**BAB II**

**TINJAUAN TEORI TENTANG PENJATUHAN SANKSI PIDANA TERHADAP PEMBIARAN DALAM PELAKSANAAN PROSES PENDAFTARAN TANAH**

1. **Negara Hukum**

Negara hukum merupakan terjemahan dari istilah *Rechtsstaat* atau *Rule of Law. Rule of Law* itu sendiri dapat dikatakan sebagai bentuk perumusan yuridis dari gagasan kostitusionalisme.[[1]](#footnote-1) Dalam arti sederhana *rule of Law* diartikan oleh Thomas Paine sebagai tidak ada satu pun yang berada di atas hukum dan hukumlah yang berkuasa.[[2]](#footnote-2)Oleh karena itu, konstitusi dan negara (hukum) merupakan dua lembaga yang tidak terpisahkan.

Secara sederhana yang dimaksud negara hukum adalah negara yang penyeleggaraan kekuasaan pemerintahannya didasarkan atas hukum.[[3]](#footnote-3) Negara dan lembaga-lembaga lain dalam melaksanakan tindakan apapun harus dilandasi oleh hukum dan dapat dipertanggung jawabkan secara hokum, dalam negara hukum, kekuasaan menjalankan pemerintahan berdasarkan kedaulatan hukum (supremasi hukum) dan bertujuan untuk menyelenggarakan ketertiban hukum.[[4]](#footnote-4)

Negara Hukum ialah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya. Keadilan merupakan syarat bagi terciptanya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik. Demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya[[5]](#footnote-5)

1. Ciri-Ciri Negara Hukum

Friedrich Julius Stahl mengemukakan empat unsur rechtstaats dalam arti klasik[[6]](#footnote-6), yaitu :

1. Hak-hak asasi manusia;
2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu (di negara-negara Eropa Kontinental biasanya disebut *trias politica*);
3. Pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan (*wetmatigheid van bestuur*);
4. Peradilan administrasi dalam perselisihan.

AV Dicey dari kalangan ahli hukum Anglo Saxon memberikan ciri-ciri Rule of Law sebagai berikut[[7]](#footnote-7).:

1. Supremasi hukum, dalam arti tidak boleh ada kesewenang-wenangan sehingga seseorang hanya boleh dihukum jika melanggar hukum.
2. Kedudukan yang sama di depan hukum, baik bagi rakyat biasa maupun bagi pejabat.
3. Terjaminnya hak-hak manusia dalam undang-undang atau keputusan pengadilan.

Paul Scholten, salah seorang jurist (ahli hukum) yang terbesar dalam abad ke dua puluh di Nederland, menulis karangan tentang Negara Hukum (Over den Rechtsstaats, 1935, lihat Verzamelde Gessriften deel I, hlm.382-394). Paul Scholten menyebut dua ciri daripada Negara Hukum, yang kemudian diuraikan secara meluas dan kritis. Ciri yang utama daripada Negara Hukum ialah : “er is recht tegenover den staat”, artinya kawula negara itu mempunyai hak terhadap negara, individu mempunyai hak terhadap masyarakat. Asas ini sebenarnya meliputi dua segi :

* 1. Manusia itu mempunyai suasana tersendiri, yang pada asasnya terletak diluar wewenang negara;
  2. Pembatasan suasana manusia itu hanya dapat dilakukan dengan ketentuan undang-undang, dengan peraturan umum.

Konsep Negara hukum yang digunakan oleh Negara-negara barat.Ada dua ide atau aliran yang mendominasi pemikiran Negara hukum mereka.Satu berkembang di Romawi kuno, yang satunya lagi berkembang di Negara Inggris.

Sistem hukum dunia yang terbagi atas *civil law* dan *common law* turut mempengaruhi penggunaan konsep dan praktik penerapan Negara hukum yang berbeda.Pada Negara yang bertipe *civil law* menggunakan konsep Negara hukum yang dikenal dengan istilah *rechtstaat*.Sedangkan pada Negara yang menganut sistem hukum *common law* rata-rata menggunakan istilah *rule of law* yang sama-sama didefenisikan sebagai Negara hukum.

1. Sitem Negara Hukum

Istilah hukum sipil merupakan terjemahan civil law yang diambil dari sumber hukum sipil pada zaman Kaisar Justinianus yang bernama *copus juris civilis* yang terdiri dari empat bagian. Adapun pengertian *civil law* dapat dipaparkan dalam definisi berikut ini[[8]](#footnote-8):

*Cilaw may be defined as that legal tradition which has its origin in Roman Law, as codified in the Corpus Juris Civilis of Justinan, and subsequently developed in Continental Europe and around the world. Civil Law eventually divided into two streams:The codified Roman Law (French Civil Code 1804 and is progeny and imitators-continental Eirope, Quebec and Louisiana)and uncodified Roman Law (Scotland and South Africa). Civil Law is highly systematized and structured and relies on declaration of board, general principles, often ignoring details[[9]](#footnote-9)*

Apabila diterjemahkan lebih kurang demikian:Hukum sipil dapat didefinisikan sebagai suatu tradisi hukum yang berasal dari Hukum Roma yang terkodifikasi dalam *Corpus juris Civilis* Justinian dan tersebar ke seluruh benua Eropa dan seluruh dunia. Kode sipil terbagi ke dalam dua cabang, yaitu[[10]](#footnote-10) :

1. Hukum Romawi yang terkodifikasi (Kode sipil Prancis 1804) dan daerah lainnya di benua Eropa yang mengadopsinya,Quebec dan Lousiana); dan
2. Hukum Romawi yang tidak dikodifikasi (Skotlandia dan Afrika selatan). Hukum Kode Sipil sangat sistematis, terstruktur yang berdasarkan deklarasi para dewan, prinsip-prinsip umum dan sering menghindari hal-hal yang detail.

Mengenai subtansi dari corpus juris civilis terdiri dari empat bagian,yaitu:

*The Corpus juris Civilis is the name given to a four – part compilation of Roman Law prepared between 528-534 AD by a commission appointed by emperor Justinian and headed by the Jurist Tribonian.Corpus includes:*

*Code (a compilation of Roman imperial decrees issued prior to justinian’s time and still in force, arrang systematically according to subject-matter),*

*Digest (or pandects), fragmen of classical text of Roman law by well known Roman Authors such as Ulpian an Paul, composed from the 1st to 4th centuries AD, arranged and 50 books subdivided into titles;*

*Institues (A coherent, explanatory text serving as an introduction to the digest, based on smiliar and earlier work by jurist (Gaus);and*

*Novellae (Novels), a compilation of new imperial decress issued by Justinian himself[[11]](#footnote-11)*

Apabila diterjemahkan lebih kurang demikian: Corpus juris terdiri dari empat bagain yaitu:

1. Code : Kumpulan Keputusan Kaisar Roma yang dibuat sebelum periode Justinianus yang masih berlak7u dan disusun secara sistematis berdasarkan subjek dan hal terkait;
2. Digest : Teks Hukum Romawi Klasik yang bersifat fragmental yang dibuat oleh ahli hukum terkenal : Ulpian dan Paul yang disusun sejak abad pertama sampai abad keempat terdiri dari 50 (lima puluh) buku dan terbagi kedalam beberapa judul;
3. Intitute : suatu pengantar Digest yang berupa penjelasan disusun secara koheren berdasarkan karya-karya sebelumnya yang mirip oleh ahli hukum gaius;
4. Novellaae : Kumpulan atau kompilasi keputusan kaisar baru yang dibuat oleh Justinianus sendiri.

Sistem Hukum sipil atau yang biasa dikenal dengan *Rommano Germanic Legal System* adalah system hukum yang berkembang di dataran Eropa.[[12]](#footnote-12)Titik tekan pada system hukum ini adalah penggunaan aturan-aturan hukum yang bersifat tertulis.[[13]](#footnote-13)Sistem hukum Sipil/Eropa Kontinental secara umum dibagi menjadi dua, yaitu *hukum publik*, yaitu Negara dianggap sebagai subjek/objek hukum dan hukum privat, yaitu Negara bertindak sebagai wasit dalam persidangan.[[14]](#footnote-14)

Sistem Hukum Civil Law berkembang di Negara-negara eropa antara lain : Prancis, Jerman, Belanda, sedangkan perkembangan diluar Negara Eropa meliputi :Mogul, ,Persia, Cina, Jepang, Burma, Siam (berganti nama Thailand tahun 1939) dan Etopia di Afrika dan ternasuk Indonesia.

Sistem Hukum Civil Law berkembang di Indonesia diawali dengan peninggalan hukum yang ditanggalkan oleh belanada. Pengaruh system hukum civil law sangat kuat karena Indonesia lebih kurang 3,5 abad dijajah oleh belanda dimana belanda diketahui menganut system hukum civil law,system hukum civil law itu sendiri diterapkan oleh pemerintah Negara belanda selama 3,5 abad menjajah Indonesia, karena fakta yuridis seperti itu Negara Indonesia menganut system Civil Law.

Sistem anglo-Saxon adalah suatu system hukum yang didasarkan pada yurispudensi,[[15]](#footnote-15)yaitu keputusan-keputusan suatu system hukum yang didasarkan pada putusan hakim-hakim selanjutnya.[[16]](#footnote-16)

Sistem Hukum Common Law awalnya diterapkan dan mulai berkembang pada abad 16 di Inggris, kemudian menyebar di negara jajahannya.Dalam sistem ini tidak ada sumber hukum, sumber hukum hanya kebiasaan masyarakat yang dikembangkan di pengadilan/keputusan pengadilan. Sering disebut sebagai *Common Law*

Hukum Inggris karena keadaan geografis dan perkembangan politik serta sosial yang terus menerus, dengan pesat berkembang menurut garisnya sendiri, dan pada waktunya menjadi dasar perkembangan hukum Amerika.

Berkembang diluar Inggris, di Kanada, USA, dan bekas koloni Inggris (negara persemakmuran/ *common wealth*) spt, Australia, Malaysia, Singapore, India, dll.

