

PERSPEKTIF MAHKAMAH KONSTITUSI TENTANG HAK ASASI MANUSIA

Kajian Tiga Putusan Mahkamah Konstitusi: Nomor 065/PUU-II/2004; Nomor 102/PUU-VII/2009 dan Nomor 140/PUU-VII/2009

THE PERSPECTIVES OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON HUMAN RIGHTS

An Analysis of Three Decisions of the Constitutional Court:
Number 065/PUU-II/2004; Number 102/PUU-VII/2009 and Number 140/PUU-VII/2009

Suparman Marzuki

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Jl. Taman Siswa No. 158 Yogyakarta

Email: mzpushmanui@yahoo.com

Diterima tgl 11 Juli 2013/Disetujui tgl 25 November 2013

ABSTRAK

Perspektif Mahkamah Konstitusi tentang Hak Asasi Manusia yang dapat dibaca melalui tiga putusannya, yaitu: Putusan Nomor 065/PUU-II/2004; Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009 dan Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009 menunjukkan bahwa Mahkamah Konstitusi tidak secara konsisten menggunakan satu perspektif dalam mempertimbangkan dan memutus kedudukan suatu undang-undang. Pada satu putusan menggunakan perspektif universal, tetapi pada putusan lain menggunakan perspektif partikular. Perspektif universal menyatakan HAM berlaku universal untuk semua orang di manapun dan bahwa hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki manusia karena ia adalah manusia. Setiap manusia memiliki hak asasi yang tidak boleh diingkari dan dicabut kecuali dengan keputusan hukum yang adil. Sebaliknya perspektif partikular menyatakan HAM tidaklah universal, tetapi kontekstual bahwa tiap-tiap bangsa memiliki keunikan sendiri-sendiri yang mengakibatkan nilai universal sebagai suatu

kebohongan, yang ada hanyalah bersifat kewilayahan dan ketaksengajaan (*contingent*). Dalam putusan-putusan tersebut ketidakkonsistenan ini terjadi lebih karena dipengaruhi oleh sensitivitas sosial politik dari materi undang-undang yang diuji dan bukan karena objek dari hak yang diuji.

Kata kunci: hak asasi manusia, perspektif universal, perspektif partikular.

ABSTRACT

The perspectives of the Constitutional Court about human rights are shown in its decisions, among others: Decision Number 065/PUU-II/2004, Decision Number 102/PUU-VII/2009, and Decision Number 140/PUU-VII/2009. In the three decisions, the Constitutional Court seems inconsistently using one perspective in considering a decision and ruling the law. In one decision the Constitutional Court viewed with universal perspective, while on the other ruling employed the particular perspective.

The universal perspective perceives that human rights are universal to anyone and anywhere, and those human rights are the basics for every human being. Human rights are undeniable and deprivable, unless by a just court decision. Contrariwise, the particular perspective asserts that human rights are not universal, but contextual that each nation has its own uniqueness that sees universal value as

a distorted truth, rather territorial and contingent. In these decisions, inconsistencies occur as the influence of socio-political sensitivity of the legal material reviewed, not because of the object of the rights reviewed.

Keywords: human right, universal perspective, particular perspective.

I. PENDAHULUAN

Kehadiran Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di luar Mahkamah Agung (MA) membawa perubahan besar dalam penyelenggaraan negara hukum di Indonesia pasca Orde Baru karena perwujudan dari sistem *check and balances* dalam sistem pemerintahan modern, khususnya kontrol dan keseimbangan hubungan kekuasaan eksekutif dan legislatif di satu sisi dengan yudikatif di sisi lain mulai terlihat jelas. Putusan-putusan MK yang membatalkan atau menyatakan suatu undang-undang (UU) atau pasal tertentu tidak berkuat hukum karena melanggar UUD 1945, menandakan kehadiran institusi kontrol dan penyeimbang kekuasaan pembuatan UU; sekaligus menjadi pelindung (*safeguard*) hak asasi manusia atau hak-hak konstitusional (warganegara) dari pelanggaran atau potensi pelanggaran oleh UU produk legislatif dan eksekutif.

Dengan kewenangan tersebut, MK telah memutus banyak permohonan pengujian UU dengan putusan-putusan yang sebagian mengejutkan dengan respons beragam. Bagi yang disiplin ketat dengan cara berpikir *syilogisme* pastilah menilai putusan tertentu MK keluar dari *pakem* tertib berpikir hukum normatif. Sebaliknya yang terbiasa dengan pikiran yang melampaui

normativitas menilai MK melakukan lompatan besar dalam praktik ber hukum di Indonesia. Begitu seterusnya kedua cara pandang itu selalu akan merespons demikian.

Tulisan ini tidak membahas eksistensi MK dalam konteks ketatanegaraan atau mendiskusikan putusan MK dalam perspektif aliran pemikiran dan praktik hukum, tetapi akan menganalisis putusan tertentu MK guna melihat perspektif MK tentang hak asasi manusia (HAM). Apakah MK cenderung pada perspektif universal atau perspektif partikular ?

Kajian demikian itu penting dan menarik, selain karena putusan MK bermakna sebagai mekanisme mengakhiri sengketa dan menjelaskan konstitusionalitas dari suatu UU, tetapi juga memperkaya praktik penggunaan perspektif HAM melalui putusan-putusan hakim, khususnya hakim MK, sekaligus memberi gambaran tentang perspektif HAM MK itu sendiri.

Untuk kepentingan tersebut, tiga putusan MK yang akan dianalisis adalah putusan yang terkait dengan hak sipil dan hak politik, yaitu: (1) Putusan No.065/PUU-II/2004 untuk menguji UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, khususnya pemberlakuan hukum secara surut; (2) Putusan 102/PUU-VII/2009 untuk menguji Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden;

(3) Putusan No. 140/PUU-VII/2009 untuk menguji Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama.

II. RUMUSAN MASALAH

Melalui tiga putusan MK yang akan dianalisis itu, permasalahan yang akan dijawab adalah apakah yang menjadi perspektif HAM MK dalam memutus UU yang dinilai melanggar HAM? Jika MK teridentifikasi memiliki perspektif tertentu, apakah perspektif itu digunakan secara konsisten?

III. STUDI PUSTAKA DAN ANALISIS

A. Studi Pustaka

Universal Versus Partikular

Perspektif merupakan suatu kumpulan asumsi maupun keyakinan tentang sesuatu hal. Dengan perspektif orang akan memandang sesuatu hal berdasarkan cara-cara tertentu, dan cara-cara tersebut berhubungan dengan asumsi dasar yang menjadi dasarnya, unsur-unsur pembentuknya dan ruang lingkup apa yang dipandangnya. Perspektif membimbing setiap orang untuk menentukan bagian yang relevan dengan fenomena yang terpilih dari konsep-konsep tertentu untuk dipandang secara rasional. Secara ringkas dapat disimpulkan bahwa perspektif adalah kerangka kerja konseptual, sekumpulan asumsi, nilai, gagasan yang mempengaruhi perspektif manusia sehingga menghasilkan tindakan dalam suatu konteks situasi tertentu.

