HAM & SYARIAT

PENERBIT MIZAN: KRONIK ZAMAN BARU adalah salah satu lini produk (*product line*) Penerbit Mizan yang menyajikan buku-buku bertema umum dan luas yang merekam informasi dan pemikiran mutakhir serta penting bagi masyarakat Indonesia.

HAM & SYARIAT

SEBUAH KAJIAN

Lena Larsen, dkk.

mizan
KRONIK ZAMAN BARU

HAM dan Syariat: Sebuah Kajian
Cekli Pratiwi, Lena Larsen, Brett G. Scharffs, dan Tore Lindholm

Penerjemah: Reni Indardini
Penyunting: Muhammad Irsyad, Eka Saputra, & Nurjannah Intan
Perancang sampul: Wirastuti
Pemeriksa aksara: Fitriana & Dwi Kurniawati
Penata aksara: Nuruzzaman

All rights reserved
Cetakan I, Maret 2021
Diterbitkan oleh Penerbit Mizan
PT Mizan Pustaka (Anggota IKAPI)
Jln. Cinambo No. 135 Bandung 40294
T. (022) 7834310 – F. (022) 7834311
e-mail: mizanwacana@mizan.com
http://www.mizan.com

Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)
Larsen, Lena
HAM dan syariat / Lena Larsen ... [et al.] ; penerjemah, ; penyunting, Irsyad Rafsadie & Ahmad Baiquni. -- Bandung : PT. Mizan Pustaka, 2021.

894 hlm. ; 23,5 cm.

Judul asli: *Sharia And Human Rights: A Coursebook*

Bibliografi
ISBN 978-602-441-167-1
ISBN 978-602-441-169-5 (EPUB)
ISBN 978-602-441-168-8 (PDF)

1. Islam dan hak asasi manusia. I. Lena Larsen. II. Irsyad Rafsadie. III. Ahmad Baiquni.

297.032 3

Didistribusikan oleh:
Mizan Media Utama
Jln. Cinambo (Cisaranten Wetan) No. 146, Ujungberung, Bandung 40294
Telp.: (022) 7815500 – Faks: (022) 7834244
Surel: mmubdg@mizanmediautama.com

Perwakilan: Medan: Telp.: 061-42904983 Jakarta: Telp.: 021-7864547/021-7874455
Yogyakarta: Telp.: 0274-2884437 Surabaya: Telp.: 031-8535615
Bandung: Telp.: 022-7815500
Mizan Online Bookstore: www.mizanstore.com Mizan Marketplace: (Shopee, Tokopedia, Lazada, Bukalapak, Blibli, JD.ID, Ilotte): Mizanstore

Daftar Isi

Pengantar dan Ucapan Terima Kasih ..... **ix**

BAB 1 - Hakikat, Sumber, dan Tujuan Syariat **1**

A. Hakikat Syariat 1
B. Sumber-Sumber Syariat 7
C. Tujuan Syariat (*Maqashid Al-Syari'ah*) 16
D. Kesimpulan 27

BAB 2 - Ciri-Ciri Khas Syariat **29**

A. Komentar Pendahuluan 29
B. Syariat dan Fikih 31
C. Tema-Tema Besar dan Klasifikasi 33
D. Ciri-Ciri Penting Syariat 38
E. Individualis atau Komunal 55
F. Eksternalitas dan Niat: Persoalan *Hiyal* 59

BAB 3 - Islam, Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan, dan Kesetaraan Gender **63**

A. Pendahuluan 63
B. Asasi Manusia dan CEDAW 64
C. Negara-Negara Bangsa Muslim, Syariat, dan Politik Identitas Islam 68
D. Islam dan Soal Pembaruan 71
E. *Maqashid Al-Syari'ah:* Sejarah Singkat 74
F. Syariat dan Tantangan Kesetaraan di Muka Hukum 77
G. Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan dan Prinsip Nondiskriminasi 80
H. Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan dan Persoalan Gender 83
I. Jalan ke Depan 85

BAB 4 - Perjumpaan HAM dan Syariat di Indonesia **87**

A. Pendahuluan 87
B. Dilema Negara Mayoritas Muslim 88
C. Persinggungan HAM dan Syariat 94
D. Perjumpaan dan Persinggungan 98
E. Penutup 108
F. Kepustakaan 109

BAB 5 - Syariat dan HAM: Persinggungan, Keselarasan, dan Konflik 113

A. Pendahuluan 113
B. Fondasi Filosofis dan Asal-usul Kesejarahan 115
C. Kebebasan Beragama 121
D. Hak-Hak Perempuan dan Masalah Terkait 124
E. Hukuman Pidana dan Hak-Hak Terkait 126
F. Kesimpulan 127
G. Kepustakaan 129

BAB 6 - Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia: Sebuah Pengantar tentang Sejarah, Proses, Penyusunan, Ketentuan-Ketentuan Penting, dan Warisannya 131

A. Pendahuluan 131
B. Tujuan dari Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia 133
C. Latar Belakang dan Proses Penyusunan Dokumen DUHAM 134
D. Pasal-Pasal Kunci 138
E. Instrumen Lain Hak Asasi Manusia Internasional 146
F. Lembaga-Lembaga Pemantau PBB 154
G. Kesimpulan 157

BAB 7 - Dasar Konseptual dan Landasan Umum Hak Asasi Manusia —dengan Prospek Cerah Dukungan Berbasis-Agama bagi Hak Asasi Manusia 159

A. Pengantar 159
B. Konsep Dasar dan Segi-Segi Hak Asasi Manusia 161
C. Apa itu Hak? 166
D. Daftar 40 Manfaat Hak Asasi Manusia yang Termasuk dalam Perlindungan di IBHR 168
E. Landasan Umum Hak Asasi Manusia Internasional 171
F. Melegitimasi IHR Melintasi Pertentangan Kepercayaan, Budaya, dan Doktrin:
Mencita-citakan Solidaritas Manusia Inklusif Berdasarkan Kesetaraan Martabat yang Inheren 178
G. Panduan untuk Karya Teoretis Terkini tentang IHR 183
H. Daftar Pustaka 186

BAB 8 - Konsep Umum dan Prinsip-Prinsip Hak Asasi Manusia dalam Konteks Internasional dan Indonesia 191

A. Pendahuluan 191
B. Gambaran mengenai Hak Asasi Manusia 192

C. Prinsip-Prinsip Dasar HAM 198
D. Hukum HAM Internasional dan Instrumen-Instrumennya 209
E. Regulasi HAM di Indonesia 214
F. Mekanisme Penegakan HAM Internasional 227
G. Mekanisme Penegakan HAM di Indonesia 229
H. Penutup 237
I. Referensi 238

BAB 9 - Hak Asasi Manusia Universal: Sumbangan Negara-Negara Muslim 245

A. Pendahuluan 245
B. Pengantar tentang Hukum HAM Internasional 249
C. Sumbangan Muslim dan Sumbangan Diplomat Muslim dan Timur Tengah 253
D. Masalah-Masalah yang Menjadi Perhatian 259
E. Komentar 295

BAB 10 - Komitmen Hak Asasi Manusia dalam Islam Modern 305

A. Pengantar 305
B. Kolonialisme, para Apologetis, dan Wacana Hak Asasi Manusia Muslim 308
C. Puritanisme, Antiwesternisme, dan Eksepsionalisme dalam Wacana Muslim 313
D. Komitmen Hak Asasi Manusia dan Ambiguitas dalam Islam 317
E. Kedaulatan Tuhan dan Kedaulatan Kesejahteraan Manusia 322
F. Keadilan sebagai Nilai Inti dan Hak Asasi Manusia 337
G. Hak Tuhan dan Hak Manusia 343
H. Islam dan Janji Hak Asasi Manusia 350
I. Bibliografi 354

BAB 11 - Resolusi Melawan Intoleransi dan Prospek untuk Merevisi Peraturan tentang Penodaan Agama 359

A. Pendahuluan 359
B. Penolakan terhadap Resolusi-Resolusi Penodaan Agama 362
C. Dari Melawan Penodaan Agama ke Melawan Intoleransi 364
D. Pergeseran dari Penodaan ke Intoleransi: Masa Depan Undang-Undang Penodaan Agama? 368
E. Kesimpulan 374

BAB 12 - Pengantar untuk Kebebasan Berpikir, Beragama, dan Berkeyakinan dalam Perspektif Hak Asasi Manusia 375

A. Pendahuluan ... 375
B. Pasal 18 dalam DUHAM ... 375
C. Instrumen-Instrumen HAM Lain yang Terkait dengan Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan (KBB) ... 380
D. Peran Organisasi Nonpemerintah dalam Mempromosikan Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan ... 388
E. Nilai Agama dan Kebebasan Beragama ... 389
F. Kesimpulan ... 391

BAB 13 - Standar Hukum Internasional mengenai Ujaran Ekstrem Terkait Agama ... 393

A. Pengantar ... 393
B. Hukum Penistaan Agama dalam Hukum Internasional ... 394
C. "Penistaan Agama": Timbul dan Tenggelamnya Konsep Nonlegal ... 398
D. Advokasi Kebencian Agama yang Berisi Hasutan dalam Hukum Internasional ... 402
E. Kesimpulan ... 410

BAB 14 - Kontribusi Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan pada Kedamaian di Masyarakat ... 411

A. Hak Asasi Manusia sebagai Prasyarat untuk Kedamaian Masyarakat yang Langgeng ... 411
B. Manusia sebagai Pemegang Hak ... 413
C. Dimensi dan Batasan Kebebasan ... 416
D. Kesetaraan dan Nondiskriminasi ... 421
E. Bukan Hanya Sekadar Masalah Minoritas ... 423

BAB 15 - Islam, antara Hukum dan Kasih Sayang ... 427

A. Pendahuluan ... 427
B. Agama Belas Kasih ... 428
C. Allah Yang Maha Pemurah ... 430
D. Kasih Sayang sebagai Motif Penciptaan ... 433
E. Hubungan Cinta antara Manusia dan Tuhan ... 434
F. Nabi Kasih Sayang ... 434
G. Menjadi Religius berarti Menjadi Welas Asih ... 435
H. Catatan Akhir ... 436

Biografi Para Penulis ... 439

Pengantar dan Ucapan Terima Kasih

Cekli Pratiwi, Lena Larsen, Brett G. Scharffs, dan Tore Lindholm

Buku ini merupakan kulminasi dari proyek sepuluh tahun dalam rangka menelaah keselarasan dan ketidakselarasan antara dua sistem besar di ranah moral, politik, dan hukum di dunia—yang satu lawas, Syariat (dikenal juga sebagai Hukum Islam), dan satu lagi modern, yakni hak asasi manusia (HAM) kontemporer sebagaimana diejawantahkan dalam instrumen-instrumen hak asasi manusia internasional, yang bermula dari Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Kedua sistem ini sering kali dipandang berbenturan atau bahkan bertentangan satu sama lain. Buku ini bertujuan bukan untuk menyanggah atau mengakurkan benturan dan pertentangan demikian, melainkan ingin mencari titik tengah apabila ada, menjembatani apabila mungkin, dan lebih memahami perbedaan dan keberjarakan yang terkesan tak terjembatani.

Latar Belakang Proyek Ini

Buku ini adalah hasil kerja bertahun-tahun. Cikal bakalnya adalah serangkaian konferensi yang diadakan di Indonesia, sejak awal 2008, dalam rangka menciptakan wadah dialog yang konstruktif antara hukum Islam dengan hak asasi manusia. Ini kemudian membuahkan Konferensi Pakar untuk pembentukan Master Level Course (MLC) Syariat dan HAM: Latar Belakang dan Isu Pokok di Indonesia Masa Kini (*Master Level Course*

on Shari'a and Human Rights: Background and Core Issues in Contemporary Indonesia), yang diselenggarakan di Universitas Muhammadiyah Malang, Indonesia pada 13 — 16 Juni 2011. Konferensi tersebut dirancang untuk melanjutkan diskusi mengenai hubungan antara hukum Islam dengan hak asasi manusia, sekaligus untuk membangun landasan dari sebuah mata kuliah level magister berkualitas tinggi yang cocok untuk diajarkan baik di universitas Islam maupun universitas umum di Indonesia, dan lebih dari itu, untuk memetakan persinggungan, keselarasan, dan konflik antara Syariat dan hak asasi manusia, terutama dalam konteks Indonesia.

Konferensi ini diselenggarakan oleh Pusat Studi Agama dan Multikulturalisme (PUSAM), program pascasarjana di Universitas Muhammadiyah Malang (UMM), salah satu universitas Islam swasta terkemuka di Indonesia. Acara tersebut disponspori dan diselenggarakan berkat kerja sama dengan Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief, Norwegian Centre for Human Rights, Universitas Oslo, Norwegia; dan International Center for Law and Religion Studies di Brigham Young University Law School, yang terletak di Provo, Utah, Amerika Serikat.

Peserta mancanegara yang berpartisipasi dalam konferensi tersebut adalah para pakar terdepan di bidang hak asasi manusia internasional dan hukum Islam, antara lain Dr. Mohammad Hashim Kamali, Presiden dan CEO Institute for Advanced Islamic Studies di Kuala Lumpur, Malaysia; Dr. Lena Larsen, Direktur Program Oslo Coalition of the Norwegian Centre for Human Rights; Tore Lindholm, profesor filsafat di Universitas Oslo dan anggota Oslo Coalition; Dr. Abdullah Saeed, profesor Kajian Islam di Universitas Melbourne; Aksel Tømte, yang mewakili program Indonesia di Oslo Coalition/Norwegian Center for Human Rights; dan Profesor Brett G. Scharffs, yang ketika itu menjabat sebagai Francis R. Kirkham Professor of Law di J. Reuben Clark Law School dan Associate Director di International Center for Law and Religion Studies, BYU.

Lebih dari empat puluh profesor Indonesia dari beragam bidang, mulai dari kajian Islam, hukum, hak asasi, sosiologi, hingga sejarah, turut serta dalam konferensi tersebut, salah satunya Profesor Syamsul Arifin dari Universitas Muhammadiyah Malang, yang menjabat sebagai ketua panitia penyelenggara. Makalah disampaikan oleh sejumlah cendekiawan, antara

lain Profesor Hafid Abbas dari Universitas Negeri Jakarta; Profesor Amin Abdullah, Guru Besar Ilmu Filsafat di Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta (UINJ); Profesor Musdah Mulia dari Universitas Islam Negeri Jakarta (UIN Jakarta); dan Profesor M. Latief Fauzi dari Universitas Islam Indonesia (UII). Konferensi dibuka oleh Dr. Latipun, Direktur Program Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Malang, dan Profesor Dr. Muhadjir Effendy, Rektor Universitas Muhammadiyah Malang (periode 2000–2004, 2004–2008, dan periode 2008–Februari 2016).

Konferensi diakhiri dengan diskusi perihal sasaran dan kurikulum MLC mengenai Syariat dan HAM, sedangkan kelompok kerja informal mulai merencanakan mata kuliah tersebut, yang belakangan diselenggarakan tahun berikutnya di Universitas Muhammadiyah. Kelompok kerja beranggotakan Profesor Syamsul Arifin, Dr. Ahmad Nur Fuad, dan Cekli Setya Pratiwi, LL.M. dari Indonesia; Profesor Tore Lindholm dan Dr. Lena Larsen dari Norwegia; dan Profesor Brett G. Scharffs dari Amerika Serikat.

Kursus Syariat dan HAM dan Agama dan HAM

Tiga tahun berikutnya, 2012, 2013, dan 2014, MLC diadakan tiap tahun di Universitas Muhammadiyah, berubah dan berkembang sedikit tahun demi tahun. Walau begitu, format dasarnya tetap sama, yakni terdiri atas tiga tahap. Tahap pertama MLC terdiri atas serangkaian kuliah pengantar dari para pakar internasional dan Indonesia mengenai Syariat dan HAM. Kekhasan penting dari mata kuliah ini adalah, harus ada pakar Indonesia dan internasional untuk tiap materi tentang hukum Islam dan HAM. Periode pengantar ini dilanjutkan dengan tahap berikutnya, yakni riset yang berlangsung dalam kurun waktu beberapa pekan hingga beberapa bulan, agar para peserta sempat melakukan penelitian dan menulis makalah mengenai topik terkait Syariat, HAM, atau area diskursus di antara kedua sistem pemikiran tersebut. Tahap ketiga adalah pertemuan di kelas, yang memungkinkan para mahasiswa mempresentasikan penelitian kepada satu sama lain dan menyerahkan makalah untuk dinilai. Meskipun para profesor dari mancanegara turut menyampaikan kuliah dan adakalanya hadir dalam

presentasi mahasiswa, penilaian diberikan oleh tiga penanggung jawab mata kuliah dari Indonesia, Syamsul Arifin, Ahmad Nur Fuad, dan Cekli Pratiwi.

Mulai tahun 2015, MLC diadakan pula, dengan sejumlah penyesuaian, di Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, di bawah kepemimpinan dosen hukum belia di perguruan tinggi tersebut, Mahaarum Kusuma Pertiwi, pada tahun 2015 dan 2016. Belakangan program tersebut diperluas sehingga menjadi mata kuliah Agama dan Hak Asasi Manusia yang dikelola dan diajarkan oleh Dr. Zainal Abidin Bagir, Ketua Program Studi Agama dan Lintas Budaya (CRCS), program magister di Sekolah Pascasarjana Universitas Gadjah Mada (UGM), Yogyakarta, yang menyelenggarakan MLC pada tahun 2017, 2018, 2019, dan 2020. Di antara pakar mancanegara yang berpartisipasi dalam MLC di Malang, banyak pula yang mengajar sebagai dosen tamu dalam mata kuliah di Yogyakarta tersebut. MLC di Universitas Muhammadiyah berlanjut pada tahun 2015, 2016, and 2017, dan 2019, sempat terhenti pada 2018 karena persoalan kesehatan dan jadwal perjalanan dua orang penyelenggara.

Setelah dua atau tiga tahun mengadakan MLC, penyelenggara Indonesia, beserta para mitra mancanegara, memutuskan bahwa akan bermanfaat apabila sejumlah materi kuliah dibakukan dalam bentuk buku agar dapat digunakan oleh dosen-dosen lain yang berminat mengajarkan mata kuliah Syariat dan HAM, Agama dan HAM, atau topik-topik terkait. Seiring berjalannya waktu, sebagian besar tanggung jawab editorial jatuh ke tangan Cekli Pratiwi, LL.M., dibantu oleh Profesor Arifin dan Dr. Fuad. Oslo Coalition, Norwegian Centre for Human Rights, dan International Center for Law and Religion Studies terus memberikan dukungan moral dan material ala kadarnya, terutama dalam bentuk dana untuk membayar para cendekiawan mancanegara agar bisa berpartisipasi dalam mata kuliah yang diberikan di Malang dan Yogyakarta. Kelompok kerja memutuskan bahwa buku perlu diterbitkan dwibahasa secara terintegrasi, alih-alih sebagai dua buku, supaya teks ini bermanfaat sebagai panduan teknis tingkat lanjut berbahasa Inggris untuk pembaca Indonesia, dan supaya buku ini tersedia dalam bahasa Inggris untuk khalayak di luar Indonesia.

Perkembangan penting terjadi pada tahun 2016, ketika Program Magister Syariat dan HAM yang tiada duanya diresmikan di Universitas Muhammadiyah Malang. Sepuluh mahasiswa angkatan pertama ikut serta dalam MLC Syariat dan HAM ke-5 tahunan yang diadakan di universitas tersebut. Pada saat itu, MLC, yang awalnya merupakan kursus insidental sampingan, telah disahkan sebagai komponen resmi dari kurikulum Universitas Muhammadiyah Malang.

Demikianlah, buku ini adalah hasil dari kerja keras sepuluh tahun yang terdiri atas perencanaan, eksperimentasi, penggunaan, dan revisi. Kami berharap buku ini sekarang betul-betul bermanfaat sebagai acuan untuk siapa saja yang ingin lebih memahami Syariat dan HAM.

Struktur dan Isi Buku

Buku ini dibagi menjadi tiga bagian, Bagian I berfokus pada Syariat, Bagian II berfokus pada hak asasi manusia, dan Bagian III mengulas berbagai topik persinggungan antara Syariat dan HAM.

Bagian I dibuka dengan dua bab yang ditulis Profesor Mohammad Hashim Kamali, pakar Ilmu Hukum yang berbasis di Malaysia, satu bab mengenai hakikat, sumber-sumber, dan tujuan Syariat, sedangkan bab berikut mengenai ciri-ciri khas hukum Islam. Profesor Ahmad Nur Fuad dari Indonesia menulis bab yang melacak persinggungan, keselarasan, dan konflik antara Syariat dengan HAM. Lena Larsen membahas kebebasan beragama dan berkeyakinan serta isu sensitif kesetaraan gender.

Bagian II dibuka dengan pengantar mengenai sejarah penyusunan dan isi Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia yang ditulis Profesor Brett G. Scharffs, pakar Ilmu Hukum dari Amerika Serikat, dilanjutkan dengan bab dari filsuf Norwegia, Tore Lindholm, mengenai dasar konseptual dan landasan umum hak asasi manusia. Bab yang ditulis Cekli Pratiwi dari Universitas Muhammadiyah Malang berisi pengantar hak asasi manusia dalam konteks internasional dan Indonesia. Bab yang ditulis Susan Waltz menelaah sumbangan negara-negara Muslim dalam hak asasi manusia, sedangkan bab yang ditulis Khaled Abou El Fadl membahas komitmen hak asasi manusia dalam Islam modern.

Bagian III dibuka dengan pengantar mengenai kebebasan berpikir, beragama, dan berkeyakinan yang ditulis oleh Profesor Scharffs. Dua bab berikutnya mengulas kontroversi mengenai agama dan kebebasan berpendapat; Profesor Zainal Bagir dari Universitas Gadjah Mada menulis bab tentang penistaan agama dan Jeroen Temperman, profesor ilmu hukum Belanda dari Universitas Erasmus menulis bab tentang standar hukum internasional mengenai ujaran ekstrem terkait agama. Topik ini diletakkan dalam konteks sosial dan etis yang lebih luas dalam satu bab dari Mantan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan, Heiner Bielefeldt, yang menulis tentang kontribusi kebebasan beragama atau berkeyakinan pada kedamaian di masyarakat, dan satu bab lagi dari Haidar Bagir, mengenai pentingnya hukum dan kasih sayang dalam Islam. Buku ini ditutup bukan dengan simpulan, melainkan dengan renungan mengenai dampak dari mata kuliah Syariat dan HAM: survei Syamsul Arifin menyoroti perubahan paling signifikan terkait pemahaman dalam topik ini, sebagaimana yang dilaporkan oleh para mahasiswa peserta mata kuliah.

Ucapan Terima Kasih

Banyak sekali yang memberikan kontribusi dan perlu diberi ucapan terima kasih, tetapi proyek ini bisa terwujud berkat Profesor Syamsul Arifin, Dr. Ahmad Fuad, dan Cekli Pratiwi. Kami sampaikan pula terima kasih kepada sekian banyak peserta konferensi-konferensi awal yang telah berperan dalam membentuk MLC dan buku ini, juga kepada para profesor yang telah memberikan kuliah dalam MLC di Universitas Muhammadiyah Malang selama sedasawarsa terakhir. Kami sampaikan pula apresiasi kepada Mahaarum Pertiwi dan Profesor Zainal Bagir di Universitas Gadjah Mada yang membantu menyuguhkan kajian ini kepada khalayak lebih luas di universitas umum di Yogyakarta.

Buku ini ditulis dan diterbitkan dalam dua bahasa (bahasa Inggris dan Indonesia) agar mudah menjangkau khalayak lebih luas, baik di mancanegara maupun di Indonesia. Kami sampaikan terima kasih

kepada Cekli Pratiwi, Miki Salman, Ahmad Fuad, dan T.I. Prasojo, yang membantu menerjemahkan bab-bab dalam buku ini dari bahasa Inggris ke bahasa Indonesia. Terima kasih pada khususnya kepada Tore Lindholm, Jessica Farnsworth, Adam Bouka, Profesor Jane Wise, dan Profesor Haight Iantha, yang telah membaca dan mengomentari sejumlah bab berbahasa Inggris; Aviva Nababan, yang telah memberikan komentar mengenai versi awal bab-bab berbahasa Indonesia; dan Christian Moe, yang dengan cekatan menyunting versi bahasa Inggris final sehingga menjadi jernih dan konsisten. Kami sampaikan juga apresiasi kami kepada semua penulis buku ini atas kerja sama dan kesabaran mereka.

Sebagai editor utama buku ini, Cekli Pratiwi ingin berterima kasih kepada keluarga (Prasojo, Jasmine, Ilan, Keegan) dan teman-teman (Seng Mai Aung, Deborah Wright) yang telah memberikan dukungan dan kasih sayang sehingga yang bersangkutan bisa maju terus dan berusaha semaksimal mungkin untuk menyelesaikan proyek ini.

Sebagai mitra internasional yang telah mendukung dan membantu mengembangkan proyek ini, Direktur ICLRS Profesor Brett Scharffs dan Direktur Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief, Norwegian Centre for Human Rights, Dr. Lena Larsen ingin berterima kasih atas kesempatan untuk bekerja sama dengan banyak sekali mitra yang kreatif, gigih, dan penuh totalitas. Profesor Scharffs menyampaikan terima kasih pada khususnya kepada dukungan BYU Law School, rumah dari ICLRS, juga kepada International Advisory Council ICLRS, para kawan dan mitra yang memungkinkan ICLRS menjalankan pekerjaannya berkat dukungan finansial mereka.

Kami menyampaikan terima kasih kepada Kementerian Luar Negeri Norwegia yang sudah memberikan dukungan finansial untuk proyek ini.

Terakhir, kami mengucapkan terima kasih dari lubuk hati terdalam kepada para mahasiswa yang lebih dari sedasawarsa terakhir ini ikut serta dalam berbagai kursus dan mata kuliah, di saat bahan-bahan kuliah ini masih dikembangkan dan terus diperbaiki. Buku ini dipersembahkan untuk mereka dan untuk para pelajar pada generasi-generasi mendatang.

BAB 1

Hakikat, Sumber, dan Tujuan Syariat[1*]

M.H. Kamali
International Institute of Advanced Islamic Studies (IAIS) Malaysia

A. Hakikat Syariat

Secara harfiah, Syariat berarti 'titian menuju sumber air, titian yang jelas untuk diikuti dan yang harus dijalani oleh orang yang beriman untuk mendapatkan panduan di dunia ini dan keselamatan di akhirat'.[2] Dalam penggunaannya yang umum, Syariat merujuk pada 'perintah, larangan, panduan, dan prinsip yang telah Tuhan berikan kepada manusia mengenai perilaku mereka di dunia ini dan keselamatan mereka di akhirat kelak'. Tujuan dasar Syariat dan panduan suci lainnya adalah agar manusia dapat meninggalkan dorongan *hawa*, yakni nafsu tanpa batas dan kecenderungan berbuat batil; untuk membimbingnya menuju kebajikan dan kebenaran; menjadikannya terhormat dan layak mendapatkan kepercayaan Ilahi sebagai khalifah, seorang wakil Tuhan di bumi. Oleh karena itu, manusia diberi amanat mengemban tanggung jawab untuk menegakkan keadilan dan pemerintahan yang baik sesuai dengan panduan Syariat.[3]

Di atas disebutkan bahwa Syariat adalah sebuah titian atau jalan dalam agama; ia bukanlah jalan yang terpisah, melainkan bagian dari agama.

---

1 *Bab ini sama dengan bab yang terdapat dalam bukunya yang berjudul *Membumikan Syariat*, diterbitkan oleh Noura Books (PT Mizan Publika), 2013 yang diterjemahkan oleh Miky Salman dari buku *Shari'ah Law: An Introduction, Oneworld Publications*, Oxford, 2008, h. 14—38.

2 Cf. *'Shari'ah, The Encyclopedia of Islam.*

3 Cf. Madkur, *Madkhal*, 11, Al-Sabuni, *Al-Madkhal Al-Fiqihi,* 20.

Oleh karena itu, agama adalah entitas lebih besar, sedangkan Syariat hanya salah satu bagiannya. Sumber rujukan, tujuan, dan nilainya adalah bagian dari Islam arus utama. Walaupun begitu, kami tidak sepaham dengan pandangan yang menggambarkan Syariat sebagai 'inti sari pemikiran Islam, manifestasi paling khas dari jalan hidup islami, inti dan sari pati Islam itu sendiri'.[4] Barangkali memang tidak akan mungkin memisahkan Syariat sepenuhnya dari keyakinan dan nilai-nilai dasar Islam. Namun, sebagaimana yang akan kami jelaskan lebih lanjut, kesatuan Syariat dengan agama Islam terletak pada tujuan dan maksudnya pada tingkat yang lebih tinggi. Ada aspek-aspek dari Syariat ketika yurisprudensi sipil mengakui adanya tingkat-tingkat pembedaan di dalam dogma dan struktur keyakinan Islam. Keadilan, contohnya, adalah tema sentral Syariat yang berlaku baik untuk Muslim maupun non-Muslim, dan pengadilan Syariat menjalankan prosedur sipil dan positivis yang tidak membeda-bedakan orang atas dasar agama yang dianutnya.

Istilah "Syariat" digunakan dalam Al-Quran sebagai lawan kata *hawa*, atau perilaku sekehendak hati, terutama mereka yang tidak berpengetahuan. Oleh karena itu, *hawa* bertolak belakang dengan Syariat, dan Syariat ditujukan untuk mendisiplinkan *hawa* dan mengingatkan orang yang beriman bahwa perilakunya di masyarakat tidak bisa dibiarkan terombang-ambing oleh kehendak *hawa*. *Hawa* pada hakikatnya sama dengan keadaan tanpa hukum dan penyimpangan dari panduan yang benar. Dalam makna inilah Al-Quran memperingatkan manusia, tidak kurang dari 25 kali, mengenai akibat buruk terlena dalam *hawa* dan bagaimana *hawa* dapat menguasai hati dan pikiran.[5] Oleh karena itu, Al-Quran menyatakan:

> *Dan siapakah yang lebih sesat daripada orang yang mengikuti hawa nafsunya dengan tidak mendapat petunjuk dari Allah sedikit pun. (QS 28: 50)*

Di tempat lain dinyatakan dalam Al-Quran, dalam pesan kepada Nabi Daud:

---

4 Joseph Schacht, *An Introduction*, 1.

5 Sa'di Abu Habib, *Dirasah fi Manhaj*, 454.

Hai Daud, sesungguhnya Kami menjadikan kamu khalifah (penguasa) di muka bumi maka berilah keputusan (perkara) di antara manusia dengan adil dan janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ia akan menyesatkan kamu dari jalan Allah. (QS 38: 26)

Di sini tampak bahwa seorang Nabi Daud sekalipun tidak kebal terhadap pengaruh *hawa* yang begitu memikat. Karena hasrat untuk mengikuti keinginan sendiri merupakan sesuatu yang alamiah dalam diri manusia, perlu ada panduan yang definitif dan inilah yang hendak diberikan oleh Syariat. Mengekang *hawa* dan mencegah pengaruh buruknya adalah fungsi dan sekaligus tujuan Syariat Islam.

Sifat legal Syariat inilah yang membuat banyak kalangan menggambarkannya sebagai 'perintah-perintah Tuhan terkait dengan kegiatan manusia', sedangkan perintah yang terkait dengan etika digolongkan tersendiri di bawah moralitas (*adab* dan *akhlaq*). Fikih (*fiqh*) adalah ilmu hukum yang kadang dapat digunakan sebagai sinonim Syariat. Namun, keduanya berbeda karena Syariat terkait erat dengan wahyu, pengetahuan yang hanya bisa didapat dari Al-Quran dan Sunnah. Sementara itu, fikih sebagian besar dikembangkan oleh para ahli hukum (*fuqaha'*) dan terdiri atas aturan-aturan yang terutama didasarkan pada penalaran manusia dan ijtihad.[6] Jadi, Syariat adalah lingkup yang lebih besar, yang mencakup semua kegiatan manusia. Sementara itu, fikih lebih sempit cakupannya dan sebagian besar hanya membahas hal-hal yang berkenaan dengan aturan hukum praktis (*al-ahkam al-'amaliyyah*). Jalan Syariat ditetapkan oleh Tuhan dan rasul-Nya, sedangkan bangunan fikih ditegakkan oleh ikhtiar penalaran manusia.[7]

Para cendekiawan Muslim selama ini umumnya memandang fikih sebagai pemahaman atas Syariat, bukan Syariat itu sendiri; oleh karena itu pembedaan yang jelas antara keduanya sudah dilakukan sejak masa perkembangan awal fikih. Sebagai contoh, mazhab-mazhab besar yang berkembang dalam 3 abad pertama semuanya dikenal sebagai mazhab fikih. Mereka tidak disebut dengan istilah seperti Syariat Hanafi atau Syariat

6 Cf. Madkur, *Madkhal*, 17, N.P. Aghnides, *Muhammadan Theories of Finance,* 1.

7 Cf. Muhammad Asad, *The Principles of State, 12*; A.A.A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, 22.

Syafi'i, tetapi selalu disebut fikih Hanafi, fikih Syafi'i, dan seterusnya. Hal ini menyiratkan satu kesatuan dalam rujukan pada Syariat tetapi keberagaman dalam hal fikih. Pembedaan antara Syariat dan fikih ini telah dikemukakan oleh banyak penulis abad ke-20 tentang topik ini, termasuk Muhammad Musa, Asaf Ali Fyzee, Muhammad Asad, dan banyak lainnya.[8]

Dalam upaya mendefinisikan lingkup Syariat yang tepat, Maududi mengamati bahwa Syariat sampai kepada kita dalam dua bentuk, yakni Al-Quran yang mengandung redaksi pesan dan perintah Tuhan serta perilaku teladan Nabi (Sunnah) yang menjelaskan dan mengklarifikasi makna Al-Quran. Sunnah bersama dengan Al-Quran itulah yang membentuk Syariat.[9] Deskripsi Syariat ini tidak mencakup hukum buatan manusia dan ijtihad yang terkandung dalam karya para ahli hukum dari berbagai mazhab. Hal ini hanya untuk menetapkan prinsip bahwa pendapat ahli hukum dan ijtihad tidak boleh disamakan dengan otoritas wahyu itu sendiri. Walaupun begitu, kontribusi berharga para ulama besar masa lalu bagi khazanah hukum dan intelektual Islam tidak bisa dinafikan dan tidak boleh disepelekan. Muhamad Asad bahkan lebih spesifik lagi dalam mempersempit cakupan Syariat sebatas pada perintah-perintah definitif dalam Al-Quran yang dijelaskan dalam ketentuan-ketentuan hukum positif, yang dikenal dengan istilah *nushush* (tunggal: *nash*). *Nushush* Al-Quran dan Sunnah inilah yang merupakan Syariat sesungguhnya, yang tak lekang oleh waktu.[10]

Para ahli hukum Islam membedakan antara kewajiban agama dan kewajiban hukum; hanya kewajiban hukum yang dapat ditegakkan melalui sanksi formal oleh pengadilan. Kewajiban agama serta rekomendasi moral Islam pada dasarnya ditujukan kepada individu dan berada di luar yurisdiksi pengadilan. Oleh karena itu, aturan Syariat diklasifikasikan ke dalam dua kategori utama, yakni *ibadat* dan *mu'amalat*. *Ibadat* terdiri atas aturan-aturan yang mengatur hubungan antara manusia dan Tuhan, sedangkan *mu'amalat* berkenaan dengan hubungan antarmanusia. Klasifikasi kedua, aturan-aturan Syariat membedakan hak ke dalam hak Tuhan (*haqq Allah*)

8 Cf. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, 16; Kamali, 'The Shari'ah: Law as the Way of God', in ed. Cornell, *Voices of Islam*, I, 149.

9 S.A.A. Maududi, *The Islamic Law and Constitution*, 69.

10 Muhammad Asad, *The Principles of State*, 13.

dan hak manusia (*haqq al-'abd*). Yang pertama merujuk pada hak-hak publik atau hak-hak masyarakat secara keseluruhan, sedangkan yang kedua terutama merujuk pada hak-hak pribadi. Secara luas hukum Syariat dalam lingkup *mu'amalat*, yang hendak mengatur hubungan antar-individu, merupakan domain utama otoritas pemerintah dan kehakiman. Dengan kata lain, hal-hal ini dapat diadili dan seseorang dapat mencari penyelesaian hukum jika hak-haknya dilanggar oleh orang lain atau oleh pemerintah. Aturan-aturan terkait peribadatan, khususnya yang murni atau secara prinsip merupakan hak Tuhan (*ibadah mahdhah*), seperti shalat, puasa, dll., merupakan kewajiban keagamaan. Kegagalan untuk menaati hal ini akan berakibat pada konsekuensi moral di dunia ini dan hukuman di akhirat, tetapi pada dasarnya ia tidak bisa diadili di pengadilan.[11]

Ciri khas Syariat lainnya berkenaan dengan tauhid—yakni keyakinan akan keesaan Tuhan, yang merupakan rukun pertama dan utama dalam keimanan Islam, serta *sine qua non* Islam itu sendiri. Setiap diskusi tentang hukum dan moralitas dalam Islam harus, pada hakikatnya, bertolak dari tauhid. Pengaruhnya atas Syariat dan etika begitu mendalam hingga tauhid itu sendiri harus termanifestasi dalam ritual ibadah dan kesalehan pribadi, dalam teologi dan hukum, dalam politik dan ekonomi, dalam iman dan amal, yang semuanya merupakan manifestasi prinsip tauhid yang sama yang meresap ke dalam semua aspek kehidupan.[12] Tuhan menciptakan semesta alam dan seluruh bagiannya mencerminkan keesaan sumbernya; setiap bagiannya selaras dengan bagian lainnya. Dari sudut pandang ini, tauhid menetapkan "ontologi, kosmologi, dan psikologinya sendiri dalam konsep Keesaan Tuhan".[13] Sebagai konsekuensinya, Islam dan Syariat-nya tidak mengenal pemilahan/pemisahan antara berbagai segi kehidupan manusia. Agama, pada prinsipnya, tidak terpisahkan dari politik, moralitas dan ekonomi, seperti halnya kepribadian manusia tidak bisa dibagi-bagi ke dalam segi-segi agama, politik, dan ekonomi. Islam menyentuh semua segi itu dan mengambil pendekatan unitarian (*tauhidi*) terhadap kehidupan manusia, sehingga menciptakan sebuah cara dan sikap hidup tersendiri. Syariat tidak hanya mengatur hak dan kewajiban hukum, tetapi juga hal-hal

11 Cf. Al-Sabuni, *Al-Madkhal Al-Fiqihi*, 27; Mahmud Shaltut, *Al-Islam,* 405.
12 Cf. S. Parvez Manzoor, 'Environment and Values', 155.
13 Al-'Attas, *Islam and Secularism*, 167.

non-hukum, dan memberi bimbingan moral bagi perilaku manusia secara umum. Oleh karena itu, tauhid mendominasi pandangan dasar Syariat, yakni pandangan kesatuan dalam keragaman. Ibadah dalam Islam pun merupakan manifestasi-praktis tauhid, yakni keyakinan akan kemahatahuan Tuhan dan penghormatan akan kehadiran dan kebesaran-Nya. Tanpa mengintegrasikan tauhid ke dalam esensi Islam, kegiatan ibadah hanya akan menjadi ritual kosong yang hampa makna, yang seharusnya dihindari. Walaupun begitu, untuk dapat ditegakkan, Syariat memiliki beberapa tingkat pembedaan antara aspek legal, moral, dan keagamaan dalam aturan-aturannya. Dengan begitu, ia memberi kerangka dasar dan skala nilai yang dapat digunakan untuk meninjau tindakan manusia ke dalam 5 hal: yang diharuskan (*wajib*), dianjurkan (*mandub/sunnah*), dibolehkan (*mubah*), tidak disukai (*makruh*), dan dilarang (*haram*). Dari kelima skala nilai ini, hanya yang pertama dan yang terakhir yang ditetapkan dengan perintah yang jelas dalam Al-Quran dan Sunnah. Tiga kategori lainnya bersifat melengkapi dan pada dasarnya nonlegal; ketiganya ditujukan untuk mendorong kebaikan moral dan pencapaian perilaku terpuji. Dengan cara ini Syariat mengaitkan dirinya dengan semua bidang kehidupan manusia, tidak selalu dengan cara yang memaksa atau memberatkan, tetapi dalam bentuk dorongan moral dan persuasi. Dengan begitu, Syariat membantu seorang individu dengan panduan yang terdiri atas nilai-nilai moral, legal, dan kultural yang dapat berguna dan meyakinkan. Terutama karena pengaruh tauhid inilah Syariat sering digambarkan sebagai bangunan doktrin terpadu yang "menegaskan kesatuan dalam segala keragaman".[14] Tindakan dan relasi manusia diukur pada skala nilai yang mencerminkan kesatuan asal-usul dan tujuannya.

Lebih jauh lagi, tauhid berperan sebagai pemersatu yang menghimpun masyarakat serta melandasi kesetaraan, solidaritas, dan kebebasannya. Suatu masyarakat yang menilai keunggulan seseorang hanya berdasarkan ketaatan dan ketakwaan pada Tuhan mesti didasarkan pada kesetaraan hakiki anggota-anggotanya di mata Tuhan. Dalam tatanan masyarakat yang unitarian (*tauhidi*) inilah seorang individu memiliki derajat otonomi dan kebebasan yang cukup luas. Karena tauhid dan keyakinan akan

14 Schacht, *An Introduction*, 200.

kemahakuasaan Tuhan ini membebaskan individu dari ikatan kekuatan-kekuatan lain, ia pun tahu bahwa tidak ada seorang pun (dan tidak boleh ada) yang dapat mengendalikan nasibnya di dunia ini atau di alam berikutnya.[15]

B. Sumber-Sumber Syariat

Ada dua sumber Syariat yang diturunkan, yakni Al-Quran dan Sunnah. Terdapat sejumlah sumber atau bukti lain yang ditemukan dalam penalaran manusia dan ijtihad. Ijtihad terjadi dalam berbagai bentuk seperti penalaran analogis (*qiyas*), preferensi *yuristik* (*istihsan*), asumsi keberlanjutan (*istishab*), dan konsensus umum (*ijma'*) yang pada dasarnya bermula dari ijtihad. Analogi dan konsensus sudah diakui oleh sebagian besar ulama, tetapi terdapat perbedaan pendapat di kalangan ahli fikih mengenai keabsahan dan cakupan bukti rasional yang bersumber dari ijtihad.

Al-Quran bukanlah sebuah dokumen hukum atau konstitusional. Artinya, materi hukum hanya merupakan bagian kecil dari teks Al-Quran. Al-Quran menyebut dirinya dengan nama-nama lain seperti *huda* (panduan), *kitab* (buku), dan *dzikr* (pengingat), tetapi ia bukanlah sebuah kitab undang-undang semata. Sebagian besar dari 6.235 ayatnya lebih banyak membahas tema moral dan keagamaan, peribadatan, manusia dan alam semesta, akhirat, bahkan sejarah peristiwa-peristiwa masa lalu dan hikayat. Konten hukum Al-Quran, yang sering disebut *ayat al-ahkam* (ayat-ayat hukum), menjadi dasar bagi yurisprudensi Al-Quran (*fiqh Al-Quran*). Ada sekitar 350 ayat hukum dalam Al-Quran yang sebagian besar diturunkan sebagai respons atas masalah-masalah aktual yang terjadi. Hal ini dapat menjelaskan mengapa ayat-ayat ini juga dikenal sebagai aturan-aturan praktis (*al-ahkam al-'amaliyyah*) berkenaan dengan perilaku individu.

Terdapat sekitar 140 ayat dalam Al-Quran yang membahas peribadatan, seperti shalat, zakat, puasa, haji, sedekah, serta pengambilan sumpah dan kafarat (denda). Tujuh puluh ayat lainnya terkait dengan perkawinan, perceraian, keorangtuaan, perwalian anak, nafkah, waris, dan hibah.

15 Cf. Humayun Kabir, *Science*, 56.

Aturan-aturan mengenai transaksi komersial, seperti penjualan, sewa-menyewa, utang piutang, dan gadai adalah pokok bahasan 70 ayat lainnya. Ada sekitar 30 ayat tentang kejahatan dan hukuman seperti pembunuhan, pembegalan, pencurian, perzinaan, dan tuduhan fitnah. Sebanyak 30 ayat lainnya membahas keadilan, kesetaraan, pembuktian, musyawarah, serta hak dan kewajiban warga negara. Ada sekitar 10 ayat tentang perekonomian menyangkut hubungan antara yang miskin dan yang kaya, hak pekerja, dan seterusnya.[16] Namun, perlu dicatat bahwa tidak semua ulama bersepakat dengan angka-angka ini, bergantung pada pemahaman dan pendekatan masing-masing terhadap isi Al-Quran. Sebab, sebagaimana dengan sangat tepat dikatakan Al-Syaukani, seorang mujtahid dimungkinkan untuk menurunkan aturan hukum bahkan dari kisah-kisah sejarah dalam Al-Quran.[17]

Berikut beberapa contoh ayat hukum dalam Al-Quran:

Berikanlah maskawin (mahar) kepada wanita (yang kamu nikahi) sebagai pemberian dengan penuh kerelaan. (QS 4: 4)

Wanita-wanita yang ditalak hendaknya menahan diri (menunggu) tiga kali quru'. (QS 2: 228)

Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad-aqad itu. (QS 5: 1)

Dan balasan suatu kejahatan adalah kejahatan yang serupa maka barang siapa memaafkan dan berbuat baik maka pahalanya atas (tanggungan) Allah. (QS 42: 40)

Walaupun Al-Quran mengandung aturan-aturan spesifik tentang hal-hal seperti perkawinan, perceraian, waris, dan denda, bagian lebih besar dari legislasi Qurani terdiri atas prinsip-prinsip yang lebih luas dan komprehensif. Legislasi Qurani yang spesifik sering ditetapkan agar

16 Shaltut, *Al-Islam*, no. 10, 494; Khallaf, *'Ilm*, 32.
17 Al-Shawkani, *Irshad Al-Fuhul*, 250.

prinsip-prinsip umumnya dapat dipahami dengan lebih baik. Sebagai sumber utama Syariat, Al-Quran memberi panduan umum mengenai hampir semua topik besar dalam hukum Islam. Ketika berkomentar tentang hal ini, Abu Zahrah (w. 1974) setuju dengan penilaian Ibn Hazm (w. 1603) bahwa "tiap-tiap bagian fikih mendapati sumbernya dalam Al-Quran, yang kemudian dijelaskan dan dijabarkan oleh Sunnah".[18] Tentang ini pula, Al-Syatibi (w. 1388) menyatakan: "Pengalaman menunjukkan bahwa setiap ulama yang merujuk pada Al-Quran dalam upaya mencari solusi terhadap suatu masalah akan menemukan panduannya dalam Al-Quran."[19] Bahwa Al-Quran itu terutama membahas prinsip-prinsip umum, hal itu ditegaskan oleh fakta bahwa isinya memerlukan banyak sekali penjelasan, yang sering dijabarkan, walau tidak selalu secara tuntas, oleh Sunnah.

Legislasi Qurani tentang hubungan sipil, ekonomi, konstitusional, dan internasional, secara umum, hanya berisi prinsip-prinsip dan tujuan hukum. Tentang kontrak, misalnya, Al-Quran menyatakan prinsip umum bahwa kesepakatan kontrak harus dipenuhi (QS 5: 1), sedangkan tentang transaksi sipil dan hak milik, orang-orang beriman diperintahkan untuk:

> *Hai orang-orang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka-sama-suka di antara kamu. (QS 4: 29)*

Di tempat lain dinyatakan bahwa:

> *Allah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba. (QS 2: 275)*

Perincian beragam kontrak dan jual beli yang sah, bentuk-bentuk pelanggaran terhadap hak milik orang lain, dan jenis-jenis transaksi riba tidak dijabarkan secara terperinci oleh Al-Quran. Sebagian dari hal tersebut telah dijelaskan oleh Sunnah; tetapi selebihnya menjadi tugas para ulama di setiap zaman untuk memerincinya dengan mempertimbangkan prinsip-prinsip umum Syariat serta kebutuhan dan kepentingan masyarakat.[20] Contoh lain gaya legislasi Qurani adalah ketika Al-Quran menggambarkan

---

18 Abu Zahrah, *Usul Al-Fiqh,* 80.

19 Al-Syatibi, *Al-Muwafaqat fi Usul Al-Shari'ah*, III, 219.

20 Untuk lebih banyak contoh lagi lihat Badran Abu Al-Aynayn, *Bayan Al-Nusus*, 2—3.

pemerintah sebagai *amanah* dan fungsinya dinyatakan, dalam bahasa yang paling umum tetapi tajam, sebagai berikut:

> *Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. (QS 4: 58)*

Konsep amanah dalam teks ini cukup luas untuk mencakup semua aspek pemerintahan, dari penengahan sengketa sampai penunjukan pejabat, pemenuhan hak dan kewajiban, alokasi dana publik, dll. Dalam setiap kasus, amanah harus diberikan kepada mereka yang pantas mendapatkannya dan yang kompeten untuk menjalankannya. Lebih jauh lagi, amanah itu tidak terpisah dari tanggung jawab. Al-Quran, dengan kata lain, menganjurkan sistem pemerintahan yang bertanggung jawab yang bertindak secara akuntabel. Inilah beberapa kesimpulan yang ditarik Ibn Taimiyyah dari ayat-ayat di atas. Dalam bukunya yang terkemuka, *Al-Siyasah Al-Syar'iyyah*, Ibn Taimiyyah menyebutkan dari awal bahwa keseluruhan buku tersebut merupakan tafsir atas satu ayat Al-Quran di atas.[21] Hal yang sama juga berlaku untuk legislasi Qurani mengenai prinsip-prinsip umum pemerintahan seperti musyawarah (*syura*), keadilan, dan kesetaraan. Dalam bidang pidana dan penghukuman, Al-Quran cukup spesifik, tetapi hanya menyangkut sejumlah kecil pelanggaran dan sanksinya. Legislasi Qurani selebihnya dalam bidang ini menetapkan prinsip-prinsip umum yang memungkinkan seorang mujtahid menentukan aturan umum Al-Quran sesuai dengan kebutuhan dan kondisi masyarakat.[22] Cara Al-Quran menjelaskan prinsip-prinsip umum, tanpa membebaninya dengan

21 Ibn Taimiyyah, *Al-Siyasah Al-Syar'iyyah*, I.
22 Untuk perincian lihat M.H. Kamali, *Jurisprudence*, 38 ff.

perincian spesifik, memungkinkannya untuk senantiasa valid dan memiliki karakter hukum yang tak lekang zaman.[23]

Ketentuan Al-Quran dapat disampaikan dalam teks yang jelas dan tegas (*qath'i*) atau dalam ungkapan yang terbuka pada aneka penafsiran. Teks yang definitif memiliki hanya satu makna dan tidak memungkinkan penafsiran lain. Contohnya adalah teks mengenai hak-hak suami dalam hal warisan almarhumah istrinya sebagai berikut:

> *Dan bagimu (suami-suami) setengah dari harta yang ditinggalkan oleh istri-istrimu, jika mereka tidak mempunyai anak. (QS 4: 12)*

Aspek kuantitatif aturan ini, yakni setengah dari harta, bersifat definitif sehingga tidak terbuka pada penafsiran lain. Ketentuan Al-Quran mengenai rukun iman, ketentuan bagian warisan, dan hukuman yang telah ditentukan (hudud) semuanya bersifat definitif; validitasnya tidak boleh dipertentangkan; semua Muslim wajib mengikutinya dan pada dasarnya tidak terbuka bagi penafsiran dan ijtihad yang lain.

Sebaliknya, ketentuan-ketentuan spekulatif (*zhanni*) dalam Al-Quran terbuka bagi aneka penafsiran dan ijtihad. Penafsiran terbaik adalah yang bisa didapatkan dari Al-Quran itu sendiri, yakni dengan melihat Al-Quran secara keseluruhan dan menemukan penjelasannya di ayat-ayat lain dalam konteks yang serupa atau bahkan berbeda. Sunnah Nabi adalah sumber lain yang melengkapi Al-Quran dan menjabarkan ketentuannya. Ketika penafsiran yang diperlukan dapat ditemukan dalam hadis sahih, ia menjadi bagian integral dari Al-Quran dan keduanya bersama-sama memiliki kekuatan yang mengikat. Sumber berikutnya dalam tata urutan ini berasal dari para sahabat, terutama yang sangat mengenal Al-Quran dan pemahaman serta penafsiran mereka memiliki otoritas tinggi di atas para penafsir lainnya.[24]

Contoh ketentuan spekulatif dalam Al-Quran adalah:

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ.

[23] Cf. Al-Tahir b. 'Ashur, *Maqasid Al-Shari'ah*, 94.
[24] Cf. Khallaf, *'Ilm*, 34: Abu Zahrah, *Usul*, 71.

Diharamkan atas kamu (mengawini) ibu-ibumu; anak-anakmu yang perempuan. (4: 23)

Teks ini bersifat definitif dalam hal larangan umum bagi seseorang laki-laki untuk menikahi ibu dan anak perempuannya sendiri dan tidak ada perbedaan akan hal ini. Namun, kata *banaatukum* (anak-anak perempuanmu) di sini dapat mencakup anak kandung, anak tiri, dan anak di luar nikah. Tiada keraguan tentang status anak tiri perempuan yang dinyatakan terlarang untuk dinikahi. Namun, para ahli hukum berbeda dalam hal apakah larangan ini juga mencakup anak perempuan di luar nikah. Para ahli fikih Hanafi meyakini bahwa baik anak perempuan kandung (yakni anak hasil hubungan pernikahan) maupun anak perempuan di luar pernikahan masuk ke cakupan teks ini. Namun, para ahli fikih Syafi'i berpendapat bahwa hanya anak perempuan dari perkawinanlah yang terlarang untuk dinikahi. Perbedaan penafsiran serupa dapat timbul terkait makna istilah *ummahatukum* jika saja Al-Quran itu sendiri dan juga Sunnah tidak menjelaskan makna teks tersebut. Tidak ada keraguan bahwa selain ibu kandung, ibu tiri dan ibu angkat juga termasuk dalam cakupan makna teks ini.[25]

Para ulama sepakat bahwa Sunnah adalah sumber Syariat, dan bahwa aturan-aturannya terkait tentang apa yang sah dan tidak sah (halal dan haram) memiliki pijakan yang sama dengan Al-Quran. Sunnah Rasul adalah hujah yang didukung oleh Al-Quran dan semua Muslim diperintahkan untuk menaatinya. Perkataan Nabi, sebagaimana dikatakan Al-Quran kepada kita, terilhami oleh wahyu (QS 53: 3). Teladan dan ajaran Nabi yang dimaksudkan untuk menetapkan aturan Syariat merupakan hujah yang mengikat. Beberapa kali Al-Quran memerintahkan kepatuhan kepada Nabi dan mewajibkan orang-orang beriman untuk tunduk pada penilaian dan otoritasnya tanpa keraguan. Berikut beberapa contoh,

Barang siapa yang menaati Rasul itu, sesungguhnya ia telah menaati Allah. (QS 4: 80)

25 Untuk lebih banyak contoh lagi lihat Kamali, *Jurisprudence*, 27 ff.

Apa yang diberikan Rasul kepadamu maka terimalah. Dan apa yang dilarangnya bagimu maka tinggalkanlah. (QS 59: 7)

Al-Ghazali menjelaskan, maksud ayat-ayat ini adalah bahwa beberapa wahyu yang diterima Nabi merupakan ayat-ayat Al-Quran, sedangkan yang lainnya terkandung dalam Sunnah. Perkataan Nabi adalah bukti bagi siapa saja yang pernah mendengar Nabi mengatakannya. Sedangkan bagi kita dan Muslim pada umumnya yang menerimanya melalui penuturan lisan dan tertulis para periwayat, kita perlu memastikan kesahihannya.[26] Bukti kesahihan dapat bersifat definitif dan didasarkan pada banyak laporan yang tidak terputus (*mutawatir*) atau laporan tunggal (*ahad*) yang terpilih. Dalam kedua kemungkinan tersebut, Sunnah pada prinsipnya memerintahkan ketaatan. Semua ketentuan Nabi, yang bersesuaian dengan Al-Quran dan memperkuat isinya, merupakan hukum yang mengikat.[27]

Sebagai sumber Syariat, Sunnah memberlakukan ketentuannya dalam tiga kapasitas berikut ini. *Pertama,* ia dapat menegaskan kembali dan memperkuat ketentuan yang bersumber dari Al-Quran. Sebagian besar Sunnah masuk ke kategori ini. Semua hadis yang terkait dengan kelima rukun iman dan topik lainnya, seperti hak orang tua, penghormatan pada hak milik orang lain, juga tentang hukum pembunuhan, pencurian, kesaksian palsu, dll., pada dasarnya mempertegas prinsip-prinsip Al-Quran tentang soal-soal tersebut.[28] *Kedua,* Sunnah dapat terdiri atas penjelasan atau klarifikasi Al-Quran: menjelaskan hal yang meragukan (*mujmal*), membatasi yang-absolut (*muthlaq*), atau menspesifikasi yang-umum (*'amm*) dari Al-Quran. Sekali lagi, bagian besar dari Sunnah masuk ke kategori ini, yaitu Sunnah pada dasarnya menjelaskan dan menafsirkan Al-Quran. Dua jenis pertama membentuk sebagian besar Sunnah dan para ulama sepakat bahwa keduanya adalah bagian integral dari Al-Quran; mereka tidak dapat dipisahkan dari Al-Quran.[29] *Ketiga,* Sunnah dapat terdiri atas ketentuan-ketentuan yang tidak disebut dalam Al-Quran. Dalam hal ini,

26 Al-Ghazali, *Al-Mustasfa*, I. 83.
27 Khallaf, *'Ilm,* 34.
28 Lihat untuk perincian Mustafa Al-Siba'i, *Al-Sunnah*, 379; Khallaf, *'Ilm*, 39.
29 Badran, *Bayan*, 7.

ketentuan dimaksud bersumber dari Sunnah itu sendiri. Jenis Sunnah ini, yang disebut sebagai Sunnah asasi (*al-sunnah al-mu'assisah*), merupakan sumber Syariat yang independen. Sebagai contoh, larangan menikahi secara bersamaan bibi garis ibu atau garis ayah dari pihak istri, hak pencegahan dalam jual beli secara sepihak atas harta-bersama (*syuf'ah*), dan hak nenek atas sebagian harta warisan—semua itu bersumber dari Sunnah karena Al-Quran sendiri tidak mengatakan apa-apa tentang hal ini.[30]

Ada beberapa perbedaan pendapat di antara para ulama tentang apakah Sunnah, dalam berbagai ragamnya, harus dilihat sebagai pelengkap/penjelas bagi Al-Quran. Pandangan yang menyetujui hal ini didasarkan pada premis bahwa ketentuan Sunnah yang orisinal sekalipun dapat dikaitkan dengan maksud dan tujuan umum Al-Quran, kalaupun bukan isi spesifik Al-Quran. Namun, sebagian besar pandangan tentang hal ini mengatakan bahwa sesungguhnya tidak ada pertentangan dalam memandang Sunnah sebagai pelengkap Al-Quran serta sebagai sumber Syariat yang tersendiri.

Ijtihad berarti 'upaya oleh para mujtahid (orang yang berijtihad) dalam menurunkan aturan-aturan Syariat mengenai persoalan tertentu dari berbagai sumber'. Biasanya aturan semacam ini belum jelas dengan sendirinya dalam sumber-sumber primer (Al-Quran dan Sunnah) dan perumusannya memerlukan upaya tertentu oleh para mujtahid. Ijtihad itu sendiri dapat berupa penafsiran atas sumber-sumber primer dan menurunkan berbagai aturan dari sumber-sumber tersebut atau dapat juga berupa opini mengenai ketentuan Syariat tentang suatu hal. Karena wahyu Al-Quran telah berakhir dengan meninggalnya Nabi, ijtihad tetap menjadi alat utama untuk menafsirkan pesan-pesan suci dan mengaitkannya dengan kondisi masyarakat Muslim yang senantiasa berubah.

Ijtihad divalidasi oleh Nabi sendiri, dan terdapat banyak Hadis mengenai otoritas ijtihad. Namun, satu hadis yang memberi otoritas jelas tentang hal ini, sebagaimana ditunjukkan oleh Al-Ghazali, adalah hadis Mu'adz bin Jabal. Ketika mengutus Mu'adz sebagai hakim ke Yaman, Nabi menanyakan kepadanya mengenai sumber yang akan dia gunakan sebagai dasar untuk membuat keputusan. Menjawab pertanyaan itu, Mu'adz pertama menyebutkan Kitabullah, kemudian Sunnah Rasulullah; dan jika

30 Ibn Qayyim, *I'lam Al-Muwaqqi'in*, II, 33; Al-Siba'i, *Al-Sunnah*, 380.

tidak menemukan panduan dari keduanya, dia akan merumuskan ijtihadnya sendiri. Nabi setuju dan sangat senang dengan tanggapan Mu'adz.[31]

Syariat pada prinsipnya mengakui bahwa aturan-aturan hukum dapat diubah dan dimodifikasi sesuai dengan keadaan yang senantiasa berubah. Tidak diragukan bahwa abrogasi (*naskh*) pernah terjadi, baik dalam Al-Quran maupun Sunnah terutama karena berubahnya kondisi kehidupan masyarakat, khususnya setelah hijrah Nabi ke Madinah. Abrogasi mengakibatkan pembatalan (atau penggantian) satu teks hukum oleh teks lain. Pertanyaan kemudian timbul: apakah suatu teks dapat dimodifikasi atas dasar-dasar lain, seperti ijtihad, legislasi buatan manusia, dan kebiasaan.

Jika teks berbicara mengenai masalah ibadah, pandangan umumnya adalah bahwa hal ini tidak dapat diubah. Namun, jika terkait dengan urusan duniawi, mayoritas ahli hukum berpandangan bahwa hal ini terbuka pada aneka penafsiran dan ijtihad. Para ahli hukum dapat menimbang makna suatu teks dan penyebab efektif (*'illah*) yang semula mendasarinya serta menimbang kebaikan masyarakat (*maslahah*) sehingga dapat menjadi ijtihad yang baru. Jika teksnya bersifat spesifik dan tidak menerima ijtihad, pandangan yang dominan mengatakan bahwa hal ini tidak sepatutnya diubah.[32] Walaupun begitu, perubahan-perubahan semacam ini pernah dilakukan oleh Khalifah Umar ibn Al-Khaththab (w. 644), setidak-tidaknya dalam beberapa kasus, sekalipun sudah ada teks yang jelas.[33] Berdasarkan hal ini dan prinsip Qurani tentang penghilangan kesulitan (*raf'al-haraj*), Al-Qarafi (w. 1283) menyimpulkan bahwa kondisi kehidupan aktual masyarakat harus dipertimbangkan: "Semua aturan fikih yang didasarkan pada kebiasaan dapat diubah seiring perubahan kebiasaan yang semula mendasarinya."[34] Substansi kesimpulan ini telah diadopsi dalam *Majallat Al-Ahkam* yang menyatakan bahwa "penggunaan publik menjadi pertimbangan utama, dan tindakan harus diambil sesuai dengan situasi tersebut" (Pasal 37) dan bahwa "tidak dapat disangkal bahwa aturan-aturan hukum dapat berubah seiring perubahan waktu" (Pasal 39).

---

31 Abu Dawud Al-Sijistan, *Sunan Abu Dawud*, III, 1019, hadis no. 3585; Al-Ghazali, *Mustasfa*, II, 63—64.

32 Cf. Madkur, *Madkhal*, 107, Mahmassani, *Philosophy,* 109.

33 Untuk perincian lihat Mahmassani, *Philosophy*, 109 ff.

34 Ibid., 67.

Pada masa sekarang ijtihad bekerja dalam tiga kapasitas:

a. Terkait ketentuan tekstual Al-Quran dan Sunnah yang terbuka pada penafsiran dan spekulatif (*zhanni*) dalam hal makna (*dalalah*) ataupun penyampaian (*riwayah*) atau keduanya, lingkup ijtihad terbatas pada pencarian tafsir yang tepat dan selaras dengan teks dan tujuan hukum yang dimaksud. Jika terjadi benturan antara dua ketentuan tekstual ini, seorang mujtahid dapat memilih atau condong pada salah satunya sesuai aturan yang sudah diterima berkenaan dengan bukti-bukti yang bertentangan.
b. Terkait hal-hal yang tidak memiliki rujukan teks yang tegas, ijtihad hendaknya dipandu oleh tujuan-tujuan umum Syariat (*maqashid al-syari'ah*). Ijtihad semacam ini biasanya disebut ijtihad bi al-ra'y atau ijtihad berdasarkan opini (pertimbangan rasional).
c. Untuk hal-hal yang sudah diatur oleh aturan fikih yang ada yang bersumber dari penalaran analogis (*qiyas*), preferensi *yuristik* (*istihsan*), atau jenis-jenis ijtihad lainnya, sedangkan mujtahidnya memandang hal tersebut tidak lagi memenuhi tujuan Syariat akibat perubahan sosial, dia dapat memulai ijtihad yang baru. Dalam melakukan hal ini, seorang mujtahid sekali lagi dapat dipandu oleh prinsip-prinsip dan tujuan umum Syariat sehingga dapat merumuskan ketentuan yang paling cocok dengan kondisi yang ada serta menjawab kebutuhan dan kepentingan masyarakat.[35]

C. Tujuan Syariat *(Maqashid Al-Syari'ah)*

Al-Quran cukup deskriptif mengenai tujuan Syariat

> *Hai manusia, sesungguhnya telah datang kepadamu pelajaran dari tuhanmu dan penyembuh bagi penyakit-penyakit (yang berada) dalam dada dan petunjuk serta rahmat bagi orang-orang yang beriman. (QS 10: 57)*

[35] Ibid.

Pesannya di sini melampaui semua sekat yang memisahkan manusia. Tidak boleh ada sesuatu apa pun yang menghalangi rahmat dan berkat Tuhan bagi seluruh manusia. Hal ini ditegaskan kembali di ayat lainnya ketika Al-Quran menjelaskan bahwa maksud dari misi Nabi bukan hanya rahmat kepada seluruh manusia, melainkan juga kepada seluruh makhluk Tuhan (QS 1: 107). Kata *rahmah* mengandung makna 'kasih, kebaikan, ketulusan, dan kemurahan hati'. Ibn Qayyim Al-Jauziyah (w. 1356) menjelaskan bahwa Syariat hendak menjaga kepentingan manusia di dunia dan akhirat; "Secara keseluruhan, Syariat adalah keadilan, rahmat, dan kearifan."[36] Guna mencapai tujuan-tujuan ini, Syariat mengidentifikasi tiga wilayah yang menjadi komponen pembentuk rahmat: mendidik individu, menegakkan keadilan, dan mewujudkan kemaslahatan umat manusia.[37] Bab selebihnya akan membahas masing-masing dari ketiganya secara terpisah.

Mendidik Individu (*Tahdzib Al-Fard*)

Fokus utama Islam adalah pada individu, dalam arti bahwa ia menginspirasi setiap penganutnya dengan iman dan menanamkan di dalam dirinya sifat-sifat amanah dan bajik. Melalui perubahan individual inilah Islam hendak mewujudkan tujuan-tujuan sosialnya. Ibadah menjadi bagian program pendidikan Islam; ibadah sepenuhnya dirancang untuk mendidik orang yang beriman agar dapat menjadi anggota masyarakat yang berguna dan tidak merugikan orang lain. Ibadah dalam segala ragamnya bertujuan untuk memurnikan pikiran dan hati dari kebusukan, egoisme, dan kerakusan materi. Hal ini dinyatakan sebagai tujuan shalat, sebagaimana disampaikan dalam Al-Quran:

> *Sesungguhnya shalat itu mencegah dari (perbuatan-perbuatan) keji dan mungkar. Dan sesungguhnya mengingat Allah (shalat) adalah lebih besar (keutamaannya dari ibadat-ibadat yang lain). (QS 29: 45)*

Shalat melibatkan pelatihan mental ataupun fisik. Shalat membawa manusia menuju kesempurnaan diri dan merupakan cara untuk mendekatkan diri kepada Tuhan. Ketika menjalankan shalat, seseorang berkonsentrasi dengan perhatian penuh; dia tidak bebas melakukan apa saja sesukanya hingga merusak kelangsungan shalat. Dia tidak boleh

[36] Ibn Qayyim, *I'lam*, III, 1.
[37] Madkur, *Madkhal*, 85—6.

menengok ke samping, mencuri pandang, tertawa, makan atau minum ketika sedang shalat, yang semuanya membutuhkan pengendalian diri. Seluruh badan harus tenang dan stabil sebelum takbiratulihram "Allahu Akbar" diutarakan. Surah pertama Al-Quran (Al-Fatihah) mencakup ayat yang berbunyi

> *Hanya Engkau-lah yang kami sembah dan hanya kepada Engkau-lah kami meminta pertolongan.*

Di sini kita bukan menggunakan kata "aku" melainkan "kami" untuk menunjukkan bahwa shalat tidak hanya terkait dengan individu tetapi juga kebaikan bagi masyarakat secara keseluruhan.[38]

Ada ketentuan waktu dalam kewajiban shalat. Shalat Shubuh satu menit sesudah matahari terbit, misalnya, akan membatalkan shalat meski dengan alasan mengantuk. Ketaatan pada ketentuan waktu ini adalah untuk mendidik individu. Kemudian, kita diperintahkan menghadap Kakbah dalam shalat. Mengapa harus menghadap Kakbah padahal Al-Quran menyatakan

> *Dan kepunyaan Allah-lah timur dan barat maka ke mana pun kamu menghadap di situlah wajah Allah. (QS 2: 115)*

Hal ini dimaksudkan sebagai pendidikan sosial kepada semua Muslim untuk menghadap ke satu arah karena menghadap ke sembarang arah akan menimbulkan ketidakdisiplinan dan kebingungan. Bayangkan apa yang akan terjadi jika semua orang dalam suatu perkumpulan menghadap ke arah yang berbeda-beda! Kebersihan badan dan pakaian dan kepantasan berbusana adalah syarat shalat. Kemudian, shalat berjemaah akan menumbuhkan kesatuan tujuan, kesetaraan, dan solidaritas di antara jemaah serta akan memfasilitasi interaksi sosial yang damai. Dan, terakhir, shalat ditutup dengan ucapan, "Assalamu 'alaikum wa rahmatullahi wa barakatuh", sebuah pernyataan iktikad baik kepada sesama manusia. Tujuan-tujuan ini bahkan terlihat lebih jelas lagi dalam ibadah puasa, haji, dan zakat—yang semuanya melatih disiplin diri, pengorbanan, dan kepekaan pada

38 Cf. Abu Zahrah, *Usul*, 289.

kesejahteraan orang lain. Haji secara khusus mendidik dan memperluas wawasan seseorang di luar lingkup lokalitas tertentu dan mendorong rasa kesadaran akan kepentingan Muslim lebih luas di seluruh dunia.[39]

Ada banyak ayat Al-Quran dan hadis yang membahas peningkatan disiplin diri dan moralitas melalui kesadaran akan Tuhan (*taqwa*), kejujuran (*sidq*), pemenuhan janji (*wafa' bi al-'ahd*), akhlak yang indah (*husn al-khuluq*), kerendahan hati (*tawadhu', haya'*), ketulusan (*ikhlas*), kemurahan hati (*ihsan*), kerja sama yang baik (*ta'awun*), keberanian (*syaja'ah*), dan kewiraan (*muru'ah*). Bahkan, dalam sumber-sumber Islam terdapat penekanan yang lebih besar lagi untuk menghindari kezaliman (*zhulm*), dusta (*khidzb*), curang, kekejian, dan perilaku bejat (*radha'il*), kesombongan (*takabbur*), suka pamer (*riya'*), munafik, dan seterusnya. Menanamkan nilai-nilai yang baik dan ketinggian moral dalam diri individu merupakan cita-cita dan tujuan utama Islam.

Keadilan (*'Adl*)

Jika tujuan-dasar Islam dan Syariat-nya dalam lingkup individu adalah pemurnian karakter, dalam lingkup sosial tujuannya adalah mewujudkan keadilan. Konsep Islam mengenai keadilan ini tidak dibatasi hanya pada keadilan formal, tetapi menjadikannya sebagai bagian dari keimanan, karakter, dan kepribadian orang beriman.

'Adl secara harfiah berarti 'menempatkan segala sesuatu pada tempat yang sepatutnya'. Ini dimaksudkan untuk mewujudkan keseimbangan dengan cara memenuhi hak dan kewajiban serta menghilangkan ekses dan kesenjangan dalam semua lingkup kehidupan.[40] Syariat hendak mewujudkan keadilan tidak hanya dalam pengertian korektif dan retributif dengan mengadili berbagai perkara, tetapi juga dalam pengertian keadilan distributif dengan mewujudkan keseimbangan manfaat dan keuntungan dalam masyarakat.[41] Hal ini tampak jelas dari tujuan dan pendekatan komprehensif Al-Quran demi mencapai keadilan. Inilah satu tujuan besar yang menjadi ciri pesan Al-Quran secara keseluruhan, sebagaimana dinyatakan dalam Kitab:

---

39 Cf. Abu Zahrah, *Usul*, 289; Madkur, *Madkhal*, 22.

40 Untuk perincian lebih lanjut lihat Motahhari, *Spiritual Discourses*, 65—6.

41 Cf. 'Abd Al-Salam, *Qawa'id*, I, 72; Motahhari, *Spiritual Discourses*, 68. Cf. Abu Zahrah, *Usul*, 289.

Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka Al-Kitab dan neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan. (QS 57: 25)

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ.

Ungkapan *rusul* ("para rasul")—dalam bentuk jamak—dan keseluruhan nada pernyataan ini menengarai bahwa keadilan adalah tujuan, tidak hanya bagi Islam, tetapi semua agama wahyu. Keadilan merupakan jantung semua misi kenabian; dan mencakup semua manusia tanpa memandang aliran keagamaan mana pun. Maka, kitab Tuhan dan Syariat diturunkan untuk memberi kriteria valid bagi keadilan agar tidak terdistorsi oleh ketidaktahuan dan bias.[42]

Standar keadilan Al-Quran bersifat objektif, yakni bahwa ia tidak tercemar oleh pertimbangan sentimen ras, kesukuan, kebangsaan, atau bahkan keagamaan. Al-Quran membahas keadilan sebagai salah satu tema besarnya, yang disampaikan 53 kali ketika manusia diserukan untuk bersikap adil terhadap sesama pada semua tingkat, baik personal maupun publik, dalam kata dan perbuatan, terhadap kawan ataupun lawan, Muslim ataupun non-Muslim—semuanya harus diperlakukan dengan keadilan. Mengutip beberapa perintah kitab suci Al-Quran:

Wahai orang-orang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu. Jika dia kaya ataupun miskin maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. (QS 4: 135)

Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah karena adil itu lebih dekat pada takwa. (QS 5: 8)

42 Cf. Sa'di Abu Habib, *Dirasah fi Minhaj*, 749.

Dan apabila kamu berkata maka hendaklah kamu berlaku adil. (QS 6: 152)

Di tempat lain Al-Quran menuntut keadilan dengan kebajikan (*ihsan*)

Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan. (QS 16: 90)

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ.

Bersandingnya *'adl* (keadilan) dan *ihsan* dalam ayat ini membuka lingkupnya berdasarkan pertimbangan kesetaraan dan kemaslahatan, khususnya ketika ketentuan-ketentuan linguistik dan *teknikalitas* teks hukum dapat membatasi pelaksanaan keadilan. Keadilan harus diupayakan dalam semangat *ihsan*: bahkan ketika tidak ada yang menuntutnya, upaya ini harus dilakukan dengan kesungguhan dan iktikad baik, demi mengharapkan keridaan Tuhan. Ibn Qayyim Al-Jauziyyah menangkap esensi keadilan dalam Al-Quran ketika dia menyimpulkan bahwa keadilan harus diikuti dan ditegakkan di mana pun, baik di dalam maupun di luar ketentuan hukum yang tertulis. Keadilan adalah cita-cita dan tujuan utama dari Islam. Tuhan telah menurunkan kitab-kitab suci dan para rasul guna menegakkan keadilan di antara manusia. Ketika ada petunjuk menuju keadilan, upaya menuju arah tersebut akan sejalan dengan hukum Tuhan. Maka, "segala jalan yang menuju keadilan merupakan bagian tak terpisahkan dari agama dan tidak mungkin bertentangan dengannya".[43] Inti yang dikatakan Ibn Qayyim adalah seandainya Syariat tidak memberi petunjuk apa pun menuju keadilan, ia harus tetap diupayakan dan upaya-upaya semacam ini selalu selaras dengan Syariat.

---

43 Ibn Qayyim, *Al-Turuq Al-Hukmiyyah*, 16.

Dalam hubungannya dengan non-Muslim, kaum Muslim diarahkan untuk bersikap adil:

> *Allah tidak melarang kamu untuk berbuat baik dan berlaku adil terhadap orang-orang yang tiada memerangimu karena agama dan tidak (pula) mengusir kamu dari negerimu. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berlaku adil. (QS 60: 8)*

Menurut Al-Thabari, ketentuan ayat ini berlaku untuk semua bangsa dan pengikut semua keyakinan, bahkan seluruh umat manusia.[44] Saat mengutip perintah Al-Quran di atas dan yang lain tentang hal ini, Sayyid Qutb menyimpulkan bahwa keadilan merupakan hak yang melekat pada semua manusia di bawah ketentuan Syariat.[45]

Jelaslah bahwa ketidakadilan bertentangan dengan nas dan semangat Al-Quran. Mungkin ada beberapa aturan fikih yang pernah dirumuskan dalam keadaan historis tertentu di maa lalu yang kini mungkin dianggap tidak adil. Sikap kita terhadap anomali semacam ini, menurut saya, harus dipandu oleh penilaian Ibn Qayyim Al-Jauziyyah tersebut, yakni bahwa aturan-aturan yang tidak adil ini tidak memiliki tempat di dalam Syariat, meski diklaim sebagai bagian darinya. Maka, aturan-aturan semacam ini harus direvisi melalui ijtihad dengan menimbang tujuan Syariat yang lebih luas dan kepentingan masyarakat.

Pertimbangan Kepentingan Publik (*Maslahah*)

Tujuan utama Syariat adalah mewujudkan kebaikan bagi manusia, dalam urusan dunia maupun akhirat. Secara umum, Syariat dalam semua bagiannya hendak menjaga kebaikan manusia atau melindungi mereka dari kerusakan dan kejahatan. Dalam karya terobosannya, *Al-Muwafaqat fi Ushul Al-Syari'ah*, Al-Syatibi bahkan menyebut *maslahah* sebagai satu-satunya tujuan-utama Syariat yang cukup luas untuk mencakup segala langkah yang membawa kebaikan kepada manusia, termasuk menjalankan keadilan dan ibadah. Dia memberi penekanan baru pada *maqashid al-syari'ah*, sebegitu kuatnya sehingga kontribusi uniknya pada pemahaman seputar tujuan dan filosofi Syariat diakui secara luas. Seraya menyoroti kesatuan dalam

44 Al-Tabari, *Tafsir Al-Tabari*, XXVIII, 43.
45 Sayyid Qulb, *Fi Zilal Al-Quran*, 11, 689.

asal-usul dan tujuan dasar Syariat, Al-Syatibi menunjukkan bahwa Tuhan menetapkan Syariat demi kebaikan seluruh umat manusia, baik di dunia maupun akhirat. Ini merupakan tujuan-utama Pemberi Hukum dan faktor pemersatu yang dapat dilihat dalam seluruh perincian ketentuan Syariat.[46]

Walau terdapat perbedaan pendapat soal perincian pandangan Al-Syatibi, kerangka dasar doktrinnya tentang *maqashid al-syari'ah* secara umum diakui.[47] Maka, para ulama sepakat bahwa tidak ada satu pun ketentuan Syariat yang tidak hendak memberi manfaat yang sejati; bahwa semua perintah Syariat bertujuan untuk mewujudkan kebaikan dan bahwa semua larangannya dirancang untuk mencegah kerusakan. Sejalan dengan ini, hal-hal yang wajib, sunnah, dan mubah bertujuan untuk merealisasikan kebaikan, sedangkan yang makruh serta haram untuk mencegah kerusakan dan kejahatan. Jika muncul konflik antara dua putusan akibat situasi tertentu, prioritas harus diberikan kepada yang memberi manfaat paling banyak. Menyelamatkan orang tenggelam, misalnya, lebih diprioritaskan ketimbang melakukan shalat wajib. Demikian pula, jika tindakan tersebut harus membatalkan puasa, hal itu dibolehkan.[48]

Kami sudah menjelaskan bagaimana Syariat hendak mengamankan manfaat dalam lingkup ibadah. Ini ditujukan tidak hanya untuk mendapatkan rida Tuhan, tetapi juga untuk mencegah kerusakan dan mendatangkan kebaikan individu dan masyarakat. Syariat mendorong kebaikan di dunia bersamaan dengan kebaikan di akhirat. Individu didorong untuk menjadi anggota masyarakat yang berguna; kerja keras dan mencari rezeki yang halal, menafkahi keluarga, bahkan mencari dan membagi ilmu—seluruhnya itu disamakan dengan tindakan ibadah. Sebaliknya, ibadah yang dilakukan sebagai cara untuk menghindar dari kerja yang berguna dan dari kontribusi kepada masyarakat pun akan kehilangan nilai spiritualnya.[49]

Secara umum terdapat tiga jenis manfaat, yakni manfaat esensial/primer (*dharuriyyat*), manfaat komplementer/pelengkap (*hajiyyat*), dan manfaat tersier (*tahsiniyyat*). Syariat dalam semua bagiannya hendak mewujudkan manfaat-manfaat di atas. Manfaat esensial didefinisikan sebagai manfaat

46 Khalid Mas'ud, *Islamic Legal Philosophy*, 221.
47 Cf. Abu Zahrah, *Usul*, 297.
48 'Abd Al-Salam, *Qawa'id*, I, 66.
49 Untuk perincian lihat Madkur, *Madkhal*, 13.

yang niscaya bagi kehidupan manusia, yang bila tidak terpenuhi akan mengakibatkan gangguan dan kekacauan total. Manfaat-manfaat ini adalah nilai-nilai utama dalam hal kehidupan, keimanan, akal, hak milik, dan keturunan. Semua ini harus dilindungi, dan segala langkah untuk menjaganya harus diambil, baik oleh individu maupun otoritas pemerintah. Manfaat komplementer secara umum melengkapi manfaat esensial tadi, yang jika diabaikan akan menimbulkan kesulitan tetapi tidak menimbulkan gangguan total terhadap kehidupan normal. Larangan menimbun barang (*ikhtikar*), larangan menjual alkohol, dan keringanan ibadah (*rukhshah*) bagi musafir dan orang sakit, semuanya termasuk kategori *hajiyyat*.[50] Manfaat tersier merujuk pada hal-hal yang jika dipenuhi akan membawa pada perbaikan dan pencapaian hal-hal yang diinginkan, seperti kerapian, menghindari kemubaziran, dan mencegah penyebaran kesaksian palsu di pengadilan, dll.

Agar bernilai valid, *maslahah* harus memenuhi kondisi-kondisi tertentu, yang salah satunya adalah harus bersifat sejati (*haqiqiyyah* atau *genuine*) dan tidak meragukan (*wahmiyyah*).[51] Syariat hanya melindungi manfaat sejati yang, menurut Al-Ghazali, selalu terkait dengan perlindungan lima kepentingan esensial sebagaimana dijabarkan di atas. Segala langkah yang mengamankan nilai-nilai ini termasuk dalam lingkup manfaat sejati; segala sesuatu yang melanggarnya adalah kerusakan (*mafsadat*) sedangkan mencegah pelanggarannya juga merupakan kebaikan.[52] Melindungi akidah, contohnya, memerlukan pencegahan fitnah dan ajaran bidah. Hal ini juga bermakna menjaga kebebasan untuk berkeyakinan sesuai dengan prinsip Al-Quran bahwa

> *Tidak ada paksaan untuk (memasuki) agama (Islam); (QS 2: 256)*

Demikian pula, melindungi hak atas hidup juga mencakup perlindungan atas sarana-sarana yang memfasilitasi hidup yang bermartabat seperti kebebasan bekerja, kebebasan berbicara, dan kebebasan bergerak. Perlindungan atas akal memerlukan pemajuan pembelajaran dan

50 Abu Zahrah, *Usul*, 295.

51 Untuk perincian tentang *maslahah* lihat M.H. Kamali, "Have We Neglected the Shari'ah Law Doctrine of Maslahah?", 287—304.

52 Al-Ghazali, *Mustasfa*, I, 139—40.

penangkalan bencana yang dapat merugikan individu dan menjadi beban masyarakat. Selain itu, menjamin keberlangsungan keturunan memerlukan perlindungan keluarga dan penciptaan suasana kondusif bagi pengasuhan anak. Terakhir, perlindungan hak milik memerlukan pembelaan atas hak kepemilikan; yang juga berarti memfasilitasi perdagangan yang adil dan pertukaran barang dan jasa secara sah di masyarakat.[53]

Guna menjamin objektivitas dalam penentuan manfaat, haruslah ada pertimbangan kepentingan publik yang validitasnya tidak bergantung pada kenyamanan dan keuntungan individu. Hal ini, menurut Al-Syatibi, karena Syariat bersifat lestari dan tidak lekang zaman dalam validitas dan aplikasinya. Maka, kepentingan yang hendak ditegakkannya pun harus objektif dan universal, tidak relatif dan subjektif. Relativitas di sini bermakna 'menyamakan *maslahah* dengan kesukaan pribadi (*ahwa' al-nufus*), manfaat pribadi (*manafi'*), prasangka dan gairah nafsu yang semuanya menjadikan *maslahah* bersifat relatif dan subjektif'. Ketika manfaat ditentukan atas dasar-dasar ini, ia menjadi anomali dan bakal berbenturan dengan manfaat-manfaat lain. Objektivitas *maslahah* diukur dari relevansinya dan kegunaannya bagi manfaat esensial ditegakkan oleh Syariat.[54] *Maslahah* pada dasarnya merupakan konsep rasional dan sebagian besar kebaikan dunia ini (*mashalih al-dunya*) dapat dikenali oleh akal, pengalaman, dan kebiasaan manusia, bahkan tanpa panduan Syariat sekalipun. Ini juga berlaku untuk kejahatan dan kerusakan yang secara umum dapat dikenali oleh akal manusia. Syariat hanya menyediakan seperangkat kriteria dan panduan untuk mencegah kebingungan/keraguan antara prasangka pribadi dan *maslahah*. Namun, tidak demikian halnya dengan kebaikan di akhirat dan gabungan kebaikan dunia-akhirat karena hanya bisa dikenali oleh Syariat.[55]

Terakhir, pembahasan kita tentang tujuan Syariat tidak akan lengkap tanpa menyebut dua prinsip Syariat, yakni penghilangan kesulitan (*raf' al-haraj*) dan pencegahan kemudaratan (*daf' al-dharar*), yang keduanya merupakan bagian integral dari konsep umum *maslahah*. Al-Quran menyatakan bahwa

---

53 Abu Zahrah, *Usul*, 220.
54 Mas'ud, *Islamic Legal Philosophy*, 233—4.
55 'Abd Al-Salam, *Qawa'id*, 1, 5 & 10.

Dia (Allah) sekali-kali tidak menjadikan untuk kamu dalam agama suatu kesempitan. (QS 22: 78)

Hal ini dikuatkan di ayat lain dalam rumusan yang lebih umum bahwa "Allah tidak hendak menyulitkan kamu" (QS 5: 6) dan kemudian dinyatakan lebih tegas lagi bahwa "Allah hendak memberikan keringanan kepadamu" (QS 4: 28). Makna pernyataan-pernyataan ini dikuatkan dalam riwayat Aisyah, yang menyatakan tentang Nabi bahwa

> *Dia tidak memilih kecuali yang lebih mudah dari dua alternatif selama hal itu terjadi tidak berarti dosa.*[56]

Hal-hal ini tecermin dalam kaidah hukum bahwa "kesulitan menimbulkan kemudahan" yang telah diadopsi dalam Pasal (17) dari *Majallat Al-Ahkam*.[57]

Demikian pula, mencegah kemudaratan merupakan tujuan umum Syariat Islam sebagaimana dinyatakan dalam hadis:

> *Tidak boleh memudaratkan dan dimudaratkan dalam Islam.*[58]

Substansi hadis ini dikuatkan dalam sejumlah hadis lainnya, dan hadis ini dianggap menangkap esensi *maslahah* dalam berbagai variasinya.[59] Najm Al-Din Al-Tufi, seorang ahli fikih Hanbali (w. 1316) bahkan lebih jauh menyatakan bahwa hadis ini memberi teks yang jelas tentang *maslahah*.[60] Hadis ini kemudian diadopsi secara keseluruhan sebagai kaidah hukum dalam *Majallat Al-Ahkam* dan telah mendorong perumusan kaidah hukum lainnya seperti "pencegahan kejahatan lebih diutamakan daripada pengambilan manfaat", bahwa "kemudaratan harus dihilangkan"; dan bahwa "kemudaratan tertentu dapat ditenggang jika ia akan mencegah mudarat yang lebih besar".[61]

---

56 Muslim, *Mukhtasar Sahih Muslim*, 412, hadis no. 1546
57 Cf. Mahmassani, *Philosophy*, 154.
58 Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, 11, 784, hadis no. 2340.
59 Khallaf, *'Ilm*, 90; Abu Zahrah, *Usul*, 222.
60 Untuk perincian lihat Kamali, *Jurisprudence*, 360 ff.
61 Abu Zahrah, *Usul*, 302; Madkur, *Madkhal*, 116; Al-Sabuni, *Madkhal*, 269 ff.

D. Kesimpulan

Ditinjau dari preseden dan contoh para sahabat dan ulama hukum terkemuka, kami menyimpulkan bahwa para ulama dan cendekiawan Muslim dewasa ini merasa agak terkekang dalam mengupayakan rekonstruksi hukum dan ijtihad dalam arus perubahan sosial yang begitu deras. Ini sebagian merupakan akibat sejarah panjang taklid (peniruan buta) yang telah mengacaukan perkembangan alami fikih dan menghentikan perkembangan ijtihad. Ijtihad harus selalu dilanjutkan agar hukum dapat senantiasa menjawab kebutuhan dan mengikuti perubahan kondisi masyarakat. Tertutupnya pintu ijtihad sekitar awal abad ke-11 telah mengakibatkan stagnasi. Akibatnya, timbul kesenjangan antara Syariat dan kondisi kehidupan manusia di banyak masyarakat Muslim saat ini. Dampak mengkhawatirkan dari keterasingan ini adalah bahwa dengan perkembangan sejarah, khususnya setelah revolusi industri di Barat dan konsekuensinya yang terbawa di wilayah Muslim, muncul mentalitas yang cukup mengakar bahwa Syariat dipandang tidak lagi mampu mengakomodasi perubahan sosial yang demikian pesat.

Eksperimen dalam modernitas dan westernisasi dalam beberapa dekade terakhir ini telah menumbuhkan kekecewaan sehingga gagal memberi hasil yang diinginkan di dunia Muslim dan bahkan menambah masalah-masalah baru.[62] Kini muncul kesadaran di kalangan Muslim akan perlunya memperbarui tautan dengan warisan tradisi mereka dan menemukan solusinya sendiri terhadap persoalan-persoalan mereka. Kecenderungan yang ada saat ini tidak hanya kembali pada Syariat, yang merupakan bagian paling kasatmata dari warisan tersebut, tetapi juga berusaha menghubungkan Syariat dengan kondisi kehidupan manusia. Hal ini akan memerlukan rekonstruksi imajinatif dan ijtihad yang membutuhkan revisi dan modifikasi atas aturan-aturan fikih untuk menerjemahkan tujuan-tujuan Syariat yang lebih luas ke dalam hukum dan kelembagaan masyarakat kontemporer.[]

---

62 Untuk perincian lihat John Robert Voll, *Islam, Continuity and Change*, 277.

BAB 2

Ciri-Ciri Khas Syariat[1]*

M.H. Kamali
International Institute of Advanced Islamic Studies (IAIS) Malaysia

A. Komentar Pendahuluan

Syariat sering digambarkan sebagai keragaman dalam kesatuan, yakni keragaman dalam hal-hal detail dan kesatuan dalam hal-hal esensial. Finalitas wahyu Al-Quran dan validitasnya sepanjang zaman telah memberi efek pemersatu yang menjamin kesinambungan pemahaman akan hal-hal yang fundamental. Lahir dari Al-Quran, Syariat terdiri atas ketentuan-ketentuan yang spesifik serta prinsip-prinsip umum yang memiliki kandungan hukum dan moral. Aturan-aturan yang tegas dan spesifik (*qath'i*) dalam Al-Quran dan Sunnah merupakan inti dari Syariat, sedangkan pemahaman yang tersampaikan dianggap sudah jelas dengan sendirinya. Pemahaman kita sendiri akan bagian *qath'i* dari Syariat ini pun harus didasarkan langsung pada Al-Quran dan Sunnah karena pada prinsipnya hanya ada sedikit ruang untuk interpretasi atas aspek-aspek hukum wahyu yang sudah jelas dengan sendirinya. Oleh karena itu, pembahasan apa pun tentang pemahaman Syariat tidak akan banyak terkait dengan aspek-aspek *qath'i* yang sudah jelas dari Syariat, tetapi dengan bagian-bagian *zhanni* yang terbuka pada penafsiran serta dapat dipahami secara beragam oleh ulama dari berbagai zaman. Dalam upaya mengenali

1 * Bab ini sama dengan bab yang terdapat dalam bukunya yang berjudul *Membumikan Syariat*, diterbitkan oleh Noura Books (PT Mizan Publika), 2013 yang diterjemahkan oleh Miky Salman dari buku *Shari'ah Law: An Introduction*, Oneworld Publications, Oxford, 2008, h. 39—64.

ciri-ciri Syariat, pertama-tama kita perlu menggambarkan Syariat dengan istilah-istilah yang digunakan Syariat sendiri dalam menerangkan dirinya sebelum kita beralih ke pandangan-pandangan para ahli fikih terkemuka.

Karena terdapat jauh lebih banyak bagian *zhanni* dari Al-Quran yang terbuka pada penafsiran, kebulatan suara dan konsensus dalam bidang ini sulit dicapai. Walaupun begitu, para ahli fikih dari berbagai zaman dapat menemukan kesepakatan umum atas penafsiran yang dapat ditopang oleh bukti pendukung dalam contoh para sahabat atau ijtihad para ulama terkemuka. Oleh karena itu, kesatuan atas aspek-aspek penafsiran Syariat tecermin dalam konsensus umum (*ijma'*), sedangkan keragaman opini seputar hal-hal detail menjadi pokok persoalan ikhtilaf (perbedaan pandangan). Bab ini tidak akan banyak membahas atribut-atribut Syariat yang didasarkan pada bukti yang jelas dalam Al-Quran dan Sunnah; tetapi bab ini lebih berfokus pada bagaimana para "ulama" terkemuka berbeda-beda dalam menafsirkan Syariat di bidang-bidang *zhanni* yang memang terbuka pada penafsiran.

Saya memperhatikan bahwa upaya untuk memperoleh pemahaman atas Syariat bergantung pada sikap yang diambil terhadapnya, antara kebakuan *literalis* dan pemahaman *rasionalis* serta tingkat penafsiran rasionalis yang dianggap dapat diterima. Para pengkaji Syariat mestinya tahu bahwa para imam terkemuka dari semua mazhab besar memandang Syariat bersifat terbuka bagi penyelidikan rasional dan ijtihad. Namun, sebagian dari mereka lebih mengandalkan metode rasionalis daripada metode yang lain. Bagian-bagian awal pembahasan ini menyoroti definisi istilah Syariat dan fikih, mengidentifikasi tema-tema utama, menyoal apakah Syariat terbuka pada adaptasi dan perubahan, serta apakah ia juga terbuka pada penalaran yang berdampingan dengan wahyu. Apa maksud pernyataan bahwa Syariat merupakan hukum agama atau hukum Ilahi? Kita juga akan membahas dimensi komunal dan individual dari Syariat serta letak alasan-alasan hukum (*hiyal*) di dalamnya.

B. Syariat dan Fikih

Hukum Islam berawal dari dua sumber utama, yakni wahyu Ilahi (*wahy*) dan penalaran manusiawi (*'aql*). Identitas-ganda hukum Islam ini tecermin dalam dua ekspresi, yakni Syariat dan fikih. Syariat memiliki hubungan yang lebih kuat dengan wahyu, sedangkan fikih terutama merupakan produk penalaran manusiawi. Syariat memberikan jalur yang harus diikuti oleh orang beriman guna mendapatkan panduan, sedangkan *fiqh* berarti 'pemahaman dan pengetahuan manusia' (atas Syariat). Oleh karena itu, Syariat memberi arahan-arahan umum, sedangkan solusi-solusi terperinci atas persoalan-persoalan khusus dan belum ada presedennya ditelusuri menggunakan *fiqh*. Karena Syariat terkandung dalam wahyu, yakni Al-Quran dan Sunnah Nabi Muhammad, ia memiliki afinitas yang lebih dekat dengan dogma Islam. Adapun *fiqh* merupakan upaya rasional dan sebagian besar merupakan produk penalaran spekulatif dengan tingkat otoritas yang tidak sama dengan Syariat. Menyatakan bahwa Syariat terkandung (sepenuhnya dan seluruhnya) di dalam Al-Quran dan Sunnah akan menyingkirkan khazanah kesarjanaan *fiqh* dan literaturnya yang luas, khususnya bagian-bagian yang tidak memiliki rujukan-eksplisit Al-Quran, dari cakupan Syariat. Bagian-bagian Al-Quran yang mengandung data-data historis dan kisah, misalnya, juga tidak dimasukkan sebagai bagian dari Syariat. Walaupun begitu, Syariat merupakan konsep yang lebih luas dibanding *fiqh* karena ia merupakan totalitas panduan yang diturunkan Tuhan kepada Nabi Muhammad terkait dengan dogma Islam, nilai-nilai moralnya, dan aturan-aturan hukum praktisnya. Oleh karena itu, Syariat mencakup tidak hanya hukum, tetapi juga teologi dan ajaran-ajaran moral. Jadi, *fiqh* adalah hukum positif yang tidak mencakup moralitas dan dogma. Walaupun begitu, para ulama sepakat mengenai keutamaan moralitas dan dogma dalam penentuan nilai-nilai dasar. Jika dibandingkan dengan Syariat, *fiqh* digambarkan hanya sebagai sebuah superstruktur dan manifestasi praktis dari komitmen pada nilai-nilai tersebut.

Syariat memberi ketentuan-ketentuan yang jelas mengenai hal-hal yang fundamental dalam Islam, nilai-nilai moralnya, dan kewajiban-kewajiban praktis seperti shalat, puasa, zakat, haji, dan peribadatan-peribadatan

lainnya. Hukum-hukum mengenai apa yang sah dan tidak sah, halal dan haram, umumnya bersifat definitif; begitu pula penetapannya atas sebagian aspek transaksi sipil (*mu'amalat*). Namun, Syariat secara umum bersifat fleksibel dalam sebagian besar persoalan *mu'amalat*, hukum pidana (kecuali sanksi-sanksi yang sudah ditetapkan atau hudud), kebijakan pemerintah dan konstitusi, kebijakan fiskal, perpajakan, serta urusan ekonomi dan internasional. Dalam banyak tema ini, Syariat hanya memberi panduan umum yang kemudian perlu dielaborasi dalam *fiqh*.

Fiqh didefinisikan sebagai 'pengetahuan atas aturan-aturan praktis Syariat yang diturunkan dari hujah-hujah yang terperinci dalam berbagai sumber'. Oleh karena itu, aturan-aturan *fiqh* lebih terkait dengan aspek-aspek perilaku individual yang nyata. Suatu perbuatan diukur dalam skala lima nilai: wajib, sunnah, mubah, makruh, dan haram. Definisi *fiqh* juga menengarai bahwa deduksi aturan *fiqh* dari Al-Quran dan Sunnah dilakukan melalui rujukan langsung dari sumber-sumber tersebut. Kemampuan menggunakan materi-materi sumber dari Al-Quran memerlukan pengetahuan bahasa Arab serta pemahaman dan pengetahuan secara mendalam sehingga akan mengesampingkan karya penjiplak atau yang mereproduksi aturan-aturan tanpa memahami implikasinya. Seorang ahli fikih (*faqih*) yang memenuhi persyaratan sesuai definisi ini dan memiliki kemampuan untuk mendeduksi aturan-aturan Syariat dari sumber-sumbernya merupakan seorang mujtahid yang memiliki kualifikasi untuk melakukan penalaran independen (ijtihad).

Aturan-aturan *fiqh* tampil dalam dua jenis. *Pertama,* aturan-aturan yang disampaikan dalam teks yang jelas, seperti rukun-rukun peribadatan, hukum perkawinan, aturan waris, dan seterusnya. Bagian *fiqh* semacam ini juga sekaligus merupakan bagian dari Syariat. *Kedua,* aturan-aturan yang dirumuskan melalui kegiatan ijtihad atas bagian-bagian Al-Quran dan Sunnah yang belum jelas dengan sendirinya. Karena ada kemungkinan terjadinya kesalahan dalam kegiatan semacam ini, aturan-aturan yang diturunkannya pun tidak bersifat *final*. Aturan-aturan semacam itu belum tentu merupakan bagian dari Syariat sehingga seorang mujtahid yang memiliki alasan untuk tidak mengikutinya tidak serta-merta dianggap telah melanggar atau menyimpang. Hanya ketika suatu pendapat hukum

dan ijtihad didukung oleh konsensus umum (*ijma'*) saja barulah ijtihad tersebut mendapatkan kekuatan mengikat sebagai suatu ketentuan Syariat.

Corpus juris fikih terbagi ke dalam dua kategori, yakni hal-hal peribadatan (*'ibadat*) dan hal-hal terkait transaksi sipil (*mu'amalat*). Ibadah biasanya dipelajari di bawah enam tajuk utama, yaitu kesucian (*thaharah*), shalat, puasa, haji, zakat, dan jihad. Mazhab-mazhab hukum tidak terlalu banyak berbeda dalam memperlakukan pokok-pokok tersebut. Perbedaan *yuristik* di antara mazhab terutama muncul di bidang *mu'amalat*. Perihal ini biasanya dipelajari di bawah tujuh tajuk transaksi yang terkait pertukaran nilai (yang mencakup kontrak), hukum perkawinan, ekuitas dan dana amanah, sengketa hukum perdata, aturan-aturan terkait penyelesaian sengketa di pengadilan, dan pembagian harta waris. Khazanah hukum ini secara umum masuk ke bidang yang dalam praktik hukum modern dikenal sebagai hukum perdata. Pidana dan hukuman-hukuman (*al-'uqubat*) sering dipelajari di bawah tajuk terpisah, yang sejajar dengan *'ibadat* dan *mu'amalat*. Aturan-aturan terkait negara dan pemerintahan dipelajari di bawah tajuk *al-ahkam al-sulthaniyyah* (hukum-hukum kenegaraan) yang juga disebut sebagai *siyasah syar'iyyah* atau kebijakan (negara) berbasis Syariat. Hal ini sejajar dengan hukum konstitusional dan hukum administratif dalam pengertian modern. Terakhir, aturan-aturan tentang hubungan internasional, perang, dan perdamaian, masuk ke lingkup yang dikenal sebagai *'ilm al-siyar*. Penjelasan paling detail mengenai rentang *fiqh* klasik sejauh ini terdapat dalam karya Syamsuddin Al-Sarakhsi (w. 1087) *Kitab Al-Mabsut* dalam kemasan 30 jilid. Padanannya di abad ke-20 adalah karya Wahbah Al-Zuhaili, *Al-Fiqh Al-Islami wa Adillatuh*, dalam kemasan 8 jilid.

C. Tema-Tema Besar dan Klasifikasi

Keempat mazhab Suni dalam hukum Islam, yakni Hanafi, Syafi'i, Maliki, dan Hanbali serta mazhab-mazhab Syi'ah, seperti yang akan dijelaskan di bab berikutnya, cenderung tidak terlalu banyak berbeda dalam hal-hal peribadatan dan ritual. Para ahli fikih di semua mazhab secara umum sepakat mengenai pembedaan biner aturan-aturan *fiqh* ke dalam hal peribadatan (*'ibadat*), yang tujuan utamanya adalah pemujaan dan penyembahan Tuhan,

kedekatan pada-Nya, dan mendapatkan imbalan di akhirat, serta perihal transaksi sipil (*mu'amalat*), yang tujuan utamanya adalah menghadirkan manfaat bagi umat manusia. Namun, susunan detailnya dan klasifikasi pokok-pokok di dalam ibadah dan muamalah serta penambahan kategori-kategori baru di luar cakupan kedua bidang di atas bervariasi antara satu mazhab dengan yang lain. Berbeda dengan persoalan *mu'amalat* dan adat istiadat (*'adat*) yang dapat dikenakan penyelidikan rasional dan penerapan konsep-konsep seperti penalaran (*ta'lil*), analogi (*qiyas*), dan preferensi *yuristik* (*istihsan*), norma-norma dalam ibadat adalah tidak terbuka pada penalaran dan harus diikuti sesuai dengan redaksi teks. Sebab pasti (*'ilal*) dari ibadah hanya diketahui Tuhan, dan orang-orang beriman mengikuti perintah-Nya dan larangan-Nya dalam bidang ibadah ini sebagai bentuk ketaatan dan ketakwaan semata-mata. Syariat memberi instruksi spesifik tentang ibadah, tetapi dalam hal *muamalat* pada dasarnya ia berkenaan dengan pengungkapan tujuan-tujuan dasar dan prinsip-prinsip umum yang secara umum terbuka bagi analisis rasional dan ijtihad. Seorang individu harus mengetahui bahwa suatu tindakan ibadah yang dilakukannya diperintahkan oleh Tuhan. Agar dapat menjalankannya dengan sungguh-sungguh dan dengan niat (*niyyah*), seseorang harus mendapatkan kepastian dan pengetahuan tentangnya. Namun, karena ibadah kepada Tuhan dan mencari rida-Nya bukan merupakan tujuan utama *muamalat*, tidak ada persyaratan *niyyah* dan tidak ada imbalan spiritual yang didapatkan kecuali demi tujuan khusus dimaksud. Artinya, ketika seseorang melunasi utangnya, memenuhi amanahnya atau menafkahi istrinya, dia berarti telah menjalankan kewajibannya, terlepas apakah dia memiliki niat untuk mendapatkan keridaan Tuhan atau tidak. Namun, apabila dia menggabungkan tindakan tadi dengan niat mencari rida Tuhan, dia bisa mendapatkan imbalan spiritual.

Para pengikut Hanafi mengklasifikasikan hukum-hukum (*ahkam*) *fiqh* ke dalam tiga kategori, yakni *'ibadat, mu'amalat,* dan *'uqubat* (hukuman). Masing-masing kemudian dibagi lagi ke dalam lima tajuk utama. *'Ibadat* dibahas di bawah tajuk bersuci (*thaharah*), shalat, puasa, haji, zakat, dan jihad. Sudah lazim di hampir semua karya besar *fiqh* untuk memulai dengan pemaparan perinci tentang *'ibadat*. Menurut ahli fikih Hanafi,

Ibn 'Abidin (w. 1834), "urusan agama didasarkan pada dogma (*i'tiqadat*), nilai-nilai moral (*adab*), hal-hal ibadah (*'ibadat*), transaksi (*mu'amalat*), dan hukum pidana (*'uqubat*). Namun, dua yang pertama bukan merupakan bagian dari *fiqh*."[2] Oleh karena itu, *fiqh* Hanafi hanya mencakup tiga yang terakhir. *'Ibadat* adalah subjek utama dari *fiqh* karena sebagian besar terdiri atas pelaksanaan ritual praktis, sedangkan teologi dogmatis berada di luar ranah *fiqh* karena ia tidak berurusan dengan ketentuan hukum praktis. Semua mazhab utama tidak memasukkan teologi dogmatis dan ajaran-ajaran moral dari cakupan *fiqh*. Hal ini juga mengindikasikan bahwa para ahli fikih telah mengakui pembedaan fungsional antara hukum, moralitas, dan agama. Salah satu konsekuensi praktis dari pembedaan ini adalah bahwa hanya aturan-aturan hukum (legal) dari Syariat yang dapat diadili di pengadilan. Maka, anggapan bahwa hukum Islam sama sekali tidak membedakan antara hukum, moralitas, dan dogma tidaklah berdasar.

Pemisahan total antara hukum dan moralitas pun tidak memungkinkan dan tidak dianjurkan. Walaupun begitu, para ulama telah membedakan antara aturan-aturan *fiqh*, moralitas, dan dogma atas dasar alasan praktis untuk menetapkan yurisdiksi pengadilan dalam hal-hal semacam itu. Kita melihat pembedaan ini dalam definisi *fiqh* yang berfokus pada aturan-aturan praktis yang mengatur perilaku individu. Mazhab-mazhab juga mengakui pembedaan antara kategori moral, dari hal yang dianjurkan (*mandub*) dan yang dihindari (makruh) di satu sisi, dan yang wajib dan dilarang (haram) di sisi lain. Kepentingan utama dari pembagian seperti ini adalah untuk mengidentifikasi apa yang dapat ditegakkan secara hukum dan apa yang merupakan saran moral yang pada dasarnya bersifat pilihan.

