

BAB IV
PENYEBAB ATURAN KECAKAPAN BERTINDAK SEBAGAI
SYARAT SAH PERJANJIAN MENABUNG BAGI ANAK DI BANK
BELUM MEMENUHI PERLINDUNGAN HUKUM

A. Aturan Kecakapan Bertindak dalam Suatu Perjanjian

Pelaku bisnis dapat menemukan aturan kecakapan bertindak melalui ketentuan hukum yang terdapat dalam buku I BW pasal 330 ayat (1) sebagai berikut:

“yang belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap dua puluh satu tahun dan tidak kawin sebelumnya. Bila perkawinan dibubarkan sebelum umur mereka genap dua puluh satu tahun, maka mereka tidak kembali berstatus belum dewasa.”¹ Dalam doktrin ilmu hukum kecakapan selalu dikaitkan dengan status dewasa seseorang artinya setiap orang dewasa sudah pasti dinyatakan cakap melakukan perbuatan hukum selama tidak ada peeraturan perundang-undangan yang menyatakan lain.

Hukum menentukan pula bahwa mereka yang belum dewasa dan tidak di bawah kekuasaan orang tua, berada di bawah perwalian.² Pembuat Undang-Undang menitipkan pesan moral terhadap ketentuan ini yaitu seorang yang belum dewasa memerlukan bimbingan dalam setiap perilakunya agar tidak mengakibatkan kerugian pada dirinya maupun orang-orang yang berinteraksi dengannya.

Sebuah muatan hukum diterapkan dalam dunia nyata dengan memperhatikan keterikatan hukum terhadap prinsip moral melalui pengakuan hak-hak seseorang dalam penerapan hukum tersebut. Dworkin memaknai hukum secara luas dimana hukum itu menyatu dengan moral yang diartikan sebagai prinsip-prinsip dasar

¹ BW Pasal 330 ayat (1)

² *Ibid*, ayat (2)

yang menjadi landasan manusia dalam berfikir dan bertindak.³ Prinsip-prinsip moral dalam penerapan hukum yang dicetuskan oleh Dworkin sudah pernah dipraktekkan di pengadilan Amerika Serikat dalam kasus *Henningsen vs Bloomfield* dan kasus *Elmer dan Palmer*. Dalam kedua kasus tersebut pengadilan memutus berdasarkan kepatutan. Menurut pengadilan kepatutan dapat dijadikan sebagai dasar tindakan seseorang walaupun aturan yang mengatur belum ada.⁴

F. Von Benda-Beckmann melalui teori *sosial significance of law*⁵ menyatakan hukum memiliki makna sosial yang merujuk pada fungsi pragmatik dari hukum. Teori makna sosial hukum mengkaji hukum yang ditentukan oleh kesesuaiannya dengan kebutuhan nyata warga masyarakat saat menghadapi persoalan nyata sehari-hari. Warga masyarakat menentukan signifikansi sosial suatu norma. Dalam interaksi timbal balik dalam kehidupan manusia, bukan hanya hukum yang berpeluang mengontrol masyarakat, tetapi sebaliknya warga masyarakatpun memiliki kesempatan mengontrol hukum.

Sebuah wawancara menerangkan bahwa anak yang bersekolah di sekolah menengah atas sudah diberikan fasilitas menabung secara mandiri sebagai upaya sekolah untuk memberikan pendidikan mengendalikan sifat konsumtif pada generasi muda.⁶ Wawancara ini menyimpulkan bahwa terdapat ketidaksesuaian fakta dengan hukum di bidang perbankan karena usia anak, hukum tidak membolehkan seseorang menabung secara mandiri. Pada ranah inilah teori makna sosial hukum berperan. Makna sosial hukum merupakan tema terkini dalam model

³ Herlindah, *Silogisme Makna Hukum menurut Ronald Dworkin*, makalah disampaikan dalam PDIH FHUA 2013, hlm 5

⁴ *Ibid*

⁵ Beernard L. Tanya, *Pluralisme Hukum Perspektif Antropologi Hukum*, makalah dalam seminar nasional Hukum dan Masyarakat Majemuk, diselenggarakan di Ubhara Surabaya. 2002

⁶ Wawancara dengan Dra. Dwi rosmawantini, Kepala kurikulum SMK Kristen 1 Surakarta, tanggal 26 Oktober 2016

studi *socio-legal* yang memadukan sosiologi dan antropologi hukum.⁷ Hukum melalui model studi seperti ini diharapkan mampu memperkaya pendekatan dalam studi hukum secara keilmuan sekaligus dapat mengungkapkan apakah hukum secara factual dipakai atau tidak dipakai oleh masyarakat⁸

Ferry Faturrahman menyatakan “The practice of law enforcement in Indonesia reveals that these legal systems, adopted from the Dutch, do not fit with Indonesian values”⁹ Kecakapan bertindak yang terdapat dalam BW tidak dapat dipraktekkan secara *ansich* dalam kehidupan nyata karena sebagaimana yang diungkapkan oleh Ferry Faturrahman bahwa praktek penegakan hukum di Indonesia merupakan system hukum yang diadopsi dari Negara Belanda sehingga tidak sesuai dengan nilai-nilai Indonesia.

Peranan manusia untuk mengoperasikan hukum menjadi faktor utama untuk melaksanakan hukum. Pengetahuan tentang kecakapan para pengguna hukum telah mengungkapkan sub kultur (bagian kebudayaan) hukum dalam kehidupan masyarakat agar diskrepansi (ketidaksesuaian) hukum dapat dicegah¹⁰

Hukum positif Indonesia menyatakan bahwa anak yang di bawah umur yang dimungkinkan memperoleh kedewasaan sebelum mencapai umur dewasa yang telah ditentukan hukum. Peristiwa ini dikenal dengan nama pendewasaan . pendewasaan demikian ini, dianggap sebagai orang dewasa hanya dalam hal perbuatan-perbuatan dan tindakan-tindakan yang dengan tegas diperintahkan kepadanya, dan ia tidak boleh mengingkari keabsahannya atas dasar

⁷ F. Von Benda-Beckmann, *Why Law Does not Behave Critical and Constructive Reflection on The Social Scientific Perspective of The Social Significance of Law*, XI th International Congress of IUAES, Canada Vancouver, 1983, hlm 10

⁸ Bernard L. Tanya, *Beban Budaya Lokal Menghadapai Hukum Negara: analisis Budaya atas Kesulitan Orang Sabu Menghadapi Regulasi Negara*, Disertasi PDIH UNDIP, 2000, hlm 5

⁹ Ferry Faturrahman, *The necessity of Restorative Justice on Juvenile Delinquency in Indonesia, Lessons Learned from the Raju and AAL Cases*, *Procedia Environmental Sciences*, SciVerse ScienceDirect, Elsevier,

¹⁰ Bambang Poernomo, *Pola Dasar Teori Asas Umum Hukum Acara Pidana dan Penegakan Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1993, hlm 1

kebelumdewasaan. Untuk hal-hal lainnya dia tetap dalam kedudukan belum dewasa.¹¹

Perkembangan peradaban manusia telah dipengaruhi oleh moral dalam pemikiran manusia tentang hukum actual yang berlaku dalam masyarakat. Asumsi tentang hukum actual ini melahirkan sebuah postulat hukum bahwa tiada kaidah hukum yang lebih tinggi dibandingkan hukum alam¹² (hukum yang didasari oleh moral)

Setiap hukum memuat pesan moral misalnya kalimat hukum yang tertuang dalam BW menerangkan bahwa: “setiap orang dewasa, yang selalu berada dalam keadaan dungu, gila atau mata gelap, harus ditempatkan di bawah pengampuan, sekalipun ia kadang-kadang cakap menggunakan pikirannya. Seorang dewasa boleh juga ditempatkan di bawah pengampuan karena keborosan.”¹³ Dari muatan hukum di atas melahirkan asumsi bahwa di belakang sistem hukum atau di dalam kalimat hukum yang diberlakukan pada lapisan masyarakat yang majemuk dan bhineka, terdapat suatu hukum yang memiliki hukum lebih tinggi yang menilai dan mengukur validitas hukum ciptaan manusia. Hukum yang dimaksud adalah hukum kodrat.¹⁴

Hukum terikat pada moral yang diakui masyarakat dapat tersirat dalam pemahaman hukum yang dikemukakan oleh Dworkin: *“law is an interpretative concept. Interpretative concepts are a special kind of concept—a concept whose correct application depends not on fixed criteria or an instance-identifying decision procedure, but rather on the normative or evaluative facts that best justify the total set of practices in which that concept is used”*.¹⁵

¹¹ BW, pasal 429

¹²Yovita Arie Mangesti, *Mozaik Kaidah Hukum*, Yuma Pustaka, Surakarta, Cet. I. 2016, hlm 20

¹³ KUHPdata Pasal 433

¹⁴ Sumaryono, *Etika dan Hukum: Relevansi Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Kanisius, Yogyakarta, 2002, hlm 184

¹⁵ Herlindah, *Op. Cit.*, hlm 2

Pada era reformasi ini perjanjian menabung di bank bukan lagi merupakan produk monopoli orang dewasa saja tetapi sudah menjadi kegiatan menyeluruh yang dilakukan oleh anak yang berusia di bawah delapan belas tahun. Perbankan dalam menerapkan aturan menabung bagi anak di bank masih terikat oleh aturan umum perihal syarat perjanjian sehingga perbankan belum memberikan akses penuh yaitu kemandirian pada anak untuk menabung. Adapun produk produk tabungan anak dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Produk Tabungan Anak di Bank

- a. BNI Taplus Anak

Dalam situs resmi Bank BNI dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan BNI taplus anak adalah sebuah produk BNI dalam bentuk tabungan yang diperuntukkan bagi anak-anak yang berumur di bawah tujuh belas tahun.¹⁶ Program tabungan anak yang diluncurkan oleh Bank BNI ini memiliki manfaat sebagai berikut yaitu : pada buku tabungan tersebut tertera nama anak, anak mendapatkan kesempatan menumbuhkan kemandirian untuk bertransaksi sendiri di bank, orang tua dapat mengontrol anak dalam melakukan transaksi perbankan melalui notifikasi menabung anak di handphone orang tua, bank tidak memungut biaya pengelolaan rekening, dan memperoleh promo- promo di toko favorit.¹⁷

Dalam produk tabungan ini bank BNI menetapkan syarat- syarat yang perlu dipenuhi untuk melakukan transaksi tersebut. Adapun syarat syarat tersebut dibagi dua yaitu syarat untuk anak dan syarat untuk orang tua.¹⁸

- 1) Syarat BNI Taplus Anak Untuk Anak yaitu:

1. Anak berumur di bawah tujuh belas tahun

¹⁶

<http://www.bni.co.id/id-id/bankingservice/consumer/simpanan/bnitaplusanak.aspx>

Diakses pada tanggal 2 Februari 2016. Pukul 15.00 WIB

¹⁷ *Ibid*

¹⁸ *Ibid*

2. Mengisi formulir aplikasi data nasabah (CIF) perorangan dan formulir pembukaan rekening yang ditandatangani oleh anak/orangtua
 3. Melampirkan salinan akta kelahiran atau kartu pelajar atau paspor
 4. Melampirkan salinan kartu keluarga bila tidak tinggal serumah dengan orang tua.
 5. Memasukkan setoran awal sebesar seratus ribu rupiah
 6. Untuk setoran selanjutnya minimal sepuluh ribu rupiah.
- 2). Syarat BNI Taplus Anak Untuk Orang Tua yaitu:
1. Untuk orangtua yang tidak memiliki tabungan di BNI harus mengisi formulir aplikasi data nasabah (CIF) perorangan yang ditandatangani oleh orang tua 124
 2. Melengkapi formulir persetujuan pembukaan rekening dan pelaksanaan transaksi yang ditandatangani oleh orangtua
 3. Melampirkan salinan bukti identitas diri orang tua baik itu KTP, SIM atau paspor.

b. BNI Simpel

Dalam website Bank BNI diterangkan pengertian BNI simpanan pelajar (SimPel) adalah tabungan untuk siswa PAUD, TK, SD, SMP, SMA, Madrasah (MI, MTs, MA) atau yang sederajat yang meluncurkan secara nasional oleh bank-bank di Indonesia dengan persyaratan mudah dan sederhana serta fitur yang menarik, dalam rangka pendidikan dan inklusi keuangan demi memberikan motivasi budaya menabung sejak dini.¹⁹

c. BNI Taplus Muda

¹⁹<http://www.bni.co.id/id-id/bankingservice/consumer/simpanan/bnisimpananpelajar.aspx>

BNI taplus muda diperuntukkan untuk subjek hukum yang berusia lima belas tahun sampai dua puluh lima tahun dan tabungan ini adalah turunan dari tabungan taplus anak.²⁰ BNI taplus muda ini memiliki fasilitas yang modern pula seperti fasilitas E-Banking yang meliputi:

- 1). BNI ATM, BNI Ineternet Banking
- 2) BNI SMS Banking
- 3) BNI Phone Banking
- 4) Mobile Banking

BNI taplus muda memiliki batas atau limit penggunaan kartu debit BNI yaitu

- 1) Penarikan tunai hanya dibolehkan sebesar lima juta per hari
- 2) Belanja hanya dibolehkan sebesar sepuluh juta per hari
- 3) Transfer hanya dibolehkan sepuluh juta per hari
- 4) Transfer antar bank hanya dibolehkan sebesar sepuluh juta per hari

Adapun syarat- syarat yang dibutuhkan untuk tabungan taplus muda dibagi menjadi dua syarat yaitu syarat bagi subjek hukum 15 tahun s/d < 17 tahun dan syarat bagi subjek hukum 17 tahun s/d 25 tahun atau 15 tahun s/d < 17 tahun dan telah menikah.

- 1) Syarat Taplus Muda bagi usia 15 tahun s/d 17 tahun dan belum menikah sebagai berikut:
 - a) Mengisi formulir pembukaan rekening yang ikut serta ditandatangani oleh orang tua atau wali
 - b) Menyertakan salinan atau copi akta kelahiran atau kartu pelajar atau paspor
 - c) Menyertakan salinan bukti identitas diri salah satu orangtua atau wali
 - d) Mengisi formulir e-statement

²⁰ <http://www.bni.co.id/id-id/bankingservice/consumer/simpanan/bnitaplusmuda.aspx>

2) Syarat Taplus Muda bagi usia 17 tahun s/d 25 tahun atau 15 tahun s/d < 17 tahun dan telah menikah belum menikah sebagai berikut:

- a) Mengisi formulir pembukaan rekening
- b) Memperlihatkan asli bukti identitas diri dan menyertakan salinannya
- c) Mengisi formulir data pemberi dana apabila pekerjaan nasabah adalah mahasiswa atau pelajar atau ibu rumah tangga
- d) Mengisi formulir e-statement
- e) Mengisi formulir layanan SMS notifikasi (bila diinginkan)²¹

d. Tabungan iB Tunas Hasanah

BNI syariah tabungan anak yang dikenal dengan nama tabungan iB tunas hasanah adalah tabungan dengan akad wadiah yang diperbolehkan untuk anak-anak dan pelajar yang memiliki umur di bawah tujuh belas tahun. Pada tabungan ini anak diberi pula fasilitas berupa buku tabungan, kartu ATM/debit yang disebut *Tunas Card*, dapat menerima dana secara otomatis (otokredit) dari rekening tabungan iB Hasanah orang lain dengan menggunakan *standing order*, E- Banking (ATM, SMS Banking, Phone Banking (cek saldo), internet Banking (cek saldo).

Tabungan iB Tunas Hasanah memiliki persyaratan sebagai berikut:

- 1) Kartu pelajar atau paspor atau akta kelahiran
- 2) Kartu identitas asli (KTI/ paspor) orang tua atau wali
- 3) Kartu keluarga (apabila tidak serumah dengan orang tua atau wali)
- 4) Menyetor pertama kali sebesar seratus ribu rupiah.

e. BRI Junior

Tabungan BRI Junior adalah tabungan yang khusus ditujukan kepada anak di bawah delapan belas tahun dengan fasilitas dan fitur menarik bagi

²¹ *Ibid*

anak. Tabungan ini memiliki keunggulan berupa transaksi real time online, mudah bertransaksi dilebih 9.500 unit kerja BRI dan 15.000 ATM BRI seluruh Indonesia, gratis cover asuransi kecelakaan diri hingga Rp.150.000.000, bunga tabungan kompetitif, buku tabungan dan kartu ATM debit berkarakter khusus²² BRI menyediakan pula fasilitas pada produk tabungan ini berupa E- Banking BRI, asuransi kecelakaan diri untuk nasabah yang minimal memiliki saldo lima ratus ribu rupiah dengan nilai pertanggungjawaban sebesar 250 % dari saldo terakhir atau maksimum sebesar Rp. 150.000.000.²³ Selain fasilitas di atas nasabah diberikan pula fasilitas lain yaitu fasilitas transaksi otomatis yang meliputi:

- 1) *Automatic found transfer (AFT)* yaitu fasilitas untuk mentransfer dana dari tabungan BRI Britama ke rekening lainnya di BRI pada tanggal tertentu yang ditetapkan nasabah.
- 2) *Account sweep* yaitu fasilitas untuk mentransfer dana dari tabungan BRI Britama ke rekening lainnya secara otomatis yang sebelumnya telah di *set up* sesuai dengan batasan saldo minimal dan maksimal yang ditetapkan nasabah.
- 3) *Automatic Grab Fund (AGF)* yaitu fasilitas untuk menarik (mendeбет) dana tabungan BRI BritAma secara otomatis oleh satu rekening tertentu²⁴

Tabungan BRI junior ini memiliki persyaratan yang dibagi dua yaitu persyaratan untuk subjek hukum yang berumur di bawah 17 tahun dan persyaratan untuk subjek hukum yang berumur di atas 17 tahun. Kedua persyaratan tersebut diuraikan sebagai berikut:

- 1) Persyaratan Untuk Umur di bawah 17 tahun sebagai berikut:

²² <http://www.bri.co.id/articles/22>

²³ *Ibid*

²⁴ *Ibid*

- a) Orangtua memiliki rekening tabungan BRI BritAma/Simpedes. Bagi orangtua yang belum memiliki rekening di BRI dapat melakukan pembukaan rekening tabungan BRI BritAma/ Simpedes terlebih dahulu.
 - b) Mengisi form aplikasi pembukaan rekening
 - c) Memiliki kartu keluarga/akta kelahiran
 - d) Memasukkan setoran awal sebesar dua ratus lima puluh ribu rupiah
- 2) Persyaratan Untuk Umur di atas 17 tahun sebagai berikut:²⁵
- a) Mengisi form aplikasi pembukaan rekening
 - b) Melampirkan identitas diri (KTP untuk WNI dan untuk WNA adalah paspor dan KIMS/KITAP/KITAS)
 - c) Menyerahkan setoran awal sebesar tiga ratus ribu rupiah

f. Cimb Junior

Tabungan cimb junior adalah tabungan yang dikeluarkan oleh bank Cimb Niaga yang dikhususkan untuk subjek hukum yang berumur di bawah delapan belas tahun. Adapun persyaratan pembuatannya adalah calon nasabah datang bersama orang tuanya ke Customer Service di Bank Cimb Niaga kemudian mengisi formulir pembukaan rekening disertai penyerahan salinan akta kelahiran dan KTP orang tua serta menyetor pertama kali sebesar seratus ribu rupiah.²⁶

g. Simpanan Pelajar (SimPel) BCA.

²⁵ *Ibid*

²⁶

<https://www.cimbniaga.com/in/personal/products/consumer-liabilities-banking/savings/tabungan-anak-dan-perencanaan/tabungan-junior/-html>

Diakses pada tanggal 2 februari 2016. Pukul 16:53 WIB.

Tabungan simPel BCA adalah tabungan special untuk pelajar PAUD, SD, SMP, dan SMA yang memiliki usia di bawah 17 tahun serta belum memiliki KTP.²⁷ Produk tabungan simpel BCA memberikan pendidikan untuk anak dalam mengelola keuangan sehingga mampu membentuk karakter “gemar menabung”, serta melatih mempersiapkan masa depan dan pengenalan dunia perbankan secara dini.²⁸ Tabungan simpel BCA juga merupakan partisipasi terhadap perkembangan generasi muda Indonesia khususnya dalam membentuk karakter budaya menabung di kalangan pelajar.²⁹

h. Tabungan Prestasi dan Tabungan Gemilang (prega) Bank Artha Graha

Tabungan prestasi dan tabungan gemilang yang singkat dengan nama prega adalah tabungan yang dibuka atas nama anak yang diberikan kartu ATM dan buku tabungan dengan tujuan menabung sejak dini.³⁰ Tabungan ini memberikan manfaat sebagai berikut :

- 1) Suku bunga kompetitif
- 2) Media pencatatan berupa passbook (buku tabungan)
- 3) Nama yang tercantum di passbook dan kartu ATM atas nama anak
- 4) Fasilitas graham cash untuk kemudian bertransaksi di ATM bank Artha Graha Internasional, jaringan prima/BCA, ALTO, transaksi belanja dan kartu diskon
- 5) Fasilitas phonebanking graham call 24 jam
- 6) Sms banking

²⁷ http://www.bca.co.id/id/individual/produk_dan_layanan/tabungan/simpanan_pelajar/simpanan_pelajar_landing.jsp diakses hari Selasa tanggal 9 Februari 2016. Pukul 11:49

²⁸ *Ibid*

²⁹ *Ibid*

³⁰ <http://www.arthagraha.com/main/statics/tabungan-prestasi-dan-tabungan-gemilang/33> diakses hari Selasa tanggal 9 Februari 2016. Pukul 11:35 WIB.

Untuk melakukan transaksi tabungan prega diperlukan persyaratan sebagai berikut:³¹

- 1) mengisi formulir permohonan pembukaan rekening
- 2) Dibuka atas nama orang tua/wali qq anak (jika belum memiliki kartu identitas)
- 3) Melampirkan salinan akta kelahiran dan memperlihatkan aslinya
- 4) Melampirkan salinan KTP orang tua/ wali
- 5) Mengisi surat pernyataan jika bukan orang tua kandung
- 6) Mengisi kartu contoh tanda tangan

i. Tabungan Super Kidz

Yang dimaksud dengan tabungan super kidz adalah tabungan untuk subjek hukum belum cakap yang dihadirkan untuk menanamkan kebiasaan menabung bagi mereka sehingga kegiatan menabung menjadi lebih mudah dan menyenangkan.³² Adapun persyaratan³³ yang dipenuhi dalam melakukan transaksi menabung super kidz adalah sebagai berikut:

- 1) Memberikan setoran awal tabungan sebesar seratus ribu rupiah
- 2) Mengisi formulir pembukaan tabungan dan surat pernyataan pengoperasian tabungan superkidz di cabang
- 3) Memasukkan bukti identitas orangtua yang masih berlaku
- 4) Menyertakan akta kelahiran anak bagi yang berusia di bawah tujuh belas tahun.

³¹ *Ibid*

³²

<http://www.maybank.co.id/consumer/deposit/saving-account/superkidz/Pages/Maybank-SuperKidz.aspx>

³³ *Ibid*

j. Tabungan SimPel Bank BTN

Yang dimaksud tabungan SimPel Bank BTN adalah tabungan untuk siswa yang diterbitkan secara nasional oleh bank- bank di Indonesia, dengan persyaratan mudah dan sederhana serta fitur yang menarik, dalam rangka edukasi dan inklusi keuangan untuk mendorong budaya menabung sejak dini ³⁴ Tabungan SimPel BTN memiliki keunggulan berupa persyaratan mudah dan sederhana, rekening atas nama siswa, pelaksanaan tabungan dapat dilakukan di sekolah, memiliki kartu ATM serta tidak dipungut biaya administrasi.³⁵

Adapun persyaratan yang harus dipenuhi oleh anak yang menabung adalah warga Negara Indonesia, terdaftar sebagai siswa PAUD, TK, SD, SMP, SMA, Madrasah atau sederajat yang berumur di bawah 17 tahun, pembukaan rekening melalui kerjasama antara sekolah dengan bank dan menyetor awal minimal Rp. 5.000.

2. Tabungan Simpanan Pelajar (SimPel) sebagai Penggerak Pembangunan Ekonomi Nasional

Tabungan simpanan pelajar mulai diprogramkan pada tahun 2014 yang lalu. Dalam berita online yang diterbitkan oleh detik finance³⁶ pada tanggal 14/08/14 disampaikan bahwa Otoritas Jasa Keuangan pada tahun depan yaitu tahun 2015 akan menyelenggarakan sebuah tabungan tanpa potongan administrasi bulanan yang tujuan pada masyarakat yang memiliki dana minim. Sebagaimana yang dikutip oleh detik finance “kepala departemen penelitian dan perguruan perbankan OJK Gandjar Mustika mengungkapkan bahwa melalui uang simpanan masyarakat di tabungan, bank

³⁴ <http://www.btn.co.id/id/content/Produk/Produk-Dana/Tabungan/Simpel>

³⁵ *Ibid*

³⁶ Dewi Rachmat Kusuma, *Tabungan Bebas Potongan Admin Bulanan, Bagaimana nasib Laba Bank?* Dalam <http://finance.detik.com/read/2014/08/14/092240/2661698/5/tabungan-bebas-potongan-admin-bulanan-bagaimana-nasib-laba-bank#main> diakses hari kamis, tanggal 11 Feb 2016. Pukul 10:50 WIB

memperoleh keuntungan untuk mengelola uang tersebut.³⁷ Pada tahun 2014 yang lalu beberapa pihak bank sudah menerapkan tabungan simpel tetapi belum memiliki payung hukum karena payung hukum yang dimaksud masih dalam pembahasan OJK.³⁸

Produk tabungan yang dikenal dengan nama SimPel ini telah merambah ke pelosok nusantara. Dalam media online yang diterbitkan oleh SuluhBali.co, Edwin Nurhadi (deputi Direktur Direktorat Pengembangan Inklusi Keuangan) menyatakan produk tabungan simpanan pelajar sudah diinisiasi oleh perbankan pada tanggal 14 Juni 2015. Kemudian diaktivasi oleh 20 perbankan pada 8 September 2015.³⁹

Secara nasional produk tabungan ini diharapkan menjadi budaya masyarakat pada tanggal 21 Oktober 2015. Pembudayaan tabungan simpanan pelajar adalah kegiatan yang memiliki potensi cukup besar untuk meraup keuntungan ekonomi nasional karena di Indonesia diperkirakan memiliki lima puluh juta pelajar dan dua ratus lima puluh ribu sekolah⁴⁰ dari penelusuran kepustakaan penulis menemukan bahwa produk tabungan SimPel ditujukan untuk siswa PAUD, TK, SD, SMP, SMA, Madrasah atau sederajat yang berumur di bawah 17 tahun dan belum memiliki KTP. Tabungan SimPel terselenggara atas kerjasama sekolah dengan bank sesuai kebijakan masing-masing bank.⁴¹

Kebijakan masing masing bank dalam menyikapi simpanan pelajar ini membuka peluang pada bank untuk melakukan inovasi tabungan simpanan pelajar sesuai dengan nilai- nilai yang dianut masyarakat. Keleluasaan bank

³⁷ *Ibid*

³⁸ *Ibid*

³⁹ Budayakan Menabung dikalangan Pelajar, OJK luncurkan Program''SimPel'' dalam <http://suluhbali.co/budayakan-menabung-dikalangan-pelajar-ojk-luncurkan-program-simple/> diakses pada hari kamis tanggal 11 Februari 2016. Pukul 10:59 WIB

⁴⁰ *Ibid*

⁴¹ Data ini diungkapkan oleh Edwin Nurhadi, Deputi Direktur Pengembangan Inklusi Keuangan yang dituangkan dalam berita online. Penerbit SuluhBali.co.

mengambil sebuah kebijakan dalam penerapan simpanan pelajar disebabkan karena belum adanya aturan khusus dalam bentuk Undang- undang yang mengaturnya.

