

Konstitusionalitas Kebebasan Berekspresi dan Pembatasan Atas dasar Keagamaan

Oleh.
R. Herlambang Perdana Wiratraman

Pengantar

Konstitusionalisme merupakan paham yang menegaskan adanya pembatasan kekuasaan secara sewenang-wenang di satu sisi, dengan senantiasa memperkuat jaminan perlindungan hak-hak asasi warga negaranya di sisi lainnya. Konstitusionalisme yang demikian merupakan bentuk nyata dari penerjemahan bahasa konstitusi atau undang-undang dasar di suatu negara, yang tidak saja diukur dari peraturan perundang-undangannya semata, namun pula dilihat dari bagaimana negara atau kekuasaan pemegang pemerintahan mengambil kebijakan untuk memastikan peneguhan hak-hak asasi warga negaranya. Oleh sebab itu, memperbincangkan konstitusionalisme hak asasi manusia (HAM) merupakan bagian yang tidak saja melihat eksistensi pasal-pasal yang mengatur tentang hak asasi manusia di dalam suatu undang-undang dasar, melainkan pula meninjau implementasi hak-hak asasi manusia tersebut dalam situasi sosial kemasyarakatan.

Dalam konteks Indonesia, yang memiliki mayoritas penduduk beragama Islam, telah memberikan karakter kebangsaan dan kewargaan dalam pelbagai bidang. Dalam sejarahnya, peran ini telah mewarnai sejak masa kesultanan, sebagaimana dilihat dalam Kesultanan Malaka (Sultan Muzaffar Syah) dengan Undang-Undang Malaka yang disusun sekitar 854 H/1450 M, dan Kesultanan Pahang melalui Undang-Undang Pahang. Begitu juga Undang-Undang Minangkabau yang kemudian menjadi sumber Undang-Undang Dua Belas dan Undang-Undang Sungai Ujung, serta masih banyak lainnya. Kemudian, peran ini terus berlanjut hingga menjelang dan masa-masa awal kemerdekaan, terutama di saat penyusunan Piagam Jakarta maupun sidang-sidang BPUPKI dan PPKI di tahun 1945. Perdebatan atas ide-ide tentang pembentukan negara dan dasar negara yang berdasar Islam menjadi tidak terelakkan, karena bangsa Indonesia pada fase pembentukan yang ideal untuk menentukan politik kewargaaannya.

Perdebatan atas konstitusi tersebut merupakan hal yang wajar dalam suatu negara yang sedang mencari bentuk dan mencoba menemukan jati diri bangsanya, tidak terkecuali dalam konteks Indonesia. Gagalnya formalisasi syariah ke dalam sejumlah perdebatan pembentukan maupun perubahan konstitusi merupakan representasi politik dan dinamika kebangsaan yang terjadi di Indonesia. Oleh sebabnya, jaminan pluralisme sesungguhnya sebagai dasar kebangsaan menjadi pondasi bagi upaya pemajuan hak-hak asasi manusia.

Memang, perdebatan demikian tidak berakhir dengan berhasil terumuskannya pasal-pasal kompromi dalam teks-teks sebuah konstitusi, melainkan senantiasa berlanjut di arena penafsiran dan implementasi atas teks-teks tersebut dalam ruang dan waktu yang berbeda. Perdebatan inilah yang menjelaskan bahwa teks-teks konstitusi terefleksikan dalam dinamika konteksnya, baik itu konteks politik, ekonomi, sosial dan budaya. Pada fase ini, sesungguhnya, merupakan fase adaptasi sosial kemasyarakatan atas tekstualitas suatu konstitusi, yang bisa menjelaskan sejauh mana tingkat penerimaan publik terhadap gagasan-gagasan konstitusionalisme pembentuknya. Terjadinya banyak kasus penyerangan dan kekerasan oleh kelompok

fundamentalisme agama terhadap aktifis hak asasi manusia, atau pegiat kebebasan berekspresi maupun kebebasan pers, menandai situasi ketegangan dalam transisi demokrasi di Indonesia.¹

Tulisan ini tidak hendak mengurai perdebatan religiusitas dalam proses perumusan konstitusinya, karena studi atas ini sudah cukup banyak dilakukan oleh para ahli hukum dan tata negara. Tulisan ini lebih mengarah pada analisis atas perdebatan teks-teks konstitusi dalam adaptasi publik yang mereaksi atau merespon tafsir kuasa politik ekonomi suatu pasal. Tentunya agar memudahkan pembahasannya maka membatasi pada studi kasus pasal khusus, yakni mengkaji relasi kebebasan berekspresi sebagaimana diatur dalam pasal 28 Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) dengan konstitusionalitas pembatasannya. Salah satu pertanyaan kunci untuk mengurai relasi tersebut adalah, bagaimana kebebasan berekspresi dijamin sekaligus dibatasi oleh suatu UUD 1945, terutama dikaitkan dengan pembatasan atas dasar agama yang dirumuskan dalam pasal 28J ayat (2) UUD 1945? Dengan jawaban atas pertanyaan tersebut maka bisa diketahui dan dipahami posisi konstitusionalisme HAM yang berhubungan dengan agama, khususnya Islam.

