



SKRIPSI

PELAKSANAAN PASAL 20 AYAT 2 *INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS* SEBAGAI BENTUK KEWAJIBAN NEGARA TERHADAP PERLINDUNGAN HAK BERAGAMA DARI PRAKTIK UJARAN KEBENCIAN ATAS DASAR AGAMA DI INDONESIA

THE IMPLEMENTATION OF ARTICLE 20 PARAGRAPH 2 INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS AS STATE OBLIGATION ON RELIGIOUS RIGHTS PROTECTION FROM THE RELIGIOUS HATE SPEECH IN INDONESIA

NAILA RIZQI ZAKIAH

NIM. 100710101239

**KEMENTERIAN PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN
UNIVERSITAS JEMBER
FAKULTAS HUKUM**

2014

SKRIPSI

**PELAKSANAAN PASAL 20 AYAT 2 *INTERNATIONAL
COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS* SEBAGAI
BENTUK KEWAJIBAN NEGARA TERHADAP
PERLINDUNGAN HAK BERAGAMA DARI
PRAKTIK UJARAN KEBENCIAN
ATAS DASAR AGAMA
DI INDONESIA**

*THE IMPLEMENTATION OF ARTICLE 20 PARAGRAPH 2
INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL
RIGHTS AS STATE OBLIGATION ON RELIGIOUS RIGHTS
PROTECTION FROM THE RELIGIOUS HATE SPEECH IN
INDONESIA*

NAILA RIZQI ZAKIAH

NIM. 100710101239

**KEMENTERIAN PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN
UNIVERSITAS JEMBER
FAKULTAS HUKUM**

2014

Halaman Moto

“Sebaik-baik manusia adalah manusia yang paling banyak manfaatnya bagi orang lain”

(Nabi Muhammad SAW)¹

“Manusia adalah model sekaligus penata hidupnya sendiri. Manusia dapat mentransendensikan dirinya mendekati yang Ilahi, tetapi juga turun menyerupai binatang”

(Pico)²

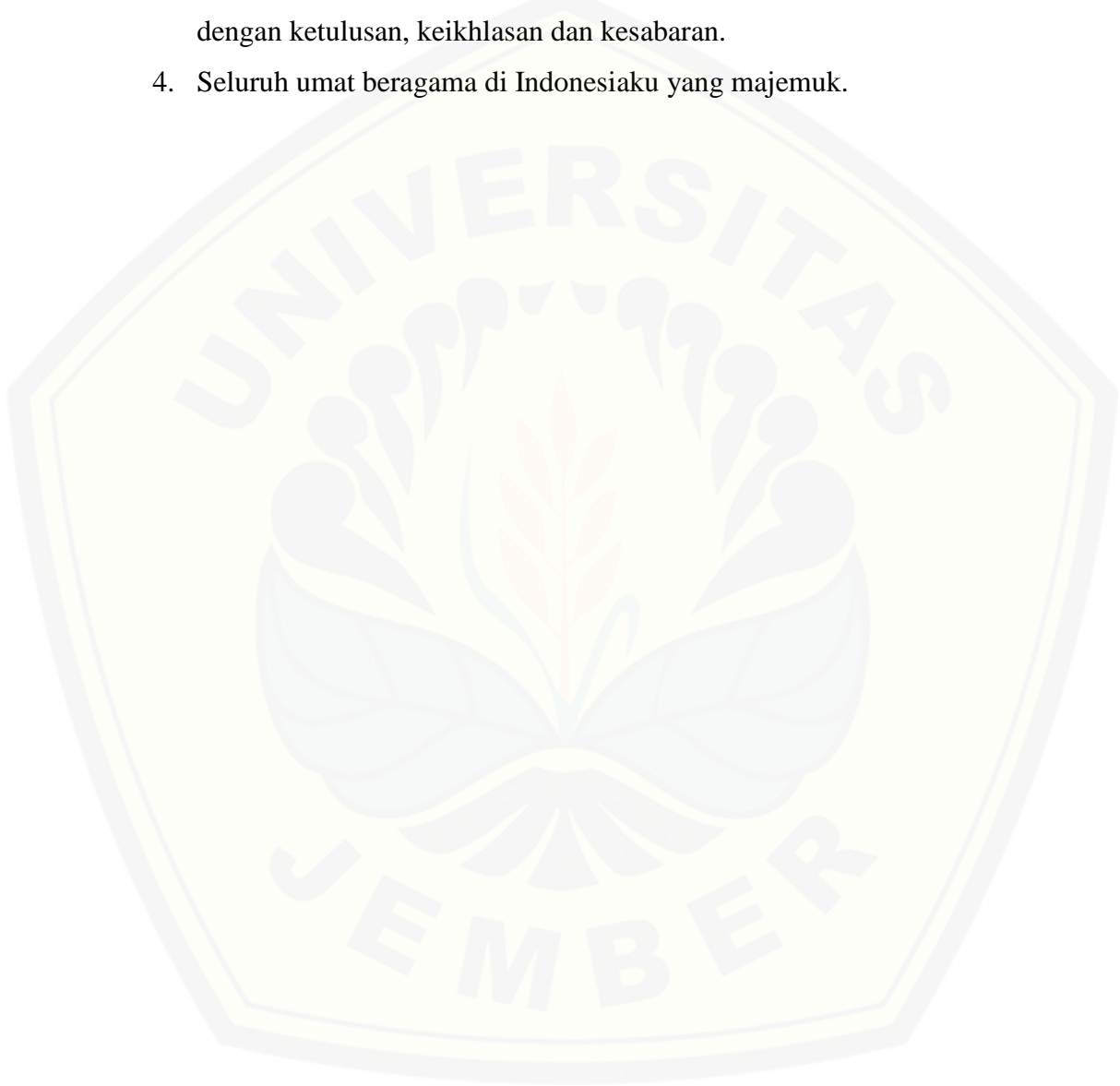


¹ HR. Thabrani

² Otto Gusti Madung, *Filsafat Politik, Negara dalam Bentangan Diskursus Filosofis*, Yogyakarta: Ledalero, 2013, hlm. 151.

Saya persembahkan skripsi ini kepada :

1. Kedua Orang tua penulis, Almarhumah Ibunda Siti Ruqayyah dan ayahanda Mahpud yang mengajarkan tentang toleransi sejak penulis masih belia dan menjadi model/tauladan yang baik bagi penulis.
2. Almamater Fakultas Hukum Universitas Jember.
3. Bapak/Ibu Guru penulis yang senantiasa mengajar dan membimbing dengan ketulusan, keikhlasan dan kesabaran.
4. Seluruh umat beragama di Indonesiaku yang majemuk.



PELAKSANAAN PASAL 20 AYAT 2 *INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS* SEBAGAI BENTUK KEWAJIBAN NEGARA TERHADAP PERLINDUNGAN HAK BERAGAMA DARI PRAKTIK UJARAN KEBENCIAN ATAS DASAR AGAMA DI INDONESIA

THE IMPLEMENTATION OF ARTICLE 20 PARAGRAPH 2 INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS AS STATE OBLIGATION ON RELIGIOUS RIGHTS PROTECTION FROM THE RELIGIOUS HATE SPEECH IN INDONESIA

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum dalam Program Studi Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Jember

**NAILA RIZQI ZAKIAH
NIM. 100710101239**

**KEMENTERIAN PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN
UNIVERSITAS JEMBER
FAKULTAS HUKUM
2014**

**SKRIPSI INI TELAH DISETUJUI
TANGGAL 26 MEI 2014**

**Oleh:
Pembimbing**

**Dr. JAYUS, S.H., M.Hum.
NIP. : 195612061983031003**

Pembantu Pembimbing

**GAUTAMA BUDI ARUNDHATI, S.H., L.L.M.
NIP. : 197509302002121006**

PENGESAHAN

Skripsi dengan judul :

PELAKSANAAN PASAL 20 AYAT 2 *INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS* SEBAGAI BENTUK KEWAJIBAN NEGARA TERHADAP PERLINDUNGAN HAK BERAGAMA DARI PRAKTIK UJARAN KEBENCIAN ATAS DASAR AGAMA DI INDONESIA

THE IMPLEMENTATION OF ARTICLE 20 PARAGRAPH 2 INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS AS STATE OBLIGATION ON RELIGIOUS RIGHTS PROTECTION FROM THE RELIGIOUS HATE SPEECH IN INDONESIA

Oleh

NAILA RIZQI ZAKIAH
NIM. 100710101239

Pembimbing

Pembantu Pembimbing

Dr. JAYUS, S.H., M.Hum.
NIP. : 195612061983031003

GAUTAMA BUDI ARUNDHATI, S.H., L.L.M.
NIP. : 197509302002121006

Mengetahui
Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan
Universitas Jember
Fakultas Hukum
Dekan,

Dr. WIDODO EKATJAHJANA, S.H., M.Hum.
NIP. : 197105011993031001

PENETAPAN PANITIA PENGUJI

Dipertahankan di hadapan Panitia Penguji pada :

Hari : Senin

Tanggal : 26

Bulan : Mei

Tahun : 2014

Diterima oleh Panitia Penguji Fakultas Hukum Universitas Jember.

Panitia Penguji :

Ketua

Sekretaris

H. EDDY MULYONO, S.H., M.Hum.
NIP. : 196802191992011001

ROSITA INDRAYATI, S.H., M.H.
NIP. : 197805312005012001

Anggota Penguji :

1. **Dr. JAYUS, S.H., M.Hum.** :
NIP. : 195612061983031003
2. **GAUTAMA BUDI ARUNDHATI, S.H., L.LM** :
NIP. : 197509302002121006

PERNYATAAN

Saya sebagai penulis yang bertanda tangan dibawah ini:

Nama : NAILA RIZQI ZAKIAH

NIM : 100710101239

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa skripsi yang berjudul :
PELAKSANAAN PASAL 20 AYAT 2 *INTERNATIONAL COVENANT ON
CIVIL AND POLITICAL RIGHTS* SEBAGAI BENTUK KEWAJIBAN NEGARA
TERHADAP PERLINDUNGAN HAK BERAGAMA DARI PRAKTIK
UJARAN KEBENCIAN ATAS DASAR AGAMA DI INDONESIA adalah
benar-benar karya sendiri, kecuali jika dalam pengutipan substansi disebutkan
sumbernya, dan belum pernah diajukan pada institusi manapun, serta bukan karya
jiplakan. Saya bertanggungjawab atas keabsahan dan kebenaran isinya sesuai
dengan sikap ilmiah yang harus dijunjung tinggi.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya, tanpa adanya
tekanan dan paksaan dari pihak lain serta mendapat sanksi akademik jika ternyata
dikemudian hari pernyataan ini tidak benar.

Jember, 26 Mei 2014

Materai Tempel
6000

NAILA RIZQI ZAKIAH
NIM 100710101239

UCAPAN TERIMA KASIH

Bismillaahirrahmaanirrahim.

Sejak kecil penulis telah memiliki kepercayaan keagamaan yang kuat, terutama dalam melaksanakan ritus-ritus keagamaan, tetapi dengan sedikit keimanan dan ketaqwaan kepada Tuhan. Lahir dan tumbuh besar di lingkungan keluarga yang agamis dan konvensional, penulis sudah diperdengarkan dengan seruan-seruan intoleransi terhadap umat-umat agama lain. Pernah suatu hari, ketika penulis menonton ajang pencarian bakat di TV, kerabat penulis mengganti channel TV dengan alasan bahwa si empunya bakat adalah Kristen.

Doktrin-doktrin eksklusifitas agama yang penulis terima dengan tidak kritis ketika kecil ternyata berdampak pada pandangan penulis di kemudian hari. Namun, syukur Alhamdulillah dalam perjalanan penulis bertemu dengan orang-orang pilihan dengan sikap toleransi yang cukup tinggi terhadap satu sama lain. Kedua orang tua penulis yang meski dalam ucapan kadang intoleran, namun sebaliknya dalam perbuatan. Sehingga berdasarkan pengalaman hidup penulis, penulis mengucapkan Alhamdulillah puji syukur kehadiran Tuhan Yang Maha Esa, Allah SWT. Tuhan Yang Maha Pengasih lagi Maha Penyayang atas rahmat, karunia, dan hidayah-Nya sehingga penulis mampu menyelesaikan penelitian skripsi yang berjudul **“PELAKSANAAN PASAL 20 AYAT 2 INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS SEBAGAI BENTUK KEWAJIBAN NEGARA TERHADAP PERLINDUNGAN HAK BERAGAMA DARI PRAKTIK UJARAN KEBENCIAN ATAS DASAR AGAMA DI INDONESIA”** sebagai bentuk sikap kritis penulis atas ajaran dan penafsiran agama yang penulis terima selama ini.

Melalui kesempatan ini, perkenankan penulis mengucapkan rasa bangga, syukur dan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada yang terhormat Bapak Dr. Jayus, S.H., M.Hum. dan Bapak Gautama Budi Arundhati, S.H., L.L.M masing-masing sebagai Dosen Pembimbing dan Dosen Pembantu Pembimbing dalam penelitian skripsi ini. Atas dorongan dan toleransi terhadap gagasan-gagasan

penulis kemudian mengarahkan dan membimbing secara sungguh-sungguh dan ikhlas merupakan sebuah kehormatan bagi penulis.