Program simpanan pelajar ini sejalan dengan program pemerintah yang tertuang dalam Perpres Nomor 2 tahun 2015 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah tahun 2015-2019.⁴² Menurut Deputi direktur Direktorat Pengembangan Inklusi Keuangan, Edwin Nurhadi program ini memperkuat akses keuangan dan menajamkan literasi serta keuangan kepada pelajar atau mahasiswa di tahun 2015. Selajutnya beliau mengungkapkan bahwa walaupun pijakan hukum simpanan pelajar ini belum ditetapkan dalam peraturan OJK tetapi hanya berupa generic model saja yaitu MoU atau kesepakatan bersama saja antara perbankan dan stakeholder terkait. Namun pada tahun 2014 sudah terdapat 29 bank dan 12 diantaranya adalah bank umum syariah yang telah mengaktivasi produk tabungan simpanan pelajar ini.

Belum adanya peraturan OJK tentang simpanan pelajar karena untuk sementara tidak ingin memberatkan perbankan tetapi lebih fokus pada tujuan awalnya yaitu mendorong budaya menabung.⁴³ Pada Desember tahun 2015 tabungan simpanan pelajar telah berjumlah 375.222 rekening dengan nominal tabungan sebesar Rp. 21.088 juta. Dari data ini menunjukkan bahwa peminat pelajar mengikuti tabungan simpanan pelajar sangat tinggi sehingga diharapkan pada tahun 2016 produk ini mampu menembus 2 juta rekening.⁴⁴

Pada hari selasa tanggal 2 Februari 2016 tabungan simpanan pelajar sudah masuk ke daerah luar jawa yaitu Sulawesi Tenggara. Seperti yang dikutip oleh media online "rri.co.id" melalui pernyataan Direktur Pemasaran Bank Sultra menjelaskan, tabungan ini adalah tabungan yang ditujukan untuk

⁴² *Ibid*

⁴³ Lihat pernyataan Deputi Direktur Direktorat, Edwin Nurhadi, *Ibid*

⁴⁴ *Ibid.*

pelajar disemua jenjang dengan modal awal Rp.5.000 dan simpanan minim sebesar Rp.1.000. launching program tabungan ini adalah realisasi dari himbauan Presiden Republik Indonesia Joko Widodo agar pelajar memiliki tabungan.⁴⁵

Perlu diingat sebelum terbit perundang- undangan khusus yang mengatur anak untuk menabung di bank maka aturan yang memayungi perilaku menabung pada anak adalah Peraturan Presiden Nomor 2 Tahun 2015 Tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional Tahun 2015-2019. Dalam pasal 2 ayat (2) Perpres Nomor 2 Tahun 2015 dinyatakan:

‘RPJM Nasional memuat strategi pembangunan nasional, kebijakan umum, program kementerian/lembaga dan lintas kementerian/lembaga, kewilayahan, serta kerangka ekonomi makro yang mencakup gambaran perekonomian secara menyeluruh termasuk arah kebijakan fiskal dalam rencana kerja yang berupa kerangka regulasi dan kerangka pendanaan yang bersifat indikatif’

Perpres di atas dari segi substansi belum mampu memberikan rambu-rambu hukum yang mengatur produk tabungan anak dikarenakan masih terlalu umum ruang lingkup berlakunya.

B. Konsep Perlindungan Hukum

Manusia sejak dilahirkan sampai meninggal akan selalu hidup bersama dengan manusia lain dalam masyarakat. Agar kehidupan bersama dalam masyarakat dapat berjalan secara teratur dan damai, maka dibutuhkan hukum sebagai alat yang dapat mengatur dan melindungi kehidupan bersama tersebut dari suatu tindakan yang semena-mena atau tindakan yang merendahkan martabat manusia. Hal tersebut semakin menegaskan bahwa keberadaan hukum tidak dapat dipisahkan dari kehidupan manusia, hukum hanya dan selalu terdapat dalam

⁴⁵ Ribuan Pelajar di Kendari ikuti Program Tabungan Simpel. http://www.rri.co.id/post/berita/244231/daerah/ribuan_pelajar_di_kendari_ikuti_program_tabungan_simpel.html diakses tgl 11 februari 2016. Pukul 11:13 WIB.

pergaulan hidup bersama untuk mengatur dan melindungi kepentingan manusia itu.

Setiap masyarakat selalu memiliki sistem hukumnya sendiri, sehingga tepatlah jika dikatakan bahwa dimana ada masyarakat di situ ada hukum (*ubi societas ibi ius*). Selain itu hukum mengatur dan menguasai kehidupan manusia, maka sebagai konsekwensinya menurut Mertokusumo⁴⁶ bahwa tata hukum bertitik tolak dari penghormatan dan perlindungan manusia. Penghormatan dan perlindungan manusia tidak lain merupakan pencerminan dari kepentingannya sendiri. Selanjutnya ditambahkan bahwa hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia, dengan fungsi tersebut maka hukum menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan keseimbangan dan ketertiban sehingga kepentingan manusia dapat terlindungi. Dengan demikian hukum berperan dalam mengatur hubungan yang timbul baik antara individu dengan individu maupun antara individu dengan masyarakat dalam berbagi aspek kehidupan.

Fungsi hukum lainnya dikemukakan oleh Hoebel dalam Esmi Warasih, sebagaimana yang dikutip oleh Nuswantari,⁴⁷ bahwa hukum berfungsi memelihara kesanggupan setiap kumpulan individu terhadap penyesuaian diri mereka dengan situasi yang berubah dalam kehidupan melalui cara perumusan kembali hubungan esensial antara anggota masyarakat.

Fungsi tersebut di atas tersirat makna bahwa 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

⁴⁶ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Edisi kelima, cet-4, Liberty, Yogyakarta, 2008 hlm 28

⁴⁷ Nuswantari, *Implementasi Perlindungan hukum Terhadap Perempuan Korban Kekerasan Dalam Rumah Tangga di Kota Madiun (Kajian Terhadap UU No. 23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga)*, artikel Pada Jurnal Yustusia, Edisi 72, Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 2007, hlm 42.

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.

Konsep perlindungan hukum terhadap anak tidak dapat dilepaskan dari pernyataan Eleanor roosevelt yang pernah menjabat ketua Komisi HAM PBB 1946-1952 dan berperan penting dalam negosiasi deklarasi universal hak asasi manusia. Berikut pernyataannya:⁴⁸

“ where, after all, do universal human rights begin? In small places, close to home – so close and so small that they cannot be seen on any maps of the world. . . . such are the places where every man, woman and child seeks equal justice, equal opportunity, equal dignity without discrimination. unless these rights have meaning there, they have little meaning anywhere”

Roosevelt mengajukan pertanyaan tentang tempat dimulainya hak asasi manusia. Lokasi mulainya hak asasi berlangsung di daerah yang kecil yang kemungkinan tidak dapat dilihat dari dalam peta dunia. Di tempat itulah setiap pria, wanita dan anak mencari keadilan yang sama, kesempatan yang sama, martabat yang sama tanpa diskriminasi. Sebenarnya pernyataan Roosevelt bermaksud menyampaikan pesan sebagai berikut:

“..... the legitimacy of human rights is the notion that these are truly universal values, inherent in the worth of all human beings. that all human beings are born free and equal in dignity and rights. And as such, human rights are not adequately protected unless they have meaning everywhere. yet, while studying the laws pertaining to human rights across the globe, the author began to notice that such laws, at least from a cursory glance, did not seem to be uniformly established.

⁴⁸ Eleanor roosevelt, *In Our Hands (Address delivered at the United Nations on the tenth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (1958))*. Dalam Scott armstrong, *Closing The Gap on Moral Relativity: comparing Human Rights Regimes in The United State and The Russian Federation*, Russian Journal Law, Volume: IV (2016) Issue 1, Rusia, hlm 99

In fact, the influence of domestic principles of constitutionalism, state identity...’’⁴⁹

legitimasi hak asasi manusia adalah gagasan bahwa ini adalah nilai-nilai yang universal, yang melekat dalam diri semua manusia. Semua manusia dilahirkan bebas dan sama dalam martabat dan hak-hak. Dan karena itu, hak asasi manusia tidak cukup dilindungi kecuali mereka belum memiliki makna di manapun. Namun, saat mempelajari hukum yang berkaitan dengan hak asasi manusia di seluruh dunia, penulis mulai mencatat bahwa undang-undang tersebut, setidaknya dari pandangan sekilas, tampaknya tidak akan seragam ditetapkan. Dalam kenyataan, pengaruh prinsip-prinsip konstitusi negara, turut mempengaruhi penerapan hak asasi manusia sehingga tidak memperoleh keseragaman. Pendapat scott armstrong di atas menyoroti paham yang menghendaki keseragaman penerapan hak asasi di seluruh dunia. Menurutnya penerapan hukum atas nama hak asasi tergantung pada hukum lokal di setiap daerah.

Indonesia merupakan salah satu negara yang memiliki hukum lokal yang turut mempengaruhi penerapan perlindungan anak sebagai bagian dari penerapan hak asasi manusia. Dalam paham perlindungan hak anak, setiap anak dilarang melakukan perbuatan hukum bagi dirinya tanpa perwakilan dari orang dewasa. Namun di Indonesia pengertian anak memiliki variasi yang berbeda karena dipengaruhi oleh faktor yang berbeda pula. Misalnya anak menurut pemahaman adat yang dipraktekkan oleh masyarakat Indonesia adalah mereka yang masih selalu tergantung penuh pada orang tuanya sehingga kriteria anak menurut adat tidak menggunakan ukuran umur. Berbeda dengan hukum nasional Indonesia, kriteria anak masih menggunakan umur.

⁴⁹ *Ibid*

Natalya Kravchuk tidak mempermasalahkan keseragaman penerapan hak asasi manusia di seluruh dunia tapi menyoroti hambatan-hambatan anak untuk mengepresikan diri mereka dalam pengambilan keputusan bagi diri mereka. Hukum lebih menitikberatkan perlindungan anak terhadap kekerasan anak sedangkan pengambilan keputusan yang merupakan perkembangan mental anak dimarjinalkan.

Natalya Kravchuk⁵⁰ menyatakan:

“ until recently, the right of the child to express his / her views was out of the sphere of interest... studies were mostly concerned with typology, approaches and boundaries of the participation within the sosial discourse. Another set of studies considers the right to express views exclusively as a procedural right – one of the guarantees to secure a child’s access to a court. one reason for this is that russia is renowned for having other problems in the field of child rights, such as violence, institutionalization and vagrancy. All of these are considered by the child protection bodies (both state and Ngo-based, international and domestic) to be far more acute and significant than the right of the child to express his / her views in matters affecting him/her and to participate in the decision-making process.. the second reason for an absence of academic and professional interest lies within the cultural context. Currently, the idea that the child is not, or should not be simply the object of care for parents and authorities but rather the subject of rights, and that this is something which the state is obliged to guarantee, is no longer disputed at the level of international human rights. however, at a societal and familial level the capacity for and appropriateness of child participation in decision- making remains an issue. traditional paternalistic attitudes towards a child as person with limited capacities, unable to appraise the situation and form the judgment are based on *Domostroy*”

Pemahaman kecakapan bertindak perlu diketahui bahwa kehidupan bermasyarakat merupakan suatu dinamika sehingga kondisi ini memunculkan hukum positif. Bernard Arief sidharta⁵¹ mengemukakan bahwa:

⁵⁰ Natalya Kravchuk, *Child’s Right to Express his/her Views in the context of Russian Culture and Democracy*, Russian Law Journal Volume II (2014) Issue 3, hlm 24

“Hukum mempunyai banyak aspek, dimensi, faset, dan berbagi tingkat abstraksi yang menyebabkan hukum menjadi gejala yang sangat mejemuk. Hukum berakar dan terbentuk dalam proses interaksi berbagi aspek kenyataan kemasyarakatan (politik, ekonomi, sosial, budaya, teknologi, keagamaan, ideology dan sebagainya). Dalam dinamikanya, hukum itu dibentuk dan ikut membentuk tatanan masyarakat; bentuk dan berbagi 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”.

Penjelasan di atas memberi petunjuk bahwa kecakapan bertindak sebagai salah satu bagian produk hukum tertulis belum tentu membutuhkan kajian dalam ruang lingkup hukum tertulis saja, akan tetapi membutuhkan pula kajian secara holistik atau keseluruhan dengan memandang hukum dalam berbagi aspek karena hukum itu sendiri ketika dicetuskan dalam kehidupan nyata berimplikasi pula pada aspek non hukum seperti contoh berimplikasi pada ekonomi baik peningkatan maupun sebaliknya. Perlu diingat dalam proses pembentukan hukum khususnya kecakapan bertindak, hukum dimulai dari embrio kenyataan bermasyarakat sehingga sering disebut bahwa hukum pada hakekatnya berakar pada interaksi atau hubungan- hubungan yang diselenggarakan oleh individu- individu. Selanjutnya dari embrio ini hukum seyogyanya tetap mempertahankan eksistensi tersebut dengan tidak mencabut akar hukum tersebut agar hukum bisa mendarat di dunia yang nyata bukan di dunia mitos.

Eksistensi hukum tidak mungkin mereduksi dinamika dalam masyarakat, oleh karena itu *ius constitutum* (hukum yang sudah baku) bukan suatu aturan yang tidak siap dirubah atau dikoreksi melalui dinamika masyarakat tetapi suatu saat tertentu *ius constitutum* harus menyiapkan dirinya mengalami perubahan lewat *ius constituendum* (hukum yang dicitakan) melalui rekonstruksi atau pembentukan ulang hukum atau pengembalian hukum pada esensinya semula. Pada ranah inilah

⁵¹ 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

hukum ikut menentukan warna masyarakat dan sisi lain masyarakat ikut mewarnai hukum dalam arti hukum dan dinamika masyarakat adalah suatu proses hubungan timbal balik yang saling mempengaruhi.

Soetandyo⁵² 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”

Taraf penerapan sebuah hukum tidak bisa terhindarkan hubungan interaktif antara ketentuan hukum yang sudah baku dengan perilaku masyarakat yang juga merupakan tertib hukum bagi masyarakat. Hukum formal menghendaki ketertiban dalam lalu lintas masyarakat oleh karena itu hukum perlu hadir sebagai kepastian, disisi lain rakyat juga sudah memiliki hukum tersendiri yaitu perilaku yang biasa dipraktekkan dalam pergaulan mereka sehari-hari. Hukum rakyat ini biasa pula disebut kebiasaan atau adat yang setiap masa melakukan dinamika/perubahan. Hubungan interaktif ini menjadikan hukum berperan ibarat dua mata uang yang tidak terpisahkan demi untuk mencapai ketertiban dan keadilan.

Ketertiban menghendaki suatu bentuk formalitas yang baku sehingga pada ranah ini hukum berperan sebagai sarana kontrol sosial/mengendalikan masyarakat yang berujung pada pemeliharaan dan mempertahankan pencapaian semula atau apa yang sudah dicapai, inilah satu sisi dalam hukum. Sisi lainnya perilaku masyarakat yang disebut kebiasaan yang dipraktekkan dalam kehidupan sehari-hari tidak dapat diatur dengan sekedar aturan baku karena perilaku memiliki dinamikanya sendiri sehingga keadilan sustansial perlu diterapkan pada hukum yang berbasis perilaku atau kebiasaan. Keadilan tidak memberlakukan satu penyelesaian pada seluruh kasus tetapi keadilan mampu menyelesaikan kasus

⁵² Soetandyo Wignjosoebroo, *Op. Cit.*, hlm 17

berdasarkan konteks sehingga keadilan mampu mengikuti dinamika masyarakat. pada ranah inilah hukum berperan sebagai fasilitator perubahan sosial demi mengikuti dinamika tersebut.

Keterkaitan 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.

Bernard Arief Sidharta⁵³ mengemukakan kaidah hukum positif berpretensi untuk merealisasikan cita hukum, yakni apa yang dipersepsi dan dihayati sebagai hukum yang hidup dan dianut dalam suatu masyarakat tertentu, yang dalam garis besarnya berintikan ketertiban, kepastian, prediktabilitas, kegunaan sosial dan keadilan. keberadaan kaidah hukum positif merupakan akibat dari dinamika kehidupan masyarakat yang terus berubah sepanjang peradaban manusia. Untuk mengatasi setiap problem yang lahir dari dinamika tersebut maka dibentuklah hukum positif tetapi dalam pembentukannya perlu memperhatikan prediktabilitas (kemampuan membaca masalah- masalah yang mungkin akan muncul pada masa datang). Kelima cita hukum yang dikemukakan oleh Bernard Arief Sidharta di atas dapat dipersempit menjadi tiga cita hukum yaitu kepastian, kemanfaatan dan keadilan. Kehadiran prediktabilitas dalam kaidah hukum positif adalah cara untuk menciptakan keadilan.

⁵³ Bernard Arief Sidharta, *Op. Cit*, hlm 13

Prediktibilitas atau kemampuan membaca situasi jauh ke depan merupakan konsep futuristik yang disandingkan dengan kepastian hukum demi memelihara terciptanya keadilan untuk waktu sangat lama bahkan tidak termakan oleh zaman yang akan datang. Prediktibilitas dalam kaidah hukum positif berwujud *blanked norm* atau norma kabur, yang bertujuan untuk merangkul segala peristiwa dan menjaga elastisitas hukum itu sendiri.

Thomas Hobbes memperlakukan hukum sebagai kebutuhan yang harus ada karena hukum merupakan dasar terciptanya keamanan individu⁵⁴. Pandangan Thomas Hobbes ini memberikan pesan bahwa hukum tercipta untuk memberikan perlindungan kepada setiap manusia dari melalui keamanan individu sebagai konsekuensi penerapan hukum. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia perlindungan diartikan perbuatan melindungi⁵⁵. Dengan keamanan yang diciptakan hukum, maka hukum berfungsi sebagai pelindung kepentingan manusia, disini hukum menjadi pengatur dan penyeimbang kepentingan-kepentingan individu dalam masyarakat.

Berdasarkan uraian di atas, maka untuk dapat memahami apa yang dimaksud dengan perlindungan hukum, terlebih dahulu dikemukakan arti atau makna dari kata perlindungan dan hukum. Kata perlindungan berasal dari kata dasar lindung (kata kerja) yang berarti menempatkan diri di bawah sesuatu supaya tidak terlihat atau tidak kena angin, panas, dan sebagainya. Kemudian kata lindung tersebut diberi imbuhan per-an menjadi perlindungan (kata benda) yang berarti tempat berlindung, hal memperlindungi.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa kata perlindungan berarti perbuatan melindungi, yaitu menjadikan objek yang dilindungi terhindar dari hal-hal yang tidak baik atau buruk atau hal-hal yang tidak diinginkan. Di dalam *Black's Law Dictionary*, dijumpai istilah *protected activity*, yang diartikan

⁵⁴ Bernard L. Tanya, Yoan. N. Simanjuntak & Markus Y. Hage, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Cet IV, Genta, Yogyakarta, 2013, hlm 61

⁵⁵ Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 1998 hlm 245

sebagai *conduct that is permitted or encouraged by a statute or constitutional provision, and for which the actor may not legally be retaliated against*, sedangkan *protection* diartikan sebagai *the act of protecting*.⁵⁶

Dengan demikian, perlindungan berarti perbuatan yang dibolehkan atau diperintahkan oleh undang-undang atau hukum dan untuk pelaku tidak boleh dituntut. Selanjutnya mengenai pengertian hukum, kamus besar bahasa Indonesia⁵⁷, memberikan pengertian sebagai berikut: (1) peraturan atau adat secara resmi dianggap mengikat, (2) undang-undang, peraturan dan sebagainya untuk mengatur pergaulan hidup masyarakat, (3) patokan atau kaidah mengenai peristiwa tertentu, dan (4) keputusan yang ditetapkan oleh hakim atau vonis.

Selain pengertian hukum yang diberikan oleh KBBI tersebut, ditambahkan pengertian hukum menurut pakar hukum untuk lebih memperjelas apa yang dimaksud dengan hukum, antara lain dikemukakan oleh Kusumaatmaja⁵⁸ bahwa pengertian hukum yang memadai harus tidak hanya memandang hukum itu sebagai suatu perangkat kaidah dan asas-asas yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, tapi harus pula mencakup lembaga dan proses yang diperlukan untuk mewujudkan hukum itu dalam kenyataan.

Penulis lain yaitu Mertokusumo⁵⁹ menjelaskan bahwa hukum adalah keseluruhan kumpulan peraturan-peraturan atau kaidah-kaidah dalam suatu kehidupan bersama: keseluruhan peraturan tentang tingkalaku yang berlaku dalam suatu kehidupan bersama, yang dapat dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi.

Berdasarkan pengertian di atas, dapat disimpulkan bahwa perlindungan hukum terhadap pencari keadilan adalah kepentingan manusia atau perbuatan yang

⁵⁶ Bryan A. Garner (editor in chief), *Black's Law Dictionary*, Seventh edition, West Publishing Co., St. Paul, MN, USA, 1999, hlm. 1238.

⁵⁷ *Ibid*

⁵⁸ Mochtar Kusumaatmaja, *Hukum Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Bina Cipta, Bandung. 1979, hlm 15

⁵⁹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, *Op.cit.* hlm 40

melindungi kepentingan manusia atau pencari keadilan yang dijamin pemenuhannya oleh peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, perjanjian serta ketentuan-ketentuan lainnya yang bersifat mengikat, baik di dalam maupun di luar proses peradilan.

Fungsi hukum dalam bentuk perlindungan ini dilaksanakan pula dalam upaya pembaharuan hukum Indonesia yang dilandaskan pada tujuan Negara sebagaimana yang dirumuskan dalam pembukaan UUD 1945 yaitu, “melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk mewujudkan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila”.⁶⁰ Dalam tujuan Negara Indonesia jelas memberikan pesan tersurat bahwa eksistensi hukum adalah untuk melindungi setiap individu.

Tujuan mulia ini merupakan kerangka dasar dalam pembangunan hukum. hukum yang telah kehilangan roh perlindungannya sudah selayaknya melakukan rekonstruksi sebagai sarana mewujudkan pembangunan hukum. Pembangunan hukum dilakukan dengan jalan melakukan pembaharuan di segala sektor dalam kerangka hukum yaitu memperbaharui sektor ilmu hukum dan ide-ide hukum melalui pendidikan dan pemikiran akademik.⁶¹ Pembangunan hukum nasional tidak lagi menggunakan sistem pendekatan legalistik semata, tetapi perlu pula menggunakan pendekatan yang lebih sistematis, holistik, dan terpadu. Rekonstruksi hukum tidak dapat dilepaskan dari nilai-nilai sosial budaya suatu bangsa yang bersesuaian dengan jiwa bangsa (*volgeist*). Dengan demikian pembangunan hukum dan perombakan hukum merupakan perpaduan dari seluruh nilai yaitu nilai kemanusiaan, nilai identitas budaya dan nilai-nilai moral keagamaan yang hidup di masyarakat⁶² Pada dasarnya dalam kehidupan bersama dalam masyarakat, hukum baru dipersoalkan manakala terjadi konflik kepentingan dalam masyarakat. Jika segala sesuatunya berjalan lancar tanpa ada yang merasa

⁶⁰ Satjipto Rahardjo *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia sebuah Pendekatan Lintas Disiplin*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm xiv

⁶¹ *Ibid*

⁶² *Ibid*

kepentingan-kepentingannya terganggu, maka tidak akan ada yang mempersoalkan pentingnya hukum. Dengan timbulnya konflik kepentingan dalam masyarakat, maka hukum diperlukan untuk melindungi kepentingan manusia dari gangguan perorangan, masyarakat, maupun gangguan yang dilakukan oleh pemerintah. Perlindungan kepentingan itu tercapai dengan adanya pedoman atau peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia seharusnya bertindak dalam masyarakat.⁶³

Sehubungan dengan hal tersebut orang tanpa kecuali wajib melaksanakan dan tunduk pada hukum. Kewajiban untuk menaati hukum tidak lain dimaksudkan agar tercipta suatu kondisi atau suasana yang aman, tenteram dan damai dalam hidup berbangsa dan bernegara. Dalam perlindungan hukum terkandung makna pengakuan dan jaminan terhadap hak asasi manusia yang diberikan oleh hukum.⁶⁴ Agar hukum dapat menjalankan fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia, maka hukum harus mempunyai wibawa, wibawa terhadap rakyat atau perorangan. Wibawa ini adalah unsur hukum.⁶⁵ Apabila terjadi kekacauan dalam masyarakat, adanya tindakan penguasa yang merugikan warga maka hukum berperan untuk melindungi para warga masyarakat agar tidak terjadi tindakan main hakim sendiri (*eigenrichting*) serta mengembalikan keadaan tersebut kepada keadaan semula (*restitution in integrum*).

Hukum dalam hal ini, memelihara perdamaian di antara para manusia dengan cara melindungi kepentingan-kepentingan manusia, kehormatan, kebebasan, kekayaan dan sebagainya dari tindakan-tindakan yang merugikan. Hukum bersifat melindungi dalam hal ini melindungi kepentingan manusia. Sifat hukum yang demikian itu disebut juga dengan istilah mengayomi atau memberikan pengayoman. Dalam istilah tersebut, sudah mengandung sifat yang memberikan perlindungan yaitu yang dilindungi itu merasa aman dan sejahtera.