Konteks Sejarah Perumusan Kebebasan Bereksprei dalam Konstitusi

Untuk menyelidiki batasan kebebasan berekspresi yang demikian, maka di awal akan dijelaskan kerangka normatif yang terkait dengan kebebasan ini, termasuk pembatasannya.

Kerangka normatif kebebasan berekspresi tersurat dalam pasal 28 UUD 1945, dan menjadi salah satu gagasan pasal hak asasi manusia yang tertua umurnya sejak republik ini lahir. Bunyi pasal 28 ini adalah: “Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang.” Pasal ini sempat diperdebatkan secara sengit dalam Rapat Panitia Hukum Dasar bersidang pada 11 Juli 1945 di Gedung Tyuuoo-In (sekarang Departemen Luar Negeri). Rancangan Undang-Undang Dasar yang diperdebatkan tersebut dilampirkan kepada Panitia Bahasa, dan kebebasan berekspresi sama sekali belum diakomodasi atau dirumuskan dalam lampiran tersebut. Pasal 28 Undang-Undang Dasar saat itu hanya menyinggung kedudukan warga negara. Dalam rapat besar Sidang Kedua BPUPKI, 15 Juli 1945, adalah Soekarno yang mengemukakan tentang perlunya membuang paham individualisme dan menghendaki agar tidak dimasukkan dalam Undang-Undang Dasar sebagaimana “*rights of the citizens*” yang dianjurkan oleh Republik Perancis. Bagi Soekarno, keadilan sosial yang telah dirumuskan dalam pembukaan merupakan penegasan untuk menentang dasar individualisme.²

Pandangan Soekarno atas apa yang ia sebut sebagai “hak kemerdekaan suara”, menariknya, dilihat sebagai hak yang tak ingin dipisahkan dengan “hak perut orang yang hendak mati kelaparan”. Pandangan demikian sebenarnya merupakan cara pandang bahwa antara hak-hak asasi manusia, baik itu hak sipil dan politik (“hak kemerdekaan suara”) haruslah tidak terpisahkan dengan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya (“hak perut orang yang hendak mati kelaparan”). Atau singkatnya, dalam teori hak asasi manusia, pemikiran yang demikian merupakan penegasan atas prinsip indivisibilitas (*indivisibility principle*), yakni prinsip yang tidak membagi atau memisahkan hak yang satu dengan hak asasi manusia lainnya, hak-hak tersebut inheren untuk pemertabatan setiap manusia (Wiratraman 2009a: 105-134).

¹ Kasus penyerangan FPI (Front Pembela Islam) di Monas, ancaman somasi MMI (Majelis Mujahidin Indonesia) kepada SCTV karena iklan layanan masyarakat “Islam warna warni”.

² Soekarno menyatakan: “Tuan-tuan yang terhormat! Kita menghendaki keadilan sosial. Buat apa *Grondwet* menuliskan, bahwa manusia bukan saja mempunyai hak kemerdekaan suara, kemerdekaan hak memberi suara, mengadakan persidangan dan berapat, jikalau misalnya tidak ada *sociale rechtvaardigheid* yang demikian itu? Buat apa kita membikin *Grondwet*, apa guna *grondwet* itu kalau ia tak dapat mengisi perut orang yang hendak mati kelaparan. *Grondwet* yang berisi “*droit d l’homme et du citoyen*” itu, tidak bisa menghilangkan kelaparannya orang yang miskin yang hendak mati kelaparan. Maka oleh karena itu, jikalau kita betul-betul hendak mendasarkan negara kita kepada paham kekeluargaan, faham tolong menolong, faham gotong royong dan keadilan sosial, enyahkanlah tiap-tiap pikiran, tiap-tiap faham individualisme dan liberalisme daripadanya” (Bahar et.al. 1995: 259-260).