Kebaikan-kebaikan tersebut telah penulis rasakan sebagai hutang budi yang tak ternilai harganya. Kepada Allah yang Maha Pemurah, penulis berdo'a dan meminta kiranya mereka dicurahkan pahala amal jariyah yang tak terputus membawa hikmah dan barokah dunia dan akhirat. Amin.

Penulis mengucapkan banyak terima kasih yang tulus kepada para pihak yang telah membantu dan memungkinkan penulis menempuh pendidikan tinggi sarjana Program Studi Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Jember ini sekaligus dapat menyelesaikannya secara lancar antara lain kepada:

1. Yang sangat penulis kasihi dan sayangi, Almarhumah Ibu Siti Ruqayyah, semoga Allah mengampuni dosa beliau dan melimpahkan sebesar-besarnya Kasih-Nya kepada beliau, Bapak Apok ayahanda penulis yang sering berdebat dan bertengkar dengan penulis, Mbak Rizka Amaliah yang sampai sekarang tetap menjadi idola penulis, Adik Tya Si Robot yang cerewet, Adik Dini, dan Ibu Lestari Asih, terima kasih atas kehadiran kalian dalam kehidupan penulis, terimakasih atas kesabaran kalian dalam menghadapi penulis, terimakasih atas kasih sayang dan motivasi. Kalian adalah salah satu sumber inspirasi skripsi ini.
2. Yth. Bapak Dr. Widodo Ekatjahjana, S.H., M.Hum. selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Jember dan Bapak akademis yang banyak mengenalkan dan mengajarkan penulis pada sesuatu yang baru dan pengalaman baru. Terimakasih Pak Wid, atas setiap bantuan moril dan materiil bapak kepada penulis. Semoga kasih sayang Tuhan selalu menyertai Bapak.
3. Yth. Bapak Dr. Nurul Ghufron, S.H., M.H., selaku Pembantu Dekan I, Bapak Mardi Handono, S.H., M.H., selaku Pembantu Dekan II, dan Bapak Iwan Rachmad Soetijono, S.H., M.H. selaku Pembantu Dekan III Fakultas Hukum Universitas Jember, atas bantuannya selama penulis menempuh pendidikan.
4. Yth. Bapak Dr. Aries Hariyanto, S.H., M.H. selaku Dosen Pembimbing Akademik (DPA) beserta isteri yang sudah penulis anggap sebagai orang tua penulis selama menempuh pendidikan dan Para Dosen Fakultas Hukum

Universitas Jember yang telah mengasuh, membina dan mendidik penulis hingga menyelesaikan belajar di Fakultas Hukum Universitas Jember

5. Yth. Panitia Penguji skripsi, Bapak H. Eddy Mulyono, S.H., M.Hum. dan Ibu Rosita Indrayati, S.H., M.H. yang telah berkenan sebagai penguji dengan ragam saran dan telaah kritis yang penuh makna dalam proses ujian skripsi.
6. Yth. Bapak Dr. Widodo Ekatjahjana, S.H., M.Hum., Bapak Aries Harianto S.H., M.H., Bapak Dr. Jayus, S.H., M.Hum., Bapak Dr. Dominikus Rato, S.H., M.H., Bapak H. Eddy Mulyono, S.H., M.Hum., Bapak Gautama Budi A, S.H., LL.M, Bapak Al Khanif, S.H., M.A., LL.M, Ibu Ratih Listyana Candra, S.H., M.H, Ibu Rosita Indrayati, S.H., M.H., Ibu Ikarini Dani Widiyanti, S.H., M.H., Ibu Nuzulia Kumala Sari, S.H., M.H. dan Ibu Dr. Dyah Octorina, S.H., M.H., yang memberikan kontribusi dalam bidang Ilmu Hukum dan tak letihnya sebagai pembimbing penulis dalam beberapa kompetisi debat dan karya tulis ilmiah.
7. Yang penulis kagumi, DAS, Dhoho Ali Sastro seorang keturunan China yang banyak mengubah isi kepala dan pandangan hidup penulis terlebih tentang memaknai kemanusiaan, masa depan, hukum dan banyak lagi.
8. Yang penulis banggakan teman-teman penulis, kakak-kakak, adik-adik, dan seluruh anggota Forum Kajian Keilmuan Hukum (FK2H) Mas Muhammad Bahrul Ulum, S.H.,(Candidate Master), Mas Harizki Catur Novanto, S.H, Mbak Ria Dewanti, S.H., Mas Imron Rosadi, S.H., Mas M. Thoriq Fachry, S.H., Mas Dizar, S.H., Ario Montana, Arey Lutfi, Azizi Chidayatullah, Rizka Meisa, Bintang Aulia, dan seluruh anggota yang telah berjuang bersama untuk memberikan perubahan dan angin segar terhadap kehidupan akademik kampus. Teruslah berjuang memberikan Tri Dharma terhadap lembaga. Salam Bersama Berkarya Untuk Berprestasi.
9. Yang penulis banggakan keluarga penulis di Lembaga Bantuan Hukum Masyarakat Jember (LBHM) mbak Dila, S.H., Mbak Nono, S.H. Bapak Budi Harijanto, Mas Hanif. S.H., Mas Anggri, S.H., dan warga binaan LAPAS II A Jember yang dalam diam mengabdikan pada negeri, tanpa pamrih berjuang untuk mereka yang termarjinalkan.

10. Yth. rekan-rekan anggota Ikatan Mahasiswa Hukum Tata Negara (IMAH-TN) FHUJ yang saya banggakan. Selama lebih dari 3 generasi bersama membangun budaya sadar berpancasila dan berkonstitusi melalui berbagai kegiatan kontributif lainnya.
11. Yang penulis banggakan *friends from Spring School CPG 2012, Summer School CPG 2013, and Summer School CPG 2014*, Pie Bas, Pie Pey, Phim, Ping-ping, Wako Hatsuda, Fendi, Jasper, Ashley, Hazel, Kim Min Jea, Ha, Tanya, *who always keep in touch and cross their fingers for me to finish this thesis. Thanks a lot guys.*
12. Yth. rekan-rekan seperjuangan Meilia dan Bahram yang tergabung dalam *University Students English Forum (USEF) Universitas Jember. Run faster, jump higher.*
13. Yang penulis banggakan rekan-rekan seperjuangan dalam berkarya, bersaing, dan berprestasi, M. Indra Kusumayudha dan Gress Gustia Adrian Pah, S.H., semoga idealism kita tetap terjaga hingga kelak kita menjadi pengacara yang handal, hakim yang adil, dosen yang inovatif, maupun menjadi pekerja social yang responsif.
14. Yang penulis banggakan sahabat Alumni Kolokium ASEAN, Bestari dan Ari dari Universitas Andalas, Nafi dari UII Jogja, Rizqi dari Univ.Padang, dan yang lainnya.
15. Yang penulis sayangi sahabat-sahabat penulis Dira Oktav P, Irwan Anjalline, S.H., Ahmad Nizam, Lea Gisela, S.H., Rama, Desti, Novi, Wanda, Manda (JaduGelas), dek Sulis, teman-teman Teknik Elektro Cosami, yang selalu siap menggila dengan penulis, melakukan perjalanan absurd yang tak terlupakan, bersenang-senang dengan cara-cara yang tidak wajar, membicarakan orang lain lalu khilaf, yang selalu saling mengingatkan, saling memarahi, saling menyindir, dan saling mendukung. Terimakasih untuk kalian yang sebentar lagi penulis rindukan.
16. Yang penulis sayangi teman-teman SMA N 1 Wongsorejo, Lia dan Firda.
17. *To My Constant Companion, my Partner in Crime since 7 years ago*, Rizki Mahardika, S.Si.T *thank you for supporting me by every minute you have by telling me how we have to sacrifice to get a higher achievement, thank you*

for teaching me how to choose a priority, and thank you for warning me to finish this.

18. Semua pihak yang tidak dapat saya sebutkan satu persatu, terima kasih atas segala perhatian, bantuan dan do'anya.

Selanjutnya saya panjatkan kehadiran Allah SWT. memohon untuk senantiasa mendapat curahan rahmat, taufik, dan hidayah-Nya dalam meniti liku-liku kehidupan di dunia sampai akhirat nanti, guna menggapai cita-cita dengan sabaik-baiknya. Semoga Allah SWT. mengabulkan ungkapan hati nurani ini dan menjadikan sebagai pengabdian yang sempurna. Amin.

Jember, 26 Mei 2014

NAILA RIZQI ZAKIAH

RINGKASAN

Penelitian ini berangkat dari analisis atas prinsip non diskriminasi dalam pelaksanaan kebebasan hak beragama sebagaimana Pasal 20 ayat (2) *International Covenant on Civil and Political Rights*. Dalam norma ini terkandung prinsip non diskriminasi yang menjadi kewajiban Negara dalam melindungi Hak Beragama dari praktik ujaran kebencian atas dasar agama.

Upaya penyelesaian konflik umat beragama di Indonesia masih berkonsentrasi pada hilir persoalan tetapi akar permasalahan dari timbulnya konflik justru sering kali diabaikan. Keberadaan eksklusifitas dan pandangan konvensional masyarakat menciptakan kebencian atas dasar perbedaan pandangan beragama. Kelompok mayoritas mendasarkan agama sebagai alat pembenar untuk melakukan penyebaran kebencian terhadap kelompok-kelompok, individu, Negara bahkan sebuah sistem. Ujaran kebencian atas dasar agama adalah hulu dari persoalan konflik beragama dan praktik intoleransi di Indonesia.

Ada dua permasalahan yang dirumuskan dalam penelitian ini. *Pertama*, kesesuaian pengaturan hukum ujaran kebencian atas dasar agama di Indonesia pada Pasal 156 KUHP terhadap Pasal 20 Ayat (2) ICCPR. *Kedua*, kewajiban Negara dalam mengambil langkah untuk mengharmonisasikan pengaturan hukum municipal terhadap hukum internasional terkait ujaran kebencian atas dasar agama.

Penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif (*legal research*), yaitu penelitian mengenai penerapan norma-norma hukum positif dengan mengkaji aturan hukum yang bersifat autoritatif. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan asas-asas hukum, pendekatan perundang-undangan, pendekatan konseptual dan pendekatan analitis. Setelah seluruh bahan hukum terkumpul kemudian dianalisis secara kualitatif. Melalui metode dan pendekatan penelitian ini, hasil analisis merupakan sintesis yang menjawab permasalahan yang telah dirumuskan sebelumnya.

Hasil penelitian ini terdiri atas 2 hal. *Pertama*, pasal 156 KUHP dan pasal 28 UU ITE telah mengatur mengenai larangan ujaran kebencian atas dasar agama. Namun, ketentuan 156 KUHP dan pasal 28 UU ITE tetap memerlukan ketegasan

secara normatif mengenai makna hukum ujaran kebencian atas dasar agama yang sesuai dengan ketentuan dalam pasal 20 ayat 2 ICCPR.

Kedua, berdasarkan ketentuan yang terdapat dalam ICCPR, Negara wajib untuk melakukan langkah-langkah legislative untuk mengharmonisaasikan ketentuan larangan ujaran kebencian atas dasar agama di dalam Pasal 156 KUHP dan pasal 28 UU ITE terhadap pasal 20 ayat 2. Penelitian ini menunjukkan bahwa keberadaan pasal 156a KUHP merupakan salah satu ancaman dalam perlindungan hak beragama dari praktik ujaran kebencian atas dasar agama sebagaimana diatur dalam pasal 156 KUHP.

Rekomendasi dalam penelitian ini terdiri atas dua hal. *Pertama*, penegasan prinsip non diskriminasi sebagai bagian dari penegakan hukum ujaran kebencian atas dasar agama; penghapusan pasal 156a KUHP yang menjadi sebuah norma yang *a contrario* terhadap pasal 156, semangat perlindungan kebebasan beragama akan terpasung selama ketentuan pidana penistaan agama masih berlaku; perbaikan pengaturan ujaran kebencian atas dasar agama pada pasal 156 KUHP dan pasal 28 UU ITE melalui harmonisasi terhadap pasal 20 ayat (2) sesuai dengan prinsip dan prosedur hukum internasional; penguatan pemahaman mengenai pentingnya perlindungan hak asasi manusia oleh aparat sebagai representasi dari Negara.

Kedua, Pelibatan *civil society* dalam melakukan konsolidasi kelembagaan masyarakat untuk mewujudkan kehidupan beragama yang sesuai dengan konstitusi. Peran dari institusi-institusi keagamaan, lembaga swadaya masyarakat, dan bahkan tokoh agama dalam memberikan pemahaman akan toleransi dalam kehidupan beragama harus ditingkatkan.

DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN SAMPUL DEPAN	i
HALAMAN SAMPUL DALAM	ii
HALAMAN MOTO	iv
HALAMAN PERSEMBAHAN	v
HALAMAN PRASYARAT GELAR	iv
HALAMAN PERSETUJUAN	vi
HALAMAN PENGESAHAN	vii
HALAMAN PENETAPAN PANITIA PENGUJI	viii
HALAMAN PERNYATAAN	ix
HALAMAN UCAPAN TERIMA KASIH	x
HALAMAN RINGKASAN	xiv
HALAMAN DAFTAR ISI	xvi
HALAMAN DAFTAR TABEL	xviii
HALAMAN DAFTAR BAGAN	xix
BAB 1 PENDAHULUAN	1
1.1 Latar Belakang.....	1
1.2 Rumusan Masalah.....	7
1.3 Tujuan dan Manfaat Penelitian.....	7
1.3.1 Tujuan Penelitian	7
1.3.2 Manfaat Penelitian	8
1.4 Metode Penelitian	9
1.4.1 Tipe Penelitian	9
1.4.2 Pendekatan Masalah.....	9
1.4.3 Sumber Bahan Hukum	10
1.4.4 Analisis Bahan Hukum	12
BAB 2 TINJAUAN PUSTAKA	13
2.1 Hak Beragama dalam Negara Hukum Demokrasi Indonesia..	13
2.1.1 Demokrasi Konstitusional Indonesia	15
2.1.2 Kebebasan Beragama sebagai Hak Asasi Manusia.....	20

2.2 Perjanjian Internasional sebagai Sumber Hukum	
Internasional	26
2.3 Kewajiban Negara dalam Konteks Memajukan Hak Sipil dan Politik	31
BAB 3 PEMBAHASAN	35
3.1 Kesesuaian Pengaturan Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama dalam Pasal 156 KUHP terhadap Pasal 20 Ayat (2) ICCPR	35
3.1.1 Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama sebagai Persoalan Hak Asasi Manusia	37
3.1.2 Jaminan Perindungan Hukum HAM Internasional terhadap Praktik Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama	38
3.1.3 Problem Law Enforcement Praktik Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama di Indonesia	47
3.2 Harmonisasi Pengaturan Hukum Nasional terhadap Hukum Internasional Ujaran Kebencian Atas Dasar Agama sebagai Bentuk Kewajiban Negara	60
BAB 4 PENUTUP	69
4.1 Kesimpulan	71
4.2 Saran	71
DAFTAR BACAAN	

DAFTAR TABEL

	Halaman
Tabel 1. Klasifikasi Hak Sipil dan Politik	35
Tabel 2. Unsur-unsur Pasal 156 KUHP dan Pasal 20 ayat (2) ICPR	53



BAB I PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Salah satu karakteristik Indonesia sebagai Negara bangsa adalah kebesaran, keluasan, dan kemajemukannya. Sebuah Negara bangsa yang mengikat lebih dari 1.128 (seribu seratus dua puluh delapan) suku bangsa (data Badan Pusat Statistik) dan bahasa, ragam agama dan budaya di sekitar 17.508 (tujuh belas ribu lima ratus delapan) pulau (citra satelit terakhir menunjukkan 18.108 pulau). Untuk itu diperlukan suatu konsepsi, kemauan, dan kemampuan yang kuat dan adekuat (memenuhi syarat/memadai), yang dapat menopang kebesaran, keluasan, dan kemajemukan keindonesiaan.¹

Kondisi kemajemukan atau pluralitas merupakan sesuatu yang tidak bisa dihindari. Indonesia, sebagai negara kepulauan, memang sejak awal sudah menjadi negara-bangsa yang terdiri dari multi ras, multi etnis, multi agama, dan multi budaya. Bangsa Indonesia ditakdirkan sebagai bangsa yang majemuk baik dari dimensi struktur sosial, ekonomi serta diferensiasi ikatan kesetiaan primordial, seperti, suku, agama, ras, dan golongan dan lain sebagainya. Heterogenitas sebagai fakta sejarah telah berlangsung selama ratusan tahun lamanya. Dalam kurun waktu tersebut penduduk nusantara berinteraksi melalui mobilitas sosial, migrasi, perdagangan, bahkan peperangan. Keragaman, terutama yang bercirikan primordialistik mempunyai wajah ganda. Di satu sisi dapat menimbulkan konflik komunal yang berakibat pada luluh lantahnya sebuah bangsa. Tetapi keragaman juga dapat menjadi modal sosial dan kekayaan bagi budaya bangsa yang bersangkutan apabila heterogenitas dapat dikelola dengan berpijak kepada nilai-nilai yang mendukungnya, seperti kemanusiaan, kesetaraan, toleransi, dan lain sebagainya.

¹ Tim Kerja Sosialisasi MPR Periode 2009-2014, *Empat Pilar Kehidupan Berbangsa dan Bernegara*, Jakarta: Sekretariat jenderal MPR RI, 2012, hal. 1

Berbagai peristiwa sejarah telah mendorong terjadinya proses integrasi sosial yang menghasilkan kemajemukan bangsa Indonesia menjadi rajutan nusantara yang dapat mencegah konflik yang disebabkan oleh sentimen primordial. Modal kesejarahan itu pulalah yang setelah sekian ratus tahun menghasilkan bangsa Indonesia tidak terkotak-kotak menjadi bangsa yang terdiri dari suku-suku yang secara eksklusif terpisah dengan suku lain. Bangsa Indonesia meskipun terdiri dari struktur primordial yang beragam, melalui proses sejarah yang panjang telah menjadi rajutan afiliasi kesetiaan yang tidak linier dan tunggal (*cross-cutting affiliation*).²

Dari segi etnis, di Indonesia terdapat sekitar 358 suku bangsa dan 200 sub suku bangsa. Dari segi pemeluk agama, terdapat beberapa agama (yang diakui oleh pemerintah) dan dipeluk oleh penduduk Indonesia yakni: Islam, Hindu, Budha, Kristen, Katholik, dan Konghuchu. Tentunya, keberadaan 6 mayoritas agama yang mendapatkan legalitas dan pengakuan dari pemerintah tidaklah bersifat final, artinya masih terdapat banyak kepercayaan dan agama yang dianut oleh masyarakat di Indonesia yang diyakini secara turun temurun. Indonesia sejatinya merupakan sebuah negara multi-bangsa (tidak hanya multi etnis), telah terjadi homogenisasi atas nama menjadi Indonesia. Jawa, Sunda, Aceh, Papua, Dayak, dan sebagainya, semua bangsa tersebut kemudian menjadi relatif homogen melalui proses national-building dan proyek integrasi nasionalnya, baik secara sadar maupun tidak sadar kini relatif tersatukan. Indonesia seringkali dirujuk sebagai contoh keberhasilan menyatukan puluhan ribu pulau menjadi negara kesatuan.³

Semboyan Bhineka Tunggal Ika⁴ yang berarti berbeda-beda tetapi tetap satu sangat sesuai dengan social condition dan cultural setting Indonesia, sebagai

² J. Kristiadi, Menemukan Kembali Semangat Bhineka Tunggal Ika, dalam Frans Magnis-Suseno et al., *Jalan Ketiga Inclusive Bhineka Tunggal Ika Melalui Gadget*, Yogyakarta: Impulse dan HiVOS, 2010, hal. 63-64.

³ T.K Oommen, *Kewarganegaraan, Kebangsaan, dan Etnisitas: Mendamaikan Persaingan Identitas*, Yogyakarta: Kreasi Wacana, 2009. hal 226.

⁴ Bunyi lengkap dari ungkapan bhineka tunggal ika dapat ditemukan dalam Kitab Sutasoma yang ditulis Mpu Tantular pada abad XIV di masa Kerajaan Majapahit. Dalam kitab tersebut Mpu Tantular menulis “*Rwaneka dhatu winuwus Buddha Wiswa, Bhinneki rakwa ring apan kena parwanosen, mangka ng Jinatwa kalawan Siwatatwa tunggal Bhinneka tunggal ika tan hana dharma mangrwa*” (bahwa agama Budha dan Siwa (Hindu) merupakan zat yang berbeda, tetapi nilai-nilai kebenaran Jina (Buddha) dan Siwa adalah tunggal.terpecah belah, tetapi satu jua, artinya tak ada dharma yang mendua). Nama Mpu Tantular sendiri terdiri dari

ungkapan yang menunjukkan adanya kemauan yang serius untuk menunjukkan adanya kemauan yang serius untuk mewujudkan suatu bangsa dan negara Indonesia yang bersatu dalam keberagaman. Dengan kata lain, sekalipun terdiri dari berbagai unsur yang berbeda, namun kemauan untuk mempersatukan bangsa sesungguhnya mengatasi keanekaragaman itu tanpa menghapuskannya, tapi bahkan merayakannya. Sejalan dengan itu, konsepsi tentang semboyan Bhineka Tunggal Ika meskipun berbeda-beda, tetap satu jua (*Unity in Diversity, Diversity in Unity*). Di satu sisi, ada wawasan ke-Eka-an yang berusaha mencari titik temu dari segala kebhinekaan yang terkristalisasi dalam dasar Negara (Pancasila), Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945⁵, dan segala turunan perundang-undangannya, Negara persatuan, bahasa persatuan, dan simbol-simbol kenegaraan lainnya. Di sisi lain, ada wawasan kebhinekaan yang menerima dan memberi ruang hidup bagi aneka perbedaan, seperti aneka agama/keyakinan, budaya, dan bahasa daerah, serta unit-unit politik tertentu sebagai warisan budaya.⁶ Menurut Achmad Harris Zubair, keinginan bersama untuk tetap menghargai perbedaan dan memahaminya sebagai realitas kehidupan sesungguhnya dapat menjadi potensi kesadaran etik pluralisme dan multikulturalisme di Indonesia. Pada dasarnya pula hal tersebut dapat membentuk kebudayaan Indonesia masa depan yang bertumpu pada kesadaran akan kemajemukan yang menjadi fondasi lahirnya bangsa Indonesia Modern.⁷

Namun pada kenyataannya, sejumlah pakar menganggap bahwa “masyarakat multikultur Indonesia” merupakan sesuatu yang belum terwujud di era reformasi sekarang ini, berbagai peristiwa kekerasan yang terjadi di sejumlah daerah di Indonesia, menunjukkan kecenderungan dan potensi kekerasan antar masyarakat yang multi etnis dan bangsa sesungguhnya tak pernah benar-benar pasca runtuhnya Orde Baru, masih banyak keterpinggiran yang dialami oleh kelompok-kelompok minoritas. Meskipun reformasi politik memang

tan (tidak) dan tular (terpengaruh), dengan demikian, Mpu Tantular adalah seorang Mpu (cendekiawan, pemikir) yang berpendirian teguh, tidak mudah terpengaruh oleh siapapun), dalam Suhandi 2011

⁵ Untuk selanjutnya dalam skripsi ini disebut dengan UUD 1945

⁶ Tim sosialisasi, Op Cit hal. 6

⁷ Achmad Harris Zubair, *Membangun Kesadaran Etika Multikulturalisme di Indonesia*, dalam jurnal filsafat, Agustus 2003, Jilid 34, Nomor 2, Yogyakarta: Fakultas Filsafat UGM, 2003, hal 113.

menghasilkan sejumlah perubahan positif, misalnya lebih menghargai masyarakat adat, namun lanskap kebijakan pemerintah Indonesia tentang multikulturalisme hampir tidak beranjak jauh dari perspektif masa lalu. Perubahan kebijakan dan nama programnya justru telah memperkuat ambivalensi negara dalam isu multikulturalisme, yang berpotensi melanggar hak-hak minoritas.⁸

Menurut Robert B. Baowollo, ambivalensi negara dalam isu multikulturalisme, berupa: di satu sisi negara berkepentingan memajukan identitas kewarganegaraan yang bersifat inklusif, namun di sisi lain negara masih terus membiarkan proses penguatan identitas eksklusif dengan melakukan pembiaran terhadap aksi kelompok-kelompok yang anti pluralisme, atau terhadap produk-produk peraturan dan undang-undang yang diskriminatif.⁹ Selain pemerintah, masyarakat juga memelihara dan membenarkan eksklusifisme¹⁰ (mengembangkan perlakuan diskriminatif) dengan menolak kehadiran etnis/suku dan/atau agama lain di wilayah pemukiman mereka.

Dalam era global dan ketika demokratisasi diluaskan, aspirasi-aspirasi berbagai kelompok keagamaan terlihat semakin menguat, dan gesekan-gesekan antar pemeluk agama semakin mudah melahirkan konflik. Di samping itu, cara dan tingkat pemahaman yang dimiliki oleh para pemeluk agama juga ikut menentukan corak keberagaman yang muncul di permukaan.

Demokrasi sejatinya merupakan angin segar bagi corak keberagaman di Indonesia, namun bak pedang bermata dua demokrasi juga berpotensi membawa toleransi keberagaman menuju titik nadir. Kelompok-kelompok mayoritas giat melakukan penguatan eksklusifitas atas identitas diri di masyarakat, dengan mengatasnamakan demokrasi tak jarang kelompok mayoritas memberikan

⁸ M. Uzair Fauzan, *Politik Representasi dan Multikulturalisme*, dalam Hikmat Budiman, *Hak Minoritas: Dilema Multikulturalisme di Indonesia*. Jakarta: The Interseksi Foundation, 2005, hal, 67-68.

⁹ Munculnya kelompok-kelompok fundamentalisme agama seperti Hizbut tahrir Indonesia yang secara tegas menolak konsep negara demokrasi dan menuntut ditegakkannya khilafah di negara Indonesia. Contoh produk hukum yang bersifat diskriminatif nampaknya dewasa ini justru menjadi trend dan komoditas politik, keberadaan perda syariah tak jarang digunakan hanya untuk kepentingan politik penguasa untuk mendulang dukungan dari konstituen yang akhirnya mengenyampingkan pluralitas dan multikulturalisme Indonesia.

