

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kebijakan Pemerintah Indonesia Tentang Kebebasan Beragama

1. Pengertian Kebijakan

Menurut Syafiie (2013:8) Secara etimologi (asal usul kata) pemerintah dapat diartikan sebagai berikut :

- a. Perintah berarti melakukan pekerjaan menyuruh. Terdiri dari dua unsur, rakyat dan pemerintah, yang keduanya ada hubungan.
- b. Setelah ditambah awalan "pe-" menjadi pemerintah yang berarti badan atau organisasi yang mengurus.
- c. Setelah ditambah akhiran "-an" menjadi pemerintahan, yang berarti perbuatan, cara atau perihal.

Dengan demikian Syafiie (2013:12) mengambil kesimpulan bahwa pemerintahan adalah kelompok orang-orang tertentu yang secara baik dan benar serta indah melakukan sesuatu (eksekusi) atau tidak melakukan sesuatu (*not to do*) dalam mengkoordinasikan, memimpin dalam hubungan antara dirinya dengan masyarakat, antara departemen dan unit dalam tubuh pemerintah itu sendiri. Pembukaan UUD 1945 Alinea IV, menyatakan bahwa kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu disusun dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat. Berdasarkan Pasal 1 Ayat (1) UUD 1945, Negara Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk republik. Berdasarkan hal itu dapat disimpulkan

bahwa bentuk negara Indonesia adalah kesatuan, sedangkan bentuk pemerintahannya adalah republik. Selain bentuk negara kesatuan dan bentuk pemerintahan republik, Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan sebagai kepala negara dan sekaligus kepala pemerintahan. Hal itu didasarkan dalam Pasal 4 Ayat (1) yang menyatakan Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar. Selain itu pemerintah Indonesia juga memiliki tiga lembaga yakni cabang eksekutif, cabang legislatif dan cabang yudikatif. Selain itu juga diartikan sebagai Eksekutif dan Legislatif secara bersama-sama, karena kedua cabang kekuasaan inilah yang bertanggung jawab atas tata kelola bangsa dan pembuatan undang-undang.

Menurut Solly Lubis (1978: 104) istilah pemerintahan mencakup pengertian-pengertian tentang struktur kekuasaan dalam suatu negara, sedangkan pemerintah lebih menggambarkan peralatan atau organ pemerintahan itu sendiri. Utrecht (1966:403-404) menjelaskan ada 3 (tiga) pengertian tentang pemerintah sebagai berikut:

- a) Pemerintah sebagai gabungan dari semua badan kenegaraan yang berkuasa memerintah dalam arti luas yang meliputi badan-badan legislatif, eksekutif, yudikatif. Pemerintah dalam pengertian ini disebut *overheid* atau *government* atau *authorities* atau penguasa.
- b) Pemerintah sebagai badan kenegaraan yang tertinggi yang berkuasa memerintah di wilayah sesuatu negara. Misal : raja, presiden, dan lain-lain.

- c) Pemerintah sebagai organ eksekutif, dalam arti kepala negara bersama-sama dengan menteri-menterinya.

Tulisan John Locke seorang ahli pikir Inggris yang dimuat Djokosutono dalam diktat perkuliahannya (1955/1956) juga membagi kekuasaan negara menjadi 3 (tiga) yakni:

- a) Kekuasaan legislatif yaitu yang meliputi wewenang membuat undang-undang.
- b) Kekuasaan eksekutif yakni yang meliputi wewenang mempertahankan dan melaksanakan undang-undang serta mengadili perkara. John Locke melihat wewenang mengadili itu sebagai suatu *uitvoering* (pelaksanaan), karenanya merupakan bagian dari kekuasaan eksekutif. (*executive= having the authority and power to carry out duties*).
- c) Kekuasaan Federatif yakni yang meliputi wewenang yang tidak termasuk dalam kekuasaan legislatif dan eksekutif. Adanya kekuasaan federatif ini disebabkan negara Inggris pada waktu itu mempunyai banyak jajahan.

Thomas R. Dye dalam bukunya *Introducing Public Policy* mengatakan bahwa kebijakan negara adalah *Whatever government choose, to do or not to do*, berarti kebijakan negara adalah apapun yang diambil pemerintah, baik itu melakukan sesuatu itu atau tidak melakukan sama sekali (Syafiie, 2013:355). Melakukan sesuatu menjadi keputusan, maka tidak melakukan apa-apa sama sekali adalah juga keputusan, karena pemerintah sebagai pihak yang memiliki kekuasaan (membawahi polisi,

militer, jaksa, dan berbagai pemegang pengamanan dan ketertiban) dapat saja mencegah segala sesuatu seperti kebakaran, pencurian, perjudian, dan berbagai kriminalitas lainnya dan apabila diam, maka akan dianggap sengaja melindungi kriminalitas tersebut (Syafiie, 2011: 83). Pemerintah dalam merumuskan tujuan kebijakan, lazimnya menetapkan tujuan yang hendak dicapai, sebagaimana yang dinyatakan Friedrich (Syafiie, 1991:85): *it is essential for the policy concept that there be a goal, objective, or purpose* (adalah penting bagi kebijakan konsep bahwa ada garis gol, sasaran, atau tujuan).

Carl J Federick sebagaimana dikutip Leo Agustino (2008:7) mendefinisikan kebijakan sebagai serangkaian tindakan/kegiatan yang diusulkan seseorang, kelompok atau pemerintah dalam suatu lingkungan tertentu dimana terdapat hambatan-hambatan (kesulitan-kesulitan) dan kesempatan-kesempatan terhadap pelaksanaan usulan kebijaksanaan tersebut dalam rangka mencapai tujuan tertentu. James E Anderson sebagaimana dikutip Islamy (2009:17) mengungkapkan bahwa kebijakan adalah “ *a purposive course of action followed by an actor or set of actors in dealing with a problem or matter of concern* ” (Serangkaian tindakan yang mempunyai tujuan tertentu yang diikuti dan dilaksanakan oleh seorang pelaku atau sekelompok pelaku guna memecahkan suatu masalah tertentu). Richard Rose sebagaimana dikutip Budi Winarno (2007:17) juga menyarankan bahwa kebijakan hendaknya dipahami sebagai serangkaian kegiatan yang sedikit banyak berhubungan beserta konsekuensi-

konsekuensi bagi mereka yang bersangkutan daripada sebagai keputusan yang berdiri sendiri.

Solichin Abdul Wahab mengemukakan bahwa istilah kebijakan masih terjadi silang pendapat dan merupakan ajang perdebatan para ahli. Maka untuk memahami istilah kebijakan, Solichin Abdul Wahab (2008:40) memberikan beberapa pedoman sebagai berikut :

- a) Kebijakan harus dibedakan dari keputusan.
- b) Kebijakan sebenarnya tidak serta merta dapat dibedakan dari administrasi.
- c) Kebijakan mencakup perilaku dan harapan-harapan.
- d) Kebijakan mencakup ketiadaan tindakan ataupun adanya tindakan.
- e) Kebijakan biasanya mempunyai hasil akhir yang akan dicapai.
- f) Setiap kebijakan memiliki tujuan atau sasaran tertentu baik eksplisit maupun implisit.
- g) Kebijakan muncul dari suatu proses yang berlangsung sepanjang waktu.
- h) Kebijakan meliputi hubungan-hubungan yang bersifat antar organisasi dan yang bersifat intra organisasi
- i) Kebijakan publik meski tidak eksklusif menyangkut peran kunci lembaga-lembaga pemerintah
- j) Kebijakan itu dirumuskan atau didefinisikan secara subyektif.