Sesaat setelah Soekarno menyampaikan pemikiran di muka sidang BPUPKI tersebut, Hatta angkat bicara untuk menambahkan apa yang telah disampaikan Soekarno.³ Hatta sesungguhnya memberikan catatan kritis atas perlunya “hak untuk mengeluarkan suara” yang ditempatkan dalam konsep tanggung jawab kekuasaan.⁴ Hatta, yang tidak perlu diragukan lagi atas kiprahnya puluhan tahun menentang individualisme, telah menegaskan perlunya hak tersebut dijamin agar kekuasaan bisa dikontrol oleh rakyatnya, sehingga negara nantinya tidak jatuh pada model Negara Kekuasaan yang dapat bertindak sewenang-wenang (*Maachtstaat*). Pemikiran Hatta mengenai HAM sesungguhnya tidak jauh berbeda dengan pemikiran Soekarno, yang lebih mengemukakan HAM bidang politik, terutama hak untuk menentukan nasib sendiri, hak untuk mengeluarkan pendapat. Hatta berpendapat bahwa kemerdekaan pers merupakan suatu keharusan, dan oleh karena itu sensor dan breidel dilarang. Namun Hatta dapat menerima pembatasan-pembatasan yang akan diberlakukan, dan pembatasan itu hanya dapat dilakukan oleh undang-undang yang dibuat oleh badan perwakilan. Pandangan seperti ini dapat dipahami karena pada prinsipnya hanya rakyatlah yang dapat melakukan pembatasan-pembatasan terhadap hak-hak yang ada. Hak untuk turut dalam penyelenggaraan Negara ini merupakan konsekuensi dari dianutnya paham kedaulatan rakyat dimana pemerintahan dilakukan oleh rakyat dengan perantaraan wakil-wakilnya (Manan et al. 2001: 21). Dalam pidatonya sendiri di tahun 1930, Hatta mengemukakan perlunya kemauan dan keteguhan rakyat agar tetap memiliki kebebasan dasar, yang tidak sekalipun bisa ditekan atau dilarang oleh penguasa, sehingga pemerintah kolonial mencabut pasal 111 RR (Hatta 1930: 8).

Berbeda dengan Hatta, Soepomo adalah orang yang seringkali mengemukakan ketidaksetujuannya terhadap rumusan hak dasar yang diajukan Hatta. Ia mengemukakan pandangannya, “...Paduka Tuan Ketua, jikalau jaminan hak-hak dasar orang seseorang dalam UUD yang bersifat kekeluargaan itu tidak diadakan, sama sekali tidak berarti, bahwa rakyat berserikat, tidak boleh bersuara atau tidak boleh berkumpul, sama sekali tidak...Dasar kekeluargaan dan dasar permusyawaratan yang telah kita terima sebagai dasar-dasar Negara Indonesia, dengan sendirinya menghendaki kemerdekaan rakyat berserikat dan berkumpul.” (Bahar et.al. 1995: 276, 321). Alasan Soepomo, memasukkan *grondrechten* (hak-hak dasar) dalam hukum dasar justru menentang sistematis kekeluargaan dan sistematis rancangan.⁵ Yamin saat itu pula mengemukakan,

“Supaya aturan kemerdekaan warga negeri dimasukkan kedalam UUD dengan seluas-luasnya. Saya menolak segala alasan yang dimajukan untuk tidak memasukkannya....Saya hanya minta perhatian betul-betul, karena yang kita bicarakan ini hak rakyat. Kalau hal ini tidak terang dalam hukum dasar, ada

³ Hatta menyampaikan, “... Tetapi satu hal yang saya kuatirkan, kalau tidak ada satu keyakinan atau satu pertanggung jawaban kepada rakyat dalam UUD yang mengenai hak untuk mengeluarkan suara, yaitu bahwa nanti di atas UUD yang kita susun sekarang ini, mungkin terjadi suatu bentukan negara yang tidak kita setuju. Sebab dalam hukum negara sebagai sekarang ini mungkin timbul suatu keadaan “*kadaver discipline*” seperti yang kita lihat di Rusia dan Jerman, inilah yang saya kuatirkan. Tentang memasukkan hukum yang disebut “*droits de l’homme et du citoyen*”, memang tidak perlu dimasukkan di sini, sebab itu semata-mata adalah syarat-syarat untuk mempertahankan hak-hak orang seorang terhadap kezaliman raja-raja di masa dahulu. Hak-hak ini dimasukkan dalam *grondwet-grondwet* sesudah *Franse Revolutie* semata-mata untuk menentang kezaliman itu. Akan tetapi kita mendirikan negara yang baru. Hendaklah kita memperhatikan syarat-syarat supaya negara yang kita bikin, jangan jadi Negara Kekuasaan. Kita menghendaki negara pengurus, kita membangunkan masyarakat baru yang berdasar kepada gotong royong, usaha bersama; tujuan kita membarui masyarakat. Tetapi di sebelah itu janganlah kita memberikan kekuasaan yang tidak terbatas kepada negara untuk menjadikan di atas negara baru itu suatu negara kekuasaan. Sebab itu ada baiknya dalam salah satu fasal, misalnya fasal yang mengenai warga negara jangan takut mengeluarkan suaranya” (Bahar et.al. 1995: 262).

⁴ Pandangan politik untuk memasukkan pasal “hak untuk mengeluarkan suara” atau kebebasan berekspresi sebagai kebebasan dasar, patutlah dicatat tidak lepas dari pemikiran Hatta saat sidang ini. Meskipun diperdebatkan sengit, akhirnya pasal kebebasan berekspresi dijamin. Soebadio Sastrosatomo (1995: 25) menjelaskan bahwa pasal hak asasi manusia, khususnya kebebasan berekspresi ini berhasil dipaksakan masuk dalam UUD 1945 oleh Hatta.