Dalam pelbagai perjamuan ilmiah, tulisan dan praktik penerapan HAM selalu diwarnai perdebatan antara penganut perspektif universal dan partikular. Bagi penganut paham universal,

HAM berlaku universal untuk semua orang dimanapun (*everyone everywhere*). Rhoda E. Howard, seorang sosiolog, pendukung paham universalisme menyatakan bahwa hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki manusia karena ia adalah manusia. Setiap manusia memiliki hak asasi yang tidak boleh diingkari dan dicabut kecuali dengan keputusan hukum yang adil. Konsepsi hak asasi manusia menganggap bahwa perbedaan ras, jenis kelamin, gender dan agama tidak lagi relevan secara politik dan hukum dan menuntut adanya perlakuan yang sama bagi semua orang. Universalisme merupakan pernyataan hukum dan prinsip, bukan pernyataan praktik (Howard, 2000:1).

Sebaliknya paham partikular menyatakan HAM tidaklah universal, tetapi kontekstual. Kontekstualitas dari HAM yang kemudian dikonstruksikan sebagai partikular itu setidaknya muncul semenjak Asosiasi Antropolog Amerika menyerahkan pernyataan mereka tentang HAM pada tahun 1947 kepada Komisi HAM PBB ketika PBB akan menyusun deklarasi universal HAM. Mereka mengatakan bahwa HAM tidak akan dapat meyakinkan orang Indonesia, Afrika, India, Cina apabila HAM masih menggunakan dokumen sebelumnya. HAM abad 20 tidak bisa ditentukan oleh standar budaya tertentu atau keinginan kelompok tertentu (Mullerson, 1996:4).

Dalam konteks yang sama, Johann Gottfried von Herder juga mengklaim bahwa tiap-tiap bangsa memiliki keunikan sendiri-sendiri yang mengakibatkan nilai universal sebagai suatu kebohongan, yang ada hanyalah bersifat kewilayahan dan ketaksengajaan (*contingent*) (Iskandar, 2010:156).

Dalam deklarasi Bangkok tahun 1993 dinyatakan bahwa di samping HAM

bersifat universal haruslah dipahami dengan memperhatikan pentingnya kekhasan regional dan nasional dan beragam latar belakang historis, budaya dan keagamaan (Iskandar, 2010:159) . Michael Singer menyatakan budaya dipahami sebagai sesuatu yang terisolir dan tidak membuka kemungkinan terdapatnya persimpangan antar budaya. Kalau toh terdapat persimpangan itu dinilai sebagai “anomali” (Holand, 1999: 46). Kedua perspektif tersebut melahirkan pula kelompok-kelompok pemahaman yang oleh Muladi digolongkan ke dalam empat kelompok, yakni: kelompok dengan perspektif universal-absolut, kelompok universal-relatif, kelompok partikularistik-absolut, dan kelompok partikularistik-relatif (Bagir Manan, 1996: 113).

Universal-absolut melihat HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan di dalam *The International Bill of Human Rights*. Mereka ini tidak menghargai sama sekali profil sosial budaya yang melekat pada masing-masing bangsa. Penganut pandangan ini adalah negara-negara maju, yang oleh negara-negara berkembang dipandang eksploitatif, karena menerapkan HAM sebagai instrumen penilai (*tool of judgement*) dan alat penekan.

Universal-relatif memandang HAM sebagai masalah universal, namun perkecualiannya didasarkan atas asas-asas hukum internasional, sebagaimana ketentuan Pasal 29 ayat (2) *Universal Declaration of Human Right* yang menegaskan bahwa:

“In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitation as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedom of others and of meeting the jus requirements

of morality, public order and the general welfare in a democratic society”.

Patrikularistik-absolut, melihat HAM sebagai urusan masing-masing bangsa. Tanpa memberikan alasan yang kuat, khususnya dalam melakukan penolakan terhadap berlakunya dokumen-dokumen internasional; penganut pandangan ini bersifat chauvinis, egois, defensif dan pasif tentang HAM.

Patrikularistik-relatif, memandang HAM disamping bersifat universal juga merupakan masalah nasional masing-masing bangsa. Berlakunya dokumen-dokumen internasional harus diselaraskan, diserasikan dan diseimbangkan serta memperoleh dukungan dan tertanam (*embedded*) dalam budaya bangsa. Pandangan ini tidak sekadar defensif, tetapi juga secara aktif berusaha mencari perumusan dan pembenaran karakteristik HAM yang dianutnya.

Menghadapi persoalan universalisme partikularisme ini, banyak negara di kawasan-kawasan regional mencoba mendefinisikan ulang hak asasi manusia dengan mencoba menampung keragaman konsep-konsep lokal itu dalam konteksnya yang lebih umum dan universal. Di kawasan Asean misalnya pada tahun 1984 pernah dideklarasikan (deklarasi Bangkok) suatu pernyataan mengenai “kewajiban-kewajiban dasar bagi masyarakat dan pemerintah di negara-negara ASEAN” (Wignjosoebroto, 2003: 4). Walaupun Deklarasi Bangkok tersebut menyebutkan hak-hak asasi manusia sebagai suatu konsep yang “universal” namun wakil negara-negara Asia pada umumnya berpendapat bahwa konsep yang diperjuangkan oleh negara-negara Barat itu sebetulnya tidak “universal”, melainkan hasil kebudayaan politik Barat, dan pada dasarnya kurang sesuai untuk diterapkan

begitu saja di negara-negara Timur, yang tengah menghadapi tantangan-tantangan ekonomi, sosial, dan politik yang sangat berbeda dengan apa yang dialami oleh negara-negara Barat. Karena itu, deklarasi Bangkok menekankan pentingnya latar belakang sejarah, kebudayaan, dan agama dalam memahami dan melaksanakan konsep hak-hak asasi.

Dalam waktu yang hampir bersamaan, di Kairo juga diselenggarakan pertemuan wakil negara-negara Islam untuk menegaskan konsep HAM yang universal menurut versi Islam. Menurut pandangan Timur itu, pelaksanaan hak-hak asasi tidak dapat dipisahkan dari kebudayaan politik. Setiap negara mempunyai tradisi dan kebudayaan sendiri sehingga apa yang dianggap baik dan biasa di suatu negara belum tentu baik dan biasa di negara lain.

Menurut kebudayaan politik Timur, yang senantiasa mereka utamakan adalah kepentingan masyarakat secara keseluruhan, bukan hak individu. Keharmonian sangat dihargai, sedangkan konflik dianggap sebagai sumber perpecahan dan hal-hal buruk lainnya. Jika yang diutamakan hanya hak individu saja, dikhawatirkan pemerintah tidak dapat menjamin keharmonian masyarakat. Sebaliknya negara secara keseluruhan akan dilanda anarki dimana setiap golongan melawan golongan lain dan negara akhirnya akan hancur (Munandar, 1994, 453). Karena itulah sekarang ini kata Arkoun, sulit berbicara tentang asal-usul Barat dari HAM tanpa menimbulkan protes darinya (Arkoun, 1994: 109).