Ruang Lingkup dari sebuah kebijakan publik sangat luas karena mencakup berbagai bidang dan sektor seperti ekonomi, politik, sosial, budaya, hukum, dan sebagainya. Di samping itu dilihat dari hirarkirnya

kebijakan publik dapat bersifat nasional, regional maupun lokal seperti undang-undang, peraturan pemerintah, peraturan presiden, peraturan menteri, peraturan pemerintah daerah/provinsi, keputusan gubernur, peraturan daerah kabupaten/kota, dan keputusan bupati/walikota. Robert Eystone sebagaimana dikutip Leo Agustino (2008:6) mendefinisikan kebijakan publik sebagai hubungan antara unit pemerintah dengan lingkungannya. Menurut Nugroho, ada dua karakteristik dari kebijakan publik, yaitu:

- 1) kebijakan publik merupakan sesuatu yang mudah untuk dipahami, karena maknanya adalah hal-hal yang dikerjakan untuk mencapai tujuan nasional.
- 2) kebijakan publik merupakan sesuatu yang mudah diukur, karena ukurannya jelas yakni sejauh mana kemajuan pencapaian cita-cita sudah ditempuh.

Chandler dan Plano sebagaimana dikutip Tangkilisan (2003:1) yang menyatakan bahwa kebijakan publik adalah pemanfaatan yang strategis terhadap sumber daya yang ada untuk memecahkan masalah-masalah publik atau pemerintah. Selanjutnya dikatakan bahwa kebijakan publik merupakan suatu bentuk intervensi yang dilakukan secara terus-menerus oleh pemerintah demi kepentingan kelompok yang kurang beruntung dalam masyarakat agar mereka dapat hidup, dan ikut berpartisipasi dalam pembangunan secara luas. David Easton sebagaimana dikutip Leo Agustino (2009:19) memberikan definisi kebijakan publik

sebagai *the autorative allocation of values for the whole society*. Definisi ini menegaskan bahwa hanya pemilik otoritas dalam sistem politik (pemerintah) yang secara sah dapat berbuat sesuatu pada masyarakatnya dan pilihan pemerintah untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu diwujudkan dalam bentuk pengalokasian nilai-nilai.

2. Jenis Kebijakan

James Anderson sebagaimana dikutip Suharno (2010: 24-25) menyampaikan kategori kebijakan publik sebagai berikut:

a. Kebijakan substantif versus kebijakan prosedural

Kebijakan substantif yaitu kebijakan yang menyangkut apa yang akan dilakukan oleh pemerintah. Kebijakan prosedural adalah bagaimana kebijakan substantif tersebut dapat dijalankan.

b. Kebijakan distributif versus kebijakan regulatori versus kebijakan redistributif. Kebijakan distributif menyangkut distribusi pelayanan atau kemanfaatan pada masyarakat atau individu. Kebijakan regulatori merupakan kebijakan yang berupa pembatasan atau pelarangan terhadap perilaku individu atau kelompok masyarakat. Sedangkan, kebijakan redistributif merupakan kebijakan yang mengatur alokasi kekayaan, pendapatan, pemilikan atau hak-hak diantara berbagai kelompok dalam masyarakat.

c. Kebijakan material versus kebijakan simbolik

Kebijakan material adalah kebijakan yang memberikan keuntungan sumber daya komplit pada kelompok sasaran. Sedangkan, kebijakan

simbolis adalah kebijakan yang memberikan manfaat simbolis pada kelompok sasaran.

- d. Kebijakan yang berhubungan dengan barang umum (*public goods*) dan barang privat (*privat goods*). Kebijakan *public goods* adalah kebijakan yang mengatur pemberian barang atau pelayanan publik. Sedangkan, kebijakan *privat goods* adalah kebijakan yang mengatur penyediaan barang atau pelayanan untuk pasar bebas.

Sholichin Abdul Wahab sebagaimana dikutip Suharno (2010:25-27) mengisyaratkan bahwa pemahaman yang lebih baik terhadap hakikat kebijakan publik sebagai tindakan yang mengarah pada tujuan sehingga dapat memerinci kebijakan tersebut kedalam beberapa kategori, yaitu:

a. Tuntutan kebijakan (*policy demands*)

Yaitu tuntutan atau desakan yang diajukan pada pejabat-pejabat pemerintah yang dilakukan oleh aktor-aktor lain, baik swasta maupun kalangan pemerintah sendiri dalam sistem politik untuk melakukan tindakan tertentu atau sebaliknya untuk tidak melakukan tindakan pada suatu masalah tertentu. Tuntutan ini dapat bervariasi, mulai dari desakan umum, agar pemerintah berbuat sesuatu hingga usulan untuk mengambil tindakan konkret tertentu terhadap suatu masalah yang terjadi di dalam masyarakat.

b. Keputusan kebijakan (*policy decisions*)

Adalah keputusan yang dibuat oleh para pejabat pemerintah yang dimaksudkan untuk memberikan arah terhadap pelaksanaan kebijakan

publik. Dalam hal ini, termasuk di dalamnya keputusan-keputusan untuk menciptakan statuta (ketentuan-ketentuan dasar), ketetapan-ketetapan, ataupun membuat penafsiran terhadap undang-undang.

c. Pernyataan kebijakan (*policy statements*)

Ialah pernyataan resmi atau penjelasan mengenai kebijakan publik tertentu. Misalnya: ketetapan MPR, Keputusan Presiden atau Dekrit Presiden, keputusan pengadilan, pernyataan ataupun pidato pejabat pemerintah yang menunjukkan hasrat, tujuan pemerintah, dan apa yang dilaksanakan untuk mencapai tujuan tersebut.

d. Keluaran kebijakan (*policy outputs*)

Merupakan wujud dari kebijakan publik yang paling dapat dilihat dan dirasakan, karena menyangkut hal-hal yang senyatanya dilakukan guna merealisasikan apa yang telah digariskan dalam keputusan dan pernyataan kebijakan. Secara singkat keluaran kebijakan ini menyangkut apa yang ingin dikerjakan oleh pemerintah.

e. Hasil akhir kebijakan (*policy outcomes*)

Adalah akibat-akibat atau dampak yang benar-benar dirasakan oleh masyarakat, baik yang diharapkan atau yang tidak diharapkan sebagai konsekuensi dari adanya tindakan atau tidak adanya tindakan pemerintah dalam bidang-bidang atau masalah-masalah tertentu yang ada dalam masyarakat.

