



S A S I

Jurnal Ilmiah Fakultas Hukum Universitas Pattimura Ambon

- Telaah Konstitusional Pengaturan *Impeachment* Presiden Dan Wakil Presiden Dalam Mewujudkan Demokrasi  
**J. Sahalessy**
- Praktik Partisipasi Masyarakat Dalam Pembentukan Peraturan Daerah Di Kota Ambon  
**Dayanto**
- Akibat Hukum Kerugian Keuangan Negara Dalam Proses Penyidikan Tindak Pidana Korupsi  
**Denny Latumaerissa**
- Peran Balai Pemasyarakatan (Bapas) Dalam Proses Penyelesaian Tindak Pidana Yang Dilakukan Anak Berbasis *Restoratif Justice*  
**Margie G. Sopacua**
- Membedah Kasus Korupsi Gayus Tambunan Dengan Pisau Anomi  
**Yetty Patty**
- Kebijakan Formulasi Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Tindak Pidana Perjudian Melalui Internet (Internet Gambling)  
**Erwin Ubwarin**
- Implementasi Penerapan Pasal 38 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta Sebagai Upaya Perlindungan Hukum Karya Seni Batik  
**Agustina Balik**
- Perjanjian Lisensi Sebagai Bentuk Perlindungan Merek  
**Sarah s. Kuahaty**
- Kebebasan Beragama Ditinjau Dari Perspektif Hak Asasi Manusia  
**Merlien I. Matitaputty**

## **PENGELOLA**

Penanggung Jawab	:	Dr. J. Tjiptabudy, SH. M. Hum	(Dekan)
Penasihat	:	1. J. D. Pasalbessy, SH. M.Hum	(PD I)
		2. Dr. A. D. Laturete, SH. MH	(PD II)
		3. N. Tianotak, SH. M.Hum	(PD III)
		4. O. Lawalata, SH. M.Hum	(PD IV)
Pemimpinan Redaksi	:	Ny. S. S. Kuahaty, SH. MH	
Wakil Pemimpin Redaksi	:	Ny. R. D. Daties, SH. MH	
Sekretaris Redaksi	:	E. S. Holle, SH. MH	
Redaksi Ahli	:	1. Prof. Dr. R. Z. Titahelu, SH. MS	
		2. Dr. H. Hattu, SH. MH	
		3. Dr. J. Leatemia, SH. MH	
		4. Dr. S. E. M. Nirahua, SH. M.Hum	
Redaktur Pelaksana	:	1. Ny. Y. A. Lewerissa, SH. MH	
		2. M. A. H. Labetubun, SH. L.LM	
		3. A. D. Bakarbessy, SH. LLM	
		4. S. Peilouw, SH. MH	

## ***EDITORIAL***

Pemerintah dalam melaksanakan tugasnya, sering diperhadapkan dengan perubahan yang terjadi dalam masyarakat. Dinamika dan tuntutan masyarakat yang begitu cepat berubah, ternyata menimbulkan berbagai permasalahan hukum, termasuk masalah tanggungjawab pemerintah dalam memberikan perlindungan sesuai dengan tugas dan tanggungjawab serta kewenangannya. Dalam edisi “SASI” kali ini beberapa permasalahan hukum yang menjadi sorotan adalah Telaah Konstitusional Pengaturan *Impeachment* Presiden Dan Wakil Presiden Dalam Mewujudkan Demokrasi, Praktik Partisipasi Masyarakat Dalam Pembentukan Peraturan Daerah Di Kota Ambon, Akibat Hukum Kerugian Keuangan Negara Dalam Proses Penyidikan Tindak Pidana Korupsi, Peran Balai Pemasarakatan (Bapas) Dalam Proses Penyelesaian Tindak Pidana Yang Dilakukan Anak Berbasis *Restoratif Justice*, Membedah Kasus Korupsi Gayus Tambunan Dengan Pisau Anomi, Kebijakan Formulasi Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Tindak Pidana Perjudian Melalui Internet (*Internet Gambling*), Implementasi Penerapan Pasal 38 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta Sebagai Upaya Perlindungan Hukum Karya Seni Batik, Perjanjian Lisensi Sebagai Bentuk Perlindungan Merek, dan Kebebasan Beragama Ditinjau Dari Perspektif Hak Asasi Manusia

Pemikiran-pemikiran yang dikembangkan di atas sebenarnya didasarkan pada kajian-kajian yang terkait dengan upaya pengembangan dan pembangunan ilmu hukum kedepan, semoga tulisan-tulisan ini bermanfaat.

