan ini dituangkan dalam BW pasal 1320 yang menyatakan, perjanjian sah bila memenuhi empat syarat yaitu sepakat para pihak, kedua belah pihak cakap melakukan perbuatan hukum, memiliki hal tertentu, dan memiliki causa halal. Pada tulisan ini yang akan dikaji adalah perihal kecakapan dalam perjanjian untuk pembentukan karakter budaya menabung di Indonesia.

Dalam praktek kecakapan melakukan perbuatan hukum selalu diukur melalui kedewasaan seseorang. Ini berarti pada kedewasaan seseorang tersandung predikat cakap melakukan perbuatan hukum selama uu tidak menentukan lain. perjanjian antara para pihak adalah salah satu peristiwa konkret yang lazim terjadi dalam kehidupan manusia. peristiwa-peristiwa konkret dalam kehidupan manusia ini memerlukan jaminan untuk dapat membentuk karakter budaya menabung.

Hal yang perlu diketahui bahwa kecakapan dalam hukum adalah kecakapan kognitif seseorang dan kognitif ini berkaitan erat dengan inteligensi seseorang. Claparede dan Stern menggambarkan intelegensi sebagai suatu

adaptasi mental pada lingkungan baru. Sedangkan Gardner menjelaskan intelegensi sebagai kemampuan seseorang untuk memecahkan persoalan-persoalan.¹²⁸ Jean Peaget memberikan pengertian inteligensi sebagai suatu bentuk ekuilibrium ke arah mana semua struktur yang menghasilkan persepsi, kebiasaan, dan mekanisme sensorimotor.¹²⁹

Kecakapan merupakan kajian interdisipliner, sehingga untuk memahami kecakapan tersebut tidak serta merta hanya dipandang dari kaca mata hukum belaka, tetapi perlu pula dipandang dari sudut psikologi. Hal ini membuat kecakapan berkaitan erat dengan dimensi kognitif. Dalam persangkaan undang-undang kecakapan dikaitkan dengan kedewasaan seseorang dan kedewasaan diukur berdasarkan pada umur.

Dalam ilmu hukum penentuan umur ini diatur dalam dua teori sebagai berikut: *pertama*, teori kepastian. Pada teori ini kedewasaan seseorang diukur dari segi umur, sesuai dengan ketentuan undang-undang. *Kedua*, teori realitas. Pada teori ini subjek hukum dinyatakan telah dewasa apabila dalam kenyatannya yang bersangkutan memang layak dianggap dewasa. Teori ini dipengaruhi oleh factor-faktor sebagai berikut: (1). faktor sudah kawin atau sudah pernah kawin. (2). faktor mencar. faktor ini dianut oleh hukum adat. faktor hanya menganggap seseorang sudah dewasa ketika orang tersebut pisah rumah dan membentuk rumah tangga sendiri.¹³⁰

Pada faktor ini yang diutamakan adalah kemandirian ekonomi, jadi walaupun telah menikah masih dianggap belum dewasa jika tempat tinggalnya masih menyatu dengan orang tuanya. (3). Bentuk pendewasaan. Pendewasaan merupakan lembaga hukum yang diciptakan oleh BW, apabila proses pendewasaan telah dilalui dengan penetapan hakim, maka seseorang sudah dianggap dewasa walaupun dia belum berumur 21 tahun. (4). Bentuk kebebasan

¹²⁸ Paul Suparno, *Teori Perkembangan Kognitif Jean Piaget*, Kanisius, Yogyakarta, 2001, hlm 19

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*. Citra Aditya Bakti. Bandung. 2001, hlm 66.

hakim. Pada bentuk atau faktor ini seseorang dianggap dewasa melalui kebebasan hakim untuk menentukan apakah orang tersebut sudah dewasa untuk melakukan perbuatan tertentu. (4). Bentuk kelipatan tujuh (*multiple seven*).

