

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang MK, Perlindungan Hukum, Keadilan Hukum, Kepastian Hukum Dan Anak Luar Kawin

1. Tinjauan Umum Tentang Mahkamah Konstitusi

Berdirinya Mahkamah Konstitusi sebagai *Special Tribunal* Secara terpisah dari mahkamah agung, yang mengemban tugas khusus merupakan konsepsi yang dapat ditelusuri jauh sebelum negara kebangsaan yang modern (*modern nation-state*), yang pada dasarnya menguji keserasian norma hukum yang lebih rendah dengan norma yang lebih tinggi. Sejarah modern *judicial review*, yang merupakan ciri utama kewenangan mahkamah konstitusi di Amerika Serikat oleh Mahkamah Agung dapat di lihat sebagai perkembangan yang berlangsung selama 250 tahun, dengan rasa kebencian sampai dengan penerimaan yang luas. Revolusi Prancis dan konsep *separation of powers* dari Rosseau dan Montesqiau merupakan bibit pengembangan *judicial review* kedepan, dan keberhasilan awal tentara Napoleon serta pengaruh yang berkelanjutan dari hukum dan budaya Prancis, membawa sikap dan pendekatan ini menyebar ke seluruh Eropa dengan sistem hukumnya yang berbeda.

Pemikiran Amerika tentang *judicial review* setelah kasus Marbury Madison (1803) dan kemudian kasus Dred Scott yang terkenal buruknya tahun 1857, menyebabkan pembaruan di benua Eropa mulai berpikir bahwa mahkamah semacam itu mungkin berguna juga di Eropa. Hans Kelsen, seorang sarjana hukum yang sangat berpengaruh pada abad ke-20, diminta menyusun sebuah konstitusi bagi Republik Austria yang baru muncul dari puing kekaisaran Astro-Hungarian tahun 1919, sama dengan Marshall, Kelsen percaya bahwa konstitusi harus diperlakukan sebagai seperangkat norma hukum yang lebih tinggi (*superior*) dari Undang-undang biasa dan harus ditegakkan secara demikian. Kelsen juga mengakui adanya

ketidakpercayaan yang luas terhadap badan peradilan biasa untuk melaksanakan tugas penegakan konstitusi yang demikian, sehingga dia merancang mahkamah khusus yang terpisah dari peradilan biasa untuk menguasai Undang-undang dan membatalkannya jika ternyata bertentangan dengan Undang-undang Dasar. Meski Kelsen merancang model ini untuk Austria, yang mendirikan mahkamah konstitusi berdasar model itu untuk pertama sekali adalah Cekoslowakia pada bulan Februari tahun 1920. Baru pada bulan Oktober 1920, rancangan Kelsen tersebut diwujudkan di Austria. (Mashuriyanto, 2013:7). Gagasan mahkamah konstitusi dengan *judicial review* menyebar ke seluruh Eropa, pasca perang dunia II yang ditandai dengan didirikannya mahkamah konstitusi secara terpisah dari mahkamah agung. Prancis mengadopsi konsep ini secara berbeda dengan membentuk *constitutional council (conseil constitutionnel)*. Negara-negara bekas jajahan Prancis mengikuti pola Prancis ini. Pada saat Uni Soviet runtuh, bekas negara-negara komunis di Eropa Timur semuanya mereformasi negerinya, dari negara otoriter menjadi negara demokrasi konstitusional yang liberal.

Konstitusi segera direvisi dan dalam proses itu satu lembaga baru dibentuk, yaitu satu mahkamah yang terdiri atas pejabat-pejabat kekuasaan kehakiman dengan kewenangan untuk membatalkan Undang-undang dan peraturan lain jika ternyata ditemukan bertentangan atau tidak sesuai dengan hukum yang lebih tinggi, yaitu konstitusi. Sampai sekarang sudah 78 negara yang mengadopsi sistem mahkamah konstitusi yang didirikan terpisah dari mahkamah agungnya dan Indonesia merupakan negara yang ke-78, dengan di undangkannya Undang-undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Undang-undang mahkamah konstitusi) pada tanggal 13 Agustus 2003, yang telah berlaku secara operasional sejak pengucapan sumpah 9 (sembilan) hakim konstitusi pada tanggal 16 Agustus 2003. Mahkamah Konstitusi adalah sebuah lembaga negara yang ada setelah adanya amandemen Undang-undang Dasar 1945. Dalam konteks ketatanegaraan Mahkamah Konstitusi dikonstruksikan:

Pertama, sebagai pengawal konstitusi yang berfungsi menegakkan keadilan konstitusional ditengah kehidupan masyarakat. Kedua, mahkamah konstitusi bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggung jawab. Ketiga, ditengah kelemahan sistem konstitusi yang ada, mahkamah konstitusi berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat. Pada hakikatnya, fungsi utama mahkamah konstitusi adalah mengawal supaya konstitusi dijalankan dengan konsisten (*the guardian of constitutions*) dan menafsirkan konstitusi atau Undang-undang Dasar (*the interpreter of constitutions*).

Keberadaan mahkamah konstitusi memiliki arti penting dan peranan strategis dalam perkembangan ketatanegaraan dewasa ini karena segala ketentuan atau kebijakan yang dibuat penyelenggara negara dapat diukur dalam hal konstitusional atau tidak oleh mahkamah konstitusi. Ketentuan umum tentang mahkamah konstitusi diatur dalam Pasal 24C Undang-undang Dasar 1945. Susunan Keanggotaan Di dalam mahkamah konstitusi terdapat tiga pranata (institusi), yaitu hakim konstitusi, sekretariat jenderal, dan kepaniteraan, Pasal 7 Undang- undang No. 24 Tahun 2003 tentang mahkamah konstitusi menyebutkan; “untuk kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya, mahkamah konstitusi dibantu oleh sebuah sekretariat jenderal dan kepaniteraan.” Artinya institusi utama dari mahkamah konstitusi adalah sembilan hakim konstitusi yang dalam melaksanakan kewenangan dan kewajiban konstitusionalnya, dibantu dua institusi lainnya, yaitu sekretariat jenderal dan kepaniteraan Mahkamah konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan dengan keputusan presiden. Kesembilan hakim tersebut diajukan masing-masing tiga orang oleh mahkamah agung, tiga orang DPR, dan tiga orang oleh Presiden. Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil dalam bersikap, negarawan yang

menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, dan tidak merangkap sebagai pejabat negara. Berdasarkan pasal 16 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi telah dijelaskan bahwa; agar dapat diangkat menjadi hakim, seorang calon harus memenuhi syarat :

- 1) WNI;
- 2) berpendidikan strata satu (S-1) bidang Hukum;
- 3) berusia sekurang-kurangnya 40 Tahun pada saat pengangkatan;
- 4) tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih;
- 5) tidak sedang dinyatakan pailit berdasarkan putusan pengadilan; dan
- 6) mempunyai pengalaman kerja di bidang hukum sekurang-kurangnya sepuluh tahun.

Keberadaan masing-masing hakim konstitusi merupakan institusi yang otonom dan independen, tidak mengenal hierarki dalam pengambilan putusan sebagai pelaksanaan dari kewenangan konstitusionalnya. Dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara di mahkamah konstitusi, ketua dan wakil ketua tidak dapat mempengaruhi pendapat para hakim lainnya, begitupun sebaliknya. Sebagai sebuah lembaga yang telah ditentukan dalam Undang-undang Dasar, kewenangan Mahkamah Konstitusi juga dalam Undang-undang Dasar. Kewenangan mengeklusifkan dan membedakan mahkamah konstitusi dari lembaga-lembaga lain. Wewenang mahkamah konstitusi secara khusus diatur dalam Pasal 24C ayat (1) Undang-undang Dasar *jo.* Pasal 10 Ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang mahkamah konstitusi menyatakan:

- 1) Mahkamah konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-undang terhadap Undang-undang Dasar;
- 2) Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-undang Dasar.
- 3) Misalnya, usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden oleh DPR kepada MPR apabila Presiden dan/atau Wakil Presiden terbukti melakukan pelanggaran hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 7A UUD 1945;
- 4) Memutus pembubaran partai politik; dan
- 5) Memutus perselisihan tentang hasil pemilu.

Berdasarkan ketentuan Pasal 24C Ayat (2) 1945 *jo.* Pasal 10 Ayat (2) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang menyatakan “Mahkamah konstitusi wajib memeriksa, mengadili dan memutus terhadap pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran Hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 7A UUD 1945.” Berdasarkan ketentuan tersebut maka setiap putusan mahkamah konstitusi bersifat final, artinya dalam hal pelaksanaan kewenangan ini tidak ada mekanisme banding atau kasasi terhadap putusan yang dibuat mahkamah konstitusi untuk perkara-perkara yang berkenaan dengan kewenangan tersebut. Lain halnya dengan kewajiban mahkamah konstitusi sebenarnya dapat dikatakan merupakan sebuah kewenangan untuk memberikan putusan atas pendapat DPR terhadap dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden. Dugaan pelanggaran yang dimaksud adalah bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran Hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden

dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Dasar 1945 Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Secara khusus dalam kewenangan ini, Undang-undang Dasar tidak menyatakan mahkamah konstitusi sebagai peradilan tingkat pertama dan terakhir dan putusannya bersifat final dan mengikat. Mahkamah konstitusi hanya diletakkan sebagai salah satu mekanisme yang harus, bahkan wajib, dilalui dalam proses pemberhentian (*impeachment*) Presiden dan/atau Wakil Presiden. Kewajiban konstitutional mahkamah konstitusi adalah untuk membuktikan dari sudut pandang hukum benar tidaknya dugaan pelanggaran hukum Presiden dan/atau Wakil Presiden, putusan mahkamah konstitusi tidak secara otomatis dapat memberhentikan Presiden dan/atau Wakil Presiden karena hal itu bukan wewenang sepenuhnya mahkamah konstitusi. Sesuai ketentuan Undang-undang Dasar, jika putusan mahkamah konstitusi menyatakan terbukti bersalah maka DPR meneruskan usul pemberhentian tersebut ke MPR, nantinya persidangan MPR yang akan menentukan apakah Presiden dan/atau Wakil Presiden yang telah diusulkan pemberhentiannya oleh DPR dapat diberhentikan atau tidak dari jabatannya.