Mazhab Hanafi membagi *mu'amalat* ke dalam lima tajuk transaksi, yakni pertukaran barang berharga (*al-mu'awadat al-maliyyah*), ekuitas dan amanah (*al-amanat*), hukum perkawinan (*al-munakahat*), litigasi sipil (*al-mukhasamat*), dan pembagian harta waris (*al-tarikat*). Terakhir, *'uqubat* dipelajari di bawah tajuk utama pembalasan yang adil (*qishash*) dan sanksi atas pelanggaran (hudud) yang kemudian dibagi lagi menjadi lima kategori pelanggaran, yakni pencurian, perzinaan, pencemaran nama baik, minuman yang memabukkan, dan kemurtadan.[3]

[2] Ibn 'Abidin, *Hashiyah Radd Al-Mukhtar 'ala Durr Al-Mukhtar*, I, 56.
[3] Ibid.

Mazhab Syafi'i membagi *corpus juris* fikih menjadi empat bagian, yakni *'ibadat*, yang terkait dengan kesejahteraan seseorang di akhirat; *mu'amalat*, yang terkait dengan keselamatan seseorang (*baqa' al-syaks*) di dunia ini; *munakahat* (hukum perkawinan) yang terkait dengan keberlangsungan spesies (*baqa' al-naw*); dan *'uqubat* (hukum pidana) yang terkait dengan keberlangsungan masyarakat dan peradaban (*baqa' al-madinah*).[4]

Ahli fikih Maliki, Ahmad b. Muhammad Ibn Juzai (w. 1339) dalam karyanya *Qawanin Al-Fiqihiyyah* membuat klasifikasi seluruh khazanah *fiqh* di bawah dua tajuk, yakni *'ibadat* dan *mu'amalat*. Masing-masing kemudian dibagi lagi menjadi sepuluh tajuk, yang sebagian di antaranya tidak dimasukkan di bawah tajuk mana pun oleh mazhab-mazhab yang lain.[5] Klasifikasi Hanbali atas tema-tema *fiqh* mirip dengan yang dilakukan Syafi'i, walau ada perbedaan minor dalam penempatan subjudul-subjudul tertentu berdasarkan persepsi mengenai urut-urutan logis antar berbagai tema tersebut. Karena perbedaan orientasi inilah kita menemukan, misalnya, penempatan tema nikah dalam tata urutan Hanafi sebagai tajuk pertama dalam bagian mengenai *mu'amalat*, tetapi muncul segera setelah *'ibadat* karena alasan yang jelas bahwa pernikahan, yang pada esensinya adalah kontrak sipil, juga memiliki aspek peribadatan (*janid ta'abbudi*). Sementara itu, para ahli fikih Syafi'i dan Hanbali memperlakukan pernikahan sebagai kategori yang terpisah sama sekali.[6]

Terlepas dari upaya-upaya klasifikasi seperti ini, *fiqh*, setidak-tidaknya di beberapa bagian, tetap menghendaki adanya konsolidasi tema-tema yang lebih besar. Al-Sanhuri (w. 1971), misalnya, menyoroti bagaimana para ahli *fiqh* klasik menjelaskan hukum kontrak dalam pendekatan yang atomistik (parsial). Para ahli fikih tidak mengartikulasi hukum kontrak secara umum, tetapi mempelajari tiap-tiap jenis kontrak secara terpisah-pisah. Tema umum yang dapat mewarnai semua kontrak masih belum mendapatkan perhatian yang semestinya. Maka dari itu, ahli fikih Hanafi, Al-Kasani (w. 1191) mengulas 19 kontrak yang ternominasi dan cara pembahasan kontrak-kontrak tersebut membuat pembaca bertanya-tanya (a) apakah semuanya dapat dikonsolidasi untuk menyoroti ciri-ciri umum yang ada

4 Al-Tahanawi, *Kashshaf Istilahat* I, 36.
5 Untuk perincian lebih lanjut lihat Abu Sulayman, *Tartib Al-Mawdu'at*, 92 ff.
6 Cf. Abu Sulayman, n.4 pada 17.

di semua kontrak; (b) apakah *fiqh* juga memvalidasi kontrak-kontrak di luar ini; dan (c) apakah *fiqh* mengakui kebebasan-dasar kontrak hanya atas dasar kesepakatan yang tidak melanggar moralitas dan kepentingan umum.[7] Dengan kata lain, apakah perlu ada teori umum tentang kontrak? Jawaban parsial terhadap sebagian pertanyaan-pertanyaan ini dapat ditemukan dalam karya ahli fikih Hanbali yang kontribusinya untuk tema ini sangat menonjol. Walaupun begitu, seperti akan saya jelaskan nanti, substansi kritik Al-Sanhuri dan persoalan-persoalan yang dia angkat masih menunjukkan tendensi dalam *fiqh,* yang barangkali tidak hanya terbatas pada kasus kontrak. Gaya atomistis dalam memperlakukan tema-tema terpisah tetapi saling terkait ini merupakan ciri utama *fiqh*, yang barangkali mengindikasikan kesadaran tertentu di kalangan para fuqaha untuk berhati-hati dalam mengajukan teori-teori umum. Mereka membahas berbagai persoalan dan kasus atas dasar partikularisme masing-masing dengan selalu menyatakan kesadaran bahwa penafsiran mereka atas Syariat bisa saja sesuai atau tidak sesuai dengan maksud Tuhan, sang Pemberi Hukum. Kehati-hatian yang mereka jalankan cenderung membawa pada fragmentasi dalam bidang *furu' al-fiqih* (cabang-cabang fikih).

Upaya mengonsolidasikan *fiqh* secara tematis pernah dilakukan melalui perumusan dan pengembangan kaidah-kaidah hukum, yang dikenal dengan *al-qawa'id al-kulliyyah al-fiqiyyah* (selengkapnya di bawah). Para ahli fikih berbagai mazhab telah mengompilasi hal ini ke dalam karya-karya yang umumnya diberi judul *Al-Ashbah wa Al-Naza'ir*. Terdapat lebih dari 250 (dan menurut sebagian orang 100 lebih) kaidah hukum yang sebagian besar terdiri atas abstraksi-abstraksi hukum fikih dan pernyataan prinsip-prinsip yang mengonsolidasi berbagai aturan dan kasus *fiqh* yang terpisah-pisah tetapi terkait secara logis ke dalam formula-formula yang koheren dan terpadu.[8]

---

7 Al-Sanhuri, *Masadit Al-Haqq*, I, 78.

8 Usaha mengumpulkan kaidah hukum paling awal dilakukan oleh ahli fikih Hanafi, Abu Al-Hasan Al-Karkhi (w. 961) di dalam kitabnya *Usul Al-Karkhi*. Koleksi terbaik yang diketahui dari mazhab Syafi'i antara lain *Al-Ashbah wa'l-Naza'ir* karya Taj Al-Din Al-Subkhi (w. 1392) dan karya Jalal Al-Din Al-Suyuti (w. 1634) yang berjudul sama. Ibn Nujaym Al-Hanafi juga menulis kitab dengan judul yang sama. Hal serupa dari mazhab Maliki adalah kitab *Al-Furuq* karya Shihab Al-Din Al-Qarafi dan di mazhab Hanbali adalah kitab *Al-Qawa'id Al-Nuraniyyah* karya Taqi Al-Din Ibn Taimiyah. Masih ada banyak lagi kumpulan *fiqh* yang punya reputasi bagus di dalam semua mazhab.

Sisa bab ini akan memaparkan ciri-ciri Syariat yang penting dan struktur nilai yang hendak ditegakkannya.

D. Ciri-Ciri Penting Syariat

Bagian ini mengangkat beberapa ciri khas Syariat, misalnya: identitasnya sebagai hukum agama, tendensinya untuk menyeimbangkan kontinuitas dan perubahan, dukungannya pada rasionalitas, serta pendekatan secara bertahap terhadap reformasi sosial. Syariat juga mendukung otonomi moral individu dan hendak menyeimbangkan orientasinya yang individualis dan komunitarian dalam perumusan hukum-hukumnya.

1. Kecenderungan Religius dan Moral Syariat

Ungkapan bahwa hukum Islam bersumber dari wahyu menyiratkan pengertian bahwa ketaatan pada aturan-aturannya merupakan kewajiban hukum dan sekaligus kewajiban religius umat Muslim. Terkait dengan ini adalah konsep halal dan haram, yang keduanya merupakan kategori agama dan hukum serta melibatkan kewajiban terhadap Tuhan dan sesama manusia. Kedua aspek Syariat ini cenderung saling menguatkan secara umum, tetapi terdapat satu aspek Syariat yang sama pentingnya tetapi sering diabaikan. Aspek ini memiliki karakter perdata dan positivis dalam bidang *ahkam* (perintah dan larangan) yang memandu keputusan pengadilan dan praktik pemerintahan. Para hakim, misalnya, tidak akan mengeluarkan putusan hanya atas dasar pertimbangan keagamaan karena mereka wajib memperlakukan semua pihak yang bersengketa secara setara, terlepas dari ras atau agamanya. Pembedaan juga dibuat antara aspek kewajiban keagamaan dan kewajiban hukum. Inilah mengapa para ahli fikih Muslim, ketika menulis tentang individu dan kasus per kasus, sering menyatakan bahwa status hukumnya demikian, tetapi dari segi agama tidak demikian. Sebagai contoh, ketika seseorang menyangkal memiliki utang sedangkan pemilik piutang tidak mampu membuktikannya di pengadilan, pemilik piutang berhak mengambil jumlah yang menjadi haknya dari harta benda pihak yang berutang tanpa seizinnya. Namun, jika persoalan ini diajukan ke pengadilan, si pemilik piutang tidak akan diizinkan untuk mengambil apa

pun kecuali dia dapat membuktikan klaimnya secara wajar. Contoh lainnya adalah ketika pemilik piutang mencabut piutangnya sebagai derma kepada yang berutang tanpa menyatakannya kepada yang berutang. Dalam kasus ini, pemilik piutang berhak menerima pembayaran secara adil dari sudut pandang hukum, tetapi tidak berhak dari sudut pandang keagamaan karena tindakan derma tidak dapat dibatalkan dan yang berutang tidak lagi punya utang kepada orang ini di mata Tuhan.

Pembedaan antara apa yang bisa dan yang tidak bisa diadili di pengadilan dapat dilihat dari komposisi lima skala nilai yang terkenal itu, yakni wajib, sunnah, makruh, mubah, dan haram. Hanya wajib dan haram yang merupakan kategori hukum, sedangkan tiga kategori lainnya tidak dapat diputuskan di pengadilan. Namun, pemerintah yang sah memiliki kewenangan untuk menjadikan yang makruh sebagai haram dan yang sunnah sebagai wajib jika kepentingan publik (maslahat) mengharuskannya.

Upaya kita untuk membedakan antara kewajiban agama dan fikih juga menandakan perbedaan antara keputusan hukum (*qadha'* atau adjudikasi) dan pendapat hukum (fatwa). Seorang hakim (*qadhi*) memutuskan perkara atas dasar bukti material yang nyata, sedangkan seorang mufti akan menyelidiki baik posisi yang tampak (lahiriah) maupun yang sesungguhnya, dan keduanya akan tecermin dalam putusannya. Jika terjadi benturan antara kedua posisi tersebut, seorang mufti akan mendasarkan fatwanya pada pertimbangan keagamaan, sedangkan hakim hanya akan mempertimbangkan bukti yang objektif. Maka dari itu, seorang individu yang alim di ruang pengadilan tidak boleh diperlakukan berbeda dengan seseorang yang tidak/kurang alim atau bahkan yang tidak beragama.

Pendekatan ganda terhadap hak dan kewajiban ini juga dapat dilihat dari perbedaan orientasi mazhab-mazhab soal perilaku lahiriah (eksternal) dan niat. Terkait transaksi sipil, mazhab Syafi'i dan Hanafi cenderung menekankan perilaku lahiriah tanpa menggali niat di balik perilaku tersebut, sedangkan mazhab Maliki dan Hanbali cenderung melihat niatnya. Hal ini dapat digambarkan dengan mengambil contoh kontrak pernikahan. Jika seorang laki-laki menikahi seorang perempuan dengan hanya satu niat, misalnya, untuk kepuasan seksual dan segera menceraikannya sesudah itu, pernikahan tersebut tidak sah menurut mazhab Maliki dan Hanbali,

tetapi sah menurut mazhab Hanafi dan Syafi'i. Ketika persyaratan hukum suatu kontrak pernikahan yang sah telah terpenuhi secara objektif, hal itu saja sudah cukup menurut mazhab Hanafi dan Syafi'i, sedangkan mazhab Maliki dan Hanbali mendasarkan penilaian pada niat yang mendasarinya dan menyatakan bahwa penyimpangan harus dicegah ketika hal ini terungkap.

Perbedaan sikap ini juga dapat dilihat menyangkut siasat hukum (*al-hiyal al-fiqhiyyah*) dalam kasus seperti penjualan ganda *'inah*: A menjual sepotong kain kepada B seharga Rp100.000,00 yang dibayar tunda dengan tempo setahun dan kemudian membeli barang yang sama seharga Rp80.000,00 dibayar tunai. Maka, selisihnya di sini menjadi riba terselubung karena hal ini sama saja dengan membebankan bunga Rp20.000,00 untuk pinjaman Rp100.000,00 selama setahun yang menyalahi aturan Syariat dengan melanggar niatnya. Ahli mazhab Maliki dan Hanbali menolak alasan-alasan seperti ini sepenuhnya, tetapi ahli mazhab Hanbali dan Syafi'i bisa mengesahkan hal ini asalkan terbebas dari distorsi dan mendatangkan manfaat.[9]

Selain itu, Syariat memuat ketentuan mengenai *kaffarat* (denda sebagai sebentuk tobat), yaitu hukuman yang dijalankan secara sukarela dan pengadilan tidak berwenang mengadilinya. Misalnya, jika mengingkari janji, seseorang dapat menebusnya dengan memberi makan sepuluh orang atau berpuasa 3 hari. Penebusan lain seperti ini juga diatur dalam Al-Quran dan tidak dapat diadili secara hukum.

Akan tetapi, moralitas dan agama saling terkait erat dan keduanya juga memengaruhi Syariat. Nabi menyatakan,

> *Saya diutus semata-mata untuk memperbaiki moralitas.*[10]

Nuansa moral Syariat juga terlihat jelas dalam kecenderungannya pada kewajiban (taklif) sehingga sebagian orientalis pernah menggambarkan Syariat sebagai "sistem kewajiban" yang berbeda dengan hukum tertulis yang sering berbicara tentang hak. Pandangan ini tidak terlalu akurat, tetapi tidak akan kita bahas lebih jauh di sini. Larangan Syariat terhadap

9 Al-Syatibi, *Al-Muwafaqat fi Usul Al-Ahkam.*
10 Tabrizi, *Mishkat*, vol. III, hadis no. 5097.

riba, minuman memabukkan, dan judi, perintah berzakat sebagai kewajiban hukum dan anjuran "menundukkan pandangan" terhadap lawan jenis, serta menilai cerai sebagai "hal terburuk di antara hal yang dibolehkan", semuanya mencerminkan dasar-dasar moral Syariat. Hal ini juga tampak dalam aturan perang ketika Syariat melarang mencederai orang, melukai anak-anak, perempuan, dan orang tua serta menyiksa binatang, dan mengecam tindakan yang mengakibatkan kesengsaraan dan penganiayaan. Walaupun hal-hal ini tidak dapat diadili di pengadilan, seorang pengendali ruang-publik (*muhtasib*) berwenang untuk campur tangan dan menghentikan praktik-praktik amoral. Lembaga *hisbah* (badan yang bertanggung jawab menyerukan kebaikan dan mencegah kejahatan) yang dalam sejarahnya berfungsi untuk mendukung nilai-nilai moral juga mengindikasikan pembedaan antara aspek moral dan hukum Syariat.

2. Kontinuitas dan Perubahan

Sering dikatakan bahwa hukum Islam tidak dapat diubah-ubah karena ditetapkan oleh wahyu sehingga tertutup bagi kemungkinan adaptasi dan perubahan. Dapat dikatakan bahwa pandangan yang menganggap Syariat tidak dapat diubah hanyalah benar sebagian karena hukum ilahiah itu sendiri sudah mengintegrasikan adaptabilitas dan perubahan dalam tujuannya sehingga merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari falsafah dan pandangannya. Para ahli fikih dan ulama terkemuka secara konsisten berpandangan bahwa Syariat memiliki banyak sumber daya dan perangkat yang dibutuhkan untuk dapat mengakomodasi perubahan sosial. Oleh karena itu, Syariat mengakui penalaran independen (*ijtihad*) dan berbagai subkategorinya, seperti pertimbangan kepentingan publik (*istislah*), preferensi hukum (*istihsan*), penalaran analogi (*qiyas*), dan seterusnya dengan tujuan untuk mengadaptasi hukum seiring dengan perubahan kebutuhan masyarakat. Penafsiran tekstual (*tafsir/ta'wil*) juga dapat digunakan untuk tujuan yang sama. Karena bagian terbesar Al-Quran, termasuk ayat-ayat hukumnya (*ayat al-ahkam*) terdiri atas ekspresi umum (*'amm*) dan yang tanpa batas (*muthlaq*), secara umum ia terbuka pada penafsiran dan ijtihad.

Syariat hendak mencapai keseimbangan antara kontinuitas dan perubahan. Meski tujuan-tujuan dasar Syariat bersifat permanen, cara

untuk mencapainya mengikuti kebutuhan zaman dan keadaan. Hal-hal fundamental terkait keimanan dan rukun-rukun yang menunjangnya, nilai-nilai moral dasar Islam, dan perintah-perintahnya yang tegas soal halal dan haram seluruhnya bersifat permanen dan tidak dapat diubah-ubah. Perintah Syariat terkait hal-hal peribadatan (*'ibadat*) dan beberapa ketentuan spesifik dalam ranah transaksi sipil (*mu'amalat*) seperti aturan mengenai waris juga tidak dapat berubah. Namun, Syariat secara umum bersifat fleksibel untuk sebagian besar aspek *mu'amalat*, hukum pidana, kebijakan pemerintah dan konstitusi (yang disebut sebagai *siyasah syar'iyyah*), kebijakan fiskal, perpajakan, serta urusan ekonomi dan internasional. Dalam banyak tema di atas, Syariat hanya memberi panduan umum yang detailnya dapat ditentukan, disesuaikan, dan dimodifikasi, bila perlu, melalui penalaran manusia atau ijtihad. Syariat mengharuskan, misalnya, keadilan yang objektif dan tidak memihak, dan menetapkan beberapa panduan spesifik untuk mencapainya, tetapi metode, syarat-syarat, dan prosedur yang diterapkan untuk mencapai hal tersebut dapat berubah seiring dengan perubahan pengalaman dan kondisi masyarakat. Hukum Syariat, sebagaimana diamati oleh Ibn Qayyim Al-Jauziyyah, ada dua macam: *Pertama*, hukum yang tidak berubah dengan perubahan waktu dan tempat atau kecenderungan ijtihad, seperti keharusan hal-hal *wajibat* (tunggal: *wajib*) atau sifat ilegal *muharramat* (tunggal: *haram*), pembagian waris, dan hal-hal lain semacamnya. Semuanya tidak berubah dan tidak ada ijtihad yang dapat diajukan untuk melanggar substansi dan karakter Syariat di bidang-bidang ini. Jenis hukum *kedua* adalah yang dapat berubah sesuai dengan pertimbangan kepentingan publik (*maslahat*) dan keadaan yang berlaku, seperti besaran, jenis, dan atribut hukuman pencegah (*al-ta'zirat*). Tuhan sang Pemberi Hukum telah mengizinkan variasi dalam hal ini sesuai dengan keharusan dan pertimbangan maslahat.[11]

Fleksibilitas Syariat dan keterbukaannya pada perubahan dapat dilihat baik dari bahasa teks maupun juga gaya legislasi Qurani. Dari sudut pandang ilmu tata bahasa, teks-teks yang umum (*'amm*), yang absolut (*muthlaq*), yang lahiriah (*zhahir*—bukan teks yang tegas atau *nash*), dan yang ambigu

[11] Ibn Qayyim, *Ighathah Al-Lahfan*, I, 346.

(*mujmal*—bukan teks yang sudah dijabarkan atau *mufassar*) merupakan bagian yang lebih besar daripada Al-Quran dan umumnya membutuhkan penafsiran; para ulama berbagai zaman telah berupaya menafirkan pesan secara berbeda dari teks tersebut sesuai dengan pengalaman dan pokok perhatian mereka sendiri.[12] Perlu diperhatikan juga bahwa legislasi Qurani sebagian besar terdiri atas eksposisi prinsip-prinsip umum, walaupun di bidang-bidang tertentu Al-Quran juga memberi perincian spesifik. Sebagai sumber utama Syariat, Al-Quran meletakkan panduan-panduan umum tentang hampir semua topik utama hukum Islam. Ketika Al-Quran memberi detail spesifik, seperti yang diamati oleh Syatibi, hal ini biasanya berkenaan dengan pemaparan dan pemahaman yang lebih baik mengenai prinsip-prinsip umumnya.[13] Terkait transaksi sipil, contohnya, ketentuan tekstual Al-Quran soal pemenuhan kontrak, legalitas penjualan, pelarangan riba, penghormatan terhadap hak milik orang lain, dokumentasi pinjaman, dan bentuk-bentuk pembayaran tertunggak lainnya semuanya dibahas secara luas dan umum. Begitu juga dengan aturan-aturan Al-Quran tentang keadilan, penghormatan kebenaran, dan pemberian kesaksian terbatas pada panduan umum; tidak ada paparan detail mengenai tugas hakim, acara persidangan, dan cara kesaksian harus disampaikan dan diverifikasi.[14] Tentang prinsip-prinsip pemerintahan seperti konsultasi/musyawarah (*syura*), kesetaraan dan hak-hak dasar, Al-Quran secara umum sangat ringkas dan tidak memberi detail apa pun. Prinsip-prinsip umum ditetapkan, sedangkan masyarakat dan pemimpinnya (*'ulu al-'amr*) dipersilakan untuk menjabarkannya sesuai dengan kondisi yang berlaku.[15]

Di bidang pidana dan penghukuman, Al-Quran hanya spesifik terkait lima jenis pelanggaran, yakni pembunuhan, pencurian, perampokan di jalan, perzinaan, dan fitnah. Adapun bidang-bidang lainnya, Al-Quran hanya meletakkan prinsip-prinsip umum hukum pidana, contohnya ketika menyatakan

---

12 Lihat lebih lanjut di dalam *Jurisprudence*, Bab 4 Aturan di dalam Menerjemahkan, 117—67.
13 Al-Syatibi, n. 8 pada III, 217.
14 Cf. Shaltut, *Al-Islam*, 501.
15 Cf. Al-Sabuni dkk., *Madkhal*, 73.

Dan balasan suatu kejahatan adalah kejahatan yang serupa (QS 42: 40)

dan,

Dan jika kamu memberikan balasan maka balaslah dengan balasan yang sama dengan siksaan yang ditimpakan kepadamu. (QS 16: 126)

Pembacaan Al-Quran yang saksama lebih jauh lagi mengungkapkan bahwa untuk hal-hal terkait kepercayaan, prinsip-prinsip dasar moralitas, hubungan manusia-Tuhan, dan hal-hal transenden (*ghaibiyyat*), yang pada hakikatnya tidak berubah-ubah, Al-Quran menyatakan secara jelas dan perinci mengenai hal-hal tersebut karena kejelasan dan kepastian adalah persyaratan penting bagi keyakinan (akidah). Sebaliknya, dalam hal kegiatan ritual seperti shalat, puasa, dan haji, walaupun hal-hal ini juga dianggap tidak berubah-ubah, Al-Quran hanya membahasnya secara ringkas dan sebagian besar detailnya ditemukan pada Sunnah Nabi. Hal ini karena kegiatan ritual bersifat praktis dan paling baik diajarkan melalui panduan-praktis Nabi.[16] Al-Quran mengandung ketentuan-ketentuan spesifik tentang hukum perkawinan, taraf hubungan terlarang dalam pernikahan, perceraian, dan waris. Hal-hal ini sebagian besar dihubungkan dengan sifat manusiawi karena juga memiliki aspek ketaatan yang tidak menuntut pembuktian rasional (*ta'abbudi*) yang juga ada pada *'ibadat*, yang menjelaskan mengapa legislasi Qurani dalam bidang ini begitu spesifik.

Ciri lain Al-Quran yang menjadikannya fleksibel dan dapat berubah dalam Syariat adalah adanya penetapan-penetapan yang bersifat spekulatif (*zhanni*), berlawanan dengan yang definitif (*qath'i*), di seluruh Kitab Suci. Suatu ketentuan Qurani dapat sepenuhnya atau sebagian masuk ke salah satu dari dua kategori ini. Ketika bahasa teks dan aturan yang disampaikan bersifat jelas, berdiri sendiri, dan tegas, tidak banyak ruang untuk penafsiran dan ijtihad. Sebaliknya, bagian-bagian Al-Quran yang spekulatif banyak terdapat di sebagian besar teksnya, yang terbuka pada penafsiran, analisis, dan pengembangan. Penafsiran terbaik adalah yang bisa didapat dari Al-Quran itu sendiri, kemudian dari Sunnah Nabi, kemudian dari preseden para sahabat, dan terakhir melalui ijtihad hukum. Dalam menafsirkan bagian-

[16] Lebih lanjut lihat *Jurisprudence*, h. 29 ff.

bagian *zhanni* dari Al-Quran (dan juga Sunnah), para ulama tidak hanya berbeda dalam hal orientasi dan penekanan, tetapi sering juga mencapai kesimpulan yang sama sekali berbeda. Pengamatan tajam Muhammad Iqbal (w. 1937) bahwa Al-Quran "mencerminkan pandangan hidup yang pada intinya dinamis" mendorongnya untuk menganjurkan para Muslim kontemporer untuk menemukan kembali prinsip-prinsip asli kebebasan, kesetaraan, dan solidaritas serta "untuk merontokkan kerak tebal dari Islam yang telah membekukan pandangan hidup yang pada intinya dinamis".[17]

Cakupan luas ikhtilaf (perbedaan pendapat hukum fikih) yang telah berkembang menjadi disiplin ilmu tersendiri dalam hukum Islam merupakan pertanda keterbukaan Syariat dan kemampuannya untuk mengakomodasi perbedaan berbagai penafsiran yang sama-sama dapat diterima. Penafsiran atau fatwa yang demikian, yakni fatwa yang menjadi pokok perbedaan pendapat dan ikhtilaf, pada prinsipnya terbuka untuk berkembang lebih lanjut dan berubah sesuai dengan syarat-syarat keadilan dan maslahat.

Dalam bab *taghyir al-fatwa* (perubahan fatwa), Ibn Qayyim Al-Jauziyyah mengungkapkan kerisauannya tentang kesalahpahaman tertentu akan Syariat "oleh mereka yang memiliki pandangan, akibat ketidaktahuan, yang menimbulkan kesengsaraan dan kekakuan dengan menetapkan kondisi-kondisi yang tidak dapat dibenarkan dan tidak dapat dipertahankan". Syariat "dalam akar dan cabangnya, didasarkan pada kebijakan dan kesadaran akan maslahat bagi khalayak, baik di dunia maupun di akhirat. [Syariat] adalah keadilan, kemurahan, dan kebaikan dalam setiap bagiannya". Ibn Qayyim meneruskan: "Setiap putusan yang mengabaikan keadilan demi tirani, kemurahan demi kebalikannya, maslahat demi kerusakan (*mafsadat*), dan kebijakan demi kesia-siaan—tidak ada sangkut pautnya sama sekali dengan Syariat, sekalipun jika ditunjukkan dengan suatu penafsiran panjang lebar bahwa itu merupakan bagian darinya".[18] Terkait hal ini, kami juga mencatat pandangan Ibn Taimiyyah (w. 1328), yang mewakili mayoritas ulama, bahwa "Syariat selalu memikirkan realisasi manfaat (*al-mashalih*) bagi orang-orang; ia juga hendak mencegah kerusakan dan kerugian (*al-*

17 Muhammad Iqbal, *Reconstruction*, 149, 156.
18 Ibn Qayyim, *I'lam Al-Muwaqqi'in*, III, 1.

mafasid) sehingga membuat Syariat cocok untuk diterapkan pada semua masa dan tempat".[19]

Dengan merujuk pada sumber-sumber rasional Syariat, secara umum dapat dikatakan bahwa dalam garis besarnya, bukti-bukti dan doktrin *ushul al-fiqh* seperti konsensus umum (*ijma'*), penalaran analogi (*qiyas*), preferensi hukum (*istihsan*), pertimbangan kepentingan publik (*istishlah*), dan adat (*'urf*), semuanya dirancang, dalam kapasitasnya masing-masing, untuk menghubungkan Syariat dengan realitas sosial agar berfungsi sebagai instrumen adaptasi dan memberi formula untuk menemukan solusi bagi pelbagai masalah yang muncul. Metode-metode yang diberikan juga menjamin kesesuaian dengan prinsip-prinsip dasar dan falsafah Syariat. Semua ini kemudian mengandalkan hujah rasional, pendapat yang dipertimbangkan (*ra'y*) dari para ahli fikih yang kompeten, serta praktik-praktik kebiasaan sosial.[20]

Sebagai sumber hukum yang mengikat, kehendak kolektif dan konsensus (*ijma'*) khalayak dan para ulamanya menjamin kontinuitas serta adaptasi terhadap perubahan melalui penemuan hukum-hukum baru yang mencerminkan kebutuhan-kebutuhan sah suatu masyarakat dan visi para ulamanya. *Ijma'* menjadi sarana, setidak-tidaknya secara teori, bagi evolusi ide dan untuk mengintegrasikan pencapaian pendidikan dan kebudayaan suatu masyarakat ke dalam jalinan Syariat.

Penalaran analogi (*qiyas*) juga memperluas cakupan ketentuan-ketentuan tekstual Syariat pada kasus-kasus serupa yang tidak termasuk dalam teks, tetapi masuk dari segi pertimbangan rasional suatu hukum. Ini merupakan doktrin rasionalis yang didasarkan pada postulat bahwa ketentuan Syariat didasarkan pada penyebab-penyebab efektifnya (*'ilal*) dan melalui penemuan tujuan rasional suatu ketentuan tekstual inilah perluasan cakupan terhadap kasus yang serupa dapat dibenarkan. *Raison d'etre* suatu preferensi hukum (*istihsan*) adalah menemukan solusi alternatif untuk suatu masalah ketika seorang ahli fikih meyakini bahwa penerapan hukum yang ada kemungkinan akan mengakibatkan kekakuan dan ketidakadilan. *Istihsan* hendak menajamkan hukum yang ada dan mengintegrasikan pertimbangan keadilan dan hati nurani ke dalam jalinannya. Ide dasar

19 Ibn Taimiyah, *Minhaj Al-Sunnah*, I, 147.
20 Cf. Zaydan, *Madkhal* h. 57; Musa, *Al-Madkhal* h. 82.

istihsan adalah bahwa aplikasi-literal Syariat tidak boleh mengalahkan tujuan yang lebih tinggi, yakni keadilan dan aturan main yang adil.[21] Lebih jauh lagi, *istishlah*, atau pertimbangan kepentingan publik, mendorong inisiatif para ahli fikih dan pemerintahan untuk mengambil segala langkah yang diperlukan demi mewujudkan kebaikan bagi masyarakat. Teori hukum *ushul fiqh* juga mengakui adat yang disetujui (*'urf*) sebagai bukti Syariat dan dasar yang sah bagi suatu keputusan hukum, khususnya di bidang *mu'amalat*. Adat pada dasarnya bersifat pragmatis karena dibentuk langsung oleh pengalaman, kebutuhan, dan kondisi masyarakat. Adat dan maslahat juga merupakan faktor-faktor pendorong di balik banyak ketentuan *ijma'* dan ijtihad.[22]

Ada sejumlah kaidah hukum yang tercatat, contohnya, dalam *Mejelle* (kitab undang-undang) zaman Ottoman, yang menyatakan adat sebagai hujah Syariat dan dasar yang sah bagi pengambilan keputusan hukum. Bahkan, ketentuan adat sering memiliki otoritas lebih besar dibanding ketentuan ijtihad yang tidak memiliki dasar tekstual. Dengan demikian, Syariat tampaknya hendak menginkorporasi kehendak dan konsensus masyarakat beserta praktik adatnya ke dalam jalinan hukumnya. Maka, sepertinya tepat untuk menyimpulkan pembahasan ini dengan pengamatan Muhammad Iqbal yang mengatakan bahwa "saya tidak meragukan bahwa pendalaman terhadap literatur hukum Islam yang sedemikian besarnya pasti akan menghilangkan pendapat superfisial para kritikus modern bahwa hukum Islam bersifat statis dan tidak mampu berkembang".[23]

3. Syariat dan Nalar

Para ulama berbagai zaman memahami Syariat Islam sebagai sesuatu yang masuk akal. Hal ini, pertama-tama, didasarkan pada rujukan tegas dalam Al-Quran untuk menjalankan penalaran dan penilaian yang baik. Al-Quran di banyak tempat juga merujuk pada penyebab (*'illah*), pada maksud dan tujuan (*hikmah*) hukum-hukumnya, khususnya di lingkup muamalat. Aspek Al-Quran yang ini, dikenal dengan *ta'lil* (rasionalisasi), ditandai dari

[21] Lebih lanjut lihat Kamali, *Jurisprudence*, beberapa bab membahas secara khusus tentang *ijma',* qiyas, dan istihsan.
[22] Cf. Zaydan, *Madkhal*, 69.
[23] Iqbal, *Reconstruction*, 164.

seruan Al-Quran di banyak bagian kepada orang-orang yang berpikir, yang menggunakan nalarnya, yang memiliki pengetahuan, dan yang menarik kesimpulan rasional. Maka, para ulama kemudian menyimpulkan bahwa Tuhan sang Pemberi Hukum telah berkehendak agar makna, implikasi, dan tujuan hukum-hukum-Nya yang sering tersirat tetapi tidak dijabarkan dalam teks, harus diselidiki dan dipahami secara komprehensif.

Ta'lil tidak berlaku dalam hal ibadah, tetapi di luar itu Syariat mendorong penyelidikan atas aturan-aturannya. Rasionalisasi dalam Al-Quran berarti bahwa hukum-hukum Syariat tidak ditegakkan demi Syariat itu sendiri dan tidak pula demi sekadar konformitas, tetapi semuanya ditujukan untuk mewujudkan manfaat/tujuan tertentu. Hal ini juga memberi tahu kita bahwa jika terjadi suatu perubahan sehingga suatu hukum tertentu tidak lagi mampu menghasilkan tujuan awal sesuai dengan pertimbangan rasional, ia harus diganti dengan alternatif yang sesuai. Tidak melakukan hal ini berarti mengabaikan kehendak Tuhan sang Pemberi Hukum.[24] Menurut Al-Syatibi, aturan-aturan Syariat tentang transaksi sipil serta persoalan muamalat dan adat (*mu'amalat wa 'adat*) akan mengikuti kebaikan (*mashalih*) yang dipertimbangkannya. Kami mencatat, misalnya, bahwa Syariat dapat melarang sesuatu karena ia tidak memberi kebaikan, tetapi dapat menghalalkan sesuatu jika memberi kebaikan. Suatu penjualan berjangka, misalnya dirham dibayar dengan dinar dilarang karena ditakutkan mengandung unsur riba, tetapi pinjaman berjangka diizinkan karena mendatangkan kebaikan (penundaan yang satu berakibat buruk dan yang lainnya baik). Demikian pula kurma segar (yang masih berada di pohon) pada prinsipnya tidak boleh dijual sebagai kurma kering karena ada risiko ketidakpastian (*gharar*) dan riba, tetapi Nabi mengizinkan transaksi ini, yang dikenal dengan *araya*, karena masyarakat membutuhkannya.[25]

Lebih jauh lagi, contoh-contoh pembatalan ketetapan-ketetapan Al-Quran dan Sunnah yang terjadi selama hidup Nabi dapat dipahami dalam kerangka ini. Contoh-contoh lain juga dapat ditemukan dalam preseden para sahabat ketika hukum Syariat ditangguhkan karena tidak lagi memberi kebaikan yang diharapkan pada awalnya. Karena *'illah* dan alasan

[24] Cf. Muhammad Amin (dikenal sebagai Amir Badshah), *Al-Taysir*, I, 360; Shalabi, *Al-Fiqih Al-Islami*, 131.

[25] Al-Syatibi, n. 8 pada II, 305.

dasarnya tidak lagi ada, aturan-aturan tersebut ditangguhkan atau bahkan diganti dengan alternatif yang lebih sesuai. Kami mencatat, contohnya, bahwa Khalifah Umar bin Khaththab menangguhkan hukuman *hadd* untuk pencurian pada masa kelaparan. Khalifah Umar juga menghentikan pembagian tanah pampasan perang kepada pejuang Muslim di Irak walaupun ada ketentuan Al-Quran yang memberi hak kepada mereka atas pampasan perang. Dia juga menangguhkan bagian yang menjadi hak para mualaf atas bagian zakat. Mereka dahulu adalah orang-orang yang pernah berpengaruh penting bagi kemenangan Islam. Al-Quran menetapkan bagian atas mereka (QS 9: 60) tetapi kemudian dihentikan oleh Khalifah Umar atas dasar, sebagaimana dia katakan, bahwa "Allah telah mengagungkan Islam tetapi kini dukungan mereka tidak lagi diperlukan". Di sini terlihat bagaimana Khalifah Umar meninggalkan ketentuan Qurani atas dasar pertimbangan yang murni rasional demi tujuan umumnya dan "penetapannya itu dianggap selaras dengan semangat Al-Quran".[26]

Mazhab-mazhab agak berbeda dalam memahami *ta'lil*, tetapi mayoritas berpendapat bahwa Syariat pada hakikatnya bersifat rasional, baik dalam prinsipnya maupun detailnya, demi kemaslahatan umat. Maslahat yang dimaksud di sini dapat bersifat segera (*immediate*) atau dapat muncul setelah periode waktu tertentu. Ia dapat berupa maslahat dalam arti positif atau sesuatu yang dapat mencegah keburukan. Maka, kami mencatat dalam ayat Al-Quran berikut melalui *ta'lil*, mengenai kenabian Muhammad:

> *Dan tiadalah Kami mengutus kamu, melainkan untuk (menjadi) rahmat bagi semesta alam. (QS 21: 107)*

Maka, *rahmah* mendasari kenabian karena ia mendatangkan kebaikan dan mencegah keburukan bagi para hamba Tuhan. Kita juga bisa membaca dalam hukum pembalasan yang adil (*qishash*) bahwa

> *Dan dalam qishaash itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, hai orang-orang yang berakal (QS 2: 179)*

---

26 Cf. Zaydan, n. 18 h. 122: 'Abd Al-Rahman Taj, *Al-Siyasah Al-Shar'iyyah,* 28.

Demikian pula pelarangan minum anggur dan judi didasarkan pada pemikiran untuk mencegah "permusuhan dan dengki" di antara orang-orang dan gangguan yang memalingkan ingatan kepada Tuhan (QS 5: 91). Zakat dan sedekah (*shadaqah*) diwajibkan untuk mencegah penumpukan kekayaan di antara orang-orang kaya (QS 57: 7). Contoh ini dan contoh-contoh *ta'lil* lain dalam Al-Quran telah membawa ahli fikih Syafi'i, 'Izz Al-Din 'Abd Al-Salam (w. 1261) pada kesimpulan bahwa

> "Syariat didasarkan pada kemaslahatan bagi hamba Allah dan tak seorang pun ulama menentang hal ini. Bahkan para Zahiriyyah pun mendukung prinsip ini secara umum meskipun mereka tidak setuju pada rasionalisasi, yakni memastikan penyebab-penyebab tertentu untuk ketentuan-ketentuan Syariat."[27]

Dalam menjalankan ijtihad, para ulama berbeda pendapat soal penekanan mereka pada teks literal atau pada makna dan dasar pemikirannya yang lebih luas. Meski sebagian ulama, misalnya mazhab Zahiri, menekankan kepatuhan ketat pada teks dan menolak segala pembahasan tentang penyebab, dasar pemikiran, dan kehendak Tuhan sang Pemberi Hukum, mayoritas ulama membenarkan analogi (*qiyas*) dan pencarian penyebab efektif dari hukum-hukum yang dimaksud. Juga hampir dapat dipastikan bahwa para mujtahid terkemuka di antara para sahabat tidak ada yang bicara tentang rasionalisasi, sebab-akibat atau *'illah*, sebagai konsep-konsep yuridis, baik terkait dengan analogi maupun bukan, tetapi hanya sekadar penyelidikan insidental. Walau cukup sering menggunakan penalaran analogi, mereka melakukannya tanpa terlalu sibuk dengan persoalan teknis. Mereka merujuk pada makna (*ma'ani*) ketimbang penyebab-penyebab efektif atau *'ilal* dari hukum-hukum dimaksud. Penjabaran teknis atas analogi dan pilar-pilarnya, termasuk *'illah*, kemudian diupayakan oleh para ulama pada masa-masa sesudahnya (generasi tabiin dan seterusnya). Walaupun begitu, kecenderungan dasar yang hendak saya jabarkan di sini dapat dipastikan terdapat di dalam karya-karya para ulama

---

27 'Abd Al-Salam, *Qawa'id Al-Ahkam*, 5, juga dikutip oleh 'Atiyyah, *Al-Nazariyyah Al-Ammah*, 102.

terkemuka; mereka menjadi fokus perhatian dan kemudian dikembangkan dan diartikulasi oleh para ulama sesudahnya.

Kami pertama-tama mencatat bahwa mereka yang memastikan makna dan dasar pemikiran hukum (atau *arbab al-ma'ani*) itu berbeda dengan pendukung literalisme (*arbab al-zhahir*). Tingkat pembedaan kedua juga dapat dipastikan di sesama kalangan *arbab al-ma'ani*, atau para ahli semantik, yang terbagi menjadi dua kubu; salah satu di antaranya cenderung melampaui makna kata-kata untuk menangkap semangat dan tujuan hukum dan berusaha masuk ke filosofi dan pertimbangan rasionalnya. Pendekatan ini dapat dibedakan dari pendekatan para ahli semantik yang memiliki pandangan lebih restriktif mengenai peran rasionalisasi dalam Syariat. Walaupun mereka juga menerima tema rasionalis dalam memastikan maksud dan tujuan suatu hukum, tetapi dalam upaya untuk mencari kepastian yang lebih tegas, mereka cenderung menghindari penalaran spekulatif dalam hukum. Keduanya memvalidasi analogi (*qiyas*) dan upaya pencarian kesamaan dan penyebab efektifnya. Namun, kelompok ahli semantik kedua berbeda dengan yang pertama dalam lingkup pengakuan mereka yang lebih luas terhadap penyelidikan rasional dalam penentuan hukum.[28]

Para pendukung penalaran analogi (*qiyas*) dan *ta'lil* juga telah merujuk pada hujah dalam Sunnah yang mendukung posisi mereka. Terkait ini diriwayatkan bahwa seseorang dari suku Bani Fazarah pernah memberi tahu Nabi bahwa istrinya telah melahirkan seorang anak berkulit hitam dan menuduh istrinya telah berzina. Nabi lalu bertanya apakah dia punya unta? Orang itu menjawab bahwa dia punya. "Apa warna mereka?" tanya Nabi dan orang itu menjawabnya "merah". "Apakah ada yang hitam di antara mereka?" tanya Nabi. Orang itu menjawab ada. Lalu, Nabi bertanya, "Kenapa begitu?" Orang itu menjawab, "Mungkin karena ada pengaruh garis keturunan (*naz'at al-'irq*)." Lalu, Nabi mengatakan bahwa "ini juga

[28] Dua kecenderungan ini hampir mendekati orientasi skolastik dari para ulama yang terbagi ke dalam dua kategori, yaitu ahli *al-ra'y* dan ahli *al-hadits*. Namun, dengan dimulainya upaya pengumpulan dan dokumentasi hadis dalam skala besar yang dilakukan setelah periode Syafi'i (yaitu pertengahan abad ke-19), terlihat adanya pergeseran prioritas. Ahli *al-hadits* tampak lebih unggul dan karya umum mereka diterima secara luas. Ahli *al-ra'y* menjadi terlihat tidak menonjol dan lebih tekun dalam mencari otoritas tekstual untuk posisi mereka dan pergeseran dalam penekanan pada cakupan ketergantungan mereka terhadap *al-ra'y* mulai berkembang. Lihat lebih lanjut di *Mawsu'ah* di n. 28 berikut.

mungkin karena pengaruh seperti itu".[29] Begitu pula ketika Umar bin Khaththab bertanya apakah mencium istri sendiri akan membatalkan puasa, Nabi bertanya balik kepada Umar: bagaimana kalau orang berkumur selama puasa? Umar menjawab bahwa itu tidak membatalkan puasa. Kemudian, Nabi berkata: "itu juga jawaban untuk pertanyaanmu tadi". Menurut riwayat lainnya, Nabi pernah meminta pasukan Muslim, yang sedang dalam perjalanan, untuk tidak melakukan shalat 'Ashar hingga tiba di Bani Quraizhah. Beberapa orang mengikuti makna nyatanya dan menunda shalat hingga tiba di Bani Quraizhah, sedangkan sebagian yang lainnya mengikuti tujuan dasarnya, bahwa mereka harus bergegas untuk sampai di tempat itu lebih dini sehingga bisa melakukan shalat 'Ashar seperti biasa. Riwayat tersebut menambahkan bahwa Nabi setuju dengan kedua pilihan yang diambil ketika yang satu mengikuti perintah secara harfiah, sedangkan yang lain mengikuti dasar-pemikiran perintah ini.[30]

Para sahabat utama yang mengambil materi sumber Syariat untuk menarik kesimpulan rasionalnya sendiri dan masuk lebih dalam pada maksud dan makna Al-Quran dan Sunnah antara lain adalah Aisyah, Umar bin Khaththab, 'Ali bin Abu Talib, 'Abd Allah Ibn Mas'ud, Zaid bin Thabit, 'Abdullah bin 'Abbas, dan banyak lainnya. Ketujuh ahli fikih terkemuka Madinah, khususnya Ibn Al-Musayyib, Masruq, 'Alqamah, Al-Zuhri, kemudian juga Abu Hanifah, Ibn Abi-Laila, Al-Auza'i, Al-Syafi'i, Al-Muzani, dan banyak tokoh-tokoh ternama lainnya di antara para penerus dan pengikut mereka juga telah menunjukkan kecenderungan untuk mengandalkan rasionalitas, opini rasional (*ra'y*) dan *ta'lil*, dan mereka tetap menghindari memberi opini sembarangan. Kelompok rasionalis kedua yang cenderung membatasi lingkup ketergantungan mereka pada *ra'y* termasuk Sahabat Abu Al-Darda, 'Abdullah bin 'Umar, kemudian Ibn Sirin, Ahmad bin Hanbal, dan banyak lainnya. Meski demikian, daftar di atas hanyalah gambaran umum tentang suatu kecenderungan dan tidak mencerminkan kecermatan yang lebih saksama, misalnya, tentang kontribusi Imam Ahmad bin Hanbal yang dibahas di bawah. Tak lama kemudian, ada periode ketika pendekatan yang restriktif mulai kehilangan dasar dan tidak mendapat

29 Lihat artikel *Mawsu'ah*, *'Al-Ta'rif bi Al-Fiqih Al-Islami',* I, 130; Abu Zahrah, *Al-Shafi'i*, 287.
30 *Mawsu'ah*, n. 27 pada I, 130.

banyak pendukung, bahkan setelah dimulainya periode peniruan buta atau taklid (*taqlid*).[31]

Kaum literalis (*ahl al-zhahir*) yang dipelopori oleh Dawud Al-Zahiri (w. 885) dan Ibn Hazm mengikuti teks literal dan menolak makna-makna turunan dan tersirat karena mereka juga tidak menyukai rasionalisasi dan *qiyas*. Mereka memandang Syariat sebagai seperangkat aturan, perintah, dan larangan yang harus dipahami sesuai dengan apa yang dikatakan. Mereka memandang pencarian *'illah*, maksud, dan pertimbangan rasional hukum sebagai kegiatan berpikir yang spekulatif dan bertolak belakang dengan semangat kepatuhan pada kehendak Tuhan sang Pemberi Hukum. Maka, mereka membatasi lingkup ijtihad pada pemahaman dan elaborasi makna yang jelas dari teks. Meski memberi kontribusi ilmiah yang berharga dan kekayaan khazanah ijtihad orisinal dari beberapa ulama, seperti Ibn Hazm Al-Zahiri, mazhab Zahiri pada akhirnya kehilangan dukungan dan punah.

4. Kebertahapan dan Pragmatisme

Syariat mendukung pendekatan yang gradual terhadap legislasi dan reformasi sosial. Hal ini cukup baik digambarkan dari fakta bahwa Al-Quran diturunkan dalam rentang waktu sekitar 23 tahun dan sebagian besar diturunkan dalam hubungannya dengan peristiwa-peristiwa nyata. Sebagaimana diuraikan sebelumnya, ayat-ayat makiyah dari Al-Quran dikhususkan untuk ajaran-ajaran moral dan dogma dan tidak banyak mengandung ayat yang bersifat hukum. Legislasi hampir semuanya adalah ayat-ayat madaniyah. Bahkan, di Madinah pun banyak ayat hukum Al-Quran yang diturunkan secara bertahap. Larangan final atas minum arak (khamar) yang muncul dalam Surah Al-Ma'idah, misalnya, didahului oleh dua pernyataan terpisah, yang satu hanya merujuk pada dampak buruk dari mabuk dan yang satunya lagi melarang minum selama shalat sebelum akhirnya dilarang total. Cara legislasi seperti ini juga dapat dilihat dalam kaitannya dengan perintah shalat wajib lima kali, yang pada awalnya ditetapkan dua kali dan kemudian dinaikkan menjadi lima. Zakat yang pada awalnya merupakan sumbangan sukarela menjadi wajib setelah hijrah Nabi ke Madinah. Puasa yang pada awalnya bersifat pilihan belakangan menjadi

[31] Ibid.

kewajiban agama. Sebagian ketentuan awal Al-Quran belakangan diubah dan diganti seiring dengan perubahan keadaan yang dialami komunitas baru di Madinah.

Hukum Islam lebih memilih reformasi yang realistis dan tidak menyukai perubahan revolusioner yang mendadak. Hal ini disampaikan, contohnya, dalam tanggapan yang diberikan Khalifah 'Umar bin 'Abd Al-Aziz (w. 720) kepada anaknya 'Abd Al-Malik yang ambisius, yang mengusulkan kepada ayahnya bahwa Tuhan telah memberinya kekuasaan untuk memberantas kerusakan di masyarakat dengan tegas, serentak, dan tuntas. Sang khalifah menyarankan untuk tidak melakukan hal seperti itu dengan mengatakan bahwa Allah Yang Mahakuasa sekalipun mengutuk minum arak dua kali sebelum pada akhirnya melarangnya. "Jika saya mengambil tindakan drastis bahkan untuk maksud baik sekalipun dan memaksakan hal tersebut sekaligus kepada orang-orang, saya takut akan terjadi pemberontakan dan kemungkinan bahwa mereka akan menolaknya sekaligus juga." Mengomentari hal ini, ahli fikih kontemporer, Yusuf Al-Qaradhawi, menulis bahwa "ini adalah pemahaman yang benar yang ditengarai dalam makna fikih yang sesungguhnya dan akan didukung olehnya tanpa keraguan apa pun".[32]

Pragmatisme Syariat juga tampak dalam banyak keringanan yang diberikan kepada orang-orang yang menghadapi kesulitan, termasuk yang sakit, yang tua, ibu hamil, dan musafir, misalnya dalam hal shalat dan puasa. Syariat juga membuat ketentuan untuk situasi yang luar biasa dan darurat ketika aturan-aturan Syariat dapat ditangguhkan sementara atas dasar keperluan. Maka, menurut kaidah hukum, putusan (fatwa) seorang ahli fikih harus menimbang perubahan waktu dan keadaan. Kami mencatat, contohnya, bahwa orang-orang pada masa-masa awal Islam tidak diizinkan untuk menarik bayaran untuk mengajarkan Al-Quran karena ini merupakan keutamaan spiritual. Para ahli fikih kemudian mengeluarkan fatwa yang membalikkan aturan ini dan mengizinkan remunerasi atas jasa pengajaran Al-Quran. Lihat juga fatwa pragmatis Imam Malik yang mengizinkan sumpah setia (*bay'ah*) kepada calon pemimpin yang lebih

32 Al-Qaradawi, *Madkhal*, 131.

rendah kualifikasinya di antara dua calon, jika hal ini dianggap baik untuk kepentingan publik. Aturan yang normal tentu mengharuskan *bay'ah* diberikan kepada kandidat yang paling baik kualifikasinya. Demikian pula, aturan normal mensyaratkan seorang hakim adalah juga seorang mujtahid yang berpengetahuan. Namun, orang yang kualifikasinya lebih rendah dapat ditunjuk jika terjadi kekurangan orang yang berkualifikasi untuk jabatan-jabatan yudisial. Hal ini juga berlaku bagi saksi yang haruslah seorang yang adil (*'adl*). Namun, jika dalam suatu kasus satu-satunya saksi adalah orang dengan kualifikasi lebih rendah, hakim dapat menerimanya dan mengadili kasus tersebut jika itu dianggap satu-satunya pilihan yang ada. Maka, seorang hakim, ahli fikih, dan penguasa disarankan untuk tidak memilih keputusan yang lebih sulit jika ada pilihan lebih mudah yang dapat dijustifikasi.

E. Individualis atau Komunal

Hukum Islam mengharuskan urusan pemerintahan dijalankan melalui konsultasi (musyawarah) dengan masyarakat, dan pemerintah berusaha mengamankan kemaslahatan publik. Ini menjadi pokok kaidah hukum yang menyatakan bahwa "urusan seorang imam ditentukan oleh kepentingan publik" (*amr al-imam manut bi'l mashlahat*). Menurut kaidah hukum lainnya, benturan-benturan antara kepentingan publik dan privat harus ditentukan dengan mengedepankan yang pertama. Maka, kepentingan publik adalah syarat untuk mengukur keberhasilan atau kegagalan pemerintah dari sudut pandang Syariat.

Terlepas dari kecenderungan komunal dari Syariat, ia pada hakikatnya juga bersifat individualis. Agama utamanya adalah urusan nurani individu, dan aturan-aturan Syariat ditujukan langsung kepada para *mukallaf*, yakni individu-individu yang berkompeten secara hukum. Fokus Syariat pada individu ternyata cukup kuat untuk memersuasi kelompok Khawarij yang memboikot masyarakat di dekade-dekade awal Islam dan juga kelompok Mu'tazilah (para pengikut Abu Bakr Al-Asamm pada abad ke-8) untuk menganggap membentuk pemerintahan bukanlah kewajiban keagamaan. Karena Syariat bicara langsung kepada individu, apabila setiap individu

menaati ketentuan Syariat, keadilan akan terjadi dengan sendirinya bahkan tanpa pemerintahan. Pandangan semacam ini diungkapkan atas dasar asumsi mengenai harmoni dasar antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat.

Secara umum, Islam hendak mewujudkan tujuan-tujuan sosialnya dengan mereformasi individu-individunya terlebih dahulu. Sebab, seorang individu dipandang sebagai manusia yang otonom secara moral yang menjalankan peran khusus dalam membentuk arah dan tujuan suatu komunitas. Diakui bahwa individu diharuskan mematuhi pemerintah (QS 4: 59), tetapi dia tunduk pada penguasa dengan syarat bahwa si penguasa tunduk pada Syariat. Hal ini tecermin dalam hadis yang terkenal

> *Tidak boleh ada kepatuhan terhadap makhluk dalam hal perbuatan maksiat terhadap Allah.*[33]

Kita juga dapat mengutip dua hadis lain di sini yang memperkuat otonomi moral seorang individu. Abu Dhar Al-Ghifari meriwayatkan hadis Nabi:

> *Katakanlah kebenaran meskipun pahit.*[34]

dan di hadis yang lainnya Nabi mendeklarasikan:

> *Jihad paling utama adalah menyampaikan kebenaran kepada penguasa yang zalim.*[35]

Harga diri dan kesejahteraan individu merupakan target utama hukum Islam. Lima nilai esensial Syariat yang disepakati para ulama adalah keimanan, kehidupan, akal, properti, dan garis keturunan—semuanya didasarkan pada harga diri individu yang harus dilindungi sebagai prioritas. Walaupun kepentingan dasar masyarakat dan individu bisa dikatakan

---

33 Tabrizi, *Mishkat,* Vol. II, hadis no. 3665.
34 Ahmad b. Hanbal, *Musnad*, I, hadis no. 27.
35 Ibn Majan, *Sunan,* hadis no. 4011.

sama dalam struktur nilai-nilai ini, bagaimanapun juga fokusnya adalah individu-individu.

Prinsip *hisbah* (mendorong yang baik dan melarang yang buruk) dalam Al-Quran terutama ditujukan kepada individu, laki-laki ataupun perempuan, walaupun dia terkait dengan masyarakat dan pemerintah. Prinsip ini terbaca dalam hadis yang ditujukan bagi orang-orang beriman

> *Jika ada di antara kalian yang melihat kejahatan, hendaknya dia mengubahnya dengan tangannya,. Jika dia tidak dapat melakukan itu, hendaknya dia mengubahnya dengan kata-katanya. Jika dia masih tidak dapat melakukan itu, hendaknya dia mengubahnya di dalam hatinya tetapi ini bentuk keimanan yang terlemah.*[36]

Hisbah, sebagaimana digambarkan dalam hadis ini, rupanya mendukung otonomi moral individu dan pada prinsipnya memvalidasi kekuasaan warga untuk melakukan penangkapan. Namun, dengan pertimbangan kehati-hatian, polisi kemudian dijadikan sebagai pemegang eksklusif kekuasaan penangkapan ini. Para ahli fikih telah membahas *hisbah* secara detail. Cukup dikatakan di sini bahwa seorang individu harus bertindak dengan keyakinan bahwa inisiatif yang diambilnya akan bermanfaat. Karena jika dia bertindak tanpa pengetahuan, tindakannya, bagaimanapun baik niatnya, dapat mengakibatkan keburukan yang sama atau lebih besar ketimbang yang dia coba hindari.

Prinsip Qurani lainnya yang dapat dikutip di sini adalah tentang nasihat (*nashihah*) yang memberikan hak kepada setiap orang untuk menasihati dan memperingatkan sesama warga, termasuk kepala negara dan pejabat-pejabatnya, untuk melakukan hal yang baik, atau meluruskan kesalahan. Perbedaan utama antara *hisbah* dan *nashihah* adalah bahwa yang pertama lebih terkait dengan kejadian yang disaksikan langsung, sedangkan *nashihah* tidak terbatas pada momen aktual atau pengamatan langsung sehingga lebih fleksibel. Kecenderungan individualis Syariat juga termanifestasi dalam pesan Al-Quran kepada orang-orang beriman:

---

36 Muslim, *Mukhtasar Sahih Muslim*, 16, hadis no. 34.

Jagalah dirimu sendiri. Jika Kamu benar, sesat tidak akan berhasil dalam mencoba menyesatkan Kamu. (QS 5: 105)

Lebih jauh lagi, dalam konteks perkawinan Syariat menegakkan aturan pemisahan hak milik antara suami dan istri, dan ada hak istri untuk mengelola urusan keuangannya sendiri di dalam kehidupan perkawinannya. Dalam hal-hal nurani, walaupun Islam mendorong seruan pada agama (*da'wah*), ia tetap menyatakan:

Tidak ada paksaan dalam agama. (QS 2: 256)

Maka, seorang suami diharuskan untuk menghormati individualitas istrinya yang non-Muslim sehingga dia tidak boleh memaksanya untuk memeluk Islam. Kecenderungan individualis Syariat juga dapat dilihat dalam sejarah perkembangannya sebagaimana saya jelaskan berikut ini.

Hukum Islam sering digambarkan sebagai "hukum para ahli fikih" yang dikembangkan terutama oleh para ahli fikih perorangan yang berkarya sebagai orang-orang yang saleh ketimbang sebagai sebagai fungsionaris pemerintah dan pemimpin. Aspek sejarah hukum ini lebih jauh membentuk kecenderungan individualis Syariat. Menariknya, hal ini juga dianggap sebagai salah satu faktor yang menjadikannya stabil karena ia tidak terlalu tergantung pada keterlibatan dan dukungan pemerintah. Pemerintahan silih berganti, tetapi Syariat tetap bertahan sebagai *common law* (hukum umum bersama) bagi kaum Muslim. Dimensi lain dari gambaran ini adalah bahwa relasi antara pemerintah dan para ulama tetap tidak terlalu bersahabat sejak tahun-tahun awal kekuasaan Dinasti Umayyah (sekitar 750). Kecenderungan-sekularis para penguasa Umayyah menandai berakhirnya zaman Khulafaur Rasyidin dan para ulama menjadi semakin kritis atas perubahan arah dalam sistem pemerintahan ini. Para ulama dapat mempertahankan kemandirian dengan beralih kepada individu-individu terkemuka di antara mereka yang mengarah pada terbentuknya mazhab-mazhab yang kemudian dinamakan sesuai dengan nama imam yang memimpinnya dan tidak memberi terlalu banyak konsesi kepada pemerintah. Imunitas terhadap hukum, misalnya, yang sampai hari ini masih dinikmati oleh keluarga kerajaan dan kepala negara, anggota majelis

negara, dan para diplomat di sistem-sistem hukum lain, sama sekali tidak ada dalam hukum Islam. Tak seorang pun dapat mengklaim kekebalan hukum hanya atas dasar status sosial atau status resmi mereka.

Dua prinsip paling penting dalam hukum Islam, yakni penalaran pribadi (*ijtihad*) dan konsensus umum (*ijma'*) dapat dilakukan, dari awal sampai akhir, oleh para ahli fikih tanpa bergantung pada partisipasi pemerintah yang berkuasa. Ijtihad dan *ijma'* adalah manifestasi terdekat (paling mirip) dengan proses legislasi parlemen. Ijtihad telah dijalankan terutama oleh para ahli fikih perseorangan. *Ijma'* secara umum digambarkan sebagai konsensus bulat di kalangan para *mujtahidun* dalam masyarakat Muslim atas ketetapan dalam suatu persoalan. Maka, *ijma'* dapat dimulai oleh ahli fikih perorangan serta disimpulkan dan dibuat mengikat terhadap pemerintah tanpa partisipasi pemerintah. Baik ijtihad maupun *ijma'* tidak pernah dilembagakan, dan sampai saat ini tetap berlaku demikian. Ahli fikih yang menjalankan ijtihad juga menikmati kemandirian dari pemerintah dan hanya diharapkan bertindak atas dasar kepatutan sesuai dengan panduan Syariat dan keyakinan pribadinya.

F. Eksternalitas dan Niat: Persoalan *Hiyal*

Beberapa perbedaan orientasi dalam pemikiran hukum di antara mazhab-mazhab dapat dipastikan berkaitan dengan bentuk lahiriah, bukan esensi tindakan dan perilaku. Sebagian cenderung memperhatikan ketaatan lahiriah terhadap teks, yang lain lebih menekankan *maksud* di balik suatu tindakan dan mencari kaitan lebih erat di antara keduanya. Namun, ini hanya merupakan indikasi orientasi umum, yakni bahwa keduanya bukanlah kategori yang saling mengecualikan (*mutually exclusive*) karena pendukung yang satu tidaklah menolak validitas yang lain. Kalangan Hanafi dan Syafi'i cenderung menekankan eksternalitas perilaku tanpa menggali lebih dalam niat di baliknya, sedangkan kalangan Maliki dan Hanbali cenderung mengikuti pandangan yang kedua. Konsekuensi dari perbedaan sikap ini dapat dilihat dalam persetujuan atau dalam siasat hukum (*al-hiyal al-fiqhiyyah*) dalam kasus-kasus seperti pernikahan katalis

(*zawaj al-muhallil*) dan dalam penjualan ganda *'inah*. Yang pertama adalah menikahi perempuan yang telah diceraikan dengan niat hanya untuk melegalkan kembali pernikahannya dengan mantan suaminya yang dianggap sah menurut kalangan Hanafi dan Syafi'i, tetapi tidak sah menurut dua mazhab lainnya. Kami sudah menjelaskan tentang penjualan *'inah*. Transaksi ini secara efektif mentransformasi tindakan penjualan menjadi riba yang diharamkan. Dalam kedua contoh ini, tindakannya dirancang untuk menghindari aturan-aturan Syariat dengan melanggar niatnya. Mayoritas ahli fikih, termasuk Maliki dan Hanbali, yang membenarkan doktrin mencegah mudarat (*sadd al-dhara'i*) menolak alasan-alasan seperti ini. Namun, ahli fikih Hanafi dan Syafi'i menganggapnya sah secara hukum dan mengakui konsekuensi legal yang ditimbulkannya.[37] Para pendukung alasan-alasan hukum seperti ini telah menjelaskan secara panjang lebar tentang pokok persoalan ini. Maka, bab baru yang ekstensif ditulis tentang ini, dikenal dengan *al-hiyal wa al-makharij*, atau alasan-alasan hukum dan muslihat. "Dan memang penguasaan topik khusus ini", seperti diamati Al-'Alwani, "menjadi pertanda pengetahuan dan pengakuan seorang *faqih*."[38]

Akan tetapi, Al-Syatibi pernah menyatakan posisi Maliki sebagai berikut:

> Pemberi Hukum memerintahkan bahwa maksud *compos mentis* (*mukallaf*) di balik tindakannya harus selaras dengan maksud hukumnya. "Siapa pun yang hendak mendapatkan dari aturan Syariat sesuatu yang bertentangan dengan maksudnya [maka dia] telah melanggar Syariat dan tindakannya dianggap nihil dan batal."[39]

Ulama Hanbali, Ibn Qayyim Al-Jauziyyah, mendukung posisi yang sama secara substansial.[40]

---

37 Manna' Al-Qattan, *Al-Tashri' wa Al-Fiqih*, 294; 'Atiyyah, *Nazariyyah*, 25 pada 30.
38 Al-'Alwani, "The Crisis of Fiqih", 320.
39 Al-Syatibi, *Al-Muwafaqat*, II, 331; lihat juga Zaydan, *Madhkal* pada 60—1.
40 Ibn Qayyim, *I'lam*, III, 92.

Al-Syatibi menjelaskan:

> Tindakan-tindakan hukum tidak dimaksudkan demi kebaikannya sendiri, tetapi demi maknanya yang bertujuan untuk mewujudkan kebaikan. Kebaikan dalam hal peribadatan bertujuan untuk mendekatkan diri kepada Tuhan dan tunduk kepada-Nya secara jasmani dan pikiran. Jika kebaikan ini tidak dicari, ibadahnya pun menjadi batal. Shalat, contohnya, yang dilakukan hanya untuk pamer (*ri'a' al-nas*) tidaklah sah.[41]

Ketentuan Syariat tentang apa yang halal dan haram secara umum menyiratkan tindakan dan niat di baliknya. Maka, seorang Muslim tidak boleh menghalalkan sesuatu yang haram untuk dirinya, sekalipun dia mendapatkan putusan hukum yang membolehkannya. Kesimpulan ini didasarkan pada hadis berikut ketika Nabi Saw. menyatakan:

> *Saya hanyalah manusia. Boleh jadi sebagian kalian lebih cakap mengemukakan argumentasi. Saya memutuskan perkara berdasarkan apa yang saya dengar. Siapa yang aku menangi atas hak saudara, hendaknya tidak mengambil kemenangan itu karena sesungguhnya aku telah memotongkan api neraka buatnya.*[42]

Maka, terlihat dalam hal terjadinya perbedaan antara yang lahiriah dan yang batiniah, dan diakui bahwa yang-batiniah itu adalah benar adanya, dan akan berlaku di atas yang-lahiriah. Aspek Syariat yang ini diungkapkan dengan baik dalam hadis yang menjadi kaidah hukum bahwa "segala tindakan harus dinilai dari niat di baliknya" (*innama al-a'mal bil-niyyat*).[43] Merujuk secara khusus pada kontrak, kita membaca dalam kaidah hukum fikih lainnya: "Nilai dalam kontrak diberikan pada maksud dan makna, bukan pada kata-kata dan susunan kalimat."[44]

Saya menutup bab ini dengan komentar Al-'Alwani yang membuat penilaian berikut:

41 Al-Syatibi, *Al-Muwafaqat*, II, 385.
42 Abu Dawud Al-Sijistani, *Sunan Abu Dawud*, III, 1016, hadis no. 3576.
43 Muslim, *Sahih Muslim*, ed. Al-Din, hal. 287, hadis no. 1080.
44 Untuk perincian lihat Zaydan, *Madkhal*, h. 92.

"Tidak seperti imam-imam fikih awal yang merumuskan alasan-alasan hukum semata-mata untuk tujuan menghindari kerusakan atau kerugian, para ulama pada masa-masa sesudahnya mencurahkan dirinya untuk menemukan cara-cara untuk menghindari tanggung jawab hukum."[45][]

45 Al-'Alwani, "The Crisis", h. 327.

BAB 3

Islam, Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan, dan Kesetaraan Gender

Lena Larsen
The Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief,
Norwegian Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Oslo

A. Pendahuluan

Keterkaitan antara Islam dan Syariat, kebebasan beragama atau berkeyakinan (selanjutnya disingkat KBB), dan kesetaraan laki-laki/perempuan merupakan persoalan yang pelik. Pertentangan dalam hal spesifik antara berbagai entitas ini sering berubah menjadi antagonisme yang abstrak pada tataran normatif. KBB sering dianggap sebagai hambatan bagi kesetaraan gender dan sebaliknya, kesetaraan gender dianggap sebagai ancaman terhadap nilai-nilai dan praktik Islam. Banyak Muslim bersikap antagonis terhadap hak asasi manusia internasional pada umumnya karena dianggap sebagai ancaman Barat terhadap identitas Islam. Inti konflik ini menyangkut pertanyaan apakah Syariat merupakan hambatan bagi kesetaraan di muka hukum. Bab ini berargumen bahwa tidak ada konflik intrinsik antara Islam dan hak asasi manusia internasional, antara Syariat dan prinsip nondiskriminasi, serta antara Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (Convention on the Elimination of All Discrimination against Women, CEDAW) dan hak KBB.

Negara-negara Muslim telah berperan aktif dalam penyusunan CEDAW. Namun, munculnya kebijakan beridentitas Islam oleh negara-

negara ini, yang dinyatakan dalam bentuk reservasi (pengecualian) terhadap CEDAW dengan merujuk pada Syariat, memberi kesan bahwa konflik antara CEDAW dan Syariat merupakan keniscayaan yang tak terelakkan. Isu perempuan telah menjadi simbol utama dalam upaya pembaruan pemikiran Islam, tetapi penafsiran-penafsiran baru terus digugat oleh pihak-pihak yang mengeklaim Syariat tidak dapat diubah. Namun, Syariat tidaklah monolitik. Sejak akhir 1800-an, gerakan-gerakan pembaruan pemikiran Islam telah memunculkan perspektif-perspektif baru tentang interpretasi Syariat.

Munculnya pelbagai interpretasi baru tentang Islam, yang memusatkan perhatian pada kesetaraan laki-laki/perempuan, mengungkapkan bahwa kesetaraan laki-laki/perempuan bukan hanya merupakan persoalan nondiskriminasi, melainkan juga persoalan kebebasan beragama. Bagi banyak negara, hal ini menyiratkan tantangan: bagaimana seharusnya mereka melindungi hak setiap orang, dengan berbagai klaim kebenarannya masing-masing, atas KBB, dan *sekaligus* melindungi perempuan dari diskriminasi? Bab ini mengajukan kemungkinan solusi untuk mengatasi ketegangan antara CEDAW dan hak atas KBB, berdasarkan prinsip kemerdekaan dan kesetaraan serta prinsip kewajiban negara untuk menghapuskan praktik-praktik yang merugikan.

B. Hak Asasi Manusia dan CEDAW

Kesetaraan hak laki-laki/perempuan merupakan prinsip-dasar HAM sebagaimana termaktub dalam piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.[1] Instrumen-instrumen HAM Internasional memperkuat dan memperluas prinsip ini:[2] laki-laki/perempuan terlahir merdeka dan setara dalam martabat dan haknya, dan setiap orang berhak atas kesetaraan di muka hukum. Namun, betapa sulit untuk menjamin pemenuhan kesamaan hak-

1 Lihat preambul piagam tersebut. https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf.

2 Instrumen-instrumen HAM Internasional (The International Bill of Human Rights) terdiri atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (Universal Declaration of Human Rights), Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), dan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (International Covenant on Civil and Political Rights), serta dua protokol opsional lainnya. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf.

hak dengan laki-laki yang diakui secara internasional. Sudah sejak 1946 Komisi Status Perempuan (Commission on the Status of Women—CSW) didirikan dan didedikasikan untuk memajukan kesetaraan gender dan pemberdayaan perempuan. Tugas komisi ini adalah memajukan hak perempuan dengan cara mendokumentasikan "realitas kehidupan perempuan di seluruh dunia dan membentuk standar global tentang kesetaraan gender dan pemberdayaan perempuan".[3] Antara 1946 dan 1965 komisi tersebut mengembangkan beberapa konvensi dan rekomendasi yang diadopsi oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa.[4]

Pada 1960-an, berkembang kesadaran baru tentang hak perempuan dan konvensi-konvensi serta rekomendasi-rekomendasi tersebut dianggap gagal menangani diskriminasi terhadap perempuan secara komprehensif. Ketika Majelis Umum PBB pada 1965 menugaskan CSW untuk merumuskan sebuah deklarasi yang diharapkan menggabungkan dan mengartikulasikan kesetaraan hak laki-laki/perempuan, hal ini patut dipandang sebagai bagian dari manifestasi kesadaran baru tersebut. Deklarasi ini kemudian diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada 1967 dan menjadi batu loncatan untuk pengembangan "sebuah instrumen tunggal, komprehensif, dan mengikat secara internasional untuk menghapus diskriminasi terhadap perempuan".[5] Hasilnya adalah Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women—CEDAW), yang diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada 1979 dengan 130 suara secara bulat, dengan sepuluh negara abstain.

CEDAW telah diratifikasi oleh 189 negara, tetapi merupakan konvensi yang paling banyak menuai keberatan atau pengecualian. Sebanyak 24 dari 58 negara anggota Organisasi Kerja Sama Islam (Organization of Islamic Co-operation) mengajukan reservasi atau pengecualian. Enam belas di antaranya diajukan sambil mengutip Hukum Islam atau Syariat. Lima pasal yang sering dikecualikan adalah Pasal 2 (tentang penerapan ketentuan untuk

---

3 http://www.unwomen.org/en/csw.

4 The Convention on the Political Rights of Women (1952), The Convention on the Nationality of Married Women (1957), The Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages (1962), dan The Recommendation on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages (1965).

5 http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm.

menghapus segala diskriminasi terhadap perempuan); Pasal 9 (tentang kesetaraan hak orang tua [suami/istri] atas kewarganegaraan anak-anak mereka); Pasal 15 (kesetaraan di depan hukum dan kebebasan memilih domisili); Pasal 16 (kesetaraan dalam segala urusan pernikahan); dan Pasal 29 (arbitrase internasional terkait interpretasi atau penerapan konvensi). Komite CEDAW[6] menganggap Pasal 2 dan 16 sebagai ketentuan inti konvensi ini dan "sangat prihatin dengan jumlah dan lingkup reservasi yang diajukan atas pasal-pasal tersebut". Komite menganggap bahwa "baik praktik tradisional, agama atau budaya, maupun undang-undang dan kebijakan yang bertentangan tidak dapat membenarkan pelanggaran terhadap konvensi ini". Selain itu, Komite tetap meyakini bahwa reservasi terhadap Pasal 16, atas alasan apa pun, bertentangan dengan konvensi tersebut sehingga tidak dapat diperkenankan.[7] Pandangan Komite mengenai reservasi-reservasi tersebut dengan jelas menunjukkan bahwa rujukan pada alasan keagamaan dianggap sebagai penghalang pemenuhan konvensi ini.

Argumen-argumen keislaman dalam reservasi terhadap CEDAW serta keprihatinan dan pandangan Komite menyiratkan ketidakcocokan antara Islam dan HAM Internasional ketika penolakan terhadap hak perempuan dijadikan simbol perlawanan negara-negara Muslim terhadap dominasi Barat. Namun, tidak banyak perhatian terhadap proses penyusunan konvensi ini. Akibatnya, kesan yang sama juga muncul sehubungan dengan Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia, Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (ICCPR), dan Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (ICESCR): negara-negara Muslim tidak hadir, menentang proses dan agendanya, atau tidak memainkan peran signifikan. Sesungguhnya tidaklah begitu.[8]

---

6 United Nations Committee on CEDAW, sebuah badan ahli yang didirikan pada 1982, yang terdiri atas 23 ahli dari seluruh dunia. Tugasnya adalah memantau kemajuan perempuan di negara-negara yang merupakan Negara-Negara Pihak Konvensi. Lihat http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/committee.htm.

7 Lihat http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations.htm.

8 Lihat Susan Waltz, "Universal Human Rights: The Contribution of Muslim States", *Human Rights Quarterly 26*, 2004 (hal. 799—844); "Universalizing Human Rights: the Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights", *Human Rights Quarterly 23*, 2001 (hal. 44—72); serta Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (New York: Random House, 2001).

Kepustakaan baru menunjukkan bahwa delegasi dari negara-negara Muslim[9] berperan aktif dalam proses penyusunan—"bernegosiasi, menantang, dan memberi kontribusi".[10] Menurut Sardar Ali, delegasi negara-negara Muslim menyatakan klaim atas hak-hak tertentu dengan kesadaran penuh bahwa beberapa di antaranya mengarah ke masa depan. Catatan yang ada menunjukkan bahwa mereka berkontribusi pada wacana secara umum dan dengan suara bulat mendorong kebijakan usia-minimum pernikahan dan bahwa pernikahan harus dicatat; laki-laki dan perempuan memiliki hak yang sama atas perencanaan keluarga; dan hak-hak perempuan pedesaan secara khusus. Sardar Ali menyebutkan bahwa catatan ikhtisar tersebut mencerminkan khazanah wacana yang dihasilkan melalui persilangan berbagai gagasan. Menurutnya, hal ini terjadi akibat kesamaan pengalaman dalam persoalan perempuan, yang bergaung melintasi sekat-sekat perbedaan ideologi, agama, politik, dan budaya—yang menghasilkan HAM yang bersifat membangun, seperti pendidikan, kesehatan, dan ketenagakerjaan.[11] Para delegasi ini bersama-sama merumuskan dokumen norma yang aspirasional dan menjadi standar, "model HAM yang berwawasan ke depan tanpa merugikan posisi nasional".[12]

Delegasi perempuan negara-negara Muslim menantang norma-norma tradisional hukum Islam (misalnya perkawinan anak dan kesetaraan dalam pemilihan tempat tinggal) dan tidak menentang Pasal 16 tentang kesetaraan dalam segala urusan pernikahan. Ketika mereka mengajukan reservasi selama negosiasi dalam proses penyusunan, keberatan mereka, kecuali pada beberapa kasus, merujuk pada hukum nasional, bukan pada Syariat sebagai hukum Tuhan. Namun, yang menjadi perhatian utama, sebagaimana diungkapkan oleh Ny. Faridi dari Pakistan, adalah tujuan CSW untuk memastikan apa yang baik atau buruk bagi perempuan, bukan

---

9 Ny. Esfandiari (Iran), Begum Tazeen Faridi (Pakistan), Ny. Tallawy dan Ny. Aziza Hussein (Mesir), Ny. Gueye (Senegal), Ny. Salyo (Indonesia).

10 Informasi dan komentar tentang proses penyusunan diambil dari bab tulisan Shaheen Sardar Ali "Muslim Women's Contribution to Drafting CEDAW: An Untold Narrative" dalam bukunya *Modern Challenges to Islamic Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016). Penjelasan Ali tentang "narasi yang tak diceritakan" didasarkan pada penelusuran catatan proses penyusunan yang berlokasi di Palais des Nations di Jenewa.

11 Sardar Ali, "Muslim Women's Contribution", 166 ff.

12 Sardar Ali, "Muslim Women's Contribution", 156.

bagi negara.[13] Sikap aspirasional ini dapat menjelaskan mengapa terdapat kesenjangan antara teks dan reservasi di kemudian hari yang didasarkan pada kepentingan nasional dan keagamaan.

Akan tetapi, Sardar Ali berpendapat bahwa ada kaitan antara masukan delegasi negara-negara Muslim dalam penyusunan CEDAW dan reservasi belakangan dari negara-negara Muslim. Isi dan rumusan Pasal 9 tentang hak kewarganegaraan yang setara, Pasal 15 tentang domisili istri atas dasar kesetaraan dengan suami, dan Pasal 16 tentang hak yang sama dalam mengawali, menjalani, dan mengakhiri pernikahan merupakan isu yang paling berlarut-larut dalam proses penyusunan, dan di sinilah Syariat disinggung. Ketiga pasal tersebut juga termasuk di antara sedikit pasal yang menjadi sasaran reservasi dengan merujuk pada Syariat. Namun, pendirian-pendiriannya tidak seragam. Menurut Sardar Ali, "terdapat ketidakpastian, ambivalensi, dan dinamisme dalam perdebatan dan pendirian yang diambil oleh delegasi negara-negara Muslim, suatu ketidakpastian yang terus tecermin dalam naskah reservasi yang diajukan oleh negara-negara Muslim pada saat ratifikasi."[14] Beberapa negara Muslim yang mengajukan reservasi dengan merujuk pada Syariat sebagai hukum yang tak lekang zaman kemudian menarik reservasi mereka, antara lain Bangladesh dan Libia. Tampaknya persoalan reservasi ini tidak begitu didasarkan pada Syariat, tetapi lebih pada pertimbangan politik dan sosial serta politik identitas Islam.

C. Negara-Negara Bangsa Muslim, Syariat, dan Politik Identitas Islam

Jumlah reservasi yang diajukan negara-negara berpenduduk mayoritas Muslim dengan merujuk pada Syariat terhadap ketentuan-ketentuan Konvensi yang dianggap paling pokok menurut Komite dapat dihubungkan dengan kecenderungan menguatnya faktor agama dalam hubungan

13 Sardar Ali, "Muslim Women's Contribution", 182.
14 Sardar Ali, "Muslim Women's Contribution", 176.

internasional. Meski wacana publik tentang Islam terus menurun dan digantikan oleh nasionalisme, antikolonialisme, dan sosialisme antara 1920-an dan 1970-an, perkembangan politik di dunia Muslim belakangan menjadikan argumentasi Islam sebagai instrumen untuk mendesakkan sasaran kebijakan yang ditentukan oleh pertimbangan duniawi. Kekalahan bangsa Arab dalam Perang Arab-Israel pada 1967 dan upaya membakar Masjid Al-Aqsa di Yerusalem pada 1969 mendorong pembentukan Organisasi Konferensi Islam (OKI) pada 1969,[15] yang juga merupakan bagian dari upaya untuk mengangkat konservatisme Islam lintas-negara sebagai pengimbang terhadap rezim sekuler dan nasionalis di negara-negara Muslim. Salah satu peristiwa terpenting adalah Revolusi Islam 1979 di Iran, meningkatnya pengaruh Islam politis di negara-negara Muslim lainnya pada 1980-an, dan penggunaan Islam untuk memobilisasi perlawanan dalam perang Soviet-Afghanistan (1979—89).

Konsep utama dalam wacana tentang Islam politis adalah pandangan mengenai potensi Syariat untuk melingkupi segala aspek kehidupan sosial, ekonomi, dan politik masyarakat, yang diusung seolah-olah menjadi cetak biru untuk negara Islam. Namun, Syariat juga dijadikan sebagai penanda identitas Islam dan berperan menjadi "nilai-nilai dasar" yang membentuk identitas keislaman, baik di ranah pribadi maupun publik. Di dalam negeri, Syariat digunakan sebagai argumen untuk islamisasi hukum atau menolak usulan reformasi hukum. Undang-undang perkawinan menjadi contoh utama dan penanda identitas Syariat sebagai slogan "kita" dan "mereka", sekaligus sebagai medan pertarungan berbagai pendapat tentang hak-hak perempuan. Bahkan, pemerintah pro-sekuler pun harus berhati-hati dengan kepekaan rakyat mereka dan mempertimbangkan isu ini dalam perhitungan dan tindakan mereka, termasuk di ranah kebijakan luar negeri.

Salah satu contoh politik identitas Islam adalah klaim bahwa HAM Internasional pada dasarnya adalah konsep "Barat", seraya mengemukakan konsepsi lain yang diklaim bersumber dari Islam. Kecenderungan "islamisasi" HAM ini termaktub dalam sejumlah dokumen tentang HAM yang dikeluarkan oleh organisasi-organisasi Islam. Deklarasi Kairo tentang Hak Asasi Manusia dalam Islam, yang diadopsi oleh OKI pada 1990, adalah

[15] Kini: Organisasi Kerja Sama Islam.

di antara yang paling terkenal.[16] Klaim utama dalam deklarasi tersebut adalah bahwa nilai-nilai dan tradisi Islam tidak diperhitungkan dalam praktik HAM Internasional. Dengan demikian, hal ini menjadi alasan dan sekaligus legitimasi bagi deklarasi HAM Islam. Klaim tersebut didasarkan pada anggapan bahwa hak asasi manusia sudah lama diakui dalam Syariat, yang, dalam rumusan Heiner Bielefeldt, dianggap sebagai "landasan mutlak untuk melindungi hak dan kewajiban setiap insan manusia".[17] Namun, deklarasi tersebut telah menuai banyak kritik dari para pakar HAM[18] karena Syariat digunakan sebagai satu-satunya kerangka acuan dan pedoman penafsiran serta digunakan untuk melegitimasi hal-hal seperti diskriminasi terhadap perempuan. Tanpa adanya otoritas internasional yang diakui dengan keahlian untuk menafsirkan Syariat, penilaian apakah standar tersebut terpenuhi pun diserahkan kepada masing-masing negara. Ini bertentangan dengan tujuan HAM Internasional: melindungi individu dari kesewenang-wenangan negara.

Bielefeldt mengkritik Deklarasi Kairo karena menurutnya, walaupun Pasal 1 menyatakan bahwa semua manusia "setara dalam martabat dasar serta kewajiban dan tanggung jawab dasar, tanpa diskriminasi atas dasar ras, warna kulit, bahasa, jenis kelamin, keyakinan agama, afiliasi politik, status sosial, atau pertimbangan lainnya", tidak ada hubungan yang jelas antara isi pasal ini dan hak-hak yang setara.[19] Hal itu dapat membuka peluang bagi pemberian hak dengan syarat harus memiliki perilaku tertentu, bukan karena seseorang adalah manusia. Ekspektasi perilaku yang sesuai peran gender tradisional dengan merujuk pada Syariat sangat relevan dalam soal hak-hak perempuan. Konsep martabat manusia juga merupakan prinsip-dasar HAM Internasional, tetapi berbeda dengan Deklarasi Kairo karena konsep martabat di dalamnya *tidak bersyarat*. Martabat bukanlah sesuatu

16 Heiner Bielefeldt, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions? A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights", *Political Theory*, Vol. 28, No. 1, Februari 2000 (hal. 104).

17 Bielefeldt, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions", hal. 104.

18 Lihat contoh oleh Ann Elisabeth Mayer, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics.* (Boulder: Westview Press, 2012); Heiner Bielefeldt, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions", hal. 105.

19 Bielefeldt, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions", hal. 105.

yang harus ditunjukkan terlebih dahulu oleh seseorang sebelum dia mendapatkan hak.[20]

Akan tetapi, OKI sendiri pun menjadi bersikap kritis terhadap deklarasi tersebut dan mengindikasikan kemungkinan peninjauan dan perbaruan kembali.[21] Hal ini akan berlangsung dalam kerangka Komisi Hak Asasi Manusia Independen Permanen (Independent Permanent Human Rights Commission) yang diluncurkan OKI pada 2011. Tujuan komisi ini adalah melindungi hak asasi manusia di negara-negara anggota dan minoritas Muslim di seluruh dunia sesuai dengan norma dan standar-universal HAM—serta dengan prinsip keadilan dan kesetaraan Islam.[22]

D. Islam dan Soal Pembaruan

Ada anggapan luas bahwa Islam—sebagai agama yang dianggap monolitik dan tidak berubah yang dianut seluruh umat Muslim—dan hak perempuan menurut standar HAM Internasional bertentangan. Banyak ulama dan kalangan Muslim biasa menolak pembaruan Islam, bahkan menentang penggunaan kata tersebut. Menurut Tariq Ramadan, hal tersebut karena bagi mereka hal itu merupakan bahaya lipat tiga terhadap tradisi Islam.[23] Bagi sebagian kalangan, "pembaruan" berarti mengubah Islam, menodainya agar sesuai dengan zaman sekarang sehingga tidak dapat diterima. Bagi kalangan lain, "pembaruan" adalah sesuatu yang asing, diimpor dari tradisi Kristen, yang mengakibatkan Islam kehilangan substansi dan rohnya. Alasan ketiga penolakan terhadap konsep ini didasarkan pada

---

20 Bielefeldt, Ghanea, dan Wiener menggambarkan pendekatan berbasis martabat versus hak sebagai berikut: "Beberapa kritikus berasumsi bahwa ada antagonisme umum antara 'pendekatan berbasis hak' dan 'pendekatan berbasis martabat'. Jika pendekatan berbasis hak menghargai hak semua orang, terlepas dari perilakunya yang bermoral atau kurang bermoral [selama hal itu tidak berdampak negatif terhadap hak orang lain], pendekatan berbasis martabat diduga menurunkan hak di bawah kedudukan moral aktual seorang individu." Heiner Bielefeldt, Nazila Ghanea, dan Michael Wiener, *Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary.* Oxford: Oxford University Press, 2016 (hal. 16).

21 Sebagaimana diungkapkan oleh mantan Sekretaris Jenderal OKI, Ekmeluddin İhsanoğlu, dalam sebuah pidato di pertemuan pertama Komisi Hak Asasi Manusia di Jakarta pada 2012. Lihat https://www.brookings.edu/opinions/its-time-to-revise-the-cairo-declaration-of-human-rights-in-islam/.

22 http://oic-iphrc.org/en/about/.

23 Tariq Ramadan. *Radical Reform: Islamic Ethics and Liberation.* Oxford: Oxford University Press, 2009 (hal. 11).

karakter "abadi" ajaran Islam yang tidak memerlukan reformasi. Mereka yang membela hukum perkawinan yang diskriminatif mengklaim bahwa ketentuannya sudah diwahyukan secara ilahiah dan tak bisa diubah.

Akan tetapi, perdebatan mengenai upaya pembaruan dan perubahan hukum sesungguhnya sudah lama terjadi di kalangan ulama. Sepanjang sejarah, terdapat banyak upaya yang dilakukan dalam rangka menghidupkan kembali *(ihya')*, pembaruan (*tajdid*), dan reformasi (*islah*). Kebangkitan di era pramodern memiliki dimensi spiritual iman dan praktik yang kuat, seperti dalam *Ihya 'Ulum Al-Din* karya Imam Abu Hamid Al-Ghazali (w. 1111). Di era modern, hal ini tampak dalam upaya para pemikir Islam yang menyerukan perluasan pengaruh Islam dalam kehidupan umat Islam yang telah terpengaruh Barat. Seruan awal untuk kebangkitan dan pembaruan di era modern muncul dari berbagai sumber, tergantung pada konteks lokal pada abad ke-18 dan 19.[24] Berbagai aspek ajaran Islam ditekankan dan dikembangkan menjadi seperangkat gagasan dan ajaran baru hingga menimbulkan tren baru dalam pemikiran dan sejarah Islam.[25]

Pembaruan tradisi Islam untuk memenuhi kebutuhan masyarakat modern, termasuk teknologi dan lembaga yang muncul pada abad ke-19, kemudian diberi label "modernisme Islam". Salah satu karakteristik gerakan ini adalah adopsi nilai-nilai "modern" yang dikaitkan dengan dunia modern, seperti rasionalitas, sains, konstitusionalisme, dan hak perempuan.[26] Proyek modernis ini mencakup upaya menjembatani kesenjangan antara budaya Muslim tradisional dan pengaruh Barat modern, tanpa menentang dogma sentral Islam, seperti ajaran tentang tauhid dan bahwa Al-

[24] Ahmad Dallal. "The Origins and Objectives of Islamic Revivalist Thought, 1750—1850", *Journal of American Oriental Society* 113, no. 3 (1993): 341—359. Dallal memasukkan Shah Wali Allah Al-Dihlawi dari India (w. 1762) dan 'Utsman ibn Fudi dari Afrika Barat (w. 1817).

[25] Sementara Muhammad Ibn 'Abd Al-Wahhab dari Arabia (w. 1787) berusaha membangkitkan kembali peran Islam dengan menekankan tauhid dan menganggap manifestasi sufi, seperti ziarah makam, sebagai praktik yang tidak islami, gerakan revivalis lainnya, seperti Sanusiyah di Afrika Utara dan Mahdiyah di Sudan berusaha membentuk kompromi antara sufisme dan pemikiran atau praktik keislaman tradisional.

[26] Sebuah buku penting tentang hak perempuan adalah *Tahrir Al-Mar'ah (Pembebasan Perempuan)* karya Qasim Amin. Dia menuntut pendidikan wajib bagi anak perempuan, setidaknya pada "tingkat dasar", penghapusan cadar dan segregasi berdasarkan jenis kelamin, hak perempuan untuk memutuskan sendiri dalam kontrak pernikahan, larangan poligami, dan penyerahan hak unilateral laki-laki atas perceraian (*talaq*) ke peradilan. Buku ini mengguncang wacana publik dan menjadi tonggak dalam kategorisasi isu-isu terkait perempuan dalam buku panduan fikih dan fatwa sepanjang abad ke-20.

Quran adalah firman Allah yang diwahyukan kepada Nabi Muhammad. Gerakan kebangkitan dan pembaruan modern erat dihubungkan dengan, antara lain, Muhammad Abduh (w. 1905), yang dianggap sebagai arsitek utama modernisme Islam. Abduh menolak ketaatan buta pada preseden hukum, perilaku tradisional, serta doktrin taklid *(taqlid)* dan menyerukan penalaran independen (ijtihad) untuk mencari "jawaban-jawaban baru atas pertanyaan-pertanyaan baru".[27]

Gerakan-gerakan Islam modernis, menurut Charles Kurzman,

> "… tidak pernah monolitik, dan terdapat keragaman, bahkan mengalami pertentangan yang tajam di hampir semua hal. […] Keimanan Islam meliputi mistisisme atau kebencian terhadap mistisisme; penggunaan strategis atas pengetahuan tradisional; kembali ke masa Islam awal yang murni dan memperbarui praktik mengikuti perubahan sejarah."[28]

Pertanyaan-pertanyaan yang diajukan dan pendekatan-pendekatan "gelombang-pertama para pembaru modern" itu masih hidup hingga kini.

Pemikiran reformis Islam kontemporer merupakan gelombang baru yang menanggapi iklim intelektual dan politik baru yang muncul pada paruh kedua abad ke-20. Sistem politik dan perkembangan di negara-negara berpenduduk mayoritas Muslim, ekonomi, ilmu kedokteran, imigrasi kaum Muslim ke negara-negara Barat, HAM Internasional, serta kesetaraan gender adalah beberapa isu yang pernah dan masih ada dalam agenda. Berbagai aktor reformis menunjukkan spektrum sikap yang demikian luas tentang reformasi, dari mereka yang hanya terbatas pada usulan norma baru untuk menyesuaikan dengan keadaan baru hingga

---

27 Titik tolak Abduh adalah perbedaan antara ibadah, yang pada prinsipnya tidak berubah, dan muamalah (transaksi sosial) yang pada prinsipnya dapat berubah. Dalam penafsiran kembali, Abduh menekankan dua metode penafsiran yang melegitimasi perubahan dan adaptasi: *maslahah 'ammah* (kepentingan umum) dan *talfiq* (seleksi dan komposisi). *maslahah 'ammah* memungkinkan "seorang ahli hukum dengan menggunakan alasannya sendiri dapat menafsirkan hukum tersebut berdasarkan kepentingan publik"—dengan memperhatikan *mu'amalat* dan dalam kasus-kasus yang tidak tercakup dalam teks. *Talfiq* menawarkan opsi untuk memilih antara empat mazhab hukum untuk menemukan interpretasi yang sesuai untuk sebuah kasus. Legitimasi ijtihad dan penggunaan *maslahah* dan *talfiq* memungkinkan justifikasi dan implementasi reformasi hukum yang menjawab kebutuhan masyarakat yang berubah.

28 Charles Kurzman (ed.). *Modernist Islam 1840—1940: A Sourcebook.* New York: Oxford University Press, 2002: 5.

yang juga ingin mereformasi penggunaan konsep dan metode. Pemikiran pembaruan Islam kontemporer memiliki banyak cabang dan bukan hanya satu kecenderungan dan doktrin tunggal dan mencoba berbagai konsep dan metodologi. Salah satunya adalah teori *maqashid al-syari'ah*, atau tujuan Syariat, yang juga dijuluki "tonggak etika Syariat".[29]

E. *Maqashid Al-Syari'ah:* Sejarah Singkat

Gagasan tentang *maqashid al-syari'ah* (tujuan syariat) sudah dikenal sejak Imam Ghazali, tetapi pertama dan terutama dihubungkan dengan ulama Abu Ishaq Ibrahim Al-Syatibi (w. 1388), yang pikirannya kian menjadi perhatian di kalangan ulama Islam kontemporer, setidak-tidaknya sebagai alat untuk pemikiran reformis Muslim kontemporer. Buku Syatibi, *Al-Muwafaqat*, yang membahas tentang *maqashid al-syari'ah*, berpengaruh hingga sekarang.[30]

Akan tetapi, menurut Kamali, perkembangan teori *maqashid* dimulai oleh Abu Abd 'Allah Al-Tirmidzi Al-Hakim (w. 932), yang merupakan orang pertama yang menggunakan konsep *maqashid*. Konsep ini juga disebut dalam karya Imam Al-Haramain Al-Juwaini (w. 1085), yang mungkin termasuk orang pertama yang mengklasifikasikan *maqashid al-syari'ah* ke dalam tiga kategori: *daruriyyat* (keniscayaan), *hajiyyat* (kebutuhan), dan *tahsiniyyat* (kelengkapan), yang kemudian diterima secara luas. Murid Al-Juwaini, Abu Hamid Al-Ghazali, mengembangkan lebih lanjut gagasan *maqashid*. Kontribusinya penting dalam mendefinisikan isi kategori *daruriyyat*: kebutuhan vital adalah *din* (agama), *nafs* (kehidupan), *'aql*

---

29 Ebrahem Moosa. 2014. "On Reading Shatibi in Rabat and Tunis", dalam *Maqasid Al-Shari'a* dan *Contemporary Reformist Thought. An Examination*, ed. Adis Duderija, 177—192. New York: Palgrave Macmillan. *Maqasid Al-Shari'a* sebagai teori moralitas umum yang modern, lihat Lena Larsen. *How Muftis Think: Islamic Legal Thought and Muslim Women in Western Europe (Leiden: Brill, 2018).*

30 Untuk selayang pandang, lihat Muhammad Khalid Masud, *Shatibi's Philosophy of Islamic Law* (Islamabad: Islamic Research Institute, 1995), 108—120. Menurut Masud, misalnya, Muhammad Abduh mendorong muridnya agar membaca buku tersebut untuk mendapatkan wawasan tentang roh hukum Islam yang "hakiki".

(akal), *nasl* (keturunan), dan *mal* (harta).[31] Para ulama Muslim sesudahnya kemudian memperluas daftar nilai-nilai fundamental ini.[32] [33]

Inti teori *maqashid* adalah konsep *mashlahah* (kegunaan, kepentingan) yang, menurut Masud, sebagai hujah hukum telah menjadi konsep yang paling diperdebatkan dalam sejarah hukum Islam.[34] Abu Hamid Al-Ghazali mendefinisikan *mashlahah* sebagai pelestarian tujuan *(maq'id)* hukum *(al-syar')*, yang dia definisikan sebagai pelestarian lima hal *daruriyyat*.[35] Dia menggunakan pendekatan tekstual dan membagi *mashlahah* lebih jauh ke dalam tiga kategori: *mashlahah* yang didukung oleh hujah tekstual, *mashlahah* yang ditolak oleh hujah tekstual, dan *mashlahah* yang tidak memiliki hujah tekstual. Kategori terakhir ini *(mashlahah mursalah)* dapat diterima sejauh dalam rangka pelestarian *mashlahah* yang terkait lima tujuan Syariat. Adapun *mashlahah* yang termasuk dalam kategori *hajiyyat* (kebutuhan) dan *tahsiniyyat* (kelengkapan), Al-Ghazali berpendapat bahwa perlu ada hujah tekstual pendukung untuk dapat menurunkan norma. Abu Ishaq Al-Syatibi (w. 1388) menggunakan metode induktif dan menyimpulkan bahwa *mashlahah* adalah tujuan utama Syariat. Teori *maqashid* Syatibi, menurut Masud, memang memperhitungkan akal. Tujuan Pemberi Hukum adalah *mashlahah* masyarakat, yang merupakan prinsip independen, lepas dari teori hukum Islam. Perintah Syariat ditujukan untuk melindungi *maqashid al-syari'ah*, yang bertujuan untuk melindungi kepentingan masyarakat *(mashalih)*. Menurut Masud, Syatibi membagi *maqashid* atau *mashalih* ke dalam tiga jenis: *daruriyyat* (keharusan), *hajiyyat*

---

31 Daftar ini, menurut Kamali, secara jelas didasarkan pada interpretasi hukuman yang ditentukan (hudud) dalam Al-Quran dan Sunnah Nabi. Nilai-nilai yang ingin dilindungi oleh hukuman ini ditetapkan sebagai hal yang mendasar.

32 Kamali mencatat bahwa Shihab Al-Din Al-Qarafi (w. 1285) menambahkan *'ird* (kehormatan) dan Taqi Al-Din ibn Taimiyah (w. 1328) menambahkan pemenuhan kontrak, pelestarian hubungan kekerabatan, dan penghormatan terhadap hak-hak tetangga di dunia ini, serta cinta Tuhan, kejujuran, amanah, dan kemurnian akhlak yang berkaitan dengan akhirat. Kemudian, dia merevisi daftar nilai-nilai yang terbatas menjadi terbuka, kata Kamali. Pendekatan Ibn Taimiyah didukung oleh para ulama modern dan dikembangkan antara lain oleh Al-Qaradawi. Kesimpulannya, Kamali mengklaim bahwa daftar tersebut tampaknya siap untuk penambahan lebih lanjut, yang akan bergantung pada prioritas setiap zaman. Mohammad Hashim Kamali, *Maqasid Al-Shari'ah Made Simple* (London: International Institute of Islamic Thought, 2008), 8—12.

33 Kamali 2008, 8—12.

34 Masud. *Shatibi's Philosophy*, 161. Masud menelusuri penelitian tentang konsep *mashlahah* dipaparkan di ibid, 129—135.

35 Dikutip di Masud 1995, 139.

(kebutuhan), dan *tahsiniyyat* (yang dianjurkan). Ketiga jenis *mashalih* ini saling melengkapi dan saling melindungi. Hubungan antara ketiganya bisa diibaratkan dengan tiga lingkaran konsentris. Paling dalam, kita menemukan *daruriyyat*, selanjutnya *hajiyyat*, dan terakhir *tahsiniyyat*.[36]

Penegasan Masud atas Syatibi dalam istilah-istilah modern telah dirangkum dalam konteks hukum perkawinan:

> Al-Syatibi menempatkan keluarga di lingkaran pertama sebagai kebutuhan-dasar alamiah. Norma hukum di lingkaran kedua, misalnya yang mengatur pernikahan, perceraian, dan pewarisan, bertujuan melindungi keluarga. Semuanya bukanlah kebutuhan dasar pada dirinya sendiri. Preferensi sosial (lingkaran ketiga), seperti pasangan yang menikah memiliki kedudukan sosial yang setara *(kafa'ah)* atau penyediaan mahar yang sesuai *(mahr al-mitsl)*, merupakan penyempurnaan yang membantu norma-norma hukum agar berakar di dalam budaya lokal. Ketiadaan norma dan praktik sosial ini, menurut Masud, tidak melanggar norma hukum yang menopang institusi keluarga, yaitu di lingkaran kedua. Oleh karena itu, nilai-nilai ini dapat berubah seiring waktu dan nilai budaya baru bisa menggantikan yang lama.[37]

Interpretasi Masud atas teori Syatibi menyangkut tujuan Syariat dianggap sebagai sumber argumentasi bagi kesetaraan gender. Namun, kesetaraan gender merupakan suatu gagasan modern dan termasuk di antara "persoalan yang baru tercipta", yang tidak memiliki aturan sebelumnya.[38] Oleh karena itu, ada kebutuhan akan ijtihad baru, penalaran interpretatif terhadap topik yang dimaksud. Pertanyaan utamanya, menurut Ibn Al-Qayyim (w. 1350), adalah bagaimana menafsirkan konsep keadilan yang merupakan tujuan keseluruhan Syariat.

---

36 Masud 1995, 153.

37 Ziba Mir-Hosseini et al., *Justice Through Equality: Building Religious Knowledge for Reform of Muslim Family Laws* (Oslo: Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief, 2013), 24. https://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/oslocoalition/docs/justice-through-equality.pdf.

38 Mir-Hosseini et al., *Justice Through Equality*, 1—3.

F. Syariat dan Tantangan Kesetaraan di Muka Hukum

Banyak Muslim setuju dengan gagasan Ibn Al-Qayyim tentang Syariat:

> Dasar-dasar Syariat berakar pada kebijaksanaan dan peningkatan kesejahteraan manusia di dunia ini dan di akhirat. [Spirit] Syariat meliputi Keadilan, Kebajikan, Kemaslahatan Bersama, dan Kebijaksanaan. Ketentuan apa pun yang menyimpang dari keadilan menjadi ketidakadilan, dari kebajikan menjadi kekerasan, dari kemaslahatan bersama menjadi kemudaratan, atau dari rasionalitas menjadi absurditas, tidak dapat menjadi bagian dari Syariat.

Akan tetapi, pemahaman tentang apa yang "adil" itu bisa berubah. Ibn Al-Qayyim menganggap Syariat adil dalam bentuk abstraknya, tetapi tidak melihat ketidakadilan dalam norma-norma terkait ketika perempuan tidak diberi hak yang sama. Dia menganggap istri sebagai tahanan suaminya dan serupa budak. Oleh karena itu, gagasannya tentang keadilan menunjukkan bahwa keadilan dapat dipahami di dua tingkat: dibiarkan di tataran abstrak atau ditafsirkan sebagai norma-norma spesifik. Pemahaman normatifnya bergantung pada moralitas umum masyarakat.

Setiap interpretasi akan didasarkan pada waktu dan tempat. Pertentangan seputar hukum perkawinan Muslim melibatkan dua pengertian keadilan, satu pramodern dan satu lagi modern, yang keduanya bertentangan. Pada zaman pramodern, gagasan tentang keadilan didasarkan pada filsafat Aristoteles yang menganggap bahwa kesetaraan hak bagi orang-orang yang memang tidak setara tidaklah adil. Jadi, orang memiliki hak sesuai dengan gender dan tingkat sosialnya. Pada zaman modern, pemahaman tentang hak, keadilan, dan hukum yang adil telah berubah. Orang dianggap memiliki hak berdasarkan martabat sebagai manusia, terlepas dari gendernya.[39] Kedua pengertian tentang keadilan ini menyerupai kontroversi lama: Hubungan antara pengetahuan yang ditransmisikan *(naql)* dan akal *('aql)*.

[39] Mir-Hosseini et al., *Justice Through Equality,* 17.

Hukum Islam tradisional di bidang ini didasarkan pada interpretasi ulama atas Al-Quran (QS 4: 340):

> "Laki-laki adalah pelindung dan pemelihara *(qawwamun)* perempuan karena Allah telah melebihkan salah satu dari mereka atas yang lainnya dan karena mereka membelanjakan (untuk mendukung mereka) dari harta mereka. Oleh karena itu, perempuan yang salihah adalah yang taat dengan segala ketulusan hati, dan menjaga ketika suaminya tidak ada, apa yang Allah perintahkan untuk mereka jaga …."

Ayat ini telah ditafsirkan dalam konteks masyarakat, tempat para penafsir tinggal di tengah masyarakat patriarkal dan masyarakat kesukuan di masa pramodern, dan dari persepsi merekalah istilah *qiwama* atau perwalian diturunkan. Konsep ini telah berkembang menjadi sebuah prinsip dan seluruh sistem nilai dari konsekuensi hukum yang didasarkan pada asumsi bahwa Tuhan telah menjadikan laki-laki sebagai pelindung perempuan dan menempatkan perempuan di bawah kekuasaan laki-laki.