***Redaksi***

## DAFTAR ISI

Editorial .....	i
Daftar Isi .....	ii
• Telaah Konstitusional Pengaturan <i>Impeachment</i> Presiden Dan Wakil Presiden Dalam Mewujudkan Demokrasi <b>J. Sahalessy</b> .....	1
• Praktik Partisipasi Masyarakat Dalam Pembentukan Peraturan Daerah Di Kota Ambon <b>Dayanto</b> .....	12
• Akibat Hukum Kerugian Keuangan Negara Dalam Proses Penyidikan Tindak Pidana Korupsi <b>Denny Latumaerissa</b> .....	22
• Peran Balai Pemasyarakatan (Bapas) Dalam Proses Penyelesaian Tindak Pidana Yang Dilakukan Anak Berbasis <i>Restoratif Justice</i> <b>Margie G. Sopacua</b> .....	32
• Membedah Kasus Korupsi Gayus Tambunan Dengan Pisau Anomi <b>Yeti Patty</b> .....	41
• Kebijakan Formulasi Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Tindak Pidana Perjudian Melalui Internet (Internet Gambling) <b>Erwin Ubwarin</b> .....	48
• Implementasi Penerapan Pasal 38 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 Tentang Hak Cipta Sebagai Upaya Perlindungan Hukum Karya Seni Batik <b>Agustina Balik</b> .....	57
• Perjanjian Lisensi Sebagai Bentuk Perlindungan Merek <b>Sarah S. Kuahaty</b> .....	65
• Kebebasan Beragama Ditinjau Dari Perspektif Hak Asasi Manusia <b>Merlien I. Matitaputty</b> .....	74

Ketentuan Penulisan Jurnal SASI

## **KETENTUAN PENULISAN JURNAL SASI**

Jurnal SASI adalah jurnal ilmiah yang diterbitkan oleh Fakultas Hukum Universitas Pattimura, sebagai upaya mempublikasikan hasil-hasil pemikiran dan penelitian di bidang ilmu hukum dalam upaya pengembangan ilmu hukum, dengan ketentuan sebagai berikut:

1. Naskah Tulisan bertemakan hukum, bersifat ilmiah yang belum pernah diterbitkan dalam media cetak lain.
2. Sistematika penulisan terdiri dari Abstrak, Pendahuluan, Pembahasan, Penutup, dan Daftar Pustaka
3. Naskah wajib mencantumkan abstrak dalam bentuk bahasa Inggris yang baik.
4. Diketik dengan menggunakan pengolah kata MS Word, spasi rangkap, setebal 10-15 halaman kuarto dalam bentuk naskah dan disket.
5. Margin kiri dan atas 4, margin kanan dan bawah 3. Menggunakan huruf Times New Roman 12.
6. Redaksi berhak menyingkat atau memperbaiki tulisan untuk keseragaman format tanpa mengubah maksud isinya. kandungan tulisan tetap menjadi tanggungjawab penulis.

## KEBEBASAN BERAGAMA DITINJAU DARI PERSPEKTIF HAK ASASI MANUSIA

Oleh: Merlien I. Matitaputty

### ABSTRACT

*Human rights are essentially a reflection of human existence, because human rights was the formation of human wholeness that leads to civilized life. On the basis of this that the violation of ham is the most dangerous crime civilization. Belief in human rights is essentially a form of human sympathy and empathy for him and others. HAM then experienced a shift from a form of consciousness imaginary then incarnated in the form of measurable and concrete.*

*Various problems that occur in the community showed the need for a government action that comes from the rule of law as an instrument providing legal protection for the people. But sometimes concrete actions the government relating to the legal protection to the people in the form of decisions - decisions and decrees of the government often unilateral and it is very noticeable when the government, through the Minister of Religious Affairs, Ministry of Interior and the Attorney General issued a Joint Decree concerning the Prohibition Activity Ahmadia in Indonesia, which resulted in the violation of human rights, especially the right to worship.*

*Along with the expansion of life, we need fundamental regulations that are considered capable of bridging the diverse interests that occasionally explode due to pressure individual and communal. Thus, the Constitution is a manifestation of a form of a shared desire that gives the rules towards a civilized nation.*

**Keywords: Religious Freedom, Human Rights**

### A. PENDAHULUAN.

Berbagai upaya manusia dalam menerjemahkan fungsi sosial manusia berimplikasi pada hadirnya kesadaran jamak, bahwa manusia adalah bagian dari kahidupan manusia lainnya yang adalah bagian dari totalitas pembangunan manusia itu sendiri karena manusia tidak hidup di ruang hampa.

Hak Asasi Manusia (HAM) pada hakekatnya merupakan refleksi dari eksistensi manusia. Melalui kesadaran universal maka lahirlah apresiasi positif terhadap nasib dan masa depan komunitas manusia. HAM adalah formasi keutuhan manusia menuju kepada kehidupan yang beradab. Dengan dasar inilah kemudian, pelanggaran atas HAM merupakan kejahatan peradaban yang paling berbahaya. Keyakinan adanya hak-hak asasi pada

hakikatnya adalah bentuk simpati dan empati manusia atas dirinya dan orang lain. HAM kemudian mengalami pergeseran dari sekedar bentuk kesadaran imajiner kemudian menjelma dalam bentuk yang terukur dan konkret.