2. Tinjauan Umum tentang Perlindungan Hukum

Prinsip hukum di Indonesia berlandaskan Pancasila sebagai ideologi dan falsafah Negara. Prinsip perlindungan hukum bertumpu pada adanya hak asasi manusia yang membuat adanya pembatasan pada hak dan kewajiban baik masyarakat maupun pemerintah (Yassir Arafat. 2015:34). Perlindungan hukum dalam Bahasa Inggris disebut *legal protection*, dan dalam Bahasa Belanda disebut *rechtsbecherming*, sedangkan secara *hystoris* maka Awal mula munculnya teori perlindungan hukum bersumber dari teori hukum alam atau aliran hukum alam. Menurut aliran hukum alam menyebutkan bahwa hukum itu bersumber dari Tuhan yang bersifat universal dan abadi, serta antara hukum dan moral tidak boleh dipisahkan. Para

penganut aliran ini memandang bahwa hukum dan moral adalah cerminan dan aturan secara internal dan eksternal dari kehidupan manusia yang diwujudkan melalui hukum dan moral. Philip Hardjon mencoba memberikan pengertian perlindungan hukum sebagai perlindungan dengan menggunakan sarana hukum atau perlindungan yang diberikan oleh hukum, ditujukan kepada perlindungan terhadap kepentingan-kepentingan tertentu, yaitu dengan menjadikan kepentingan yang perlu dilindungi tersebut dalam sebuah hak hukum (Philipus M.Hadjon, 2013: 7). Negara mempunyai peran penting untuk melindungi hak dan kewajiban dari setiap warga negaranya terutama dalam sebuah negara hukum seperti Indonesia. Dalam sebuah negara pastinya akan terjadi suatu hubungan timbal balik antara negara dengan warga negara yang akan menimbulkan sebuah hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak.

Perlindungan hukum merupakan suatu hak bagi setiap warga negara. Oleh karena itu, negara wajib memberikan perlindungan hukum kepada warga negaranya (Yusmita dkk, 2019:63). 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 anggota-anggota masyarakat dan antara perseorangan dengan pemerintah yang dianggap mewakili kepentingan masyarakat. M. Isnaeni berpendapat pada dasarnya persoalan perlindungan hukum itu ditinjau dari sumbernya dapat dibedakan menjadi dua macam yakni perlindungan hukum "*eksternal*" dan perlindungan hukum "*internal*". Hakekat perlindungan hukum internal, pada dasarnya perlindungan hukum yang dimaksud dikemas sendiri oleh para pihak pada saat membuat perjanjian, di mana pada waktu mengemas klausula-klausula kontrak, kedua belah pihak menginginkan agar kepentingannya terakomodir atas dasar kata sepakat. Demikian juga segala jenis resiko diusahakan dapat ditangkal lewat pemberkasan lewat klausula-klausula yang dikemas atas dasar sepakat pula, sehingga dengan klausula itu para

pihak akan memperoleh perlindungan hukum berimbang atas persetujuan mereka bersama. Perihal perlindungan hukum internal seperti itu baru dapat diwujudkan oleh para pihak, manakala kedudukan hukum mereka relatif sederajat dalam arti para pihak mempunyai *bargaining power* yang relatif berimbang, sehingga atas dasar asas kebebasan berkontrak masing-masing rekan seperjanjian itu mempunyai keleluasaan untuk menyatakan kehendak sesuai kepentingannya. “Pola ini dijadikan landasan pada waktu para pihak merakit klausula-klausula perjanjian yang sedang digarapnya, sehingga perlindungan hukum dari masing-masing pihak dapat terwujud secara lugas atas inisiatif mereka.” (Moch. Isnaeni, 2016:160). Perlindungan hukum eksternal ini, pada umumnya merupakan sebuah benteng yang dipersiapkan oleh pembentuk undang-undang untuk melindungi para pihak yang dalam perjanjian yang dibuatnya mempunyai kedudukan yang relatif lebih lemah. Untuk itu dirasa perlu oleh pemerintah, agar pihak yang lemah tetap dapat memperoleh keuntungan secara wajar selama menggunakan kontrak sebagai wahana komersial yang dikemudikannya.

Sebaliknya perlindungan hukum eksternal ini, sekaligus merupakan pembatas-pembatas yang sengaja dibuat oleh penguasa, supaya pihak yang kuat tidak akan menggunakan asas kebebasan berkontrak secara tidak patut demi meraih keuntungan atas kerugian mitranya. Satjipto Raharjo memberikan pengertian bahwa; perlindungan hukum adalah upaya memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum (Satjipto Rahardjo, 2001:55). Adapun pengertian perlindungan hukum menurut Phillipus M. Hadjon bahwa yang membagi perlindungan hukum dalam dua bentuk yang adalah bentuk tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan bentuk tindakan pemerintah yang bersifat represif. Perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, yang mengarahkan tindakan pemerintah bersikap hati-hati

dalam pengambilan keputusan berdasarkan diskresi, dan perlindungan yang represif bertujuan untuk menyelesaikan terjadinya sengketa, termasuk penanganannya di lembaga peradilan. Patut dilihat bahwa upaya untuk mendapatkan perlindungan hukum tentunya yang diinginkan oleh manusia adalah ketertiban dan keteraturan antara nilai dasar dari hukum yakni adanya kepastian hukum, kegunaan hukum serta keadilan hukum, meskipun pada umumnya dalam praktek ketiga nilai dasar tersebut bersitegang, namun haruslah diusahakan untuk ketiga nilai dasar tersebut bersamaan, sebab fungsi primer dari hukum adalah untuk melindungi rakyat dari bahaya dan tindakan yang dapat merugikan dan menderitakan hidupnya dari orang lain, masyarakat maupun penguasa. Selain itu, hukum juga berfungsi pula untuk memberikan keadilan serta menjadi sarana untuk mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh rakyat.

3. Tinjauan Umum Tentang Keadilan Hukum

Manusia didalam hukum adalah sebagai subjek, baik secara individual maupun sosial yakni sebagai pendukung hak dan kewajiban bukan sebagai objek, artinya bahwa manusia tidak boleh dipermainkan atau direduksi menjadi semacam benda-benda atau barang yang dapat ditukar atau diperjual-belikan. Sederhananya hukum itu untuk manusia bukan sebaliknya manusia untuk hukum. Hyronimus Rhity Sebagai subjek didalam hukum maka manusia memiliki hak-hak serta kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum baik dalam tataran hak dasar atau asasi (*fundamental*). Hukum diharuskan untuk selalu mencerminkan rasa keadilan (Hyronimus Rhiti, 2011.84). Plato sebagaimana dikutip oleh Bernard L Tanya menyatakan bahwa hukum adalah sebagai instrumen/sarana keadilan. Secara lebih rinci Plato merumuskan teorinya tentang hukum sebagai berikut:

- a) Hukum merupakan tatanan terbaik untuk menangani dunia fenomena yang penuh situasi ketidakadilan.

- b) Aturan-aturan hukum harus dihimpun dalam suatu kitab, supaya tidak muncul kekacauan hukum.
- c) Setiap Undang-undang harus didahului preambule tentang motif dan tujuan undang-undang tersebut. Manfaatnya adalah agar rakyat dapat mengetahui dan memahami kegunaan menaati hukum itu dan insaf, tidak baik menaati hukum hanya karena takut dihukum.
- d) Tugas hukum adalah membimbing para warga lewat Undang-undang pada suatu hidup yang saleh dan sempurna.
- e) Orang yang melanggar aturan harus dihukum, tapi bukan sebagai bentuk balas dendam. (Bernard L. Tanya, 2011, 13).

Adapun penjelasan terkait dengan keadilan hukum yang diutarakan oleh beberapa pakar sebagaimana dikutip oleh Hyronimus Rhity diantaranya adalah;

- a) Gustav Radbruch mengatakan bahwa ukuran nilai dari hukum positif dan tujuan dari pembuat undang-undang adalah keadilan.
- b) Aristoteles berpendapat bahwa keadilan adalah keutamaan dan bersifat umum. Ia pun membagi keadilan dalam dua bentuk yakni; *(i)* keadilan distributif *(ii)* keadilan korektif. *(i)* keadilan distributif menurutnya adalah keadilan yang berlaku dalam hukum publik yaitu berfokus pada distribusi, honor kekayaan dan barang-barang lain yang diperoleh oleh anggota masyarakat. *(ii)* keadilan korektif berhubungan dengan pembetulan sesuatu yang salah, memberikan kompensasi bagi pihak yang dirugikan atau hukuman yang pantas bagi pelaku kejahatan.
- c) Menurut Stoa di Yunani dan Romawi dengan tokoh pendiri antara lain seperti Seneca (4 SM-65 SM), Marcus Aurelius (121-180) termasuk Cicero (106-43 SM). Berpendapat bahwa hukum positif sering menghambat perkembangan hidup (ini kalau hukum positif

tidak peduli dengan keadilan dan moral). Bahkan menurut mereka orang yang paling konsekuen mengikuti Undang-undang bisa jadi adalah orang yang paling merugikan keadilan (*summum ius, summa iniuria*). Ini dapat dimengerti, kalau Undang-undang itu sendiri mengatur sesuatu dengan akibat ketidakadilan. Artinya bahwa keadilan adalah “tidak merugikan orang lain (*neminem laedere*) dan memberikan kepada orang lain apa yang menjadi haknya (*unicuique suum tribuere*).