⁵ Menurut Sri Soemantri, “..adanya pemikiran yang berbeda ini yang harus kita teliti, apakah suasana ikut memengaruhi pemikiran seseorang. Soalnya, dalam penyusunan UUD 1945 Prof Soepomo terlibat, begitu juga pada waktu UUDS. Ketika UUD 1945 dirumuskan, saat itu memang zaman Jepang. Soepomo sebagai guru besar hukum adat juga selalu menonjolkan asas kekeluargaan, bahkan kadang-kadang mengambil teori dari Hegel.” (Kompas Sabtu, 14 Agustus 2004).

kekhilafan daripada *Grondwet*; *Grondwettelijke fout*, kesalahan undang-undang hukum dasar, besar sekali dosanya buat rakyat yang menantikan hak daripada republik; misalnya mengenai yang tertuju kepada warga negara yang akan mendapat hak, juga penduduk akan diperlindungi oleh republik ini”. (Bahar et.al. 1995: 323). Pandangan Yamin inilah yang memperlihatkan keluasan pemikiran saat itu mengenai paham universalisme hak asasi manusia, dimana ia tak membatasi atau membeda-bedakan hak asasi dalam ruang-ruang ideologi atau politik tertentu.

Pada akhirnya, Soepomo mengusulkan rumusan kompromis⁶ dengan menambahkan satu pasal yang berbunyi: “Hukum yang menetapkan kemerdekaan penduduk untuk bersidang dan berkumpul, untuk mengeluarkan fikiran dengan lisan atau tulisan dan lain-lain diatur dengan Undang-undang.” Dengan rumusan ini, menurutnya, ia tidak menjadi *subjectiefrecht* (hak subyektif), seperti hak perseorangan, akan tetapi disebut “hukum”.

Sempat gagasan kata “kemerdekaan” diusulkan diubah menjadi kata “hak” oleh Soetardjo, namun melalui pemungutan suara, akhirnya anggota BPUPKI lebih memilih kata “kemerdekaan”. Dan, pada sidang berikutnya tanggal 16 Juli 1945, Soepomo mengusulkan pasal “Hukum yang menetapkan kemerdekaan untuk berserikat, berkumpul, dan sebagainya...” dijadikan pasal sendiri, menyetujui usulan Djajadiningrat menghapus kata “Hukum yang menetapkan”, sehingga akhirnya menjadi pasal 28, yang berbunyi, “Kemerdekaan untuk berserikat dan berkumpul, untuk mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang” (Bahar et.al. 1995: 360).

Sehari setelah proklamasi, pada Sidang Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) tanggal 18 Agustus 1945, rumusan pasal 28 Undang-Undang Dasar yang dihasilkan dalam Sidang BPUPKI tersebut dibacakan kembali oleh Ketua Sidang PPKI, Ir. Soekarno, dan akhirnya disahkan. Rumusan pasal inilah yang tetap utuh dipertahankan hingga amandemen Undang-Undang Dasar 1945 tahun 1999-2002. Berdasarkan apa yang telah digagas dan diperdebatkan mengenai kebebasan berekspresi, baik dalam sidang BPUPKI maupun penetapannya dalam sidang PPKI, menunjukkan garis yang sama bahwa kebebasan tersebut ditujukan untuk menentang kesewenang-wenangan kekuasaan (*detournement de pouvoir* atau *abuse of power*) dan sekaligus agar pemerintah lebih bisa mempertanggungjawabkan kebijakannya (*state responsibility*).

Konteks sejarah yang demikian yang menjadi penting untuk dicatat, bahwa perdebatan kebebasan ekspresi memang sejak awal perumusannya mengundang perdebatan. Meskipun demikian, pada akhirnya tercapailah kesepakatan antar pendiri bangsa saat itu, bahwa kebebasan berekspresi merupakan kebebasan dasar yang haruslah dijamin dalam membangun republik ini.

Perdebatan ini kembali terjadi saat perumusan Konstitusi di Dewan Konstituante, 1956-1959, namun dalam bagian ini tidak diuraikan khusus karena pertimbangan bahwa saat itu hasil perdebatan-perdebatannya dipatahkan oleh Soekarno melalui Dekrit Presiden 5 Juli 1959, yang kemudian memberlakukan kembali UUD 1945. UUD 1945 yang kemudian diamandemen pada 1999-2002 inilah yang akan disinggung kembali untuk memahami *original intent* rumusan pasal kebebasan berekspresi.

Melalui amandemen kedua di tahun 2000, pasal 28 dipertahankan sesuai aslinya dan kemudian direplikasi dengan pasal 28E ayat (3) UUD 1945 dengan rumusan: “Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.”

Selain replikasi ini, perdebatan yang muncul saat itu, bisa dikatakan tidak terlampaui substantif. Para perumus lebih mengkonsentrasikan pada perubahan struktur atau penjelasan yang menegaskan bahwa pasal kebebasan berekspresi tidak untuk diubah. Hal substantif namun tidak diwadahi dalam

⁶ Kompromi ala Soepomo terlihat dari pernyataannya, “...oleh karena itu, kami usulkan suatu aturan yang mengandung kompromis, akan tetapi tidak akan menentang sistematik rancangan anggaran dasar ini.” (Sekretariat Negara 1998: 346).

perumusannya adalah menyangkut kebebasan pers sebagai yang terpenting bagi kebebasan ekspresi (Wiratraman, 2009a).