⁶³ Sudkno mertkusumo, *Op. cit.*, hlm 4

⁶⁴ *Ibid*, hlm 77

⁶⁵ *Ibid*

Orang yang dilindungi akan merasa suatu suasana, dimana kepuasan lahir batin menguasai dirinya selama perlindungan itu diberikan. Dalam istilah aslinya (bahasa Jawa) terkadang suasana *ayom*, suasana sejuk dan aman-damai bagi yang dilindungi.⁶⁶

Negara Indonesia sebagai Negara yang berdasarkan Pancasila, dalam memberikan perlindungan hukum terhadap setiap warga Negara, hendaknya disesuaikan dengan prinsip-prinsip atau nilai-nilai Pancasila. Dalam hal ini perlindungan hukum berpijak pada pengakuan akan harkat dan martabat manusia yang berlandaskan pada Ke-Tuhanan, Kemanusiaan, Persatuan, Pemusyawaratan serta Keadilan Sosial.

Nilai-nilai yang terdapat dalam Pancasila tersebut, melahirkan pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia baik sebagai makhluk individu maupun sebagai makhluk sosial dalam wadah Negara kesatuan republik Indonesia. Sehubungan dengan itu, Hadjon⁶⁷ mengatakan bahwa pengakuan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia dikatakan bersumber dari Pancasila, karena secara intrinsik melekat pada Pancasila dan seyogyanya memberi warna dan corak serta isi Negara hukum yang berdasarkan Pancasila.

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 serta dalam pasal 3 ayat (2) UU No 39 tahun 1999 tentang Hak asasi Manusia, ditemukan ketentuan yang menyatakan bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan perlakuan hukum yang adil serta mendapat kepastian hukum dan perlakuan yang sama di depan hukum. Dengan demikian setiap pencari keadilan berhak mendapat perlindungan hukum dalam arti berhak atas perlakuan yang adil dan perlakuan yang sama di hadapan hukum.

⁶⁶ Moch. Koesnoe, *Nilai-nilai Dasar Tata hukum nasional*, editor Artidjo Alkostar, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta. 1997, hlm 36-37

⁶⁷ Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm 20.

Ketentuan pasal 28D ayat (1) UUD 1945 serta UU No. 39 Tahun 1999 merupakan penjabaran dari pembukaan UUD 1945 dalam hal ini alinea keempat, yang di dalamnya terdapat falsafah Negara yakni Pancasila.⁶⁸ Oleh Sundari⁶⁹ dikatakan bahwa pasal-pasal dalam UUD 1945 termasuk yang menyangkut pasal-pasal tentang hak asasi manusia merupakan penjabaran dari asas-asas Pancasila yang merupakan satu kesatuan dari asas Ke-Tuhanan, asas perikemanusiaan dan asas perikeadilan, asas kebangsaan (sila ketiga), asas kerakyatan, dan asas keadilan sosial.

Perlakuan yang sama dalam proses peradilan merupakan perwujudan hak asasi manusia sebagaimana diatur dalam pasal 28D ayat (1) UUD 1945 serta pasal 3 ayat (2) UU No. 39 tahun 1999. Perlakuan yang sama tersebut merupakan penjabaran dari asas Pancasila, terutama asas perikemanusiaan dan perikeadilan serta keadilan sosial. Apabila uraian di atas dikaitkan dengan perlindungan hukum terhadap pencari keadilan dalam kehidupan bermasyarakat, maka hukum harus melindungi para pencari keadilan dan menjadi sarana menyelesaikan setiap permasalahan yang diajukan kepadanya berdasarkan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum dan sekaligus sebagai dasar Negara serta UUD 1945 dan peraturan organiknya yaitu UU No. 39 tahun 1999. Sebagai dasar Negara maka pancasila harus ditempatkan pada kedudukan yang paling tinggi serta harus menjiwai seluruh proses pembentukan dan pelaksanaan hukum.

Darmodiharjo dan shidarta⁷⁰ menjelaskan bahwa “aturan-aturan hukum yang diterapkan dalam masyarakat harus mencerminkan kesadaran dan rasa keadilan sesuai dengan falsafah hidup bangsa Indonesia, yaitu Pancasila”. Dari

⁶⁸ Notonagoro, *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, cetakan keempat, CV Pantjuran Tujuh, Jakarta. 1974 hlm 13, 23

⁶⁹ Elisabeth Sundari, *Modifikasi Prosedur Class Action di Indonesia Melalui Pendekatan Keadilan dan Efisiensi*, Disertasi, Program Pascasarjana Fakultas Hukum, UGM, Yogyakarta. 2010, hlm 144

⁷⁰ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum: apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, cetakan V, Gramedia Pustaka Umum, Jakarta, 2004, hlm 230

segi jenisnya, oleh Hadjon⁷¹ dan sulasno⁷² dikatakan bahwa perlindungan hukum dapat dibedakan atas dua jenis yaitu perlindungan hukum pasif dan perlindungan hukum aktif.

Perlindungan hukum pasif yaitu tindakan-tindakan yang memberi pengakuan dan jaminan dalam bentuk pengaturan dan kebijakan yang berkaitan dengan hak-hak asasi manusia. Perlindungan hukum aktif yaitu tindakan yang berkaitan dengan upaya pemenuhan hak-hak asasi manusia. Perlindungan hukum yang aktif dapat dibedakan menjadi dua yaitu perlindungan hukum preventif dan perlindungan hukum represif.

Perlindungan hukum preventif, yaitu bentuk perlindungan yang memberikan kesempatan kepada rakyat untuk mengajukan keberatan atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitive. Perlindungan hukum preventif ini dikenal juga sebagai bentuk perlindungan hukum yang bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa. Perlindungan hukum yang represif merupakan bentuk perlindungan hukum yang bertujuan untuk menyelesaikan sengketa berupa tuntutan kepada pemerintah yang menimbulkan kerugian.

Berdasarkan uraian di atas, dapatlah dikatakan bahwa perlindungan hukum selain merupakan perlindungan kepentingan manusia, juga merupakan pengakuan dan jaminan akan hak-hak asasi manusia. Perlindungan hukum merupakan *condition sine quo non* atau syarat mutlak penegakan hukum. Dikatakan demikian karena tujuan pemeriksaan suatu perkara di pengadilan adalah menegakkan dan memulihkan kembali hukum atau hak-hak para pihak yang telah dilanggar. Salah satu tujuan dari penegakan hukum tersebut adalah tercapainya keadilan. Hakim harus mengadili menurut hukum dan keadilan karena yang harus

⁷¹ Philipus M. Hadjon, *Op. cit.*, hlm 2-3

⁷² Sulasno, *Perlindungan Hukum Bagi Pengarang Dalam Penerbitan Hukum Antara Pengarang dengan CV Sahabat Klaten*, Tesis, Magister Hukum Bisnis Program Pascasarjana UGM, Yogyakarta, 2002, hlm 26-27

ditegakkan dalam mengadili suatu perkara adalah hukum dan yang harus ditegakkan oleh hukum adalah keadilan.

Meskipun hukum dan keadilan tidaklah identik,⁷³ akan tetapi keduanya tidak dapat dipisahkan. Mengadili menurut hukum saja, akan tetapi bertentangan dengan keadilan sebagai tujuan dari hukum maka tidak akan ada artinya. Radbruch sebagai pencetus *Idee des Rechts*, mengatakan bahwa cita hukum yang utama adalah keadilan⁷⁴

Pasal 1 butir 1 dan pasal 2 ayat (3) UU No. 48 Tahun 2009 ditentukan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka untuk menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan UUD RI tahun 1945, kemudian dipertegas oleh pasal 2 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009, bahwa peradilan dilakukan “Demi Keadilan Berdasarkan Ke-Tuhanan yang Maha Esa”. Ketentuan pasal 2 ayat (1) ini sekaligus menjadi kepala putusan pengadilan di seluruh Indonesia. Tanpa kepala putusan tersebut, maka putusan pengadilan tersebut tidak mempunyai kekuatan eksekutorial. Selain itu, bentuk perlindungan hukum yang lain dapat dilihat pada ketentuan pasal 374 ayat (1) HIR, Pasal 702 ayat (1) Rbg, pasal 33-34 Rv, pasal 157 KUHP serta pasal 17 ayat (3 sd 5) UU No. 48 Tahun 2009 yang menentukan bahwa seorang hakim wajib mengundurkan diri jika mempunyai kepentingan atau mempunyai hubungan keluarga dengan salah satu pihak. Meskipun hakim dilarang memihak, namun dalam menjatuhkan putusan hakim harus tetap memihak pada pihak yang benar.⁷⁵

Penegakan hukum baik privat maupun publik harus memperhatikan tiga unsur yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Ketiga unsur ini menjadi tujuan pembentukan hukum, tetapi untuk memenuhi tujuan ini hukum harus memiliki fungsi untuk menjamin tujuan tersebut terlaksana. Fungsi hukum

⁷³ Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm 74

⁷⁴ Kurt Wilk, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Harvard University Press, Cambridge, 1950, hlm 73.

⁷⁵ Andi Hamzah, *Pengantar hukum Acara Pidana Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta. 1990, hlm 104

disini adalah sebagai perlindungan kepentingan manusia.⁷⁶ Sesungguhnya baik tujuan ataupun fungsi hukum saling mengisi satu sama lainnya mereka saling tergantung. Fungsi hukum merupakan sarana untuk mencapai tujuan hukum begitupun sebaliknya tujuan hukum dapat pula menjadi akses untuk menciptakan fungsi hukum.

C. Hakekat Perlindungan Hukum dalam Pemberlakuan Suatu Hukum

Hukum privat maupun hukum publik tidak dapat diberlakukan serta merta tanpa melihat hakekat perlindungan hukum yang terkandung dalam aturan hukum tertentu. Hakekat adalah wajah yang sebenarnya atau intisari dari suatu hal yang bisa berupa benda, keadaan, peristiwa dan sebagainya. Secara komplementatif hukum dapat berupa perintah (motivasi), janji, dan izin yang diterima akal manusia yang berfungsi dan bertujuan untuk kepentingan umum. Karena itu hukum secara reflektif adalah tulang punggung untuk mewujudkan keserasian dan kestabilan dalam pergaulan hidup bermasyarakat yang kemudian mampu memberikan perlindungan pada semua komponen hukum dalam suatu negara. Perlindungan yang diciptakan oleh hukum memberikan rasa keadilan pada setiap individu pengguna hukum sehingga terjadi sinergitas antara keduanya yaitu subjek hukum dan hukum. Pada akhirnya hukum memperoleh dukungan penuh dari masyarakat yang mengakui validitas sebagai norma tertinggi dalam pergaulan hidup bermasyarakat.

Hal ini hanya akan terjadi apabila prinsip-prinsip jati diri individu yang paling mendasar mampu dipahami oleh hukum sehingga norma dapat berpelukan mesra sebagai suatu kesatuan yang tidak terpisahkan. Hukum tertinggi yang bisa disebut *ground norm* bangsa Indonesia yaitu Pancasila diisi muatan nilai spiritual, material religius, moral, individual serta sosial yang merupakan nilai ke-Tuhanan

⁷⁶ Sudikno Mertokusumo & A. Pitlo *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti Bandung, 2013, hlm 1

dan kemanusiaan memberikan landasan pergaulan hidup bermasyarakat yang menjunjung tinggi hakekat eksistensi hukum.

Pancasila sebagai norma tertinggi yang menjunjung tinggi hukum salah satunya menempatkan perlindungan hukum pada point terpenting telah dijabarkan dalam ketentuan Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa “setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”. Kemudian pada Pasal 28 I ayat (2) UUD 1945 juga menyatakan “setiap orang berhak terhindar dari pelakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.”

Perlindungan hukum identik pula dengan perlindungan hak warga melalui hukum yang adil. Perlindungan terhadap warga ini dapat berupa kepastian pelaksanaan kepentingan individu mereka tanpa perlu mencemaskan hal-hal yang akan berbenturan dengan hukum. Negara dapat dikatakan sebagai negara hukum apabila hukum dijemakan ke dalam aturan main yang menjaga dan memelihara perlindungan setiap individu yang bermukim dalam wilayahnya.

Jhon locke dalam karyanya “*Second Tratise of Geverment*, mengisyaratkan tiga unsur bagi suatu negara hukum sebagai berikut:

- “1. Adanya hukum yang mengatur bagaimana anggota masyarakat dapat menikmati hak asasinya dengan damai;
2. Adanya suatu badan yang dapat menyelesaikan sengketa yang timbul di bidang pemerintahan;
3. Adanya badan yang tersedia diadakan untuk penyelesaian sengketa yang timbul di antara sesama anggota masyarakat.”⁷⁷

Berdasarkan teks di atas Jhon Locke menempatkan pengaturan individu terhadap hak asasinya secara bebas bisa dapat terpenuhi melalui perangkat hukum yang membolehkannya artinya tiap individu dijamin pelaksanaan

⁷⁷ <http://hukum-on.blogspot.com/2012/06/pengertian-supremasi-hukum-dan.html> diakses pada hari Kamis, tanggal 14 Mei 2015. Pukul 14. 52 WIB

kepentingannya sehingga akan bermuara pada perlindungan hukum. Dalam hukum seseorang bisa menjalankan kepentingannya bahkan hukum tampil sebagai supremasi dengan muatan-muatan nilai yang sesuai dengan perasaan hukum subjek hukum suatu negara.

Hukum yang bersinergi dengan muatan nilai-nilai yang dianut masyarakat akan terangkat ke tempat tertinggi sehingga tercipta supremasi hukum yang pada akhirnya menciptakan pula penghormatan terhadap supremasi hukum tersebut. Perlu diingat penghormatan terhadap supremasi hukum tidak hanya dimaksudkan dalam menggalakkan pembangunan dan pembentukan hukum berupa peraturan perundang-undangan akan tetapi mengupayakan pembentukan hukum yang sungguh-sungguh dapat diberlakukan dan dilaksanakan sehingga hukum berfungsi sebagai sarana control penggerak segala bentuk perbuatan individu dalam pergaulan hidup bermasyarakat.

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 prinsip persamaan di hadapan hukum (*equality before law*) yang berlandaskan keadilan. Pada masyarakat perlindungan hukum yang merupakan salah satu substansi supremasi hukum telah dimaknai secara tidak tepat. Perlindungan hukum sebagai bagian dari supremasi hukum hanya diperuntukkan pada tindakan represif saja. Apabila ini yang dipahami maka perlindungan hukum akan diarahkan pada ranah hukum publik saja padahal perlindungan hukum dalam ranah hukum privat pun dibutuhkan sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari penegakan hukum.

Pemaknaan perlindungan hukum yang demikian ini sangatlah sempit mengingat perlindungan hukum dalam kehidupan manusia tidak selalu menjadi kewajiban aparat hukum yang merupakan perwakilan negara dalam penegakannya seperti kepolisian dan kejaksaan tetapi terdapat pula kepentingan–kepentingan individu dalam ruang lingkup privat yang hanya diselesaikan antara individu dimana kepentingan individu ini masih memerlukan perlindungan hukum dalam arti kepentingan mereka tidak terhalang oleh hukum seperti keinginan melakukan perbuatan hukum .

Kehendak melakukan perbuatan hukum harus mendapat respon dari hukum melalui lembaga kecakapan hukum. Oleh karena itu maka kecakapan 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 kemanfaatannya. 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.⁷⁸ Oleh karena itu penting untuk memahami hakekat tujuan hukum dibentuk yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian. Ketiga hakekat tujuan hukum ini adalah bagian tubuh dari hukum yang saling membutuhkan satu sama lainnya. Penerapan ketiga tujuan ini dirasakan sulit tidak hanya oleh pengguna hukum saja tetapi kesulitannya dirasakan pula oleh hakim. Dalam pengambilan putusan ketiganya mengalami *antinomi* sehingga terjadi tarik menarik antara ketiganya.

⁷⁸ 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

Hal senada diutarakan oleh Ach. Tahir yang menyatakan:

“Hakim di dalam memutuskan perkara kemungkinan besar akan berhadapan dengan berbagi antinomi. Antinomi adalah konflik kepentingan hukum yang didasari prinsip keadilan dari masing-masing pihak yang merasa dirugikan. Hakim dalam menjatuhkan putusan harus mengandung tiga unsur (kepastian, kemanfaatan dan keadilan) secara proporsional. Apabila hakim berhadapan konflik antara keadilan dan kepastian hukum serta kemanfaatan maka unsur keadilanlah yang seharusnya didahulukan. Apabila hakim berhadapan dengan konflik antara Undang-undang yang lama dengan yang baru dan Undang-undang yang tidak baru tidak mencabut Undang-undang yang lama, maka yang berlaku adalah Undang-undang yang tingkatannya lebih tinggi (*lex superior derogate legi inferiori*). Apabila hakim berhadapan dengan konflik antara Undang-undang dengan putusan pengadilan, yang berlaku adalah putusan pengadilan (asas *res judicata pro veritate habetur* atau putusan hakim harus dianggap benar). Apabila hakim berhadapan dengan konflik antara Undang-undang dengan hukum kebiasaan, maka hukum kebiasaan yang didahulukan.”⁷⁹

Penulis lain Soedikno Mertokusumo mengemukakan pula bahwa:

“kemungkinan hakim dalam memutus perkara akan berhadapan dengan konflik antara unsur kepastian hukum, kemanfaatan, dan unsur keadilan. Apabila konflik ini terjadi maka hakim dituntut untuk betul-betul cermat melihat persoalan dan perkembangan masyarakat serta sebelum memutus, hati nurani hakim disini sangat urgen”.⁸⁰

Antinomi yang terjadi antara ketiga unsur di atas adalah antinomi nilai yang tidak boleh diartikan sebagai pertentangan sebagai musuh diantara satu sama lainnya yang saling membenci tetapi pertentangan diartikan diibaratkan perselisihan antara sepasang muda mudi yang walaupun berselisih tetapi masih saling membutuhkan sebagai sepasang jodoh dari Ilahi.

M. Fernando M. Manulang menyatakan bahwa :

“Walau norma-norma hukum itu dapat beroperasi secara berlawanan, namun tidak berarti ia akan beroperasi secara logis kontradiktif, seperti pengertian

⁷⁹ Ach. Tahir, *Problematika Hakim dalam Menghadapi Antinomi*, Jurnal Supremasi Hukum, Volume 1, Nomor 1, Juni 2012, hlm 1

⁸⁰ Soedikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Edisi Kedua, Cetakan Pertama, Liberty, Yogyakarta, 2000, hlm 26

antinomi yang diberikan oleh Black. Nilai bisa saling bersitegang tetapi ketegangannya tidak menurut metode-metode yang logis, melainkan ketegangan dalam perenungan (refleksi) filosofis. Oleh sebab itu antinomi nilai disini bukan dikembangkan dari pengertian antinomi kontradiksi) menurut Black, mengingat nilai-nilai yang antinomi disini hanya direfeksikan secara filosofis. Antinomi disini memersoalkan ada nilai-nilai berpasangan yang bersitegang secara filosofis dalam rangka mencari suatu harmoni diantaranya.⁸¹

Pada dasarnya antinomi merupakan dua hal yang berbeda namun saling melengkapi oleh karena itu dalam menghadapi antinomi seseorang diharapkan menciptakan keseimbangan antara keduanya.

Friedman dalam Elisabeth Nurhaini Butabutar menyatakan bahwa:

“terjadinya antinomi adalah karena berdasarkan teori, hukum berada di antara filsafat hukum dengan ilmu politik. Ini disebabkan karena pada dasarnya fungsi politik hukum adalah memilih nilai-nilai dan menerapkannya pada hukum yang dicita-citakan sedangkan filsafat hukum merupakan perenungan dan perumusan nilai-nilai hukum. Akibat dari teori hukum terletak di antara filsafat hukum dengan politik hukum, maka timbul persoalan-persoalan baru yang pada satu sisi lainnya berkaitan dengan politik yang saling bertentangan.”⁸²

Pemahaman antinomi yang memisahkan penuh ketiga tujuan hukum tidak menemukan hakekat perlindungan hukum dalam suatu aturan tetapi hanya menciptakan perbedaan tanpa harmonisasi ketiganya. Demi menjaga hakekat perlindungan maka harmonisasi ketiga tujuan hukum perlu dilakukan melalui memahami terlebih dahulu sifat-sifat asas hukum karena dengan asas merupakan landasan setiap peraturan sehingga memberikan perlindungan hukum bagi setiap individu.

⁸¹ E. Fernando M. Manullang, *Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nilai*, Penerbit Kompas, hlm 23
https://books.google.co.id/books?id=2iWgzAf45IEC&pg=PA23&lpg=PA23&dq=antinomi+menurut+soedikno&source=bl&ots=0n599VQydc&sig=D_jSQ3T7_l5G-gczsWG2GU5He-o&hl=id&sa=X&ei=q8ZWVZyVMs7V8gWcgYKYAg&redir_esc=y#v=onepage&q=antinomi%20menurut%20soedikno&f=false

⁸² Elisabeth Nurhaeni Butarbutar, *Kebebasan Hakim Perdata dalam Penemuan hukum dan Antinomi dalam Penerapannya*, Jurnal Mimbar Hukum, Volume 23, Nomor 1 Februari 2011, hlm 72

Muhammad Ikhwan menyatakan bahwa:

“sifat-sifat asas hukum dapat dijabarkan ke dalam tujuh sifat yaitu: 1). Umum. Umum berarti berlaku pada suatu peristiwa khusus saja, namun berlaku umum. Contoh : kebebasan berkontrak.

2). Abstrak.

Pada umumnya tidak dituangkan dalam peraturan atau pasal yang kongkrit. Contoh: setiap orang dianggap tahu akan Undang –undang.

3). Fleksibel

Memberikan peluang penyimpangan atau pengecualian. Adanya penyimpangan atau pengecualian tersebut justru memperkokoh eksistensi peraturan umum tersebut, karena pada dasarnya peraturan yang baik memberikan peluang untuk pengecualian, sehingga tidak kaku. Contoh kasus: kita mengenal asas *lex superior derogate legi inferiori* (peraturan lebih tinggi melumpuhkan peraturan lebih rendah). Di dalam Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1990 (perubahan atas peraturan pemerintah Nomor 10 tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil) ada ketentuan yang bertentangan dengan Undang- undang Nomor 1 Tahun 1974. Dalam kasus ini, kepastian hukum harus mengalah terhadap kepentingan yang lebih luhur yaitu menghormati martabat wanita. Dalam kehidupan sehari – hari tidak jarang terjadi konflik antara kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Konflik ini dikenal sebagai antinomi.

4). Tidak mengenal hierarki.

Apabila terjadi konflik antara asas maka asas tersebut tetap eksis atau tidak ada asas yang meniadakan asas lain

5). Merupakan sebagian cita-cita manusia

Setiap orang mempunyai kewenangan yang selalu terancam. Dengan demikian orang menginginkan kepentingannya terlindungi, sehingga dibutuhkan peraturan hukum yang melindungi kepentingan tersebut. Contoh: setiap orang dianggap tahu akan Undang-undang. Cita-citanya dengan mengetahui hukum orang tidak akan berbuat hal-hal yang dapat mengancam kepentingan orang lain.

6). Persangkaan

Sebagai cita-cita dari manusia, asas tidak merupakan suatu kenyataan, makas asas sekaligus merupakan persangkaan-persangkaan, sehingga dalam hukum banyak dijumpai persangkaan. Contoh: setiap orang dianggap tahu Undang-undang.

7). Dinamis

Berkembang dalam waktu dan tempat secara berkelanjutan (terpengaruh waktu dan tempat)⁸³

⁸³ Muhammad Ikhwan, *Kaedah Hukum dalam Arti Luas*, Materi Kuliah Teori Hukum Pada Magister Hukum UGM oleh Prof. Dr. RM. Soedikno Mertokusumo,

Pembatasan kecakapan bertindak merupakan salah satu aspek perlindungan hukum kepada pihak yang belum mampu menyadari perbuatan dan luas akibat hukum dari perbuatannya. Hal ini karena suatu perjanjian dapat dijadikan dasar hukum yang kuat untuk menegakkan perlindungan hukum bagi para pihak. Hukum memberikan perlindungan hukum bukan kepada salah satu pihak saja dalam suatu perjanjian tetapi kedua belah pihak.

Subjek hukum tidak cakap atau *on bekwaam* yang melakukan perjanjian kemungkinan besar mengalami kerugian sebab perbuatan yang dilakukannya pada waktu dia belum cakap bertindak belum mampu diketahui luas akibat hukumnya. Di sisi lain saat perjanjian yang dilakukan oleh orang tidak cakap bertindak akan menjadi bukti bagi pihak lawan janjinya untuk menuntut pemenuhan prestasi tanpa memperhatikan kerugian yang diterima oleh lawan janjinya yang tidak cakap bertindak. Pada peristiwa inilah perlindungan hukum hanya terjadi pada orang yang cakap bertindak saja tetapi tidak melindungi orang yang tidak cakap bertindak sebagai lawan janjinya, sehingga hukum memberikan pembatasan gerak-gerik yang tidak cakap bertindak dalam melakukan perbuatan hukum. Pembuat hukum melakukan pembatasan tersebut melalui cara perwakilan orang tua atau dari orang yang tidak cakap bertindak. Pemaparan di atas menjelaskan bahwa konsekwensi perlindungan hukum pada orang yang tidak cakap melakukan perbuatan hukum adalah melalui larangan melakukan perjanjian secara mandiri atau langsung sebagai pihak janji dan menciptakan lembaga kekuasaan orang tua dan perwalian.

Pemahaman hakekat perlindungan hukum perlu diuraikan mengenai teori-teori yang berkaitan dengan perlindungan hukum. Salmond memberikan pemahaman perlindungan hukum dengan berorientasi pada tujuan. Menurutnya untuk mencapai perlindungan hukum maka hukum bertujuan mengintegrasikan dan

mengkoordinasikan berbagi kepentingan dalam masyarakat karena dalam suatu lalu lintas kepentingan, perlindungan terhadap kepentingan tertentu dapat dilakukan dengan cara membatasi berbagi kepentingan di lain pihak. Adapun kepentingan hukum adalah mengurus hak dan kepentingan manusia, sehingga hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia yang perlu diatur dan dilindungi.

Perlindungan hukum harus melihat tahapan yakni perlindungan hukum lahir dari suatu ketentuan hukum dan segala peraturan hukum yang diberikan oleh masyarakat yang pada dasarnya merupakan kesepakatan masyarakat tersebut untuk mengatur hubungan perilaku antara individu dalam pergaulan hidup bermasyarakat. Satjipto Rahardjo membahas perlindungan hukum mengemukakan bahwa perlu tersedia pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar tidak dapat menikmati semua hak – hak yang diberikan oleh hukum.⁸⁴

Menurut Philipus M. Hadjon perlindungan hukum pada setiap subjek hukum dapat dibedakan dalam dua tindakan pemerintah yaitu *pertama*, tindakan pemerintah yang bersifat *preventive* dan *kedua*, tindakan pemerintah yang bersifat *resprensive*.⁸⁵ Perlindungan hukum yang *preventive* bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa yang mengarahkan tindakan pemerintah bersikap berhati-hati dalam pengambilan keputusan berdasarkan diskresi dan perlindungan yang reprensif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa termasuk mencegah penyelesaian sengketa di lembaga peradilan.⁸⁶

Lili Rasjidi mengemukakan bahwa hukum difungsikan untuk mewujudkan perlindungan yang sifatnya tidak sekedar adaptif dan fleksibel melainkan juga

⁸⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm 54

⁸⁵ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia*, PT. Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm 2

⁸⁶ Maria Alfons, *Implementasi Perlindungan Indikasi Geografis Atas Produk-produk Masyarakat Lokal dalm Perspektif Hak Kekayaan Intelektual*, Universitas Brawijaya, Malang, 2010, hlm 18

prediktif dan antipatif.⁸⁷ Perlindungan hukum merupakan gambaran dari bekerjanya fungsi hukum untuk mewujudkan tujuan-tujuan hukum yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan kepada setiap individu berdasarkan aturan main yang bersifat pencegahan dan bersifat menanggulangi yang diimplementasikan dalam peraturan hukum konkret maupun peraturan yang tidak tertulis seperti kebiasaan, adat dan sebagainya.