Seiring dengan meluasnya kehidupan, dibutuhkan regulasi fundamental yang dipandang mampu menjembatani beragam kepentingan yang sesekali meledak akibat desakan kepentingan individual dan komunal. Konstitusi merupakan manifestasi dari bentuk keinginan bersama yang memberikan aturan main menuju bangsa yang beradab.

Masalah HAM semakin diperbincangkan dengan intens seiring adanya intensitas kesadaran manusia atas hak yang dimilikinya. Ia menjadi aktual karena sering dilecehkan dalam sejarah manusia sejak awal hingga kurun waktu kini. Gerakan dan

diseminasi HAM terus berlangsung bahkan dengan menembus batas-batas teritorial sebuah negara. Begitu derasnya kemauan dan daya desak HAM, maka jika ada sebuah negara yang diidentifikasi telah melanggar HAM, dengan sekejap mata nation-state di belahan bumi ini memberikan respons, terlebih beberapa negara yang dijuluki sebagai “adikuasa”, akan memberikan kritik, tudingan, bahkan kecaman keras seperti embargo dan sebagainya.

Dalam tatanan konseptual, HAM mengalami proses perkembangan yang sangat kompleks. HAM adalah puncak konseptualisasi manusia tentang dirinya sendiri. Karena itu, jika disebutkan sebagai konsepsi, maka itu berarti pula sebuah upaya maksimal dalam melakukan sebuah formulasi pemikiran strategis tentang hak dasar yang dimiliki manusia.

Dalam konteks Indonesia, wacana HAM masuk dengan indah kedalam pemikiran anak bangsa. HAM, diterima, dipahami selanjutnya diaktualisasikan dalam bingkai formulasi kebijakan dan perkembangan sosio-historis dan sosio-politis. Dalam konteks reformasi, tidak jarang juga fenomena euforia demokrasi menjadikan HAM sebagai “kendaraan” untuk menjerat dan menjatuhkan seseorang. HAM kerap mengalami reduksi dan deviasi makna. HAM berubah menjadi dua buah mata pisau, yang pada satu sisi mengedepankan dimensi humanisme manusia, tetapi pada sisi yang lain ia terlalu menakutkan bagi setiap orang terlebih bagi pengambil kebijakan karena didalamnya sarat dengan hegemoni dan kooptasi.

Dengan dan atas nama HAM, hak asasi yang sejatinya adalah untuk mengamini dimensi otoritas manusia sebagai makhluk hidup yang bermartabat, berubah menjadi HAM yang dinilai sarat dengan dimensi antroposentrisme, egosentrisme, dan individualisme yang semu. Pada tataran inilah, kemudian terdapat kecenderungan bahwa HAM telah mengalami distorsi dan deviasi pemahaman.

## B. PEMBAHASAN

Berbagai permasalahan yang terjadi dalam masyarakat menunjukkan diperlukan hadirnya tindakan Pemerintah yang bersumber dari aturan hukum sebagai instrumen untuk memberikan perlindungan hukum bagi rakyat. Prinsip perlindungan hukum bagi rakyat bertumpuh dan bersumber dari konsep pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia yang diakui keberadaannya dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (yang selanjutnya di singkat UUD NRI Tahun 1945). Lahirnya perlindungan hukum terhadap rakyat tidak mengakibatkan dilanggarnya hak-hak asasi manusia. Untuk itu, tindakan Pemerintah harus diletakan pada hak dan kewajiban masyarakat dan Pemerintah agar masing-masing subjek hukum dapat menjalankan hak dan kewajiban tersebut dengan tidak melawan hukum.

Tindakan yang dilakukan Pemerintah didasarkan pada wewenang yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan sebagai perwujudan dari konsekwensi penetapan Negara Indonesia sebagai Negara hukum sebagaimana ditetapkan dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD Tahun 1945, yang menimbulkan akibat-akibat hukum tertentu. Tanpa dasar wewenang Pemerintah tidak dapat membuat tindakan hukum. Hal ini berakibat pada pertanggung jawaban hukum dari tindakan Pemerintah tersebut.

Menurut **J. B. J. M. Ten Berge**, *publikrechtlijk rechthandelingen kunnen slechts voortloeien uit publikrechtlijk bevoegdhedden* (tindakan-tindakan yang bersifat hukum public hanya dapat lahir dari kewenangan yang bersifat hukum publik)<sup>1</sup>.

Tindakan perlindungan hukum yang dilakukan oleh Pemerintah merupakan tanggung jawab Negara untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia sebagaimana

<sup>1</sup> Ridwan HR, 2003, Hukum Administrasi Negara, UII Press, Yogyakarta, hal. 160

termaktub dalam alinia ke-4 Pembukaan UUD Tahun 1945. Perlindungan hukum bagi rakyat merupakan konsep universal yang dianut dan diterapkan oleh setiap Negara yang mengedepankan diri sebagai Negara hukum.