William N. Dunn (2000:21) membedakan tipe-tipe kebijakan menjadi lima bagian, yaitu:

a. Masalah kebijakan (*policy public*)

Adalah nilai, kebutuhan dan kesempatan yang belum terpuaskan, tetapi dapat diidentifikasi dan dicapai melalui tindakan publik. Pengetahuan apa yang hendak dipecahkan membutuhkan informasi mengenai kondisi-kondisi yang mendahului adanya problem maupun informasi mengenai nilai yang pencapaiannya menuntut pemecahan masalah.

b. Alternative kebijakan (*policy alternatives*)

Yaitu arah tindakan yang secara potensial tersedia yang dapat memberi sumbangan kepada pencapaian nilai dan pemecahan masalah kebijakan. Informasi mengenai kondisi yang menimbulkan masalah pada dasarnya juga mengandung identifikasi terhadap kemungkinan pemecahannya.

c. Tindakan kebijakan (*policy actions*)

Adalah suatu gerakan atau serangkaian gerakan sesuai dengan alternatif kebijakan yang dipilih, yang dilakukan untuk mencapai tujuan bernilai.

d. Hasil kebijakan (*policy outcomes*)

Adalah akibat-akibat yang terjadi dari serangkaian tindakan kebijakan yang telah dilaksanakan. Hasil dari setiap tindakan tidak sepenuhnya stabil atau diketahui sebelum tindakan dilakukan, juga tidak semua dari hasil tersebut terjadi seperti yang diharapkan atau dapat diduga sebelumnya.

e. Hasil guna kebijakan

Adalah tingkat seberapa jauh hasil kebijakan memberikan sumbangan pada pencapaian nilai. Pada kenyataannya jarang ada problem yang dapat dipecahkan secara tuntas, umumnya pemecahan terhadap suatu problem dapat menumbuhkan problem sehingga perlu pemecahan kembali atau perumusan kembali.

3. Kebebasan Beragama di Indonesia

Semua agama berdasarkan konstitusi memiliki hak untuk menikmati segala bentuk hak asasi untuk bebas dari segala bentuk diskriminasi atas dasar agama, memiliki perlindungan hukum yang sama dan perlakuan yang sama berdasarkan undang-undang dan untuk bebas dari diskriminasi dalam memperoleh perlindungan hukum (Nella, 2011:233). Kebebasan beragama dapat ditafsirkan secara berbeda-beda oleh berbagai kebudayaan yang mana hal ini telah mewarnai pada saat penyusunan *Universal Declaration of Human Rights* terkait dengan hak-hak yang harus dilindungi (Scolnicov, 2011:23).

Pasal 9 *European Convention on Human Rights* (ECHR) kebebasan beragama atau kepercayaan dapat terbagi menjadi dua bagian yaitu kebebasan untuk memilih atau menganut agama atau kepercayaan atas keinginannya sendiri (*forum internum*) dan kebebasan memanasikan agama dan kepercayaan yang dianutnya (*forum eksternum*). Kebebasan beragama merupakan hak fundamental yang

merupakan salah satu dari enam belas hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun atau *non-derogable rights* (Nella, 2011:233).

4. Dasar hukum kebebasan beragama

Dasar hukum kebebasan beragama adalah sebagai berikut :

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 amandemen keempat Pasal 29 Ayat (2) ditentukan bahwa negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.
2. Deklarasi Universal Hak-Hak Asasi Manusia.
3. Pasal 28 E ayat (1) ditentukan bahwa setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.
4. Pasal 28 I ayat (1) salah satu yang diatur adalah hak beragama.
5. Undang-Undang No.1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama.
6. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia Pasal 22 ayat (1) setiap orang bebas memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu dan pada pasal (2) Negara menjamin kemerdekaan setiap orang memeluk

agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu.

7. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik. Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik Pasal 18 ayat (1) setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama. hak ini mencakup kebebasan untuk menganut dan menerima suatu agama dan kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan baik secara individu maupun bersama-sama dengan orang lain, dan baik ditempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama atau kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, ketaatan, pengamalan dan pengajaran. Ayat (2) Tidak seorang pun boleh dipaksa sehingga mengganggu kebebasannya untuk menganut atau menerima suatu agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya.

8. Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri Nomor 8 dan 9 Tahun 2006 tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah Dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama, Pemberdayaan Forum Kerukunan Umat Beragama, dan Pendirian Rumah Ibadat.

B. Penyelesaian Konflik Kebebasan Beragama

1. Pengertian penyelesaian konflik secara umum

Penyelesaian adalah proses, cara, perbuatan, sedangkan konflik adalah percekocokan, perselisihan, pertentangan (<http://kbbi.web.id/> diakses tanggal 30 januari 2015). Berdasarkan dari sejarah umat manusia, konflik dan kekerasan sesungguhnya bukanlah hal yang baru, konflik ada sejak manusia itu sendiri muncul di permukaan bumi. Latief menyebutkan kekerasan justru dianggap dari budaya masyarakat, kajian-kajian historis. Semuanya tidak pernah menyangkal bahwa kekerasan telah ada sejak adanya manusia sehingga kekerasan dapat juga dikatakan juga sebagai bagian dari budaya manusia (*human culture*) (A. Latief Wiyata, 2002: 10).

Teori konflik menurut Robert Gurr dibagi menjadi dua bentuk yakni kekerasan struktural dan kekerasan nonstruktural. Kekerasan struktural adalah kekerasan yang dilakukan oleh pengusaha maupun penguasa. Dengan kekuasaan yang dimiliki pengusaha dan penguasa mampu membuat hukum atau aturan yang kemudian merugikan bahkan menindas rakyat. Kekerasan nonstruktural biasanya dilakukan oleh masyarakat, dan sifatnya perlawanan spontan, sporadis, dan tidak tersistematis (Zubir, 2010:23).

2. Pengertian konflik kebebasan beragama.

Negara Indonesia mengakui berbagai agama untuk dianut masyarakatnya. Agama-agama tersebut adalah agama Islam, Kristen Protestan, Kristen Khatolik, Hindu, Budha, KongHucu (Endang dan

Sundari, 2010:40). Agama, beragama adalah kepercayaan kepada adanya kekuatan supranatural, sehingga Ia perlu disembah dalam bentuk ritual yang merupakan kegiatan untuk mendapatkan kepuasan supranatural. Agama diterjemahkan dalam bahasa Inggris dengan *religion*, sedangkan beragama adalah corak suatu kelompok masyarakat dalam menghayati dan mengamalkan ajaran agama yang berasal dari kekuatan atau wujud ghaib (*relationship between humans and supernatural forces or beings*) (Agus, 2006:337).

Kebebasan beragama telah dijamin oleh perundang-undangan negara dan komitmen pemerintah yang telah meratifikasi Kovenan Hak Sipil dan Politik. Dua sumber hukum ini sudah sangat mencukupi untuk mengimplementasikan kebebasan beragama secara menyeluruh, dikarenakan dua kewajiban dari pemerintah yang harus dipenuhi. Pertama, kewajiban untuk mengimplemantasikan kebebasan beragama yang telah tertulis didalam Konstitusi negara (Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 Pasal 29 ayat (2)). Kedua, pemerintah harus memperhatikan kewajiban universal untuk mengimplementasikan kebebasan beragama seperti yang diatur dalam instrumen-instrumen internasional yang telah diratifikasinya terdapat dalam Pasal 18 DUHAM, dari kedua hal ini yang seharusnya diperhatikan pemerintah untuk menjamin, memastikan dan melaksanakan kebebasan beragama secara adil (Khanif, 2010:238).

Konflik kebebasan beragama adalah adanya sebuah pertentangan, perselisihan sehingga timbul fanatisme agama yang sempit serta mengabaikan kehadiran umat beragama lainnya yang memiliki cara/ritual ibadah dan paham agama yang berbeda. Adanya diskomunikasi (salah persepsi/tanggapan) dan miskomunikasi (salah paham).