Setiap individu pada prinsipnya memiliki hak dalam mengakses perlindungan hukum. Setiap hubungan hukum baik privat maupun publik perlu mendapatkan perlindungan hukum. Oleh karena itu perlindungan hukum memiliki pula jumlah plural dalam pergaulan hidup bermasyarakat. Dalam dunia akademik maupun praktisi sangat jarang dijumpai pembahasan perlindungan hukum dalam aspek hukum privat tetapi kebanyakan perlindungan hukum hanya seputar hukum public saja. Hal ini dikarenakan hukum publik lebih rawan terjadi gesekan-gesekan yang menyebabkan terganggunya kehidupan dalam kepentingan umum dan berimplikasi pada terganggunya kestabilan negara sehingga negara lebih cenderung membuat aturan di bidang hukum publik. Kembali pada persoalan kecakapan bertindak, maka pemberian kriteria cakap bertindak dalam hukum merupakan upaya perlindungan terhadap anak yang perlu secara terus menerus diupayakan demi tetap terpeliharanya kesejahteraan anak, mengingat anak merupakan salah satu aset berharga bagi kemajuan suatu bangsa di masa akan datang. Kualitas perlindungannya tidak boleh didiskriminasi terhadap orang dewasa karena tidak sesuai dengan prinsip hukum nasional kita “*equality before the law*” oleh karena itu negara bersama-sama masyarakat bekerjasama saling memberikan perlindungan hukum agar dalam melakukan hubungan hukum dengan pihak lainnya si anak tidak menjadi objek yang dirugikan.

⁸⁷ Lili Rasjidi dan I. B Wisa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rusdakarya, Bandung, 1993, hlm 118

Prinsip perlindungan hukum bertumpu pada konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia karena menurut sejarah lahirnya konsep tersebut diarahkan pada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah. Aspek dominan dalam konsep barat tentang hak asasi manusia menekankan eksistensi hak dan kebebasan yang melekat pada kodrat manusia dan statusnya sebagai individu di atas negara dan di atas segala-galanya yang sifatnya mutlak dalam artian tidak boleh diganggu-gugat.⁸⁸

Setiono mengemukakan, hukum adalah tindakan atau upaya untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sewenang-wenang oleh penguasa yang tidak sesuai dengan aturan hukum untuk mewujudkan ketertiban dan ketenteraman sehingga memungkinkan manusia untuk menikmati martabatnya sebagai manusia.⁸⁹

Konsep perlindungan hukum tidak hanya ditemukan dalam teori hukum barat tetapi dapat pula ditemukan dalam teori hukum Islam. Dalam teori hukum Islam yang diakui oleh kalangan para ulama dikenal “*Maqoshid al Syariah*” yaitu tujuan hukum Islam mengatur lima perlindungan sebagai tonggak eksistensi manusia. Kelima hal yang dilindungi tersebut adalah agama, (akidah), nyawa, asal nasab atau harga diri, dan harta benda.⁹⁰ Lebih lanjut diuraikan bahwa dalam hukum Islam tidak diakui keutamaan atas dasar kelahiran, kebangsaan atau faktor-faktor lain sebagaimana terjemahan hadist Rasulullah SAW yaitu “ Semua manusia adalah sama seperti gigi sisir. Bangsa Arab tidak lebih tinggi dibanding bangsa non Arab kecuali dalam hal ketaqwaan”.⁹¹

⁸⁸ Ray Pratama Siadari, *Teori Perlindungan Hukum*, <http://raypratama.blogspot.com/2015/04/teori-perlindungan-hukum.html> diakses pada hari Sabtu Tanggal 16 Mei 2015. Pukul 16.13 WIB

⁸⁹ Setiono, *Rule o Law (supremasi hukum)*, Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Sebelas Maret, 2004, hlm 3 dalam Ray Pratama Siadari, *Ibid*.

⁹⁰ Perlindungan HAM dalam Hukum Pidana Islam, <http://hukum012.blogspot.com/2009/10/perlindungan-ham-dalam-hukum-pidana.html> diakses pada hari Sabtu, tanggal 16 Mei 2015. Pukul 15. 45

⁹¹ *Ibid*

Indonesia sudah tujuh belas tahun mengalami era reformasi tetapi selama era reformasi ini hukum di Indonesia masih mengalami ketertinggalan apabila dibandingkan dengan politik dan ekonomi. Ketertinggalan hukum ini dalam era reformasi karena tidak bekerjanya tiga unsur hukum secara baik dimana diketahui bahwa untuk mengukur kinerja hukum dapat dinilai dari tiga hal yaitu *pertama* substansi hukum. Hal ini terkait dengan isi dalam perundang-undangan. *Kedua*, institusi hukum. Dan *ketiga*, adalah kinerja lembaga hukum.⁹² Gambaran ini menjelaskan perlu ada pembaharuan hukum demi terselenggaranya hukum yang mampu bersenyawa dengan kebutuhan masyarakat sehingga dia memberikan perlindungan maksimal pada setiap subjek hukum yang memerlukannya.

Senada dengan itu Friedman mengemukakan bahwa hukum dalam penerapannya dipandang secara integral dalam suatu kesatuan utuh yang terdiri dari sub sistem. Ketiga sub sistem ini saling mempengaruhi yang terdiri dari tiga komponen yaitu *legal structure*, *legal substance*, dan *legal culture*.⁹³ Sebagai suatu penerapan hukum maka lembaga penegak hukum tidak dapat menyampingkan ketiga sub sistem tersebut. Ketiganya dapat dijelaskan sebagai berikut:

Pertama, komponen struktur hukum. Komponen ini meliputi semua instiusi hukum yang diciptakan oleh sistem hukum. Salah satunya adalah sistem peradilan perdata yang dijalankan oleh hakim perdata mulai tingkat Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung.

Kedua, komponen substantive adalah segala sesuatu yang merupakan keluaran dari suatu sistem hukum yang berupa seluruh aturan hukum, norma hukum, dan asas hukum baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Seluruh keluaran sistem tersebut harus mampu menciptakan perlindungan kepada setiap individu

⁹² Kompas.com, <http://nasional.kompas.com/read/2015/05/20/05390031/Pengamat.17.Tahun.Reformasi.Bidang.Hukum.Paling.Mengkhawatirkan>

⁹³ Lawrence. M. Friedmann, *The Legal Sistem: A sosial Science Perpspective*. Russel Sage, Foundation, New York, 1977, hlm 77

yang ingin menjalankan kepentingannya sebagai subjek hukum, termasuk membuat perjanjian dalam lapangan hukum harta kekayaan.

Ketiga, komponen budaya merupakan opini- opini, kepercayaan-kepercayaan atau kebiasaan-kebiasaan, cara berfikir serta bertindak dari setiap subjek hukum tentang hukum dan berbagi gejala yang berkaitan dengan hukum. Menurut Friedmann keberlakuan empiris dalam aspek legitimasi aturan hukum diletakkan dalam konteks budaya hukum sebagai suatu proses sosial. Pada penjelasan ini budaya hukum berfungsi sebagai suatu motorik perlindungan hukum demi mencapai keadilan yang terumus dalam sikap dan nilai yang ada hubungannya dengan hukum dan sistem hukum. Dalam dunia nyata penerapan hukum lebih cenderung menyampingkan aspek budaya hukum sehingga subjek yang akan menerapkan hukum lebih memilih menjalankan hukum berdasarkan teks Undang-undang. Keadaan ini menciptakan penghalang bagi subjek hukum tertentu yang hendak menjalankan kepentingannya.

Kepentingan yang terhalang pelaksanaannya oleh hukum menjadikan hukum tidak sesuai dengan kebutuhan masyarakat sehingga hukum pada kondisi demikian tidak mampu merespon keinginan masyarakat secara umum. Hal senada dikemukakan pula oleh Nonet dan Selznick yang menyatakan bahwa dalam pandangan hukum responsif hukum dijadikan sarana dalam menjawab ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi masyarakat umum. Hukum responsif membawa pula sifat yang terbuka terhadap fenomena-fenomena sosial sehingga sifat ini mendahulukan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial dengan satu tujuan yaitu mencapai keadilan melalui perlindungan hukum. Ciri khas hukum responsif adalah mencari nilai- nilai yang terkandung dalam peraturan dan kebijakan.⁹⁴ Menurut Nonet dan Selznick ukuran suatu hukum tidak terletak pada bunyi hukum secara kaku tetapi hukum yang baik adalah hukum yang

⁹⁴ Philipe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif*, Terj. Raisul Muttaqien, Nusa Media, Bandung, 2013, hlm 90

mengutamakan nilai- nilai asasi sejak pembentukan awal hukum tersebut. Pada setiap aturan hukum yang tertulis seyogyanya dilandasi oleh suatu nilai. Landasan inilah yang menciptakan tujuan pembentukan hukum. Dalam penerapan hukum, suatu aturan hukum tidak dapat diterapkan secara tekstual saja tetapi harus kembali melihat ke belakang hal –hal yang menjadi tujuan hukum tersebut.

Suatu sikap yang menganggap peraturan secara serius adalah suatu seni yang bersifat kasuistik dan suatu semangat pembelaan hukum yang ambigu.⁹⁵ Dalam hukum otonom terdapat doktrin "*due procces*" yang merupakan doktrin konstitusional yang memungkinkan hanya dipahami sebagai nama untuk sekumpulan peraturan yang dipaparkan secara historis yang memberikan perlindungan hak atas pemberitahuan, untuk didengar dalam persidangan dan hal-hal semacam itu. Doktrin *due procces* yang baku bertentangan dengan interpretasi yang lebih fleksibel yang memandang peraturan sebagai suatu yang terikat pada masalah dan konteks tertentu, dan berusaha mengidentifikasi nilai-nilai yang dipertaruhkan dalam perlindungan prosedural.

Menurut Nonet-Selznick dalam hukum otonom tercipta doktrin *due procces* yang menghendaki segala prosedural berdasarkan pada teks perundang-undangan dengan tidak membuka peluang terhadap penyimpangan-penyimpangan atau dengan kata lain proses harus mutlak sama dengan bunyi teks Undang- undang. Penerapan *due procces* secara absolute akan menciptakan aturan kaku sehingga kecakapan yang awalnya berfungsi perlindungan hukum berubah menjadi tidak melindungi.

Bagi Nonet dan Selznick yang terpenting adalah:

"Proses saling mempenaruhi (*interplay*) di antara aturan dan asas. Karena dalam proses inilah suatu sumber perubahan dibangun ke dalam tatanan hukum. Suatu peraturan agar tetap relevan dan bertahan hidup, meski bergantung pada kondisi- kondisi historis tepat. Ketika lingkungan berubah peraturan harus ditata ulang, bukan hanya untuk memenuhi kebutuhan

⁹⁵ *Ibid*, hlm 91

kebijakan namun untuk melindungi juga otoritas peraturan itu sendiri dan integritasnya ketika diaplikasikan.”

Penjelasan di atas hukum selalu bersinggungan dengan kegiatan masyarakat, hal ini berarti hukum memiliki tahapan-tahapan pemberlakuannya. Persinggungan hukum dengan kegiatan masyarakat merupakan tahapan aplikasi yang merupakan tahap sebelumnya yaitu tahap pembuatan yang dilakukan oleh para pembuat hukum sesuai dengan jenis hukumnya apakah itu jenis Undang-undang, Peraturan Pemerintah sampai peraturan yang lebih rendah. Masih mengikuti Nonet dan Selznick maka penulis melihat hukum sebagai bangunan yang akan dibangun oleh penggunanya. Sebagai suatu bangunan yang masih dalam rencana maka dia perlu penggambaran yang jelas. Pada umumnya para insinyur yang akan membangun terlebih dahulu merancang sebuah bangunan dalam hayalannya kemudian memasukkan hayalannya ke dalam sebuah gambar dan akhirnya dibuat bangunan sesuai gambar.

Proses pembentukan hukum pun lebih kurangnya seperti itu. Pertama- tama hukum terbentuk dari fenomena sosial yang tidak dapat diselesaikan secara alami dan berakibat membuat pergaulan individu dalam kehidupan bermasyarakat terganggu baik secara fisik maupun psikologi (keadaan kecewa yang hanya dirasakan batin). Selanjutnya fenomena ini dicarikan solusinya melalui mentransfer atau memindahkan fenomena tersebut ke alam fikiran manusia. Pada tahap ini fenomena tersebut merupakan simbol- simbol yang belum jelas penyelesaiannya. Pada saat berada di alam fikiran manusia, simbol tersebut dianalisa sedemikian rupa dengan sebuah logika sehingga menghasilkan kajian yang mampu diterima oleh akal. Dalam analisa ini simbol tersebut mengalami transformasi atau perubahan yaitu berubahnya simbol tersebut menjadi istilah atau pengertian atau nama yang berlabel hukum. Tetapi perlu diingat hasil analisa di alam logika ini kemungkinan menghasilkan pemikiran-pemikiran atau konsep hukum yang tidak berperikemanusiaan sehingga membuka peluang untuk

berlawanan dengan nilai-nilai baik dalam masyarakat secara umum. Oleh karena itu, untuk menghindari hal ini terjadi maka hasil analisa di alam logika harus ditimbang dengan hati agar menghasilkan konsep yang memihak pada prinsip-prinsip dasar eksistensi manusia. Langkah selanjutnya hasil analisa tersebut ditransfer kembali ke dunia nyata melalui rumusan atau teks hukum dan penerapan di lapangan.

Konsep pembentukan hukum di atas akan melahirkan hukum yang sejalan dengan nilai-nilai dan kebiasaan baik masyarakat serta menjadikannya hal yang tidak kaku karena ketika penerapannya ditemukan hal-hal yang tidak sesuai dengan kebutuhan masyarakat maka hukum tersebut dapat dimentahkan kembali dengan membuat *ius constituendum* (cita hukum).

Pemaparan ini senada dengan Allan C. Hutchinson⁹⁶ yang menguraikan pendapat Nonet dan Selznick sebagai berikut:

“a crystalized vision of such a responsive legal orders forms the core of the third modality of responsive law. building on the work of pound and the american realists, the authors attempt to construct an institutional framework for substantive justice. the task they designate to responsive law is to resolve the tension between openness and fidelity to law. indeed, all forms of law must face such a dilemma: repressive, autonomous, and responsive law can be understood as three responses to the dilemma of integrity and openness. the hallmark of repressive law is passive, opportunistic adaption of legal institutions to the sosial and political environment. autonomous law is a reaction against that indiscriminate openness.

Pendapat Allan C. Hutchinson di atas memberikan gambaran bahwa hukum responsif yang dicetuskan oleh Nonet dan Selznick merupakan sebuah kristalisasi hukum yang merupakan penjabaran dari teori atau pendapat pound dan aliran realis amerika. Mereka berusaha membangun konsep kelembagaan yang sesuai dengan

⁹⁶ Allan C. Hutchinson, *Books Reviewed Law And Society in Transition: Taward Responsive Law*. By Philippe Nonet and Philip Selznick. New York: Harper and Row, 1978 dalam Jurnal The American Journal of Jurisprudence, hlm 210. [https://apps.osgoode.yorku.ca/osgmedia.nsf/0/B7B7E3CB1C5678E5852571C4006340EE/\\$FILE/Review%20-%20Nonet&Selznick.pdf](https://apps.osgoode.yorku.ca/osgmedia.nsf/0/B7B7E3CB1C5678E5852571C4006340EE/$FILE/Review%20-%20Nonet&Selznick.pdf) diakses pada tanggal 21 Mei 2015. Pukul 11. 22 WIB

keadilan yang sejati atau keadilan yang sebenarnya. Tugas dari hukum responsif adalah menyelesaikan ketegangan-ketegangan yang terjadi antara keterbukaan hukum (hukum yang fleksibel) dan kepastian hukum yang bersifat sangat kaku.

Dengan demikian hukum responsif sejalan pula dengan perpaduan kepentingan dalam masyarakat. Jhering mengemukakan bahwa pada sebahagian hukum memang merupakan jiwa bangsa dan bagian lainnya adalah adaptasi dari luar yang dikarenakan pergaulan dengan bangsa lain atau dari dalam bangsa itu sendiri. Contohnya hukum Jerman bukanlah hukum yang asli tetapi sudah mendapatkan pengaruh dari hukum Romawi yang telah menyingkirkan hampir seluruh hukum Jerman lama sehingga hukum asli menjadi kabur dengan banyaknya pengaruh hukum Romawi itu. Hukum Romawi menurut Jhering merupakan bangunan hukum hasil fusi kepentingan yang memanfaatkan unsur-unsur luar yang berguna baginya.

Dari penjelasan di atas dapat diketahui bahwa hukum akan memiliki dampak kontekstual dalam arti ada kesesuaian bunyi pasal dan penerapan di lapangan hanya tercipta dengan jalan memadukan kebiasaan-kebiasaan suatu masyarakat kemudian menjadikan kebiasaan sebagai hukum. Dalam kebiasaan-kebiasaan masyarakat terdapat kepentingan-kepentingan yang saling menguntungkan. Hal inilah yang diakui Jhering sebagai hukum, jadi hukum disini terbentuk dari gabungan kepentingan yang dipraktekkan sehari-hari dan saling menguntungkan, tentulah kepentingan-kepentingan yang berdaya gunalah yang terbungkus dalam kebiasaan-kebiasaan yang akan diseleksi sebagai hukum. Lambat tapi pasti kepentingan yang berbeda antara satu anggota masyarakat akan terseleksi oleh masyarakat itu sendiri. Kecakapan bertindak yang diberlakukan sebagai syarat sah perjanjian merupakan persangkaan Undang-undang yang menetapkan bahwa orang cakap adalah orang dewasa, demi menjaga ketertiban maka Undang-undang perlu memberikan persangkaan tentang batasan umur orang yang dinyatakan dewasa.

Persangkaan Undang- undang, umur dewasa hanya diukur dalam pandangan umum artinya umur dewasa itu ditetapkan dengan mengambil sampel terbanyak. Hal ini berarti dalam kasus tertentu kecakapan yang ditautkan dengan kedewasaan kemungkinan tidak sesuai dengan persangkaan Undang- undang tersebut. Kemungkinan- kemungkinan yang terjadi memperkuat pendapat Jhering terhadap hukum. Teori Jhering mengungkapkan bahwa hukum terbentuk karena fusi kepentingan yang saling menguntungkan mengisi kevakuman persangkaan Undang- undang tersebut. Dalam perjanjian menabung yang dilakukan oleh anak dan Bank sebenarnya merupakan kasus khusus yang saya maksud di atas. Pada kasus ini anak yang berumur lima belas tahun sampai tujuh belas tahun sebenarnya telah mencapai kecakapan kognitif (berfikir).

Pernyataan tentang kecakapan pada umur lima belas tahun tersebut sejalan penelitian yang dilakukan oleh seorang peneliti bernama Irma Setyowati.⁹⁷ Dalam penelitian tersebut diterangkan bahwa kedewasaan seseorang telah tercapai pada usia lima belas tahun. Hal ini memberikan dukungan kepada subjek hukum yang berumur demikian untuk boleh melakukan perjanjian menabung secara mandiri (tidak melalui perwakilan orang tua atau wali) juga memberikan dukungan pada pendapat Jhering perihal hukum.

Keadaan dewasa yang diperoleh seseorang pada saat berumur lima belas tahun menjadikan menabung sebagai kebutuhan hidupnya dalam rangka manajemen keuangan pribadinya terutama bagi mereka yang telah terjun mandiri ke dunia kerja tanpa bergantung pada orang tua mereka lagi. Namun perlu dipahami bahwa kedewasaan ini bersifat kasuistik artinya berlaku pada sebagian individu saja dan perbuatan tertentu pula. Hal ini terjadi karena kedewasaan merupakan pengaruh dari aspek psikologi. Dalam aspek psikologi dijelaskan kematangan psikologi menurut Anderson memiliki ciri-ciri sebagai berikut: pertama, menerima kritik dan saran. Orang matang memiliki kemauan yang

⁹⁷ Irma Setyowati, *Op. Cit.*

realistis, paham bahwa dirinya tidak selalu benar, sehingga terbuka terhadap kritik-kritik dan saran- saran lain demi peningkatan dirinya. *Kedua*, pertanggungjawaban terhadap usaha- usaha pribadi. Orang yang matang mau memberi kesempatan pada orang lain untuk membantu usaha-usahanya yang tidak selalu dapat dinilainya secara sungguh- sungguh, sehingga untuk itu dia butuh bantuan orang lain, tetapi dia tetap bertanggung jawab secara pribadi terhadap usaha- usahanya. *Ketiga*, penyesuaian realistis terhadap situasi- situasi baru. Orang matang memiliki ciri fleksibel dan dapat menempatkan diri dengan kenyataan- kenyataan yang dihadapinya dengan situasi- situasi baru.

Ciri- ciri di atas dapat digambarkan bahwa kematangan seseorang tidak ditentukan oleh umur. Ciri pertama sampai ciri ketiga sejalan dengan perkembangan mental anak yang menjadi logis rasional sebagaimana yang dikemukakan oleh H. Abu Ahmadi & Munawar Sholeh, yang menyatakan bahwa:

“ pada usia sekolah sikap anak berubah dari egosentris menjadi sikap *zakelijk* objektif dan empiris berdasarkan pengalaman. Pada umur 13-14 tahun sikap anak berkembang menjadi logis rasional. Pada masa inilah emosional anak berkurang dan menonjolkan unsur intelek dan akal budi (rasio, pikir). Pada masa ini pula anak tidak dikuasai oleh dorongan implus-implus dalam perbuatan dan pikirannya sendiri tetapi lebih banyak dirangsang oleh stimulus- stimulus dari luar. Pada masa ini timbul keinsafan pada dirinya bahwa dirinya bisa bekerja dan ia sanggup menghasilkan prestasi.”⁹⁸

Pendapat H. Abu Ahmad dan Munawar Sholeh secara jelas mengungkapkan kemampuan berfikir dan kematangan seseorang adalah saat berumur tiga belas tahun. Hal ini ditunjukkan dari ungkapan mereka perihal berkurangnya emosional anak yang disertai penampakan unsur intelek dan akal budi yang lebih dominan pada umur tersebut. Penampakan yang lebih dominan tersebut disebabkan oleh rangsangan dari luar dirinya seperti lingkungan pergaulan sekitarnya sehingga melahirkan kesadaran pada dirinya untuk bekerja dan berprestasi. Kesadaran

⁹⁸ H. Abu Ahmadi dan Munawar Sholeh, *Op. Cit*

bekerja dan berprestasi merupakan akibat dari pergaulan anak dengan lingkungan sekitarnya, dengan demikian pergaulan dengan lingkungan sekitarnya merupakan kesempatan anak yang bisa diberikan kepada anak baik secara sengaja atau alamiah.

Hal ini menandakan bahwa kecakapan pada anak dapat tercipta secara buatan yaitu melalui kesempatan yang disengaja maupun secara alamiah yaitu melalui pergaulan dengan lingkungan sekitarnya tanpa proses kesengajaan misalnya anak yang karena himpitan ekonomi menjalani pekerjaan untuk membantu keuangan keluarganya.

Perlindungan hukum dalam sebuah peraturan akan menampakkan hakekatnya ketika substansi hukum tersebut seiring dengan perubahan sosial. Oleh karena itulah hukum perlu suatu substansi yang berlaku secara umum yang biasanya dikenal dengan nama norma kabur. Penciptaan norma kabur dalam sebuah substansi hukum diperlukan karena hukum perlu disesuaikan dengan perubahan sosial.

Abdul Ghofur Anshori memaparkan perubahan sosial sebagai berikut:

“perubahan sosial adalah inheren dengan masyarakat bahkan dapat dikatakan masyarakat itu sendiri adalah perubahan, tiada yang tetap kecuali perubahan itu sendiri. Masyarakat bergerak terus walaupun dalam intensitas yang sekecilnyapun. Pada awal abad ke -20 teknologi menjadi faktor dominan dari perubahan sosial. Diawali dengan berubahnya pada unsur-unsur sederhana yaitu instrument dalam pelbagai aspek kehidupan manusia. Instrument tradisional digantikan dengan instrument baru yang dianggap lebih efektif dan lebih efisien. Pada gilirannya akan berpengaruh terhadap pola berfikir, bersikap dan bertindak laku masyarakat bahkan akan merombak terhadap sistem dan struktur sosiokultural. Baik politik, ekonomi, budaya, termasuk di dalamnya bidang hukum.”⁹⁹

Perubahan- perubahan sosial yang terjadi dalam ruang lingkup masyarakat menjadikan hukum yang mensakralkan kepastian hukum bergerak lambat bahkan

⁹⁹ Abdul Ghofur Anshori, *Adaptabilitas Hukum Islam Terhadap Perubahan Sosial Kajian Mengenai Hukum Kewarisan*, Mimbar Hukum Volume 23 Nomor 3 2011, hlm 183

tertinggal dalam memenuhi atau mengatur setiap kegiatan manusia. Ketertinggalan pengaturan dalam hukum ini memaksa hukum untuk melakukan penyesuaian-penyesuaian di dalam dirinya sendiri sehingga hukum tidak memiliki kesan baik apabila dia cenderung mempertahankan stabilitas dan mementingkan formalisme. Dalam suatu negara hukum, ketertinggalan hukum dengan perubahan sosial merupakan hal yang lumrah terjadi karena pada dasarnya negara hukum lebih mengutamakan stabilitas dan formalisme. Akan tetapi hal ini justru membuktikan bahwa hukum juga memerlukan bantuan non hukum, disimilah terjadi konvergensi antara hukum dan ilmu-ilmu non hukum.