Interpretasi terhadap ayat tersebut menjadi dasar untuk menurunkan norma tentang hubungan gender dan pandangan tentang hak dan kewajiban laki-laki/perempuan di ranah pribadi dan publik. Laki-laki bertanggung jawab sebagai pemberi nafkah dengan imbalan ketaatan istrinya dan hak menegurnya, hak menceraikannya secara sepihak (talak), dan hak menikahi hingga empat istri. Perempuan kemudian mewarisi setengah dari yang diwarisi saudara laki-lakinya, bobot kesaksiannya setengah dari kesaksian laki-laki, tidak diperkenankan menempati posisi tertentu di masyarakat, dan tidak diberi hak yang setara dengan suaminya dalam hal kewarganegaraan atas anak-anak mereka.[40]

Norma-norma ini telah dikodifikasi ke dalam hukum perkawinan di negara-negara mayoritas Muslim. Namun, fleksibilitas tradisi hukum Islam mengalami kemunduran karena pemberlakuan sistem hukum perdata di dunia Islam modern.[41] Akibat dari legalisasi dan politisasi norma agama

40 Mir-Hosseini et al., *Justice Through Equality*, 14.

41 Lihat Judith Tucker, *In the House of the Law: Gender and Islamic Law in Ottoman Syria and*

di bidang pernikahan dan keluarga adalah standardisasi dan pembatasan interpretasi hak dan peran perempuan. Dalam kasus warga Muslim yang hidup sebagai minoritas, hubungan gender berdasarkan fikih tradisional sering dianggap sebagai bagian dari tradisi Islam dan sering berlaku sebagai sistem norma informal.

Konsep *qiwamah* dalam fikih tradisional dianggap adil dalam sistem sosial patriarkal, yang sering juga bersifat kesukuan. Hal ini mencerminkan latar sosial yang belum tentu masih berlaku. Sejak akhir abad ke-19, persoalan perempuan dan perjuangan mereka untuk mendapatkan haknya telah menggugat persepsi tentang keadilan. Berdasarkan pengalaman, perempuan Muslim menantang interpretasi dan norma tradisional di seputar persoalan perempuan. Jika istri menjadi pencari nafkah keluarga, apakah dia masih harus taat pada suaminya? Atau, haruskah berlaku prinsip timbal balik dan kesetaraan? Realitas sosial perempuan Muslim di lapangan membuat mereka mempertanyakan apakah hubungan dan peran gender tradisional itu adil.[42]

Pemahaman modern tentang keadilan oleh banyak cendekiawan Muslim dianggap sejalan dengan pesan-egaliter Islam dan sejalan dengan prinsip-prinsip HAM Internasional. Hal ini dapat menjadi lensa dalam mempelajari warisan *qiwamah* dan *wilayah* dalam khazanah kepustakaan tafsir serta postulat-postulat hukum dalam konstruksi hukum perkawinan Muslim. Memahami hal ini sebagai proses kultural dan historis membuka peluang untuk menyanggah interpretasi dan ketentuan-ketentuan seputar hak-hak dalam pernikahan dan perceraian yang patriarkal.[43]

Banyak perempuan Muslim terpaksa memilih salah satu dari dua pilihan yang tampak kontradiktif: memilih kesetaraan gender tetapi meninggalkan agama *atau* menaati agama tetapi mengorbankan kesetaraan gender. Konflik ini memunculkan persoalan seputar hak seseorang untuk menganut interpretasi tentang Islam yang berbeda dari penafsiran dominan dan penafsiran negara, misalnya penafsiran yang mendukung kesetaraan gender. Kesetaraan gender pun kemudian menjadi persoalan kebebasan beragama atau berkeyakinan.

Palestine. Kairo: The American University in Cairo Press, 1999.

42 Lihat, misalnya, proyek kisah hidup Musawah The Global Network di http://www.musawah-lifestories.org/.

43 Lihat Mir-Hosseini (2013).

G. Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan dan Prinsip Nondiskriminasi

Mantan Pelapor Khusus PBB, Heiner Bielefeldt, dalam salah satu laporannya tentang kebebasan beragama dan berkeyakinan, mengakui pentingnya agama atau keyakinan dalam hidup seseorang. Dia menyatakan bahwa bagi banyak orang, keyakinan keagamaan, nilai-nilai dan norma spiritual yang memiliki sumber transenden merupakan bagian terpenting dalam kehidupan mereka sehari-hari, dan mungkin merupakan fondasi utama bagi jati diri dan identitas komunalnya.[44] Arti penting agama atau keyakinan ini juga sangat diakui dan dijelaskan amat baik di bidang antropologi. Antropolog Amerika Clifford Geertz (w. 2006) bahkan mengatakan bahwa kebutuhan manusia akan makna ini hampir seperti kebutuhan biologis. Jika hewan bertahan hidup berdasarkan naluri, manusia berhubungan dengan budaya melalui simbol-simbol. Simbol-simbol ini berfungsi sebagai model dari dan untuk praktik "karena hal itu membentuk suasana hati dan motivasi yang amat kuat, meluas, dan bertahan lama dalam diri manusia dengan merumuskan konsepsi tatanan umum tentang eksistensi dan menyelubungi konsepsi tersebut dengan aura faktualitas hingga suasana hati dan motivasi tersebut terasa sangat realistis".[45] Demikianlah agama sebagai sebuah sistem simbol membantu menjelaskan bagaimana ia berkontribusi dalam memanusiakan manusia.[46] Agama juga merupakan soal rasa kepantasan, menjalani hidup sehari-hari dengan "benar", dan menjadi bagian dari masyarakat—serta rujukan bagi tata moral dan hukumnya.[47]

---

44 Deklarasi Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama atau Kepercayaan 1981 menyatakan bahwa, "agama atau kepercayaan, bagi siapa pun yang menganut salah satunya, adalah salah satu dari unsur fundamental dalam konsepsi hidup". http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx.

45 Clifford Geertz. *The Interpretation of Cultures.* New York: Basic Books Inc. Publishers, 1973: 94—119.

46 Geertz, *The Interpretation of Cultures*, 93.

47 Antropolog sosial Talal Asad mendefinisikan Islam sebagai tradisi diskursif (tetapi agama mana pun dapat didefinisikan sebagai tradisi diskursif): "Suatu tradisi pada hakikatnya terdiri atas wacana yang hendak menginstruksikan para penganutnya mengenai bentuk dan tujuan yang benar dari suatu praktik yang, justru karena sudah mapan, memiliki sejarah. Wacana-

Hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan merupakan hak fundamental. Hak ini memiliki dua aspek yang tergantung satu sama lainnya, yakni kemerdekaan *internal* dan *eksternal*. Kemerdekaan internal adalah kemerdekaan seorang individu untuk memiliki, mempertahankan, menganut, dan berpindah agama atau kepercayaan. Di sini tersirat adanya pilihan individu yang terjadi di dalam dirinya, di ranah pribadi, yang oleh individu tersebut dapat diberitahukan kepada orang lain secara pribadi atau publik. Kemerdekaan eksternal adalah kemerdekaan individu, baik sendiri maupun bersama-sama dengan yang lain, secara publik atau privat, untuk mengekspresikan agama atau kepercayaannya itu dalam kegiatan pengajaran, ibadah, dan pengamalan agamanya. Jika kemerdekaan internal tidak mungkin dilanggar, kemerdekaan eksternal sering berkelindan dengan HAM lainnya dan dapat dibatasi ketika tiga syarat terpenuhi: (1) batasan-batasan tersebut harus diatur hukum, (2) harus dalam rangka memenuhi kepentingan publik yang spesifik, seperti keamanan publik, ketertiban, moralitas, atau hak dan kemerdekaan fundamental orang lain, dan (3) harus benar-benar "diperlukan" untuk melindungi satu atau lebih kepentingan publik yang dimaksud.[48]

Menurut pendekatan HAM secara umum, kebebasan beragama atau berkeyakinan melindungi manusia sebagai satu-satunya pemegang hak. Ia melindungi penganutnya, bukan kepercayaannya itu sendiri, tetapi pada saat yang sama mengakui bahwa ada silang hubungan antara keduanya. Silang hubungan antara penganut dan kepercayaannya itu selalu ditilik dari sudut manusianya. Ia

> "... mengasumsikan di awal bahwa penganut agama memiliki hubungan emosional yang mendalam dengan keyakinannya serta loyalitas kuat yang menyertainya. Namun, menyikapi

wacana ini secara konseptual berhubungan dengan suatu *masa lalu* (ketika praktik ini kali pertama dimulai dan darinya pengetahuan mengenai maksud dan pelaksanaannya yang tepat kemudian diteruskan) dan suatu *masa depan* (bagaimana maksud dari praktik tersebut dapat dijaga dalam jangka pendek dan jangka panjang atau mengapa ia perlu dimodifikasi atau ditinggalkan), melalui *masa kini* (bagaimana ia berhubungan dengan praktik, institusi, dan kondisi sosial lainnya)." Asad, *The Idea of an Anthropology of Islam* (Washington, D.C.: Georgetown University, Center for Arab Studies, 1986), 14.

48 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (ICCPR) Pasal 18 (3).

> agama dan kepercayaan secara serius juga mengisyaratkan perlunya *perlakuan serius terhadap pluralisme*, termasuk perbedaan-perbedaan cara pandang dan praktik yang terkadang tidak dapat dijembatani."[49]

Kebebasan beragama atau berkeyakinan merupakan hak yang didasarkan pada kemerdekaan dan martabat yang setara, dua prinsip asasi dalam HAM. Hak ini mencakup kemerdekaan memilih serta menganut penafsiran agama atau kepercayaan yang berbeda dari penafsiran dominan *di dalam* agama atau kepercayaan itu. Selain itu, hak ini juga mencakup hak atas kesetaraan dan nondiskriminasi. Hak nondiskriminasi atas dasar agama atau kepercayaan ini dijabarkan secara terperinci dalam Deklarasi Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama pada 1981.[50] Deklarasi tersebut menyatakan bahwa tak seorang pun boleh menjadi sasaran diskriminasi oleh lembaga negara, sekelompok orang, atau siapa pun atas dasar agama atau keyakinan, dan bahwa diskriminasi antara manusia atas dasar agama atau keyakinan merupakan serangan terhadap martabat manusia dan pengingkaran atas prinsip-prinsip Piagam PBB. Diskriminasi harus dikutuk sebagai pelanggaran hak asasi manusia dan kemerdekaan asasi yang dinyatakan dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia dan diperinci dalam kedua Kovenan Internasional tentang Hak Asasi Manusia. Negara bertanggung jawab untuk mengambil langkah-langkah efektif untuk mencegah dan menghapus diskriminasi atas dasar agama atau kepercayaan di semua bidang kehidupan sipil, ekonomi, politik, sosial, dan budaya. Ini mencakup segala upaya untuk mengesahkan atau mencabut undang-undang ketika diperlukan atau melarang diskriminasi apa pun atas dasar agama atau kepercayaan lainnya.

---

49 Heiner Bielefeldt, Nazila Ghanea, dan Michael Werner. *Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary.* Oxford: Oxford University Press, 2016 (hal. 11).

50 http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm.

H. Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan dan Persoalan Gender

Persoalan gender merupakan salah satu topik paling kontroversial di bidang kebebasan beragama atau berkeyakinan. Topik ini biasanya dianggap termasuk dalam konteks CEDAW dan sering dianggap bertentangan dengan kebebasan beragama atau berkeyakinan, bahkan saling meniadakan. Segala kemajuan dalam kesetaraan gender sering dianggap sebagai pertanda kekalahan kebebasan beragama atau berkeyakinan. Begitu pun sebaliknya, kebebasan beragama atau berkeyakinan dianggap sebagai rintangan bagi kesetaraan gender. Mantan Pelapor Khusus PBB, Heiner Bielefeldt, menyebut hal ini sebagai kesalahpahaman, dan berargumen mengenai perlunya pendekatan holistik terhadap HAM yang sejalan dengan dokumen Konferensi Dunia tentang HAM pada 1993 di Vienna. Dokumen ini menyatakan bahwa seluruh HAM bersifat universal, tidak dapat dipecah-pecah, serta saling terkait dan bergantung.[51] Dia lebih lanjut mencatat bahwa penegakan pendekatan holistik ini memiliki konsekuensi langsung bagi praktik HAM, khususnya bagi banyak orang yang mengalami berbagai bentuk kerentanan di tengah persinggungan berbagai norma HAM.[52] Kedua norma tersebut harus saling memperkuat, didasarkan pada dua prinsip: (1) kebebasan beragama atau berkeyakinan harus terintegrasi ke dalam berbagai program antidiskriminasi terkait-gender dan (2) kebijakan yang mendorong kebebasan beragama atau berkeyakinan harus secara sistematis mengintegrasikan perspektif gender. Inti dari keduanya adalah prinsip nondiskriminasi.

Tantangan untuk memenuhi prinsip nondiskriminasi berdasarkan pendekatan holistik tersebut di atas merupakan kewajiban bagi Negara-Negara Pihak. Hal ini mencakup kewajiban untuk mengambil langkah-langkah yang sesuai guna mengubah pola-pola perilaku sosial dan budaya laki-laki dan perempuan yang didasarkan pada gagasan inferioritas atau

51 http://www.un-documents.net/ac157-23.htm.

52 Interim Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, 7 Agustus 2013, selanjutnya (UN Doc.) A/68/290, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/A.68.290.pdf.

superioritas yang satu atas yang lain.[53] "Untuk memenuhi kewajiban ini, Negara-Negara Pihak harus secara kritis menyasar praktik-praktik budaya yang memberikan peran, posisi, dan peluang yang tidak setara dalam kehidupan berkeluarga, pasar tenaga kerja, kehidupan publik dan politik, dan masyarakat secara umum."[54] Reservasi negara-negara Muslim terhadap CEDAW dengan merujuk pada Syariat merupakan salah satu contoh pola budaya yang berkelindan dengan norma dan praktik keagamaan. Di sini muncul komplikasi ketika negara-negara ini menegakkan undang-undang perkawinan yang umumnya mencerminkan pemahaman peran gender tradisional yang melanggengkan ketidaksetaraan antara laki-laki dan perempuan. Hal ini menggambarkan bagaimana negara-negara tersebut secara tidak langsung mengklaim otoritas yang mengikat dalam penafsiran sumber-sumber dan norma-norma keagamaan yang problematik dari sudut pandang kebebasan beragama atau berkeyakinan. Ia gagal melindungi kemerdekaan individu untuk memiliki keyakinan atau kepercayaan yang berbeda, termasuk menganut penafsiran egaliter atas sumber-sumber keagamaan.

Ketika berbagai penafsiran tersebut bertentangan, tantangan bagi negara adalah bagaimana melindungi hak semua orang atas kebebasan beragama atau berkeyakinan. Penafsiran yang "saling bersaing" sepatutnya dinilai dari segi apakah mereka tunduk pada pembatasan sah sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 18 (3) Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik. Satu parameter penentu untuk mengukur klaim kebebasan beragama atau berkeyakinan adalah apakah orang-orang atau kelompok tersebut menganjurkan praktik-praktik yang merugikan. Untuk melindungi HAM perempuan dan anak perempuan, negara berkewajiban untuk menegakkan pelarangan praktik-praktik yang merugikan, seperti sunat perempuan, kekerasan dalam rumah tangga, dan perkawinan anak. Hal ini memerlukan pembatasan atas penafsiran yang mendukung praktik-praktik semacam itu.

---

53 Lihat Pasal 5 (a) CEDAW.

54 A/68/290, 10. Contoh-contoh diberikan dengan merujuk pada rekomendasi Komite Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan: Kekerasan terhadap perempuan (No. 12: 1989 dan No. 19: 1992); Remunerasi yang sama untuk pekerjaan bernilai setara (No. 13: 1989); Sirkumsisi perempuan (No. 14: 1990); serta kesetaraan dalam pernikahan dan hubungan keluarga (No. 23: 1997).

I. Jalan ke Depan

Realisasi HAM Internasional merupakan proses berjalan yang mencakup laporan-laporan Pelapor Khusus PBB di bidangnya masing-masing.[55] Sebagian dari laporan-laporan tersebut juga berisi rekomendasi kepada para pemangku kepentingan, termasuk negara dan organisasi masyarakat sipil. Dalam laporan mengenai kebebasan beragama dan berkeyakinan serta kesetaraan laki-laki/perempuan pada 2014, Pelapor Khusus merekomendasikan agar negara meratifikasi semua instrumen utama HAM Internasional dan menganjurkan mencabut berbagai reservasi yang ada; harus mengidentifikasi dan menutup kesenjangan perlindungan HAM dalam undang-undang status pribadi; menyediakan kerangka terbuka yang memungkinkan pluralisme yang sudah ada dapat berkembang secara bebas tanpa diskriminasi, termasuk yang peka-gender dalam berbagai tradisi keagamaan. Negara-negara dan pemangku kepentingan lainnya perlu mengupayakan sinergi praktis antara kebebasan beragama atau berkeyakinan dan kesetaraan laki-laki/perempuan serta mendorong perkembangan positif dalam hal ini; mengembangkan strategi efektif untuk menghapus stereotip negatif berbasis gender serta agama atau keyakinan; merancang kebijakan untuk memberdayakan orang-orang yang mengalami diskriminasi gender; memastikan bahwa pembatasan perundangan terhadap kebebasan beragama atau berkeyakinan, yang dianggap perlu untuk menghapus praktik-praktik merugikan dan mendorong kesetaraan gender, sudah sesuai dengan kriteria di Pasal 18, Paragraf 3, Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik; memperkuat upaya edukatif untuk mendorong penghormatan pada keragaman, termasuk di bidang gender dan kebebasan beragama atau berkeyakinan. Bielefeldt juga merekomendasikan negara-negara untuk mengidentifikasi dan menutup kesenjangan perlindungan HAM dalam hukum status pribadi, termasuk hukum keluarga, yang berdampak

[55] PBB memiliki 39 Pelapor Khusus (Special Rapporteur). Seorang Pelapor Khusus ditunjuk oleh Dewan Hak Asasi Manusia PBB dan bekerja atas nama PBB dengan negara tertentu atau berdasarkan mandat tematis dari Dewan. Pelapor Khusus bertindak secara independen dari pemerintah dan berperan dalam memantau negara-negara dan kebijakan pemerintahnya. Dia mendapatkan dukungan personil dan logistik dari kantor Komisioner Tinggi Hak Asasi Manusia PBB, tetapi tidak menerima kompensasi keuangan apa pun atas kegiatan yang dilakukannya. Lihat http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Currentmandateholders.aspx.

negatif bagi perempuan dari kelompok agama atau kepercayaan minoritas. Tujuannya, menurutnya, adalah menciptakan sistem hukum keluarga yang sepenuhnya menghormati kesetaraan laki-laki/perempuan seraya berlaku adil terhadap realitas keragaman agama atau kepercayaan yang begitu luas, termasuk persuasi yang melampaui ranah agama-agama yang diakui secara tradisional. Rekomendasi-rekomendasi ini didasarkan pada gagasan bahwa setiap orang harus hidup dalam kesetaraan, martabat, dan kemerdekaan, yang mencerminkan visi keadilan sosial untuk zaman sekarang. Kebebasan beragama atau berkeyakinan antara laki-laki dan perempuan merupakan bagian dari visi ini. Argumen-argumen islami pun memungkinkan dan perlu dimasukkan dalam rangka mewujudkan visi ini.[]

BAB 4

Perjumpaan HAM dan Syariat di Indonesia

Syamsul Arifin & Nafik Muthohirin
Pusat Studi Agama dan Multikulturalisme (PUSAM)
Program Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Malang, Indonesia

A. Pendahuluan

Tulisan ini ingin menemukan titik perjumpaan diskursus hak asasi manusia (HAM) dan Syariat di Indonesia yang kerap dipertentangkan mengingat adanya perbedaan pada basis pengembangannya, baik sebagai suatu konsep, dan lebih jauh lagi, sebagai suatu instrumen, yang sebenarnya pada akhirnya sama-sama bermuara pada dimensi kemanusiaan. Basis pengembangan yang dimaksud adalah bahwa HAM bersumber dari rasionalitas manusia, sedangkan Syariat bersumber dari wahyu. Oleh sebab itu, tulisan ini secara lebih jauh ingin menjelajahi kompatibilitas di antara keduanya. Tentu saja, cara pandang yang ingin dibangun tidak dalam rangka saling menjatuhkan tetapi justru ingin menjunjung tinggi asas perlindungan, penghormatan, dan penghargaan terhadap nilai-nilai kemanusiaan itu sendiri sehingga pembahasan di dalamnya juga menghindari kecenderungan berpihak pada salah satunya. Oleh karena itu, artikel ini berupaya membuka ruang dialog yang lebih terbuka bagi praktik hukum Islam yang sering dituduh melanggar HAM, dan sebaliknya, konsep HAM Internasional yang sering dituding sebagai instrumen penjajahan gaya baru yang dicetuskan negara-negara Barat. Oleh kelompok Muslim tertentu, HAM dianggap sebagai produk pemikiran Barat sehingga tidak

cocok diterapkan pada bangsa-bangsa Timur—tak terkecuali bangsa Indonesia.[1] Akibatnya, tak jarang para pegiat HAM dicap sebagai pemikir liberal,[2] bahkan antek Barat, meskipun sesungguhnya ini masih sangat bisa diperdebatkan.

Stereotip yang demikian semakin mengemuka dewasa ini, terutama ketika muncul peristiwa-peristiwa seperti pernikahan beda agama, kekerasan terhadap pelaku LGBT (Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender), dan kelompok minoritas keagamaan (Syi'ah, Ahmadiyah, dan agama-agama lokal). Ironisnya, ketegangan-ketegangan yang ditimbulkan akibat stereotip ini sering diperparah dengan keluarnya fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI), seperti pada kasus pengusiran kelompok Syi'ah di Sampang, Madura pada 2012.

B. Dilema Negara Mayoritas Muslim

Berkaca dari beberapa peristiwa yang pernah terjadi, pelanggaran HAM yang berkenaan dengan kelompok keagamaan di negeri ini hampir selalu direspons secara berlebihan. Dalam beberapa kasus, tidak jarang hal ini berujung pada tindakan anarki. Pada Juni 2017, misalnya, Fiera Lovita, seorang dokter di RSUD Solok, Sumatra Barat, menjadi sasaran aksi persekusi oleh Front Pembela Islam (FPI) karena status Facebook-nya dianggap menghina pemimpin mereka, Rizieq Shihab, terkait kasus konten pornonya dengan seorang perempuan bernama Firza.[3]

Dengan melimpahnya rujukan yang mendiskusikan HAM dan Syariah, tampak bahwa diskursus ini menarik minat para peneliti, baik dari dalam maupun luar negeri, terlebih ketika isu yang berkembang acap kali membentuk dua kutub yang berseberangan. Dalam upaya melindungi kelompok minoritas agama, misalnya, para aktivis HAM mendesak supaya

---

1 Lihat dalam Muhammad Hafiz, "Dinamika Hukum dan Hak Asasi Manusia di Negara-Negara Muslim", *Jurnal al-Ahkam*, Vol. 23 No. 2 (Oktober, 2013), 201—224.

2 Untuk keterangan mengenai hal ini, salah satu contohnya dapat dibaca dalam artikel di laman berikut: https://www.nahimunkar.org/komnas-ham-kembali-dikuasai-kaum-liberal/

3 Untuk kasus ini bisa dibaca dalam, http://nasional.kompas.com/read/2017/06/01/15535791/kisah.fiera.lovita.korban.persekusi.yang.dituduh.menghina.tokoh.ormas, diakses 26 Februari 2018. Kasus ini juga bisa dibaca secara analitis melalui laporan riset Kathleen Azali, "Fake News and Increased Persecution in Indonesia", PERSPECTIVE. Number, 16 (Singapura, ISEAS-Yusof Ishak Institute: Agustus 2017).

pemerintah bertindak cepat dalam memberikan perlindungan hukum. Namun, sebagian umat Islam justru menghendaki yang sebaliknya. Bagi mereka, pemerintah harus bertindak tegas untuk tidak mengakui keberadaan mereka.

Tampaknya, pro dan kontra dalam menanggapi berbagai masalah yang bersentuhan dengan prinsip HAM dan hukum Islam akan terus dijumpai dalam iklim demokrasi yang semakin terbuka seperti sekarang. Kenyataan ini mengemuka, dari dulu hingga kini, karena kerap muncul pandangan yang menjelaskan bahwa HAM Internasional tidak kompatibel dengan prinsip-prinsip hukum Islam dengan argumen bahwa HAM dibuat oleh bangsa-bangsa Barat sehingga tidak ada kesesuaian dengan doktrin Islam.

Pasca-Reformasi dan setelah keran demokrasi dibuka lebar-lebar, keberadaan kelompok-kelompok Muslim yang masuk kategori ini semakin tumbuh subur. Mereka bersuara kencang melebihi para aktivis dan pembela HAM. Di tengah perkembangan yang sedemikian rupa, tidak mengherankan bila persinggungan HAM dan Syariat dalam merespons berbagai problem kekinian hampir selalu menemui kebuntuan.

Kemunculan kelompok-kelompok Muslim yang eksklusif tersebut sebetulnya bukan satu-satunya faktor yang menandai awal benturan HAM dan Syariat di Indonesia pasca-Orde Baru. Dalam melihat persentuhan keduanya, Arskal Salim dan Azyumardi Azra setidak-tidaknya menyebutkan empat perkembangan penting yang dipandang memiliki konsekuensi besar terhadap penegakan HAM, yaitu: *Pertama*, pergeseran ideologi Partai Persatuan Pembangunan (PPP) dan Partai Bulan Bintang (PBB) dari Pancasila menjadi Islam. *Kedua*, meningkatnya desakan untuk menerapkan peraturan daerah (perda) Syariat di beberapa daerah. *Ketiga*, munculnya sejumlah kelompok Islam garis keras (*hardliners*) seperti Front Pembela Islam, Majelis Mujahidin Indonesia (MMI), Laskar Jihad, dan Hizbut Tahrir Indonesia (HTI). *Keempat*, meningkatnya popularitas penerbitan Islam yang saat itu diwakili oleh *Sabili*, majalah mingguan yang dicetak sebanyak seratus ribu eksemplar setiap edisinya saat itu.[4]

[4] Penjelasan mengenai hal ini dapat dibaca lebih lengkap dalam, Syamsul Arifin, *Attitudes to Human Rights and Freedom of Religion or Belief in Indonesia: Voices of Islamic Religious Leaders in East Java*, (Yogyakarta, Kanisius: 2010), 11—13. Dikutip dari Arskal Salim dan Azyumardi Azra. "Introduction: The State and Shari'a in The Perspective of Indonesia Legal Politics." Dalam *Shari'ah and Politics in Modern Indonesia*, ed. Arskal Salim dan Azyumardi Azra. Singapura, Institute of Southeast Asian Studies, 2003.

Keempat faktor tersebut berkontribusi pada pengerasan pemahaman keagamaan umat Islam yang juga memperteguh keberadaan kelompok Muslim garis keras. Dampaknya, berbagai aksi kekerasan yang dimotori kelompok garis keras kerap terjadi. Salah satu contohnya adalah Tragedi Monas (2008) ketika FPI menyerang anggota Aliansi Kebangsaan untuk Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan (AKBB) saat menggelar aksi memperingati Hari Pancasila di kawasan Monas, Jakarta. AKBB diserang karena memperjuangkan pluralisme, termasuk membela Jemaat Ahmadiyah.

Sementara di pihak lain, respons pemerintah dalam mengupayakan penegakan dan perlindungan hukum bagi korban pelanggaran HAM, seperti yang tersebut di atas, terkesan lambat dan tidak tegas. Hal ini tampak dari hukuman bagi pelaku kekerasan dan perusakan rumah ibadah di Cikeusik yang hanya mendapatkan 3 bulan kurungan penjara.[5] Tidak mengherankan bila sejak Orde Baru tumbang (1998), hingga sekarang, ancaman dan pelanggaran terhadap HAM terus berlangsung dengan mengatasnamakan agama.

Pemerintah tidak bisa bersikap tegas dengan menjalankan secara penuh konsep HAM Universal yang disetujui oleh banyak negara itu karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam, yang sudut pandang berpikirnya masih banyak yang menolak segala hal yang merupakan produk pemikiran Barat. Selain itu, dalam kasus pembelaan kelompok minoritas, negara juga sering tidak hadir karena harus berseberangan dengan kelompok Muslim yang bersudut pandang kaku dalam memahami HAM. Sekali lagi, karena kelompok garis keras ini beranggapan bahwa konsep HAM Internasional bertentangan dengan Syariat, HAM dipandang sebagai alat hegemoni pemikiran yang akan merusak sistem kebudayaan umat Islam.

Bukan hal yang mustahil bila tren jumlah kasus intoleransi dan pelanggaran HAM bakal terus meningkat pada masa mendatang. Pada 2016, laporan Tindak Intoleransi Beragama dan Berkeyakinan dari

[5] Ketidaktegasan pemerintah terhadap pelanggaran HAM tecermin pada beberapa kasus lainnya, seperti kebijakan hukuman mati, pernikahan sejenis (Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender/LGBT), menikah beda agama, dan penghilangan nyawa terhadap sejumlah aktivis. Dalam beberapa isu sensitif ini, pemerintah tidak berani ambil sikap pro terhadap HAM. Meski mendapat kecaman dari banyak aktivis dan pembela HAM, tetapi negara tetap *cuek bebek* atas persoalan-persoalan ini.

Setara Institute mencatat 208 insiden pelanggaran kebebasan beragama dan berkeyakinan, yang mencakup 270 tindakan.[6] Penggunaan cara-cara intoleran dalam menyikapi perbedaan keagamaan menegaskan hubungan yang tidak harmonis antara Islam dan HAM. Apalagi, pelaku kekerasan tersebut berasal dari sebagian kalangan yang mengatasnamakan pembela agama Islam. Hal ini jelas mengubah citra Islam yang sebenarnya penuh dengan kedamaian, keramahtamahan, dan toleransi menjadi agama yang sarat dengan propaganda kebencian, permusuhan, dan tindakan anarki.

Dalam berbagai kajian HAM, tindakan yang dimotori oleh negara ataupun masyarakat yang bertujuan mengancam atau menyerang kelompok yang berlainan agama dan kepercayaan itu tentu termasuk tindakan persekusi,[7] dan jelas bertolak belakang dengan prinsip-prinsip HAM. Padahal sesungguhnya Islam justru mengajarkan hal sebaliknya dari praktik-praktik tersebut, yaitu memuliakan dan menjunjung nilai-nilai kemanusiaan. Misalnya, terdapat teks-teks yang memerintahkan kepada umat Muslim untuk berlaku adil (QS 5: 8—10), peduli terhadap sesama (QS 107: 1—7), tidak saling bermusuhan (QS 49: 12), serta merajut kebersamaan (QS 49: 10).[8]

Ayat-ayat Al-Quran, yang sangat prinsipil itu, menyimpan banyak ajaran pemuliaan dan pemerdekaan terhadap manusia.[9] Bahkan, dalam konteks kenabian Muhammad Saw., tujuan utamanya pun adalah memuliakan dan memerdekakan hak dasar manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan. Imam Al-Syatibi, dalam memandang prinsip dasar

---

6 Baca lebih lengkap dalam laporan riset Setara Insitute, Tindak Intoleransi Beragama dan Berkeyakinan (Jakarta, Setara Institute: Januari 2017). Bisa diakses juga di http://setara-institute.org/kondisi-kebebasan-beragamaberkeyakinan-dan-minoritas-keagamaan-di-indonesia-2016/, diakses pada 26 Februari 2018.

7 Lihat dalam S.M. Eltayeb, "A Human Rights Framework for Defining and Understanding Intra-Religious Persecution in Muslim Countries," dalam *The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the Millenium*, 83—91 (Nazila Ghanea ed., 2003).

8 Gambaran cukup lengkap tentang doktrin-doktrin Islam yang mengajarkan strategi perdamaian bisa dibaca dalam Mohammed Abu-Nimer, *Nonviolance and Peace Building in Islam: Theory and Practice* (Florida, University Press of Florida: 2003). Sekadar informasi bahwa Abu-Nimer adalah penasihat senior di sebuah lembaga internasional yang berkomitmen mempromosikan perdamaian, dialog agama-agama, dan memberikan pendidikan dan pemahaman kepada para pemimpin muda di berbagai negara tentang agama dan perdamaian, KAICIID (King Abdullah bin Abdulaziz International Centre for Interreligious and Intercultural Dialogue).

9 Untuk hal ini, baca dalam Kuntowijoyo, *Paradigma Islam: Intrepretasi untuk Aksi* (Bandung, Mizan: 1991).

kemanusiaan, menyebut hal tersebut sebagai kemaslahatan primer (*al-dharuriyat*).[10] Kemaslahatan primer itu meliputi keharusan melindungi agama (*hifzh al-din*), melindungi jiwa (*hifzh al-nafs*), melindungi akal (*hifzh al-'aql*), melindungi harta (*hifzh al-mal*), dan melindungi keturunan (*hifzh al-nasl*). Oleh karena itu, konsep dasar Islam sesungguhnya bukan hanya ajaran tentang ketauhidan (transenden), melainkan juga anjuran agar setiap manusia menghargai keberagaman, menghormati jiwa, memuliakan kebebasan berpikir, serta menjamin hak hidup yang layak bagi seluruh manusia. Doktrin "kemaslahatan primer" ini pada prinsipnya menempatkan Islam lebih dari sekadar sebuah agama, tetapi sebuah peradaban yang sempurna.

Sementara itu, HAM Internasional (modern), dalam sejarahnya, diinisiasi oleh negara-negara pemenang Perang Dunia II (1939—1945) yang merasa bertanggung jawab untuk mengembalikan tata kehidupan manusia secara global pasca-era kehancuran. Pasca-perang, manusia dihantui perasaan takut, ancaman berulangnya perang, kelaparan, kemiskinan, pembunuhan, serta berbagai bentuk tindakan dehumanisasi lainnya. Hal ini mendorong sejumlah negara seperti Inggris, Amerika Serikat, dan Prancis (Blok Sekutu), serta Uni Soviet dan Tiongkok (Blok Poros) untuk mengembalikan perdamaian dunia. Konsensus baru mengenai HAM itu disepakati melalui Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) pada 1948.[11] Dari perkembangan hukum dan kelembagaan inilah kemudian terbangun landasan konseptual dan kelembagaan bagi hak asasi manusia internasional kontemporer.[12]

Dalam meratifikasi HAM, sebenarnya Indonesia dapat dikatakan lebih maju dibanding negara-negara lain di Asia Tenggara (kecuali Filipina).

---

10 Lihat dalam Abu Ishaq Al-Syatibi, *Al-Muwafaqaat fi Ushul Al-Syari'ah*, Jilid II (Beirut, Dar Al-Kutub Al- 'Ilmiyyah: tanpa tahun), 3—23.

11 Beberapa hal yang tertera dalam DUHAM, yaitu: Setiap manusia memiliki (1) hak untuk hidup bebas dan mendapatkan perlindungan; (2) Hak untuk diakui kepribadiannya menurut hukum; (3) Hak untuk mendapatkan jaminan hukum dalam perkara pidana; (4) Hak untuk masuk dan keluar wilayah suatu negara; (5) Hak mendapat hak milik atas benda; (6) Hak untuk bebas mengutarakan pikiran dan perasaan; (7) Hak untuk bebas memeluk agama; (8) Hak untuk bebas mendapatkan pekerjaan; (9) dan Hak untuk berdagang.

12 Lihat dalam Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, dan Eko Riyadi (ed.) dalam, *Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta, PUSHAM UII: 2008), 34. Mengenai sejarah HAM dalam perspektif kritis, lihat juga Sumner B. Twiss, "History, Human Rights and Globalization", *The Journal of Religious Ethics*. Vol. 32. No.1 (Musim semi, 2004), 39—70.

Sejauh ini, negara berpenduduk mayoritas Muslim ini telah meratifikasi delapan konvensi internasional.[13] Namun, sejak 2005, upaya ratifikasi terhadap berbagai instrumen HAM Internasional lainnya tidak berjalan lagi meski telah didesak oleh para aktivis HAM. Pada sisi lain, meskipun cukup maju dalam ratifikasi, pada praktiknya pemerintah acap kali tidak serius dalam mengimplementasikannya.[14]

Padahal, sebagai negara anggota tetap PBB, harusnya Indonesia dapat menjalankannya secara maksimal. Terdapat indikasi bahwa salah satu faktor penyebab keadaan ini adalah ketidakberanian pemerintah untuk mengambil kebijakan yang tidak populis dengan mempraktikkan prinsip-prinsip HAM secara utuh. Pemerintah tampaknya lebih mempertimbangkan sisi kepentingan politik alih-alih benar-benar memperjuangkan suara kemanusiaan. Problem ini dapat disaksikan secara kasatmata misalnya, ketika sebanyak 81 kepala keluarga yang terdiri atas 335 jiwa pemeluk Syi'ah Sampang (Madura) yang terusir sejak bertahun-tahun lalu dari kampung halamannya, kini masih bertempat tinggal di rumah susun Jemundo, Sidoarjo.[15] Kondisi kehidupan mereka kian memprihatinkan: tidak bekerja, hidup mengandalkan santunan, serta anak-anak mereka tidak bersekolah.

Sebagai sebuah negara besar, yang mayoritas penduduknya beragama Islam, Indonesia sepatutnya menjadi teladan bagi sejumlah negara Islam lainnya dalam mempraktikkan "hubungan baik" antara HAM dan Syariat. Apalagi melihat situasi di sejumlah negara di Timur Tengah sekarang yang diliputi kekacauan sehingga sulit mengharapkan negara-negara seperti Tunisia, Irak, dan Libia untuk dapat menerapkan HAM secara lebih baik, khususnya dalam menghormati dan melindungi hak-hak perempuan,

---

13 Dari 50 instrumen internasional yang dikeluarkan PBB, hanya 8 instrumen yang diratifikasi Indonesia, yaitu: 1) Konvensi Hak Politik Perempuan (UU No. 68 Tahun 1958); 2) Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (UU No. 7 Tahun 1984); 3) Konvensi Menentang Apartheid dalam Bidang Olahraga (1958); 4) Konvensi mengenai Hak Anak (Keppres No. 36 Tahun 1990); 5) Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lainnya yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia (UU No. 5 Tahun 1998); 6) Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (UU No. 29 Tahun 1999); 7) Sejumlah Konvensi ILO (mengenai perburuhan); 8) Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (UU No. 12 Tahun 2005).

14 Mengenai praktik ratifikasi HAM oleh Indonesia, baca dalam Debora Aprilany Grace Rompis, "Praktik Ratifikasi terhadap Perjanjian Internasional Hak Asasi Manusia di Indonesia", *Jurnal ex Crimen*. Vol. VI/No. 4 (Juni/2017), 135—144.

15 Lihat dalam https://www.rappler.com/indonesia/berita/nasional/164470-mengungsi-warga-syiah-sidoarjo-memprihatinkan, diakses pada 26 Februari 2018.

aktivis, dan anak-anak. Pada tataran ini, umat Islam perlu berpikir secara terbuka dengan memahami doktrin keagamaannya secara progresif untuk menyingkap kompatibilitas antara hukum Islam dan HAM, termasuk salah satu manifestasinya, yakni sama-sama memperjuangkan nilai kemanusiaan.

C. Persinggungan HAM dan Syariat

Perdebatan klasik antara HAM dan hukum Islam seolah-olah tidak ada habisnya.[16] Masing-masing memiliki argumentasi yang sama kuat hingga memunculkan dua kubu arus utama, yaitu yang menolak (antagonis) dan yang menerima HAM Universal (akomodatif/negosiatif).[17] Kelompok antagonis dipenuhi dengan kecurigaan terhadap negara-negara pengusul (khususnya Barat) karena hak asasi manusia dianggap bakal menjadi pintu masuk yang akan merusak kebudayaan bangsa-bangsa Timur. Sementara itu, kubu akomodatif cenderung menerima hak asasi manusia karena mengusung perjuangan kemanusiaan dan sesuai dengan semangat zaman.[18]

Beberapa cendekiawan Muslim memilih kubu moderat, seperti Abdullahi Ahmed An-Na'im, Mashood A. Baderin, dan Abed Al-Jabiri. Ketiganya berusaha menjembatani antara hak asasi manusia dan hukum Islam agar saling melengkapi, berkesesuaian, dan kompatibel. Baderin, misalnya, memandang bahwa sejak abad ke-19, berbagai tantangan dan problem kekinian membuat metode-metode hukum Islam memerlukan peremajaan. Tantangan modernitas yang disebabkan oleh hubungan Islam dan Barat tersebut berdampak pada interaksi antarmanusia di berbagai sektor sehingga hukum Islam perlu mendedahkan dirinya dengan

16 Pertentangan Hukum Islam dengan HAM dapat dilacak sejak PBB mengumumkan Universal Declaration of Human Right (UDHR) pada 1948. Secara reaktif, negara-negara mayoritas berpenduduk Muslim, khususnya Timur Tengah, menolaknya karena dianggap sebagai kolonialisme dalam bentuk baru pasca berakhirnya Perang Dunia II.

17 Baca dalam Muhammad Hafiz, "Dinamika Hukum Islam dan Hak Asasi Manusia di Negara-Negara Muslim". *Al-Ahkam*. Vol. 23 No. 2 Oktober 2013, 202—203. Juga bisa dibaca dalam, Bassam Tibi. "Islamic Law/Shari'a, Human Rights, Universal Morality and International Relations, *16 Human Rights Quarterly*. Vol. 16, No. 2 (1994), 277—285. Sebagai informasi tambahan, untuk melihat perdebatan Syariat dan HAM dalam perspektif sufi, bisa dibaca dalam, Fait A. Muedini. "Examining Islam and Human Rights from the Perspective of Sufism". *Muslim World Journal of Human Rights*. Vol. 7, Edisi 1. Artikel 1, (2010), 1—23.

18 Perdebatan mengenai dua kubu arus utama dalam memandang HAM tersebut dapat dibaca dalam, Muhammad Hafiz, "Dinamika Hukum dan Hak Asasi Manusia di Negara-Negara Muslim", *Jurnal Al-Ahkam*, Vol. 23 No. 2 (Oktober, 2013), hal. 201—224.

perspektif-perspektif kontemporer, termasuk menggunakan cara pandang hak asasi manusia.[19]

Kemudian, An-Na'im dalam pemikirannya menjelaskan bahwa HAM pada dasarnya merupakan gagasan universal dan DUHAM merupakan instrumen penting untuk melindungi kemuliaan manusia dan untuk meningkatkan kesejahteraan setiap orang. An-Na'im memberikan satu contoh kesejalanan hukum Islam dengan konsep hak asasi manusia modern, yaitu dalam penghapusan perbudakan, yang jelas didasarkan pada asas persamaan dan kesetaraan antarmanusia sebagaimana juga termuat dalam dokumen-dokumen HAM Universal.[20] Hal serupa juga dapat ditemukan dalam penerimaan hukum Islam yang mengacu pada ayat-ayat makiyah, yang lebih bersifat egaliter, tanpa membedakan jenis kelamin, keyakinan agama, ras, dan lainnya.[21] Pada pokok pemikirannya dalam mendudukkan HAM dan Syariat, pemikir kelahiran Sudan ini memandang perlunya pembaruan hukum Islam dalam rangka menjawab tantangan modernitas.

Terkait hal ini, pandangan Al-Jabiri mengenai hubungan antara hukum Islam dan HAM patut dipertimbangkan. Menurut Al-Jabiri, ada tiga kunci untuk memahami rasionalitas hukum-hukum Syariat Islam, yaitu universalisme Syariat, hukum-hukum dan tujuan-tujuan partikular, serta latar belakang.[22] Untuk memahami berbagai masalah sosial yang meliputi sekat etnis, negara, agama, dan geografi, Al-Jabiri berargumen mengenai perlunya nilai universal. Dalam hal ini, perspektif HAM dapat didekati dengan hukum-hukum yang bersumber dari ajaran Islam karena hak asasi manusia yang didasarkan pada problem kemanusiaan dipandang sesuai dengan nilai-nilai hukum Islam.[23]

---

19 Karya Mashood A. Baderin ini merupakan buku yang menjadi rujukan modern pertama dalam kajian Hukum Islam dan HAM Universal. Buku ini memberikan cara pandang yang jelas terhadap berbagai permasalahan inti, yang sering kali menjadi perdebatan antara hukum Islam dan HAM. Selanjutnya, baca lebih lengkapnya dalam karya Mashood A. Baderin, *Hukum Internasional Hak Asasi Manusia dan Hukum Islam*. Cet. ke-2, (Jakarta: Komnas HAM RI, 2010), 38—39.

20 Abdullah Ahmed An-Na'im, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Syariah* (Massachusetts: Harvard University Press, 2008), 99.

21 Lihat selengkapnya dalam Abdullahi Ahmed An-Na'im. *Dekonstruksi Syari'ah: Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia dan Hubungan Internasional dalam Islam*, alih bahasa Ahmad Suaedy dan Amirudin Ar-Rany (Yogyakarta: LKis, 2001), xix—xxiii.

22 Baca dalam Muhammad Abid Al-Jabiri. *Syura Tradisi Partikularitas Universalitas*. Terj. Mujiburrahman (Yogyakarta: LKiS, 2003), 125—126.

23 Muhammad Abid Al-Jabiri. *Syura Tradisi Partikularitas Universalitas.* Terj. Mujiburrahman (Yogyakarta: LKiS, 2003), hal. 126.

Berbagai argumentasi yang dikemukakan oleh para cendekiawan Muslim tersebut diharapkan dapat mengakhiri perdebatan berkepanjangan, yang pada akhirnya akan menjadi bangunan perspektif baru yang bisa dipraktikkan oleh seluruh negara, khususnya yang mayoritas berpenduduk Muslim.

Pada prinsipnya, sebagaimana diungkapkan oleh Al-Jabiri, An-Na'im, dan Baderin, nilai-nilai hak asasi manusia sesungguhnya sangat relevan dengan hukum Islam. Kenyataan tersebut dapat dilihat dari lima pokok yang terangkum dalam *al-dharuriyat al-khamsah* atau hak-hak asasi manusia dalam Islam (*al-huquq al-insaniyah fi al-Islam*), yaitu: penghormatan atas kebebasan beragama (*hifzh al-din*); penghormatan atas harta benda (*hifzh al-maal*); penghormatan atas jiwa, hak hidup, dan kehormatan individu (*hifdzu al-nafs wa al-ir'd*); penghormatan atas kebebasan berpikir (*hifzh al-aql*); dan keharusan untuk menjaga keturunan (*hifzh al-nasb*). Kelima pokok *maqashid al-syari'ah* tersebut dapat dijadikan sebagai tatanan konseptual ketika HAM Universal dan hukum Islam beririsan dalam hal kemanusiaan. Keduanya sama-sama memberikan penghormatan terhadap kebebasan individu, baik antara sesama individu, individu dan masyarakat, masyarakat dan masyarakat, maupun masyarakat dan negara.

Al-Quran dan Hadis sebagai sumber autentik hukum Islam juga memberikan penghormatan atas nilai-nilai kemanusiaan.[24] Sebelum HAM Universal menjadi kesepakatan bersama di antara sejumlah negara pemenang Perang Dunia II, Al-Quran telah memosisikan asas keadilan, penghapusan diskriminasi, dan pembelaan terhadap kaum yang lemah (*mustadh'afin*) di atas visi perlindungan yang lain. Nilai-nilai tersebut sama idealnya dengan yang diperjuangkan di dalam HAM Universal.

Meski jelas bahwa HAM dan Syariat mempunyai persinggungan yang sama, masih saja ada sebagian pihak yang tetap memandang keduanya berseberangan. Jarak di antara keduanya ini terus melebar dan

[24] Penjelasan lebih lengkap mengenai bagaimana Al-Quran memberikan penghormatan yang tinggi terhadap hak asasi manusia dapat dicermati dari berbagai ayat yang membahas tentang keadilan, kebenaran, dan kesetaraan. Di dalam Al-Quran terdapat sekitar delapan puluh ayat yang menekankan pentingnya pemeliharaan hidup manusia dan nasihat kehidupan. Salah satu ayat yang membahas hal ini bisa ditelusuri pada Surah Al-Ma'idah: 32; ada sekitar 50 ayat yang berbicara tentang ciptaan dan makhluk-makhluk serta persamaan dalam penciptaan, misalnya pada Surah Al-Hujurat: 13; kemudian terdapat sekitar 320 ayat yang mengetengahkan sikap menentang kezaliman dan orang-orang yang berbuat zalim; lalu ada 50 ayat yang memerintahkan berbuat adil, dengan kata *'adl*, *qisth*, dan *qishash*.

mengakibatkan perdebatan yang tidak ada habisnya. Salah satu faktor yang mengakibatkan hal ini adalah minimnya usaha untuk mendiseminasikan pemahaman mengenai kompatibilitas hak asasi manusia dan hukum Islam. Dialog yang berupaya menegosiasikan "dua kutub" ini juga hampir tidak pernah terjadi. Maka, tidak mengherankan bila isu-isu kontemporer yang mengemuka dan bersinggungan dengan hak asasi manusia sering menjadi topik perdebatan yang panas, bahkan berujung pada ujaran kebencian oleh sebagian pihak.

Hingga saat ini, yang secara konsisten banyak bekerja memberikan pemahaman hak asasi manusia hanya lembaga swadaya masyarakat. Sementara itu, perguruan tinggi yang mestinya diharapkan bisa mengakomodasi ruang diskursus yang lebih besar mengenai hal tersebut, belum bekerja secara optimal. Tentu saja, persoalan ini patut disesalkan mengingat mayoritas penduduk negeri ini beragama Islam, dan Indonesia juga menjadi salah satu negara yang mengadopsi DUHAM pasca-Perang Dunia II dan menyertakannya ke dalam UUD 1945.[25]

Akibat minimnya pemahaman tersebut, implementasi Pasal 28 UUD 1945 sering tidak sesuai dengan harapan. Faktanya, jaminan dan penghormatan terhadap kebebasan beragama seperti yang diundangkan dalam Pasal 28 tersebut masih di persimpangan jalan.[26] Beberapa kali aksi persekusi terhadap umat beragama yang berbeda keyakinan dari arus utama Islam Suni atau penghancuran rumah ibadah terjadi di sejumlah daerah di Indonesia, dan tampaknya problem sosial-keagamaan ini akan terus menjadi bola panas yang sewaktu-waktu dapat membakar rajutan kehidupan beragama. Risiko semacam ini akan semakin tinggi jika diseminasi pemahaman HAM dan hukum Islam tidak mendapatkan ruang dialog yang lebih intensif, baik yang melibatkan LSM, perguruan tinggi, maupun organisasi sosial keagamaan.

---

25 Lahirnya DUHAM pada 10 Desember 1948 di Paris merupakan respons dari mayoritas warga dunia bahwa semua manusia dilahirkan dengan kebebasan dan memiliki kesamaan derajat di depan hukum. Sebelum DUHAM lahir, para pendiri negeri ini sudah jauh lebih dahulu memikirkan pentingnya perlindungan terhadap HAM. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 28 UUD 1945. Kendati pada awalnya soal HAM tersebut hanya dicantumkan secara umum, pasca-era Reformasi 1998, Pasal 28 itu kemudian diamendemen beberapa kali sehingga jangkauan HAM pada UUD 1945 saat ini akhirnya benar-benar merefleksikan DUHAM 1948.

26 Untuk penjelasan yang lebih lengkap mengenai diskursus HAM dan Kebebasan Beragama di Indonesia, lihat Syamsul Arifin, "Indonesian Discourse on Human Rights and Religious Freedom", dalam *Brigham Young University Law Review* (2012), 775—810.

D. Perjumpaan dan Persinggungan

Di awal telah dijelaskan bahwa umat Islam di Indonesia belum bisa menerima prinsip-prinsip HAM secara penuh. Setiap kali terjadi pelanggaran hak asasi manusia yang dilakukan atas nama membela kebenaran Islam mayoritas, upaya untuk membela korban ditanggapi dengan penolakan, celaan, atau kekerasan yang bernada membenci. Oleh karena itu, subbab ini akan membahas beberapa diskursus HAM dan hukum Islam yang kerap melahirkan pertentangan, apa saja diskursusnya, dan bagaimana menemukan titik perjumpaan di antara keduanya. Beberapa diskursus tersebut di antaranya, yaitu: (1) kebebasan beragama dan berkeyakinan; (2) pernikahan beda agama; dan (3) hak-hak LGBT (Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender).

Pertama, Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan (KBB). Shahram Akbarzadeh dan Benjamin MacQueen dalam tulisannya bertajuk "Framing the Debate on Islam and Human Rights" memberikan catatan bahwa perdebatan antara HAM dan hukum Islam hingga saat ini masih sering memperkarakan KBB.[27] Bagi banyak umat Islam di Indonesia, pasal kebebasan beragama yang termuat dalam HAM Universal tidak relevan dengan ajaran Syariat. Penolakan terhadap pasal-pasal yang memberikan jaminan perlindungan terhadap KBB sangat parah. Bahkan, berbagai aksi pelanggaran KBB terus terjadi setiap tahun, seperti terlihat dalam laporan tahunan yang dikeluarkan Komnas HAM pada 2016. Dalam laporan itu disebutkan, data pengaduan kasus KBB pada 2016 (Januari—Desember) berjumlah 97 pengaduan.[28]

---

27 Pembahasan banyak menyinggung soal status perempuan karena ayat-ayat Al-Quran banyak menyoroti sejumlah masalah perempuan, khususnya mengenai kedudukan mereka di hadapan hukum, keluarga, dan pembagian hak waris. Lihat selengkapnya dalam Shahram Akbarzadeh dan Benjamin MacQueen. "Framing the Debate on Islam and Human Rights", dalam Shahram Akbarzadeh dan Benjamin MacQueen (ed.). *Islam and Human Rights in Practice: Perspective across the Ummah*. (London: Routledge, 2008), 1—11.

28 Dari jumlah tersebut, permasalahan pembatasan/pelarangan dan perusakan rumah ibadah menjadi kasus yang paling banyak diadukan (44 pengaduan), diikuti permasalahan pembatasan dan pelarangan ibadah atau kegiatan keagamaan (19 pengaduan), lalu ancaman dan intimidasi terhadap kelompok keagamaan (12 pengaduan). Sementara itu, 22 pengaduan sisanya tidak disebutkan dalam laporan. Lihat secara lengkap dalam Ringkasan Eksekutif: Laporan Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan Komnas HAM 2016, 1—4.

Pelanggaran hak KBB terus terjadi karena melibatkan peran dua aktor, yakni negara dan masyarakat. Tampak dari setiap peristiwa kekerasan terkait KBB, negara sering tidak hadir untuk menindak tegas para pelaku perusakan rumah ibadah dan penyerangan kelompok minoritas keagamaan/kepercayaan, birokrasi yang mempersulit pendirian gereja atau masjid, serta pihak-pihak yang memaksakan keyakinan seseorang. Pengabaian seperti inilah yang secara tidak langsung "memotivasi" kelompok tertentu untuk bersikap sewenang-wenang terhadap kelompok agama yang tidak sepaham dengannya.

Bagaimanapun alasannya, tindakan pembiaran yang dilakukan negara tidak dapat dibenarkan. Hal tersebut sama saja seperti negara tidak memberikan jaminan perlindungan terhadap KBB. Sekalipun dilakukan penindakan, hukuman terhadap pelaku penyerangan tidak setimpal dengan perbuatannya. Persoalan ini nyata terjadi di negeri ini, dan tidak dapat dipastikan kapan pemerintah dapat menyudahi—atau setidak-tidaknya mengurangi—berbagai pembiaran terhadap pelanggaran KBB. Pada 2016, dari 270 tindakan pelanggaran kebebasan beragama/berkeyakinan, 140 di antaranya melibatkan para penyelenggara negara sebagai aktor.[29] Pelanggaran yang disebut terakhir ini sangat ironis karena negara secara nyata mempertontonkan arogansinya dengan bertindak membuat kebijakan yang membelenggu kelompok minoritas keagamaan. Salah satu contohnya adalah penerbitan Surat Keputusan Nomor 450/Kpts.115.Huk/2011 mengenai pembekuan aktivitas Jemaat Ahmadiyah Indonesia (JAI) Kota Banjar oleh Wali Kota Banjar, lalu penerbitan Peraturan Gubernur Jawa Barat Tahun 2011 mengenai pelarangan kegiatan JAI di Jawa Barat menyusul diterbitkannya Surat Keputusan Bersama Menteri Agama, Jaksa Agung, dan Menteri Dalam Negeri Nomor 3 Tahun 2008, Nomor Kep-033/A/JA/6/2008 dan Nomor 199 Tahun 2008 tentang Peringatan dan Perintah kepada Penganut, Anggota, Pengurus JAI, dan warga masyarakat.

[29] Dari 140 tindakan yang melibatkan negara, 123 di antaranya dalam bentuk tindakan aktif (*by commission*), sementara 17 tindakan merupakan tindakan pembiaran (*by omission*). Yang termasuk dalam tindakan aktif negara adalah pernyataan-pernyataan pejabat publik yang provokatif dan mengundang terjadinya kekerasan (*condoning*). Laporan selengkapnya bisa dibaca dalam http://setara-institute.org/kondisi-kebebasan-beragamaberkeyakinan-dan-minoritas-keagamaan-di-indonesia-2016/, diakses pada 26 Februari 2018.

Pelanggaran hak KBB oleh negara sebenarnya telah dimulai sejak lama. Diterbitkannya UU No.1/PNPS.1965 pada era pemerintahan Soeharto menjadi awal dimulainya perlakuan diskriminatif terhadap kelompok penganut agama/kepercayaan lokal. Butir penting dalam UU tersebut yang hingga saat ini dipersoalkan para pemeluk agama/kepercayaan lokal dan kalangan pembela HAM adalah penyebutan enam agama yang dipeluk masyarakat Indonesia (Islam, Katolik, Protestan, Buddha, Hindu, dan Konghucu). Jadi, regulasi yang awalnya bertujuan untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan dan penodaan agama, justru menjadi alat legitimasi untuk melakukan tindakan diskriminasi dan kekerasan terhadap agama dan kepercayaan lokal, bahkan aliran-aliran agama. Selain itu, UU tersebut juga melahirkan istilah-istilah yang peyoratif bahwa enam agama yang tercantum dalam UU No.1/PNPS.1965 sebagai agama yang diakui secara sah oleh pemerintah, sedangkan ratusan agama lokal bukanlah agama resmi.[30]

Pelanggaran terhadap KBB oleh negara, secara tidak langsung, memberikan kesempatan/pembenaran bagi masyarakat untuk melakukan hal yang sama. Dengan kata lain, masyarakat juga menjadi aktor yang melakukan pelanggaran KBB setelah adanya peluang dari negara. Meskipun begitu, pelanggaran yang dilakukan oleh masyarakat tidak melulu disebabkan oleh faktor ini, tetapi juga akibat cara pandang yang tertutup dalam memahami doktrin keagamaan. Keberagamaan yang eksklusif tersebut menjadikan orang fanatik terhadap agama dan kelompoknya sehingga menganggap apa yang diyakininya sebagai yang paling benar dan menilai agama dan keyakinan lain salah.[31] Menurut Runzo, mestinya agama bisa dijadikan sebagai sumber energi bagi penegakan HAM karena substansinya yang memperjuangkan nilai-nilai kemanusiaan universal, sekalipun dalam kesepakatan pembentukan HAM, agama tidak dilibatkan secara formal.

30 Selengkapnya mengenai hal ini lihat M. Syafi'ie, "Ambiguitas Hak Kebebasan Beragama di Indonesia dan Posisinya Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 5 No. 8 (Oktober, 2011), 675—705. Untuk uraian lebih menyeluruh tentang kajian pembatasan hak kebebasan beragama di Indonesia, baca Muwaffiq Jufri dalam, "Pembatasan Terhadap Hak dan Kebebasan Beragama di Indonesia", *Jurnal Ilmiah Pendidikan Pancasila dan Kewarganegaraan*, Tahun Pertama, No. 1 (Juni, 2016), 40—47.

31 Baca dalam Joseph Runzo, Nancy M. Martin, dan Arvind Sharma, "Introduction," *Human Rights and Responsibilities in the Modern Religions*, Joseph Runzo, Nancy M. (eds.), Oxford: Oneworld Publications, 2003.

Dasar hukum yang menjamin KBB sudah diatur dalam konstitusi Indonesia melalui Pasal 28E ayat (1) UUD 1945. Terlebih lagi, hak KBB merupakan HAM yang berlaku secara universal serta dikodifikasi dalam instrumen hukum HAM Internasional. Kemudian, di tingkat normatif, KBB merupakan salah satu hak dasar yang tercantum dalam Pasal 18 DUHAM serta Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi oleh Indonesia. Sementara itu, dalam sejarahnya, sejak abad ke-7 Islam telah berbicara tentang kebebasan, termasuk kebebasan beragama atau berkeyakinan.[32] Al-Quran juga mengakui kebebasan beragama (lihat QS 2: 256, 42: 48, 88: 21, 10: 99, 18: 29, 50: 45, dan 109: 6). Ayat-ayat tersebut, menurut Mohammad Hashim Kamali, merupakan bukti bahwa Islam merupakan agama yang memberi penguatan (*affirmative*) terhadap kebebasan beragama dan pluralisme.[33]

Dalam beberapa ayat di atas, Al-Quran secara jelas menyatakan bahwa Islam memberikan kewenangan kepada seluruh manusia untuk menentukan jalan hidupnya dalam beragama. Prinsip kesukarelaan dalam beragama ini tersirat tegas dalam Al-Quran. Bahkan, dalam ayat QS 10: 99 dinyatakan bahwa umat Islam diperintahkan untuk memberikan penghormatan dan penghargaan kepada pemeluk agama yang berbeda. Namun, kita tidak memungkiri fakta bahwa ada ayat-ayat lain yang ditafsirkan oleh kelompok tertentu sebagai legitimasi bagi segala tindakan mereka untuk membenci, mengancam, dan bahkan melakukan pengusiran terhadap kelompok yang berbeda keyakinan.

Pertimbangan teologis seperti ini, baik eksklusif maupun inklusif, tidak bisa diabaikan pengaruhnya dalam diskursus dan praksis kebebasan beragama atau berkeyakinan. Mengikuti penjelasan teoretis dalam sosiologi bahwa tindakan manusia antara lain dipengaruhi oleh keyakinan agama yang dimilikinya, persoalan KBB di Indonesia juga bisa dirunut melalui keyakinan agama yang dianut oleh masyarakat. Hanya, cara pandang dan keyakinan terhadap agama tersebut harus diorientasikan penafsirannya secara progresif sehingga teks yang semula mati menjadi sensitif dalam menyentuh problem kemanusiaan. Dengan demikian pada

---

32 Wahyu Hidayati, *Apakah Kebebasan Beragama= Bebas Pindah Agama? Perspektif Hukum Islam dan HAM*, Salatiga: STAIN Salatiga Press, 2008.

33 Mohammad Hashim Kamali, *An Introduction to Shari'ah*, Selangor: Ilmiah Publisher, 2006.

akhirnya, HAM dan Syariat dapat menjadi basis hukum yang tidak saling bersinggungan, tetapi saling melengkapi dalam menyelesaikan problem kemanusiaan universal.

Kedua, pernikahan beda agama. Indonesia dikenal sebagai bangsa yang besar. Jumlah penduduknya mencapai 237 juta jiwa,[34] yang terdiri atas 17 ribu pulau, 1.340 suku bangsa, serta 300 kelompok etnik. Dari besarnya jumlah penduduk itu, mayoritas beragama Islam (87%), sementara sisanya beragama Katolik (2,9%), Kristen Protestan (6,9%), Buddha (0,05%), Hindu (1,69%), dan Konghucu (0,13%). Gambaran tersebut menjelaskan kepada publik bahwa penduduk negeri ini sangat multikultural. Atas latar belakang keberagaman itu, para pendiri bangsa (*founding fathers*) kita dahulu bersepakat menjadikan Pancasila sebagai ideologi negara.

Dengan keragaman tersebut, perjumpaan orang dari berbagai latar belakang, baik geografis, suku, atau keagamaan menjadi tak terelakkan. Idealnya, dalam situasi ini orang-orang bisa saling menghormati dan berinteraksi tanpa memandang latar belakang yang disebutkan. Namun, praktiknya tidak selalu demikian. Salah satu contoh yang paling menonjol adalah pernikahan beda agama. Sebagian besar Muslim di negeri ini masih banyak yang menolak pernikahan beda agama. Pada umumnya, penolakan tersebut dilandasi dua ayat Al-Quran berikut:

Surah Al-Baqarah (2: 221):

"Dan janganlah kamu menikahi wanita-wanita musyrik sebelum mereka beriman. Sesungguhnya wanita budak yang mukmin lebih baik daripada wanita musyrik, walaupun dia menarik hatimu. Dan janganlah kamu menikahkan orang-orang musyrik (dengan wanita-wanita mukmin) hingga mereka beriman. Sesungguhnya budak yang mukmin lebih baik daripada orang musyrik, walaupun dia menarik hatimu. Mereka mengajak ke neraka, sedang Allah mengajak ke surga dan ampunan dengan izin-Nya. Dan Allah menerangkan ayat-ayat-Nya (perintah-perintah-Nya) kepada manusia supaya mereka mengambil pelajaran."

[34] Lihat selengkapnya dalam laporan riset yang dikeluarkan Badan Pusat Statistik (BPS) 2010, dapat diakses di https://www.bps.go.id/statictable/2009/02/20/1267/penduduk-indonesia-menurut-provinsi-1971-1980-1990-1995-2000-dan-2010.html, diakses pada 26 Februari 2018.

Surah Al-Mumtahanah (60: 10):

"Hai orang-orang yang beriman, apabila datang berhijrah kepadamu perempuan-perempuan yang beriman maka hendaklah kamu uji (keimanan) mereka. Allah lebih mengetahui tentang keimanan mereka; maka jika kamu telah mengetahui bahwa mereka (benar-benar) beriman maka janganlah kamu kembalikan mereka kepada (suami-suami mereka) orang-orang kafir. Mereka tiada halal bagi orang-orang kafir itu dan orang-orang kafir itu tiada halal pula bagi mereka. Dan berikanlah kepada (suami-suami) mereka, mahar yang telah mereka bayar. Dan tiada dosa atasmu mengawini mereka apabila kamu bayar kepada mereka maharnya. Dan janganlah kamu tetap berpegang pada tali (perkawinan) dengan perempuan-perempuan kafir; dan hendaklah kamu minta mahar yang telah kamu bayar; dan hendaklah mereka meminta mahar yang telah mereka bayar. Demikianlah hukum Allah yang ditetapkan-Nya di antara kamu. Dan Allah Maha Mengetahui lagi Mahabijaksana."

Pada kedua ayat tersebut, ada dua pernyataan penting yang membutuhkan lebih dari sekadar pemahaman tekstual agar tidak menimbulkan kesalahpahaman sehingga berdampak pada produk hukum yang akan dihasilkan. Pernyataan pertama, dari ayat yang pertama, menyoal larangan bagi laki-laki Muslim untuk menikahi perempuan musyrik dan larangan bagi wanita beriman untuk menikahi laki-laki musyrik. Kemudian, pernyataan kedua dari ayat yang kedua, menyoal larangan wanita beriman untuk menikahi laki-laki kafir serta larangan bagi laki-laki beriman untuk menikahi perempuan kafir. Jika diartikan secara literal dan kaku, kesimpulan yang didapatkan sangat mudah, yaitu bahwa laki-laki Muslim dilarang menikah dengan perempuan musyrik atau kafir, dan sebaliknya. Apalagi, pandangan yang umum di kalangan umat Islam di Indonesia menyamakan musyrik dan kafir sebagai non-Muslim. Hal tersebut berarti, laki-laki Muslim dilarang menikahi perempuan yang beragama Kristen, Buddha, Hindu, Protestan, atau keyakinan lokal lainnya, dan sebaliknya.

Kedua ayat di atas kiranya perlu diterjemahkan secara progresif melalui pendekatan historis dan humanis. Kata "musyrik" atau "kafir"[35] sering dilekatkan pada umat non-Muslim. Pernyataan tersebut tidak dapat dikatakan benar, sekalipun Kristen dan Yahudi melakukan perbuatan syirik karena umat Yahudi menganggap Uzair sebagai anak Tuhan (QS 5: 30), dan umat Kristen menempatkan Allah sebagai Al-Masih, putra Maryam (QS 5: 17), dan Allah sebagai yang ketiga dari Trinitas (QS 5: 73), juga Al-Masih sebagai anak Tuhan (QS 9: 30). Sebab, Allah sendiri tidak pernah di dalam Al-Quran menyebut Kristen dan Yahudi sebagai Musyrik atau Kafir, melainkan Ahli Kitab (QS 4: 171), (QS 5: 5), (QS 3: 64). Dapat dipahami bahwa sesungguhnya orang yang berbuat syirik tidak bisa secara langsung disebut sebagai Musyrik atau Kafir karena kedua kata ini memiliki ragam makna tersendiri (seperti kafir ingkar, kafir juhud, kafir munafik, kafir syirik, kafir nikmat, kafir murtad, dan kafir Ahli Kitab).[36]

Secara historis, seperti yang pernah dipertanyakan oleh Muhammad Abduh dan Rasyid Ridha dalam *Tafsir Al-Manar* (jilid VI), perlu dipastikan apakah perempuan-perempuan Musyrik yang dimaksud dalam ayat QS 2: 221 itu masih ada di daerah Arab sekarang ini. Kalau masih ada, berarti hukum itu masih berlaku; tetapi jika tidak ada, hukum ini tidak lagi berlaku sehingga tidak menghalangi perkawinan beda agama.[37] Hal ini karena yang dimaksud "musyrik" dan "kafir" dalam ayat tersebut adalah orang-orang yang tidak memiliki kitab suci,[38] tidak memercayai nabi-nabi Allah, dan penyembah berhala, sedangkan Yahudi dan Kristen bukan dari kelompok ini.[39] Selain itu, dilihat dari konteks sejarahnya, memang ayat

35 Dari segi bahasa kata kafir (*kufr*) berarti 'menutupi'. Kata *kufr* muncul sebanyak 525 kali dalam Al-Quran, semuanya mengandung arti 'menutupi', yaitu menutup-nutupi nikmat dan kebenaran, baik kebenaran dalam arti Tuhan (sebagai sumber kebenaran) maupun kebenaran dalam arti ajaran-ajaran-Nya yang disampaikan melalui rasul-rasul-Nya. Dikutip dari Harifuddin Cawidu, *Konsep Kufr dalam al-Qur'an* (Jakarta, Bulan Bintang: 1991), 31.

36 Baca selengkapnya dalam Mun'im Sirry (ed.), *Fiqih Lintas Agama: Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis* (Yayasan Waqaf Universitas Paramadina, Jakarta: 2003), 153—165.

37 Muh. Abduh dan Rasyid Ridha, *Tafsir Al-Manar*, jilid VI, (Beirut: Dar Al-Ma'rifah, t.t.), 29—31. Dikutip dari Mun'im Sirry (ed.), *Fiqih Lintas Agama: Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis*, 160.

38 Mengenai hal ini, bisa dibaca dalam Abu Ja'far Muhammad ibn Jarir Al-Thabari, *Jami'al Bayan An Ta'wil Ay Al-Quran*, dikomentari Shudqi Jamil Al-Atthar, (Beirut, Dar Al-Fikr: 2001), Jilid II, 467.

39 Lihat dalam Abu Ja'far Muhammad ibn Jarir al-Thabari, *Jami' al-Bayan Bayan An Ta'wil Ay Al-Quran,* dikomentari Shudqi Jamil Al-Atthar, (Beirut: Dar Al-Fikr, 2001), Jilid II, 467. Dikutip dari Mun'im Sirry (ed.), *Fiqih Lintas Agama: Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis*, 160.

ini turun saat tengah terjadi ketegangan antara umat Islam dan kelompok musyrik. Oleh karena itu, bagi sebagian kelompok Muslim, ayat-ayat yang menjadi dasar pelarangan nikah beda agama merupakan ayat-ayat ijtihad sehingga memungkinkan adanya penafsiran yang lain selagi kaidah penarikan kesimpulannya dan produk hukum yang akan dihasilkannya bisa dipertanggungjawabkan.

Kemudian, dari sisi humanis, ayat-ayat tersebut perlu dikaji dengan mengarusutamakan hak-hak dasar kemanusiaan. Dalam perspektif HAM, menikah merupakan hak fundamental setiap orang, yang sangat inheren dengan kebebasan individu sehingga jaminan terhadapnya dilindungi oleh hukum HAM Internasional. Idealnya, manusia sebagai makhluk individu memiliki hak dasar yang kodrati untuk menentukan pilihan hidupnya tanpa campur tangan dari pihak lain, bahkan agama sekalipun. Karena hak dasar itulah, seorang perempuan boleh memilih menikah dengan lelaki pilihannya. UDHR, misalnya, secara eksplisit menyebutkan mengenai jaminan penghormatan terhadap laki-laki dan perempuan yang telah cukup umur atau dewasa—tanpa batasan ras, suku, bangsa atau agama—untuk dapat menjalani pernikahan dan membangun keluarga secara sah.[40]

Ketiga, LGBT (Lesbian, Gay, Biseksual, dan Transgender). Satu persoalan yang tak kalah rumit dibanding sejumlah masalah HAM lainnya bagi kelompok Muslim adalah mengenai LGBT. Di berbagai negara, tak terkecuali di Indonesia, komunitas LGBT semakin memberanikan diri membuka identitas pribadinya. Hal ini merupakan salah satu dampak dari semakin tolerannya bangsa-bangsa di Eropa yang mulai mengeluarkan kebijakan tentang penghormatan, perlindungan, dan penegakan hukum terkait komunitas LGBT, yang kemudian berimbas ke banyak negara di dunia.[41] Inggris, misalnya, yang sebelumnya memberi hukuman bagi

---

[40] Mengenai jaminan perlindungan terhadap pernikahan beda agama, lihat dalam Ibrahim Imam, "Shariah and Human Rights Perspective on Interfaith Marriage: Challenges Impeding its Practice in Nigeria" *Islam and Civilisational Renewal Journal*, Vol. 7 Edisi 4 (The International Institute of Advanced Islamic Studies/IAIS, Malaysia, Agustus: 2016), 492—508. Sebagai referensi tentang topik ini, baca juga dalam Md. Kamruzzaman, "Interreligious Marriage in Bangladesh: From Human Rights", *International Journal of Education, Culture and Society*. Vol. No. 2 (September, 2016), 44—51.

[41] Pelaku LGBT masuk ke kategori Vulnerable and Disadvantaged Groups, atau kelompok yang sering mengalami diskriminasi berbasis jenis kelamin, ras, dan agama sehingga membutuhkan perhatian khusus dari negara. Karena mereka masuk kategori Vulnerable

pelaku LGBT, menghapuskan hukum itu setelah Ratu Elizabeth meneken persetujuan undang-undang pernikahan sejenis pada Juli 2013.[42]

Di Indonesia sendiri, sebelumnya orang-orang yang memiliki orientasi seksual berbeda dari umumnya enggan mengungkapkan identitasnya secara publik. Namun, berkat era keterbukaan informasi yang tumbuh begitu cepat, disusul dengan fasilitas media sosial yang berjubel, komunitas LGBT mulai berani berinteraksi secara terbuka. Pada beberapa kesempatan, para pelaku LGBT berani mengakui identitasnya di depan publik, baik melalui aksi demonstrasi maupun undangan sebagai pembicara seminar.

Masalahnya, kemunculan mereka ke ruang publik tersebut mendapatkan reaksi negatif dari sejumlah pihak. Aksi persekusi terhadap mereka sering dilakukan oleh sejumlah pihak, khususnya polisi dan kelompok Muslim fundamentalis. Sebenarnya, tidak ada aturan hukum yang tertulis secara eksplisit mengenai pelarangan LGBT di Indonesia. Sebaliknya, keberadaan mereka mestinya dilindungi dan dihormati sebagai bagian dari kebebasan berekspresi yang dijamin dalam konstitusi negara melalui Pasal 28E ayat (3) UUD 1945. Dengan jaminan ini, dapat dikatakan bahwa tindakan polisi yang beberapa kali melakukan penggerebekan dan penangkapan—apalagi ditelanjangi dan difoto, lalu disebar di media sosial—merupakan tindakan ilegal. Perlu dicermati bahwa LGBT bukanlah pelaku kriminal, apalagi belum ada hukum yang secara sah melarang keberadaan mereka.

Selama ini, polisi menindak LGBT dengan tuduhan keberadaan mereka mengganggu ketertiban sosial, meresahkan warga, khususnya umat beragama karena dianggap tidak sesuai dengan moral yang berkembang di masyarakat negeri ini. Sebagian kelompok Muslim berpandangan bahwa LGBT terlarang karena tidak sesuai dengan norma dan kesusilaan dalam ajaran Islam. Mereka biasanya mendasarkan pandangannya pada

---

and Disadvantaged Groups, tidak mengherankan bila dalam 20 tahun terakhir, ada lebih dari tiga puluh negara yang melegalkan keberadaan mereka. Kenyataan ini sebagai imbas dari resolusi pertama tentang pengakuan atas hak-hak LGBT yang dikeluarkan Dewan HAM PBB pada 2011. Secara spesifik, resolusi tersebut mengangkat isu pelanggaran HAM berdasarkan orientasi seksual dan gender. Dikutip dari Melanny Budiarti Santoso, "LGBT dalam Perspektif Hak Asasi Manusia", *Social Work Jurnal*, Vol. 6, No. 2, (Universitas Padjajaran: 2016), 220—229.

42 Sebelum undang-undang tersebut disahkan, Inggris sangat ketat memberikan hukuman bagi pelaku homoseksual, khususnya melalui Amendemen 1885. Pria penyuka sesama jenis dihukum 2 tahun penjara, bahkan dikebiri dengan zat kimia seperti yang dialami seorang matematikawan, Alan Turing.

dalil Al-Quran yang bercerita tentang keingkaran umat Nabi Luth a.s. (kaum Sodom) sehingga mendapatkan laknat atas perbuatannya. Pelaku LGBT, bagi kelompok Muslim ini, dianggap sebagai dosa besar dan paling menjijikkan.

Akan tetapi, cendekiawan Muslim, Mun'im Sirry, memiliki argumen berbeda tentang umat Nabi Luth a.s. yang diceritakan dalam beberapa ayat Al-Quran (QS 7: 80—81, 26: 165—166; dan 27: 55), yang kerap dijadikan dasar penolakan sebagian umat Islam terhadap LGBT. Menurut Mun'im, ayat-ayat tersebut tidak cukup untuk dijadikan rujukan atas penolakan terhadap kaum LGBT karena tidak dijelaskan secara eksplisit mengenai pelarangan orientasi seksual sesama jenis. Peringatan Nabi Luth a.s. kepada kaumnya dalam ayat QS 26: 165—166, menurutnya, bukan dimaksudkan untuk melarang hubungan sesama jenis melainkan larangan berselingkuh, berzina, serta hukuman bagi kaumnya yang mengingkari misi kenabiannya. Mun'im merujuk pandangan ulama Ibn Hazm (w. 1064) dalam *Kitab Al-Muhalla* yang menolak mengaitkan azab kaum Luth dengan perbuatan seks sesama jenis, tetapi justru karena penolakan mereka terhadap ajakan Nabi Luth dan misi kenabiannya.[43]

Tentu, cara pandang berbeda dalam memahami ayat-ayat yang berkisah tentang kaum Nabi Luth oleh Mun'im Sirry tersebut dapat memicu perdebatan. Namun, sebagai sebuah upaya sungguh-sungguh untuk melakukan penafsiran, tafsir dan argumentasi tersebut patut dipertimbangkan secara mendalam. Apalagi, dalam sebuah pemahaman atas sumber keagamaan, tidak pernah ada tafsir tunggal yang paling benar sehingga sebagai sebuah produk penafsiran sangat perlu diapresiasi.

Satu aspek yang membedakan cara pandang tersebut dari yang selama ini menjadi pemahaman jumhur (*mainstream*) adalah dikedepankannya perasaan kemanusiaan atas keberadaan kaum LGBT. Di tingkat ini, tampaknya pendapat Mun'im ini lebih melihat pada kemaslahatan bahwa setiap individu memiliki hak dasar kemanusiaan yang tidak bisa dikekang oleh siapa pun selama tidak merugikan hak orang lain. Konsep kemaslahatan seperti ini sangat penting untuk dijunjung agar dapat terwujud kondisi sosial yang adil, setara, dan berorientasi pada nilai-nilai

[43] Baca selengkapnya dalam, https://www.inspirasi.co/dennyja/5806_mun-im-sirry-menafsir-kisah-nabi-luth-secara-berbeda. Dikutip pada Jumat (19 Oktober 2017), pukul 17.16.

kemanusiaan. Dengan begitu, semangat Islam yang mengedepankan aspek penghormatan terhadap nilai kemanusiaan universal akan berjalan seiring dengan perkembangan zaman.

E. Penutup

HAM dan Syariat senantiasa memiliki titik perjumpaan karena pada prinsipnya keduanya sama-sama memperjuangkan nilai kemanusiaan. Benturan antara keduanya mungkin terjadi—dan itu menjadi umum adanya karena basis pengembangan hukum keduanya bermula dari sumber yang berbeda. HAM berasal dari rasionalitas manusia, sedangkan Syariat berangkat dari wahyu Allah Swt. Jadi, sangat wajar bila berbagai perdebatan muncul sebagaimana pada umumnya sebuah diskursus pengetahuan. Hanya perlu dipahami bahwa pertentangan dan ketegangan tersebut seharusnya tidak boleh berujung pada kekerasan.

Di satu sisi, kelompok Muslim yang menolak prinsip-prinsip HAM begitu kentara keberadaannya. Namun, di sisi yang lain, banyak Muslim juga dengan lapang dada menerima HAM. Mereka yang bersikap akomodatif ini berpandangan bahwa keduanya sebenarnya memiliki visi yang sama dalam menyuarakan keadilan, perdamaian, kesetaraan, dan toleransi. HAM tidak perlu dipandang sebagai konsep yang bertentangan dengan Islam karena telah banyak negara berpenduduk mayoritas Islam yang mengakui dan meratifikasi instrumen HAM yang dikeluarkan PBB.

Secara teologis, Islam memiliki sumber autentik yang dapat dijadikan legitimasi penerimaan umat Islam terhadap HAM. Terdapat banyak ayat yang dapat meneguhkan ide-ide utama HAM yang muncul dari Barat (lihat QS 2: 256; 18: 29; 109: 6). Ayat-ayat tersebut merupakan bukti pengakuan Islam terhadap kebebasan beragama dan berkeyakinan, sebagaimana yang ditekankan dalam rezim HAM Internasional.

Meski landasan penerimaan HAM dapat dipijakkan pada ayat-ayat Al-Quran, dapat dipastikan penolakan terhadapnya juga tidak bisa dihentikan. Perkembangan sejumlah diskursus HAM, seperti LGBT, KBB, dan pernikahan beda agama, akan tetap terbagi ke dalam dua kutub tersebut. Perkiraan ini didasarkan pada proses demokratisasi transisional yang sedang

berjalan di Indonesia. Pada tahap demokrasi ini seperti saat, pelbagai elemen masyarakat memperoleh kebebasan untuk mengartikulasikan pendapatnya, sekalipun berbeda dengan negara dan kelompok-kelompok lain.

Oleh karena itu, yang penting dalam menyikapi pertentangan ini adalah terus mengupayakan ruang dialog untuk saling berbagi pemahaman mengenai kompatibilitas nilai-nilai Syariat dan HAM. Perbedaan wacana tersebut diharapkan tidak berakibat pada terjadinya praktik anarkis seperti yang marak belakangan ini. Meskipun keragaman wacana tidak akan terhindarkan, bukan berarti pengembangan wacana yang lebih afirmatif terhadap HAM tidak bisa dilakukan. Cara yang bisa ditempuh antara lain adalah dengan memanfaatkan institusi pendidikan Islam seperti yang dimiliki oleh Muhammadiyah dan Nahdlatul Ulama—dua organisasi Islam terbesar di Indonesia—untuk mempromosikan HAM.[]

Daftar Pustaka

Abduh, Muh. dan Ridha, Rasyid. *Tafsir Al-Manar*, jilid VI, (Beirut: Dar Al-Ma'rifah, t.t.)

Abid Al-Jabiri, Muhammad. *Syura Tradisi Partikularitas Universalitas*. Terj. Mujiburrahman (Yogyakarta: LKiS, 2003)

Abu-Nimer, Mohammed. *Nonviolance and Peace Building in Islam: Theory and Practice* (Florida, University Press of Florida: 2003)

Ahmed An-Na'im, Abdullah. *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Syariah* (Massachusetts: Harvard University Press, 2008)

Ahmed An-Na'im, Abdullahi. *Dekonstruksi Syari'ah: Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia dan Hubungan Internasional dalam Islam*, alih bahasa Ahmad Suaedy dan Amirudin Ar-Rany (Yogyakarta: LKis, 2001)

Akbarzadeh, Shahram dan Benjamin MacQueen. *Islam and Human Rights in Practice: Perspective across the Ummah*. (London: Routledge, 2008)

Aprilany Grace Rompis, Debora. "Praktik Ratifikasi terhadap Perjanjian Internasional Hak Asasi Manusia di Indonesia", *Jurnal ex Crimen*. Vol. VI/No. 4 (Juni/2017)

Arifin, Syamsul. "Indonesian Discourse on Human Rights and Religious Freedom", dalam *Brigham Young University Law Review* (2012)

Arifin, Syamsul. *Attitudes to Human Rights and Freedom of Religion or Belief in Indonesia: Voices of Islamic Religious Leaders in East Java*, (Yogyakarta, Kanisius: 2010)

Baderin, Mashood A., "Islam and the Realization of Human Rights in the Muslim World: A Reflection on Two Essential Approaches and Two Divergent Perspective," *Muslim World Journal of Human Rights*, Volume 4, Edisi 1, 2007.

Baderin, Mashood A. *Hukum Internasional Hak Asasi Manusia dan Hukum Islam*. Cet. ke-2, (Jakarta: Komnas HAM RI, 2010)

Barton, Greg, *The Emergence of Neo-Modernism: A Progressive, Liberal Movement of Islamic Thought in Indonesia (A Textual Examining the Writing of Nurcholish Madjid, Djohan Effendy, Ahmad Wahib and Abdurrahman Wahid 1968-1980)*, (Departement of Asian Studies and Language, Monash University, 1995)

Beatty, Andrew, *Variasi Agama di Jawa: Suatu Pendekatan Antropologi* (Jakarta, Murai Kencana, 2001)

Bielefeldt, Heiner, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Coceptions?: A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights," *Political Theory*, Vol. 28, No. 1, Februari 2000

Eltayeb, Mohammed S.M., "A Human Rights Framework for Defining and Understanding Intra-Religious Persecution in Muslim Countries," *The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the Millenium*, ed. Nazila Ghanea (Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2003)

Ernada, Sus Eko, "Issues of Compability of Human Rights and Islam: The Experience of Egypt and Indonesia," *Journal of Indonesian Islam*, Vol. 1, No. 1, Juni 2007

Friedmann, Yohanan, *Tolerance and Coercion in Islam: Interfaith Relations in the Muslim Tradition*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003

Fuad, Ahmad Nur et.al., "Islam and Human Rights in Indonesia: An Account of Muslim Intellectuals' Views," *Al-Jami'ah Journal of Islamic Studies*, Vol. 45, No. 2, 2007

Hafiz, Muhammad. "Dinamika Hukum dan Hak Asasi Manusia di Negara-Negara Muslim", *Jurnal Al-Ahkam*, Vol. 23 No. 2 (Oktober, 2013)

Hashim Kamali, Mohammad. *An Introduction to Shari'ah*, Selangor: Ilmiah Publisher, 2006.

Hidayati, Wahyu. *Apakah Kebebasan Beragama: Bebas Pindah Agama? Perspektif Hukum Islam dan HAM*, Salatiga: STAIN Salatiga Press, 2008.

Imam, Ibrahim. "Shariah and Human Rights Perspective on Interfaith Marriage: Challenges Impeding its Practice in Nigeria". *Islam and Civilisational Renewal Journal*, Vol. 7 Edisi 4 (The International Institute of Advanced Islamic Studies/IAIS, Malaysia, Agustus: 2016)

Ishaq Al-Syatibi, Abu. *Al-Muwafaqaat fi Ushul Al-Syari'ah*, Jilid II (Beirut, Dar Al-Kutub Al-'Ilmiyyah: tanpa tahun)

Ja'far Muhammad ibn Jarir Al-Thabari, Abu. *Jami' al-Bayan 'an ta'wil Ay Al-Quran*, Jilid II. Dikomentari Shudqi Jamil Al-Atthar, (Beirut: Dar Al-Fikr, 2001)

Jufri, Muwaffiq, "Pembatasan Terhadap Hak dan Kebebasan Beragama di Indonesia", *Jurnal Ilmiah Pendidikan Pancasila dan Kewarganegaraan*, Tahun Pertama, No.1 (Juni, 2016)

Kamruzzaman, Md. "Interreligious Marriage in Bangladesh: From Human Rights", *Internation Journal of Education, Culture and Society*. Vol. No. 2 (September, 2016)

Kuntowijoyo, *Paradigma Islam: Intrepretasi untuk Aksi* (Jakarta, Mizan: 1991)

Muedini, Fait A. "Examining Islam and Human Rights from the Perspective of Sufism". *Muslim World Journal of Human Rights*. Vol. 7, Edisi 1. Artikel 1, (2010)

Muthohirin, Nafik. *Fundamentalisme Islam: Gerakan dan Tipologi Pemikiran Aktivis Dakwah Kampus* (Jakarta, IndoStrategi: 2014)

Runzo, Joseph, M. Martin, Nancy dan Sharma, Arvind. "Introduction," *Human Rights and Responsibilities in the Modern Religions*, Joseph Runzo, Nancy M. (eds.), Oxford: Oneworld Publications, 2003.

Salim, Arskal dan Azra, Azyumardi (ed.). *In Shari'ah and Politics in Modern Indonesia*. (Singapura, Institute of Southeast Asian Studies, 2003)

Sirry, Mun'im (ed.). *Fiqih Lintas Agama: Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis* (Yayasan Waqaf Universitas Paramadina, Jakarta: 2003)

Syafi'ie, M. "Ambiguitas Hak Kebebasan Beragama di Indonesia dan Posisinya Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 5 No. 8 (Oktober, 2011)

Tibi, Bassam. "Islamic Law/Shari'a, Human Rights, Universal Morality and International Relations, *16 Human Rights Quarterly*. Vol. 16, No. 2 (1994)

Twiss, Sumner B. "History, Human Rights and Globalization", *The Journal of Religious Ethics*. Vol. 32. No.1 ((Musim semi, 2004)

BAB 5

Syariat dan HAM: Persinggungan, Keselarasan, dan Konflik

Ahmad Nur Fuad
Universitas Islam Negeri (UIN)
Sunan Ampel Surabaya, Indonesia

A. Pendahuluan

Masalah Syariat dan HAM telah lama menjadi perdebatan di kalangan fukaha dan ulama Muslim. Mereka telah mengembangkan pemahaman terhadap Syariat sebagai hukum yang diwahyukan oleh Tuhan dan mengajukan berbagai pendapat yang beragam.[1] Meskipun hampir semua sarjana Muslim merujuk pada nilai yang sama dari Syariat, mereka menghasilkan penafsiran dan pendapat yang berbeda-beda, khususnya berkaitan dengan konsep hak asasi manusia internasional atau universal. Dengan kata lain, penafsiran terhadap Syariat mengenai hak asasi manusia tidaklah tunggal; sebaliknya, pendapat para sarjana Muslim sangat beragam, merentang dari posisi yang sangat "liberal" hingga yang sangat "konservatif". Yang satu menerima sepenuhnya universalitas dan universalisme hak asasi manusia, sedangkan yang kedua menolaknya sepenuhnya. Tentu saja, terdapat posisi tengah yang berusaha menjembatani kesenjangan antara keduanya.

---

1 Untuk diskusi tentang Syariat dan hukum Islam, lihat misalnya Mohammad Hashim Kamali, *Syariah Law: An Introduction* (Oxford: Oneworld, 2008); Mohammad Hashim Kamali, "The Shari'a: Law As the Way of God", dalam *Voices of Islam*, ed. Vincent J. Cornell (Westport, CT: Prager Publishers, 2007).

Perdebatan tersebut terutama berpusat di sekitar kompatibilitas Syariat dan HAM dalam hal basis filosofis, latar belakang historis, dan ketentuan-ketentuan tertentu. Sebagian fukaha dan ulama berpendapat bahwa Syariat yang diwahyukan oleh Tuhan telah memberikan hak-hak fundamental kepada manusia sebagai makhluk-Nya. Dalam pandangan mereka, HAM modern bertentangan dengan prinsip-prinsip Syariat dalam soal dasar filosofisnya. Mereka menyatakan bahwa hak asasi manusia berasal dari nilai-nilai filosofis dan pengalaman sejarah Barat. Walaupun begitu, sebagian ulama lainnya menyatakan bahwa baik Syariat maupun HAM berkesesuaian satu dengan yang lain. Keduanya memiliki nilai-nilai kemanusiaan yang sama, meninggikan harkat manusia, serta menghormati dan melindungi hak-hak yang terkandung dalam diri manusia.

Banyak sarjana telah mengkaji masalah tersebut dari beragam sudut pandang dan penekanan. Sebagian menganalisis kompatibilitas Syariat atau hukum Islam dan HAM Internasional, meletakkan keduanya secara berdampingan dari segi norma-norma dan ketentuan-ketentuan hukumnya.[2] Karya-karya An-Na'im tentang Islam dan HAM yang melahirkan kontroversi telah ditinjau dan didiskusikan secara kritis oleh sarjana-sarjana yang lain.[3] Sarjana yang lain memfokuskan kajian pada masalah-masalah khusus seperti kebebasan beragama, termasuk isu pindah agama.[4] Namun, kebanyakan sarjana mengkaji masalah HAM dalam konteks yang lebih luas, mengaitkannya dengan politik, atau merujuk ke kawasan tertentu.[5] Secara lebih khusus, terdapat pula kajian atau pengujian

---

2 Mashood A. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003); Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law* (New York: Syracuse University Press, 1990). Pembahasan tentang Syariat dan kebebasan beragama dalam kaitannya secara khusus dengan hukum HAM Eropa (European Human Rights Law) telah dilakukan oleh Javaid Rehman, "The Shari'ah, Freedom of Religion and European Human-Rights Law", *Irish Studies in International Affairs*, Vol. 22 (2011): 37—51.

3 Tore Lindholm dan Kari Vogt (eds.), *Islamic Law Reform and Human Rights: Challenges and Rejoinders* (Oslo: Nordic Human Rights Publication, 1993).

4 Abdullah Saeed dan Hassan Saeed, *Freedom of Religion, Apostasy and Islam* (Farnham, UK: Ashgate, 2004).

5 Lihat misalnya Ann Elizabeth Mayer, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics* (Boulder, Colorado: Westview, 1999); Ann Elizabeth Mayer, "Universal versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures of A Clash with a Construct?" *Michigan Journal of International Law* Vol. 15 No. 2 (Musim dingin 1994): 307—404; Katherina Dalacoura, *Islam, Liberalism and Human Rights: Implications for International Relations*, Edisi ketiga (London: I.B. Taurus, 2007); Shahram Akbarzadeh dan Benjamin MacQueen, *Islam and Human Rights in Practice:*

masalah Islam dan HAM dalam hal dokumen-dokumen Islam tentang HAM dan beberapa pandangan intelektual Muslim terhadap standar HAM Internasional.[6]

Dengan mempertimbangkan beberapa studi tersebut sebagai sumber pendukung, tulisan ringkas ini hendak berpendapat bahwa pemahaman yang beragam tentang Syariat dan HAM mengungkap adanya persinggungan, keselarasan, dan perbedaan antara Syariat dan HAM. Hingga taraf tertentu, semuanya itu berkaitan dengan bagaimana prinsip-prinsip Syariat ditafsirkan, dan bagaimana hak asasi manusia dipersepsi oleh para sarjana Muslim. Tulisan ini dimulai dengan tinjauan umum tentang gagasan HAM dari segi asal-usulnya dalam pengalaman Barat dan Syariat Islam. Bagian berikutnya akan mengkaji beberapa masalah krusial HAM dari perspektif Syariat dalam pengertian luas atau hukum Islam sebagai hasil dari formulasi para fukaha dan ulama Muslim dalam pengertian sempit yang mencakup titik singgung, keselarasan, dan konflik antara keduanya. Hal itu meliputi diskusi tentang hak-hak kebebasan beragama, hak-hak perempuan, dan masalah hukuman pidana yang terkait dengan hak hidup dan hak-hak lainnya.

B. Fondasi Filosofis dan Asal-usul Kesejarahan

Konsep HAM muncul pada masa modern, sekalipun unsur-unsur pembentuknya dapat ditelusuri hingga masa pramodern. Dalam tradisi Barat, gagasan tentang martabat manusia memiliki akar-akarnya dalam Kitab Suci dan filsafat Stoisisme pada abad ke-3 SM. Gagasan tersebut juga berakar dalam prinsip-prinsip supremasi hukum yang terdapat dalam beberapa dokumen abad pertengahan seperti *Magna Charta Libertatum* (1215). Hubungan antara unsur-unsur tersebut, berpadu dengan supremasi hukum dan komitmen universal terhadap martabat dan kebebasan

Perspectives across the Ummah (London: Routledge, 2008); Abdulaziz Sachedina, *Islam and the Challenge of Human Rights (*Oxford: Oxford University Press, 2009); dan Jack Donnelly, "The Relative Universality of Human Rights", *Human Rights Quarterly* 29 (2007): 281—306.

6 Lihat Mayer, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*; dan Mayer, "Universal versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures of A Clash with a Construct?"

manusia, muncul belakangan sekitar 2 atau 3 abad yang lalu. Lompatan historis ini dicapai pada akhir abad ke-18 melalui Virginia Declaration of Rights (1776) dan Declaration des Droits de l'home et du Citoyen (1789). Pengadopsian hak asasi manusia dalam hukum internasional terjadi bahkan lebih belakangan, persisnya setelah Perang Dunia II. Oleh karena itu, dapat dinyatakan bahwa HAM merupakan fenomena modern.[7]

Pendukung HAM mengakui bahwa konsep modern HAM berasal dari Barat. Namun, dari perspektif historis, hal ini tidak mesti berarti bahwa HAM hanya berkaitan dengan kebudayaan Barat atau berlaku hanya untuk masyarakat Barat. Karena nilai-nilai yang mendasari HAM adalah nilai-nilai universal, mereka juga berlaku bagi seluruh bangsa dan manusia di seluruh dunia ini.[8]

Sebagian besar unsur HAM Internasional atau Universal merupakan hak-hak individual yang berasal dari pemikiran Eropa modern dan hukum alam. Bangsa-bangsa dan negara-negara Barat menaikkan hak-hak tersebut ke level standar dan norma hukum. Melalui Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia yang diterbitkan oleh PBB pada 10 Desember 1948 dan sejumlah kovenan internasional pada 1966 yang mulai berlaku pada 1976, hak-hak individual itu sekarang menjadi dokumen-dokumen hukum internasional yang mengikat seluruh negara pihak yang menandatangani dan kemudian meratifikasinya. Dokumen-dokumen tersebut menjadi aturan hukum karena dilembagakan dalam konteks legal (hukum). Dalam hal ini, HAM tidak dapat dipisahkan dari gagasan tentang demokrasi, supremasi hukum, dan konsep negara bangsa modern karena semuanya secara intrinsik saling berkaitan.[9]

Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia diakui sebagai universal, meskipun ia diartikulasikan dalam konteks kecenderungan historis dunia Barat selama 3 abad terakhir dan dalam antropologi filsafat humanisme yang menjustifikasi hak-hak tersebut. Asumsi fundamental dari deklarasi

---

7 Heiner Bielefeldt, "Muslim Voices in the Human Rights Debate", *Human Rights Quarterly* 17, 4. (1995): 589—590.

8 Muhammad Abed Al-Jabri, *Democracy, Human Rights, and Law in Islamic Thought* (London: I.B. Tauris, 2009), 178; Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Sharia* (Cambridge dan London: Harvard University Press, 2008), 112—113.

9 Bassam Tibi, "Islamic Law/Sharia, Human Rights, Universal Morality and International Relation", *Human Rights Quarterly* 16, 2 (Mei 1994): 277—299; Reza Afshari, "An Essay on Islamic Cultural Relativism in the Discourse of Human Rights", *Human Rights Quarterly* 16, 2 (Mei 1994): 235—276.

itu mencakup sifat-universal kemanusiaan, martabat individu, dan tatanan sosial yang demokratis.[10] Dalam hal ini, dapat dinyatakan bahwa fondasi filosofis HAM adalah humanisme, individualisme, dan libertarianisme yang tumbuh di Barat.

Dalam perspektif Islam, Syariat sebagai hukum wahyu yang korpusnya terdapat dalam Al-Quran dan Hadis diyakini telah menyediakan ajaran-ajaran tentang kemanusiaan sekaligus hak-hak dan kewajiban-kewajiban manusia. Pada tataran yang lebih yuridis, hukum Islam, yang dirumuskan oleh para fukaha sebagai hasil pemahaman mereka terhadap Syariat, telah mengembangkan konsep HAM yang mencakup apa yang secara historis disebut sebagai lima keharusan/kewajiban *(al-daruriyyat al-khams)*, yang dianggap sebagai hak-hak fundamental. Kelima hal tersebut adalah menjaga agama *(hifzh al-din)*, menjaga jiwa *(hifzh al-nafs)*, menjaga akal pikiran *(hifzh al-'aql)*, menjaga keturunan *(hifzh al-nasl)*, dan menjaga harta kekayaan *(hifzh al-mal)*. Kelima hal tersebut merupakan hak-hak individu dan sekaligus kewajiban-kewajiban individu yang pokok. Sebagai contoh, hak-hak perlindungan jiwa juga mencakup kewajiban dan tanggung jawab menjaga integritas individu, baik secara moral maupun material. Manusia tidak memiliki diri mereka sendiri karena dirinya adalah milik Tuhan. Oleh karena itu, manusia dilarang untuk membunuh dirinya atau merusak bagian dari tubuhnya, sebagaimana manusia dilarang untuk membunuh manusia lainnya atau merusak bagian dari tubuh mereka.[11]

Dalam sebuah pemahaman tentang Syariat, apa yang disebut sebagai kebebasan *(hurriyyah)* merupakan instrumen yang digunakan oleh manusia untuk melindungi dan mengembangkan lima hal yang disebutkan di atas dan hak-hak fundamental lainnya. Instrumen ini tidak dapat diabaikan karena ia terkait dengan lima hal tersebut dan oleh karena itu menjadi hak/kewajiban itu sendiri. Jika kebebasan merupakan syarat yang diperlukan untuk melindungi hak asasi manusia dan melaksanakan kewajiban-

[10] Raimundo Panikkar, "Is the Notion of Human Rights a Western Concept", *Breakthrough* (Musim semi 1989), 31.

[11] Ahmad S. Moussalli, "The Classical and Medieval Roots of *Al-Huquq Al-Shar'iyyah* and Its Modern Islamic Conceptions as Human Rights", dalam Ahmad S. Moussalli, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism and Human Rights* (Gainesville: University Press of Florida, 2001), 126.

kewajiban, adalah menjadi tugas dan kewajiban individu, masyarakat, dan negara untuk melindungi syarat tersebut.[12]

Dalam Al-Quran, terdapat banyak penegasan tentang hak-hak dasar yang dimiliki oleh manusia karena hak-hak tersebut sangat berakar kuat dalam kemanusiaan seseorang. Pengabaian atau pelanggaran terhadap hak-hak tersebut berarti penafikan atau pengurangan hak-hak kita sebagai manusia. Dalam perspektif Al-Quran, hak-hak muncul ketika manusia bertindak. Hak-hak itu diciptakan oleh Tuhan agar manusia dapat mengaktualisasikan kemanusiaan mereka. Hak-hak yang diciptakan dan diberikan oleh Tuhan itu tidak dapat dibatalkan oleh penguasa atau manusia mana pun.[13]

Pada titik ini, perbedaan antara HAM dalam konsepsi Barat dan dalam perspektif Islam tertentu sangatlah jelas. Gagasan modern tentang hak asasi manusia dibangun di atas individualisme dan humanisme, sedangkan gagasan Islam tentang hak asasi manusia dalam pemikiran klasik dan pertengahan didasarkan pada kepentingan masyarakat. Syariat tidak mengabaikan hak-hak individu, tetapi menekankan bahwa hak-hak individu itu harus dikontekstualisasikan secara sosial. Kebebasan dipandang paralel dengan keadilan. Kebebasan individual yang menafikan kepentingan masyarakat bisa dipandang sebagai ketidakadilan.[14]

Banyak sarjana Muslim seperti Brohi (1982), Hassan (1996), Kamali, dan An-Na'im telah berusaha mengelaborasi dan menyajikan prinsip-prinsip hak asasi manusia dari teks-teks suci Islam (Syariat). Terdapat banyak hak fundamental yang dimiliki oleh manusia, seperti hak hidup (QS 6: 151; 5: 32), hak dihormati, hak keadilan, hak terbebas dari perbudakan, dan hak atas kebebasan beragama. Selain itu, terdapat juga hak-hak perlindungan dari hinaan, hak mendapatkan pengetahuan, dan hak memperoleh kehidupan yang baik. Tentu saja ada banyak hal lain yang mencerminkan persinggungan dan keselarasan antara Syariat atau hukum Islam dan hak asasi manusia internasional.[15]

---

12 Moussalli, "The Classical and Medieval Roots of *Al-Huquq Al-Shar'iyyah* and Its Modern Islamic Conceptions as Human Rights", 127.

13 Riffat Hassan, "Religious Human Rights and the Qur'an", *Emory International Law Review* 10, 1 (Musim semi 1996), 85.

14 Hassan, "Religious Human Rights and the Qur'an", 86—87.

15 Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*.

Ringkas kata, dapat ditegaskan bahwa HAM dalam Islam didasarkan pada prinsip persamaan antara semua manusia (semua manusia sama di hadapan Tuhan dan berasal dari leluhur yang sama), prinsip kebebasan personal atau individual (perbudakan dilarang dan membebaskan budak diwajibkan atau dianjurkan), serta prinsip perlindungan kehidupan (menyelamatkan satu orang adalah seperti menyelamatkan seluruh umat manusia).

Perbedaan antara HAM dalam konsepsi Barat dan dalam Islam terletak pada fondasi filosofisnya. Menurut Brohi, HAM Barat tidak memiliki landasan metafisik. Seluruh hak dan kebebasan fundamental yang tertera dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia dan dinyatakan pada 1948 adalah hak-hak yang diperoleh warga negara secara paksa dari otoritas negara melalui petisi hak-hak. Seluruh undang-undang tentang hak diberikan kepada manusia untuk diakui oleh otoritas negara sebagai kontrol atas kehendak despotik mereka. Kandungan hak-hak sipil dan politik pada dasarnya bersifat negatif dan rumusannya dalam bentuk larangan (yang ditujukan kepada penguasa) untuk melanggar atau mengabaikan hak-hak individual warga.[16]

Oleh karena itu, HAM yang diakui oleh Barat meliputi tanggung jawab dan kewajiban negara untuk memperhatikan hak-hak individu tersebut. Rumusan Pasal 3 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, misalnya, bahwa "setiap orang berhak atas kehidupan, kemerdekaan, dan keselamatan" menyiratkan kewajiban negara untuk bertanggung jawab di hadapan warga negaranya. Selain itu, rumusan Pasal 4 bahwa "tidak seorang pun boleh diperbudak atau diperhambakan; perhambaan dan perdagangan budak dalam bentuk apa pun mesti dilarang" dan Pasal 5 bahwa "tidak seorang pun boleh disiksa atau diperlakukan secara kejam, diperlakukan atau dihukum secara tidak manusiawi atau dihina" mengingatkan negara untuk mengendalikan dirinya agar tidak melakukan tindakan-tindakan yang melanggar hak-hak individu itu. Demikian halnya dengan Pasal 9 yang menyatakan: "Tidak seorang pun boleh ditangkap, ditahan, atau dibuang dengan sewenang-wenang". Dalam analisis Brohi, penekanan deklarasi tersebut pada penghormatan terhadap hak asasi manusia dapat dikaitkan dengan sejarah penyalahgunaan kekuasaan oleh rezim-rezim totaliter di

[16] A.K. Brohi, "Human Rights and Duties in Islam", *Islam and Contemporary Society*, ed. Saleem Azzam (New York: Longman, 1982).

Barat sebelum Perang Dunia II saat mereka mengabaikan dan melanggar hak-hak dan kebebasan individu.[17]

Selain pandangan partikularistik di atas, terdapat pandangan atau posisi yang lebih "universal" berkaitan dengan Syariat dan HAM. An-Na'im berpendapat bahwa tidak ada kontradiksi antara HAM dan Syariat. Seluruh HAM—sebagaimana dirumuskan dan diatur dalam Deklarasi Universal, Perjanjian Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR), Perjanjian Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights/ICESCR), dan dokumen-dokumen hak asasi manusia lainnya—sejalan dan selaras dengan ajaran-ajaran yang terkandung dalam Syariat. Dia mengakui bahwa terdapat beberapa aturan Syariat tentang hukuman terhadap beberapa tindakan kriminal (pencurian, perzinaan, tuduhan perzinaan, perampokan, pembunuhan, mengonsumsi minuman memabukkan, dan pindah agama) yang bertentangan dengan norma-norma hak asasi manusia internasional. Hukum Islam tradisional menetapkan hukuman *hudud* sebagaimana ditentukan dalam Al-Quran dan Sunnah. Walaupun begitu, An-Na'im menegaskan bahwa jenis-jenis hukuman terhadap tindakan kriminal tersebut harus ditinjau ulang dalam sinaran standar hukum HAM Internasional.[18] Terdapat kebutuhan mendesak untuk menafsirkan ulang *corpus juris* Islam tradisional sesuai dengan kondisi modern.