Tindakan kongkrit Pemerintah yang berkaitan dengan perlindungan hukum kepada rakyat berupa keputusan-keputusan dan ketetapan-ketetapan Pemerintah yang bersifat sepihak. Dikatakan sepihak karena dilakukan atau tidaknya suatu tindakan hukum Pemerintahan, tergantung pada kehendak pihak Pemerintah dan tidak harus ada persesuaian kehendak (*wilsovereenstemming*) dengan pihak lain (Muchsan : 22). Keputusan dan ketetapan tersebut berfungsi sebagai instrument hukum yang digunakan oleh Pemerintah dalam melakukan tindakan hukum yang dapat menjadi penyebab terjadinya pelanggaran hukum dan pelanggaran terhadap hak-hak asasi manusia. Hal tersebut sangat nyata ketika Pemerintah melalui Menteri Agama, Menteri Dalam Negeri dan Jaksa Agung mengeluarkan Surat Keputusan Bersama (yang selanjutnya disingkat SKB) tentang Pelarangan Aktivitas Ahmadiyah di Indonesia, yang ditetapkan 09 Juni 2008.

Dengan dikeluarkan SKB tersebut menjadi pemicu terjadinya berbagai tindak pidana yang dilakukan oleh kelompok yang mengatasnamakan agama tertentu terhadap kelompok agama Islam ahmadiya yang mengakibatkan terjadinya pembunuhan serta tindakan kekerasan lainnya yang mengakibatkan terjadinya pelanggaran terhadap Hak Asasi Manusia terutama dalam hak beribadah. SKB tersebut, juga dijadikan dasar oleh berbagai Pemerintah Daerah untuk melarang aktifitas peribadatan kelompok Ahmadiyah diberbagai daerah.

Padahal secara konstitusional dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menyebutkan bahwa “Negara Indonesia adalah Negara Hukum”. konsekwensi dari penetapan Negara Indonseia sebagai Negara hukum maka adanya jaminan dan perlindungan dari negara terhadap hak-hak

asasi manusia, karena pada dasarnya hak-hak asasi manusia merupakan karunia dari Tuhan Yang Maha Esa dan senantiasa melekat pada kehidupan dan keberadaan manusia itu sendiri.

Hak asasi manusia merupakan hak-hak dasar yang dibawa dan dimiliki manusia sejak lahir, sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Esa. Hak itu dimilikinya tanpa perbedaan atas dasar bangsa, ras, agama, dan jenis kelamin, karena itu hak tersebut bersifat asasi dan universal. Hak asasi manusia adalah hak-hak yang dimiliki manusia bukan karena diberikan oleh masyarakat, bukan berdasarkan hukum positif atau hukum masyarakat, bukan berdasarkan atas martabat sebagai manusia<sup>2</sup>.

Hak Asasi Manusia diartikan sebagai hak yang melekat pada martabat manusia sebagai ciptaan Tuhan dan hak tersebut dibawa sejak lahir ke bumi sehingga hak tersebut bersifat fitri (kodrati) bukan merupakan pemberian manusia atau Negara<sup>3</sup>. Hak yang diakui secara hukum menjadi hak dasar bagi warga negara untuk menentukannya ke pengadilan apabila terjadi pelanggaran terhadap hak-hak dasar tersebut. Termasuk hak untuk beribadah menurut agama dan kepercayaan.

Hak untuk beribadah menurut agama dan kepercayaan seseorang dijamin oleh Negara. Kebebasan memeluk agama merupakan hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerahNya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara.

Hak tersebut tidak dapat dilepaskan dari manusia pribadi, maupun kelompok karena hak itu bersifat asasi. Oleh karena itu, apabila terhadap hak tersebut dilanggar maka terjadi pelanggaran terhadap hak asasi. Untuk itu Pemerintah berkewajiban, baik

<sup>2</sup> H. A. Mashur Effendy, 1994, *Dimensi Dinamika HAM dalam Hukum Nasional*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hal. 115

<sup>3</sup> Mahfud MD, Moh., 1998, *Politik Hukum di Indonesia*, Pustaka LP3ES Indonesia, Jakarta., hal.127



secara hukum maupun secara politik, ekonomi, sosial dan moral, untuk melindungi dan memajukan serta mengambil langkah-langkah konkret demi tegaknya hak tersebut.

Pengakuan Negara terhadap kebebasan beragama sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 28E ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28I ayat (1), Pasal 29 Ayat (2) UUD Tahun 1945 yang masing masing menyebutkan bahwa :

Pasal 28E ayat (1) : 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.

Pasal 28E ayat (2) : Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.

Pasal 28I ayat (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun

Pasal 29 Ayat (2) : Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu

Kebebasan bagi warga negara untuk beribadah menurut agama dan kepercayaannya juga di atur dalam ketentuan Pasal 22 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165. Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3886 (yang selanjutnya disebut Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999) menyebutkan bahwa:

1. Setiap orang bebas memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah

menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

2. Negara menjamin kemerdekaan setiap orang memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Berdasarkan pada ketentuan-ketentuan diatas, maka jaminan perlindungan dari Negara terhadap kebebasan beribadah menurut agama dan kepercayaan bagi setiap orang. Pengakuan terhadap jaminan tersebut menjadi dasar bagi Negara untuk memberikan perlindungan kepada setiap warga Negara secara adil dihadapan hukum dengan tidak ada pengecualiannya sebagai konsekuensi dari penetapan Negara Indonesia sebagai Negara hukum. Untuk itu Negara wajib melindungi kebebasan beribadah tersebut melalui berbagai tindakan Pemerintah dengan tidak boleh mengakibatkan terjadinya pelanggaran terhadap hak-hak yang bersifat asasi tersebut.