Pandangan filosofi dan sosiologis menganggap perubahan masyarakat ini menjadikan hukum berfungsi sebagai instrument untuk mempelancar interaksi sosial dan menurut Pound hukum berfungsi sebagai pengendali sosial. Dengan demikian perubahan sosial memerlukan penyesuaian-penyesuaian dan secara perspektif sosiologis hukum menjadi sarana untuk melahirkan kesesuaian nilai-nilai dalam masyarakat.¹⁰⁰ Demi mencapai esensialnya perlindungan hukum dalam penerapan kecakapan bertindak dalam hal menabung di bank maka penerapan ini sangat memungkinkan dikaitkan dengan kepatutan. Kepatutan dalam hukum perdata sudah diterapkan dalam penyelesaian kasus khususnya kasus- kasus perjanjian.

Berikut penerapan kepatutan dalam perjanjian dalam sebuah putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia perkara Nomor. 3431/K/Pdt/1985, tanggal 4 Maret 1987.¹⁰¹ Uraian putusan sebagai berikut:

“Mahkamah Agung Republik Indonesia Memutuskan bahwa bunga pinjaman sebesar 10 % per bulan terlalu tinggi dan bahkan bertentangan dengan kepatutan dan keadilan, mengingat tergugat seorang purnawirawan yang tidak berpenghasilan lain. Bahwa ketentuan dalam perjanjian untuk menyerahkan buku pembayaran dana pensiun sebagai “jaminan” juga bertentangan dengan

¹⁰⁰ Soerjono Soekanto, *Suatu Tinjauan Sosiologi Hukum Terhadap Masalah- masalah Sosial*, alumni, Bandung, 1982, hlm 245

¹⁰¹ Suharnoko, *Hukum Perjanjian: Teori dan Analisa Kasus*, Cetakan – 5, Kencana Prenadmedia Group, Jakarta, 2008, hlm 5

kepatutan dan keadilan. Bahwa tergugat selaku peminjam telah membayar bunga Rp. 400. 000,- dari jumlah pinjaman Rp. 540. 000,- bahwa dalam perkara ini Mahkamah Agung berwenang untuk menentukan *et aquo et bono* dalam arti patut dan adil. Maka bunga pinjaman ditetapkan 1 % per bulan, sehingga yang harus dibayar 10 bulan X Rp. 5. 000,- ditambah bunga Rp. 54.000,- jumlahnya Rp. 194.000,-“

Putusan Mahkamah Agung di atas memberikan inspirasi bahwa pelaksanaan hak dan kewajiban dalam sebuah perjanjian tidak selalu diselesaikan melalui teks perundang- undangan. Apabila para pihak dalam perjanjian diwajibkan mengikuti isi perjanjian berdasarkan ketentuan pasal 1338 BW maka kewajiban ini atau ketentuan pasal 1338 BW dapat disimpangi jika ternyata isi perjanjian tersebut menyimpang dari kepatutan dan keadilan.

Penyelesaian *legal problem* melalui aspek non hukum yaitu kepatutan dan keadilan membuktikan bahwa hukum memiliki sifat progresif sehingga hukum selalu siap menerima koreksi dari luar hukum. Berkaitan dengan kecakapan bertindak (*bekwaam heid*) sebagai salah satu syarat sahnya perjanjian maka demi memberikan perlindungan hukum pada subjek hukum belum cakap dalam prasaangkaan undang- undang diperlukan pula penerapan kepatutan dan keadilan pada kecakapan bertindak tersebut. Hal ini didasari bahwa hukum tertulis disusun dan bersifat secara sistematis yang berarti hukum tertulis memiliki hubungan antara satu pasal dengan pasal lainnya. Masing- masing pasal saling menopang dan saling mengisi kekurangan masing- masing.

Hilman Hadikusuma¹⁰² menyatakan:

“Sifat ilmu pengetahuan hukum atau singkatnya ilmu hukum adalah dogmatis dan sistematis. *Dogmatis* berarti berprasangka baik, perpedoman pada cara dan pendirian tertentu yang dianggap baik. Sistematis artinya kebulatan pengertian dimana yang satu bertautan dengan yang lain. Ada hubungan fungsi antara yang satu dan yang lain, sehingga istilah-istilah yang dipakai memberikan kesatuan pengertian yang mudah dipahami. Tentunya pengertian yang dimaksud

¹⁰²H. Hilman Hadikusuma, Bahasa Hukum Indonesia, Cetakan- 2, Alumni, Bandung, 1992, hlm 14

dipengaruhi oleh waktu tertentu dan dalam masyarakat tertentu serta lingkungan tertentu”

Sifat hukum yang sistematis ini memberikan kemudahan bahasa dalam memahaminya karena selalu dan selamanya terpengaruh oleh waktu sehingga istilah- istilah hukum sebagai bagian dari kebahasaan merupakan bagian dari ilmu pengetahuan hukum yang tidak pernah berhenti pada pengertian lama dengan kata lain istilah- istilah hukum dapat saja tidak berubah akan tetapi pengertiannya dapat berubah atau berkembang.¹⁰³ Pada pemahaman ini hukum tidak hanya merupakan uraian sebab dan akibat akan tetapi hukum memerlukan pula penafsiran. Penafsiran hukum harus hidup atau sesuai dengan kesadaran hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.¹⁰⁴

Hakekat dari perlindungan dalam hukum terletak pada berfungsi atau tidaknya suatu hukum yang dibuat oleh pemerintah. Fungsi hukum merupakan cerminan dari tujuan hukum sedangkan penjelmaan dari tujuan dan fungsi hukum adalah wujud dari kemampuan Negara menciptakan perlindungan kepada warganya.

1. Tujuan hukum dalam Menciptakan Perlindungan Hukum terhadap Subjek Hukum.

Dalam setisp literature hukum sudah lazim dijumpai materi tujuan hukum dalam bernegara. Tujuan hukum ini diatur dalam tiga teori utama teori etis, teori utilitas dan teori campuran.¹⁰⁵

a. Teori etis

Menurut teori ini tujuan hukum untuk mencapai keadilan. Keadilan yang dipahami oleh teori etis bukanlah keadilan undang- undang seperti yang anut oleh teori hukum murni melainkan keadilan substansial atau keadilan restorative.

¹⁰³ *Ibid*

¹⁰⁴ *Ibid*

¹⁰⁵ Handri Raharjo, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2009, hlm

Keadilan memiliki pemahaman yang berbeda beda tergantung pada sudut pandang seseorang. Sehingga keadilan kemungkinan tidak dapat diterapkan melalui perlakuan yang sama kepada setiap orang. Pada intinya keadilan merupakan perwujudan dari sifat kemakmuran masyarakat.

Kemakmuran sebagai perwujudan keadilan, terwujud melalui pemerintahan yang menghindarkan perilaku mereka dari perbuatan curang dan hidup bermewah mewahan sehingga berdampak pada kehancuran masyarakat seluruhnya.¹⁰⁶ Kemampuan pemerintah menghindarkan dirinya dari perbuatan curang tidak lepas dari pendidikan karakter mengenai kebenaran dan keberanian mengatakan sesuatu yang menyimpang dari kaidah kaidah yang berlaku dalam masyarakat. Pendidikan karakter dapat diselenggarakan oleh pendidikan tinggi karena pendidikan tinggi mencari kebenaran serta membela kebenaran.¹⁰⁷ Sri Redjeki Hartono bahkan menyatakan kajian hukum ekonomi dan hukum dagang tidak lepas dari sejauh mana hukum tersebut menerapkan tujuan utamanya yaitu keadilan¹⁰⁸

Teori keadilan secara umum yang kurang lebih menyatakan “masing-masing dengan pengorbanan atau input yang diberikan”, mengandung kekurangan karena tidak semua orang setuju terhadap pernyataan tersebut. Orang yang kehidupannya belum mapan tentu akan tidak setuju dengan rumusan: jika anda tidak bekerja, maka anda tidak mendapatkan sesuatu.¹⁰⁹ Keadilan tidak diwujudkan berdasarkan formalitas belaka. Terdapat banyak kasus yang diputus tidak mencerminkan substansi keadilan hukum.

Kaum positivistik beranggapan putusan putusan hukum dapat didedukasikan secara logis dari peraturan-peraturan yang sudah ada sebelumnya tanpa perlu merujuk kebijakan dan moralitas. Walaupun teks perundang- undangan memiliki

¹⁰⁶ Sri Bintang Pamungkas, *Pokok-pokok Pikiran tentang Demokrasi Ekonomi & Pembangunan*. Edisi 2. Yayasan Daulat Rakyat, 1996, hlm 17

¹⁰⁷ Antonius Atosokhi Gea, *Relasi dengan Sesama, Character Building II*, Elex Media Komputindo, Jakarta, hlm 104

¹⁰⁸ Sri Redjeki Hartono, *Evolusi Kajian Hukum Dagang menjadi Hukum Bisnis dan Hukum Ekonomi*. Dalam naskah pidato purna tugas Universitas DiPonegoro Semarang. Mei 2012, hlm 30

¹⁰⁹ C. George Boeree, *Psikologi*, Prismsophie, Yogyakarta, 2010, hlm 202

keterbatasan tapi bagi kaum positivistik teks undang-undang adalah hukum yang wajib diterapkan secara tekstual.

Mahkamah Konstitusi sebenarnya telah memberikan teladan yang sangat berharga terhadap bangsa mengenai penegakan hukum. Para hakim Mahkamah Konstitusi tidak mengikuti prosedur hukum formal tetapi mereka tergugah nasionalismenya dan mempraktekkan cara berhukum yang progresif.¹¹⁰ Ciri khas keadilan dan hubungan khusus dengan hukum lahir jika diamati bahwa sebagian besar kritik yang dibuat dalam hal adil dan tidak adil hampir sama baiknya disampaikan dengan kata adil dan tidak adil.

Prinsip umum dalam penerapan yang beragam terhadap keadilan adalah bahwa individu berhak dalam hal satu sama lain pada posisi relatif tertentu dari kesetaraan atau ketidaksetaraan. Prinsip ini harus dihormati dalam perubahan-perubahan kehidupan sosial ketika beban atau manfaat ada untuk dibagikan, ini juga adalah sesuatu yang harus dipulihkan jika terganggu.¹¹¹ Menurut Boere keadilan yang bersumber pada postulat bahwa orang yang tidak bekerja tidak mendapatkan sesuatu adalah pernyataan yang mecederai hati orang miskin, lanjut usia atau cacat. Apakah ketidakmampuan mereka sehingga mereka tidak patut memperoleh kebutuhan dasar? Bila mempertimbangkan hal tersebut maka sebaiknya aturan berbunyi “tiap orang diberi sesuai kebutuhannya”.

Keadilan Substantif dimaknai sebagai *Justice fairly administered according to rules of substantive law, regardless of any procedural errors not affecting the litigant's substantive rights*.¹¹² Keadilan diberikan sesuai aturan hukum yang substantif walaupun terdapat kesalahan prosedural yang tidak mempengaruhi hak substantif para pihak. Defenisi di atas memberikan penjelasan bahwa keadilan substantif adalah keadilan yang diberikan kepada setiap orang tanpa

¹¹⁰ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta, hlm 82

¹¹¹ Mohammad Nashihah dan Ronny F. Sompie, *Konsep Keadilan* (

¹¹² Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary, 8th Edition*, Thompson West Publishing Co, St. Paul hlm 881

memberlakukan prosedural secara kaku selama tidak mempengaruhi hak-hak substantif mereka. Kritik hukum selalu ditujukan terhadap tidak mencukupinya hukum sebagai sarana perubahan dan perwujudan keadilan substantif. Tanda bahaya yang bersifat konservatif mengenai terkikisnya otoritas, penyalahgunaan aktivisme hukum dan macetnya hukum dan ketertiban dikumandangkan dalam gerakan pembaruan kembali yang radikal yang berfokus pada mandul dan korupnya tertib hukum.¹¹³

Rawls menyatakan *Circumstance of justice*, Suatu rumusan yang berasal dari David Hume. Hume sendiri menyebut *Circumstance of justice* untuk memberikan gambaran bahwa keadilan baru merupakan keutamaan yang relevan hanya jika terjadi kelangkaan dan orang-orang tidak spontan tergerak dalam ikatan emosional untuk memberikan bantuan.¹¹⁴ Selanjutnya John Rawls mengemukakan prinsip-prinsip keadilan sebagai berikut:

- a. Setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas yang dapat disesuaikan dengan kebebasan yang sejenis untuk semua orang dan
- b. ketidaksamaan sosial dan ekonomi diatur sedemikian rupa sehingga:
 - 1) Menguntungkan terutama orang-orang yang minimal beruntung dan serentak juga
 - 2) Melekat jabatan dan posisi-posisi yang terbuka bagi semua orang dalam keadaan yang menjamin persamaan peluang yang fair.¹¹⁵

Tendensi mengidentikkan hukum dan keadilan merupakan tendensi menjustifikasi suatu aturan sosial. Hal ini merupakan tendensi dan cara politik, bukan tendensi ilmu pengetahuan. Selanjutnya lahir pertanyaan apakah suatu

¹¹³ Philipe Nnet & Philip Selznick, *Hukum responsif*, Cet. 2. Bandung, Nusamedia, 2008, hlm 5

¹¹⁴ Suteki, *Rekonstruksi Politik Hukum tentang Hak Menguasai Negara atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial*, PDIH UNDIP: Semarang, HLM 254

¹¹⁵ Arief Nugroho, Dyah Hapsari Prananingrum, *Ketidakadilan dalam perjanjian jual-beli Sayur*, Jurnal Ilmu Hukum, Vol. 10 No.2 September 2007, hlm 214.

hukum adil atau tidak dan apakah elemen esensial dari keadilan tidak dapat dijawab secara ilmiah, maka *the pure theory of law* sebagai analisa yang ilmiah pun tidak mampu menjawabnya. Namun, yang dapat dijawab hanyalah tata aturan tersebut merupakan aturan yang mengatur perilaku manusia dan berlaku bagi seluruh manusia. Dengan demikian keadilan merupakan kebahagiaan sosial.¹¹⁶

*In the words of Madame de Sta'l, "The voice of conscience is so delicate that it is easy to stifle it: but it also so clear that it is imposible to mistake it". Conscience is the endowment that senses our congruence or disparity with correct principles and lifts us toward them—when it's in shape.*¹¹⁷ (suara hati sangat halus sehingga mudah tidak berdaya tetapi suara hati juga sangat bersih sehingga tidak mungkin salah. Suara hati adalah anugerah tentang fikiran sehat kesesuaian kita atau perbedaan melalui prinsip yang benar dan menuntun kita kearah mereka).

Hukum yang baik dalam pandangan umum adalah hukum yang sejalan dengan etika sehingga muncul istilah hukum etis dan pembahasan keadilan dalam pandangan hukum pun dinamai pula teori etis. Pada dasarnya terdapat dua kata yang kadang pandangan umum mengidentikkan kedua kata ini yaitu etika/etis dan moral. Secara substansial etika dan moral merupakan dua hal yang khas dan berbeda. Etika melebihi moralitas karena etika mau mengarahkan manusia untuk memahami secara persis dan tepat mengapa manusia harus mendasarkan setiap perilakunya pada norma atau ajaran tertentu.

Etika merefleksikan secara kritis dan sistematis pertanyaan moral, seperti bagaimana manusia harus hidup, apa yang boleh dan tidak boleh serta apa yang wajib dilakukan manusia kepada manusia lainnya. Etika terarah dan terfokus pada persoalan *why should I behave in such this or thay way?* Etika identik dengan filsafat moral, bukan moralitas atau ajaran ajaran moral. Etika memang tidak menyediakan ajaran apapun bagi manusia karena etika tidak mengajarkan

¹¹⁶ Jimly Asshsiddique,

¹¹⁷ Stephen R. Covey, *The Seven Habits Of Higly Effective People*, Franklin Covey Co, tanpa tahun dan halaman

bagaimana manusia harus hidup. Moralitaslah yang menyediakan ajaran- ajaran bagaimana manusia harus hidup. Moralitas menentukan apa yang semestinya dilakukan oleh manusia dan apa yang ditabukan oleh manusia. Moralitas memusatkan diri pada pertanyaan- pertanyaan khas, seperti: *what kind of should I be?(dassein)* dan *what should I do?(das sollen)*¹¹⁸

Etika dan moral dapat dijadikan sebagai sumber penerapan suatu hukum termasuk penerapan kecakapan bertindak seseorang dalam pergaulan hidup di tengah masyarakat. Oleh karena itu penerapan kecakapan bertindak dalam pergaulan masyarakat tidak lepas dari pemahaman tentang manusia dan kebutuhannya. Kebutuhan dasar manusia merupakan unsur-unsur yang dibutuhkan oleh manusia dalam mempertahankan keseimbangan fisiologis maupun psikologis yang tentunya bertujuan untuk mempertahankan kehidupan dan kesehatan.

Abraham Maslow dalam teori hirarki kebutuhan menyatakan setiap manusia memiliki lima kebutuhan dasar yaitu fisiologi (makan dan minum), keamanan, cinta, harga diri, dan aktualisasi diri. Kebutuhan tersebut dapat dipenuhi dengan baik dan sempurna apabila manusia individual berhubungan dengan manusia individual lain dan alam serta didukung oleh faktor : kemauan kerja keras (nilai moral), kemampuan intelektual (nilai kebenaran), dan sarana penunjang (nilai kegunaan).¹¹⁹ Kecakapan bertindak untuk melakukan suatu perbuatan dalam rangka memenuhi kebutuhan dasar manusia sebagaimana yang diterangkan oleh Abraham Maslow tidak terbatas pada umur tertentu saja tetapi perlu penerapan yang sungguh-sungguh menilai kondisi dan kamanfaatan hukum bagi manusia

Budiono Kusumahamidjojo mengungkapkan bahwa bentuk atau format hukum adalah kajian dalam ilmu hukum sedangkan substansi atau isi hukum adalah bidang dari filsafat hukum. Tentu saja format dan substansi tidak dapat

¹¹⁸ Yoseph Laba Sinuor, *Etika Bisnis: Pendekatan Filsafat Moral terhadap Perilaku Pebisnis Kontemporer*, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2010, hlm vi

¹¹⁹ I Putu Jati Arsana, *Etika Profesi Insinyur : Membangun sikap Profesionalisme Sarjana Teknik.*, Deepublish Publisher, Yogyakarta, 2016, hlm 6

dipisahkan begitu saja karena format tanpa substansi tentu tidak bermakna sebaliknya substansi tanpa format tentu menjadi tidak jelas. Hukum harus dibentuk sesuai prosedur atau memenuhi tuntutan formal tertentu agar diakui sebagai hukum, tetapi pemenuhan aspek formal-prosedural saja tidaklah mencukupi, masih diperlukan tuntutan lain supaya hukum pantas disebut hukum yakni aspek substansi atau isi yang menjamin agar hukum tidak boleh bertentangan dengan tuntutan keadilan. Hukum adalah keadilan dan bukan sekedar peraturan perundang-undangan. Hukum sebagai *lex* adalah kaidah formal yang merupakan artikulasi normative dari keadilan, dengan demikian keadilan merupakan substansi hukum. Tuntutan dari segi substansi menjadi penting karena hukum dibuat dengan tujuan utama menegakkan keadilan.¹²⁰

Hukum awalnya bukanlah teks sehingga keadilan terimplementasi dalam setiap perilaku manusia. Sejak hukum berubah dari substansi keadilan dan hidup berkeadilan menjadi teks, skema, kebahasaan, maka kita berhadapan dengan substansi pengganti bukan lagi barang asli. Disini kita tidak lagi membahas hukum sebenarnya tetapi mayat-mayat hukum. Pada waktu konsep ber hukum berubah menjadi ber hukum dengan teks, maka ada satu lorong yang menjadi tertutup. Lorong itu adalah ber hukum dengan akal-sehat.¹²¹

b. Teori Utilitas

Menurut teori ini tujuan hukum untuk mencapai kebahagiaan manusia. Tujuan hukum ini seirama dengan teori hukum progresif dimana hukum progresif menyatakan bahwa hukum bukan alat untuk dirinya sendiri tetapi dia hadir untuk kebahagiaan manusia. Kajian hukum yang berkaitan dengan manfaat hukum dikenal dengan istilah teori utilitas/manfaat hukum. Teori ini dikemukakan oleh

¹²⁰ Andre Ata Ujan, *Filsafat hukum: membangun hukum, Membela Keadilan*, Kanisius, Yogyakarta, 2009, hlm 16

¹²¹ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2010, hlm 10

John Stuart Mill (1806-1873). Pandangannya mengikuti Jeremy Bentham (1748-1832). Teori ini menyatakan bahwa *the greatest happiness of the greatest numbers*. Bentham menyatakan bahwa alam telah menempatkan manusia di bawah tuntunan dua faktor yaitu kelezatan (*pleasure*) dan kesakitan (*pain*). Teori ini mengungkapkan juga bahwa mengarungi kehidupan manusia selalu bersentuhan dengan kelezatan, kebahagiaan, kesusahan dan kesakitan. Meskipun kedua faktor ini selalu terjadi pada diri manusia, namun manusia akan selalu cenderung mencari kelezatan dan berusaha menghindari rasa sakit.¹²²

Teori utilitas dalam bidang ekonomi mengajarkan agar masyarakat sebagai konsumen dalam hal mengkonsumsi suatu barang atau jasa mampu memilah dan memilih barang atau jasa yang hendak dikonsumsi. Apakah membawa nilai guna (adanya manfaat) atau hanya mencapai kepuasan (kebahagiaan). Dalam masalah hukum teori utilitas akan lebih memfokuskan kepada hukum yang bertujuan untuk memberikan manfaat yang sebesar besarnya kepada konsumen baik dalam bentuk barang atau jasa dan adanya kebahagiaan serta kepuasan setelah hukum tersebut ditegakkan dengan penuh keadilan.¹²³

Sebuah wawancara dengan Rahmi tanggal 5 Januari 2017 menyatakan, pemerintah sudah mewajibkan anak yang berumur kurang dari tujuh belas tahun memiliki Kartu Insentif Anak (KIA). Kewajiban ini disertai sanksi pada keluarga si anak yaitu anak tidak dapat mengurus atau mengikuti program bantuan dana dari pemerintah.¹²⁴ Kebijakan pemerintah tersebut berdasarkan asas kemafaatan dalam hukum. Sebenarnya anak yang berumur di bawah tujuh belas tahun dalam aturan hukum tertulis belum diberikan kewenangan membuat dokumen hukum karena pembuatan dokumen hukum adalah perbuatan hukum. Dengan demikian pembuatan KIA dibolehkan dengan pertimbangan manfaat.

¹²² Ali Mudhafir, *Kamus Teori dan Aliran Filsafat*, Liberty, Yogyakarta, 1988, hlm 99

¹²³ M. Sulaeman Jajuli, *Kepastiah Hukum Gadai Tanah dalam Islam*, Deepublish Publisher, 2015, hlm 67

¹²⁴ Wawancara dengan Rahmi warga RT 3 RW 27 Guwosari, Jebres, Surakarta. Tertanggal 5 Januari 2017.

Negara hukum atau *rule of law* lebih mengutamakan penerapan hukum berdasarkan prinsip etis deontologist. Namun perlu diingat dalam *rule of law* terdapat diskresi yang pada prinsipnya diskresi mengandung tiga asas yaitu asas supremasi hukum (*supremacy of law*), asas persamaan kedudukan di depan hukum bagi setiap orang (*equality before the law*), dan asas perlindungan terhadap hak asasi manusia (*human rights*). Dalam perspektif Negara modern, ketiga asasi ini menjadi muatan undang-undang dasar suatu Negara.¹²⁵

Para pengkaji sosiologi hukum, umumnya kurang tertarik dengan tujuan kepastian dan keadilan dalam hukum tetapi sosiologi hukum lebih cenderung pada tujuan yang fragmatis yaitu kemanfaatan. Konsep kemanfaatan diterjemahkan dalam banyak padanan. Konsep ini terkadang disandingkan dengan konsep kebahagiaan (*happiness*), kesenangan (*pleasure*) atau nilai-nilai ideal (*idea values*).¹²⁶ Dalam bidang hukum ekonomi Jeremy Bentham¹²⁷ menyatakan: *that which one man has invented, all the world can imitate. Without the assistance of the laws, the inventor would almost always be driven out of the market by his rival, who finding himself, without any expense, in possession of a discovery which has cost the inventor much time and expense, would be able to deprive him of all his deserved advantages, by selling at a lower price* (. Tanpa bantuan hukum, penemu akan selalu terdorong keluar dari pasar oleh saingannya, yang menemukan dirinya, tanpa biaya apapun, dalam kepemilikan Penemuan yang telah menelan biaya banyak dan waktu, dan waktu akan mampu menghilangkan semua keuntungan yang sepatasnya, melalui penjualan harga yang lebih rendah)

Bentham mengoreksi keberadaan hukum dalam memberikan kemanfaatan yang berguna bagi para pesaing bisnis agar dalam dunia bisnis semua pihak dapat mendapat keuntungan yang layak dan hal ini hanya dapat terwujud jika hukum

¹²⁵ Marwan Effendy, *Kejaksaaan RI: Posisi dan Fungsinya dari Perspektif Hukum*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005, hlm 21

¹²⁶ Antonius Cahyadi dan Donny Danardono, *Sosiologi Hukum dalam Perubahan*, Cetakan pertama, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2009, hlm 249-250

¹²⁷ Boudewijn Bouckaert, *Original Assignment of private Proerty*, 1999, hlm 131

berperan di dalamnya. Demikian pula dalam perbuatan hukum dalam menabung di bank yang dilakukan oleh subjek hukum belum dewasa memerlukan pula kemanfaatan hukum demi memberikan mereka keuntungan yang sepantasnya mereka dapatkan. Keuntungan yang dapat mereka raih melalui kemanfaatan hukum bukanlah semata –mata keuntungan dalam financial atau phisiologis saja tetapi lebih jauh dan lebih panjang efek kemanfaatannya yaitu keuntungan phisikis atau jiwa.

Teori utilitas atau biasa dikenal dengan utilitarianisme yang dipelopori oleh Jeremy Bentham adalah aliran yang sangat berpengaruh dalam filsafat hukum. Aliran ini dapat dimasukkan dalam kelompok empirisme karena prinsip kemanfaatan atau kegunaan yang menjadi ukurannya adalah kemanfaatan secara empirik. Di Amerika, empirisme memiliki pengaruh kuat dan dikenal dengan pragmatisme. Aliran pragmatism menolak kebenaran pengetahuan melalui rasio semata tanpa pengujian di dunia realistik sehingga melahirkan aliran realisme hukum. Realisme hukum tidak mengandalkan undang-undang sebagai sumber utama tetapi lebih mengutamakan kenyataan-kenyataan sosial kemudian menjadi putusan hakim yang pada akhirnya melahirkan aliran *freirechtslehre* yang dikenal sebagai penentang paling keras positivism hukum¹²⁸

c. Teori Campuran

Tujuan hukum untuk mencapai ketertiban dan keadilan yang berbeda- beda isinya dan ukurannya menurut masyarakat dan zaman.