- d) Menurut positivisme, keadilan adalah “apa kata hukum positif”. Semua penerapan hukum positif adalah keadilan dengan sendirinya. Persoalannya ialah kalau hukum positifnya itu sendiri (katakanlah misalnya sebuah Undang-undang) cacat hukum atau surat dengan muatan politis, kepentingan dan bahkan penerapannya dinilai akan menimbulkan ketidakadilan.
- e) Menurut pandangan utilitarianisme (John Stuart Mill dan Bentham) keadilan adalah manfaat atau kebahagiaan terbesar bagi sebanyak mungkin orang. Jadi sebagian kecil orang atau individu bisa saja jadi korban demi kepentingan banyak orang dan itu tetap disebut “keadilan” juga.
- f) Derrida dalam Anton F. Susanto Mengatakan bahwa keadilan dalam hukum memperoleh daya kekuatan yang sebenarnya tidak dari sumber-sumber dalam tatanan hukum, melainkan dari sesuatu yang melampaui hukum itu sendiri. Demikian juga menurutnya keadilan tidak berarti kesesuaian dengan undang-undang. Artinya kesesuaian dengan Undang-undang belum memastikan adanya keadilan (barangkali juga karena tidak ada jaminan bahwa Undang-undang itu pasti adil).
- g) John Rawls berpendapat bahwa keadilan adalah *fairness (justice as fairness)*. Pendapat John Rawls ini berakar pada teori kontrak sosial Locke dan Rousseau serta ajaran

deontologi dari Imanuel Kant. Beberapa dari pendapatnya mengenai keadilan adalah sebagai berikut:

- a) Keadilan ini juga merupakan suatu hasil dari pilihan fair. Ini berasal dari anggapan Rawls bahwa sebetulnya manusia dalam masyarakat itu tidak tahu posisinya yang asli, tidak tahu tujuan dan rencana hidup mereka, juga tidak tahu mereka milik dari masyarakat apa dan dari generasi mana (*veil of ignore*). Dengan kata lain individu dalam masyarakat itu adalah entitas yang tidak jelas. Karena itu orang lalu memilih prinsip keadilan.
- b) Prinsip kebebasan yang sama. *“each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all”*. Kemudian prinsip perbedaan menyangkut sosial ekonomi. Tentang itu dia mengatakan, *“social and economic inequalities, for example inequalities of wealth and authority, are just only if they result in compensating benefits for everyone, and in particular for the least advantaged member of society”*. Perbedaan atau ketidaksamaan itu diperbolehkan sejauh itu kemudian menguntungkan orang-orang yang kurang beruntung. Prinsip perbedaan itu menjadi inti dari teori keadilan substantif dari Rawls. Rawls juga menyebutkan bahwa keadilan juga berkaitan dengan prinsip kesamaan dan kesempatan.
- c) Keadilan sebagai *fairness* menghasilkan sebagai keadilan prosedural murni. Dalam keadilan prosedural murni tidak ada standar untuk menentukan apa yang disebut “adil” terpisah dari prosedur itu sendiri. Keadilan tidak dilihat dari hasilnya melainkan dari sistem (atau juga proses) itu sendiri.
- d) Robert Nozick berpendapat bahwa keadilan hanya muncul atau lebih baik dikaitkan dengan konteks Negara, yaitu apa yang disebutnya sebagai *“minimal state”* (negara

minimal). Persoalan keadilan muncul karena keadilan distributif seperti yang ditampilkan oleh Rawls seringkali dianggap sebagai suatu yang rasional untuk yang lebih dari Negara minimal.

Peran Negara bagi Nozick adalah melindungi hak-hak individu dan tidak boleh ada yang dikorbankan demi kepentingan lain. Disamping itu Negara harus berpegang teguh pada prinsip kompensasi (mengganti kerugian) kepada mereka yang telah kehilangan hak kebebasan mereka. Di Indonesia sendiri keadilan dapat kita lihat pada rumusan sila ke-V Pancasila yaitu “keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Keadilan sosial ini dengan sendirinya mengandaikan adanya keadilan individual. Artinya sikap atau perilaku individu adalah sikap dan perilaku yang memiliki keutamaan atau kebajikan berupa keadilan. Individu juga menjadi tujuan dari keadilan itu. Perhatian terhadap Individu dalam keadilan sosial tetap ada, namun keadilan sosial tidak tergantung dari kehendak individu, melainkan dari struktur-struktur. Keadilan sosial adalah keadilan struktural. Keadilan ini tercapai apabila struktur seperti proses-proses ekonomis, politik, sosial budaya dan ideologis dalam masyarakat menghasilkan pembagian kekayaan masyarakat yang adil dan menjamin bahwa setiap warga memperoleh yang menjadi haknya.

Keadilan sosial lebih mudah diperoleh dengan membongkar struktur-struktur yang tidak adil (Magnis Suseno Franz, 2013:47). Keadilan sosial yang diambil dari Pancasila mengikuti hakikat Pancasila sendiri yaitu “perikemanusiaan”. Perikemanusiaan harus dijalankan secara bersama-sama menciptakan, memiliki dan menggunakan barang-barang dunia yang berguna sebagai syarat-syarat, alat-alat dan perlengkapan hidup. Penjelmaan perikemanusiaan dalam sektor ini disebut keadilan sosial. Keadilan ini juga mengandung maksud bahwa didalam keadilan sosial harus ada perbuatan yang saling memanusiakan manusia. Misalnya dalam suatu kelompok masyarakat ada saling hormat-menghormati,

mengakui hak-hak orang lain, membiarkan orang lain menjadi pribadi yang utuh, toleransi hormat pada perbedaan, kasih damai dan seterusnya. Keadilan sosial sebagai nilai harus diwujudkan dalam norma-norma, termasuk kedalam norma hukum dengan kata lain, ketentuan hukum (terutama hukum positif) mesti mencerminkan keadilan sosial serta keadilan hukum.

4. Tinjauan umum tentang kepastian hukum

Prinsip hukum di Indonesia berlandaskan Pancasila sebagai ideologi dan falsafah Negara. Prinsip perlindungan hukum bertumpu pada adanya hak asasi manusia yang membuat adanya pembatasan pada hak dan kewajiban baik masyarakat maupun pemerintah (Yassir Arafat. 2015:34). Aturan hukum, baik tertulis maupun tidak tertulis berisi aturan-aturan yang bersifat umum yang menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam masyarakat dan menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan semacam itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum. Jadi dapat disimpulkan bahwa kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis, sehingga tidak menimbulkan keragu-raguan (multi-tafsir), logis dan mempunyai daya prediktabilitas. Kepastian hukum merupakan keadaan dimana perilaku manusia, baik individu, kelompok, maupun organisasi, terikat dan berada dalam koridor yang sudah digariskan oleh aturan hukum. Asas kepastian hukum diperlukan dalam terciptanya peraturan perundang-undangan karena kepastian hukum merupakan prinsip utama dari berbagai macam prinsip- prinsip supremasi hukum yang menurut M. Kordela (2008) "*The legal certainty as the superior principle of the system of formal principles of the rule of law justifies the legal validity of a defined group of values*".(Samudra Putra Indratanto, Nurainun, and Kristoforus Laga Kleden, Jurnal Imu

Hukum 16, no. 1 (2020): 88–100.) Kepastian Hukum disebut juga dengan istilah *principle of legal security* dan *rechtszekerheid*. Kepastian hukum adalah perangkat hukum suatu Negara yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara. Kepastian hukum (*rechtszekerheid*) juga diartikan dengan jaminan bagi anggota masyarakat, bahwa semuanya akan diperlakukan oleh Negara/penguasa berdasarkan peraturan hukum, tidak dengan sewenang-wenang. Istilah kepastian hukum dalam tataran teori hukum tidak memiliki pengertian yang tunggal. Gustaf Radbruch, dalam konsep ajaran prioritas baku mengemukakan bahwa tiga ide dasar hukum atau tiga tujuan utama hukum adalah keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Keadilan merupakan hal yang utama dari ketiga hal itu tetapi tidak berarti dua unsur yang lain dapat dengan serta merta diabaikan. Hukum yang baik adalah hukum yang mampu mensinergikan ketiga unsur tersebut demi kesejahteraan masyarakat.

Aristoteles dalam bukunya "*rhetorica*" mengatakan bahwa tujuan dari hukum adalah menghendaki keadilan semata-mata dan isi dari pada hukum ditentukan oleh kesadaran etis mengenai apa yang dikatakan adil dan apa yang dikatakan tidak adil. Hukum memiliki fungsi tidak hanya menegakkan keadilan tetapi juga menegakkan kepastian dan kemanfaatan. Tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum, fungsi hukum dapat berjalan dan mampu mempertahankan ketertiban. Kepastian hukum erat kaitannya dengan asas kebenaran yaitu sesuatu yang secara erat dapat disilogismekan secara legal formal. Melalui logika deduktif, aturan-aturan hukum positif ditempatkan sebagai premis mayor, sedangkan peristiwa konkrit ialah premis minor. Melalui sistem logika tertutup maka akan diperoleh konklusinya. Konklusi merupakan segala sesuatu yang dapat diprediksi, sehingga setiap orang wajib berpegang kepadanya. Dengan adanya pegangan atau acuan ini, maka setiap orang akan tertib. Maka dalam hal ini, adanya kepastian hukum akan mengarahkan masyarakat menjadi tertib (Shidarta, Hukum Penalaran dan

Penalaran Hukum,2013: 8). Kepastian hukum tidak datang dari luar hukum melainkan datang dari dalam hukum itu sendiri atau sistem hukum. Dari situlah bisa dikatakan bahwa kepastian hukum bukan hanya kepada orang sebagai subjek hukum atau isi hukum sebagai objek hukum, atau hanya pada proses hukum (Dominikus, 2014: 79-80). Teori kepastian hukum yang dipakai dalam penelitian ini adalah teori yang dikemukakan oleh Apeldorn. Menurut Apeldorn kepastian hukum mempunyai dua segi; pertama, mengenai soal dapat ditentukannya (*bepallbaarheid*) hukum dalam hal-hal yang konkret. Artinya pihak-pihak yang mencari keadilan ingin mengetahui apakah yang menjadi hukumnya dalam hal khusus, sebelum ia memulai perkara. Kedua, kepastian hukum berarti keamanan hukum. Artinya perlindungan bagi para pihak terhadap kesewenangan hakim. Untuk terlaksananya hal tersebut, maka menurut teori ini hukum harus membuat apa yang dinamakan peraturan/ketentuan umum. Peraturan/ketentuan umum ini diperlukan masyarakat demi kepastian hukum.