Soeharto, Mahatir Muhammad dan Lee Kuan Yew adalah tiga tokoh politik Asia yang kokoh dengan pendirian HAM partikular yang cenderung absolut; bahkan politis karena

menilai universalitas HAM bermuatan ideologi Barat yang liberal, politis dan intervensionis; sebagaimana juga perspektif partikular bermuatan nasionalisme sempit.

Pandangan yang relatif sama dianut B.J. Habibie. Presiden yang menggantikan Soeharto ini mengintroduksi konsep HAM yang tidak lazim dalam konspeksi HAM internasional, yaitu adanya Kewajiban Asasi Manusia (Habibie, 2006: 474). Menurut Habibie kendati manusia memiliki nilai-nilai HAM yang melekat secara perseorangan, tetapi manusia tidak dapat menghindar dari kodrat sebagai makhluk sosial. Karena itu, sesuai dengan kodrat manusia sebagai makhluk individu dan sosial, maka harus dijaga keseimbangan dan keselarasan antara kebebasan individu dan tanggungjawab sosial (Habibie, 2006: 474).

Prinsip lainnya yang harus dipegang adalah keseimbangan antara nilai-nilai HAM universal dan pengakuan atas kondisi nasional. Itu artinya masyarakat internasional harus juga mengakui dan menyepakati bahwa pelaksanaan nilai-nilai HAM merupakan wewenang dan tanggungjawab pemerintah atau negara bersangkutan (Habibie, 2006: 479). Karena itu B.J. Habibie menegaskan pentingnya penanaman dan kebijakan hak asasi dan Kewajiban Asasi Manusia (KAM) dilakukan secara bersama-sama (Habibie, 2006: 480).

Dalam TAP MPR No. XVII/MPR/1998 dan Pasal 28J ayat (1) UUD 1945, konsep KAM juga tertulis jelas. Disitu disebutkan bahwa bangsa Indonesia menyadari dan mengakui bahwa setiap individu adalah bagian dari masyarakat dan sebaliknya masyarakat terdiri dari individu-individu yang mempunyai hak asasi serta hidup di dalam lingkungan yang merupakan sumber daya bagi kehidupannya. Oleh karena itu tiap

individu di samping mempunyai hak asasi, juga mengemban **kewajiban dan tanggung jawab untuk menghormati hak asasi individu lain**, tata tertib masyarakat serta kelestarian fungsi, perbaikan tatanan dan peningkatan mutu lingkungan hidup.

Konsep KAM yang dikemukakan B.J. Habibie, serta muatan KAM dalam ketetapan MPR itu, menunjukkan adanya polarisasi pemikiran dan bahkan pertentangan ideologis anggota MPR RI era reformasi, baik karena perbedaan kemampuan memahami HAM, pengalaman, bahkan kecurigaan terhadap konsep HAM.

Polarisasi pemikiran tentang HAM tercermin juga dalam UUD 1945 sehingga perlindungan hak-hak rakyat di dalam UUD 1945 lebih merupakan pewadahan gagasan Hak Asasi Warga Negara (HAW) yang sebenarnya merupakan penerimaan yang sifatnya partikular atas HAM. Bahkan alinea pertama pembukaan UUD 1945 yang menyatakan bahwa kemerdekaan adalah hak segala bangsa masih dapat dinilai partikular karena pernyataan itu hanya dijadikan alasan untuk kemerdekaan bagi bangsa Indonesia, dan bukan dukungan atas gagasan HAM yang universal. Pasal-pasal lain yang selama ini dianggap sebagai jaminan perlindungan bagi HAM, seperti pasal 27 dan Pasal 28 A-J UUD 1945, sebenarnya lebih merupakan pengakuan atas hak asasi warga negara (HAW) yang partikular.

Lebih dari itu, efektivitas pelaksanaan hak-hak konstitusional sangat tergantung pada adanya: (a) adanya pengetahuan dan pemahaman para wargamasyarakat terhadap hak-hak konstitusional mereka, yang telah secara jelas diakui di dalam Undang-Undang Dasar yang berlaku. Dalam konteks Indonesia adalah UUD 1945; (b) hak-hak

konstitusional tersebut dipandang dan dirasakan oleh para warga masyarakat sebagai sesuatu yang esensial untuk melindungi kepentingan-kepentingan mereka; (c) adanya prosedur-prosedur hukum yang memadai yang diperlukan guna menuntut hak-hak konstitusional mereka; (d) adanya kecakapan dari para warga masyarakat untuk memperjuangkan dan mewujudkan hak-hak konstitusional mereka; (e) adanya sumber daya politik yang memadai yang diperlukan oleh para warga masyarakat guna memperjuangkan perwujudan hak-hak konstitusional para warga masyarakat (Nusantara, 1988: 176-177). Syarat-syarat tersebut di atas tidaklah bersifat *alternatif* tapi bersifat *komulatif*. Itu berarti kelima syarat tersebut di atas diperlukan keberadaannya bagi efektivitas pelaksanaan hak-hak konstitusional para warga masyarakat (Nusantara, 1988: 176-177).

Debat teoritik dan implikasi dari dua perspektif HAM tersebut juga terjadi di dalam perumusan suatu perundang-undangan. KUHP Belanda misalnya dalam Pasal 53 dan Pasal 54 sangat dipengaruhi paham partikular karena membatasi "kebebasan pers" dalam arti bahwa yang dilindungi adalah pencetak dan penerbitnya sepanjang penerbit atau pencetaknya dapat memberikan informasi siapa penulisnya secara lengkap maka mereka akan bebas dari penuntutan kecuali sebaliknya (Keijzer, 2005: 4). Pengaturan ini berbeda dengan prinsip kebebasan pers dalam perspektif universal yang tidak mengenal pengecualian apapun.

Perbedaan paham terjadi juga di ruang sidang pengadilan pada saat hakim memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara atau sengketa yang menggunakan HAM sebagai dasar pertimbangan dari putusannya. Dalam perkara pengadilan HAM ad hoc kasus-kasus

pelanggaran berat HAM di Timor Timur, Tanjung Priok dan pengadilan HAM permanen kasus Abepura misalnya, sangat jelas terbaca dalam pertimbangan majelis hakim adanya perbedaan perspektif pada masing-masing hakim pada setiap majelis yang menyidangkan perkara tersebut (Marzuki, 2012: 104-147).

Majelis hakim yang berlatar belakang karier, kuat sekali mengedepankan perspektif partikular dalam memandang HAM. Sebaliknya sebagian hakim ad hoc yang berlatar belakang akademisi yang kuat dengan penguasaan khasanah hukum HAM internasional cenderung menggunakan perspektif universal.

Bagaimana dengan hakim Mahkamah Konstitusi? Tulisan ini akan coba memperlihatkan kedua perspektif tersebut melalui tiga putusannya. Tetapi sebelum menganalisis putusan tersebut, penulis perlu jelaskan bahwa untuk menganalisis ketiga putusan MK, penulis akan menggunakan pembagian dua perspektif yang telah dikenal dalam literatur HAM, yaitu perspektif universal dan perspektif partikular, dan tidak akan menggunakan pembagian dari Muladi yang telah dikutip di muka, selain karena pandangan Muladi itu belum merupakan pembagian perspektif yang dikenal dalam literatur HAM internasional, juga tidak terlalu tegas membedakan dengan pembagian perspektif dasarnya, yaitu universal dan partikular.