Baderin menawarkan apa yang dia sebut sebagai "pendekatan yang saling melengkapi untuk mencapai tujuan mulia, mengangkat martabat manusia". Dia memaksudkan pendekatan ini sebagai sarana harmonisasi di sisi hukum Islam dengan mengadopsi penafsiran yang tercerahkan (*enlightened interpretation*), usaha yang tulus dalam merekonsiliasi hak asasi manusia dan hukum Islam dengan menggunakan pendekatan *maqashid* dan *mashlahah*. Sementara itu, di sisi HAM Internasional, menurut Baderin, perlu ada pertimbangan untuk mengakomodasi prinsip batas apresiasi (*margin of appreciation*) dengan memperhatikan nilai-nilai etis Islam dan

17 Brohi, "Human Rights and Duties in Islam", 236.
18 Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Towards an Islamic Reformation*.

mengapresiasi bahwa "hak asasi manusia tidaklah seluruhnya mustahil diwujudkan dalam lingkup hukum Islam".[19]

Bagian berikut membahas beberapa isu kontroversial yang berkaitan dengan HAM dan Syariat dalam pengertian yang lebih sempit. Kita akan menelaah, dalam sejumlah persoalan, beberapa bentuk persinggungan, keselarasan, dan pertentangan di antara keduanya.

C. Kebebasan Beragama

Mengenai masalah hak kebebasan beragama, terdapat banyak kontroversi atau pendapat yang berbeda di kalangan para fukaha dan ulama/sarjana Muslim. Ulama/sarjana Muslim klasik dan modern sama-sama berpandangan bahwa Syariat menjamin hak kebebasan beragama. Mereka merujuk sejumlah ayat Al-Quran yang berkaitan dengan masalah tersebut, seperti *"la ikraha fi al-din"*—tidak ada paksaan untuk (memasuki) agama (QS 2: 256); serta "Dan katakanlah (Muhammad), 'Kebenaran itu datangnya dari Tuhanmu; barangsiapa menghendaki (beriman) hendaklah dia beriman, dan barangsiapa menghendaki (kafir) biarlah dia kafir'." (QS 18: 29). Ayat-ayat tersebut sering digunakan untuk menjustifikasi hak kebebasan beragama yang dijamin oleh Syariat, sebagaimana ia juga ditentukan dalam Pasal 18 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM)[20] dan Pasal 18 (1) ICCPR.[21]

Mengenai hak berpindah agama, kebanyakan fukaha tradisional berpendapat bahwa hak kebebasan beragama tidak mencakup hak berganti agama dari Islam ke agama lain. Mereka mendasarkan pendapatnya pada

---

19 Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, 221—222.

20 "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 menaatinya, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, di muka umum ataupun sendiri".

21 Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan, 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 maupun tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, ketaatan, pengamalan, dan pengajaran. Lihat Ali Mirmoosavi, "The Qur'an and Religious Freedom", dalam *Hermeneutics, Scriptural Politics and Human Rights*, eds. Bas de Gaay Fortman, Kurt Martens, dan M.A. Mohamed Salih (New York: Palgrave Macmillan, 2009).

penafsiran tekstual ayat Al-Quran. Beberapa norma hukum Islam modern menegaskan posisi ini sebagaimana direpresentasikan dalam dokumen Deklarasi Kairo tentang HAM Islam. Deklarasi Kairo tidak menjamin hak kebebasan beragama sebagai hak fundamental. Hal ini dapat dipahami karena Deklarasi Kairo dikendalikan oleh pandangan teologis yang didasarkan pada ayat tertentu dalam Al-Quran atau penafsiran tertentu terhadap Syariat. Pasal 10 Deklarasi Kairo menyatakan bahwa Islam adalah agama yang murni dan tidak bisa berubah. Dilarang memaksa orang lain atau menggunakan kemiskinan atau kebodohan masyarakat untuk mengubah agama mereka dan mengajaknya pada ateisme. Secara teoretis, rumusan ini tidak memberikan ruang sedikit pun untuk berganti agama atau murtad.

Pasal 18 Deklarasi Universal menjamin setiap individu untuk memilih agamanya, menjalankan kewajiban agamanya, dan bahkan mengganti agamanya. Hak mengganti agama sebagaimana dinyatakan oleh Pasal 18 DUHAM merupakan masalah paling kontroversial mengenai kebebasan beragama. Menurut fukaha atau ulama klasik dan pertengahan, orang yang berganti agama atau keluar dari Islam bisa dianggap sebagai murtad dan tindakan mereka disebut sebagai *riddah* atau *irtidad*. Bagi banyak fukaha Muslim, hukum pindah agama telah ditentukan dengan jelas dalam Syariat. Murtad merupakan kejahatan yang bisa dijatuhi hukuman mati. Walaupun begitu, bagi banyak sarjana Muslim modern, kebebasan beragama mencakup juga hak berganti agama. Bahkan, jika pindah agama dari Islam dipandang sebagai tindakan *riddah*, hal itu harus diklasifikasikan semata-mata sebagai sebuah dosa yang hukumannya diserahkan pada kewenangan Tuhan di akhirat nanti.[22]

Dalam konteks kebebasan beragama, penting kiranya dicatat bahwa pernyataan dalam ayat QS 2: 256 berlaku tidak hanya bagi orang-orang non-Muslim, tetapi juga bagi orang-orang Muslim. Hal ini karena mereka yang keluar dari Islam dan terlibat dalam pemberontakan melawan Islam atau kelompok Muslim harus diperlakukan sebagai musuh. Walaupun begitu, Al-Quran tidak menentukan secara khusus hukuman bagi mereka

[22] Lihat Saeed dan Saeed, *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*; An-Na'im, *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties*.

yang hanya keluar dari Islam. Status mereka sepenuhnya hanya berada di tangan Tuhan.

Terdapat beragam pandangan mengenai hak untuk berganti agama. Menurut salah satu penafsiran, yang dianggap sebagai pengkhianatan tidak hanya konversi, tetapi juga berbeda pendapat dengan apa yang diyakini sebagai ortodoksi, yang dipandang sebagai sesat/menyimpang dan bisa dikenai hukuman berat. Di negara Muslim tertentu, fenomena ini beriringan dengan munculnya gerakan pengkafiran *(takfir)* terhadap orang-orang yang kritis terhadap otoritas politik atau ortodoksi keagamaan. Mereka dikecam sebagai sesat dan bahkan murtad. Beberapa di antara mereka dihukum mati atau diusir dari negerinya dan mencari suaka di luar negeri. An-Na'im sangat kritis terhadap praktik ini dan cenderung mengadopsi standar HAM Internasional mengenai hak berganti agama. Deklarasi Kairo mengenai kebebasan beragama dinilai berpihak *(partial)* karena ia dengan jelas mengabaikan hak kebebasan pindah agama.

Dalam konteks Indonesia, misalnya, hak kebebasan beragama dijamin oleh Undang-Undang Dasar 1945. Pasal 28E (1) menyatakan bahwa setiap orang memiliki hak untuk menganut agama dan beribadah sesuai dengan agamanya; dan (2) setiap orang memiliki hak kebebasan berkeyakinan, menyatakan pikiran, dan bersikap sesuai hati nuraninya. Meskipun pasal ini tidak mengatur hak kebebasan pindah agama, tetapi hukum membolehkan orang untuk pindah agama karena Indonesia telah meratifikasi ICCPR menjadi Undang-Undang 12/2005. Walaupun begitu, masalah ini tetap sensitif di kalangan mayoritas penduduk Muslim.

Menurut penafsiran tertentu, Syariat melarang pindah agama ketika seseorang telah menganut Islam sebagai agamanya. Pandangan ini berasal dari pemahaman harfiah terhadap ayat QS 2: 217: "*Barang siapa yang murtad di antara kamu dari agamanya, lalu dia mati dalam kekafiran maka mereka itulah yang sia-sia amalnya di dunia dan di akhirat dan mereka itulah penghuni neraka, mereka kekal di dalamnya*."

Untuk menciptakan keselarasan antara hukum Islam dan HAM, Saeed dan Saeed mengajukan "pembacaan ulang tradisi Islam dalam sinaran kepentingan dan keperluan modern" untuk sampai pada kesimpulan bahwa banyak pasal dalam Deklarasi Universal sejalan dan sesuai dengan

nilai-nilai dan tujuan-tujuan Syariat, termasuk hak kebebasan beragama.[23] Sejalan dengan sarjana "progresif" lainnya, Saeed dan Saeed berpendapat bahwa keluar dari Islam bukanlah kejahatan yang bisa dihukum di dunia ini, melainkan sebuah dosa yang hukumannya terletak pada kewenangan Tuhan di akhirat nanti.[24]

Pembahasan tentang hak kebebasan beragama dalam sinaran HAM Internasional di satu sisi dan dalam sinaran Syariat dan berbagai turunan hukum atau penafsirannya di sisi lain dengan jelas mengungkap persinggungan dan keselarasan antara keduanya dalam beberapa dimensi, sekaligus kontradiksi atau pertentangan antara keduanya dalam dimensi yang lain. Ditinjau dari kedudukannya sebagai hak yang tidak bisa dicabut *(nonderogability)*, hak kebebasan beragama diakui baik oleh Syariat maupun hukum internasional. Namun, dalam kenyataannya, terjadi konflik antara dua norma hukum itu mengenai hak pindah agama. Kebanyakan fukaha dan sarjana tidak sependapat dengan hak pindah agama atau keluar dari Islam. Kendati demikian, terdapat beberapa sarjana pula yang memahami masalah itu dengan cara yang berbeda, dan dengan itu menjustifikasi bahwa hak mengganti agama juga merupakan hak asasi manusia yang dijamin oleh Syariat. Bagi mereka, adalah kewenangan Tuhan untuk menetapkan hukumannya.

D. Hak-Hak Perempuan dan Masalah Terkait

Hak-hak perempuan merupakan salah satu HAM paling penting dan biasanya disebut sebagai kesetaraan gender. Salah satu masalah menonjol mengenai hak ini berkaitan dengan peran perempuan di ranah publik atau politik. Pada prinsipnya, hak-hak politik perempuan dalam diskursus Islam kontemporer masih kontroversial, meskipun telah terjadi perubahan-perubahan penting dalam persepsi tentang peran perempuan. Beberapa orang berpendapat bahwa perempuan tidak memiliki hak politik apa pun,

[23] Saeed dan Saeed, *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*, 13. Lihat juga Ali Mirmoosavi, "The Qur'an and Religious Freedom", dalam *Hermeneutics, Scriptural Politics and Human Rights*.

[24] Saeed dan Saeed, *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*, 13.

sedangkan yang lain menegaskan bahwa perempuan harus memiliki hak politik. Walaupun begitu, berdasarkan interpretasi tradisional terhadap Syariat, tugas utama perempuan adalah berkaitan dengan tanggung jawab domestik atau urusan rumah tangga.

Dalam analisis Mayer, Syariat—dalam bentuknya yang tekstual dan dalam penafsirannya oleh banyak sarjana Muslim, juga dalam banyak skema Islam tentang hak asasi manusia—tampaknya tidak memberikan hak-hak dan kebebasan yang sama bagi perempuan sebagaimana yang diberikan kepada kaum laki-laki. Tidak ada kesetaraan antara laki-laki dan perempuan dan oleh karena itu perempuan didiskriminasi dan diperlakukan secara timpang.[25] Tidak hanya ditinjau dari beberapa pasal dalam ICCPR dan terutama dalam Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) yang diberlakukan pada 1981, Syariat sendiri juga tampaknya memperlihatkan kontradiksi dalam dirinya dan hal ini terus menjadi masalah yang tak terselesaikan, apakah perempuan menurut aturan Syariat diberi kebebasan dan hak yang sama atau tidak. Di satu sisi, Syariat memberi kebebasan kepada perempuan untuk mengelola harta mereka sendiri dan menjalankan usaha atau bisnis mereka. Di sisi lain, perempuan harus diawasi oleh suaminya dalam melaksanakan berbagai kegiatan. Bahkan, perempuan harus tinggal di rumah dan hanya mengurus rumah tangga, kecuali mendapatkan izin dari suaminya untuk keluar rumah atau bekerja.[26] Kemenduaan ini menunjukkan adanya diskriminasi relatif atau tiadanya perlakuan yang sama dan adil antara perempuan dan laki-laki.

Masalah posisi dan hak yang tidak setara biasanya mengacu pada penafsiran tekstual terhadap ayat QS 4: 34, yang menyatakan: *"al-rijal qawwamuna 'ala al-nisa' bi ma faddala Allah ba'dhahum 'ala ba'd wa bi ma anfaqu min amwalihim"*—"Kaum laki-laki itu adalah pemimpin bagi kaum wanita, oleh karena Allah telah melebihkan sebagian mereka [laki-laki] atas sebagian yang lain [wanita], dan karena mereka [laki-laki] telah menafkahkan sebagian dari harta mereka."

25 Mayer, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, 123.
26 Mayer, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, 99.

E. Hukuman Pidana dan Hak-Hak Terkait

Masalah hukuman pidana dalam Syariat atau hukum Islam khususnya sangat erat terkait dengan HAM, seperti hak hidup (Pasal 6 ICCPR) dan kebebasan dari penyiksaan atau perlakuan dan hukum yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan (Pasal 7). Gagasannya ialah bahwa manusia harus diperlakukan sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaannya. Tidak dibolehkan untuk memperlakukan manusia secara kejam atau menghukum mereka hingga merendahkan kemanusiaan mereka.

Dalam konteks ini, Syariat sejalan dengan semangat dan nilai HAM tersebut. Pada prinsipnya, Syariat sangat menekankan martabat atau harga diri manusia. Ia melarang perlakuan kejam, tidak manusiawi, atau yang merendahkan manusia. Syariat, misalnya, melarang pembunuhan, bahkan dinyatakan bahwa orang yang membunuh satu jiwa sama seperti membunuh seluruh umat manusia. Hal ini menunjukkan bahwa Syariat meninggikan harkat kemanusiaan dan kesucian kehidupan. Deklarasi Kairo juga melarang penyiksaan atau hukuman yang kejam dan tidak manusiawi (Pasal 20).

Walaupun begitu, beberapa jenis hukuman pidana dalam Syariat (Al-Quran dan Hadis) dan hukum Islam dipandang bertentangan dengan hukum HAM. Misalnya, hukuman seperti amputasi atau potong tangan, rajam, penyaliban, dan bahkan hukuman mati tampaknya melanggar Pasal 7 ICCPR. Praktik hukuman pidana di beberapa negara Muslim juga dipandang sebagai pelanggaran terhadap prinsip-prinsip HAM.

Berbagai jenis hukuman pidana telah dikaji secara kritis oleh para sarjana HAM. Hukuman *hudud* umumnya diberikan untuk enam jenis tindakan kriminal: potong tangan untuk pencurian *(sariqah)*; hukuman mati, penyaliban, atau potong tangan dan kaki atau pengusiran untuk pemberontakan atau perampokan *(hirabah)*; rajam sampai mati untuk perzinaan *(zina)*; 80 kali cambuk untuk tuduhan perzinaan *(qadhf)*; 40 atau 80 kali cambuk untuk meminum minuman memabukkan *(syurb al-khamr)*; dan hukuman mati untuk keluar dari Islam *(riddah)*. Hukuman-hukuman ini telah ditentukan dalam Al-Quran dan diadopsi oleh para fukaha ke

dalam hukum Islam. Tentu saja terdapat konsensus di kalangan fukaha dan ulama/sarjana dalam beberapa hal tentang jenis-jenis tindak kriminal dan hukumannya, meskipun ada banyak penafsiran yang lebih terbuka dan liberal di kalangan para sarjana lainnya. Bagi kalangan yang terakhir ini, adalah sebuah keharusan untuk menafsirkan kembali tindakan kriminal dan hukumannya dalam sinaran hukum internasional tentang HAM. Hanya melalui usaha inilah prinsip-prinsip dan ajaran-ajaran fundamental dari Syariat dapat sejalan atau selaras dengan prinsip dan hukum HAM Internasional.[27]

F. Kesimpulan

Pembahasan di atas mengungkapkan beberapa hal penting. Pada prinsipnya, Syariat mengandung nilai dan ajaran tentang kemanusiaan, harkat manusia, dan hak asasi manusia yang selaras dengan prinsip dan ketentuan dokumen HAM Internasional. Baik Syariat maupun HAM Internasional menjunjung harkat dan martabat manusia. Keduanya sama-sama berpandangan bahwa memperlakukan atau menghukum manusia hingga merendahkan harkat manusia sebagai manusia itu sangat dilarang.

Syariat dan HAM juga menjamin kebebasan dan hak-hak manusia. Misalnya, seperti dinyatakan dalam Al-Quran, manusia harus bebas dari perbudakan. Memperbudak manusia juga dilarang. Manusia juga harus memiliki hak hidup dan mendapatkan perlindungan dari segala perlakuan sewenang-wenang yang merendahkan kemanusiaan mereka. Selain itu, manusia memiliki hak kebebasan beragama dan hak untuk mengekspresikan agama atau keyakinan mereka di lingkungan masyarakat atau dalam kehidupan pribadi. Semuanya itu sesuai dengan prinsip dan ketentuan HAM.

Walaupun begitu, dalam banyak hal, terdapat pertentangan antara Syariat atau hukum Islam dan HAM. Mengenai kebebasan berganti agama, terdapat perbedaan di antara keduanya. Syariat melarang pindah agama dan memandangnya sebagai *riddah* (murtad) dan mengancam pelakunya dengan hukuman mati menurut hukuman yang ditentukan dalam hukum

[27] Untuk pembahasan tentang masalah ini, lihat An-Na'im, *Towards an Islamic Reformation*.

Islam tradisional. ICCPR memasukkan hak berganti agama ke ketentuan hak asasi manusia. Ini merupakan satu dari beberapa hal yang membedakan antara Syariat dan HAM.

Mengenai hak-hak perempuan, terdapat pula konflik antara Syariat dan HAM. Secara tradisional, tampak bahwa Syariat menempatkan perempuan di bawah dominasi laki-laki. Dalam teori dan praktik, perempuan sering dianggap telah didiskriminasi. Mereka tidak memiliki hak-hak yang sama seperti laki-laki di ranah publik. Namun, dengan kemunculan aktivis dan sarjana Muslim "feminis", kesetaraan gender pun berkembang sehingga ada upaya untuk menafsirkan Syariat atau hukum Islam agar lebih sesuai dengan semangat kesetaraan laki-laki/perempuan sebagai sesama manusia.

Tentang hukuman pidana, ada perbedaan antara Syariat dan hukum HAM. Syariat dan hukum Islam menetapkan beberapa jenis hukuman pidana yang dianggap bertentangan dengan hukum HAM. Hal ini dapat dipandang demikian sepanjang hukuman seperti rajam, amputasi, dan hukuman mati dianggap sebagai hukuman yang kejam dan merendahkan harkat kemanusiaan. Namun, sesungguhnya terdapat semangat esensial dari Syariat dalam menghormati dan melindungi kehidupan manusia dari berbagai perlakuan atau tindakan kejam, seperti penyiksaan atau bahkan pembunuhan, sebagaimana yang ditentukan dalam dokumen-dokumen HAM.

Akhirnya, penting untuk membaca dan menafsirkan ulang Syariat dan hukum Islam dalam keadaan dan lingkungan kontekstualnya dalam rangka menemukan pemahaman baru mengenai prinsip-prinsip dan jenis-jenis ketentuan hukum baru yang sejalan dan selaras dengan semangat penghormatan terhadap harkat dan martabat manusia danHAM itu sendiri. Beberapa sarjana Muslim seperti An-Na'im, Baderin, dan Saeed telah mengajak para sarjana lainnya untuk mempertimbangkan penyesuaian tafsir atas Syariat selaras dengan kebutuhan-kebutuhan yang terus berubah dari dunia kontemporer dalam hal penghormatan dan perlindungan HAM. []

Daftar Pustaka

Afshari, Reza. 1994. "An Essay on Islamic Cultural Relativism in the Discourse of Human Rights". *Human Rights Quarterly* 16, 2 (Mei): 235—276.

Akbarzadeh, Shahram dan Benjamin MacQueen. 2008. *Islam and Human Rights in Practice: Perspectives across the Ummah*. London: Routledge.

Baderin, Mashood A. 2003. *International Human Rights and Islamic Law*. Oxford: Oxford University Press.

Bielefeldt, Heiner. 1995. "Muslim Voices in the Human Rights Debate", *Human Rights Quarterly* 17, 4.

Brohi, A.K. 1982. "Human Rights and Duties in Islam", *Islam and Contemporary Society*, ed. Saleem Azzam. New York: Longman.

Dalacoura, Katherina. 2007. *Islam, Liberalism and Human Rights: Implications for International Relations*. Edisi ketiga. London: I.B. Taurus.

Dawood, N.J. 1974. *The Koran*. Edisi revisi keempat. Maryland: Penguin Books.

Donnelly, Jack. 2007. "The Relative Universality of Human Rights". *Human Rights Quarterly* 29: 281—306.

Hassan, Riffat. 1996. "Religious Human Rights and the Qur'an". *Emory International Law Review* 10, 1 (Musim semi).

Al-Jabri, Muhammad Abed. 2009. *Democracy, Human Rights, and Law in Islamic Thought*. London: I.B. Tauris.

Lindholm, Tore dan Kari Vogt (eds.). 1993. *Islamic Law Reform and Human Rights: Challenges and Rejoinders*. Oslo: Nordic Human Rights Publication.

Mayer, Ann Elizabeth. 1999. *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*. Boulder, Colorado: Westview.

Moussalli, Ahmad S. 2001. "The Classical and Medieval Roots of Al-Huquq Al-Shar'iyyah and Its Modern Islamic Conceptions as Human Rights". Dalam Ahmad S. Moussalli, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism and Human Rights.* Gainesville: University Press of Florida.

An-Na'im, Abdullahi Ahmed. 1990. *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*. New York: Syracuse University Press.

An-Na'im, Abdullahi Ahmed. 2008. *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Sharia.* Cambridge dan London: Harvard University Press.

Panikkar, Raimundo. 1989. "Is the Notion of Human Rights a Western Concept", *Breakthrough* (Musim semi).

Sachedina, Abdulaziz. 2009. *Islam and the Challenge of Human Rights.* Oxford: Oxford University Press.

Tibi, Bassam. 1994. "Islamic Law/Sharia, Human Rights, Universal Morality and International Relation", *Human Rights Quarterly* 16, 2 (Mei): 277—299.

Saeed, Abdullah dan Hassan Saeed. 2004. *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*. Farnham, UK: Ashgate.

BAB 6

Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia: Sebuah Pengantar tentang Sejarah, Proses, Penyusunan, Ketentuan-Ketentuan Penting, dan Warisannya

Brett G. Scharffs
International Center for Religion and Law Study,
J. Reuben Clark Law School
Birgham Young University, Amerika Serikat

A. Pendahuluan

Bab ini adalah sebuah pengantar singkat mengenai dokumen Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia (DUHAM). Pengantar ini berfokus untuk menjelaskan tentang tujuan dibuatnya dokumen, konteks yang melatarbelakangi dibuatnya dokumen, proses penyusunannya, dan juga beberapa ketentuan penting di dalamnya. Bab ini juga menjelaskan beberapa instrumen HAM Internasional yang dibuat di atas fondasi DUHAM serta penjelasan tentang peranan PBB dan lembaga masyarakat sipil dalam upaya pemajuan dan perlindungan HAM, termasuk di dalamnya kebebasan beragama dan berkeyakinan.

Pada 10 Desember 1948, Majelis Umum PBB secara bulat bersepakat untuk mengadopsi Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia. Profesor Mary Ann Glendon dari Universitas Harvard menjelaskan nilai penting dari peristiwa ini dalam bukunya, *A World Made New*. Dia menjelaskan bahwa "Ruang moralitas yang ada dalam hubungan internasional tiba-tiba berubah karena satu peristiwa yang terjadi pada tengah malam di Paris … ketika seluruh anggota Majelis Umum PBB secara bulat bersepakat untuk mengadopsi Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia".[1] Malah, pada saat masing-masing utusan negara anggota sidang Majelis Umum secara bergantian memaparkan pendapatnya tentang arti penting dari keputusan

1 Glendon, M.A. (2001). *A World Made New. xv.*

bersejarah yang akan diambil tersebut, hari telah berganti menjadi 11 Desember dini hari saat keputusan itu akhirnya disahkan.

Ada beberapa hal penting yang harus dipahami terkait dengan sejarah dan latar belakang adanya Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia. *Pertama,* proses ini bisa berjalan berkat adanya dorongan dari negara-negara kecil dan berbagai lembaga masyarakat sipil dari seluruh dunia. Saat ini, beberapa pengamat menganggap bahwa hak asasi manusia adalah nilai-nilai dari Barat yang dipaksakan untuk diterapkan di negara berkembang, tetapi pendapat itu tidak sejalan dengan fakta sejarah tentang proses dan alasan disusunnya instrumen-instrumen hak asasi manusia sebagaimana akan dijelaskan berikut ini. Malah, yang sesungguhnya terjadi adalah persis sebaliknya.

Kedua, kesempatan yang tersedia untuk bisa mewujudkan Deklarasi Umum HAM pada saat itu sangatlah sempit. Tenggang waktu antara berakhirnya Perang Dunia II dan dimulainya masa Perang Dingin antara blok Barat dan blok Timur saat itu sangat singkat. Dalam kesempatan yang sangat singkat itu, Desember 1948 tercatat sebagai saat yang tepat secara politis untuk bisa melahirkan kesepakatan semacam itu dan pada akhirnya bisa disetujui oleh semua negara anggota.

Ketiga, proses terbentuknya instrumen ini bukanlah hasil dari angan-angan teoretis belaka, melainkan merupakan hasil identifikasi dari berbagai praktik dan norma yang banyak berlaku di masyarakat di berbagai belahan dunia. Proses penyusunan dokumen deklarasi umum ini dimulai dan banyak dipengaruhi oleh tinjauan terhadap berbagai instrumen perlindungan hak yang sudah ada sebelumnya seperti Magna Carta, French Declaration of the Rights of Man, dokumen amendemen konstitusi Amerika Serikat, dan berbagai macam dokumen sejenis. Pada saat draf pertama dari dokumen deklarasi umum ini jadi, panjangnya sampai lima ratus halaman yang sebagian besar isinya merupakan catatan-catatan kaki yang merujuk berbagai macam instrumen perlindungan hak dari berbagai negara.

Keputusan untuk mengadopsi DUHAM merupakan puncak keberhasilan yang dicapai oleh Eleanor Roosevelt dalam hidupnya. Meski demikian, upaya besar yang dilakukannya sebagai ketua komite penyusunan draf DUHAM ini sedikit sekali disebutkan dalam biografi ataupun rekaman-rekaman dokumenter yang dibuat mengenai dirinya.

B. Tujuan dari Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia

Tujuan utama dari disusunnya dokumen DUHAM adalah untuk menjadi standar terhadap hak-hak yang diakui secara global. Dokumen ini dirancang agar pembacanya bisa dengan mudah mengidentifikasi serangkaian pedoman yang ada di dalamnya, yang dibuat dengan cara yang sangat sederhana, sangat jelas, dan sangat mudah dipahami, demikian sederhananya sehingga tidak ada satu pun negara berdaulat yang bisa mengelak dari tugas untuk melindungi hak-hak yang disebutkan dalam dokumen ini. Negara yang terhormat dan berdaulat akan merasa sangat malu jika tidak sanggup menerapkan prinsip-prinsip dalam DUHAM ini di dalam wilayah kedaulatannya.

Terkadang norma-norma hak asasi manusia dalam kajian skala internasional dijelaskan dengan gagasan-gagasan yang terlalu idealis, samar, dan menggunakan prinsip yang hanya bisa dipahami oleh orang-orang tertentu. Namun, tidak demikian dengan DUHAM. Dokumen ini bukanlah dokumen yang dibuat oleh orang-orang yang terlalu idealis, melainkan disusun oleh para negarawan yang telah melalui neraka peperangan; tidak hanya Perang Dunia II, tetapi juga Perang Dunia I. Mereka telah menyaksikan akibat mengerikan dari aksi imperialisme Jepang dan juga upaya pemusnahan ras Yahudi oleh Nazi Jerman. Mereka ini adalah sekelompok orang yang telah melalui masa-masa sulit yang tidak pernah kita alami di masa sekarang sehingga jika saat ini ada orang yang mengatakan bahwa dokumen DUHAM adalah produk dari romantisme belaka, pernyataan tersebut bisa dianggap sangat melecehkan jasa-jasa para negarawan tersebut. Meskipun sekelompok orang ini bukanlah orang-orang idealis yang naif, mereka tetap mempunyai idealisme yang tinggi dalam menyusun dokumen ini, yaitu idealisme yang ditempa oleh pengalaman pahit di masa Perang Dunia I dan II.

Proses penyusunan draf dan perdebatan yang terjadi pada saat itu sangatlah beragam dan inklusif. Perlu diingat bahwa yang melakukan hal tersebut bukanlah sekelompok kecil penyusun saja, melainkan mereka juga melibatkan sebanyak mungkin orang dari berbagai kalangan. Salah satu

tujuan penting dari disusunnya dokumen ini adalah untuk mewadahi suara dari kaum lemah. Lagi pula, DUHAM menekankan hak-hak yang bisa dituntutkan oleh seseorang kepada pemerintah atau negaranya agar hak tersebut bisa dipenuhi. Dokumen ini secara khusus juga memberi batasan kepada negara atau penguasa tentang cara memperlakukan subjek di dalam yurisdiksinya. Yang lebih penting, dokumen ini memperkenalkan ide bahwasanya manusia juga adalah subjek hukum internasional dan bukan hanya negara.

Sejak adanya Persetujuan Westphalia, hukum internasional cenderung dipandang sebagai masalah hubungan antarnegara dan mulailah muncul pemisahan hubungan di antara masing-masing negara. Walaupun begitu, dokumen deklarasi ini tidak hanya sekadar memperkenalkan ide bahwa manusia juga berfungsi sebagai subjek hukum internasional, tetapi juga mengikis anggapan yang sudah berkembang lama bahwa hukum internasional hanya sebatas masalah hubungan antarnegara dan juga menghapuskan klaim yang mengatakan bahwa hak asasi manusia hanya permasalahan domestik suatu negara.

C. Latar Belakang dan Proses Penyusunan Dokumen DUHAM

Ketika Piagam PBB mulai disusun pada 1945, negara-negara besar seperti Amerika Serikat, Inggris, dan Uni Soviet tidak terlalu tertarik untuk terlibat dalam proyek perlindungan hak asasi manusia. Piagam PBB memang menyebutkan sedikit tentang perlindungan hak asasi manusia, tetapi tidak ada penjelasan mendetail mengenai hal itu di dalamnya. Negara-negara Sekutu menekankan jargon bahwa perang adalah upaya untuk memperjuangkan kemerdekaan dan mempertahankan demokrasi. Namun, negara-negara yang sangat merindukan adanya kemerdekaan seperti itu lambat laun malah melupakan gambaran kemerdekaan ideal yang mereka idam-idamkan.

Pada masa pasca-Perang Dunia II, Amerika Serikat tidak terlalu tertarik dengan ide HAM karena di dalam negerinya sendiri terdapat banyak permasalahan terkait isu ras. Amerika Serikat mempunyai masalah

segregasi dan diskriminasi ras yang meluas di dalam negerinya. Deklarasi dokumen perlindungan hak asasi manusia pada saat itu dipandang oleh pemerintah AS akan bisa memberikan peluang bagi kelompok minoritas untuk menuntut perlindungan bagi terwujudnya kesetaraan ras. Uni Soviet pada saat itu juga tidak berminat dengan ide perlindungan hak asasi manusia karena ideologi komunisme menyatakan bahwa kepentingan bersama lebih diutamakan daripada kepentingan/hak-hak individu. Demikian juga dengan Inggris Raya yang pada saat itu tidak tertarik dengan ide perlindungan hak asasi manusia karena mereka sedang berusaha keras mempertahankan wilayah kolonialnya. Pada saat yang sama, sebagian besar negara pendukung dibuatnya deklarasi umum perlindungan hak asasi manusia adalah negara-negara yang pada saat itu tengah mengalami penjajahan imperialis.

Carlos Romulo dari Filipina, seorang negarawan, diplomat, dan jurnalis, mengatakan bahwa dia akan tetap teguh untuk menyuarakan isu-isu tentang martabat manusia di muka bumi. Dia mengatakan "saat itu saya dianggap sebagai orang yang menjengkelkan, pengganggu, bahkan dianggap sebagai hama. Saya hilir mudik di koridor, mengajak diskusi para delegasi, hingga memepet para delegasi yang tidak mau bertemu saya hingga ke lobi hotel dan toilet pria."[2] Kutipan kisah ini menunjukkan bahwa sentimen positif yang disuarakan oleh negara-negara pendukung harus disampaikan dengan keteguhan tinggi, pembelaan yang kuat dan tanpa henti agar bisa mengubah persepsi yang saat itu dimiliki oleh negara-negara besar agar mereka bisa kembali mengingat jargon awal saat mereka masuk ke peperangan, yaitu untuk membela kemerdekaan dan demokrasi. Untuk memperkuat upaya ini, foto-foto mengerikan yang didapat dari kamp konsentrasi Nazi mulai banyak dicetak dan disebarkan sehingga pada akhirnya Amerika Serikat dengan berat hati menyetujui untuk membentuk komisi khusus hak asasi manusia.

Presiden Harry Truman bersikeras menunjuk Eleanor Roosevelt, janda dari mendiang Presiden Franklin Delano Roosevelt, untuk bergabung menjadi delegasi AS di PBB. Banyak yang menentang keputusan Presiden tersebut karena Eleanor Roosevelt dianggap tidak mempunyai

[2] Id., 12.

pengalaman dalam hubungan internasional. Ada juga yang menentang karena Eleanor Roosevelt dianggap berpandangan liberal dan suka menyuarakan pendapatnya dengan terus terang. Yang menarik, Eleanor Roosevelt juga adalah seorang kolumnis yang menulis kolom mingguan di sebuah majalah wanita terkenal pada saat itu. Dalam tulisannya, Eleanor menyampaikan ide-ide serta agenda liberal, proserikat kerja, prokaum buruh, properempuan, dan bahkan dia sering mengkritik kebijakan yang diambil oleh pemerintah dan suaminya pada saat menjadi presiden. Meski demikian, Franklin Roosevelt tidak melarang istrinya menulis di majalah tersebut, dia hanya berseloroh bahwa doa yang dia panjatkan setiap hari adalah "Ya Tuhan, tolong buat Eleanor lelah."[3]

Bisa dipahami bahwa Eleanor Roosevelt pada saat itu adalah sebuah motor penggerak yang kuat. Dia adalah seseorang yang luar biasa, berkemauan ekstrakeras, cerdas, dan bisa berdiplomasi yang akhirnya bisa membalikkan semua keraguan yang ditujukan kepadanya. Meski demikian, Eleanor Roosevelt sendiri sering mengungkapkan keraguannya apakah dia sanggup untuk memimpin proyek penyusunan draf DUHAM. Pada saat itu, dia juga sedang dalam masa berkabung karena suaminya yang baru tiada dan dia harus mengurus anak-anaknya sendirian. Terlebih lagi pada saat itu kondisi keuangan keluarganya belum cukup mapan meskipun mendiang suaminya adalah seorang presiden.

Akan tetapi, dengan segala kendala dan keraguan yang muncul dalam dirinya, ketika dia akhirnya setuju untuk menjadi ujung tombak proyek hak asasi manusia ini, Eleanor mencurahkan seluruh tenaga dan perhatiannya serta bekerja keras di dalam proyek ini. Dia mengoptimalkan proses persiapan dan kemampuannya mengorganisasi sebuah proyek untuk menutupi kekurangannya dalam hal pengalaman dan pengetahuan praktis di bidang ini. Dengan kemampuannya tersebut, dia bisa membuktikan bahwa dirinya adalah seorang perempuan yang kuat dan menjadi aset berharga bagi delegasi AS dan juga PBB dalam perannya saat menyusun DUHAM.

Strategi diplomasi paling efektif yang dia gunakan adalah dengan cara mengundang tokoh-tokoh kunci untuk hadir di rumahnya. Eleanor

[3] Id., 22.

mempunyai sebuah rumah berukuran sedang di Washington Square Park di Greenwich Village yang sering dia gunakan untuk mengundang anggota komisi untuk datang, menikmati teh, dan berdiskusi tentang masalah-masalah tertentu, tetapi itu semua selalu diarahkan sebagai ajang pembukaan untuk negosiasi masalah-masalah yang serius. Pada saat pembicaraan resmi dimulai di forum resmi, sebagian besar delegasi sudah memiliki kesamaan pendapat karena sudah didahului dengan pertemuan informal tersebut dan komisi bisa melanjutkan tugasnya dengan lebih cepat dalam memperoleh hasil yang diinginkan.

Terdapat perwakilan dari delapan belas negara yang ditunjuk sebagai anggota Komisi Hak Asasi Manusia dan bertugas untuk menyusun draf dokumen deklarasi umum hak asasi manusia. Mereka berasal dari Australia, Belgia, Belarusia, Chile, Tiongkok, Mesir, Prancis, India, Iran, Lebanon, Panama, Filipina, Ukraina, Uni Soviet, Inggris, Amerika Serikat, Uruguay, dan Yugoslavia. Komposisi asal negara anggota komisi ini dipilih dengan berhati-hati dan luar biasa. Ada anggota yang berasal dari negara demokrasi barat dan ada yang berasal dari negara sosialis Uni Soviet: negara selatan serta negara utara; negara berkembang serta negara maju; negara berpenduduk mayoritas Kristen dan yang berpenduduk mayoritas Islam. Bisa dikatakan, komposisi anggota komisi HAM ini sudah sangat lengkap dan seimbang sehingga sulit dicari tandingannya.

Eleanor Roosevelt terpilih menjadi Ketua Komisi HAM dan pada awal tugasnya kedelapan belas anggota delegasi menyadari bahwa untuk menyusun draf dokumen dengan lebih efisien harus dibentuk sebuah tim yang lebih kecil. Oleh karena itu, dibentuklah tim penyusun draf yang anggotanya adalah Eleanor Roosevelt (sebagai Ketua Komisi), Charles Malik (seorang filsuf dan diplomat dari Lebanon yang bertugas sebagai Sekretaris Komisi), dan P.C. Chang (seorang filsuf, diplomat, dan penulis drama dari Tiongkok yang bertugas sebagai Wakil Ketua Komisi). Ketiga orang tersebut dibantu oleh John Humphrey, seorang ahli hukum internasional dari Kanada yang ditugaskan sebagai Direktur Divisi HAM di Sekretariat Jenderal PBB. Kemudian, setelah beberapa saat, anggota komisi penyusun draf bertambah dengan masuknya Rene Cassin, seorang genius di bidang hukum yang berasal dari pasukan kemerdekaan Prancis;

Kolonel Hodgson dari Australia; Hernan Santa Cruz dari Chile; Geoffrey Wilson yang mewakili Inggris; dan Vladimir Koretsky sebagai perwakilan Uni Soviet.[4]

Dalam waktu hampir 2 tahun, anggota komisi penyusunan draf dan anggota komisi HAM secara keseluruhan berkali-kali berdebat dan merevisi draf dokumen hingga akhirnya muncullah bentuk akhir dokumen Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia. Dokumen tersebut dibahas dalam berbagai komite dan melalui berbagai *voting* sampai akhirnya disetujui di sidang Majelis Umum PBB.

D. Pasal-Pasal Kunci

Pada bagian preambul dari proklamasinya, Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa deklarasi ini adalah:

> Sebuah standar umum untuk keberhasilan bagi semua bangsa dan semua negara, dengan tujuan agar setiap orang dan setiap badan di dalam masyarakat, dengan senantiasa mengingat Deklarasi ini, akan berusaha dengan cara mengajarkan dan memberikan pendidikan guna menggalakkan penghargaan terhadap hak-hak dan kebebasan-kebebasan tersebut, dan dengan jalan tindakan-tindakan yang progresif yang bersifat nasional ataupun internasional, menjamin pengakuan dan penghormatannya yang universal dan efektif ….[5]

Sebenarnya setiap kata yang ada di dalam kutipan di atas mempunyai nilai penting. Deklarasi ini merupakan "sebuah standar umum untuk keberhasilan" yang bisa diterapkan di mana saja, oleh siapa saja, *dan* oleh bangsa mana pun. Kalimat tersebut menunjukkan bahwa setiap individu memiliki tanggung jawab untuk menyadari dan memahami apa makna dari hak-hak yang ada dalam dokumen ini. Lebih jauh lagi, bagian ini menekankan bahwa upaya pendidikan di bidang hak asasi manusia harus disebarluaskan baik di tataran internasional maupun nasional.

[4] Perwakilan Soviet berganti beberapa kali sepanjang proses penyusunan draf, antara lain: Valentin Tepliakov, Alexander Bogomolov, dan Alexei Pavlov.

[5] Universal Declaration of Human Rights (UDHR) Introductory Proclamation, 10 Desember 1948.

Pada pendahuluan juga ada bagian yang perlu diperhatikan:

> Penghormatan pada martabat manusia, kesetaraan, dan pemenuhan semua hak yang tidak dapat dicabut dari seluruh manusia di muka bumi adalah dasar dari semua kemerdekaan, keadilan, dan perdamaian di muka bumi.
>
> Pengabaian dan memandang rendah hak asasi manusia telah mengakibatkan tindakan bengis yang jauh dari hati nurani manusia normal ….
>
> Penting untuk diingat, agar orang tidak berpikir untuk mencari jalan lain, atau bahkan memberontak melawan tirani dan penindasan sebagai bentuk akhir perlawanan, Hak Asasi Manusia harus dilindungi dengan undang-undang ….[6]

Bagian pertama menjelaskan tentang ide-ide kunci, bagian kedua melihat sejarah ke belakang, dan bagian ketiga melihat ke depan.

Satu ide penting dalam dokumen ini adalah bahwasanya penghormatan pada martabat manusia, kesetaraan, dan pemenuhan semua hak yang tidak dapat dicabut dari seluruh manusia di muka bumi adalah dasar dari semua kemerdekaan, keadilan, dan perdamaian di muka bumi. Ini adalah kalimat yang memiliki makna sangat dalam. Pada pendahuluan disebutkan bahwa martabat seorang manusia bukanlah sesuatu yang disematkan oleh negara pada seseorang, melainkan sudah melekat sejak seseorang dilahirkan. Demikian halnya, hak-hak yang tidak dapat dicabut dari seorang manusia juga melekat pada diri setiap manusia sejak dia lahir dan hak itu bukanlah pemberian dari seseorang atau pemerintah. Terakhir, adanya pengakuan tentang manusia bahwa semua orang yang lahir di mana pun adalah bagian dari keluarga besar manusia di muka bumi sehingga harus diakui segala kebutuhan dan hubungan kekerabatannya seperti halnya umat manusia lainnya. Ide-ide di atas sangatlah penting karena, sebagaimana dinyatakan di bagian preambul, semuanya menjadi fondasi bagi kemerdekaan, keadilan, dan perdamaian.

---

6 Id., Preambul.

Melihat ke masa lalu, pendahuluan DUHAM menyatakan bahwa "pengabaian dan memandang rendah hak asasi manusia telah mengakibatkan tindakan bengis yang jauh dari hati nurani manusia normal …."[7] Kalimat tersebut erat kaitannya dengan kejadian mengerikan yang terjadi pada masa Perang Dunia II.

Melihat ke masa depan, pendahuluan DUHAM menyatakan "penting untuk diingat, agar orang tidak berpikir untuk mencari jalan lain, atau bahkan memberontak melawan tirani dan penindasan sebagai bentuk akhir perlawanan, hak asasi manusia harus dilindungi dengan undang-undang."[8] Ini adalah bentuk pemikiran yang memandang jauh ke depan tentang alasan di balik pentingnya hak asasi manusia, karena jika tidak terpenuhi, masyarakat tidak akan punya alternatif lain selain melakukan pemberontakan melawan tirani dan pemerintah yang represif. Kalimat tersebut bisa jadi peringatan keras bagi pemerintahan suatu negara dan rezim yang menolak untuk melindungi hak asasi manusia.

Pasal 1 dalam dokumen ini berisi pernyataan yang disusun dengan sangat berhati-hati tentang ciri-ciri hak asasi manusia, juga memuat kerangka pemikiran dasar yang dibutuhkan untuk memahami hak asasi manusia dan bagaimana cara memahaminya. Hal ini menjadi dasar dari semua yang disebut "diskursus hak asasi manusia". Pasal 1 menyatakan bahwa, "Semua orang di muka bumi dilahirkan merdeka serta mempunyai hak dan martabat yang sama. Manusia dikaruniai akal dan hati nurani dan hendaknya memperlakukan sesama manusia dengan semangat persaudaraan."[9] Bagian terpenting deklarasi yang bisa membuka pintu perundingan antara pemerintah, pemimpin agama, dan politisi tentang kebebasan beragama itu hampir semuanya tertulis di dalam pasal ini. Kemerdekaan, persamaan derajat, hak, dan martabat adalah hal dasar yang dimiliki umat manusia sebagai akibat dari keistimewaan manusia dibandingkan dengan makhluk lain dan statusnya di muka bumi. Setiap manusia lahir dengan diberkahi kemampuan berpikir, dengan kesadaran, dan setiap orang di muka bumi memiliki kewajiban yang sama untuk memperlakukan orang lain selayaknya saudara sendiri. Itu adalah dasar dari

7 Id.
8 Id.
9 Id. art. 1.

hak asasi manusia, yaitu martabat manusia, kesetaraan, dan kemerdekaan serta pemahaman bahwa semua manusia terlahir dengan kemampuan berpikir, memiliki kesadaran dan kewajiban saling menghormati dan memperlakukan orang lain dengan semangat persaudaraan.

Pasal 1 meletakkan kerangka berpikir dalam diskursus hak asasi manusia. Bagian ini memberikan penjelasan tentang istilah-istilah yang sering digunakan dalam topik hak asasi manusia, menjabarkan konsep-konsepnya sehingga bisa digunakan dalam mengomunikasikan ide-ide hak asasi manusia. Ketika seseorang hendak menyebarkan gagasan tentang hak asasi manusia kepada masyarakat di sekitarnya, metode terbaik adalah dengan menggunakan cara yang paling sederhana, paling jelas, dan paling dasar. Ini memang terdengar idealis, tetapi hal itu dilakukan berdasarkan pemahaman mendalam tentang sifat dasar manusia dan hubungan antar-umat manusia. Bisa dikatakan, semua informasi penting yang terkait dengan hukum hak asasi manusia berakar dari Pasal 1 dalam dokumen ini.

Konsep hati nurani yang ada di dalam Pasal 1 juga menarik untuk dibahas. Dimasukkannya konsep hati nurani ke dokumen ini pada awalnya adalah ide dari delegasi Tiongkok, P.C. Chang.[10] Dia mengusulkan untuk memasukkan konsep tentang *ren* (仁), yaitu sebuah konsep Tionghoa yang berasal dari karakter huruf untuk menuliskan kata orang. Secara harfiah, *ren* bisa dipahami sebagai seseorang yang memiliki dua kesadaran, gabungan dari kata orang (人) dan dua (二) sehingga gabungan huruf ini bisa dimaknai 'memiliki empati atau kesadaran bahwa ada orang lain yang selalu menyertainya, kemanusiaan, dan kebajikan'. Karakter huruf itu kemudian diterjemahkan sebagai 'hati nurani', meskipun kata hati nurani itu tidak bisa sepenuhnya menangkap konsep dari kata *ren* yang dimaksud. Hati nurani seperti halnya kesadaran adalah kapasitas yang bekerja di dalam diri manusia. Kata kiasan yang sering digunakan untuk hati nurani antara lain cahaya batin, suara hati, dan jiwa. Semua kiasan itu menggambarkan kerja di dalam pikiran atau perasaan seseorang, sedangkan *ren* secara konsepnya merupakan kerja aktif yang berorientasi keluar dari tubuh seseorang atau melibatkan orang selain dirinya sendiri.

10 Glendon, catatan kaki 1, 67—68.

Memang ada ide yang tidak tertangkap akibat keterbatasan kosakata dalam penerjemahan, tetapi konsep dasar dari kalimat di atas bisa dipahami, yaitu manusia harus memperlakukan sesama manusia dengan cara dan semangat persaudaraan. Konsep yang tertuang dalam dokumen ini bisa dikatakan adalah terjemahan yang paling dekat dari arti *ren* yang sesungguhnya.

Konsep *ren* adalah dasar pokok dari filosofi konfusianisme. Lo Chung-Shu mengatakan bahwa "Konsep etika dasar dari hubungan sosiopolitik di Tiongkok adalah memenuhi kewajiban yang harus dilakukan pada lingkungan sekitarnya sebelum berharap mendapatkan haknya".[11] Dia menjelaskan konsep *ren* sebagai 'sikap simpatik yang didasari kesadaran bahwa semua orang di sekelilingnya juga mempunyai keinginan yang sama untuk mendapatkan hak-hak yang sama, sama seperti dirinya menginginkan haknya untuk dipenuhi'.[12] Konsep ini bisa berjalan jika penguasa memenuhi kewajiban *ren* dengan menjaga harmoni sosial kemasyarakatan dan anggota masyarakat memenuhi kewajibannya masing-masing untuk berbuat kebaikan ke lingkungan sekitarnya atau disebut *xiao* (孝), yang juga bisa diterjemahkan sebagai 'loyalitas'. Xun Zi berkeyakinan bahwa konsep *ren* sangatlah penting untuk membentuk sistem pemerintahan yang baik dan bisa mempersatukan masyarakat.

Saat membahas tentang topik hak asasi manusia, terutama dalam konteks Asia, perlu untuk menggarisbawahi pengertian dasar *ren* dan menjelaskan bagaimana keterbatasan kosakata dalam penerjemahan dapat mengikis kecurigaan terhadap konsep hak asasi manusia yang tidak beralasan dari para pendengar. Meskipun berasal dari kosakata Tionghoa, konsep yang ada di belakang kata *ren* ini sebenarnya bisa dijumpai tidak hanya di budaya masyarakat Asia, tetapi di berbagai kelompok masyarakat di daerah lain, juga termasuk di Afrika dan masyarakat di Pasifik Selatan. Konsep *ubuntu* yang berasal dari daerah Afrika Selatan juga memiliki pengertian yang hampir sama dengan konsep *ren* di Tiongkok. Kata *ubuntu* juga sulit untuk diterjemahkan secara harfiah ke bahasa Inggris. Namun, masyarakat Afrika memahami *ubuntu* sebagai konsep sesuatu yang harus dilakukan agar seseorang bisa menjadi manusia seutuhnya,

11 Id., 75.
12 Id., 75—76.

hal itu bisa menghubungkan satu manusia dengan manusia lainnya.[13] *Ubuntu* mencerminkan kedermawanan manusia dan juga hubungan erat yang dibangun antarsesama manusia, jika diterjemahkan secara literal bisa diartikan sebagai 'kemanusiaan'. Di masyarakat Samoa ada konsep seperti *fa'aaloalo* (menghormati) atau *alofa* (mencintai) yang hampir sama dengan konsep *ren*. Konsep-konsep itu terwujud dalam hubungan sosial, mewarnai pola pikir masyarakat dan cara pandang mereka terhadap konsep hak asasi manusia.[14]

Ada yang berpendapat bahwa filosofi konfusianisme lebih menekankan pada hubungan antarmanusia dan kewajiban manusia dan keduanya tidak bisa cocok dengan sistem hukum yang berdasarkan pada pemenuhan hak. Namun, perlu diingat bahwa dalam ajaran agama Nasrani pun, kitab suci Bibel adalah pedoman untuk sistem yang berdasarkan kewajiban dan bukan berdasarkan hak. Sehingga, untuk masyarakat dengan latar belakang tradisi agama Yahudi-Kristen, pola pikir sistem yang berbasis kewajiban bisa lebih mudah dipahami dan diterima seperti halnya sistem yang berbasis hak. Gandhi mengatakan "Aku diajari oleh ibuku yang buta huruf tetapi bijaksana bahwa semua hak akan kamu terima jika kamu telah melakukan tugas dan kewajibanmu dengan baik".[15]

Ada banyak model implikasi yang bisa terjadi jika berfokus dan mengakui konsep *ren* untuk membuat aturan hukum di bidang hak asasi manusia, terutama yang mengatur tentang kebebasan beragama. Gagasan ini menganjurkan kita untuk tetap memikirkan bagaimana cara kita memperlakukan orang lain, termasuk kelompok minoritas, pada saat kita membuat dan menerapkan sebuah peraturan. Perlu diingat pula bahwa pada suatu fase kita sendiri juga merupakan anggota kelompok minoritas. Ada kenyataan yang juga perlu diingat bahwa tidak ada kelompok agama mayoritas di seluruh wilayah muka bumi dan akan lebih mudah untuk selalu menghargai orang lain jika kita selalu merasa bahwa kita adalah bagian dari kelompok minoritas.

Memiliki pola pikir atau sikap bahwa kita bagian dari kelompok yang kuat dan berkuasa akan menyulitkan kita untuk memahami kebutuhan

13 Murungi, J. (2013). *An Introduction to African Legal Philosophy. 68.*

14 Vaa, U.L.F. (2009). *Human Rights in the Pacific: Samoan Custom and Human Rights: An Indigenous View.* 40 Vict. U. Wellington L. Rev. 237, 243—46.

15 Glendon, catatan kaki 1, 75.

dan hak dari kaum minoritas. Sehingga, penting untuk selalu menjaga kesadaran bahwa semua kelompok adalah minoritas karena meskipun kelompok yang kita ikuti terlihat berjumlah besar di satu tempat, tetapi bisa jadi ada sekelompok kecil anggota kelompok kita yang hidup di daerah lain dan menjadi minoritas. Kelompok agama terbesar di muka bumi saat ini mungkin adalah Kristen (kemudian setelah itu adalah Muslim dan setelahnya adalah kelompok yang tidak menganut agama) dan meskipun jumlah dalam kelompok itu mencapai beberapa miliar orang atau sampai lima miliar orang, tetapi tetap saja jumlah itu masih lebih kecil jika dibandingkan dengan jumlah manusia yang mencapai tujuh miliar orang.

Konsep hak asasi manusia tidak bisa dipisahkan dari kewajiban setiap orang untuk menjaga hubungan antarmanusia. Dalam melakukan kebebasan beragama, contohnya, orang harus selalu sadar bahwa dia bisa memilih, mengikuti, dan menjalankan petunjuk suatu agama dengan tetap mengutamakan hubungan antarmanusia dan berjalan dalam aturan hukum. Alih-alih lebih dahulu menuntut agar hak-haknya harus dipenuhi, akan lebih baik jika seseorang memperhatikan kewajiban sosial kepada sesama manusia yang harus dia kerjakan dan kondisi seperti inilah yang menjadi cita-cita dari konsep *ren* seperti yang dijelaskan di atas.

Pasal 2 juga mempunyai nilai penting di dalam dokumen DUHAM. Dalam pasal tersebut dijelaskan bahwa "setiap manusia mempunyai semua hak asasi dan kebebasan sebagaimana disebutkan dalam Deklarasi ini, tanpa ada pengecualian berdasarkan pengelompokan apa pun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pandangan politik dan ideologi, kewarganegaraan atau asal suku, kekayaan, asal-usul kelahiran, atau status lainnya …."[16] Hak asasi manusia tidak hanya ditujukan pada warga negara tertentu, tetapi dimiliki oleh setiap insan manusia yang berada di suatu wilayah pemerintahan negara. Jadi, bisa dipahami bahwa semua orang mempunyai hak asasi tanpa memandang apa pun perbedaan yang dimiliki masing-masing orang itu, termasuk juga agama apa yang dianutnya.

Pasal 7 menjelaskan tentang persamaan derajat dan kesetaraan untuk mendapatkan perlindungan, sebagaimana dinyatakan bahwa "setiap orang berkedudukan sama di hadapan hukum dan harus diperlakukan tanpa

16 UDHR, catatan kaki 5, art. 2.

diskriminasi untuk bisa mendapatkan perlindungan yang sama dari aturan perundang-undangan ….”[17] Masing-masing dari kita memang tidaklah sama untuk satu dan banyak hal, tetapi dari sudut pandang hak asasi manusia, kita mempunyai satu kesamaan, yaitu mempunyai kedudukan yang sama di hadapan hukum.

Pasal 18 mengandung peraturan yang sangat relevan dengan permasalahan agama dan kebebasan beragama. Pasal ini menyatakan bahwa “setiap orang memiliki hak untuk bebas berpikir, bersuara hati dan beragama, hak ini juga termasuk kebebasan untuk beralih agama dan kepercayaan yang dianut, kebebasan untuk menjalankan tuntunan agamanya baik itu sendirian maupun bersama-sama kelompoknya di tempat umum atau di tempat privat, serta kebebasan untuk menerapkan aturan agama dan kepercayaan dalam bentuk pengajaran, peribadatan, dan ketaatan”.[18] Setiap kata yang dipakai saat menyusun dokumen ini telah dipilih dengan berhati-hati dan penuh pertimbangan, bahkan pasal ini sempat direvisi hingga tujuh kali sebelum akhirnya menghasilkan bentuk yang seperti ini. Pembahasan yang lebih detail tentang Pasal 18 ini dijelaskan dalam bab lain.

Pasal 29 menjelaskan tentang ruang lingkup atau dasar dari batasan-batasan dalam hak asasi manusia yang terdapat dalam DUHAM. Pasal 29 menyebutkan bahwa:

> Dalam memperjuangkan hak dan kebebasannya, setiap orang memiliki batasan sebagaimana diatur dalam undang-undang dengan maksud agar kebebasan itu tidak mencederai hak dan kebebasan orang lain dan bisa memenuhi standar moralitas, ketertiban umum, dan norma umum yang berlaku di masyarakat demokratis.[19]

Para ahli berbeda pendapat tentang seberapa luas batasan-batasan itu harus diterapkan dalam menerapkan DUHAM. Oleh karena itu, berbagai forum diskusi hak asasi manusia lebih sering fokus membahas soal pembatasan, dasar dari pembatasan, serta perlu atau tidaknya pembatasan itu diterapkan.

17 Id. art. 7.
18 Id. art 18.
19 UDHR, catatan kaki 5, art. 29.

E. Instrumen Lain Hak Asasi Manusia Internasional

Pada masa-masa setelah deklarasi DUHAM dilakukan, bisa dilihat banyak bermunculan institusi internasional ataupun nasional dan instrumen-instrumen baru yang terkait dengan isu hak asasi manusia termasuk juga yang terkait isu kebebasan berpikir, kebebasan menyuarakan hati nurani, dan kebebasan beragama. Di antara contohnya adalah pembentukan Dewan Eropa dan Uni Eropa (EU), Organisasi Keamanan dan Kerja Sama Eropa (OSCE), Organisasi Negara Serikat Amerika (OAS), Afrika Bersatu (AU), ASEAN, dan Organisasi Kerja Sama Islam (OKI).

Di bagian ini saya akan lebih memusatkan pembahasan pada beberapa organisasi yang cukup besar pengaruhnya, yaitu Dewan Eropa dan Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia (ECHR) yang diadopsi oleh Dewan Eropa. Saya juga akan menjelaskan tentang beberapa perkembangan penting di PBB, proses adopsi Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP), dan Deklarasi Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama dan Kepercayaan pada 1981 (Deklarasi 1981).

Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia (ECHR), 1950

Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia mulai diadopsi pada November 1950 dan memiliki isi dan napas yang hampir sama dengan Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia. Mahkamah Eropa untuk Hak Asasi Manusia memiliki yurisdiksi yang berlaku di seluruh wilayah negara anggota Dewan Eropa. Wilayah ini meliputi juga wilayah 47 negara anggota di Eropa, Turki, dan eks negara bagian Uni Soviet.[20] Institusi yang mengendalikannya termasuk adalah komite menteri dan sidang parlemen dan dokumen-dokumen persetujuan dasarnya antara lain adalah Konvensi Eropa tentang Perlindungan Hak Asasi Manusia dan Kebebasan

[20] Negara-negara anggota meliputi Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgia, Bosnia dan Herzegovina, Bulgaria, Kroasia, Siprus, Republik Ceko, Denmark, Estonia, Finlandia, Prancis, Georgia, Jerman, Yunani, Hungaria, Islandia, Irlandia, Italia, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Monako, Montenegro, Belanda, Norwegia, Polandia, Portugal, Romania, Federasi Rusia, San Marino, Serbia, Republik Slovakia, Slovenia, Spanyol, Swedia, Swiss, Republik Makedonia, Turki, Ukraina, Inggris.

Asasi (ECHR). Dokumen ECHR ini melindungi hak individu untuk mengajukan tuntutan keberatan ke pengadilan jika merasa hak asasinya dilanggar oleh pemerintah negaranya. Pada awalnya, ketentuan tentang hak individu untuk mengajukan petisi ini bersifat opsional bagi masing-masing negara anggota, tetapi sejak 1998 aturan ini bersifat wajib untuk diberlakukan di semua negara anggota tanpa terkecuali.

Mahkamah HAM Eropa menerapkan dan menafsirkan aturan-aturan yang ada di dalam ECHR.[21] Mahkamah ini adalah lembaga yudisial internasional yang dibentuk di bawah Konvensi Eropa untuk memantau penghormatan terhadap hak asasi manusia di semua wilayah negara yang menjadi anggotanya. Ke-47 negara anggota telah meratifikasi dokumen ECHR.[22] Pelaporan yang dibuat terhadap pihak-pihak yang terikat perjanjian atas pelanggaran hak asasi manusia bisa dilakukan di hadapan Mahkamah dan bisa dilakukan oleh negara yang lain, pihak lain, ataupun individu lain. Pelaporan itu harus dibuat dengan menggunakan bahasa yang sama yang digunakan oleh pihak-pihak yang terlibat, tetapi Mahkamah dan persidangan akan memprosesnya dengan menggunakan bahasa resmi yang dipakai, yaitu bahasa Inggris atau Prancis.[23] Lokasi Mahkamah HAM Eropa ada di Kota Strasbourg, Prancis.

Mahkamah ini berbeda dengan mahkamah lain di dunia, bahkan bisa dikatakan sangat unik karena meskipun termasuk lembaga internasional, mahkamah ini memberikan mekanisme bagi individu—warga negara, negara, bahkan pendatang di suatu negara—untuk mengajukan tuntutan atas tindakan pelanggaran hak asasi manusia yang dilakukan pemerintah suatu negara. Pada awalnya mahkamah ini bersifat sementara dan cenderung lebih memihak kepada pemerintah negara. Namun, perlu diingat bahwa mahkamah ini mencerminkan ketundukan negara-negara yang berdaulat, suatu pencapaian yang sangat besar jika dilihat dari perspektif dunia.

Negara-negara anggota Dewan Eropa adalah negara yang memiliki peran penting dari sisi sejarah, perkembangan politik, perkembangan umat beragama, dan perkembangan sistem hukumnya.[24] Ruang lingkup

21 European Court of Human Rights, *Questions and Answers*, 1, (27 Juli 2016) http://www.echr.coe.int/Documents/Questions_Answers_ENG.pdf.

22 Id.

23 Id., 8.

24 Negara-negara anggota Dewan Eropa (negara-negara peserta Konvensi HAM Eropa) meliputi

wilayahnya sangat luar biasa jika dilihat dari segi geografis dan komposisi etnis penduduknya. Wilayah yurisdiksi yang dimiliki oleh Mahkamah HAM Eropa ini meliputi 47 wilayah negara anggota Dewan Eropa, 800 juta penduduk yang tinggal di 18 zona waktu yang berbeda, dan mahkamah ini telah memutuskan lebih dari 10 ribu kasus sejak 2008.[25] Setiap negara anggota Dewan Eropa memiliki seorang hakim yang menjadi anggota mahkamah, tetapi dalam persidangan seorang hakim bertindak bebas dari pengaruh negara yang diwakilinya. Para hakim itu memiliki bidang keahlian hukum yang berbeda-beda sesuai latar belakang pendidikannya, tetapi biasanya mereka juga menguasai keahlian di bidang lain yang lebih luas.

Jika ada kasus yang masuk ke Mahkamah, dokumen kasus itu akan diperiksa oleh komite yang beranggotakan tiga hakim untuk mempertimbangkan apakah kasusnya diterima atau ditolak. Biasanya persidangan untuk sebuah kasus diputuskan oleh panel yang beranggotakan tujuh orang hakim, meskipun pada kasus-kasus tertentu panel hakim yang menangani bisa mencapai tujuh belas orang yang bersidang di Ruang Sidang Besar.

Mahkamah HAM Eropa menerima sekitar lima belas ribu permohonan pengajuan kasus setiap tahunnya. Untuk bisa mengajukan permohonan kasus di Mahkamah HAM Eropa, pemohon disyaratkan harus sudah melakukan segala upaya yang dapat dilakukan lewat sistem hukum di negaranya sendiri, kasusnya belum pernah atau tidak menyerupai kasus yang sudah diputuskan sebelumnya, dan kasusnya tidak dibuat-buat,[26] tidak ada tinjauan tentang aturan hukum dalam negeri dan tidak ada keputusan pengadilan di dalam negeri, dan pelanggaran yang dituduhkan harus dilakukan oleh pihak pemerintah negara yang bertanggung jawab. Permohonan tidak bisa dilakukan untuk kasus yang melawan individu lain atau pihak swasta. Pemerintah suatu negara juga tidak bisa dimintai tanggung jawab atas

Albania, Andorra, Republik Ceko, Denmark, Estonia, Finlandia, Prancis, Georgia, Jerman, Yunani, Hungaria, Islandia, Irlandia, Italia, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Monako, Montenegro, Belanda, Norwegia, Polandia, Portugal, Romania, Federasi Rusia, San Marino, Serbia, Republik Slovakia, Slovenia, Spanyol, Swedia, Swiss, Republik Makedonia, Turki, Ukraina, dan Inggris.

25 Council of Europe, *European Court of Human Rights (ECtHR)*, 27 Juli 2016, http://www.coe.int/t/democracy/migration/bodies/echr_en.asp.

26 Id.

peristiwa yang terjadi sebelum negara tersebut meratifikasi perjanjian. Persidangan awalnya tidak menerima pihak dari kelompok agama, tetapi Mahkamah merevisi sikapnya setelah mengeluarkan opini dalam kasus Gereja Scientology melawan pemerintah Swedia.[27]

Penyelesaian sengketa yang diputuskan oleh Mahkamah biasanya berisi kompensasi atas kerusakan yang muncul akibat kasus pelanggaran hak asasi manusia dan terkadang juga keputusan itu berisi perintah kepada pemerintah untuk membuat peraturan baru. Sebuah Komisi Menteri yang beranggotakan para menteri luar negeri dari masing-masing negara anggota Dewan Eropa bertemu secara rutin untuk mengawasi pelaksanaan keputusan-keputusan dari para hakim di Mahkamah.

Konvensi Eropa berfungsi untuk melindungi berbagai macam kebebasan individu, termasuk kebebasan beragama. Ketentuan pokoknya melindungi hak untuk hidup, hak untuk mendapatkan kesempatan yang adil dalam sidang kasus kriminal dan kasus perdata, hak untuk mendapat penghormatan dalam kehidupan pribadi dan kehidupan keluarga, kebebasan mengeluarkan pendapat, hak atas pemulihan yang efektif, hak untuk menikmati dengan tenang barang-barang yang dimilikinya, hak untuk memilih dan dipilih dalam pemilihan umum, dan termasuk Pasal 9 yang secara khusus melindungi kebebasan berpikir, bernurani, dan beragama.[28] Konvensi ini juga melarang segala bentuk penyiksaan dan tindakan tidak manusiawi atau bentuk hukuman yang merendahkan martabat manusia, perbudakan, dan kerja paksa, serta segala bentuk diskriminasi dalam pemenuhan hak asasi dan kebebasan sebagaimana ditentukan dalam konvensi, pengusiran atau pencabutan kewarganegaraan oleh pemerintah negara tempat lahirnya, hukuman mati, dan pengusiran imigran.[29]

Pasal 9 Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia mengatur tentang kebebasan berpendapat, kebebasan menganut kepercayaan, dan menganut agama. Pasal ini menyatakan bahwa "setiap orang memiliki hak untuk bebas berpendapat, bernurani, dan menganut ajaran agama; termasuk juga di dalamnya kebebasan berpindah kepercayaan atau agama dan kebebasan untuk melaksanakan ajaran agamanya, baik secara sendiri maupun bersama-

27 *Church of Scientology v. Sweden*, no. 7805/77, ECHR, 1979.
28 European Court of Human Rights, catatan kaki, 4.
29 Id.

sama, dalam bentuk melakukan peribadatan, pengajaran, dan ketaatan pada perintah agamanya".[30] Penjelasan lebih detail tentang Pasal 9 ECHR ini dibahas di bab lain.

Salah satu aspek terpenting dari Konvensi ini adalah dibukanya peluang bagi individu untuk mengajukan komplain terhadap pemerintah negaranya. Dari 1959 hingga 2011, Komisi dan kemudian Mahkamah telah menggelar sidang empat puluh kasus pelanggaran hak asasi individu oleh pemerintah negara sebagaimana diatur dalam Pasal 9. Sepuluh kasus dari negara Yunani, lima kasus dari Rusia dan Bulgaria, empat kasus dari Turki, dan tiga kasus masing-masing dari Ukraina, Moldova, dan Latvia. Walaupun begitu, kasus-kasus pelanggaran terhadap Pasal 9 ini secara umum jumlahnya jauh lebih kecil jika dibandingkan dengan kasus pelanggaran terhadap pasal lainnya, misalnya pelanggaran terhadap Pasal 6 yang mengatur perlindungan hak atas peradilan yang adil dengan jumlah kasus sebanyak 2.725 dalam periode yang sama.[31]

Pada masa-masa awal, sebelum individu diperbolehkan mengajukan permohonan langsung ke Mahkamah, Komisi HAM Eropa menyeleksi permohonan kasus yang masuk.[32] Komisi kemudian memeriksa kelengkapan dokumen dan bentuk kasusnya, mencoba mencari penyelesaian masalah di luar sidang, mengeluarkan laporan yang ditujukan ke Komite Menteri, bahkan memberikan penyelesaian jika kasusnya tidak sampai berlanjut ke pengadilan.[33] Protokol 11 yang diadopsi sejak 1994 membuka peluang bagi individu untuk bisa memasukkan permohonan kasusnya langsung ke Mahkamah tanpa harus melalui Komisi HAM dan permohonannya

---

30 Pengadilan HAM Eropa, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,* 26 Juli 2016, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

31 Pada 50 tahun pertama, Pengadilan HAM Eropa menemukan sejumlah: 1.287 kasus pelanggaran atas Pasal 5 (Kebebasan dan Keamanan), 531 kasus pelanggaran Pasal 8 (Hak Pribadi dan Keluarga), 417 kasus pelanggaran Pasal 3 (Perlakuan Tidak Manusiawi dan Merendahkan), 348 kasus pelanggaran Pasal 10 (Kebebasan Berekspresi), 146 kasus pelanggaran Pasal 2 (Hak untuk Hidup), 123 kasus pelanggaran Pasal 14 (Tindakan Diskriminasi), 80 kasus pelanggaran Pasal 11 (Hak Berserikat dan Berorganisasi), dan 48 kasus pelanggaran Pasal 3 (Tindakan Penyiksaan).

32 Leo F. Zwaak dan Therese Cachia, *The European Court of Human Rights: A Success Story?*, 27 Juli 2016, https://www.wcl.american.edu/hrbrief/11/3zwaak.pdf.

33 Id., 54.

langsung dievaluasi oleh panel yang beranggotakan tiga hakim yang akan memutuskan apakah kasus itu bisa diterima atau ditolak.[34]

Setelah Protokol 11 diberlakukan, Mahkamah menerima lonjakan jumlah permohonan dari individu. Dari 1955 hingga 1998, misalnya, Mahkamah menangani sebanyak 45.000 permohonan.[35] Namun, pada 2008 saja, Mahkamah menangani 49.900 permohonan.[36] Jumlah ini terus meningkat hingga pada 2014 Mahkamah menangani 86.063 permohonan.[37] Pemberlakuan Protokol 11 juga mengakibatkan peningkatan jumlah putusan. Sejak 1955 hingga 1998, Mahkamah mengeluarkan 837 putusan. Namun, pada 2008 dan 2014, Mahkamah mengeluarkan 1.543 dan 891 putusan.[38]

Beban kasus Mahkamah HAM Eropa lebih terpusat pada hal-hal kriminal dan masalah prosedural dengan hampir separuhnya terkait dengan pelanggaran terhadap Pasal 6 (Peradilan yang Adil) baik itu berkaitan dengan tingkat keadilannya maupun lama proses persidangannya, 14% kasus terkait Pasal 1 dari protokol nomor 1 (Kepemilikan), 12% kasus terkait Pasal 2 dan 3 (Hak Hidup dan Penghapusan Perlakuan yang Tidak Manusiawi), 10% kasus terkait Pasal 5 (Hak untuk Bebas dan Mendapat Keamanan), dan 8% kasus terkait Pasal 13 (Hak atas Pemulihan yang Efektif). Artinya, hanya ada kurang dari 10% klaim yang terkait dengan kebebasan beragama, kebebasan berekspresi, dan hal-hal lainnya.[39]

Meskipun jumlah kasusnya kecil, tetapi dampak dari kasus-kasus pelanggaran Pasal 9 yang melindungi kebebasan berpendapat, menganut kepercayaan, dan memeluk agama, jauh lebih besar. Di antara kasus penting terkait Pasal 9 yang sudah diputuskan Mahkamah adalah soal penggunaan simbol atau busana keagamaan di ruang publik, proses registrasi dan pengakuan terhadap kelompok agama, asosiasi keagamaan tempat keterlibatan dalam organisasi keagamaan dapat bergantung pada

---

34 Council of Europe, *Details of Treaty No. 155*, 27 Juli 2016, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/155.

35 Forsythe, D.P. (2009). *Encyclopedia of Human Rights, Volume 1.* Oxford University Press, 175.

36 European Court of Human Rights, *Annual Report* 2008, 2008, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2008_ENG.pdf.

37 Laporan Tahunan 2014, Pengadilan HAM Eropa, 2014, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf.

38 Lihat catatan kaki 61, 62.

39 Lihat European Court of Human Rights, *The ECHR in Facts and Figures*, 2014.

kualifikasi keagamaan seseorang, pemaksaan agama pada pemeluk agama lain, ujaran kebencian, dan penodaan agama.

Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP), 1966

Komisi HAM PBB sempat berencana untuk menindaklanjuti DUHAM yang sifatnya tidak mengikat dengan segera menyusun konvensi universal yang bersifat mengikat. Namun, perbedaan ideologi antara negara-negara blok Barat dan negara blok Soviet pada saat itu menyulitkan jalannya perundingan untuk satu kovenan universal. Negara-negara blok Timur bersikeras bahwa perjanjian harus mempunyai dampak perlindungan dalam bidang ekonomi, sosial, dan hak budaya, termasuk juga hak-hak sipil dan politik. Negara-negara Barat berkeberatan dengan kerangka persetujuan yang menempatkan standar ekonomi dan sosial dalam satu wadah hukum yang sama dengan standar penegakan hak sipil dan politik. Pada 1951, Komisi memutuskan untuk mengadopsi pendekatan dua kovenan seperti yang diusulkan oleh negara-negara Barat dan mulai bekerja lagi untuk merumuskan drafnya.

Proses penyusunan dua konvensi hingga selesai membutuhkan waktu sekitar 15 tahun. Hasil akhir dari proses yang panjang itu adalah dua perjanjian yang diberi judul Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP) dan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (KIHESB). Yang mengejutkan adalah, meski dalam proses penyusunannya terjadi pertentangan pendapat yang hebat mengenai isi kovenan, kedua kovenan tersebut (beserta protokol tambahan pertama) disepakati untuk diadopsi secara bulat oleh seluruh negara anggota Sidang Umum PBB pada Desember 1966 dan mulai berlaku pada 1976.

Meski DUHAM membawa dorongan moral dan sering dianggap memiliki kekuatan yang sama seperti hukum kebiasaan internasional, tetapi kedua kovenan tersebut sebenarnya merupakan hukum positif yang bersifat mengikat. Kepatuhan pada ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam kovenan tersebut diwajibkan oleh Konvensi Vienna tentang Hukum Perjanjian. Selain itu, meski suatu negara bisa mengurangi beberapa kewajiban yang ada dalam perjanjian, kewajiban melindungi

hak asasi manusia yang "fundamental" tidak bisa dikurangi atau ditunda pelaksanaannya dengan mengajukan reservasi, pengecualian, keberatan, atau deklarasi oleh negara pihak yang sudah sepakat dengan isi perjanjian. Sebagai perjanjian yang mempunyai kekuatan hukum mengikat, KIHSP menyertakan beberapa metode untuk menegakkan peraturannya. Kovenan ini mensyaratkan dibentuknya Komisi Hak Asasi Manusia yang mengelola sistem pelaporan seperti yang juga ditetapkan di dalam kovenan. Hingga awal 2017, sebanyak 164 negara di dunia meratifikasi KIHESB dan 168 negara meratifikasi KIHSP.

Pasal 18 Kovenan berisi ketentuan tentang perlindungan hak kebebasan beragama dan berkeyakinan. Aturan itu berbunyi, "Semua orang harus memiliki hak untuk bebas menyatakan pendapat, menganut kepercayaan, dan memeluk agama. Hak ini termasuk juga kebebasan untuk mengikuti suatu agama atau kepercayaan yang diyakininya."[40] Saya akan membahas mengenai Pasal 18 dari KIHSP dan juga aturan lain yang terkait dengan kebebasan berpendapat, kebebasan menganut kepercayaan, dan memeluk agama selengkapnya di bab lain.

Protokol tambahan dari KIHSP juga mempunyai pengaruh yang cukup besar dalam perlindungan kebebasan beragama. Pasal 1 dalam protokol tambahan mensyaratkan dibentuknya Komite HAM yang berwenang untuk "menerima dan mempertimbangkan bentuk-bentuk komunikasi antara subjek individu dan wilayah yurisdiksinya yang mengadu sebagai korban pelanggaran hak-hak seperti yang disebutkan dalam isi perjanjian yang dilakukan oleh pemerintah negara anggota". Syaratnya adalah bahwa negara itu adalah negara pihak yang ikut meratifikasi Kovenan, semua tindakan penyelesaian sudah maksimal diupayakan di dalam negeri, dan bentuk komunikasinya terbuka dan tidak bernada melecehkan. Jika syarat-syarat tersebut telah terpenuhi, Komite akan menyampaikan pesan itu ke pemerintah negara terlapor dan memberikan waktu terlapor untuk menyiapkan jawaban tertulis berisi klarifikasi, penjelasan, dan tindakan pemulihan yang sudah dilakukan oleh pemerintah. Komite HAM juga bertugas untuk membuat laporan tahunan tentang segala aktivitas yang dilakukan sesuai ketentuan Protokol.

40 Id.

Deklarasi tentang Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama atau Keyakinan, 1981

Pada saat proses penyusunan isi kovenan internasional sedang berlangsung, upaya lain juga dilakukan untuk mengadopsi konvensi tentang penghapusan diskriminasi ras dan penghapusan intoleransi dan diskriminasi agama. Upaya tersebut berlangsung cepat dan membuahkan hasil pada 1965 dengan diadopsinya Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (CERD) yang mulai berlaku sejak 1969. Akibat kompleksitas politik internasional dan isu kebebasan agama, konvensi yang terkait agama tidak berhasil disepakati untuk diadopsi. Karena tidak tercapai cukup konsensus untuk menghasilkan kesepakatan yang mengikat di bidang ini, diambil keputusan untuk mengadopsi Deklarasi. Dengan demikian, pada 1981, Sidang Umum PBB mengadopsi Deklarasi tentang Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama dan Kepercayaan (Deklarasi 1981). Pembahasan tentang hal ini akan dijelaskan lebih lanjut di bab lain.

F. Lembaga-Lembaga Pemantau PBB

Dalam sejarahnya, PBB telah membentuk berbagai lembaga yang bertugas melakukan pemantauan dan mendorong negara-negara anggota untuk menjalankan komitmen perlindungan hak asasi manusia, termasuk perlindungan hak-hak kebebasan beragama dan berkepercayaan. Di sini akan dijelaskan terutama tentang Komisi HAM PBB dan lembaga yang menggantikannya pada 2006, yaitu Dewan HAM PBB dan Komite HAM PBB. Lembaga ini bertugas memonitor kepatuhan negara-negara anggota dalam melaksanakan isi KIHSP. Lembaga bentukan PBB lainnya yang juga mempunyai pengaruh besar dalam upaya penerapan kebebasan beragama dan berkeyakinan antara lain adalah Organisasi Pendidikan, Keilmuan, dan Kebudayaan (United Nations of Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO), Organisasi Buruh Internasional (International Labour Organization, ILO), dan Organisasi Kesehatan Dunia (World Health Organization, WHO).

Badan HAM internasional yang kali pertama dibentuk adalah Komisi HAM PBB,[41] sekarang dikenal sebagai Dewan HAM. Sebagai lembaga yang paling awal dibentuk, lembaga ini mempunyai dampak yang kuat terhadap yurisprudensi hukum internasional tentang kebebasan beragama. Sejarah perjalanan komisi ini bisa dibagi dalam tiga tahap.[42] Tahap pertama berlangsung dari 1946 hingga 1955 ketika lembaga ini berperan aktif dalam penyusunan draf dokumen yang kelak menjadi instrumen perlindungan hak asasi manusia terpenting yang membahas kebebasan beragama dan berkeyakinan. Tahap kedua berlangsung hingga 1981 dan puncaknya menghasilkan Deklarasi tentang Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi. Sejak itu, kiprah lembaga ini lebih banyak berpusat pada pemantauan dan penerapan perlindungan hak asasi manusia. Komisi atau dewan ini membentuk Pelapor Khusus (Special Rapporteur)[43] untuk melakukan kunjungan lapangan, merespons laporan-laporan pelanggaran, menyelenggarakan konferensi mengenai isu-isu yang relevan, menerbitkan laporan tahunan, dan merekomendasikan langkah-langkah pemulihan kepada negara-negara yang melakukan pelanggaran.

Di pengujung masa kerjanya sebagai Komisi, lembaga ini mendapat banyak kritikan karena anggotanya menyertakan negara-negara yang melakukan pelanggaran HAM.[44] Anggota Komisi yang dimaksud sering menyalahgunakan posisinya untuk mencegah Komisi melakukan penyelidikan khusus terkait pelanggaran HAM di negaranya. Upaya reformasi lembaga akhirnya tercapai pada 2006 dengan digantinya komisi ini oleh Sidang Umum PBB menjadi Dewan HAM. Dewan ini, menurut penjelasan di situs webnya, merupakan "Lembaga kerja sama antarnegara yang ada di dalam sistem organisasi PBB, yang terdiri atas 47 negara anggota dan bertugas memperkuat dan mendorong upaya perlindungan HAM di seluruh dunia".[45] Di antara kegiatan yang dilakukannya adalah mengevaluasi catatan-catatan tentang hak asasi manusia dari seluruh wilayah negara anggota PBB setiap 4 tahun sekali.

---

41 Glendon, catatan kaki, 17.

42 Id., 30—46, 204—205.

43 Pelapor khusus ini disebut sebagai Pelapor Khusus untuk Intoleransi Beragama.

44 Nana Yeboah, *The Establishment of the Human Rights Council*, 79, 26 Juli 2016, https://globalsolutions.org/files/public/documents/ManagingChange-5.pdf.

45 Lihat http://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/pages/hrcindex.aspx.

Sistem PBB tersebut juga meliputi Komite HAM, sebuah "badan perjanjian" yang dibentuk berdasarkan KIHSP yang bertugas mengawasi kepatuhan negara-negara anggota terhadap instrumen tersebut.[46] Para pakar hak asasi manusia terlibat di dalam komite tersebut dan mereka bekerja secara independen dari lembaga-lembaga lain di PBB.

Komite HAM mempunyai tiga tugas pokok, yaitu: (1) mengevaluasi laporan periodik yang dikirimkan oleh negara-negara peserta yang menandatangani perjanjian sesuai dengan syarat yang ada di dalam perjanjian; (2) memberikan komentar umum yang menafsirkan ketentuan tertentu dalam Kovenan atau memberikan penjelasan tentang prosedur umum atau isu-isu penting; (3) meninjau pengaduan-pengaduan individu yang terkait dengan Protokol Tambahan dari Kovenan.

Komite Hak Asasi Manusia sejauh ini telah menghasilkan beberapa komentar umum yang terkait dengan kebebasan beragama dan berkeyakinan. Salah satu yang terpenting adalah Komentar Umum Nomor 22 Tahun 1993, tentang Pasal 18, yang menjabarkan lebih lanjut kebebasan beragama dan berkeyakinan—menekankan pentingnya pemahaman yang luas mengenai ruang lingkup hak-hak yang harus dilindungi, menjelaskan bahwa persoalan *forum internum* mutlak dilindungi, dan menekankan sempitnya cakupan yang membolehkan pembatasan kebebasan beragama. Baru-baru ini, dalam Komentar Umum Nomor 34, Komite menyinggung Pasal 19 yang mengatur tentang kebebasan berpendapat. Dalam Komentar Umum tersebut, Komite menyampaikan keprihatinannya mengenai isu-isu larangan berpindah agama, larangan terhadap penyiaran agama, dan isu pelecehan hukum-hukum agama. Padahal di Paragraf 9 dijelaskan bahwa kebebasan berpendapat itu juga "meliputi hak seseorang untuk berganti keyakinan dengan alasan apa pun" dan ada catatan bahwa "semua bentuk keyakinan akan mendapat perlindungan", termasuk juga pendapat tentang "sifat moral atau agama". Paragraf 22 dan 48 menyebutkan bahwa "pelarangan segala aktivitas yang melecehkan suatu ajaran agama atau kepercayaan tertentu, termasuk undang-undang penistaan agama, adalah bertentangan dengan isi Kovenan", kecuali jika tindakan pelecehan itu sudah menjurus pada kekerasan.

[46] Lihat Human Rights Committee, http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx.

G. Kesimpulan

Sebagai kesimpulan dari bab ini, kita perlu mengingat betapa doa harian Eleanor Roosevelt menggambarkan teguhnya keyakinan dalam dirinya (dan mungkin juga semua anggota perumus dokumen DUHAM), yang telah menjadi pendorong yang kuat baginya untuk terus berupaya mewujudkan Deklarasi di tengah semua rintangan yang ada. Komitmen yang besar pada perlindungan hak asasi manusia bukanlah hal yang sekuler bagi Eleanor, melainkan justru mengakar jauh dalam imannya. Prinsip-prinsip yang ditekankan dalam doa hariannya mencerminkan tujuan utama dari dibuatnya DUHAM, yaitu membuat dunia yang baru.

Tuhan Kami, yang telah menganugerahi kekuatan di dalam hati kami dan membuat kami terus mencari apa yang sangat sulit dicari, yang mencegah kami merasa puas dengan semua yang sudah ada. Hindarkan kami dari kepuasan diri dan jauhkan pandangan kami ke depan. Embankan kepada kami tugas yang sedemikian berat hingga kami harus selalu memohon kepada-Mu agar diberi kekuatan. Jauhkan kami dari keluh kesah dan mengasihani diri, yakinkan kami akan kebaikan dari hal-hal yang tidak bisa kami lihat dan tersembunyi di bumi. Bukakan mata kami untuk melihat keindahan di sekitar kami dan bukakan hati kami pada belas kasih yang tersembunyi dalam diri manusia karena kami tidak berusaha memahami mereka. Selamatkanlah kami dari diri kami sendiri dan tunjukkanlah jalan menuju dunia baru.[47][]

[47] Glendon, catatan kaki 1, ix.

BAB 7

Dasar Konseptual dan Landasan Umum Hak Asasi Manusia— dengan Prospek Cerah Dukungan Berbasis-Agama bagi Hak Asasi Manusia

Tore Lindholm
The Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief,
Norwegian Centre for Human Rights, Faculty of Law,
University of Oslo, Norwegia

A. Pengantar

Bab ini akan:

- Menjelaskan dasar-dasar konseptual dari norma-norma hak asasi manusia sebagaimana dikodifikasi dalam hukum internasional (bagian B, C, dan D);
- Membahas, secara ringkas, landasan umum hak asasi manusia (bagian E), termasuk landasan umum yang melintasi perbedaan agama dan kepercayaan (bagian F); dan
- Meninjau, selayang pandang, beberapa studi ilmiah terkini mengenai hak asasi manusia (bagian G).

Dua istilah "hak asasi manusia" dan "hak asasi manusia internasional" (*international human rights,* selanjutnya disingkat "IHR") digunakan secara bergantian di bab ini. Namun, hal ini tanpa bermaksud menyatakan bahwa manusia, dalam suatu dan lain hal, tidak memiliki legitimasi untuk menuntut perlindungan atas hak asasi manusia sebelum berlakunya sistem hukum internasional yang berisi kodifikasi hak asasi manusia.

Bagian B memperkenalkan konsep dasar yang diperlukan untuk lebih memahami norma-norma hak asasi manusia. Bagian C akan menjelaskan

konsep tentang hak. Bagian D menjabarkan aspek-aspek hak asasi manusia yang termasuk dilindungi dalam perjanjian bernama "International Bill of Human Rights" (IBHR). Bagian E menjelaskan landasan umum hak asasi manusia internasional (IHR) sebagaimana dirumuskan pasca-Perang Dunia II.[1] Bagian F mulai membahas apa yang membuat orang di berbagai belahan dunia dapat mendukung hak asasi manusia di tanah air mereka sendiri, dengan segala keragaman agama dan budayanya. Akhirnya, bagian G memberikan "panduan" singkat dengan melihat beberapa penelitian ilmiah mengenai kemunculan dan penguatan IHR sehingga menjadi lingua franca universal, sebuah bahasa moral yang dapat diakses secara luas setelah 1945 melalui instrumen hukum hak asasi manusia internasional dan/atau domestik.

Apa yang dimaksud dengan hak asasi manusia? Jawaban singkatnya: Hak asasi manusia adalah kepemilikan yang diakui secara publik di dunia ini dan (sejauh yang teramati) membantu melindungi manusia di mana saja dari ancaman dan bencana sosial atau alam yang berbahaya.

Kepemilikan ini ada "berdasarkan hak", yaitu norma-norma yang valid dalam hukum internasional dan domestik serta dalam moralitas yang tercerahkan. Sebagai contoh: status moral yang setara dalam diri setiap manusia; hak untuk tidak disiksa; hak untuk mendapatkan pengadilan yang adil saat dituduh melakukan kejahatan; hak untuk menikmati kebebasan beragama atau hak berkeyakinan; hak untuk terlibat dalam aktivitas politik; hak atas pendidikan, pelayanan kesehatan, dan jaminan sosial. Bagian D menjabarkan berbagai hal yang dilindungi oleh IHR. Klaim normatif ini, yang dibuat atas nama hak asasi manusia universal, jelas tidak mengatakan bahwa hak asasi manusia pada kenyataannya sudah dihormati, dilindungi, dan dipenuhi secara universal. Hak asasi manusia sebenarnya belum diterapkan secara universal, dan kondisi sebenarnya masih jauh dari itu! Realisasi perlindungan hak asasi manusia, di mana pun dan untuk siapa pun, merupakan tantangan besar dan mungkin seperti utopis.

Salah satu perwujudan umum yang paling utama dari konsepsi modern tentang hak asasi manusia adalah instrumen-instrumen hak asasi manusia

[1] Istilah landasan digunakan di sini tanpa bermaksud menjabarkan landasan hakiki bagi hak asasi manusia, tetapi sebatas klarifikasi konseptual dalam rangka memahami hak asasi manusia modern.

internasional: terutama Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia (DUHAM yang diadopsi pada 1948) dan kemudian berbagai deklarasi dan kovenan hak asasi manusia yang belakangan diadopsi di tingkat global oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa dan di tingkat regional oleh Dewan Eropa (konvensi yang dirampungkan pada 1950/berlaku pada 1953) oleh Organisasi Negara-Negara Amerika (deklarasi 1948; konvensi 1969/1978), oleh Organisasi Persatuan Afrika (konvensi 1981/1986), dan oleh Asosiasi dari Negara-Negara Asia Tenggara (Deklarasi Hak Asasi Manusia ASEAN, AHRD, yang diadopsi pada 2012).

"International Bill of Human Rights" (IBHR) atau Perangkat Utama Hukum HAM Internasional terdiri atas DUHAM dan dua kovenan hak asasi manusia di bawah Perserikatan Bangsa-Bangsa, yaitu Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (KIHESB 1966/1976) dan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP 1966/1976).

Ditinjau dari status normatif dan ruang lingkup norma hak asasi manusia, ada perbedaan kecil di antara instrumen-instrumen hukum HAM yang disebutkan di atas. Meski demikian, semuanya memanifestasikan gagasan hak asasi manusia yang cukup koheren. Menguraikan gagasan tersebut adalah tujuan utama bab ini.

B. Konsep Dasar dan Segi-Segi Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia, sebagaimana yang digagas di dalam DUHAM dan instrumen internasional hak asasi manusia setelahnya, memiliki sejumlah segi pokok. Beberapa di antaranya adalah (nikel 2007: 9—10):

> (a) IHR adalah sebuah hak (tentu tidak mengejutkan). Artinya: ada hubungan normatif antara pemegang hak yang memiliki hak khusus terhadap suatu barang atau manfaat (contoh: untuk dilindungi dari penyiksaan, untuk mengenyam pendidikan dasar gratis) dan pihak sasaran yang memiliki kewajiban korelatif untuk memastikan agar pemegang hak memiliki akses yang aman terhadap barang atau manfaat yang

ditentukan oleh hak tersebut. Lingkup suatu hak adalah kepemilikan khusus (klaim, kebebasan, keberdayaan, atau keterlindungan, atau gabungan dari hal-hal tersebut) yang diberikan kepada pemegang hak tersebut. Bobot suatu hak dapat dilihat dari kedudukannya saat disandingkan dengan berbagai kepentingan, hak, atau kebijakan (di sini konflik sering terjadi). Jangkauan suatu hak menunjukkan siapa yang merupakan pemegang hak dan siapa yang bukan.[2]

(b) IHR memiliki jangkauan universal dalam arti bahwa pemegang hak itu mencakup semua manusia di dunia: semua orang baik secara individu maupun secara komunitas (bergantung pada hak asasi manusia yang mana), seperti keluarga, kelompok minoritas, komunitas agama, masyarakat adat, atau warga (yaitu sekumpulan warga suatu negara yang berdaulat). Kewajiban untuk melindungi akses manusia untuk memperoleh hak-hak asasinya dibebankan kepada pemerintah masing-masing negara yang berdaulat, yang juga merupakan sasaran utama dari hak asasi manusia internasional. Jangkauan universal hak-hak asasi manusia tidak berarti bahwa semua pemerintah telah benar-benar menjalankan kewajibannya untuk melindungi hak asasi manusia (mereka tidak melakukannya), bukan berarti juga bahwa IHR telah dilindungi secara merata di semua negara, dan tidak juga berarti bahwa IHR telah diterima dan dianggap valid di mana-mana atau oleh semua pihak. Hak asasi manusia tentu saja tidak dapat diterima oleh rezim yang memiliki ideologi fasis atau rasis, dan pelaksanaan hak tersebut pasti akan bertentangan dengan pemerintah yang imperialis atau kolonialis (lihat bagian 4).

(c) IHR adalah norma dengan tingkat prioritas tinggi. Namun, itu tidak bersifat mutlak. Ketika berlawanan dengan pertimbangan-pertimbangan penting lain dalam hal hukum,

2 Penjelasan lebih lanjut mengenai konsep hak ada di bagian C.

moralitas, dan politik, hak menjadi prioritas utama, tetapi tidak selalu demikian. Pemerintah terkadang, dengan alasan yang benar, hingga batas yang masih bisa diterima, mengurangi kewajiban memenuhi hak asasi manusia dalam rangka melindungi, misalnya, keamanan nasional. Bahkan, hak-hak asasi manusia yang sifatnya tabu untuk dikurangi seperti perlindungan dari penyiksaan (meski tidak dengan alasan yang bisa dibenarkan) telah dilanggar oleh pemerintah yang selama ini dianggap pro hak asasi manusia (contohnya kasus Abu Ghraib dan Guantanamo). IHR itu kompleks dan boleh jadi memerlukan justifikasi pendukung yang kuat yang berlaku di seluruh dunia dan juga yang bisa mempertimbangkan berbagai keadaan sosial budaya.[3]

(d) IHR memiliki klaim validitas normatif sebagai standar hukum dan moral umum, terlepas dari apakah ia diakui atau tidak, diundangkan atau tidak, dipatuhi atau tidak oleh suatu pemerintahan; ia tetap ada sebagai norma yang valid di dalam hukum internasional, dalam sistem hukum domestik, dan di dalam moralitas publik yang tercerahkan. Kewajiban hak asasi manusia pada setiap warga sebagian besar bersifat tidak langsung dan hanya seruan moral: kewajiban untuk terus memantau dan turut serta mengemban tanggung jawab bersama, atas apa yang dilakukan atau gagal dilakukan pemerintah dalam melindungi hak asasi manusia, sejauh yang layak dilakukan (lihat butir g di bawah).

(e) IHR adalah standar domestik yang sangat penting untuk melakukan evaluasi, memberikan dukungan, dan kritik yang sah atas tindakan pemerintah atau kelambanan pemerintah. Selain itu, standar ini juga menjadi dasar bagi munculnya inisiatif publik dan tindakan politik di dalam suatu negara, baik yang dilakukan oleh warga, media, lembaga masyarakat sipil, lembaga keagamaan, serikat pekerja, maupun kelompok

[3] Lihat pembahasan di bagian E dan F bahwa landasan dasar bagi hak asasi manusia tidak mesti sama di berbagai tempat.

lain di dalam negeri, dengan atau tanpa bantuan dari luar negeri.

(f) IHR juga merupakan standar internasional untuk melakukan evaluasi, memberikan pujian, dukungan, bantuan, kritik, atau kecaman yang sah lintas batas negara, oleh pemerintah asing, oleh warga negara asing, dan oleh lembaga masyarakat sipil transnasional. Ada perdebatan sengit mengenai apakah IHR, dalam beberapa kasus ekstrem, juga merupakan bentuk intervensi koersif internasional yang sah lintas batas negara, yang dilakukan untuk mencegah pelanggaran hak asasi manusia oleh pemerintah.[4] ASEAN mungkin bisa jadi suatu pengecualian di sini. AHRD secara eksplisit ditafsirkan agar tidak memicu kritik lintas negara yang sah, atau intervensi terhadap, tindakan pengabaian hak asasi manusia oleh salah satu negara anggota ASEAN.

(g) IHR lebih cenderung diartikan sebagai tindakan "politis" alih-alih "individual" dalam arti bahwa sasaran utamanya adalah pemerintah, badan pemerintahan, dan agen pemerintahan alih-alih individu masyarakat. Namun, kelompok separatis bersenjata dan perusahaan transnasional juga memiliki kewajiban yang sama atas hak asasi manusia. Dan, tentu saja, warga—khususnya di negara demokratis—memiliki tanggung jawab moral bersama atas perilaku hak asasi manusia pemerintah dan aparatnya, termasuk polisi, militer, dan imigrasi, serta bagaimana pemerintah mereka berperilaku di dunia internasional, baik itu dilakukan sendiri maupun bersekutu dengan pemerintah negara lain ketika dihadapkan pada kasus pelanggaran berat hak asasi manusia lintas batas negara (tetapi lihat butir f).

---

4 Mengenai perdebatan tentang "tanggung jawab untuk melindungi" (Responsibility to Protect atau R2P) lintas batas negara, lihat pembahasan tentang ketegangan antara kepentingan perlindungan hak asasi manusia lintas negara dan kewajiban penghormatan terhadap kedaulatan negara di bagian E.

(h) Norma IHR itu banyak, spesifik, dan membumi (bandingkan dengan bagian D). Ia tidak abstrak dan mengawang-awang sebagaimana anggapan sebagian orang. Karena IHR adalah bagian dari hukum internasional dan domestik yang berkembang, seiring berjalannya waktu ia makin spesifik dan makin membumi seiring perkembangan yurisprudensi hak asasi manusia internasional dan domestik.

(i) IHR merupakan standar minimum untuk sebuah kondisi yang layak bagi kehidupan manusia—yang menentukan ambang minimum perlindungan yang wajib diberikan oleh pemerintah dan tidak boleh ada seorang manusia pun yang boleh jatuh di bawah standar itu, entah karena tindakan pemerintah yang dapat dihindarkan atau oleh kelalaian pemerintah yang dapat dihindarkan. Jadi, IHR bukanlah sebuah bentuk aspirasi utopia yang jauh di awang-awang. Namun, sayangnya, IHR sering dilanggar atau diabaikan oleh pemerintah dan kadang-kadang, mungkin secara serampangan, dianggap melanggar kekuasaan politik atau dipandang sebagai standar yang lahir dari budaya asing.

Perhatikan perbedaan antara pandangan bahwa IHR merupakan standar minimum kondisi yang layak bagi kehidupan manusia di muka bumi dan "pandangan politik internasional yang ultraminimalis" dari IHR (yang dikemukakan oleh filsuf John Rawls dan lainnya) yang mengurangi IHR menjadi hanya mencakup hak-hak yang, jika tidak benar-benar diabaikan oleh suatu negara, negara tersebut kebal terhadap intervensi yang sah dari negara lain. Kalangan "ultraminimalis" cenderung mengesampingkan fungsi internasional tambahan dari hak asasi manusia di luar pengaturan intervensi yang sah lintas perbatasan negara (lihat butir f) dan mengesampingkan fungsi IHR yang menonjol dan sebagian besar berada di dalam negeri (lihat butir e dan bagian D).

C. Apa itu Hak?

Di bawah ini Anda bisa melihat skema abstrak yang menggambarkan "suatu hak" sebagai suatu jenis hubungan normatif (lihat Gewir 1982: 1—3, sedikit dimodifikasi). Harap dicatat bahwa hubungan normatif yang dimodelkan di bawah ini pada awalnya adalah hak secara umum dan bukan secara spesifik hak asasi manusia yang berbeda dari hak-hak lainnya. Walaupun begitu, kita dapat menggunakan model ini saat membahas pertanyaan yang lebih spesifik tentang hak asasi manusia, misalnya dalam hal apa hak asasi manusia bersifat universal atau tidak universal; siapa pemegang dan siapa sasaran hak asasi manusia; siapa yang mendapatkan manfaat dan siapa yang bertanggung jawab terhadap pemenuhan hak asasi manusia; apa bobot normatif dan fungsi hak asasi manusia; bagaimana membedakan antara hak asasi manusia yang bersifat moral dan hak asasi manusia yang bersifat legal; bagaimana membedakan penerimaan hak asasi manusia belaka dari pembenaran hak asasi manusia; apa sajakah kriteria keberadaan hak asasi manusia (dari tuntutan yang diterima melalui hak yang bersifat moral hingga hak yang bersifat legal dan dapat ditegakkan); apa ongkos sosial, moneter, atau beban moral dari hak asasi manusia, dll.

Model lima elemen hak (baik itu hak asasi manusia maupun hak lainnya):

No.	Elemen Konsep Hak	Penjelasan, Perbedaan, dan Beberapa Istilah Alternatif
1.	P	**Pemegang** hak (juga disebut pengemban, pemilik)
2.	berhak atas	**Jenis** hak: *klaim* atau *kebebasan* atau *otoritas* atau *imunitas*
3.	B	**Barang** (disebut juga keuntungan atau manfaat)
4.	terhadap S	**Sasaran** (yang bertanggung jawab/penjamin)
5.	sebagaimana S	**Sumber** (*dasar hukum*, *landasan moral/politik*, atau *kesepakatan de facto dan pemenuhan* hak tersebut)

Elemen (1) sampai (4) adalah *komponen konseptual* suatu hak (hak apa pun, menurut definisi kami). Elemen (5) menunjukkan bahwa suatu hak membutuhkan *landasan*—entah itu suatu hukum, kontrak, atau janji.

Untuk unsur (1) kami harus menekankan bahwa norma hak asasi manusia itu sangat khas jika dibandingkan dengan hak-hak lain karena

bersifat universal bagi pemiliknya, yaitu setiap manusia yang ada di dunia ini. Sedikit pengecualian dibuat untuk hak asasi manusia dalam bentuk subkategori khusus (misalnya hak asasi manusia "anak-anak"), hak asasi manusia suatu kelompok (hak "minoritas" dan "masyarakat adat"), hak asasi manusia untuk komunitas (misalnya "keluarga"), dan hak asasi manusia untuk warga (perserikatan warga masyarakat di dalam sebuah negara berdaulat).

Unsur (2) menunjukkan empat jenis kepemilikan hak yang juga dicontohkan oleh hak asasi manusia: tidak semua hak asasi manusia berupa *klaim*, tetapi juga bisa berupa *kebebasan*, *kuasa*, dan *kekebalan* (atau kombinasi dari hal-hal tersebut). Semuanya bisa ditemukan di dalam aturan hukum hak asasi manusia. Perhatikan kasus-kasusnya!

Unsur (3) menunjukkan bahwa sebuah hak selalu merupakan hak atas *suatu barang*, manfaat, atau keuntungan. Bagian D di bawah ini mencantumkan beberapa hal pokok dari hak asasi manusia yang disertakan untuk dilindungi sesuai dengan IBHR. Dengan mempertimbangkan daftar ini, kita dapat bertanya apakah semua pemerintah negara berdaulat di dunia ini, yang merupakan penanggung jawab utama IHR, kemungkinan akan mampu dan mau melindungi hal-hal pokok tersebut bagi seluruh warga masyarakat di bawah yurisdiksinya dan apakah pelaksanaan peradilan, tanpa terkecuali, selalu merupakan cara optimal untuk melindungi hak asasi setiap manusia.

Mengenai unsur (4), kita harus ingat bahwa *sasaran pelaksana utama* IHR adalah setiap negara berdaulat di dunia ini. Namun, seperti yang telah ditunjukkan, setiap individu manusia, terutama sebagai warga dari negara-negara demokratis, juga memiliki tanggung jawab moral bersama atas pemenuhan dan pengabaian hak yang dilakukan oleh pemerintah mereka.

Elemen (5) menunjukkan *landasan normatif* dari suatu hak atau dasarnya: entah itu sumber hukumnya, atau landasan moralnya, atau legitimasi politiknya. Termasuk juga kesesuaian faktual dengan beberapa (yang dianggap) hak sebagai sumber validitasnya yang berpotensi bisa menunjukkan bahwa praktik sosial atau kebiasaan secara *de facto* dapat, atau seiring berjalannya waktu dapat, menjadi landasan dari hak yang valid ("hukum adat", "moralitas adat").

D. Daftar 40 Manfaat Hak Asasi Manusia yang Termasuk dalam Perlindungan di IBHR

Bagian ini menguraikan daftar *manfaat*, *kebaikan*, atau objek hak asasi manusia yang termasuk mendapatkan perlindungan hukum dan politik, di seluruh dunia, sebagaimana tercantum dalam International Bill of Human Rights (IBHR) dan dilengkapi instrumen HAM internasional lainnya, termasuk Konvensi tentang Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida. Gagasan di balik daftar ini diambil dari Donnelly (2013: 27). Rujukan IBHR dari setiap hak asasi manusia ditunjukkan dalam tanda kurung, dengan dokumen dan nomor pasal, sebagai berikut:

- D = Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia (yang awalnya merupakan Resolusi Majelis Umum PBB yang tidak mengikat secara hukum, tetapi kemudian diadopsi Majelis Umum PBB dengan suara bulat pada 10 Desember 1948);
- E = Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (mengikat secara hukum, diratifikasi pada Juni 2009 oleh 164 negara);
- C = Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (mengikat secara hukum, diratifikasi oleh 168 negara).

Catatan: Daftar objek hak asasi manusia berikut ini, meski sangat sederhana, menginventarisasi apa saja hak asasi yang berhak diperoleh setiap manusia dari pemerintah negaranya. Tentu saja daftar ini tidak cukup lengkap untuk bisa memberikan pemahaman yang utuh dan lengkap mengenai hukum dan praktik hak asasi manusia. Pemahaman semacam itu memerlukan, antara lain, kajian terhadap praktik pengadilan internasional dan domestik terhadap berbagai macam kasus hak asasi manusia. Pilihan dan interpretasi hakim terhadap sumber-sumber hukum serta pilihan dan deskripsi hakim tentang fakta-fakta yang relevan dari suatu kasus dapat selalu dipertanyakan dan kadang-kadang memang harus dipertanyakan! *Selain itu*, kita juga harus mempelajari praktik LSM di bidang hak asasi manusia dan pembela

hak asasi manusia. Mestinya ada lebih banyak catatan mengenai upaya perlindungan hak asasi manusia daripada pelaksanaan peradilan. Sebagai latihan: Merujuk Beitz (2009: 111), kita dapat mengatakan bahwa hak asasi manusia melindungi kepentingan individu atau kelompok dari ancaman bahaya yang dapat diprediksi ("ancaman standar") yang rentan membahayakan manusia dalam kondisi kehidupan modern. Untuk setiap hak asasi manusia yang tercantum di bawah ini, Anda dapat menyebutkan bahaya atau ancaman yang lebih kurang standar yang rentan menimpa orang-orang di dunia saat ini dan, oleh karena itu, mungkin memerlukan perlindungan hak asasi manusia!