5. Tinjauan Umum Tentang Politik Hukum

Politik hukum sebagai suatu jalur atau proses untuk membentuk suatu produk hukum atau kebijakan yang dalam prakteknya memiliki implikasi luas dalam bernegara dan secara sosiologis berdampak pada masyarakat, juga memiliki arti penting dalam rangka untuk mencapai tujuan Negara yang di cita-citakan. Maka baik buruknya sebuah produk hukum tergantung bagaimana wajah dari politik hukumnya. Tentu saja aktor pentingnya terletak pada bagaimana pihak kekuasaan yang berwenang mampu menjadikan cita-cita Negara sebagai sumber dalam setiap pembuatan kebijakan. Secara etimologi kata politik berhubungan dengan polisi dan/atau kebijakan. Politik berasal dari bahasa Belanda yaitu *politiek* dan bahasa Inggris *politics*, yang sama-sama bersumber dari bahasa Yunani yaitu *politika* artinya yang berhubungan negara, dengan asal katanya polis (negara kota) atau *staadstaat*, yang secara

historis dapat dikatakan bahwa politik mempunyai hubungan dengan negara. Sedangkan pengertian hukum menurut Soedikno Mertokusumo adalah keseluruhan kumpulan peraturan-peraturan atau kaidah-kaidah dalam suatu kehidupan bersama, keseluruhan peraturan tingkah laku yang berlaku dalam suatu kehidupan bersama yang dapat dipaksakan pelaksanaannya dengan sanksi (Soedikno Mertokusumo, 2011:67). Politik hukum dalam hubungan kausalitas antara hukum dan politik, maka paling tidak ada tiga macam jawaban dapat menjelaskannya. Pertama, hukum determinan atas dalam arti bahwa kegiatan-kegiatan politik diatur oleh dan harus tunduk pada aturan-aturan hukum. Kedua, politik determinan atas hukum, karena hukum merupakan hasil atau kristalisasi dari kehendak-kehendak politik yang saling berinteraksi dan saling bersaing. Ketiga, politik dan hukum sebagai subsistem kemasyarakatan berada pada posisi yang derajat determinasinya seimbang antara yang satu dengan yang lain karena meskipun hukum merupakan produk keputusan politik tetapi begitu hukum ada maka semua kegiatan politik harus tunduk pada aturan-aturan hukum.

Secara sempit atas ketiga jawaban di atas adalah adanya korelasi kuat antara hukum dengan politik maupun politik dengan hukum, dalam dunia praktis banyak faktor yang dapat menyebabkan terjadinya superioritas atas hukum maupun politik, tergantung dalam situasi dan kondisi penyelenggaraan negara. Beberapa definisi mengenai yang dikemukakan oleh beberapa ahli adanya persamaan substansif. Antara lain adalah pendapat Padmo Wahjono mengatakan bahwa politik hukum adalah kebijakan dasar yang menentukan arah, bentuk, maupun isi hukum yang akan dibentuk dan penyelenggara negara tentang apa yang dijadikan kriteria untuk menghukumkan sesuatu yang didalamnya mencakup pembentukan, penerapan, dan penegakan hukum. Selanjutnya Teuku Mohammad Radhiwe mendefinisikan politik hukum sebagai suatu pernyataan kehendak penguasa negara mengenai hukum yang berlaku

diwilayahnya dan mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun. Dari beberapa definisi ahli di atas dapat ditarik argumen bahwa unsur dari politik hukum ialah adanya penguasa, wilayah, kebijakan juga pelaksana kebijakan tersebut. Satjipto Rahardjo mendefinisikan politik hukum sebagai aktivitas memilih dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dengan hukum tertentu didalam masyarakat yang cakupannya meliputi jawaban atas beberapa pertanyaan mendasar, yaitu:

- a) Tujuan apa yang hendak dicapai melalui sistem yang ada;
- b) Cara-cara apa dan yang mana dirasa paling baik untuk dipakai dalam mencapai tujuan tersebut;
- c) Kapan waktunya dan melalui cara bagaimana hukum itu perlu diubah;
- d) Dapatkah suatu pola yang baku dan mapan dirumuskan untuk membantu dalam memutuskan proses pemilihan tujuan serta caracara untuk mencapai tujuan tersebut dengan baik.

Menurut Imam Syaukani dan A Ahsin Thohari, politik hukum adalah kebijakan dasar penyelenggara negara dalam bidang hukum yang akan, sedang, dan telah berlaku, yang bersumber dari nilai-nilai yang berlaku di masyarakat untuk mencapai tujuan negara yang dicita-citakan. Selanjutnya, pendapat menurut Otong Rosadi dan Andi Desmon, politik hukum adalah proses pembentukan dan pelaksanaan sistem atau tatanan hukum yang mengatur kehidupan masyarakat dalam negara secara nasional (Otong Rosadi dan Andi Desmon,2013:5) Konsep dasar tentang politik hukum selalu berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum merupakan produk politik yang melihat hukum sebagai formalisasi atau konkritisasi dari kehendak-kehendak politik penguasa (dalam konteks negara) yang saling berinteraksi dengan komunikasi intersubjektif untuk menemukan konsensus politik bersama. Para ahli sendiri

masih memperdebatkan tentang letak dari politik hukum. Terutama dari sisi bidang keilmuannya. Dalam tataran das sollen nya, ada anggapan bahwa politik harus tunduk pada ketentuanketentuan hukum yang berlaku. Namun, dalam tataran das sein-nya muncul anggapan bahwa hukum adalah produk dari konfigurasi politik. Politik menjadi latarbelakang pembentukan suatu hukum (Ahmad Muliadi,2013:13). Politik hukum dalam domainnya tidak hanya kehendak penguasa untuk menciptakan produk hukum, lebih dari itu, politik hukum juga berfungsi mengkritisi produk-produk hukum yang telah dibentuk terlebih dahulu. Dengan demikian, politik hukum menggunakan prinsip double movement, yaitu selain sebagai mekanisme untuk menciptakan kebijakan dalam bidang hukum (*legal policy*) oleh lembaga-lembaga Negara yang berwenang, dan juga merupakan jalur (Imam Syaukani, A. Ahsin Thohari,2013:51).

Uraian di atas menunjukkan bahwa objek dari politik hukum adalah kebijakan penguasa yang berbentuk produk perundang-undangan baik yang berlaku di waktu yang lampau, yang berlaku sekarang, maupun yang seharusnya berlaku di waktu dan masa yang akan datang. Sedangkan yang digunakan untuk mendekati atau mempelajari objek dari politik hukum adalah praktis ilmiah bukan teoritis ilmiah. Dengan kata lain, keberadaan politik hukum sebagai kanal untuk merumuskan kebijakan menunjukkan eksistensi adanya hukum di Negara tertentu, dan sebaliknya, keberadaan produk hukum perundang-undangan menunjukkan adanya politik hukum di Negara tertentu (Ahmad Muliadi,2013:10). Dari keyakinan bahwa politik hukum adalah arah kebijakan Negara (*legal policy*) untuk membuat dan memberlakukan hukum (Mahfud MD,2014:1). Maka, dalam konteks ini dapat dikatakan bahwa hukum adalah “instrumen” yang bekerja dalam “ sistem hukum” positif di negara tertentu (dalam hal ini Indonesia) dengan maksud untuk mencapai “tujuan” Negara atau “cita-cita” masyarakat Indonesia dan pada umumnya masyarakat dunia. Maka akan menjadi penting terlebih dahulu

sebelum memulai politik hukum nasional haruslah didasari dengan keteguhan tentang tujuan Negara. Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, dalam buku Dasar-Dasar Politik Politik Hukum terdapat 6 domain kajian dalam politik hukum. Di antaranya sebagai berikut: (Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari,2013:51)

- 1) Proses penggalian nilai-nilai dan aspirasi yang berkembang dalam masyarakat oleh penyelenggara Negara yang berwenang merumuskan politik hukum,
- 2) Proses perdebatan dan perumusan nilai-nilai dan aspirasi tersebut ke dalam bentuk sebuah rancangan peraturan perundang-undangan oleh penyelenggara Negara yang berwenang merumuskan politik hukum,
- 3) Penyelenggara Negara yang berwenang merumuskan dan menetapkan politik hukum,
- 4) Peraturan perundang-undangan yang memuat politik hukum
- 5) Faktor-faktor yang mempengaruhi dan menentukan suatu politik hukum, baik yang akan sedang, dan telah ditetapkan.
- 6) Pelaksanaan dari peraturan perundang-undangan yang merupakan implementasi dari politik hukum suatu Negara.

Enam ruang lingkup tersebut di atas itulah menurut Imam Syaukani dan Ahsin yang seterusnya akan menjadi wilayah concern kajian dari politik hukum. Adapaun Manfaat dari politik hukum dalam hal ini ialah untuk mengetahui bagaimana proses-proses yang mencakup enam *concern* dari politik hukum itu dapat menghasilkan sebuah legal policy berupa produk hukum yang sesuai dengan kebutuhan dan rasa keadilan Masyarakat (Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari,2013:52). Politik hukum sebagai suatu jalur atau proses untuk membentuk suatu produk hukum atau kebijakan yang dalam prakteknya memiliki implikasi luas dalam bernegara dan secara sosilogis berdampak pada masyarakat, juga memiliki arti penting dalam rangka

untuk mencapai tujuan Negara yang di cita-citakan. Maka baik buruknya sebuah produk hukum tergantung bagaimana wajah dari politik hukumnya. Tentu saja aktor pentingnya terletak pada bagaimana pihak kekuasaan yang berwenang mampu menjadikan cita-cita Negara sebagai sumber dalam setiap pembuatan kebijakan. Hans Kelsen dalam Teori Hukum Murni (Pure Yuridis Theoritis), mendefinisikan pengertian politik hukum sebagai suatu disiplin ilmu yang membahas perbuatan pejabat aparatus negara yang diberikan wewenang undang-undang untuk memproduksi (melahirkan) suatu produk peraturan perundang-undangan sebagai alat untuk mewujudkan tujuan Negara (Ahmad Muliadi,2013:1). Satjipto Rahardjo mula-mula mengawali pemikiran politik hukumnya dengan mengutip pengertian politik dari sosiolog kenamaan asal Amerika Serikat, Talcot Parson. Politik hukum menurut Satjipto Rahardjo; adalah aktivitas memilih cara yang akan digunakan untuk mencapai suatu tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat.