Ciri dari *common law system* ini adalah :

1. tidak ada perbedaan secara tajam antara hukum publik dan perdata
2. tidak ada perbedaan antara hak kebendaan dan perorangan
3. tidak ada kodifkasi
4. keputusan hakim terdahulu mengikat hakim yang kemudian (asas precedent atau stare decisis)

Dalam perkembangannya, hukum Amerika bertambah bebas dalam sistem hukum aktual nya, yang lama kelamaan terdapat perbedaan yang fundamental yaitu:

* 1. Di Amerika Hk yang tertinggi tertulis, yakni konstitusi Amerika yang berada di atas tiap- tiap undang-undang.
  2. Di Inggris kekuasaan parlemen untuk membuat uu tdk terbatas.
  3. Karena seringnya ada kebutuhan akan penafsiran konstitusi, Hakim Amerika (dibanding Inggris)lebih sering dihadapkan pada persoalan kepentingan umum.
  4. Kebutuhan untuk mensistematisasikan hukum, di Amerika dirasa lebih mendesak, karena banyaknya bahan hukum yang merupakan ancaman karena tidak mudah untuk diatur

Sumber Hukum pada system Negara Hukum Anglo Saxon yaitu:

1) Putusan–putusan hakim/putusan pengadilan atau yurisprudensi (judicial decisions). Putusan-putusan hakim mewujudkan kepastian hukum, maka melalui putusan-putusan hakim itu prinsip-prinsip dan kaidah-kaidah hukum dibentuk dan mengikat umum.

2) Kebiasaan-kebiasaan dan peraturan hukum tertulis yang berupa undang-undang dan peraturan administrasi negara diakui juga, kerena pada dasarnya terbentuknya kebiasaan dan peraturan tertulis tersebut bersumber dari putusan pengadilan.

1. Putusan pengadilan, kebiasaan dan peraturan hukum tertulis tersebut tidak tersusun secara sistematis dalam kodifikasi sebagaimana pada sistem hukum Eropa Kontinental.

Peran Hakim dalam Sistem Hukum Anglo Saxon adalah:

* 1. Hakim berfungsi tidak hanya sebagai pihak yang bertugas menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan hukum saja. Hakim juga berperan besar dalam menciptakan kaidah-kaidah hukum yang mengatur tata kehidupan masyarakat.
  2. Hakim mempunyai wewenang yang luas untuk menafsirkan peraturan-peraturan hukum dan menciptakan prinsip-prinsip hukum baru yang berguna sebagai pegangan bagi hakim –hakim lain dalam memutuskan perkara sejenis.
  3. Oleh karena itu, hakim terikat pada prinsip hukum dalam putusan pengadilan yang sudah ada dari perkara-perkara sejenis (asas doctrine of precedent).
  4. Namun, bila dalam putusan pengadilan terdahulu tidak ditemukan prinsip hukum yang dicari, hakim berdasarkan prinsip kebenaran dan akal sehat dapat memutuskan perkara dengan menggunakan metode penafsiran hukum. Sistem hukum Anglo-Amerika sering disebut juga dengan istilah Case Law.

Aliran ini berpandangan secara bertolak belakang dengan aliran legisme.Aliran ini beranggapan bahwa di dalam melaksanakan tugasnya seorang hakim bebas untuk melakukan menurut UU atau tidak.

Esensi negara hukum adalah, bahwa negara menjadikan hukum sebagai “*supreme*”, setiap penyelenggara negara atau pemerintahan wajib tunduk pada hukum (*subject to the law*). Tidak ada kekuasaan di atas *law* (*above the law*) semuanya ada di bawah *law* (*under the rule of law*). Dengan kedudukan ini tidak boleh ada kekuasaan yang sewenang-wenang (*arbitrary power*) atau penyalahgunaan kekuasaan (*misuse of power*).[[17]](#footnote-17)

Esensi tersebut berkembang sejalan dengan perkembangan peradaban dan kebutuhan manusia, teori dan pemikiran tentang negara itu pun berkembang, seperti dikemukakan, bahwa Teori Negara Hukum ini berkembang sesuai dengan perkembangan zaman dan sesuai dengan kebutuhan umat manusia. “Pemikiran tentang negara hukum sebenarnya sudah sangat tua, jauh lebih tua dari usia Ilmu Negara atau Ilmu Kenegaraan itu sendiri”.[[18]](#footnote-18)

Negara hukum itu tidak datang dengan tiba-tiba, tetapi melalui proses dan perjuangan yang panjang, dalam konteks ini Jaenal Aripin mengemukakan, bahwa konsep negara hukum memiliki akar historis dalam perjuangan menegakkan demokrasi, karena pengertian negara hukum kerap dijadikan suatu istilah, yaitu konsep negara hukum yang demokratis. [[19]](#footnote-19)

Permikiran tentang negara dan hukum, seperti dikemukan oleh Syaiful Bakhri dimulai sejak abad kelima sebelum Masehi. Pandangan baru itu, dipaparkan dengan indahnya oleh Agustinus, dengan ungkapan bahwa peradaban Yunani yang telah runtuh dilukiskan sebagai surgawi, untuk memuliakan diri. Pada abad itu setiap penggagas hukum modern menginsyafi, bahwa pandangan negara yang timbul dalam Negara adalah suatu pendapat umum, dengan kebebasan pribadi, dengan adanya ikatan kesusilaan yang erat dalam lingkungan masyarakat.[[20]](#footnote-20) “Cita negara hukum itu untuk pertama sekali dikemukakan oleh Plato[[21]](#footnote-21) dan pemikiran itu kemudian dipertegas oleh Aristoteles. Plato sebagai pemikir besar meninggalkan banyak karya ilmiyah “Dari banyak karya ilmiahnya tersebut paling sedikit ada tiga buah karya yang sangat relevan dengan masalah kenegaraan, yaitu : *Politea* (*the Republica*), yang ditulisnya ketika ia masih muda; kedua, *Politicos* (*the Statement*); dan ketiga, *Nomoi* (*the Law*).[[22]](#footnote-22)

Buku-buku Plato tersebut berisikan ide dan keinginannya yang luhur untuk membantu dan melepaskan rakyat dan masyarakatnya yang tertindas dari kesewenang-wenangan penguasa yang haus akan kekuasaan, harta dan gila hormat. Plato berpendapat, bahwa agar negara menjadi baik, negara harus dipimpin oleh filosof, karena filosof adalah manusia yang arif bijaksana, yang menghargai kesusilaan, dan berpengetahuan tinggi, seperti dikemukakannya dalam buku *Politeia.* Filosoflah yang paling mengetahui mengenai apa yang baik bagi semua orang, dan apa yang buruk yang harus dihindari. Karena itu kepada filosoflah pimpinan negara dipercayakan, tidak usah dikhawatirkan bahwa ia akan menyalahgunakan kekuasaan yang diserahkan kepadanya. Namun cita negara ideal yang diimpikan Plato tersebut tidak berhasil, karena tidak mungkin mencari manusia yang sempurna, bebas dari hawa nafsu dan kepentingan pribadi. Buku kedua yang berjudul *Politicos,* mengemukakan perlu adanya hukum untuk mengatur warga negara. [[23]](#footnote-23)

Dalam buku kedua itu Plato berpendapat, bahwa yang perlu diatur dengan hukum itu hanyalah warga negara, sementara penguasa tidak perlu lagi diatur, karena penguasa itu adalah orang arif bijaksana sebagai seorang filasof. Hal tersebut dapat dilihat dari kalimat yang diungkapkan oleh Azhari, yang manyatakan, bahwa adanya hukum untuk mengatur warga negara, sekali lagi hanya untuk warga negara saja, karena hukum yang dibuat oleh manusia tentu tidak berlaku bagi penguasa itu sendiri.[[24]](#footnote-24)

Berdasarkan pengalaman dan pengamatan selanjutnya Plato berpendapat, bahwa filosof pun masih manusia biasa, sebagai jalan keluar dari yang belum bisa dikemukakan oleh buku pertama, buku kedua ini menganggap pula, bahwa warga negara yang harus diatur dengan hukum, penguasa ‘yang membuat peraturan’tidak perlu diatur dengan hukum. Buku ketiga dengan judul *Nomoi,* Plato menekankan, bahwa penguasa pun harus juga diatur dengan hukum. [[25]](#footnote-25)

Ide negara yang dirintis oleh Plato yang dimuat dalam *Nomoi* dilanjutkan oleh Aristoteles (murid Plato). Aristoteles meneliti 158 konstitusi dari negara-negara Yunani, kemudian hasil penelitian itu dituangkan dalam Buku IV dari Politiea, dan baru ditemukan dalam pada tahun 1891.[[26]](#footnote-26)

Gagasan untuk mencegah timbulnya negara absolut dan untuk menjamin kehidupan *civil society*. “Locke berbicara mengenai peran strategis konstitusi dalam membatasi kekuasaan negara yang dibayangkannya. Konstitusi ini mempunyai fungsi yang sangat penting sebagai pembatasan prinsipil kekuasaan negara.[[27]](#footnote-27)

Sejarah klasik mengungkapkan, bahwa terdapat dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian kita sekarang tentang konstitusi, yaitu dalam perkataan Yunani kuno *politeia* dan perkataan bahasa Latin *constitutio* yang juga berkaitan dengan kata *jus.*[[28]](#footnote-28) Jimly mengemukakan, bahwa berdasarkan pendapat Cato dapat dipahami secara lebih pasti bahwa konsititusi republik bukanlah hasil kerja satu orang melainkan kerja kolektif dan akumulatif. Oleh karena itu, dari sudut etimologi, konsep mengenai konstitusi dan konstitusioalisme dapat ditelusuri lebih mendalam dalam perkembangan pengertian dan penggunaan perkataan *politeia* dalam bahasa Yunani dan perkataan *constitutio* dalam bahasa Latin, serta hubungan di antara keduanya satu sama lain di sepanjang sejarah pemikiran maupun pengalaman praktik kehidupan kenegaraan dan hukum. Perkembangan itulah yang pada akhirnya mengantarkan perumusan perkataan *constitution* itu dalam bahasa Inggeris modern seperti yang tergambar dalam Kamus Bahasa Inggeris.[[29]](#footnote-29) Pengertian ‘*constitution*’ yang demikian itu, dianggap mendahului dan mengatasi pemerintahan dan segala keputusan serta peraturan lainnya. *A Constitution*, kata Thomas Paine, “*is not the act of government but of people constituting a government”*. Konstitusi disebut mendahului, bukan karena urutan waktunya, melainkan dalam sifatnya yang superior dan kewenangannya untuk mengikat.[[30]](#footnote-30)