1. Pengakuan, pelaksanaan, dan pemanfaatan hak secara setara; tanpa diskriminasi (D2; E2, E3; C2, C3, C26)
2. Kehidupan (D3, C6)
3. Kebebasan dan keamanan diri seseorang (D3, C9)
4. Perlindungan dari perbudakan (D4, C8)
5. Pengakuan diri seseorang di hadapan hukum (D6, C16)
6. Perlindungan yang setara oleh hukum (D7, C14, C26)
7. Akses ke bantuan hukum saat ada pelanggaran hak (D8, C2)
8. Perlindungan terhadap penangkapan dan penahanan yang sewenang-wenang (D9, C9)
9. Menjalani proses pengadilan yang independen dan tidak memihak (D10, C14)
10. Praduga tidak bersalah (D11, C14)
11. Perlindungan terhadap hukum *ex post facto* (D11, C15)
12. Perlindungan privasi, keluarga, dan rumah (D12, C17)
13. Kebebasan bergerak dan tinggal di dalam wilayah teritorial sendiri (D13, C12)
14. Kebebasan untuk mencari suaka karena penganiayaan (D14)
15. Kewarganegaraan (D15)
16. Menikah dan berkeluarga (D16, C23, E10)
17. Memiliki harta benda (D17)
18. Kebebasan berpikir, bernurani, dan beragama/berkeyakinan (D18, C18)

19. Kebebasan berpendapat, berekspresi, dan pers (D19, C19)
20. Kebebasan berkumpul dan berserikat (D20, C21, C22)
21. Partisipasi demokratis sebagai sarana pemerintahan oleh rakyat (D21, C25)
22. Jaminan sosial (D22, E9)
23. Bekerja dengan kondisi yang layak (D23, E6, E7)
24. Serikat buruh yang bebas (D23, E8, C22)
25. Istirahat dan liburan (D24, E7)
26. Kualitas makanan, pakaian, dan perumahan yang memadai (D25, E11)
27. Tingkat pelayanan kesehatan dan sosial yang memadai (D25, E12)
28. Pendidikan (D26, E13, E14)
29. Partisipasi dalam kehidupan budaya masyarakat (D27, E15)
30. Tatanan sosial dan internasional yang memfasilitasi realisasi hak asasi manusia (D28)
31. Penentuan nasib sendiri bagi tiap orang termasuk untuk suatu populasi "wilayah"; cp (15) dan (21) (E1, C1)
32. Perlakuan yang manusiawi saat ditahan atau dipenjara (C10)
33. Perlindungan terhadap penahanan oleh debitur (C11)
34. Perlindungan terhadap pengusiran warga asing secara sewenang-wenang (C13)
35. Perlindungan budaya minoritas, bahasa, dan agama (C27)
36. Perlindungan khusus untuk anak-anak (D25, E10, C24; yang diperkuat oleh Konvensi Hak-Hak Anak [CRC] yang diadopsi pada 1989/berlaku pada 1990 dan diratifikasi oleh 196 negara)
37. Perlindungan terhadap kampanye kebencian rasial atau agama (C20; diperkuat oleh Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial [CERD] 1965/1969, diratifikasi oleh 177 negara)
38. Perlindungan khusus untuk perempuan (D25, digeneralisasi dan diperkuat oleh Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan [CEDAW] 1979/1981 dan diratifikasi oleh 189 negara)

39. Perlindungan terhadap penyiksaan dan hukuman yang kejam dan tidak manusiawi (D5, C7; diperkuat oleh Konvensi Menentang Penyiksaan [CAT] 1984/1987 yang diratifikasi oleh 158 negara).

Terhadap hak asasi manusia yang tercantum di atas dan tercakup oleh IBHR, kita mesti menambahkan:

40. Perlindungan terhadap genosida (ditetapkan oleh Konvensi tentang Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida 1948/1951 yang diratifikasi oleh 147 negara).

E. Landasan Umum Hak Asasi Manusia Internasional

Akar sejarah hak asasi manusia modern itu banyak dan beragam. Kita tidak akan membahas asal-usul tersebut, tetapi landasan publik dari hak asasi manusia modern yang telah terkodifikasi secara internasional.

Keputusan otoritatif untuk mewujudkan hak asasi manusia internasional sebagai bagian dari tatanan dunia baru, paling tidak sebagai penangkal terhadap kengerian Perang Dunia II, terlaksana dengan diadopsinya Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa oleh 50 negara yang hadir dalam Konferensi tentang Organisasi Internasional di San Francisco pada April—Juni 1945.

Keputusan untuk menetapkan hak asasi manusia internasional pada saat itu termasuk sangat ambigu: Penolakan negara-negara adidaya (AS, Uni Soviet, Inggris Raya, Prancis) menghambat negara lain, termasuk beberapa negara yang lebih kecil, untuk mencantumkan hak asasi manusia di dalam teks Piagam PBB itu sendiri. Penjelasan terperinci mengenai norma hak asasi manusia internasional pun ditunda dan diserahkan hanya kepada 18 anggota Komisi Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa (UNCHR) yang didirikan pada musim panas 1946. Tugas UNCHR adalah mempersiapkan sebuah *piagam hak internasional* serta mengusulkan metode pelaksanaannya. UNCHR kemudian menyusun sebuah draf yang pada akhirnya menjadi Deklarasi Umum tentang Hak Asasi Manusia

(DUHAM). Draf ini diadopsi dengan suara bulat oleh Majelis Umum PBB dan hanya delapan negara yang tidak memberikan suara (abstain) pada 10 Desember 1948.

Hambatan yang besar sangat menyulitkan proses merancang sistem hukum norma-norma HAM internasional yang dapat diterima secara universal, belum lagi hambatan dalam menentukan sarana yang efektif dalam rangka mengimplementasikan hak asasi manusia yang mengikat secara hukum di tingkat internasional. Tiga hambatan utama dalam menyusun deklarasi *hak asasi manusia universal* yang mengikat adalah:

> (1) Negara-negara adikuasa memiliki catatan buruk tentang pelanggaran HAM: *segregasi rasial* di AS; *pengabaian hak sipil dan politik dan penundukan minoritas* di Uni Soviet dan negara-negara di bawah pengaruhnya; *eksploitasi imperialis dan pengekangan hak-hak masyarakat kolonial* di Afrika dan Asia oleh Inggris Raya dan Prancis serta negara-negara kolonial yang lebih kecil seperti Belanda, Belgia, dan Portugal.
>
> (2) Adanya *perbedaan besar* dalam hal budaya, kepercayaan, sistem politik, dan tingkat perkembangan ekonomi di antara berbagai bangsa di dunia ini dan munculnya *gerakan perlawanan yang sah terhadap homogenisasi* yang terjadi di seluruh dunia pascaperang dengan mengambil citra negara hegemonik tertentu.
>
> (3) Adanya *ketegangan yang tajam* antara dua kepentingan, di satu sisi, untuk *memberi kewenangan supranasional dalam rangka penerapan* hak asasi manusia secara universal di seluruh dunia dan, di sisi lain, kebutuhan untuk *menghormati kedaulatan setiap negara* serta imunitas suatu negara terhadap intervensi yang sah dari luar.

Keberhasilan penyusunan draf UDHR oleh UNCHR benar-benar diuntungkan oleh keadaan internasional yang luar biasa antara 1947—1948 sebelum Perang Dingin dimulai dan juga karena usaha yang sangat baik dari para anggota Komisi, termasuk Eleanor Roosevelt (AS, yang terpilih

secara bulat sebagai Ketua), Peng Chun Chang (Tiongkok, Wakil Ketua), Charles Malik (Lebanon, pelapor), Rene Cassin (Prancis), Carlos Romulo (Filipina), Hansa Mehta (India), Hernán Santa Cruz (Chile).

Di luar dugaan, proses penyusunan pengakuan hak asasi manusia universal berhasil mengatasi tiga hambatan utama di atas:

(re 1:) UNCHR pada 1948 menunda usulannya untuk menjadikan upaya penerapan hak asasi manusia internasional mengikat secara hukum. Apa yang kemudian menjadi dua kovenan hak asasi manusia PBB (KIHESB dan KIHSP) baru dipresentasikan untuk diadopsi secara internasional pada 1966 dan usulan (oleh anggota UNHRC, Herbert Evatt, Australia) untuk Pengadilan Hak Asasi Manusia Dunia masih merupakan impian masa depan (atau malah mimpi buruk?). Oleh karena itu, negara adidaya tidak akan mengambil risiko untuk menjadi sasaran campur tangan internasional secara langsung terhadap daftar panjang pelanggaran hak asasi manusia di negaranya masing-masing.

Penundukan warga jajahan di Afrika dan Asia tidak dapat dibahas langsung di DUHAM karena alasan politis: Negara-negara imperialis kolonial Eropa, yang saat itu lemah akibat Perang Dunia II, bersusah payah mendapatkan kembali kekuasaannya yang hilang. Namun, orang-orang di negara jajahan di Asia dan Afrika mendapat pijakan strategis di DUHAM yang mukadimahnya mengakui bahwa "semua orang dan semua bangsa untuk ... dengan langkah-langkah progresif untuk menjamin ... pengakuan dan penghormatan [hak asasi manusia] yang universal dan efektif, baik oleh bangsa-bangsa dari negara-negara anggota sendiri *maupun oleh bangsa-bangsa dari wilayah-wilayah yang ada di bawah kekuasaan hukum mereka*" (penekanan ditambahkan). Masyarakat jajahan segera memanfaatkan klaim mereka secara efektif untuk memperoleh hak asasi manusia dan kebebasan dasar setara dengan "masyarakat tuan" yang menjajah mereka (lihat bagian D butir (31) dan (21); lihat juga pembahasan Konferensi Bandung 1955 dengan referensi di bagian G dan merujuk artikel umum terobosan di KIHSP dan KIHESB; cp. Jensen 2016).

(re 2:) Perbedaan budaya, kepercayaan, sistem politik, dan perkembangan ekonomi antara berbagai bangsa di dunia tidak dianggap remeh oleh UNCHR. Komisi merancang norma hak asasi manusia dari

draf DUHAM agar memiliki karakter "melindungi-dalam taraf-minimum" dan "membumi", kemudian membingkainya sebagai perlindungan terhadap semua manusia di mana pun dari bahaya dan ancaman serius terhadap kepentingan mereka (cp. bagian B (h) dan bagian D). Kita dapat mengetahui jenis-jenis ancaman atau pelanggaran yang harus ditangkal untuk melindungi setiap hak asasi manusia yang tercantum di bagian D. Norma hak asasi manusia telah dirancang agar memungkinkan langkah-langkah implementasi yang berbeda untuk merespons keadaan yang juga berbeda, tetapi tetap harus cukup efektif agar bisa memberikan perlindungan nyata di sebagian besar keadaan. Norma IHR telah dibingkai sedemikian rupa agar tidak memicu penolakan yang cukup beralasan terhadap arus homogenisasi budaya (cp. "Universality Under Siege", Glendon 2001: 221—233).

(re 3:) Piagam PBB juga berisi ketegangan atau ketidakcocokan regulasi terkait dengan implementasi IHR di tingkat supranasional. Pasal 2 (7) mengatakan:

> Piagam ini tidak akan memberikan wewenang kepada Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk mencampuri urusan yang pada dasarnya berada dalam yurisdiksi domestik suatu negara atau mengharuskan negara anggota untuk mengadukan hal-hal tersebut untuk diselesaikan berdasarkan Piagam ini ....

Akan tetapi, sebaliknya, Pasal 55 dan 56 mengatakan:

> Pasal 55: ... Perserikatan Bangsa-Bangsa harus mendukung: ... (c) penghormatan universal dan pemenuhan hak asasi manusia serta kebebasan dasar untuk semua orang tanpa membedakan ras, jenis kelamin, bahasa, atau agama.
>
> Pasal 56: Semua anggota berjanji untuk mengambil tindakan bersama dan terpisah dalam bekerja sama dengan organisasi untuk pencapaian tujuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 55.

Jadi, UNCHR menyusun sebuah draf naskah deklarasi yang dirancang untuk mencari keseimbangan yang agak ambigu antara *kedaulatan negara*

dan *tanggung jawab internasional atas perlindungan hak asasi manusia*, seperti yang ditunjukkan oleh DUHAM Pasal 28:

> Setiap orang berhak atas tatanan sosial dan internasional tempat hak dan kebebasan yang ditetapkan dalam Deklarasi ini dapat direalisasikan sepenuhnya.

Akan tetapi, ada satu segi di dalam DUHAM yang tidak bisa dikompromikan: perlu keputusan yang jelas mengenai **nilai dasar yang melandasi hak asasi manusia**. Perwakilan dari beberapa negara mayoritas Kristen menginginkan bagian kedua Pasal 1 yang menjadi dasar Konvensi DUHAM agar tertulis seperti berikut (penekanan ditambahkan untuk menunjukkan bahwa rumusan yang diajukan tersebut kemudian ditolak):

> Mereka [seluruh umat manusia] diberi berkah oleh *alam semesta*, dan/atau *oleh pencipta mereka*, dengan akal dan hati nurani.

Peng Chun Chang (Tiongkok) keberatan dengan upaya perwakilan dari negara Barat yang ingin memaksakan konsep metafisika dan teologi mereka kepada pihak lain dan keberatannya itu diterima (Alfredsson et al. 1999: 143—44, 155—57; Morsink 1999: 285—87; Glendon 2001: 144—47). Dalam rangka mencari jawaban universal yang sesuai untuk digunakan sebagai landasan, UNCHR kembali pada teks Piagam PBB yang pembukaannya sudah menyatakan, untuk kali pertama dalam hukum internasional, komitmen "untuk menegaskan kembali keyakinan akan hak asasi manusia, akan *martabat dan nilai harga dari manusia*" (penekanan ditambahkan). Dengan demikian, konsep Tuhan dan alam semesta, misalnya sebagaimana dipahami dalam tradisi dari pendapat Thomas Aquinas, dilepaskan sehingga tidak memiliki peran mendasar yang eksplisit di dalam teks yang dirancang agar dapat didukung oleh orang-orang dari berbagai tradisi normatif dan menganut berbagai keyakinan keagamaan dan nonkeagamaan yang saling bersaing.

Pengakuan terhadap "martabat yang melekat ... pada semua bagian keluarga umat manusia ...." (dikutip dari Mukadimah UDHR) telah menjadi bagian yang tak terpisahkan dari praktik umum IHR. Landasan hak asasi manusia modern ini ditegaskan kembali di pembukaan yang

identik dari dua kovenan PBB 1966/1976, KIHSP dan KIHESB (penekanan ditambahkan):

> Negara sebagai Para Pihak pada Kovenan ini ...
>
> Mengakui bahwa [hak yang sama dan tidak dapat dicabut dari semua bagian keluarga umat manusia] *berasal dari harkat dan martabat yang melekat pada setiap diri manusia* ...
>
> Menyepakati pasal-pasal berikut ...

Sayangnya, gagasan tentang martabat manusia yang melekat tidak sepenuhnya gamblang, juga tidak jelas bagaimana cara mendapatkan hak asasi manusia sebagai bagian dari martabat manusia. Namun, adanya komitmen global mengenai inheren dan setaranya martabat manusia itu telah memberi IHR suatu makna universal yang penting dan bisa berfungsi sebagai landasan publik yang diakui secara universal.

Apakah diperlukan landasan yang lebih kukuh? Tentu, martabat manusia yang melekat adalah gagasan tentang *kesetaraan dalam derajat moral*. Gagasan sebelumnya yang berbasis pada derajat martabat selalu membedakan derajat sosial yang lebih tinggi dan derajat sosial yang lebih rendah (misalnya: kaisar/raja/bangsawan dengan warga biasa/budak). Ciri revolusioner yang terkodifikasi melalui IHR dalam hukum internasional adalah *kesetaraan derajat moral tanpa terkecuali di antara semua manusia*. "Semua manusia memiliki martabat yang setara:" wanita *atau* pria, orang suci *atau* pendosa, penganut ortodoks atau penganut bidah. Memang, kaum Stoa dan filsuf lainnya menjadikan kesetaraan martabat manusia sebagai prinsip metafisik, tetapi hal itu tidak pernah memiliki implikasi yang mengikat secara hukum bahwa semua manusia di masyarakat setara derajatnya (Cancik 2002; Waldron 2009; Waldron 2017).

Sekarang, setelah mengakui bahwa semua manusia memiliki martabat yang setara, kita mungkin masih bertanya-tanya: Apakah artinya *semua* manusia memiliki hak asasi, bahkan sejak awal sejarah manusia? Apakah wanita dan pria di zaman *cro-magnon* juga memiliki hak asasi? Apakah petani di abad pertengahan juga memilikinya? Jika kita meninjau kembali 40 jenis objek hak asasi yang dimiliki semua manusia di dunia ini, kita

langsung bisa melihat bahwa tidak masuk akal untuk memberikan, katakanlah, hak kebebasan berserikat bagi buruh (24) kepada pria dan wanita di zaman *cro-magnon* atau hak atas jaminan sosial (22) kepada petani di abad pertengahan. Mengapa? Apa yang tidak didapati orang-orang *cro-magnon* atau petani abad pertengahan adalah apa yang dapat kita sebut **kondisi masyarakat modern yang memfasilitasi hak asasi manusia:** antara lain sistem pasar yang mendunia, globalisasi komunikasi, masyarakat internasional dari negara-negara berdaulat, dan fakta bahwa mayoritas negara berdaulat bisa mempertahankan hukum hak asasi manusia internasional yang bahkan membatasi kedaulatan negara, termasuk dalam yurisdiksi negara itu sendiri, demi individu manusia itu sendiri (Donnelly 2013: 32—35, Buchanan 2013: 23).[5]

Salah satu alasan keberatan terhadap hak asasi manusia yang sering disampaikan adalah bahwa hak asasi itu tidak mungkin memiliki jangkauan universal karena orang zaman *cro-magnon* atau petani abad pertengahan, karena kondisi faktual yang berlaku, mestinya juga punya klaim terhadap perlindungan hak asasi manusia. Jawabannya adalah bahwa proposisi normatif tentang **jangkauan universal** hak asasi manusia merupakan suatu proposisi *praktik* dan tidak mesti *metafisik*: universalitasnya tidak mencakup *semua* manusia sejak awal hingga akhir sejarah manusia. *Universalitas praktis* dari hak asasi manusia dalam batas yang wajar mencakup tindakan dan kelalaian antarpribadi serta antar-institusi *di dunia kita*—sebuah dunia tempat hak asasi manusia secara wajar diakui sebagai ikatan normatif dan, pasca-1945, terkodifikasi dalam hukum internasional yang mengikat, meski bukan tak bisa diubah.

Keberatan lain yang juga muncul terhadap gagasan hak asasi manusia universal adalah bahwa hak itu tidak memiliki justifikasi yang kukuh untuk digunakan di tengah keragaman keyakinan dan budaya karena berbagai agama dan pandangan dunia kita sering bertentangan pada tataran prinsip dasarnya. Ketidakcocokan dalam landasan ini tidak dapat dimungkiri! Namun, **legitimasi yang cukup masuk akal** terhadap hak asasi manusia universal praktis tetap bisa diberikan, meskipun legitimasi semacam itu,

5 Untuk menghubungkan bangkitnya negara berdaulat dengan munculnya hak asasi manusia, lihat Reus-Smit (2013).

sebagian, didasarkan pada landasan yang berbeda, bersaingan, atau bahkan saling bertentangan.

F. Melegitimasi IHR Melintasi Pertentangan Kepercayaan, Budaya, dan Doktrin: Mencita-citakan Solidaritas Manusia Inklusif Berdasarkan Kesetaraan Martabat yang Inheren

Sistem perlindungan IHR modern dilengkapi dengan justifikasi terpadu: dengan tetap memperhatikan persamaan martabat dari setiap manusia di dunia kita. Landasan moral IHR ini mungkin sudah mencukupi untuk tujuan praktis. Dan, kelebihan utamanya, di saat komitmen kita terhadap hak asasi manusia dipertaruhkan, kita tidak mesti melakukan tugas berat untuk membenarkan hak asasi manusia menurut pendirian filosofis, ideologis, atau keagamaan kita. Di sini kita bisa membedakan dua tantangan intelektual: (i) Mengapa kita harus mengakui **prinsip persamaan martabat?** (ii) Apa kondisi dunia yang relevan—**"kondisi hak asasi manusia"**—yang, setelah adanya komitmen seluruh dunia terhadap martabat manusia yang setara, mengharuskan perlindungan dengan prioritas tertinggi di seluruh dunia terhadap martabat dan kebebasan semua orang berdasarkan hak universal dengan kewajiban perlindungan utama dibebankan ke negara-negara berdaulat?

Bab ini tidak mungkin menjelaskan secara lengkap keadaan hak asasi manusia di masyarakat modern (Beitz 2009: 109) atau menganalisis semua gagasan tentang martabat manusia (Waldron 2009; Waldron 2017). Namun, kita mesti tetap bertanya tentang: apakah yang dibutuhkan martabat manusia, dengan munculnya kondisi hak asasi manusia, dalam rangka perlindungan hak universal? Kita telah melihat bahwa IHR mengadopsi standar moderat untuk **melindungi ambang minimum** kehidupan manusia yang layak ketika tidak seorang pun manusia di dunia ini yang boleh jatuh

lebih rendah daripada itu (kecuali atas kehendak sendiri), baik karena **tindakan pemerintah** yang dapat dihindari maupun **kelalaian pemerintah** yang dapat dihindari (lihat bagian B [i]). Melindungi martabat manusia yang setara untuk semua bukan berarti melindungi kebahagiaan setiap orang, tidak juga berarti memberikan kemewahan atau kesuksesan bagi semua orang! Kondisi minimal yang harus dipenuhi untuk kehidupan yang layak, atau bermartabat, bagi semua orang, di antaranya adalah, semua orang berhak untuk hidup, untuk mengatur hidupnya sendiri, untuk terbebas dari perlakuan yang kejam atau merendahkan martabat, dan terbebas dari perlakuan yang sangat tidak adil (cp. Nikel 2007: 62; lihat juga "Catatan" sebelum daftar 40 manfaat hak asasi manusia di bagian D). Mengamankan kondisi kehidupan seperti itu bagi semua orang bukanlah suatu aspirasi yang kontroversial. Namun, bisakah landasan untuk mengamankan kondisi kehidupan seperti itu bagi semua manusia diterima lintas berbagai agama?

Instrumen hak asasi manusia internasional mengindikasikan, walaupun secara tidak langsung, sejumlah ancaman dan bahaya yang dapat dikendalikan dengan perlindungan hak asasi manusia yang efektif (cp. bagian D). Namun, untuk saat ini, mari kita tinggalkan sejenak daftar manfaat hak asasi manusia dan kita bahas mengapa kita bisa berkomitmen, termasuk atas alasan keagamaan, pada prinsip moral yang sangat inklusif dan universalis bahwa semua manusia **memiliki martabat yang setara**.

Tujuan saya di sini adalah untuk mengajukan pertanyaan tentang **beragam legitimasi bagi hak asasi manusia**, yaitu untuk mendiskusikan apakah hak asasi manusia universal tidak hanya cukup mengakui, tetapi juga memerlukan **berbagai jenis justifikasi mendalam** yang berbeda-beda, sekalipun sumber justifikasi itu bisa saling berbeda, bersaing, dan bahkan mungkin bertentangan dengan sumber justifikasi lainnya. Lebih jauh lagi, para penganut justifikasi yang mendalam dari masing-masing doktrin itu akhirnya akan melihat bahwa faktor pendukung hak asasi manusia bisa datang dari doktrin yang sepertinya saling bertolak belakang dan hal itu adalah alasan pembenar yang kuat bagi hak asasi manusia. Mengapa? Dan bagaimana? Bagian integral dari keyakinan seseorang, berdasarkan doktrinnya sendiri, adalah hak asasi manusia untuk bebas beragama atau memiliki kepercayaan/keyakinan dasar (lihat manfaat hak asasi manusia

[18] di bagian D). Rasa solidaritas saya, dan juga rasa hormat saya, terhadap martabat dan kebebasan orang yang memiliki kepercayaan yang bertentangan dengan saya akan tercederai jika saya memperolok dasar keyakinan mereka dalam mendukung hak asasi manusia.

Salah satu ciri logis dari legitimasi jamak ini cukup sederhana, tetapi jarang dipahami: Kesimpulan yang sama bisa didapatkan dengan logika yang murni deduktif dari sekumpulan premis yang berbeda dan saling tidak cocok. Sebuah contoh sederhana: Kesimpulan yang benar bahwa "Semua paus memiliki paru-paru" mungkin berasal dari kumpulan premis bahwa "Semua mamalia memiliki paru-paru" dan "Semua paus adalah mamalia". Namun, kesimpulan lain yang juga benar bahwa "Semua paus memiliki paru-paru" mungkin juga didapat dari kumpulan premis yang berbeda dengan set premis pertama, seperti: "Semua ikan memiliki paru-paru" dan "Semua paus adalah ikan". Saya tidak sedang bermain trik filosofis di sini! Saya hanya mencontohkan fitur sederhana dari logika deduktif: **Kesimpulan yang sama, dalam beberapa kasus, dapat diperoleh melalui argumen deduktif yang valid dari rangkaian premis yang tidak sesuai.**

Sekarang kita beralih ke masalah justifikasi sistem norma IHR dari sumber-sumber yang berbeda dan mungkin tidak saling sesuai. Saya secara tentatif akan membahas beberapa justifikasi keagamaan, dalam hal ini Islam, Kristen, dan Yahudi, yang kitab sucinya menyediakan landasan untuk mendukung IHR. Untuk keperluan argumen, saya mengandaikan bahwa umat Islam, Kristen, dan Yahudi saat ini sudah menyadari bahwa "kondisi hak asasi manusia" (sebagaimana disinggung secara singkat di akhir bagian E) sudah berlaku di dunia kontemporer dan bahwa, dari kondisi hak asasi manusia tersebut, muncul komitmen terhadap hak asasi manusia yang didasarkan pada penerimaan prinsip martabat manusia yang setara: hal itu berpangkal pada gabungan prinsip "semua manusia memiliki martabat yang melekat" dan "menjaga martabat semua manusia di dunia memerlukan perlindungan hak asasi manusia". Namun, bisakah kita menemukan landasan di dalam kitab suci umat Islam, Kristen, dan Yahudi yang mendukung prinsip mengenai martabat manusia yang melekat?

Panduan saya untuk memahami Al-Quran adalah Mohammed Hashim Kamali (2001). Kamali mengajukan beberapa bukti. Bukti utamanya adalah Surah Al-Isra (17) ayat 70:

> Dan sesungguhnya telah Kami muliakan anak-anak Adam, Kami angkut mereka di daratan dan di lautan, Kami beri mereka rezeki dari yang baik-baik dan Kami lebihkan mereka dengan kelebihan yang sempurna atas kebanyakan makhluk yang telah Kami ciptakan.

Di antara bukti-bukti Al-Quran lainnya yang disebutkan Kamali tentang martabat manusia adalah Surah Al-Baqarah (2) ayat 30:

> Ingatlah ketika tuhanmu berfirman kepada para malaikat: "Sesungguhnya Aku hendak menjadikan seorang khalifah di muka bumi". Mereka berkata: "Mengapa Engkau hendak menjadikan (khalifah) di bumi itu orang yang akan membuat kerusakan padanya dan menumpahkan darah, padahal kami senantiasa bertasbih dengan memuji Engkau dan menyucikan Engkau?" Tuhan berfirman: "Sesungguhnya Aku mengetahui apa yang tidak kamu ketahui".

Hanya satu komentar untuk kutipan kitab suci ini (meskipun masih banyak lagi lainnya): *"Karramna"* yang disematkan pada manusia bersifat inklusif untuk **semua manusia** dan tidak hanya terbatas pada orang Muslim, atau pria, atau orang suci di kalangan pria Muslim.

Kita tidak menemukan di dalam Alkitab milik Yahudi dan Kristen sebuah istilah untuk martabat yang mendekati istilah *"karramna"*. Namun, banyak teks Alkitab dapat digunakan, dan sebenarnya memang sudah digunakan, sebagai bukti untuk mendukung doktrin martabat manusia yang melekat. Bagian yang paling sering dikutip adalah Kejadian 1: 27 (klimaks dari kisah penciptaan Alkitab):

> Jadi, Tuhan menciptakan manusia menurut gambaran-Nya, menurut gambaran Allah diciptakan-Nya dia; laki-laki dan perempuan Dia menciptakan mereka.

Ada banyak sumber Alkitab lainnya yang bisa mendukung konsep martabat manusia yang inklusif, yang tidak hanya terbatas pada orang Kristen/Yahudi, atau laki-laki, atau orang-orang saleh.

Sejauh yang saya tahu, baik orang Yahudi, Kristen, maupun Muslim selama berabad-abad sering gagal untuk memahami **implikasi praktis** dari doktrin martabat manusia yang setara, sebuah doktrin yang menurut saya cukup mendukung hal itu di dalam kitab suci mereka.

Akan tetapi, sekarang saya harus menambahkan: tugas untuk menafsirkan kitab suci agama dengan benar dan kompeten adalah tugas yang sebaiknya diserahkan kepada ahlinya masing-masing. Pemeluk agama Yahudi, Kristen, dan Muslim masing-masing bertanggung jawab dan mereka memang menggunakan dasar yang sangat berbeda untuk mengakui hak asasi manusia universal. Prinsip dasar martabat manusia yang melekat bukanlah satu-satunya pilihan (Banchoff et al 2011; Runzo et al 2003). Bab yang ditulis Lena Larsen dalam buku ini adalah salah satu contoh kasusnya.

Dengan demikian, asas normatif bawaan dari IHR—prinsip martabat manusia yang melekat dan setara—menurut saya dapat didukung dari berbagai dasar yang berbeda, saling bersaing, dan bahkan saling bertentangan, yang mungkin dicontohkan oleh isi kitab suci agama Yahudi, Kristen, dan Islam. Menurut saya, dukungan semacam itu bisa diterima, sudah dilakukan selama beberapa generasi, dan penerimaannya tampaknya semakin meluas pada saat ini. Selain itu, ada pendekatan yang masuk akal untuk menerima konsep kesetaraan martabat manusia yang diambil dari pemahaman agama lain dan juga dari berbagai prinsip filosofis dan sekuler yang nonreligius, seperti filsafat Kantian, utilitarian, eksistensialis, atau humanisme sekuler. Saya tidak menyangkal bahwa ada sanggahan terhadap arah pemikiran saya mengenai legitimasi yang majemuk terhadap hak asasi manusia universal (Lindholm 2006).

Tesis di bagian ini adalah: Yang dibutuhkan untuk mendapatkan dukungan yang wajar terhadap dasar-dasar hak asasi manusia dari segala perbedaan agama, budaya, dan ideologi adalah legitimasi dengan **aneka ragam justifikasi**: Jika saya menghormati martabat dan kebebasan yang melekat pada orang lain serta kebebasan beragama atau kepercayaan orang lain, saya harus bisa terbuka untuk menafsirkan, menilai, dan menerima

argumentasi internal orang lain, jika memang valid, dalam melegitimasi hak asasi manusia, sekalipun argumen tersebut didasarkan pada doktrin yang menurut saya tidak benar. Penalaran yang bisa menjembatani jurang pemisah semacam itu memerlukan pemikiran terbuka dan kapasitas untuk melakukan penalaran hipotetis yang tulus dari sebuah "konsep yang asing". Setiap orang harus yakin pada ketulusan orang lain dan juga bersedia dan dapat mencermati penalaran orang lain, dari premis hingga kesimpulan. Hal ini memiliki beberapa kesamaan dengan gagasan Rawls tentang perdebatan, dari hal yang baru diduga-duga hingga suatu doktrin komprehensif dari pihak lain bahwa semuanya masih bisa mendukung "alasan publik", "terlepas dari apa yang mereka pikirkan", dan ikut serta dalam "persahabatan sipil" (Rawls 1999: 155—156). Inti dari konsep legitimasi hak asasi manusia dengan beragam dasar justifikasi adalah bahwa masing-masing pihak harus mulai dengan solidaritas yang bisa melintasi segala perbedaan doktrin dan kemudian mulai terlibat dalam penalaran dengan konsep yang asing bagi mereka untuk mencari kesepakatan mengenai martabat manusia dan dukungan yang beralasan terhadap hak asasi manusia. Dalam dialog yang bisa melintasi perbedaan doktrin semacam itu, **sebuah pengakuan bersama bahwa keadaan sosial hak asasi manusia berlaku di dunia kita** mungkin sangat penting (bagian E).

G. Panduan untuk Karya Teoretis Terkini tentang IHR

Bagian ini merupakan presentasi singkat dari beberapa penelitian terkini mengenai hak asasi manusia internasional yang dilakukan setelah 1945. Perdebatan ilmiah tentang isu hak asasi manusia dalam 20–30 tahun terakhir sangat intens, memanas, dan kadang sangat menarik.

Secara metodologis, gambaran sejarah hak asasi manusia tradisional berfokus pada proses penyusunan dan perdebatan antara para politisi, diplomat, dan pakar di badan internasional seputar instrumen hak asasi manusia yang baru. Dua contoh yang sangat menarik adalah Waltz (2001) dan Waltz (2004) tentang *kontribusi negara-negara kecil*, *masing-masing negara Muslim*, dalam merumuskan DUHAM dan perjanjian IHR.

Ahli sejarah hak asasi manusia terkemuka dengan metodologi tradisional yang memberikan informasi berharga kepada pembaca di antaranya adalah Lauren (2011). Cara penulisan sejarah hak asasi manusia yang dilakukannya adalah secara teleologis: Dia mengisyaratkan bahwa mereka yang disebut para "pelopor" hak asasi manusia telah memiliki visi tentang apa yang akan terjadi di masa depan, yaitu kondisi dunia pasca-1945 yang dipayungi hak asasi manusia internasional.

Salah seorang kritikus yang tidak menggunakan pendekatan tradisional dalam melakukan historiografi hak asasi manusia adalah Moyn (2010), yang meletakkan paradigma baru untuk menulis studi historiografi tentang hak asasi manusia. Dengan memantau perkembangan politik nasional dan internasional dan perdebatan ideologis di luar lingkaran pakar hak asasi manusia yang lebih sempit, dia mengklaim bahwa IHR belum signifikan secara politis hingga akhir 1960-an dan mulai menjadi perhatian utama publik sejak 1970-an. Perspektif Moyn sangat banyak menggunakan sudut pandang Amerika Serikat, bahkan ketika membahas masalah di luar AS. Moyn telah menghasilkan beberapa studi sejarah yang bagus serta banyak artikel dan makalah tentang politik hak asasi manusia modern. Pendapatnya sangat didukung dan juga dilengkapi oleh sarjana Jerman, Eckel. Pandangan Eckel (2014) sangat informatif dan seimbang mengenai bangkitnya hak asasi manusia internasional dari 1945 hingga 2013.

Penilaian Moyn dan Eckel tentang kurang pentingnya periode dari 1950-an dan 1960-an banyak diperdebatkan oleh para sejarawan lain dan yang paling menonjol adalah Burke (2006; 2010) dan Jensen (2016). Para ahli tersebut menggambarkan perjuangan keras rakyat terjajah di Asia dan Afrika hingga akhirnya berhasil, yang berpuncak pada Konferensi Bandung 1955 (Konferensi Asia-Afrika), serta perlawanan yang gigih dan brutal dari penguasa kolonial terhadap masyarakat jajahannya yang berupaya meraih kemerdekaan, yang secara signifikan diabadikan dengan masuknya Pasal Umum 1 di KIHSP dan KIHESB (lihat bagian D butir 31 dan kesimpulan dari [re 1] di bagian E) serta bangkitnya 76 negara merdeka baru antara 1945 dan 1970. Pendekatan politik yang independen dalam dekolonisasi pasca-1945 dan munculnya hak diulas dalam Reus-Smit (2011; 2013: 151—192).

Ketidakpuasan terhadap pandangan tradisional bahwa "manusia memiliki hak asasi atas dasar kemanusiaan mereka" telah melahirkan konsepsi yang saling bertentangan, yang paling menonjol di antaranya adalah apa yang disebut sebagai pandangan politik ultraminimalis tentang hak asasi manusia yang dikemukakan oleh John Rawls (lihat "Catatan" di akhir bagian B). Perkembangan yang paling jelas dari pendekatan ini adalah Beitz (2009). Secara singkat, Beitz menjelaskan bahwa norma hak asasi manusia bisa melindungi kepentingan individu yang urgen dari bahaya yang dapat diperkirakan ("ancaman standar") dan rentan menimpa orang dalam keadaan normal di kehidupan modern. Ketika sebuah negara yang bertanggung jawab gagal dalam melindungi kepentingan tersebut, hal tersebut menjadi masalah kepentingan internasional dan mungkin memerlukan beberapa tindakan "hak asasi manusia internasional" oleh *tindakan negara lain* (Beitz menurut saya agak keliru; lihat bagian B butir [e] dan "Catatan" penutup). Namun, seperti yang dikembangkan oleh Beitz, pandangan tentang muatan hak asasi manusia sudah jelas tidak lagi minimalis. Aksi internasional berbasis HAM menurut pandangannya bisa bermacam-macam ketika tindakan intervensi koersif terhadap negara yang melanggar hanyalah salah satunya. Pendekatan ini membuka perdebatan tentang kondisi apa saja yang membolehkan tindakan intervensi dalam rangka perlindungan hak asasi manusia internasional. Perdebatan tentang "R2P" (tanggung jawab untuk melindungi) di PBB dan masalah *legitimasi intervensi perlindungan hak asasi manusia lintas perbatasan* dijabarkan dan dibahas secara lengkap dalam Cohen, 2012 (Bab 3: 159—222). Dia tidak bisa memberikan jawaban yang memuaskan ....

Signifikansi normatif, politis, dan moral dari gagasan *martabat manusia* telah banyak diperdebatkan secara luas. Di antara studi filologi yang baik adalah Cancik (2002) dan di antara studi filosofis yang mendalam adalah Waldron (2017).

Pengenalan filosofis yang baik untuk IHR adalah Nikel (2007). Makalah terakhir tentang landasan filosofis hak asasi manusia dihimpun dalam Cruft/Liao/Renzo (2015). Buku-buku ilmiah tentang penyusunan dan ciri-ciri utama DUHAM adalah Alfredsson/Eide (1999), Morsink (1999), dan Glendon (2001). Mudah-mudahan segera terbit terjemahan

bahasa Inggris dari Roth (2016) tentang peran penting Peng Chun Chang dalam menyusun DUHAM. Sebuah studi berbobot tentang genealogi global hak asasi manusia, di seluruh keragaman budaya umat manusia, dan berfokus pada "kekeramatan manusia", adalah Joas (2013). Studi ilmiah tentang IHR adalah bidang yang terus berkembang![]

Daftar Pustaka

Alfredsson, Gudmundur, dan Asbjørn Eide, eds. (1999). *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Banchoff, Thomas et al. eds. (2011). *Religion and the Global Politics of Human Rights.* Oxford: Oxford University Press.

Beitz, Charles R. (2009). *The Idea of Human Rights.* Oxford: Oxford University Press.

Buchanan, Allen. (2013). *The Heart of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Burke, Roland. (2010). *Decolonization and the Evolution of International Human Rights.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Burke, Roland. (2006). "'The Compelling Dialogue of Freedom': Human Rights at the Bandung Conference", *HRQ* 28: 947—965.

Cancik, Hubert. (2002). "'Dignity of Man' and 'Persona' in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, *De officis I 105—107*", dalam David Kretzmer dan Eckart Kein eds. *The Concept of Human Dignity and Human Rights Discourse.* The Hague: Kluwer Law International: 19—39.

Cohen, Jean L. (2012). *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism.* New York: Cambridge University Press.

Cruft, Rowan et als. eds. (2015). *Philosophical Foundations of Human Rights.* Oxford: Oxford University Press.

Donnelly, Jack. (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice.* Ithaca: Cornell University Press.

Eckel, Jan. (2014). *Die Ambivalenz des Guten: Menschenrechte in der internationalen Politik seit den 1940ern.* Göttingen: Vandenhoeck&Riprecht.

Eckel, Jan. (2010). "Human Rights and Decolonization: New Perspectives and Open Questions", *Humanity: Intern. J. of Human Rights,* vol 1. Philadelphia: University of Pennsylvania Press: 111—135.

Gewirth, Alan. (1982). *Human Rights. Essays on Justification and Application*. Chicago: Univ. of Chicago Press.

Glendon, Mary Ann. (2001). *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights.* New York: Random House.

Jensen, Steven L.B. (2016). *The Making of International Human Rights: The 1960s, Decolonization and the Reconstruction of Global Values*. Cambridge: Cambridge University Press.

Joas, Hans. (2013). *The Sacredness of the Person. A New Genealogy of Human Rights.* Washington D.C.: Georgetown University Press.

Kamali, Mohammad H. (2001). *The Dignity of Man: An Islamic Perspective.* Kuala Lumpur: Ilmiah Publisher.

Lauren, Paul Gordon. (2011). *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen 3rd Edition*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Lindholm, Tore. (2006). "The Cross-Cultural Legitimacy of Universal Human Rights: Plural Justification across Normative Divides", dalam F. Francisconi dan M. Scheinin eds. *Cultural Human Rights*. Leiden: M. Nijhoff Publishers.

Morsink, Johannes. (1999). *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Moyn, Samuel. (2010). *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge MA: Harvard Univer. Press.

Nickel, James. (2007). *Making Sense of Human Rights, 2nd Edition*. Malden, MA: Blackwell Publishing.

Rawls, John. (1999). *The Law of Peoples with "the Idea of Public Reason Revisited"*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Reus-Smit, Christian. (2013). *Individual Rights and the Making or the International System*. Cambridge: Cambridge University Press.

Reus-Smit, Christian. (2011). "Struggles for Individual Rights and the Expansion of the International System". *International Organizations* vol 65: 207—242.

Roth, Hans Ingvar. (2016). *När Konfucius kom till FN: Pen Chun Chang och FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna*. Dialogos: Stockholm.

Runzo, Joseph et al., eds. (2003). *Human Rights and Responsibilities in the World Religions.* Oxford: Oneworld.

Waldron, Jeremy. (2009). "Dignity, Rank and Rights". *The Berkeley Tanner Lectures on Human Values*. Oxford: Oxford University Press.

Waldron, Jeremy. (2017). *One Another's Equals: The Basis of Human Equality*. Cambridge, MA: Harvard U. Press.

Waltz, Susan. (2001). "Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights", *HRQ* 23: 44—72.

Waltz, Susan. (2004). "Universal Human Rights: The Contribution of Muslim States", *HRQ* 26: 799—844.

Instrumen Hak Asasi Manusia Internasional

The Global Human Rights System of the United Nations: http://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx.

The Inter-American System: http://www.oas.org/en/iachr/mandate/basic_documents.asp.

European Human Rights Instruments: http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts.

African Charter of Human and Peoples' Rights: http://www.achpr.org/instruments/achpr/

ASEAN Declaration and Intergovernmental Commission on Human Rights: http://aichr.org/documents/ dan: http://www.asean.org/wp-content/uploads/images/ASEAN_RTK_2014/6_AHRD_Booklet.pdf.

Sumber Lainnya

Hampir semua instrumen HAM internasional dapat ditemukan di University of Minnesota Human Rights Library: http://hrlibrary.umn.edu/

Bahan-bahan informatif mengenai pemantauan hak asasi manusia dapat ditemukan di laman UN High Commissioner of Human Rights: www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx

Instrumen Inti Hak Asasi Manusia dan Badan Pemantaunya pada 2017

Di tingkat global Perserikatan Bangsa-Bangsa, ada sembilan instrumen inti hak asasi manusia internasional. Masing-masing instrumen ini membentuk komite ahli untuk memantau implementasi ketentuan perjanjian oleh negara-negara pihak. Beberapa perjanjian dilengkapi dengan protokol opsional yang menangani masalah khusus dan Protokol Opsional untuk Konvensi Menentang Penyiksaan membentuk komite ahli.

		Tanggal	Badan Pemantau
ICERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination	21 Des 1965	CERD
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights	16 Des 1966	CCPR
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	16 Des 1966	CESCR
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women	18 Des 1979	CEDAW
CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment	10 Des 1984	CAT
CRC	Convention on the Rights of the Child	20 Nov 1989	CRC
ICMW	International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families	18 DeS 1990	CMW

CPED	International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance	20 DeS 2006	CED
CRPD	Convention on The Rights of Persons with Disabilities	13 DeS 2006	CRPD
ICESCR - OP	Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	10 Des 2008	CESCR
ICCPR-OP1	Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights	16 Des 1966	CCPR
ICCPR-OP2	Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty	15 Des 1989	CCPR
OP-CEDAW	Optional Protocol to the Convention on the Elimination of Discrimination against Women	10 Des 1999	CEDAW
OP-CRC-AC	Optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict	25 Mei 2000	CRC
OP-CRC-SC	Optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography	25 Mei 2000	CRC
OP-CRC-IC	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure	14 Apr 2014	CRC
OP-CAT	Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment	18 Des 2002	SPT
OP-CRPD	Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities	12 Des 2006	CRPD

BAB 8

Konsep Umum dan Prinsip-Prinsip Hak Asasi Manusia dalam Konteks Internasional dan Indonesia

Cekli S. Pratiwi
Fakultas Hukum, Universitas Muhammadiyah Malang, Indonesia

A. Pendahuluan

Bab ini menjabarkan lima aspek penting dalam memahami konsep hak asasi manusia (HAM) Internasional dan konteksnya di Indonesia. Bagian pertama, gambaran umum HAM, mengulas secara singkat mengenai definisi "HAM" dan "subjek pemilik HAM". Ini dilanjutkan dengan uraian mengenai prinsip-prinsip dasar HAM serta kewajiban negara di bidang HAM yang meliputi kewajiban untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi hak asasi manusia seluruh warganya. Bagian berikutnya menguraikan hukum dan sumber hukum HAM, baik di tingkat internasional maupun di Indonesia. Bab ini kemudian ditutup dengan uraian mengenai mekanisme penegakan HAM di tingkat internasional dan di Indonesia.

Pemahaman mengenai konsep umum dan prinsip HAM ini sangat penting karena Hukum HAM Internasional dalam perkembangan saat ini telah menjadi bagian dari sistem hukum di Indonesia, yang diawali dengan Amendemen Undang-Undang Dasar 1945.

B. Gambaran mengenai Hak Asasi Manusia

Secara umum, HAM merupakan hak yang melekat dan dimiliki oleh setiap orang karena "harkat dan martabatnya". HAM bukanlah pemberian hukum, melainkan sudah dimiliki oleh setiap manusia karena kemanusiaannya. Harkat martabat inilah yang membedakan manusia dengan makhluk lainnya seperti hewan dan tumbuh-tumbuhan. Di dalam Al-Quran dikatakan bahwa Allah menciptakan manusia dengan kesempurnaan melebihi ciptaan lainnya[1] dan dengan bentuk yang paling sempurna.[2] Menurut Hugo Grotius, "hak" adalah: 'Sebuah kesetaraan moral yang dilekatkan pada seseorang, yang secara sah dimiliki untuk mendapatkan privilese tertentu, atau melakukan perbuatan-perbuatan tertentu.'[3] Jadi, HAM secara alami melekat pada diri kita sebagai manusia sehingga manusia memiliki kedudukan yang istimewa, bebas untuk bertindak, dan bebas dari segala bentuk penindasan oleh manusia lainnya.

HAM adalah hak fundamental yang perlu dijamin oleh negara melalui hukumnya. Smith dalam bukunya, *Textbook on International Human Rights*, menggarisbawahi bahwa "HAM dan kebebasan fundamental adalah hak yang melekat pada diri semua manusia; perlindungan dan penguatannya adalah kewajiban utama pemerintah".[4] Keberadaan hukum HAM ini dimaksudkan untuk menjamin perlindungan yang bisa ditegakkan secara sah bahwa setiap orang memiliki hak asasi manusia yang harus dihormati, dilindungi, dan dipenuhi oleh negara.[5] Dengan demikian, manusia dapat menuntut haknya secara moral dan hukum, baik untuk memiliki maupun

---

1 QS Al-Isra (17): 70.

2 QS At-Tin (95).

3 Grotius, H. *The Right of War and Peace*. A.C. Campbell (Trans MW Dunne, Washington dan London, 1901) dalam Hyden, P. (2001). *The Philosophy of Human Rights* (Paragon House, St. Paul USA), 48.

4 Smith, R.K. (2013). *Texts and Materials on International Human Rights.* Edisi keenam, Oxford University Press, 1—5.

5 Jika sebuah aturan tentang hak asasi manusia dikodifikasi dalam bentuk perjanjian internasional, hal ini akan mengikat negara-negara. Lihat Pasal 2 (1) Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian yang menyatakan "peserta" artinya 'sebuah negara yang secara sadar mengikatkan diri dengan perjanjian yang perjanjian tersebut berlaku mengikat'. Lihat pula Brownlie, I. *Principles of International Law*. Edisi kelima, Oxford, 1998.

mendapatkan sesuatu, atau untuk melakukan tindakan tertentu.[6] Walaupun begitu, Grotius juga menekankan bahwa "kata 'hak' itu sejajar dengan hukum yang mewajibkan kita untuk berbuat yang patut, bukan hanya apa yang adil sebab hak-hak ini merupakan wujud dari keadilan dan segenap kebajikan lainnya."[7] Dengan demikian, jaminan negara atas perlindungan HAM memberikan kekuatan kepada manusia untuk menikmati kebebasan mereka, tetapi juga mengharuskan mereka untuk bertindak secara bijaksana dan benar.

Perlindungan HAM berarti manusia dapat hidup tanpa diperlakukan secara berbeda karena alasan agama, etnis, suku, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, pandangan politik, status ekonomi, kebangsaan, atau status lainnya. Hukum memberikan jaminan perlindungan untuk semua umat manusia, baik secara perseorangan maupun kelompok, dari tindakan-tindakan yang bertujuan untuk menghalangi, membatasi, atau melanggar kebebasan fundamental atau hak-hak yang bersifat alamiah. Hukum HAM Internasional memberikan ancaman sanksi kepada siapa pun, termasuk negara/penguasa, yang melanggar hak-hak fundamental manusia. Hukum HAM ini juga dimaksudkan untuk memastikan pemenuhan hak asasi manusia bagi setiap orang secara maksimal.[8]

Menurut Fitscher, prinsip *rule of law* mendorong negara-negara untuk menjalankan kewajibannya secara efektif dalam menghormati HAM.[9] Pembentukan PBB dan berbagai instrumen Hukum HAM Internasional merupakan upaya untuk menguatkan jaminan perlindungan HAM. Dengan prinsip *rule of law*, pemerintahan yang mematuhi ketentuannya akan melahirkan hukum-hukum, menjamin kesetaraan, dan menegakkannya melalui lembaga-lembaga yang independen dengan tetap memperhatikan

---

6 Lihat Hornby, A.S. (2006). *Oxford Advanced Leaner's Dictionary of Current English*. Edisi ketujuh, Oxford University Press, 1308. Kamus Oxford mengartikan hak sebagai 'sebuah klaim moral atau hukum, untuk memiliki atau memperoleh sesuatu, atau untuk bertindak dengan cara tertentu'.

7 Grotius, H. *id.*

8 Lihat OHCHR. *International Human Rights Law and The Role of The Legal Professions: A General Introduction. Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*. Hlm. 6. http://www.ohchr.org/documents/publications/training9chapter1en.pdf.

9 Fitscher, T. "Inventing the Rule of Law for the United Nations", dalam *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* Vol. 12, Editor: Bogdandy, A. dan Wolfrum, R. (Koninjklijke Brill, 2008). Hlm. 347–380. http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_10_fitschen_12.pdf.

standar dan norma HAM yang disepakati dan diakui oleh negara-negara beradab di dunia.[10] Hukum HAM dituangkan ke dalam berbagai bentuk, baik dalam lingkup Hukum HAM Internasional maupun hukum domestik. Dalam hukum internasional, HAM dimuat dalam perjanjian-perjanjian, kebiasaan-kebiasaan internasional, prinsip-prinsip hukum umum, atau keputusan-keputusan pengadilan internasional. Sedangkan dalam hukum domestik, HAM dituangkan dalam konstitusi negara, perundang-undangan, atau peraturan lainnya yang terkait.

Menurut McCrudden,[11] pengakuan bahwa setiap orang memiliki martabat sebagai manusia dapat kita jumpai dalam berbagai instrumen hukum internasional seperti Piagam PBB, Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM), atau dua kovenan turunannya.[12] Martabat manusia juga diakui dalam berbagai konstitusi negara-negara di dunia, seperti konstitusi Amerika Serikat, Jerman, Kuba, Italia, Jepang.[13] Keseluruhan konstitusi yang pernah berlaku di Indonesia seperti Konstitusi RIS 1949,[14] UUDS 1950,[15] serta UUD 1945 setelah amendemen juga menyebutkan secara eksplisit bahwa setiap orang memiliki martabat sebagai manusia.[16] Pengakuan ini menegaskan bahwa HAM dimiliki manusia bukan karena pemberian, warisan, atau belas kasihan penguasa. Dengan atau tanpa

---

10 Ibid.

11 McCrudden, C. (2008). "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *The European Journal of International Law*, Vol. 19 no. 4, 655—724.

12 Lihat Pembukaan Piagam PBB, Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia Pasal 1, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), GA Res 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp (No. 16) hlm. 49, UN Doc A/6316 (1966), 993 UNTS 3; International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), GA Res 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp (No. 16) hlm. 52, UN Doc A/6316 (1966), 999 UNTS 171.

13 McCrudden, C. Id. Hal. 664. *Lihat juga* Shulztiner, Doron dan Guy E. Carmi (2014). "Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers". *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 2 (Musim semi 2014), 461—490. Shulztiner mengatakan bahwa sebelum 1945 hanya beberapa negara yang menggunakan istilah "martabat manusia" dalam konstitusinya, yaitu Amerika, Jerman, Kuba, Italia, dan Jepang. Setelah 2012, terdapat 162 negara yang menggunakannya.

14 Lihat Konstitusi RIS 1949 Pasal 36 yang menekankan kewajiban penguasa (negara) untuk senantiasa meningkatkan kemakmuran rakyat dengan menjamin bagi setiap orang derajat hidup yang sesuai dengan **"martabat manusia"**, baik untuk dirinya maupun keluarganya.

15 Lihat pula UUDS 1950 Pasal 37: "Penguasa terus-menerus menjelenggarakan usaha untuk meninggikan kemakmuran rakjat dan berkewadjiban senantiasa mendjamin bagi setiap orang deradjat hidup jang sesuai dengan **martabat manusia** untuk dirinja serta keluarganja".

16 Lihat UUD Republik Indonesia 1945 setelah amandemen, Pasal 28G ayat 2 bahwa setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau segala perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia.

pengakuan HAM dalam sistem hukum suatu negara, setiap orang yang ada di negara tersebut tetaplah memiliki HAM.[17] Marek Piechowiak berpendapat bahwa HAM merupakan hak yang dimiliki oleh setiap individu karena kodratnya sebagai manusia, jadi HAM bukanlah pemberian hukum. Keberadaan hukum HAM akan semakin memperkuat legitimasi dan implementasi HAM secara efektif. Jadi, secara sederhana, HAM ada karena setiap orang, baik laki-laki maupun perempuan, adalah manusia. Menurut Piechowiak:

> "Dalam pengertian yang paling umum, hak asasi manusia dipahami sebagai hak yang dimiliki oleh setiap individu karena kemanusiaannya, bukan karena tindakan hukum. Mengenai keberadaan hak asasi manusia, kami menyatakan bahwa setiap manusia memilikinya, hanya karena dia adalah manusia."[18]

Dalam sejarah perkembangannya, masalah HAM muncul karena manusia yang satu menindas, menyiksa, menjajah, dan memperbudak manusia yang lain. Namun, perhatian terhadap masalah seputar martabat manusia sebenarnya sudah diberikan sejak ribuan tahun silam oleh bangsa-bangsa seperti Yunani, Babilonia, Romawi, dan Britania atau berbagai masyarakat adat.[19] Hal ini juga tertuang dalam Al-Quran, Alkitab, atau kitab suci lainnya. Di dalam Al-Quran terdapat beberapa ayat yang menegaskan makna dan sifat melekat dari martabat manusia. Menurut Hasyim Kamali, pengakuan paling eksplisit tentang martabat manusia dalam Islam dapat ditemukan dalam QS Al-Isra: 70

> "Telah Kami muliakan anak-anak Adam … dan Kami lebihkan mereka dengan kelebihan yang sempurna di atas kebanyakan makhluk yang telah Kami ciptakan."[20]

---

17 Piechowiak, M. *What are Human Rights? The Concept of Human Rights and Their Extra-Legal Justification.* Dalam Hanski, R. dan Suksi, M. (eds.) (1999). *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook.* Edisi revisi kedua. Institute for Human Rights Abo Akademi University Turku/Abo.

18 Ibid.

19 Lauren, P. (10-01-2013). *The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Tests and Thought.* Dalam Dinah Shelton (ed.) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 165—166. Diakses pada 30 Desember 2018 dari http:///www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/law/9780199640133-e-8.

20 Kamali, M.H. (2017). "Human dignity in Islam and its impact on society". *New Straits Times*, Rabu 25 Oktober 2017. Diambil dari https://www.nst.com.my/opinion/columnists/2017/10/294803/human-dignity-islamand-its-impact-society.

Perlawanan terhadap eksploitasi antara sesama manusia sudah ada sejak keberadaan manusia itu sendiri, tetapi hal itu dipahami dalam bingkai moral dan agama, bukan bingkai yuridis. Perlawanan secara yuridis terhadap eksploitasi manusia diawali dengan lahirnya Magna Carta di Inggris pada 15 Juni 1215.[21] Magna Carta menjadi kian penting ketika ditafsirkan ulang pada abad-abad setelahnya, pertama di Inggris dan negara-negara jajahannya di Amerika Utara.[22] Perwujudan prinsip HAM lainnya di masyarakat yang lebih lampau adalah Habeas Corpus Act, Inggris, 1679; Bill of Rights, 1689; Deklarasi Kemerdekaan Amerika Serikat, 4 Juli 1776 yang kemudian dimasukkan ke Konstitusi Amerika Serikat, 17 September 1787; *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* di Prancis pada 1789 dan lainnya.[23]

Secara internasional, perkembangan HAM semakin pesat setelah munculnya kesadaran-bersama masyarakat internasional setelah mengalami kehancuran luar biasa akibat Perang Dunia II. Kesadaran akan pentingnya pengakuan dan perlindungan HAM menjadi dasar dan tujuan dibentuknya Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada 1945. Dalam Piagam PBB secara eksplisit disebutkan bahwa tujuan didirikannya PBB salah satunya adalah dalam rangka mendorong penghormatan terhadap HAM secara internasional.[24]

Tonggak baru pengaturan HAM Internasional tercapai setelah Majelis Umum PBB mengesahkan DUHAM (Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia) pada 10 Desember 1948.[25] Deklarasi ini merupakan dokumen internasional HAM pertama yang disepakati secara internasional. Deklarasi ini berhasil memadukan berbagai nilai-nilai terbaik—sosialis, liberal, nasionalis—yang dapat diterima oleh masyarakat internasional dalam upaya melindungi manusia dari tindakan barbar, penguasa tiran, atau segala bentuk penindasan. Oleh karena itu, DUHAM sering disebut

21 Magna Carta Libertatum 1215, *The New Encyclopaedia Britannica*. Edisi ke-15, 1998.

22 *Ibid.*

23 Jellinek, G. (1895). *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History*. Diakses dari https://oll.libertyfund.org/titles/jellinek-the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-citizens.

24 Lihat Piagam PBB, Bab 1: Tujuan dan Prinsip, Pasal 1, https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf.

25 DUHAM diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada 10 Desember 1948 di Palais de Chaillot, Paris, Prancis melalui Resolusi Majelis Umum Nomor 217 A (III). http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html.

sebagai Standar Umum Pencapaian Bersama HAM. Seusai Perang Dunia II, pengakuan atas "hak untuk menentukan nasib sendiri", yang kemudian tertuang dalam dua instrumen (KIHSP dan KIHESB), menjadi pemicu dan alat legitimasi negara-negara jajahan untuk memperjuangkan kemerdekaan.

Pada 1966, Majelis Umum PBB menetapkan perjanjian internasional yang di dalamnya terdapat mekanisme pengawasan dan perlindungan HAM, yaitu Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP atau Kovenan SIPOL) dan Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (KIHESB atau Kovenan EKOSOB). Kovenan SIPOL dilengkapi dengan Protokol Pilihan tentang Kovenan SIPOL dan Protokol Pilihan Kedua atas Kovenan SIPOL yang bertujuan menghapuskan pidana mati. Kovenan EKOSOB dilengkapi dengan Protokol Pilihan atas Kovenan EKOSOB. Ketiga instrumen pokok beserta protokol pilihan tersebut di atas dikenal dengan istilah "The International Bill of Human Rights" atau Perangkat Utama Hukum HAM Internasional.

Jika kita telaah secara mendalam muatan materi Hukum HAM Internasional, terdapat prinsip-prinsip pokok yang harus dipahami dalam upaya mewujudkan perlindungan HAM sebagaimana akan dijabarkan di bagian C. Rumusan pasal yang terdapat dalam Hukum HAM Internasional akan dijabarkan pada bagian D. Perjanjian-perjanjian HAM Internasional ini kemudian diratifikasi oleh semakin banyak negara dan akhirnya menjadi bagian dari hukum domestik di banyak negara, termasuk Indonesia.

Di Indonesia, kesadaran akan pentingnya memberikan jaminan perlindungan HAM setidaknya dapat ditemukan di beberapa pasal dalam UUD 1945,[26] UUD RIS 1949,[27] dan UUDS 1950.[28] Jaminan perlindungan

---

26 Muatan materi HAM terdapat dalam tujuh pasal, yaitu hak perlakuan yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan (Pasal 27 [1]), hak atas pekerjaan (27 [2]), hak berserikat dan berkumpul (28), hak beragama dan beribadat (29), hak atas pendidikan (31), hak pengembangan budaya (32), dan hak atas kesejahteraan (34).

27 Konstitusi RIS berlaku 27 Desember 1949—17 Agustus 1950. Materi HAM diatur dalam Pasal 7—33 atau sejumlah 27 pasal. Meskipun muatan materi HAM banyak mengadopsi dari DUHAM 1948, tetapi implementasinya belum dapat dilihat karena Konstitusi RIS hanya berlaku 1 tahun.

28 UUDS 1950 berlaku 17 Agustus 1950—5 Juli 1959. Materi HAM diatur dalam Pasal 7—34 atau sejumlah 28 pasal. Muatan materi HAM dalam Konstitusi UUDS mengambil alih dari yang ada dalam Konstitusi RIS dengan sedikit perubahan dan penambahan satu pasal, yaitu hak mogok (21).

Jaminan perlindungan HAM di Indonesia semakin menguat setelah amandemen UUD 1945 dengan memasukkan Bab XA tentang HAM. Pada 1999 (3 tahun sebelum amendemen UUD 1945), Indonesia mengesahkan UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM yang isinya hampir sama dengan pasal-pasal yang ada pada Hukum HAM Internasional. Hukum HAM internasional dan nasional memberikan penegasan bahwa negara memiliki kewajiban untuk menjamin, menghormati, melindungi, dan memenuhi HAM setiap orang yang berada di wilayah hukum dan wilayah kewenangannya. Selain itu, hukum HAM juga melarang negara melakukan tindakan-tindakan pelanggaran HAM.

Jadi, secara singkat dapat dikatakan bahwa HAM adalah hak yang bersifat melekat (inheren) pada setiap orang karena masing-masing mereka memiliki harkat dan martabat sebagai manusia. Setiap orang memiliki hak asasi tanpa dibedakan status kewarganegaraannya, asal negara, suku, etnis, bahasa, jenis kelamin, atau kemampuan fisiknya. HAM dapat ditegakkan dengan adanya kebiasaan-kebiasaan, perjanjian-perjanjian, prinsip-prinsip umum hukum internasional, sumber-sumber hukum internasional lainnya, serta hukum domestik yang berlaku.

C. Prinsip-Prinsip Dasar HAM

Sebagaimana dijelaskan dalam pendahuluan bahwa HAM merupakan bentuk penghargaan terhadap martabat manusia secara universal atas hak yang fundamental dan melekat pada diri setiap manusia. Perlindungan HAM harus merata bagi setiap orang tanpa diskriminasi. Donnelly menekankan bahwa hak asasi manusia adalah setara, tidak dapat dicabut, dan universal, bahkan dalam perspektif lintas budaya sebab berdasarkan norma kontemporer, nilai-nilai penghormatan hak-hak individu dan kesetaraan telah secara umum diterima oleh masyarakat internasional.[29]

HAM yang bersifat melekat dan fundamental juga tidak dapat dicabut atau diabaikan oleh negara. Pembatasan terhadap HAM hanya dapat dilakukan dengan persyaratan yang ketat dan dengan tata acara yang diatur hukum. Perlindungan HAM yang satu sering terkait dan bergantung pada

[29] J. Donelly (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice.* Edisi ketiga, Cornell University Press, 107.

pemenuhan hak yang lain. Pemenuhan HAM yang satu akan mendukung pemenuhan HAM lainnya. Begitu pula sebaliknya, hambatan terhadap perlindungan HAM yang satu akan mengakibatkan terhambatnya perlindungan HAM lainnya.

Bagian ini akan menjabarkan lebih jauh prinsip-prinsip dasar HAM yang disarikan dari Hukum HAM Internasional. Beberapa prinsip dasar HAM ini akan dipaparkan lebih terperinci dalam uraian berikut:

1. Prinsip bahwa HAM *tidak dapat dibagi, saling berkaitan, dan saling bergantung*

HAM itu "saling berhubungan" dan "saling bergantung". Baik hak sipil dan politik maupun hak ekonomi, sosial, dan budaya sama-sama penting dan tidak dapat dibagi-bagi. Pelanggaran hak yang satu akan memengaruhi tidak terpenuhinya hak yang lain (saling berhubungan). Misalnya, pelanggaran hak kebebasan beragama dapat mengakibatkan pelanggaran hak atas pendidikan, hak atas pelayanan kesehatan, atau hak lainnya. Pemenuhan hak yang satu dapat bergantung pada pemenuhan hak lainnya (saling bergantung). Misalnya, pemenuhan hak atas kesehatan akan tergantung pada pemenuhan hak atas pekerjaan. Orang yang memiliki pekerjaan dengan penghasilan yang layak akan mampu menikmati hak atas pelayanan kesehatan yang layak.

2. Prinsip universal dan tidak dapat dicabut

Prinsip universal menyiratkan bahwa HAM seharusnya dapat dinikmati oleh semua orang secara setara, tanpa memandang perbedaan apa pun termasuk perbedaan budaya. Penerapan budaya lokal tidak dapat dijadikan alasan pembenar untuk melakukan pelanggaran HAM atau melakukan tindakan diskriminasi. Prinsip universalitas HAM sering dipertentangkan dengan prinsip partikularitas. Penganut partikularitas HAM meyakini bahwa penerapan HAM dapat berbeda antara satu negara dan negara lainnya, dipengaruhi oleh kondisi sosial dan budaya masyarakat setempat.[30]

Dewasa ini, prinsip universal HAM lebih banyak diterima oleh masyarakat internasional dibanding prinsip partikularitas HAM. Deklarasi

[30] N. Walker (2013). "Universalism and particularism in human Rights". Dalam C. Holder dan D. Reidy (eds.), *Human Rights: The Hard Questions*, 39—58. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/CBO9780511758553.004.

Umum Hak Asasi Manusia 1948 merupakan pernyataan kehendak yang umumnya telah dirujuk sebagai pedoman dalam menyusun berbagai perjanjian internasional, resolusi, dan deklarasi di bidang HAM. Contohnya, pada 1993 diadakan Konferensi Dunia di Vienna tentang HAM yang menyepakati bahwa kewajiban negara di bidang HAM adalah kewajiban untuk mengangkat dan melindungi seluruh HAM dan kebebasan dasar tanpa memandang sistem politik, ekonomi, dan budayanya. Semua negara anggota PBB telah meratifikasi kesepakatan ini setidaknya sekali, 80% lainnya telah meratifikasi empat atau lebih perjanjian HAM internasional, dan menggambarkan bahwa negara-negara berkomitmen untuk mengikatkan diri terhadap kewajiban HAM dan hal ini menunjukkan sifat universalitas dari HAM.

Sementara itu, prinsip tidak dapat dicabut berarti negara-negara tidak dibolehkan untuk mencabut HAM setiap individu, kecuali dalam situasi yang sangat khusus dan berdasarkan prosedur yang adil. HAM diartikan sebagai 'hak-hak kodrati yang bersifat melekat karena martabat sebagai manusia'.[31] Di masyarakat yang berlandaskan keyakinan pada Tuhan, seperti Indonesia, HAM merupakan anugerah dari Tuhan.[32] Karena HAM bukanlah pemberian atau warisan atau belas kasihan dari negara, negara tidak boleh mencabutnya[33] atau membatasinya secara sewenang-wenang.[34] Contohnya, seseorang dapat dibatasi haknya untuk bebas bergerak jika telah terbukti bersalah melakukan tindak pidana berdasarkan putusan hakim.

---

31 Lihat Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya yang diterima oleh Majelis Umum PBB 2200 A (XXI) 16 Desember 1966 pada Mukadimah alinea II yang menyatakan bahwa "Negara-negara pihak dalam Kovenan ini mengakui bahwa hak hak ini berasal dari martabat yang **melekat** pada manusia".

32 Lihat juga Pasal 1 ayat 1 UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM.

33 Lihat juga Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia dalam Resolusi Majelis Umum PBB 10 Desember 1948. Nomor 217 A (III) pada Mukadimah alinea I menyatakan bahwa: "Pengakuan atas hak-hak alamiah dan hak-hak yang sama dan tidak dapat dicabut dari semua anggota keluarga manusia ...."

34 Hak hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk mendapatkan perlakuan yang adil di hadapan hukum, hak memeluk dan memilih agama adalah hak yang bersifat *non-derogable* (tidak dapat dikurang-kurangi dalam keadaan apa pun). Lihat Pasal 3—9 DUHAM, Pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16, dan 18 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik 1966, Pasal 28I ayat 1 dan 2 UUD NRI 1945.

3. Prinsip kesetaraan dan nondiskriminatif

Menurut Theodorson dan Theodorson, diskriminasi diartikan sebagai 'perlakuan yang tidak seimbang terhadap perorangan atau kelompok berdasarkan atribut khas atau kategoris, seperti ras, suku bangsa, agama, atau keanggotaan kelas sosial'.[35] Prinsip nondiskriminasi sangatlah penting dan dimasukkan ke hampir semua perjanjian internasional tentang HAM, seperti Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial[36] dan Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan. Prinsip ini berlaku bagi setiap orang dan melarang diskriminasi atas dasar jenis kelamin, ras, warna kulit, agama, dll.

Prinsip nondiskriminasi terkait dengan prinsip kesetaraan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1[37] DUHAM: "Setiap manusia dilahirkan bebas dan setara dalam martabat dan hak-haknya". Penggunaan istilah "setiap manusia" berarti bahwa "setiap orang" memiliki hak yang sama atau dengan kata lain "tidak seorang pun" boleh diabaikan hak-haknya atau diperlakukan secara berbeda karena perbedaan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik, kebangsaan, asal-usul, tingkat kekayaan, kelahiran, atau status yang lainnya. Penggunaan istilah yang menunjukkan prinsip universalitas ini juga ditemukan di KIHSP dan KIHESB.[38]

Prinsip nondiskriminasi juga diakui dalam berbagai instrumen HAM di tingkat regional. Contohnya, dalam Konvensi HAM Amerika 1969 dijumpai hampir semua bab, pasal-pasal yang secara keseluruhan berjumlah 43, yang menggunakan istilah "setiap orang", "tak seorang

35 G.A. Theodorson dan A.G Theodorson (1979). *A Modern Dictionary of Sociology*. New York: Barnes and Noble Books. Lihat UN Charter (lihat catatan 1), Pasal 1 (3).

36 Konvensi ini telah diratifikasi oleh Indonesia sejak 25 Mei 1999 melalui UU Nomor 29 Tahun 1999 dan pada 2008 Indonesia mengeluarkan UU Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis.

37 Lihat juga Pasal 2, 4, dan 7 DUHAM.

38 KIHSP menggunakan kata *"every human beings"* di Pasal 6, kata *"every one"* di Pasal 9 ayat 1, 12 (1), (2), Pasal 14 (2), (3), dan (5), Pasal 16, Pasal 17 (2), Pasal 18 (1), Pasal 19, dan Pasal 22. Sedangkan istilah *"all person"* dipakai di Pasal 10 (1), 14 (1), 26, *"anyone"* di Pasal 6 (4), 9 (2—5) serta kata *"no one"* di Pasal 6, 7, 11, 15, dan 17 (1). Begitu pula KIHESB Pasal 2 (2) menyebutkan, "*The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.*"

pun", "semua orang", "siapa pun" secara bergantian. Menariknya, dalam salah satu ketentuan Pasal 19 secara khusus disebut istilah "setiap anak",[39] yang menunjukkan secara eksplisit bahwa hak anak kecil diperhatikan sebagai bagian dari keluarga, masyarakat, dan negara. Selain itu, dalam Piagam Afrika tentang HAM dan Masyarakat, terdapat 51 pasal yang menggunakan beragam istilah yang berarti "setiap individu" dan "semua orang". Begitu pula di Eropa, melalui Piagam Sosial Eropa yang disahkan di Turin pada 18 Oktober 1961 dan berlaku efektif mulai 26 Februari 1965, pada bagian mukadimah dinyatakan:[40]

> "Pemerintah yang menandatangani ini, sebagai Anggota Dewan Eropa, ... menimbang bahwa penikmatan hak-hak sosial harus dijamin tanpa diskriminasi dengan alasan ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, pandangan politik, ekstraksi nasional, atau asal-usul sosial."

Dalam pembukaan Piagam Afrika tentang Hak Asasi Manusia dan Rakyat, alinea III merujuk pada Piagam Organisasi Persatuan Afrika, yang menetapkan bahwa "kebebasan, kesetaraan, keadilan, dan martabat adalah tujuan penting untuk pencapaian aspirasi sah rakyat Afrika."

Lalu, bagaimana dengan negara Islam seperti Saudi Arabia? Apakah Saudi Arabia mengakui prinsip kesetaraan? Menurut The Arab Charter of Human Rights yang disahkan di Kairo pada 15 September 1994 oleh negara-negara Liga Arab, pada versi lama, di Pasal 2, dinyatakan:

> "Setiap Negara Pihak pada Piagam ini wajib memastikan bahwa semua individu yang berada di wilayah teritorialnya dan tunduk pada yurisdiksinya dapat menikmati semua hak dan kebebasan yang dijamin dalam piagam ini, tanpa perbedaan berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pandangan politik, kebangsaan atau asal-usul sosial, kekayaan, kelahiran, atau status lainnya dan tanpa membedakan antara laki-laki dan perempuan."[41]

---

39 Lihat Pasal 19: *"Every minor child has the right to the measures of protection requiried by his condition as a minor, on the part of his family, society and the State."*

40 Council of Europe, *European Social Charter: Collected Texts,* Edisi 7 (diperbarui 1 Januari, 2015), hlm. 9.

41 Lihat *The Arab Charter on Human Rights*, tersedia di http://hrlibrary.umn.edu/instree/loas2005.html.

Piagam HAM Arab ini mengakui prinsip kesetaraan setiap manusia sebagai bagian dari upaya tanpa henti dalam mencapai prinsip yang telah ada dalam Hukum (Syariat) Islam, termasuk hidup berdampingan dengan yang berbeda agama. Sementara itu, prinsip "nondiskriminasi" secara tegas dinyatakan di Bagian II Pasal 2 yang bahkan secara eksplisit melarang diskriminasi terhadap pria dan wanita. Sayangnya, piagam ini banyak dikritik oleh para ahli, LSM, dan akademisi lainnya karena dianggap kurang memiliki mekanisme penegakan jika dibandingkan dengan mekanisme penegakan Hukum HAM Internasional.[42] Pada 23 Mei 2004, versi baru piagam ini akhirnya dibuat dan diadopsi di Arab Summit, Tunisia. Piagam ini mulai berlaku pada Maret 2008 dan diterima oleh sepuluh negara Arab seperti Aljazair, Bahrain, Yordania, Libia, Palestina, Qatar, Saudi Arabia, Suriah, Uni Emirat Arab, dan Yaman. Dalam Pasal 1 dan 3 piagam yang baru terdapat pengakuan atas kesetaraan antara laki-laki dan perempuan di negara-negara Arab.[43]

Negara Islam lainnya juga telah menerima dan menerapkan prinsip demokrasi yang salah satunya terdapat pengakuan dan penghormatan terhadap HAM, sebagaimana dikutip Noah Feldman, yang menyebutkan bahwa: "Saat ini, konstitusi Irak dan Afghanistan menjamin kesetaraan pria dan wanita."[44]

Uraian di atas menunjukkan bahwa di negara-negara tempat Islam adalah minoritas seperti di Amerika Serikat serta beberapa bagian Afrika dan Eropa, hak-hak mereka dijamin hukum HAM yang berlaku di negara tersebut. Begitu pula di negara-negara tempat Islam sebagai mayoritas sebab berdasarkan Pasal 2 DUHAM, HAM tidak memandang perbedaan dalam hal agama, ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, politik yang dianut, kebangsaan, asal-usul, tingkat kekayaan, dan kelahiran.

Apakah prinsip nondiskriminasi diakui dalam hukum HAM di Indonesia? Prinsip nondiskriminasi juga menjadi prinsip penting dalam

---

42 M.A. Al-Midani dan M. Cabanettes (2006). *The Arab Charter on Human Rights 2004*. Direvisi oleh Susan M. Akram. Tersedia di http://www.eods.eu/library/LAS_Arab%20Charter%20on%20Human%20Rights_2004_EN.pdf, 147—148.

43 Ibid., 149.

44 Noah Feldman, *Noah Feldman's The Fall and Rise of the Islamic State*, ed. Alison Lake (Herndon, VA: American Muslims for Constructive Engagement, 2008).

perlindungan HAM di Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 28I ayat 2 UUD Tahun 1945 yang menyatakan:

> "Setiap orang berhak bebas dari perlakukan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakukan yang diskriminatif."

Pelarangan diskriminasi di Indonesia diatur melalui UU Nomor 29 Tahun 1999 dan pada 2008 Indonesia mengeluarkan UU Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis. Kedua UU tersebut menjelaskan bahwa tindakan diskriminasi dikategorikan sebagai tindak pidana dan dapat diancam dengan hukuman yang cukup berat. Walaupun begitu, dalam pelaksanaannya masih banyak praktik atau tindakan diskriminasi yang terjadi di Indonesia, baik yang didasarkan pada ras, etnis, agama, tingkat ekonomi, maupun yang lain. Oleh karena itu, masih diperlukan peningkatan kesadaran masyarakat untuk menghargai perbedaan dan mendorong pemerintah untuk mengeluarkan kebijakan yang memberi peluang bagi setiap orang untuk diperlakukan secara setara serta memastikan penegakan hukum bagi para pelanggarnya.

4. Kewajiban negara atas HAM

Tomuschat dalam bukunya *Human Rights: Between Idealism and Realism* menggambarkan bahwa sejarah HAM tidak dapat dilepaskan dari kemunculan sejarah terbentuknya negara modern itu sendiri. Beberapa alasan yang mendasari adalah:

> di satu sisi, negara telah diterima sebagai organisasi yang paling cocok untuk mempromosikan kepentingan anggotanya dalam perjuangan tanpa henti untuk sumber daya di antara komunitas yang berbeda; di sisi lain, itu juga telah diidentifikasi sebagai ancaman mematikan bagi kehidupan dan kesejahteraan anggotanya. Hak asasi manusia memiliki fungsi dialektik dalam mengatasi ketegangan itu. […] Di satu sisi, negara adalah penjamin hak asasi manusia, kerangka kerja institusional menyerukan untuk melindungi keberadaan, kebebasan, dan hak milik setiap warga negara; Namun, pada saat yang sama,

> [...] bahwa berkali-kali orang atau otoritas yang diberikan kekuasaan telah melanggar hak-hak warga negara.[45]

Pengurangan atau pembatasan hak asasi manusia hanya dibolehkan pada (1) hak-hak tertentu dan dalam keadaan tertentu (seperti keadaan darurat umum), (2) berdasarkan ketentuan tertentu, harus sudah dinyatakan secara tegas dalam undang-undang, serta (3) tidak dimaksudkan untuk mendiskriminasikan pihak lain.[46] Hukum hanya menegaskan atau memperkuat bahwa HAM nyata adanya. Karena itu, konstitusi Indonesia secara tegas menyatakan HAM adalah tanggung jawab yang harus dipenuhi oleh negara.

Kantor Komisaris Tinggi PBB untuk HAM menjelaskan, sehubungan dengan Hukum HAM Internasional, negara-negara memiliki tiga tanggung jawab utama, yaitu menghormati, melindungi, dan memenuhi HAM warganya. Kewajiban menghormati berarti bahwa negara-negara harus menahan diri untuk tidak mencampuri atau membatasi pemenuhan hak asasi manusia. Kewajiban melindungi mengharuskan negara-negara untuk melindungi individu dan kelompok dari pelanggaran hak asasi manusia. Kewajiban memenuhi berarti negara harus mengambil tindakan positif memfasilitasi penikmatan hak asasi manusia.[47] Di Indonesia, Pasal 28I paragraf 4 UUD NRI 1945 dan Pasal 8 UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM menyatakan:

> "Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah."

Kewajiban negara dalam kaitannya dengan hak ekonomi, sosial, dan budaya sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 (1) Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya mengharuskan negara-negara untuk "mengambil langkah" melalui penyediaan sumber daya yang

---

45 C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism, 2nd edn*. (Oxford University Press, 2008), 8.

46 T. Buergenthal, "To Respect and To Ensure: State Obligations and Permissible Derogations," in *The International Bill of Rights,* ed. L. Henkin, at 78–86 (New York: Columbia University Press, 1981); P. R. (Sandy) Ghandhi, "*The Human Rights Committee and Derogation in Public Emergencies*," German Yearbook of International Law 32 (1989): 323.

47 http://humanrightshistory.umich.edu/accountability/obligationr-of-governments/.

ada untuk mencapai realisasi sosial, hak budaya, dan budaya yang maksimal dan secara progresif. Kovenan tersebut juga mewajibkan negara-negara untuk menjamin penikmatan hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya tanpa diskriminasi dan menjamin persamaan laki-laki dan perempuan dalam menikmati hak-hak ini. Tindakan spesifik harus diambil oleh negara, seperti menyusun atau memberlakukan undang-undang atau memajukan hak-hak tersebut dalam kebijakan publik.

Kewajiban negara dalam mencapai realisasi penuh secara bertahap sebagaimana dinyatakan dalam Konvensi Hak Anak Pasal 4 (2) merupakan aspek sentral kewajiban Negara. Intinya, kewajiban mengambil tindakan yang tepat terhadap realisasi penuh hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya dengan sumber daya yang tersedia. Referensi terhadap "ketersediaan sumber daya" mencerminkan pengakuan bahwa realisasi hak-hak ini dapat terhambat oleh kurangnya sumber daya dan dapat dicapai hanya dalam jangka waktu tertentu. Sama halnya, ini berarti bahwa kepatuhan negara terhadap kewajibannya untuk mengambil tindakan yang tepat dinilai dari ketersediaan sumber daya keuangan dan lainnya. Konstitusi di berbagai negara juga mengizinkan realisasi bertahap atas beberapa hak ekonomi, sosial, dan budaya.

Meskipun negara-negara dapat memenuhi hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya secara bertahap, mereka juga harus segera mengambil tindakan segera—terlepas dari sumber daya yang dimiliki—di lima aspek: (1) penghapusan diskriminasi; (2) hak ekonomi, sosial, dan budaya tidak tunduk para realisasi progresif; (3) kewajiban untuk "mengambil langkah"; (4) tindakan nonretrogresif; dan (5) kewajiban-inti minimum. Prinsip Limburg semakin memperjelas dan menegaskan mengenai apa saja tanggung jawab yang harus dipenuhi oleh negara peserta Kovenan EKOSOB.[48] Setidaknya terdapat delapan aspek penting yang harus dilakukan oleh negara peserta.

KIHESB telah disusun dan disepakati sebagai bagian dari Perangkat Utama Hukum HAM Internasional dengan maksud melindungi HAM sehingga manusia dapat hidup sebagai manusia seutuhnya, bebas, aman, terlindungi, dan sehat. Hak untuk hidup sebagai hak yang paling kodrati

48 UNHCHR (2005). *Economic, Social and Cultural Rights Handbook for National Human Rights Institutions, Professional Training Series No.12,* UN New York and Geneva. Diakses dari http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12en.pdf.

tidak akan dapat pernah tercapai kecuali semua hak-hak dasar yang dibutuhkan ketika manusia hidup seperti "hak untuk bekerja, makan, rumah, kesehatan, pendidikan, dan budaya" dapat "tercukupi" dan "tersedia" bagi setiap orang.[49] Selaras dengan tujuan fundamental ini, dibentuklah instrumen HAM internasional guna memberikan perlindungan baik kepada individu maupun kelompok dalam mendapatkan hak ekonomi, sosial, dan budaya sebagaimana tertuang dalam KIHESB 1966. KIHESB[50] secara garis besar memberikan pengakuan terhadap hak untuk bekerja, hak untuk mendapat pendidikan, hak atas kehidupan yang layak, hak atas lingkungan yang sehat, serta hak atas pengembangan budaya, dsb.

Dibandingkan dengan hak sipil dan politik yang termuat dalam KIHSP, hak ekonomi, sosial, dan budaya sering dipandang sebagai hak generasi kedua yang pemenuhannya "tidak dapat dipaksakan", "tidak dapat dituntut" (diadili) di pengadilan, dan hanya "dapat dipenuhi oleh negara secara bertahap". Walaupun begitu, seiring dengan diakuinya sistem hukum HAM secara global yang ditandai dengan penerimaan DUHAM 1948, negara-negara di dunia berkali-kali menegaskan di Konferensi Dunia tentang HAM pada 1993 dengan menyatakan bahwa bidang HAM yaitu KIHSP dan KIHESB memiliki kedudukan yang sama pentingnya. Resolusi Majelis Umum PBB Nomor 32/130 pada Desember 1977 menyatakan:

> (a) Semua hak asasi manusia dan kebebasan mendasar tidak dapat dibagi-bagi dan saling bergantung; perhatian yang sama dan pertimbangan yang mendesak harus diberikan pada implementasi, promosi, dan perlindungan hak sipil dan politik serta hak ekonomi, sosial, dan budaya; (b) Realisasi penuh hak-hak sipil dan politik takkan mungkin tanpa pemenuhan hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya; pencapaian kemajuan yang langgeng dalam pelaksanaan hak asasi manusia bergantung pada kebijakan nasional dan internasional yang

[49] United Nations. (2001). "Fact Sheet No. 16 (Rev.1)". The Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, Centre for Human Rights United Nations, Jenewa.

[50] United Nations. (2001). "Fact Sheet No. 16 (Rev.1)". The Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, Centre for Human Rights United Nations, Jenewa.

efektif serta pembangunan ekonomi dan sosial sebagaimana diakui oleh Proklamasi Teheran pada 1968.[51]

Pada 2002, Komite Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya dalam Komentar Umum No. 15 secara tegas memberikan penafsiran tentang Pasal 11 dan 12 dari KIHESB bahwa hak atas air tidak dapat dipisahkan dari hak-hak asasi manusia lainnya. Dalam argumentasinya, Komite menunjukkan bahwa banyak hak asasi manusia lainnya seperti hak untuk hidup tidak dapat didapatkan jika tidak dapat menikmati hak atas air, misalnya. Jadi, hak sipil-politik atau hak ekonomi, sosial, dan budaya tidak dapat dipisahkan satu sama lain karena memiliki sifat saling ketergantungan dan keduanya memerlukan perhatian yang sama dari negara baik dalam hal penerapan, sosialisasi, maupun perlindungannya. Hal ini mengingat pemenuhan hak sipil dan politik saja tanpa pemenuhan hak ekonomi, sosial, dan budaya seseorang sangatlah tidak mungkin. Pemenuhan hak ekonomi, sosial, dan budaya memerlukan dukungan baik dari kebijakan nasional maupun internasional. Segala bentuk penyangkalan terhadap hak ekonomi, sosial, dan budaya dengan alasan hak-hak tersebut dianggap tidak nyata, tidak membutuhkan keterlibatan negara, atau hak yang dapat dipenuhi dan ditegakkan secara bertahap. Negara wajib berusaha untuk terus memenuhi hak EKOSOB warga negaranya.

KIHESB telah diadopsi oleh Majelis Umum PBB melalui Resolusi 2200 A (XXI) pada Desember 1966 dan telah resmi berlaku sejak 3 Januari 1976. Saat ini, jumlah penerimaan KIHESB oleh negara-negara sudah sangat besar, yaitu 169 ratifikasi. Kovenan yang ada saat ini sudah mengalami perubahan karakter yang semula hanya merupakan perjanjian multilateral menjadi hukum kebiasaan internasional, yang berarti mengikat setiap negara dengan atau tanpa ratifikasi.[52]

---

51 United Nations. (2001). "Fact Sheet No. 16 (Rev.1)". Ibid., 5.

52 *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Diakses pada 20 Desember 2018 di https://treaties.un.org. Lihat juga Boer Mauna. (2000). *International Law*, *Definition, Role and Function in the Era of Global Dynamics*. Alumni, Bandung.

D. Hukum HAM Internasional dan Instrumen-Instrumennya

Hukum HAM Internasional telah mengalami perkembangan sangat pesat sejak berdirinya PBB. Hukum tersebut terdiri atas perjanjian-perjanjian internasional, kebiasaan internasional, deklarasi, prinsip-prinsip hukum umum, atau pedoman-pedoman. Perjanjian internasional pada prinsipnya merupakan kesepakatan-kesepakatan tertulis yang dibuat oleh negara-negara dan bersifat mengikat dengan menggunakan berbagai nama seperti piagam (*charter*), kovenan (*covenant*), konvensi (*convention*), dan protokol (*protocol*). Contoh perjanjian internasional tentang HAM adalah ICCPR 1966 dan ICESCR 1966. Sementara kebiasaan internasional adalah praktik-praktik umum yang diterima sebagai hukum oleh negara-negara. Contoh kebiasaan internasional adalah DUHAM 1948.

Meskipun deklarasi itu sendiri tidak bersifat mengikat, tetapi muatan pasal-pasal yang ada dalam deklarasi tersebut memiliki status sebagai kebiasaan internasional. Sedangkan sumber hukum HAM internasional lainnya seperti prinsip-prinsip, pedoman, atau rekomendasi-rekomendasi sekalipun sifatnya tidak mengikat, tetapi hal ini menunjukkan adanya konsensus masyarakat internasional untuk menjadikannya sebagai kekuatan moral dalam hubungan internasional yang kuat dan tidak dapat diabaikan.

1. DUHAM

DUHAM ditetapkan oleh Majelis Umum PBB dalam Resolusi 217 A (III) pada 10 Desember 1948. DUHAM diadopsi oleh 48 negara yang menyatakan setuju, 8 negara yang abstain (Belarusia, Cekoslovakia, Polandia, Saudi Arabia, Afrika Selatan, Ukraina, Uni Soviet, dan Yugoslavia), serta tidak ada satu pun negara yang menolak.[53] Namun, secara bertahap, 2 tahun setelah deklarasi ini dibuat, semua negara telah mengadopsinya.[54]

---

53 Drzewicki, K. (2004). *The United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights*. Dalam Raija Hanski dan Markku Suksi, *An Introduction of International Protection of Human Rights*, Abo Akademik University, Finlandia, 2004, 71.

54 Drzewicki, K. *Id.*

DUHAM merupakan sebuah standar umum pencapaian bersama HAM bagi semua orang dan semua bangsa. Saat ini DUHAM telah diterjemahkan ke dalam lebih dari lima ratus bahasa.[55]

DUHAM berisi tiga puluh pasal. Secara operasional, DUHAM bisa dibagi ke dalam tiga kelompok pasal yang dapat dilihat dalam Tabel 1.

Pasal 1 DUHAM menyatakan bahwa "semua manusia dilahirkan merdeka dan mempunyai martabat dan hak yang sama. Mereka dikaruniai akal budi dan hati nurani dan hendaknya bergaul satu dengan yang lain dalam semangat persaudaraan". Ketentuan Pasal 1 ini mengajarkan tentang semangat kekeluargaan, yaitu manusia adalah bagian dari anggota masyarakat yang saling berhubungan, bukan saling bertanding dan saling membahayakan.

Pasal ini merupakan falsafah dasar yang menetapkan asumsi dasar DUHAM bahwa hak atas kebebasan dan kesetaraan merupakan hak yang diperoleh manusia sejak lahir dan tidak dapat dicabut darinya; dan karena manusia merupakan makhluk rasional dan bermoral, dia berbeda dengan makhluk lainnya di bumi, dan oleh karena itu memiliki hak dan kebebasan tertentu yang tidak dimiliki makhluk lain.[56]

Pasal 2 DUHAM, yang merupakan prinsip dasar dari persamaan dan nondiskriminasi, menyatakan:

> "Setiap orang berhak atas semua hak dan kebebasan yang tercantum dalam Deklarasi ini tanpa pembedaan dalam bentuk apa pun, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, keyakinan politik atau keyakinan lainnya, asal-usul kebangsaan dan sosial, hak milik, kelahiran, atau status lainnya. Selanjutnya, pembedaan tidak dapat dilakukan atas dasar status politik, hukum, atau status internasional negara atau wilayah asal seseorang, baik dari negara merdeka, wilayah perwalian, wilayah tanpa pemerintahan sendiri, maupun wilayah dengan kedaulatan terbatas."

Pasal 3 DUHAM menyatakan "Setiap orang berhak atas kehidupan, kemerdekaan, dan keamanan pribadi". Pasal ini merupakan tonggak

55 http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html.
56 http://www.komnasham.go.id/. Lembar fakta HAM, edisi 3, hlm. 15.

pertama Deklarasi yang menyatakan bahwa "hak untuk hidup, hak atas kebebasan dan keamanan seseorang merupakan hak yang esensial dalam rangka pemenuhan hak-hak lainnya".[57]

Pasal 4 sampai 21 DUHAM merupakan prinsip dan jaminan atas hak-hak sipil dan politik yang selanjutnya dijabarkan dalam Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik. Adapun isi dari Pasal 4—21 dapat dilihat pada Tabel 1.

Selanjutnya, ketentuan Pasal 22—27 DUHAM merupakan jaminan atas hak-hak sosial ekonomi dan budaya yang dijabarkan lebih lanjut dalam Kovenan Hak-Hak Sosial, Ekonomi, dan Budaya. Adapun isi dari Pasal 22—27 DUHAM dapat dilihat pada Tabel 1.

Selanjutnya, Pasal 28—30 DUHAM berisi rumusan hak dan kewajiban masyarakat internasional untuk menjaga ketertiban umum dengan pelaksanaan hak dan kebebasan yang sesuai dengan hukum. Pasal 28 DUHAM menyatakan: "Setiap orang berhak atas ketertiban sosial dan internasional, yang dengannya hak dan kebebasan yang diatur dalam Deklarasi ini dapat diwujudkan sepenuhnya". Pasal 29 DUHAM menyatakan:

> (1) Setiap orang mempunyai kewajiban kepada masyarakat tempat satu-satunya dia dimungkinkan untuk mengembangkan pribadinya secara bebas dan penuh. (2) Dalam pelaksanaan hak dan kebebasannya, setiap orang hanya tunduk pada batasan-batasan yang ditentukan oleh hukum, semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak dan kebebasan orang lain dan memenuhi persyaratan-persyaratan moral, ketertiban umum, dan kesejahteraan umum yang adil dalam masyarakat yang demokratis. (3) Hak dan kebebasan ini dengan jalan apa pun tidak dapat dilaksanakan apabila bertentangan dengan tujuan dan prinsip Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Pasal 30 DUHAM menyatakan: "Tidak ada satu ketentuan pun dalam Deklarasi ini yang dapat ditafsirkan sebagai memberikan hak kepada

[57] http://komnasham.go.id/. Lembar fakta HAM, edisi 3, hlm. 16.

suatu negara, kelompok, atau orang, untuk terlibat dalam aktivitas atau melakukan suatu tindakan yang bertujuan untuk menghancurkan hak dan kebebasan apa pun yang diatur di dalam Deklarasi ini".

Tabel 1. Materi Muatan DUHAM 1948

No.	Kelompok Pasal	Materi Muatan
1.	Pasal 1—2, 28 dan 29, dan 30	Pasal yang berisi dasar filosofis mengenai prinsip kesetaraan (1), prinsip nondiskriminasi (2), konsep tentang kewajiban negara (28), kewajiban individu (29 [1]), pembatasan-pembatasan yang diizinkan (29 [2]), serta larangan bagi siapa pun untuk melanggar atau menghancurkan hak-hak dan kebebasan yang dijamin dalam deklarasi ini (30).
2.	Pasal 4—21	Mengatur tentang hak-hak sipil dan politik yang dielaborasi di KIHSP.
3.	Pasal 22—27	Mengatur tentang hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya yang dielaborasi di KIHESB.

2. KIHSP

KIHSP ditetapkan dan dinyatakan terbuka untuk ditandatangani, diratifikasi, dan disetujui oleh Resolusi Majelis Umum 2200 A (XXI) pada 16 Desember 1966. Kovenan ini diratifikasi Indonesia melalui Undang-Undang RI No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik dan LN Tahun 2005 No. 119 TLN No. 4558. Kovenan ini berisi 53 pasal yang dapat dibagi ke dalam 6 bagian, sebagaimana dapat dilihat di Tabel 2:

Tabel 2. Muatan Materi KIHSP[58]

No.	Kelompok Pasal	Materi Muatan
1.	Bagian I sampai III (Pasal 1—27)	Pelarangan diskriminasi dan penegasan kesetaraan gender (1—5); pembatasan dan pengaturan hak-hak seperti hak hidup (6); pelarangan penyiksaan dan penghukuman yang tidak manusiawi (7 dan 10); pelarangan perbudakan (8); hak atas kebebasan dan keamanan termasuk pelarangan penahanan akibat tidak mampu membayar utang (9 dan 11); hak untuk bebas bergerak (12 dan 13); hak atas proses peradilan yang adil termasuk pelarangan terhadap pemberlakuan UU secara surut (14 dan15); pengakuan kedudukan hukum seseorang (16 dan 17); hak kebebasan berpikir, memilih agama dan kepercayaan (18); hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi termasuk pelarangan propaganda dan penghasutan (19 dan 20); kemerdekaan berserikat, berkumpul, dan berniaga (21 dan 22); hak untuk menikah, membentuk keluarga, dan memiliki keturunan (23 dan 24); hak berpolitik (25); hak atas kesetaraan (26), dan hak sebagai kelompok minoritas (27).
2.	Bagian IV sampai VI (Pasal 28—53)	Pasal 28—53 berisi mekanisme *monitoring* dan prinsip-prinsip dalam interpretasi. Di antara pengaturan hak sipil dan politik sebagaimana tersebut di atas, yang termasuk dalam hal yang bersifat absolut adalah pelarangan penyiksaan, perbudakan, dan penerapan UU secara surut. Sedangkan hak-hak lainnya dimungkinkan untuk dilakukan reservasi, pembatasan, atau pengurangan. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 4 Kovenan SIPOL.

3. KIHESB

KIHESB ditetapkan dan dinyatakan terbuka untuk ditandatangani, diratifikasi, dan disetujui oleh Resolusi Majelis Umum 2200 A (XXI) pada 16 Desember 1966. Kovenan ini diratifikasi Indonesia melalui Undang-Undang RI No. 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sosial, Ekonomi, dan Budaya.[59]

58 Lihat ICCPR, diakses dari http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf.
59 LN Tahun 2005 No. 119 TLN No. 4557.

Tabel 3. Muatan Materi KIHESB[60]

No.	Kelompok Pasal	Muatan Materi
1.	Bagian I sampai II	Berkaitan dengan hak menentukan nasib sendiri (1), kewajiban negara atas hak ekonomi, sosial, budaya (2—4), dan pembatasan dalam pelarangan (5).
2.	Bagian III	Hak untuk bekerja (6); hak untuk menikmati kondisi kerja yang adil dan baik (7); hak untuk membentuk dan ikut dalam organisasi perburuhan (8); hak atas jaminan sosial, termasuk asuransi sosial, khususnya para ibu, anak, dan orang muda (9 dan 10); hak untuk mendapat kehidupan yang layak (11); hak untuk menikmati standar kesehatan fisik dan mental yang tinggi (12); hak atas pendidikan (13 dan 14); hak untuk berpartisipasi dalam kehidupan budaya (15).
3.	Bagian III	Pasal 16—31 mengatur tentang tanggung jawab negara-negara peserta.[1]

E. Regulasi HAM di Indonesia

Pemerintah Indonesia menaruh perhatian terhadap masalah HAM di pengujung rezim Orde Baru, ditandai dengan didirikannya Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) pada 1993. Di awal masa Reformasi, MPR mengeluarkan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia yang dijabarkan dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dan Undang-Undang Nomor 26 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Meluasnya jaminan hak-hak asasi manusia melalui pasal-pasal di dalam UUD 1945, khususnya hasil Amendemen II, merupakan kemajuan dalam membangun fondasi hukum negara untuk memperkuat pengakuan atas hak asasi manusia.[61]

Dengan diratifikasinya berbagai konvensi internasional di bidang HAM—seperti KIHSP, KIHESB, serta berbagai konvensi internasional HAM lainnya—menjadi bagian dari perangkat Hukum HAM Nasional, hal ini memperkuat kedudukan warga negara dalam hubungannya dengan negara. Instrumen hukum HAM yang paling pokok di Indonesia adalah:

60 Lihat http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf.

61 Wiratraman. "Hak-Hak Konstitusional Warga Negara Setelah Amendemen UUD 1945: Konsep, Pengaturan dan Dinamika Implementasi", *Jurnal Hukum Panta Rei*, Vol. 1 No. 1 Desember 2007, Jakarta, Konsorsium Reformasi Hukum Nasional.

1. HAM dalam UUD NRI Tahun 1945 dan UU HAM 1999

Rumusan HAM dalam UUD NRI Tahun 1945 pasca-Amendemen menambahkan Bab XA tentang HAM yang dielaborasi dalm beberapa ketentuan, dari Pasal 28A sampai dengan Pasal 28J. Rumusan pasal-pasal HAM tersebut diadopsi dari DUHAM, Kovenan Internasional tentang Hak-Hak SIPOL, dan Kovenan Internasional tentang Hak EKOSOB. Meskipun kedua kovenan tersebut baru diratifikasi oleh pemerintah Indonesia pada 2005, Indonesia telah mengikatkan diri pada dua kovenan tersebut sejak 1999 ketika UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM disahkan. Rumusan HAM dalam UU HAM diperkuat kembali dan dimuat dalam konstitusi.

Mengikuti pola penjabaran HAM dalam DUHAM, rumusan HAM dalam UUD NRI Tahun 1945 Bab XA tentang HAM hampir sama dengan yang ada dalam UU HAM 1999. Hukum HAM di Indonesia dapat dibagi ke dalam tiga kelompok, yaitu:

a. Kelompok hak sipil yang bersifat *non-derogable*

Kelompok hak yang bersifat tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun (*non-derogable*) dijabarkan dalam Pasal 28I UUD NRI 1945 atau Pasal 4 UU HAM. Pasal 28I UUD NRI Tahun 1945 *juncto* Pasal 4 UU HAM menyatakan:

> "Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun."

Setidaknya terdapat tujuh jenis hak sipil yang secara eksplisit dinyatakan sebagai hak yang bersifat tidak dapat dikurang-kurangi dalam keadaan apa pun, yaitu:

a. Hak untuk hidup;
b. Hak untuk tidak disiksa;
c. Hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani;
d. Hak beragama;

e. Hak untuk tidak diperbudak;
f. Hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum;
g. Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.

Konsep ini sama dengan yang diatur dalam Pasal 4 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak SIPOL 1966 yang menyatakan bahwa: "Pengurangan kewajiban atas Pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16, dan 18 sama sekali tidak dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan ini".[62]

Pasal-pasal yang dimaksud secara berurutan mengatur mengenai hak untuk hidup (6), hak untuk tidak disiksa (7), hak untuk tidak diperbudak (8 ayat 1), hak untuk tidak diperhambakan (8 ayat 2), hak untuk tidak dipenjara karena gagal memenuhi kewajiban dalam perjanjian (11), hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut (15), hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum (16), serta hak kemerdekaan berpikir, berkeyakinan, dan beragama (18). Hanya terdapat satu pasal, yaitu Pasal 11, yang tidak dimasukkan ke UUD 1945 sebagai hak yang bersifat *non-derogable*.

Penafsiran atas rumusan Pasal 28I UUD NRI Tahun 1945 sering dikaitkan dengan ketentuan Pasal 28J. Meskipun Pasal 28I telah menyebutkan secara eksplisit hak-hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun, tetapi dalam praktik penegakan hukum di Indonesia, hak-hak tersebut masih dimaknai sebagai hak-hak yang dapat dibatasi oleh negara, sepanjang pembatasan tersebut sesuai dengan ketentuan Pasal 28J ayat 2, yaitu:

> "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk pada 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 masyarakat demokratis."

[62] Artikel-artikel tersebut secara berurutan mengatur hak untuk hidup (Pasal 6), hak untuk tidak disiksa (7), hak untuk tidak diperbudak (8 ayat 1 dan 2), hak untuk tidak dipenjara karena gagal memenuhi kewajiban berdasarkan perjanjian (11), hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum retroaktif (15), hak untuk diakui secara pribadi di hadapan hukum (16), dan hak untuk kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama (18). Hanya ada satu pasal, yaitu Pasal 11 yang tidak termasuk dalam UUD 1945 sebagai hak yang tidak dapat dicabut.

Hal yang hampir sama juga dicantumkan dalam Pasal 29 DUHAM 1948 *jo* Pasal 70 UU HAM:

> "Dalam menjalankan hak-hak dan kebebasan-kebebasannya, setiap orang harus tunduk hanya pada pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang yang tujuannya semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang tepat terhadap hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil dalam hal kesusilaan, ketertiban, dan kesejahteraan umum dalam masyarakat yang demokratis."

Menurut Pasal 28J ayat 2 UUD NRI 1945 atau Pasal 29 ayat 2 DUHAM 1948:

> (a) Dalam menjalankan hak-hak dan kebebasannya, setiap orang tunduk terhadap pembatasan yang telah diatur dalam undang-undang. Artinya, negara mengeluarkan UU yang ditujukan untuk membatasi hak-hak warga negara tersebut, sejauh UU tersebut dibuat dengan cara-cara yang sah oleh lembaga yang memiliki kewenangan untuk membuatnya. Menurut konstitusi Indonesia, lembaga yang memiliki kewenangan untuk membuat UU adalah DPR dengan persetujuan Presiden (Pasal 5 *jo* Pasal 20 UUD NRI 1945).
>
> (b) Pembatasan terhadap hak-hak yang dimaksud bertujuan untuk menjamin dan melindungi penghormatan hak orang lain dan memenuhi tuntutan yang adil.
>
> (c) Pembatasan tersebut harus didasarkan pada pertimbangan kesusilaan (moral), ketertiban umum, dan kesejahteraan masyarakat dalam masyarakat demokratis. UUD NRI 1945 juga memasukkan nilai-nilai agama sebagai salah satu pertimbangan yang dapat digunakan dalam membatasi hak-hak seseorang. Sementara itu, Pasal 70 UU HAM tidak memasukkan nilai-nilai agama sebagai unsur pembatasan,

tetapi memasukkan aspek keamanan nasional sebagai bagian dari pertimbangan dalam membatasi hak-hak seseorang.

(d) Bahwa dalam pembatasan hak-hak tersebut hendaknya tidak mengandung diskriminasi yang hanya didasarkan pada ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, atau asal-usul sosial. Hal ini sebagaimana juga ditegaskan dalam Pasal 4 ayat 1 Kovenan SIPOL, 29 ayat 3 DUHAM, dan 28I ayat 2 UUD NRI 1945 *jo* 3 ayat 3 UUHAM.

b. Kelompok hak sipil dan politik lainnya

Kelompok hak SIPOL yang dijamin dalam UUD NRI 1945 adalah hak untuk didengarkan keterangannya di muka pengadilan dan hak untuk tidak dianggap bersalah sampai pengadilan membuktikannya (Pasal 28D ayat 1), hak untuk tidak dicampuri kebebasan pribadinya, keluarganya, rumah, serta alamatnya (28G dan 28H ayat 1), hak untuk berpindah tempat (28H ayat 1), kebebasan berpendapat dan berekspresi (28E ayat 1 dan 2), dan hak-hak lainnya yang dijabarkan dalam Tabel 2. Hak-hak ini juga dijamin dalam UU 39/1999 tentang HAM.