B. Analisis

1. Kajian atas Putusan MK Nomor 065/PUU-II/2004

Pokok permohonan dalam pengujian UU Pengadilan HAM yang termuat dalam Putusan No. 065/PUU-II/2004 ini adalah mengenai

pemberlakuan Pasal 43 ayat (1) yang mengatur keberadaan Pengadilan HAM ad hoc yang berwenang memeriksa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang *a quo*, yang atas dasar itu Pemohon dalam permohonan *a quo* telah diadili dan dihukum, sehingga pemohon menganggap hak konstitusionalnya dirugikan karena telah diadili dan dihukum berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku surut (retroaktif).

Pemberlakuan UU secara surut itu menurut Pemohon, bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, "*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 apapun*". Oleh karena itu, Pasal 43 ayat (1) undang-undang *a quo* dimohonkan kepada mahkamah agar dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat bertentangan dengan Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945

Atas permohonan pemohon, MK menolak permohonan pemohon dan tidak menyetujui dalil-dalil yang diajukan oleh pemohon. Itu artinya, Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dinyatakan tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Alasan penolakan Mahkamah adalah bahwa meskipun rumusan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang tidak

dapat dikurangi dalam keadaan apapun terkesan bersifat mutlak, namun sesuai dengan sejarah penyusunannya, Pasal 28I ayat (1) tidak boleh dibaca secara berdiri sendiri melainkan harus dibaca bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945

Dengan cara demikian maka akan tampak bahwa, secara sistematis, hak asasi manusia – termasuk hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut -- tidaklah bersifat mutlak, karena dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2). Pandangan ini sejalan dengan konsep KAM yang dimuat dalam TAP MPR No. XVII/MPR/1998, Pasal 28J ayat (1) UUD 1945 dan telah diintrodusir oleh Habibie.

Dengan membaca Pasal 28I ayat (1) bersama-sama dengan Pasal 28J ayat (2), tampaklah bahwa hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut (retroaktif) tidaklah bersifat mutlak, sehingga dalam rangka “memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban”, dapat dikesampingkan.

Dasar hukum yang berlaku surut tidak boleh dimaknai sebagai hak yang mutlak dan justru menjadi penghalang bagi terpenuhinya hak orang lain yang lebih banyak, atau dalam bahasa lain demi kepentingan orang lain yang

lebih banyak, maka ketentuan pasal tentang hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikesampingkan.

Pemutlakan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, adalah tindakan yang tidak bisa dibenarkan. Menerapkan asas non-retroaktif haruslah juga diperhitungkan apakah dengan penerapan secara kaku asas non-retroaktif dimaksud akan menimbulkan ketidakadilan, merongrong nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum, sehingga apabila hal itu terjadi justru perlindungan kepada seorang individu secara demikian bukanlah menjadi tujuan hukum”

Pernyataan di atas dengan tegas menyatakan bahwa hak asasi manusia khususnya hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut harus dibatasi oleh norma-norma lain. Hak asasi manusia oleh karenanya harus ditafsirkan dengan tidak boleh bertentangan dengan pertimbangan moral dan nilai-nilai agama.

Memaknai bunyi pasal dengan pertimbangan budaya dan/atau nilai-nilai agama sebagai kepentingan umum atau kepentingan lebih besar bagi Indonesia memperlihatkan bahwa Mahkamah Konstitusi dalam perkara ini menggunakan perspektif HAM partikular (*cultural relativism*). Sekalipun putusan Mahkamah Konstitusi itu sejalan dengan yurisprudensi internasional tentang pemberlakuan surut suatu UU tentang kejahatan HAM, tetapi Mahkamah Konstitusi menggunakan pertimbangan kontekstual (partikular) yang sejalan dengan perspektif universal.

Kesimpulan itu diperkuat oleh pandangan tiga orang hakim yang berbeda pertimbangan dan putusan yang jelas menggunakan perspektif

universal. Laica Marzuki misalnya berpendapat bahwa asas *non-retroactive* dilarang konstitusi. Asas non- retroaktif sudah tidak dapat disimpangi, apalagi dilanggar, dengan telah dicantumkan prinsip tersebut pada Pasal 28I UUD NRI Tahun 1945. Juga Pasal 28I UUD NRI Tahun 1945 tidak dapat di-negasi oleh Pasal 28J UUD NRI Tahun 1945 yang hanya menetapkan pembatasan penggunaan hak dan kebebasan setiap orang atas dasar undang-undang dalam makna *wet, gesetz*, tetapi sama sekali bukan dalam makna pembatasan atas dasar *Grundgesetz* (undang-undang dasar)

Dengan argumen lain, Mukthie Fadjar berpendapat bahwa asas non-retroaktif menjadi salah satu prinsip yang menjadi pilar utama dalam hukum, khususnya hukum pidana, bagi semua masyarakat, bangsa, dan negara yang demokratis. Tidak hanya demi kepastian hukum, tetapi juga demi keadilan, dan demi harkat dan martabat manusia (hak asasi manusia).

Lebih jauh Mukthie Fajar berpendapat bahwa pembatasan oleh Pasal 28J ayat (2) hanya dapat dilakukan terhadap hak-hak yang belum/tidak diatur secara limitatif berdasarkan Pasal 28I ayat (1). Ia berpendapat bahwa 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 apapun dan oleh siapapun. Hak-hak itu diatur tidak saja dalam Pasal 28I ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 tetapi juga diatur dalam Pasal 7 Tap MPR No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia juga dalam Pasal 4 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Dengan kata

lain, pembatasan yang diperkenankan hanyalah terhadap hak-hak yang masuk kategori *derogable rights* dan tidak pada hak dalam kategori *non-derogable rights*. *Derogable rights* adalah hak-hak yang tercakup dalam hak sipil dan politik yang tidak bersifat absolut yang boleh dikurangi pemenuhannya oleh negara dalam keadaan tertentu. Hak-hak tersebut yaitu: (i) hak atas kebebasan berkumpul secara damai; (ii) hak atas kebebasan berserikat, termasuk membentuk dan menjadi anggota serikat buruh; dan (iii) hak atas kebebasan menyatakan pendapat atau berekspresi, termasuk kebebasan mencari, menerima dan memberikan informasi dan segala macam gagasan tanpa memperhatikan batas (baik melalui lisan atau tulisan). Sementara *non-derogable rights* adalah hak-hak yang tercakup dalam hak sipil dan politik yang bersifat absolut yang tidak boleh dikurangi pemenuhannya oleh negara dalam keadaan apapun. Hak-hak tersebut yaitu: (i) hak atas hidup (rights to life); (ii) hak bebas dari penyiksaan (rights to be free from torture); (iii) hak bebas dari perbudakan (rights to be free from slavery); (iv) hak bebas dari penahanan karena gagal memenuhi perjanjian (utang); (v) hak bebas dari pemidanaan yang berlaku surut; (vi) hak sebagai subjek hukum; dan (vii) hak atas kebebasan berpikir, keyakinan dan agama (Kasim, 2001: xii-xiii).