¹⁰ Robert B. Baowollo, *Inclusive Citizenship: Merumuskan Pertanyaan Penelitian Baru untuk Sebuah Persoalan Lama*, dalam Tim Analisis Impulse, *Inclusive Citizenship: Meningkatkan Kesadaran Kewarganegaraan Menuju Masyarakat Egaliter*, Yogyakarta: Impulse, Pintal dan HiVOS, 2010, hal, 30.

penghukuman atas perbedaan kelompok minoritas. Di samping itu, justifikasi agama sebagai norma kebenaran yang mutlak dijadikan sebagai landasan untuk membenarkan tindakan-tindakan diskriminatif terhadap kelompok-kelompok yang berpandangan berbeda.

Persoalan perbedaan terlebih perbedaan keyakinan dan agama membutuhkan perhatian yang serius dari pemerintah selaku institusi negara yang memiliki kewajiban untuk melindungi kepentingan warga negaranya. Kewajiban tersebut kemudian terejawantahkan dalam konstitusi¹¹ maupun peraturan-perundang-undangan lainnya.

Berbanding terbalik dengan semangat pengadopsian nilai-nilai HAM pada konstitusi dan berbagai regulasi di Indonesia, fenomena pelanggaran hak kebebasan beragama justru semakin meningkat. Laporan Setara Institut untuk tahun 2012 menyebutkan eskalasi pelanggaran baik berupa tindakan dan peristiwa dalam enam tahun terakhir meningkat pesat dari 131 peristiwa dan 185 tindakan pada tahun 2007 menjadi 264 peristiwa dan 371 tindakan pada tahun 2012.¹² Senada dengan Setara Institut, The Wahid Institute juga mencatat peningkatan dari 267 peristiwa dan 317 tindakan pada tahun 2011 menjadi 278 peristiwa dan 363 tindakan pada tahun 2012.¹³ The Indonesian Legal Resource Center (ILRC) meliris setidaknya terjadi 37 kasus pada konteks penodaan agama, yang berujung pada upaya pemidanaan melalui peradilan sejak tahun 1968 sampai dengan tahun 2012.¹⁴

Upaya penyelesaian konflik umat beragama masih berkonsentrasi pada hilir persoalan tetapi akar permasalahan dari timbulnya konflik justru sering kali diabaikan. Keberadaam eksklusifitas dan pandangan konvensional masyarakat

¹¹ Dalam pembukaan Undang-Undang Negara Republik Indonesia Tahun 1945 disebutkan bahwa salah satu cita-cita dibentuknya NKRI adalah melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.

¹² Lihat grafik 8 pada Halili dkk, *Kepemimpinan Tanpa Prakarsa Kondisi Kebebasan Beragama/Berkeyakinan di Indonesia 2012*, (Jakarta: Pustaka Masyarakat Setara, 2013), hal 53. Versi *ebook* laporan ini dapat diunduh pada <http://www.setara-institute.org/id/content/kondisi-kebebasanberagama-dan-berkeyakinan-2012>

¹³ Lihat The Wahid Institute, *Laporan Akhir Tahun Kebebasan Beragama dan Intoleransi 2012 The Wahid Institute*, (Jakarta: The Wahid Institute, 2013), hal 40 Versi *ebook* laporan ini dapat diunduh pada http://www.wahidinstitute.org/Banner/Detail/?id=29/hl=id/Laporan_KBB_2012

¹⁴ Lihat Tabel 1 pada Uli Parulian Sihombing, dkk, *Ketidakadilan Dalam Beriman Hasil Monitoring Kasus-Kasus Penodaan Agama dan Ujaran Kebencian atas Dasar Agama di Indonesia*, (Jakarta: ILRC, 2012), hal 11-16

menciptakan kebencian atas dasar perbedaan pandangan beragama. Kelompok mayoritas mendasarkan agama sebagai alat pembenar untuk melakukan penyebaran kebencian terhadap kelompok-kelompok, individu, Negara bahkan sebuah system.¹⁵ Ujaran kebencian atas dasar agama adalah hulu dari persoalan konflik beragama dan praktik intoleransi di Indonesia. Di samping itu, adanya kebebasan berkespresi dan berpendapat yang dijamin secara konstitusional oleh UUD 1945 dijadikan sebagai dasar yang membenarkan praktik penyebaran kebencian. Alih-alih menjadi penyelamat bangsa dari bahaya otoritarianisme reformasi yang melahirkan demokrasi kini seakan berbalik menyerang semangat pembebasan dan kemerdekaan.

Ujaran kebencian atas dasar agama yang menjadi pemicu munculnya konflik umat beragama telah diatur baik secara internasional maupun nasional. Melalui Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant On Civil and Political Rights* tentang Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik¹⁶ masyarakat internasional bersepakat bahwa ujaran kebencian atas dasar agama merupakan tindak kriminal yang patut untuk diperangi secara bersama-sama. Namun, pada kenyataannya pelaku ujaran kebencian atas dasar agama di Indonesia masih bebas berkeliaran, sementara korban dari praktik ujaran kebencian atas dasar agama harus dikriminalisasi atas tindakan penodaan atas dasar agama.¹⁷ Hal ini menjadi ironi, ketika ketentuan pidana atas ujaran kebencian atas dasar agama pada Pasal 156 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana¹⁸ hanya sebatas ancaman tertulis namun langka implementasi.

Berdasarkan permasalahan tersebut, penulis melihat perlu adanya kajian akademis untuk mengkaji ulang persoalan seputar Kebijakan formulasi pengaturan serta kewajiban Negara untuk memberikan perlindungan dari praktik ujaran kebencian atas dasar agama untuk menyelesaikan permasalahan konflik

¹⁵ Beberapa Organisasi Keagamaan seperti, FPI dan HTI seringkali menyebarkan selebaran-selebaran yang berisi provokasi terhadap aliran agama yang berbeda.

¹⁶ Untuk selanjutnya dalam penulisan skripsi ini disebut ICCPR

¹⁷ Kasus kerusuhan yang terjadi pada jemaat ahmadiyah di cikeusik, penyerangan terhadap aliansi kebebasan beragama di monas pada 1 juni 2008 oleh FPI, dan pengusiran warga syiah Sampang. Kasus-kasus tersebut terjadi setelah pimpinan-pimpinan kelompok keagamaan mayoritas menyerukan bahwa ahmadiyah dan syiah merupakan aliran sesat dan harus dibubarkan. Analisis kasus akan dibahas di dalam Bab III skripsi ini.

¹⁸ Untuk selanjutnya dalam penulisan skripsi ini disebut KUHP.

beragama yang tengah terjadi di masyarakat melalui sebuah penelitian dalam bentuk skripsi yang berjudul **PELAKSANAAN PASAL 20 AYAT 2 INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS SEBAGAI BENTUK KEWAJIBAN NEGARA TERHADAP PERLINDUNGAN HAK BERAGAMA DARI PRAKTIK UJARAN KEBENCIAN ATAS DASAR AGAMA DI INDONESIA.**

1.2 Rumusan Masalah

Uraian latar belakang di atas merupakan titik penting atas permasalahan yang sedang mengemuka mengenai praktik ujaran kebencian atas dasar agama di Indonesia. Berkaitan dengan hal tersebut, secara garis besar terdapat tiga permasalahan yang dapat dirumuskan dalam penelitian ini, antara lain:

1. Apakah ketentuan Pasal 156 KUHP sebagai dasar pengaturan hukum mengenai ujaran kebencian atas dasar agama di Indonesia telah sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 20 ayat 2 ICCPR?
2. Bagaimana upaya Negara Republik Indonesia dalam mengharmonisasikan Pasal 156 KUHP dengan Pasal 20 ayat 2 ICCPR sebagai wujud kewajiban negara dalam memberikan perlindungan hak beragama dari praktik ujaran kebencian atas dasar agama?

1.3 Tujuan dan Manfaat Penelitian

1.3.1 Tujuan Penelitian

Secara garis besar tujuan dalam penelitian ini dibagi menjadi dua bagian, yaitu tujuan umum dan tujuan khusus. Tujuan umum penelitian antara lain:

1. Memenuhi dan melengkapi tugas sebagai persyaratan pokok yang bersifat akademis guna mencapai gelar Sarjana Hukum sebagaimana kurikulum Fakultas Hukum Universitas Jember.
2. Menerapkan ilmu dan pengetahuan hukum yang telah diperoleh dari perkuliahan sehingga mampu menjelaskan dan menghubungkan antara teori dan praktiknya dengan baik.
3. Memberikan sumbangan pemikiran yang berguna bagi masyarakat, khususnya sivitas akademik Fakultas Hukum Universitas Jember.

Tujuan khusus yang hendak dicapai dalam penelitian ini antara lain:

1. Mengetahui apakah ketentuan Pasal 156 KUHP sebagai dasar pengaturan hukum mengenai ujaran kebencian atas dasar agama di Indonesia telah sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 20 ayat 2 ICCPR.
2. Mengetahui bagaimana upaya Negara Republik Indonesia dalam mengharmonisasikan Pasal 156 KUHP dengan Pasal 20 ayat 2 ICCPR sebagai wujud kewajiban negara dalam memberikan perlindungan hak beragama dari praktik ujaran kebencian atas dasar agama.

1.3.2 Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan memberikan nilai manfaat, baik secara teoretis maupun praktis, antara lain:

1. Secara teoretis, diharapkan mampu menjelaskan pengaturan ujaran kebencian atas dasar agama di Indonesia dan pemikiran secara konseptual mengenai apa yang seharusnya dilakukan dalam praktik ketatanegaraan sehingga dapat dijadikan sebagai referensi dalam kajian Ilmu Hukum, terutama Hukum dan HAM dan Hukum Internasional .
2. Secara praktis, diharapkan mampu menjelaskan praktik pengaturan ujaran kebencian atas dasar agama di Indonesia sekaligus sebagai bahan masukan bagi para pengambil kebijakan untuk merumuskan, menyusun dan memperbaiki kebijakan hukum di bidang perlindungan hak beragama Indonesia.

1.4 Metode Penelitian

Penggunaan metode dalam sebuah penelitian merupakan ciri khas dalam disiplin ilmu, khususnya Ilmu Hukum yang bertujuan mengungkapkan kebenaran secara sistematis, metodologis dan konsisten. Penggunaan metode dalam sebuah karya ilmiah sebagai sebuah proses untuk menggali, mengolah dan merumuskan bahan-bahan hukum dalam menjawab permasalahan hukum dengan uraian secara logis dan sistematis sehingga dapat ditarik kesimpulan secara ilmiah. Metode

penelitian dalam penelitian ini meliputi empat aspek meliputi tipe penelitian, pendekatan masalah, sumber bahan hukum dan analisis bahan hukum.

1.4.1 Tipe Penelitian

Titik tolak penelitian ini adalah Ilmu Hukum sehingga tipe penelitian yang digunakan adalah penelitian yuridis normatif (*legal research*), yaitu penelitian mengenai penerapan norma-norma hukum positif. Penelitian ini dilakukan dengan mengkaji aturan hukum yang bersifat autoritatif melalui penggunaan literatur sebagai konsep teori serta pendapat ahli hukum yang kemudian dihubungkan dengan permasalahan yang dianalisis.¹⁹ Dengan demikian, penelitian yuridis normatif merupakan tipe penelitian dalam penelitian hukum menekankan objek yang diteliti adalah norma karena mengingat bahwa hukum bekerja terutama dengan norma, bukan fakta.²⁰

1.4.2 Pendekatan Masalah

Pendekatan masalah digunakan untuk menganalisis dan memperoleh informasi mengenai isu yang dibahas dalam penelitian. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan asas-asas hukum (*legal principle approach*), pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan analitis (*analytical approach*).²¹

Pertama, pendekatan asas-asas hukum dilakukan untuk mengkaji penerapan asas-asas hukum atas pengaturan hukum dalam peraturan perundang-undangan. *Kedua*, pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah perundang-undangan yang berkaitan dengan permasalahan yang sedang berkembang dan tengah dianalisis. *Ketiga*, pendekatan konseptual sebagai pendekatan yang berangkat dari pandangan hukum yang berkembang dalam Ilmu Hukum dalam menguraikan gagasan atas permasalahan relevan yang tengah dihadapi.²²

¹⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Prenada Media Group, 2005, hal. 29.

²⁰ J. Myron Jacobstein dalam bukunya, "*Legal Research Illustrated*" sebagaimana dikutip CFG Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Akhir Abad Ke-20*, Bandung: Alumni, 1994, hal. 27-28.

²¹ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Cetakan Keempat, Jakarta: Banyumedia, 2008, hal. 310.

²² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian...*, *op.cit.*, hal. 95.