Karena hak-hak tersebut didefinisikan sebagai hak yang dapat dibatasi, pembatasan tersebut harus didasarkan pada pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam masyarakat demokratis sebagaimana disebutkan dalam Pasal 28J Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Pasal 70 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Akan tetapi, pertimbangan nilai-nilai keagamaan sebagai rujukan pembatasan dapat diperdebatkan karena pemerintah cenderung melindungi agama mayoritas di atas minoritas. Dalam kasus penistaan atau pembatasan dalam pembangunan rumah ibadah, misalnya, pemerintah terutama menggunakan pertimbangan dari nilai-nilai enam agama yang diakui dalam mengeluarkan keputusan presiden, menteri, dan kebijakan pemerintah daerah lainnya dalam membuat beberapa pembatasan.[63]

63 Djamin, R. *The Paradox of Freedom of Religion and Belief in Indonesia*. Hlm. 2—3. Diakses pada 30 Desember 2018 di www.ohrc.org.

c. Kelompok hak ekonomi, sosial, dan budaya

Hak -hak ekonomi, sosial, dan budaya dijamin dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang mencakup hak berusaha (Pasal 28G ayat 2), hak untuk memiliki properti (28H ayat 14), hak atas jaminan sosial (28H ayat 3), hak untuk bekerja dan untuk mendapatkan penghasilan yang sama untuk pekerjaan yang sama (28D ayat 2), hak untuk beristirahat dan bertamasya (28H ayat 1), hak untuk mendapatkan standar hidup, kesehatan, dan kehidupan yang memadai (28H ayat 1), hak atas pendidikan (28C ayat 1), hak untuk berpartisipasi dalam kehidupan budaya (28I ayat 3 dan 28C ayat 2), dan hak atas informasi (28F). Hak-hak tersebut juga dijamin dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Baik kelompok hak-hak sipil dan politik maupun hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya tersaji pemetaan ketentuan pasalnya dalam Tabel 4 berikut:

Tabel 4. Sebaran Rumusan HAM dalam DUHAM, Kovenan SIPOL, Kovenan EKOSOB, UUD NRI 1945, dan UU HAM

No.	Jenis Hak yang Dijamin	DUHAM	KIHSP	KIHESB	UUD NRI 1945	UU HAM
1.	Perlakuan nondiskriminatif	2	20, 27		28I (1), (2)	3 (3)
2.	Hak atas kehidupan, kemerdekaan, dan keamanan	3	6, 9		28A, 28I (1)	3 (2), 9
3.	Terbebas dari perbudakan dan perhambaan	4	8		28I (1)	4, 20 (1), (2)
4.	Terbebas dari penyiksaan dan perlakuan atau hukuman yang keji, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat	5	7		28G (1), 28I (1)	4, 33, 34

5.	Hak untuk diakui sebagai pribadi di depan hukum di mana pun	6, 7	16, 26		28I (1)	4, 5
6.	Hak untuk mendapatkan upaya pemulihan yang efektif	8	9			
7.	Kebebasan dari penangkapan, penahanan, atau pengasingan sewenang-wenang	9	9, 10		28D (1)	4, 5
8.	Hak untuk mendapatkan pemeriksaan yang adil dan peradilan yang terbuka oleh pengadilan yang independen dan tidak berpihak	10	14		28D (1)	17
9.	Hak untuk dianggap tidak bersalah sampai dibuktikan kesalahannya	11	15		28D (1)	17, 18
10.	Kebebasan dari intervensi yang sewenang-wenang atas kebebasan pribadi, keluarga, rumah, atau alamat	12	17		28G, 28H (1)	29, 31, 32
11.	Kebebasan untuk bergerak dan bertempat tinggal	13	12		28H (1)	27, 40
12.	Hak untuk berusaha	14	13		28G (2)	28
13.	Hak atas kewarganegaraan	15	13, 24		28D (4)	26
14.	Hak untuk menikah dan membangun keluarga	16	23, 24		28B	10

15.	Hak untuk memiliki harta benda	17	11		28H (4)	19, 36, 37
16.	Kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama	18	18		28E (1, 2)	22 (1), (2)
17.	Kebebasan berpendapat dan menyatakan pendapat	19	19		28E (3)	23, 24, 25, 44
18.	Hak untuk berkumpul dan berserikat secara damai	20	21, 22	8	28E (3)	16, 39
19.	Hak untuk ikut serta dalam pemerintahan negaranya dan akses yang sama atas pelayanan publik.	21	25		28D (3)	43, 44
20.	Hak atas jaminan sosial	22		9, 10	28H (3)	41
21.	Hak untuk bekerja dan untuk mendapatkan pendapatan yang sama dari pekerjaan yang sama	23		6, 7	28D (2)	38
22.	Hak untuk beristirahat dan bertamasya	24		10	28H (1)	9 (2)
23.	Hak atas standar kehidupan yang memadai, kesehatan, dan kehidupan	25		11, 12	28H (1)	40, 42
24.	Hak atas pendidikan	26		13, 14	28C (1)	12, 13

25.	Hak untuk berpartisipasi dalam kehidupan budaya	27		15	28I (3), 28C (2)	15
26.	Hak atas informasi				28F	14
27.	Hak wanita					45, 46, 47, 48, 49, 50, 51
28.	Hak anak					52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 s.d. 66

Dari Tabel 4 di atas, tampak bahwa Indonesia sebagai negara anggota KIHSP telah mengadopsi semua ketentuan KIHSP ke dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta dalam Hukum Hak Asasi Manusia Indonesia, kecuali hak atas pemulihan yang efektif yang diatur di Pasal 8 DUHAM atau Pasal 9 KIHSP. Namun, ada beberapa ketentuan yang terdapat dalam hukum HAM di Indonesia tetapi tidak dalam Hukum HAM Internasional. Yang *pertama* adalah hak untuk mendapatkan informasi. Hak ini diberikan pada Pasal 28F UUD 1945 dan juga Pasal 14 UU Hak Asasi Manusia, tetapi tidak disebutkan pada DUHAM atau KIHSP karena hak untuk mendapatkan informasi merupakan bagian dari kebebasan berpendapat dan berekspresi yang diberikan pada Pasal 19 dari DUHAM dan KIHSP. *Kedua,* baik hak-hak perempuan maupun hak-hak anak tidak ditemukan dalam DUHAM atau KIHSP, tetapi lebih diuraikan di Hukum Hak Asasi Manusia Indonesia karena di tingkat internasional kedua masalah khusus ini telah diatur secara terpisah pada Konvensi Internasional tentang Penghapusan Semua Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (CEDAW) dan Konvensi Hak Anak (KHA), yang keduanya telah diratifikasi oleh Indonesia.

Tabel 5. Berbagai Regulasi di Bidang HAM yang Telah Disahkan di Indonesia

Kelompok yang Dilindungi	Instrumen
Umum	♦ Undang-Undang RI Nomor 8 Tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia (Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment). ♦ UU Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kebebasan Menyatakan Pendapat. ♦ UU Nomor 8 Tahun 1999 tentang Hak dan Perlindungan Konsumen. ♦ UU Nomor 26 Tahun 1999 tentang Pencabutan Hukum Subversi yang Dianggap Membatasi Hak Berpendapat. ♦ UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM. ♦ UU Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers, Hak, dan Kewajibannya. ♦ UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. ♦ Undang-Undang RI Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). ♦ UU Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (International Covenant on Civil and Political Rights).

	♦ UU Nomor 15 Tahun 2009 tentang Pengesahan Protokol Menentang Penyelundupan Migran melalui Darat, Laut, dan Udara, melengkapi Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Menentang Tindak Pidana Transnasional yang Terorganisasi. ♦ UU Nomor 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik. ♦ UU Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU No. 13 Tahun 2006 mengenai Perlindungan Saksi dan Korban. ♦ UU Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia. ♦ UU Nomor 5 Tahun 2010 tentang Perubahan atas UU Nomor 22 Tahun 2002 tentang Grasi. ♦ UU Nomor 21 Tahun 1997 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang. ♦ UU Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan. ♦ UU Nomor 14 Tahun 2009 tentang Pengesahan Protokol untuk Mencegah, Menindak, dan Menghukum Perdagangan Orang, terutama Perempuan dan Anak-Anak, melengkapi Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Menentang Tindak Pidana Transnasional yang Terorganisasi.
Perempuan	♦ UU Nomor 7 Tahun 1984 tentang Ratifikasi Konvensi PBB tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (disingkat sebagai Konvensi Wanita). ♦ UU Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga

Anak	♦ UU Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak. ♦ UU Nomor 1 Tahun 2000 tentang Pengesahan Konvensi ILO Nomor 182 mengenai Pelanggaran dan Tindakan Segera Penghapusan Bentuk-Bentuk Pekerjaan Terburuk untuk Anak. ♦ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 1999 tentang Pengesahan Konvensi ILO Nomor 138 mengenai Usia Minimum untuk Diperbolehkan Bekerja. ♦ Undang-Undang RI Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. ♦ UU Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak. ♦ UU Nomor 10 Tahun 2010 tentang Pengesahan Protokol Opsional Konvensi Hak-Hak Anak mengenai Penjualan Anak, Prostitusi Anak, dan Pornografi Anak.
Buruh	♦ UU Nomor 11 Tahun 1998 tentang Hak dan Kewajiban Buruh di Indonesia. ♦ UU Nomor 19, 20, dan 21 Tahun 1999 tentang Perburuhan. ♦ UU Nomor 15 Tahun 2016 tentang Pengesahan Konvensi Ketenagakerjaan Maritim (Maritime Labour Convention, 2006). ♦ UU Nomor 39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan TKI di Luar Negeri.
Minoritas	♦ UU Nomor 29 Tahun 1999 tentang Pengesahan Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial. ♦ UU Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis.

Penyandang Disabilitas	♦ UU Nomor 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan Konvensi mengenai Hak-Hak Penyandang Disabilitas (Convention on the Rights of Persons with Disabilities). ♦ UU Nomor 8 Tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas.

Dari Tabel 5 di atas, tampak bahwa semua standar hak asasi manusia dan ketentuan yang dinyatakan pada DUHAM, KIHSP, dan KIHESB telah diadopsi oleh pemerintah Indonesia melalui pemberlakuan beberapa undang-undang. Ada delapan dari sembilan instrumen HAM internasional yang telah diratifikasi oleh pemerintah Republik Indonesia, yaitu ICERD[64], KIHSP, KIHESB, CEDAW[65], CRC[66], CAT[67], ICRMW[68], CRPD[69], dan CPED. Kebanyakan undang-undang tersebut diberlakukan setelah Amendemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada 1999.

Semua instrumen HAM yang telah ditetapkan atau diratifikasi oleh pemerintah Republik Indonesia menunjukkan bahwa Indonesia memiliki komitmen kuat untuk menghormati dan melindungi hak asasi manusia semua orang. Namun, implementasi dari instrumen dan peraturan tersebut masih menjadi tantangan. Menurut laporan indeks Rule of Law dari World Justice Project (WJP) pada 2017 hingga 2018, secara umum indeks *rule of law* Indonesia berada di peringkat 63 dari 133 negara.[70] Indonesia masih berada di peringkat 78 dari 113 dalam penghormatan atas hak-hak dasar. Peringkat ini menunjukkan bahwa sistem hukum positif di Indonesia belum berhasil menghormati hak asasi manusia inti yang ditetapkan di bawah DUHAM.[71]

64 CERD diterima oleh Majelis Umum PBB melalui Resolusi No. 2106 (XX) 21 Desember 1965. Indonesia meratifikasi CERD melalui UU No. 29/1999.

65 Konvensi ini dikenal dengan CEDAW dan diratifikasi oleh Indonesia melalui UU No. 7/1984.

66 CRC telah diratifikasi Indonesia melalui Keputusan Presiden No. 36/1990.

67 CAT diterima oleh Majelis Umum PBB melalui Resolusi 39/46 pada 10 Desember 1984. Indonesia meratifikasinya melalui UU Nomor 5 Tahun 1998.

68 Lihat World Justice Project. *The WPJ Rule of Law Index 2017—2018*. Hlm. 22. Diakses pada 30 Desember 2018 dari www.worldjusticeproject.org.

69 CRPD diratifikasi Indonesia pada November 2011.

70 Lihat World Justice Project. *Id.* Hlm. 39.

71 Pemerintah mengeluarkan kebijakan Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia Indonesia 2011—2014 berdasarkan Keputusan Presiden No. 23 Tahun 2011, kemudian dilanjutkan

F. Mekanisme Penegakan HAM Internasional

Mekanisme penegakan HAM internasional pada dasarnya dibagi menjadi dua, yaitu mekanisme konvensional dan mekanisme ekstra.

a. Mekanisme Konvensional

Mekanisme konvensional disebut juga sebagai Badan Pemantau Perjanjian yang terdiri atas komite-komite. Berbagai komite tersebut beserta fungsinya adalah sebagai berikut:

1. Komite Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya, berfungsi memantau pelaksanaan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya.
2. Komite Hak Asasi Manusia, berfungsi memantau pelaksanaan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik.
3. Komite Penghapusan Diskriminasi Rasial, berfungsi memantau pelaksanaan Konvensi Internasional untuk Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Ras.
4. Komite Menentang Penyiksaan, berfungsi memantau pelaksanaan Konvensi Melawan Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Lainnya.
5. Komite Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan, berfungsi memantau pelaksanaan Konvensi Penghapusan Segala Bentuk atau Diskriminasi terhadap Perempuan.
6. Komite Hak Anak, berfungsi memantau pelaksanaan Konvensi Hak-Hak Anak.

Pada prinsipnya, mekanisme konvensional memantau pelaksanaan perjanjian internasional tentang HAM yang diratifikasi negara-negara. Berbagai komite yang dibentuk terdiri atas para pakar independen yang bertindak dalam kapasitasnya masing-masing dan bukan sebagai perwakilan pemerintah mereka, meskipun mereka dipilih oleh perwakilan dari negara

pada 22 Juni 2015 dengan Peraturan Presiden No. 75 Tahun 2015 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia 2015—2019. Lihat di http://setkab.go.id/perpres-rencana-aksi-nasional-ham-2015-2019-diteken-ada-secretariat-text/. Muatan RANHAM 2015—2019 dapat diakses di http://www.balitbangham.go.id/po-content/peraturan/Perpres%20RanHAM%202015%20Final.pdf.

pihak. Setiap Komite terdiri atas 18 anggota, dengan pengecualian Komite Menentang Penyiksaan dan Komite Hak Anak (masing-masing 10 anggota) serta Komite Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (23 anggota). Anggota terpilih mengikuti prinsip representasi geografis yang adil untuk memastikan perspektif dan kepakaran yang berimbang dalam sistem hukum utama. Fungsi utama badan perjanjian adalah untuk memeriksa laporan yang diajukan oleh negara pihak dan untuk mempertimbangkan keluhan pelanggaran hak asasi manusia.

a. Mekanisme Pelaporan Negara: Semua negara pihak dalam perjanjian internasional diharuskan menyampaikan laporan yang menyatakan kemajuan yang dibuat dan masalah yang dihadapi dalam pelaksanaan hak berdasarkan perjanjian yang terkait.
b. Mekanisme Pengaduan Individual: Tiga dari perjanjian internasional saat ini memungkinkan individu untuk mengajukan pengaduan tentang dugaan pelanggaran hak, yaitu Protokol Opsional untuk Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik; Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial, dan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia.
c. Pengaduan Antarnegara: Ketiga perjanjian yang sama, selain Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan, seperti yang tercantum di atas, juga membuat ketentuan yang memungkinkan negara pihak untuk mengajukan pengaduan terkait dugaan pelanggaran hak asasi manusia terhadap negara peserta lain.

b. Mekanisme Ekstrakonvensional

Mekanisme ekstrakonvensional ini dibagi menjadi dua. Yang pertama adalah prosedur khusus yang meliputi Pelapor Khusus, Perwakilan Khusus, Utusan Khusus dan Pakar Independen, Kelompok Kerja (tematik atau negara), sementara yang kedua adalah Prosedur Pengaduan 1503.

Prosedur pengaduan 1503 dilakukan oleh negara pada PBB apabila terjadi pelanggaran HAM berat dan sistematis. Setiap tahun, Perserikatan Bangsa-Bangsa menerima ribuan komunikasi mengenai

dugaan pelanggaran berat dan sistematis terhadap hak asasi manusia dan kebebasan dasar. Dewan Ekonomi dan Sosial bertugas menangani komunikasi semacam itu. Hal ini dikenal sebagai Prosedur 1503, sesuai dengan pengadopsian Resolusi 1503 pada 27 Mei 1970. Prosedur ini tidak menangani kasus individual, tetapi situasi-situasi yang berdampak terhadap sejumlah besar orang dalam kurun waktu yang berlarut-larut.

G. Mekanisme Penegakan HAM di Indonesia

Kewajiban untuk melindungi HAM menuntut negara untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan (baik di bidang legislatif, yudikatif, maupun eksekutif) guna melindungi hak-hak dan kebebasan warga negara yang ada di wilayahnya. Misalnya adalah membuat undang-undang atau kebijakan publik baru atau merevisi atau mencabut berbagai peraturan yang usang sehingga mampu memberikan jaminan perlindungan terhadap hak-hak dan kebebasan warga di wilayahnya. Kewajiban untuk memenuhi HAM menuntut negara untuk mengambil langkah-langkah guna memenuhi hak-hak dan kebebasan dasar manusia, seperti pemenuhan hak atas kesehatan, hak atas penghidupan yang layak, hak atas pekerjaan, hak atas pendidikan, dll.

Di ranah kebijakan, pada 2011, pemerintah Indonesia akhirnya menerbitkan Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia (RANHAM) periode 2011—2014 dan kemudian digantikan dengan RANHAM 2015—2019.[72] RANHAM adalah dokumen yang memuat sasaran, strategi, dan fokus kegiatan prioritas rencana aksi nasional hak asasi manusia Indonesia dan digunakan sebagai acuan kementerian, lembaga, dan pemerintah daerah dalam melaksanakan penghormatan, pelindungan, pemenuhan, penegakan, dan pemajuan HAM di Indonesia.

72 Pemerintah mengeluarkan kebijakan Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia (RANHAM) Indonesia Tahun 2011—2014 berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 23 Tahun 2011. Kemudian dilanjutkan dengan Peraturan Presiden Nomor 75 Tahun 2015 pada 22 Juni 2015 tentang Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia Tahun 2015—2019. Lihat di http://setkab.go.id/perpres-rencana-aksi-nasional-ham-2015-2019-diteken-ada-sekretariat-bersama/. Isi RANHAM 2015—2019 secara lengkap dapat diakses di http://www.balitbangham.go.id/po-content/peraturan/Perpres%20RanHAM%202015%20Final.pdf.

Setidaknya terdapat lima sasaran umum yang hendak dicapai dalam RANHAM 2015—2019, yaitu:

1. Meningkatnya pemahaman HAM aparatur negara dan masyarakat;
2. Terlaksananya instrumen HAM dalam kebijakan pemerintah;
3. Meningkatnya partisipasi Indonesia dalam forum kerja sama di bidang penghormatan, pelindungan, pemenuhan, penegakan, dan pemajuan HAM;
4. Meningkatnya penanganan pelanggaran HAM;
5. Meningkatnya aksesibilitas penyandang disabilitas dan kelompok rentan lainnya untuk berpartisipasi di bidang sipil, politik, ekonomi, sosial dan budaya.

Pemerintah Indonesia juga mendirikan berbagai lembaga penegak HAM seperti Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM), Komisi Nasional Perempuan (KOMNAS PEREMPUAN), Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI), Pengadilan HAM, dan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

1. Komnas HAM

Komnas HAM dibentuk melalui Keppres No. 50 Tahun 1993. Ia dibentuk dalam konteks politik dalam negeri dan internasional yang memberi perhatian serius terhadap persoalan hak asasi manusia. Sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 75 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, Komnas HAM memiliki mandat untuk: (a) mengembangkan kondisi yang kondusif bagi pelaksanaan hak asasi manusia, baik yang ada dalam perangkat hukum nasional maupun Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia dan Piagam PBB (yang dalam Pasal 55 dan 56 merujuk DUHAM sebagai basis pemajuan hak asasi); (b) meningkatkan perlindungan dan penegakan hak asasi manusia guna berkembangnya pribadi manusia Indonesia seutuhnya dan kemampuannya untuk berpartisipasi dalam berbagai bidang kehidupan.

Untuk mencapai tujuan tersebut, Komnas HAM menjalankan empat fungsi pokok, yaitu: (a) Pemantauan; (b) Penelitian/pengkajian; (c) Mediasi; (d) Pendidikan. Pelaksanaan empat fungsi tersebut dibagi ke dalam empat subkomisi, yaitu Subkomisi Pemantauan, Subkomisi Penyuluhan, Subkomisi Pengkajian/Penelitian, dan Subkomisi Mediasi.

Untuk memperkokoh fungsinya sebagai satu kesatuan, anggota subkomisi dapat membantu subkomisi yang lain.[73]

Dalam perkembangannya, KOMNAS HAM masih dinilai kurang maksimal dalam menjalankan fungsinya. Hal ini juga dipengaruhi oleh lemahnya kedudukan KOMNAS HAM dan minimnya sumber dana yang diperoleh dari pemerintah. Dalam laporan tahunan yang terakhir (2016), jumlah pengaduan dugaan pelanggaran hak asasi manusia dari masyarakat yang diterima KOMNAS HAM ada sekitar lima ratus berkas per tahun. Selama periode Januari—Desember 2016, pelanggaran terbesar masuk ke kategori hak untuk mendapatkan keadilan hukum dalam beperkara, yaitu sebanyak 28 kasus dan pelanggaran atas hak untuk mendapatkan kesejahteraan, yaitu sebanyak 14 kasus.[74]

2. Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI)

Komisi Perlindungan Anak Indonesia (selanjutnya disebut KPAI) adalah lembaga independen yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak dalam rangka meningkatkan efektivitas penyelenggaraan perlindungan anak. KPAI dibentuk untuk merespons berbagai laporan tentang adanya kekerasan, penelantaran, dan belum terpenuhinya hak-hak dasar anak di Indonesia. Keputusan politik untuk membentuk KPAI juga tidak dapat dilepaskan dari dorongan dunia internasional. Komunitas internasional menyampaikan keprihatinan mendalam atas kondisi anak di Indonesia. Banyaknya kasus pekerja anak, anak dalam area konflik, pelibatan anak dalam konflik bersenjata seperti yang terjadi di Aceh, tingginya angka putus sekolah, malnutrisi, perkawinan di bawah umur, *trafficking,* dll. telah memantik perhatian komunitas internasional untuk menekan pemerintah Indonesia agar membuat lembaga khusus yang bertugas memantau kondisi perlindungan anak di Indonesia.

3. Komisi Nasional Antikekerasan terhadap Perempuan

Komisi Nasional Antikekerasan terhadap Perempuan atau sering disingkat sebagai Komnas Perempuan berdiri berdasarkan Keputusan Presiden No.

---

73 KOMNAS HAM. (2016). *Laporan Tahunan KOMNAS HAM Tahun 2016. Pemenuhan Kelompok Minoritas dan Rentan.* Lihat Laporan Tahunan KOMNAS HAM 2017, dapat diakses di https://www.komnasham.go.id/files/20171101-laporan-tahunan-komnas-ham-tahun-$LZ3FPF.pdf.

74 KOMNAS HAM (2016). *Id*.

181 Tahun 1998 yang diperbarui dalam Peraturan Presiden (Perpres) No. 65 Tahun 2005. Lembaga ini dibentuk oleh negara untuk merespons isu hak-hak perempuan sebagai bagian dari hak asasi manusia, khususnya isu kekerasan terhadap perempuan. Karena mandatnya yang spesifik terhadap isu kekerasan terhadap perempuan dan pelanggaran hak-hak perempuan, beberapa kalangan mengategorikan Komnas Perempuan sebagai institusi hak asasi manusia yang spesifik.

Tugas Komnas Perempuan adalah:

1. Menyebarluaskan pemahaman mengenai segala bentuk kekerasan terhadap perempuan (KTP) di Indonesia dan upaya-upaya pencegahan dan penanggulangan serta penghapusan segala bentuk KTP;
2. Melakukan kajian dan penelitian terhadap berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku serta berbagai instrumen internasional yang berlaku dan terkait dengan perlindungan hak asasi perempuan;
3. Melaksanakan pemantauan, termasuk pencarian fakta dan pendokumentasian segala bentuk KTP dan pelanggaran hak asasi perempuan serta penyebarluasan hasil pemantauan kepada publik dan pengambilan langkah-langkah yang mendorong pertanggungjawaban dan penanganan;
4. Memberikan saran dan pertimbangan kepada pemerintah, lembaga legislatif dan yudikatif, serta organisasi-organisasi masyarakat guna mendorong penyusunan dan pengesahan kerangka hukum dan kebijakan yang mendukung upaya-upaya pencegahan dan penanggulangan segala bentuk kekerasan terhadap perempuan serta perlindungan, penegakan, dan pemajuan hak asasi perempuan di Indonesia;
5. Mengembangkan kerja sama regional dan internasional guna meningkatkan upaya-upaya pencegahan dan penanggulangan segala bentuk kekerasan terhadap perempuan serta perlindungan, penegakan, dan pemajuan hak asasi perempuan di Indonesia.

4. Pengadilan HAM Indonesia

Landasan hukum Pengadilan HAM untuk mengadili pelanggaran HAM berat di Indonesia merupakan pelaksanaan dari TAP MPR No. XVII/ MPR/1998 tentang HAM dan sebagai tindak lanjut dari Pasal 104 ayat 1 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999. Pasal 1 menyatakan bahwa untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat dibentuk Pengadilan HAM di lingkungan peradilan umum. Ayat 2 menyatakan bahwa pengadilan, sebagaimana dimaksud dalam ayat 1, dibentuk dengan undang-undang dalam jangka waktu paling lama 4 tahun. Tidak sampai 4 tahun, terbit undang-undang yang khusus mengatur tentang Pengadilan HAM, yaitu Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000.

Sejak berdirinya, menurut catatan Kontras, pengadilan HAM di Indonesia telah memeriksa tiga kasus. Yang *pertama* adalah kasus Pengadilan HAM *Ad Hoc* Timor-Timur, yang terdapat dua belas berkas tuntutan dan semua tertuduh diputus bebas. *Kedua,* Pengadilan HAM *Ad Hoc* Tanjung Priok, yang terdapat empat berkas tuntutan dan semua tertuduh pada akhirnya diputus bebas. *Ketiga,* Pengadilan HAM *Ad Hoc* Abepura, yang terdapat dua berkas tuntutan dan semua tertuduh diputus bebas pada tingkat pertama.[75]

5. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia adalah suatu cabang kekuasaan yudikatif yang berdiri setelah masa Reformasi yang bersifat independen dan keputusannya final dan mengikat. Dalam perkembangannya, Mahkamah Konstitusi juga disebut sebagai pengawal konstitusi atau pelindung hak asasi manusia. Salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah melakukan *judicial review,* yaitu menguji apakah suatu UU bertentangan dengan UUD NRI 1945 atau tidak. Artinya, setiap warga negara atau kelompok masyarakat, bahkan lembaga yang berbadan hukum dapat mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi apabila hak konstitusionalnya dirugikan oleh diberlakukannya suatu UU yang dinilai telah melanggar hak-hak, termasuk HAM, yang dijamin dalam konstitusi.

---

[75] https://www.komnasham.go.id/files/20171101-laporan-tahunan-komnas-ham-tahun-$LZ3FPF.pdf.

Isra (2014)[76] mengemukakan setidaknya empat putusan MK yang melindungi dan memajukan HAM, yang tiga di antaranya adalah:

1. Putusan Nomor 011-017/PUU-VIII/2003 tentang Pengujian Undang-Undang No. 12/2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Dalam putusan ini, MK menilai bahwa UU No.12/2003 Pasal 60 huruf g yang memuat larangan menjadi anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi, DPRD Kabupaten atau Kota bagi mereka yang merupakan "bekas anggota organisasi terlarang Partai Komunis Indonesia, termasuk organisasi massanya, atau bukan orang yang terlibat langsung ataupun tak langsung dalam G.30.S/PKI atau organisasi terlarang lainnya", dinyatakan melanggar hak-hak asasi yang dijamin UUD 1945, khususnya hak atas pengakuan dan jaminan atas kepastian hukum, hak untuk mendapatkan kesempatan yang sama dalam pemerintahan, dan hak untuk bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif sebagaimana dijamin dan dilindungi melalui Pasal 28C (2), 28D (1), 28D (3), dan 28I (2). Oleh karena itu, Pasal 60 huruf g UU 12/2003 tersebut dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat dan bertentangan dengan UUD NRI 1945.
2. Putusan Nomor 6-13-20/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian Undang-Undang No. 16/2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia, khususnya Pasal 30 (3) huruf c UU tersebut yang menyatakan "Dalam bidang ketertiban dan ketenteraman umum, kejaksaan turut menyelenggarakan kegiatan pengawasan peredaran barang cetakan". Kejaksaan Agung, sebagai lembaga yang diberikan wewenang, melarang beredarnya buku *Enam Jalan Menuju Tuhan.* Dalam putusannya, MK menilai bahwa pelarangan pengedaran buku-buku sebagai suatu sumber informasi dan penyitaan tanpa proses pengadilan merupakan tindakan yang tidak sejalan dan bahkan bertentangan dengan Pasal 28F UUD 1945, khususnya hak untuk mengeluarkan pikiran secara lisan dan tulisan serta hak atas pengakuan dan jaminan atas kepastian hukum. MK menyatakan

[76] Isra, S. (2014). "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penguatan Hak Asasi Manusia di Indonesia". *Jurnal Konstitusi,* Volume 11, Nomor 3, September 2014, 421—425.

bahwa Pasal 30 (3) huruf c Undang-Undang No. 16/2004 tentang Kejaksaan RI bertentangan dengan UUD 1945.

3. Putusan Nomor 27/PUU-IX/2011 tentang Pengujian Undang-Undang No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan. Pengaturan tenaga kerja *outsourcing* dalam UU tersebut dinilai melanggar hak buruh. MK menyoroti frasa "… perjanjian kerja waktu tertentu" dalam Pasal 65 (7) dan frasa "… perjanjian kerja untuk waktu tertentu" dalam Pasal 66 (2) huruf b Undang-Undang No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan, yang di sepanjang perjanjian kerja tersebut tidak disyaratkan adanya pengalihan perlindungan hak-hak bagi pekerja/buruh yang objek kerjanya tetap ada walaupun terjadi pergantian perusahaan yang melaksanakan sebagian pekerjaan borongan dari perusahaan lain atau perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh. MK menilai ketentuan tentang kerja waktu tertentu dapat mengancam kelangsungan pekerjaan buruh dan hal ini melanggar hak setiap orang untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.

Situasi perlindungan HAM di Indonesia pada 2012 masih dinilai lemah menurut pernyataan Kelompok Kerja Majelis Tinggi HAM PBB (United Nations Human Rights Council) pada Universal Periodic Review (UPR) sesi ke-13 di Jenewa pada 21 Mei sampai dengan 4 Juni 2012 Nomor A/HRC/WG.6/13/IDN/1. Oleh karena itu, pada 2012—2013,[77] Indonesia bersedia untuk menerima Pelapor Khusus (Special Rapporteur), khususnya soal pemenuhan hak atas kesehatan, hak atas perumahan dan hak kebebasan berekspresi, serta berkomitmen menjamin hak kebebasan beragama.

Dalam Laporan Kelompok Kerja UPR Tahun 2008[78] (4 tahun sebelumnya), dunia internasional menyoroti berbagai kelemahan dalam

[77] Kasim, I. (2007). "Implementasi Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya: Kerangka Normatif dan Standar Internasional". Makalah seminar nasional dengan tema *Menuju Perlindungan dan Pemantauan yang Efektif Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya di Indonesia,* kerja sama PUSAHM UII dan Norwegian Centre for Human Rights, Oslo. Lihat juga Mauna, B. (2000). *Hukum Internasional, Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*. Alumni, Bandung.

[78] Lihat Universal Periodic Review: Report of the Working Group on the Universal Periodic Review—Indonesia, A/HRC/8/23, 14 Mei 2008, Majelis Umum PBB. Dewan HAM sesi ke-8 butir agenda 6, dapat diakses melalui http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/UPR-Outcome-of-the-Working-Group.pdf.

perlindungan HAM di Indonesia. Misalnya adalah lemahnya pemahaman HAM dalam pembuatan kebijakan publik di tingkat lokal sehingga pada 2002 terdapat ratusan Perda yang dibatalkan karena dianggap tidak sesuai dengan nilai-nilai penghormatan HAM.[79] Oleh karena itu, perlu segera dilakukan harmonisasi, baik di bidang legislasi, administrasi, kebijakan, maupun pelaksanaannya.

Laporan Periodik Kelompok Kerja pada 2008 dan 2012 tersebut menggambarkan persoalan transformasi norma Hukum HAM Internasional ke dalam regulasi, baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah menjadi isu penting yang harus diperhatikan oleh pemerintah Indonesia. *Kedua,* tanggung jawab Indonesia untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi HAM warga negara merupakan bagian dari komitmen Indonesia terhadap berbagai perjanjian internasional tentang HAM yang telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dan keikutsertaan Indonesia dalam berbagai organisasi internasional.

Di level regional, Indonesia yang sudah 14 tahun menjadi anggota ASEAN dan pada 2011 dipercaya sebagai Ketua Organisasi ASEAN, menunjukkan peran yang cukup penting dalam pembentukan Deklarasi HAM ASEAN. Namun, implementasi semua instrumen dan hukum hak asasi manusia di Indonesia perlu ditingkatkan berdasarkan prinsip supremasi hukum melalui pendekatan interdisipliner sebagaimana dikatakan Freeman karena kompleksitas pelanggaran hak asasi manusia dan kasus-kasus yang terjadi di Indonesia terkait dengan faktor-faktor filosofis, sosial, dan hukum.[80] Selain itu, karena Tujuan Pembangunan Milenium (MDG) relevan dengan hak asasi manusia, Alston mengingatkan masyarakat internasional untuk melakukan upaya yang kuat untuk merealisasikan sejumlah tujuan mendasar di dalamnya, seperti menghapus undang-undang dan praktik diskriminatif, memastikan kebebasan beragama dan berbicara, memastikan kebebasan informasi termasuk akses ke informasi sumber ekonomi, dan memastikan bahwa aturan hukum memberikan keamanan bagi semua warga negara.[81]

---

79 UPR Indonesia, 2008, Ibid. Poin 10 hlm. 4.

80 Freeman, M. (2011). *Human Rights: An Interdisciplinary Approach* (Edisi kedua). Polity.

81 Alston, P. (2005). "Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals". *Human Rights Quarterly*. Vol. 27, No. 3. The John Hopkins University Press, 775—829.

H. Penutup

Secara konseptual, HAM merupakan hak yang bersifat melekat (inheren) dalam diri setiap manusia (universal) karena martabatnya sebagai manusia. HAM tidak dapat dicabut oleh siapa pun. HAM hanya dapat dibatasi oleh negara sepanjang pembatasan itu diatur oleh undang-undang dengan dasar pertimbangan yang ketat, yaitu demi menjaga ketertiban umum, keamanan nasional, dan kesehatan/moral publik, dengan tujuan semata-mata untuk melindungi hak orang lain serta tidak sekali-kali digunakan untuk mendiskriminasikan pihak lain (nondiskriminasi). Oleh karena itu, HAM bukanlah pemberian, warisan, atau belas kasihan dari negara. Negara, dalam hal ini pemerintah, memiliki kewajiban utama dalam bidang HAM sebagaimana diatur dalam Instrumen Utama Hukum HAM Internasional (The International Bill of Human Rights) serta Hukum HAM Domestik. Kewajiban utama negara di bidang HAM adalah menghormati, melindungi, dan memenuhi. Dalam menjalankan kewajiban tersebut, setiap negara juga harus memperhatikan pedoman dan prinsip-prinsip lain, baik dalam bentuk komentar umum maupun panduan-panduan, misalnya Prinsip Limburg tentang Kovenan Hak-Hak EKOSOB.

Hukum HAM Internasional juga mengatur mengenai mekanisme penegakan HAM baik melalui institusi internasional yang ada maupun melalui berbagai mekanisme yang diatur dalam Hukum HAM Internasional. Hukum HAM yang berlaku di Indonesia tidak jauh berbeda dengan Hukum HAM Internasional. Hal ini karena Indonesia merupakan anggota PBB yang mengadopsi Hukum HAM Internasional menjadi bagian dari Hukum HAM Nasional. Dengan demikian, Indonesia mengakui kekuatan mengikat dari Hukum HAM Internasional. Hal ini bisa dilihat dari ratifikasi Indonesia terhadap delapan Perjanjian Internasional tentang HAM serta rumusan-rumusan HAM yang ada dalam UUD NRI 1945, UU HAM 29/1999, UU Pengadilan HAM, serta berbagai peraturan perundang-undangan lainnya. Pemerintah sebagai pengemban tugas perlindungan hak asasi manusia tidak boleh menerapkan atau membuat peraturan yang membatasi hak-hak dasar dan tidak sesuai dengan Hukum Hak Asasi Manusia. Selain itu, penerapan hukum hak asasi manusia dan

pemenuhan hak-hak korban pelanggaran hak asasi manusia di Indonesia masih dianggap lemah dan perlu ditingkatkan.

Kesadaran akan pentingnya pemajuan dan penghormatan Hak Asasi Manusia harus dipahami oleh setiap komponen bangsa dan masyarakat dan tidak hanya sekadar bentuk komitmen Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional yang terikat pada perjanjian internasional. Negara menyadari posisinya sebagai pemegang kewajiban untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi HAM. Namun, lebih dari itu, penghormatan HAM merupakan bagian dari upaya bangsa untuk menegakkan prinsip *rule of law* dan mencapai tujuan negara untuk melindungi segenap bangsa berdasarkan Pancasila dan Bhinneka Tunggal Ika, dan mengukuhkan pelaksanaan prinsip demokrasi konstitusional berdasarkan UUD NRI Tahun 1945. Oleh karena itu, penting kiranya memahami prinsip-prinsip dasar hak asasi manusia serta berbagai regulasi HAM, baik di tingkat internasional maupun nasional secara tepat dan komprehensif.

Referensi

Alston, P. (2005). "Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals". *Human Rights Quarterly*. Vol. 27, No. 3. The John Hopkins University Press, 775—829.

Ashidiqi, J. (2009). *The Constitutional Law of Indonesia: A Comprehensive Overview.* Sweet & Maxwell Asia.

Bogdandy, A. dan Wolfrum, R. (eds.). (2008). *Max Planck Year Book of United Nations Law*, Volume 12, 2008. Koninklijke Brill N.V. The Netherlands.

Brownlie, I. (1998). *Principles of International Law*. Edisi kelima, Oxford.

Buergental, T. (2001). *Menghormati dan Menjamin: Kewajiban Negara dan Pengurangan Hak yang Diizinkan.* Dalam Kasim, I. (eds.). *Hak Sipil dan Politik: Esai-Esai Pilihan*, Buku 1, Jakarta: Penerbit ELSAM.

Buergenthal, T. (tt). *To Respect and To Ensure: State Obligations and Permissible Derogations.* Dalam International Bill of Rights, catatan kaki 22, 78—86.

Davies, P. (1994). *Hak-Hak Asasi Manusia, Sebuah Bunga Rampai. ed. A.Rahman.* Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.

Djamin, R. (2018). *The Paradox of Freedom of Religion and Belief in Indonesia*. Diakses di www.ohrc.org.

Donnelly, J. (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice.* Edisi ke-3. Cornell University Press.

Drzewicki, K. (2004). *The United Nations Charter and The Universal Declaration of Human Rights.* Dalam Raija Hanski dan Markku Suksi. *An Introduction of International Protection of Human Rights*. Finlandia: Abo Akademik University.

Fadjat, A.M. (2005). *Tipe Negara Hukum*. Malang: Bayumedia Publishing.

Feldman, N. (2002). "From Liberty to Equality: The Transformation of the Establishment Clause". *California Law Review*. Volume 90, edisi 3.

Freeman, M. (2011). *Human Rights: An Interdisciplinary Approach.* Edisi ke-2. Polity.

Harjono. (2009). *Politik Hukum Perjanjian Internasional*. Surabaya: PT Bina Ilmu.

Isra, S. (2014). "The Role of the Constitutional Court in the Strengthening of Human Rights in Indonesia". *Journal of the Constitution*, Volume 11, No. 3, September 2014.

Hyden, P. (2001). *The Philosophy of Human Rights*. Paragon House, St. Paul USA.

Hornby, A.S. (2006). *Oxford Advanced Leaner's Dictionary of Current English*. Edisi ke-7. Oxford University Press.

Jellinek, G. (1895). *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History*. Diakses di https://oll.libertyfund.org/titles/jellinek-the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-citizens.

Kamali, M.H. (2017). "Human dignity in Islam and its impact on society". *New Straits Times*, 25 Oktober 2017.

Kasim, I. (2007). "Implementation of Economic, Social and Cultural Rights: Normative Framework and International Standards". Makalah seminar internasional bertema *Toward the Effective Protection and Monitoring of Economic, Social and Cultural Rights in Indonesia*, kerja sama PUSHAM UII dan Norwegian Center for Human Rights, Oslo.

Lauren, P. (2013). "The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Tests and Thought". Dalam *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press.

McCrudden, C. (2008). "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights". *The European Journal of International Law.* Vol. 19, No. 4.

Mahfud. (2009). "Meneguhkan Kebebasan Beragama di Indonesia, Menuntut Komitmen Presiden dan Wakil Presiden Terpilih". Indonesian Conference on Religion and Peace (ICRP). Jakarta.

Mauna, B. (2000). *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global.* Bandung: Alumni Bandung.

Mayer, A.E. (1994). "Universal versus Islamic Human Rights: A Clash of Culture or a Clash with a Construct". *Journal of International Law*, Vol. 15, No. 2, Musim Dingin 1994.

Hanski, R. dan Markku Suksi, M. (2004). *An Introduction to the International Protection of Human Rights, A Textbook.* Edisi revisi kedua, Institute for Human Rights, Abo Akademi University.

Prasetyo, Y.A. (2012). "Ecosob and State Obligations, Papers Strengthen Human Rights Understanding Justices throughout Indonesia". Makalah seminar yang diselenggarakan Komnas HAM di Hotel Holiday-Lombok, 28—31 Mei 2012. Dapat diakses di http://pusham.uii.ac.id.

Rasjidi, L. (1996). *Dasar-Dasar Filsafat Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti.

Ghandhi. (1989). *The Human Rights Committee and Derogation in Public Emergencies*. 32 GERMAN Y.B. INT'L L. 323.

Shulztiner, D. dan Guy E. Carmi. (2014). "Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 62, No. 2 (Musim Semi 2014), 461—490.

Smith, R.K. (2013). *Texts and Materials on International Human Rights*. Edisi ke-6. Oxford University Press.

Tomuschat, C. (2003). *Human Rights, Between Idealism and Realism*. Oxford University Press.

Theodorson, G.A. dan A.G. Theodorson. (1979). *A Modern Dictionary of Sociology*. New York: Barnes and Noble Books.

Vasak, K. (1982). *General Editor.* Direvisi dan diedit ke dalam bahasa Inggris, Philip Alston (eds). Volume 1 Greenwood Press Westport, Connecticut Unesco, Paris, Prancis.

Van Dijk, M.P., Flinterman, Janssen. (2002). *International Law, Human Rights*. Edisi ke-4 Den Haag: Koninklijke Vermande.

Walker, N. (2013). "Universalism and particularism in human rights". Dalam C. Holder & D. Reidy (eds.), *Human Rights: The Hard Questions,* 39—58. Cambridge: Cambridge University Press.

Wiratraman, H.P. (2007). "Hak-Hak Konstitusional Warga Negara setelah Amendemen UUD 1945: Konsep, Pengaturan, dan Dinamika Implementasi". *Jurnal Hukum Panta Rei*, Vol. 1 No. 1 Desember 2007, Jakarta: Konsorsium Reformasi Hukum Nasional.

World Justice Project. *The WPJ Rule of Law Index 2017—2018*. Hlm. 22. Diakses pada 30 Desember 2018 dari www.worldjusticeproject.org.

Instrumen dan Rujukan Lainnya:

Universal Declaration of Human Rights 1948 diakses dari http://www.hchr.org/EN/pages/home.aspx.

The ICCPR diakses dari http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf.

The ICESCR diakses dari http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf.

European Human Rights Instrument diakses dari http://echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts.

African Charter of Human and Peoples' Rights diakses dari http://www.achpr.org/instruments/achpr/.

KOMNAS HAM. (2007). *Annual Report of Human Rights National Commission 2007: Indonesia.* Komnas HAM. 11 Januari 2009. Diakses dari http://komnasham.or.id.

KOMNAS HAM. (2016). *Annual Report 2016: Fulfillment of Minorities and Vulnerable Groups.* Diakses dari https://www.komnasham.go.id/files/20171101-report-tahunan-komnas-ham-tahun-$LZ3FPF.pdf.

UUD Republik Indonesia Serikat Tahun 1949. Diakses dari http://ppid.kpu.go.id.

UUD-S Indonesia Tahun 1950. Diakses dari http://wcw.cs.ui.ac.id/repository/dokumen/lihat/10562.pdf.

UUD 1945. Diakses dari http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/naskahkomprehensif/pdf/naskah_Naskah%20Komprehensif%20Buku%202.pdf.

UUD Republik Indonesia Tahun 1945. Diakses dari http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_174556.pdf.

UU 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Diakses dari https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/55808/105633/F1716745068/IDN55808%20Eng.pdf.

UU 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Diakses dari www.dpr.go.id/dokjdih/document/uu/UU_2000_26.pdf.

CERD. UN General Assembly Resolution No. 2106 (XX) 21 Desember 1965.

Convention Anti Torture (CAT). UN General Assembly Resolution 39/46. 10 Desember 1984.

General Comment No.22 (48) of the United Nations Human Rights Committee menyediakan substansi normatif untuk Artikel 18 ICCPR.

UN Human Rights Council: Statement for the 2012 Universal Periodic Review of Indonesia, http://www.hrw.org/news/2012/09/19/un-human-rights-council-statement-2012-universal-periodic-review-indonesia.

Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review Sesi ke-13, Jenewa, 21 Mei—4 Juni 2012. Diakses dari http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/116/38/PDF/G1211638.pdf?OpenElement.

Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia (RANHAM) 2011—2014 berdasarkan Peraturan Presiden No. 23 Tahun 2011.

Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia (RANHAM) 2015—2019. Diakses dari http://setkab.go.id/perpres-rencana-aksi-nasional-ham-2015-2019-diteken-ada-secretariat-text/. Dapat diakses di http://www.balitbangham.go.id/po-content/peraturan/Perpres%20RanHAM%202015%20Final.pdf.

Universal Periodic Review. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review—Indonesia.* A/HRC/8/23, 14 Mei 2008, Majelis Umum PBB. Dewan HAM, sesi ke-8, butir agenda 6, dapat diakses melalui http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/UPR-Outcome-of-the-Working-Group.pdf.

(Catatan Kaki)

1 Lihat http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf.

BAB 9

Hak Asasi Manusia Universal: Sumbangan Negara-Negara Muslim[1*]

Susan Waltz
The Ford School of Public Policy, University of Michigan,
Amerika Serikat

A. Pendahuluan

Telah banyak yang ditulis (dan lebih banyak lagi yang dikatakan) tentang kompatibilitas Islam dan hak asasi manusia. Diskusi-diskusi sering berlangsung sengit dan tidak karuan. Baik dalam pembicaraan biasa maupun diskursus politik, para pembicara mudah mengacaukan kebudayaan Arab-Muslim dengan keyakinan keagamaan Islam, dan akibatnya, makna Islam menjadi kacau. Demikian pula, konsep hak asasi manusia kurang dipahami dengan baik dan disamakan secara serampangan dengan filsafat Barat. Masalah-masalah seperti itu menghambat komunikasi dan juga mempersulit persoalan-persoalan yang lebih pelik. Di balik retorika dan polemik, ada kekhawatiran mendalam mengenai dominasi dan peminggiran budaya, keutuhan budaya, dan ciri-ciri pembeda suatu sistem keyakinan yang suci. Inilah kekhawatiran mendasar yang menciptakan ketegangan dan memicu perdebatan tentang relevansi dan legitimasi standar-standar hak asasi manusia internasional sebagai norma universal.[2]

---

1 *Bab ini merupakan terjemahan dari artikel "Universal Human Rights: The Contribution of Muslim States" yang dipublikasikan kali pertama oleh *Human Rights Quarterly,* 26 (4), 2004: 799—844.

2 An-Naim, A. (1990). *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*; Tibi, B. "Islamic Law/Shari'a, Human Rights, Universal Moral and International Law", *16 Hum. Rts. Q.* 277 (1994); Muzaffar, C. (1995). *Islam and Human*

Esai ini berusaha menyoroti perdebatan tersebut tanpa menggeluti soal-soal filosofis secara langsung. Filsafat dan agama adalah satu pintu untuk mendekati persoalan hak asasi manusia; tetapi itu hanyalah satu pintu dan pintu inilah yang kadang dengan disayangkan dapat memolarisasi dan mengalienasi. Sangat menarik untuk dicatat bahwa Komisi Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa, yang awalnya bertugas untuk merancang standar hak asasi manusia internasional, memilih untuk tidak bekerja secara langsung dengan dokumen yang telah disiapkan oleh UNESCO, dengan tujuan menyediakan pijakan filosofis yang luas bagi standar-standarnya. Sebenarnya, UNESCO tidak memublikasikan dokumen tersebut sampai 1949, setelah Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM)[3] disetujui.[4] Beberapa orang berspekulasi bahwa para perancangnya sengaja berupaya menghindari perdebatan filosofis. Louis Henkin adalah salah seorang peserta dalam proses politik yang menetapkan norma-norma internasional dan pada 1990 dia menulis:

> Gagasan tentang hak di sini yang disuling dari instrumen internasional kontemporer, menurut hemat saya, merespons intuisi moral bersama dan prinsip-prinsip politik yang diterima. Intuisi dan prinsip tersebut belum diartikulasikan secara otoritatif. Dikembangkan selama beberapa dekade setelah Perang Dunia II, hak asasi manusia internasional bukanlah karya para filsuf, melainkan karya politisi dan warga negara, dan para filsuf baru mulai mencoba untuk membangun

Rights (Malaysia: International Movement For a Just World); Mayer, A.E. (1999). *Islam and Human Rights: Tradition and Politics* (Edisi ketiga); Dwyer, K. (1991). *Arab Voices: The Human Rights Debate in The Middle East*; Delacoura, K. (1998). *Islam, Liberalism, and Human Rights*; Bielefeldt, H. (2000). "'Western' Versus 'Islamic' Human Rights Conceptions? A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights", *28 Political Theory* 90; Falk, R.A. (2000). *Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World 147*. Lihat juga prosiding dua konferensi yang telah ditranskripsikan (dan diterjemahkan) yang dimaksudkan untuk mengidentifikasi kesamaan antara aktivis politik Muslim dan Timur Tengah, diorganisasi oleh Komite Pengacara untuk Hak Asasi Manusia dan dipublikasikan sebagai *Islam and Justice: Debating the Future of Human Rights in the Middle East and North Africa* (Komite Pengacara untuk Hak Asasi Manusia, 1997); *Islam and Equality: Debating the Future of Women's and Minority Rights in the Middle East and North Africa* (1999).

3 Universal Declaration of Human Rights, diadopsi pada 10 Desember 1948, G.A. Res. 217A (III), UN GAOR, Sesi ketiga. (Resolutions, Bagian 1), 71, UN Doc. A/810 (1948), dicetak ulang dalam 43 AM. J. INT'L L. SUPP. 127 (1949) (selanjutnya dirujuk dalam bahasa Inggris sebagai UDHR [dokumen yang sama dalam bahasa Indonesia disingkat sebagai DUHAM]).

4 Lauren, P.G. (1998). *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen.* 223—25.

> pembenaran konseptual untuknya. Ekspresi hak internasional sendiri tidak mengklaim landasan filosofis, juga tidak mencerminkan asumsi-asumsi filosofis apa pun yang jelas; ekspresi-ekspresi tersebut tidak mengartikulasikan prinsip-prinsip moral tertentu atau satu teori yang komprehensif mengenai relasi individu dengan masyarakat. "Hak asasi manusia yang mendasar" adalah sebuah pasal tentang keyakinan yang dideklarasikan, "dipertegas lagi" oleh "bangsa-bangsa dari Perserikatan Bangsa-Bangsa" dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, yang berupaya menjadi pernyataan yang akan menarik bagi berbagai sistem politik yang mengatur beragam bangsa, dibangun di atas keyakinan itu dan menjauhi eksplorasi filosofis.[5]

Dalam kesarjanaan belakangan ini, masalah hak asasi manusia didekati dan dikaji sebagai suatu konstruksi politik, hasil dari upaya bersama untuk membangun konsensus publik dan meliputi seluruh dunia. Dari perspektif konstruktivisme, hak asasi manusia dapat dipandang sebagai proyek yang melibatkan strategi politik, inisiatif diplomatik, dan kesepakatan-kesepakatan perundingan. Dari sudut pandang inilah persoalan hak asasi manusia didekati dalam esai ini.

Peranan negara-negara Muslim dalam membangun standar-standar utama hak asasi manusia internasional merupakan fokus esai ini. Proyek hak asasi manusia internasional melibatkan diplomat-diplomat selama sekitar 20 tahun, yang menghasilkan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) pada 1948 dan dua kovenan utama hak asasi manusia: Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP) dan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (KIHESB) pada 1966.[6] Tujuan esai ini ialah berbagi hasil-hasil penyelidikan tentang

---

5 Henkin, L. (1990). *The Age of Rights 6*.

6 UDHR, catatan kaki 2; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, diadopsi pada 16 Desember 1966, G.A. Res. 2200 (XXI), UN GAOR, Sesi ke-21, Supp. No. 16, UN Doc. A/6316 (1966), 993 UNT.S. 3 (diberlakukan pada 3 Januari 1976) [selanjutnya ICESCR (dokumen yang sama dalam bahasa Indonesia disingkat sebagai KIHESB)]; International Covenant on Civil and Political Rights, diadopsi pada 16 Desember 1966, G.A. Res. 2200 (XXI), UN GAOR, Sesi ke-21, Supp. No. 16, UN Doc. A/6316 (1966), 999 UNT.S. 171 (diberlakukan

peranan dan sumbangan negara-bangsa yang pemerintahannya pada pertengahan abad itu mengidentifikasi dirinya dengan tradisi Muslim atau Arab-Muslim. Peranan negara-negara tersebut dalam membentuk standar-standar internasional dan dalam membentuk perdebatan di seputar standar-standar itu tidak diketahui dengan baik. Sering kali dianggap bahwa negara-negara Muslim tidak hadir, secara fundamental menentang proses dan proyek tersebut, ataupun tidak memainkan peranan yang penting. Padahal tidak demikian.

Artikel ini dibagi menjadi tiga bagian. Bagian pertama memperlihatkan unsur-unsur penting dari konteks. Bagian kedua (dan pokok) dari esai ini menyampaikan dan menganalisis sumbangan-sumbangan terhadap proses konstruksi norma-norma hak asasi manusia pada pertengahan abad yang dalam beberapa segi dipertautkan pada dunia Muslim. Bagian esai ini mencakup ulasan terhadap para partisipan beserta peranan dan gagasan-gagasan mereka serta isu-isu yang mereka ajukan dan pertahankan. Bagian ini mengulas sumbangan terhadap DUHAM (1946—1948) ataupun terhadap kedua kovenan (1949—1966). Esai ini ditutup dengan komentar dan refleksi mengenai sumbangan-sumbangan tersebut.

Esai ini tidak berpretensi untuk menyusun sebuah laporan yang lengkap dan mendalam tentang partisipasi kaum Muslim atau peranan negara-negara yang mewakili konstituen Muslim yang besar dalam proses pembentukan DUHAM. Riset yang mendasari esai ini mengandalkan sumber-sumber yang dapat diakses di Barat, meskipun sebagiannya tidak banyak diketahui. Sepanjang pengetahuan penulis, rekaman arsip dari negara-negara Timur Tengah dan Muslim tidak banyak. Walaupun begitu, melalui usaha awal ini, orang lain diharapkan akan terdorong untuk mencari bahan-bahan dan rekaman-rekaman yang dapat melengkapi dasar pemahaman yang ada saat ini. Secara khusus, maksud dan keterlibatan Mesir, Suriah, Irak, Pakistan, dan Saudi Arabia—sepanjang periode 20 tahun penuh—harus diselidiki lebih lanjut.

pada 23 Maret 1976) [selanjutnya ICCPR (dokumen yang sama dalam bahasa Indonesia disingkat sebagai KIHSP)].

B. Pengantar tentang Hukum HAM Internasional

Ada tiga dokumen yang dianggap sebagai batu pijakan bagi standar hak asasi manusia internasional dan hukum hak asasi manusia internasional. Ketiga dokumen tersebut yaitu DUHAM (1948), KIHSP, dan KIHESB.[7] [Lihat Kotak 1]. Ketiganya disebut sebagai "Perangkat Utama Hukum Hak Asasi Manusia (HAM) Internasional" (International Bill of Rights).[8] Dua di antaranya diratifikasi oleh sejumlah negara untuk ditegakkan sebagai hukum internasional pada 1976 dan ada lebih dari 140 negara pihak yang meratifikasinya pada akhir 2002.[9] Lebih dari selusin perjanjian dan standar hak asasi manusia internasional lainnya dibangun di atas fondasi ini.

Proses politik dirundingkannya DUHAM didokumentasikan secara lengkap oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Ini terutama karena dorongan antusiasme awal dan minat terhadap organisasi internasional yang saat itu baru dan mencerminkan awal yang baru. Walaupun begitu, sejarah politik DUHAM tidak diketahui dengan baik. Sebagaimana penulis nyatakan di tempat lain,[10] asumsi-asumsi yang tidak berdasar mengenai asal-usulnya sering kali dibuat. Sebagai contoh, bertolak belakang dengan pemahaman populer, riset yang dilakukan sepanjang dekade yang lalu telah mengungkapkan bahwa:

- inisiatif untuk sebuah deklarasi hak asasi manusia internasional bukanlah sebuah gagasan pascaperang, melainkan dapat ditelusuri lebih jauh lagi hingga 1920-an;[11]

---

7 Id.

8 International Bill of Rights, dapat diakses di www.ibor.org/bill.htm.

9 Lihat Amnesty International, Amnesty International Report 2002 (2002) untuk daftar aksesi negara demi negara terhadap perjanjian-perjanjian hak asasi manusia internasional dan internasional terpilih. Negara pihak ICESCR, catatan kaki 5 dan ICCPR, catatan kaki 5, adalah Afghanistan, Aljazair, Bosnia dan Herzegovina, Mesir, Iran, Irak, Yordania, Kuwait, Lebanon, Libia, Maroko, Somalia, Sudan, Tunisia, dan Yaman.

10 Lihat Waltz, S. (2001). "Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights", *23 HUM. RTS. Q.* 44; Waltz, S. (2002). "Reclaiming and Rebuilding the History of the Universal Declaration of Human Rights", *23 Third World* Q. 437; Waltz, S. "Human Rights Standards and the Human Rights Movement in the Global South: The UDHR and Beyond", dalam *Concepts and Strategies in International Human Rights 51* (George Andreopoulos ed., 2002).

11 Lihat Burgers, J.H. (1992). "The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century", *14 HUM. RTS. Q.* 447; Lauren, catatan kaki 3, 105—38.

- Kekuatan-Kekuatan Besar tidak menganut gagasan hak asasi manusia saat mereka bertemu untuk menetapkan fondasi bagi PBB di Dumbarton Oaks;[12]
- adalah negara-negara kecil dan organisasi-organisasi nonpemerintah (ornop) yang bekerja untuk memastikan bahwa rujukan majemuk tentang hak asasi manusia dimasukkan ke Piagam PBB;[13]
- Eleanor Roosevelt ataupun Rene Cassin tidak dapat disebut sebagai "penyusun" DUHAM;[14] dan
- Amerika Serikat tidak dapat dianggap sebagai pembela DUHAM yang terkuat.[15]

KOTAK 1

Komponen Perangkat Utama Hukum HAM Internasional

- Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) disetujui oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa pada 1948.
- Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik. Naskah disetujui oleh Majelis Umum PBB pada 1966. Dibuka untuk tanda tangan dan ratifikasi pada 1966. Diberlakukan sebagai hukum internasional pada 1976.
- Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (KIHESB). Naskah disetujui oleh Majelis Umum PBB pada 1966. Dibuka untuk tanda tangan dan ratifikasi pada 1966. Diberlakukan sebagai hukum internasional pada 1976.

Bagian ini akan memberikan suatu tinjauan tentang asal DUHAM dan asal gagasan politik tentang hak asasi manusia. Selain karya Tony Evans (1996), *U.S. Hegemony and the Project of Universal Human Rights*,[16] kita sekarang punya *The Evolution of Human Rights: Visions Seen* oleh Paul

12 Lihat Jhabvala, F. (1997). *The Drafting of the Human Rights Provisions of the UN Charter*, 44 Netherlands Int'l L. REV. 3; Lauren, catatan kaki 3, 166—204.

13 Lihat Korey, W. (1998). *NGOs and the Universal Declaration of Human Rights: "A Curiousgrapevine"*. 29—42; Jhabvala, catatan kaki 11, 1—31; Lauren, catatan kaki 3.

14 Lihat Morsink, J. (1999). *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*; Mary Ann Glendon, M.A. (2001). *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*.

15 Evans, T. (1996). *U.S. Hegemony and the Project of Universal Human Rights*, 106.

16 Id.

Lauren (1998); *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent* (1999) oleh Johannes Morsink, dan *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (2001) oleh Mary Ann Glendon.[17]

Catatan-catatan PBB telah dikaji kembali, demikian pula catatan-catatan di Departemen Luar Negeri Amerika Serikat dan beberapa catatan yang disimpan oleh Uni Soviet. Makalah dan memoar pribadi Eleanor Roosevelt dan John Humphrey, sekretaris pertama HAM PBB, dapat diakses, begitu pun buku harian dan tulisan-tulisan lain tentang atau mengenai figur-figur seperti Charles Malik, Peng Chun Chang, Hernan Santa Cruz, Carlos Romulo, dan Shaista Ikramullah.[18] Catatan tersebut tidak dapat disebut lengkap, tetapi sudah jauh lebih baik dibanding beberapa tahun lalu, untuk membangun dan menafsirkan perundingan-perundingan yang mengarah pada DUHAM.

Laporan-laporan rekaman proses yang mengarah pada perjanjian-perjanjian telah menjadi subjek kajian yang tidak terlalu ilmiah, tetapi dokumentasi PBB sangat berlimpah. Selain dokumen-dokumen PBB, bahan-bahan yang tersedia mencakup empat jilid buku harian milik Humphrey, karya suntingan Louis Henkin tentang The International Bill of Rights, panduan Marc Bossuyt tentang karya-karya persiapan KIHSP, dan bab terakhir *The Evolution of Human Rights* karya Paul Lauren.[19] Tidak tampak ada analisis apa pun tentang peranan diplomat Muslim dan Timur Tengah dalam laporan-laporan rekaman proses itu.

---

17 Glendon, catatan kaki 13; Lauren, catatan kaki 3; Morsink, catatan kaki 13.

18 Dalam menulis *A World Made New*, Glendon, catatan kaki 13, misalnya, memiliki akses ke dokumen-dokumen yang baru dideklasifikasikan dari Politbiro Soviet, biografi Peng Chun Chang yang disiapkan oleh anak-anaknya, memoar oleh utusan Filipina Carlos Romulo, dan, paling penting, buku harian dan dokumen-dokumen milik Charles Malik. Juga lihat memoar Shaista Ikramullah, *From Purdah to Parliament* 182 (1998) (yang merupakan anggota delegasi Pakistan), dan Direktur Divisi Hak Asasi Manusia PBB pertama, John Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure* (1984).

19 Lihat Bossuyt, M.J. (1987). *Guide to the "Travaux Preparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights; The International Bill of Rights* (Louis Henkin ed., 1981); Lauren, catatan kaki 3, 241—57. Beberapa buku harian Humphrey ditulis secara berselang sejak 1948 sampai dengan 1966 dan diedit oleh pustakawan McGill, A.J. Hobbins dan diterbitkan dalam empat volume dengan judul *On the Edge of Greatness: The Diaries of John Humphrey, First Director of the United Nations Division of Human Rights*, Vol. I 1948—1949 (A.J. Hobbins ed., 1994); Vol. II 1950—1951 (1966); Vol. III 1952—1957 (1998); Vol. IV 1958—1966 (2000).

Satu catatan terakhir tentang Perangkat Utama Hukum HAM Internasional yang berisi tiga bagian itu perlu diutarakan. Bentuk akhir dari standar-standar HAM dasar tidak terbayangkan pada 1946 ketika Komisi HAM PBB dibentuk. Tidak ada kesepakatan awal mengenai apakah standar-standar HAM dasar itu harus berbentuk dokumen tunggal atau membuat banyak dokumen dengan kedudukan hukum yang berbeda. Perdebatan mengenai bentuk dokumen-dokumen itu memunculkan banyak perpecahan politik dan argumen-argumennya terlalu rumit untuk disampaikan di sini.[20]

Walaupun begitu, para pembaca esai ini dapat mencatat bahwa partisipan dalam perdebatan itu terbelah menyangkut dua isu pokok. Isu pertama adalah apakah dokumen awal—yang kemudian menjadi DUHAM—harus dibuat mengikat secara hukum. Melalui konsensus yang besar, masalah ini diselesaikan dengan membuatnya sebagai pernyataan deklarasi. Isu kedua berkaitan dengan apakah harus menyusun satu dokumen hukum atau dua. Banyak negara kecil (dan juga negara-negara blok Soviet dan beberapa kekuatan Barat) menolak keras pemisahan, tetapi pada akhirnya kekhawatiran AS sangat memengaruhi persoalan ini. Pada 1951, untuk menghindarkan ancaman bahwa satu perjanjian saja akan mengakibatkan mundurnya Amerika Serikat dari proyek PBB, para anggota PBB sepakat untuk membuat dua perjanjian: satu mengenai "hak-hak sipil dan politik" dan yang lainnya mengenai "hak-hak sosial, budaya, dan ekonomi".

Ketiga dokumen yang merupakan Perangkat Utama Hukum HAM Internasional itu melibatkan perundingan yang panjang. DUHAM, pernyataan deklarasi tiga puluh pasal yang berdiri sendiri, disusun dalam kurun 2 tahun oleh panitia perancang. Ia diperdebatkan dengan pertimbangan yang panjang selama 2 bulan oleh delegasi-delegasi untuk Komite Ketiga Majelis Umum PBB. Naskah yang disetujui oleh Komite Ketiga diserahkan kepada sidang paripurna Majelis Umum PBB pada 10 Desember 1948 ketika, setelah pemeriksaan tambahan dan beberapa amendemen tambahan terhadap bentuknya, naskah itu diadopsi tanpa suara penolakan. Delapan negara, termasuk Saudi Arabia, tidak memberikan suara (abstain).[21]

[20] Lihat Morsink, catatan kaki 13; Glendon, catatan kaki 13.

[21] Juga abstain ialah Afrika Selatan, bekas Uni Soviet, Belarusia, Ukraina, Polandia, Chekoslovakia,

Korpus tunggal hak-hak yang ditetapkan oleh DUHAM akhirnya dipisah dan dua kovenan yang terpisah pun dikembangkan sepanjang 18 tahun berikutnya. Selama masa itu, keanggotaan di PBB berkembang pesat. Pada pertengahan 1960-an, jumlah negara yang ikut serta dalam proses penyusunan standar-standar itu telah bertambah lebih dari dua kali lipat. Ketika kedua kovenan tersebut disampaikan kepada Majelis Umum PBB untuk persetujuan akhir pada 1966, tidak ada penolakan dalam bentuk apa pun. Kedua kovenan itu disetujui dengan suara bulat oleh Majelis Umum PBB yang saat itu terdiri atas lebih dari seratus anggota.[22] Di antara negara-negara yang berpartisipasi dalam pemungutan suara waktu itu adalah Afghanistan, Aljazair, Mesir, Indonesia, Iran, Irak, Yordania, Kuwait, Lebanon, Libia, Malaysia, Mauritania, Maroko, Pakistan, Saudi Arabia, Somalia, Sudan, Suriah, Tunisia, Turki, dan Yaman.

C. Sumbangan Muslim dan Sumbangan Diplomat Muslim dan Timur Tengah

Penyelesaian ketiga dokumen yang merupakan Perangkat Utama Hukum HAM Internasional memerlukan kerja terus-menerus selama 20 tahun. Komisi HAM mulai mengerjakan DUHAM pada 1946 dan DUHAM diterima oleh Majelis Umum PBB pada Desember 1948. Komisi itu kemudian mengerjakan rancangan kovenan pada setiap sesi tahunan dari 1949 hingga 1954. Pada masa itu, Komisi menyebarkan rancangan awal kepada pemerintah-pemerintah dan organisasi-organisasi lintas pemerintahan untuk dikomentari. Pada 1950, pada Sesi Kelima PBB, seluruh negara anggota diberi kesempatan untuk mengomentari beberapa masalah substantif yang terkait dengan rancangan kovenan-kovenan tersebut. Ini bisa dikatakan merupakan saat ketika para diplomat memiliki

dan Yugoslavia.

22 Lihat ICESCR, catatan kaki 5 (disetujui oleh pemungutan suara 105-0); ICCPR, catatan kaki 5 (disetujui oleh 106-0). Utusan Nikaragua tidak memberikan suara kepada KIHESB. Karena posisinya yang abstain untuk DUHAM, mungkin patut dicatat bahwa Belarusia, Chekoslovakia, Polandia, Ukraina, Uni Soviet, Yugoslavia, dan Saudi Arabia memberikan suara setuju terhadap resolusi yang mengadopsi kedua perjanjian tersebut. Afrika Selatan, yang juga abstain dalam DUHAM, tampaknya tidak hadir dalam pengambilan suara.

pengaruh terbesar terhadap bentuk dan isi kedua kovenan hak asasi manusia itu.

Komite Ketiga Majelis Umum PBB mendiskusikan rancangan awal selama beberapa minggu dan mengirimnya kembali kepada Komisi (HAM) dengan instruksi perubahan-perubahan. Ketika Komisi HAM menyelesaikan rancangan kovenan-kovenan tersebut pada 1954, rancangan tersebut diserahkan ke Dewan Ekonomi dan Sosial (Dewan EKOSOS) yang kemudian meneruskannya kepada Majelis Umum PBB untuk dilakukan tinjauan dan pembahasan resmi dalam Komite Ketiga Majelis Umum PBB. Pada musim gugur, Komite Ketiga memulai penyelidikan pasal per pasal rancangan perjanjian, sebuah proses yang akhirnya merentang selama 12 tahun. Naskah itu diselesaikan dan risalah-risalah tersebut dibuka untuk tanda tangan dan ratifikasi pada 1966.[23]

Selama proses yang panjang ini, keanggotaan PBB tumbuh secara dramatis dan banyak suara baru ditambahkan ke dalam pembahasan. Ada pergantian terhadap hampir semua kalangan diplomat yang mengikuti proses pembuatan standar-standar hak asasi manusia dan hanya sedikit individu yang berpartisipasi dalam proses itu selama lebih dari beberapa tahun. Mereka yang namanya muncul berkali-kali dalam laporan-laporan selama 10 tahun atau lebih adalah Charles Malik (Lebanon), Rene Cassin (Prancis), Jamil Baroody (Saudi Arabia), Hernan Santa Cruz (Chile), Karim Akroul (Lebanon), dan Minerva Bernardino (Republik Dominika). Eleanor Roosevelt ditarik dari delegasi Amerika Serikat oleh pemerintahan Eisenhower dan dia meninggal dunia beberapa tahun sebelum kovenan-kovenan itu dirampungkan.[24]

Karena proses pembentukannya begitu lama, sulit untuk membicarakan, baik secara umum maupun akurat, partisipasi suatu negara atau sekelompok negara. Ini bukan hanya karena para diplomat silih berganti dan negara anggota baru bergabung dalam pembahasan, melainkan pemerintahan dan kebijakan beberapa negara juga berubah di tengah perjalanan. Mesir, misalnya, memasuki proses politik sebagai sebuah monarki, tetapi diwakili oleh pemerintah nasionalis Arab pada sebagian besar masa perundingan (dan selama 3 tahun bergabung secara politis dengan Suriah sebagai

23 Lihat ICESCR, catatan kaki 5; ICCPR, catatan kaki 5.
24 Glendon, catatan kaki 13, 204—5.

Republik Persatuan Arab). Dalam membicarakan soal partisipasi, ada baiknya mengingat bahwa masing-masing dari ketiga instrumen tersebut melalui tahapan perancangan awal dan dilanjutkan dengan tahapan pembahasan yang lebih formal. Komisi Hak Asasi Manusia, yang terdiri atas delapan belas delegasi dari negara-negara anggota terpilih, mengawasi tahap perancangan semua instrumen. Komisi tersebut berfokus pada DUHAM dari 1946 sampai 1948 dan mengerjakan dua perjanjian secara bersamaan dari 1949 sampai 1954. Pembahasan resmi mengenai ketiga instrumen tersebut terjadi dalam Komite Ketiga Majelis umum PBB.[25]

Kotak 2 memberikan ikhtisar umum tentang representasi regional dalam proses selama 20 tahun itu. Ketika pengerjaan proyek dimulai pada 1946, banyak negara Timur Tengah belum menjadi anggota PBB. Lebanon dan Mesir terwakili dalam Komisi selama tahun-tahun pertama PBB dan mereka memberikan sumbangan langsung kepada rancangan awal DUHAM.[26] Ketika rancangan DUHAM disampaikan ke Komite Ketiga pada 1948, kesempatan untuk berpartisipasi mengalami peningkatan. Rekaman resmi PBB tentang proses rapat Komite Ketiga pada 1948 mencatat keterlibatan dari, antara lain, Afghanistan, Mesir, Irak, Lebanon, Pakistan, Saudi Arabia, dan Suriah selama tinjauan pasal per pasal dari DUHAM.[27] Mesir dan Lebanon menawarkan amendemen dalam jumlah yang cukup besar atas rancangan yang disiapkan oleh Komisi.

---

25 Skema ini menyederhanakan bagaimana setiap naskah diubah dan diperdebatkan dalam kedua fase. Sayangnya bagi sarjana yang tidak familier dengan struktur PBB, proses diskusi dan pembuatan keputusan yang relevan dengan instrumen hak asasi manusia tidak mudah untuk ditelusuri dan dijelaskan dengan sederhana. Komisi PBB untuk Hak Asasi Manusia adalah organ subsider terhadap Dewan EKOSOS, yang melapor langsung ke Majelis Umum, secara umum melalui Komite Ketiga. Komunikasi antara Komisi Hak Asasi Manusia dan Komite Ketiga dihubungkan melalui Dewan EKOSOS. Dalam beberapa kasus, Dewan EKOSOS mendiskusikan dan mengambil tindakan atas masalah-masalah yang diteruskan oleh Komisi Hak Asasi Manusia. Pada waktu-waktu lainnya, Dewan EKOSOS hanya meneruskan laporan Komisi ke Komite Ketiga tanpa komentar. Selama periode panjang yang dibahas, tidak jarang Dewan EKOSOS dan Komite Ketiga saling bertentangan satu sama lain atau dengan Majelis Umum yang berkumpul di rapat paripurna. Selama bertahun-tahun, Komisi Hak Asasi Manusia memfungsikan diri sebagai badan perancang. Komite Ketiga menyediakan forum perdebatan, tetapi Komite tidak sepenuhnya menarik diri dari proses dan perpolitikan di seputar penyusunan awal—khususnya ketika isu-isu besar mengenai bentuknya menjadi perhatian. (Intervensi dalam sesi-sesi Komite Ketiga disajikan dalam bentuk ringkasan; intervensi dalam sesi paripurna secara umum dicatat secara verbatim.)

26 Morsink, catatan kaki 13, *passim*.

27 UN GAOR, Sesi ketiga, 3d Comm., Pt. I, xxxx (1948) [selanjutnya UNGA Third Committee, 1948 dan demikian pula pada tahun-tahun berikutnya].

Pada 1960, ketika kedua kovenan sedang didiskusikan di Komite Ketiga, sebanyak delapan belas negara anggota PBB memiliki penduduk Muslim yang besar dan secara aktif berpartisipasi dalam proses tersebut. Dari 1949 sampai 1963, perwakilan dari Lebanon, Mesir, Pakistan, Iran, Irak, dan Afghanistan (dalam pelbagai waktu) memiliki kursi di Komisi. Dan akhirnya, Halima Embarek Warzazi dari Maroko mengetuai sesi Komite Ketiga pada 1966 ketika perdebatan mengenai implementasi pasal-pasal dalam kedua kovenan itu disimpulkan dan naskah lengkap rancangan perjanjian-perjanjian itu dikonfirmasi untuk mendapatkan pertimbangan resmi dan akhir oleh Majelis Umum PBB dalam sidang paripurna.[28]

Kotak 2 juga menyoroti partisipasi individu-individu tertentu dari kawasan tersebut. Satu orang Arab menonjol dibanding yang lain, meskipun dia adalah seorang Kristen Arab, bukan seorang Muslim Arab. Charles Malik dari Lebanon terlibat dalam proyek hak asasi manusia PBB hampir sejak permulaan. Humphrey dalam memoarnya menyebutkan Malik sebagai salah seorang dari dua intelektual utama yang mengerjakan DUHAM (yang lainnya adalah Peng Chun Chang dari Tiongkok). Malik memberikan sumbangan terhadap perdebatan substantif dalam tahap perancangan DUHAM, tetapi peran politiknya selama proses juga penting. Dia merupakan pelapor Komisi di tahun-tahun paling awal dan pada musim gugur 1948 dia memimpin perdebatan Komite Ketiga. Dengan demikian, dia bertanggung jawab untuk memastikan jangkauan partisipasi, urutan pembahasan yang baik, dan kesepakatan politik tentang hasilnya.[29]

28 Komisi Ketiga UNGA, Sesi ke-21 (1966).
29 Tentang karier politik Malik, lihat Glendon, catatan kaki 13, 124.

KOTAK 2

Perangkat Utama Hukum HAM Internasional—Sumbangan dari Timur Tengah dan Dunia Muslim

Instrumen	Tahapan	Partisipasi dari Timur Tengah dan Dunia Muslim
DUHAM	Diskusi (Komisi Hak Asasi Manusia) 1946—1948	Negara-negara: Mesir, Lebanon Individu: Charles Malik, Omar Loutfi
	Perdebatan (Komite Ketiga Majelis Umum PBB) 1948	Negara-negara: Afghanistan, Mesir, Lebanon, Pakistan, Suriah, Saudi Arabia, Irak, Iran Individu: Charles Malik (Lebanon), Jamil Baroody (Saudi Arabia). Shaista Ikramullah (Pakistan)
Kovenan-Kovenan KIHSP dan KIHESB	Diskusi (Komisi Hak Asasi Manusia) 1949—1954	Negara-negara: Mesir, Lebanon, Pakistan, Afghanistan Individu (beberapa): Charles Malik (Lebanon), Mahmoud Azmi Bey (Mesir)
	Perdebatan (Komite Ketiga Majelis Umum PBB) 1954—1966	Negara-negara: Afghanistan, Aljazair, Mesir (RPA), Indonesia, Iran, Irak, Yordania, Lebanon, Libia, Malaya, Mauritania, Maroko, Pakistan, Saudi Arabia, Sudan, Suriah, Tunisia, Yaman. Individu (beberapa): Jamil Baroody (Saudi Arabia), Bedia Afnan (Irak), Abdul Rahman Pazhwak (Afghanistan), Abdul Kayaly dan Jawaat Mufti (Suriah), Begum Aziz Ahmed (Pakistan), Abdullah El-Erian (RPA), Mohammed Chakchouk (Tunisia), Abdul Latif Hendraningrat (Indonesia), Wan Mustapha bin Haji Ali (Malaya), Halima Embarek Warzazi (Maroko).

Pada 1951, dia menggantikan Eleanor Roosevelt sebagai Ketua Komisi Hak Asasi Manusia dan Humphrey menganggapnya sebagai kemajuan besar; dia menulis dalam buku harian pribadinya: "Malik dengan suara bulat

terpilih sebagai Ketua [Komisi Hak Asasi Manusia] pagi ini. Dia tidak sempurna—tidak ada siapa pun yang sempurna—tetapi dia akan menjadi ketua yang baik, sesuatu yang tidak ada di komisi ini sejak awal."[30] Pada entri-entri sebelumnya, Humphrey tidak selalu memuji dalam memberikan penilaian terhadap Malik, dengan mencatat pertama-tama usahanya yang tampak berlebihan untuk menyenangkan orang-orang dan belakangan serangkaian kekasarannya yang menciptakan musuh alih-alih teman.[31]

Malik adalah seorang filsuf Thomis dan sangat terikat pada gagasan tentang hak-hak alamiah yang dia perdebatkan panjang lebar dengan delegasi-delegasi lain, termasuk Peng Chun Chang dari Tiongkok dan Charles Duke dari Kerajaan Inggris. Meskipun kepribadian Malik yang kuat membuatnya berkonflik dengan banyak orang yang bekerja dengannya, selama tahun-tahun awal mengerjakan proyek hak asasi manusia dia juga menjabat sebagai Juru Bicara PBB untuk Liga Arab. Glendon, yang telah memiliki akses ke surat-surat pribadi Malik, menyampaikan bahwa dia terlibat dalam upaya diplomatik untuk menciptakan solusi bagi krisis Palestina pada awal 1948 dan berkali-kali sesudahnya.[32] Malik dapat dianggap sebagai wakil dari Timur Tengah, meskipun bukan wakil dari pandangan Muslim.

Sosok-sosok lain dari kawasan itu mendapatkan kepamoran tertentu seiring bergulirnya pengerjaan Deklarasi. Mereka termasuk Omar Loutfi, yang mewakili Mesir di Komisi HAM selama beberapa tahun dan pada 1955 memimpin Komite Ketiga; Karim Azkoul, mewakili Lebanon dalam pembahasan Komite Ketiga yang dipimpin oleh Malik; dan Baroody, seorang diplomat Lebanon yang pernah tinggal di Saudi Arabia selama bertahun-tahun dan diakreditasi oleh delegasi PBB Saudi Arabia selama lebih dari 20 tahun.

---

30 *On the Edge of Greatness II,* catatan kaki 18, 199.

31 *On the Edge of Greatness I,* catatan kaki 18, 24—25, 55, 72.

32 Glendon, catatan kaki 13, 106—07. Dalam publikasi terdahulu, Glendon mengidentifikasi Malik sebagai seorang "Kristen Ortodoks Yunani (Greek Orthodox Christian) [yang] sering membela pandangan Arab dan Palestina di PBB pada awal 1950-an dan kemudian bersilang pendapat dengan para pemimpin Arab mengenai banyak isu". Dia kemudian mendapatkan komentar samar di obituarinya yang diterbitkan Reuter pada 1987: "Tidak ada Muslim Lebanon atau politisi atau pemimpin milisi pro-Suriah yang berduka atas kematian Malik ["*'None of Lebanon's Moslem or pro-Syirian politicians or militia leaders mourned Malik's death.'*"] Glendon, M.A. (1998). "Knowing the Universal Declaration of Human Rights", *5 Notre Dame L.* Rev. 1160.

Muhammad Zafrullah Khan, Menteri Luar Negeri Pakistan dan Kepala Delegasi PBB Pakistan pada 1948, tidak memasuki perdebatan mengenai DUHAM sampai hari-hari terakhir peninjauannya. Namun, dia membuat kesan mendalam dengan kata-kata yang kuat tentang kebebasan beragama yang dia sampaikan di hadapan Majelis Umum PBB dalam sesi paripurna. Pada 1949, ketika Komisi memulai pengerjaan rancangan kovenan, beberapa orang lain tampil ke muka, seperti Bedia Afnan dari Irak, Jawaat Mufti dari Suriah, dan Abdul Rahman Pazhwak dari Afghanistan. Pazhwak menjabat sebagai Ketua Komisi pada 1963 seperti Mahmoud Azmi dari Mesir pada 1953. Informasi mengenai beberapa tokoh ini ditemukan oleh ahli arsip dari McGill University, John Hopkins, saat dia sedang mengedit tulisan-tulisan Humphrey dan catatan biografinya yang singkat disajikan pada Kotak 3.[33]

Jadi, sebagai titik tolak, dapat dilihat bahwa pemerintah-pemerintah dunia Muslim hadir dan diwakili sepanjang proses yang menghasilkan Perangkat Utama Hukum HAM Internasional. Seperti yang akan ditunjukkan oleh bagian-bagian berikut, mereka hadir bukan hanya sebagai saksi pasif, melainkan juga sebagai peserta aktif yang berkontribusi dalam perdebatan dan membantu mewujudkan hasilnya.

D. Masalah-Masalah yang Menjadi Perhatian

Pada paruh kedua 1948 ada banyak isu di agenda hak asasi manusia internasional. Tidak semua isu tersebut menarik bagi delegasi Timur Tengah dan Muslim. (Hal yang sama tentu dapat dikatakan untuk setiap delegasi.) Negara-negara yang saat itu disebut sebagai Kekuatan Besar baru saja keluar dari sebuah perang yang telah menyebarkan kengerian ke seluruh dunia, walaupun begitu, perang itu telah mengakibatkan beberapa daerah dan masyarakat hancur secara moral dan fisik lebih dari yang lain.

Pada pertengahan abad itu banyak sekali peristiwa dan perkembangan yang mengejutkan hati nurani manusia dan menunjukkan kebutuhan mendesak untuk melindungi hak asasi manusia. Kekejaman Nazi telah terungkap dan terus menimbulkan rasa takut. Di Afrika Selatan, Partai

[33] Diambil dari *On the Edge of Greatness I–IV,* catatan kaki 18.

Nasionalis meraih kekuasaan di atas platform diskriminasi rasial dan etnis. Pakistan dan India terlibat dalam perang yang disebut beberapa pihak melibatkan genosida. Para pemimpin Zionis tak lama mengklaim hak untuk menjadi negara, mengusir dan menggusur ribuan orang Arab Palestina dalam prosesnya. Perang saudara di Tiongkok menelan korban manusia dan menghasilkan perubahan revolusioner. Orang Inggris, Prancis, Belgia, dan Belanda berusaha (dengan agak putus asa) untuk mempertahankan wilayah jajahan mereka. Kekuasaan asing adalah duri dalam daging bagi bangsa-bangsa yang terjajah. Orang-orang Amerika Latin, yang independen secara politik, berharap bahwa berakhirnya perang dan rekonfigurasi kekuatan dunia akan memberi mereka tempat penghormatan politik dalam urusan-urusan dunia.

Bagi Amerika Serikat dan bekas Uni Soviet, angin dingin pertama dari Perang Dingin telah mulai bertiup dan konflik itu pada akhirnya akan membayangi setiap aspek kebijakan luar negeri AS. Namun, AS memiliki kekhawatiran lain tentang hak asasi manusia. Di dalam negeri, pendukung kuat "hak negara bagian" (mendukung banyak kebijakan diskriminatif dan rasis) beragitasi melawan federalisme era Roosevelt yang progresif. Alih-alih menyetujui perluasan hak, kalangan anti-Komunis yang gigih berusaha membatasi kebebasan sipil di AS. Di kalangan politisi dan diplomat AS, ada kekhawatiran bahwa terlalu banyaknya pembicaraan mengenai hak asasi manusia di PBB dapat menciptakan sejumlah kesulitan bagi mereka di dalam negeri dan bahwa Senat AS tidak akan pernah meratifikasi naskah yang luas cakupannya.[34]

Soviet sendiri menghadapi suatu dunia tempat mereka terisolasi. Ideologi mereka terus diserang dan hanya sedikit mitra yang dapat diandalkan. Mereka memerintah secara represif di dalam negeri dan menempatkan pemerintah yang berpikiran sama di negara-negara Eropa Timur yang terpukul dan hancur yang mereka awasi di pengujung akhir perang. Teror-teror Stalinis masih menjadi rahasia yang mengerikan.

Inilah dunia tempat ketiga instrumen utama hak asasi manusia lahir. Selama 2 dasawarsa inkubasi mereka, masalah dan keprihatinan politik berkembang dan lokus perdebatan menyebar ke beberapa organ PBB. Oleh karena itu, tugas untuk menilai masalah "paling penting" bagi Komisi

[34] *Foreign Relations of The United States, 1952—1954,* Vol. III, 1547—49 (1979).

HAM atau Komite Ketiga selama periode ini adalah keputusan yang sangat subjektif. Apakah isu terpenting adalah isu yang memicu perdebatan paling panjang, memantik semangat paling besar, atau melibatkan kepentingan pemain-pemain paling kuat? Pertanyaan ini tidak memiliki jawaban yang sederhana.

Versi paling terkenal dari kisah DUHAM dan kovenan-kovenan turunannya tersebut berkisar di seputar kepentingan-kepentingan Kekuatan Besar dan khususnya ketegangan Perang Dingin. Dalam membaca ulang laporan detail ataupun ringkasan perdebatan PBB tentang instrumen-instrumen ini, jelas bahwa tidak semua pemain sama-sama terlibat dalam perdebatan ideologis tersebut. (Dan juga jelas bahwa Perang Dingin hanyalah salah satu dari beberapa masalah politik yang ditanggung oleh delegasi dari AS.) Permusuhan antara blok AS dan Soviet begitu jelas sehingga tidak ada peserta yang tidak menyadari adanya ketegangan tersebut, tetapi tentu ada lebih dari satu rangkaian kekhawatiran dan lebih dari satu cerita yang dapat disampaikan.

Pada 1950, Komisi Hak Asasi Manusia telah mengidentifikasi empat isu kebijakan penting yang dianggap perlu diputuskan sebelum Komisi dapat berlanjut dengan apa yang saat itu dibayangkan akan menjadi satu perjanjian tunggal. Keempat isu tersebut memberikan sebagian wawasan tentang garis besar perdebatan umum. *Pertama,* Komisi meminta pandangan Komite Ketiga mengenai kecukupan dari delapan belas rancangan pasal pertama, yang berakar dari DUHAM. Dua pertanyaan turunan diajukan—haruskah ada hak tambahan yang dimasukkan ke kovenan dan apakah pasal tersebut disusun sedemikian rupa untuk memberikan perlindungan yang memadai terhadap hak-hak yang ditetapkan di dalamnya? Kumpulan pasal ini berisi ketentuan substantif dari kovenan pasca-DUHAM dan ulasan pada 1950 menawarkan kesempatan penting bagi negara-negara untuk menyatakan keberatan apa pun.

Kedua, dan secara khusus, apakah perlu menambahkan pasal-pasal mengenai hak sosio-ekonomi? *Ketiga,* Komisi Hak Asasi Manusia menanyakan tentang keperluan untuk menyertakan pasal-pasal yang akan menciptakan ketentuan khusus mengenai penerapan di negara-negara federal dan wilayah-wilayah nonpemerintahan sendiri (termasuk

wilayah jajahan). *Terakhir*, apakah Komite Ketiga melihat pasal-pasal yang berkaitan dengan pelaksanaan sudah memadai?

KOTAK 3

Diplomat Terkemuka dari Negara-Negara Muslim yang Berpartisipasi dalam Pelbagai Tahap Pembahasan Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa

Omar Loutfi
Ahli hukum dan diplomat Mesir, mewakili negaranya di PBB dari 1949—1963. Pada 1948, dia adalah anggota Komisi HAM dan menjadi penasihat hukum untuk delegasinya pada 1949. Dia mulai dikenal pada 1956 ketika, selain memimpin Komite Ketiga, mewakili kepentingan Mesir selama krisis Suez di hadapan Majelis Umum. Dia menjabat Wakil Sekretaris (Under-Secretary) PBB untuk urusan politik khusus dari 1961 sampai 1963.

Jamil Murad Baroody
Diplomat Arab kelahiran Lebanon ini adalah Wakil Tetap Pengganti Saudi Arabia untuk PBB (1947—1957). Dia adalah Pengamat Politik dan Ekonomi Arab, London (1929, 1935—1939), mengajar bahasa Arab di Princeton (1943), dan menjadi penasihat edisi Arab *Reader's Digest* (1944—1947). Dia tergabung dalam Delegasi Kerajaan Saudi Arabia di Konferensi San Francisco (1945) dan menjabat Deputi Wakil Tetap Saudi Arabia untuk PBB dengan pangkat Duta Besar (1957—1979).

Bedia Afnan
Diplomat Irak dan Utusan Tetap untuk Kantor Eropa PBB. [Wakil Irak di Komite Ketiga Majelis Umum, 19xx—19xx.]

Jawaat Mufti
Diplomat Suriah dan pegiat sipil internasional, bekerja untuk Kementerian Luar Negeri Suriah (1947—1956). Dia adalah Deputi Perwakilan Tetap, New York (1958—1959), Menteri Kerajaan Inggris (1961—1962), dan Amerika Serikat (1962—1965). Dia adalah Deputi Perwakilan Residen Program Pembangunan PBB (United Nations Development Program-UNDP) untuk Argentina (1965—1967), El Salvador (1967—1970), dan Republik Dominika (1970—1973). Setelah menjadi Kepala Divisi Biro Regional UNDP untuk Afrika, dia menjadi Perwakilan Residen untuk Kamerun (1974).

Sir Muhammad Zafrullah Khan
Menteri Luar Negeri Pakistan dan pimpinan delegasi untuk PBB [pada 1948]. Dia adalah anggota sekte minoritas Ahmadiyah.

Abdul Rahman Pazhwak
Jurnalis dan diplomat Afghanistan. Direktur Seksi [Afghanistan] PBB, Menteri Luar Negeri (1952—1958). Dia adalah Perwakilan Tetap untuk PBB (1958—1973), mengetuai Komisi HAM pada 1966. Dia adalah Duta Besar untuk Republik Federal Jerman (1973), India (1973—1977), dan Kerajaan Inggris (1977—1978).

Diambil dari A.J. Hobbins, *On the Edge of Greatness: The Diaries of John Humphrey, First Director*

of the United Nations Division of Human Rights, vol. I—IV (Montreal: McGill University Librarires, 1994—2000). Bahan tambahan dalam kurung.

Beberapa dari pertanyaan ini menyentuh poin yang sangat penting bagi negara-negara Muslim. Catatan PBB menunjukkan bahwa selama 20 tahun proses penyusunan dan pembahasan DUHAM dan kedua kovenan, delegasi yang mengidentifikasi diri dan negaranya dengan tradisi Muslim menaruh perhatian khusus pada lima isu utama tersebut. Masing-masing dari lima isu tersebut dibahas satu per satu. Banyak di antaranya yang melibatkan perdebatan yang berlarut-larut dan karena pengerjaan kovenan mengikuti dengan erat DUHAM, empat dari lima isu tersebut disusun melalui pertimbangan DUHAM ataupun kedua kovenan.

1. Kebebasan Beragama dan Hak Berpindah Agama

Abstainnya Saudi Arabia dalam pemungutan suara Majelis Umum PBB untuk menyetujui DUHAM dapat dibilang merupakan hubungan yang paling dikenal antara dunia Muslim dan upaya perumusan standar hak asasi manusia internasional pada pertengahan abad ke-20. Hal itu sangat disayangkan karena beberapa alasan. *Pertama,* abstainnya Saudi memperkuat kesan bahwa Saudi Arabia terus menentang proyek hak asasi manusia. Kesimpulan semacam itu sulit dicocokkan dengan fakta bahwa Saudi Arabia, beberapa tahun kemudian, memilih untuk mendukung KIHSP. Keputusan Saudi untuk abstain di DUHAM juga mengakibatkan beberapa pihak menyimpulkan bahwa Saudi Arabia tidak terlibat dalam proyek hak asasi manusia. Sebaliknya, perwakilan Saudi adalah satu dari sedikit diplomat yang melihat proses DUHAM dan kedua kovenan sejak awal, sejak debat Komite Ketiga pada 1948, sampai akhir, dengan persetujuan terhadap kedua kovenan tersebut pada 1966.

Dari 1948 sampai setidaknya 1970, Baroody bertugas sebagai delegasi Saudi Arabia dan dia berpartisipasi dalam setiap sesi Komite Ketiga yang membahas instrumen hak asasi manusia. Baroody adalah seorang diplomat yang fasih dan ulung. Meski cenderung arogan dan kadang-kadang bersungut-sungut,[35] dia berargumen dengan tegas dan menarik perhatian.

[35] Informasi biografi terbatas yang tersedia menunjukkan bahwa Baroody adalah diplomat asal Lebanon. Dia secara reguler diakreditasi untuk delegasi Saudi Arabia mulai 1948 sampai 1970

Dia memang tidak bisa disebut sebagai pembela hak yang gigih, tetapi dia adalah peserta aktif dalam proses tersebut dan dia memberikan suara untuk sebagian besar pasal DUHAM dan kedua kovenan. Mungkin ironis bahwa setelah 1960, argumen Baroody dan keakrabannya dengan prosedur PBB berperan penting dalam menggulirkan proyek hak asasi manusia yang macet. Sebagai contoh, pada 1965 Humphrey mencatat dalam buku hariannya bahwa Baroody telah mengunjunginya dengan sebuah proposal untuk membuka perdebatan yang macet mengenai langkah-langkah implementasi.[36]

dan dalam catatan acara sesi Majelis Umum PBB yang terkait dengan kerja Komite Ketiga, dialah yang berbicara untuk Saudi Arabia. Dia berbicara dengan baik tentang Islam dan membela posisi Saudi sebagai perpanjangan keyakinan dan praktik keagamaan. Tampaknya kemampuan Baroody dalam berbahasa Inggris merupakan alasan dia memiliki posisinya di delegasi tersebut, yang pada 1952, misalnya, juga mencakup Pangeran Faisal Al-Saud, Syekh Asad Al-Faqih, dan Syekh Ebrahim Sulaiman. Dalam satu intervensi bernada marah pada proses acara Komite Ketiga, Baroody menyampaikan kepada rekan-rekannya bahwa dia telah "hidup beberapa tahun di Barat, dan meski dia merasa dapat memuji kesenian dan literaturnya, dia sering mencatat pelanggaran-pelanggaran hak asasi manusia (*lived many years in the West, and while he had found it possible to admire its art and literature, he had frequently noted breaches of human rights*)". Dalam pidato yang sama, dia "sangat menyayangkan bahwa perwakilan Belgia tidak memiliki kesempatan, tentunya karena terlalu banyak kesibukan yang disebabkan oleh masalah-masalah sosial di Belgia, untuk mempelajari Al-Quran dan konstitusi negara-negara Arab (*deeply regretted that the Belgian representative had not had the leisure, doubtless owing to excessive preoccupation with the social problems of Belgium, to consult the Koran and the constitutions of the Arab countries*)". Lihat UNGA Third Committee, Sesi ke-6, 96 (1951—1952). Dalam banyak kesempatan, Baroody dengan jelas membuat jengkel delegasi Pakistan, dan ketika perdebatan berlangsung mengenai kovenan-kovenan, komentarnya memprovokasi beberapa delegasi yang lain juga, termasuk Minerva Bernardino dari Republik Dominika dan Ana Figueroa dari Chile yang mengetuai Komite Ketiga pada 1952.

36 *On the Edge of Greatness IV*, catatan kaki 18, 147. Pandangan dan sikap Humphrey terhadap Baroody tampak berkembang sepanjang hubungan mereka selama 20 tahun. Pada 1952, Humphrey memasukkan Baroody di kalangan demagog dan menanggapnya sebagai salah satu "penampil yang paling buruk". Pada 1965, Humphrey memperlakukan Baroody sebagai sekutu. Satu catatan dalam buku harian Humphrey berbunyi: Jamil Baroody datang menemuiku kemarin dan tinggal selama lebih dari satu jam. Dia berbicara tentang ketidaknyataan kerja kami di Komite Ketiga tentang hak asasi manusia ketika di ruangan lain di gedung itu para delegasi memainkan jenis politik kekuasaan yang paling buruk dan meniadakan dengan sinis kehidupan orang-orang yang tak berdosa. Jika PBB, dia bertanya, tidak dapat melindungi yang paling dasar dari hak asasi seluruh manusia yang adalah hak hidup, bukankah yang tersisa dari program kita hanyalah suatu kepalsuan? Dia mengingatkan masa-masa awal [*Jamil Baroody came in to see me yesterday and stayed for more than an hour. He talked about the unreality of our work in the Third Committee on human rights when in other rooms of the building delegations were playing the worst kind of power politics and disposing cynically of the lives of innocent people. If the United Nations, he asked, cannot protect the most fundamental of all human rights which is the right to life isn't the rest of our program a mere sham? He reminisced about the early days*]. Id., 98. Catatan-catatan berikutnya merekam undangan makan siang dari Humphrey dan pesta perpisahan untuk

Akhirnya, perhatian pada posisi abstain Saudi mengalihkan perhatian dari keragaman pendapat yang substansial di antara delegasi dari dunia Muslim. Jika cerita ini tidak diikuti hingga ke kedua kovenan, beberapa orang mungkin berasumsi bahwa pandangan yang diartikulasikan oleh delegasi Muslim diabaikan dalam naskah akhir. Terlepas dari apakah itu baik atau buruk, bukan itu yang terjadi.

Mengapa Saudi Arabia tidak memberikan suara kepada DUHAM? Singkatnya, Saudi Arabia keberatan terhadap ketentuan dalam Pasal 16 (akan dibahas kemudian) dan Pasal 18. Pasal 18 menetapkan kebebasan berpikir dan beragama, termasuk hak seseorang untuk mengganti agamanya. Terhadap ketentuan terakhir inilah Saudi Arabia keberatan, tetapi tidak dengan alasan bahwa kemurtadan dilarang atau poin-poin teologi lainnya. Ketika DUHAM Pasal 18 awalnya dipertimbangkan oleh Komisi (sebelum 1948), pasal tersebut menetapkan kebebasan berpikir dan berkeyakinan, tetapi tidak mengacu pada agama.

Ironisnya, penjabaran kebebasan beragama dalam pasal itu merupakan reaksi balik terhadap amendemen Soviet yang membatasi lingkup kebebasan beragama.[37] Rancangan yang diteruskan oleh Komisi tersebut menetapkan hak keyakinan pribadi dan sebagian terbaca sebagai berikut: "hak ini mencakup kebebasan untuk mengganti agamanya atau kepercayaannya; dan kebebasan, baik sendiri maupun dengan berkomunitas dengan orang lain dan di depan umum maupun pribadi, untuk mewujudkan agamanya atau kepercayaannya dalam pengajaran, praktik, ibadah, dan ketaatan". Saudi Arabia tidak termasuk dalam delapan belas anggota Komisi, jadi keberatannya tidak dikemukakan sampai sesi Komite Ketiga pada 1948.[38]

Ketika perdebatan mengenai pasal ini dibuka, delegasi Saudi Arabia, Baroody, mengungkapkan keterkejutannya bahwa rancangan pasal tersebut memuat tiga kebebasan: pemikiran, keyakinan, dan agama, tetapi hanya menyebut hak berganti untuk agama. Dia berpendapat bahwa sentimen semacam itu telah mengakibatkan perang salib dan perang agama,

---

Humphrey yang diselenggarakan Baroody.

37 Banyak organisasi nonpemerintah memberikan sumbangan kepada proses penyusunan dari sisi pinggir dan menurut William Korey, Theo Van Boven menganggap bahwa bahasa dari pasal ini bisa "banyak dinisbatkan kepada" Dr. Frederick Nolde dari The World Council of Churches. Korey, catatan kaki 12, 46.

38 Lihat Morsink, catatan kaki 13, 24—26.

dengan mengatakan bahwa "sepanjang sejarah, misionaris telah sering menyalahgunakan hak mereka dengan menjadi pelopor intervensi politik dan ada banyak contoh ketika masyarakat jatuh dalam konflik berdarah akibat upaya para misionaris untuk mengonversi mereka".[39]

Baroody juga menantang delegasi Prancis dengan mengatakan apakah pemerintah Prancis "telah berkonsultasi dengan masyarakat Muslim di Afrika Utara dan wilayah-wilayah Prancis lainnya sebelum menerima naskah tersebut" dan dia menanyakan delegasi Lebanon, apakah penduduk Muslim Lebanon telah mengizinkannya untuk menyetujui naskah tersebut.[40] Saudi Arabia menawarkan sebuah amendemen yang mengusulkan untuk menghilangkan ungkapan "kebebasan untuk mengubah agama atau kepercayaan" dan usulan ini mendominasi pembahasan Pasal 18 dengan perdebatan yang berlangsung satu hari penuh dan terekam dalam dua puluh halaman catatan resmi. Beberapa kalangan menyatakan bahwa argumen Baroody mungkin dipengaruhi oleh doktrin Wahhabi,[41] tetapi pada saat itu ataupun dalam perdebatan selanjutnya, Baroody tidak mengemukakan argumen dalam kerangka doktrin Islam atau budaya Arab-Muslim. Dia tidak menyebutkan atau menyinggung larangan murtad. Namun, dia merasa tersinggung dengan pernyataan bahwa Komisi telah berkonsultasi dengan beberapa organisasi keagamaan—tetapi tidak ada yang berasal dari dunia Muslim.[42] Ketersinggungan ini, serta keberatannya yang lebih umum terhadap bias Barat yang dia tangkap dalam dokumen rancangan itu, tampaknya telah memicu kemarahan Baroody mengenai Pasal 18.

Apa pun yang dikatakan Baroody dan yang lainnya dalam sidang publik, dalam koridor PBB segera dipahami bahwa beberapa orang menganggap teks Pasal 18 bertentangan dengan ajaran Islam.[43] Walaupun begitu, pandangan ini tidak dimiliki oleh semua delegasi Muslim. Delegasi India Mohammed Habib menunjukkan bahwa konstitusi India memberikan hak untuk mengajak berpindah agama atau untuk berpindah agama, sebuah

39 UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 391 (1948).
40 Id., 403—04.
41 John Kelsay, Saudi Arabia, Pakistan, dan The Universal Declaration of Human Rights, dalam *Human Rights and Conflicts of Culture: Western and Islamic Perspectives on Religious Liberty 48* (David Little, John Kelsay, & Abdulaziz A. Sachedina eds., 1988).
42 UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 404 (1948).
43 *On the Edge of Greatness I,* catatan kaki 18, 76, 91.

ketentuan yang berlaku bagi empat puluh juta Muslim India. Dia berpikir hal ini akan menjadi "tragedi" jika amendemen Saudi disetujui.[44] Sir Muhammed Zafrullah Khan mempersiapkan pidato untuk pleno Majelis Umum PBB dengan menyatakan bahwa delegasinya merasa perlu untuk membela kehormatan Islam.[45] Dia merasa perlu untuk menjelaskan bahwa:

> Ajaran Islam didasarkan pada Al-Quran yang berisi wahyu lisan yang diturunkan kepada Nabi Muhammad; oleh karena itu, Al-Quran adalah firman Tuhan untuk umat Islam. Al-Quran menyatakan bahwa baik iman maupun keyakinan yang melahirkannya tidak dapat memiliki karakter keharusan/memaksa. Al-Quran secara tegas mengatakan, "Kebenaran itu datangnya dari Tuhanmu; barangsiapa menghendaki (beriman) hendaklah dia beriman, dan barangsiapa menghendaki (kafir) biarlah dia kafir." [Islam] secara formal mengutuk bukan tiadanya iman, melainkan kemunafikan.[46]

Selama sesi pleno yang sama, delegasi Suriah Abdul Rahman Kayaly mencatat bahwa selama pemeriksaan pasal-pasal di Komite Ketiga, tampak jelas bahwa tidak semua anggota PBB sepakat. Dia menyatakan dukungan Suriah atas keputusan mayoritas tanpa mengomentari pasal tertentu.[47] Sehubungan dengan Pasal 18, penasihat hukum Kementerian Luar Negeri Mesir Wahid Fikry Raafat mengambil jalan tengah dalam debat pleno itu. Dia menegaskan niat delegasinya untuk menyetujui DUHAM, tetapi

---

44 Morsink, catatan kaki 13, 25.

45 *On the Edge of Greatness I*, catatan kaki 18, 91.

46 UN GAOR, Komite Ketiga, Sesi ke-3, Bag. I, rapat pleno, 890 (1948) [selanjutnya UNGA Plenary, 1948 dan demikian pula untuk tahun-tahun berikutnya]. Khan kemudian ikut mengecam misionaris yang melakukan konversi secara paksa dan menggunakan agama untuk tujuan politik, tetapi dia juga mengakui kontribusi kemanusiaan para misionaris Kristen. Dalam konteks menyanggah argumen awal Baroody, dia menyatakan bahwa Islam adalah agama dakwah yang berusaha untuk mengajak orang mengubah agama mereka dan mengubah cara kehidupan mereka. Kelsay telah berspekulasi sejauh mana gagasan Zafrullah Khan merupakan gagasan kemanusiaan yang lebih bersandar pada persuasi alih-alih doktrin. Karena Ahmadiyah secara umum tidak diterima di Pakistan, Kelsay berpendapat bahwa alasan lain pastinya telah mendorong keputusan Menteri Luar Negeri itu untuk berbicara dengan tegas di PBB. "Alasan-alasan lain" itu mencakup sikap-sikap yang ditunjukkan dan dicontohkan oleh Muhammad Ali Jinnah, Presiden Pakistan. Lihat Kelsay, catatan kaki 40, 42—43.

47 UNGA Plenary, 921 (1948).

mengajukan reservasi terhadap hak yang ditujukan untuk mengubah agama atau kepercayaan.

Menurut Raafat, pemerintah Mesir bermaksud untuk menerapkan deklarasi tersebut dan "melaksanakannya sepenuhnya", tetapi tampaknya segera jelas bahwa delegasi Mesir tidak sepenuhnya setuju dengan pasal tersebut dan merasa bahwa kepercayaan keagamaan tidak dapat dikesampingkan begitu saja.[48] Saat pengambilan suara untuk pasal ini di Pleno Majelis Umum PBB, empat negara abstain dan tidak ada satu pun yang menolak. Pada pemungutan suara terakhir mengenai Deklarasi secara keseluruhan, Mesir dan Suriah mengesampingkan setiap reservasi/keberatan yang mereka buat dan mendukung DUHAM bersama negara-negara Muslim lainnya (kecuali Saudi Arabia).