Untuk menguatkan pendapatnya, betapa asas non-retroaktif bersifat universal dan diakui agama sekalipun, Mukhtie Fajar mengutip ayat Al-Qur'an dalam Surat Bani Israil ayat 15 yang berarti: "*Tuhan tidak akan mengazab (menghukum dengan siksaan berat) suatu ummat sebelum Tuhan mengutus seorang rasul kepada mereka*"

Dalam perspektif hukum tata negara (Hukum Konstitusi), Mukhtie menegaskan

bahwa hampir semua Konstitusi di dunia mengadopsi asas non-retroaktif, sehingga apabila UUD 1945 dalam Pasal 28I ayat (1) merumuskan “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” adalah tentu dengan penuh kesadaran dan bukti komitmen pada religiusitas dan kepada universalitas HAM.

Mukthie menyatakan bahwa argumentasi untuk menerapkan asas retroaktif secara terbatas bagi berbagai kasus pidana yang dikategorikan sebagai “*extra-ordinary crime*” dengan alasan yang belum begitu jelas, lebih banyak bernuansa pertimbangan politik (*political judgement*) ketimbang pertimbangan hukum, baik politik dalam dimensi nasional maupun internasional.

Apa yang dikonstatir Mukthie sejalan dengan pandangan Jack Donnelly yang juga mengatakan bahwa relativisme sebenarnya lebih berdimensi politik daripada dimensi budaya. Kalaupun dimensi budaya yang berperan, namun budaya yang dimaksud hanyalah budaya yang berdasarkan kalkulasi politik bisa menguntungkan. Menurut Donnelly HAM adalah sebuah ide yang merujuk pada nilai-nilai dan praktik-praktik sosial yang melampaui perbedaan-perbedaan budaya dan politik. Kebutuhan kita terhadap HAM bukanlah didasarkan pada nilai-nilai transendental tapi lebih bersifat fungsional, yakni karena konsekuensi moral, politik, dan sosial dalam bertindaklah yang menuntut untuk itu. Martabat inheren yang dimiliki manusia yang mana HAM bersandar adalah sebuah proyek sosial bukan fakta alam atau nalar....HAM merupakan

upaya terbaik kita atas ancaman-ancaman yang diakibatkan oleh pasar (kekuasaan) negara modern (Iskandar, 2010: 170).

Dalam konteks itu Ahmad Roestand menilai bahwa frasa “....hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”, khususnya kata-kata “*tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun*” adalah kata-kata yang sudah terang dan jelas, atau dengan meminjam istilah hukum fiqih Islam, merupakan sesuatu *dalil yang qoth’i*. Jika Pasal 28J ayat (2) bisa dimaknai untuk mengurangi dan membatasi ketujuh hak yang diakui di dalam Pasal 28I ayat (1), maka apa gunanya pengkhususan yang telah dibuat terhadap ketujuh kategori hak tersebut.

2. Kajian atas Putusan MK Nomor 102/PUU-VII/2009

Putusan ini adalah pengujian atas Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden yang diajukan oleh Refly Harun dan Maheswara Prabandono. Pada pokoknya pemohon memohon agar Mahkamah menyatakan Pasal 28 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

Pemohon juga memohon agar Mahkamah menyatakan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, atau setidaknya menyatakan bahwa Pasal 111 ayat (1) harus dibaca bahwa mereka yang tidak

tercantum dalam Daftar Pemilih tetap (DPT) pun tetap dapat memilih sepanjang telah berusia 17 tahun dan/atau sudah kawin.

Permohonan pemohon di kabulkan sebagian dan menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden adalah konstitusional sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dengan syarat dan cara sebagai berikut: (1) Selain Warga Negara Indonesia yang terdaftar dalam DPT, Warga Negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi Warga Negara Indonesia yang berada di luar negeri; (2) Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP harus dilengkapi dengan Kartu Keluarga (KK) atau nama sejenisnya; (3) Penggunaan hak pilih bagi Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP yang masih berlaku hanya dapat digunakan di Tempat Pemungutan Suara (TPS) yang berada di RT/RW atau nama sejenisnya sesuai dengan alamat yang tertera di dalam KTP-nya; (4) warga Negara Indonesia sebagaimana disebutkan dalam angka 3 (tiga) di atas, sebelum menggunakan hak pilihnya, terlebih dahulu mendaftarkan diri pada KPPS setempat; (5) Warga Negara Indonesia yang akan menggunakan hak pilihnya dengan KTP atau Paspor dilakukan pada 1 (satu) jam sebelum selesainya pemungutan suara di TPS atau TPS luar negeri setempat.

Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dimulai dengan merujuk pada putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011-017/PUU-I/2003 bertanggal 24 Februari 2004 yang telah menegaskan bahwa hak konstitusional warga

negara untuk memilih dan dipilih (*rights to vote and right to be candidate*) adalah hak yang dijamin oleh konstitusi, undang-undang, dan konvensi internasional, sehingga pembatasan, penyimpangan, peniadaan, dan penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi dari warga negara.

Mahkamah Konstitusi juga mendasarkan putusannya pada Pasal 21 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) dan Pasal 25 Kovenan Internasional tentang hak-Hak Sipil dan Politik. Pasal 21 DUHAM menyatakan: “(1) Setiap orang berhak turut serta dalam pemerintahan negerinya sendiri, baik dengan langsung maupun dengan perantaraan wakil-wakil yang dipilih dengan bebas; (2) Setiap orang berhak atas kesempatan yang sama untuk diangkat dalam jabatan pemerintahan negerinya; (3) Kemauan rakyat harus menjadi dasar kekuasaan pemerintah; kemauan ini harus dinyatakan dalam pemilihan-pemilihan berkala yang jujur dan yang dilakukan menurut hak pilih yang bersifat umum dan berkesamaan, serta dengan pemungutan suara yang rahasia ataupun menurut cara-cara lain yang juga menjamin kebebasan mengeluarkan suara.”.

Sementara Pasal 25 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik menyatakan: “Setiap warga negara juga harus mempunyai hak dan kebebasan, tanpa pembedaan apapun sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 dan tanpa pembatasan yang tidak beralasan: (a) Ikut dalam pelaksanaan urusan pemerintahan, baik secara langsung maupun melalui wakil-wakil yang dipilih secara bebas; (b) Memilih dan dipilih pada pemilihan umum berkala yang jujur, dan dengan hak pilih yang universal dan sama, serta dilakukan melalui pemungutan suara

secara rahasia untuk menjamin kebebasan dalam menyatakan kemauan dari para pemilih; (c) Memperoleh akses pada pelayanan umum di negaranya atas dasar persamaan.”

Pada bagian lain, Mahkamah menegaskan bahwa hak-hak warga negara untuk memilih sebagaimana diuraikan di atas telah ditetapkan sebagai hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara (*constitutional rights of citizen*), sehingga oleh karenanya hak konstitusional tersebut di atas tidak boleh dihambat atau dihalangi oleh berbagai ketentuan dan prosedur administratif apapun yang mempersulit warga negara untuk menggunakan hak pilihnya.