Pembatasan Kebebasan Berekspresi

Pembatasan hak asasi manusia, atau derogasi, adalah salah satu bentuk pelanggaran HAM. Memang, secara konseptual, ada sejumlah hak yang bisa dikurangi (*derogable rights*) dan ada pula hak-hak asasi manusia yang sama sekali tidak boleh dikurangi (*non-derogable rights*). Hak-hak yang sama sekali tidak bisa dikurangi tegas dinyatakan dalam Pasal 4 Ayat (2) Undang-Undang No 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) 1966).

Hak-hak yang tidak bisa dikurangi meliputi hak yang diatur pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16 dan 18, yakni hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk bebas dari perbudakan dan perdagangan budak, hak untuk tidak dipenjarakan hanya atas dasar ketidakmampuannya memenuhi kewajiban yang muncul dari perjanjian, hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut, persamaan di muka hukum, dan berhak atas kebebasan berpikir, keyakinan, dan beragama. Di luar ketujuh pasal itu, dengan argumentasi hukum *a contrario*, bisa dikurangi. Ini berarti, kebebasan berekspresi termasuk salah satu hak atau kebebasan yang dapat dibatasi.

Meski demikian, pembatasan HAM harus ditempatkan dalam rangka implementasi konsep tanggung jawab negara yang melekat dalam derogasi HAM. Dan negara harus memenuhi situasi dan persyaratan hukum khusus dan tidak mudah sebelum melakukan derogasi itu, seperti standar Pasal 4 Ayat (1) dan (3) Undang-Undang No 12 Tahun 2005. Pertama, derogasi hanya bisa dilakukan bila dalam keadaan darurat mengancam kehidupan bangsa dan keberadaannya. Kedua, Kepala Negara secara resmi harus mengumumkan kepada publik tentang keadaan bahaya. Dalam konsep hukum pernyataan bahaya. Ketiga, langkah-langkah derogasi itu tidak bertentangan dengan kewajiban lain berdasarkan hukum internasional dan tidak mengandung diskriminasi hanya berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, atau asal-usul sosial. Keempat, Kepala Negara harus segera memberi tahu kepada negara-negara pihak lainnya (yang telah meratifikasi ICCPR) melalui perantara Sekretaris Jenderal PBB tentang aneka ketentuan yang dikurangi dan tentang alasan-alasan pemberlakuannya, serta pemberitahuan tentang saat berakhirnya derogasi itu.

Kita tidak boleh lupa konteks sejarah pemberlakuan keadaan bahaya yang pernah terjadi pada masa lalu, terutama pelaksanaan Undang-Undang No 23/Prp/1959 tentang Keadaan Bahaya yang telah memperlihatkan praktik penyalahgunaan kekuasaan yang merepresi kebebasan berkumpul dan berpendapat.⁷ Karena itu, pada awal pembahasan RUU Penanggulangan Keadaan Bahaya (PKB) telah muncul gejala penolakan.

Persoalannya, sejauh mana kebebasan berekspresi di Indonesia dibatasi, terutama dengan merujuk pada konstitusionalitasnya dikaitkan dengan pembatasan atas dasar keagamaan. Sebagaimana disebutkan dalam pasal 28J UUD 1945 dinyatakan:

“(1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara; (2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.”

⁷ Alasannya sederhana, dalam perspektif HAM, pemberlakuan status keadaan bahaya telah berpotensi melanggar sejumlah kebebasan dasar dan hak oposisi politik. Praktik di negara tetangga, Malaysia, dengan Internal Security Act (ISA) memberi pelajaran itu.

Berdasarkan pasal-pasal ini maka pembatasan HAM bisa dilakukan atas dasar Undang-Undang dengan pertimbangan:

1. Menghormati hak asasi manusia orang lain
2. Moral
3. Nilai-nilai agama
4. Keamanan
5. Ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis

Bila kita bandingkan dengan konsep pembatasan dalam Prinsip Siracusa (1985)⁸, maka semua konsep pembatasan yang diatur dalam pasal 28J UUD 1945 masuk dalam penjelasan klausulnya, kecuali 'nilai-nilai agama'. Dengan menggunakan penafsiran ekstensif, secara konsep, 'nilai-nilai agama' berdekatan (atau bisa didekati) dengan konsep 'moral', dan dalam prinsip Siracusa disebutkan sebagai '*public morals*' (moral publik). Karena moralitas publik beragam dari suatu waktu ke waktu lainnya, dari budaya yang satu dengan budaya lainnya, suatu negara yang menegaskan moralitas publik sebagai dasar untuk membatasi hak asasi manusia, saat membuat diskresi tertentu haruslah menunjukkan bahwa pembatasan tersebut esensi untuk merawat penghormatan nilai-nilai dasar kemasyarakatan, dan diskresi ini tidak sekalipun bertentangan dengan ketentuan non-diskriminasi.⁹ Konsep 'moral' dalam Pendapat Umum No. 22/48, paragraph 8, dinyatakan bahwa:

*"The concept of morals derives from many social, philosophical, and religious traditions; consequently, limitations on the freedom to manifest a religion or belief for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition."*¹⁰

Meskipun demikian, menurut Nowak (2005: 466) tidak ada kerangka universal yang menjadi standar bersama untuk mengaplikasikan konsep moral ini, oleh sebabnya batas diskresinya haruslah senantiasa didasarkan pada pertanggungjawaban atas wewenang yang digunakannya. Atas hal ini ada pendapat ahli secara individual, meskipun ketiganya sebagai anggota Komite HAM. Mereka menyatakan, "*concept of public morals is relative and that such restrictions on freedom of expression should not be applied in a manner 'as to perpetuate prejudice or promote intolerance. It is of special importance to protect freedom of expression as regards minority views, including those that offend, shock or disturb the majority.'*"¹¹

Dalam kasus Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, telah mengundang kontroversi yang sungguh luar biasa hingga kini. Perdebatan yang mengemuka sebagai salah satu alasannya adalah tafsir atas dasar 'moral' dan 'agama' untuk memastikan bahwa pornografi adalah sesuatu yang harus dilarang di Indonesia. Tetapi di sisi lain, problem penerjemahan pornografi itu bermasalah, sehingga berpotensi secara struktural atas kuasa tertentu melakukan pelanggaran hak-hak asasi manusia dan kebebasan dasar, terutama kebebasan berekspresi.

Mengutip pandangan dari Soetandyo Wignyosoebroto maupun Rocky Gerung dalam pernyataannya sebagai saksi ahli yang dihadirkan dalam persidangan Mahkamah Konstitusi tanggal 27 Agustus 2009, bahwa sangat sulit menyatakan ketidaksetujuan atas pernyataan hukum maupun logika yang didasarkan

⁸ United Nations, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985). Dijelaskan klausul pembatasan-pembatasannya, yang meliputi: "prescribed by law"; "in a democratic society"; "public order (order public)"; "public health"; "public morals"; "national security"; "public safety"; "rights and freedoms of others," or "rights and reputations of others"; "restrictions on public trial".

⁹ Prinsip Siracusa Nomor 27 dan 28.

¹⁰ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (1993) General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18): 30/07/93. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4. Forty-eighth session 1993, para. 8.

¹¹ Pendapat individu (No. 61/1979) oleh Anggota Komite HAM, Opsahl, Lallah and Tarnopolsky. Dikutip dari Nowak (2005: 467).

atas argumentasi agama, karena agama bersifat final. Namun, bila kita berharap untuk menyelidiki apa yang difikirkan atau dibayangkan publik, maka kita harus mengasumsikan argumentasinya belum final. Itu sebabnya, relasi diantara warga negara haruslah dinilai berdasarkan konstitusi, bukan berdasarkan ayat-ayat suci.

Tentunya, hal ini tidaklah mudah, karena 'nilai keagamaan' sebagai alat ukur pembatasan hak asasi manusia telah mendapat tempat secara khusus dalam pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Dan hal ini sangat berpotensi mengalami benturan nilai bila pada hal-hal tertentu dirasakan perbedaan tafsir atas peristiwa atau fakta tertentu. Misalnya, ketika Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi bergulir, masyarakat Bali melakukan penolakan besar-besaran, bahkan pula penolakan itupun dengan menggunakan identitas keagamaan. Di Bali, beberapa aktifitas keseharian mereka dapat dikategorikan sebagai pornografi, seperti tradisi dan kepercayaan agama. Tokoh agama Hindu, Ida Pedanda Gede Ketut Sebali Tianyar Arimbawa mengambil argumentasi Bandem, mengingatkan bahwa organ seksual adalah begitu menjadi bagian penting dalam penggambaran kesucian agama. Lingga dan Yoni, gambaran tiga dimensi phallus dan vagina, adalah simbol suci yang merupakan penciptaan Tuhan, kesuburan dan kreatifitas. Payudara terbuka penuh Kali atau Durga juga representasi simbolik keagungan perasaan ibu yang mengasuh atau merawat alam semesta. Organ seksual dan ketelanjangan sering menjadi karakteristik utama dalam objek suci persembahyangan. Singkatnya, budaya dan kepercayaan masyarakat Bali tidak pernah menjadikan organ seksual, ketelanjangan dan sensualitas sebagai hal kotor atau mesum, bertentangan secara moral dan hal-hal ofensif (Wiratraman 2009b).