Keempat, pendekatan kasus dilakukan dengan menelaah permasalahan hukum yang telah terjadi dan permasalahan tersebut telah diputus oleh lembaga peradilan yang pada intinya bertujuan untuk mempelajari penerapan norma-norma hukum. Sebagai konsekuensi kasus yang telah terjadi tersebut sehingga bermakna empiris yang digunakan untuk memperoleh gambaran terhadap dampak dimensi penormaan dalam suatu aturan hukum dan praktik hukum serta menggunakan hasil analisisnya untuk bahan masukan dalam eksplanasi hukum.²³ Hal demikian sejalan dengan pendapat Peter Mahmud yang mengemukakan bahwa pendekatan kasus dilakukan dengan telaah terhadap kasus-kasus berkaitan dengan isu yang berkembang yang telah menjadi putusan pengadilan sehingga mempunyai kekuatan hukum tetap.²⁴

Kelima, pendekatan analitis dilakukan untuk mengetahui makna yang terkandung oleh istilah-istilah yang digunakan dalam aturan perundang-undangan secara konsepsional, sekaligus untuk mengetahuinya dalam praktik dan putusan-putusan hukum sehingga dilakukan melalui dua pemeriksaan. *Pertama*, peneliti berusaha memperoleh makna baru yang terkandung di dalam aturan hukum yang bersangkutan. *Kedua*, menguji istilah-istilah hukum tersebut dalam praktik melalui analisis terhadap putusan-putusan hukum.²⁵

1.4.3 Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum merupakan pedoman dalam mencari pokok jawaban yang untuk memecahkan permasalahan sekaligus sebagai preskripsi mengenai apa yang diperlukan sebagai sumber penelitian. Sumber dalam penelitian ini terdiri atas bahan hukum primer (*primary sources or authorities*), bahan hukum sekunder (*secondary sources or authorities*) dan bahan non hukum.²⁶

a) Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer merupakan suatu bahan hukum yang bersifat autoritatif yang digunakan dalam penelitian hukum yang terdiri dari peraturan

²³ Johnny Ibrahim, *Teori...*, *op.cit.*, hal. 310.

²⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian...*, *op.cit.*, hal. 94.

²⁵ Johnny Ibrahim, *Teori...*, *op.cit.*, hal. 321.

²⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian...*, *op.cit.*, hal. 124.

perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah pembuatan perundang-undangan dan putusan-putusan hukum.²⁷ Bahan hukum primer sebagai landasan yuridis yang digunakan dalam penelitian ini antara lain:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana jo. Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang Peraturan Hukum Pidana untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan mengubah KUHP (Lembaran Negara Tahun 1958 Nomor 127, Tambahan Lembaran Negara Nomor 1660);
3. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 165, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3886);
4. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant On Civil and Political Rights* tentang Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 119, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4558);

b) Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder berupa publikasi hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal hukum dan komentar ahli hukum atas putusan pengadilan.²⁸ Sedangkan bahan hukum sekunder yang digunakan peneliti adalah buku, jurnal, majalah dan makalah tentang hukum, hak asasi manusia, dan hukum internasional.

c) Bahan Non Hukum

Sumber bahan non hukum adalah sebagai penunjang dari sumber bahan hukum primer dan sekunder. Bahan ini memberikan petunjuk maupun penjelasan

²⁷ Johnny Ibrahim, *Teori...*, *op.cit.*, hal. 141.

²⁸ *Ibid*, hal. 141.

terhadap sumber bahan hukum primer dan sekunder.²⁹ Sumber bahan non hukum yang digunakan dalam penulisan penelitian ini berkaitan dengan persoalan konflik umat beragama di Indonesia serta isu-isu yang berkaitan dengan pokok masalah penelitian.

1.4.4 Analisis Bahan Hukum

Analisis bahan hukum dilakukan setelah seluruh bahan hukum terkumpul kemudian dianalisis secara yuridis normatif. Analisis ini dilakukan dengan mengevaluasi norma-norma hukum yang didasarkan pada konstitusi atas permasalahan yang sedang berkembang sebagai proses untuk menemukan jawaban atas pokok permasalahan melalui beberapa tahap.

Pertama, mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminasi hal yang tidak relevan dengan pokok permasalahan. *Kedua*, pengumpulan bahan hukum yang relevan dengan permasalahan. *Ketiga*, telaah atas permasalahan yang diajukan berdasarkan bahan hukum yang telah dikumpulkan. *Keempat*, menyimpulkan pembahasan dalam bentuk argumentasi dengan menjawab rumusan permasalahan. *Kelima*, mengajukan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun secara konsisten dalam kesimpulan.³⁰

Hasil analisis bahan hukum kemudian dibahas untuk menghasilkan sintesis sehingga menjawab permasalahan. Hal demikian dimaksudkan untuk menarik kesimpulan yang dapat dipertanggungjawabkan dengan metode deduktif dengan berpangkal dari prinsip dasar dan menghadirkan objek yang diteliti.³¹ Metode deduktif merupakan prosedur penyimpulan logika ilmu pengetahuan yang bertolak dari proporsi umum yang kebenarannya telah diketahui dan disimpulkan secara lebih khusus.

²⁹ *Ibid*, hal. 165.

³⁰ *Ibid*, hal. 171.

³¹ *Ibid*, hal. 42.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

2.1 Hak Beragama dalam Negara Hukum Demokrasi Indonesia

Dalam perspektif teori kontrak sosial (*social contract*), Jean Jacques Rousseau mengemukakan bahwa rakyat merupakan pelaksana dari kehendak umum (*volonte generale*). Kehendak umum ini merupakan suatu kontrak bagi masyarakat yang bersangkutan untuk mengikatkan diri dan patuh pada pemerintah yang dipilih oleh rakyat, sebaliknya pemerintah juga terikat dengan kontrak sosial untuk melaksanakan kehendak rakyat.³² Dalam keadaan demikian negara dapat dipandang sebagai asosiasi manusia yang hidup dan bekerjasama untuk mencapai tujuan bersama.³³

Negara merupakan suatu masyarakat teritorial yang dibagi menjadi pemerintah dan yang diperintah (rakyat) yang memiliki sifat dan tujuan tertentu.³⁴ Pada dasarnya, sifat hakiki dari suatu negara adalah ikatan suatu bangsa, organisasi kewibawaan atau organisasi jabatan (*ambten organisatie*), dan bentuk eksekutif merupakan organisasi kekuasaan.³⁵ Sedangkan dalam pandangan Logemann, sifat dan hakikat negara adalah suatu organisasi kekuasaan yang memiliki kewibawaan (*gezag*) yang dapat memaksakan kehendaknya kepada semua orang yang menjadi warga dari organisasi kekuasaan itu.³⁶

Berkaitan dengan tujuan negara berangkat dari pemahaman bahwa keberadaan suatu negara didasarkan atas keperluan rakyat sebagai pemilik kedaulatan sehingga negara tidak mempunyai tujuan tersendiri di luar kehendak rakyat.³⁷ Namun, pada dasarnya tujuan akhir setiap negara untuk menciptakan

³² Munir Fuady, *Konsep Negara Demokrasi*, Jakarta: Refika Aditama, 2010, hal. 28.

³³ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia, 2008, hal. 54.

³⁴ C.F. Strong, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan Tentang Sejarah dan Bentuk*, Terjemahan dari: *Modern Political Constitutions: An Introduction to the Comparative of Their History and Existing Form*. Bandung: Nusamedia, 2011, hal. 7.

³⁵ Lukman Hakim, *Kedudukan Hukum Komisi Negara di Indonesia*. Malang: PPS UB Malang, 2010, hal. 19.

³⁶ I Gde Pantja Astawa dan Suprin Na'a, *Ilmu Negara dan Teori Negara*, Jakarta: Refika Aditama, 2010, hal. 43.

³⁷ Harjono, "Pemilikada dan Kembalinya Demokrasi". Makalah disampaikan pada Dialog Publik, *Mencegah dan Menyelesaikan Sengketa Pemilihan Kepala Daerah*, Fakultas Hukum Universitas Jember, Maret 2010, hal. 19.

kebahagiaan bagi rakyatnya (*bonum publicum, common good, common wealth*).³⁸

Dalam pendekatan teori tujuan negara (*die lehren vom zweck des staates*) secara garis besar negara membagi arah tujuan menjadi tiga konsep, antara lain:

1. Mencapai tujuan politik, yaitu negara identik dengan penguasa. Tujuan negara adalah membangun kekuasaan secara efektif. Penguasa (*in casu* pemerintah) menggunakan kekuasaannya untuk memaksakan kepentingannya. Setelah kekuasaan kuat, penguasa tersebut kemudian menjadi korup, tiran dan despotik (semena-mena dan kejam);
2. Mencapai kemakmuran materiil, yaitu kemakmuran atau kesejahteraan materiil menjadi tujuan inheren dalam bangunan negara karena negara sebagai organisasi masyarakat berupaya menggalang pemenuhan kebutuhan materiilnya secara struktural melalui pemerintahan yang ada. Tujuan mencapai kemakmuran ini melahirkan tipologi negara yang berbeda, meliputi *polizei staat* (mencapai kemakmuran negara), *formele rechtstaat* (mencapai kemakmuran individu) dan *materiele rechtstaat* (hukum diarahkan pada kemanfaatan atau kesejahteraan masyarakat (*social welfare*) sebagai tujuan negara kesejahteraan).
3. Mencapai kebahagiaan akhirat (konsep eskatologi), yang menekankan peran negara untuk memberikan fasilitas kepada rakyatnya untuk leluasa melakukan amal shalih guna mempersiapkan hidup sesudah mati (*life after death*) sehingga negara bertanggungjawab secara moral untuk mengarahkan warganya untuk menjadi manusia yang beriman dan bertakwa di samping berilmu dan berteknologi.³⁹

Dalam pemikiran Miriam Budiardjo, penyelenggaraan negara setidaknya perlu memiliki fungsi melaksanakan penertiban (*law and order*), mengusahakan kesejahteraan dan kemakmuran rakyat, pertahanan dan menegakkan keadilan.⁴⁰ Sedangkan tujuan Negara Republik Indonesia sebagaimana tertuang dalam Pembukaan UUD 1945 adalah untuk membentuk suatu pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/

³⁸ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar...*, *op.cit.*, hal. 54.

³⁹ Lukman Hakim, *Kedudukan...*, *op.cit.*, hal. 22-23.

⁴⁰ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar...*, *op.cit.*, hal. 55-56.

Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.⁴¹

2.1.1 Demokrasi Konstitusional Indonesia

Demokrasi menempatkan manusia sebagai pemilik kedaulatan (*sovereignty*) yang kemudian dikenal dengan prinsip kedaulatan rakyat.⁴² Prinsip kedaulatan rakyat lahir dari ajaran kedaulatan rakyat (*volks-soverenteit*) yang dikenalkan Rousseau yang merupakan kelanjutan dari filsafatnya bersumber dari perasan yang melekat pada diri manusia sebagai satu-satunya makhluk yang mempunyai peradaban (*civilization*).⁴³

C.F. Strong mendefinisikan demokrasi sebagai bentuk pemerintahan yang kekuasaannya dalam mengambil keputusan suatu negara ditetapkan secara sah, bukan menurut golongan, tetapi menurut anggota-anggota dari suatu komunitas sebagai suatu keseluruhan.⁴⁴ Sedangkan pengertian demokrasi menurut Jack Donnely sebagai berikut:

*“Democracy is based on the freely expressed will of the people to determine their own political, economic social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives”.*⁴⁵

Demokrasi ini didasarkan pada kehendak kebebasan berekspresi bagi rakyat untuk menentukan sistem politik, sosial, budaya dan ekonomi melalui partisipasi penuh rakyat dalam segala aspek kehidupan mereka. Sedangkan demokrasi dalam pandangan Henry B. Mayo adalah suatu sistem pemerintahan dalam penentuan kebijakan umum atas dasar mayoritas oleh wakil rakyat yang diawasi secara efektif oleh rakyat dalam pemilihan berkala yang didasarkan atas persamaan politik dan diselenggarakan dalam suasana terjaminnya kebebasan politik.⁴⁶

⁴¹ Alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

⁴² Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, hal. 532.

⁴³ I Gde Panja Astawa dan Suprin Na'a, *Ilmu...*, *op.cit.*, hal. 113.

⁴⁴ C.F. Strong, *Konstitusi-Konstitusi...*, *op.cit.*, hal. 14-15.

⁴⁵ Jack Donnely, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Edisi Kedua, New York: Cornell University, 2003, hal. 188.

⁴⁶ Munir Fuady, *Konsep...*, *op.cit.*, hal. 3.