Teori trias politika yang pada awalnya digagas oleh John Locke (1632-1704), umumnya dirujuk oleh para ahli dalam kajian sistem ketatanegaraan modern. Akan tetapi sesungguhnya, unsur-unsur kekuasaan negara tersebut, sudah muncul masa Islam klasik. Bahkan tidak hanya pada tataran wacana atau teori, akan tetapi sedikit banyak prinsip-prinsip tersebut telah dipraktikkan dalam rentang sejarah pemerintahan Islam, terutama setelah wafat Rasulullah SAW sampai pada dinasti-dinasti yang muncul di dunia Islam. Meskipun dalam bentuk yang sederhana dan belum tersusun seperti teori trias politika. [[31]](#footnote-31)

Teori trias politika ini dikemukakan oleh John Locke “... sebagai kritikan atas kekuasaan absolut raja-raja Stuart serta untuk membenarkan Revolusi Gemilang pada tahun 1688 (*the Glorious Revolution of 1688*) yang telah dimenangkan (pembuatan undang-undang oleh parlemen Inggeris)”.[[32]](#footnote-32)

Pemikiran John Lucke yang dituangkan dalam bukunya *Two Treaties of Government*, menyatakan, bahwa kekuasaan negara dibedakan atas tiga macam: *legeslatif power* (membuat Undang-undang); exec*utive power* (melaksanakan Undang-undang); dan federative power (kekuasaan untuk melakukan hubungan diplomatik dengan asing).[[33]](#footnote-33) Ide tersebut beberapa puluh tahun kemudian dikembangkan oleh Montesqueu, sebagai dimuat dalam buku *L’Espirit des Lois* (*The Spirit of Laws*). Dikemukakan, bahwa Montesquieu mengutarakan kekhawatirannya terhadap adanya penyimpangan atas prinsip-prinsip pemerintahan, kebenaran, dan hukum, yang disebabkan oleh para pemimpin yang tidak dapat melaksanakan kebijakan negara dan cenderung bersifat otoriter, bila semua kekuasaan di bawah kewenangannya. Di sinilah kerisauan Montesquieu sehingga dia merumuskan *the seperation of power.*[[34]](#footnote-34) Konsep dasarnya adalah kekuasaan di suatu negara tidak boleh dilimpahkan pada satu struktur kekuasaan politik melainkan harus terpisah di lembaga-lembaga negara yang berbeda. Lembaga-lembaga tersebut adalah lembaga pemerintah yang memiliki kewenangan untuk mewujudkan dan melaksanakan kewenangan eksekutif, lembaga-lembaga pengadilan yang berwenang menyelenggarakan judikatif dan lembaga-lembaga perwakilan rakyat (DPR untuk Indonesia) yang memiliki kewenangan menjalankan kekuasaan legislatif.[[35]](#footnote-35)

Montesquieu merumuskan suatu pembagian kekuasaan yang dikenal dengan istilah teori trias politika. Prinsip trias politika membagi ketiga kekuasaan politik negara (eksekutif, yudikatif, dan legislatif) untuk diwujudkan dalam tiga jenis lembaga negara yang saling lepas (independen) dan berada dalam perangkaat yang sejajar satu sama lain. [[36]](#footnote-36)

Pemisahan kekuasaan ‘yang’diperkenalkan olehMontesquieu ‘itu adalah’ kekuasaan eksekutif, legeslatif, dan juga legeslatif, kata Montesquieu, kekuasaan tidak boleh di satu tangan karena berpotensi menumbuhkan tirani. Montesquieu menjawab Sang Raja Louis XIV, yang konon bersabda “*L’Etat, c’est moi*.”[[37]](#footnote-37) ”Tujuan Montesquieu semula agar seluruh kekuasaan negara itu tidak dikuasai oleh satu orang yang akan menyebabkan otoriter. Namun, pemisahan yang tajam antara ketiga kekuasaan itu juga bisa menyebabkan otoriter di bidang masing-masing.”[[38]](#footnote-38)

Pendapat Locke dan Montesquieu ada perbedaan di samping ada persamaan, seperti dikemukakan Sumali mengatakan, bahwa jika dikomparasikan antara konsep Locke dengan Montesquieu, terlihat perbedaan antara lain: (a) kekuasaan eksekutif merupakan kekuasaan yang mencakup kekuasaan yudikatif karena mengadili itu berarti melaksanakan Undang-undang, sedangkan kekuasaan federatif (hubungan luar negeri) merupakan kekuasaan yang bediri sendiri; (b) Menurut Montesquieu, kekuasaan eksekutif mencakup kekuasaan federatif karena melakukan hubungan luar negeri itu termasuk kekuasaan eksekutif, sedangkan kekuasaan yudikatif harus merupakan kekuasaan yang berdiri sendiri. [[39]](#footnote-39)

Pembagian kekuasaan seperti dikemukakan di atas, baik yang dikemukakan oleh konsep Locke maupun konsep Montesquieu tidak dilaksanakn secara murni sekarang ini, namun yang pasti kekuasaan negara modern tidak lagi dipegang secara penuh oleh satu pihak.

Konsep negara hukum selanjutnya yang masih berpengaruh dan ikut mewarnai negara-negara modern sampai saat ini adalah konsep Friedrich Julius Stahl yang mengajarkan, bahwa tugas negara tidak sekedar penjaga malam, tetapi berkembang lebih luas dan aktif campur tangan dalam bidang ekonomi, sosial dan budaya. Konsep seperti ini dikenal dengan istilah *Welvaarstaat* atau negara kesejahteraan.[[40]](#footnote-40) Konsep Stahl tentang negara hukum tersebut ditandai oleh empat unsur pokok, yaitu :

* + 1. Pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak dasar manusia;
    2. Negara didasarkan pada teori trias politika (pemisahan kekuasaan);
    3. pemerintahan diselenggarakan berdasarkan aturan hukum atau undang-undang (*wetmatig bestuur*);
    4. Adanya peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus melanggar hukum oleh pemerintah.[[41]](#footnote-41)

Negara hukum sebagaimana dikemukakan dalam uraian terdahulu adalah negara yang berdasarkan hukum. Sudargo Gautama mengatakan, bahwa dalam suatu negara hukum terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perorangan. Negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang terhadap warganya. Tindakan negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum.[[42]](#footnote-42) Ada suatu prinsip yang terkenal dalam negara hukum yaitu semua orang sama di hadapan hukum (*all aqual before the law*). Tidak seorang pun yang kebal terhadap hukum termasuk penguasa negara pun tidak kebal terhadap hukum. “... berarti bahwa setiap warga negara mempunyai kedudukan yang sama dan tidak boleh diperlakukan sewenang-wenang oleh penguasa”.[[43]](#footnote-43)

Istilah negara hukum di Indonesia, sering diterjemahkan *rechtstaats* atau *the rule of law.* Paham *rechtstaats* pada dasarnya bertumpu pada sistem hukum Eropah Kontinental. Ide tentang *rechtstaats* mulai populer pada abad ke 17 sebagai akibat dari situasi politik Eropa yang didominasi oleh absolutisme raja.[[44]](#footnote-44) Paham *rechtstaats* ini dikembangkan oleh ahli-ahli hukum Eropa Barat Kontinental, seperti Immanual Kant (1724-1804) dan Friedrichc Julius Stahl.[[45]](#footnote-45) Tujuan negara hukum menurut Kant adalah menjamin kedudukan hukum dari individu-individu dalam masyarakat.[[46]](#footnote-46)Bahder Johan mengemukakan, bahwa ide dasar negara hukum Indonesia, tidak terlepas dari ide dasar tentang *rechtsstaat* di mana syarat-syarat utamanya terdiri dari :

1. Asas legalitas, yaitu setiap tindakan pemerintah harus didasarkan atas dasar peraturan perundang-undangan;
2. Pembagian kekuasaan, syarat ini mengandung makna bahwa kekuasaan negara tidak boleh bertumpu pada satu tangan;
3. Hak-hak dasar, merupakan sasaran perlindungan hukum bagi rakyat, dan sekaligus membatasi kekuasaan pembentuk undang-undang;
4. Tersedia saluran melalui pengadilan yang bebas untuk menguji keabsahan tindak pemerintah.[[47]](#footnote-47)

Empat unsur Negara Hukum itu diungkapkan oleh Syaiful Bakhri dengan ungkapan lain, yang mengatakan, bahwa *rechtstaat* adalah :

* 1. Perlindungan hak asasi manusia
  2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu
  3. Pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan
  4. Peradilan Administrasi dalam perselisihan.[[48]](#footnote-48)

Pemakaian istilah yang berbeda dalam unsur-unsur negara hukum yang diungkapkan tersebut tidak menimbulkan perbedaan makna, hanya perbedaan istilah, intinya adalah bahwa di dalam Negara Hukum diperlukan syarat-syarat yang unsur-unsur tertentu, yakni adanya pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia. Pemisahan kekuasaan. Pemerintahan harus berdasar undang-undang. Serta adanya peradilan administrasi.[[49]](#footnote-49) Dicey sebagaimana dikutip oleh Jaenal Aripin mengemukakan, bahwa ada tiga ciri yang terpenting dari prinsip *rule of law*, yaitu:

1. Supremasi hukum, dari *regular law* untuk menentang pengaruh *arbitrary power* dan meniadakan kesewenang-wenangan*, prerogatif atau discretionery authority* yang luas dari pemerintah;
2. Persamaan di hadapan hukum, (*equality before the law*) dari semua golongan kepada *ordinary law of the land* yang dilaksanakan oleh *ordinary court*, ini berarti bahwa tidak ada orang yang berada di atas hukum, baik pejabat maupun warga negara biasa berkewajiban untuk menaati hukum yang sama;
3. Konstitusi adalah hasil dari *ordinary law of the land,* bahwa hukum konstitusi bukanlah sumber tetapi merupakan konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan oleh peradilan, singkatnya prinsip-prinsp hukum privat melalui tindakan peradilan.[[50]](#footnote-50)

Ciri khusus yang melekat dalam negara hukum menjunjung tinggi hak asasi manusia, Baharuddin Lopa mengutip dari Jan Materson dari Komisi PBB yang menegaskan, bahwa hak asasi manusia adalah hak-hak yang melekat pada setiap manusia, yang tanpanya manusia mustahil dapat hidup sebagai manusia. [[51]](#footnote-51) Ciri negara hukum diungkapkan antara lain oleh Ahmad Sukardja dalam tulisannya yang mengatakan, bahwa dalam sebuah negara hukum, ada ciri khusus yang melekat pada negara hukum tersebut, yaitu menjunjung tinggi posisi hak asasi manusia, kesetaraan dan kesamaan derajat antara satu dengan yang lainnya di samping berpegang teguh kepada aturan-aturan, norma-norma yang telah ditetapkan dan diberlakukan bagi warga negaranya tanpa ada perkecualian.[[52]](#footnote-52)