Setiap penyelenggara Negara harus memiliki legitimasi kewenangan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan sebagai dasar legalitas untuk melakukan tindakan/perbuatan dalam proses penyelenggaraan Negara. Menurut **H.D. Stout** "*bevoegheid is een begrip uit het bestuurlijke organisatierecht, wat kan worden omschreven als het geheel van regels dat betrekking heft op de verkrijging en uitoefening van bestuurechtelijke bevoegdheden door publiekrechtelijke rechts-subjecten in het bestuursrechtelijke rechtsverkeer*" (wewenang merupakan pengertian yang berasal dari hukum organisasi Pemerintahan, yang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang Pemerintahan oleh subjek hukum di dalam hubungan hukum public). Menurut **F.P.C.L. Tonnaer** "*overheidsbevoegdheid wordt in dit verband opgevat als het vermogen om positief recht vast te stellen en Aldus rechtbetrekkingen tussen burgers onderling en tussen overhead en te scheppen*"

(kewenangan Pemerintah dalam kaitan ini dianggap sebagai kemampuan untuk melaksanakan hukum positif, dan dengan begitu, dapat diciptakan hubungan hukum antar Pemerintah dengan warga Negara)<sup>4</sup>.

**P. Nicolas** menyebutkan bahwa kewenangan adalah kemampuan untuk melakukan tindakan hukum tertentu yaitu tindakan-tindakan yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum, dan mencakup mengenai timbul dan lenyapnya akibat hukum. Menurutnya hak berisikan kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu atau menuntut pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu, sedangkan kewajiban memuat keharusan untuk atau tidak melakukan tindakan tertentu. Dalam ilmu hukum tata negara dan hukum administrasi negara istilah kekuasaan dan wewenang terkait erat dengan pelaksanaan fungsi Pemerintahan. Kata “kekuasaan” berasal dari kata “kuasa” artinya kemampuan atau kesanggupan (untuk berbuat sesuatu); kekuatan. Sedang “wewenang” adalah (1) hak dan kekuasaan untuk bertindak atau melakukan sesuatu; (2) kekuasaan membuat keputusan, memerintah dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang lain<sup>5</sup>.

Dengan demikian, wewenang adalah kekuasaan hukum, oleh karena wewenang sebagai konsep hukum publik selalu harus mendapat pengaturan yang jelas baik dalam Hukum Tata Negara maupun dalam Hukum Administrasi, demikian melalui pengaturan dimaksud memberikan kekuasaan atau kemampuan kepada pejabat tata usaha negara untuk melakukan tindakan yang menimbulkan akibat di bidang hukum publik. Dalam Hukum Administrasi Negara, sumber dan cara memperoleh wewenang dari organ Pemerintahan ini penting, karena berkaitan dengan pertanggungjawaban hukum dalam penggunaan wewenang

tersebut. Kewenangan itu diperoleh melalui tiga sumber yaitu, Atribusi, Delegasi dan Mandat.

Atribusi kewenangan terjadi apabila pendelegasian kekuasaan itu didasarkan pada amanat suatu konstitusi. Atribusi digambarkan sebagai pemberian kewenangan kepada suatu organ lain yang menjalankan kewenangan atas nama dan menurut pendapatnya sendiri, tanpa si pemberi itu sendiri ditunjuk untuk menjalankan kewenangan-kewenangan itu.

Bila dikaitkan dengan tindakan hokum Pemerintahan itu merupakan pernyataan kehendak sepihak dari organ Pemerintahan dan membawa akibat hokum pada hubungan hokum atau keadaan hokum yang ada seperti, kehendak organ tersebut tidak boleh mengandung cacat seperti

kekhilafan, penipuan, paksaan, dan lain-lain yang menyebabkan akibat-akibat hokum yang tidak sah<sup>6</sup>. Disamping itu, karena setiap tindakan hokum itu harus di dasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka dengan sendirinya tindakan tersebut tidak boleh menyimpang atau bertentangan dengan peraturan yang bersangkutan, yang dapat menyebabkan akibat-akibat hukum yang muncul itu batal atau dapat dibatalkan.

Tindakan hukum Pemerintah adalah tindakan-tindakan yang dilakukan oleh organ Pemerintah atau administrasi negara yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum dalam bidang Pemerintahan atau administrasi Negara. Berdasarkan pengertian ini tampak ada beberapa unsur yang terdapat di dalamnya. Muchsan menyebutkan unsur-unsur tindakan hukum Pemerintahan sebagai berikut:

1. Perbuatan itu dilakukan oleh aparat Pemerintah dalam kedudukannya sebagai penguasa maupun sebagai alat perlengkapan Pemerintah (*bestuursorganen*) dengan prakasa dan tanggung jawab sendiri.