Sebagai seorang ahli dalam bidang sosiologi hukum dan pencetus aliran hukum progresif, bukan mengagetkan apabila Satjipto lebih menitikberatkan definisi politik hukum versinya dengan menggunakan pendekatan sosiologi. Itu bisa dilihat dari pernyataannya bahwa politik hukum digunakan untuk mencapai suatu tujuan sosial yang di cita-citakan dan hukum menjadi alat untuk mencapai cita-cita yang dikehendaki dalam masyarakat. Dari sini selain Parson, nampak pula aroma sociological jurisprudence dari Roscoe Pound mempengaruhi pemikiran hukum dari Satjipto. Hukum sebagai alat/sarana untuk rekayasa sosial (*law as a tool of sosial engineering*). Titik tekan dari pemikirannya ini adalah hukum dibuat harus dengan pendekatan sosial yaitu melalui kajian sosiologis pada waktu akan dibuat undang-undang dan dampak pasca undangundang telah diberlakukan. Maka undang-undang tidak boleh dibuat atas kehendak pembuatnya (*legislative/eksekutif*) saja (Satjipto Rahardjo,2010:20). pengertian

politik hukum menurut Satjipto nampak lebih menghidupkan hukum atau *the living law*. Menurut Satjipto Rahardjo, terdapat beberapa pertanyaan mendasar yang tampil dan harus dijawab dalam upaya mencapai tujuan yang dicita-citakan: (Moh Mahfud MD,2014:2).

- 1) Tujuan apa yang hendak dicapai dengan sistem hukum yang ada,
- 2) Cara-cara apa dan yang, yang dirasa paling baik untuk bisa dipakai mencapai tujuan tersebut,
- 3) Kapan waktunya hukum itu perlu diubah dan melalui cara-cara bagaimana hukum itu dirumuskan.
- 4) Dapatkah dirumuskan dalam bentuk pola yang baku dan mapan, yang mampu membantu dalam memutuskan proses pemilihan tujuan serta caracara untuk mencapai tujuan tersebut dengan baik.

Teuku Mohammad Radhie Di sebutkan dalam bukunya yang berjudul Pembaharuan dan politik hukum dalam rangka pembangunan nasional sebagaimana yang dikutip Syaukani dan Ahsin (2013) Radhie menjelaskan politik hukum adalah pernyataan kehendak oleh penguasa Negara dalam hal ini adalah lembaga yang berwenang mengenai hukum yang berlaku di wilayahnya (*ius constitutum*) dan mengenai arah perkembangan hukum yang akan dibangun (*ius constituendum*). Pernyataan “mengenai hukum yang berlaku di wilayah” mengandung pengertian hukum yang berlaku pada saat ini (*ius constitutum*) dan “mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun” mengandung pengertian hukum yang berlaku pada masa yang akan datang (*ius constituendum*). (Imam Syaukani , A. Ahsin Thohari,2013:27).

Masih menurut Radie sebagaimana dikutip Muliadi (2014) bahwa Sejatinya politik hukum berhubungan erat dengan kebijaksanaan penguasa dalam upaya membentuk peraturan perundang-undangan dan upaya penerapannya, atau sebagai suatu pernyataan kehendak

penguasa dalam konteks Negara mengenai hukum yang berlaku di wilayahnya dan mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun (Ahmad Muliadi,2013:3). Dengan demikian, Pengertian politik hukum menurut perspektif Radie memiliki dua ranah yang saling berkaitan dan berkelanjutan yakni *ius constitutum* dan *ius constituendum*. Moh. Mahfud. MD dalam bukunya, *Politik Hukum Di Indonesia* dengan memahami pendapat pakar hukum tentang pengertian politik hukum dan membuat kesimpulan bahwa terdapat kesamaan substansi dari para pakar hukum. Pengertian politik hukum menurutnya adalah: *“legal policy atau garis kebijakan resmi tentang hukum yang akan diberlakukan baik dengan pembuatan hukum baru maupun dengan penggantian hukum lama, dalam rangka mencapai tujuan Negara* (Moh. Mahfud. MD,2014:1). Dengan demikian, politik hukum menurut Mahfud merupakan pilihan pilihan tentang hukum yang akan diperbaiki, dicabut atau tidak diberlakukan sama sekali yang semuanya dimaksudkan untuk mencapai tujuan Negara seperti yang tercantum di dalam pembukaan UUD 1945.

Mahfud menjadi salah satu pakar politik hukum yang menurut penulis telah berhasil menyajikan konseptualisasi politik hukum yang lebih komprehensif. Tulisannya memberikan pemahaman yang cukup utuh. Di antaranya yang penting dalam melihat politik hukum menurut Mahfud juga harus menggunakan anggapan dasar bahwa hukum sebagai produk politik. Dengan begitu politik akan sangat menentukan hukum. Politik, bila dilihat dari sudut pandang ini akan menjadi *variable bebas* dan hukum sebagai *variable* yang terpengaruh. Maka, dengan hipotesis yang lebih spesifik dapat dikemukakan bahwa corak konfigurasi politik di suatu Negara akan melahirkan karakter produk hukum tertentu yang sesuai dengan corak konfigurasi politik di negara itu (Moh. Mahfud. MD,2014:22). Moh. Mahfud M.D memberikan pengertian mengenai politik hukum yaitu arahan atau garis resmi yang dijadikan dasar pijak dan cara untuk membuat dan melaksanakan hukum dalam rangka mencapai tujuan bangsa dan negara (Moh.

Mahfud MD, 2014:45). Dapat juga dikatakan bahwa politik hukum merupakan upaya menjadikan hukum sebagai proses pencapaian tujuan negara. Selain itu, politik hukum juga merupakan jawaban atas pertanyaan tentang akan diapakan hukum itu dalam perspektif formal kenegaraan guna mencapai tujuan negara. Sebelumnya harus dimengerti terlebih dahulu bahwa hukum adalah gejala sosial, ia baru berkembang di dalam kehidupan manusia bersama. Ia tampil dalam mensesuaikan pertemuan antar kebutuhan dan kepentingan warga masyarakat, baik yang sesuai ataupun yang saling bertentangan. Hal ini selalu berlangsung karena manusia senantiasa hidup bersama dalam suasana saling ketergantungan. Hukum memiliki arti sebagai kebutuhan utama sebagai pengatur antara kebutuhan dan kepentingan individu dalam kehidupan kolektif, hukum dihadirkan salah satunya dalam bentuk instrumen-instrumen sosial ditengah kehidupan sosial kemasyarakatan.

Setiap masyarakat yang teratur, yang bisa menentukan pola-pola hubungan yang bersifat tetap antara para anggotanya, adalah masyarakat yang mempunyai tujuan yang sedikit banyak jelas. Politik adalah bidang dalam masyarakat yang berhubungan dengan tujuan masyarakat tersebut. Struktur politik menaruh perhatian pada pengorganisasian kegiatan kolektif untuk mencapai tujuan-tujuan yang secara kolektif menonjol. Unsur dan ciri yang melingkupi politik hukum yang ditarik berdasarkan penjelasan diatas:

- a) Sesuatu disiplin ilmu hukum, yaitu mempelajari politik hukum sebagai disiplin berarti mempelajari dan menganalisis hukum menurut metode dan cara tersendiri terhadap perubahan yang harus dilakukan dalam hukum yang sedang dan akan berlaku agar dapat memenuhi kebutuhan kehidupan masyarakat.
- b) Kebijakan penyelenggara negara, jelasnya bahwa adanya suatu lembaga atau badan yang berwenang dalam suatu negara yang membuat dan menetapkan kebijakan tersebut (dalam hal ini pemerintah/eksekutif) dan dewan perwakilan rakyat (DPR/Legislatif).

- c) Dibuat secara sadar, hukum sebagai sesuatu yang bersifat dinamis akan selalu bergerak kearah yang lebih baik, hukum yang sekarang berlaku adalah perbaikan dari hukum yang berlaku pada masa lampau, demikian seterusnya, hukum yang di cita-citakan adalah berasal dari perubahan hukum yang berlaku sekarang.
- d) Menentukan bentuk, isi, dan arah hukum. Dimana nilai dan isi yang ditentukan menurut Purnadi Purbacaraka berasal dari filsafat hukum yaitu tujuan yang diinginkan dan dogmatik hukum yaitu cara untuk mencapai tujuan. Pembahasan penentuan bentuk, isi dan arah hukum difokuskan pada proses pembentukan *ius constituendum* dan *ius constitutum* dalam menghadapi perubahan kehidupan masyarakat.
- e) Melahirkan hukum, yaitu hukum yang akan dan harus ditetapkan dimana akan mengatur kehidupan bermasyarakat dan kehidupan bernegara.
- f) Perkembangan hukum.
- g) Kebutuhan masyarakat akan pengaturan.
- h) Penerapan hukum, dalam penerapan hukum harus dipertimbangkan etik hukum tentang baik buruknya, benar salahnya, adil tidaknya, atau cocok tidaknya ketentuan-ketentuan hukum itu bagi masyarakat yang bersangkutan, karena hal itu ada hubungannya dengan ditaati atau tidaknya, dapat dilaksanakan atau tidak hukum dalam suatu masyarakat.
- i) Berlaku berdasarkan wilayah, berlaku dan mengikat secara umum, baik bagi masyarakat maupu para pembuatnya di seluruh wilayah Indonesia, baik dipusat maupun didaerah tanpa terkecuali dan tanpa melihat golongan.
- j) Penyelenggaraan negara, dan
- k) Guna mewujudkan tujuan negara. Antara lain ialah kesejahteraan sosial atau kemakmuran rakyat dan perlindungan sosial.

Pembangunan hukum berkaitan dengan hal di atas mengandung ciri-ciri adanya peranan sangat dominan dari lembaga-lembaga negara dalam menentukan arah perkembangan hukum dalam suatu masyarakat. Hukum yang dihasilkan oleh strategi ini bersifat positivis-instrumentalis. Hukum menjadi alat yang ampuh bagi pelaksanaan ideologi dan program negara. Dalam pengertian yang demikian itu baik tradisi hukum kontinental (*civil law*) maupun tradisi hukum sosialis (*socialist law*), baik dalam tradisi hukum kontinental maupun dalam tradisi hukum sosialis peranan lembaga-lembaga negara, pemerintah dan parlemen dominan dalam menentukan perkembangan hukum. Sedangkan dalam menentukan hukum tersebut para pembentuk hukum menurut Krabbe yang dapat menjadi sumber hukum itu adalah rasa hukum yang bersumber dalam masyarakat hukum itu sendiri. Rasa hukum itu dalam bentuknya yang masih sederhana, jadi yang masih bersifat primitif atau yang tingkatannya masih rendah disebut insting hukum. Sedang dalam bentuknya yang lebih luas atau dalam tingkatannya yang lebih tinggi disebut kesadaran hukum. Selanjutnya bahwa hukum tidak dapat ditetapkan menurut kehendaknya sendiri, oleh penguasa akan tetapi terdapat kecenderungan untuk memperhatikan rasa hukum atau kesadaran hukum dari masyarakat.