Islam menempatkan manusia pada posisi yang sangat terhormat, Allah SWT Yang Menciptakan manusia itu mengungkapan dengan firman-Nya, dengan terjemahan “Sesungguhnya, Kami telah (sangat) memuliakan anak-anak Adam ‘manusia’ Kami angkut mereka di daratan dan di lautan, Kami beri mereka rezki dari yang baik-baik dan Kami ‘memberikan’ kelebihan kepada mereka dengan kelebihan yang luar biasa dibandingkan dengan makhluk lainnya.”[[53]](#footnote-53) Titik Triwulan Tutik mengemukakan, bahwa sejak mula sebelum berbagai gagasan tentang HAM, Islam telah meletakkan dasar yang kuat. Islam memandang, bahwa kedudukan manusia adalah sama hanya dibedakan dari sudut ketaqwaannya; tidak ada paksaan dalam beragama; dan tidak boleh satu kaum menghina kaum yang lain. Rasulullah Muhammad SAWsendiri bersabda, bahwa : ”Setiap manusia dilahirkan dalam keadaan suci.” [[54]](#footnote-54) Karena demikian, maka hak-hak manusia itu sudah seharusnya dilindungi, terutama hak-hak yang asasi. Istilah hak-hak asasi itu disebut dengan istilah lain seperti dikemukakan oleh Masdar Farid Mas’udi yang berpendapat, bahwa hak-hak asasi itu lebih tepat disebut “Hak-hak Insani” saja, sama maksudnya dengan ungkapan bahasa Inggris “*human rights*”, bukan“*bacic human rights”* ataudalam bahasa Arabdisebut dengan “*huquq al-insan*”, bukan “*huquq al asasi li al-insan*”.[[55]](#footnote-55)

Negara hukum perspektif Islam dapat dipahami, dalam konsep yang dibangun oleh Muhammad SAW dan penduduk kota Madinah di bawah kepemimpinan Beliau sendiri, karena istilah negara hukum merupakan pengertian yang umum yang dapat diterima dengan berbagai konotasi.

Ibnu Khaldum berpendapat, bahwa dalam *mulk siyasi* ada dua macam bentuk hukum yaitu : (1) *siyasah diniyah* yang diterjemahan sebagai nomokrasi Islam (2) *siyasah ‘aqliyah* yang penulis terjemahkan nomokrasi skuler. Ciri yang membedakan kedua macam nomokrasi itu ialah pelaksanaan hukum Islam (syariah) alam kehidupan negara dan hukum sebagai hasil pemikiran manusia. Dalam nomokrasi Islam, baik syariah maupun hukum yang didasarkan pada rasio manusia, kedua-duanya berfungsi dan berperan dalam negara. Sebaliknya dalam nomokrasi skuler manusia hanya mengunakan hukum semata-mata sebagai hasil pemikiran mereka. Konsep Ibnu Khaldum yang terakhir ini, menurut hemat penulis memiliki banyak persamaan dengan konsep negara Barat. [[56]](#footnote-56)

Nomokrasi Islam adalah suatu negara yanng memilki prinsip-prinsip umum sebagaikut :

1. Prinsip kekuasaan sebagai amanah.
2. Prinsip masyawarah (musyawarat).
3. Prinsip keadilan.
4. Prinsip persamaan.
5. Prinsip pengakuan dan perlindungan setiap hak-hak asasi manusia.
6. Prinsip peradilan bebas. (85)
7. Prinsip perdamaian.
8. Prinsip kesejahteraan.
9. Prinsip ketaatan rakyat.[[57]](#footnote-57)

Suatu miskonsepsi atau pemahaman yang tidak benar tentang konsep negara dari sudut Islam sampai sekarang masih berbekas pada persepsi sarjana Barat. Mereka memahami konsep negara dalam Islam sebagai “*Teokrasi*”, berasal dari kata *theos=*Tuhan, dan *kratos* = kekuasaan (*theos* dan *kratos* adalah perkataan Yunani). Predikat yang tepat untuk konsep negara dalam Islam ialah nomokrasi (Islam) bukan teokrasi. Karena teokrasi adalah suatu negara yang dirumuskan oleh Ryder Smith, yang diperintah oleh Tuhan atau Tuhan-Tuhan.[[58]](#footnote-58)

Piagam Madinah sebagai dasar kehidupan bernegara yang dibangun oleh Muhammad Rasulullah SAW telah mengandung prinsip-prinsip hak asasi manusia tersebut sebagai dikutip oleh Syaiful Bakhri dari J. Suyuthi Pulungan yang mengemukakan, bahwa prinsip-prinsip hak asasi dan politik pemerintahan dalam Piagam Madinah dikaitkan dengan konsep Al-Quran yang meliputi:

1. Prinsip umat.
2. Prinsip persatuan dan persaudaraan.
3. Prinsip persamaan.
4. Prinsip kebebasan.
5. Prinsip hubungan antar pemeluk agama
6. Prinsip pertahanan.
7. Prinsip hidup bertetangga.
8. Prinsip tolong-menolong dan membela yang lemah dan teraniaya.
9. Prinsip perdamaian.
10. Prinsip musyawarah.
11. Prinsip keadilan.
12. Prinsip pelaksanaan hukum.
13. Prinsip kepemimpinan.
14. Prinsip ketaqwaan, amar makruf dan nahi mungkar.[[59]](#footnote-59)

Prinsip-prinsip negara seperti yang dikemukakan di atas adalah prinsip-prinsip yang dikemukakan oleh al-Quran, oleh karena itu Asghar Ali seperti dikemukakan oleh Syaiful Bakhri mengatakan, bahwa berdasarkan hal tersebut, dapat diketahui bahwa suatu Negara menurut Islam sesungguhnya berbentuk Teokrasi, yakni di mana otorisasi kekuasaan dianggap berasal dari Tuhan. Penguasa bertanggung jawab langsung kepada Tuhan, diadili oleh Tuhan.[[60]](#footnote-60) Konsepsi negara dalam Islam itu telah dimulai sejak Muhammad Rasulullah SAW bersama-sama sahabat Beliau berada di Madinah, hal tersebut ditandai dengan suatu dokumen ‘konstusi’ yang disebut dengan Piagam Madinah. Jazim Hamidi dan Malik mengemukakan, bahwa konstitusionalisme yang dianut oleh Negara Madinah, telah merangkum semua sifat yang dibutuhkan oleh organisasi kenegaraan, baik sifat proklamasi (*proclamtion of independence*), deklarasi (*declaration of birth of state*), perjanjian, atau pernyataan-pernyataan lain ( *decla-ration of human rights, le droit de l’home et do stoyen*) termuat dalam piagam Madinah. Oleh karena kualitasnya mencakup ini, Piagam Madinah diakui sebagai “Konstitusi tertulis yang pertama di dunia”.[[61]](#footnote-61)

Pada zaman modern, pemahaman konstitusionalisme mengalami saat-saat puncak dalam kehidupan bernegara. Konstitusionalisme di zaman modern seperti ini dianggap sebagai suatu konsep keniscayaan bagi setiap negara yang menghendaki jaminan terhadap hak asasi manusia. Sebetulnya yang disebut zaman modern, dapat kita tarik benang merahnya yaitu sekitar abad ke-19, di mana istilah ini muncul pertama kali dalam sejarah perkembangan manusia yang berusaha mempertemukan perkembangan-perkembangan ilmu pengetahuan dan filsafat dengan paham Kristen menurut sejarah.[[62]](#footnote-62)

Kaitannya dengan hukum pembangunan, Mahfud MD mengemukakan, bahwa sistem hukum Pancasila berbeda dengan sistem hukum Eropah Kontinental yang hanya menekankan pada *legisme, civil law*, adminstrasi hukum, dan hukum-hukum tertulis yang negara hukumnya disebut *Rechtsstaat*. Sistem hukum Pancasila juga berbeda dari sistem hukum *Anglo Saxon* yang hanya menekankan pada peran yudisial, *common law*, dan substansi keadilan yang negara hukumnya disebut *the Rule of Law*.[[63]](#footnote-63)

Mahfud MD lebih lanjut menyatakan, bahwa Sistem Hukum Pancasila mengambil segi-segi terbaik dari *Rechtsstaat* (Eropa Kontinental) dan *the Rule of Law* (*Anglo Saxon*) yang di dalamnya bertemu dalam sebuah ikatan *prismatik* dan integratif prinsip kepastian hukum dan keadilan substansial. ... Itulah konsep *prismatik* Sistam Hukum Pancasila yang sesuai dengan akar budaya bangsa yang secara khas telah hidup di dalam kenyataan bangsa Indonesia sejak berabad-abad lampau. Tak perlu risih apalagi malu untuk mengatakan bahwa Indonesia mempunyai sistem hukum sendiri yaitu Sistem Hukum Pancasila, sebab setiap negara memang dapat mempunyai sistem hukumnya sendiri sesuai dengan nilai-nilai yang hidup di dalamnya. [[64]](#footnote-64)

Penulis mempergunakan teori negara hukum sebagai landasan teoritis adalah untuk melihat kebijakan penetapan kewenangan Mahkamah Syar’iyah bidang pidana (*jinayah*) dalam upaya perlindungan yang diatur oleh qanun terhadap masyarakat Islam yang berada di Provinsi Aceh dari pelanggaran terhadap syari’at Islam yang bisa menimbulkan keresahan dalam masyarakat baik langsung atau tidak langsung, sehingga masyarakat merasa aman dan nyaman dalam menempuh hidup dan kehidupan mereka.

Undang-undang atau peraturan perundang-undangan tentang kewenangan Mahkamah Syar’iyah di Provinsi Aceh bidang pidana (*jinayah*) merupakan personifikasi dari negara hukum, maka untuk melihat perspektif peraturan perundang-undangan tersebut tentu berkaitan dengan substansi hukum, tidak bisa lepas dari kebijakan negara hukum.

Alasan lain adalah untuk menganalisis peraturan perundang-undangan tentang kewenangan Mahkamah Syar’iyah bidang pidana sebagai produk legislasi, landasan berfikir ini sangat erat kaitannya dengan konsepsi negara hukum. Indonesia sebagai negara hukum, dalam mengimplementasikan kebijakan hukum diawali oleh peran lembaga legislasi, yang posisinya sangat strategis dalam menentukan kebijakan dan pembangunan hukum masa kini dan masa yang akan datang.