<sup>4</sup> Ridwan HR, *Op cit*, hal.102

<sup>5</sup> Irfan Fachruddin, 2004, Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah, Alumni, Bandung., hal.38

<sup>6</sup> RIDWAN HR, *Op cit*, hal. 115

2. Perbuatan tersebut dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi Pemerintah.
3. Perbuatan tersebut dimaksudkan sebagai sarana untuk menimbulkan akibat hukum di bidang hukum administrasi.
4. Perbuatan yang bersangkutan dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan Negara dan rakyat.

Unsur-unsur yang dikemukakan oleh Muchsan ini perlu ditambah terutama dalam kaitannya dengan Negara hukum yang mengedepankan asas legalitas atau *wetmatigheid van bestuur*, yaitu perbuatan hukum administrasi harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku, (pada prinsipnya, tindakan hukum administrasi hanya dapat dilakukan dalam hal dan dengan cara yang telah diatur dan diperkenankan oleh peraturan perundang-undangan)<sup>7</sup>.

Dalam suatu Negara hukum setiap tindakan hukum Pemerintahan selalu didasarkan pada asas legalitas atau harus berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Artinya tindakan hukum Pemerintahan itu pada dasarnya adalah tindakan yang dilakukan dalam rangka melaksanakan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau dalam rangka mengatur dan melayani kepentingan umum dikristalisasikan dalam ketentuan undang-undang yang bersangkutan. Ketentuan undang-undang ini melahirkan kewenangan tertentu bagi Pemerintah untuk melakukan tindakan hukum tertentu. Karena kewenangan ini hanya diberikan kepada organ Pemerintahan tertentu, tidak kepada pihak lain, tindakan hukum Pemerintah itu pada dasarnya bersifat sepihak, bukan hasil persetujuan dengan pihak yang dikenai tindakan hukum tersebut.

Dalam hukum administrasi Negara, hubungan hukum (*rechtsbetrekking*) antara Pemerintah, dalam kapasitasnya sebagai

wakil dari jabatan Pemerintahan bukan dalam kedudukan yang sejajar. Pemerintah memiliki kedudukan khusus (*de overheid als bijzonder persoon*) sebagai satu-satunya pihak yang disertai kewajiban untuk mengatur dan menyelenggarakan kepentingan umum dimana dalam rangka melaksanakan kewajiban ini kepada Pemerintah diberikan wewenang membuat peraturan perundang-undangan, menggunakan paksaan Pemerintah, atau menerapkan sanksi-sanksi hukum.

Kedudukan Pemerintah yang tidak dimiliki oleh seseorang atau badan hukum perdata ini menyebabkan hubungan hukum antara Pemerintah dengan seseorang dan badan hukum perdata bersifat ordnatif, berbeda halnya dengan hubungan hukum berdasarkan hukum perdata, yang bertumpu pada asas otonomi dan kebebasan berkontrak. Hubungan hukum berdasarkan hukum perdata bersifat sejajar. Pemerintah, dalam kapasitasnya sebagai wakil dari badan hukum Pemerintahan, yang bukan sebagai wakil dari jabatan Pemerintahan, dapat mengadakan hubungan hukum berdasarkan hukum perdata dengan kedudukan yang sejajar atau tidak berbeda dengan seseorang atau badan hukum perdata. Meskipun hubungan hukumnya bersifat ordnatif, Pemerintah tidak dapat melakukan tindakan hukum secara bebas dan semena-mena terhadap warga Negara.

Sebagaimana telah disebutkan, tindakan hukum Pemerintah tetap terikat pada asas yang mendasari tindakan tersebut, yaitu asas legalitas. Kalaupun kemudian dikenal adanya tindakan hukum dua pihak atau lebih, ini hanya terkait dengan cara-cara merealisasikan tindakan hukum tersebut. Di atas disebutkan bahwa tindakan hukum dan dua pihak diatur dengan peraturan bersama. Kemunculan peraturan bersama pada hakikatnya adalah menyangkut cara melaksanakan tugas dan urusan Pemerintahan yaitu ketika tugas dan Pemerintahan tertentu ada kesamaan dengan organ Pemerintahan lainnya atau karena ada tujuan agar pelaksanaan tugas dan urusan

<sup>7</sup> Muchsan, 1981, Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi, Alumni, Bandung, hal.18

tersebut dapat terselenggara secara efektif dan efisien dengan cara dilaksanakan secara bersama-sama.

Pada kenyataannya, tidak semua urusan Pemerintahan dapat diselenggarakan sendiri oleh organ Pemerintahan yang diberi kewenangan untuk menjalankan tugas dan urusan tersebut. Serta tidak semua tugas dan urusan Pemerintahan dapat dilaksanakan secara bersama-sama dengan organ Pemerintah lainnya. Hal ini dikarenakan ruang lingkup urusan Pemerintahan itu demikian luas dan kompleks sehingga untuk efektifitas dan efisiensi diperlukan pula keterlibatan pihak swasta, yang diwujudkan dengan cara kerja sama atau perjanjian. Tindakan hukum Pemerintahan yang dilakukan dengan melibatkan pihak swasta ini disebut sebagai tindakan hukum campuran (*de gemengd recht handeling*).