Dua Pendekatan

Ada dua pendekatan yang bisa digunakan untuk dijadikan jalan keluar sebagai solusi, dan hal ini haruslah tetap ditempatkan dalam konteks demokratisasi dan penghormatan hak-hak asasi manusia. Pertama, persoalan *law making* (pembentukan hukum), yang mengaplikasikan prinsip-prinsip pembentukan perundang-undangan yang secara baik dan berkeadilan. Kedua, senantiasa menggali suatu konsensus substantif tentang ide, norma dan nilai-nilai dasar yang berkembang di masyarakat.

Pendekatan pertama, merupakan pendekatan normatif yang menggunakan prinsip-prinsip sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Berdasarkan pasal 5 terdapat sejumlah prinsip, antara lain: kejelasan tujuan; kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat; kesesuaian antara jenis dan materi muatan; dapat dilaksanakan; kedayagunaan dan kehasilgunaan; kejelasan rumusan; dan keterbukaan. Selain itu, dalam pasal 6 juga diketengahkan mengenai asas-asas pembentukan peraturan, yang meliputi: pengayoman; kemanusiaan; kebangsaan; kekeluargaan; kenusantaraan; bhinneka tunggal ika; keadilan; kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan; ketertiban dan kepastian hukum; dan/atau keseimbangan, keserasian, dan keselarasan.

Dengan menggunakan pendekatan normatif Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tersebut, maka kontrol atas ketentuan hukum dalam suatu peraturan perundang-undangan menjadi lebih kuat dan tegas, meskipun hal inipun dirasakan belum cukup. Penggunaan metode ROCCIPI (*Rules, Opportunity, Capacity, Communication, Interest, Process dan Ideology*) yang dikembangkan oleh Seidman dan Abeyesekere (2001) atau Seidman dan Waelde (1999), serta pendekatan *socio-legal* yang ditawarkan Otto et. All (2008), menjadi catatan tambahan untuk pengembangan dan evaluasi atas produk-produk legislasi, sehingga menjadikan produk hukum kian responsif terhadap kebutuhan masyarakat.

Bila menggunakan sejumlah prinsip, asas dan metode sebagaimana diuraikan di atas, maka kebebasan ekspresi yang lahir dalam bingkai pluralisme masyarakat Indonesia dengan keragaman budaya, agama, tradisi serta dinamika hukum lokalnya, diharapkan bisa lebih direspon secara lebih berkeadilan.

Pedekatan kedua, bahwa dinamika kemasyarakatan Indonesia yang demikian plural, perlulah terus menerus digali ide-ide, norma serta yang terpenting nilai-nilai dasar bersama yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. Negara dalam hal ini memainkan peran penting membangun konsensus

substansif untuk menerjemahkan konstusionalitas hak asasi manusia, termasuk secara lebih berhati-hati untuk membatasi kebebasan dasar yang telah dijamin dalam konstitusi Indonesia. Dalam suatu transformasi demokrasi, negara haruslah mampu menangkap, merespon dan mendayagunakan sumberdayanya untuk revitalisasi memaksimalkan bekerjanya nilai-nilai dasar kemasyarakatan, sehingga keberlanjutan relasi-relasi sosial dan budaya tetap terpelihara.

Kapasitas demokratik negara yang demikian dapat dinilai setidaknya dari tiga hal, yakni, pertama, negara harus mampu menemukan hukum dengan karakter responsive. Ide ini dikemukakan oleh Nonet and Selznick (2001) melalui bukunya yang terkenal "*Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*". Hukum responsif dikarakterkan dalam suatu negara demokratis. Tipologi hukum ini sangatlah bermanfaat karena menggabungkan aspek-aspek politik dan hukum untuk menegaskan ketatapemerintahan demokratis.

Kedua, hukum haruslah merefleksikan kebutuhan masyarakat dan konsensus diantara mereka. Meskipun parlemen bisa mengklaim mereka mewakili masyarakat, namun mereka masih perlu untuk secara lebih berani 'mengkomunikasikan' dan atau 'mendialogkan' dengan masyarakat secara lebih luas. Dengan demikian, para anggota parlemen sebagai pembentuk hukum dapat lebih peka dan sadar atas aspirasi dan ekspresi masyarakat, dan mengakomodasikannya dalam kebijakan maupun legislasi. Dalam kasus Undang-Undang Pornografi, negara seharusnya kembali me[re]konfirmasi batasan kebebasan ekspresi dengan dasar moral dan agama kepada publik, karena hal tersebut sangat mempengaruhi efektifitas dan daya keberlakuan suatu peraturan.

Ketiga, terkait dengan apakah hukum atau kebijakan tersebut sesuai dengan standar hak asasi manusia, atau tidak melemahkan hakikat dari upaya penghormatan, perlindungan dan pemenuhan hak asasi manusia. Hal ini jelas terurai tidak saja dalam UUD 1945, namun juga dalam sejumlah ketentuan hak asasi manusia lainnya.¹²

Catatan menarik sebagai akhir dari penjelasan konstusionalitas kebebasan berekspresi, yang dikaitkan dengan pembatasan atas dasar agama. Pengalaman negara-negara yang mengakomodasi agama sebagai ketentuan konstitusi, sesungguhnya baik kaum fundamentalis maupun kaum sekularis percaya bahwa syariah tidaklah cocok dengan konstusionalisme. Meskipun mereka memiliki pandangan yang sama, namun memiliki argumentasi yang berbeda untuk menopang pandangannya. Kaum fundamentalis percaya bahwa syariah lebih baik dari konsep konstusionalisme, sedangkan kaum sekularis mengambil posisi bahwa syariah adalah bagian dari kepercayaan agama, dan bukanlah suatu sistem pemerintahan (Hosen 2004; 2005).