Kedaulatan rakyat dalam sistem demokrasi tercermin dalam ungkapan sistem pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat (*government of the people, by the people, for the people*) dengan tujuan utama untuk memberikan kebahagiaan yang sebesar-besarnya kepada rakyat. Jika dalam pelaksanaan demokrasi ternyata justru merugikan rakyat banyak sehingga menguntungkan orang-orang tertentu, maka hal demikian merupakan pelaksanaan demokrasi yang salah.⁴⁷ Prinsip demokrasi menjamin peran serta masyarakat dalam pengambilan keputusan sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang diterapkan dan ditegakkan benar-benar mencerminkan rasa keadilan masyarakat.⁴⁸

Menurut Ni'matul Huda, di antara sekian banyak aliran pemikiran yang dinamakan demokrasi, ada dua kelompok aliran yang paling penting, yaitu demokrasi konstitusional dan satu kelompok yang menamakan dirinya demokrasi, tetapi pada hakikatnya mendasarkan dirinya atas komunisme. Perbedaan fundamental di antara kedua aliran tersebut bahwa demokrasi konstitusional bercita-cita mewujudkan kekuasaan pemerintahan yang terbatas pada suatu negara hukum (*rechtstaat*). Sebaliknya, demokrasi yang mendasarkan dirinya atas komunisme bercita-cita mewujudkan kekuasaan pemerintahan yang tidak dapat dibatasi (*machtstaat*) dan bersifat totaliter.⁴⁹

Demokrasi dimaksudkan bahwa rakyat atau warga negara yang memegang kekuasaan tertinggi dalam pemerintahan negara. Pengertian kekuasaan tertinggi ini tidak dapat dipahami bersifat mutlak yang tidak terbatas, namun kekuasaan tertinggi dibatasi kesepakatan yang ditentukan secara bersama-sama dalam rumusan konstitusi.⁵⁰ Dalam teori kontrak sosial menempatkan pelaksanaan demokrasi dalam rangka memenuhi hak-hak tiap manusia karena negara dicapai secara bersama-sama dan diwujudkan dalam perjanjian sosial yang berisi tentang tujuan bersama, batas-batas hak individual dan mengenai siapa yang bertanggungjawab untuk mencapai tujuan tersebut. Perjanjian tersebut diwujudkan dalam bentuk konstitusi

⁴⁷ *Ibid*, hal. 29.

⁴⁸ Jimly Asshiddiqie, *Menuju...*, *op.cit.*, hal. 533.

⁴⁹ Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 2005, hal. 242-243.

⁵⁰ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, hal.117.

sebagai hukum tertinggi (*the supreme law of the land*) yang kemudian dielaborasi secara konsisten dalam hukum dan kebijakan negara.⁵¹

Dalam konsep nomokrasi, Negara menempatkan hukum sebagai pijakan dasar dalam kehidupan bernegara, sehingga sesungguhnya hukum merupakan kekuasaan tertinggi dalam penyelenggaraan negara atau dikenal dengan prinsip bahwa yang memerintah dalam negara adalah hukum, bukan manusia (*the rule of law, and not a man*). Pada prinsipnya, melalui hukum diarahkan untuk mewujudkan ketertiban dengan memiliki beberapa tujuan yang menurut teori modern adalah untuk mencapai keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.⁵²

Rechtstaat lahir pada abad ke-19 setelah tumbuhnya paham tentang negara yang berdaulat dan berkembangnya teori perjanjian mengenai terbentuknya negara serta kesepakatan penggunaan kekuasaannya. Menurut Scheltema, unsur-unsur *Rechtstaat* adalah kepastian hukum, persamaan, demokrasi dan pemerintahan yang melayani kepentingan umum. Sedangkan konsep *Rechtstaat* muncul dari Friedrich Julius Stahl yang diilhami oleh Immanuel Kant yang unsur-unsur terdiri atas:

1. Perlindungan hak-hak asasi manusia.
2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu.
3. Pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan.
4. Peradilan administrasi negara.⁵³

Rule of Law merupakan konsep negara hukum yang tumbuh dan berkembang di negara Anglo Saxon, antara lain Amerika Serikat dan Inggris. Pandangan ini lahir dari Albert Venn Dicey yang mengemukakan bahwa setidaknya *Rule of Law* mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

1. Supremasi hukum (*supremacy of law*) dan tidak adanya kesewenang-wenangan tanpa aturan yang jelas.
2. Persamaan di muka hukum (*equality before the law*).
3. Konstitusi yang didasarkan atas hak perorangan (*the constitution based on individual rights*).⁵⁴

⁵¹ Jimly Asshiddiqie, *Menuju...*, *op.cit.*, hal. 532.

⁵² Achmad Ali, *Menguk Teori Hukum (Legal Theory), Teori Peradilan (Judicialprudence), Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Jakarta: Prenada Medi Group, 2010, hal.213.

⁵³ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Rajawali Pers, 2006, hal. 3.

Dalam konteks Indonesia, Franz Magnis Suseno berpandangan suatu negara hukum yang demokratis meliputi sebagai berikut:

1. Fungsi-fungsi kenegaraan dijalankan oleh lembaga-lembaga sesuai dengan ketetapan-ketetapan sebuah Undang-Undang Dasar.
2. Undang-undang dasar menjamin HAM sebagai unsur yang paling penting.
3. Badan-badan negara yang menjalankan kekuasaan masing-masing selalu dan hanya atas dasar hukum yang berlaku.
4. Terhadap tindakan badan negara, masyarakat dapat mengadu ke pengadilan dan putusan pengadilan dilaksanakan oleh badan negara.
5. Badan kehakiman bebas dan tidak memihak.⁵⁵

Sejalan dengan perkembangan sistem ketatanegaraan Indonesia, Asshiddiqie mengemukakan beberapa prinsip dalam negara hukum modern, meliputi supremasi hukum (*supremacy of law*), persamaan di depan hukum (*equality before the law*), asas legalitas (*due process of law*), pembatasan kekuasaan, organ-organ pendukung yang independen, peradilan bebas dan tidak memihak, peradilan tata usaha negara, peradilan tata negara (*constitutional court*), perlindungan HAM, demokratis (*demokratische rechtstaat*), negara sebagai sarana mewujudkan *welfare rechtstaat* dan transparansi dan kontrol sosial.⁵⁶

Abdul Mukthie Fadjar mendefinisikan konstitusionalisme sebagai sebuah paham meliputi prinsip kedaulatan rakyat, negara hukum, pembatasan kekuasaan, perlindungan HAM dan pluralisme.⁵⁷ Perkembangan konstitusionalisme mempunyai visi utama yang menghendaki adanya pembatasan kekuasaan dalam pemerintahan melalui hukum dasar.⁵⁸

⁵⁴ Muhammad Tahir Azhari, *Negara Hukum: Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*. Jakarta: Prenada Media Group, 2007. hal. 90.

⁵⁵ Lukman Hakim, *Eksistensi Komisi-Komisi Negara Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Ringkasan Disertasi, Malang: PDIH FH Universitas Brawijaya, 2009, hal. 30. Bandingkan dengan pendapat Lubis, *in similar terms argues that there are three basic ingredients of negara hukum: (a) a guarantee of human rights protection; (ii) an independent and impartial judiciary; and (c) strict adherence to the principle of legality*. Denny Indrayana, *Indonesian...*, hal. 83-84.

⁵⁶ *Ibid*, hal. 49-52.

⁵⁷ Jazim Hamidi, *et.al.*, *Hukum Perbandingan Konstitusi*. Jakarta: Prestasi Pustaka, 2009. hal. 14.

⁵⁸ *Ibid*, hal. 12.

Konsepsi negara hukum Indonesia telah diletakkan sebagai dasar bernegara yang tercantum dalam batang tubuh UUD 1945 hasil perubahan, yang sebelumnya hanya dicantumkan dalam penjelasan UUD 1945 sebelum perubahan. Melalui beberapa penekanan pada UUD 1945 hasil perubahan, konsepsi negara hukum menjadi norma dalam UUD 1945. Wujud Indonesia sebagai negara hukum berdasarkan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan, “*Negara Indonesia adalah negara hukum*”.

Paham negara hukum sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 berkaitan erat dengan paham negara kesejahteraan (*welfare state*) atau paham negara hukum materiil sesuai dengan bunyi alinea keempat Pembukaan dan Pasal 34 UUD 1945 sehingga pelaksanaannya diharapkan mampu mendukung dan mempercepat terwujudnya negara kesejahteraan di Indonesia.⁵⁹ Menurut Bagir Manan, konsep negara hukum modern merupakan perpaduan antara konsep negara hukum dan negara kesejahteraan yang menempatkan negara tidak semata-mata sebagai penjaga keamanan atau ketertiban masyarakat, tetapi juga memikul tanggung jawab mewujudkan keadilan sosial demi kemakmuran rakyat. Dengan demikian negara hukum yang bertopang pada sistem demokrasi dapat disebut sebagai negara hukum yang demokratis (*demokratische rechtstaat*).⁶⁰

Konsepsi demokrasi Indonesia setelah reformasi konstitusi adalah demokrasi yang dilaksanakan menurut UUD 1945. Konsepsi ini mengandung esensi dari paham konstitusionalisme yang kemudian dikenal dengan demokrasi konstitusional. Konsepsi ini sebagaimana ketentuan dalam Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi, “*Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar*”. Ciri khas dari demokrasi konstitusional adalah terwujudnya pemerintahan demokratis melalui pembatasan kekuasaan pemerintah dan tidak dibenarkan bertindak sewenang-wenang terhadap warga negaranya.⁶¹

⁵⁹ Lihat dan bandingkan dengan Mahkamah Konstitusi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002*, Buku II, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010, hal. 63.

⁶⁰ Jazim Hamidi *et.al.*, *Teori...*, *op.cit.*, hal. 306.

⁶¹ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar...*, *op.cit.*, hal. 107.

2.1.2 Kebebasan Beragama Sebagai Hak Asasi Manusia

Perkembangan ketatanegaraan Indonesia dari sejak proklamasi dikumandangkan semakin menemukan titik terang semenjak dilakukannya amandemen UUD 1945 yang ke-4, yang menegaskan keberadaan Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis. UUD 1945 sebagai landasan ketatanegaraan telah mengelaborasi prinsip-prinsip konstitusionalisme secara baik yakni adanya perlindungan hak-hak asasi manusia dan adanya pemisahan dan pembatasan kekuasaan. Dengan adanya prinsip konstitusionalisme jaminan perlindungan hak asasi manusia memiliki landasan yuridis konstitusional.

Perjalanan demokrasi Indonesia mengalami pasang surut terutama dalam hal pelaksanaan perlindungan hak asasi manusia.

Kebebasan beragama dan berkeyakinan adalah suatu hak asasi manusia yang berlaku universal yang terkodifikasi dalam instrumen-instrumen HAM Internasional. Sejak permulaan era HAM, hak kebebasan beragama dan berkeyakinan merupakan hak yang fundamental yang paling penting, senafas dengan kebebasan berpikir dan sikap sesuai dengan hati nuraninya. Karenanya hak-hak tersebut dikategorikan sebagai hak yang tidak dapat dikurangi (*non derogable rights*), yang secara tegas dijamin baik dalam ketentuan nasional maupun internasional.

a. Pengaturan Hak Beragama dalam Instrumen Hukum Nasional

Sejak Indonesia merdeka, UUD 1945 telah memberikan jaminan konstitusional bagi segenap penduduk Indonesia untuk menjalankan kepercayaan agamanya sesuai dengan keyakinannya masing-masing. Di samping itu, sila pertama Pancasila juga menegaskan dianutnya paham bahwa negara Republik Indonesia berketuhanan Yang Maha Esa. Pasal 29 ayat (2) UUD 1945 jelas menegaskan kebebasan penduduk untuk memeluk agamanya dan menjalankan kepercayaan agamanya itu menurut keyakinannya masing-masing. Dalam perjalanan waktu, Pasal 29 ayat (2) dan sila pertama Pancasila itu ditafsirkan secara meluas sehingga mencakup pula pengertian (i) kebebasan untuk percaya kepada Tuhan, meskipun tidak beragama (deisme)

atau melalui kepercayaan terhadap Tuhan dalam pengertian antropologis seperti di masa Orde Baru; dan (ii) kebebasan untuk tidak percaya kepada Tuhan atau tidak beragama sama sekali, yaitu dengan diperbolehkannya ajaran komunisme untuk berkembang melalui peranan PKI seperti di masa Orde Lama dan di masa Demokrasi Liberal.⁶² Secara eksplisit, dua pasal dalam konstitusi menyoal hal tersebut.

Pasal 28E dan Pasal 29 ayat (2) UUD 1945 tegas menyatakan negara menjamin kebebasan beragama dan berkepercayaan. Bahkan, Pasal 28I UUD 1945 menegaskan kebebasan beragama tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Ketentuan-ketentuan ini menunjukkan konstitusi telah menjamin kebebasan beragama sebagai prinsip yang sah. Hal ini mengimplikasikan suatu afirmasi nyata bahwa negara dalam kondisi apa pun, tidak boleh mengurangi hak kebebasan beragama sebagai hak intrinsik setiap warga negara. Dari sudut ini, kebebasan beragama sudah *absolutely clear*.⁶³

Sekarang setelah reformasi, kebebasan beragama dijamin dengan tegas, di samping oleh Pasal 29 juga dalam Pasal 28 UUD 1945. Kita dapat menafsirkan bahwa derajat pengertian kebebasan beragama itu mencakup:

- i. Kebebasan untuk bertuhan atau tidak bertuhan;
- ii. Kebebasan bertuhan dan beragama atau hanya bertuhan saja tetapi tidak beragama;
- iii. Kebebasan untuk berketuhanan YME untuk menduduki jabatan kenegaraan, pemerintahan, ataupun untuk menjadi pegawai negeri, sedangkan sebagai warga negara biasa boleh bertuhan atau tidak bertuhan, boleh beragama atau tidak beragama;
- iv. Kebebasan untuk bertuhan dan beragama yang diakui resmi berdasarkan undang-undang;
- v. Kebebasan untuk beragama menurut keyakinannya masing-masing bagi seluruh penduduk tetapi khusus bagi umat Islam ditambah dengan kewajiban menjalankan syari'at Islam bagi pemeluk-pemeluknya.⁶⁴

⁶² Jimly asshidhiqy, *Jaminan Konstitusional Dan Realitas Sosial Keadilan Dan Penghormatan Atas Hak-Hak Asasi Manusia (Masalah-Masalah Kebebasan Beragama, Kesetaraan Gender, Hak-hak Difabel, dan Orientasi Seksual)*, diambil dari www.jimly.com

⁶³ Mahfud MD, *Kebebasan Beragama Dalam Perspektif Konstitusi*, Makalah yang disampaikan dalam *Konferensi Tokoh Agama ICRP: Meneguhkan Kebebasan Beragama di Indonesia, Menuntut Komitmen Presiden dan Wakil Presiden Terpilih*, yang diselenggarakan oleh *Indonesian Conference on Religion and Peace (ICRP)* pada Senin, 5 Oktober 2009 di Ruang Vanda II Wisma Serbaguna, Jakarta.