Dengan diakuinya DUHAM secara resmi oleh Majelis Umum PBB, proyek hak asasi manusia dikembalikan ke Komisi Hak Asasi Manusia untuk tahap negosiasi kovenan-kovenannya. Kertas kerja PBB tidak menunjukkan bahwa hak untuk mengubah agama dibahas oleh Komisi pada 1949 atau 1950, meskipun Mesir tetap menjadi anggota Komisi Hak Asasi Manusia selama masa itu dan mungkin telah memberikan suara tunggal (yang tidak teridentifikasi) yang menolak klausul yang mempertahankan frasa tersebut.[49] Ketika rancangan naskah diserahkan kepada Komite Ketiga pada 1950, kemarahan Baroody kembali terpancing.[50] Pelapor PBB mencatat komentarnya:

> Komisi Hak Asasi Manusia telah memilih untuk mengabaikan peringatan delegasi Saudi Arabia: Paragraf 1 Pasal 13 dari rancangan kovenan tersebut adalah sebuah reproduksi kata per kata Pasal 18 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Oleh karena itu, dia berkewajiban untuk mengulangi apa yang dia katakan tentang masalah ini pada sesi sebelumnya …. Delegasi Saudi Arabia mendesak agar frasa tersebut dihapus …. Sikapnya terutama disebabkan kekhawatiran terhadap dampak yang akan disebabkan ketentuan semacam itu pada dunia Muslim. Tidak boleh dilupakan bahwa dalam perjalanan

48 Id., 913.

49 Bossuyt, catatan kaki 18, 356.

50 UN GAOR, Sesi ke-5, Annexes, Butir Agenda 63, 10 (1950 Vol. II). Lihat juga UNGA Third Committee, Sesi ke-15, 197—98, 221 (1960), pernyataan-pernyataan oleh Saudi Arabia dan Mesir; UNGA Third Committee, Sesi ke-9, 99—100 (1954).

> sejarah, misionaris sering menyalahgunakan hak-hak mereka. Para propagandis politik menggantikan misionaris agama, tetapi metode yang digunakan tidak begitu berbeda.[51]

Delegasi Yaman bergabung dengan Saudi Arabia untuk mengungkapkan kekhawatiran tentang pasal yang tampaknya mengabaikan konsekuensi terhadap negara-negara Arab dan Muslim. Delegasi Mesir Azmi Bey menegaskan keterikatan pemerintahnya pada DUHAM dan menggambarkan keikutsertaan pribadinya dalam berbagai acara untuk memperingati ulang tahun pertama DUHAM. Meski demikian, dia mengungkapkan keprihatinan serius tentang disertakannya hak untuk mengubah agama. Dia mengingatkan para delegasi bahwa kovenan tersebut adalah dokumen yang mengikat secara hukum dan dimasukkannya frasa ini dapat menyulitkan banyak pemerintah untuk melakukan ratifikasi.[52]

Upaya Mesir untuk mengubah rancangan naskah pada sesi Komite Ketiga pada 1950 tidak berhasil, tetapi untuk menghormati kekhawatiran yang diajukan oleh beberapa delegasi Muslim, pada 1952 Komisi dengan suara bulat setuju untuk mengartikulasikan hak untuk mempertahankan agama atau keyakinan dan juga untuk mengubahnya. Sebuah naskah dengan perubahan ini diteruskan ke Komite Ketiga pada 1954, tetapi tinjauan singkat hanya berlangsung cukup lama untuk memberi kesempatan kepada delegasi Saudi Arabia mengulangi keberatannya.[53] Baru pada 1960 Komite Ketiga dapat memusatkan perhatian pada pasal dalam rancangan KIHSP ini. Sementara itu, beberapa pendapat telah berubah: perubahan kecil dalam Komisi dari 1952 tidak memuaskan kalangan yang menentang penjabaran hak untuk mengubah agama seseorang. Baroody meninjau kembali sejarah pasal ini untuk mendapatkan dukungan dari rekan-rekan barunya di Komite Ketiga. Dia lagi-lagi berpendapat bahwa frasa itu harus dihapus karena tampak mendorong kerja dakwah para misionaris.

Perdebatan sepanjang 5 hari itu berisi ucapan-ucapan penuh perseteruan yang disampaikan oleh Saudi Arabia dan Pakistan dan sebuah permohonan dari delegasi Maroko yang baru tiba untuk merancang sebuah naskah yang

---

51 UNGA Third Committee, Sesi ke-5, 115 (1950).
52 Id., 109.
53 UNGA Third Committee, Sesi ke-9, 99—101 (1954).

akan memperhitungkan semua keyakinan (dan juga tiadanya keyakinan).[54] Banyak anggota PBB merasa bahwa jaminan hak untuk mengubah agama diperlukan untuk memberikan kandungan hukum atas hak kebebasan untuk berkeyakinan dan mereka enggan menghapus frasa yang bermasalah itu. Amendemen akhirnya diajukan oleh Brasil dan Filipina yang mengusulkan bahasa kompromi dan mereka disambut dengan lega. Dengan pemungutan suara 54 lawan 0, dengan 15 abstain, Komite Ketiga merampungkan teks Pasal 18 dan "kebebasan untuk mengubah atau mempertahankan" menjadi "kebebasan untuk menganut atau memilih (*adopt*)". Beberapa delegasi mengajukan penafsiran mereka atas kata "memilih" yang cukup luas untuk mencakup kemungkinan konversi agama.[55]

Walau mungkin orang mengharapkan yang sebaliknya, proses berkepanjangan untuk menguraikan dan menegosiasikan naskah ketentuan mengenai kebebasan beragama lebih merupakan ilustrasi kelaziman alih-alih demonstrasi suatu pengecualian. Sering kali, membangun dan merundingkan standar hak asasi manusia internasional melibatkan sikap keras kepala, sikap demagog, dan permainan kekuasaan sebagaimana juga melibatkan argumen berprinsip dan penalaran hukum. Bagi para pendukung hak, solusi Komite Ketiga untuk pertanyaan rumit tentang kebebasan berpindah agama bukanlah liberal ataupun ideal. Namun, hal itu merupakan solusi praktis dan pertimbangan parokial yang mendorongnya, pada akhirnya, tidak terlalu berbeda dari argumen yang diajukan oleh beberapa negara. Mereka berpendapat bahwa tradisi hukum dan budaya mereka sendiri membatasi penerapan beberapa prinsip hak asasi manusia yang diusulkan.[56]

Banyak delegasi memiliki perasaan yang sama dengan perwakilan Afghanistan, yang menekankan pentingnya merundingkan poin-poin

54 UNGA Third Committee, Sesi ke-15, 210 (1960).

55 Bossuyt, catatan kaki 18, 358.

56 Perundingan-perundingan mengenai teks-teks ini terjadi pada periode ketika hukum mengizinkan diskriminasi gender dan rasial dan negara-negara Barat sensitif terhadap penyusunan kata yang akan membuat praktik-praktik mereka berada di luar ikatan teks hukum yang diusulkan. Dalam satu contoh khusus, tinjauan Bossuyt terhadap kertas kerja KIHSP memberikan daftar sejumlah pengecualian yang dirasakan oleh negara tertentu perlu dibuat menurut prinsip bahwa hukuman mati tidak bisa diaplikasikan, kecuali sebagaimana dimandatkan oleh pengadilan yang menjatuhkan keputusan atas kejahatan yang hukumnya menentukan hukuman mati. Amerika Serikat awalnya mendaftarkan sepuluh pengecualian dan Afrika Selatan mendaftarkan dua. Id., 114.

kontroversial dalam membuat standar yang seuniversal mungkin.[57] Proses itu melibatkan beberapa kompromi serius, tetapi juga membuahkan beberapa hasil. Pada akhirnya, Saudi Arabia memberikan suaranya untuk mendukung kedua kovenan—demikian juga setiap anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa lainnya.

2. Kesetaraan Gender dalam Perkawinan

Isu kedua yang menimbulkan tanggapan dari delegasi Muslim—dan memantik perdebatan di antara mereka—adalah masalah kesetaraan gender dalam perkawinan. Sebagaimana yang dicatat Morsink dengan detail, perhatian terhadap kesetaraan gender di DUHAM dan instrumen hak asasi manusia lainnya memiliki sejarah panjang dan kompleks yang dapat ditelusuri kembali ke Piagam PBB itu sendiri. Pada 1946—1948, di dalam Komisi Hak Asasi Manusia dan Komite Ketiga, isu kesetaraan gender paling gencar diperjuangkan oleh delegasi yang berafiliasi dengan Komisi PBB untuk Status Perempuan dan oleh Uni Soviet. Para pendukung kesetaraan gender yang terang-terangan adalah Bodil Begtrup (Denmark), Hansa Mehta (India), dan Minerva Bernardino (Republik Dominika). Pendukung kesetaraan gender senantiasa menolak bahasa eksklusif seperti "semua laki-laki" (*all men*) dan "persaudaraan" (*brotherhood*) dan mereka menyerukan pengakuan eksplisit atas kesetaraan di sejumlah wilayah termasuk tempat kerja, partisipasi politik, dan pengadilan, dan juga di dalam pernikahan. Perlawanan terhadap bahasa liberal datang dari negara-negara yang memiliki tradisi Katolik yang kuat dan dari Amerika Serikat, tempat—sebagaimana ditunjukkan oleh Soviet—setidaknya di satu negara bagian selatan AS, seorang perempuan tidak memiliki kedudukan hukum sendiri (*legal personality*) yang terlepas dari suaminya.[58]

Beberapa pembaca mungkin akan terkejut saat mengetahui bahwa dunia Muslim tidak bersatu dalam masalah ini, dan pada berbagai kesempatan, perbedaan di antara mereka diperlihatkan di forum terbuka. Meski kebanyakan diplomat Muslim berusaha membatasi kesetaraan gender, beberapa suara kuat yang mendukung hak-hak perempuan juga

57 UNGA Third Committee, Sesi ke-5, 127 (1950).
58 Morsink, catatan kaki 13, 120—21.

muncul dari kalangan perwakilan dunia Muslim, termasuk delegasi dari Irak dan Pakistan.

Sebagaimana dalam isu kebebasan beragama, keberatan terhadap ketentuan kesetaraan gender kali pertama disuarakan oleh delegasi Muslim dalam sidang Komite Ketiga pada 1948, dalam konteks ulasan/pembahasan atas apa yang sekarang menjadi Pasal 16 DUHAM. Delegasi dari dunia Muslim tidak terus-menerus menolak rujukan umum mengenai kesetaraan gender yang dimasukkan ke beberapa pasal,[59] tetapi mereka fokus pada pasal khusus tentang pernikahan. Rancangan pasal yang diterima dari Komisi tersebut menyatakan keluarga sebagai unit fundamental masyarakat yang berhak mendapat perlindungan masyarakat. Pasal ini menetapkan hak untuk menikah (pada usia yang cukup), perlunya persetujuan untuk pernikahan, dan persamaan hak dalam pernikahan.

Baik Saudi Arabia maupun Mesir mengusulkan amendemen terhadap rancangan naskah yang diteruskan oleh Komisi Hak Asasi Manusia.[60] Usulan Mesir tersebut akan mengganti semua ketentuan spesifik dengan pernyataan umum tentang hak sederhana untuk membangun sebuah keluarga. (Ini ditolak oleh Komite Ketiga karena terlalu kabur.) Amendemen Saudi Arabia lebih kompleks dan hal itu memancing perdebatan panjang dan beberapa reaksi keras dari kalangan delegasi Muslim. Sebagai informasi latar belakang sebelum mencermati usulan Saudi, perlu dicatat bahwa empat negara lain (selain Mesir dan Saudi Arabia) juga mengajukan amendemen tertulis mengenai berbagai aspek naskah tersebut. Uni Soviet, misalnya, mengusulkan bahwa hak harus diperpanjang setelah perceraian; Meksiko mengusulkan untuk memasukkan ungkapan yang melarang pengenaan pembatasan atas dasar ras, kebangsaan, atau agama. (AS keberatan dengan keduanya.)

Amendemen Saudi Arabia mengungkapkan dua keberatan dengan memusatkan perhatian pada ungkapan yang memberi hak menikah kepada laki-laki dan perempuan "dengan usia yang cukup" dan mengusulkan sebuah ketentuan tambahan bahwa hak pernikahan tunduk pada undang-undang nasional. Berkenaan dengan kelayakan untuk menikah, Baroody

59 Id., 129, memberikan daftar panjang pasal-pasal yang bahasanya diubah untuk merefleksikan keseimbangan gender dan penerapan DUHAM untuk laki-laki dan perempuan.

60 UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 363—79 (1948).

berpendapat bahwa ungkapan "usia yang cukup (*full age*)" tidak memasukkan pengertian perkembangan fisiologis dan harus diganti dengan ungkapan "usia perkawinan yang sah". Untuk menghormati keberatan yang diajukan oleh delegasi lainnya, dia mendukung frasa pengganti, "usia dewasa", yang diajukan oleh Suriah.

Unsur kedua dari amendemen Saudi mengusulkan bahwa laki-laki dan perempuan "memiliki hak penuh sebagaimana ditetapkan dalam undang-undang pernikahan di negara mereka". Baroody menunjukkan bahwa seorang perempuan Muslim dapat memiliki, mewarisi, dan menjual harta milik, dan bahwa dalam peristiwa perceraian dia berhak mendapatkan ganti rugi yang telah ditentukan sebelumnya. Para pelapor mencatat bahwa:

> Dia berharap, terkait dengan itu, untuk menekankan fakta bahwa tampaknya para penyusun rancangan deklarasi tersebut, sebagian besar, hanya mempertimbangkan standar yang diakui oleh peradaban Barat dan telah mengabaikan peradaban kuno yang telah melewati tahap percobaan, dan yang institusi-institusinya, misalnya perkawinan, telah membuktikan kearifannya selama berabad-abad. Bukanlah kewenangan Komite untuk memproklamasikan superioritas satu peradaban atas semua peradaban yang lain atau untuk menetapkan standar yang seragam untuk semua negara di dunia.[61]

Usulan-usulan Saudi Arabia memperoleh persetujuan Suriah dan Lebanon, tetapi usulan itu memprovokasi kemarahan beberapa delegasi lainnya, termasuk Pakistan. Pakistan diwakili dalam Komite Ketiga oleh Shaista Ikramullah, seorang perempuan muda yang lahir dalam tradisi Suni dan dibesarkan di Purdah.[62] Shaista Ikramullah setuju dengan Saudi Arabia bahwa "persamaan hak" dalam pernikahan seharusnya tidak ditafsirkan sebagai "hak yang identik" dan dalam beberapa kasus, hak yang sama bisa menjadi beban bagi perempuan dan bukannya sebuah aset. Dia setuju bahwa undang-undang pernikahan Muslim memberikan perlindungan yang memadai kepada perempuan di negara-negara yang memberlakukannya dan dia menolak amendemen Meksiko karena mengesampingkan agama

61 Id., 370.
62 Ikramullah, catatan kaki, 17.

sebagai syarat untuk menikah. Namun, masalah ini, menurutnya, bukanlah perhatian utama pasal tersebut. Sebaliknya,

> [D]ia berpikir [pasal itu] dirancang untuk mencegah pernikahan anak dan pernikahan kontrak yang dilaksanakan tanpa persetujuan kedua belah pihak dan juga untuk menjamin perlindungan bagi perempuan setelah perceraian dan pengamanan harta mereka ….
>
> Akan tetapi, sayangnya, dia tidak dapat mendukung amendemen [Saudi Arabia] karena dia khawatir hal itu akan memungkinkan negara-negara dengan undang-undang yang mendiskriminasikan perempuan untuk terus menerapkannya.[63]

Kedua elemen amendemen Saudi tersebut gagal mendapatkan dukungan dengan suara mayoritas, yang tentunya menyertakan beberapa delegasi dari negara-negara Muslim.

Ketika naskah DUHAM Pasal 16 diteruskan ke Majelis Umum PBB pada Desember 1948, naskah tersebut memuat ketentuan tentang usia yang cukup dari pasangan nikah, persetujuan yang bebas dan penuh dari para calon mempelai, dan hak-hak yang sama berkenaan dengan pernikahan, dan larangan pembatasan atas dasar ras, kewarganegaraan, atau agama. Naskah tersebut disetujui dengan suara bulat selama pemungutan suara pasal per pasal dalam pleno, tetapi delegasi Mesir mencatat ketidaknyamanannya dengan ketentuan yang melarang diskriminasi berdasarkan agama. Dia memperingatkan rekan-rekan diplomatnya untuk membedakan antara pembatasan "yang mengejutkan hati nurani universal" seperti yang didasarkan pada ras dan kewarganegaraan dan batasan untuk menikahi orang-orang dengan keyakinan lain yang bersifat keagamaan.[64]

Saat pemungutan suara terakhir di DUHAM, isu kesetaraan gender untuk sementara dihentikan, tetapi segera muncul kembali ketika Komite Ketiga mulai meninjau rancangan Komisi tersebut. Perpecahan di kalangan delegasi Arab-Muslim tetap dalam. Rancangan awal kovenan yang disiapkan oleh Komisi Hak Asasi Manusia dan dikirim ke Komite Ketiga

63 UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 374 (1948).
64 UNGA Plenary, 912 (1948).

untuk dikomentari pada 1950 tidak memuat pasal tentang pernikahan yang setara seperti Pasal 16 DUHAM sehingga komentar tentang kesetaraan gender dilampirkan pada ketentuan lainnya. Delegasi dari Yaman, misalnya, mencatat bahwa pasal tentang persamaan di depan hukum dan perlindungan hukum yang sama "tidak mempertimbangkan perbedaan antara hukum di berbagai negara, khususnya yang berkaitan dengan pernikahan, perceraian, dan warisan".[65]

Delegasi Irak membalas:

> Persoalan agama telah diangkat. Jika semua bangsa hidup sesuai dengan semangat dan pesan agama mereka, tidak akan ada kebutuhan untuk sebuah kovenan tentang hak asasi manusia. Walaupun begitu, tidak ada kovenan yang dapat menuntut begitu banyak hak asasi manusia seperti yang dilakukan oleh Islam. Komisi Hak Asasi Manusia harus memusatkan perhatiannya pada kesamaan alih-alih perbedaan di antara pandangan yang bertentangan mengenai hak asasi manusia dan dengan demikian merancang sebuah kovenan untuk melindungi kepentingan bersama umat manusia.[66]

Sebenarnya, tampaknya, delegasi Irak sangat prihatin dengan bungkamnya rancangan kovenan tentang kesetaraan gender. Ketika tiba saatnya bagi Komite Ketiga untuk menyiapkan tanggapan formal terhadap Komisi Hak Asasi Manusia (yang akan dikirim melalui Dewan EKOSOS), delegasi Irak bersikeras untuk memasukkan pasal generik baru yang mengakui kesetaraan gender.[67] Usulan tersebut ditentang sebagian besar negara Arab-Muslim dan oleh beberapa negara Barat.

Wakil dari Barat berpendapat bahwa pernyataan umum tentang asas kesetaraan gender tidak perlu karena pembukaan dari kedua kovenan tersebut menggemakan Piagam PBB dalam mewartakan hak yang sama dan tidak dapat dicabut dari semua anggota keluarga manusia. Namun, Bedia Afnan menegaskan bahwa delegasinya "percaya bahwa kesamaan

---

65 UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 122 (1950).
66 Id., 131.
67 Id., 257.

perempuan sehubungan dengan [hak ekonomi, sosial, dan budaya] harus dinyatakan secara tegas. Itulah tujuan amendemennya".[68]

Mayoritas negara setuju dan desakan Bedia Afnan menghasilkan perumusan yang sekarang menjadi Pasal 3 KIHSP dan KIHESB, yang menginstruksikan negara-negara untuk menjamin kesetaraan hak laki-laki dan perempuan terhadap hak-hak yang ditetapkan dalam kedua kovenan.[69] Pada akhirnya, para delegasi merasa penting untuk menghormati keinginan Majelis Umum PBB yang telah menyerukan "pengakuan eksplisit atas kesetaraan laki-laki dan perempuan" dalam pemenuhan hak asasi manusia.[70] Pandangan yang terekam dari Majelis Umum PBB, kemudian, dapat ditelusuri hingga ke amendemen yang diajukan oleh delegasi Irak Badia Afnan pada 1950.

Ketika keputusan dibuat pada 1951 untuk membagi kovenan menjadi dua, sebuah pasal tentang perlindungan pernikahan, keluarga, dan keibuan dibayangkan untuk dimasukkan ke KIHESB.[71] Komisi PBB untuk Status Perempuan melobi untuk menambahkan pasal tambahan ke KIHSP tentang hak sipil untuk menikah.

Komisi Hak Asasi Manusia mengabulkan permintaan ini pada 1953 dan memulai pekerjaannya dari sebuah naskah yang diberikan oleh Komisi Perempuan, yang terutama didasarkan pada Pasal 16 DUHAM. Dalam

68 Id., 258.

69 Perdebatan berlanjut mengenai pasal ini sampai 1962, meskipun tidak berputar-putar di kalangan delegasi negara Muslim. Pada tahun-tahun awal perdebatan, misalnya, Inggris berpendapat bahwa melarang diskriminasi dan khususnya mengakui kesetaraan gender adalah satu hal, tetapi mewajibkan negara-negara untuk mengambil komitmen yang tidak jelas adalah hal lain. Australia menantang asumsi bahwa pola budaya yang mengakar kuat dapat diubah oleh ketentuan perjanjian. Beberapa tahun kemudian, sebuah argumen diajukan bahwa: penerapan kesetaraan gender absolut berkenaan dengan hak ekonomi dapat membahayakan produktivitas nasional dan mendorong terlalu banyak perempuan untuk bekerja di luar rumah mereka. Biasanya kurang menguntungkan bagi pemberi kerja untuk mempekerjakan perempuan sementara kapasitas mereka sebagai istri dan ibu dibutuhkan di rumah, terutama oleh anak-anak.

70 Lihat Bossuyt, catatan kaki 18, 77.

71 Pasal 10 KIHESB, catatan kaki 5, tidak kontroversial dan oleh karena itu tidak didiskusikan di sini. Perhatian kecil mungkin dapat diberikan kepada tumpang tindih antara Pasal 23 KIHSP, catatan kaki 5 dan Pasal 10 KIHSEB, catatan kaki 5, yang memuat ketentuan bahwa "Tidak ada satu pun perkawinan yang dapat dilakukan tanpa persetujuan yang bebas dan penuh dari pihak-pihak yang hendak menikah". Ketentuan ini diterima secara tipis dengan rasio suara 24:23, tetapi sulit untuk menafsirkan jumlah suara itu. Banyak negara, termasuk Swedia dan Inggris, menolaknya dengan alasan bahwa pasal itu tidak terkait dengan pasal-pasal lainnya (dan lebih tepat dimasukkan ke KIHSP).

diskusi berikutnya, beberapa anggota Komisi Hak Asasi Manusia kembali ke argumen yang diajukan oleh delegasi Muslim dalam sidang-sidang Komite Ketiga pada 1948 dan istilah "usia yang cukup" yang telah mengakibatkan begitu banyak perdebatan pada 1948 diubah tanpa perdebatan menjadi "usia perkawinan (*marriageable age*)".

Dalam menyetujui perubahan tersebut, para anggota Komisi mengakui kenyataan praktis bahwa usia perkawinan bervariasi antara satu negara dan negara lain dan dapat ditetapkan berdasarkan mayoritas hukum ataupun kematangan fisik[72] (sebagaimana yang dikemukakan oleh Saudi Arabia dan Suriah). Komisi juga menghapus ketentuan yang dimaksudkan untuk mencegah diskriminasi dari naskah itu. Negara-negara blok Komunis yang terwakili di Komisi menyarankan agar klausa nondiskriminasi harus diperluas alih-alih dikurangi, yang dalam konteks politik waktu itu mungkin sudah pasti akan kalah. Ungkapan "tanpa batasan karena ras, agama, atau kewarganegaraan"—yang dianggap tidak pantas oleh Mesir—pun dihapus dari naskah.[73]

Komisi Hak Asasi Manusia menyelesaikan pekerjaannya mengenai pasal perkawinan dan keluarga di KIHSP dan KIHESB pada 1953, tetapi tidak diperdebatkan oleh Komite Ketiga sampai 1961. Pada saat itu, komposisi kebanyakan delegasi telah berubah dan keanggotaan PBB telah diperluas. Suara dari Ghana, Kamboja, Kongo-Brazzaville, dan Malaya, antara lain, masuk ke perdebatan. Delegasi Pakistan pada saat itu adalah Begum Aziz Ahmed dan dia menganggap kata-kata "usia perkawinan" bisa diterima. Walaupun begitu, Bedia Afnan dari Irak menganggap hal itu tidak pantas. Dia menantang frasa tersebut, tetapi mayoritas mendukungnya, dan "usia perkawinan" tetap ada dalam naskah KIHSP.

Perdebatan yang lebih intens dan terpolarisasi berkembang di seputar gagasan tentang hak yang setara dalam pernikahan yang tercantum dalam paragraf terakhir rancangan pasal KIHSP itu.[74] Mengingat pernyataan

[72] Lihat Bossuyt, catatan kaki 18, 441—43. Juga lihat komentar oleh utusan Inggris beberapa tahun kemudian yang sampai mengakibatkan Komisi bekerja keras untuk menemukan bahasa kompromi mengenai teks itu dalam UNGA Third Committee, Sesi ke-16, 161 (1961).

[73] Lihat UNGA Third Committee, Sesi ke-5. (1950).

[74] Naskah yang diusulkan oleh Komisi pada 1953 berbunyi: (1) Keluarga adalah unit kelompok yang alamiah dan fundamental dari masyarakat dan berhak mendapat perlindungan oleh

generik tentang kesetaraan gender yang disepakati (dalam Pasal 3), beberapa delegasi merasa bahwa bahasa Komisi HAM tentang kesetaraan dalam pernikahan tidaklah cukup kuat. Delegasi dari Libia berpendapat bahwa naskah itu

> [H]arus dirumuskan sedemikian rupa untuk menjamin persamaan hak dan tanggung jawab pasangan, tanpa mengurangi hubungan keluarga yang ada dan sesuai dengan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa .... Dia lebih jauh menggarisbawahi bahwa, di balik emansipasi perempuan di seluruh dunia, kesetaraan hak dan tanggung jawab itulah yang memberi insentif dan bukan hak istimewa dan hak prerogatif.[75]

Sebagian besar delegasi dari dunia Muslim pada akhirnya bersedia untuk menyetujui naskah samar yang diteruskan oleh Komisi, yang mengandung makna bahwa undang-undang nasional harus "diarahkan menuju persamaan hak".

Walaupun begitu, satu kelompok yang terdiri atas empat belas negara[76] mendorong kata-kata yang memastikan kesetaraan penuh hak-hak dalam pernikahan. Setelah sekian banyak perdebatan, Filipina membujuk sebagian besar negara untuk menerima kata-kata yang menginstruksikan negara untuk "mengambil langkah-langkah yang memadai untuk memastikan persamaan hak".[77] Pasal tersebut, sebagaimana telah diamendemen, diadopsi dengan 79 suara lawan 1 suara penolakan dan 3 abstain.[78] Naskah

masyarakat dan negara; (2) Hak laki-laki dan perempuan dengan usia perkawinan untuk menikah dan membangun keluarga harus diakui; (3) Tidak boleh dilakukan perkawinan tanpa persetujuan yang bebas dan penuh dari para pihak yang hendak menikah; (4) Perundang-undangan Negara-Negara Pihak Kovenan ini harus diarahkan pada persamaan hak dan tanggung jawab pasangan dalam hal perkawinan, selama perkawinan, dan saat perceraian. Dalam hal perceraian, hukum harus mengatur cara-cara khusus untuk melindungi anak-anak hasil perkawinan tersebut. Bossuyt, catatan kaki 18, 441—45.

75 UNGA Third Committee, Sesi ke-16, 162 (1961).

76 Keempat belas negara yang mendukung adalah Burma, Kuba, Denmark, Republik Dominika, Ethiopia, Guinea, Mali, Meksiko, Norwegia, Panama, Peru, Polandia, Swedia, dan Yugoslavia. UN GAOR Annexes, Sesi ke-16, 10 (1961).

77 UNGA Third Committee, Sesi ke-16, 157 (1961); UN GAOR Annexes, catatan kaki 75, 10.

78 Teks akhir pasal yang disetujui berbunyi: (1) Keluarga adalah kesatuan kelompok yang alamiah serta mendasar dan berhak dilindungi oleh masyarakat dan negara; (2) Hak laki-laki dan perempuan dalam usia perkawinan untuk menikah dan membentuk keluarga harus diakui;

akhir pasal tersebut mencerminkan proses perundingan politik yang terutama berkisar di seputar kepentingan beberapa anggota komunitas Muslim, di satu sisi, dan serangkaian kekuatan kecil hingga menengah di sisi lain. Negara-negara besar seperti Amerika Serikat, bekas Uni Soviet, Prancis, dan Inggris terwakili di Komisi Hak Asasi Manusia dan mereka telah mengutarakan pendapat mereka di forum tersebut. Mereka hampir seluruhnya absen dari perdebatan yang merampungkan naskah tersebut di Komite Ketiga.

3. Keadilan Sosial dan Ketidakterpisahan Hak-Hak

Komisi Hak Asasi Manusia PBB memulai pekerjaannya di bawah bayang-bayang Perang Dingin. Pada saat Komite Ketiga Majelis Umum PBB membuka perdebatan tentang rancangan deklarasi hak asasi manusia pada September 1948, ketegangan antara Amerika Serikat dan bekas Uni Soviet sudah meluas. Ketegangan ini dirasakan di sebagian besar dari delapan puluh sesi Komite tersebut yang ditujukan untuk mempertimbangkan rancangan DUHAM. Perdebatan mengenai beberapa isu—seperti hak untuk keluar dari sebuah negara—berubah menjadi sebuah kontes yang mengadu negara-negara blok Soviet melawan negara-negara demokrasi Barat. Namun, perdebatan lainnya menarik lebih banyak peserta aktif dengan kepentingan mereka sendiri.

Isu hak sosio-ekonomi adalah salah satunya. Delegasi Muslim memasuki perdebatan dengan dipimpin Suriah. Dalam konteks diskusi yang sulit mengenai jaminan sosial (yang berfokus pada pilihan terminologi dan implikasinya), delegasi Suriah Abdul Kayaly mengusulkan agar Pasal 22 DUHAM harus mengungkapkan perhatian terhadap jaminan sosial dalam pengertian keadilan sosial yang lebih luas. Baroody, dari Saudi Arabia, menambahkan bahwa usulan Suriah sesuai dengan hukum Islam. Dia menerangkan kepada rekan-rekannya di Komite Ketiga bahwa populasi Muslim menikmati jaminan sosial melalui institusi seperti zakat

(3) Tidak ada satu pun perkawinan yang dapat dilakukan tanpa persetujuan yang bebas dan penuh dari para pihak yang hendak menikah; (4) Negara Pihak dalam Kovenan ini harus mengambil langkah-langkah yang memadai untuk menjamin persamaan hak dan tanggung jawab pasangan suami-istri tentang perkawinan, dalam halnya berakhirnya perkawinan harus dibuat ketentuan yang diperlukan untuk melindungi anak-anak. Lihat ICESCR, catatan kaki 5.

dan wakaf, yang berbeda dari program bantuan sosial yang umum di Barat, tetapi tidak kalah efektifnya. Pranata-pranata Islam semacam itu, tegasnya, "tidak hanya sebanding dengan sistem jaminan sosial, tetapi mekanismenya juga lebih sederhana, administrasinya tidak mahal, dan efektivitasnya telah teruji selama 14 abad".[79]

Usulan Suriah sangat penting dalam perdebatan mengenai masalah ini dan mendapat banyak dukungan dari berbagai penjuru, tetapi akhirnya tidak berhasil dimasukkan ke naskah akhir DUHAM. [80] Meskipun usulan khusus Muslim tidak diterima, delegasi Muslim pada umumnya menawarkan dukungan kuat terhadap pasal-pasal yang menguraikan hak-hak sosial ekonomi. Suriah, Mesir, Saudi Arabia, Pakistan, dan Afghanistan termasuk di antara negara yang mendukung agar gabungan hak atas jaminan sosial, pendidikan, pilihan pekerjaan bebas, dan standar kehidupan yang memadai dimasukkan ke Deklarasi.

Debat tentang letak hak sosio-ekonomi juga terbawa dalam pembahasan tentang kedua kovenan dan bahkan mendominasi perdebatan politik selama 2 tahun. AS, khususnya, menganggap ini sebagai persoalan yang sangat penting dan menjadi penentu apakah AS akan mendukung instrumen yang mengikat secara hukum.[81] Jadi, taruhannya tinggi. Pada 1950, Komisi Hak Asasi Manusia PBB mempertimbangkan persoalan apakah sebuah kovenan tunggal, sebagai perjanjian yang mengikat secara hukum, harus mencakup hak-hak sosial ekonomi. Dalam Komisi yang beranggotakan delapan belas orang, mayoritas merasakan hal ini sebagai keharusan. Saran dimintakan dari Komite Ketiga Majelis Umum PBB yang sependapat dengan pandangan mayoritas Komisi.

Dalam perdebatan di Komite Ketiga, Mesir menyatakan pandangan bahwa hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya telah menjadi "bagian penting

---

79 UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 515 (1948).

80 Morsink mendiskusikan respons politik terhadap usulan Suriah dalam Morsink, catatan kaki 13, 204—07. Usulan itu dikalahkan bukan karena para utusan keberatan, melainkan karena mereka memiliki kekhawatiran tentang bobot relatif dari dua pasal yang berbeda dan delegasi Amerika Latin mencari jaminan yang lebih khusus, yang mereka rasakan tecermin dalam istilah keamanan sosial (*social security*).

81 *Foreign Relations of the United States*, 1950, Vol. II, 511 (1976); *Foreign Relations of The United States*, 1951, Vol. II, 735—36 (1977). Lihat juga UNGA Third Committee, Sesi ke-5, 172—73 (1950).

dari struktur masyarakat beradab".[82] Irak berargumen bahwa perbedaan antara hak sosio-ekonomi dan hak asasi manusia lainnya hanyalah bersifat akademis dan "hak apa pun yang diperoleh oleh seorang manusia harus diperoleh oleh semua manusia".[83] Suriah menegaskan bahwa pasal tentang hak-hak dasar ekonomi, sosial, dan budaya "harus merupakan bagian integral dari rancangan kovenan".[84] Dalam sesi paripurna pada 1950, Majelis Umum PBB menegaskan pandangan ini dengan memutuskan untuk memasukkan hak sosio-ekonomi dalam satu perjanjian tersendiri melalui pemungutan suara, dengan 35 dukungan melawan 9 penolakan dan 7 abstain.

Walaupun begitu, pertarungan belum berakhir. AS memutuskan untuk tidak menyetujui hak sosio-ekonomi dimasukkan ke instrumen yang mengikat secara hukum. Selain itu, Eleanor Roosevelt meninggalkan usaha-usaha sebelumnya untuk membela hak-hak ekonomi yang dipromosikan Presiden Roosevelt sebagai kebebasan fundamental.[85] Melalui serangkaian manuver politik pada 1951, Dewan EKOSOS meminta Majelis Umum PBB untuk mempertimbangkan kembali posisinya mengenai hak-hak sosial ekonomi dan perdebatan akhirnya dibuka kembali di Komite Ketiga. Chile, Pakistan, Mesir, dan Yugoslavia menawarkan sebuah resolusi yang dimaksudkan untuk menegaskan kembali keputusan Majelis Umum PBB 1950, tetapi mosi mereka ditumbangkan oleh amendemen yang diajukan bersama oleh Belgia, India, Lebanon, dan Amerika Serikat.

Dengan 29 suara melawan 21 dan 6 abstain, Komite Ketiga setuju untuk bukan saja mempertimbangkan kembali keputusan sebelumnya, melainkan juga untuk membagi kovenan tersebut menjadi dua instrumen terpisah, yang satu berkaitan dengan hak-hak sipil dan politik dan yang lainnya berkenaan dengan hak sosial, ekonomi, dan budaya. Dalam sidang pleno Majelis Umum PBB berikutnya, delegasi dari Suriah, Saudi Arabia, dan Mesir mengungkapkan keprihatinan serius tentang pembelahan kovenan tersebut. Delegasi Saudi Arabia berbicara panjang lebar tentang saling terhubungnya hak-hak asasi manusia:

82 UNGA Third Committee, Sesi ke-5, 181 (1950).
83 Id., 182.
84 Id., 189.
85 UNGA Third Committee, Sesi ke-6, 78 (1951—1952). Lihat juga Glendon, catatan kaki 13, 186—87; *Foreign Relations of the United States*, 1951, catatan kaki 80, 740—42.

Kami tetap berpendapat bahwa hak asasi manusia dan kebebasan, baik sipil maupun politik di satu sisi atau ekonomi, sosial, dan budaya di sisi lain, saling terkait dan saling bergantung sehingga pemisahan semuanya menjadi dua dokumen itu akan menjadi artifisial dan sewenang-wenang. Tentunya, kovenan hak asasi manusia apa pun yang tidak secara eksplisit melindungi hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya, paling-paling tidak lebih dari (sekadar) penegasan hak-hak sipil dan politik yang dapat ditemukan di hampir semua undang-undang dasar dan perundang-undangan nasional negara anggota.[86]

Delegasi Mesir, yang menawarkan komentar terakhir dalam debat tersebut, menunjuk lebih jauh pada pertimbangan dan risiko politis: [D]elegasi Mesir sangat ingin mencegah Majelis Umum agar tidak meninggalkan posisi yang diambilnya pada sesi kelima yang mendukung perumusan hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya dengan hak sipil dan politik dalam satu kovenan, dan dengan begitu, untuk menyelamatkan dari kemungkinan gagalnya suatu hasil ikhtiar yang akan mencoreng kehormatan Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Dari [beberapa diskusi di beberapa badan PBB], delegasi saya mendapat kesan bahwa beberapa negara—terutama Kekuatan-Kekuatan Besar—dihantui oleh rasa takut melihat kovenan tentang hak asasi manusia selesai dan dibuka untuk ditandatangani dan diratifikasi. Dalam beberapa segi, ketakutan ini disebabkan oleh kecurigaan, yang saya gambarkan sebagai patologis, terhadap segala campur tangan terhadap apa yang mereka anggap sebagai bidang urusan dalam negeri yang tertutup sepenuhnya; dalam segi lainnya, ketakutan ini disebabkan oleh langkah-langkah pengawasan internasional untuk memastikan penerapan kovenan demi keuntungan sebagian warganya yang tersegregasi dari masyarakat karena halangan-halangan diskriminatif; dalam segi lainnya lagi,

[86] UNGA Pleno, 517 (1951—1952).

> ketakutan ini disebabkan oleh konsekuensi yang tak terelakkan dari perluasan penerapan kovenan ini ke wilayah-wilayah yang ada di bawah pengaruh negara-negara.[87]

Dengan mengecewakan banyak negara kecil, Majelis Umum PBB mengesahkan keputusan Komite Ketiga untuk membagi kovenan dan menutup perdebatan yang memecah belah tersebut.

Sebagai konsekuensi dari keputusan tersebut, selama 15 tahun selanjutnya, Komisi HAM dan Komite Ketiga Majelis Umum PBB tidak hanya menyiapkan satu, tetapi dua kovenan hak asasi manusia untuk melengkapi DUHAM. Selama berlangsungnya pekerjaan tersebut, delegasi dari dunia Muslim berpartisipasi dalam perdebatan dan mendukung pasal-pasal di KIHESB yang melindungi ibu, anak-anak, dan keluarga (Pasal 10); serta menetapkan hak hukum atas pekerjaan yang memberikan nafkah (6); kondisi kerja yang adil dan menguntungkan (7); serikat pekerja (8); jaminan sosial (9); makanan, pakaian, dan perumahan (11); kesehatan (12); pendidikan (13 dan 14); serta partisipasi dalam kehidupan budaya, dan menikmati manfaat kemajuan ilmiah (15).[88]

Meskipun selama bertahun-tahun berikutnya hak-hak sosio-ekonomi ini dikesampingkan di sebagian besar forum PBB dan internasional, berakhirnya Perang Dingin membuka kembali perdebatan tentang peran dan letak dari keprihatinan tentang hal tersebut dalam wacana politik global dan kerangka kerja internasional dari hak asasi manusia. Seiring dengan hak atas pembangunan, Konferensi Dunia tentang Hak Asasi Manusia yang disponsori PBB pada 1993 menyatakan bahwa semua hak yang termasuk di DUHAM harus dianggap tidak dapat terpisahkan.[89] Selama dekade terakhir, kelompok hak asasi manusia di Utara dan Selatan terus meningkatkan usaha mereka untuk mempromosikan dan membela hak-hak ini.

4. Hak untuk Menentukan Nasib Sendiri dan "Klausa Kolonial"

87 Id., 518.

88 UNGA Third Committee, Sesi ke-10 (1955); UNGA Third Committee, Sesi ke-11 (1956—1957); UNGA Third Committee, Sesi ke-12 (1957).

89 Vienna Declaration and Program of Action, UN GAOR, World Conf. on Hum. Rts., 48th Sess., 22nd Plen. Mtg., Pt. I, UN Doc. A/CONF.157/23 (1993), dicetak ulang dalam 32 I.L.M. 1667 (1993), tersedia di www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF>157.24+(PART+I).En?OpenDocument.

Analisis mengenai dinamika politik dalam pengembangan DUHAM umumnya menyoroti perselisihan seputar hak sosio-ekonomi dan kekhawatiran Muslim atas perpindahan agama dan kesetaraan gender dalam perkawinan. Namun, selama 20 tahun sejarah Perangkat Utama Hukum HAM Internasional, satu isu yang paling banyak melibatkan delegasi dari dunia Muslim adalah hak untuk menentukan nasib sendiri dan keprihatinan terkait masyarakat di wilayah yang tidak memiliki kedaulatan sendiri harus menikmati hak asasi manusia yang sama dengan warga negara dari negara berdaulat. Hak untuk menentukan nasib sendiri dimasukkan sebagai Pasal 1 KIHSP dan KIHESB[90] terutama karena desakan, dan kegigihan, koalisi negara-negara dari Timur Tengah dan Asia Selatan. Tidak ada pasal dalam kedua kovenan tersebut yang diperdebatkan dengan lebih sengit daripada pasal ini.

Persoalan ini kali pertama muncul dalam kerja Komisi mengenai DUHAM, dan meskipun tidak terlalu tampak sampai saat pengerjaan kedua kovenan dilakukan, kisah tentang persoalan khusus ini sebenarnya dimulai pada 1948. Negara-negara blok Soviet, tidak melewatkan kesempatan untuk mengganggu imperialis Barat, pada umumnya waspada terhadap bahasa yang tampaknya mengecualikan orang-orang yang hidup di bawah pemerintahan kolonial. Seperti yang dikisahkan Morsink pada Mei 1948, beberapa saat sebelum rancangan DUHAM dikirimkan ke Komite Ketiga untuk diperiksa dan disetujui, sebuah kelompok kecil yang sedang mengerjakan mukadimah mengusulkan susunan kata yang menghilangkan semua penyebutan orang-orang di wilayah yang tidak memiliki pemerintahan sendiri. Perwakilan Soviet mengajukan keberatan.

Poin itu dikemukakan perwakilan Mesir Omar Loutfi yang menyatakan bahwa "sangat penting bagi Deklarasi untuk menyatakan bahwa (dokumen) ini ditujukan untuk bangsa-bangsa dan masyarakat yang tidak merdeka atau berada di bawah Perwalian". Dia kemudian mengajukan bahasa yang mengutarakan pernyataan paling jelas dalam DUHAM tentang universalitas: hak-hak yang tercantum dalam Deklarasi ini berlaku "baik di antara masyarakat Negara-Negara Anggota itu sendiri maupun di antara masyarakat wilayah-wilayah di bawah yurisdiksi mereka".[91] Munculnya

90 ICCPR, catatan kaki 5; ICESCR, catatan kaki 5.
91 Morsink, catatan kaki 13, 98.

penolakan dari perwakilan Prancis dan Inggris terhadap ungkapan tersebut, yang mereka anggap tidak perlu, tidak diragukan lagi menggarisbawahi pentingnya isu ini bagi Loutfi dan yang lainnya.

Kata-kata Loutfi dimasukkan ke rancangan mukadimah DUHAM, tetapi masalahnya tidak selesai di situ. Pada musim gugur 1948, Komite Ketiga menuangkan rancangan DUHAM selama 2 bulan, dan saat tugasnya hampir selesai, Charles Malik selaku ketua mengizinkan delegasi Komite Ketiga untuk menyampaikan pasal tambahan untuk dipertimbangkan. Pada akhir November 1948, delegasi Yugoslavia mengusulkan, antara lain, sebuah pasal baru yang menjelaskan dalam pernyataan terpisah bahwa hak-hak yang tercantum dalam DUHAM berlaku sama untuk warga negara yang berdaulat dan masyarakat di wilayah yang tidak memiliki pemerintahan sendiri. Komite Ketiga memilih untuk menerima pasal semacam itu dan menugaskan sebuah komite perancang yang terdiri atas sebelas orang untuk memasukkannya ke naskah.[92]

Walaupun begitu, komite penyusunan menyerahkan kepada Komite Ketiga naskah yang diubah secara signifikan, yang mewakili posisi yang menguntungkan kekuatan kolonial. Alih-alih membuat sebuah pasal terpisah yang secara khusus menyebutkan hak-hak masyarakat di wilayah yang tidak berdaulat, panitia penyusunan malah memasukkan perhatian umum tentang hak-hak masyarakat terjajah ke pasal pelarangan diskriminasi yang telah ada sebelumnya. Manuver ini jelas mengaburkan masalah dan, merasa telah diperlakukan salah, banyak delegasi memprotes dengan keras.

Delegasi dari Prancis, Kuba, dan Belgia membela perubahan yang telah dibuat oleh panitia penyusunan. Namun, Charles Malik memutuskan bahwa komite penyusunan telah melampaui batas wewenangnya: pasal yang diajukan oleh Yugoslavia dan diterima oleh Komite Ketiga akan dipulihkan. Upaya untuk mengesampingkan keputusan Malik tidak berhasil, tetapi hal itu tidak membuat Inggris berhenti untuk mengemukakan masalah ini sekali lagi ketika akhirnya rancangan DUHAM diajukan ke Pleno Majelis Umum PBB pada Desember.

---

92 Komite ditugaskan untuk melakukan perubahan ini dan perubahan-perubahan lain "semata-mata dari sudut pandang pengaturan, konsistensi, keseragaman dan gaya". UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 779—80 (1948). Lihat juga Morsink, catatan kaki 13, 99—101.

Delegasi Inggris mengusulkan untuk membingkai kembali pasal Yugoslavia sebagai klausa kedua dalam Pasal 2, yang secara efektif mengurangi perhatian untuk wilayah-wilayah jajahan. Kali ini upaya kekuatan kolonial berhasil: Majelis Umum PBB memilih mendukung usulan Inggris dengan 29 suara melawan 17, dengan 10 abstain. Akibatnya, "frasa universalitas" usulan Mesir gagal untuk berdiri sebagai pasal terpisah, meskipun tetap ada dalam naskah operatif DUHAM sebagai klausul kedua dari Pasal 2.

Seperti dalam isu hak sosio-ekonomi, persoalan pelik tentang siapa yang bisa diharapkan mendapat manfaat dari hak asasi manusia tidak hilang. Begitu pekerjaan dimulai dengan sungguh-sungguh dalam menyusun perjanjian yang mengikat secara hukum, masalah itu muncul kembali. Beberapa kekuatan, termasuk Inggris, mengupayakan klausul yang akan mengurangi tanggung jawab penguasa kolonial dalam menerapkan perjanjian sepenuhnya di wilayah luar negeri yang mereka kendalikan.

"Klausa kolonial" itu ditentang oleh sebagian besar kekuatan yang lebih kecil yang ada dalam Komisi Hak Asasi Manusia, termasuk Chile, Tiongkok, Meksiko, India, dan Peru. Namun, hal itu paling sengit diprotes di Komite Ketiga ketika Afghanistan, Saudi Arabia, Suriah, dan Mesir memimpin dan memengaruhi perdebatan tersebut. Beberapa kali para delegasi menerima pesan dari delegasi Suriah Abdul Kayaly yang menyatakan bahwa klausul kolonial akan "bertentangan dengan Piagam PBB yang didasarkan pada prinsip persamaan hak asasi manusia".[93]

Pertarungan itu tidak mudah dan sama sekali tidak ada kepastian bahwa penentang klausul kolonial akan menang. Pertempuran itu berlangsung pada 1950, pada pertemuan ke-302 Komite Ketiga. Selama sesi itu, Suriah dan Filipina mengajukan sebuah resolusi yang membuka dua front terpisah. Di satu sisi, mereka berusaha untuk mencegah penyisipan klausul kolonial dengan menegaskan penerapan universal dari kovenan tersebut dan, di sisi lain, mereka mengusulkan sebuah pasal tentang "hak untuk menentukan nasib sendiri" sebagai penggantinya. Setelah sekian banyak perdebatan, resolusi Suriah-Filipina disetujui dengan 30 suara melawan 11 dan 8 abstain. Setengah dari pertempuran dimenangi pada saat itu: klausul

93 UNGA Third Committee, Sesi ke-5, 153 (1950).

kolonial mati dalam sesi tersebut, meskipun Inggris akan terus membelanya dalam banyak kesempatan sampai 1954.

Mendapatkan pengakuan atas hak penentuan nasib sendiri lebih sulit. Selama sesi Komite Ketiga pada 1950, Afghanistan dan Saudi Arabia berhasil meloloskan sebuah resolusi. Resolusi tersebut meminta Komisi Hak Asasi Manusia untuk mempelajari tata cara dan sarana dalam rangka memastikan hak penentuan nasib sendiri dan untuk mempersiapkan rekomendasi bagi sesi Majelis Umum PBB tahun berikutnya. Namun, ketika Komisi Hak Asasi Manusia bertemu pada 1951, Komisi tersebut benar-benar sibuk dengan perdebatan tentang hak sosio-ekonomi dan tidak dapat membuka pembahasan tentang penentuan nasib sendiri. Fakta ini memancing koalisi tiga belas negara yang pada pertemuan Komite Ketiga pada 1951 mengungkapkan ketidakpuasan mereka atas tidak adanya kemajuan dalam masalah ini dan mulai merancang resolusi lain. Mereka mengambil langkah sendiri dengan menyiapkan naskah sebuah pasal tentang hak untuk menentukan nasib sendiri dan meminta persetujuan Komite Ketiga untuk meminta Majelis Umum PBB, dalam pleno, untuk menyetujui penyisipannya dalam kovenan itu.

Perdebatan Komite Ketiga mengenai masalah ini berlangsung seminggu penuh dan banyak mempertunjukkan sikap politik dari kedua belah pihak. Koalisi tiga belas negara menggunakan retorika yang menggugah, perangkat prosedural, dan logika dingin untuk mematahkan "keberatan teknis, metodologis, dan hukum" yang diajukan oleh Australia, Belgia, Kanada, Prancis, Yunani, Liberia, Belanda, Swedia, dan Turki.[94] Kekuatan kolonial dan sekutunya berpendapat bahwa konsep penentuan nasib sendiri tidak jelas dan sumir; hal itu merupakan prinsip politik, bukan hak hukum; ia tidak tepat diletakkan dalam kovenan sebagai hak kolektif; hal tersebut tidak sesuai dengan sistem implementasi yang diinginkan; dan karena penentuan nasib sendiri dicapai melalui proses yang lamban dan bertahap, proses itu tidak akan dipercepat dengan ketentuan yang dimasukkan ke suatu perjanjian internasional.[95]

---

94 United Nations. (1951). *Yearbook of the United Nations,* 485 [selanjutnya *Yearbook of the United Nations,* pelbagai tahun].

95 Cassese, A. "The Self-Determination of Peoples", dalam The International Bill of Rights, catatan kaki 18, 93.

Mayoritas Komite Ketiga tidak teryakinkan oleh argumen semacam itu dan mereka sepakat untuk menyerahkan masalah ini kepada Pleno Majelis Umum PBB. Dalam sidang pleno tersebut, delegasi Suriah, Jawaat Mufti, menunjukkan bahwa rancangan resolusi tersebut "sejak saat pengajuannya telah memunculkan gelombang protes dan keberatan dari beberapa delegasi tertentu yang pada prinsipnya berlawanan dengan tindakan yang membuat penghormatan terhadap hak tersebut menjadi efektif. Protes dan keberatan ini datang terutama dari negara-negara yang memerintah wilayah yang tidak berdaulat atau wilayah perwalian".[96] Baroody, yang mewakili Saudi Arabia, menambahkan semangat dalam imbauan tersebut:

> Mungkin saya diperbolehkan 1 atau 2 menit lagi karena ketika saya berbicara mengenai hak penentuan nasib sendiri ini, saya berbicara atas nama jutaan orang yang seharusnya duduk di majelis umum ini. Banyak hal yang bisa dikatakan sudah berlalu dan tak bisa diubah lagi sejak ada permintaan untuk memasukkan pasal tentang penentuan nasib sendiri ke kovenan ini. Jeritan pilu yang memohon kemerdekaan dan pembebasan dari kekangan asing di banyak bagian dunia telah begitu nyaring sehingga bahkan mereka yang terdorong untuk menyumpal telinga mereka dengan kapas kepentingan politik pun tidak dapat lagi menyangkal bahwa mereka bisa mendengarnya. Demikian juga mereka yang menutup mata mereka dari fajar hari baru bagi orang-orang yang memperjuangkan kemerdekaan, tidak bisa berpura-pura bahwa malam belum usai dan kegelapan masih ada …. [T]ekanan terhadap gerbang kemerdekaan telah meningkat dan berjuta-juta orang yang berusaha menerobos terus dihalau dengan bayonet dan tank dan senapan mesin. Tekanannya begitu besar sehingga orang-orang di barisan depan telah jatuh sebagai martir kebebasan, sementara ribuan orang ditahan di penjara dan ribuan lainnya hidup dalam persembunyian, diusir dari kenyamanan rumah mereka. Ada juga mereka yang, karena takut dibunuh atau ditangkap,

96 UNGA Plenary, 1951—1952, catatan kaki 45, 506.

> terpaksa meninggalkan tanah air mereka dan sekarang hidup sebagai orang buangan di daerah asing hanya karena mereka dapat lebih mengartikulasikan keinginan mereka dan kawan-kawan mereka yang membara akan kemerdekaan dan penentuan nasib sendiri. Yang kami minta di sini adalah agar orang-orang yang tinggal di wilayah yang tidak berdaulat itu harus bebas. Mereka tidak dapat menikmati hak asasi manusia kecuali mereka bebas dan dalam dokumen seperti kovenan inilah penentuan nasib sendiri harus diproklamasikan. Karena saya tidak memiliki sisa waktu untuk berbicara, saya akan mengakhiri dengan mengatakan bahwa saya mendukung semua pihak yang telah berbicara untuk memasukkan sebuah pasal tentang hak orang-orang untuk menentukan nasib sendiri.[97]

Setelah intervensi ini, Majelis Umum PBB dalam sesi pleno menyetujui resolusi tersebut. Meski demikian, bagi pendukung hak penentuan nasib sendiri, waktu untuk merayakannya belum tiba.

Meskipun Majelis Umum PBB telah memberikan persetujuan eksplisit untuk memasukkan sebuah pasal mengenai penentuan nasib sendiri, beberapa negara bagian, termasuk Australia, Kanada, Belanda, dan Inggris, mempersoalkan kembali masalah ini selama pembacaan rancangan kovenan tersebut oleh Komite Ketiga pada 1954. Walaupun begitu, koalisi yang mendukung penentuan nasib sendiri dipersenjatai dengan penelitian tentang konsep penentuan nasib sendiri (dikumpulkan dari perpustakaan New York) dan diperkuat oleh anggota-anggota baru PBB yang memberikan dukungan tambahan kepada mereka. Dalam sebuah unjuk kekuatan, dan sebagai penguat sanggahan terhadap argumen yang diajukan oleh lawan-lawan mereka, dua puluh negara kini mendukung sebuah pernyataan yang menegaskan hak untuk menentukan nasib sendiri.

Dalam sesi perdebatan tentang pasal per pasal kedua kovenan pada 1955, ada satu putaran terakhir dari argumen yang kerap diajukan selama 5 tahun sebelumnya. Meskipun ada peringatan keras bahwa dimasukkannya hak untuk menentukan nasib sendiri "dapat membahayakan masa depan

[97] Id., 517—18.

kedua kovenan",[98] pasal yang diperselisihkan tersebut disetujui dengan 33 suara melawan 12 dan 13 abstain. Hari ini pasal itu menjadi pasal pembuka di KIHSP dan KIHESB.[99]

Sejarah politik pasal ini, tentu saja, menimbulkan pertanyaan tentang motivasi dan iktikad. Klaim atas hak penentuan nasib sendiri jelas memicu api antikolonialisme, tetapi apakah itu memajukan definisi dan pemahaman hak asasi manusia? Sepanjang periode ketika pasal ini dipertimbangkan, dalam banyak entri catatan hariannya, Humphrey merasa putus asa tentang retorika demagogis yang menurutnya—dengan beberapa pembenaran—menutupi pertimbangan pekerjaan yang disponsori oleh Divisi HAM PBB, termasuk naskah kedua kovenan yang telah dipersiapkan.

Karena pada umumnya tidak simpatik terhadap "mayoritas PBB" yang tengah bangkit dan relatif tidak kritis terhadap usaha yang agak terselubung dari kekuatan kolonial untuk melindungi kekuasaan dan hak istimewanya, Humphrey khawatir bahwa visi hak asasi manusia terancam. Salah satu dari beberapa entri jurnal terkait dengan perdebatan tentang penentuan nasib sendiri berbunyi:

> Karena mereka tidak mau menerima tanggung jawab mereka, para pemimpin yang logis dalam pergulatan PBB untuk hak asasi manusia telah kehilangan kepemimpinan di Komite Ketiga [dan beralih] ke kekuatan demagogi tertentu. Salah satu konsekuensi konkretnya adalah hari ini mayoritas besar mengadopsi suatu perintah kepada [Komisi Hak Asasi Manusia] untuk mengkaji "cara dan sarana" untuk mendorong penentuan nasib sendiri bangsa dan masyarakat.[100]

Kalangan lain yang lebih jauh dari proses perundingan telah mengambil pandangan yang lebih luas dan lebih optimis. Cassese, misalnya, mencatat bahwa walaupun pasal tersebut mengandung sentimen antikolonial yang sangat terfokus, tetapi bahkan selama proses perundingan sebuah konsensus yang luas muncul bahwa ketentuan-ketentuannya relevan dengan banyak keadaan, termasuk pendudukan asing dan despotisme domestik. Dengan

98 *Yearbook of the United Nations,* 1955, catatan kaki 93.
99 ICCPR, catatan kaki 5; ICESCR, catatan kaki 5.
100 *On the Edge of Greatness II,* catatan kaki 18, 131.

demikian, delegasi Suriah mengamati bahwa dalam konteks domestik, prinsip penentuan nasib sendiri "mengambil bentuk pemerintahan sendiri, yaitu hak masyarakat untuk mengangkat institusi perwakilan dan dengan bebas memilih bentuk pemerintahan yang ingin mereka gunakan".[101] Hak penentuan nasib sendiri diuraikan lebih lanjut dalam Deklarasi PBB 1960 tentang Pemberian Kemerdekaan kepada Negara-Negara dan Rakyat Kolonial dan sekarang umumnya dianggap telah mencapai status norma hukum preseden (*preemptory*) dalam hukum internasional.[102]

5. Langkah-Langkah Implementasi dan Hak Petisi

Persoalan terakhir yang menarik energi politik dunia Muslim muncul saat pembahasan rancangan kedua kovenan dan dibahas dengan judul "hak untuk mengajukan petisi" dan "langkah-langkah implementasi". Yang menjadi masalah adalah persoalan penegakan kovenan dan siapa yang boleh menyampaikan pengaduan ke badan PBB yang ditunjuk untuk menerima pengaduan. Beberapa negara merasa bahwa akses terhadap mekanisme pengaduan harus dibatasi pada negara; yang lain merasa bahwa individu dan/atau organisasi nonpemerintah harus dapat menyampaikan pengaduan atau menggunakan hak petisi.

Posisi awal mengenai masalah ini dikembangkan di Komisi Hak Asasi Manusia ketika Guatemala, India, Prancis, dan Filipina membela hak individu dan organisasi nonpemerintah untuk mengajukan pengaduan dan keluhan. Di Komisi, dan kemudian di Komite Ketiga, bekas Uni Soviet dan negara-negara Eropa Timur (kecuali Yugoslavia) berpendapat dengan tegas bahwa setiap tindakan implementasi itu mengancam kedaulatan negara dan selama bertahun-tahun mereka mengajukan beberapa resolusi tentang hal ini. Semuanya tidak disetujui oleh mayoritas suara yang besar. Pada awalnya, kekuatan Barat terpecah dan agak ambivalen, tetapi pada 1954, Australia, Kanada, Prancis, Selandia Baru, Inggris, dan Amerika Serikat siap untuk mendukung pandangan bahwa "belum waktunya" untuk memperluas hak petisi di luar negara.[103]

---

101 Cassese, catatan kaki 94, 94. Lihat juga Bossuyt, catatan kaki 18, 19—37.
102 Id., 111.
103 *Yearbook of the United Nations*, 1954, catatan kaki 93.

Kepentingan Muslim terhadap isu ini dapat ditelusuri ke 1950, titik paling awal kemunculannya sebelum Komite Ketiga Majelis Umum PBB. Negara-negara yang mewakili populasi Muslim tidak bersatu dalam masalah ini seperti halnya ketika mereka membahas hak penentuan nasib sendiri, tetapi setidaknya pada awalnya mereka cenderung mendukung implementasi yang terpusat dan hak petisi yang diperluas. Pada 1950, misalnya, delegasi Mesir berargumen di Komite Ketiga bahwa "[n]egara-negara yang menandatangani kovenan dengan iktikad baik tidak perlu takut pada bentuk kontrol apa pun" dan lebih lanjut menegaskan bahwa "delegasi Mesir siap untuk menerima pembentukan komite hak asasi manusia yang permanen, pengadilan untuk memberi sanksi atas temuan-temuan komite, atau ketentuan lainnya yang mungkin diperlukan".[104] Seiring debat berlangsung, delegasi dari dunia Muslim memberikan kontribusi penting dan dalam beberapa hal mengajukan gagasan inovatif dan berdampak luas. Pada 1951, misalnya, Jawaat Mufti dari Suriah mengusulkan investigasi lapangan yang dilakukan secara imparsial dan dengan iktikad baik di bawah naungan PBB sebagai sarana untuk melakukan pengaduan hak asasi manusia dan memastikan kepatuhan terhadap kedua kovenan.[105] (Saudi Arabia memperingatkan agar tidak melangkah terlalu jauh, jangan sampai batas yurisdiksi domestik dilanggar.)[106]

Mesir termasuk di antara sekelompok negara yang menyatakan dukungan tanpa syarat untuk hak individu, kelompok, dan organisasi nonpemerintah untuk mengajukan petisi kepada Komite Hak Asasi Manusia dan mengusulkan gagasan ini untuk menjadi bagian dari langkah-langkah implementasi. Mahmoud Azmi berpendapat bahwa individu, sebagai korban pertama dari pelanggaran hak asasi manusia, seharusnya memiliki bentuk pemulihan tertentu.[107] Seandainya masalah ini diputuskan pada 1950, beberapa negara Muslim, setidaknya, mungkin akan mendukung langkah-langkah pelaksanaan yang kuat.

Walaupun begitu, sifat berlarut-larut dari keseluruhan proses untuk menyetujui kedua kovenan tersebut mengakibatkan beberapa perubahan tak terduga dalam penyelesaian masalah ini. Sebagaimana dicatat dalam

104 UNGA Third Committee, Sesi ke-5, 201 (1950).
105 UNGA Third Committee, Sesi ke-6, 363 (1951—1952).
106 Id., 363. Lihat juga *Yearbook of the United Nations*, 1951, catatan kaki 93, 489—90.
107 UNGA Third Committee, Sesi ke-6, 110 (1951—1952).

diskusi mengenai empat isu lainnya, selama periode 1949 sampai 1954, pembahasan tentang kedua kovenan tersebut bergerak maju mundur antara Komisi Hak Asasi Manusia dan Komite Ketiga Majelis Umum PBB. Pada 1954, ketika rancangan kedua kovenan dari Komisi Hak Asasi Manusia diserahkan kepada Majelis Umum PBB, Komite Ketiga menetapkan sebuah rencana pembahasan pasal demi pasal kovenan-kovenan tersebut secara sistematis. Sesuai dengan rencana tersebut, langkah-langkah implementasi dijadwalkan untuk dibahas di tahap akhir yang terjadi pada 1963. Selama hampir 10 tahun, Majelis Umum PBB pun berhasil mengesampingkan masalah pelaksanaan. Ketika Komite Ketiga kembali ke masalah itu pada 1963, wajib untuk dicatat bahwa selama periode sebelumnya keanggotaan PBB telah berlipat ganda. Anggota baru dan lama sama-sama membutuhkan pengarahan baru untuk masalah ini. Bahan-bahan latar belakang telah disiapkan, tetapi krisis keuangan di PBB mengganggu proses sidang dan pembahasan akhirnya ditunda 2 tahun kemudian.

Ketika Komite Ketiga siap untuk membahas langkah-langkah pelaksanaan pada 1966, pendapat dan posisi dari banyak delegasi telah bergeser. Blok Soviet tetap menentang langkah-langkah implementasi, tetapi sekarang mereka didukung oleh beberapa bekas koloni Afrika yang mengungkapkan kekhawatiran bahwa kedaulatan yang baru mereka raih dapat terganggu. Belanda dan negara-negara Nordik, bersama dengan sebagian besar negara Amerika Latin, Prancis, dan Lebanon mempertahankan langkah-langkah pelaksanaan yang kuat, tetapi negara-negara Timur Tengah dan Muslim di tahap ini lebih samar dan agak terpecah. Baroody, yang masih mewakili Saudi Arabia, mengusulkan agar setiap fungsi peninjauan atau pengaduan harus dilakukan oleh komisi hak asasi manusia nasional dan hanya menggunakan badan internasional jika proses pengaduan domestik sudah buntu. (Humphrey awalnya menganggap gagasan ini tidak masuk akal, tetapi akhirnya dia menyepakatinya.[108] Ini pada dasarnya adalah sistem pelaksanaan rezim hak asasi manusia Eropa saat ini dan ini adalah sistem pelaksanaan yang tercakup dalam Statuta Mahkamah Pidana Internasional 1998.) Usulan Saudi Arabia, meski inovatif, tidak mendapat dukungan dan ditarik kembali.

[108] *On the Edge of Greatness IV,* catatan kaki 18, 147.

Negara-negara Muslim mendukung pembentukan suatu Komite Hak Asasi Manusia untuk menerima laporan tentang pelaksanaan kovenan hak-hak sipil dan politik, tetapi umumnya mereka berpendapat bahwa kewenangannya untuk menerima dan memproses pengaduan harus bergantung pada pengakuan sukarela dan opsional dari negara atas kewenangan Komite itu untuk melakukannya. Pakistan dan Mesir—kadang-kadang dikuti oleh Iran, Libia, Tunisia, Sudan, atau delegasi Muslim lainnya—adalah bagian dari koalisi cair dari negara-negara yang berusaha mengurangi penentangan terhadap rangkaian draf pasal-pasal terakhir ini melalui sebuah proses amendemen yang dimaksudkan untuk menghapus ketentuan yang ditolak oleh beberapa negara Afrika dan Asia.

Mereka secara sistematis mengusulkan untuk membatasi kewajiban negara pihak dan mengeluarkan Mahkamah Internasional dari mekanisme pelaksanaan kedua kovenan. Sebagian besar amendemen mereka diadopsi. Ketika Belanda dan Nigeria (dengan yang lain) mengajukan sebuah pasal baru untuk menghidupkan kembali gagasan tentang hak petisi, negara-negara Muslim termasuk di antara kalangan yang berpendapat bahwa hal itu harus ditempatkan dalam sebuah protokol pilihan dari KIHSP.

Meski berbagai manuver ini sangat memperlemah mekanisme pelaksanaan dalam naskah yang diteruskan oleh Komisi Hak Asasi Manusia, manuver itu juga merepresentasikan kompromi politik yang berhasil mengumpulkan suara yang diperlukan. Negara-negara dari dunia Muslim mengerahkan semua daya dan upayanya. Dengan begitu, mereka turut mengurangi kekuatan mekanisme pelaksanaan, tetapi pada saat yang sama, mereka juga memampukan PBB untuk menyelesaikan proses yang telah berlangsung selama lebih dari 20 tahun. Proses tersebut, dengan segala kekurangannya, melahirkan badan pemantau hak asasi manusia yang paling efektif di bawah PBB, yaitu Komite Hak Asasi Manusia KIHSP yang hingga kini rutin menerima laporan negara dan pengaduan individual.[109]

[109] Mcgoldrich, D. (1991). *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*.

E. Komentar

Catatan PBB menunjukkan keterlibatan aktif delegasi dari dunia Muslim selama 20 tahun proses perundingan standar hak asasi manusia internasional. Esai ini berusaha mengidentifikasi isu-isu yang tampak paling menonjol bagi mereka. Melalui ketentuan-ketentuan yang mereka ajukan secara aktif, gagasan yang mereka bantah, dan berbagai usulan yang mereka beri dukungan politik, delegasi Muslim telah turut membentuk instrumen hak asasi manusia internasional. Mereka juga terlibat dalam proses politik dengan menyusun strategi, melobi, dan berdebat, membela gagasan yang mereka dukung dan melawan gagasan yang mereka tentang. Seperti negara-negara lain, mereka pun menggunakan aturan prosedural, polemik, dan kemahiran diplomatik untuk menolak ketentuan yang tampaknya tidak dapat diterima karena bertentangan dengan praktik budaya atau ketentuan hukum dan untuk mengajukan agenda politik dan ideologis yang mereka pilih.

Di luar ringkasan singkat ini, masih ada sebuah pertanyaan penting. Bagaimana, dengan jarak setengah abad, kita bisa menafsirkan partisipasi negara-negara Muslim dalam proyek hak asasi manusia internasional? Ini adalah pertanyaan yang sulit dan perlu disikapi dengan hati-hati karena hal itu kerap mengarah pada perdebatan yang sengit dan tak karuan yang ingin dihindari oleh esai ini. Walaupun begitu, esai ini menawarkan beberapa catatan berikut ini.

Sebagai tanggapan pertama, rekaman faktual tentang partisipasi, kontribusi, dan perubahan tekstual yang ada telah mematahkan tudingan paling kasar bahwa negara-negara Muslim—dan peradaban Islam—tidak dilibatkan dalam proses pengembangan standar hak asasi manusia internasional. Catatan tentang proses politik di dalamnya menunjukkan lemahnya argumen serampangan yang mengatakan bahwa standar hak asasi manusia dikembangkan oleh Barat dan dipaksakan ke seluruh dunia.[110] Seperti yang seharusnya sekarang sudah jelas, delegasi dari dunia Muslim memberikan kontribusi yang sangat nyata pada perdebatan dan pada

[110] Hal seperti ini adalah argumen yang sering dikutip yang diajukan 20 tahun lalu oleh Pollis, A. & Schwab, P. "Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability", dalam *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives* 1 (1979).

naskah yang dihasilkan. Paradoksnya, baik kebebasan untuk berpindah agama yang dibahasakan secara samar maupun pernyataan kesetaraan gender yang dinyatakan secara sangat jelas tidak akan masuk ke KIHSP dan KIHESB tanpa partisipasi negara-negara Muslim, juga tidak akan ada pernyataan paling jelas tentang universalitas yang kini dapat ditemukan di DUHAM. Hak untuk menentukan nasib sendiri juga bisa masuk ke kedua kovenan berkat kegigihan negara-negara dari dunia Muslim. Catatan resmi menunjukkan kehadiran dan partisipasi aktif delegasi dari dunia Muslim, tetapi mereka tidak menanggapi tuduhan Richard Falk yang lebih serius bahwa urusan hak asasi manusia ternoda oleh universalisme palsu, "sebuah topeng yang dikenakan untuk mengaburkan hegemoni peradaban Barat".[111] Membingkai esainya sebagai bagian dari tanggapan terhadap tesis benturan dari Huntington, Falk menegaskan bahwa peradaban Islam telah menjadi korban pengucilan geopolitik. Dia berpendapat bahwa perpecahan yang dicirikan oleh Huntington sebagai benturan peradaban akibat kerangka normatif yang bertentangan secara fundamental di zaman kemerosotan negara sebenarnya merupakan akibat sampingan dari pengucilan geopolitik.

Seraya menolak premis ataupun kesimpulan esai Huntington yang terkenal itu, Falk mengusulkan penyesuaian normatif sebagai tanggapan yang masuk akal terhadap ketersinggungan akibat pengucilan geopolitik, sebuah solusi yang lebih diinginkan alih-alih konflik peradaban. Penyesuaian normatif akan melibatkan pembentukan ulang wacana hak asasi manusia untuk membuat ketentuan susulan bagi partisipasi antar-peradaban. Tugas ini akan dilanjutkan dengan reinterpretasi terhadap ekspresi normatif dari hak-hak yang ada saat ini melalui proses dialog dan legitimasi antar-peradaban serta pembaruan klaim universal hakiki yang "terus dicederai oleh ketergantungan pada otoritas peradaban".[112]

Ini bukan tempatnya untuk melakukan debat panjang mengenai analisis Falk yang sangat bernuansa itu, yang dalam banyak hal sangat menarik. Namun, Falk membangun argumennya di atas sebuah premis bahwa peradaban Islam tidak diberi hak untuk berpartisipasi dalam penjabaran standar hak asasi manusia internasional kontemporer. Premis itu perlu diperiksa dan peninjauan kembali atas partisipasi negara

111 Falk, catatan kaki 1, 148—54.

112 Id., 154 (dengan rujukan pada beberapa karya Abdullahi Ahmed An-Na'im).

Muslim yang disampaikan dalam esai ini menyediakan data penting untuk keperluan itu. Konstruksi universalisme palsu, pada gilirannya, memberikan ukuran intelektual untuk mengevaluasi kualitas partisipasi negara-negara Muslim.[113]

Untuk menilai partisipasi (atau pengucilan) negara-negara Muslim dalam proyek hak asasi manusia pada pertengahan abad lalu dan aura universalisme palsu yang berpotensi menaunginya, kita harus mulai dengan beberapa pertimbangan mengenai konteks historis. Selama tahun-tahun awal perundingan, beberapa negara Muslim dan Timur Tengah memiliki pemerintahan yang mendukung doktrin politik liberal dengan berbagai tingkat komitmen terhadap beberapa bentuk pemerintahan partisipatif dan peraturan perundangan. Keterbukaan politik ini tecermin dalam korps diplomatik.

Sejarawan tidak akan terkejut saat mengetahui bahwa dalam perdebatan mengenai instrumen hak asasi manusia internasional, delegasi Muslim mengungkapkan keprihatinannya tentang koherensi logis dari rancangan naskah dan menyinggung prinsip-prinsip hukum positif, perlindungan individu, serta tugas dan tanggung jawab negara, seperti halnya mereka sering menyinggung tentang budaya dan hukum Islam. Mereka mengerti dan mengakui bahwa mereka sedang menyusun standar tata pemerintahan yang baik yang melibatkan semua pemerintah. Mewakili Pakistan pada 1948, misalnya, Shaista Ikramullah menegaskan "sangat penting bagi orang-orang di dunia untuk mengakui adanya ketentuan perilaku beradab yang tidak hanya berlaku dalam hubungan internasional, tetapi juga dalam urusan-urusan dalam negeri".[114]

Fakta bahwa beberapa negara—termasuk Irak, Maroko, Libia, dan Irak, serta Pakistan—memilih untuk menempatkan perempuan sebagai delegasi mereka di PBB juga menunjukkan keterikatan mereka dengan nilai-nilai liberal dan citra yang ingin mereka ciptakan dan proyeksikan. Bahkan, ketika sosialisme Arab berakar dan menyebar di Timur Tengah, delegasi Arab dan Muslim terus mencerminkan keterikatan mereka terhadap nilai-nilai liberal.

---

113 Id.

114 UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 37 (1948).

Dalam konteks sejarah ini, apakah diplomat-diplomat tersebut mengenakan topeng universalisme palsu? Dapatkah mereka menjadi perwakilan yang autentik dan absah bagi negara mereka, bagi kebudayaan nasional mereka? Apakah mereka secara memadai mencerminkan suara bangsa mereka dan sistem nilai mereka sendiri? Pertanyaan-pertanyaan ini tidak bisa dijawab dengan cara-cara yang tegas, tidak terkecuali karena jawaban-jawabannya dikondisikan oleh momen politik tertentu dan melibatkan perdebatan yang lebih luas dan mendalam tentang legitimasi politik. Yang jelas ialah bahwa para diplomat itu merupakan perwakilan yang terakreditasi dari negara mereka yang secara formal diterima sebagai anggota PBB.

Jika diplomat-diplomat dari negara Muslim dikeluarkan dari bangsanya sendiri berdasarkan budaya dan kelas, hal itu tidak serta-merta membedakan mereka dari sejawatnya dari Eropa dan Amerika Serikat yang juga banyak di antaranya yang berjarak dari norma-norma yang berlaku dalam masyarakat mereka sendiri. Sebagai contoh, cukup ingat getirnya perjuangan Amerika Serikat di bidang hak-hak sipil pada 1960-an untuk mengakui betapa dangkal konsep hak asasi manusia di Amerika Serikat. Pada awal 1950-an, Senator John Bricker—calon wakil presiden dalam pemilihan presiden AS 1948—menggambarkan usulan kovenan hak asasi manusia sebagai sesuatu yang "sepenuhnya asing bagi hukum dan tradisi Amerika" dan berusaha untuk "menguburnya sedalam mungkin sehingga tidak ada pejabat yang akan berani berusaha membangkitkannya kembali".[115] Malah, pada 1953 Amerika Serikat mengumumkan—dan secara luas menyebarkan—niatnya untuk tidak meratifikasi kedua kovenan itu dan segera setelah itu Amerika Serikat menarik diri dari proses perundingan.[116]

---

115 Lauren, catatan kaki 3, 246.

116 Diskusi tentang pergeseran kebijakan, instruksi kepada diplomat Amerika Serikat, dan laporan tentang reaksi negara-negara lain direproduksi dalam *Foreign Relations of the United States*, 1952—1954, catatan kaki 33, 1550—81. Keputusan pemerintahan Eisenhower dipengaruhi oleh beberapa faktor, termasuk sisa-sisa dari Brickerisme dan kampanyenya melawan apa yang disebut sebagai hukum perjanjian; perhatian terhadap masalah hak-hak negara bagian (sebuah perdebatan yang sebagian besar berkisar di sekitar kebijakan rasial) dan penolakan kalangan pemerintahan terhadap gagasan hak-hak sosial ekonomi. Amerika Serikat tidak lagi berpartisipasi aktif dalam perundingan sampai awal 1960-an dan Amerika tidak meratifikasi KIHSP sampai 1992.

Eleanor Roosevelt memprotes keputusan tersebut, dengan putus asa mengatakan bahwa "Kami telah menyerah kepada (para pendukung) Bricker dan McCarthy."[117] Walaupun begitu, George Kennan menyatakan bahwa Eleanor Roosevelt-lah yang tidak berhubungan dan berada di luar jangkauan Washington, dengan menulis dalam sebuah memo rahasia bahwa "jumlah orang yang memainkan bagian penting dalam urusan PBB, baik di Departemen [Luar Negeri] maupun dalam delegasi kami di New York, telah tumbuh dalam tugas resmi mereka dengan falsafah kebijakan luar negeri yang berbeda dari (falsafah) yang berlaku di tempat lain di Departemen ini".[118] (Memang, banyak orang di AS curiga terhadap PBB: pegawai AS di PBB adalah target utama dalam perburuan antikomunisme di era McCarthy pada 1950-an.)

Diplomat yang mewakili negara-negara Muslim bukanlah perwakilan populis dari budaya Muslim atau Arab-Muslim, melainkan beberapa fakta lainnya menimbulkan keraguan tentang sejauh mana partisipasi mereka bisa dikecilkan hanya sebagai dukungan terhadap hegemoni peradaban Barat. Dalam kondisi universalitas yang palsu, ada dugaan para delegasi itu bertindak sebagai proksi Barat untuk mengajukan usulan yang dapat dengan mudah didukung oleh kekuatan hegemonis. Hal itu bukanlah dinamika yang sering terjadi dalam usulan dari delegasi Muslim. Sejak awal, delegasi Arab-Muslim berpihak pada korban pelanggaran hak asasi manusia. Situasi buruk pengungsi Palestina adalah satu-satunya topik yang bisa menyela pertimbangan Komite Ketiga DUHAM pada musim gugur 1948 dan sebuah laporan oleh mediator PBB tentang Palestina menjadikan pertimbangan hak asasi manusia sebagai fokus yang jelas bagi semua delegasi Timur Tengah.[119]

Delegasi Saudi Arabia terus memanfaatkan kesempatan untuk mengingatkan kekuatan Barat akan penderitaan rakyat yang haknya dilanggar. Sejak perdebatan paling awal di Komite Ketiga, delegasi Saudi Arabia memprotes dominasi tradisi Barat yang terang-terangan dan memperingatkan rekan-rekannya akan niatnya untuk menantang

117 Lauren, catatan kaki 3, 248.

118 Kennan, G. (1974). "Memorandum by the Director of the Policy Planning Staff to the Secretary of State", dalam *Foreign Relations of the United States*, 1949, Vol. II, 27.

119 Lihat UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 194—98, 206—11 (1948) (dengar pendapat Ralph Bunche, Mediator Pelaksana PBB tentang Palestina).

bahasa rancangan DUHAM yang ketentuan-ketentuannya bertentangan dengan budaya "Timur".[120] Selama 20 tahun perdebatan, delegasi dari negara-negara Muslim menunjukkan bahwa mereka tidak selalu memiliki pandangan yang sama di antara mereka sendiri dan negara-negara Barat tidak selalu berpihak pada usulan yang oleh banyak orang dianggap sesuai dengan nilai-nilai Barat. Pada berbagai kesempatan, misalnya, negara-negara Barat menolak upaya untuk memasukkan ketentuan liberal terkait nondiskriminasi, hak minoritas, dan kesetaraan gender serta langkah-langkah untuk memastikan pelaksanaan kovenan yang kuat.

Pada beberapa kesempatan, negara-negara Muslim memainkan peranannya dengan menyerukan negara-negara hegemonik agar memenuhi nilai-nilai yang mereka nyatakan sendiri sebagai nilai mereka di wilayah luar negeri yang mereka kuasai. Apakah gerakan demi kepentingan diri sendiri semacam itu menimbulkan keraguan atas kejujuran delegasi Muslim dan komitmen mereka terhadap proyek hak asasi manusia? Mungkin. Namun, rekaman yang tertulis di ratusan halaman dokumen PBB menunjukkan bahwa tidak ada delegasi, dari negara mana pun, yang terbebas dari pertimbangan politik.

Kecuali sebagian kecil, mereka yang terlibat dalam proses tersebut adalah para negarawan dan diplomat, bukan aktivis atau pendukung hak asasi manusia. Beberapa orang mungkin skeptis atau sinis terhadap prosesnya. Walaupun begitu, tampak bahwa para diplomat itu kadang-kadang terbawa arus keadaan, terinspirasi oleh suatu visi. Oleh karena itu, kita menemukan kata-kata luhur delegasi Suriah, Abdul Rahma Kayaly, yang disampaikan ke Majelis Umum PBB segera setelah aklamasi DUHAM: "[P]eradaban telah melaju lambat, melalui persekusi dan tirani selama berabad-abad, sampai akhirnya, deklarasi ini dibuat …. Akhirnya bangsa-bangsa di dunia kini [akan] mendengar proklamasi bahwa tujuan mereka [telah] dicapai oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa."[121]

Pada saat yang sama, penting untuk mengenali bahwa para peserta mewakili pemerintah dan pemerintah mengejar kepentingan mereka dengan berbagai cara. Kekuatan yang menentang sering kali muncul. Moravcsik mengemukakan, misalnya, bahwa di Eropa Barat, perundingan

120 UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 49 (1948).
121 UNGA Plenary, 922 (1948).

terkait Konvensi Eropa untuk Perlindungan Hak Asasi Manusia dan Kebebasan Fundamental dari 1949 sampai 1950 mengilhami sebuah koalisi aneh yang menggabungkan "demokrasi mapan

> … dengan rezim diktator dan rezim transisi dalam menentang [konvensi hak asasi manusia]". Di luar dugaan, di Eropa pada saat itu, "[p]endukung utama dari kewajiban hak asasi manusia yang mengikat secara timbal balik [bukanlah negara demokrasi yang sejati dan telah teruji], melainkan pemerintah negara-negara demokrasi yang baru berdiri".[122]

Terkadang dikatakan bahwa negara-negara mendukung atau meratifikasi standar hak asasi manusia karena mereka ingin menjunjung tinggi budaya nasional (Barat) atau karena mereka ingin mengesankan orang luar (yang lainnya). Dalam konteks Eropa pascaperang dan Eropa pasca-Soviet, Moravcsik telah menunjukkan bahwa mereka yang memiliki insentif terbesar untuk mendukung standar hak asasi manusia universal adalah para elite politik di negara-negara yang baru mengalami demokratisasi yang berusaha mengunci perolehan demokratis.[123] Semua pertimbangan ini memperumit usaha untuk menilai sejauh mana negara-negara Muslim, dan negarawan Muslim, berpartisipasi secara penuh dan benar-benar mewakili pemerintahan dan masyarakat mereka. Klaim universalisme palsu tidak dapat dipertahankan atau sepenuhnya dihilangkan. Namun, ada satu hal penting ketika para delegasi negara Muslim dan masyarakat yang mereka wakili tidak dapat disangkal memang berada dalam posisi yang kurang menguntungkan selama 20 tahun periode perundingan tersebut.

Selain perwakilan formal yang secara diplomatik terakreditasi di PBB, masyarakat Barat hadir dan berpartisipasi dalam pengembangan norma hak asasi manusia melalui beberapa organisasi nonpemerintah internasional (mereka sendiri terakreditasi di PBB). Kehadiran negara-negara Muslim tidak sebanding dengannya. Meski ketentuan pemungutan suara dan mekanisme prosedural yang rumit secara formal memastikan suatu wahana yang setara bagi para perwakilan negara di PBB, dapat

---

122 Moravcsik, A. (2000). *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe,* 54 INT'L ORG. 217, 219—20.

123 Id., 245—46.

dikatakan bahwa kehadiran sebagian besar organisasi nonpemerintah Barat membuka saluran partisipasi bagi masyarakat Barat yang memperkaya proses legitimasi standar hak asasi manusia di masyarakat tersebut.

Sudah diketahui betapa marahnya delegasi Saudi Arabia saat Eleanor Roosevelt, sebagai Ketua Komisi Hak Asasi Manusia, menjelaskan kepada Komite Ketiga bahwa rancangan pasal tentang kebebasan beragama telah disetujui oleh Komisi "hanya setelah perdebatan panjang dan sebagai hasil konsultasi dengan perwakilan berbagai komunitas agama".[124] Inilah komentar yang mendorong Baroody untuk bertanya kepada delegasi dari Lebanon dan Prancis apakah mereka telah berkonsultasi dengan populasi Muslim di bawah yurisdiksinya.

Organisasi nonpemerintah internasional yang memiliki akses ke PBB dan para delegasi nasional dapat memberikan komentar dan masukan saat rancangan sedang dibangun. Dengan begitu, beberapa masalah sosial paling sulit yang dihadapi masyarakat Barat pada saat itu (seperti perceraian) telah dihapus atau disiasati dari dalam naskah tanpa gembar-gembor besar. Jika kekhawatiran Muslim tentang perpindahan agama sejak awal ditangani dengan cara ini, Saudi Arabia mungkin akan bergabung dengan negara-negara Muslim lainnya dalam memberikan suara untuk DUHAM.

Orang mungkin berspekulasi tentang kemungkinan hasil yang dicapai andai saja organisasi nonpemerintah dari Timur Tengah dan negara-negara Muslim (sebagaimana keadaan mereka saat itu) terwakili dalam keluarga PBB dari 1946 sampai 1966. Jika suara Muslim pada hari itu bergabung dengan para wakil Katolik, Protestan, Quakers, dan Yahudi, bagaimana jadinya perpaduan pandangan itu dan bagaimana hal ini akan memengaruhi perundingan naskah? Berkat lobi umat Muslim, beberapa hak mungkin ditulis dalam bahasa yang lebih hati-hati—tetapi penyertaan suara dari masyarakat Muslim mungkin juga akan memperkuat pandangan liberal. Kita tidak dapat mengesampingkan kemungkinan, misalnya, bahwa perspektif liberal tentang hak gender akan diperkuat. Bagaimanapun juga, Tunisia menghasilkan hukum perdata yang sangat liberal pada 1956 setelah Presiden Bourguiba berkonsultasi dengan para ulama dan mendorong lobi perempuan aktif yang berafiliasi dengan partai yang berkuasa untuk

[124] UNGA Third Committee, Sesi ke-3, 392 (1948).

memberikan dukungannya. Kelompok-kelompok semacam itu, tampaknya, akan menjadi tulang punggung representasi masyarakat sipil pada zaman itu.

Ada juga kemungkinan bahwa kehadiran aktif perwakilan masyarakat sipil Arab dan Muslim akan menarik perhatian dan dukungan untuk gagasan yang diajukan oleh delegasi-delegasi Muslim selama proses tersebut. Suriah, misalnya, mengajukan gagasan tentang "keadilan sosial" dan terdapat cukup dukungan bagi konsep tersebut untuk membayangkan bahwa dengan lobi aktif organisasi masyarakat sipil, gagasan itu mungkin dapat disertakan dalam naskah akhir. Demikian pula, banyak negara merasa bahwa harusnya ada artikulasi yang lebih baik dari tugas-tugas individu dibanding yang saat ini ada di Pasal 29 DUHAM dan masyarakat sipil Muslim mungkin akan mendukung gagasan semacam itu.[125]

Jika masyarakat sipil Muslim berada dalam posisi yang siap untuk menikmati buah usaha lobi aktif itu, apakah dengan begitu generasi Muslim berikutnya dapat lebih mudah menerima dan memiliki standar internasional? Dan, apakah mereka akan semakin berani menuntut pemerintah mereka untuk bertanggung jawab atas standar dan instrumen yang sudah turut mereka ciptakan? Pada tahun-tahun awal proses perundingan yang panjang, delegasi dari negara-negara Muslim sudah mengantisipasi bahwa akan ada instrumen internasional tentang pelaksanaan, kemungkinan inspeksi oleh PBB, dan mekanisme aduan yang tersedia bagi individu korban pelanggaran hak asasi manusia.

Spekulasi mungkin tampak tak berguna pada titik ini, tetapi hanya tak berguna dalam arti bahwa peristiwa-peristiwa tersebut tidak terjadi seperti demikian dan bahwa sejarah tidak dapat diubah. Namun, bayangan kontrafaktual mendorong refleksi mengenai aktor, institusi, dan proses terbentuknya standar hak asasi manusia internasional. Tidak terwakilinya masyarakat sipil Muslim dalam proses pembuatan kerangka standar hak asasi manusia internasional dapat memberikan sedikit urgensi pada keprihatinan Falk mengenai perlunya memperhatikan inklusi antarperadaban seiring

---

125 UDHR, catatan kaki 2, Pasal 29. Pasal 29 dimulai, *"Everyone has duties to the Community in which alone the free and full development of his personality is possible."* [Setiap orang mempunyai kewajiban terhadap masyarakat tempat satu-satunya dia dapat mengembangkan kepribadiannya dengan bebas dan penuh].

terus berlangsungnya perkembangan standar hak asasi manusia. Desakan untuk merevisi atau merekonstruksi standar internasional yang ada saat ini dengan alasan proses perundingannya kurang partisipatif adalah pendapat yang kurang jelas atau meyakinkan. Sebaliknya, tampaknya orang-orang yang tertarik untuk memajukan demokrasi dan kesejahteraan sosial di dunia Muslim memiliki kepentingan untuk menghidupkan kembali dan memperlihatkan sejarah partisipasi negara mereka dalam proses penyusunan standar hak asasi manusia tersebut. Banyak kelompok hak asasi manusia yang beroperasi di Timur Tengah dan dunia Muslim bergantung pada standar internasional untuk menjangkarkan klaim mereka atas keadilan, keterwakilan, dan serangkaian hak asasi manusia, tetapi pada umumnya mereka tidak menyadari sejauh mana negara mereka berperan dalam perundingan yang menciptakan standar tersebut. Sejarah negara-negara Muslim dalam proses perundingan telah hilang, atau dilupakan, dan harapannya, esai ini dapat turut memulihkannya. Penekanan artikel ini pada kontribusi negara-negara Muslim tidak dimaksudkan untuk mengecilkan perbedaan kekuatan yang luas dan nyata atau pengaruh yang dilancarkan kekuatan Barat baik secara terbuka maupun dengan cara yang lebih halus. Pada saat yang sama, kita harus mengakui kebenaran yang ironis bahwa kekuatan hegemonik meningkat ketika semua capaian signifikan dianggap berasal dari pengaruh hegemonik. Peran negara-negara Muslim dalam menciptakan standar hak asasi manusia internasional seharusnya tidak dibesar-besarkan dan tidak pula diabaikan.[]

BAB 10

Komitmen Hak Asasi Manusia dalam Islam Modern[1*]

Khaled Abou El Fadl
School of Law, UCLA—Amerika Serikat

A. Pengantar

Dari segala tantangan moral yang dihadapi Islam di masa modern, persoalan hak asasi manusia adalah yang paling berat. Hal ini bukan karena Islam, dibandingkan tradisi keagamaan lain, lebih rentan mengakibatkan atau mendorong perilaku yang menafikan atau melanggar hak-hak manusia. Malah, tradisi islami telah melahirkan konsep-konsep dan pranata yang dapat digunakan dalam upaya sistematis untuk mengembangkan komitmen sosial dan moral pada hak asasi manusia. Namun, penyebab tantangan berat bagi tradisi Islam berkenaan dengan dinamika historis yang harus dihadapi kaum Muslim di masa modern. Realitas politik—seperti kolonialisme, bercokolnya pemerintahan despotik yang sangat invasif dan menindas, persepsi yang meluas, dan juga realitas, tentang kemunafikan Barat di bidang hak asasi manusia, serta kemunculan dan penyebaran gerakan supremasi yang mengusung eksepsionalisme moral dalam Islam modern—turut berperan melahirkan model-model penafsiran dan praktik yang tidak sejalan dengan komitmen pada hak asasi manusia.[2]

1 Bab ini merupakan terjemahan dari sebuah bab dalam buku *Wanted: Equality and Justice in the Muslim Family,* editor Zainah Anwar, 113-178 (Musawah, 2009), disertai sedikit penyesuaian. Bab ini adalah versi edit dari artikel yang pertama kali diterbitkan dalam *Human Rights and Responsibilities,* editor Joseph Runzo dan Nancy Martin (Oxford: Oneworld Publications, 2003).

2 Lihat Mayer, "Rhetorical Strategies and Official Policies on Women's Rights", hlm. 104—132.

Perkembangan politis ini, antara lain, telah memperparah proses keberlepasan moral, bahkan ketakacuhan, atas penderitaan manusia, bahkan ketika penderitaan tersebut ditimpakan atas nama Tuhan. Ringkasnya, di masa kontemporer ini telah terjadi penggerusan dan pelemahan tradisi humanis dalam Islam secara sistematis dan suatu proses yang dapat digambarkan sebagai vulgarisasi doktrin-doktrin normatif dan sistem kepercayaan Islam. Oleh karena itu, mengkaji hubungan antara Islam dan konsep hak asasi manusia berimplikasi pada persoalan krusial seputar bagaimana Islam mendefinisikan dirinya sendiri: Apa yang akan diperjuangkan dan diwakili Islam di zaman sekarang? Apa asosiasi simbolis yang akan dipikirkan kalangan Muslim ataupun non-Muslim ketika membayangkan tradisi islami? Sehingga persoalan berikutnya adalah hubungan antara Islam modern dan tradisi humanisnya sendiri: Sejauh mana Islam modern akan berkaitan dengan dan mengembangkan pengalaman historis humanisme islami?[3]

Dewasa ini, dan jauh sebelum tragedi 9/11, masyarakat Muslim didera oleh berbagai kejadian yang mengusik dan bahkan mengguncang dunia. Kejadian-kejadian yang mengusik secara moral—seperti publikasi *The Satanic Verses* yang diikuti fatwa mati untuk Salman Rushdie; perajaman dan pemenjaraan para korban pemerkosaan di Pakistan dan Nigeria; tontonan pencambukan, rajam, dan pemenggalan pelaku pidana di Sudan, Iran, dan Saudi Arabia; pelecehan perempuan oleh Taliban; penghancuran patung-patung Buddha di Afghanistan; kejahatan seksual terhadap pekerja domestik di Saudi Arabia; pengasingan penulis-penulis di Mesir; pembunuhan warga sipil dalam serangan bunuh diri; penembakan terhadap lebih dari empat ratus jemaah haji di Mekah oleh polisi Saudi pada 1987; penyanderaan di Iran dan Lebanon; tewasnya tak kurang dari empat belas siswi dalam kebakaran sekolah di Mekah karena mereka tidak diizinkan keluar tanpa hijab; dan perlakuan merendahkan martabat yang dialami perempuan di Saudi Arabia, termasuk larangan mengemudi mobil bagi perempuan, serta banyak peristiwa lainnya—tampaknya telah menjadi riwayat panjang keburukan kaum Muslim di dunia modern.

---

3 Tentang tradisi humanistis dalam Islam, lihat Boisard, *Humanism in Islam; Goodman, Islamic Humanism;* Kraemer, *Humanism in the Renaissance of Islam;* Makdisi, *The Rise of Humanism in Classical Islam and the Christian West.*

Tujuan saya dalam bab ini bukanlah untuk memaparkan alasan-alasan sosiopolitis atas maraknya tindakan-tindakan buruk dalam konteks Islam modern. Selain itu—meski, harus diakui, saya memang membahas tradisi islami sebagai "orang dalam"—saya tidak bermaksud, katakanlah, membela atau membersihkan nama Islam dengan membuktikan bahwa kepercayaan dan keyakinan Islam sejalan dengan hak asasi manusia. Untuk alasan-alasan yang dijelaskan berikut, saya kira pendekatan semacam itu tidak akan jujur secara intelektual dan pada akhirnya tidak akan meyakinkan ataupun efektif. Ketimbang itu, bab ini bermaksud membahas simpul-simpul ketegangan utama antara tradisi Islam dan sistem pendirian hak asasi manusia untuk menelusuri kemungkinan tercapainya rekonsiliasi normatif antara kedua tradisi moral tersebut.

Dalam bab ini saya akan berusaha mengidentifikasi sebagian kendala utama yang menghambat keterlibatan Islam yang serius di bidang ini dan menganalisis berbagai sumber daya yang ada dalam doktrin Islam untuk mewujudkan visi hak asasi manusia. Pada intinya, bab ini akan fokus pada sumber-sumber daya—yakni aspek-aspek doktrin dalam pemikiran Muslim yang dapat memberi legitimasi, mendorong, atau menggagalkan berseminya praktik hak asasi manusia dalam kebudayaan Muslim. Pada prinsipnya, sumber daya doktrin tersedia dalam keadaan terbengkalai, kecuali diangkat dan diarahkan melalui pemikiran sistematis, didukung praktik sosial kumulatif, menuju pembentukan suatu budaya yang menjunjung dan memajukan hak asasi manusia. Bab ini akan fokus pada sumber daya doktrinal atau konsep-konsep yang dikonstruksi oleh ikhtiar tafsir para ulama Muslim (terutama para fuqaha), tetapi tidak pada praktik sosiopolitis yang aktual dalam sejarah Islam.

Salah satu ciri kuat doktrin—khususnya doktrin teologis dan keagamaan—adalah ia tidak mesti terkunci dalam suatu praktik sosio-politis-historis tertentu. Doktrin keagamaan dapat disuling dari agregasi dan akumulasi praktik sejarah masa lalu, lalu direkonstruksi dan diciptakan kembali untuk meraih tujuan sosial dan politis yang sama sekali baru. Saya akui bahwa saya menyimpan secercah optimisme tentang kemungkinan penafsiran ulang doktrin keagamaan untuk menciptakan tradisi sosio-politis baru tanpa harus mengorbankan tampilan ataupun substansi kesahihannya.

Dengan kata lain, saya percaya bahwa jikapun Islam tidak mengenal tradisi hak asasi manusia yang serupa dengan yang dikembangkan di Barat, dengan tekad intelektual, ketekunan analitis, dan komitmen sosial yang memadai, bukan tidak mungkin tradisi semacam itu dapat didesakkan dan kemudian dikembangkan.[4] Artinya, masa lalu memengaruhi—tetapi tidak sepenuhnya menentukan—masa depan dan jika tidak yakin dengan daya transfer gagasan dan kemungkinan transplantasi budaya, tidak akan banyak gunanya kita berbicara tentang kemungkinan hubungan antara Islam dan hak asasi manusia.

B. Kolonialisme, para Apologetis, dan Wacana Hak Asasi Manusia Muslim

Konstruksi hak asasi manusia telah mencapai pemaknaan simbolis yang penting di dunia modern. Secara politis, terlepas apakah suatu negara pada kenyataannya sering melanggar hak warga negaranya atau tidak, sebagian besar negara berpretensi bahwa mereka menghormati versi tertentu dari hak asasi manusia. Dalam setengah abad terakhir, hak asasi manusia telah menjadi bagian yang signifikan dari hubungan internasional seiring menyebarnya kepedulian dan wacana hak asasi manusia secara global. Setidaknya sejak piagam International Bill of Rights diterima secara luas, gagasan hak asasi manusia telah dikukuhkan menjadi konstruksi simbolis yang kuat dan sering digunakan untuk mempermalukan banyak pemerintah sehingga mereka lebih menahan diri dalam berhadapan dengan warga negaranya.

Yang patut dicatat, di dunia Muslim, gerakan hak asasi manusia berhasil memikat, sebut saja, pengikut-pengikut "pribumi", dan akibatnya, tak heran jika bahasa hak asasi manusia kemudian digunakan sebagai sarana untuk mengekspresikan perlawanan dan menggugat pemerintah setempat. Ini terutama berlaku bagi aktivis hak perempuan di dunia Muslim yang sering

[4] Untuk argumen bahwa beberapa yang dipercayai sebagai tradisi kuno adalah sebenarnya hal yang baru dikembangkan, lihat pengantar dan bab penutup yang ditulis oleh Hobsbawm dalam *The Invention of Tradition,* Hobsbawm dan Ranger (ed.), hlm. 1—14, 263—307.

merujuk standar-standar dan kewajiban internasional sebagai alat untuk menekan pemerintah negara mereka.[5] Namun, terlepas dari dukungan lokal serta kooptasi bahasa dan paradigma hak asasi manusia internasional oleh sebagian aktivis dalam mengartikulasikan tuntutan sosial dan politis, dinamika yang berkembang di negara-negara Muslim agak berbeda. Meski negara-negara seperti Mesir, Lebanon, dan Tunisia terlibat aktif dalam menyusun bahasa aspiratif dalam berbagai dokumen hak asasi manusia internasional, masih tersisa ketegangan yang cukup besar antara hukum Islam tradisional dan tuntutan-tuntutan normatif hak asasi manusia. Hal ini terutama berlaku dalam persoalan-persoalan yang terkait dengan hukum status pribadi, kesetaraan hak bagi perempuan, kemerdekaan beragama, dan hukuman pidana Islam yang keras untuk pelanggaran-pelanggaran seperti pencurian, zina, dan kemurtadan.[6] Namun, tanggapan intelektual dan teologis yang utama terhadap tantangan hak asasi manusia internasional mengikuti pola yang telah tertanam kuat sejak gencarnya kolonialisme dan kritisisme para orientalis terhadap tradisi dan sistem kepercayaan islami.

---

5 Sebagai contoh, lihat Black, *Islam and Justice;* Cotran dan Yamani, *The Rule of Law in the Middle East and the Islamic World; Dwyer, Arab Voices; Waltz, Human Rights and Reform,* hlm. 14—34, 216—230. Mengenai dampak wacana HAM internasional di Mesir, lihat Boyle, "Human Rights in Egypt," hlm. 87—114. Untuk kajian yang lebih umum tapi juga fokus pada Aljazair, lihat Monshipouri, *Democratization, Liberalization, and Human Rights in the Third World.* Analisis yang lebih mendalam diberikan Dalacoura dalam *Islam, Liberalism, and Human Rights.*

6 Mengenai persoalan ketegangan umum antara hukum Islam dan hukum HAM, lihat Tibi, "Islamic Law/Shari'a and Human Rights," hlm. 75–96. Mengenai tanggapan beberapa negara Muslim terhadap kewajiban HAM, lihat Mayer, *Islam and Human Rights*. Mayer mengkritik praktik beberapa negara Muslim yang mengajukan reservasi terhadap perjanjian-perjanjian hak asasi manusia dengan menyatakan bahwa mereka terikat pada hukum hak asasi manusia hanya sejauh kewajiban internasional tersebut konsisten dengan hukum Syariat. Lihat juga Mayer, "Cultural Pluralism as a Bar to Women's Rights", hlm. 176–188. Mengenai perlakukan terhadap minoritas agama dalam hukum Islam tradisional dan pertentangan dengan hukum HAM internasional, lihat Mohammad Tal'at Al Ghunaimi, *The Muslim Conception of International Law and the Western Approach*, hlm. 212–216. Lihat Kelsay, "Saudi Arabia, Pakistan, and the Universal Declaration of Human Rights," hlm. 33–52. Untuk dua perspektif yang sangat kritis atas status perempuan dalam hukum tradisional Syariat lihat Abdel Halim, "Reconciling the Opposites", hlm. 203–213, dan Afkhami, "Gender Apartheid and the Discourse of Relativity of Rights in Muslim Societies", hlm. 67–77. Lihat juga Cooke dan Lawrence, "Muslim Women Between Human Rights and Islamic Norms," hlm. 313–328. Tentang hukuman pidana Islami dan HAM, lihat An-Na'im, "Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights," hlm. 19–43. Lihat juga Mayer, "A Critique of An-Na'im's Assessment of Islamic Criminal Justice", hlm. 37–60. Mengenai kemerdekaan keagamaan dalam Islam, lihat Lerner, *Religion, Beliefs, and International Human Rights*, hlm. 47–48.

Kolonialisme, dan institusi orientalisme yang menyertainya, tidak hanya berperan penting dalam melemahkan institusi tradisional pembelajaran dan yurisprudensi Muslim, tetapi juga menjadi tantangan serius terhadap epistemologi pengetahuan tradisional dan kepekaan nilai-nilai moral Muslim.[7] Walaupun hukum hak asasi manusia internasional telah tertorehkan di berbagai perjanjian internasional pada masa ketika sebagian besar negara Muslim meraih kemerdekaan politik, pengalaman kolonialisme dan pascakolonialisme telah memengaruhi tanggapan intelektual Muslim di berbagai segi penting. Perjumpaan pertama kaum Muslim dengan konsepsi hak asasi manusia Barat tidak terjadi dalam rupa Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (UDHR) 1948 atau dalam bentuk berbagai konvensi internasional hasil negosiasi. Namun, perjumpaan pertama mereka dengan konsepsi-konsepsi seperti ini terjadi sebagai bagian dari "Beban si Kulit Putih" atau "misi memperadabkan" di era kolonial, dan sebagai bagian dari tradisi hukum natural Eropa, yang sering dieksploitasi untuk membenarkan kebijakan imperial di dunia Muslim.[8]

Pengalaman ini telah memberi dampak yang signifikan pada pemahaman hak asasi manusia dalam imajinasi sosial Muslim dan dalam konstruksi wacana keislaman tentang pokok bahasan ini. Yang paling penting, di kalangan intelektual Muslim, adalah persepsi bahwa bidang hak asasi manusia adalah seluruhnya politis dan bahwa ia sarat dengan kemunafikan Barat yang meluas. Gencarnya politisasi persoalan hak asasi manusia membuat bidang ini sering dijadikan ajang pertarungan orientasi kultural yang berbeda di dalam masyarakat Muslim. Di dalam tulisan-

7 Lihat Anderson, *Islamic Law in the Modern World*; Anderson, *Law Reform in the Muslim World*; Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories*, hlm. 207–211. Mengenai penerapan hukum sekuler dan kemunculan para profesional hukum Barat di Mesir, lihat Ziadeh, *Lawyers, the Rule of Law, and Liberalism in Modern Egypt,* hlm. 3–61.