3. Bentuk Penyelesaian Konflik

Menurut Maswadi Rauf (2001:8-12) penyelesaian konflik adalah usaha-usaha yang dilakukan untuk menyelesaikan atau menghilangkan konflik dengan cara mencari kesepakatan antara pihak-pihak yang terlibat dalam konflik. Penyelesaian konflik diperlukan untuk mencegah :

- a. semakin mendalamnya konflik, yang berarti semakin tajamnya perbedaan antara pihak-pihak yang berkonflik.
- b. semakin meluasnya konflik yang berarti semakin banyaknya jumlah peserta masing-masing pihak yang berkonflik

Menurut Maswadi Rauf (2001:8-12) ada dua cara penyelesaian konflik yaitu:

- a. secara persuasif, yakni menggunakan perundingan dan musyawarah untuk mencari titik temu antara pihak-pihak yang berkonflik. Pihak-pihak yang berkonflik melakukan perundingan, baik diantara yang bertikai saja atau menggunakan pihak ketiga yang bertindak sebagai mediator atau juru damai.

- b. Secara koersif, yakni menggunakan kekerasan fisik atau ancaman kekerasan fisik untuk menghilangkan perbedaan pendapat antara pihak-pihak yang terlibat konflik.

Alternatif penyelesaian konflik lainnya dapat ditempuh melalui jalur hukum yakni, litigasi dan non litigasi (mediasi, musyawarah mufakat, dll). Litigasi merupakan suatu proses gugatan, suatu konflik yang diritualisasikan yang menggagantikan konflik sesungguhnya, yaitu para pihak dengan memberikan kepada seseorang pengambil keputusan dua pilihan yang bertentangan (Goodpaster,1995:241). Menurut Josep Sembiring (2011:9) litigasi adalah suatu penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui pengadilan. Hal ini berbeda dengan non litigasi yakni, proses menyelesaikan sengketa diluar pengadilan umumnya yang sering digunakan adalah jalur mediasi. Non litigasi mempunyai beberapa bentuk penyelesaian sengketa antara lain negosiasi, mediasi, dan arbitrase.

C. Prinsip-prinsip Hak Asasi Manusia

1. Sejarah Hak Asasi Manusia di Indonesia

Dimulai sebelum reformasi dalam sidang BPUPKI (Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia), Perdebatan mengenai apakah hak warga negara perlu dicantumkan dalam pasal-pasal Undang-Undang Dasar? Soekarno dan Supomo mengajukan pendapat bahwa hak-hak warga negara tidak perlu dicantumkan dalam pasal-pasal konstitusi. Sebaliknya, Mohammad Hatta dan Muhammad Yamin tegas berpendapat perlunya mencantumkan pasal mengenai kemerdekaan

berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pikiran dengan lisan maupun tulisan di dalam Undang-Undang Dasar. Penolakan Soekarno dan Supomo tersebut didasarkan pada pandangan mereka mengenai dasar negara yang dalam istilah Soekarno disebut dengan "*Philosophische grondslag*" atau dalam istilah Supomo disebut "*Staatsidee*" yang tidak berlandaskan pada paham liberalisme dan kapitalisme, Hatta setuju dengan penolakan terhadap liberalisme dan individualisme, tetapi ia khawatir dengan keinginan untuk memberikan kekuasaan yang seluas-luasnya kepada negara, bisa menyebabkan negara yang ingin didirikan itu terjebak dalam otoritarianisme. Pendapat Muhammad Yamin, menolak dengan keras argumen-argumen yang membela tidak dicantumkannya hak warga negara dalam Undang-Undang Dasar yang disampaikan dalam pidato sidang BPUPKI (Smith dkk, 2008:239-240). Perdebatan tersebut berakhir dengan suatu kompromi. Hak warga negara yang diajukan oleh Hatta dan Yamin ini diterima untuk dicantumkan dalam Undang-Undang Dasar tetapi terbatas.

Lahirnya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sebagai bentuk tindakan dari TAP MPR Nomor XVII/MPR/1998. Setelah Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia ada maka dilengkapi dengan kemunculan Pengadilan Hak Asasi Manusia yang ditetapkan melalui Perpu (Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang) Nomor 1 Tahun 1999 Tentang Pengadilan

Hak Asasi Manusia yang kemudian dicabut dengan penetapan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

2. Pengertian Hak Asasi Manusia

Salah satu identitas dari suatu negara hukum, adanya jaminan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia yang mesti dihormati dan dijunjung tinggi oleh penyelenggara negara beserta segenap warga negaranya, tanpa terkecuali. Pada dasarnya hak-hak itu adalah anugerah Tuhan Yang Maha Esa dan akan senantiasa melekat tak terpisahkan dari kehidupan dan keberadaan umat manusia itu sendiri (Naning, 1983:1).

Perjuangan mencapai rumusan hak-hak asasi manusia dimulai dalam tiga buah naskah yang kemudian dikenal sebagai: *Magna Charta* (1215), *Habeas Corpus Act* (1679), dan *Bill Of Rights* (1689), kemudian disusul berturut-turut di Amerika dengan *Virginia Bill of Rights* (1776), *Declaration of Independent* (1776). Di Perancis dengan *Declaration Des Detroit de'home et du Citoyen* (1789), *The Four Freedoms* dari Franklin D. Rosevelt di Amerika Serikat (1941), dan kemudian *The Universal Declaration of Human Rights* yang telah diterima secara aklamasi oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa Bangsa pada tanggal 10 Desember 1948 (Naning, 1983:2).

Hak-hak yang terperinci sudah tercantum dalam pernyataan sedunia tentang Hak Asasi Manusia yang diproklamirkan PBB tanggal 10 Desember 1948 yang mencantumkan,

Bahwa tiap orang mempunyai hak untuk hidup, kemerdekaan dan keamanan badan, untuk diakui kepribadiannya menurut hukum

untuk memperoleh perlakuan yang sama dengan orang lain menurut hukum untuk mendapat jaminan hukum dalam perkara pidana seperti diperiksa dimuka umum, dianggap tidak bersalah kecuali ada bukti yang sah, hak untuk masuk dan keluar wilayah negara, hak untuk mendapat suatu kebangsaan, hak untuk mendapat hak milik atas benda, hak untuk bebas mengutarakan pikiran dan perasaan, hak untuk bebas memeluk agama dan mempunyai dan mengeluarkan pendapat, hak untuk berapat dan berkumpul, hak untuk mendapatkan jaminan sosial, hak untuk mendapatkan pendidikan, hak untuk mendapatkan perkerjaan, hak untuk berdagang, hak untuk turut serta dalam gerakan kebudayaan dalam masyarakat, hak untuk menikmati kesenian dan turut serta dalam kemajuan ilmu.

Secara garis besar, HAM ini dapat dibedakan menjadi :

- a. Hak-hak asasi pribadi atau "*personal rights*", yang meliputi kebebasan menyatakan pendapat, kebebasan memeluk agama, kebebasan bergerak, dan seterusnya.
- b. Hak-hak asasi ekonomi atau "*property rights*", yaitu hak untuk memiliki sesuatu, membeli dan menjual serta memanfaatkannya.
- c. Hak-hak asasi politik atau "*political rights*", yaitu hak untuk ikut serta dalam pemerintahan, hak untuk pilih (dipilih dan memilih dalam suatu pemilihan umum), hak untuk mendirikan partai politik dan sebagainya.
- d. Hak-hak asasi untuk mendapatkan perlakuan yang sama dalam hukum dan pemerintahan atau "*rights of legalequality*".
- e. Hak-hak asasi sosial dan kebudayaan atau "*social and culture rights*", hak untuk memilih pendidikan, hak untuk mengembangkan kebudayaan dan sebagainya.
- f. Hak-hak asasi untuk mendapatkan perlakuan tata-cara peradilan dan perlindungan atau "*procedural rights*". Misalnya peraturan dalam hal

penahanan, penangkapan, penggeledahan, peradilan dan sebagainya (Naning, 1983:17).