Dengan cara berpikir dan dasar-dasar pertimbangan yang digunakannya dapat dipastikan bahwa Mahkamah Konstitusi dalam perkara ini **menganut perspektif universal**. Mahkamah Konstitusi tidak memaknai ketentuan-ketentuan dalam UUD NRI Tahun 1945 dan prinsip-prinsip internasional yang dimuat dalam Deklarasi Universal HAM serta kovenan hak sipil politik dalam konteks politik dan kultural Indonesia, sebagaimana lazimnya cara berpikir partikular yang kental diketengahkan Mahkamah Konstitusi pada putusan sebelumnya (Putusan No. 065/PUU-II/2004).

3. Kajian atas Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009

Pokok permohonan para pemohon adalah menguji konstitusionalitas Pasal 1, Pasal 2 ayat (1), Pasal 2 ayat (2), Pasal 3, Pasal 4 huruf a Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama, terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28E ayat (1), ayat (2) dan ayat (3), Pasal 28I ayat (1) dan ayat

(2), serta Pasal 29 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Para pemohon mendalilkan bahwa pasal-pasal tersebut di atas telah menyebabkan kerugian konstitusional para pemohon karena menimbulkan diskriminasi agama terhadap selain enam agama yang diakui di Indonesia yang mana bertentangan dengan prinsip hak asasi dan kebebasan beragama yang terkandung dalam UUD NRI Tahun 1945. Selain itu, negara tidak boleh membatasi orang untuk melakukan penafsiran dan tidak boleh mengambil tafsir satu kelompok sebagai tafsir resmi negara karena hal yang dianggap benar oleh suatu kelompok atau aliran belum tentu benar bagi kelompok lain. Negara tidak diperbolehkan untuk melakukan intervensi penafsiran atas apa yang telah menjadi keyakinan dan kepercayaan seseorang.

Pemohon menyatakan bahwa keyakinan beragama memiliki dua dimensi, yakni ruang privat (*forum internum*) dan publik (*forum externum*). Keduanya merupakan hak asasi apabila seseorang meyakini sesuatu secara privat dan selanjutnya melakukan komunikasi eksistensi spiritual individunya tersebut kepada publik serta membela keyakinannya di depan publik. Keduanya merupakan bentuk ekspresi kebebasan berkeyakinan, berpikir, dan berpendapat yang tidak dapat dipisahkan, sehingga penyebaran penafsiran agama juga merupakan hak kebebasan beragama yang asasi dan tidak dapat dibatasi.

Bagi pemohon, pembatasan mengenai tafsiran agama dan pelarangan terhadap keyakinan seseorang telah bertentangan dengan prinsip-prinsip HAM baik dalam UUD NRI Tahun 1945, Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) maupun Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik serta

instrumen internasional lainnya. Pemidanaan atas dasar penyalahgunaan atau penodaan agama adalah sangat sulit pembuktiannya sehingga dapat digunakan oleh rezim yang berkuasa untuk melakukan kriminalisasi terhadap minoritas beragama lainnya.

Menurut Mahkamah Konstitusi, pasal-pasal penodaan agama tidak semata-mata dilihat dari aspek yuridis saja melainkan juga aspek filosofisnya yang menempatkan kebebasan beragama dalam perspektif keindonesiaan, sehingga praktik keberagamaan yang terjadi di Indonesia adalah berbeda dengan praktik keberagamaan di negara lain yang tidak dapat disamakan dengan Indonesia. Terlebih lagi, aspek preventif dari suatu negara menjadi pertimbangan utama dalam suatu masyarakat yang heterogen.

Dasar falsafah negara, konstitusi negara, serta praktik dan kenyataan ketatanegaraan sebagaimana diuraikan di atas harus menjadi dasar dan cara pandang kita dalam melihat masalah yang dimohonkan oleh para Pemohon dalam perkara ini. Penghormatan negara Indonesia atas berbagai konvensi serta perangkat hukum internasional termasuk hak asasi manusia haruslah tetap berdasarkan pada falsafah dan konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Konstitusi negara tidak memberikan kemungkinan adanya kampanye kebebasan untuk tidak beragama, kebebasan untuk promosi anti agama serta tidak memungkinkan untuk menghina atau mengotori ajaran agama atau kitab-kitab yang menjadi sumber kepercayaan agama ataupun mengotori nama Tuhan. Elemen inilah yang merupakan salah satu elemen yang menandakan perbedaan pokok antara negara hukum Indonesia dengan negara hukum Barat,

sehingga dalam pelaksanaan pemerintahan negara, pembentukan hukum, pelaksanaan pemerintahan serta peradilan, dasar ketuhanan dan ajaran serta nilai-nilai agama menjadi alat ukur untuk menentukan hukum yang baik atau hukum yang buruk, bahkan untuk menentukan hukum yang konstitusional atau hukum yang tidak konstitusional.

Dalam kerangka pemikiran seperti diuraikan di atas, pembatasan hak asasi manusia atas dasar pertimbangan “nilai-nilai agama” sebagaimana disebutkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 merupakan salah satu pertimbangan untuk membatasi pelaksanaan hak asasi manusia. Hal tersebut berbeda dengan Artikel 18 ICCPR yang tidak mencantumkan nilai-nilai agama sebagai pembatasan kebebasan individu. Selengkapnya Artikel 18 ICCPR menyatakan: “1. Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, keyakinan dan beragama. Hak ini mencakup kebebasan untuk menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, pentaatan, pengamalan, dan pengajaran. 2. Tidak seorang pun dapat dipaksa sehingga terganggu kebebasannya untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya. 3. Kebebasan menjalankan dan menentukan agama atau kepercayaan seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak-hak dan kebebasan mendasar orang lain. 4. Negara Pihak dalam 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.

Pada kesempatan lain, majelis secara tegas mengatakan bahwa Indonesia tidak akan membolehkan kampanye anti agama atau kampanye untuk tidak beragama. Inilah yang menjadi ciri khas kebebasan beragama menurut perspektif hukum Indonesia. Secara tegas majelis juga menyatakan bahwa keberadaan ‘nilai- nilai agama’ sebagai alasan membatasi hak asasi manusia adalah khas Indonesia yang berbeda dengan norma universal sebagaimana diatur dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP).

Selain melindungi hak asasi manusia sebagai hak yang secara kodrati melekat dan bersifat universal, negara juga memberikan kewajiban dasar yang merupakan seperangkat kewajiban yang apabila tidak dilaksanakan, tidak memungkinkan terlaksana dan tegaknya hak asasi manusia (*vide* Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999). Secara integral, UUD NRI Tahun 1945 mengatur bahwa dalam menegakkan hak asasi, setiap elemen baik negara, pemerintah, maupun masyarakat juga memiliki kewajiban dasar yang mendukung penghormatan HAM itu sendiri.

Kewajiban asasi yang dimuat dalam peraturan perundang-undangan di atas tidak dikenal dalam teori HAM internasional karena selain tidak memiliki landasan filosofis apapun, juga tidak lazim dalam konteks hubungan negara dan individu yang menjadi dasar dari konsep dan teori HAM. Tidak bisa ditutupi bahwa itu merupakan turunan dari penolakan atas konsep universalitas HAM yang diasumsikan anti sosial atau tidak sejalan dengan paham kolektivitas

yang menjadi karakter bangsa Timur.