Indonesia sebagai negara hukum telah dinyatakan secara tegas dalam Penjelasan Undang-undang Dasar 1945 yang menyatakan, bahwa Negara Republik Indonesia adalah berdasarkan hukum (*Rechtsstaat*), tidak atas kekuasaan belaka (*Machtsstaat*). Undang-undang Dasar yang pernah diberlakukan di Indonesia selain Undang-undang Dasar 1945 seperti Konstitusi Republik Indonesia Serikat dan Undang-undang Dasar Sementara Tahun 1950 menyatakan pula secara tegas bahwa Indonesia adalah Negara Hukum. Undang-undang Dasar 1945 setelah amandemen menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah Negara hukum.[[65]](#footnote-65)

Jaenal Aripin dalam konteks ini mengemukakan, bahwa secara historis dan yuridis Indonesia negara hukum yang cenderung menganut prinsip *Rechtsstaat* dan telah dirumuskan secara tegas dalam konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950, terakhir pasca amandemen dicamtumkan Indonesia adalah negara hukum dalam Pasal 1 Ayat (3) UUD 1945. [[66]](#footnote-66)

Konsep negara hukum tersebut masuk ke Indonesia dibawa oleh pemerintahan Hindia Belanda. Hal tersebut seperti dikemukakan oleh Bahder Johan Nasution dengan ungkapan yang menyatakan, bahwa masuknya ide (*rechtsstaat*) ke Indonesia, dimulai pada pemerintahan India Belanda. Ide itu dituangkan dalam *Regelingsreglement* 1854.[[67]](#footnote-67) Lebih lanjut dijelaskan, bahwa introduksi *Rechtsstaat* pada masa itu dimaksudkan untuk mengefektifkan pendayagunaan hukum guna melindungi penduduk negeri di daerah jajahan dari kesewenang-wenangan eksekutif. Ide itu dirumuskan dalam Pasal 79, Pasal 88 dan Pasal 89 *Regelingreglement* 1854. Pasal 79 yang menyiratkan asas pembagian kekuasaan, Pasal 88 dan Pasal 89 melarang pemidanaan yang menyebabkan seseorang kehilangan hak keperdataannya. [[68]](#footnote-68)

Padmo Wahyono mengemukakan, bahwa konsep *rechsstaat* sering dikaitkan dengan “demokratis”, sehingga kedua istilah tersebut digabungkan menjadi *democrasche rechtsstaat* atau negara hukum yang demokratis.[[69]](#footnote-69)

Indonesia sebagai negara hukum dalam praktek pernah mengalami pasang surut dalam pelaksanaan negaranya seperti dikemukakan, bahwa konsep negara dalam diskusi-diskusi mengenai hukum Indonesia, pernah menngalami pasang surut dalam tataran prkasisnya. Menurut Lev, selama kurun parlementer (1950-1957) menjadi pengasah republik konstitusional, tetapi banyak di antara simbol-simbolnya secara prosedur konservatif dikaitkan dengan berbagai Kitab Undang-undang Belanda. Dalam kurun Demokrasi Terpimpin (1958-1965) negara hukum tenggelam dalam tekanan patrimonialisme rezim dan idiologinya yang radikal-populis, yang mengutamakan keadilan substantif daripada keadilan prosedural. Dengan kelahiran Orde Baru sesudah kudeta 1965 yang gagal, perbincangan mengenai negara hukum bangkit kembali sebagai reaksi dari Demokrasi Terpimpin. Selama awal Orde Baru, hingga akhir 1971 para pendukung negara hukum masih optimis, namun optimisme itu berubah kemudian sejak diundangkannya UU No. 14/1970 ke arah pesimisme. Namun begitu gagasan itu tetap kuat dan merupakan fokus simbolis bagi kritik-kritik terhadap pemerintah.[[70]](#footnote-70)

Konsep negara hukum dalam Islam penting untuk disajikan, karena tradisi hukum Islam turut memberi warna dalam perkembangan hukum modern. Muhammad Tahir Azhari menggunakan istilah konsep negara hukum nomokrasi Islam. Konsep nomokrasi Islam bersumber pada al-Quran, al-Sunnah dan *al-Rakyu*. Konsep lainnya dalam konsep nomokrasi Islam adalah (1) kekuasaan sebagai amanah; (2) musyawarah; (3) persamaan; (4) pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia; (5) peradilan bebas; (6) perdamaian: (7) kesejahteraan; (8) ketaatan rakyat.

Ajaran Islam juga dikiaskan (dianalogikan) sebagai ajaran konstitusionalisme, yang pertama kali diperkenalkan pada abad kesembilan belas dan kemudian menjadi lebih terkenal pada akhir abad XX. Ajaran Islam sendiri merupakan ajaran konstitualisme dipahami sebagai suatu kumpulan idiologi dan institusi yang diletakkan pada gagasan pembatasan dan pengaturan kekuasaan pemerintah oleh hukum.[[71]](#footnote-71)

Menurut penelitian, sejumlah asas bersumber dari Pancasila antara lain :

1. Asas adil dan merata
2. Asas manfaat
3. Asas kekeluargaan
4. Asas usaha bersama
5. Asas kerukunan
6. Asas keadilan sosial
7. Asas kepentingan nasional
8. Asas persatuan dan kesatuan
9. Asas keserasian
10. Asas keselarasan
11. Asas keseimbangan
12. Dan asas-asas lain.[[72]](#footnote-72)

Asas-asas yang disebutkan tidak terlepas konsep perlindungan terhadap hak asasi manusia, yang harus mendapatkan perlindangan dari pemerintah.

1. **Kepastian Hukum**

Istilah kepastian hukum dalam tataran teori hukum tidak memiliki pengertian yang tunggal. Hal ini disebabkan oleh adanya sejumlah pendapat yang berusaha menjelaskan arti dari istilah tersebut dengan argumen dan perspektif tertentu, baik dalam pengertian yang sempit maupun luas.

Beberapa pendapat yang dapat dijabarkan di sini adalah pendapat Yance Arizona, Gustaf Radbruch, Ahmad Ali, Leden Marpaung, Apeldoorn, dan Lon Fuller. Yance Arizona berpendapat:[[73]](#footnote-73)

Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya dapat dijawab secara normatif, bukan sosiologis. Kepastian hukum secara normative adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas, dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi-tafsir) dan logis dalam artian ia menjadi suatu sistem norma, dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian aturan dapat berbentuk kontestasi

norma, reduksi norma atau distorsi norma. Pendapat ini dapat dikategorikan sebagai pendapat yang berperspektif *legal positivism*, karena lebih melihat kepastian hukum dari sisi kepastian perundang-undangan. Kepastian hukum harus diindikasikan oleh adanya ketentuan peraturan yang tidak menimbulkan multitafsir terhadap formulasi gramatikal dan antinomi antarperaturan, sehingga menciptakan keadaan hukum yang tidak membawa kebingungan ketika hendak diterapkan atau ditegakkan oleh aparat penegak hukum.Ali (2009: 287-288) mengutip pendapat Gustaf Radbruch (1878-1949), tentang Ajaran Prioritas Baku untuk menjelaskan istilah kepastian hukum. Gustaf Radbruch, dalam konsep “Ajaran Prirotas 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 dan kemakmuran masyarakat. Keadilan yang dimaksudkan oleh Radbruch adalah keadilan dalam arti yang sempit yakni kesamaan hak untuk semua orang di depan pengadilan. Kemanfaatan atau finalitas menggambarkan isi hukum karena isi hukum memang sesuai dengan tujuan yang mau dicapai oleh hukum tersebut.

Kepastian hukum dimaknai dengan kondisi di mana hukum dapat berfungsi sebagai peraturan yang harus ditaati (Huijbers, 1982: 162). Ahmad Ali dalam bukunya Teori Hukum dan Teori Peradilan (2009: 294 ) mengemukakan:

Kepastian hukum itu berkaitan dengan putusan hakim yang didasarkan pada prinsip the binding for precedent (stare decisis) dalam system common law dan the persuasive for precedent (yurisprudensi) dalam civil law. Putusan hakim yang mengandung kepastian hukum adalah putusan yang mengandung prediktabilitas dan otoritas. Kepastian hukum akan terjamin oleh sifat prediktabilitas dan otoritas pada putusan-putusan terdahulu.

Leden Marpaung (1997: 2) menjelaskan makna kepastian hokum dengan mencermati ketentuan Pasal 1 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Leden berpendapat:

Kepastian hukum di dalam Pasal 1 KUHP mengandung asas Asseln von Feuerbach atau nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali. Asas ini terkonkretisasi di dalam rumusan: “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan”. Hal itu berarti kepastian hukum mengharuskan adanya suatu norma pidana tertentu, norma itu harus berdasarkan peraturan perundangundangan dan bersifat non retroaktif. Kepastian hukum di dalam Pasal 1 KUHP ini disebut dengan asas legalitas.

Konsep tentang asas legalitas atau kepastian hukum juga dikemukakan oleh L. J. van Apeldoorn di dalam bukunya Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht. Apeldorrn sebagaimana dikutip Ermansah Djaja (2008: 37), mengatakan bahwa kepastian hukum itu memiliki dua sisi yakni adanya hukum yang pasti bagi suatu peristiwa yang konkret dan adanya perlindungan terhadap kesewenang-wenangan. Fuller (1971) sebagaimana dikutip oleh Ali memberikan makna yang lebih luas tentang kepastian hukum. Fuller menjabarkan pendapatnya tentang kepastian hukum, dengan menyatakan:

Kepastian hukum selalu berkaitan dengan hal-hal seperti: a.) adanya sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan, bukan berdasarkan putusan sesaat untuk hal-hal tertentu; b.) peraturan tersebut diumumkan kepada publik; c.) peraturan tersebut tidak berlaku surut; d.) dibuat dalam rumusan yang dimengerti oleh umum; e.) tidak boleh ada peraturan yang saling bertentangan; f.) tidak boleh menuntut suatu tindakan yang melebihi apa yang dapat dilakukan; g.) tidak boleh sering diubah-ubah; dan h.) harus ada kesesuaian antara peraturan dan pelaksanaan sehari-hari.