Menurut Darmadihardjo (1980:20) prinsip dan dasar hak-hak asasi manusia di dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 secara garis besar dirumuskan sebagai berikut.

- a. Bahwa sesungguhnya Kemerdekaan Indonesia adalah berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa. Berarti suatu prinsip meyakini dan mengakui bahwa kemerdekaan nasional dan kemerdekaan pribadi warga negaranya adalah anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa, karena bangsa Indonesia dan pribadi warga negara berkewajiban untuk selalu bersyukur (berterima kasih) kepada Tuhan Yang Maha Esa.
- b. Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia. Artinya suatu prinsip kemerdekaan nasional yang mengayomi kemerdekaan warga negaranya, segenap golongan dan lapisan masyarakat.
- c. Untuk memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa. Berarti suatu prinsip pengakuan dan jaminan atas hak-hak asasi kesejahteraan (sosial ekonomi) dan sosisal budaya warga negaranya.
- d. Untuk ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Berarti menghormati kemerdekaan setiap bangsa di dunia, perdamaian hidup dan kesejahteraannya (keadilan sosial).

- e. Bahwa Negara Republik Indonesia adalah negara hukum berdasarkan Pancasila. Karenanya lembaga negara dan pemerintah Indonesia berkewajiban menegakkan hukum dan keadilan demi hak-hak asasi rakyat (warga negaranya), demi kedamaian, keadilan, dan kebenaran.

Hak Asasi Manusia yang terkandung dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 sesungguhnya mencerminkan pengakuan dan perlindungan yang hakiki bagi kelestarian harkat dan martabat kemanusiaan. Alinea pertama pembukaan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 lengkapnya berbunyi:

“Bahwa sesungguhnya kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa dan oleh sebab itu, maka penjajahan diatas dunia harus dihapuskan, karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan.”

Dari alinea pertama, bahwa bangsa Indonesia mengakui adanya hak-hak asasi manusia, khususnya hak untuk merdeka atau *freedom to be free*. Perikemanusiaan dan perikeadilan dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 mengandung pengakuan terhadap prinsip-prinsip hak-hak asasi manusia. Selanjutnya dalam alinea ketiga berbunyi:

“Atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan dengan didorong oleh keinginan luhur supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas, maka rakyat Indonesia menyatakan dengan ini kemerdekaannya.”

Demikian juga pada alinea ketiga, dimaksudkan bahwa bangsa Indonesia berkehendak menikmati alam kebebasan yang menjadi hak asasinya. Oleh karena itulah dinyatakan kemerdekaan tersebut. Alinea ini

menyatakan perlu dan pentingnya arti kemerdekaan itu. Alinea ketiga ini disusul dengan alinea keempat yang bahwa:

Maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat yang berdasarkan kepada: Ke-Tuhanan Yang Maha Esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, dan kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Kalimat yang tercantum pada alinea keempat ialah bahwa bangsa Indonesia menyusun kemerdekaannya itu dalam Undang-Undang Dasar Negara Indonesia yaitu suatu negara yang didasarkan pada kemanusiaan yang adil dan beradab. Ini menjelaskan bahwa dasar kemanusiaan yang adil dan beradab itu bangsa Indonesia dengan Undang-Undang Dasar Negeranya mengakui adanya Hak Asasi Manusia. Hal tersebut merupakan salah satu sila dari kelima sila Pancasila sebagai dasar Negara Indonesia (Naning, 1983:78). Sejalan dengan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 dan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia pada tanggal 10 Desember Tahun 1948, pemerintah Indonesia kemudian mengeluarkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia yang juga mengatur soal kebebasan beragama hal ini ditegaskan dalam pasal 22 ayat (1) dan (2).

3. Prinsip-prinsip Hak Asasi Manusia

Menurut Sujatmoko (2015:10) mengenai prinsip-prinsip Hak Asasi Manusia dalam konteks hukum Hak Asasi Manusia Internasional, akan terkait dengan prinsip-prinsip umum hukum internasional (*general*

principles of law) yang juga merupakan salah satu sumber hukum internasional yang utama, selain perjanjian internasional (*treaty*), hukum kebiasaan internasional (*international customary rules*), yurisprudensi dan doktrin. Prinsip-prinsip hukum Internasional yang dapat di jadikan prinsip memerlukan dua hal, yakni adanya penerimaan (*acceptance*) dan pengakuan (*recognition*) dari masyarakat internasional. Dengan demikian prinsip-prinsip HAM yang telah memenuhi dua syarat diatas memiliki katagori sebagai prinsip-prinsip umum hukum (Sujatmoko,2015:11)

Dalam perjanjian internasional beberapa prinsip menjiwai hak hak asasi manusia internasional dan diterapkan kedalam hak-hak yang lebih luas, seperti tiga contoh hak yang ada didalam hak asasi manusia antara lain:

a. Prinsip kesetaraan

Hak yang mendasar dari hak asasi manusia ialah adanya suatu hak yang meletakkan semua orang terlahir bebas dan memiliki kesetaraan bagi semua. Kesetaraan mensyaratkan harus adanya perlakuan yang setara saat dan disituasi yang sama dan berbeda. Saat situasi sama keadaan maka diperlakukan sama, jika keadaan berbeda maka diperlakukan berbeda pula.

b. Tindakan Afirmatif

Tindakan ini muncul untuk mengatasi adanya masalah ketika seseorang berasal dari posisi yang berbeda diperlakukan sama. Tindakan afirmatif mengizinkan negara untuk memperlakukan secara lebih kepada

kelompok tertentu yang tidak terwakili seperti misalnya laki-laki dan perempuan dengan kualifikasi dan pengalaman yang sama melamar untuk mendapatkan pekerjaan yang sama maka tindakan afirmatif dapat dilakukan dengan mengizinkan perempuan untuk diterima dengan sebuah alasan karena jumlah pekerja laki-laki lebih banyak yang melamar daripada wanita yang melamar lowongan pekerjaan. Contoh lain adalah saat masyarakat adat untuk mengakses pendidikan yang lebih tinggi dengan berbagai kebijakan yang membuat masyarakat adat diperlakukan secara lebih dibandingkan masyarakat non adat lainnya yang berguna untuk tujuan kesetaraan.

c. Prinsip Non-Diskriminasi

Pelarangan terhadap bentuk diskriminasi merupakan salah satu bagian dari kesetaraan, karena jika semua orang setara maka semestinya tidak ada bentuk perlakuan diskriminasi. Pengertian diskriminasi adalah kesenjangan perbedaan perlakuan dari perlakuan yang seharusnya setara atau sama. Ada diskriminasi langsung dan diskriminasi tidak langsung, diskriminasi langsung adalah ketika seseorang baik langsung maupun tidak langsung diperlakukan dengan berbeda (*less favourable*) daripada lainnya. Diskriminasi tidak langsung muncul saat dampak dari hukuman atau dalam praktek hukum merupakan bentuk diskriminasi meskipun bukan ditujukan untuk tujuan diskriminasi seperti misalnya ada pembatasan pada wanita yang sedang hamil yang akan berpengaruh lebih besar kepada perempuan daripada laki-laki. DUHAM (Deklarasi

Universal Hak Asasi Manusia) menyebutkan alasan diskriminasi juga terdapat pada hal-hal seperti ras, jenis kelamin, warna kulit, bahasa, agama, pendapat politik atau opini, nasional atau kebangsaan, kepemilikan akan suatu benda (*property*), kelahiran, orientasi seksual, umur, cacat tubuh atau status lainnya (Smith dkk, 2008:40). Hal ini yang menjadi kesenjangan di antara manusia dan DUHAM melarang bentuk kesenjangan yang ada prinsip ini dapat disebut juga prinsip non diskriminasi. Prinsip non-diskriminasi adalah prinsip yang melarang segala bentuk diskriminasi, perlakuan yang tidak setara/sama.