Bentuk ini pernah diterapkan oleh hakim di USA, yang mengukur kedewasaan seseorang berdasarkan rumus kelipatan tujuh. Kelipatan tujuh membagi tahap perkembangan orang menjadi 4 (empat) tahap sebagai berikut: (i) tahap 0 – 7 tahun. Pada tahap ini seseorang dinyatakan belum dewasa secara mutlak. (ii). Tahap 7 – 14 tahun. Pada tahap ini seseorang yang berumur 7 tahun sampai 14 tahun dapat diasumsikan belum dewasa, kecuali jika dapat dibuktikan bahwa orang tersebut memang sudah dewasa dengan melihat perkembangan kejiwaan, fisik atau kebisaaannya.

Penjabaran teori realitas dalam bentuk kelipatan tujuh menunjukkan bahwa kedewasaan yang menjadi ukuran kecakapan tidak dapat diukur dari ilmu hukum saja tetapi penting pula mengukur kecakapan tersebut dari luar ilmu hukum yaitu psikologi.

Dalam kajian psikologi hukum yang tetap berpedoman pada ilmu psikologi menganggap bahwa perkembangan kognitif remaja merupakan periode terakhir dan tertinggi dalam tahap pertumbuhan operasi formal. Pada periode ini remaja sudah mampu memecahkan masalah masalah yang kompleks dan abstrak. Kemampuan berfikir demikian ini menjadikan mereka mudah membayangkan banyak alternative penyelesaian masalah dan mampu memprediksi kemungkinan akibat dan hasil dari perbuatan mereka.¹³¹

Perkembangan kedewasaan yang tidak berpatokan pada segi umur sesuai dengan kedewasaan yang dianut oleh hukum adat dan hukum Islam. Kedua hukum ini menganggap seseorang telah dewasa bila telah mencapai kemandirian baik ekonomi atau psikologi (jiwa). Dalam perkembangan hukum sekarang yang sedikit banyaknya dipengaruhi oleh perkembangan teknologi, maka hukum perihal kedewasaan pun beragam pada diri seseorang. Dengan merujuk pada pendapat Jean Peaget bahwa perkembangan kognitif juga ditentukan oleh faktor

¹³¹ Hendra Akhdhiat & Rosley Marliani, *Psikologi Hukum*. CV. Pustaka Setia. Bandung, 2011, hlm 45

lingkungan maka terdapat beberapa faktor yang menjadi lingkungan baru bagi perkembangan seseorang, seperti: (a). Dunia kerja. Dalam himpitan ekonomi beberapa anak dalam usia sekolah telah melakukan pekerjaan berat sebagai buruh bangunan atau buruh lainnya. Masuknya anak dalam dunia kerja akibat himpitan ekonomi akan membuat anak menemukan skema baru bahwa kehidupan bukan tempat bermain tetapi tempat memenuhi kebutuhan pokok atau makan. (b). Perilaku adat. Indonesia pada umumnya dalam kehidupan sehari-hari masih menggunakan adat disamping hukum nasional. Perilaku ini dapat dilihat kebiasaan-kebiasaan orang tua memperlakukan anak seperti mendahulukan anak laki-laki yang bisa bekerja di sawah untuk makan dan minum lebih dahulu, membiasakan anak yang kuat pisik untuk membajak sawah sendirian serta memperlakukan mereka secara istimewa.

Dua lingkungan di atas yang membentuk perkembangan kedewasaan seseorang tidak tersentuh oleh hukum perdata sehingga mereka belum boleh melakukan perbuatan hukum. Hal ini dikarenakan kecakapan yang terdapat dalam hukum perdata merupakan sebuah kegiatan konkretisasi belaka. Ciri-ciri kecakapan sebagai berikut: (i) orang/subjek hukum; (ii) dewasa menurut persangkaan undang-undang; (iii) sudah kawin atau pernah kawin; (iv) tidak dibawah pengampuan; (v) tidak di bawah perwalian. Dengan ciri-ciri yang banyak ini maka kehidupan nyata penerapan kecakapan sebagai salah satu syarat sah perjanjian hanya akan menjadi penghalang bagi pembentukan karakter budaya menabung di Indonesia.