1. **Pemidanaan dalam Hukum Pidana**

Pidana berasal dari kata straf (Belanda), yang pada dasarnya dapat dikatakan sebagai suatu penderitaan (nestapa) yang sengaja dikena-kan/dijatuhkan kepada seseorang yang telah terbukti bersalah melakukan suatu tindak pidana.[[74]](#footnote-74)

Menurut Andi Hamzah, ahli hukum Indonesia membedakan istilah hukuman dengan pidana, yang dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah straf. Istilah hukuman adalah istilah umum yang diper-gunakan untuk semua jenis sanksi baik dalam ranah hukum perdata, administratif, disiplin dan pidana, sedangkan istilah pidana diartikan secara sempit yaitu hanya sanksi yang berkaitan dengan hukum pidana.

Hukum pidana menentukan sanksi terhadap setiap pelanggaran hukum yang dilakukan. Sanksi itu pada prinsipnya merupakan penambahan penderitaan dengan sengaja. Penambahan penderitaan dengan sengaja ini pula yang menjadi pembeda terpenting antara hukum pidana dengan hukum yang lainnya.[[75]](#footnote-75)

Menurut Satochid Kartanegara,[[76]](#footnote-76) bahwa hukuman (pidana) itu bersifat siksaan atau penderitaan, yang oleh undang-undang hukum pidana diberikan kepada seseorang yang melanggar sesuatu norma yang ditentukan oleh undang-undang hukum pidana, dan siksaan atau penderitaan itu dengan keputusan hakim dijatuhkan terhadap diri orang yang dipersalahkan itu. Sifat yang berupa siksaan atau penderitaan itu harus diberikan kepada hukuman (pidana), karena pelanggaran yang dilakukan oleh seseorang terhadap norma yang ditentukan oleh undang-undang hukum pidana itu merupakan pelanggaran atau perkosaan kepentingan hukum yang dilindungi oleh undang-undang hukum pidana.

Istilah pidana sering diartikan sama dengan istilah hukuman. Namun berkenaan dengan pembahasan saat ini penulis ingin memisahkan pengertian dari kedua istilah tersebut.

Hukuman adalah suatu pengertian umum dan lebih luas, yaitu sebagai suatu sanksi yang tidak mengenakan yang sengaja ditimpakan kepada seseorang. Sedangkan pidana merupakan suatu pengertian khusus yang berkenaan dengan sanksi dalam hukum pidana. Walaupun ada juga persamaannya dengan pengertian umum, yaitu sebagai suatu sanksi yang berupa tindakan yang menderitakan atau suatu nestapa.[[77]](#footnote-77) Dalam bahasa Belanda kedua-duanya diberi istilah yang sama, yaitu “*Straf*”.

Menurut Prof. Moelyatno istilah “hukuman” atau “straf” merupakan istilah konvensional. Istilah yang benar /inkonvensional untuk menggantikan “Straf” adalah “Pidana”. Hal tersebut sesuai dengan istilah “strafrecht” yang selama ini digunakan sebagai terjemahan dari “Hukum pidana”. Dengan demikian, maka istilah “pidana” merupakan istilah yang lebih khusus yang dipakai dalam hukum pidana.

Kekhususan lain dari istilah pidana termasuk dalam hal bentuk atau jenis snksi/hukumannya, dimana sifat nestapa atau penderitaan lebih menonjol bila dibandingkan dengan bentuk hukuman yang dimiliki oleh aspek hukum lain. Bahkan para ahli hukum pidana ada yang mengatakan, bahwa hukum pidana merupakan hukum sanksi istimewa. Dikatakan pula bahwa hukum pidana merupakan sistem sanksi yang negatif. Yaitu suatu nestapa yang sifatnya mencelakakan/menderitakan yang sudah tentu membuat si terpidana menjadi tidak enak. Pidana tidak hanya tidak enak dirasakan pada waktu dijalani, tetapi sesudah itu orang yang dikenai masih merasakan akibatnya yang berupa”cap” atau “label” atau “stigma” dari masyarakat.[[78]](#footnote-78)

Atas dasar hal tersebut Alf Ross mengatakan bahwa pidana itu bukan saja tindakan yang bersifat menderitakan, melainkan merupakan pernyataan pencelaan terhadap si pelaku .[[79]](#footnote-79)

Teori-teori pemidanaan dan tujuan pemidanaan yang ditawarkan dalam perkembangan hukum mengalami perubahan-perubahan sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Dalam perkembangannya, tujuan pemidanaan dan pemidanaan memiliki pandangan-pandangan tersendiri yang mengalami perubahan-perubahan dari waktu ke waktu dengan berbagai aliran atau penggolongan sebagai berikut.

Aliran Klasik berfaham indeterminisme mengenai kebebasan kehendak (*free will*) manusia yang menekankan pada perbuatan pelaku kejahatan sehingga dikehendakilah hukum pidana perbuatan (daad-strefrecht). Aliran klasik pada prinsipnya hanya menganutsingle track system berupa sanksi tunggal, yaitu sanksi pidana. Aliran ini juga bersifat retributif dan represif terhadap tindak pidana, sebab doktrin dalam aliran ini adalah pidana harus sesuai dengan kejahatan. Sebagai konsekuensinya, hukum harus dirumuskan dengan jelas dan tidak memberikan kemungkinan bagi hakim untuk melakukan penafsiran.

Aliran Modern atau aliran positif bertitik tolak pada aliran determinisme yang menggantikan doktrin kebebasan berkehendak (the doctrine of free will). Manusia dipandang tidak mempunyai kebebasan berkehendak, tetapi dipengaruhi oleh watak lingkungannya, sehingga dia tidak dapat dipersalahkan atau dipertanggungjawabkan dan dipidana. Aliran ini menolak pandangan pembalasan berdasarkan kesalahan yang subyektif. Aliran ini menghendaki adanya individualisasi pidana yang bertujuan untuk mengadakan resosialisasi pelaku. Aliran ini menyatakan bahwa sistem hukum pidana, tindak pidana sebagai perbuatan yang diancam pidana oleh undang-undang, penilaian hakim yang didasarkan pada konteks hukum yang murni atau sanksi pidana itu sendiri harus tetap dipertahankan. Hanya saja dalam menggunakan hukum pidana, aliran ini menolak penggunaan fiksi-fiksi yuridis dan teknik-teknik yuridis yang terlepas dari kenyataan sosial.

Aliran Neo Klasik beranggapan bahwa pidana yang dihasilkan olah aliran klasik terlalu berat dan merusak semangat kemanusiaan yang berkembang pada saat itu. Perbaikan dalam aliran neo klasik ini didasarkan pada beberapa kebijakan peradilan dengan merumuskan pidana minimum dan maksimum dan mengakui asas-asas tentang keadaan yang meringankan (principle ofextenuating circumtances). Perbaikan selanjutnya adalah banyak kebijakan peradilan yang berdasarkan keadaaan-keadaan obyektif. Aliran ini mulai mempertimbangkan kebutuhan adanya pembinaan individual dari pelaku tindak pidana.

Disamping munculnya aliran-aliran hukum pidana tersebut muncullah teori-teori tentang pemidanaan beserta tujuannya masing-masing yaitu sebagai berikut:

1. Teori Absolut/Teori pembalasan (Vergeldings Theorien).

Menurut teori ini pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan kejahatan atau tindak pidana. Teori ini diperkenalkan oleh Kent dan Hegel. Teori Absolut didasarkan pada pemikiran bahwa pidana tidak bertujuan untuk praktis, seperti memperbaiki penjahat tetapi pidana merupakan tuntutan mutlak, bukan hanya sesuatu yang perlu dijatuhkan tetapi menjadi keharusan, dengan kata lain hakikat pidana adalah pembalasan (revegen).

Sebagaimana yang dinyatakan Muladi[[80]](#footnote-80)bahwa: Teori absolut memandang bahwa pemidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan sehingga berorientasi pada perbuatan dan terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori ini mengedepankan bahwa sanksi dalam hukum pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan sesuatu kejahatan yang merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan sehingga sanksi bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan.

Menurut Vos[[81]](#footnote-81) , bahwa: Teori pembalasan absolut ini terbagi atas pembalsan subyektif dan pembalasan obyektif. Pembalasan subyektif adalah pembalasan terhadap kesalahan pelaku, sementara pembalasan obyektif adalah pembalasan terhadap apa yang telah diciptakan oleh pelaku di dunia luar.

Teori pembalasan mengatakan bahwa pidana tidaklah bertujuan untuk yang praktis, seperti memperbaiki penjahat. Kejahatan itu sendirilah yang mengandung unsur-unsur untuk dijatuhkannya pidana. Pidana secara mutlak ada, karena dilakukan suatu kejahatan. Tidaklah perlu untuk memikirkan manfaat menjatuhkan pidana itu. Setiap kejahatan harus berakibatkan dijatuhkan pidana kepada pelanggar. Oleh karena itulah maka teori ini disebut teori absolut. Pidana merupakan tuntutan mutlak, bukan hanya sesuatu yang perlu dijatuhkan tetapi menjadi keharusan. Hakikat suatu pidana ialah pembalasan.[[82]](#footnote-82)

Nigel Walker. Menjelaskan bahwa ada dua golongan penganut teori retributive yaitu:

1. Teori retributif Murni: yang memandang bahwa pidana harus sepadan dengan kesalahan.
2. Teori retributif Tidak Murni, Teori ini juga masih terpecah menjadi dua yaitu:

Teori Retributif terbatas (*The Limiting Retribution*). Yang berpandangan bahwa pidana tidak harus sepadan dengan kesalahan. Yang lebih penting adalah keadaan yang tidak menyenangkan yang ditimbulkan oleh sanksi dalam hukum pidana itu harus tidak melebihi batas-batas yang tepat untuk penetapan kesalahan pelanggaran.

Teori retributive distribusi (*retribution in distribution*). Penganut teori ini tidak hanya melepaskan gagasan bahwa sanksi dalam hukum pidana harus dirancang dengan pandangan pada pembalasan, namun juga gagasan bahwa harus ada batas yang tepat dalam retribusi pada beratnya sanksi.

b. Teori Relatif atau Tujuan (*Doel Theorien*)

Teori relatif atau teori tujuan, berpokok pangkal pada dasar bahwa pidana adalah alat untuk menegakkan tata tertib (hukum) dalam masyarakat. Teori ini berbeda dengan teori absolut, dasar pemikiran agar suatu kejahatan dapat dijatuhi hukuman artinya penjatuhan pidana mempunyai tujuan tertentu, misalnya memperbaiki sikap mental atau membuat pelaku tidak berbahaya lagi, dibutuhkan proses pembinaan sikap mental.