2. Fungsi hukum

Dari tujuan di atas maka hukum berfungsi sebagai berikut: alat ketertiban dan keteraturan masyarakat, sarana mewujudkan keadilan sosial, alat penggerak

¹²⁸ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum: apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006, hlm 100-101

pembangunan nasional, alat kritik, sarana penyelesaian sengketa/pertikaian.¹²⁹
Masing- masing fungsi hukum ini dapat diuraikan sebagai berikut:

a. Alat ketertiban dan keteraturan masyarakat

Hukum menyediakan petunjuk bagi warga Negara dalam wujud pedoman tingkah laku di dalam bermasyarakat, berbangsa, bernegara melalui harapan besar akan terwujud ketertiban dan keteraturan masyarakat.

b. Sarana mewujudkan Keadilan Sosial

Hukum memiliki wewenang menerapkan sanksi kepada pelanggarnya tanpa memandang bulu sesuai dengan tingkat kesalahannya dan rasa keadilan masyarakat dengan demikian hukum menjadi perwujudan keadilan sosial

c. Alat Penggerak Pembangunan Nasional

Hukum sebagai ciptaan kekuasaan politik dari Negara memiliki kekuatan memaksa yang besar. Keunggulan ini dapat dijadikan sebagai alat otoritas untuk mengarahkan masyarakat ke arah yang lebih maju demi pencapaian pembangunan nasional yang meliputi pembangunan fisik atau non fisik.

d. Alat Kritik.

Hukum dibuat untuk mengatur segala kegiatan manusia sekaligus mengawasi setiap perilaku warga Negara begitu juga tindak tanduk pemerintah berserta instansinya. Pada fungsi ini hukum diberi daya mengkritik kinerja tiap warga Negara yang berhubungan dengan kemajuan bangsa. Apabila suatu sikap merugikan atau menghambat perkembangan bangsa maka hukum wajib memberikan koreksi atau perbaikan. Koreksi hukum ini tidak hanya untuk luar

¹²⁹ *Ibid* dialih bahasakan dari buku concept law karangan H.L.A), Cintya Press, Jakarta, hlm 179

hukum akan tetapi berlaku pula untuk hukum secara internal artinya apabila hukum yang ada telah jauh meninggalkan keadilan maka hukum perlu melakukan rekonstruksi hukum demi mencapai keadilan.

e. Sarana Penyelesaian Sengketa.

Hukum berisikan aturan yang mengatur tiap gerak individu yang kemungkinan tiap gerak individu dapat terjadi gesekan- gesekan dalam pergaulan hidup bermasyarakat sehingga hukum hadir sebagai solusi untuk menghilangkan gesekan- gesekan tersebut.

D. Prinsip Kepentingan Terbaik Bagi Anak (*The Best Interest of The Child*) sebagai Pencapaian Perlindungan Subjek Hukum Belum Cakap Bertindak

Prinsip kepentingan terbaik bagi anak atau *the best interest of the child principle* merupakan prinsip yang diselenggarakan dalam rangka perlindungan terhadap subjek hukum belum cakap. Prinsip ini lahir dalam sebuah konvensi yaitu *convention on the right of the child* pada tanggal 20 November 1989. Pada salah satu ketentuan konvensi ini dituangkan prinsip kepentingan terbaik bagi anak sebagai berikut:

“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration”

Semua tindakan yang menyangkut anak, yang dilakukan oleh lembaga-lembaga kesejahteraan pemerintah atau swasta, pengadilan, penguasa- penguasa pemerintahan, atau badan-badan legislatif, maka kepentingan yang terbaik bagi anak dijadikan pertimbangan utama.

Prinsip ini tidak hanya tertuang dalam Konvensi Anak tetapi sudah dituangkan pulan dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yaitu:

“penyelenggaraan perlindungan anak berdasarkan Pancasila dan berlandaskan Undang- undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta prinsip- prinsip dasar Konvensi Hak- hak Anak meliputi: a. Non diskriminasi, b. Kepentingan terbaik bagi anak, c. Hak untuk hidup dan perkembangan, d. Penghargaan terhadap pendapat anak”.

Kepentingan terbaik bagi anak sebagai wujud perlindungan bagi anak adalah semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh pemerintah, masyarakat, badan legislatif dan badan yudikatif maka kepentingan yang terbaik bagi anak harus menjadi pertimbangan utama.¹³⁰

Secara hakiki prinsip kepentingan terbaik bagi anak dalam pembuatan perjanjian menabung harus diterapkan pada kedudukan anak yang perlu perlindungan melalui pembuatan aturan yang responsif terhadap kepentingan anak. Proteksi perundang-undangan harus berorientasi pada pemenuhan kebutuhan anak dan pelaksanaan perbuatan-perbuatan yang meningkatkan kesejahteraan anak. Dalam hal pembuatan perjanjian menabung, anak harus diberikan kebebasan secara optimal baik secara fisik maupun psikis. Anak harus bebas memberikan kehendaknya secara mandiri sebagai makna dalam asas kebebasan berkontrak untuk menghindarkan dirinya dari perasaan tertekan pada orang tua atau walinya, kebebasan menabung secara mandiri memberikan efek psikis anak berupa kepercayaan diri dalam mengelola keuangannya serta rasa aman dalam pengelolaan tersebut. Jad disini klausula kecakapan bertindak sebagai salah satu syarat sah perjanjian dilakukan dengan berorientasi pada kepentingan si

¹³⁰ Undang- undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, penjelasan

anak, bukan semata-mata mempertahankan ego penegakan hukum dalam prinsip etis *deontologis*.

Prinsip *the best interest of the child* merupakan alarm perilaku pada semua penyelenggara perlindungan anak untuk mempertimbangkan sebuah pengambilan keputusan perihal masa depan anak yang tidak menggunakan barometer orang dewasa. Baik menurut orang dewasa belum tentu menurut anak bahkan sebaliknya kemungkinan dapat saja menghancurkan kepentingan anak atau masa depannya.¹³¹ Penerapan kecakapan bertindak yang sangat rigid akan menjadikan masa depan anak tidak berkembang secara mandiri dan memberikan *over protectif*. Kecakapan bertindak bagian dari salah satu problem hukum dan sosial yang terjadi dalam pergaulan hidup bermasyarakat walaupun ketentuannya sudah diatur dalam undang-undang. Problematika ini masih berlanjut karena kecakapan bertindak tidak saja sebagai norma tetapi dia juga adalah sebagai nilai-nilai perilaku yang telah lama dipraktekkan dalam pergaulan hidup masyarakat. Penentuan kecakapan bertindak dalam undang-undang hanya mengukur satu penilaian saja yaitu umur padahal di luar sistem hukum perilaku kecakapan bertindak meemiliki variasi yang berbeda.

Perbedaan ini kemudian melahirkan konflik antara Undang-undang dan sebagai sistem hukum dan perilaku masyarakat sebagai sistem sosial yang mempengaruhi psikis si anak dalam pengelolaan keuangan mereka. Dalam Undang-undang Dasar Republik Indonesia telah dicantumkan dasar bagi perlindungan subjek hukum bahwa setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaanya serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat yang merupakan hak asasi.¹³²

¹³¹ M. Nasir Djamil, *Anak Bukan Untuk dihukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm 30

¹³² Undang-undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945, pasal 28 G ayat (1)

Pasal selanjutnya yaitu pasal 28 H ayat (2) menyatakan bahwa setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan martabat yang sama guna memperoleh pencapaian persamaan dan keadilan. Ketentuan pasal ini menerangkan secara eksplisit bahwa perolehan harkat dan martabat memerlukan perlakuan istimewa melalui keterbukaan hukum dalam menginstropeksi dirinya dalam penerapan klausula-klausula hukum yang kemungkinan menjauhkan penerapan prinsip *the best interest of the child* untuk kesejahteraan anak.

Perlindungan terhadap subjek hukum belum cakap harus mampu menembus cakrawala pandang terhadap semua problem dengan memposisikan subjek hukum belum cakap pada posisi sebagai yang pertama dan utama. Penerapan prinsip kepentingan terbaik bagi anak atau *the best interest of the child* adalah bagian dari hak asasi manusia dengan demikian prinsip ini memiliki sifat universal dan tidak dapat dicabut. Hal ini mengandung arti bahwa walaupun perilaku seseorang sangat buruk dia akan tetap menjadi manusia dan oleh itu dia tetap memiliki prinsip tersebut sebagai bagian dari hak asasi manusia. Sehingga hak-hak ini melekat pada dirinya sebagai mahluk insani.¹³³

Sifat universal ini tidak hanya dalam teori tetapi telah diimplementasikan dalam perangkat perundang-undangan di Indonesia yang menyatakan bahwa: “ Hak asasi manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai mahluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara”.¹³⁴ Dari pengertian di atas maka anak sebagai pemilik hak asasi juga berhak menuntut siapa saja dalam pelaksanaan hak tersebut, oleh karena itu hak

¹³³ Rhona K.M, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM UII), Yogyakarta, 2010, hlm 19

¹³⁴ Undang-undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 1 angka 1.

asasi juga bagian dari hak hukum. Hak hukum disini diartikan sebagai kepentingan yang dilindungi oleh hukum, keinginan yang diakui oleh hukum. Hak hukum ada apabila hukum ada dalam artian bahwa hukum yang belum menjamin hak maka hak hukum juga belum ada. Dengan demikian hukum mendahului atau bersamaan dengan lahirnya hak.¹³⁵

Hak anak menabung adalah hak hukum yang wajib dilindungi oleh peraturan perundangan Indonesia. Setiap kepentingan subjek hukum dilindungi oleh hukum melalui pemberian label kewenangan kepada subjek hukum dalam pemenuhan kebutuhan di dalam pergaulan hidup bermasyarakat. Kewenangan ini diberikan secara terukur yang berarti diberikan keluasan dan kedalamannya. Oleh karena itu tidak semua kewenangan dalam masyarakat disebut hak hukum tetapi hanya kewenangan tertentu saja yang diberikan hukum kepada subjek hukum.¹³⁶

Kepentingan subjek hukum belum cakap dalam membuka rekening perjanjian menabung merupakan hak asasi yang mewajibkan Negara melindungi hak tersebut melalui pertimbangan hak-hak memiliki ciri-ciri yang melekat pada hukum yaitu:

1. Hak itu dilekatkan pada seseorang yang disebut pemilik atau subjek dari hak. Ia juga disebut orang yang memiliki title atas barang yang menjadi sasaran hak
2. Hak itu tertuju pada orang lain dalam pengertian menjadi pemegang kewajiban. Antara keduanya terdapat hubungan korelasi
3. Hak yang ada pada seseorang mewajibkan pihak lain untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan. Hal ini dapat disebut isi dari hak.
4. Seseorang yang berkewajiban melakukan sesuatu atau tidak melakukan suatu perbuatan disebut objek dari hak.

¹³⁵ Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Cetakan Ketiga, Konstitusi Press,, Jakarta, 2012, hlm 64-65

¹³⁶ H. Zainuddin Ali, *Filsafat Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm 27

5. Setiap hak menurut hukum mempunyai title yaitu sebuah peristiwa yang menjadi sebab melekatnya hak itu pada subjek hukum.¹³⁷

Subjek hukum belum dewasa berkedudukan khusus dalam pandangan hukum dengan beberapa prinsip yang melekat pada dirinya meliputi (1) prinsip kepentingan terbaik bagi anak yaitu kepentingan terbaik bagi anak harus dipandang sebagai prioritas utama; (2) prinsip daur kehidupan (*life circle approach*) harus terbentuk pemahaman bahwa perlindungan terhadap anak harus diawali sedini mungkin dan secara berkelanjutan.¹³⁸ Salah satu fungsi hukum adalah merencanakan dan mengembangkan pembangunan nasional, dari pemahaman ini anak dalam arti subjek hukum belum cakap sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa harus memperoleh perhatian harkat, martabat sebagai manusia seutuhnya. Tidak seorangpun atau tidak satupun lembaga dapat mencabut hak – hak subjek hukum belum cakap sebagai manusia. Mereka adalah penerus bangsa yang mempunyai hak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang sehingga dapat dikatakan bahwa perlindungan kepada diri mereka adalah bagian dari pembangunan nasional dalam mewujudkan kehidupan berbangsa dan bernegara.¹³⁹

Subjek hukum belum cakap mempunyai hak untuk tumbuh dan berkembang dengan layak dan mendapatkan perlindungan dari Negara melalui perangkat hukum. Demi memelihara perlindungan agar tercipta keteraturan, ketertiban maka Negara memerlukan hukum yang selaras dengan perkembangan masyarakat Indonesia.

Setiap subjek hukum belum cakap berhak mendapat perlindungan dalam arti segala upaya yang ditujukan untuk mencegah segala bentuk diskriminasi agar

¹³⁷

¹³⁸ Muhammad Joni, *Aspek Hukum Perlindungan anak dalam Perspektif Konvensi Hak anak*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm 106

¹³⁹ Wigiati Soetodjo, *Hukum Pidana Anak*, Refika Aditama, Bandung, 2006, hlm 15

dapat menjamin kelangsungan hidup dan tumbuh kembang anak secara wajar baik fisik, mental dan sosialnya. Perlindungan ini diberikan pada beberapa pijakan yaitu:

- a. Pijakan filosofis yaitu Pancasila dasar kegiatan dalam berbagi bidang kehidupan keluarga, bermasyarakat, bernegara dan berbangsa dengan demikian Pancasila menjadi dasar filosofis perlindungan subjek hukum belum cakap.
- b. Dasar etis. Perlindungan kepada mereka harus sesuai dengan etika profesi yang berkaitan untuk mencegah perilaku menyimpang dalam pelaksanaan kewenangan, kekuasaan dan kekuatan dalam perlindungan terhadap mereka.
- c. Pijakan yuridis. Perlindungan terhadap subjek hukum belum cakap harus didasarkan pada UUD 1945 dan berbagi peraturan perundangan lainnya. Penerapan pijakan yuridis harus secara integrative yaitu penerapan terpadu menyangkut peraturan perundang-undangan dari berbagi bidang hukum yang berkaitan.¹⁴⁰ Hukum yang menyediakan perlindungan baik sebagai hukum tertulis maupun tidak tertulis direncanakan semaksimal mungkin agar dapat menjamin sungguh-sungguh bahwa subjek hukum belum cakap benar-benar mampu melaksanakan hak dan kewajibannya. Sebenarnya *dassolen* dan *dassein* tidak selalu seirama, apa yang ditentukan oleh hukum terkait kecakapan belum tentu sejalan dengan dunia fakta di tengah- tengah masyarakat, oleh karena itulah ketentuan kecakapan bertindak dalam hukum tertulis hanya merupakan prasangka Undang- undang saja. Sebagai prasangka belum tentu memiliki keakuratan data secara menyeluruh tetapi dalam kasus tertentu pernyataan Undang-undang tersebut jauh dari kenyataan.

¹⁴⁰ Arif Gosita, *Masalah Pelindungan Anak*, akademi Presindo, Jakarta, 2001, hlm 52

Sebuah data diperoleh dalam liputan 6.com¹⁴¹ memberitakan bahwa di Amerika seorang anak berusia sebelas (11) tahun telah memiliki kecakapan untuk membuat password pada perangkat situs langganannya. Password ini dijual kepada para pemesan dengan mendapatkan penghasilan dari jual- beli password sebesar \$ 12 / jam atau senilai mata rupiah Rp. 136 ribu/ jam. Fakta ini menunjukkan bahwa perlu pijakan yuridis agar hubungan hukum yang terjadi pada anak menurut prasangka Undang- undnag dapat pula memperoleh perlindungan hukum.

Pengakuan atau legitimasi hak anak sebagai hak asasi manusia secara normatif telah diatur dalam Undang- undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Dalam ketentuan Undang- undang ini hak- hak anak antara lain:

“Pasal 52 ayat (2):

Hak anak adalah hak asasi manusia dan untuk kepentingannya hak anak itu diakui dan dilindungi oleh hukum bahkan sejak dalam kandungan.

Pasal 53 ayat (1): setiap anak sejak dalam kandungan berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan meningkatkan taraf kehidupannya.

Pasal 60 ayat (2): Setiap anak berhak mencari, menerima dan memberikan informasi sesuai dengan tingkat intelektualitas dan usianya demi kepentingan dirinya sepanjang sesuai dengan nilai- nilai kesusilaan dan kepatutan.

Walaupun Undang- undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia telah memuat materi hak anak yang berguna memberikan perlindungan akan tetapi dalam pelaksanaannya di lapangan masih dibutuhkan sebuah aturan khusus yang lebih konkret yang dimotivasi oleh pertimbangan bahwa perlindungan anak adalah bagian dari fungsi hukum yaitu meningkatkan pembangunan nasional.

¹⁴¹ Jeko Iqbal Rezaon dalam Liputan 6.com, *Gadis Cantik Penjual Password ini Mampu Raup 163 Ribu per jam*, di upload 28 Oktober 2015 at 17:10 Wib. Diakses penulis tanggal 29 Oktober 2015 Pukul 03.00 WIB

Secara *specific*, Undang- undang perlindungan anak lahir sebagai *lex specialist* yang berarti seluruh ketentuan lain yang berhubungan dengan anak harus disesuaikan termasuk kebijakan yang timbul dan berkaitan dengan pemenuhan hak anak.¹⁴² Dalam Undang- undang khusus mengatur perlindungan anak yaitu Undang- undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak secara jelas telah menetapkan pula hak-hak anak dalam pergaulan hidup bermasyarakat antara lain dinyatakan dalam pasal 10 sebagai berikut:

“Setiap anak berhak menyatakan dan didengar pendapatnya, menerima, mencari dan memberikan informasi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya demi pengembangan dirinya sesuai dengan nilai- nilai kesusilaan dan kepatutan”.

Ketentuan di atas merupakan pedoman kepada penyelenggara Negara agar memberikan kesempatan kepada subjek hukum belum cakap untuk berkembang dan atau melakukan kegiatan yang mengarahkan dirinya pada perkembangan kehidupan dalam menjalani pergaulan hidup bermasyarakat dengan menimbang unsur kesusilaan dan kepatutan. Unsur kesusilaan mengarahkan pada keserasian nilai- nilai moralitas yang dianut oleh masyarakat dan unsur kepatutan mengarahkan pada kesesuaian tindakan masyarakat yang membawa pada manfaat dari kegiatan tersebut.

Perlindungan yang harus diberikan terhadap subjek hukum belum cakap dilatarbelakangi oleh pemikiran bahwa anak-anak memiliki pengaruh langsung dan berakibat jangka panjang atas perbuatan ataupun tidak adanya perbuatan dari pemerintah atau kelompok lainnya.¹⁴³ Pengaruh langsung yang dirasakan oleh mereka dapat berupa terhalangnya pelaksanaan kepentingan yang mengarahkan pada kemajuan perkembangan mental mereka di masa akan datang sehingga dapat pula berpengaruh negative pada perubahan sosial yang akan terjadi pada generasi berikutnya. Perlindungan terhadap subjek hukum belum cakap haruslah bersifat

¹⁴² Hadi Supeno, *Kriminalisasi Anak Tawaran Gaasan Radikal Peradilan anak Tanpa Pemidanaan*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2010, hlm 41

¹⁴³ M. Nasir Djamil, *Op. Cit*, hlm 26

preventif dalam artian mencegah suatu perbuatan yang mengakibatkan dampak buruk pada perkembangan mental dan fisik anak untuk masa datang dan perlindungan yang bersifat represif yang berarti memberikan solusi untuk menghilangkan/menggugurkan suatu perbuatan yang dapat menghambat perkembangan mental dan fisik anak.

Dalam menyediakan perlindungan kepada subjek hukum yang belum cakap maka setiap penyelenggara Negara baik bidang public ataupun bidang privat harus memperhatikan prinsip *the best interest of the child*, ini berarti anak dianggap sebagai subjek hukum yang perlu dilindungi. UNHCR¹⁴⁴ memberikan pengertian yang dimaksud prinsip *the best interest of the child* adalah:

“While the term ‘best interest’ broadly describes the well-being of a child, it is not possible to give a conclusive definition of what is in the best interest of the child, as this depends on a variety of individual circumstances, such as the age and the level of maturity of the child, the presence or absence of parents, the child’s environment, etc. the term ‘best interest’ should, however, be interpreted and applied in conjunction with the CRC and other international legal norms. It is important to be aware that for certain specific actions, including adaption and separation from parents against their will, the CRC requires that the best interest be the determining faktor, whereas for other actions it has to be a primary consideration, nwhich does not exclude other considerations to be taken into account

Kepentingan terbaik anak adalah sebuah keadaan tertentu yang tidak dapat disejajarkan dengan peristiwa atau perbuatan secara umum demi memenuhi kebutuhannya baik yang bersifat lahir ataupun batin. Perlindungan diberikan dengan selalu mempertimbangkan kepentingan anak dalam posisi yang utama. Indonesia sudah mengaktualisasikan kepentingan terbaik bagi anak sebagai posisi utama melalui penetapan pengadilan antara lain penetapan Pengadilan Negeri KarangAnyar Nomor 10/Pdt.P/2015/PN Krg. Pada salah satu konsiderans penetapan berbunyi:

¹⁴⁴ UNHCR, *Guidelines on Formal determination of the Best Interest of the Child Provisional Release*, May 2006

“Menimbang, bahwa oleh karena hakim menilai permohonan pemohon ini merupakan upaya pemohon untuk memenuhi kepentingan terbaik anak, dan anak pemohon sendiri di persidangan menerangkan mengerti maksud dan tujuan permohonan ini serta ia juga menyatakan persetujuannya, maka permohonan pemohon ini beralasan untuk dikabulkan”

Dari pertimbangan hukum di atas sebagaimana yang dituangkan dalam penetapan tersebut menjadi cerminan penyelenggara Negara yang telah mengutamakan prinsip *the best interest of the child* dalam memberikan perlindungan hukum pada subjek hukum yang belum cakap. Pemenuhan pelaksanaan kepentingan anak merupakan hak asasi anak yang wajib dijaga dan dipelihara oleh Negara melalui serangkaian kegiatan yang dijalankan secara kontinyu guna menjamin pertumbuhan dan perkembangan anak baik fisik, mental, spiritual, ataupun sosial.

Perlindungan hukum bagi subjek hukum yang belum cakap selalu berorientasi terhadap segala kebebasan dan hak asasi anak termasuk kepentingan yang berkaitan dengan kesejahteraan anak. Pada prinsipnya, dalam pandangan ketatanegaraan pengakuan Negara untuk memberikan perlindungan pada warga negaranya termasuk di dalamnya anak dapat ditemukan dalam pembukaan Undang- undang Dasar 1945 sebagai berikut:

“....kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan bangsa Indonesia itu....”.

Kemudian hak anak untuk memperoleh perlindungan dituangkan pula di dalam batang tubuh Undang- Undang Dasar 1945 pada Pasal 28B ayat (2) yang menyatakan bahwa: “setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Selanjutnya pernyataan ini diperkuat lagi dalam pasal 34 Undang- Undang Dasar 1945 hasil perubahan keempat yang berbunyi:

“Ayat (1) Fakir miskin dan anak- anak terlantar dipelihara oleh Negara
Ayat (2) Negara mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan.
Ayat (3) ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang- undang”.

Ketentuan di atas dituangkan lebih tegas dalam Undang-undang yang khusus yaitu Undang- Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang menyatakan bahwa:

“Penyelenggaraan perlindungan anak berasaskan Pancasila dan berlandaskan Undang- Undang Dasar 1945 serta prinsip- prinsip dasar Konvensi Hak- hak Anak yang meliputi: a. Non diskriminasi; b. kepentingan terbaik bagi anak; c. Hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan; d. penghargaan terhadap pendapat anak”.¹⁴⁵

Uraian di atas seyogyanya seluruh aturan hukum baik dalam ranah public maupun privat termasuk prosedur dari kedua ranah hukum tersebut harus mencerminkan perlindungan hukum pada subjek hukum yang dikategorikan belum cakap bertindak. Kaitannya dengan kecakapan bertindak sebagai salah satu syarat sahnya perjanjian seyogyanya mampu memberikan perlindungan hukum pada mereka yang berstatus anak di mata hukum.

Penerapan syarat kecakapan bertindak dalam menabung harus menimbang sungguh prinsip *the best interest of the child* dan asas lain yang telah diperintahkan oleh perundang- undangan demi menjaga pertumbuhan positif baik jiwa maupun raga anak sebagai penerus generasi.

Berdasarkan praktek perbankan di masyarakat, anak belum mendapatkan hak- haknya sesuai dengan amanah perundang-undangan karena anak dalam melakukan perjanjian menabung masih dibelenggu oleh prosedur kecakapan bertindak padahal berdasarkan prinsip *the best interest of the child* kecakapan bertindak bukan aturan yang kaku jika semua anak diposisikan sebagai

¹⁴⁵ Undang- Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak Pasal 2

kepentingan yang utama. Tidak terpenuhinya hak-hak anak juga disebabkan oleh keadaan ekonomi orang tua yang sulit kemudian keadaan ini menurun kepada anak begitu seterusnya berjalan seperti siklus dari generasi tua ke generasi muda kemudian berlanjut pada generasi tua berputar tiada henti sehingga orang tua yang seharusnya menjadi pelindung tidak mampu menjadi perisai bagi anak-anaknya karena ketika di usia muda sudah terbiasa dengan kehidupan konsumtif dan menikmati *over protective* dari generasi sebelum mereka.

Pemenuhan hak-hak anak sebagai bagian dari Hak Asasi Manusia disalurkan melalui beberapa prinsip yang diakui dalam Konvensi Hak Anak yaitu:

1. Prinsip Non Diskriminasi.

Prinsip Hak Asasi Manusia yang terpenting yang perlu penerapan dalam pergaulan hidup bersama termasuk pembuatan kontrak menabung adalah pengakuan terhadap anak yang mempunyai hak-hak khusus termasuk anak yang memiliki perbedaan perkembangan dengan anak lainnya. Prinsip non diskriminasi berarti semua hak yang diakui dan terkandung dalam konferensi HAM Anak harus diberlakukan kepada setiap anak tanpa perbedaan apapun.

Prinsip ini diakui dalam pasal 2 KHA ayat (1) yang berbunyi “Negara-Negara pihak menghormati dan menjamin hak-hak yang ditetapkan dalam konvensi ini bagi setiap anak yang berada di wilayah hukum mereka tanpa diskriminasi dalam bentuk apapun, tanpa memandang ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pandangan politik atau pandangan lain, asal-usul kebangsaan, etnik atau sosial, status kepemilikan, cacat atau tidak, kelahiran atau status lainnya baik dari si anak sendiri atau dari orang tua walinya yang sah.”