Berkaitan dengan perdebatan *forum internum* dan *forum ekstranum*, majelis hakim menyatakan bahwa aspek kebebasan internal atau dimensi batin (*forum internum*) dari kebebasan beragama adalah kebebasan mutlak yang tidak boleh dicampuri oleh negara. Namun pada kesempatan yang lain, majelis mengunci perdebatan tersebut dengan mengatakan bahwa kebebasan untuk menafsirkan pada dimensi internal (*forum internum*) tetaplah harus dilakukan berdasarkan pokok-pokok ajaran agama. Pandangan ini terlihat pada pertimbangan di bawah ini:

Tafsir dapat memberikan keyakinan terhadap sesuatu hal, sehingga tafsir dapat mengarah kepada kebenaran maupun berpotensi kepada terjadinya kesalahan. Walaupun penafsiran keyakinan atas ajaran agama merupakan bagian dari kebebasan yang berada pada *forum internum*, namun penafsiran tersebut haruslah berkesesuaian dengan pokok-pokok ajaran agama melalui metodologi yang benar berdasarkan sumber ajaran agama yang bersangkutan yaitu kitab suci masing-masing, sehingga kebebasan melakukan penafsiran terhadap suatu agama tidak bersifat mutlak atau absolut.

Majelis hakim merujuk pada Pasal 18 ayat (3) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik untuk membenarkan argumennya. Pasal dimaksud menyatakan : “Kebebasan menjalankan agama atau kepercayaan seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak dan kebebasan mendasar

orang lain.” Kata menjalankan yang terdapat pada pasal tersebut memiliki implikasi serius pada masalah kebebasan beragama karena kata tersebut dimaknai bahwa yang boleh dibatasi adalah **‘menjalankan’** agama atau kepercayaan. Pembatasan hanya dapat dilakukan pada dimensi praksis dari atau ekspresi lahir dalam upaya menjalankan agama, yang berarti pada dimensi *forum ekstranum*. Penggunaan Pasal tersebut untuk membenarkan pembatasan pada dimensi batin (*forum internum*) adalah tidak tepat.

Hukum yang berlaku pada konteks kebebasan batin (*forum internum*) adalah Pasal 18 ayat (1) jo. Pasal 4 ayat (2) KIHSP. Pasal 18 ayat (1) KIHSP yang berbunyi Setiap orang ***berhak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama***. Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara mandiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum atau bukan di tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penataan, pengamalan, dan pengajaran (Riyadi, 2012: 49).

Dilihat dari bagaimana alur pemikiran majelis hakim dan persepsi hak asasi manusia yang dianut, nampak bahwa majelis hakim menggunakan **paradigma relativisme budaya (*cultural relativism*)** pada putusan ini. Kesimpulan ini dapat dilihat dari alur pikir majelis hakim yang pada pokoknya menyatakan bahwa hak asasi manusia adalah bukan hak yang mutlak dan dapat dibatasi berdasarkan ketentuan tertentu, termasuk di dalamnya hak atas kebebasan beragama.

Kuncipandanganrelativismebudayaterlihat dari bagaimana majelis hakim mendefinisikan

nilai-nilai agama sebagai nilai publik. Hal tersebut dapat dilihat dalam pertimbangan berikut

“.... pembatasan mengenai nilai-nilai agama sebagai nilai-nilai komunal (*communal values*) masyarakat adalah pembatasan yang sah menurut konstitusi. Tradisi keagamaan di Indonesia memang memiliki kekhasan dan keunikan yang memang tidak dapat diintervensi oleh negara ...”

Berbeda dengan mayoritas hakim, Harjono dan Maria Farida Indrati menyatakan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Harjono berpendapat bahwa perdebatan tentang Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama ketika dihubungkan dengan kebebasan beragama dalam Undang-Undang Dasar akan memunculkan dua unsur penting yaitu perlindungan agama di satu pihak dan hak kebebasan meyakini kepercayaan di pihak lain.

Berdasarkan prinsip negara hukum, kedua unsur ini harus dipadukan. Persoalan yang muncul adalah penerapan Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama secara harfiah (*letterlijke*) semata baik susunan kata dari pasal maupun penjelasan dan tanpa mengaitkan dengan konteks kekinian dapat menimbulkan ketidakseimbangan untuk menciptakan formula yang justru tidak menegasikan kedua unsur tersebut.

Dalam penjelasan Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama dikatakan bahwa kalimat ‘di muka umum’ diartikan dengan perumusan yang lazim digunakan oleh Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Artinya kalimat ‘di muka umum’ dimaknai di depan satu orang atau

lebih termasuk di hadapan umatnya sendiri.

Bagaimana jika seorang penceramah menyampaikan penafsiran ajaran agama lain, yang berbeda dengan pokok ajaran tersebut, di depan jamaahnya sendiri? Rumusan pasal ini terlihat memiliki ambiguitas yang sangat tinggi, sehingga bertentangan dengan asas kejelasan (*lex certa*) penyusunan undang-undang. Harjono kemudian mengusulkan kepada *positive legislator* atau Dewan Perwakilan Rakyat untuk merevisi pasal tersebut untuk menghindari penafsiran yang sewenang-wenang. Namun dengan alasan menjaga agar tidak terjadi kekosongan hukum, Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama tidak perlu dinyatakan bertentangan dengan Konstitusi.

Maria Farida Indrati memberikan analisis lebih tegas dengan menyatakan bahwa kebebasan internal (*forum internum*) yang menyangkut eksistensi spiritual yang melekat pada setiap individu adalah kebebasan yang dimiliki setiap orang untuk meyakini, berfikir, dan memilih agama atau keyakinannya, juga kebebasan untuk mempraktikkan agama atau keyakinannya secara privat, sehingga kebebasan internal ini tidak dapat diintervensi oleh negara.

Maria Farida juga menyatakan bahwa Konstitusi sesungguhnya telah memberikan perlindungan dengan tegas kepada pemeluk aliran kepercayaan dengan adanya Pasal 28E ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 yang berbunyi: "Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya". Berdasarkan pertimbangan di atas, Maria Farida Indrati menyatakan bahwa seharusnya permohonan para pemohon dikabulkan untuk seluruhnya.

4. Tidak Konsisten

Dari tiga putusan Mahkamah Konstitusi yang dianalisis terbaca bahwa MK menggunakan perspektif secara eklektik, tidak secara konsisten menggunakan salah satu perspektif. Pada perkara dan putusan tertentu menggunakan perspektif universal, tetapi pada putusan lain menggunakan perspektif partikular.

Tidak konsistennya Mahkamah Konstitusi dengan salah satu perspektif tidak saja karena pemahaman masing-masing hakim Mahkamah Konstitusi atas konsep-konsep HAM yang memang kompleks dan meliputi banyak dimensi itu terbatas, tetapi juga dipengaruhi oleh sensitivitas sosial dan politik dari materi yang diuji.