4. Pengaturan Kebebasan Beragama dalam Hak Asasi Manusia

Pasal 18 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik menentukan:

- a. Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama. Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, serta kebebasan baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, di tempat umum maupun tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penataan, pengamalan dan pengajaran.
- b. Tidak seorangpun dapat dipaksa sehingga terganggu kebebasannya untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaan pilihannya.
- c. Kebebasan menjalankan dan menetapkan agama atau kepercayaannya seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan

yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan atau moral masyarakat atau hak-hak dan kebebasan dasar orang lain.

- d. Negara pihak kovenan ini berjanji untuk menghormati kebebasan orang tua dan apabila diakui wali hukum yang sah untuk memastikan bahwa pendidikan agama dan moral bagi anak-anak mereka sesuai dengan keyakinan mereka sendiri.

Pasal 18 Kovenan tentang Hak Sipil dan Politik mengatur kebebasan beragama secara lebih mendalam, karena ada beberapa ayat yang menjelaskan hak yang telah diatur sebelumnya didalam DUHAM dikarenakan dalam Kovenan menjelaskan dua elemen penting dari hak kebebasan beragama. Elemen pertama menjelaskan hak yang tidak dapat diganggu gugat dalam hal hak meyakini agama atau kepercayaan seperti yang disebutkan didalam ayat kedua. Elemen kedua dalam Kovenan selanjutnya menjelaskan ketentuan-ketentuan tentang batasan yang boleh dilakukan oleh negara anggota terhadap manifestasi keagamaan seperti pada ayat ketiga (Khanif, 2010:101). Hak untuk memilih atau mempercayai suatu agama dan atau kepercayaan mengandung arti bahwa hak alamiah yang dimiliki oleh manusia saat seseorang telah meyakini suatu agama atau keyakinan. Ketentuan hukum tentang kebebasan beragama yang terdapat dalam DUHAM (Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia) dan Kovenan Hak Sipil dan Politik memiliki perbedaan kata yang terdapat dalam Pasal 1 Kovenan Hak Sipil dan Politik. Pasal 1 Kovenan Hak Sipil dan Politik mengganti kata “hak untuk mengganti

agama dan keyakinan” seperti yang diatur dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia menjadi “hak untuk menetapkan agama dan keyakinannya”. Hal ini dimaksudkan untuk dapat diterima dan menjadi fleksibel oleh negara-negara yang selama ini tidak setuju dengan Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia (Khanif, 2010:102). Pasal 18 ayat (3) Kovenan Hak Sipil dan Politik menjelaskan bahwa batasan-batasan terhadap manifestasi kebebasan beragama harus diatur di dalam Undang-Undang yang memperhatikan prinsip proporsionalitas di dalam hak asasi manusia. Batasan tersebut tidak boleh diatur didalam perundang-undangan yang mengandung unsur-unsur diskriminatif, sehingga sebuah peraturan yang diskriminatif kurang tepat secara hukum karena bertentangan dengan asas non-diskriminasi didalam hak asasi manusia. Peraturan perundang-undangan yang diskriminasi akan sangat berbahaya ketika kelompok-kelompok tertentu menjadikannya dasar hukum untuk membatasi hak dan kebebasan beragama kelompok lainnya.

Dalam Hak Asasi Manusia Pasal 22 ayat (1) ditentukan bahwa setiap orang bebas memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu. Ayat (2) Negara menjamin kemerdekaan setiap orang memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu. Dalam penjelasannya Pasal 22 ayat (1) yang dimaksud dengan “hak untuk bebas memeluk agama dan kepercayaannya” adalah hak setiap orang untuk

beragama menurut keyakinannya sendiri, tanpa adanya paksaan dari siapapun juga. Penjelasan pada ayat (2) cukup jelas.

D. Landasan Teori

Teori yang digunakan dalam penulisan ini adalah Teori Negara Hukum dan Teori Hak Asasi Manusia berikut penjelasannya.

1. Teori Negara Hukum

Istilah negara berasal dari bahasa Jerman dan Belanda, yaitu *Staat*, sedangkan *State* dari bahasa Inggris (Huda, 2010:1). Secara etimologi, kata negara dalam pengertian sekarang dalam arti sistem fungsi dan segenap organ umum (lembaga negara) yang tersusun menurut tata hukum yang berada dalam suatu wilayah, berasal dari bahasa Italia yang dialihkan dari bahasa latin. “Lo stato”, digunakan dalam arti pertama, keseluruhan jabatan tetap, kemudian pejabat-pejabat pada jabatan itu sendiri, penguasa beserta pengikut-pengikut mereka, dan lebih luas lagi dalam arti kesatuan wilayah yang dikuasai (Isjawara, 1980:91). Menurut Wirjono Prodjodikoro negara adalah suatu organisasi diantara sekelompok atau beberapa kelompok, manusia yang bersama-sama mendiami suatu wilayah (teritori) tertentu dengan mengakui suatu pemerintahan yang mengurus tata tertib dan keselamatan sekelompok atau beberapa kelompok tadi (Projdikoro, 1980:2).

Dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 hasil amandemen ke empat disebutkan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum. Negara hukum adalah negara

berlandaskan atas hukum dan keadilan bagi warganya maksudnya adalah segala kewenangan dan tindakan alat-alat perlengkapan negara atau penguasa, semata-mata berdasarkan hukum atau dengan kata lain diatur oleh hukum, hal yang demikian akan mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup warganya (Yunas, 1992:20). Pengertian lain negara hukum secara umum ialah bahwasannya kekuasaan negara dibatasi oleh hukum dalam arti bahwa segala sikap, tingkah laku dan perbuatan baik dilakukan oleh para warga negara harus berdasarkan atas hukum (Hakim, 2011: 8).

Menurut Wirjono Projudikoro (1980:18-19) istilah negara hukum yang berarti suatu negara yang didalam wilayahnya:

1. Semua alat-alat perlengkapan dari negara, khususnya alat-alat perlengkapan dari pemerintah dalam tindakan-tindakannya baik terhadap warga negara maupun dalam berhubungan masing-masing tidak boleh sewenang-wenang, melainkan harus memperhatikan peraturan-peraturan hukum yang berlaku dan
2. Semua orang dalam hubungan kemasyarakatan harus tunduk pada peraturan-peraturan hukum yang berlaku.

Daud Busro dan Abu Bakar Busro (1985:110) mengemukakan, negara hukum adalah negara yang berdasarkan hukum yang menjamin keadilan bagi warganya. Makna frasa negara yang berdasarkan hukum dapat ditafsirkan secara luas sebagai negara yang diatur berdasarkan hukum atau secara sempit sebagai negara yang diatur oleh undang-undang (Sibuea, 2010:48).