Menurut Muladi tentang teori ini bahwa: Pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan pelaku tetapi sarana mencapai tujuan yang bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan masyarakat. Sanksi ditekankan pada tujuannya, yakni untuk mencegah agar orang tidak melakukan kejahatan, maka bukan bertujuan untuk pemuasan absolut atas keadilan.

Dari teori ini muncul tujuan pemidanaan yang sebagai sarana pencegahan, baik pencegahan khusus (speciale preventie) yang ditujukan kepada pelaku maupun pencegahan umum (general preventie) yang ditujukan ke masyarakat.

Teori relatif ini berasas pada tiga tujuan utama pemidanaan yaitu preventif,detterence, dan reformatif. Tujuan preventif (prevention) untuk melindungi masyarakat dengan menempatkan pelaku kejahatan terpisah dari masyarakat. Tujuan menakuti (detterence) untuk menimbulkan rasa takut melakukan kejahatan, baik bagi individual pelaku agar tidak mengulangi perbuatanya, maupun bagi publik sebagai langkah panjang. Sedangkan tujuan perubahan (reformation) untuk mengubah sifat jahat si pelaku dengan dilakukannya pembinaan dan pengawasan, sehingga nantinya dapat kembali melanjutkan kebiasaan hidupnya sehari-hari sebagai manusia yang sesuai dengan nilai-nilai yang ada di masyarakat.

Menurut teori ini suatu kejahatan tidak mutlak harus diikuti dengan suatu pidana. Untuk ini, tidaklah cukup adanya suatu kejahatan, tetapi harus dipersoalkan perlu dan manfaatnya suatu pidana bagi masyarakat atau bagi si penjahat sendiri. Tidaklah saja dilihat pada masa lampau, tetapi juga pada masa depan.

Dengan demikian, harus ada tujuan lebih jauh daripada hanya menjatuhkan pidana saja. Dengan demikian, teori ini juga dinamakan teori tujuan. Tujuan ini pertama-tama harus diarahkan kepda upaya agar dikemudian hari kejahatan yang dilakukan itu tidak terulang lagi (prevensi).

Teori relatif ini melihat bahwa penjatuhan pidana bertujuan untuk memperbaiki si penjahat agar menjadi orang yang baik dan tidak akan melakukan kejahatan lagi. Menurut Zevenbergen[[83]](#footnote-83)”terdapat tiga macam memperbaiki si penjahat, yaitu perbaikan yuridis, perbaikan intelektual, dan perbaikan moral.”

Perbaikan yuridis mengenai sikap si penjahat dalam hal menaati undang-undang. Perbaikan intelektual mengenai cara berfikir si penjahat agar ia insyaf akan jeleknya kejahatan. Sedangkan perbaikan moral mengenai rasa kesusilaan si penjahat agar ia menjadi orang yang bermoral tinggi.

c. Teori Gabungan/modern (*Vereningings Theorien*)

Teori gabungan atau teori modern memandang bahwa tujuan pemidanaan bersifat plural, karena menggabungkan antara prinsip-prinsip relatif (tujuan) dan absolut (pembalasan) sebagai satu kesatuan. Teori ini bercorak ganda, dimana pemidanaan mengandung karakter pembalasan sejauh pemidanaan dilihat sebagai suatu kritik moral dalam menjawab tindakan yang salah. Sedangkan karakter tujuannya terletak pada ide bahwa tujuan kritik moral tersebut ialah suatu reformasi atau perubahan perilaku terpidana di kemudian hari.

Teori ini diperkenalkan oleh Prins, Van Hammel,[[84]](#footnote-84) Van List dengan pandangan sebagai berikut :

Tujuan terpenting pidana adalah membrantas kejahatan sebagai suatu gejala masyarakat.

Ilmu hukum pidana dan perundang-undangan pidana harus memperhatikan hasil studi antropologi dan sosiologis.

Pidana ialah suatu dari yang paling efektif yang dapat digunakan pemerintah untuk memberantas kejahatan. Pidana bukanlah satu-satunya sarana, oleh karena itu pidana tidak boleh digunakan tersendiri akan tetapi harus digunakan dalam bentuk kombinasi denga upaya sosialnya.

Dari pandangan diatas menunjukkan bahwa teori ini mensyaratkan agar pemidanaan itu selain memberikan penderitaan jasmani juga psikologi dan terpenting adalah memberikan pemidanaan dan pendidikan.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa tujuan dari pemidanaan, yaitu dikehendakinya suatu perbaikan-perbaikan dalam diri manusia atau yang melakukan kejahatan-kejahatan terutama dalam delik ringan. Sedangkan untuk delik-delik tertentu yang dianggap dapat merusak tata kehidupan sosial dan masyarakat, dan dipandang bahwa penjahat-penjahat tersebut sudah tidak bisa lagi diperbaiki, maka sifat penjeraan atau pembalasan dari suatu pemidanaan tidak dapat dihindari. Teori ini di satu pihak mengakui adanya unsur pembalasan dalam penjatuhan pidana. Akan tetapi di pihak lain, mengakui pula unsur prevensi dan unsur memperbaiki penjahat/pelaku yang melekat pada tiap pidana. Teori ketiga ini muncul karena terdapat kelemahan dalam teori absolut dan teori relatif, kelemahan kedua teori tersebut adalah Kelemahan teori absolut yaitu menimbulkan ketidakadilan. Misalnya pada pembunuhan tidak semua pelaku pembunuhan dijatuhi pidana mati, melainkan harus dipertimbangkan berdasarkan alat-alat bukti yang ada.

Apabila yang menjadi dasar teori ini adalah untuk pembalasan, maka mengapa hanya Negara saja yang memberikan pidana?

Kelemahan teori tujuan yaitu dapat menimbulkan ketidak adilan pula. Misalnya untuk mencegah kejahatan itu dengan jalan menakut-nakuti, maka mungkin pelaku kejahatan yang ringan dijatuhi pidana yang berat sekadar untuk menakut-nakuti saja, sehingga menjadi tidak seimbang. Hal mana bertentangan dengan keadilan.

Kepuasan masyarakat diabaikan. Misalnya jika tujuan itu semata-mata untuk memperbaiki sipenjahat, masyarakat yang membutuhkan kepuasan dengan demikian diabaikan.

Sulit untuk dilaksanakan dalam peraktek. Bahwa tujuan mencegah kejahatan dengan jalan menakut-nakuti itu dalam praktek sulit dilaksanakan. Misalnya terhadap residive.

Dengan munculnya teori gabungan ini, maka terdapat perbedaan pendapat dikalangan para ahli (hukum pidana), ada yang menitik beratkan pembalasan, ada pula yang ingin unsur pembalasan dan prevensi seimbang.

Yang pertama, yaitu menitik beratkan unsur pembalasan dianut oleh Pompe .[[85]](#footnote-85)Pompe menyatakan: Orang tidak menutup mata pada pembalasan. Memang, pidana dapat dibedakan dengan sanksi-sanksi lain, tetapi tetap ada ciri-cirinya. Tetap tidak dapat dikecilkan artinya bahwa pidana adalah suatu sanksi, dan dengan demikian terikat dengan tujuan sanksi-sanksi itu. Dan karena hanya akan diterapkan jika menguntungkan pemenuhan kaidah-kaidah dan berguna bagi kepentingan umum.

Van Bemmelan pun menganut teori gabungan,[[86]](#footnote-86) ia menyatakan: Pidana bertujuan membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat. Tindakan bermaksud mengamankan dan memelihara tujuan. Jadi pidana dan tindakan, keduanya bertujuan mempersiapkan untuk mengembalikan terpidana kedalam kehidupan masyarakat.

Grotius mengembangkan teori gabungan yang menitik beratkan keadilan mutlak yang diwujudkan dalam pembalasan, tetapi yang berguna bagi masyarkat. Dasar tiap-tiap pidana ialah penderitaan yang berat sesuai dengan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh terpidana. Tetapi sampai batas mana beratnya pidana dan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh terpidana dapat diukur, ditentukan oleh apa yang berguna bagi masyarakat.

Teori yang dikemukakan oleh Grotius tersebut dilanjutkan oleh Rossi dan kemudian Zenvenbergen, yang mengatakan bahwa makna tiap-tiap pidana ialah pembalasan tetapi maksud tiap-tiap pidana melindungi tata hukum. Pidana mengembalikan hormat terhadap hukum dan pemerintahan.[[87]](#footnote-87)

Teori gabungan yang kedua yaitu menitik beratkan pertahanan tata tertib masyarakat. Teori ini tidak boleh lebih berat daripada yang ditimbulkannya dan gunanya juga tidak boleh lebih besar dari pada yang seharusnya.

Pidana bersifat pembalasan karena ia hanya dijatuhkan terhadap delik-delik, yaitu perbuatan yang dilakukan secara sukarela, pembalasan adalah sifat suatu pidana tetapi bukan tujuan. Tujuan pidana ialah melindungi kesejahtraan masyarakat.

Menurut Vos[[88]](#footnote-88)”pidana berfungsi sebagai prevensi umum, bukan yang khusus kepada terpidana, karena kalau ia sudah pernah masuk penjara ia tidak terlalu takut lagi, karena sudah berpengalaman.”

Teori gabungan yang ketiga, yaitu yang memandang pembalasan dan pertahanan tata tertib masyarakat. Menurut E. Utrecht teori ini kurang dibahas oleh para sarjana (Andi Hamzah, 2005 : 37).