⁶⁴ *ibid*

Sebagaimana disebutkan sebelumnya bahwa hak kebebasan beragama di Indonesia dijamin dalam konstitusi dan berbagai regulasi lainnya. Penegasan UUD 1945 terhadap hak ini terutama ditemukan pada Pasal 28E ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 29 ayat (2). Jaminan ini selanjutnya ditegaskan kembali oleh Undang-undang Nomor 39 Tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM) melalui Pasal 22 yang menyatakan:

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

Undang-undang Nomor 7 Tahun 2012 Tentang Penanganan Konflik Sosial juga memberikan perhatian terhadap kemungkinan munculnya persoalan yang berkaitan dengan agama. Undang-Undang ini memandang persoalan agama sebagai salah satu potensi konflik baik melalui perseteruan antar umat beragama dan atau inter umat beragama. Akan tetapi, Undang-Undang ini menegaskan bahwa penanganan konflik, termasuk yang bersumber dari persoalan agama, mesti mencerminkan asas HAM.

UUD 1945 dan UU HAM selanjutnya menyatakan bahwa hak beragama adalah hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun oleh siapapun (*non derogable rights*). Secara imperatif, UU HAM bahkan menegaskan bahwa hak beragama tidak termasuk kepada hak, yang meski diakui sebagai *non derogable* tapi dapat dibatasi. Jaminan penikmatan hak-hak, termasuk hak beragama, dikuatkan lagi melalui Pasal 74 UU HAM yang menyatakan bahwa tidak satu ketentuanpun dalam UU HAM boleh diartikan sebagai pembenaran untuk mengurangi, merusak, atau menghapuskan HAM atau kebebasan dasar yang diatur dalam undang-undang tersebut.

b. Pengaturan Hak Beragama dalam Instrumen Hukum Internasional

Hak kebebasan beragama adalah hak asasi yang dijamin dalam berbagai instrumen hukum dan HAM baik nasional maupun internasional. Pasal 18

Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) menyatakan bahwa “setiap orang berhak atas kebebasan pikiran, hati nurani dan agama; dalam hal ini termasuk kebebasan berganti agama atau kepercayaan, dengan kebebasan untuk menyatakan agama atau kepercayaan dengan cara mengajarkannya, melakukannya, beribadat dan mentaatinya, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, di muka umum maupun sendiri.” Selanjutnya, hak kebebasan beragama dijamin Pasal 18 ayat 1 dan ayat 2 ICCPR, yang menjadi rujukan utama terkait hak ini, yaitu :

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. Dan untuk memastikan jaminan ini tidak diabaikan oleh Negara pihak, Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) juga telah mengeluarkan *Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief* melalui resolusi nomor A/RES/36/55 tanggal 25 November 1981 dan *Elimination of all Forms of Religious Intolerance* melalui resolusi A/RES/55/97 tanggal 4 Desember 2000.

Selain itu, CERD (*International Convention on The Elimination of All Forms of Racial Discrimination*)⁶⁵ juga telah menegaskan keberadaan hak berkeyakinan dan hak beragama sebagai hak sipil yang wajib untuk dilindungi oleh Negara pihak. Bahwa kovenan ini menjamin semua orang untuk dapat menikmati hak-hak yang diatur dalam kovenan, keyakinan beragama menjadi salah satu hak yang diatur dalam pasal 5 CERD:

Pasal 5

Untuk memenuhi kewajiban-kewajiban dasar yang dicantumkan dalam pasal 2 Konvensi ini, Negara-negara Pihak melarang dan menghapuskan segala bentuk diskriminasi ras serta menjamin hak setiap orang tanpa

⁶⁵ Selanjutnya dalam skripsi ini disebut CERD

membedakan ras, warna kulit, asal bangsa dan sukubangsa, untuk diperlakukan sama di depan hukum, terutama untuk menikmati hak di bawah ini:

(a) Hak untuk diperlakukan dengan sama di depan pengadilan dan badan-badan peradilan lain;

(b) Hak untuk rasa aman dan hak atas perlindungan oleh Negara dari kekerasan dan kerusakan tubuh, baik yang dilakukan aparat Pemerintah maupun suatu kelompok atau lembaga;

(c) Hak politik, khususnya hak ikut serta dalam pemilihan umum untuk memilih dan dipilih atas dasar hak pilih yang universal dan sama, ikut serta dalam pemerintahan maupun pelaksanaan masalah umum pada tingkat manapun, dan untuk memperoleh kesempatan yang sama atas pelayanan umum;

(d) Hak sipil lainnya, khususnya:

(i) Hak untuk bebas berpindah dan bertempat tinggal dalam wilayah Negara yang bersangkutan;

(ii) Hak untuk meninggalkan suatu negara, termasuk negaranya sendiri, dan kembali ke negaranya sendiri;

(iii) Hak untuk memiliki kewarganegaraan;

(iv) Hak untuk menikah dan memilih teman hidup;

(v) Hak untuk memiliki kekayaan baik atas nama sendiri ataupun bersama dengan orang lain;

(vi) Hak waris;

(vii) Hak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama;

(viii) Hak untuk berpendapat dan menyampaikan pendapat;

(ix) Hak berkumpul dan berserikat secara bebas dan damai;

(e) Hak ekonomi, sosial, dan budaya, khususnya:

(i) Hak untuk bekerja, memilih pekerjaan secara bebas, mendapatkan kondisi kerja yang adil dan nyaman, memperoleh perlindungan dari pengangguran, mendapat upah yang layak sesuai pekerjaannya, memperoleh gaji yang adil dan menguntungkan;

(ii) Hak untuk membentuk dan menjadi anggota serikat pekerja;

(iii) Hak atas perumahan;

(iv) Hak untuk mendapat pelayanan kesehatan, perawatan medis, jaminan sosial dan pelayanan- pelayanan sosial;

(v) Hak atas pendidikan dan pelatihan;

(vi) Hak untuk berpartisipasi yang sama dalam kegiatan kebudayaan;

(vii) Hak untuk dapat memasuki suatu tempat atau pelayanan manapun yang dimaksudkan untuk digunakan masyarakat umum, seperti transportasi, hotel, restoran, warung kopi, teater, dan taman.

2.2 Perjanjian Internasional sebagai Sumber Hukum Internasional

Hak asasi manusia merupakan masalah internasional, bukan hanya masalah internal dalam suatu negara, karenanya pengetahuan hukum internasional, politik internasional, dan hubungan internasional menjadi penting

untuk diketahui. Di samping itu, hukum hak asasi manusia juga merupakan bagian yang tak terpisahkan dari hukum internasional itu sendiri. Sehingga ketika terdapat persoalan hukum hak asasi manusia yang tidak dapat ditemukan penyelesaiannya melalui sumber hukum hak asasi manusia positif maka dapat merujuk pada sumber hukum internasional.⁶⁶

Sumber dari hukum internasional dapat didefinisikan sebagai materi bahan dasar dimana ahli-ahli hukum menentukan aturan yang berlaku pada situasi yang terjadi.⁶⁷ Berikut adalah kelima prinsip yang dikategorikan sebagai sumber hukum dari hukum internasional menurut Starke:

- a. Kebiasaan
- b. Perjanjian internasional
- c. Putusan pengadilan atau putusan arbitrase
- d. Karya-karya ahli hukum
- e. Putusan atau ketentuan dari lembaga internasional⁶⁸

Sementara itu berdasarkan ketentuan Pasal 38 ayat (1) ICJ *statue*, sumber hukum internasional yakni meliputi:

Article 38

1. *The court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:*
 1. *International conventions, wether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;*
 2. *International custom, as evidence of a general practice accepted as law;*
 3. *The general principles of law recognized by civilized nations;*
 4. *Subject to the provisions of article 59, judicial decision and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.*⁶⁹

Dengan terjemahan bebas dari Pasal 38 (1) ICJ *statue* sebagai berikut:

Pasal 38

Dalam mengadili perkara yang diajukan kepadanya, mahkamah internasional akan mempergunakan:

⁶⁶ Masyhur Efendi, HAM dalam... hal.128

⁶⁷ Starke, Introduction to International Law, (London: Butterworths, 1977), hal. 36

⁶⁸ ibid

⁶⁹ Mahkamah Keadilan Internasional, "Statuta Mahkamah Keadilan Internasional (ICJ Statue)" <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>, diunduh pada tanggal 20 November 2013, pukul 15.00 WIB.

1. Perjanjian internasional, baik yang bersifat umum maupun khusus, yang mengandung ketentuan hukum yang diakui secara tegas oleh negara-negara yang bersengketa;
2. Kebiasaan internasional, sebagai bukti dari suatu kebiasaan umum yang telah diterima sebagai hukum;
3. Prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab;
4. Keputusan pengadilan dan ajaran para sarjana yang paling terkemuka dari berbagai negara sebagai sumber tambahan untuk menetapkan kaidah hukum.⁷⁰

Dari kedua penjelasan diatas, baik secara doktrinal maupun secara yuridis menunjukkan bahwa perjanjian internasional merupakan salah satu sumber dari hukum internasional. Dalam Pasal 38 (1) ICJ *Statue* menempatkan perjanjian internasional sebagai sumber hukum dengan urutan pertama.⁷¹ Sumber-sumber hukum yang tertera tersebut diinterpretasi secara hirarki, sehingga secara logika mengikat paling kuat dari sumber hukum internasional lainnya.⁷²

Sehingga ketika ditemukan suatu permasalahan yang konkrit dalam kehidupan bermasyarakat internasional, perjanjian internasional yang terkait dapat digunakan sebagai sumber hukum yang mengikat dan menjadi pedoman untuk menyelesaikan permasalahan yang dihadapi tersebut. Selain itu, untuk persoalan hak asasi manusia baik persoalan yang berhubungan dengan hak sipil dan politik maupun hak ekonomi sosial budaya yang terjadi di suatu negara, maka perjanjian internasional dapat bekerja sebagai salah satu sumber hukum utama penyelesaian konflik tersebut.

Hukum internasional menekankan aspek kesepakatan, sehingga hukum internasional, *as a tool of mutual consent of states*, merupakan pegangan. Dalam menetapkan kesepakatan bersama tersebut terdapat persoalan yang sulit karena suatu kesepakatan harus mampu mengakomodir kepentingan banyak negara yang terlibat. Pelanggaran atas kesepakatan tersebut dapat mengakibatkan kemarahan, pembalasan negara lain, dengan prinsip respirositas.

Dengan demikian, akses hukum internasional ke dalam suatu negara, demi kepentingan nasional sangat beragam. Keragaman tersebut kemudian dapat

⁷⁰ Masyhur Efendi, HAM dalam... Opcit. Hal 128

⁷¹ Ian McTaggart, Sinclair, *the Vienna Convention on The Law of Treatis*, (Manchester, Manchester University Press, 1998), hal. 2.