Di dalam praktik, urusan Pemerintahan itu tidak selalu dijalankan sendiri oleh Pemerintah seperti presiden sebagai kepala Pemerintah beserta perangkatnya atau kepala daerah beserta perangkatnya, namun dijalankan pula oleh pihak-pihak lain bahkan pihak swasta yang diberi wewenang untuk menjalankan urusan Pemerintahan. **E. Utrecht** menyebutkan beberapa cara pelaksanaan urusan Pemerintahan, yaitu<sup>8</sup> :

1. Yang bertindak ialah administrasi Negara sendiri.
2. Yang bertindak ialah subjek hukum / (badan hukum) lain yang tidak termasuk administrasi Negara dan yang mempunyai hubungan istimewa atau hubungan biasa dengan Pemerintah.
3. Yang bertindak ialah subjek hukum lain yang tidak termasuk administrasi Negara dan yang menjalankan pekerjaannya berdasarkan suatu konsesi atau berdasarkan izin (*vergunning*) yang diberikan oleh Pemerintah.
4. Yang bertindak ialah subjek hukum lain yang tidak termasuk administrasi Negara dan yang diberi subsidi Pemerintah.

5. Yang bertindak ialah Pemerintah bersama-sama dengan subjek hukum lain yang bukan administrasi Negara dan kedua belah pihak itu tergabung dalam bentuk kerja sama (*vorm van samenwerking*) yang diatur oleh hukum privat.
6. Yang bertindak ialah yayasan yang didirikan oleh Pemerintah atau diawasi Pemerintah.
7. Yang bertindak ialah subjek hukum lain yang bukan administrasi Negara, tetapi diberi suatu kekuasaan memerintah (*delegasi perundang-undangan*).

Sepanjang prinsip Negara hukum, yaitu asas *wetmatigheid van bestuur*, yang membawa konsekuensi bahwa wewenang Pemerintahan itu sudah ditentukan, masih dijadikan sendi utama penyelenggaraan Pemerintah, maka tetaplah bahwa prinsip tindakan hukum Pemerintahan yang bersifat sepihak tersebut tidak dapat dikesampingkan, meskipun tugas-tugas dan pekerjaan Pemerintahan dapat dijalankan dengan cara kerja sama (*samenwerking*), perjanjian (*overeenkomst*), perizinan (*vergunning*), konsesi (*consessie*), dan sebagainya.

Ada dua hal yang kemungkinan dapat membebaskan suatu negara dari kewajiban untuk bertanggung jawab, yakni "Pembelaan" (*Defences*) dan "Pembenaran" (*Justification*). Menurut rancangan konvensi tentang tanggung jawab negara yang dibuat oleh ILC tahun 1970 dan 1980, yang termasuk dalam katagori pembelaan adalah jika:

- a. Suatu negara dipaksa oleh negara lain untuk melakukan perbuatan yang dapat dipersalahkan atau melawan hukum;
- b. Suatu negara melakukan tindakan itu telah dengan persetujuan negara yang menderita kerugian;
- c. Suatu negara melakukan tindakan itu semata-mata sebagai upaya perlawanan yang diperbolehkan (*permissible countermeasures*); namun dalam hal ini tidak termasuk upaya perlawanan dengan menggunakan kekuatan senjata;

<sup>8</sup> Ridwan HR, *Op cit*, hal. 125

d. Para pejabat negara itu bertindak karena *force majeure* atau keadaan yang sangat membahayakan (*extreme distress*) dan tidak ada maksud sama sekali untuk menimbulkan akibat yang membahayakan.

Sedangkan yang dikategorikan sebagai pembenaran hanya ada dua yaitu “keharusan” (*necessity*) dan “pembelaan diri” (*self-defence*). Namun, dalam hubungan ini penting untuk dicatat penegasan bahwa “keharusan” (*necessity*) tidak bisa dijadikan pembenaran bagi pelanggaran kewajiban internasional suatu negara, kecuali :

- a. tindakan itu merupakan satu-satunya cara untuk menyelamatkan suatu kepentingan esensial negara itu dari suatu bahaya yang sangat besar dan sudah sedemikian dekat;
- b. tindakan itu tidak menimbulkan gangguan yang serius terhadap kepentingan esensial dari negara tersebut yang di dalamnya melekat suatu kewajiban.