Sekiranya, melalui perlambang Bhinneka Tunggal Ika, pembentuk negara ini sejak semula telah membayangkan betapa keragaman ini perlu dipahami dan menjadi suatu identitas bangsa dan sekaligus peradaban. Dengan konteks demikian, sesungguhnya pembatasan hak asasi manusia tidak layak ditempatkan atas dasar ruang-ruang kultural atau agama tertentu, apalagi sesaat, yang kerap justru lebih menunjukkan hipokrisi atas kekerasan politik dan pelanggaran hak sosial ekonomi atas warganya, sebagaimana kita saksikan dalam aksi premanisme dan kekerasan atas nama agama yang marak di Indonesia belakangan ini. Pembatasan hakikatnya adalah pelanggaran hak asasi manusia, dan pemberlakuannya hanya diijinkan bilamana ditujukan untuk menjunjung hak-hak asasi manusia dan kebebasan dasar manusia itu sendiri.

¹² Ketentuan Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan sejumlah ketentuan ratifikasi hukum hak asasi manusia internasional lainnya.

Daftar Pustaka

- Bahar, Saafroedin, Ananda B. Kusuma, Nannie Hudawati (1995) *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)*, 28 Mei 1945–22 Agustus 1945. Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia.
- Constitutional Court, Constitutional Court Proceeding, Case Number 10/PUU-VII/2009, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/>
- Constitutional Court, Constitutional Court Proceeding, Case Number 17/PUU-VII/2009, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/>
- Constitutional Court, Constitutional Court Proceeding, Case Number 23/PUU-VII/2009, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/>
- Harding, Arthur L. (1956) “Can There Be Law Without Morality?”, in Robert E Fitch et all, *Religion, Morality and Law*. Dallas: Southern Methodist University Press.
- Hatta, Mohammad (1930) “Toedjoean dan Politik Pergerakan Nasional Indonesia”, *Pidato Di Moeka Rapat dari Perkoempoelan Student-Student Indologi di Utrecht*, 4 November 1930. Jakarta: Daulat Ra’jat.
- Hosen, Nadirsyah (2004) “Constitutionalism and Syari’ah”, *Journal of Law*, Murdoch University Electronic, Volume 11, Number 1 (March 2004)
- Hosen, Nadirsyah (2005) “Religion and the Indonesian Constitution: A Recent Debate”, *Journal of Southeast Asian Studies*, 36 , pp 419-440.
- Manan, Bagir, et.all. (2001) *Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia*. Bandung: Alumni.
- Nonet, Philip and Philip Selznick (1978) *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York: Harper and Row.
- Nowak, Manfred (2005) *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*. Kehl: N.P. Engel.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (1993) *General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18): 30/07/93. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4. Forty-eighth session 1993, para. 8.*
- Otto, J.M., J. Arnscheidt, and B. Van Rooij (2008) *Law making for Development: Explorations into the Theory and Practice of International Legislative Projects*. Leiden: Leiden University Press.
- Seidman A., R.B. Seidman, and N. Abeyesekere (2001) *Legislative Drafting for Democratic Social Change: A Manual for Drafters*. The Hague: Kluwer Law International.
- Seidman, R.B., A. Seidman, dan T.W. Waelde (1999) *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*. The Hague: Kluwer Law International.
- United Nations, Economic and Social Council (1985) *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985).
- Wiratraman, R. Herlambang Perdana (2009a) “Kebebasan Berekspresi: Penelusuran Pemikiran dalam Konstitusi Indonesia”, *Jurnal Konstitusi*, Volume 6 Nomor 1, April 2009, Mahkamah Konstitusi, hal. 105-134.
- Wiratraman, R. Herlambang Perdana (2009b) “In Search of Constitutionality: Freedom of Expression and Indonesia’s Anti-Pornography Law”, *2nd International Conference of the Training Indonesia’s Young Leaders Programme*, “Islam, Democracy and Good Governance in Indonesia”, jointly organized by IAIN Walisongo Semarang, The Indonesian Ministry of Religious Affairs, and Leiden University, Semarang, 6-8 October 2009.

Dokumen Hukum

Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945

International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49, ratified by Law Number 12 of 2005.
Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan
Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi
Syracuse Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex. United Nations, Economic and Social Council (1985).

*R. Herlambang Perdana Wiratraman

Dosen Hukum Tata Negara dan Hak Asasi Manusia, Fakultas Hukum Universitas Airlangga.