Menurut Aristoteles yang memerintah dalam negara bukanlah manusia, melainkan pemikiran yang adil. Penguasa hanyalah pemegang

hukum dan keseimbangan saja. Kesusilaanlah yang menentukan baik dan buruknya suatu peraturan perundangan. Bahwa dalam kenyataannya peraturan perundangan dibuat oleh manusia, hanyalah perwujudan sebagian kecakapan manusia dalam melaksanakan pemerintahan negara sehingga untuk mencapai serta menjamin kehidupan warga negara maka aristoteles berpendapat manusia perlu dididik menjadi warga yang baik, yang bersusila, yang oleh karenanya niscaya akan menjelmakan manusia yang bersifat adil. Apabila keadilan telah terjamin, maka terciptalah suatu negara hukum.

Immanuel Kant berpendapat bahwa konsep negara hukum lebih kepada negara hukum liberal atau negara hukum dalam arti sempit atau *nachtwakerstaat*. Hal ini disebabkan pemerintah hanya bertugas membuat dan mempertahankan hukum dengan maksud menjamin serta melindungi kepentingan golongan yang disebut "*menschen von besitz und bildung*", yakni kaum borjuis liberal. Konsep negara hukum menurut Kant mengandung dua unsur yang penting yakni perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia dan pemisahan kekuasaan. Dengan pemisahan kekuasaan maka hak-hak manusia akan mendapat perlindungan (Daud Busro dan Abu Bakar Busro, 1985:111).

Soerjono Soekanto mengemukakan bahwa negara hukum mengandung arti adanya pembatasan kekuasaan negara oleh hukum (Sibuea,2010:51). Kekuasaan negara tetap perlu dibatasi dengan cara demikian rupa supaya penguasa tidak sewenang-wenang, akan tetapi harus

tetap terbuka ruang gerak yang cukup bagi penguasa untuk bertindak supaya penguasa dapat melaksanakan tugasnya dengan baik.

Pembentukan konsep negara hukum Indonesia didasarkan pada cita-cita hukum *Rechtsidee* Pancasila. Menurut Kusumaatmadja, tujuan hukum berdasarkan Pancasila untuk memberikan pengayoman kepada manusia, yakni melindungi manusia secara pasif dengan mencegah tindakan sewenang-wenang. Secara aktif dengan menciptakan kondisi kemasyarakatan berlangsung secara wajar sehingga secara adil tiap manusia memperoleh kesempatan secara luas dan sama untuk mengembangkan seluruh potensi kemanusiaannya secara utuh (Sidharta, 2000: 190).

Daud Busro dan Abu Bakar Busro (1985:120) dalam bukunya tentang asas-asas hukum tata negara mengemukakan konsep negara hukum bagi negara Indonesia adalah berlandaskan Pancasila yang antara lain mengandung prinsip pengakuan adanya hukum Tuhan, hukum kodrat, dan hukum etika. Dalam negara hukum Indonesia, seluruh hukum dibuat oleh negara atau pemerintah dalam arti seluas-luasnya, tidak boleh bertentangan dengan hukum Tuhan, hukum kodrat, dan hukum etika. Hal ini dapat digali dari penjelasan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 tentang pokok-pokok pemikiran dalam pembukaan yang berbunyi:

“oleh karena itu undang-undang dasar harus mengandung isi yang mewajibkan pemerintah dan lain-lain penyelenggara negara, untuk memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur dan memegang teguh cita-cita moral rakyat yang luhur.”

Dalam simposium mengenai negara hukum yang diadakan di Jakarta pada Tahun 1966 diputuskan bahwa: sifat negara hukum itu ialah dimana alat perlengkapannya hanya dapat bertindak menurut dan terikat kepada aturan-aturan yang telah ditentukan lebih dahulu oleh alat-alat perlengkapan yang dikuasakan untuk mengadakan aturan itu atau dapat disebut juga prinsip “*rule of law*” (Daud Busro dan Abu Bakar Busro, 1985:116). Ciri bagi suatu negara hukum menurut Kusnardi dan Ibrahim (1980:80) adalah

- a. Pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia yang mengandung persamaan dalam bidang politik, hukum, sosial, ekonomi dan kebudayaan.
- b. Peradilan yang bebas dan tidak memihak serta tidak dipengaruhi oleh suatu kekuasaan atau kekuatan apa pun juga.
- c. Legalitas dalam segala bentuknya.

Wujud subkordinasi kekuasaan terhadap hukum dijelaskan oleh Sudargo Gautama (1983:23) sebagai negara tidak maha-kuasa, tidak bertindak sewenang-wenang, tindakan-tindakan negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum. Pembatasan penggunaan kekuasaan negara oleh hukum menurut Notohamidjojo (1967:36) akan terwujud jika pemerintah dan semua pejabat hukum seperti Presiden, hakim, dan anggota badan legislatif dalam menjalankan tugasnya dan diluar jam kantornya taat kepada hukum. Ini mengandung makna bahwa hukum berkedudukan

dalam posisi yang lebih tinggi daripada kekuasaan atau kehendak dan kepentingan penguasa.

2. Teori Hak Asasi Manusia

Hak Asasi Manusia adalah hak-hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Umat manusia memilikinya bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif, melainkan semata-mata berdasarkan martabatnya sebagai manusia (Donnelly, 2003:7). Sumber hukum internasional merupakan bahan dan proses di mana aturan dan kaidah-kaidah yang mengatur komunitas internasional dikembangkan. Pada awal abad ke-19 seorang penguasa dapat membatasi kewenangannya untuk bertindak dengan memberikan persetujuan terhadap sebuah perjanjian (*treaty*) sesuai dengan kaidah *pacta sunt servanda* atau asas hukum bagi perjanjian yang telah dibuat. Perjanjian-perjanjian juga bisa menghasilkan kebiasaan internasional (*internasional customary rules*) ketika di maksudkan untuk di taati secara menyeluruh dan diterima secara luas. Hukum kebiasaan dan hukum yang dibentuk oleh perjanjian internasional memiliki keabsahan yang sama dengan perjanjian internasional.

Terdapat beberapa sumber hukum internasional dalam HAM (Hak Asasi Manusia) di antaranya hukum kebiasaan internasional. Dalam hukum internasional, hukum kebiasaan internasional adalah hukum negara atau norma-norma hukum yang dibentuk melalui pertukaran kebiasaan antara negara-negara dalam waktu tertentu, baik yang berdasarkan

diplomasi atau agresi. Kewajiban hukum dikatakan muncul antara negara-negara untuk mengangkat urusan-urusan para pihak secara konsisten dengan tindakan yang diterima dimasa lampau.

Kebiasaan internasional terdiri dari peraturan hukum yang diturunkan dari tindakan-tindakan konsisten negara-negara yang melakukannya karena percaya bahwa hukum mensyaratkan bertindak demikian (Rosenne,1984:55). Smith dkk (2008:60) menuliskan *customary internasional law* dihasilkan dari praktik umum dan konsisten sejumlah negara yang mengikuti kewajiban hukumnya, sedemikian sehingga hal tersebut menjadi sebuah kebiasaan. Beberapa prinsip hukum kebiasaan internasional memiliki pengaruh yang cukup besar karena memiliki norma *peremptory* yang tidak bisa dilanggar ataupun dirubah kecuali oleh norma dengan pengaruh yang sama seperti norma *peremptory*. Norma *peremptory* atau *jus cogens* adalah norma umum dalam hukum internasional yang disepakati, diterima, dan diakui oleh negara-negara dalam masyarakat internasional secara keseluruhan sebagai sebuah norma yang tidak boleh dilanggar dan atau dikurangi dan hanya bisa dirubah jika lebih banyak negara-negara di dunia menyepakati, menerima, dan mengakui sebuah norma lain setara dengannya.