Secara garis besar hukum menurut Soerjono Soekanto dapat dijelaskan sebagai ilmu kaidah, ilmu pengertian, dan ilmu kenyataan. Pertama, ilmu kaidah yaitu ilmu yang menelaah hukum sebagai kaidah atau sistem kaidah-kaidah dengan dogmatik hukum dan sistematik hukum (Soerjono Soekanto,2015:89) Kedua, ilmu pengertian yakni ilmu tentang pengertian-pengertian pokok dalam hukum, misalnya dalam subjek hukum, hak dan kewajiban, peristiwa hukum, hubungan hukum, dan objek hukum. Ketiga, ilmu kenyataan, yang menyoroti hukum sebagai perikelakuan atau sikap tindak. Oleh karena itu, dalam masyarakat yang teratur senantiasa memiliki tujuan untuk mensejahterakan warganya, misalnya politik

hakikatnya adalah sarana untuk mencapai tujuan tersebut yang untuk itu dilalui proses pemilihan tujuan, lalu hukumlah yang berusaha memilih tujuan dan cara mencapai tujuan tersebut adalah termasuk bidang politik hukum. Selanjutnya politik dan hukum mengkhususkan dirinya dirinya pada usaha memerankan hukum dalam mencapai tujuan yang di cita-citakan oleh Masyarakat.

6. Tinjauan Umum Tentang Anak Luar Kawin

Anak luar kawin adalah anak yang lahir dari orang tua yang tidak menikah secara sah. Kedua orang tua anak tersebut dapat mengakui sebagai anak ketika orang tuanya kawin secara sah, atau apabila anak tersebut tidak diakui oleh salah satu atau keduanya maka anak tersebut adalah anak luar kawin yang tidak diakui (Munir Fuady, 2014: 8) Anak luar kawin adalah anak yang dilahirkan oleh seorang perempuan, sedangkan perempuan itu tidak berada dalam ikatan perkawinan yang sah dengan pria yang menyetubuhinya. Sedangkan pengertian di luar kawin adalah hubungan seorang pria dengan seorang wanita yang dapat melahirkan keturunan, sedangkan hubungan mereka tidak dalam ikatan perkawinan yang sah menurut hukum positif dan agama yang dipeluknya. Anak luar kawin adalah anak yang dilahirkan oleh seorang perempuan, sedangkan perempuan itu tidak berada dalam ikatan perkawinan yang sah dengan pria yang menyetubuhinya. Sedangkan pengertian di luar kawin adalah hubungan seorang pria dengan seorang wanita yang dapat melahirkan keturunan, sedangkan hubungan mereka tidak dalam ikatan perkawinan yang sah menurut hukum positif dan agama yang dipeluknya. Dari definisi yang telah dikemukakan diatas, dapat dipahami bahwa anak luar kawin adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah menurut syara'. Para ulama telah sepakat bahwa seorang tidak dapat dinasabkan kepada ayahnya sebagai anak sah, kalau anak itu dilahirkan kurang dari waktu enam bulan setelah akad perkawinan, sebab menurut mereka tenggang

waktu yang sependek-pendeknya yang harus ada antara kelahiran anak dengan perkawinan itu adalah enam bulan. Ini berarti jika ada anak yang lahir tidak mencapai enam bulan setelah orang tuanya akad nikah, maka anak tersebut tidak dapat dinasabkan kepada ayahnya sebagai anak yang sah. Menurut H. Herusko (2015:56) bahwa; banyak faktor penyebab terjadinya anak luar kawin, diantaranya adalah:

- a. Anak yang dilahirkan oleh seorang wanita, tetapi wanita tersebut tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan pria yang menyetubuhinya dan tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan pria atau wanita lain.
- b. Anak yang dilahirkan dari seorang wanita, kelahiran tersebut diketahui dan dikehendaki oleh salah satu atau ibu bapaknya, hanya saja salah satu atau kedua orang tuanya itu masih terikat dengan perkawinan yang lain.
- c. Anak yang lahir dari seorang wanita, tetapi pria yang menghamilinya itu tidak diketahui, misalnya akibat korban perkosaan.
- d. Anak yang lahir dari seorang wanita dalam masa iddah perceraian, tetapi anak yang dilahirkan itu merupakan hasil hubungan dengan pria yang bukan suaminya. Ada kemungkinan anak di luar kawin ini dapat diterima oleh keluarga kedua belah pihak secara wajar jika wanita yang melahirkan itu kawin dengan pria yang menyetubuhinya.
- e. Anak yang lahir dari seorang wanita yang ditinggal suami lebih dari 300 hari, anak tersebut tidak diakui suaminya sebagai anak yang sah.
- f. Anak yang lahir dari seorang wanita, padahal agama yang mereka peluk menentukan lain, misalnya dalam agama Katolik tidak mengenal cerai hidup, tetapi dilakukan juga, kemudian ia kawin lagi dan melahirkan anak. Anak tersebut dianggap anak luar kawin.

- g. Anak yang lahir dari seorang wanita, sedangkan pada mereka berlaku ketentuan Negara melarang mengadakan perkawinan, misalnya Warga Negara Indonesia (WNI) dan Warga Negara Asing (WNA) tidak mendapat izin dari Kedutaan Besar untuk mengadakan perkawinan, karena salah satu dari mereka telah mempunyai istri, tetapi mereka tetap campur dan melahirkan anak tersebut, anak ini dinamakan juga anak luar kawin.
- h. Anak yang dilahirkan oleh seorang wanita, tetapi anak tersebut sama sekali tidak mengetahui kedua orang tuanya.
- i. Anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat di Kantor Catatan Sipil dan/atau Kantor Urusan Agama.
- j. Anak yang lahir dari perkawinan secara adat, tidak dilaksanakan menurut agama dan kepercayaannya serta tidak didaftar di Kantor Catatan Sipil dan Kantor Urusan Agama Kecamatan.

Dalam hukum Islam, melakukan hubungan seksual antara pria dan wanita tanpa ikatan perkawinan yang sah disebut zina. Hubungan seksual tersebut tidak dibedakan apakah pelakunya gadis, bersuami atau janda, beristri atau duda sebagaimana yang berlaku pada hukum perdata. Ibnu Rusyd mengemukakan pengertian zina sebagai berikut, “Zina ialah persetubuhan yang terjadi di luar nikah yang sah, bukan syubhat nikah.

B. Landasan Teori

1. Teori Kepastian Hukum

Teori kepastian hukum merupakan salah satu dari tujuan hukum dan dapat dikatakan bahwa kepastian hukum merupakan bagian dari upaya untuk dapat mewujudkan keadilan. Kepastian hukum sendiri memiliki bentuk nyata yaitu pelaksanaan maupun penegakan hukum

terhadap suatu tindakan yang tidak memandang siapa individu yang melakukan. Melalui kepastian hukum, setiap orang mampu memperkirakan apa yang akan ia alami apabila ia melakukan suatu tindakan hukum tertentu. Kepastian adalah sesuatu hal yang tidak dapat terpisahkan dari hukum terutama hubungannya dengan norma tertulis, karena hukum tanpa adanya kepastian tidak memiliki makna apapun serta pedomannya tidak berguna sebagai pedoman perilaku bagi masyarakat. Teori kepastian hukum merupakan salah satu dari tujuan hukum dan dapat dikatakan bahwa kepastian hukum merupakan bagian dari upaya untuk dapat mewujudkan keadilan. Kepastian hukum sendiri memiliki bentuk nyata yaitu pelaksanaan maupun penegakan hukum terhadap suatu tindakan yang tidak memandang siapa individu yang melakukan. Melalui kepastian hukum, setiap orang mampu memperkirakan apa yang akan ia alami apabila ia melakukan suatu tindakan hukum tertentu.

Kepastian hukum pun diperlukan guna mewujudkan prinsip-prinsip dari persamaan dihadapan hukum tanpa adanya diskriminasi. Dari kata kepastian, memiliki makna yang erat dengan asas kebenaran. Artinya, kata kepastian dalam kepastian hukum merupakan suatu hal yang secara ketat dapat disilogisme dengan cara legal formal. Dengan kepastian hukum, maka akan menjamin seseorang dapat melakukan suatu perilaku yang sesuai dengan ketentuan dalam hukum yang berlaku dan begitu pula sebaliknya. Tanpa adanya kepastian hukum, maka seorang individu tidak dapat memiliki suatu ketentuan baku untuk menjalankan suatu perilaku. Sejalan dengan tujuan tersebut, Gustav Radbruch pun menjelaskan bahwa kepastian hukum merupakan salah satu tujuan dari hukum itu sendiri. Gustav Radbruch dalam Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa terdapat tiga ide dasar hukum yang mana oleh banyak pakar teori hukum dan filsafat hukum diartikan sebagai tiga tujuan hukum, diantaranya keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Adanya hukum modern maka mengakibatkan terbukanya pintu masuk untuk permasalahan yang sebelumnya tidak ada yaitu kepastian hukum itu sendiri. Kepastian hukum

ialah suatu hal yang baru akan tetapi nilai keadilan serta kemanfaatan secara tradisional telah ada jauh sebelum era hukum modern. Gustav Radbruch mengatakan kepastian hukum adalah “*Scherkeit des Rechts selbst*” (kepastian hukum tentang hukum itu sendiri). Terdapat empat hal yang memiliki hubungan dengan makna kepastian hukum, antara lain:

- 1) Bahwa hukum itu positif, yang artinya hukum itu adalah perundang-undangan (*gesetzliches Recht*).
- 2) Hukum didasarkan kepada fakta (*Tatsachen*), bukan didasarkan kepada sebuah rumusan tentang penilaian yang nantinya dilakukan oleh hakim, seperti kemauan baik dan kesopanan.
- 3) Bahwa fakta tersebut haruslah dirumuskan secara jelas guna menghindari kekeliruan dalam penafsiran, selain itu juga mudah untuk dijalankan.
- 4) Hukum positif tidak boleh untuk sering diubah. Pendapat lain tentang kepastian hukum dikemukakan oleh Roscoe Pound, seperti halnya yang ditulis oleh Rahardjo di dalam bukunya Pengantar Ilmu Hukum yang mana kepastian hukum mempunyai dua makna, yaitu:
 - a) Pertama, yaitu sebagai aturan yang bersifat umum guna membuat individu mengerti tentang perbuatan apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan.
 - b) Kedua, berupa keamanan hukum untuk setiap orang dari kesewenangan pemerintah, dengan adanya aturan yang bersifat umum tersebut individu dapat mengerti apa saja yang boleh untuk dibebankan atau dilakukan oleh Negara kepada tiap individu.