Hukum perdata perihal perbuatan hukum selama tidak merugikan kepentingan si anak perlu dilakukan pengakuan dari kekhususan mereka sebagai subjek hukum yang berbeda dari orang dewasa. Saat anak diperlakukan dalam hukum dengan kesamaan pada orang dewasa maka hak-

hak anak sebenarnya sudah dilanggar. Dalam lingkup perdata belum ada yang membahas terkait kekhususan anak dalam sebuah perkara tetapi bukan berarti penerapan terhadap kekhususan anak tidak dapat diterapkan dalam persoalan perdata.

Anak sebagai subjek hukum belum penuh dan belum memiliki kesadaran penuh untuk menginsafi ruang lingkup perbuatannya memerlukan perlindungan dari hukum demi menjamin hak-haknya secara penuh. Ketidakmampuan mereka untuk menyadari perilakunya bukanlah alasan untuk menghalangi perbuatan yang justru membawa manfaat pada diri mereka. Disinilah asas *doelmatig heid* berperan sebagai penyeimbang ketentuan hukum agar tercipta perlindungan. Justru kelemahan-kelemahan yang dimiliki seorang anak perlu mendapatkan perlakuan khusus dari hukum melalui penyimpangan penerapan aturan terhadap diri mereka selama perbuatan mereka membawa manfaat..Dalam menyikapi perlakuan khusus pada anak melalui penyimpangan penerapan aturan pada mereka dapat digunakan teori dalam hukum Islam. Dalam teori hukum Islam terdapat fase perkembangan kedewasaan yang disebut *marhalah al-Tamyiz*. Fase perkembangan ini dimulai dari umur tujuh tahun hingga masa puber atau lima belas tahun. Pada fase ini subjek hukum dikenal dengan nama *al-saby al- mumayyiz*¹⁴⁶ atau subjek hukum yang sanggup membedakan baik dan buruk. Dalam teori hukum Islam subjek hukum ini dapat melakukan perbuatan hukum selama mendapat keuntungan dari seluruh perbuatan yang dimaksud.

Uraian di atas menggambarkan bahwa penyelesaian persoalan ataupun penerapan suatu hukum pada anak memerlukan penanganan atau penerapan khusus melalui pendekatan *restorative justice* dan penerapan asas *doelmatig*

¹⁴⁶ Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan (Bagian Pertama)*, FH UII Press, Yogyakarta, 2013, hlm 207

heid demi menjaga dan memberikan kesejahteraan pada anak baik batin maupun lahiriah.

2. Prinsip Kepentingan Terbaik Bagi Anak (*The Best Interest of The Child*)

Prinsip ini tercantum dalam Pasal 3 ayat (1) KHA:

“Dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan lembaga-lembaga kesejahteraan *sosial*, pemerintah maupun swasta, lembaga peradilan, lembaga pemerintah atau badan *legislative*, maka kepentingan terbaik anak harus menjadi pertimbangan utama”

Dalam penerapan ketentuan perdata pada anak, hukum berada dalam dua sisi yaitu penegakan hukum dan perlindungan terhadap hak anak. Dari pemahaman ini maka tujuan dari prinsip kecakapan bertindak yang dituangkan dalam Pasal 1320 BW harus berfokus pada dua aspek yaitu aspek keadilan dan aspek perlindungan apabila ketentuan ini ingin diterapkan pada anak menurut prasangka Undang-undang. Kedua aspek tersebut yaitu aspek keadilan dan aspek perlindungan adalah aspek hukum yang sangat mempertimbangkan prinsip *the best interest of the child* karena keduanya merupakan wujud dari perlindungan HAM. Prinsip ini mengajarkan kepada instansi atau pejabat Negara bahwa dalam setiap keputusan yang berkaitan dengan masa depan anak tidak diukur oleh ukuran orang dewasa apalagi berorientasi pada kepentingan orang dewasa.

Perlu diingat segala sesuatu yang menurut orang dewasa baik belum tentu baik pula bagi kepentingan terbaik anak. Kemungkinan tujuan orang dewasa memberikan perlindungan atau pertolongan akan tetapi yang terjadi sebenarnya adalah penghancuran masa depan anak.¹⁴⁷ Kepentingan terbaik anak harus difokuskan pada tujuan pembuatan sebuah aturan yang tidak merusak masa depan anak baik batin ataupun fisik bila terkait kepentingan anak. Pernyataan ini merupakan hak anak yang wajib diakui dan dihormati

¹⁴⁷ Djamil Nasir, *Op., Cit*, hlm 30

sebagai hak asasi manusia. Hukum melalui wujudnya yang tertulis harus mencegah atau bahkan membuka penghalang suatu aturan yang menghalangi terwujudnya kepentingan anak tersebut.

D. Asas Kemanfaatan (*Doelmatig Heid*) sebagai Motif Perlindungan Hukum Pada Subjek Hukum Belum Cakap Bertindak

Asas hukum atau prinsip hukum merupakan hal fundamental dan memiliki arti yang sangat penting bagi siklus keberadaan hukum yaitu pembentukan hukum, penerapan hukum, dan perkembangan hukum. Dalam pembentukan hukum, maka asas hukum memberikan pijakan secara garis besar terhadap ketentuan- ketentuan yang perlu dituangkan di dalam sebuah peraturan konkret. Pada penerapannya asas hukum memberikan kontribusi penafsiran dan penemuan hukum. Dan terakhir ini pada perkembangan hukum asas hukum berfungsi untuk menghubungkan hukum masa lalu dan masa sekarang atau memberikan hubungan dalam aturan lebih tinggi sebagai satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan.¹⁴⁸

Asas hukum sebagai sesuatu yang fundamental dapat pula diartikan sebagai hukum dasar atau sesuatu yang menjadi pijakan berfikir atau dasar cita- cita.¹⁴⁹ Dengan demikian asas hukum juga merupakan prinsip- prinsip dasar atau fundamental hukum. Dalam pengertian ini asas hukum adalah titik tolak bagi pembuatan Undang- undang dan interpretasinya. Oleh karena itulah asas hukum merupakan norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum.¹⁵⁰ Pakar hukum lain bernama Van der Velden menyatakan asas hukum adalah tipe putusan

¹⁴⁸ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2009, hlm 5

¹⁴⁹ Sudarsono, *Kamus Hukum Edisi Baru*, Cetakan Kelima, Rieneka Cipta, Jakarta, 2007 hlm 37

¹⁵⁰ Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit*, hlm 5

tertentu yang dapat digunakan sebagai acuan untuk mengukur sebuah situasi yang digunakan sebagai pedoman perilaku.¹⁵¹

Asas hukum dapat menjadi acuan sebuah pengertian hukum terhadap penerapan pengertian tersebut di lapangan sehingga pengertian-pengertian yang dibentuk oleh pembuat Undang-undang tidak mengalami gagal fungsi dalam aplikasinya dikarenakan ketidaksesuaiannya dengan dunia nyata. Asas hukum yang paling sering menjadi pertimbangan dalam mengikuti dinamika masyarakat adalah asas kemanfaatan (*doelmatigheid*). Pada awalnya *doelmatigheid* ditemukan dalam kajian ilmu tentang pemerintahan seperti halnya pembuatan kebijakan publik dan perilaku para pejabat Negara.

Lama kelamaan paradig hukum mengalami perkembangan sehingga tidak kerap atau seringkali istilah *doelmatigheid* digunakan sebagai pertimbangan untuk membuat sebuah aturan peradilan. *Doelmatigheid* berarti daya guna, kemanfaatan, kegunaan, manfaat dan atau tujuan. Menurut E. Utrecht kadang sebuah ketetapan mempunyai kekurangan esensial namun kandungan kekurangan tersebut harus dilihat secara kasuistis yang penting bahwa keputusan administrasi Negara adalah pemanfaatan/ kegunaannya lebih penting dari pada sesuai tidaknya dengan hukum positif.¹⁵²

Setiap pejabat maupun instansi masing- masing memiliki kewenangan untuk menerapkan peraturan- peraturan bahkan memiliki pula kewenangan untuk menafsirkan bunyi aturan bila aturan tersebut mengalami kesulitan untuk diaplikasikan di dunia nyata. Kebebasan menafsirkan ini harus didasarkan pada kemafaatan baik bagi pejabat yang bersangkutan maupun masyarakat. Dalam menimbang asas manfaat maka nilai-nilai yang dianut masyarakat menjadi

¹⁵¹ *Ibid*

¹⁵² Boedi Djatmiko, *karakter hukum Keputusan PTUN*, Yogyakarta, 2009, <http://sertifikattanah.blogspot.com/2009/09/karakter-hukum-keputusan-ptun.html>

pertimbangan utama. Hal ini dikarenakan masyarakat menginginkan adanya keseimbangan tatanan kehidupan mereka. Dengan keberadaan *gap* keseimbangan tatanan di dalam pergaulan hidup masyarakat, maka kehidupan masyarakat menjadi terganggu dan keseimbangan yang terganggu itu harus dipulihkan kembali.¹⁵³

Negara hukum dominan melahirkan asas kepastian hukum (*rechtmatigheid*) agar tercipta ketertiban dan keteraturan perilaku dalam bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Asas kepastian hukum sebagai asas yang dimotori oleh Negara hukum terkadang tidak memberikan solusi pada semua pihak ketika diaplikasikan di tengah masyarakat karena asas ini tercermin dalam peraturan yang kecil ruang lingkupnya sehingga tidak semua persoalan-persoalan dalam kehidupan masyarakat mampu diserap sebagai bagian dari ranah hukum. Akhirnya banyak persoalan-persoalan yang diendapkan tanpa penyelesaian dengan alasan bukan kajian hukum.

Berlawanan dengan asas *doelmatigheid* atau kemanfaatan dimana asas ini memusatkan fungsi hukum pada manfaat yang diperolehnya bila hukum tersebut diaplikasikan di tengah masyarakat. Dengan demikian asas *doelmatigheid* mempunyai prioritas utama dari pada kepastian hukum. Sehingga dalam keadaan tertentu hukum akan mengalami pergeseran makna sekalipun teks hukum tidak berubah.

Manfaat dari eksistensi hukum dapat pula menciptakan keadilan, sebagaimana yang diutarakan oleh Izzuddin Ibnu Abdis Salam bahwa keadilan diukur dari kemampuan seseorang dalam memahami kemaslahatan atau kemanfaatan. Menurut beliau keadilan berangkat dari menprioritaskan masalah yang lebih tinggi dari pada masalah yang lebih rendah. Dengan kata lain kemaslahatan atau kemanfaatan dalam hukum akan menimbulkan keadilan pada

¹⁵³ Sudikno Mertokusumo *Op. Cit*, hlm 92.

para pengguna hukum. Berbeda pendapat dengan Gustav Radbruch yang memandang bahwa hukum mengandung tiga nilai identitas (1). Asas kepastian hukum. Asas ini semata-mata melihat hukum dalam wujud bahasa hukum tertulis. (2) asas keadilan. Asas ini mengkaji hukum dalam ranah filosofis. (3) asas kemanfaatan. Asas ini mengkaji hukum dalam aspek sosiologis.¹⁵⁴ Radbruch melalui tesisnya menyatakan bahwa cita hukum ditopang oleh tiga nilai asas yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Ketiga nilai ini tidak selalu berada dalam hubungan harmonis satu sama lain akan tetapi saling bertentangan.

Kepastian hukum dalam konsep hukum adalah hal baru. Dia lahir sejak hukum ditulis atau dicitifkan dan menjadi publik dalam wujud bahasa hukum tertulis. Kepastian hukum menyangkut tentang “*law sicherheit durch das recht*” misalnya memastikan bahwa pencurian dan lainnya menurut hukum adalah kejahatan. Kepastian hukum adalah “*sicherheit des rechts selbst*” (kepastian hukum tentang hukum itu sendiri).¹⁵⁵ Awalnya, teori prioritas dari Gustav Radbruch terasa jauh lebih maju dan arif dibandingkan ajaran ekstrem yaitu ajaran etis, utilitas dan *dogmatic-legalistic*. tapi lama kelamaan kehidupan di zaman modern ini makin kompleks maka pilihan prioritas yang sudah baku terkadang menimbulkan konflik antara kebutuhan hukum dan kasus-kasus tertentu. Hal ini terjadi karena seringkali dalam suatu kasus keadilan yang lebih tepat diprioritaskan ketimbang kemanfaatan dan kepastian hukum, tetapi dalam kasus lain justru terasa tepat jika kemanfaatan lebih diprioritaskan dibandingkan keadilan dan kepastian hukum.

Meskipun teori prioritas yang kasuistik dianut tetapi tetap perlu memprioritaskan salahsatunya misalnya keadilannya tetapi tidak mengabaikan

¹⁵⁴ Sudarsono, *Op. cit.*, hlm 397

¹⁵⁵ Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) termasuk Interpretasi Undang-undang (Legisprudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, hlm 292

kemanfaatan dan kepastian hukum melalui triangular concept dari Werner menski untuk mengharmonisasikan ketiga nilai dasar tersebut.¹⁵⁶

Tataran perundang- undangan administrative maupun praktek di dalam perilaku pemerintahan sangat memperhatikan efek dari berlakunya hukum ataupun perilaku pemerintahan terhadap masyarakat apakah akibat tersebut telah mencapai tujuan sebaik baiknya. Dengan demikian unsur efektifitas dan efesiensi dari ‘*doelmatigheid*’ adalah pertimbangan yang sangat diperhatikan dalam pembentukan hukum. Ketiga nilai dasar hukum ini semaksimal mungkin diterapkan dalam perilaku pejabat dalam menerapkan hukum secara proporsional yaitu kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan. Akan tetapi dalam prakteknya jarang dijumpai putusan pejabat yang mengandung tiga unsur itu secara proposional.¹⁵⁷ Pembahasan Radbruch terhadap cita hukum menjadi lebih tajam penampakkannya bila ditempatkan pada latar belakang eksistensi hukum modern. Dalam hukum modern hukum itu dituliskan atau dibakukan dalam wujud bahasa hukum tertulis. Semakin hukum berubah menjadi tertulis maka semakin kuat juga nilai pembahasan mengenai cita hukum tersebut beserta konsep nilai yang menyertainya.

Kehadiran hukum modern yang kita kenal Negara hukum memberikan peluang konflik yang sebelumnya belum ada yaitu konflik antara kepastian hukum dan cita hukum lainnya. Nilai keadilan dan kemanfaatan secara tradisional sudah ada sebelum hukum modern karena pada masa itu setiap orang mengamalkan hukum dalam setiap perilaku mereka bukan berdasarkan hukum tertulis yang rigid. Dalam sistem peradilan, hakim sebagai pejabat Negara yang putusannya bersentuhan langsung dengan aktivitas masyarakat perlu menghasilkan putusan yang mampu menjadi sarana efektif untuk mengidentifikasi sistem hukum karena

¹⁵⁶ Ahmad Ali, *Op. Cit.*, hlm 289

¹⁵⁷ Ade Didik Irawan, *Pengantar Ilmu Hukum*, 2008, <http://ilmukeadilan.blogspot.com/2010/pengantar-hukum-indonesia-phi.html>

putusan hakim tersebut merupakan hasil dari formulasi kaidah hukum. Putusan atau kebijakan yang menjadi sarana efektif dalam mengidentifikasi sistem hukum seyogyanya tidak hanya diberikan oleh hakim atau pengadilan saja. Akan tetapi putusan atau kebijakan yang demikianpun menjadi tanggung jawab setiap penyelenggara Negara termasuk pula instansi Negara yang bergerak dan bersentuhan langsung dengan kepentingan individu dalam pergaulan hidup bermasyarakat.

Setiap kebijakan ataupun keputusan dari penyelenggara Negara merupakan penegakan kaidah- kaidah hukum yang bersumber dari bahasa hukum tertulis yang ruang pemberlakuannya ditujukan kepada setiap orang tanpa membedakan golongan, ras dan sebagainya oleh karena itu kaidah hukum bersifat umum atau abstrak. Sifat umum dari kaidah hukum membuat penerapannya tidak selalu dapat diterapkan pada seluruh kegiatan manusia karena kegiatan manusia memiliki karakteristik yang berbeda antara satu sama lainnya atau dapat dikatakan kegiatan manusia merupakan sesuatu yang nyata atau nampak secara riil dalam kehidupan mereka.

Keadaan ini memungkinkan penerapan teks hukum menjadi tidak sinkron dengan kegiatan yang sifatnya sangat konkret tersebut. Pada wacana inilah diperlukan *doelmatigheid* di samping *rechtmatigheid* atau kepastian hukum demi terciptanya keadilan. Terkait perihal kegiatan menabung oleh anak secara mandiri tanpa perwakilan wali atau orangtua dapat pula ditinjau aspek kemanfaatannya baik secara psikologis maupun secara fisik sebagai upaya untuk mewujudkan fungsi hukum yaitu memajukan pembangunan nasional.

Kemandirian anak untuk melakukan kegiatan menabung melahirkan manfaat psikologis berupa pembinaan mental untuk bertanggung jawab terhadap keuangan pribadinya untuk saat sekarang maupun saat akan datang sehingga memberikan kelanjutan berkesinambungan terhadap pembangunan nasional.

mengingat anak akan berganti peran atau menjadi subjek hukum generasi baru menggantikan generasi lama. Efek lainnya dari menabung secara mandiri oleh anak dapat pula menciptakan kota layak anak yang bertujuan pula untuk mempersiapkan generasi baru menjadi generasi berdaya guna dan mandiri dalam segala hal melalui pemberian kesejahteraan anak.

Kemandirian anak sebagai subjek hukum sebenarnya sudah diterapkan oleh kota Solo melalui sebuah program yang disebut dengan Kartu Insentif Anak selanjutnya akan disebut KIA. Pada wawancara¹⁵⁸ dengan pegawai catatan sipil dan kependudukan dijelaskan bahwa dalam pembuatan KIA maka anak diberi kesempatan untuk datang sendiri ke kantor catatan sipil dan kependudukan selama anak sudah mampu bertandatangan permanen dan memenuhi persyaratan yang dibutuhkan seperti mengisi formulir permohonan KIA, Foto kopi akta kelahiran si anak, Pas Photo anak berwarna ukuran 2x3 dua lembar, dan Photo kopi Kartu Keluarga dan KTP orang tua. Apabila persyaratan tersebut telah terpenuhi maka anak diberikan KIA dengan tandatangan anak sendiri pada kartu tersebut.

Eksistensi KIA berarti suatu perubahan makna terhadap kecakapan bertindak sebagai adanya bentuk dukungan yang hak dan kewajiban anak diformalkan. Pada fakta seperti ini kita merenungkan criteria anak harus menerima insentif melalui kartu yang dimilikinya kalau bukan pendapat pihak bahwa anak itu sebagai subjek hukum sejak awal itu harus sudah diakui kemandiriannya. Dalam penggunaan kartu memberikan hak pada anak yaitu pemberian insentif. Pemberian insentif ini dimaknai sebagai perlakuan anak secara spesifik dan penghormatan terhadap hak-hak anak

Keberadaan KIA ini seharusnya membuka pemahaman dunia perbankan bahwa kalau sifat- sifat transaksional di perbankan itu tidak krusial, seharusnya

¹⁵⁸ Wawancara dengan Rita, Pegawai Catatan Sipil dan Kependudukan, Surakarta Solo, 18 November 2015

seorang anak itu tidak diberi kesempatan untuk melakukan aktivitas perbankan dimulai dari yang sederhana saja misalnya diijinkan menabung dengan jumlah tertentu, dengan frekuensi tertentu, tapi secara mandiri. Tentulah tidak logis kalau seorang anak diberi kesempatan menabung sekali bawa uang satu juta, dua juta. Tapi kalau sebesar uang sakunya lima puluh ribu sampai ke seratus ribu itu kan suatu hal yang wajar untuk anak perkotaan dan untuk anak perdesaan.

Eksistensi Hukum itu mengejar *doelmatigheid*, atau mengejar kemaslahatan, atau kemanfaatan.. pada pemahaman ini hukum itu bisa digunakan sebagai *tools of sosial engineering*, dan bisa pula digunakan sebagai *tools of economic engineering*. Sebagai *tools of sosial engineering* artinya dengan anak bisa ke bank anak dapat berinteraksi dengan orang lain, dia bisa melihat bahwa menabung merupakan bagian dari interaksi sosial dengan kata lain hukum mengatur interaksi dalam setiap pergaulan masyarakat. sedangkan *economic engineering* berarti anak dalam penguasaan uang yang lebih akan bisa menabung untuk kepentingan yang lebih besar, dia sejak awal sudah belajar untuk mengatur dan mengontrol keuangannya. Hukum sebagai *sosial engineering* dan *economic engineering* adalah eksistensi hukum dalam kenyataan empirik yang perlu penyesuaian dalam pergaulan hidup bermasyarakat.

Penerapan aturan menabung dari bank yang sangat kaku berangkat dari sikap konservatif bank yang menerapkan prinsip kehati-hatian yang kaku pula. Dalam hal ini bank berada antara dua fenomena yaitu: *pertama*, Bank harus menerapkan prinsip kehati-hatian; *kedua*,. terdapat kepentingan lebih besar anak sebagai subjek hukum yang harus sejak awal dilatih kemandiriannya dengan harapan tercipta pembangunan dan peningkatan sumber daya manusia. Kalau sejak kecil yang namanya anak sebagai subjek hukum itu tidak pernah dilatih kemandiriannya, atau tidak pernah diberi kepercayaan dia sebagai subjek hukum kemudian selalu diletakkan sebagai *minderjarig* atau orang yang tidak punya

kecakapan untuk melakukan perbuatan terus menerus maka generasi bangsa ini akan hidup dalam ketergantungan tanpa kemandirian. Perlu diingat bahwa kecakapan dalam BW adalah konsep masa penjajahan, sehingga sekarang sudah bisa diganti dengan pertimbangan bahwa dulu wanita yang bersuami juga dinyatakan tidak cakap melakukan perbuatan hukum tetapi dengan keluarnya Undang- Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan maka wanita telah bersuami sudah dinyatakan cakap melakukan perbuatan hukum.

Dari gambaran perbandingan di atas timbul pertanyaan mengapa anak tidak bisa diperlakukan seperti itu misalnya anak di bawah tujuh belas tahun yang telah mampu bertandatangan permanen dan kuat gawe dalam konteks adat, pada dasarnya mereka telah mampu menabung secara mandiri dan juga menguntungkan pihak bank.

Kemandirian menabung oleh anak perlu diberikan penghargaan setinggi-tingginya oleh karena kegiatan ini memberikan kemanfaatan yang tidak terhingga yaitu untuk mewujudkan dan mempersiapkan anak sebagai penerus cita- cita kemerdekaan dan kelangsungan hidup bangsa dan Negara, kemungkinan anak yang belum pernah menabung secara mandiri akan tumbuh menjadi generasi penerus yang konsumtif dan manja tanpa memiliki motivasi usaha yang layak. Dalam kehidupan berbangsa, anak merupakan modal pembangunan dan kunci awal kemajuan bangsa di masa depan. Anak-anak terbukti mampu membuat perubahan dan menyelesaikan persoalan melalui cara kreatif, sederhana dan ringkas.¹⁵⁹ Pemahaman demikian mengharuskan setiap komponen bangsa dalam aspek (aspek hukum, aspek ekonomi, aspek politik dan lain-lain) bekerjasama dan saling mendukung demi terwujudnya kesejahteraan anak. Kesejahteraan anak hanya dapat diwujudkan melalui pergerakan dan penataan kota layak anak.

¹⁵⁹ Rudi Subiyekto, *Membangun Kota Layak Anak: Studi Kebijakan Publik di Era Otonomi Daerah*, Jurnal Sosio-Religi Vol 10. Nomor 1, 2012., hlm 50

Kegiatan menabung secara mandiri oleh anak diharapkan memberikan pola pikir positif saat mereka menginjak usia dewasa dan menjadi pengganti generasi sebelumnya. Dalam kenyataan sehari-hari masih banyak eksploitasi anak oleh orang dewasa ataupun si anak sendiri yang terpaksa menjadi pengemis di lampu merah ibukota karena ketidakmampuan orangtua menafkahi hidup mereka.¹⁶⁰ Dalam konsep kota layak anak pemerintah mengupayakan percepatan implementasi Konvensi Hak Anak (KHA) yang berawal dari kerangka hukum menuju definisi, strategi dan intervensi pembangunan nasional. Secara normative-yuridis pengembangan kota layak anak ditemukan dalam keputusan Presiden Nomor 36/1990 tentang Ratifikasi Konvensi Hak-hak anak, Undang-undang Dasar 1945 pasal 28b dan 28c, program nasional bagi anak Indonesia 2015, Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan anak, dan PP Nomor 2 Tahun 2009 tentang Kebijakan Kota Layak Anak.¹⁶¹

Aturan *normative* yang telah disediakan Negara menciptakan keharusan pada penyelenggara Negara termasuk perbankan untuk melindungi dan menjadikan anak generasi yang tangguh menapak masa datang, akan tetapi kenyataannya masih jauh dari harapan. Bank-bank di Indonesia masih terikat pada hukum yang mengutamakan kepastian hukum sehingga syarat-syarat menabung secara mandiri tanpa perwakilan hanyalah dimiliki oleh mereka yang dalam prasangka Undang-undang dianggap cakap bertindak. Hal ini jelas suatu sikap

¹⁶⁰Di kota-kota besar maupun kota kabupaten sudah menjadi pemandangan sehari-hari anak mencari biaya hidup melalui mengemis, mengamen ataupun menjadi tukang lap kendaraan yang berhenti dipersimpangan lampu merah. Beberapa dari mereka melakukan kegiatan tersebut sebagai jalan satu satunya untuk membantu kehidupan perekonomian orang tua mereka yang sedang terhipit ekonomi. Fenomena adalah salah satu efek negative dari kehidupan manja diri dan *over protectif* dari orang tua sebelumnya. *Over protectif* artinya perlindungan yang berlebihan terhadap anak oleh orang tua sehingga melahirkan kemandirian pada anak di luar batas kewajaran. *Over protectif* ini bias dilihat pada kultur kehidupan bangsa Indonesia yang masih kental berupa mempertahankan sang anak tinggal serumah dengan orang tua seumur hidup bila sang anak belum mendapatkan penghasilan. Dalam keluarga adalah wajar melihat satu atap tinggal lebih dari 3 kepala keluarga yaitu orang tua bersama anak-anaknya beserta menantu-menantu dan cucu-cucunya. Data observasi 2013 - 2015 di kota Makassar.

¹⁶¹<http://www.investor.co.id/home/membangun-kota-layak-anak.15-05-2012>

yang jauh dari prinsip *the best interest of the child* yang menghendaki kepentingan anak sebagai posisi utama dalam kehidupan bermasyarakat.