Norma-norma ini mendapat penerimaan secara universal misalnya pelarangan terhadap apartheid, kejahatan terhadap manusia, kejahatan perang, pembajakan, genosida, perbudakan, dan penyiksaan. Sebuah norma *peremptory* merupakan prinsip dasar hukum internasional yang

dianggap telah diterima dikomunitas internasional negara secara menyeluruh. Sumber hukum yang terdapat dalam Hak Asasi Manusia salah satunya adalah hukum perjanjian internasional atau *treaty*. Sebuah perjanjian yang mengikat dibawah hukum internasional yang dibuat oleh para pelaku hukum internasional yaitu negara dan organisasi internasional (Smith dkk, 2008:61). Selanjutnya yang menjadi sumber hukum Hak Asasi Manusia yakni kesepakatan bilateral dan regional kesepakatan multilateral memiliki beberapa pihak serta menghasilkan beberapa hak serta kewajiban bagi pihak-pihak yang melaksanakan perjanjian ini.

Kesepakatan bilateral di negosiasikan di antara sejumlah kecil negara biasanya hanya dua pihak seperti misalnya kesepakatan bilateral antara Swiss dan Uni Eropa setelah penolakan Swiss terhadap Wilayah Ekonomi Eropa. Banyak perjanjian bilateral dan multilateral yang mengatur tentang Hak Asasi Manusia, namun yang terpenting adalah piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa sebab piagam ini mengikat hampir mengikat seluruh negara di dunia dan menetapkan kewajiban umum anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk menghormati dan memajukan hak asasi manusia.

Hak asasi manusia khusus diatur dalam serangkaian HAM internasional yang dipelopori oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa, seperti Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP), Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (KIHSB),

Koveni Internasional menentang Penyiksaan, Koveni Internasioanal tentang Penghapusan segala bentuk Diskriminasi Rasial dan sebagainya.

Perjanjian regional dan organisasi lain yang relevan dan mengatur hak asasi manusia seperti:

- a. *Cairo Declaration on Human Rights in Islam.*
- b. *European Convention on Human Rights (4 November 1950) and all Protocols.*
- c. *American Convention on Human Rights (22 November 1969).*
- d. *Additional Protocol to the American Covention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights “Protocol of San Salvador” (17 November 1988).*
- e. *Protocol to The American Convention on Human Rights to Abolish The Death Penalty (7 June 1990).*
- f. *Inter-American Convention To Prevent and Punish Torture (9 December 1985).*
- g. *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman Or Degrading Treatment or Punishment (Strasbourg 26 November 1987).*
- h. *Protocol Number One to the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, and Protocol Number Two to the European Convention for The Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Strasbourg 4 November 1993).*

- i. *European Charter for Regional or Minority Languages* (Strasbourg 5 November 1992).
- j. *Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons* (9 June 1994).
- k. *European Framework Convention for The Protection of National Minorities* (Strasbourg 1 February 1995).
- l. *Council of Europe : Convention on Human Rights and Biomedicine* (4 April 1997).

Mekanisme hak asasi manusia regional untuk melindungi hak asasi manusia termasuk pengadilan hak asasi manusia Eropa, yang merupakan satu-satunya hukum internasional dengan kewenangan untuk mengurus kasus-kasus yang diajukan secara individual (bukan negara) dan komisi hak asasi manusia Afrika: *Inter-American Commissions on Human Rights; Inter-American Court of Human Rights* (Smith dkk, 2008:61).

Negara juga berkewajiban menghormati, melindungi, memenuhi hak asasi manusia beserta dengan semua pihak termasuk warga negaranya seperti yang tertulis dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 70 :

Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan undang-undang dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Pasal 73 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia:

Hak dan kebebasan yang di atur dalam undang-undang ini hanya dapat dibatasi oleh dan berdasarkan undang-undang, semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan dasar orang lain, kesusilaan, ketertiban umum, dan kepentingan bangsa.

Perlindungan dan penegakkan hak asasi manusia terutama di bidang hukum juga harus didukung oleh aparaturnya dengan membentuk sebuah lembaga yang bersifat independen dan dipercaya oleh berbagai pihak, sehingga upaya implementasi dari hak asasi manusia dapat cukup berjalan dengan baik dan efektif. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menetapkan Komnas HAM (Komisi Nasional Hak Asasi Manusia) sebagai badan penyelidik dan penyidik kasus pelanggaran HAM yang memiliki fungsi pengkajian, penelitian, penyuluhan, pemantauan, dan mediasi tentang hak asasi manusia, seperti yang terdapat dalam Pasal 76 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia terdapat juga prinsip-prinsip kesetaraan dan nondiskriminasi sebagaimana yang tertuang dalam Pasal 2 dan Pasal 3 terdapat asas-asas dasar. Semua orang terlahir bebas dan memiliki kesetaraan, sehingga adanya perlakuan yang setara, pada situasi yang sama harus diperlakukan dengan sama. Sebagai contoh tidak adanya perbedaan jenis kulit, kelamin, dalam posisi atau jabatan tertentu.

Hal ini juga mengarah/mengacu kepada prinsip nondiskriminasi sebagaimana terdapat dalam Pasal 3 dan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia. Setiap orang dilahirkan dengan harkat dan martabat yang sama dan sederajat, sehingga berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan perlakuan yang sama dihadapan hukum (Smith dkk,2008:254). Dalam Pasal 22 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang melindungi setiap orang bebas untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu. Negara menjamin kemerdekaan setiap orang memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaan itu. Berdasarkan penjelasan Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia ini merupakan hak setiap orang untuk beragama menurut keyakinannya sendiri, tanpa adanya paksaan dari siapa pun juga.

Beberapa teori yang penting dan relevan dengan teori HAM menurut Sujatmoko (2015:8) antara lain:

a. Teori hak-hak kodrati (*natural rights theory*)

Hak-hak yang dimiliki oleh semua orang setiap saat dan disemua tempat oleh karena manusia dilahirkan sebagai manusia. Pengakuan tidak diperlukan bagi HAM, baik dari pemerintah atau dari suatu sistem hukum, karena HAM bersifat universal, berdasarkan alasan inilah sumber HAM sesungguhnya semata-mata berasal dari manusia (Mulya Lubis, 1993:15-16).

b. Teori positivisme (*positivist theory*)

Teori ini berpendapat, bahwa teori positivisme secara luas dikenal dan percaya bahwa hak harus berasal dari suatu tempat, kemudian hak seharusnya diciptakan dan diberikan oleh konstitusi, hukum atau kontrak. Teori positivisme secara tegas menolak pandangan teori hak-hak kodrati, dikarenakan hak-hak kodrati sumbernya dianggap tidak jelas, seperti dari peraturan perundang-undangan atau konstitusi yang dibuat oleh negara.

c. Teori relativisme budaya (*cultural relativist theory*)

Teori ini berbeda terhadap teori hak-hak kodrati yang memandang teori hak-hak kodrati dan penekanannya pada universalitas sebagai suatu pemaksaan atas suatu budaya terhadap budaya lain yang diberi nama imperialisme budaya (*cultural imperialism*).