1. <http://tifiacerdikia.wordpress.com/lecture/lecture-5/pendidikan-kewarganegaraan/konsep-negara-hukum/> diakses pada 24 Januari 2015 [↑](#footnote-ref-1)
2. Ibid [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibid [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibid [↑](#footnote-ref-4)
5. <http://adedidikirawan.wordpress.com/teori-negara-hukum-rechtstaat/diakses> pada 24 Januari 2015 [↑](#footnote-ref-5)
6. Miriam Budiardjo, Dasar-dasar Ilmu Politik, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1998, hlm. 57. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibid [↑](#footnote-ref-7)
8. Ade Maman Suherman.*Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*.Raja Grafindo. Jakarta. Cet 1. 2004. hlm 56 [↑](#footnote-ref-8)
9. Ibid .hlm 56-57 [↑](#footnote-ref-9)
10. Ibid 57 [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibid [↑](#footnote-ref-11)
12. Juhaya S. Praja. Teori Hukum dan Aplikasinya. Pustaka Setia.Bandung.2011.Cet 1. Hlm 64 [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibid [↑](#footnote-ref-13)
14. Ibid. hlm 65 [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibid [↑](#footnote-ref-15)
16. Ibid [↑](#footnote-ref-16)
17. Sumali, *Reduksi Kekuasaan Eksekutif di Bidang Peraturan Pengganti Undang-undang (Perpu),* Universitas Muhammadiyah Malang, Malang, 2003, hlm.11 [↑](#footnote-ref-17)
18. Sobirin Malian*, Gagasan Perlunya Konstitusi Baru Pengganti UUD 1945*, FH UII Press, Yogyakarta, 2001, hlm. 25 [↑](#footnote-ref-18)
19. Jaenal Aripin, *Peradilan Agama Dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008, hlm. 88-89 [↑](#footnote-ref-19)
20. Syaiful Bakhri, *Ilmu Negara Dalam Konteks Negara Hukum Modern*, Total Media, Jakarta, 2010, hlm. 132-134 [↑](#footnote-ref-20)
21. Azhari, *Negara Hukum Indonesia*, Universitas Indonesia (UI-Press), 1995, hlm. 19 menyebutkan, bahwa Plato dilahirkan di Atena pada tahun 429 SM dan meninggal dunia 347 SM [↑](#footnote-ref-21)
22. *Ibid* [↑](#footnote-ref-22)
23. *Ibid,* hlm. 19-20 [↑](#footnote-ref-23)
24. *Ibid*, hlm. 20 [↑](#footnote-ref-24)
25. *Ibid* [↑](#footnote-ref-25)
26. *Ibid*, dan lihat juga J.HLM. Rapar, *Filsafat Politik Aristoteles*, Rajawali Press, Jakarta,, 1988, hlm. 10 [↑](#footnote-ref-26)
27. Juhaya, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, CV. Pustaka Setia, Bandung, 2011, hlm. 133 [↑](#footnote-ref-27)
28. Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 1 [↑](#footnote-ref-28)
29. *Ibid*, hlm. 4 [↑](#footnote-ref-29)
30. *Ibid*, hlm. 4-5 [↑](#footnote-ref-30)
31. Jaenal Aripin, *Op-Cit,* hlm. 66-67 [↑](#footnote-ref-31)
32. *Ibid*, hlm. 67 [↑](#footnote-ref-32)
33. Sumali, *Op.Cit*, hlm. 9 [↑](#footnote-ref-33)
34. *Ibid*, hlm. 69 [↑](#footnote-ref-34)
35. Edi Rosman, *Kekerasan dalam Rumah Tangga Menurut Hukum Positif dan Hukum Islam (Studi Komparatif Tentang Hakikat Pidana dan Pemidanaan dalam Kerangka Pembaruan Hukum Pidana Indonesia).*Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Islam Bandung, Bandung, 2012, hlm. 62 [↑](#footnote-ref-35)
36. Juhaya S. Praja, Teori Hukum dan Aplikasinya*, Op.Cit,* hlm. 133 [↑](#footnote-ref-36)
37. Haryo Damardono, *Sisi Lain Senayan Serang Balik*, Harian Umum Kompas, Jumat, 25 Oktober 2013, hlm. 2 [↑](#footnote-ref-37)
38. Diana Halim Kuncoro, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004, h.29 [↑](#footnote-ref-38)
39. Sumali, *Op-Cit*, hlm. 10 [↑](#footnote-ref-39)
40. Juhaya S. Praja, *Op.Cit*, hlm. 134 [↑](#footnote-ref-40)
41. *Ibid,* hlm. 135 [↑](#footnote-ref-41)
42. Sudargo Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1983, hlm. 3 [↑](#footnote-ref-42)
43. *Op-Cit*, hlm. 141 [↑](#footnote-ref-43)
44. Juhaya S. Praja, *Op.Cit*, hlm. [↑](#footnote-ref-44)
45. *Ibid*, lihat juga Miriam Budiardjo, *Dasar–dasar Ilmu Politik,* Gramedia Pustaka Utama, Jakarta,1988, hlm. 57 [↑](#footnote-ref-45)
46. Syaiful Bakhri, *Op-Cit*, hlm. 141 [↑](#footnote-ref-46)
47. Bahder Johan Nasution, *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Mandar Maju, Bandung, 2011, hlm. 75 [↑](#footnote-ref-47)
48. Syaiful Bakhri, Syaiful Bakhri, *Ilmu Negara Dalam Konteks Negara Hukum Modern*, Total Media, Pusat Pengkajian dan Pengembangan Ilmu Hukum Universitas Muhammadiyah, Jakarta, 2010, hlm. 133 [↑](#footnote-ref-48)
49. *Ibid* [↑](#footnote-ref-49)
50. *Jaenal Aripin, Op.Cit,* hlm. 88, lihat juga HLM. Irianto A. Baso Ence, *Negara Hukum & Hak Uji Konstitusionalitas Mahkamah Konstitusi Telaah Terhadap Kewenangan mahkamah Konstitusi*, PT. Alumni, Bandung, 2008, mengungkapkan dengan pemakaian angka (1) ganti huruf a. dan tambahan dalam kurung setelah supermasi hukum (*supremacy of law*), hlm. 4 [↑](#footnote-ref-50)
51. Titik Triwulan Tutik, *Konstruksi* *Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, Op.Cit*, hlm. 281, lihat juga Baharuddin Lopa, *Al-Quran dan Hak-hak Asasi Manusia*, Dana Bakthi Prima Yasa, Yogyakarta, hlm. 52 [↑](#footnote-ref-51)
52. Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah & Undang-undang Dasar NKRI 1945, Kajian Perbandingan Tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat yang Majemuk*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012,hlm. 15 [↑](#footnote-ref-52)
53. Al-Quran, *Surat al-Isra*, 17: 70) dan lihat juga *Al Quran dan Terjemahanya*, Mujamma’ Al Malk li Thiba’at Al Mush-haf Asy Syarif, Medinah, 1418 H., hlm. 435 [↑](#footnote-ref-53)
54. Titik Triwulan Tutik, *Op.Cit*, hlm. 287 [↑](#footnote-ref-54)
55. Masdar Farid Mas’udi, *Syarah UUD 1945 Perspektif Islam*, Pustaka Alvabet, Jakarta, hlm. 2013, 196-197 [↑](#footnote-ref-55)
56. Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Prenada Media, Jakarta, 2003, hlm. 85 [↑](#footnote-ref-56)
57. *Ibid*, hlm. 85-85 [↑](#footnote-ref-57)
58. *Ibid*, hlm. 86 [↑](#footnote-ref-58)
59. Syaiful Bakhri, *Op.Cit*, hlm.72-73 [↑](#footnote-ref-59)
60. *Ibid*, hlm. 73 [↑](#footnote-ref-60)
61. Jazim Hamidi dan Malik, *Hukum Perbandingan Konstitusi*, Prestasi Pustaka Publisher, Jakarta, 2008, hlm. 44 [↑](#footnote-ref-61)
62. *Ibid*, hlm. 45 [↑](#footnote-ref-62)
63. Mahfud MD, *Op.Cit*, hlm. 7-8 [↑](#footnote-ref-63)
64. *Ibid*, hlm. 8 [↑](#footnote-ref-64)
65. Lihat Undang-Undang Dasar 1945, Pasal 1 Ayat (3) (perubahan ketiga) [↑](#footnote-ref-65)
66. Jaenal Aripin, Op-Cit, hlm. 93 [↑](#footnote-ref-66)
67. Bahder Johan Nasution, *Op-Cit*, hlm. 74 [↑](#footnote-ref-67)
68. *Ibid* [↑](#footnote-ref-68)
69. Jaenal Aripin, *Op-Cit*, hlm. 93 [↑](#footnote-ref-69)
70. Sumali, *Op.Cit*, dalam catatan kaki, hlm. 14 dan lihat juga Daniel S. Lev, *Hukum Dan Politik Di Indonesia: Kesinambungan dan Perubahan,* LP3ES, Jakarta, 1990, hlm. 384-385 [↑](#footnote-ref-70)
71. *Ibid*, hlm. 94 [↑](#footnote-ref-71)
72. M. Solly Lubis, *Sistem Nasional*, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 21-22 [↑](#footnote-ref-72)
73. (<http://yancearizona.wordpress.com/2008/04/13/apa-itu-kepastian-hukum/> diakses pada tanggal 9 juni 2015 [↑](#footnote-ref-73)
74. Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung 2005, hlm. 1 [↑](#footnote-ref-74)
75. J.M. van Bemmelen, *Hukum Pidana 1 Hukum Pidana material bagian umum*. Binacipta,Bandung 1987, hlm. 17. [↑](#footnote-ref-75)
76. Satochid Kartanegara, *Kumpulan Catatan Kuliah Hukum Pidana II,* disusun oleh Mahasiswa PTIK Angkatan V, Tahun 1954-1955, hlm. 275-276. [↑](#footnote-ref-76)
77. Andi Hamza*, Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia dari retribusi ke reformasi.*Pradnya Paramita,  1985. hlm 64 [↑](#footnote-ref-77)
78. Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*. Alumni, 1986.hlm 54 [↑](#footnote-ref-78)
79. Muladi dan Barda Nawawi, *Teori -Teori dan Kebijakan Pidana*. Alumni, 1984.hlm 37 [↑](#footnote-ref-79)
80. Zainal Abidin, Hukum Pidana 1, Sinar Grafika, Jakarta 2005 hlm 11 [↑](#footnote-ref-80)
81. Andi Hamzah. Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia, Pradnya Paramita, Jakarta .1993 hlm 27 [↑](#footnote-ref-81)
82. Andi Hamjah, Hukum Acara Pidana, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm 31 [↑](#footnote-ref-82)
83. Wirjono Projdodikoro, Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia, Refika. Aditama, Bandung 2003. hlm 26 [↑](#footnote-ref-83)
84. Djoko Prakoso. Alat Bukti Dan Kekuatan Pembuktian Dalam Proses Pidana.Liberty,Yogyakarta 1988, hlm 47 [↑](#footnote-ref-84)
85. Andi Hamzah Op.Cit hlm 36 [↑](#footnote-ref-85)
86. ibid [↑](#footnote-ref-86)
87. ibid hlm 37 [↑](#footnote-ref-87)
88. ibid [↑](#footnote-ref-88)