Selain itu terdapat anak yang bekerja untuk memenuhi kebutuhannya dari tahun ke tahun yang memiliki kecenderungan peningkatan. Menurut data sensus kejahteraan nasional tahun 2003, Indonsia memiliki jumlah pekerja dalam usia anak sekitar 1.502.600 jiwa. Pada tahun 2004 diperkirakan terdapat 14 juta anak yang berusia antara sepuluh sampai empat belas tahun bekerja dan turut mencari nafkah. Sedangkan pada data KPAI diperkirakan jumlah pekerja anak mencapai 2.685 juta.¹⁶² Jumlah pekerja anak yang begitu banyak merupakan salah satu bukti eksploitasi terhadap anak tetapi anak yang bekerja dapat mengurangi eksploitasi ini melalui kebolehan oleh hukum untuk melakukan kegiatan menabung secara mandiri sekurang- kurangnya upah mereka dapat dikeloloe secara mandiri melalui perbankan tanpa perantara orang tua mereka. Selama ini upah anak yang bekerja tersebut diserahkan sepenuhnya kepada orang tua untuk biaya hidup sehari- hari yang tentunya terus menjerumuskan anak dalam eksploitasi anak tanpa batas waktu.

Kegemaran menabung pada usia anak yang telah mampu membuat tandatangan sendiri merupakan sebuah kegiatan yang mengandung unsur kemanfaatan bagi kehidupan generasi datang bila gemar menanbung ini ditopang oleh kebijakan- kebijakan publik yang berpihak pada kepentingan terbaik bagi anak. Sebagai bahan kajian untuk memenuhi kebijakan-kebijakan yang syarat pada kepentingan terbaik bagi anak, maka perlu diketahui terlebih dahulu beberapa berikut ini yaitu konsep atau pengertian kebijakan publik, bagaimana perumusan kebijakan yang sesuai dengan kepentingan anak dan perwujudan kota layak anak sebagai bagian dari perlindungan anak dalam perspektif HAM.

¹⁶² Laporan KPAI kepada Presiden Republik Indonesia tahun 2008

1. Kebijakan Publik sebagai konsep Pengembangan Kota Layak Anak

Kebijakan publik sebagai konsep diperlukan untuk menjadi acuan pemerintah dalam membuat setiap kebijakan agar bersinergi dengan pengembangan kota layak anak. Seorang pakar kebijakan bernama Easton memberikan definisi kebijakan publik sebagai *the authoritative allocation of values for the whole society* atau sebagai pengalokasian nilai-nilai secara paksa kepada seluruh anggota masyarakat. Dalam kalimat berbeda disampaikan oleh Laswell dan Kaplan menyatakan bahwa kebijakan publik adalah *a projected program of goal, value, and practice* atau sesuatu program pencapaian tujuan, nilai-nilai dalam praktek yang terarah.¹⁶³

Keunggulan kompetitif setiap Negara dipengaruhi oleh kemampuan Negara tersebut menciptakan lingkungan yang menumbuhkan daya saing dari setiap individu di dalamnya. Kegiatan menabung di era modern saat ini merupakan kompetitif produk dalam persaingan perbankan sekaligus persaingan Negara-negara memberikan kesejahteraan secara umum pada warga negaranya. Pada taraf persaingan global, sektor publik bertugas membangun lingkungan yang menumbuhkan daya saing dari setiap individu di dalam lingkungan tersebut. Lingkungan kesejahteraan warga hanya dapat diciptakan secara efektif oleh adanya kebijakan publik oleh karena itu kebijakan publik perlu mendorong setiap individu untuk membangun daya saing bukan sebaliknya menjerumuskan mereka ke dalam pola ketergantungan. Paparan ini memberikan arti bahwa kebijakan publik merupakan manajemen pencapaian tujuan nasional yang salah satunya adalah memajukan kesejahteraan umum.

Nugroho menyatakan, terdapat dua sifat dari kebijakan publik yaitu: a) Kebijakan publik merupakan suatu yang mudah untuk dipahami karena

¹⁶³ Susy Susilawaty, *Analisis Kebijakan Publik Bidang Keselamatan dan Kesejahteraan Kerja di Kota Tasikmalaya*, Tesis, Program Pascasarjana Universitas Diponegoro, Semarang, 2007, hlm 24

maknanya adalah hal-hal yang dikerjakan untuk mencapai tujuan nasional; b) kebijakan publik merupakan sesuatu yang mudah diukur, karena ukurannya jelas yakni sejauh mana kemajuan pencapaian cita-cita sudah ditempuh.¹⁶⁴ Dari gambaran proses kebijakan di atas, maka dapat disimpulkan demikian besarnya implikasi level kebijakan terhadap pola interaksi di tingkat bawah. Karena itu Sudarsono menyatakan bahwa kebijakan publik sebagai salah satu sumber perubahan atau pembaruan kelembagaan (*institutional change*) dalam masyarakat. Peraturan perundangan (*rule*) sebagai barang publik (*publik good*) dipandang sebagai suatu hal yang menyangkut kepentingan publik (*publik interest*), walaupun menurut Barzeley jika dipandang dari perspektif kepentingan publik dalam banyak hal pemerintah seringkali gagal mewujudkan hasil yang diinginkan. Kondisi sifatnya tidak lengkap (*incompleteness*) yang tidak terlepas dari faktor keterbatasan manusia dalam mengantisipasi masalah di masa yang akan datang. Kondisi seperti itulah yang kemudian mengharuskan *rule* harus terus mengalami perbaikan dan penyempurnaan.¹⁶⁵

2. Perumusan Kebijakan yang Sesuai Prinsip Kepentingan Terbaik bagi Anak

Sebuah kebijakan dengan implementasinya serta evaluasi dari kebijakan adalah sesuatu yang saling terkait satu sama lainnya. Implementasi kebijakan dianggap sebagai *a procces of moving in word a policy objective by mean administrative and political steps* diterjemahkan secara bebas suatu proses tindakan administrasi dan politik.¹⁶⁶ sehingga Gridle menyatakan bahwa implementasi kebijakan sesungguhnya bukan hanya sekedar berkaitan dengan mekanisme penjabaran keputusan-keputusan politik ke dalam prosedur-

¹⁶⁴ R. Nugroho, *Kebijakan Publik, formulasi, Implementasi, dan Evaluasi*, Media Koputindo, Jakarta,, 2003, hlm 9

¹⁶⁵ Sudarsono, *Manajemen Sumber Daya Manusia*, Bintang Kejora,, Bandung, 2000, hlm 8

¹⁶⁶ Cleaves dalam Susy Susilawaty, *Op., Cit.*, hlm 28

prosedur rutin melalui saluran- saluran birokrasi melainkan lebih dari itu dan juga berkaitan dengan masalah konflik dan keputusan dari siapa yang memperoleh dari suatu kebijakan.¹⁶⁷ Implementasi kebijakan adalah pelaksanaan putusan, kebijakan dasar dalam bentuk Undang- undang maupun perintah- perintah yang secara tegas mengidentifikasi persoalan yang akan diatasi.

Mazmanian menyatakan bahwa peran penting implementasi kebijakan adalah mengidentifikasi variable-variable yang mempengaruhi tercapainya tujuan-tujuan formal pada keseluruhan proses implementasi. Secara garis besar fungsi implementasi kebijakan publik dapat dicapai atau diwujudkan sebagai hasil akhir perbuatan pemerintah.¹⁶⁸

3. Kota Layak Anak sebagai Bagian dari Perlindungan Anak dalam Perapektif HAM.

Kota layak anak ini merupakan efek dari ratifikasi Konvensi Hak Anak yang dilakukan pemerintah Indonesia sejak 5 September 1990. Sebagai Negara yang meratifikasi konvensi ini berarti Indonesia setuju dan tunduk pada aturan yang terkandung di dalam konvensi anak tersebut. Konsekwensinya hak-hak anak dijabarkan dalam setiap pembuatan peraturan dengan induknya terdapat pada konstitusi yaitu Undang- Undan Dasar 1945 pasal 2B ayat (2).

Ketentuan ini kemudian diturunkan pada peraturan yang lebih operasional yaitu Undang- undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Demi perubahan dan penjelmaan hak anak dalam pembangunan nasional kemudian pemerintah mengembangkan kebijakan kota layak anak. Gagasan kota layak anak diawali melalui penelitian mengenai *children perception of the environment*. Dalam penelitian ini membuahkan bahwa lingkungan kota yang terbaik bagi anak adalah kota yang mempunyai

¹⁶⁷ *Ibid*

¹⁶⁸ *Ibid*

komunitas yang kuat secara fisik dan sosial, komunitas yang mempunyai aturan yang jelas dan tegas yang memberi kesempatan pada anak mempelajari lingkungan dan dunia mereka.

Sebuah konferensi habitat II atau dikenal juga dengan nama city summit di Istanbul, Turki dimana dalam pertemuan ini dihadiri pula oleh pemerintah Indonesia mencapai kesepakatan sebuah program aksi untuk membuat pemukiman lebih nyaman untuk ditempati dan berkelanjutan. Dalam program ini ditegaskan secara khusus bahwa anak dan remaja harus mempunyai tempat tinggal yang layak, terlibat dalam proses pengambilan keputusan baik di kota maupun di komunitas, terpenuhi kebutuhan dan peran anak dalam bermain di komunitasnya. Melalui city summit ini, UNICEF memperkenalkan *child friendly city initiative*, terutama menyentuh anak kota khususnya yang miskin dan terpinggirkan dari pelayanan dasar dan perlindungan untuk menjamin hak dasar mereka.¹⁶⁹

Untuk menciptakan kebijakan publik yang ramah terhadap kepentingan anak maka seyogyanya dipenuhi beberapa kriteria yaitu:

1. Anak mempengaruhi keputusan terhadap kota. Kebijakan publik seyogyanya memperhatikan semua golongan. Dalam kebijakan publik pemerataan kesempatan pada semua aspek di bidang kehidupan harus menjadi bagian integral dari program kerja. Hal yang sama berlaku pula pada anak. Anak yang memperoleh perhatian khusus dari pemerintah akan memiliki kehidupan yang lebih baik. Pemahaman demikian akan mengantarkan kehidupan yang layak bagi kota dan tatanan masyarakat.
2. Berperan serta dalam pembangunan ekonomi, budaya dan sosial. Anak dapat dilibatkan dalam banyak hal termasuk dalam pergerakan roda ekonomi melalui kegiatan menabung secara mandiri di bank.

169

<http://www.menegpp.go.id/co/index.php?option=com.kota-ramah-anak-apa-mengapabagimana>

Penyelenggara pemerintahan seyogyanya membuat aturan yang memungkinkan anak dapat berperan dalam hal misalnya di roda perekonomian tetapi bukan sebagai objek melainkan sebagai subjek investor.

Criteria di atas perlu dipenuhi sebagai wujud pemerintah melindungi hak-hak anak serta pencapaian keadilan dalam hukum. Dalam perspektif hukum Islam dikonstruksi suatu pemerintahan yang mencerminkan perilaku baik dinyatakan dalam Al- Qur'an :

“Yaitu orang- orang yang jika kami teguhkan kedudukan mereka di muka bumi niscaya mereka mendirikan Shalat, menunaikan zakat, menyuruh berbuat ma'ruf dan mencegah dari perbuatan yang mungkar; dan kepada Allah lah kembali segala urusan”¹⁷⁰.

Dari sumber hukum Islam di atas diketahui bahwa suatu penggunaan otoritas kekuasaan untuk mengelola pembangunan yang berorientasi pada penciptaan suasana kondusif pada masyarakat. Hal ini sangat relevan bahwa pemerintah Indonesia berkewajiban penuh untuk mengelola dan melindungi anak melalui upaya pembangunan kota layak. Dalam ayat tersebut terdapat tiga pemerintahan yaitu: 1) *spiritual governance*; 2) *economic governance*; 3) *political governance*.¹⁷¹

Pemaparan di atas memberikan penjelasan bahwa eksistensi kota layak anak hanya dapat terwujud melalui sistem pemerintahan yang baik yang membuat hukum- hukum yang berorientasi pada prinsip *the best interest of the child* demi menjalankan kesejahteraan anak nasional.

¹⁷⁰ Qur'an Surah: Al- Haj, Ayat (41)

¹⁷¹ Syamsul Anwar, *membangun Good Governance dalam Penyelenggaraan Birokrasi Publik di Indonesia: Tinjauan Perspektif Syariah dengan Pendekatan Ilmu Ushul Fiqih*, pidato pengukuhan guru besar Ilmu Ushul Fiqih, Fakultas Syari'ah UIN Sunan kalijaga, Yogyakarta, 2005, hlm 10- 11/

Konstitusi Negara kita yaitu UUD 1945 mengamanatkan agar negara memajukan kesejahteraan umum dan ini diartikan bahwa kebijakan pemerintah harus berorientasi pada kesejahteraan rakyat secara holistik. Terdapat banyak cara untuk mewujudkan amanat UUD 1945 tersebut dan salah satu cara untuk mewujudkannya adalah hukum, sehingga penerapan hukum harus berorientasi pada kesejahteraan rakyat pula. Hukum tidak hanya diposisikan sebagai instrumen untuk memberikan kepastian hukum atau ketertiban, atau memenuhi rasa keadilan secara individual. Pandangan hukum untuk kesejahteraan hukum diorientasikan memberikan sebesar-besarnya manfaat bagi sebanyak-banyaknya orang. Tujuan hukum bukan hanya untuk kepastian hukum dan keadilan, tetapi juga ditujukan untuk memberikan manfaat bagi masyarakat. Hal senada diungkapkan pula Wirjono Prodjodikoro, tujuan hukum adalah mengadakan keselamatan, kebahagiaan dan tata tertib dalam masyarakat.

Indonesia dalam konstitusinya telah memposisikan dirinya sebagai negara hukum (*rechtsstaat*) yang sistem konstitusi (hukum dasar), tidak bersifat absolutisme (kekuasaan yang tidak terbatas). Meminjam istilah Notohamijoyo “Negara hukum adalah negara yang menempatkan kekuasaan tertinggi pada hukum bukan pada seorang penguasa absolut”. Prinsip ini telah berlangsung sejak tahun 1945 di mana pertama kali UUD 1945 disusun dan diberlakukan. Sebagai pernyataan politik dan ikrar komitmen pendiri Republik (*Founding Father*) pernyataan tersebut tidak usah diragukan. Bahkan didalam Penjelasan Undang-undang Dasar 1945, telah tegas

dijelaskan. Sejak Indonesia merdeka, pemerintah RI telah harus mengeluarkan berbagai macam peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan hukum.

Penerapan hukum di Negeri ini tidak hanya terletak pada aparat penegak hukum, tetapi juga karena diakibatkan oleh kerancuan opini publik dalam mengartikan atau mendefinisikan pengertian tiga substansi hukum yakni keadilan, kemanfaatan, serta kepastian hukum. Hal ini bukanlah sesuatu yang baru di masyarakat kita, akan tetapi sudah menjadi konsumsi publik dimana dalam penerapan keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum terdapat antinomi satu sama lainnya. Ketika terjadi pertentangan atau antinomi antara keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, yang harus diprioritaskan secara berurutan adalah keadilan, kemudian kemanfaatan, dan terakhir kepastian.

Mahfud, MD juga menyatakan bahwa walaupun secara prinsip harus diutamakan adalah kepastian hukum namun juga harus dititikberatkan kepada keadilan dan kemanfaatan. Dikalangan hakim sendiri ada dua teori *Rechtmatig* dan *Doelmatig*. *Rechtmatig* suatu putusan yang hanya mengandalkan pada hukum dan perundang-undangan saja; sedangkan *Doelmatig* suatu putusan tidak hanya berdasar pada hukum tetapi juga berdasarkan pada tujuan hukum. Namun demikian dua teori itu sama benarnya. Tetapi untuk mendapatkan putusan yang benar dan adil sangat tergantung pada kualitas logika masing-masing hakim. Tetapi dua teori bisa dipilih salah satu. Rasanya menganut *Rechtmatig* lebih mudah pertanggung-jawabannya dari pada menganut *Doelmatig*. Menurut pengamatan dari Prof. Dr. Soeryono Sukanto,

SH, dikatakan bahwa masih banyak hakim yang mementingkan *Rechtmatig* ketimbang *Doelmatig*. Karena dari segi pertanggung jawab resikonya lebih kecil menerapkan *Rechtmatig* ketimbang *Doelmatig*. Perlu diingat bahwa kandungan dari asas *doelmatigheid* tersebut adalah kemanfaatan atau dalam konteks hukum Islam disebut kemaslahatan. Kemanfaatan pada dasarnya adalah salah satu bentuk asas yang perlu diperhatikan dalam penerapan kecakapan bertindak terhadap pembuatan perjanjian menabung di bank. Asas *doelmatigheid* memiliki tingkat prioritas yang lebih tinggi daripada asas *rechtmatigheid*. Karena *doelmatigheid* menghilangkan kemacetan dalam lalu lintas hukum melalui elastisitasnya dalam menyikapi permasalahan hukum. Sebaliknya *rechtmatigheid* tidak memiliki elastisitas dalam menyikapi permasalahan hukum tetapi malah membawa hukum dalam wujud penerapan yang sangat kaku yang terkadang meninggalkan jejak ketidakpuasan hukum pada masyarakat hukum yang membutuhkan bantuan hukum. Sehingga dalam kondisi apapun ketika asas *rechtmatigheid* dan asas *doelmatigheid* ini sangat tidak sejalan bahkan menjadi nampak kontras sekali, maka asas *doelmatigheid* yang harus didahulukan. Hakikat hukum sendiri bila dilihat pada awal lahirnya hanya mengandung unsur keadilan dan kemanfaatan "*doelmatigheid*".

Antinomii- antinomi yang terjadi pada tiga nilai dasar hukum yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian telah menimbulkan kegelisahan- kegelisahan hukum di kalangan pengguna hukum. Kegelisahan ini lahir dikarenakan kepastian tidak mampu memberikan jaminan keadilan kepada masyarakat pengguna hukum. Oleh karena itu

kegelisahan terhadap kepastian hukum yang tidak memberikan jaminan keadilan memerlukan kajian dalam ranah filsafat hukum.

Keadilan hanya mampu dikaji dalam tataran filsafat karena filsafat relevan dalam membangun kondisi hukum yang sesungguhnya. Disinilah filsafat hukum berperan untuk memberikan penjelasan perihal nilai dasar hukum secara filosofis yang sanggup merumuskan ulang cita-cita keadilan di dalam pergaulan hidup bermasyarakat yang relevan dengan postulat- postulat hukum yang berlaku dan kalau diperlukan memberikan perubahan terhadap hukum melalui paradigma hukum baru demi mewujudkan keselarasan hukum dengan dinamika masyarakat.

Ketidakselarasan hukum dengan dinamika merupakan polemik yang disebabkan oleh pergolakan antara hukum dan moral, mengingat keadilan selalu dikaitkan dengan moral masyarakat. Polemik ini terus berlanjut dari generasi ke generasi karena selama ini masyarakat dan institusi Negara tidak pernah melatih diri untuk menyelesaikan masalah hukum melalui pendekatan non hukum, termasuk penerapan kecakapan bertindak dalam pembuatan perjanjian menabung sehingga saat dihadapkan pada persoalan dilematis seperti ini sulit menemukan solusinya bahkan lebih senang mencari amannya saja dengan menjadi corong Undang- Undang.

Solusi yang biasa dipraktekkan oleh institusi hukum Negara adalah dengan membangun pemahaman personal yaitu mencari jalan aman dalam artian menghindari teguran dari atasan, termasuk institusi perbankan dengan menerapkan bunyi teks hukum sebagaimana adanya merupakan solusi yang lupa diri artinya suatu

proses yang memutuskan hubungan atau koneksi dengan masyarakat. Perlu diingat bahwa Institusi hukum negara itu tidak bisa sendiri akan tetapi terkoneksi dengan sistem-sistem lainnya yang mendukung pelaksanaan hukum. Selain hukum, kehidupan manusia dalam masyarakatnya selain dipedomani moral manusia itu sendiri, diatur pula oleh agama, oleh kaidah susila, kesopanan, adat kebiasaan, dan kaidah sosial-sosial lainnya.¹⁷²

Lembaga perbankan dalam menerapkan syarat- syarat menabung seharusnya mengutamakan prinsip '*doelmatigheid*' sebagai prioritas pertama, selain tetap berusaha menerapkan prinsip '*rechtmatigheid*' berdasarkan sikap konservatif terhadap asas kehati- hatian bank. Dengan demikian, lembaga perbankan tidak sekedar menerapkan undang-undang dalam arti formal, tetapi lebih jauh lagi merupakan sarana pemerintah dalam mewujudkan rasa keadilan dalam arti yang sebenarnya. Akan tetapi, dalam praktek secara umum lembaga perbankan lebih mendahulukan prinsip '*rechtmatigheid*'

Idealnya setiap aturan hukum mengandung di dalam dirinya tujuan yang hendak dicapai yang diidealkan memberi manfaat bagi kehidupan bersama dalam masyarakat. Nilai tujuan atau manfaat ini tidak boleh terganggu atau direduksi begitu saja hanya karena soal cara dan prosedur yang bersifat teknis. Pada hakekatnya, di

¹⁷² Mochtar Kusumaatmaja, Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan,; Alumni, Bandung 2002, hlm 4.

dalam pembukaan UUD 1945 pada alinea keempat disebutkan, bahwa tujuan hukum positif kita adalah melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan perdamaian abadi dan keadilan sosial. Berdasarkan tujuan hukum tersebut Soedjino Dirjosisworo mengatakan bahwa tujuan hukum yang sebenar-benarnya adalah menghendaki kerukunan, dan perdamaian dalam pergaulan hidup bersama. Hukum itu mengisi kehidupan yang jujur dan damai dalam seluruh lapisan masyarakat.¹⁷³ Menurut hemat penulis kegiatan menabung bagi anak berimplementasi pada kejujuran anak dan memberikan rasa damai karena pada hakekatnya menabung adalah implementasi dari kebutuhan batin, dengan terpuhinya kebutuhan batin seseorang maka akan melahirkan suatu perasaan damai.

Pendapat lain menyatakan hukum ditujukan untuk kepentingan manusia, sehingga masyarakat mengharapkan kemanfaatan dan pelaksanaan atau penegakan hukum. Jangan sampai terjadi dalam pelaksanaan atau penegakan hukum ini timbul keresahan di dalam masyarakat.¹⁷⁴ Penerapan kecakapan bertindak sebagai syarat perjanjian menabung perlu diterapkan dengan berpegang pada kemanfaatan atau keserasian kecakapan bertindak dengan nilai- nilai yang dianut oleh masyarakat

¹⁷³ Ishaq, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm. 9.

¹⁷⁴ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Prespektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 131.

dalam pergaulan hidup bersama. Lembaga perbankan dalam memutuskan suatu perkara dibidang perjanjian menabung harus mampu melihat secara kasuistis, apakah perjanjian yang akan berlangsung memberikan keburukan pada dunia perbankan atau tidak.

Ketika sebuah perjanjian menabung bagi anak yang aturannya tidak ada maka pertimbangan untuk penyelenggaraan kegiatan tersebut adalah kemaslahatan atau kemanfaatan bagi institusi perbankan maupun bagi anak, sehingga tidak selalu penyelesaian menabung dihadapkan pada asas kepastian hukum tetapi asas kemanfaatan dan keadilan sangat perlu dipertimbangkan. Pendapat ini sejalan dengan pemikiran Sudikno Mertokusumo, yang menyatakan bahwa ketiga asas tersebut harus dilaksanakan secara kompromi, yaitu dengan cara menerapkan ketiga-tiganya secara seimbang atau proporsional, mengikuti asas prioritas yang kasuistis atau sesuai dengan kasus yang dihadapi.¹⁷⁵

Praktek perbankan mengalami kesulitan untuk mengakomodir ketiga asas tersebut di dalam sebuah penerapan kecakapan bertindak sebagai syarat sah perjanjian menabung karena lebih dominan beridiri pada prinsip kehati-hatian bank. Hal ini dapat ditemukan dalam praktek menabung yang sebagian besar bank tidak berani melakukan kebijakan untuk persoalan menabung bagi anak. Disini bank lebih memilih penerapan hukum dalam prinsip etis *deontologist* dari pada penerapan hukum dalam prinsip etis teleologis dan kasuistik. Dalam menghadapi situasi

¹⁷⁵ *Ibid*, hlm 132

seperti ini, dunia perbankan dituntut untuk memilih secara bijak salah satu dari ketiga asas tersebut dalam penerapan kecakapan bertindak dalam perjanjian menabung, dan selama belum ada aturan tertulis tentang kebolehan anak menabung secara mandiri maka bank harus membuat putusan yang memenuhi asas prioritas yang kasuistis. Dunia perbankan perlu membuka cakrawala pemikiran bahwa ketika institusinya memberikan penyelesaian yang lebih dekat mengarah kepada asas kepastian hukum, maka secara otomatis, institusi perbankan akan menjauh dari titik keadilan.

Penerapan *doelmatigheid* pada sebuah penyelesaian hukum menjadikan asas *doelmatigheid* atau kemanfaatan bergerak di antara dua asas yaitu asas keadilan dan kepastian hukum. Asas kemanfaatan ini lebih melihat kepada tujuan atau kegunaan dari hukum itu kepada masyarakat, karena hakikat sesungguhnya dari hukum itu ada untuk mengabdikan kepada manusia dan bukan manusia ada untuk hukum, sebagaimana dikemukakan dalam konsep hukum progresif. Dalam kehidupan nyata perbankan terdapat dua produk tabungan sebagai penerapan kecakapan bertindak sebagai syarat perjanjian menabung yang berbeda, di mana satu produk tabungan menekankan pada asas kepastian hukum sebagai dasar pertimbangannya, sedangkan produk tabungan yang lainnya mengesampingkan asas kepastian hukum tetapi lebih menekankan pada asas kemanfaatan. Dalam produk tabungan juara yang dikeluarkan oleh Bank Tabungan Negara membolehkan anak yang telah mampu bertandatangan permanen untuk membuka rekening dengan nama anak sendiri. Demikian pula dalam produk tabungan Tapplus anak yang dikeluarkan oleh Bank Negara Indonesia (BNI)

memiliki syarat yang sama yaitu anak dibolehkan membuka rekening atas nama anak dan bertandatangan pada buku rekeningnya selama anak telah mampu membuat tandatangan permanen. Jalan yang ditempuh oleh kedua bank ini adalah sebuah kebijakan yang berpihak pada prinsip *the best interest of the child* dan sebuah langkah dalam meningkatkan taraf kesejahteraan anak. Dari kedua contoh tersebut, dapat diambil suatu kesimpulan bahwa institusi perbankan dalam mengambil sebuah kebijakan tidak harus selamanya terpaku pada asas *rectitudinis* saja. Pada setiap transaksional yang diterimanya perlu diselesaikan secara kasuistik, Penekanan pada asas kemanfaatan lebih bernuansa kepada segi ekonomi, dengan dasar pemikiran bahwa hukum itu ada untuk manusia, sehingga tujuan hukum itu harus berguna bagi masyarakat banyak.