Kepastian hukum berarti terdapat konsistensi dan ketetapan dalam putusan hakim antara putusan yang satu dengan yang lain dalam kasus yang sama yang telah diputus.

Kepastian hukum tidaklah hanya berupa pasal dalam Undang-undang. Asas kepastian hukum ialah suatu jaminan dimana suatu hukum itu wajib dijalankan secara baik dan juga secara tepat karena tujuan hukum yang paling utama ialah kepastian dan apabila tidak terdapat kepastian di dalamnya maka tidak akan diketahui jati diri serta makna dari hukum itu sendiri dan bila sudah terjadi hal seperti itu maka hukum tak akan lagi dipakai sebagai pedoman dalam berperilaku oleh setiap orang. Gustav Radbruch mengemukakan 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu : *Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa hukum positif itu adalah perundang-undangan. Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan. Ketiga, bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping mudah dilaksanakan. Keempat, hukum positif tidak boleh mudah diubah.* Pendapat Gustav Radbruch tersebut didasarkan pada pandangannya bahwa kepastian hukum adalah kepastian tentang hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan produk dari hukum atau lebih khusus dari perundang-undangan. Berdasarkan pendapatnya tersebut, maka menurut Gustav Radbruch, hukum positif yang mengatur kepentingan-kepentingan manusia dalam masyarakat harus selalu ditaati meskipun hukum positif itu kurang adil. Pendapat mengenai kepastian hukum dikemukakan pula oleh Jan M. Otto sebagaimana dikutip oleh Sidharta (2012 : 85), yaitu bahwa kepastian hukum dalam situasi tertentu mensyaratkan sebagai berikut :

- 1) Tersedia aturan-aturan hukum yang jelas atau jernih, konsisten dan mudah diperoleh (accessible), yang diterbitkan oleh kekuasaan negara;
- 2) Bahwa instansi-instansi penguasa (pemerintahan) menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya;
- 3) Bahwa mayoritas warga pada prinsipnya menyetujui muatan isi dan karena itu menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan-aturan tersebut;
- 4) Bahwa hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpihak menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum; dan
- 5) Bahwa keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan.

Kelima syarat yang dikemukakan Jan M. Otto tersebut menunjukkan bahwa kepastian hukum dapat dicapai jika substansi hukumnya sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Aturan hukum yang mampu menciptakan kepastian hukum adalah hukum yang lahir dari dan mencerminkan budaya masyarakat. Kepastian hukum yang seperti inilah yang disebut dengan kepastian hukum yang sebenarnya (*realistic legal certainly*), yaitu mensyaratkan adanya keharmonisan antara negara dengan rakyat dalam berorientasi dan memahami sistem hukum. Menurut Sudikno Mertokusumo (2015 : 160), kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Walaupun kepastian hukum erat kaitannya dengan keadilan, namun hukum tidak identik dengan keadilan. Hukum bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan, sedangkan keadilan bersifat subyektif, individualistis, dan tidak menyamaratakan. Kepastian hukum merupakan pelaksanaan hukum sesuai dengan bunyinya sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan. Dalam memahami nilai kepastian hukum yang harus diperhatikan adalah bahwa nilai itu mempunyai relasi yang erat dengan instrumen hukum yang positif dan peranan negara dalam mengaktualisasikannya pada hukum positif (Fernando M. Manullang, 2011: 95). Nusrhasan Ismail (2014 : 39-41) berpendapat bahwa penciptaan kepastian hukum dalam peraturan perundang-undangan memerlukan persyaratan yang berkenaan dengan struktur internal dari norma hukum itu sendiri. *Persyaratan internal tersebut adalah sebagai berikut: Pertama, kejelasan konsep yang digunakan. Norma hukum berisi deskripsi mengenai perilaku tertentu yang kemudian disatukan ke dalam konsep tertentu pula. Kedua, kejelasan hirarki kewenangan dari lembaga pembentuk peraturan perundang-undangan. Kejelasan hirarki ini penting karena menyangkut sah atau tidak dan mengikat atau tidaknya peraturan perundang-undangan yang dibuatnya. Kejelasan hirarki akan memberi arahan pembentuk hukum yang mempunyai kewenangan*

untuk membentuk suatu peraturan perundang-undangan tertentu. Ketiga, adanya konsistensi norma hukum perundang-undangan. Artinya ketentuan-ketentuan dari sejumlah peraturan perundang-undangan yang terkait dengan satu subyek tertentu tidak saling bertentangan antara satu dengan yang lain. Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati. Lon Fuller dalam bukunya *the Morality of Law* (2015: 54-58) mengajukan 8 (delapan) asas yang harus dipenuhi oleh hukum, yang apabila tidak terpenuhi, maka hukum akan gagal untuk disebut sebagai hukum, atau dengan kata lain harus terdapat kepastian hukum. Kedelapan asas tersebut adalah sebagai berikut :

- 1) Suatu sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan, tidak berdasarkan putusan-putusan sesat untuk hal-hal tertentu;
- 2) Peraturan tersebut diumumkan kepada publik;
- 3) Tidak berlaku surut, karena akan merusak integritas sistem;
- 4) Dibuat dalam rumusan yang dimengerti oleh umum;
- 5) Tidak boleh ada peraturan yang saling bertentangan;
- 6) Tidak boleh menuntut suatu tindakan yang melebihi apa yang bisa dilakukan;
- 7) Tidak boleh sering diubah-ubah;
- 8) Harus ada kesesuaian antara peraturan dan pelaksanaan sehari-hari.

Pendapat Lon Fuller di atas dapat dikatakan bahwa harus ada kepastian antara peraturan dan pelaksanaannya, dengan demikian sudah memasuki ranah aksi, perilaku, dan faktor-faktor yang mempengaruhi bagaimana hukum positif dijalankan. Dari uraian-uraian mengenai kepastian hukum di atas, maka kepastian dapat mengandung beberapa arti, yakni adanya kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, dan dapat dilaksanakan. Hukum harus berlaku tegas di dalam masyarakat, mengandung keterbukaan sehingga siapapun dapat memahami makna atas suatu ketentuan hukum. Hukum yang satu

dengan yang lain tidak boleh kontradiktif sehingga tidak menjadi sumber keraguan. Kepastian hukum menjadi perangkat hukum suatu negara yang mengandung kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, serta dapat dilaksanakan, yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara sesuai dengan budaya masyarakat yang ada. Adanya kepastian hukum dalam suatu Negara menyebabkan pula terdapatnya upaya pengaturan hukumnya yang terwujud di suatu perundang-undangan yang dibuat oleh pemerintah. Peraturan perundangan tersebut ialah sistem hukum yang berlaku yaitu yang tidak didasarkan pada keputusan sesaat saja. Asas kepastian hukum ialah sebuah konsep guna memastikan bahwa hukum itu telah dilaksanakan secara baik hingga tidak menimbulkan kerugian apapun bagi siapa saja, hukum harus mengayomi dan melindungi masyarakat dari berbagai tindak kejahatan atau pelecehan pada individu ataupun kelompok serta harus dijadikan sebagai pedoman hidup bagi setiap orang. Hukum dilarang bertentangan dan juga wajib dibuatkan rumusan yang bisa dimengerti serta dipahami oleh masyarakat umum. Pengertian asas kepastian hukum dan keadilan berlaku tidak surut jadi tidak merusak sistem integritas yang sudah ada serta yang terkait dengan peraturan juga pelaksanaannya. Kepastian hukum dibentuk dengan harapan bisa memberikan pengertian kepada masyarakat untuk selalu bersikap juga berpikir positif pada hukum Negara yang sudah ditentukan.

2. Teori Efektivitas Hukum

Kata “efektif” berasal dari bahasa Inggris yaitu *effective* yang artinya sesuatu yang dilaksanakan berhasil dengan baik. Kata “efektif” dapat juga diartikan sebagai sesuatu yang ada efek timbulnya (pengaruhnya, kesannya akibatnya) sejak dimulai berlaku suatu undang-undang atau peraturan, menurut kamus besar bahasa Indonesia. Sedangkan efektivitas itu sendiri adalah keadaan dimana dia diperankan untuk memantau. Jika dilihat dari segi hukum,

yang dimaksud dengan “dia” disini adalah pihak yang berwenang yaitu polisi. Kata efektivitas sendiri lahir dari kata efektif, yang artinya terjadi suatu efek atau akibat yang dikehendaki dalam suatu perbuatan Menurut Hans Kelsen sebagaimana dikutip oleh Dominikus Rato (2015:45) jika berbicara tentang efektifitas hukum, dibicarakan pula tentang validitas hukum. Validitas hukum berarti bahwa norma-norma hukum itu mengikat, bahwa orang harus berbuat sesuai dengan yang diharuskan oleh norma-norma hukum, bahwa orang harus mematuhi dan menerapkan norma-norma hukum. Efektifitas hukum berarti bahwa orang benar-benar berbuat sesuai dengan norma-norma hukum sebagaimana mereka harus berbuat, bahwa norma-norma itu benar-benar diterapkan dan dipatuhi. Efektifitas hukum menurut Soerjono Soekanto (2014:36); menyatakan bisa dinilai efektif atau tidaknya suatu hukum ditentukan oleh 5 faktor yaitu:

- a. Faktor hukumnya (Undang-undang)
- b. Faktor Penegak Hukum, yaitu pihak-pihak yang membuat maupun yang menerapkan
- c. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum
- d. Faktor Masyarakat, yaitu lingkungan dimana hukum tersebut diberlakukan; serta
- e. Faktor Budaya, yaitu sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia didalam pergaulan hidup (Andi Hamsah, 2017: 11-12)