Kesan bahwa Mahkamah Konstitusi cenderung "terkooptasi" oleh sensitivitas politik nasional dan atau internasional dari materi yang diuji sulit dihindari. Untuk permohonan uji materi tentang pemberlakuan hukum (UU) secara surut, MK jelas mempertimbangkan sensitivitas nasional dan internasional dari isu pelanggaran berat hak asasi manusia.

Begitu pula terhadap permohonan uji materi penodaan agama, MK menginterpretasi dan memaknai "kebebasan beragama" dalam konteks ke-Indonesian; suatu pemaknaan yang kuat sekali dimensi pertimbangan realitas sosial politik hubungan keagamaan Indonesia yang sedang menegang beberapa waktu belakangan ini. Sementara pada pengujian hak pilih, MK dengan tegas menganut perspektif universal karena dapat dipastikan semua pihak setuju apabila persyaratan dan prosedur bagi pemilih tidak dipersulit yang berimplikasi banyaknya pemilih yang dapat menggunakan hak pilihnya.

Inkonsistensi penggunaan perspektif HAM MK dalam ketiga putusan tersebut bukan karena perbedaan objek atau substansi hak yang dianalisis, tetapi—sekali lagi—lebih karena sensitivitas isu dari masing-masing objek hak serta keterbatasan pemahaman tentang HAM.

Putusan MK dengan pertimbangan sensitivitas politik serta keterbatasan pemahaman seperti itu telah terjadi pada putusan MK sebelumnya, yaitu Putusan Nomor 006/PUU-IV/2006 tentang pengujian UU No. 27 tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR). Keterbatasan pemahaman tentang substansi KKR tergambar dalam pertimbangan putusan MK. Disana terbaca jelas kesalahan penafsiran atas gagasan KKR sebagaimana dimaksud oleh UU No. 27 tahun 2004. MK dalam pertimbangannya menyatakan bahwa KKR merupakan suatu mekanisme *alternative dispute resolution* yang apabila berhasil akan menutup mekanisme penyelesaian secara hukum. Penyelesaian pelanggaran HAM semacam ini menurut MK telah diterima dalam praktik internasional seperti di Afrika Selatan maupun dalam hukum adat sehingga tidak dapat dikatakan sebagai pembenaran impunitas, dan karenanya tidak bertentangan dengan Konstitusi. Pertimbangan demikian jelas merupakan penafsiran yang keliru karena tidak disandarkan pada konsep umum yang sudah sering digunakan dan dijadikan pedoman oleh para akademisi maupun praktisi¹⁴ tentang *alternative dispute resolution* (ADR). Penerapan konsep ADR untuk melihat KKR jelas merupakan kekeliruan yang besar karena kompetensi absolut dari ADR haruslah sengketa perdata yang sebelumnya sudah disepakati oleh para pihak bahwa apabila timbul sengketa di antara mereka, maka perkaranya akan diperiksa melalui mekanisme ADR.

Pertimbangan hukum MK dalam putusannya jelas mengisyaratkan kekhawatiran terhadap kewenangan KKR, sebagaimana pandangan yang sama dari kalangan pejabat negara dan petinggi militer sehingga memaksakan pandangan bahwa KKR sebagai institusi untuk rekonsiliasi; keluar dari hakekat keberadaan KKR untuk mengungkapkan kebenaran. Pengakuan akan kebenaran untuk keadilan inilah inti KKR, yang berimplikasi pada kewajiban negara memulihkan hak-hak korban.

IV. SIMPULAN

Dari analisis atas tiga putusan di atas, dapat disimpulkan bahwa perspektif HAM hakim-hakim Mahkamah Konstitusi sangat longgar (eklektik). Pada satu putusan bisa menggunakan perspektif universalitas, tetapi pada putusan lain menggunakan perspektif partikularistik.

Tidak konsistennya MK menggunakan satu perspektif, selain karena pemahaman hakim-hakim MK tentang konsep dan teori-teori HAM berbeda-beda, bahkan sebagian diantaranya tidak cukup mendalam, juga sangat tergantung pada sensitivitas sosial dan politik dari perkara yang dimohonkan.

Pada pengujian UU Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, MK jelas sangat mempertimbangkan kepentingan politik nasional dan internasional atas isu-isu impunitas terhadap pelaku pelanggaran berat HAM masa lalu sehingga dengan tegas menyatakan bahwa ketentuan tentang UU bisa diberlakukan surut tidak bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945. Sedangkan terhadap pengujian UU Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009, MK jelas mempertimbangkan sensitivitas sosial politik dari substansi pengujian, yaitu kebebasan beragama.

DAFTAR PUSTAKA

- Arkoun, Mohammad. 1994. *Rethinking Islam: Common Question, Uncommon Answer*, Boulder: Westview Press.
- Garuda Nusantara, Abdul Hakim. 1988. *Politik Hukum Indonesia*. Jakarta: Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI).
- Habibie, B.J. *Detik-Detik yang Menentukan: Jalan Panjang Indonesia Menuju Demokrasi*. 2006. Jakarta: THC. Mandiri.
- Howland, Courtney (ed). 1999. *Religious Fundamentalism and Women Human Rights*. London: MacMillan.
- Howard, Rhoda E. 2000. *Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya* (terjemahan). Jakarta: PT. Pustaka Utama Grafiti.
- Iskandar, Pranoto. 2010. *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Kontekstual*. Malang: IMR Press.
- Keijzer, Nico. 2005. "Press Offences Under The Law of The Netherlands". Makalah dalam Seminar Hukum Pidana Nasional-kerjasama Aspehupiki dan FH Unpad.
- Kasim, Ifdhal (ed). 2001. *Hak Sipil dan Politik Esai-Esai Pilihan*, Jakarta: Elsam.
- Manan, Bagir. 1996. *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*. Jakarta: Gaya Media Pratama.
- Marzuki, Suparman. 2012. *Pengadilan HAM di Indonesia Melanggengkan Impunity*. Jakarta: Airlangga.
- Munandar, Haris, (ed). 1994. *Pembangunan Politik, Situasi Global, dan Hak Asasi di Indonesia*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Mullerson, Rein. 1996. *Human Rights Diplomacy*, London: Routledge.
- Riyadi, Eko. 2012. "Kecenderungan Paradigma Hak Asasi Manusia di Indonesia". Makalah pada Advanced Training Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya bagi Dosen Hukum HAM, di Semarang.
- Seri Briefing Paper No. 01 – Januari 2007. "Menjadikan Hak Asasi Manusia Sebagai Hak Konstitusional Pandangan Kritis atas Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Judicial Review UU KKR dan Implikasinya bagi Penyelesaian Pelanggaran HAM di Masa Lalu". Jakarta: Elsam.
- Shestack, Jerome J. 2010. 'The Philosophical', dalam Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Konseptual*. Malang: IMR Press.
- Singer, Michael. 1999. "Relativism, Culture, Religion and Identity," dalam Courtney Howland, *Religious Fundamentalism and Women Human Rights*, London: MacMillan.
- Wignjosoebroto, Soetandyo. 2003. "Hubungan Negara dan Masyarakat dalam Konteks Hak Asasi Manusia; Sebuah Tinjauan Historik dari Relativisme Budaya–Politik". Makalah disampaikan pada Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII diselenggarakan oleh BPHN DepKeh & HAM. Denpasar.