Sementara itu, tindakan pembelaan diri (*self-defence*) dapat digunakan sebagai pembenaran terhadap suatu tindakan jika pembelaan diri itu dilakukan sebagai pembelaan diri yang sah sesuai dengan ketentuan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa. Yang penting dicatat di sini adalah bukan berarti bahwa semua tindakan pembelaan diri adalah sah, melainkan hanya tindakan pembelaan diri yang sesuai dengan Piagam PBB saja yang dianggap sah. Ketentuan itu juga berarti bahwa untuk tindakan yang sama, tetapi jika tidak dilakukan dalam rangka pembelaan diri, maka tindakan itu adalah bertentangan dengan hukum dan karenanya tidak dapat dijadikan alasan pembenar atau pembenaran semata.

### C. PENUTUP

Hak Asasi Manusia adalah hak yang melekat pada diri setiap manusia sejak awal dilahirkan yang berlaku seumur hidup dan tidak dapat diganggu gugat oleh siapa pun

dan dimanapun. Sebagai warga negara yang baik kita mesti menjunjung tinggi nilai hak azasi manusia tanpa membeda-bedakan status, golongan, keturunan, jabatan, dan lain sebagainya.

Dalam UU Nomor 39 Tahun 1999 Pasal 1 angka 1 ditegaskan bahwa Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakekat dan keberadaan manusia sebagai mahluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah Nya, yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh Negara, hukum dan Pemerintahan dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Meski belum dimiliki suatu definisi yang disepakati secara umum, namun di kalangan para ahli terdapat semacam kesepakatan umum dalam mendefinisikan pelanggaran hak asasi manusia itu sebagai suatu “pelanggaran terhadap kewajiban negara yang lahir dari instrumen-instrumen internasional hak asasi manusia”. Pelanggaran negara terhadap kewajibannya itu dapat dilakukan baik dengan perbuatannya sendiri (*acts of commission*) maupun oleh karena kelalaiannya sendiri (*acts of omission*).

Dalam rumusan yang lain, pelanggaran hak asasi manusia adalah “tindakan atau kelalaian oleh negara terhadap norma yang belum dipidana dalam hukum pidana nasional tetapi merupakan norma hak asasi manusia yang diakui secara internasional”. Inilah yang membedakan pelanggaran hak asasi manusia dengan pelanggaran hukum biasa. Dalam rumusan di atas terlihat

dengan jelas bahwa pihak yang bertanggungjawab adalah negara, bukan individu atau badan hukum lainnya. Jadi sebetulnya yang menjadi titik tekan dalam pelanggaran hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara (*state responsibility*).

Konsep tanggung jawab negara dalam hukum internasional biasanya dipahami sebagai “tanggung jawab yang

timbul sebagai akibat pelanggaran hukum internasional oleh negara". Tetapi dalam kaitannya dengan hukum hak asasi manusia internasional, pengertian tanggung jawab negara bergeser maknanya menjadi "tanggung jawab yang timbul sebagai akibat dari pelanggaran terhadap kewajiban untuk melindungi dan menghormati hak asasi manusia oleh negara". Kewajiban yang dimaksud itu adalah kewajiban yang lahir dari perjanjian-perjanjian internasional hak asasi manusia, maupun dari hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) khususnya norma-norma hukum kebiasaan internasional yang memiliki sifat *jus cogens*.

Umumnya telah diterima pandangan yang menyatakan bahwa negara tidak hanya memiliki kewajiban menghormati (*to respect*) hak asasi manusia yang diakui secara internasional, tetapi juga berkewajiban memastikan (*to ensure*) penerapan hak-hak tersebut di dalam yurisdiksinya. Kewajiban ini sekaligus menyiratkan secara eksplisit, bahwa negara berkewajiban untuk mengambil langkah-langkah pencegahan agar tidak terjadi pelanggaran terhadap hak-hak asasi sebagaimana yang dialami oleh jemaah ahmadiyah yang notabenehnya walaupun ajaran-ajaran yang mereka ajarkan itu juga merupakan penistaan terhadap agama-agama lainnya yang ada di Indonesia karena apabila negara gagal untuk mengambil langkah-langkah yang memadai untuk

mencegah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia maka negara tersebut dianggap tidak menjalankan tanggung jawabnya secara baik untuk melindungi hak asasi manusia terhadap warga negaranya tersebut

## DAFTAR PUSTAKA

- .UUD Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945  
Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang HAM  
H. A. Mashur Effendy, 1994, Dimensi Dinamika HAM dalam Hukum Nasional, Ghalia Indonesia, Jakarta  
Irfan Fachruddin, 2004, Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah, Alumni, Bandung.  
Muchsan, 1981, Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi, Alumni, Bandung  
Ridwan HR, 2003, Hukum Administrasi Negara, UII Press, Yogyakarta  
Ali, Achmad, 2002. *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, PT Toko Agung Tbk. Jakarta.  
Aswanto, 1999, *Jaminan perlindungan Ham dalam KUHAP dan peranan bantuan Hukum Dalam Penegakan HAM di Indonesia*.  
Mahfud MD, Moh., 1998, *Politik Hukum di Indonesia*, Pustaka LP3ES Indonesia, Jakarta.  
Saraswati LG. DKK, 2006, *Hak Asasi Manusia Teori, Hukum, Kasus*.