Kepastian hukum sebagai sebuah nilai yang tidak semata-mata selalu berkaitan dengan negara, karena esensi keberadaan dari asas kepastian hukum adalah masalah perlindungan dari tindakan kesewenang-wenangan. Karena pihak-pihak yang mungkin melakukan tindakan kesewenang-wenangan bisa saja tidak terbatas hanya dari negara saja, akan tetapi juga oleh pihak lain selain negara bisa melakukan tindakan kesewenang-wenangan. Namun selama ini yang terjadi masalah terhadap keberadaan kepastian hukum hanya selalu dikaitkan dengan

negara saja yang dimana dimulai dengan selalu mempertanyakan keberadaan dan peranan negara dalam penegakan hukum dan relasinya dengan hukum dalam konteks perlindungan yang diberikan negara kepada warga negaranya. Ketidakefektifan suatu perundang-undangan disebabkan oleh sikap acuh dari masyarakat maupun aparatur negara. Efektif dalam kamus besar Bahasa Indonesia artinya dapat membawa hasil. Sedangkan yang dimaksud efektivitas menurut Mulyasa (2015:67) berarti upaya sebuah organisasi yang berhasil memperoleh serta memanfaatkan sumber daya dalam upaya mewujudkan sebuah tujuan. Menurut Hans Kelsen Efektivitas hukum yaitu pada realitanya seseorang berperilaku sesuai dengan norma sebagaimana yang seharusnya dalam berperilaku, dan bahwasannya norma tersebut benar-benar diterapkan serta dipatuhi.³ Maksud dari definisi tersebut adalah suatu peraturan perundang-undangan dapat dikatakan telah efektif apabila masyarakat dan aparatur negara berperilaku sesuai dengan peraturan hukum. Teori efektivitas hukum memiliki 3 (tiga) kajian yang meliputi:

- a) Keberhasilan Dalam Pelaksanaan Hukum Dilihat dari masyarakat maupun aparatur hukum yang melaksanakan peraturan undangan-undangan. Apabila norma hukum yang mengatur kepentingan masyarakat dapat ditaati oleh semua masyarakat maupun aparatur negara dapat dikatakan berhasil dan efektif dalam penerapannya.
- b) Kegagalan Dalam Pelaksanaan Bahwa peraturan perundang-undangan yang dibuat tidak menunjukkan keberhasilan pada implementasinya.
- c) Faktor Yang Berpengaruh Unsur yang memberi efek atau pengaruh dalam penerpakan maupun pelaksanaan suatu hukum yang meliputi faktor keberhasilan seperti substansi hukum serta kultur hukum, dan faktor kegagalan dipengaruhi dari masyarakat, penegak hukum.

Perlindungan terhadap warga negara memang terletak pada negara jika negara itu dianggap menganut prinsip negara hukum (*rechtsstaat*), akan tetapi Ketika ada sekelompok pihak selain dari negara, yang mempunyai kekuasaan dan berpotensi untuk melakukan Tindakan kesewenang-wenangan maka negaralah yang bertindak pertama kali untuk bertanggung jawab memberikan perlindungan bagi warga negaranya dalam pembahasan unsur negara hukum Scheltema mengungkapkan bahwa unsur utama negara hukum adalah adanya yaitu: 1) asas legalitas, 2) adanya undang-undang yang mengatur tindakan yang berwenang sedemikian rupa, 3) undang-undang tidak boleh berlaku surut dan 4) pengendalian yang bebas dari pengaruh kekuasaan yang lain. Oleh sebab itu dengan berbagai pengertian asas kepastian hukum yang diberikan oleh para ahli yang telah dibahas di atas sebelumnya, maka dapat dipahami terdapat 3 makna dari kepastian hukum, yaitu:

- 1) pasti mengenai peraturan hukumnya yang mengatur masalah pemerintah, yang artinya bahwa aturan hukum yang disampaikan/dibuat oleh negara jelas untuk melindungi masyarakat.
- 2) pasti mengenai kedudukan hukum dari subjek dan objek hukumnya dalam pelaksanaan peraturan hukum, yang artinya bahwa kedudukan hukum jelas kepada siapa hukum itu dapat bertindak dan dilaksanakan.
- 3) mencegah terjadinya kemungkinan tindakan kesewenang-wenangan (*eigenrichting*) dari pihak manapun dan termasuk dari pihak pemerintah sendiri. Artinya kepastian hukum bukan hanya dari sisi peraturan yang dibuat oleh negara, melainkan dalam proses penegakan hukum oleh penegak hukum harus memiliki kepastian.

Di Indonesia, Prinsip kepastian hukum telah menjadi asas nasional, selain karena merupakan prinsip hukum yang universal juga yang menggambarkan keberadaan dari cita hukum

Pancasila, yaitu sila II (kemanusiaan yang adil dan beradab), dan sila V (Keadilan sosial bagi seluruh Rakyat Indonesia). Kepastian hukum dan penegakan hukum merupakan suatu hal yang tidak dapat dipisahkan. Penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide dan konsep-konsep hukum yang diharapkan masyarakat menjadi sebuah kenyataan, dan yang pastinya proses penegakan hukum merupakan proses yang melibatkan banyak hal.

Menurut Joseph Goldstein khusus penegakan hukum pidana terdapat tiga bagian yaitu;

1. *Total Enforcement*, yakni ruang lingkup penegakan hukum pidana sebagaimana yang dirumuskan oleh hukum pidana substantif (*substantif law of crime*). Penegakan hukum pidana secara total ini tidak mungkin dilakukan sebab para penegak hukum dibatasi secara ketat oleh hukum acara pidana, yang antara lain mencakup aturan-aturan penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan dan pemeriksaan pendahuluan.
2. *Full Enforcement*, setelah ruang lingkup penegakan hukum pidana yang bersifat total tersebut dikurangi hukum ini para penegak hukum diharapkan menegakan hukum secara maksimal.
3. *Actual enforcement*, menurut Joseph Goldstein *full enforcement* ini dianggap *no a realistic expectation*, sebab adanya keterbatasan-keterbatasan dalam waktu, personil, alat investigasi dan sebagainya.

Teori Efektivitas Hukum sebagai kaidah merupakan patokan mengenai sikap tindak atau perilaku yang pantas. Efektivitas hukum dalam tindakan atau realita hukum dapat diketahui apabila seseorang menyatakan bahwa suatu kaidah hukum berhasil atau gagal mencapai tujuannya, maka hal itu biasanya diketahui apakah pengaruhnya berhasil mengatur sikap tindak atau perilaku tertentu sehingga sesuai dengan tujuannya atau tidak. Salah satu upaya yang

biasanya dilakukan agar supaya masyarakat mematuhi kaidah hukum adalah dengan mencantumkan sanksi-sanksinya. Sanksi-sanksi tersebut bisa berupa sanksi negatif atau sanksi positif, yang maksudnya adalah menimbulkan rangsangan agar manusia tidak melakukan tindakan tercela atau melakukan tindakan yang terpuji. Dalam membentuk kesadaran hukum masyarakat oleh Adi Syahputra Sirait. Diperlukan kondisi-kondisi tertentu yang harus dipenuhi agar hukum mempunyai pengaruh terhadap sikap tindak atau perilaku manusia. Kondisi-kondisi yang harus ada adalah antara lain bahwa hukum harus dapat dikomunikasikan. Komunikasi hukum lebih banyak tertuju pada sikap, oleh karena sikap merupakan suatu kesiapan mental sehingga seseorang mempunyai kecenderungan untuk memberikan pandangan yang baik atau buruk, yang kemudian terwujud didalam perilaku nyata, jika dikaitkan dengan teori efektivitas Soerjono Soekanto, faktor yang menentukan hukum itu efektif atau tidak salah satunya adalah para pembentuk hukum.

Pemerintah sebagai lembaga yang membentuk aturan hukum (Peraturan Pemerintah) jika tidak melaksanakan tugas dan wewenangnya itu dengan maksimal maka hal yang mungkin terjadi adalah hukum tersebut tidak akan efektif dalam penerapannya dalam masyarakat. Romli Atmasasmita berpendapat bahwa faktor-faktor yang menghambat efektivitas penegakan hukum tidak hanya terletak pada sikap, mental aparatur penegak hukum (hakim, jaksa, polisi dan penasihat hukum), akan tetapi juga terletak pada faktor sosialisasi hukum yang sering diabaikan. Menurut Soerjono Soekanto, efektif adalah taraf sejauh mana suatu kelompok dapat mencapai tujuannya. Hukum dapat dikatakan efektif jika terdapat dampak hukum yang positif, pada saat itu hukum mencapai sarannya dalam membimbing ataupun merubah perilaku manusia sehingga menjadi perilaku hukum. Persoalan efektivitas hukum, pengidentikkan hukum tidak hanya dengan unsur paksaan eksternal namun juga dengan proses pengadilan. Ancaman paksaan pun merupakan unsur yang mutlak ada agar suatu kaidah dapat

dikategorikan sebagai hukum, maka tentu saja unsur paksaan ini pun erat kaitannya dengan efektif atau tidaknya suatu ketentuan atau aturan hukum, apabila suatu aturan hukum tidak efektif, salah satu pertanyaan yang dapat muncul adalah apa yang terjadi dengan ancaman paksaannya mungkin tidak efektifnya hukum karena ancaman paksaannya kurang berat, mungkin juga karena ancaman paksaan itu tidak terkomunikasi secara memadai pada warga masyarakat. Berbicara tentang efektivitas hukum berarti membicarakan daya kerja hukum itu dalam mengatur dan/atau memaksa masyarakat untuk taat terhadap hukum. Hukum dapat efektif jikalau faktor-faktor yang mempengaruhi hukum tersebut dapat berfungsi dengan sebaik-baiknya. Ukuran efektif atau tidaknya suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku dapat dilihat dari perilaku masyarakat. Suatu hukum atau peraturan perundang-undangan akan efektif apabila warga masyarakat berperilaku sesuai dengan yang diharapkan atau dikehendaki atau peraturan perundang-undangan tersebut mencapai tujuan yang dikehendaki, maka efektivitas hukum atau peraturan perundang-undangan tersebut telah dicapai.