⁷² ibid

diselesaikan melalui beberapa teori, *pertama*, teori transformasi, yang menekankan kepada aspek perubahan dan penyesuaian (baik bentuk maupun isisnya), hukum internasional dengan kondisi hukum munisipal suatu negara. Melalui cara tersebut, hukum internasional baru dapat diterapkan, berlaku, dan efektif di suatu negara. *Kedua*, teori delegasi, menekankan kepada hak masing-masing negara nasional dalam menerima keberadaan dan berlakunya hukum internasional di suatu negara. Penyerahan wewenang tersebut merupakan hak setiap negara. *Ketiga*, teori harmonisasi, menekankan segi-segi keseimbangan/keserasian antara hukum internasional dengan hukum nasional suatu negara. *Keempat*, teori inkorporasi yang dibangun oleh Blackstone, menekankan bahwa hukum internasional hanya dapat menjadi bagian hukum nasional bila sudah diputuskan dan diterima oleh mahkamah tertinggi suatu negara.⁷³

Di samping itu, dalam instrumen hukum internasional terdapat sebuah konvensi yang mengikat secara internasional yang mana mengatur persetujuan, bentuk, keberlakuan, interpretasi, dan keabsahan dari sebuah perjanjian internasional, yaitu *Vienna Convention on The Law of Treaty* (VCLT).⁷⁴ Tahapan yang akan dihadapi oleh sebuah negara pasca meratifikasi sebuah perjanjian internasional adalah pelaksanaan perjanjian internasional. Penafsiran perjanjian internasional merupakan salah satu unsur yang sangat penting dalam pelaksanaan perjanjian internasional. Malcolm Shaw, dalam bukunya juga berpandangan bahwa:

*One of the enduring problems facing courts and tribunals and lawyers, both in the municipal and international law spheres, relates to the question of interpretation.*⁷⁵

Salah satu persoalan yang akan selalu dihadapi oleh pengadilan, hakim, dan pengacara baik hukum nasional maupun hukum internasional adalah mengenai penafsiran hukum. Maka aturan dan teknik harus diajukan untuk membantu badan-badan pengadilan menyelesaikan masalah-masalah tersebut. Tentang hukum internasional ada tiga pendekatan dasar untuk interpretasi traktat

⁷³ Ibid

⁷⁴ Signed at Vienna 23 May 1969 entry into force: 27 January 1980

⁷⁵ Malcolm N. Shaw, *International Law*, sixth edition, New York: Cambridge University Press, 2008, hal. 932

atau perjanjian internasional. Pendekatan pertama berpusat pada teks kesepakatan itu sendiri dan mengutamakan analisis terhadap kata-kata yang digunakan. Pendekatan kedua, melihat maksud para pihak yang menyetujui kesepakatan itu sebagai solusi untuk ketentuan-ketentuan yang taksa dan bias disebut sebagai pendekatan subjektif yang bertolak belakang dengan pendekatan objektif dari madzhab sebelumnya. Pendekatan ketiga menggunakan perspektif yang lebih luas daripada kedua pendekatan yang lain dan mengutamakan maksud dan tujuan traktat sebagai latar belakang terpenting untuk mengukur makna ketentuan traktat.⁷⁶ Hal ini menunjukkan betapa pentingnya pengaturan penafsiran perjanjian internasional, atas dasar hal tersebut *International Law Commission*⁷⁷ pada tahun 1969 menyusun instrumen yang dikhususkan untuk mengatur perjanjian internasional yaitu, VCLT. Ketentuan penafsiran perjanjian internasional dalam VCLT terdapat pada Pasal 31-33.⁷⁸ Bunyi ketiga Pasal tersebut sebagai berikut:

Section 3. Interpretation of Treaties
Article 31
General rule of interpretation

⁷⁶ Derta Sri, dkk. Hukum Internasional, Edisi Keenam, Bandung: Nusa Media, 2013, hal. 925. Terjemahan dari Malcolm N. Shaw, *International Law*, sixth edition, New York: Cambridge University Press, 2008,

⁷⁷ ILC merupakan Komisi Hukum Internasional yang didirikan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tahun 1948 yang bertujuan untuk memajukan hukum internasional

⁷⁸ Pasal 31 sampai pasal 33 Konvensi Wina mengandung sebagian dari ketiga pendekatan penafsiran tadi. Pasal 31 menetapkan aturan-aturan dasar interpretasi dan dapat dianggap mencerminkan adat internasional. Pasal 31 ayat 1 menyatakan bahwa traktat harus diinterpretasikan “ dengan iktikad baik sesuai dengan makna umum yang diberikan kepada syarat dan ketentuan traktat tersebut dalam konteksnya dan dengan melihat maksud dan tujuannya”. Mahkamah Internasional menyebutkan dalam kasus *Competnce of the General Assembly for the Administrative State of the United Nations* bahwa kewajiban pertama tribunal diminta menginterpretasikan dan menerapkan ketentuan-ketentuan suatu traktat ialah berupaya memberikan efek kepada ketentuan-ketentuan suatu traktat ialah berupaya memberikan efek kepada ketentuan-ketentuan itu sesuai makna wajar dan umum di dalam konteks terjadinya ketentuan-ketentuan itu. Berdasarkan ketentuan ini misalnya, Mahkamah Hak Asasi Manusia Eropa memutuskan dalam kasus *Lithgow* bahwa penggunaan frasa “ tunduk kepada kondisi-kondisi yang ditetapkan ... oleh asas-asas umum hukum internasional” dalam pasal 1 protokol I konvensi Eropa dalam konteks kompensasi untuk interferensi pada hak-hak milik, tidak dapat diinterpretasikan sebagai memperluas asas-asas umum hukum internasional di bidang ini untuk menetapkan standar-standar kompensasi bagi nasionalisasi kekayaan warga negara (bukan warga negara asing). Kata “konteks” diputuskan mencakup mukaddimah dan lampiran-lampiran traktat, juga segala kesepakatan atau dokumen yang dibuat oleh para anggota sehubungan dengan penyelesaian traktat tersebut. Lihat Derta Sri, dkk. Hukum Internasional, ... Op. Cit, hal 295.

1. *A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*
2. *The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:*
 - a) *any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;*
 - b) *any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.*
3. *There shall be taken into account, together with the context:*
 - a) *any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;*
 - b) *any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;*
 - c) *any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.*
4. *A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.*

Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- a) *leaves the meaning ambiguous or obscure; or*
- b) *leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.*

Article 33

Interpretation of treaties authenticated in two or more languages

1. *When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.*
2. *A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.*
3. *The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.*
4. *Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of*

meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

2.3 Kewajiban Negara dalam Konteks Memajukan Hak-Hak Sipil dan Politik

Hak asasi manusia pada dasarnya mengatur hubungan antara individu-individu dengan negara. Hak asasi manusia telah disepakati sebagai hukum internasional yang dapat menjadi standar yang kuat bagaimana negara harus memperlakukan individu-individu di dalam wilayah yurisdiksinya. Dengan kata lain, hak asasi manusia memberikan jaminan moral dan hukum kepada individu-individu untuk melakukan kontrol dan mendorong aturan dalam praktik-praktik kekuasaan negara terhadap individu-individu, memastikan adanya kebebasan individu dalam berhubungan dengan negara, dan meminta negara memenuhi kebutuhan-kebutuhan dasar individu-individu yang berada di wilayah yurisdiksinya.⁷⁹ Di sinilah negara menjadi pihak yang memiliki tugas dan kewajiban (*Duty-bearer*) untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhi (*to fulfil*) hak asasi manusia dan individu-individu yang berdiam di wilayah yurisdiksinya sebagai pemegang hak (*rights holder*).⁸⁰

Kewajiban untuk menghormati (*to respect*) merujuk pada kewajiban negara untuk menghindari intervensi atas kedaulatan dan kebebasan individu. Intervensi yang tidak terjustifikasi dengan demikian merupakan pelanggaran hak asasi manusia. kewajiban untuk memenuhi (*to fulfil*) merujuk pada kewajiban negara untuk mengambil langkah-langkah legislatif, administratif, yudisial, dan praktis untuk memastikan bahwa hak asasi manusia diimplementasikan seluas mungkin. Sedangkan kewajiban negara untuk melindungi (*to protect*) lebih ditujukan untuk menghindari pelanggaran hak asasi manusia oleh pihak swasta. Kewajiban negara untuk melindungi dengan kata lain ditunjukkan dengan

⁷⁹ Supriyanto, dkk, *Potret Pemenuhan Hak Atas Pendidikan dan Perumahan di Era Otonomi Daerah: Analisis Situasi di Tiga Daerah*. Yogyakarta: PUSHAM UII, 2009, hal. 13

⁸⁰ Manfred Nowak, *Introduction to International Human rights Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2002, hal. 48-49

mengambil tindakan terhadap segala bentuk pelanggaran hak asasi manusia (*human rights abuses*) atau ancaman terhadap hak asasi manusia setiap individu.⁸¹

Dalam hal kaitan kewajiban negara dalam pemajuan hak sipil dan politik, maka yang menjadi acuan atau dasar hukum pelaksanaannya adalah Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik/*International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) yang telah diratifikasi oleh Indonesia dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Inetrnasional Hak Sipil dan Politik) . ICCPR ini merupakan perjanjian internasional yang mengikat secara hukum. Di satu sisi, hak-hak yang tercantum dalam kovenan ini tidak hanya sekedar hak moral melainkan merupakan hak hukum, di sisi yang lain, substansi kovenann ini memberikan kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan oleh negara sebagai pihak yang telah meratifikasi. Hal ini sesuai sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya bahwa sifat dari perjanjian internasional agar menjadi sumber kewajiban hukum, maka kovenan tersebut secara formal harus diterima oleh suatu negara agar isinya dapat menjadi norma hukum.⁸²

Sesuai dengan numenkatur kovenan ini, maka pada prinsipnya substansi kovenan tersebut adalah memberikan perlindungan terhadap hak-hak sipil dan politik (*civil liberties*) yang esensial. Karakteristik substansi hak sipil dan politik adalah jaminan bahwa setiap orang berhak untuk bebas (*Freedom to*) dari segala bentuk kesewenang-wenangan, ketidakadilan, dan perlakuan yang diskriminatif. Oleh karenanya, kovenan ini mewajibkan kepada negara untuk memastikan bahwa semua orang dapat menikmati hak yang telah dijamin dalam ICCPR.⁸³

Dalam hak-hak sipil dan politik, ada batas antara hak-hak yang tidak dapat ditangguhkan (*non-derogable rights*) dengan hak-hak yang dapat ditangguhkan, yang termasuk dalam kategori hak-hak yang tidak dapat ditangguhkan adalah hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk tidak diperbudak, hak atas kebebasan berfikir dan beragama serta berkeyakinan, hak untuk diperlakukan

⁸¹ Lihat Vierdag, *The Legal Nature of The Rights Granted by The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*, Netherlands Yearbook of International Law, 1978, hal. 69-105

⁸² Hesti Armiwulan , *Diskriminasi Rasial dalam Hukum HAM*. Yogyakarta: Genta Publishing. 2013. hal 190

⁸³ *ibid*

sama di muka hukum, hak untuk tidak dipenjara karena kegagalan memenuhi kewajiban kontraktual, serta hak untuk tidak dipidana berdasarkan hukum yang berlaku surut (*retroactive*).⁸⁴

Berikut adalah rincian hak-hak sipil dan politik sebagaimana tercantum dalam ICCPR tentang :

No.	Pasal	Materi Hak
1.	Pasal 6	Hak untuk hidup
2.	Pasal 7	Hak untuk tidak disiksa, diperlakukan atau dihukum secara keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia
3.	Pasal 8	Hak untuk tidak diperbudak
4.	Pasal 9	Hak atas kebebasan dan keamanan pribadi
5.	Pasal 10	Hak sebagai tersangka dan terdakwa
6.	Pasal 11	Hak untuk tidak dipenjara atas kegagalan memenuhi kewajiban kontraktual
7.	Pasal 12	Hak atas kebebasan bergerak dan berdomisili
8.	Pasal 13	Hak sebagai orang asing
9.	Pasal 14	Hak atas kedudukan yang sama di hadapan hukum
10.	Pasal 15	Hak untuk tidak dipidana atas hukum yang berlaku surut
11.	Pasal 16	Hak sebagai subyek hukum
12.	Pasal 17	Hak pribadi
13.	Pasal 18	Hak atas kebebasan berfikir, beragama, dan berkeyakinan
14.	Pasal 19	Hak atas kebebasan berpendapat
15.	Pasal 20	Hak untuk bebas dari propaganda perang atau hasutan rasial (ujaran kebencian atas dasar agama, ras, bangsa, dan atau golongan)
16.	Pasal 21	Hak atas kebebasan berkumpul
17.	Pasal 22	Hak atas kebebasan berserikat
18.	Pasal 23	Hak untuk menikah dan membentuk keluarga
19.	Pasal 24	Hak anak untuk mendapatkan perlindungan dan jaminan
20.	Pasal 25	Hak untuk berpartisipasi dalam politik

⁸⁴ Penerapan asas retroaktif dalam penegakan hukum hak asasi manusia berdasarkan sejarah dapat disimpangi, hal ini dapat dilihat dalam penghukuman atas pelanggaran HAM yang berat yang terjadi pasca perang dunia kedua, Pengadilan Nuremberg dan Pengadilan Tokyo pada tahun 1948 menjadi awal atas proses penghukuman bagi para pelaku pelanggaran HAM yang berat. Setelah itu pada tahun 1993 digelar Pengadilan Pidana Internasional Ad hoc untuk mengadili berbagai pelanggaran serius atau pelanggaran berat yang terjadi di negara bekas Yugoslavia pada tahun 1993 dan pada tahun 1994 juga dibentuk Pengadilan Pidana Internasional ad hoc untuk mengadili kejahatan Genosida, Pelanggaran Konvensi Jenewa dan Kejahatan Terhadap Kemanusiaan yang terjadi di Rwanda pada tahun 1994 Genosida, Pelanggaran Konvensi Jenewa dan Kejahatan Terhadap Kemanusiaan yang terjadi di Rwanda pada tahun 1994. Atas dasar hal tersebut Indonesia membentuk Pengadilan HAM Ad Hoc untuk mengadili pelanggaran HAM berat yang terjadi di masa lalu melalui Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM. Zainal Abidin, *Pengadilan HAM di Indonesia*, Makalah disusun dalam Rangka “ Kursus HAM untuk Pengacara ke XIV”, Jakarta, Tanggal 27 Oktober 2010. Diambil dari, http://www.elsam.or.id/downloads/1290394945_Paper_Pengadilan_HAM_untuk_Kursus_HAM.pdf , tanggal 29 Nopember 2013, Pukul 20.00 WIB.