8 Studi klasik tentang orientalisme dan pengaruhnya tetaplah yang dilakukan oleh Said, *Orientalism* dan *Culture and Imperialism*. Untuk survei mendalam tentang orientalisme dan praktik-praktiknya, lihat Turner, *Orientalism, Postmodernism and Globalism*, hlm. 3–114. Lihat Hussain, Olson, dan Qureshi, *Orientalism, Islam, and Islamists*. Untuk survei informatif tentang orientalisme dan praktiknya, lihat Macfie, *Orientalism*. Euben dalam *Enemy in the Mirror* berpendapat cukup persuasif bahwa fundamentalisme Islam merupakan bentuk kritik atau protes terhadap modernisme rasionalis. Mengenai pembahasan kemunculan wacana feminis dan "White Woman's Burden," lihat A. Ali, *The Emergence of Feminism Among Indian Muslim Women 1920–1947*; Ahmed, *Women and Gender in Islam*; Charrad, *States and Women's Rights*; Chaudhuri dan Strobel, *Western Women and Imperialism*; Jayawardena, *The White Woman's Other Burden*; S. Ali, *Gender and Human Rights in Islam and International Law*.

tulisan para dogmatis seperti Sayyid Qutb, Abu A'la Al-Mawdudi, dan Jalal Kishk, wacana hak asasi manusia sering digambarkan sebagai bagian dari invasi budaya Barat ke tanah-tanah Muslim dan sebagai alat untuk menanamkan perasaan inferior di dalam diri umat Muslim. Walaupun pada akhir abad ke-19 dan awal abad ke-20 ada beberapa upaya sistematis untuk berdamai dengan tradisi hukum natural Barat secara umum[9] dan hak asasi manusia secara khusus, tetapi respons intelektual Muslim makin mengerucut pada dua orientasi yang dominan, yang pertama apologetis dan yang kedua menantang dan eksepsionalis.

Orientasi apologetis mencakup upaya sejumlah besar kalangan islamis untuk mempertahankan dan menyelamatkan sistem kepercayaan dan tradisi Islam dari serbuan westernisasi dan modernitas dengan terus menekankan supremasi dan kompatibilitas Islam. Kaum apologis menanggapi tantangan intelektual modernitas dan paradigma universalis Barat dengan mengadopsi fiksi sentimental tentang anggapan kesempurnaan Islam dan mengesampingkan segala evaluasi kritis atas doktrin-doktrin Islam. Sarana heuristis para apologis umumnya adalah dengan berargumen bahwa segala institusi modern yang terpuji dan bernilai itu kali pertama diciptakan dan diwujudkan oleh kaum Muslim. Maka, menurut mereka, Islam telah membebaskan perempuan, menciptakan demokrasi, mendukung pluralisme, dan melindungi hak asasi manusia, jauh sebelum pranata-pranata tersebut muncul di Barat.[10]

Para apologis Muslim menghasilkan banyak sekali tulisan yang mengklaim kesesuaian inheren Islam dengan hak asasi manusia internasional, bahkan mengklaim bahwa Islam merupakan ekspresi hak asasi manusia yang lebih lengkap dan padu. Teks-teks semacam ini mengikuti pola dan metodologi dasar yang sama; mereka memerinci hak-hak yang konon dijamin oleh Islam dan hak-hak yang diperinci tersebut

9 Periode ini digambarkan oleh beberapa sarjana sebagai masa liberal Islam modern. Lihat Binder, Islamic Liberalism; Brown, *Rethinking Tradition in Modern Islamic Thought*; Hourani, *Arabic Thought in the Liberal Age*; Lee, *Overcoming Tradition and Modernity*. Lee berfokus pada pemikiran reformatif empat pemikir Islam modern berpengaruh. Untuk kutipan dari hasil kerja Muslim liberal, lihat Kurzman, *Liberal Islam*. Lihat juga Isik, *The Religion Reformers in Islam*.

10 Untuk analisis yang kritis dan sama suramnya oleh seorang intelektual Muslim mengenai dampak para apologetis terhadap budaya Muslim, lihat Ramadan, *Islam, the West and the Challenges of Modernity*, hlm 286–290. Untuk analisis mendalam mengenai peran para apologetis dalam Islam modern, lihat Smith, *Islam in Modern History*.

bersesuaian, atau berkorelasi, terutama dengan hak asasi manusia utama yang dituangkan dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Sering kali, demi menunjukkan pendapatnya, tulisan-tulisan tersebut secara selektif mengutip ayat Al-Quran atau suatu laporan anekdotal yang disandarkan pada Nabi untuk setiap hak yang diklaimnya.

Walaupun begitu, hak-hak tersebut tidak diklaim dari suatu proses pergulatan kritis dengan teks Islam atau pengalaman historis yang melahirkan teks tersebut atau bahkan dari komitmen ideologis ataupun pemahaman mendalam atas implikasi hak-hak yang dimaksud. Justru hak-hak ini diklaim terutama demi melawan efek dekonstruktif westernisasi, mengafirmasi harga diri, dan mencapai suatu pemberdayaan emosional. Orientasi apologetis mengangkat persoalan autentisitas islami dalam hubungannya dengan hak asasi manusia internasional, tetapi tidak menelaahnya secara serius. Dengan hanya berasumsi bahwa Islam sudah menyediakan ekspresi hak asasi manusia internasional yang sejati dan autentik, orientasi apologetis menjadikan hak-hak internasional tadi sebagai sesuatu yang percuma.

Akan tetapi, yang kemudian tumbuh secara alamiah dari posisi ini adalah rasa percaya diri yang dibuat-buat dan kemandekan intelektual yang tidak terlalu serius memperlakukan baik tradisi Islam maupun hak asasi manusia itu sendiri. Satu konsekuensi serius dari orientasi ini adalah bahwa hingga kini belum muncul satu pun wacana islami yang serius tentang hak asasi manusia. Dengan mengakui hak asasi manusia dalam Islam secara sentimental alih-alih menyelidikinya, gerakan apologetis pada dasarnya telah menutup mata terhadap titik-titik ketegangan antara kedua sistem keyakinan ini.[11]

Terlihat jelas di sini bagaimana nyaris tidak ada upaya filosofis dan teologis terhadap persoalan hak asasi manusia dalam Islam. Sebagaimana dibahas kemudian, tidak seperti karya teologis Islam klasik yang spekulatif dan konsepsi hak menurut Islam pramodern yang acap kali kompleks, pendekatan islamis kontemporer masih hanya menyentuh permukaan. Misalnya, pada masa kejayaan ideologi sosialis di dunia ketiga, kebanyakan islamis bersikukuh bahwa karakter utama pendekatan Islam terhadap hak

11 Tentang subjek ini, lihat kumpulan artikel An-Na'im et al., *Human Rights and Religious Values*.

adalah kolektivisme dan bukan individualistik. Namun, pada 1980-an, dengan semakin menguatnya pengaruh Amerika Serikat di kancah dunia, sejumlah besar islamis mengklaim bahwa Islam menekankan konsepsi individual dari hak dan menjamin hak atas kepemilikan pribadi.

C. Puritanisme, Antiwesternisme, dan Eksepsionalisme dalam Wacana Muslim

Pada 1970-an, sebagian besar dunia Muslim menyaksikan kebangkitan kembali Islam yang muncul dalam rupa gerakan puritan kuat yang menuntut kembali ke identitas Islam yang autentik melalui penerapan kembali hukum Syariat. Seruan kembali ke identitas Islam yang autentik serta penegasan kembali hukum Syariat adalah tema yang selalu didengungkan selama era kolonial. Gerakan teologis Wahhabi[12] ataupun Salafi[13]—para pengusung

[12] Dasar teologi Wahhabi diletakkan oleh Muhammad b. 'Abd Al-Wahhab (w. 1206/1792), seorang pendakwah abad ke-18 yang ingin membersihkan Islam dari segala bentuk kerusakan yang dia percayai telah merasuk ke dalam agama—seperti mistisisme, termasuk doktrin syafaat, dan rasionalisme. Kesederhanaan, ketegasan, dan keutuhan pemikiran keagamaan 'Abd Al-Wahhab menjadikannya menarik bagi suku-suku gurun, terutama di daerah Najd. Ide-ide 'Abd Al-Wahhab tidak akan tersebar, bahkan di Arab sekalipun, jika bukan karena keluarga Al Saud yang bergabung dengan gerakan Wahhabi pada akhir abad ke-18 dan memberontak terhadap kekuasaan Ottoman di Arab. Pemberontakan Wahhabi cukup besar dan pada satu titik mencapai hingga Damaskus di utara dan Oman di selatan. Namun, pasukan Mesir di bawah kepemimpinan Muhammad Ali pada 1818 menumpas pemberontakan tersebut setelah beberapa ekspedisi gagal dan Wahhabisme nyaris punah. Namun, ideologi Wahhabi dibangkitkan kembali pada awal abad ke-20 di bawah kepemimpinan Abd Al-Azis b. Al Sa'ud (berkuasa 1319—1373/1902—1953) yang mengadopsi teologi puritan Wahhabi dan bersekutu dengan suku Najd sehingga melahirkan apa yang kemudian menjadi Saudi Arabia.

[13] Salafisme adalah aliran yang terbentuk pada akhir abad ke-19 oleh para reformis Muslim seperti Muhammad 'Abduh (w. 1323/1905), Jamal Al-Din Al-Afghani (w. 1314/1897), Muhammad Rasyid Rida (w. 1354/1935), Muhammad Al-Syaukani (w. 1250/1834), dan Al-Jalal Al-San'ani (w. 1225/1810). Salafisme menyerukan konsep yang sangat dasar dan fundamental dalam Islam, yaitu bahwa kaum Muslim seharusnya mengikuti teladan Rasulullah dan para sahabatnya yang telah mendapat petunjuk-Nya (*al-salaf al-salih*). Para pendiri salafisme berpendirian bahwa dalam segala hal, para Muslim seharusnya merujuk kembali sumber naskah asli Al-Quran dan Sunnah (preseden) Nabi. Dalam menjalankan hal tersebut, kaum Muslim seharusnya menafsirkan sumber asli untuk keperluan dan tuntutan masa modern tanpa tunduk pada preseden tafsir generasi Muslim sebelumnya. Secara metodologi, salafisme hampir identik dengan wahhabisme, kecuali bahwa wahhabisme jauh lebih toleran terhadap keberagaman dan perbedaan pendapat. Namun, sebelum 1980-an, wahhabisme mengooptasi bahasa, simbolisme, dan bahkan nama salafisme itu sendiri sehingga dapat menyebar di dunia Muslim dengan label Salafi.

utama puritanisme Islam—muncul di era kolonial dan tetap aktif selama abad ke-20. Namun, karena berbagai alasan, termasuk penyebarluasan agama yang agresif serta dukungan keuangan berlimpah dari Saudi Arabia, kedua gerakan ini praktis tidak lagi bisa dibedakan satu dari yang lainnya dan keduanya juga menjadi kekuatan teologis dominan dalam Islam kontemporer.

Puritanisme menentang ketidakpastian masa modern dengan beralih pada literalisme yang ketat ketika teks menjadi satu-satunya sumber legitimasi. Gerakan ini ingin kembali ke masa yang dianggap sebagai zaman keemasan Islam, yaitu ketika Nabi menciptakan masyarakat Madinah yang adil dan sempurna. Menurut kaum puritan, adalah suatu keharusan untuk kembali ke Islam yang dianggap murni, sederhana, dan tidak berbelit-belit, yang diyakini dapat diraih dengan menerapkan perintah dan teladan Nabi secara literal dan dengan mengamalkan praktik ritual yang benar secara ketat. Orientasi puritan juga menganggap segala bentuk pemikiran moral yang tidak sepenuhnya bergantung pada teks sebagai bentuk pemberhalaan diri dan memperlakukan bidang-bidang pengetahuan humaniora, khususnya filsafat, sebagai "ilmu-ilmu iblis". Ia juga menolak segala upaya untuk menafsirkan hukum ilahiah dari sudut pandang historis atau kontekstual dan, bahkan, memperlakukan nyaris seluruh sejarah Islam sebagai perusakan atau penyimpangan dari Islam yang benar dan autentik. Hermeneutika tradisi yurisprudensi klasik yang dialektis dan tidak deterministik dianggap sebagai perusak kemurnian akidah dan hukum dan gerakan puritan menjadi sangat tidak toleran terhadap praktik yang sudah berlaku lama dalam Islam yang menganggap berbagai mazhab sama-sama ortodoksnya. Ia juga berupaya untuk mempersempit banyak persoalan ketika kaum Muslim boleh secara sah berbeda pendapat.

Dalam banyak hal, gerakan puritan mereproduksi kembali sikap mental yang diadopsi oleh gerakan apologetis. Ia mengesampingkan segala pendekatan analitis dan historis dalam memahami pesan Islam dan mengklaim bahwa segala tantangan yang dihadirkan oleh modernitas pasti dapat diselesaikan dengan kembali pada sumber-sumber asli Al-Quran dan Sunnah. Namun, berbeda dengan orientasi apologetis, kaum puritan bersikukuh pada partikularitas dan keunikan Islam dan menolak

segala universalisme, kecuali universalitas Islam. Kaum puritan menentang kesediaan kaum apologis untuk mengartikulasi Islam dengan begitu mudahnya mengikuti tren ideologis terkini dan memilih keluar sama sekali dari proses tersebut. Dalam paradigma puritan, Islam itu sempurna, tetapi kesempurnaan tersebut bermakna bahwa Islam pada hakikatnya tidak perlu menyesuaikan atau membuktikan bahwa ia kompatibel dengan segala sistem pemikiran lain. Menurut paradigma ini, Islam adalah sistem kepercayaan dan hukum yang lengkap dan mandiri yang harus membentuk dunia menurut cita-citanya ketimbang mengakomodasi pengalaman manusia dalam cara apa pun.

Sikap ini, sebagian besar, muncul dari apa yang dikenal sebagai perdebatan *hakimmiyyah* dalam sejarah Islam (supremasi atau kedaulatan). Menurut kaum puritan, dalam Islam supremasi hanya pantas dimiliki Tuhan semata, yang juga merupakan legislator dan pembuat hukum tunggal. Maka, segala posisi normatif yang diturunkan dari proses penalaran manusia atau pengalaman sosiohistoris secara fundamental adalah tidak benar. Satu-satunya posisi normatif yang diizinkan adalah yang diturunkan dari pemahaman atas perintah ilahiah, sebagaimana ditemukan dalam teks ilahiah. Maka, tidak mengherankan bahwa orientasi puritan menganggap segala pendekatan moral yang menggunakan intuisi, nalar, kewajiban kontraktual, atau konsensus sosial dan politik pada hakikatnya mengada-ada dan tidak sah. Semua norma moral dan hukum harus diturunkan dari sumber tunggal, yakni maksud dan kehendak Ilahi.

Dalam persoalan hak asasi manusia universal, tidak terlalu tepat jika digambarkan bahwa orientasi puritan bersifat eksepsionalis karena kaum puritan tidak mencari pengecualian relativis atau kultural terhadap universalisme hak asasi manusia. Kaum puritan mengklaim bahwa hak apa pun yang boleh dinikmati oleh manusia, seluruhnya ada di bawah lingkup hukum Syariat. Penting untuk disadari bahwa kaum puritan tidak menolak, pada prinsipnya, bahwa manusia memiliki hak; mereka mengatakan bahwa hak itu tidak mungkin ada kecuali diberikan oleh Tuhan. Maka, dapat dilihat dalam literatur puritan bahwa tidak ada upaya untuk menjustifikasi hak-hak internasional dalam kerangka Islam, tetapi hanya upaya untuk menegakkan hukum ilahiah, dengan asumsi bahwa hukum tersebut,

pada dirinya, sudah memberikan tatanan yang adil dan bermoral bagi umat manusia.

Akan tetapi, walau mengusung panji autentisitas dan legitimasi Islam, orientasi puritan jauh lebih anti-Barat ketimbang pro-Islam. Kepedulian utama kaum puritan bukanlah untuk menggali atau menyelidiki parameter nilai-nilai Islam atau pengalaman historis peradaban Islam, melainkan lebih untuk menentang Barat. Dalam hal ini, Islam hanya menjadi semesta simbolis tempat mereka berfungsi dan bukanlah keharusan normatif yang menciptakan sistem nilai mereka. Walaupun kaum puritan berpretensi bahwa Syariat terdiri atas serangkaian perintah ilahiah yang dapat dipastikan secara objektif, pada kenyataannya hukum ilahiah adalah produk sampingan dari suatu proses penafsiran yang seluruhnya manusiawi dan bisa salah. Apa pun yang dikualifikasi sebagai hukum Syariat, sekalipun terinspirasi oleh perintah yang ditemukan dalam teks keagamaan, merupakan produk upaya manusia dan penetapan yang mencerminkan keadaan sosiohistoris yang subjektif. Dengan itu, penetapan kaum puritan sama subjektif dan kontekstualnya seperti halnya penafsiran yuristik lain yang lebih terdahulu dalam Islam.

Bagaimanapun, aspek yang paling kentara tentang ketetapan para puritan adalah sifatnya yang reaktif. Orientasi puritan selama ini terkucil dan tertaut secara dangkal dengan tradisi Islam seperti orientasi apologetis. Puritanisme memahami dan mengonstruksi Islam hanya melalui prisma keinginan untuk menjadi mandiri secara kultural dari Barat. Dengan itu, tujuan utamanya adalah untuk bereaksi terhadap supremasi Barat di dunia modern dengan, secara efektif, mengonstruksi Islam sebagai antitesis Barat atau setidaknya antitesis atas pandangan yang esensialistik tentang Barat. Sikap reaktif ini signifikan karena ia membentuk sebagian besar diskursus puritan tentang gagasan hak asasi manusia. Karena hak asasi manusia internasional dipandang sebagai sesuatu yang berasal dari Barat, mereka menentangnya hanya atas dasar ini dan bahkan para sarjana Islam yang menemukan kesesuaian doktrinal pun mereka anggap telah teracuni oleh Barat dan selanjutnya diperlakukan sebagai pengkhianat tradisi Islam.

D. Komitmen Hak Asasi Manusia dan Ambiguitas dalam Islam

Di antara dua tanggapan dominan yang apologetis dan puritan, wacana Islam tentang persoalan hak asasi manusia masih sangat tidak berkembang.[14] Sebagai akibatnya, terdapat begitu banyak ambiguitas seputar apa yang dapat disebut sebagai komitmen hak asasi manusia dalam Islam modern. Pada hakikatnya, komitmen hak asasi manusia lahir dari paradigma keyakinan: hak asasi manusia adalah kepercayaan moral dan normatif tentang nilai dasar dan standar eksistensi yang harus dijamin dalam setiap manusia.[15] Apakah kepercayaan ini didasarkan pada visi tentang martabat manusia, kemampuan nalar, atau kemerdekaan dari mudarat dan penderitaan, pada dasarnya ia merupakan komitmen pada kesejahteraan manusia. Visi tentang hak dari kalangan komunitarian dan kolektivis sekalipun sering kali dipaksa untuk menjustifikasi komitmennya dengan mengklaim memenuhi kesejahteraan sebagian besar anggota masyarakat atau kolektivitas yang dibayangkan.

Hal yang penting di sini, visi hak asasi manusia tidak mesti mengecualikan persepsi subjektif atau kontekstual tentang hak atau kepemilikan (*entitlement*). Visi semacam ini tidak harus didasarkan pada gagasan bahwa ada sekumpulan hak asasi manusia yang tidak berubah dan tidak berkembang dari awal sejarah manusia sampai hari ini. Namun, visi hak asasi manusia memang cenderung mengobjektifikasi dan menggeneralisasi pengalaman subjektif manusia. Dengan mengevaluasi pengalaman sosiohistoris manusia—segala tuntutan perlindungan yang pernah diajukan serta resistensi terhadap tuntutan tersebut—dan dengan mengevaluasi dampak berbagai praktik yang mengakibatkan penderitaan, degradasi, atau menghambat kemampuan manusia untuk berkembang, artikulasi suatu visi hak asasi manusia universal yang terobjektifikasi dan harus dinikmati semua manusia pun menjadi sesuatu yang mungkin dilakukan.[16]

---

[14] Untuk ulasan tentang respons Islami terhadap HAM internasional, lihat Brems, *Human Rights*, hlm. 183–293; Mayer, "The Dilemmas of Islamic Identity", hlm. 94–110.

[15] Lihat diskusi tentang poin ini oleh Ignatieff, *Human Rights*, hlm. 53–94.

[16] Misalnya, seseorang bisa bicara tentang hak atas pendidikan karena kenyataannya hak

Pada tataran legalistik, yang dikenal sebagai Bill of International Human Rights dapat dikatakan sudah mengakui apa yang seharusnya menjadi standar objektif bagi perilaku manusia dan standar semacam ini mengikat semua bangsa di dunia, bahkan terhadap negara yang belum menjadi penanda tangan kedua kovenan hak asasi manusia di dalamnya. Namun, terlepas apakah argumen hukumnya valid atau tidak, tatanan hak asasi manusia universal sangat jelas memiliki karakteristik suatu ideologi yang, sangat mirip dengan keyakinan keagamaan, meyakini bahwa manusia harus dipelakukan dalam cara tertentu karena, sesederhana suatu keyakinan, ini adalah sesuatu yang benar dan baik untuk dilakukan. Pada saat klaim atas satu hak diobjektifikasi sebagai persoalan komitmen dan kepercayaan, kecuali ia melewati suatu proses dekonstruksi dan de-objektifikasi, ia menjadi mengikat bagi semua dan ia juga menjadi tolok ukur untuk menilai perilaku para pihak yang melanggarnya.[17]

Satu aspek penting yang dimiliki oleh tatanan hak asasi manusia ataupun sistem keagamaan adalah objektifikasi pengalaman subjektif. Tegangan antara agama dan hak asasi manusia, sebagai sistem rujukan keyakinan, bukanlah pada pengalaman subjektifnya. Penghormatan yang sejati terhadap hak asasi manusia dapat secara subjektif dialami dalam cara yang sepenuhnya konsisten dengan keyakinan keagamaan seseorang.[18]

tersebut dibutuhkan dan sering diingkari. Di sisi lain, tidak ada yang bicara tentang hak untuk pergi ke kakus karena fungsi semacam ini biasanya tidak dituntut lalu diingkari. Namun, hak semacam itu dapat diartikulasikan jika, misalnya, aktor negara atau non-negara menyiksa seorang tahanan dengan tidak memberinya akses terhadap fasilitas semacam ini. Saya di sini bukan sedang mengartikulasi pemahaman sosiologis tentang hak insani. Suatu hak dapat hadir sebagai hak yang kekal, tetapi tidak diakui atau diklaim sampai pengalaman manusia menunjukkan adanya kebutuhan untuk mengakui dan mengklaimnya. Tentang pengakuan dan penguatan sosial atas hak, lihat Martin, *A System of Rights*, hlm. 24-97.

17 Hal ini dengan jelas dicontohkan oleh praktik pemerkosaan "politis" untuk balas dendam yang sayangnya masih terjadi di beberapa negara. Begitu hak perempuan untuk terbebas dari penganiayaan seksual diakui, pemerkosaan politis tidak lagi dapat dibenarkan terlepas berlaku atau tidaknya argumen tersebut. Apakah pemerkosaan disebut di dalam deklarasi atau perjanjian internasional, dan apakah suatu negara menjadi penanda tangan kovenan tertentu atau tidak, hal itu tidak relevan untuk menilai keburukan moral dari pemerkosaan balas dendam. Tentang pemerkosaan balas dendam, lihat Haeri, "The Politics of Dishonor," hlm. 161–174.

18 Dengan menjalankan keteguhan niat, seseorang dapat mengatasi sebagian besar, jika tidak semua, konflik antara keyakinan keagamaan dan klaim hak insani. Misalnya, walau hukum ilahiah memerintahkan bahwa tangan seorang maling harus dipotong, saya dapat menolak untuk memotong tangan siapa pun atau bahkan menolak untuk menuntut siapa pun jika hukumannya begitu keras. Begitu pula, saya dapat menolak perajaman seorang pezina sampai mati atau menolak untuk ambil bagian dalam acara persidangan yang akan membawa pada

Dengan kata lain, pengalaman unik seseorang yang religius dapat menyelesaikan segala kemungkinan tegangan antara keyakinan keagamaan pribadinya dan hak asasi manusia. Pada tataran subjektif, orang-orang dapat merasakan bahwa mereka belum mengalami konflik yang tidak terdamaikan antara komitmen mereka terhadap hak asasi manusia dan keyakinan keagamaannya.

Alih-alih, ketegangan antara sistem keyakinan agama dan hak asasi manusia ada pada standar dan realitas yang terobjektifikasi yang diklaim oleh masing-masing sistem.[19] Sederhananya, di antara dua sistem yang digeneralisasi dan diobjektifikasi tersebut mana yang patut ditaati dan mana yang merupakan kerangka acuan tertinggi? Kecuali dikatakan, seperti diklaim tradisi hukum natural tradisional, bahwa Tuhan berkehendak agar manusia memiliki serangkaian hak, ketegangan di antara kedua sistem tersebut tidak dapat dihindarkan.[20] Jika berbagai hak asasi manusia yang tergeneralisasi dan terobjektifikasi yang diklaim oleh orang-orang ternyata sama dengan hak yang ditetapkan secara ilahiah, secara efektif tegangan ini selesai atau malah sejak semula tidak ada. Tegangan ini paling nyata saat pengalaman religius yang terobjektifikasi tidak sejalan dengan klaim hak asasi manusia yang terobjektifikasi. Hal ini khususnya berlaku, seperti situasi hari ini, ketika klaim seperti ini muncul dari paradigma yang secara fundamental sekuler.[21]

Ambiguitas yang ditemui dalam diskursus Muslim modern tentang komitmen terhadap hak asasi manusia adalah akibat kegagalan untuk mengonfrontasi pengalaman objektif Islam dengan hak asasi manusia. Diskursus apologetis menghindari persoalan ini dengan berasumsi bahwa kedua pengalaman seharusnya satu dan sama dan bahwa Tuhan telah memberi manusia serangkaian hak yang sama dengan yang ditemukan dalam diskursus hak asasi manusia internasional. Namun, klaim semacam

---

hukuman rajam. Tentunya, semakin suatu sistem wajib dan semakin ia menafikan keteguhan niat individual, semakin besar tegangan antara pengalaman subjektif dan standar hak insani.

19 Tentang dinamika antara agama dan hak insani, lihat Marty, "Religious Dimensions of Human Rights", hlm. 1-16.

20 Lihat Mitchell, *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, hlm. 103–18; Tuck, *Natural Rights Theories*, hlm. 5–31. Tentang agama dan tradisi hak natural, lihat Gordis, "Natural Law and Religion," hlm. 240–76; Sigmund, *Natural Law in Political Thought*, hlm. 36–89; Strauss, *Natural Right and History*, hlm. 81–164.

21 Lihat Monshipouri, *Islamism, Secularism, and Human Rights in the Middle East*, hlm: 207–35.

ini tidak dihasilkan dari proses re-objektifikasi atau rekonstruksi Islam agar dapat merancang konsistensi semacam ini. Di tengah pengalaman kolonial dan persepsi kemunafikan yang luas dalam praktik hak asasi manusia, banyak Muslim tidak memperlakukan diskursus hak asasi manusia secara cukup serius untuk dapat menghasilkan rancangan pengalaman Islam terobjektifikasi semacam itu.

Di sisi lain, orientasi puritan memilih untuk berada di luar proses ini sama sekali. Dengan menegaskan supremasi Islam sebagai sistem keyakinan, mereka secara prinsip menolak proses rekayasa ulang dan re-objektifikasi Islam untuk menyelesaikan tegangan seperti ini. Inilah mengapa orientasi puritan menentang klaim hak asasi manusia internasional kontemporer dan berasumsi bahwa perintah-perintah Islam sudah semestinya berbeda dengan imperatif yang ditetapkan komitmen hak asasi manusia. Ironisnya, dengan mengambil sikap seperti ini, orientasi puritan pada akhirnya menegasi integritas pengalaman Islam dan, demi sikap "asal beda" mereka, menafikan apa-apa yang bisa dianggap islami secara hakiki sekaligus konsisten dengan tradisi hak asasi manusia internasional.

Mengakui betapa dominannya pendekatan apologetis dan puritan dalam Islam modern bukan berarti hubungan problematik antara kedua sistem keyakinan, Islam dan hak asasi manusia, mustahil didamaikan. Justru, pengakuan semacam ini adalah prakondisi penting untuk membangun massa kritis dengan pemikiran keislaman analitis yang sungguh-sungguh atas persoalan ini. Sebelumnya sudah pernah ada upaya serius, khususnya di Iran, untuk menyelesaikan tegangan di antara kedua sistem. Namun, sejauh ini upaya-upaya tersebut belum mencapai tingkatan massa kritis yang dapat dianggap sebagai gerakan intelektual yang serius.[22]

Secara metodologis, banyak upaya semacam ini berusaha menemukan nilai pokok Islam, seperti toleransi, martabat, atau penentuan nasib sendiri dan menggunakan nilai ini sebagai pintu masuk untuk mengintegrasikan tradisi hak asasi manusia ke dalam Islam. Namun, ada pula upaya-upaya lain yang menggunakan argumen maksud-awal, yang mengatakan bahwa maksud awal Tuhan sudah sejalan dengan tatanan hak bagi umat manusia yang lebih luas, tetapi pengalaman sosiohistoris selama ini tidak mampu

[22] Untuk konteks Iran, lihat Mir-Hosseini, *Islam and Gender*; Soroush, *Reason, Freedom and Democracy in Islam*, hlm. 61–64, 122–130, 132–133.

memenuhi maksud tersebut.[23] Yang hendak saya lakukan di sini bukanlah mengkritik pendekatan metodologis tersebut dan saya bukannya tidak setuju dengan pendekatan mereka. Namun, saya berpikir bahwa diskursus keislaman perlu melangkah lebih jauh dari sekadar mengidentifikasi nilai-nilai inti atau membangun argumen tentang kehendak ilahiah yang senantiasa goyah sepanjang sejarah.

Tidaklah berlebihan untuk mengatakan bahwa yang diperlukan di sini adalah pemikiran ulang yang serius tentang berbagai kategori teologi islami yang diwarisi selama ini. Walau demikian, dalam pandangan saya, yang dibutuhkan bukanlah teologi yang berpusat pada manusia, melainkan pemikiran ulang tentang makna dan implikasi ketuhanan serta membayangkan kembali hakikat hubungan antara Khalik dan makhluk-Nya. Tentu benar bahwa dalam diskursus Al-Quran, Tuhan tidak terpengaruh oleh kebaikan atau keburukan sehingga semua perintah ilahiah dirancang untuk memberi manfaat hanya kepada manusia dan bukan Tuhan. Salah satu asas Syariat adalah bahwa segala hukum ditujukan demi manfaat manusia, yang menjadi pengemban utama tugas untuk memenuhi kovenan ilahiah.[24] Namun, pernyataan tujuan hukum islami ini saja dengan sendirinya belum cukup untuk menjustifikasi komitmen pada hak asasi manusia. Tantangannya justru adalah bagaimana membayangkan kembali hakikat kovenan ilahiah tersebut, yang mendefinisikan kewajiban dan hak manusia, agar dapat menempatkan keutamaan hak asasi manusia di titik sentral dan agar dapat melakukan hal tersebut dari suatu perspektif internal yang koheren dalam Islam.

Dari sudut pandang internal, pertanyaannya adalah: Apakah kepercayaan subjektif manusia tentang keberhakan dan hak mereka relevan untuk mengidentifikasi atau mendefinisikan keberhakan dan hak tersebut? Dapatkah manusia mengajukan tuntutan kepada sesama manusia dan kepada Tuhan atas hak dan dengan demikian menjadi layak mendapatkan hak-hak tersebut? Dengan teologi Islam seperti sekarang, jawabannya adalah jelas bahwa, di mata Tuhan, tuntutan manusia tidak ada relevansinya

[23] Sebagai contoh, lihat An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation* dan "Islamic Foundations of Religious Human Rights," hlm 337–359; Esack, *Qur'an, Liberation, and Pluralism*; Kamali, *The Dignity of Man;* Moussalli, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism, and Human Rights*; Sachedina, *The Islamic Roots of Democratic Pluralism*.

[24] Lebih lanjut tentang hal ini, lihat Abou El Fadl, *Speaking in God's Name*, hlm. 32–33.

dengan keberhakan mereka. Tuhan tidak bisa digoyahkan ke satu sisi atau yang lain oleh tuntutan manusia dan adalah sesat untuk berpikir sebaliknya. Respons teologi tradisional Islam ini belum tentu mengecualikan pengakuan atas hak asasi manusia, tetapi saya percaya bahwa respons semacam ini berpotensi menutup kemungkinan untuk memikirkan bidang hak asasi manusia universal yang senantiasa berkembang.

Sebagaimana dicatat sebelumnya di bab ini, di sini saya membahas soal potensi sumber daya dan bukan determinasi absolut. Maka, sebagaimana argumen berikut, tanggapan berbeda terhadap pertanyaan-pertanyaan ini dapat berkontribusi pada, atau dapat menciptakan, peluang untuk menyelesaikan apa yang saya gambarkan sebagai tegangan problematik antara tatanan hak asasi manusia dan Islam. Saya akan berargumen bahwa untuk menciptakan potensi yang memadai untuk mewujudkan komitmen hak asasi manusia dalam Islam, penting untuk membayangkan Tuhan sebagai keindahan dan kebajikan dan bahwa pergulatan kolektif dengan keindahan dan kebajikan ini, dengan kemanusiaan secara umum, adalah bagian dari upaya untuk mewujudkan kehendak ilahiah dalam perikehidupan manusia.

E. Kedaulatan Tuhan dan Kedaulatan Kesejahteraan Manusia

Ahli sejarah dan sosiolog Muslim terkenal, Ibn Khaldun (w. 784/1382) membagi sistem politik menjadi tiga jenis umum. Yang pertama dia gambarkan sebagai sistem alamiah, yang lebih kurang mirip dengan keadaan alami yang primitif. Ini adalah sistem tanpa hukum ketika yang paling kuat mendominasi dan menindas yang lainnya. Sistem kedua, yang oleh Ibn Khaldun disebut sebagai sistem dinasti, adalah juga tiranis tetapi didasarkan pada hukum yang ditetapkan oleh seorang raja atau pangeran. Namun, karena asal-usulnya itu, hukum tersebut tidak berdasar dan semena-mena sehingga rakyat menaatinya karena diharuskan atau di bawah paksaan, tetapi hukumnya itu sendiri tidak sah dan tiranis. Sistem ketiga, dan yang paling superior, adalah khilafah, yang didasarkan pada hukum Syariat. Hukum Syariat memenuhi kriteria keadilan dan legitimasi dan mengikat

baik yang diperintah maupun yang memerintah. Karena pemerintah terikat dengan hukum yang lebih tinggi yang tidak bisa diubah atau digantikan olehnya sendiri, dan karena pemerintah tidak bisa bertindak semena-mena atau di luar kerangka hukum, sistem khilafah, menurut Ibn Khaldun, lebih superior dibandingkan dengan yang lain.

Kategorisasi Ibn Khaldun bukanlah sesuatu yang tidak lazim dalam literatur Islam pramodern. Para fuqaha pramodern sering mengatakan bahwa ciri sempurna pemerintah islami yang sah adalah pemerintah yang tunduk pada dan dibatasi oleh hukum Syariat. Mereka menegaskan bahwa seorang khalifah yang adil haruslah menerapkan dan mengikatkan dirinya pada hukum Syariat. Bahkan, beberapa fuqaha seperti Abu Al-Faraj Al-Baghdadi Ibn Al-Jawzi (w. 597/1200) pernah berpendapat bahwa seorang khalifah yang berusaha mengubah hukum Tuhan demi alasan kepraktisan politik secara implisit telah menuduh bahwa Syariat itu tidak sempurna.

Di dalam konstruksi imajiner para ahli hukum Muslim, Syariat dilihat sebagai benteng yang melindungi dari pemerintah yang semena-mena dan sebagai prakondisi bagi masyarakat yang adil. Walaupun poin ini sering diabaikan dalam diskursus modern, Syariat, setidaknya pada tataran simbolis, digambarkan sebagai pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah. Gagasan sentral yang membentuk konsep hukum Syariat adalah bahwa Syariat itu bukanlah hukum negara, melainkan hukum yang membatasi negara. Para ahli hukum pramodern menegaskan bahwa negara atau penguasa tidak bisa membuat atau merumuskan hukum Syariat. Khususnya sejak abad ke-3/9, sudah menjadi cukup mapan bahwa para ulamalah yang menjadi juru bicara sah hukum ilahiah—gagasan yang sering diutarakan dalam frasa bahwa para ulama adalah pewaris Syariat.

Negara dapat mengesahkan atau mengadopsi berbagai aturan dan regulasi yang mungkin diperlukan untuk melayani kepentingan publik, tetapi hanya sejauh aturan dan regulasi tersebut tidak melanggar hukum Syariat. Aturan atau regulasi yang disahkan oleh negara tidak menjadi bagian dari hukum Syariat, tetapi diperlakukan sebagai aturan yang bersifat administratif. Hukum administratif, atau dapat juga disebut hukum eksekutif, tidak seperti hukum Syariat, dianggap temporer dan duniawi; hukum tersebut adalah cara yang sah untuk mencapai tujuan kontekstual

tertentu, tetapi hukum tersebut tidak memiliki klaim ilahiah dan tidak memiliki nilai preseden di luar konteks dan waktunya yang spesifik.

Gagasan mengenai suatu pemerintahan yang dibatasi hukum dan tidak dibolehkannya kekuasaan eksekutif memiliki diskresi tanpa batas dalam menangani orang-orang di bawah kekuasaannya memang cenderung mendukung kondisi yang kondusif bagi perlindungan hak asasi manusia. Dapat dikatakan bahwa hukum Syariat, sebagaimana yang diartikulasikan oleh para fuqaha, dapat mendukung konsepsi hak yang dalam banyak situasi kebal dari campur tangan atau manipulasi pemerintah. Mengingat penafsiran para fuqaha memiliki bobot kesucian tertentu—sejauh penafsiran tersebut cenderung menghormati kehormatan dan martabat manusia—penafsiran yuristik ini memiliki kekuatan lebih dalam menghadapi kesewenang-wenangan dan ketidakbijaksanaan penguasa politik serta berkontribusi pada perlindungan martabat manusia.

Pada kenyataannya, dalam praktik sejarah Islam, para fuqaha memang telah membentuk suatu kelas yang mampu menggunakan kekuatan moral yang lumayan besar terhadap pemerintah dan membantu memainkan peran mediasi antara penguasa dan yang dikuasai. Dalam sejarah, para fuqaha sering mewakili penguasa di hadapan yang dikuasai, dan yang dikuasai terhadap penguasa, dan bertindak sebagai pencegah dan penyeimbang absolutisme politik. Mereka melakukan hal ini dengan menegosiasikan kekuasaan dan menggunakan otoritas moral mereka untuk memberi dukungan kepada penguasa ataupun yang dikuasai, tergantung konteks sosiohistoris dan tarik-menarik tuntutan normatif yang mereka hadapi. Sepanjang sejarah Islam, para ulama menjalankan berbagai fungsi ekonomi, politik, dan administratif, tetapi yang paling penting, mereka bertindak sebagai mediator dalam negosiasi antara kelas penguasa dan kalangan awam. Sebagaimana dinyatakan Afaf Marsot: "[Para ulama] adalah pemelihara Islam, penjaga tradisinya, penjaga kebijaksanaan turun temurun, dan pembimbing moral bagi penduduk."[25] Penting pula untuk dicatat bahwa sampai masa modern para fuqaha, sebagai kelas teknokrat hukum, belum pernah secara langsung mengambil alih kekuasaan dan tidak pernah menuntut agar mereka diizinkan untuk berkuasa langsung.[26]

[25] Marsot, "The Ulama of Cairo in the Eighteenth and Nineteenth Century", hlm. 149.

[26] Setelah evakuasi orang Prancis di Mesir pada 1801, 'Umar Makram dengan bantuan para

Maka, kekuasaan teokratis, sampai baru belakangan ini, benar-benar tidak dikenal dalam Islam.[27]

Akan tetapi, persoalannya adalah bahwa Syariat menjadi istilah umum untuk berbagai metodologi hukum dan rangkaian determinasi tafsir yang luar biasa beragam.[28] Kenyataannya memang peran negosiatif yang dimainkan para fuqaha menunjuk pada unsur subjektif dalam penafsiran Syariat. Terlepas dari asumsi dogmatis banyak aktivis Muslim, hukum Syariat adalah jumlah keseluruhan segala pergulatan subjektif para spesialis hukum dengan teks yang dianggap mewakili kehendak ilahiah. Lingkup Syariat dalam mengatur hak-hak perorangan atau bahkan komunitas yang dianggap sebagai benteng terhadap kemungkinan pelanggaran oleh pihak lain—sangat bergantung pada determinasi subjektif para fuqaha.

Saya tidak mengatakan bahwa teks Islam tidak memberi objektivitas apa pun atau bahwa teks tersebut tidak mengekang, atau bahkan membatasi, kegiatan tafsir para fuqaha. Argumen saya adalah bahwa gagasan tentang pemerintahan yang dibatasi dalam Islam hanya efektif sejauh batasan atau kekangan yang dikehendaki oleh penafsir untuk ditetapkan terhadap pemerintah semacam ini. Dengan kata lain, mengandalkan Syariat, atau teks Islam lainnya, tidak dengan sendirinya cukup untuk menjamin hak

---

fuqaha menggulingkan para agen Prancis yang tertinggal. Ketimbang merebut kekuasaan secara langsung, para fuqaha menawarkan pemerintahan kepada orang Albania yang "diMesir-kan", Muhammad 'Ali. Lihat Marsot, "The Ulama of Cairo", hlm. 149—165.

27 Modernitas, bagaimanapun, melalui dinamika yang kompleks, mengubah para "ulama" dari "juru bicara massa yang lantang" menjadi fungsionaris negara yang digaji dan memainkan peran yang terutama konservatif dan pemberi legitimasi kepada rezim penguasa di dunia Islam. Lihat Crecelius, "Egyptian Ulama and Modernization", dalam *Scholars, Saints, and Sufis*, ed. Keddie, hlm. 167—209. Crecelius membuat poin tentang para "ulama" Mesir di masa modern. Namun, lihat Ajami, "In the Pharaoh's Shadow", hlm. 18; Mortimer, *Faith and Power*, hlm. 91, 95; Ruthven, *Islam in the World*, hlm. 179. Jelas ada beberapa pengecualian penting dalam praktik keislaman kontemporer. Banyak ulama menjadi lawan terbuka rezim Muslim yang ada dan mengalami penderitaan besar karena itu. Menurut saya, disintegrasi peran "ulama" dan kooptasinya oleh negara pretorian modern, dengan praktik sekularisme hibridanya, telah semakin memiskinkan determinasi normatif Islam. Tentang gagasan negara pretorian, lihat Perlmutter, *Egypt*.

28 Secara struktural, Syariat terdiri atas Al-Quran, Sunnah, dan fikih (upaya tafsir yuristik). Secara substantif, Syariat merujuk pada tiga persoalan berbeda: (1) prinsip-prinsip umum hukum dan moralitas; (2) metodologi untuk mengekstraksi dan merumuskan hukum; dan (3) *ahkam*, yakni aturan-aturan hukum positif spesifik. Di dunia Muslim kontemporer, ada tendensi untuk fokus pada *ahkam* dengan mengorbankan prinsip-prinsip umum dan metodologi. Sangat mungkin untuk taat dengan Syariat, yakni menghormati *ahkam*, tetapi mengabaikan atau melanggar prinsip-prinsip dan metodologi Syariat.

asasi manusia. Yang diperlukan adalah komitmen normatif para penfasir hukum subjektif ini untuk mendukung hak-hak tersebut.

Bukannya tidak mungkin pemerintah dapat mematuhi segala aturan teknis Syariat, melainkan pada saat yang sama juga melanggar hak-hak manusia. Suatu pemerintah dapat menerapkan hukuman pidana Syariat, melarang riba, mendikte aturan berbusana, dan seterusnya, tetapi tetap menjadi pemerintahan dengan kekuasaan tanpa batas terhadap warganya. Hal ini mungkin terjadi karena, kecuali konsepsi pemerintah didasarkan pada nilai moral inti tentang tujuan normatif Syariat dan kecuali ada proses yang membatasi kemampuan pemerintah untuk melanggar nilai-nilai moral inti tersebut, gagasan pemerintah yang dibatasi oleh Syariat tetap merupakan sesuatu yang tidak jelas.

Sebagian besar perdebatan tentang komitmen moral subjektif yang mendasari implementasi Syariat, bagaimanapun, kembali bermula dari persoalan kedaulatan Tuhan sebagai pembuat hukum. Dalam wacana keislaman, hal ini dikenal sebagai perdebatan *hakimiyyah*. Cukup beralasan jika ada yang mengatakan bahwa tidak ada maknanya bicara tentang komitmen moral normatif terhadap hak asasi manusia dalam konteks hukum Islam. Sederhananya, karena hanya Tuhan yang berdaulat dan karena Tuhan-lah satu-satunya pembuat hukum, Tuhan pulalah yang memberi dan mencabut hak. Maka, sebagaimana sering diargumentasikan, manusia hanya memiliki hak-hak tersebut sejauh yang Tuhan berikan kepada mereka dan hak-hak tersebut dinafikan sejauh yang dinafikan Tuhan mereka dan tak seorang pun boleh menambah atau mengurangi prinsip dasar dan fundamental ini. Oleh karena itu, sering dikatakan bahwa satu-satunya fokus seharusnya adalah pada kepatuhan terhadap aturan-aturan teknis hukum Islam tanpa memperhatikan secara khusus apakah penerapan hukum tersebut memenuhi atau melanggar hak manusia. Yang menarik, persoalan yang sangat mirip pernah diperdebatkan dalam salah satu kontroversi politik terkenal pada masa-masa awal Islam. Barangkali ada baiknya kita tinjau kembali perdebatan historis ini secara sekilas.

Persoalan seputar kekuasaan atau kedaulatan Tuhan (*hakimiyyat Allah*) diajukan oleh kelompok yang dikenal dengan nama Haruriyya (belakangan dikenal dengan sebutan Khawarij) ketika mereka memberontak melawan

khulafaur rasyidin keempat, 'Ali ibn Abi Talib (w. 40/661). Pada awalnya, para pengikut Haruriyya adalah pendukung setia 'Ali, tetapi mereka memberontak terhadapnya ketika dia menyetujui arbitrase dalam sengketa politiknya dengan lawan faksi politik yang dipimpin oleh seseorang bernama Mu'awiyah. Pada saat arbitrase berlangsung, kaum Khawarij, kelompok fanatik yang puritan dan sentimental, percaya bahwa hukum Tuhan sangat jelas mendukung 'Ali sehingga arbitrase atau penyelesaian apa pun yang disepakati pada hakikatnya tidak sah. Kaum Khawarij kukuh mengatakan bahwa Syariat dengan jelas dan tanpa diragukan lagi mendukung klaim kekuasaan 'Ali dan bahwa upaya penyelesaian apa pun yang dinegosiasikan adalah sama saja dengan menantang kekuasaan dan supremasi Tuhan, dengan demikian juga kedaulatan Tuhan. Maka dari itu, sesuai definisinya, ini tidak sah.

Dalam pandangan kaum Khawarij, dengan menerima prinsip arbitrase dan menerima anggapan bahwa legalitas bisa dinegosiasikan, 'Ali sendiri telah kehilangan legitimasinya karena dia telah mengalihkan supremasi Tuhan kepada manusia. Maka, tidak mengejutkan ketika kaum Khawarij kemudian menuding 'Ali sebagai pengkhianat Tuhan, memberontak melawannya, dan kemudian membunuhnya.

Umumnya, cerita tentang kaum Khawarij ini dikisahkan ulang sebagai contoh fanatisisme keagamaan awal dalam sejarah Islam dan saya sama sekali tidak ragu bahwa pandangan ini secara substantif benar. Namun, kita tidak boleh mengabaikan fakta seruan Khawarij bahwa "kedaulatan itu milik Tuhan" atau "Al-Quran adalah hakim" (*al-ḥukm li-Allah* atau *al-ḥukm li Al-Quran*) sesungguhnya adalah seruan bagi simbolisme legalitas dan supremasi hukum.[29] Pencarian legalitas ini segera turun derajat menjadi seruan radikal untuk menegaskan garis pemisah antara apa yang sah dan yang tidak sah. Dalam salah satu riwayat anekdotal disebutkan bahwa perdebatan antara 'Ali dan kaum Khawarij tentang persoalan ini

[29] Tentunya saya menyadari bahwa klaim ini cukup kontroversial baik bagi Muslim maupun non-Muslim. Walaupun begitu, saya percaya bahwa argumen ini didukung oleh fakta bahwa pemberontakan Khawarij terjadi dalam konteks pencarian legitimasi dan legalitas yang umum setelah kematian Nabi. Selanjutnya, penelitian beberapa sarjana tentang dogma dan simbolisme pemberontakan di masa awal mendukung argumen ini. Lihat Hisham Ja'it, *al-Fitna*.

mencerminkan tegangan nyata antara makna legalitas dan implikasinya terhadap supremasi hukum.

Dalam salah satu riwayat tersebut, para pengikut Khawarij menuduh 'Ali menerima penilaian dan supremasi (*ḥakimiyya*) manusia ketimbang menaati supremasi hukum Tuhan. Mendengar tuduhan ini, 'Ali memanggil orang-orang untuk berkumpul dan membawa sebuah kitab Al-Quran yang besar. Ali menyentuh Al-Quran tersebut dan memerintahkannya untuk bicara kepada orang-orang, memberi tahu mereka tentang hukum Tuhan. Orang-orang berkumpul di sekitar 'Ali dan salah seorang dari mereka berseru, "Apa yang Anda lakukan! Al-Quran tidak bisa bicara, ia kan bukan manusia." Mendengar hal itu, 'Ali mengatakan bahwa memang itu pokok yang hendak dia jelaskan! Al-Quran, kata Ali, hanyalah tinta dan kertas dan manusialah yang memberinya makna sesuai dengan penilaian pribadi mereka masing-masing.[30]

Kisah-kisah anekdotal semacam ini tidak hanya berkaitan dengan peran agensi manusia dalam menafsirkan kalam Ilahi, tetapi juga menjadi simbol pencarian nilai-nilai moral fundamental dalam masyarakat. Bagi orang yang beriman, Tuhan dianggap sebagai yang mahakuasa serta pemilik segala yang ada di langit dan bumi. Namun, apa implikasi dari klaim ini terhadap agensi manusia dalam memahami dan menerapkan hukum? Seperti yang saya jelaskan di bawah ini, segala argumen yang mengklaim bahwa Tuhan adalah satu-satunya pembuat hukum dan sumber hukum sesungguhnya sedang melibatkan diri dalam suatu fiksi fatal yang tidak dapat dipertahankan dari sudut pandang teologi Islam. Argumen-argumen semacam ini berpretensi seolah agensi manusia dapat memiliki akses yang sempurna dan tanpa batas ke dalam pikiran Tuhan dan mungkin menjadi eksekutor kehendak ilahiah tanpa sedikit pun melibatkan subjektivitas manusiawi mereka sendiri dalam prosesnya. Lebih jauh lagi, dan lebih penting lagi, segala klaim tentang kedaulatan Tuhan berasumsi bahwa ada suatu kehendak hukum ilahiah yang ingin mengatur segala interaksi manusiawi. Hal ini selalu dinyatakan sebagai asumsi ketimbang sebagai suatu proposisi yang perlu dibahas dan dibuktikan.

---

30 Al-Shawkani, *Nayl al-Awtar Sharh Muntaqa al-Akhbar*, 7: 166; Ibn Hajar al-'Asqalani, *Fath al-Bari bi-Sharh Sahih al-Bukhari*, 14: 303.

Bisa saja Tuhan tidak hendak mengatur segala urusan manusia, suatu poin yang nanti akan saya singgung kembali. Juga bisa saja Tuhan menyerahkan kepada manusia untuk mengatur urusannya sendiri sejauh mereka mematuhi standar minimal perilaku moral tertentu dan bahwa standar-standar yang dimaksud mencakup perlindungan dan pemajuan harkat dan martabat manusia karena, bagaimanapun, menurut Al-Quran, manusia adalah khalifah Tuhan, pewaris bumi, dan yang paling mulia dari segala ciptaan Tuhan. Di dalam diskursus Al-Quran, Tuhan memerintahkan semua makhluk untuk menghormati manusia karena mukjizat akal manusia yang merupakan mikrokosmos segala kemampuan ilahiah itu sendiri. Penghargaan Tuhan atas mukjizat akal manusia sebagai simbol ketuhanan sudah cukup, dengan sendirinya, untuk menjustifikasi komitmen moral terhadap segala yang mungkin diperlukan untuk melindungi dan memelihara integritas dan martabat simbol ketuhanan tersebut.

Pada titik ini, akan berguna untuk mengulas secara lebih sistematis konsep dan epistemologi Syariat itu sendiri serta kemungkinan munculnya komitmen moral di dalam epistemologi semacam itu. Hal ini penting mengingat posisi sentral Syariat dalam keseluruhan konsepsi pemerintah dalam Islam dan karena dasar epistemologis Syariat itu sendiri tidak dipahami dengan baik oleh Muslim kontemporer, apalagi oleh non-Muslim. Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, kuatnya tren apologetis dan puritan dalam Islam kontemporer telah menjadikan diskursus Syariat lebih mirip ajang slogan politis ketimbang disiplin intelektual yang serius. Namun, persoalan kedaulatan Tuhan dan kemungkinan bagi komitmen moral di dalam paradigma Syariat perlu dianalisis melalui pemahaman yang lebih berdasar tentang epistemologi Syariat. Hanya dengan begitu kita bisa berharap untuk melampaui dogma kontemporer yang kini berlaku luas dalam proses menjustifikasi komitmen hak asasi manusia dalam yurisprudensi Islam.

Sebagaimana telah dibahas sebelumnya, kepelikan konsep Syariat adalah bahwa ia berpotensi menjadi suatu konstruksi dengan jangkauan dan kekuasaan tanpa batas dan pranata apa pun yang dapat menautkan dirinya dengan konstruksi tersebut kemudian mendapatkan kekuasaan seperti itu pula. Syariat adalah Jalan Tuhan dan ia diwakili oleh serangkaian

prinsip normatif, metodologi produksi putusan hukum, dan serangkaian aturan hukum positif. Syariat meliputi berbagai mazhab dan pendekatan yang semuanya sama-sama valid dan sama-sama ortodoks. Walau begitu, Syariat sebagai suatu kesatuan, dengan semua mazhab dan ragam sudut pandangnya, dianggap sebagai Jalan Tuhan. Memang benar bahwa Syariat dapat menetapkan batasan terhadap pemerintah dan membangun hak-hak individual yang keduanya akan dianggap sebagai batasan dan hak yang diperintahkan oleh kehendak ilahiah. Walaupun begitu, batasan apa pun yang ditetapkan atau hak apa pun yang diberikan dapat dicabut dalam cara yang sama sebagaimana mereka diciptakan—yakni melalui agensi penafsiran manusiawi.

Dengan kata lain, Syariat sebagian besar tidak secara eksplisit didikte oleh Tuhan. Justru ia mengandalkan tafsir agen manusia untuk produksi dan eksekusinya. Hal ini menciptakan dua sisi kerangka konseptual: di satu sisi, Syariat dapat menjadi sumber pembatasan yang kokoh dan tegas terhadap pemerintah serta pemberi hak yang tak kenal kompromi; tetapi di sisi lain, apa pun yang diberikan Tuhan juga dapat diambil kembali oleh Tuhan. Dalam keduanya, kita tidak dapat menghindari kenyataan bahwa agen manusialah yang menentukan ada dan tidak adanya batasan terhadap pemerintah dan pemberian hak individual tersebut. Ini menjadi suatu kekuatan amat besar yang dapat dihasilkan, dalam satu atau lain cara, oleh agen manusia yang melekatkan dirinya pada Syariat.

Diskursus Syariat memungkinkan manusia berbicara atas nama Tuhan dan secara efektif memberikan kuasa kepada agensi manusia dengan suara Tuhan. Ini menjadi kekuatan sangat besar yang dapat dengan mudah disalahgunakan.

Akan tetapi, saya ingin fokus pada satu aspek teologi Islam yang dapat berkontribusi pada pengembangan diskursus yang berarti tentang hak asasi manusia dalam konteks Islam. Sebagaimana disampaikan di atas, umat Muslim mengembangkan beberapa mazhab pemikiran hukum yang kesemuanya sama-sama ortodoks. Namun, paradoksnya, Syariat adalah nilai inti yang harus diamalkan oleh masyarakat. Paradoksnya di sini terlihat dari fakta bahwa ada tegangan hebat antara kewajiban untuk hidup menaati hukum Tuhan dan kenyataan bahwa hukum ini diwujudkan

hanya melalui determinasi tafsir subjektif. Bahkan, kalaupun ada kesadaran bersama bahwa suatu perintah positif tertentu memang merupakan ekspresi hukum ilahiah, masih terdapat banyak kemungkinan pelaksanaan dan penerapannya yang subjektif. Dilema ini diselesaikan dalam diskursus keislaman dengan membedakan antara Syariat dengan fikih. Syariat dianggap sebagai ideal ilahiah, yang seolah mengawang-awang, tidak terpengaruh dan dirusak oleh dinamika kehidupan. Fikih adalah upaya manusia untuk menerapkan ideal tersebut. Maka dari itu, Syariat tak bisa diubah, tak ternodai, dan tanpa cacat; tidak demikian dengan fikih.

Sebagai bagian dari landasan doktrin untuk diskursus ini, para fuqaha fokus pada tradisi yang dihubungkan dengan pernyataan Nabi: "Setiap mujtahid [fuqaha yang berupaya untuk menemukan jawaban yang benar] adalah benar," atau "Setiap mujtahid akan mendapat imbalan [yang adil]."[31] Ini menengarai bahwa ada kemungkinan lebih dari satu jawaban untuk pertanyaan yang sama. Bagi para fuqaha, hal ini memunculkan persoalan seputar maksud atau motivasi di balik upaya pencarian kehendak ilahiah. Apa maksud ilahiah di balik penetapan indikator hukum ilahiah dan penekanan agar manusia terlibat dalam pencariannya? Jika Tuhan ingin agar manusia mencapai pemahaman yang *paling* benar, lalu bagaimana mungkin semua penafsir atau fuqaha bisa benar?

Diskursus yuristik berfokus pada pertanyaan apakah Syariat memiliki hasil atau tuntutan tertentu dalam semua kasus; dan jika memang ada hasil atau tuntutan tertentu, apakah umat Muslim diwajibkan untuk menemukannya? Dengan kata lain, apakah ada jawaban hukum yang benar untuk semua masalah hukum dan apakah kaum Muslim dikenakan kewajiban hukum untuk menemukan jawaban tersebut? Nyaris semua fuqaha setuju bahwa upaya sungguh-sungguh dalam mencari kehendak ilahiah sudah cukup untuk melindungi sang pencari dari tanggung jawabnya di hadapan Tuhan. Sejauh si pencari itu menjalankan langkah yang benar dalam pencarian tersebut, dia tidak akan diminta pertanggungjawabannya atas kesalahan ataupun menjadi berdosa, terlepas dari hasilnya.

---

31 Bahasa Arab-nya, "*kull mujtahid musib*" dan "*li-kulli mujtahid nasib*." Lihat al-Basri, *Al-Mu'tamad fi Usul al-Fiqh*, 2: 370—372; al-Bukhari, *Kashf al-Asrar 'an Usul Fakhr al-Islam al-Bazdawi*, 4: 30—55; al-Ghazali, *al-Mustasfa min 'Ilm al-Usul*, 2: 363—367.

Di luar itu, para fuqaha terbelah menjadi dua kelompok. Kelompok yang pertama, dikenal dengan nama *mukhatti'ah*, berpendapat bahwa pada akhirnya ada satu jawaban yang benar untuk setiap persoalan hukum. Namun, hanya Tuhan yang tahu apa jawaban benarnya dan kebenaran tersebut tidak akan dibuka sampai Hari Akhir. Manusia, pada umumnya, tidak dapat secara konklusif mengetahui apakah mereka telah menemukan jawaban yang benar. Dalam hal ini, setiap mujtahid adalah benar dalam upayanya mencari jawaban; tetapi, seorang pencari bisa menemukan kebenaran, sedangkan yang lainnya bisa salah. Di Hari Akhir, Tuhan akan memberitahukan kepada semua pencari, siapa yang benar dan siapa yang salah. Jawaban yang benar di sini berarti bahwa mujtahid tersebut akan dipuji atas upayanya, tetapi bukan berarti bahwa semua jawaban sama validnya.

Kelompok kedua, dikenal dengan nama *musawwibah*, mencakup fuqaha tersohor seperti Imam Al-Haramayn Al-Juwayni (w. 478/1085), Jalal Al-Din Al-Suyuti (w. 911/1505), Al-Ghazali (w. 505/1111), dan Fakhr Al-Din Al-Razi (w. 606/1210) dan konon kaum Mu'tazilah pun menjadi pengikut kelompok ini. Para *musawwibah* berpendapat bahwa tidak ada jawaban yang spesifik dan benar (*hukm mu'ayyan*) yang Tuhan inginkan agar manusia menemukannya. Hal ini sebagian karena jika jawaban benar itu ada, Tuhan semestinya sudah memberi bukti yang menunjukkan aturan ilahiah secara konklusif dan jelas. Tuhan tidak dapat membebani manusia dengan tugas untuk menemukan jawaban yang benar ketika tidak ada cara objektif untuk menemukan kebenaran suatu masalah tekstual atau hukum. Jika ada kebenaran objektif atas segala hal, Tuhan semestinya sudah menjadikan kebenaran tersebut dapat dipastikan dalam hidup ini. Kebenaran hukum, atau ketepatan, dalam sebagian besar situasi, tergantung pada kepercayaan dan bukti dan validitas suatu aturan atau tindakan hukum sering bergantung pada aturan pengenalan yang memberi petunjuk untuk keberadaannya.

Manusia tidak dibebani kewajiban untuk menemukan suatu hasil yang benar secara hukum tetapi abstrak dan tidak bisa diakses. Manusia justru diberikan kewajiban untuk menyelidiki suatu permasalahan secara tekun,

kemudian mengikuti hasil ijtihad mereka sendiri. Al-Juwayni menjelaskan poin ini dengan menegaskan:

> Yang paling bisa dapat diklaim oleh seorang mujtahid adalah bobot keyakinannya (*ghalabat al-zann*) dan perimbangan bukti. Namun, kepastian tidak pernah diklaim oleh siapa pun dari mereka [para fuqaha awal] .... Jika kita ditugaskan untuk menemukan [kebenaran], kita tidak akan diampuni jika gagal menemukannya.[32]

Perintah Tuhan kepada manusia adalah untuk mencari dengan tekun dan hukum Tuhan ditangguhkan sampai seorang manusia mendapatkan bobot keyakinan yang cukup tentang hukum. Pada saat bobot keyakinan tersebut sudah diraih, hukum Tuhan menjadi sesuai dengan bobot keyakinan yang dibentuk oleh individu tersebut. Singkatnya, jika seseorang secara tulus meyakini bahwa satu dan lain hal itu merupakan hukum Tuhan, bagi orang tersebut "itu" kemudian menjadi hukum Tuhan. Posisi seorang *musawwibah*, khususnya, menimbulkan berbagai pertanyaan sulit tentang penerapan Syariat di masyarakat.[33] Posisi ini menengarai bahwa hukum Tuhan itu adalah untuk mencari hukum Tuhan itu sendiri, jika tidak maka beban hukum (*taklif*) sepenuhnya bergantung pada subjektivitas dan kesungguhan keyakinan itu sendiri. Para *mukhatti'ah* mengajarkan bahwa hukum apa pun yang diberlakukan kemungkinan adalah hukum Tuhan, tetapi belum tentu demikian. Dalam pandangan saya, ini menimbulkan pertanyaan: Apakah mungkin suatu hukum yang ditegakkan negara bisa menjadi hukum Tuhan? Menurut mazhab pemikiran pertama (*mukhatti'ah*), hukum apa pun yang diterapkan negara baru berpotensi menjadi hukum Tuhan, tetapi kita tidak akan mengetahuinya sampai Hari Akhir. Menurut mazhab kedua (*musawwibah*), hukum mana pun yang diterapkan oleh negara bukanlah hukum Tuhan, kecuali orang yang menjadi subjek pemberlakuan hukum tersebut meyakini hukum tersebut sebagai kehendak dan perintah Tuhan. Kubu pertama menangguhkan pengetahuan akan ini

---

32 Al-Juwayni, *Kitab al-Ijtihad min Kitab al-Talkhis*, hlm. 50–55.

33 Saya membahas kedua aliran pemikiran ini lebih luas di karya lain. Lihat Abou El Fadl, *God's Name*, hlm. 145–165.

sampai akhir hayat dan kubu kedua menyandarkan pengetahuan akan hal ini pada keabsahan proses dan kesungguhan pemuncak suatu keyakinan.

Berpijak pada warisan intelektual ini, saya ingin mengatakan bahwa Syariat semestinya tegak di dalam pemerintahan Islam sebagai konstruksi simbolis bagi kesempurnaan ilahiah yang tidak dapat digapai oleh upaya manusiawi. Ia merupakan epitoma keadilan, kebajikan, dan keindahan sebagaimana diciptakan dan dijaga oleh Tuhan. Kesempurnaan itu dijaga, ibaratnya, dalam pikiran Tuhan, tetapi segala sesuatu yang disalurkan melalui agensi manusia dengan sendirinya ternoda oleh ketidaksempurnaan manusiawi. Dengan kata lain, Syariat sebagaimana yang dikonsepsi Tuhan adalah tanpa cacat. Namun, Syariat sebagaimana dipahami manusia tidak sempurna dan dapat berubah-ubah. Para fuqaha harus senantiasa menggali ideal Syariat dan menjelaskan dengan runut upayanya yang tidak sempurna sebagai upaya untuk memahami kesempurnaan Tuhan. Selama argumen yang dibangun terus bersifat normatif, ia menjadi potensi yang tidak terpenuhi untuk menggapai kehendak ilahiah. Malah, segala hukum yang diterapkan dengan sendirinya adalah potensi yang belum terpenuhi. Syariat bukan sekadar kumpulan *ahkam* (seperangkat aturan positif), tetapi juga rangkaian prinsip, metodologi, dan proses diskursif yang mencari ideal ilahiah. Dengan itu, ia merupakan pekerjaan yang terus bergulir dan tidak pernah selesai.

Lebih konkretnya, argumen yuristik tentang apa yang diperintahkan Tuhan barulah berpotensi sebagai hukum Tuhan, entah karena kita baru akan mengetahuinya di Hari Akhir (pendapat pertama) atau karena kebenarannya bertaut dengan ketulusan keyakinan orang yang memutuskan untuk mengikutinya (pendapat kedua). Jika pendapat hukum diadopsi dan ditegakkan oleh negara, ia tidak bisa dikatakan sebagai hukum Tuhan. Dengan melalui proses determinasi dan penegakan hukum oleh negara, suatu pendapat hukum tidak lagi menjadi suatu potensi; ia sudah menjadi hukum aktual, yang berlaku dan ditegakkan. Namun, yang diberlakukan dan ditegakkan bukanlah hukum Tuhan, melainkan hukum negara. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa hukum negara agama adalah istilah yang berkontradiksi. Hukum itu antara milik negara dan milik Tuhan dan sejauh hukum itu mengandalkan agensi subjektif negara untuk pengartikulasian

dan penegakannya, hukum apa pun yang dijalankan oleh negara dengan sendirinya bukanlah hukum Tuhan. Kalau tidak begitu, kita harus mengakui bahwa kegagalan hukum negara adalah kegagalan hukum Tuhan dan pada akhirnya kegagalan Tuhan sendiri. Dalam teologi Islam, kemungkinan ini sama sekali tidak bisa diterima.[34]

Secara institusional, sudah sejalan dengan pengalaman islami bahwa para ulama dapat dan telah memainkan peran sebagai penafsir kalam ilahiah, penjaga nurani moral masyarakat, dan kurator yang mengingatkan dan mengarahkan bangsa menuju Kesempurnaan Tuhan. Namun, hukum negara, terlepas dari asal-usul atau dasarnya, adalah milik negara. Penekanannya adalah bahwa di bawah konsepsi ini, tidak ada hukum agama yang dapat atau boleh dipaksakan oleh negara. Negara dapat menjalankan komitmen subjektif yang ada terhadap masyarakat (pandangan kedua) atau ia dapat menjalankan apa yang oleh mayoritas diyakini sebagai lebih mendekati ideal ilahiah (pandangan pertama). Namun, dalam kedua kemungkinan tersebut, yang dijalankan bukanlah hukum Tuhan.

Hal ini berarti bahwa semua hukum yang diartikulasi dan dijalankan di suatu negara adalah seluruhnya manusiawi dan harus diperlakukan sebagai hukum yang manusiawi. Hal ini juga berarti bahwa segala kodifikasi hukum Syariat menghasilkan aturan-aturan yang manusiawi, bukan yang ilahiah. Hukum ini menjadi bagian Syariat seperti halnya pendapat manusia mana pun dapat dikatakan sebagai bagian dari Syariat. Suatu aturan hukum, sekalipun terilhami oleh Syariat, bukanlah Syariat itu sendiri; suatu aturan hukum hanyalah seperangkat perintah positif yang dilatari oleh ideal tertentu, tetapi tidak mewakili ideal tersebut. Sedangkan terkait hak fundamental yang sering menjadi fondasi suatu masyarakat yang adil, masyarakat Muslim akan harus menggali nilai-nilai dasar yang merupakan jantung dari ideal yang ilahiah tersebut.

Penting untuk dicatat bahwa paradigma yang diajukan di atas tidak mengecualikan kemungkinan adanya suatu standar moral yang

[34] Diskursus Islam kontemporer mengalami sedikit kemunafikan dalam hal ini. Sering kali, kaum Muslim menghadapi krisis eksistensial jika hukum, yang konon, islami ditegakkan dan mengakibatkan penderitaan dan kemudaratan sosial. Guna menyelesaikan krisis ini, kaum Muslim akan sering mengklaim bahwa terjadi kegagalan dalam kondisi implementasinya. Maraknya apologetisme yang memalukan ini dapat dihindari jika kaum Muslim meninggalkan gagasan hukum negara Syariat yang tidak koheren.

terobjektivikasi, bahkan yang universalis. Ia hanya mengalihkan tanggung jawab atas komitmen moral dan apa pun yang dihasilkan komitmen tersebut kepada manusia. Moralitas dapat bersumber dari Tuhan atau dapat dipelajari dengan merenungkan alam yang telah diciptakan Tuhan, tetapi upaya untuk memenuhi moralitas yang demikian dan memberinya efek aktual adalah sesuatu yang manusiawi. Bahkan, paradigma yang diajukan di sini akan memerlukan komitmen moral tertentu dari manusia yang harus diadopsi sebagai bagian dari pelepasan agensi mereka atas nama Tuhan.

Pandangan pertama ataupun kedua tentang epistemologi Syariat tidak akan mungkin, kecuali orang-orang dijamin haknya untuk berkembang secara rasional. Lebih jauh lagi, hak atas perkembangan rasional itu berarti bahwa orang-orang mendapatkan hak atas standar kesejahteraan minimum, baik secara fisik maupun intelektual. Tidak mungkin seseorang dapat berkembang secara rasional apabila dia tidak makan, tidak punya rumah, tidak mendapat pendidikan, dan, yang paling penting, aman dari ancaman fisik dan penindasan. Selain itu, manusia tidak mungkin dapat menjalani hidup yang reflektif kecuali mereka dijamin kemerdekaannya untuk bernurani, berekspresi, dan berkumpul dengan orang-orang yang sepaham. Para fuqaha pramodern melakukan pendekatan terhadap persoalan-persoalan serupa yang dikemukakan di sini dengan mengatakan bahwa kebutuhan manusiawi harus dibedakan ke dalam keperluan (*necessity*), kebutuhan (*needs*), dan kemewahan (*luxuries*) dan bahwa keperluan harus digagas ke dalam lima nilai inti yakni perlindungan agama, kehidupan, intelek, kehormatan, dan kepemilikan. Saya bisa mengatakan lebih banyak lagi tentang pembedaan yuristik ini dan tentang lima nilai inti, tetapi poin saya di sini adalah bahwa pembedaan yuristik ini pun, misalnya, pada dasarnya adalah manusiawi dan oleh karena itu adalah upaya yang tidak sempurna dalam rangka memenuhi ideal ilahiah atau komitmen moral. Oleh karena itu, hal ini pun dapat dipikirkan ulang, didekonstruksi, dan dikembangkan ulang jika memang perlu. Saya rasa ketika kaum Muslim dapat tegas mengatakan bahwa moralitas itu bersifat ilahiah, tetapi hukum serta pembagian dan aturan hukum adalah duniawi, hal ini akan menjadi kemajuan besar dalam upaya untuk menjustifikasi paradigma hak asasi manusia dalam Islam.

Lebih konkretnya lagi, dengan becermin pada ketuhanan, saya, sebagai Muslim, dapat menegaskan bahwa keadilan dan rahmat adalah nilai moral objektif dan universal. Saya bahkan dapat mencoba meyakinkan yang lain bahwa keadilan dan rahmat adalah bagian dari perintah ilahiah kepada umat manusia—Tuhan menghendaki manusia untuk bermurah hati dan adil. Ini mencerminkan suatu komitmen moral yang saya hendak ajak manusia lain untuk juga mengadopsinya. Namun, di bawah paradigma yang diajukan di sini, sementara saya bisa mengklaim bahwa aturan moral terpancar atau bersumber dari Tuhan—suatu klaim yang siapa pun bebas untuk menerima atau menggugatnya—saya tidak bisa mengklaim bahwa aturan hukum mana pun yang berusaha untuk menerapkan atau memberi efek pada komitmen moral ini adalah juga ilahiah. Di bawah pandangan pertama dan kedua yang dibahas di atas, hal ini benar-benar adalah sesuatu yang tidak mungkin secara konseptual. Untuk memberi efek pada paradigma ini, di bawah ini saya akan berargumen bahwa keadilan merupakan nilai ilahiah dan moral inti dan lebih jauh lagi saya akan berupaya untuk menjustifikasi komitmen hak asasi manusia dalam Islam.

F. Keadilan sebagai Nilai Inti dan Hak Asasi Manusia

Salah satu persoalan dasar yang umum dibahas dalam pemikiran politik islami adalah tujuan pemerintahan (atau khilafah). Pernyataan Al-Juwayni dapat cukup mewakili argumen para fuqaha pramodern. Dia menyatakan:

> *Imamah* adalah keseluruhan pemerintahan dan kepemimpinan umum yang terkait dengan seluk-beluk urusan agama dan kehidupan duniawi. Ini termasuk menjaga tanah dan melindungi subjeknya serta penyebaran pesan [Islam] melalui dakwah dan pedang. Ia termasuk meluruskan yang menyimpang, mengadili yang tidak adil, membantu yang terzalimi melawan yang zalim, serta mengambil hak dari yang berkeras dan memberikannya kepada yang berhak atasnya.[35]

[35] Al-Juwayni, *Ghiyath al-Umam fi Iltiyath al-Zulam*, hlm. 15.

Gagasan utama yang disampaikan di sini adalah bahwa pemerintah merupakan suatu kebutuhan fungsional guna menyelesaikan konflik, melindungi agama, dan menegakkan keadilan. Dalam formulasi tertentu, keadilan adalah nilai inti yang membenarkan keberadaan pemerintah. Ibn Al-Qayyim, contohnya, memperjelas poin ini ketika dia menegaskan hal berikut:

> Tuhan menyampaikan pesan-Nya dan Kitab-Nya untuk membimbing manusia dengan keadilan .... Maka, jika kepemimpinan yang adil didirikan, dengan cara apa pun, di situ ada Jalan Tuhan .... Bahkan, tujuan dari Jalan Tuhan itu adalah untuk menegakkan kebenaran dan keadilan ... maka jalan apa pun yang menegakkan yang benar dan adil adalah jalan yang harus diikuti [kaum Muslim].[36]

Di dalam diskursus Al-Quran ini, keadilan ditegaskan sebagai kewajiban terhadap Tuhan dan juga kewajiban antara satu manusia dan yang lain. Selain itu, imperatif keadilan tersebut terkait dengan kewajiban untuk menganjurkan yang baik dan melarang yang batil serta keharusan bersaksi atas nama Tuhan.

Walau Al-Quran tidak mendefinisikan unsur-unsur pembentuk keadilan itu sendiri dan bahkan tampak memperlakukannya sebagai sesuatu yang bisa dikenali secara intuitif, ia menekankan kemampuan untuk mencapai keadilan sebagai tugas dan keperluan yang unik dari manusia itu sendiri.[37] Pada intinya, Al-Quran mewajibkan komitmen pada suatu imperatif moral yang tidak begitu jelas, tetapi dapat dikenali melalui intuisi, nalar, dan pengalaman manusiawi.[38] Yang penting, sejumlah besar fuqaha berargumen bahwa Tuhan menciptakan manusia lemah dan saling membutuhkan untuk membatasi kemampuannya melakukan ketidakadilan. Selain itu, Tuhan menciptakan manusia beragam dan berbeda-beda antara satu dan yang lainnya supaya mereka saling membutuhkan dan

---

36 Ibn Qayyim al-Jawziyya, *I'lam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin*, 4: 452.

37 Tentang kewajiban keadilan dalam Al-Quran, lihat Izutsu, *The Structure of Ethical Terms in the Qur'an*, 205—261; Rahman, *Major Themes of the Qur'an*, 42—43. Tentang berbagai teori Muslim tentang keadilan, lihat Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*.

38 Al-Quran juga menuntut ketaatan sejumlah besar nilai moral seperti rahmat, belas kasih, kejujuran, kesetaraan, kemurahan, kebersahajaan, dan kerendahan hati.

kebutuhan ini akan mendorong mereka untuk lebih meningkatkan kecenderungan alamiah mereka untuk berkumpul dan bekerja sama guna menegakkan keadilan.

Kelemahan relatif manusia dan kemampuan serta kebiasaan mereka yang amat beragam akan lebih mendorong orang untuk semakin mendekat dan saling bekerja sama. Jika umat manusia memanfaatkan anugerah ilahiah berupa akal dan panduan hukum Tuhan, melalui kerja sama mereka akan mencapai taraf kekuatan dan keadilan yang lebih tinggi. Penguasa, menurut para fuqaha, naik ke tampuk kekuasaan melalui kontrak dengan rakyat di bawahnya ketika dia bertugas untuk meningkatkan kerja sama rakyatnya, dengan tujuan pemuncaknya untuk mencapai masyarakat yang adil atau setidaknya memaksimalkan potensi untuk keadilan.

Diskursus yuristik ini sebagian didasarkan pada pernyataan Al-Quran bahwa Tuhan menciptakan manusia berbeda satu sama lainnya dan menjadikan mereka bersuku bangsa agar mereka saling mengenal. Para fuqaha berargumen bahwa ungkapan "agar saling mengenal" (QS 49: 13) mengindikasikan kebutuhan kerja sama sosial dan saling membantu untuk mencapai keadilan. Walaupun para fuqaha pramodern tidak menekankan poin ini, Al-Quran juga menyatakan bahwa Tuhan menciptakan manusia berbeda-beda dan mereka akan terus berbeda sampai akhir keberadaannya. Selain itu, Al-Quran menyatakan bahwa realitas keberagaman manusia ini adalah bagian dari kebijakan ilahiah dan memang merupakan maksud dari penciptaan (QS 11: 118). Perayaan dan pemuliaan keberagaman manusia oleh Al-Quran ini, selain penggabungan yuristik gagasan keberagaman manusia ke dalam tujuan pencarian keadilan, menciptakan berbagai kemungkinan untuk komitmen hak asasi manusia dalam Islam. Diskursus ini dapat dimasukkan ke sikap normatif yang menempatkan keadilan sebagai nilai inti yang wajib dilindungi oleh suatu tatanan konstitusional.

Lebih jauh lagi, diskursus ini dapat dimasukkan ke gagasan tentang delegasi kekuasaan ketika penguasa diamanatkan untuk tunduk pada nilai-nilai inti keadilan dengan prinsip sistematis yang mendukung hak berkumpul dan bekerja sama untuk meningkatkan pemenuhan nilai inti ini. Selain itu, gagasan mengenai batas-batas dapat dikembangkan untuk

menjaga pemerintahan agar tidak melenceng dari upaya mencapai keadilan atau untuk menghalangi hak orang-orang untuk bekerja sama dalam upaya pencapaian ini. Lebih penting lagi, jika pemerintah gagal melaksanakan kewajiban-kewajiban yang sudah disepakati, mereka akan kehilangan legitimasinya untuk mengklaim kekuasaan.

Akan tetapi, terdapat dua pertimbangan yang dapat menjadi kendala besar bagi terpenuhinya kemungkinan ini dalam Islam modern. *Pertama,* kaum Muslim modern sendiri tidak begitu mengenal tradisi tafsir Islam tentang keadilan. Baik orientasi apologetis maupun puritan, dua tren utama dalam Islam modern, umumnya mengabaikan paradigma keberagaman manusia dan perbedaan sebagai cara yang diperlukan bagi pemenuhan perintah keadilan. Pertimbangan *kedua,* dan yang lebih penting, adalah bahkan sekalipun Muslim modern berhasil mengklaim kembali tradisi tafsir masa lalu tentang keadilan, kenyataannya adalah bahwa, pada tataran konseptual, unsur pembentuk keadilan itu sendiri tidak digali dalam doktrin Islam.

Terdapat suatu tegangan antara kewajiban umum menerapkan hukum ilahiah dan tuntutan akan keadilan. Sederhananya, apakah hukum ilahiah yang mendefinisikan keadilan ataukah keadilan yang mendefinisikan hukum ilahiah? Jika yang pertama, apa pun yang disimpulkan sebagai hukum ilahiah, di dalamnya terkandung keadilan. Jika yang kedua, apa pun yang dituntut oleh keadilan, sesungguhnya itu merupakan tuntutan yang ilahiah. Sebagai contoh, banyak fuqaha pramodern dan modern yang berpendapat bahwa tujuan utama masyarakat Muslim adalah untuk menjaga dan menerapkan hukum ilahiah dan tugas utama seorang penguasa Muslim adalah untuk memastikan agar orang-orang bekerja sama dalam memberi efek pada hukum Tuhan. Dengan demikian, paradigma ini menjadikan prinsip penyelenggara masyarakat sebagai hukum ilahiah dan hukum ilahiah ini menjadi perwujudan keadilan.

Dengan paradigma ini, tidak lagi penting untuk menyelidiki unsur pembentuk keadilan. Tidak lagi penting untuk menyelidiki apakah keadilan itu berarti kesetaraan peluang atau hasil, ataukah ia berarti memaksimalkan potensi otonomi pribadi, ataukah ia berarti, barangkali, memaksimalkan kegunaan individual dan kolektif, atau melindungi martabat dasar manusia, atau bahkan penyelesaian sengketa sederhana dan pemeliharaan stabilitas,

atau konsepsi lain yang mungkin dapat memberi bobot pada konsepsi keadilan umum. Tidak lagi penting melakukan penyelidikan ini karena hukum ilahiah sudah mencegah segala penyelidikan semacam ini. Hukum ilahiah sudah menyediakan ketentuan-ketentuan positif partikuler yang memperluas tetapi tidak secara analitis menelaah gagasan tentang keadilan. Secara konsep, menurut paradigma ini, suatu masyarakat yang tertata sudah bukan lagi memiliki masalah dengan persoalan hak untuk berkumpul, bekerja sama, atau hak untuk menelaah cara-cara untuk mencapai keadilan, melainkan tentang implementasi hukum ilahiah. Hal ini membawa kita kembali ke titik awal persoalan yang dinyatakan sebelumnya, yakni bahwa implementasi hukum ilahiah belum tentu berarti sama dengan keberadaan suatu pemerintahan yang terbatas atau perlindungan Hak Asasi Manusia dasar.

Akan tetapi, penting untuk dicatat bahwa mengingat keutamaan keadilan dalam diskursus Al-Quran, serta gagasan tentang kekhalifahan manusia, dan gagasan bahwa perintah ilahiah tentang keadilan telah didelegasikan kepada umat manusia, cukup masuk akal apabila dikatakan bahwa keadilan adalah sesuatu yang semestinya mengendalikan dan memandu segala upaya tafsir manusia dalam memahami hukum. Hal ini membutuhkan pergeseran paradigma yang serius dalam pemikiran keislaman. Dalam pandangan saya, keadilan atau apa pun yang diperlukan untuk mencapai keadilan adalah hukum ilahiah dan merupakan hal yang mewakili supremasi dan kedaulatan Ketuhanan.

Tuhan mendeskripsikan diri-Nya sebagai adil secara hakiki dan Al-Quran menegaskan bahwa Tuhan telah mengharuskan kasih sayang pada diri-Nya sendiri (QS 6: 12, 54). Selain itu, tujuan utama pewahyuan kepada Nabi Muhammad adalah untuk membawa berkah rahmat kepada umat manusia.[39] Di dalam diskursus Al-Quran, rahmat tidak hanya pengampunan

[39] QS 21: 107, yang, berbicara kepada Nabi, menyatakan: "Tiadalah Kami mengutus engkau, melainkan untuk (menjadi) rahmat bagi manusia." Lihat juga 16: 89. Dan memang Al-Quran menggambarkan seluruh pesan keislaman sebagai pesan yang didasarkan pada rahmat dan kasih. Islam dikirim untuk mengajarkan dan menegakkan kemuliaan ini di antara umat manusia. Saya percaya bahwa bagi kaum Muslim, bukan bagi Islam, hal ini menciptakan imperatif normatif untuk mengajarkan rahmat: QS 27: 77; 29: 51; 45: 20. Namun, tidak mungkin bisa mengajarkan rahmat kecuali kita memahaminya dan pengetahuan ini tidak bisa dibatasi pada teks. Ia merupakan *ta'aruf* (pengetahuan liyan) yang didasarkan pada premis etika kepedulian, dan membuka pintu untuk mempelajari rahmat, dan kemudian mengajarkannya.

atau kesediaan untuk mengabaikan kesalahan dan dosa manusia. Rahmat adalah keadaan ketika seseorang dapat menjadi adil dengan dirinya dan dengan yang lainnya dengan menghormati hak masing-masing. Secara fundamental, rahmat terkait dengan keadaan persepsi yang benar dan sejati; itulah mengapa di dalam Al-Quran rahmat dikaitkan dengan perlunya manusia sabar dan saling menenggang satu sama lain.[40] Yang paling signifikan, keberagaman dan perbedaan di antara umat manusia diklaim di dalam diskursus Al-Quran sebagai anugerah ilahiah yang penuh rahmat kepada umat manusia.

Persepsi sejati yang memungkinkan seseorang untuk memahami dan mengapresiasi—serta diperkaya oleh—perbedaan dan keberagaman kemanusiaan adalah salah satu unsur penting dalam pembentukan suatu masyarakat yang adil dan dalam pencapaian keadilan. Perintah ilahiah kepada umat manusia secara umum, dan khususnya kepada umat Muslim, adalah, sebagaimana dikatakan oleh Al-Quran, "untuk saling mengenali" dan menggunakan pengetahuan sejati ini dalam upaya untuk meraih keadilan. Lebih dari sekadar toleransi, hal ini mengharuskan para Muslim, dan umat manusia secara umum, untuk terlibat dalam kebajikan bersama ketika mereka meraih pemenuhan keadilan melalui rahmat. Tantangannya tidak hanya agar orang-orang hidup saling berdampingan, tetapi juga ambil bagian dalam upaya kebajikan dengan terlibat dalam suatu diskursus moral yang bermakna. Walaupun koeksistensi merupakan kebutuhan dasar bagi rahmat, guna meraih kondisi pengetahuan nyata tentang orang lain dan mengupayakan keadaan yang adil, penting agar umat manusia saling bekerja sama dalam mencari kebaikan dan keindahan. Semakin kebaikan dan keindahan didekati, semakin dekat manusia dengan keadaan yang ilahiah.

Walaupun begitu, penerapan aturan legalistik, bahkan ketika aturan semacam ini merupakan produk penafsiran teks ilahiah, tidaklah cukup untuk mencapai suatu persepsi sejati tentang yang lain, tentang rahmat,

[40] Al-Quran dengan terang memerintahkan manusia untuk saling berhubungan dengan penuh kesabaran dan kasih sayang (QS 90: 17) dan untuk tidak saling melanggar batas masing-masing dengan berpraduga seolah tahu siapa yang pantas mendapatkan rahmat Tuhan dan siapa yang tidak (43: 32). Teori moral Islam berfokus pada rahmat sebagai kemuliaan yang akan tumpang tindih dengan etika kepedulian yang dikembangkan dalam teori moral Barat. Lihat Tronto, Moral Boundaries, hlm 101–155.

atau pada akhirnya tentang keadilan. Pergeseran paradigma yang sedang saya bahas mengharuskan prinsip rahmah dan keadilan menjadi perintah ilahiah utama. Dalam paradigma ini, kedaulatan Tuhan terletak pada fakta bahwa Tuhan merupakan sumber dan otoritas yang mendelegasikan kepada manusia tugas untuk meraih keadilan di bumi dengan memenuhi kemuliaan yang merupakan cerminan ilahiah. Alih-alih menegasikan subjektivitas manusia melalui penerapan aturan yang mekanis, subjektivitas ini diakomodasi dan bahkan dipromosikan sejauh hal ini membantu pencapaian keadilan.

Selain itu, menurut diskursus yuristik, tidak mungkin mencapai keadilan kecuali setiap pemilik hak (*haqq*) memperoleh apa yang menjadi haknya. Sebagaimana dibahas di bawah, Tuhan memiliki hak-hak tertentu, manusia juga memiliki hak. Kemudian, ada beberapa hak yang menjadi milik Tuhan ataupun manusia. Tantangan khilafah adalah untuk pertama-tama mengakui bahwa suatu hak itu ada, kemudian memahami siapa yang menjadi pemilik hak tersebut, dan pada akhirnya membolehkan pemilik hak tersebut untuk menikmati hak yang dijaminkan untuknya. Suatu masyarakat yang gagal melakukan hal ini, terlepas dari banyaknya aturan yang mungkin berlaku, bukanlah masyarakat yang penuh rahmat ataupun yang adil. Ini menempatkan kita dalam posisi untuk menelaah kemungkinan hak-hak individu dalam Islam.

G. Hak Tuhan dan Hak Manusia

Ini adalah topik yang paling menantang dan saya tidak mungkin dapat membahasnya secara menyeluruh dalam keterbatasan ruang bab ini. Gagasan hak individual itu sendiri merupakan sesuatu yang pelik, baik dari segi sumber maupun hakikat hak-hak tersebut. Lebih jauh lagi, persoalan apakah ada hak individu yang melekat dan absolut ataukah hanya asumsi keberhakan pribadi yang dapat dikalahkan oleh pertimbangan lain adalah sesuatu yang dapat diperdebatkan. Selain itu, meski semua demokrasi konstitusional memberi perlindungan pada berbagai hak-hak individual, seperti kemerdekaan berpendapat dan berkumpul, kesetaraan di muka hukum, hak atas kepemilikan, dan hak atas proses hukum yang adil, tetapi

soal hak mana persisnya yang harus dilindungi, dan seberapa jauh, adalah sesuatu yang sangat bervariasi dalam teori ataupun praktik. Dalam konteks ini, saya menggunakan gagasan hak individu yang minimalis dan, mudah-mudahan, tidak kontroversial.

Hak individu yang saya maksud bukanlah keberhakan, melainkan kekebalan-kekebalan yang memiliki pengecualian—yakni gagasan bahwa kepentingan tertentu yang terkait dengan kesejahteraan seorang individu harus dilindungi dari pelanggaran, baik oleh negara maupun anggota tatanan sosial lainnya dan bahwa kepentingan tersebut tidak boleh dikorbankan, kecuali benar-benar ada keharusan yang luar biasa besar. Hal ini, sebagaimana disebutkan sebelumnya, adalah deskripsi minimalis hak dan, menurut saya, deskripsi yang sangat tidak memadai. Saya amat meragukan bahwa ada cara objektif untuk menguantifikasi suatu keperluan yang luar biasa, dan dengan demikian, beberapa kepentingan individu semestinya tidak boleh diganggu dalam keadaan apa pun. Kepentingan yang tidak boleh diganggu tersebut adalah sesuatu yang jika dilanggar akan menimbulkan rasa tidak bernilai dalam diri individu tersebut dan jika dilanggar akan mengoyak kemampuan manusia untuk memahami unsur yang dibutuhkan bagi eksistensi yang bermartabat. Maka, contohnya, di bawah konsepsi ini, penggunaan penyiksaan, perampasan makanan dan tempat tinggal, atau mata pencaharian, seperti pekerjaan, dalam kondisi apa pun merupakan pelanggaran terhadap hak seorang individu. Namun, demi pembahasan di bab ini, saya akan mengasumsikan deskripsi hak yang minimalis.

Patut dinyatakan bahwa tradisi yuristik pramodern tidak mengartikulasikan gagasan hak individu sebagai keistimewaan, keberhakan, atau kekebalan. Walau begitu, tradisi yuristik sudah mengartikulasikan konsepsi kepentingan yang dilindungi yang menimbulkan manfaat bagi seorang individu. Namun, sebagaimana ditunjukkan di bawah ini, subjek ini masih sarat dengan kegamangan dalam pemikiran Islam. Sebagaimana disampaikan sebelumnya, tujuan Syariat dalam teori yurisprudensi adalah untuk mewujudkan kesejahteraan manusia. Maka, kepentingan kesejahteraan manusia dibagi menjadi tiga kategori: keperluan (*daruriyyat*), kebutuhan (*hajiyyat*), dan kemewahan (*kamaliyyat* atau *tahsiniyyat*).

Kebijakan hukum dan politik pemerintah harus memenuhi kepentingan ini dalam urutan kepentingannya—pertama, keperluan, kemudian kebutuhan, baru kemewahan. Kebutuhan-kebutuhan ini lebih jauh dibagi menjadi lima nilai dasar (*al-daruriyyat al-khamsah*): agama, kehidupan, intelek, keturunan atau kehormatan, dan kepemilikan. Namun, para fuqaha tidak mengembangkan kelima nilai dasar ini sebagai kategori konseptual dan menelaahnya dengan implikasi teoretis dari masing-masing nilai tersebut. Namun, mereka mengupayakan apa yang dapat dideskripsikan sebagai pendekatan positivistik ekstrem terhadap hak-hak tersebut.

Para fuqaha mengkaji perintah-perintah hukum positif yang ada dan dapat dianggap mendukung nilai-nilai tersebut serta menyimpulkan bahwa dengan menegakkan perintah-perintah hukum spesifik itu, kelima nilai tersebut sudah dapat dipenuhi secara memadai. Jadi, contohnya, para fuqaha menyatakan bahwa pelarangan pembunuhan melindungi nilai dasar kehidupan, hukum tentang kemurtadan melindungi agama, pelarangan zat yang memabukkan melindungi akal, dan pelarangan zina melindungi garis keturunan, serta hak atas kompensasi melindungi hak atas kepemilikan. Membatasi perlindungan intelek pada pelarangan konsumsi alkohol atau perlindungan kehidupan pada pelarangan pembunuhan sama sekali bukan perlindungan yang menyeluruh, baik terhadap akal maupun hidup. Sejauh-jauhnya, hukum ini hanya merupakan perlindungan parsial atas konsepsi nilai yang terbatas, dan bagaimanapun, tidak dapat diklaim sebagai kekebalan yang dapat dimiliki seseorang terhadap dunia. Cukup beralasan untuk menyimpulkan bahwa kelima nilai ini hampa akan konten sosial dan politik yang teoretis dan tereduksi ke dalam tujuan legalistik teknis. Hal ini, tentunya, tidak mengecualikan kemungkinan bahwa kelima nilai dasar ini dapat berlaku sebagai dasar bagi suatu teori sistematis tentang hak individu.[41]

[41] Saya akan berargumen bahwa perlindungan agama harus dikembangkan sehingga bermakna perlindungan kemerdekaan keyakinan keagamaan; perlindungan pada hidup harus berarti bahwa pencabutan nyawa harus dilakukan untuk suatu alasan yang adil dan sebagai hasil dari proses yang adil; perlindungan akal harus berarti hak atas kebebasan berpikir, berekspresi, dan berkeyakinan; perlindungan kehormatan harus berarti perlindungan martabat insan manusia; dan perlindungan hak milik harus berarti hak atas kompensasi untuk perampasan hak milik tersebut.

Mengatakan bahwa tradisi yuristik tidak mengembangkan gagasan hak fundamental atau dasar bukan berarti bahwa tradisi ini sama sekali abai akan gagasan tersebut. Malah, tradisi yuristik cenderung bersimpati pada individu yang dieksekusi secara tidak adil karena keyakinannya atau mereka yang mati dalam perjuangan melawan ketidakadilan. Para fuqaha biasanya mendeskripsikan tindakan-tindakan semacam ini sebagai kematian *musabarah*, suatu deskripsi yang membawa konotasi positif atau yang patut dipuji. Para fuqaha menghasilkan diskursus yang amat kuat dalam mengutuk pengenaan pajak yang tidak adil serta perampasan kepemilikan pribadi oleh pemerintah. Lebih jauh lagi, mayoritas fuqaha menolak untuk mengutuk atau mengkriminalisasi perilaku orang-orang yang memberontak karena pengenaan pajak yang menindas atau yang melawan pemerintah tiran.[42]

Selain itu, tradisi yuristik sudah mengartikulasikan banyak sekali sikap yang menunjukkan orientasi humaniter atau yang berbelas kasih. Saya hanya akan menyebut beberapa sikap ini dan yang lainnya saya biarkan untuk dibahas dalam studi yang lebih luas. Para fuqaha mengembangkan gagasan praduga tak bersalah dalam semua acara pidana dan perdata dan berargumen bahwa pihak yang menuduh adalah yang menanggung beban pembuktian (*al-bayyina 'ala man idda'a*).[43] Dalam persoalan terkait kesesatan, para fuqaha berargumen bahwa lebih baik membebaskan seribu orang sesat ketimbang salah menghukum seorang Muslim yang jujur. Prinsip yang sama diberlakukan untuk kasus-kasus pidana; para fuqaha berargumen bahwa selalu lebih baik membebaskan orang bersalah ketimbang mengambil risiko menghukum orang yang tidak bersalah.[44] Lebih jauh lagi, banyak fuqaha mengutuk praktik menahan dan memenjarakan kelompok-kelompok heterodoks yang mengadvokasi heterodoksi (seperti para Khawarij) dan berargumen bahwa kelompok-kelompok semacam ini tidak boleh dilecehkan atau dianiaya, kecuali mereka mengangkat senjata atau sudah membangun niat yang jelas untuk melawan pemerintah.

---

42 Lihat Abou El Fadl, *Rebellion and Violence in Islamic Law*, hlm. 234—294.

43 Al-Zarqa, *Sharh al-Qawa'id al-Fiqhiyya*, hlm. 369—389; al-Nadwi, *al-Qawa'id al-Fiqhiyya*, hlm. 400—401; al-Suyuti, *al-Ashbah wa al-Naza'ir fi Qawa'id wa Furu' Fiqh al-Shafi'iyya*, hlm. 53; Mahmasani, *Falsafat al-Tashri'*, hlm. 294.

44 Al-Shawkani, *Nayl al-Awtar*, 7: 168; Ibn Hajar al-'Asqalani, *Fath al-Bari*, 14: 308.

Para fuqaha juga mengutuk penggunaan penyiksaan dengan berargumen bahwa Nabi melarang penggunaan *muthla* (mutilasi) dalam segala situasi[45] dan menentang penggunaan pengakuan yang dipaksa dalam segala persoalan hukum dan politik.[46] Banyak fuqaha juga pernah mengartikulasikan doktrin yang serupa dengan doktrin ekskulpatif Amerika; pengakuan atau bukti yang didapat di bawah paksaan tidak boleh diterima di pengadilan. Yang menarik, beberapa fuqaha berpendapat bahwa seorang hakim yang mengandalkan pengakuan yang dipaksa dalam suatu hukuman pidana kemudian akan menjadi bertanggung jawab atas penghukuman yang salah. Sebagian besar berargumen bahwa terdakwa atau keluarganya dapat mengajukan gugatan kompensasi kepada hakimnya, secara perorangan, atau kepada khalifah dan wakil-wakilnya, secara umum, karena pemerintah dianggap turut bertanggung jawab atas perilaku melawan hukum hakim-hakimnya.

Akan tetapi, barangkali wacana yang paling menarik dalam tradisi yuristik adalah yang terkait dengan hak Tuhan dan hak manusia. Hak Tuhan (*huquq Allah*) adalah hak yang dimiliki oleh Tuhan sebagai milik Tuhan sendiri berdasarkan keterangan yang eksplisit menyatakan demikian. Hak-hak ini adalah milik Tuhan dalam arti bahwa hanya Tuhan yang dapat mengatakan bagaimana pelanggaran atas hak ini dapat dihukum dan hanya Tuhan yang memiliki hak untuk memaafkan pelanggaran semacam ini. Hak-hak ini, lebih kurang, tunduk pada yurisdiksi eksklusif dan supremasi Tuhan dan manusia tidak punya pilihan selain mengikuti aturan eksplisit dan perinci yang telah ditetapkan Tuhan untuk menangani hak-hak yang berada di bawah yurisdiksi Tuhan. Selain itu, dalam teori fikih, hak-hak yang tidak secara eksplisit dimiliki Tuhan memberi manfaat kepada manusia.

---

45 Para fuqaha, bagaimanapun, tidak menganggap pemotongan tangan atau kaki untuk pencurian atau perampokan sebagai mutilasi.

46 Cukup banyak fuqaha dalam sejarah Islam yang mengalami persekusi dan dibunuh karena berpendapat bahwa dukungan politis (bay'a) yang didapat di bawah paksaan adalah tidak valid. Para fuqaha menggambarkan kematian para ulama di bawah keadaan demikian ini sebagai kematian musabara. Hal ini menjadi diskursus penting karena para khalifah memiliki kebiasaan menyuap atau mengancam orang-orang terpandang dan fuqaha untuk mendapatkan bay'a mereka. Lihat Abou El fadl, *Islamic Law*, hlm. 86—87; Ibn Khaldun, *Al-Muqaddima*, hlm. 165. Tentang hukum Islam mengenai tekanan dan pengakuan di bawah paksaan serta komitmen politik, lihat Abou El Fadl "Law of Duress in Islamic Law", hlm. 305—350.

Dengan kata lain, hak (*haqq*) apa pun yang tidak secara spesifik dan jelas dimiliki Tuhan menjadi hak yang dimiliki manusia. Hak-hak ini disebut *huquq al-'ibad, huquq al-nas,* atau *huquq al-adamiyyin*. Yang penting pula, jika pelanggaran atas hak Tuhan hanya bisa dimaafkan oleh Tuhan melalui tindakan pertobatan yang memadai, pelanggaran terhadap hak manusia hanya dapat dimaafkan oleh manusia pula. Fuqaha Hanafi Al-'Ayini (w. 855/1451) berargumen bahwa perampas hak milik, sekalipun pejabat pemerintah (*al-zalim*), tidak akan dimaafkan atas dosanya, sekalipun dia memohon ampun seribu kali, kecuali dia mengembalikan hak milik yang dicuri.[47]

Sebagian besar wacana ini terjadi dalam konteks menjelaskan hak keuangan dan hak milik pribadi, tetapi wacana ini belum diperluas pada hak-hak sipil lainnya, seperti hak atas proses hukum yang semestinya atau hak untuk mendengar, berpikir, dan untuk belajar yang tidak bisa ditinggalkan atau dilanggar oleh pemerintah dalam keadaan apa pun. Hal ini bukan karena lingkup hak manusia sempit; justru sebaliknya, ini karena lingkup hak ini terlalu lebar. Patut diingat bahwa orang-orang tetap memegang hak apa pun yang tidak secara eksplisit dikhususkan untuk Tuhan. Karena hak-hak yang dimiliki Tuhan ini cukup sedikit, jumlah hak yang menimbulkan manfaat bagi manusia banyak. Praktik yuristik selama ini cenderung fokus pada klaim hukum sempit yang mungkin dapat diselesaikan melalui proses-proses hukum alih-alih kategori teoretis luas yang dianggap tidak bisa diadili di pengadilan.

Oleh karena itu, para fuqaha cenderung fokus pada hak milik yang kasatmata atau hak atas kompensasi alih-alih klaim-klaim moral. Jadi, contohnya, jika seseorang membakar buku orang lain, orang tersebut dapat meminta kompensasi atas perusakan properti, tetapi dia tidak dapat mengajukan gugatan untuk meminta penetapan pemulihan yang dapat mencegah pembakaran buku tersebut sejak semula. Terlepas dari batasan tersebut, tradisi yuristik pada kenyataannya pernah mengembangkan gagasan klaim individu yang kebal dari limitasi atau pengucilan pemerintah atau sosial.

Ada satu lagi aspek penting yang perlu ditelaah dalam konteks ini. Para fuqaha pernah menyatakan satu sikap yang cukup mengejutkan, yakni

[47] Al-'Ayini, *al-Binaya fi Sharh al-Hidaya*, hlm. 482.

bahwa jika hak Tuhan dan hak manusia (hak campuran) tumpang tindih, hak manusialah, dalam sebagian besar kasus, yang harus didahulukan. Pembenaran atas posisi ini adalah bahwa manusia membutuhkan haknya dan perlu mendapatkan hak tersebut di bumi ini. Tuhan, di sisi lain, mengklaim hak Tuhan hanya demi manfaat manusia dan Tuhan selalu bisa mengklaim haknya di Hari Akhir bila diperlukan. Sedangkan terkait hak manusia, para fuqaha tidak membayangkan serangkaian hak yang tetap dan yang dapat digeneralisasi yang akan selalu dipunyai oleh setiap manusia setiap saat. Mereka justru membayangkan hak individual itu sesuatu yang timbul dari suatu penyebab hukum yang berlaku apabila terjadi pelanggaran hukum. Seseorang belum memiliki hak sampai dirinya dilanggar, dan sebagai akibatnya, dia bisa mendapatkan klaim retribusi atau kompensasi.

Ketika paradigma bergeser, konsepsi tradisional tentang hak harus berubah wujud menjadi gagasan kekebalan dan keberhakan. Dengan demikian, hak-hak ini menjadi milik pemegang hak individual sebelum muncul pengaduan spesifik dan terlepas dari apakah ada kasus atau gugatan hukum atau tidak. Serangkaian hak yang kekal dan tetap adalah yang diperlukan untuk mencapai masyarakat yang adil seraya meningkatkan unsur rahmat. Sangat mungkin bahwa hak-hak individual yang relevan adalah kelima nilai yang sudah dipaparkan di atas, tetapi persoalan ini perlu dipikirkan dan ditelaah ulang mengingat keberagaman dan partikularitas eksistensi umat manusia saat ini.

Karena hak manusia mendapatkan prioritas di atas hak Tuhan di bumi ini, klaim atas hak Tuhan tidak dapat digunakan untuk melanggar hak manusia. Tuhan sepenuhnya mampu mengklaim hak apa pun yang Ia inginkan di Hari Akhir nanti. Di bumi ini, kita hanya perlu memikirkan pengungkapan dan penetapan hak-hak yang dibutuhkan manusia untuk mewujudkan perikehidupan yang adil, sambil—sejauh dimungkinkan—menghormati hak-hak Tuhan yang sudah dinyatakan. Dalam konteks ini, komitmen pada hak asasi manusia bukan berarti kekosongan komitmen pada Tuhan atau ketiadaan keinginan untuk taat pada Tuhan. Justru, hak asasi manusia menjadi bagian penting dari perayaan keberagaman manusia, menghormati para khalifah Tuhan, mencapai rahmat, dan meraih tujuan luhur keadilan.

H. Islam dan Janji Hak Asasi Manusia

Saya telah berargumen bahwa kedaulatan Tuhan dihormati dalam upaya mewujudkan masyarakat yang adil dan bahwa suatu masyarakat yang adil harus, dalam meraih rahmat, menghormati keberagaman dan kekayaan manusia dan harus mengakui berbagai kekebalan yang dimiliki manusia. Saya telah menjustifikasi posisi ini dengan dasar-dasar keislaman, dan, meski mengakui bahwa pendekatan ini telah dipengaruhi oleh tradisi tafsir masa lalu, ia bukan merupakan pendekatan dominan terhadap pokok persoalan ini atau bahkan pendekatan yang mapan di kalangan Muslim era modern. Sayangnya, satu-satunya pendekatan yang mapan terhadap subjek ini saat ini adalah pendekatan apologetis dan puritan. Dan, sejauh ini, diskursus kontemporer penuh dengan berbagai asumsi tak berdasar dan jalan pintas intelektual yang telah sangat melemahkan kemampuan kaum Muslim untuk menghadapi topik penting seperti hak asasi manusia.

Selain itu, sebagian karena dipengaruhi oleh para apologis Muslim, banyak sarjana Barat mengulang-ulang berbagai generalisasi tentang hukum Islam yang, setidaknya, tidak didasarkan pada teks historis yang dihasilkan para fuqaha. Di antara berbagai generalisasi tanpa dasar itu adalah klaim bahwa hukum Islam itu terutama berurusan dengan kewajiban, dan bukan hak, dan bahwa konsepsi hak islami adalah kolektivis dan bukan individualis.[48] Kedua klaim tersebut, walau sering diulang-ulang, sebetulnya agak tidak konsisten, tetapi yang lebih penting, keduanya tidak didasarkan pada apa pun selain asumsi kultural tentang "liyan" yang non-Barat. Seolah berbagai penafsir, setelah memutuskan apa yang mereka yakini sebagai konsepsi Judeo-Kristiani atau bahkan konsepsi Barat tentang hak, berasumsi bahwa Islam memang sudah semestinya berbeda. Kenyataannya, justru, kedua klaim tersebut sudah sangat usang.

Para fuqaha pramodern tidak menyatakan suatu visi hak yang kolektif, seperti halnya mereka tidak menyatakan visi hak yang individual. Mereka memang pernah berbicara tentang *al-ḥaqq al-ʿamm* (hak publik) dan sering menyatakan bahwa hak publik harus didahulukan di atas

[48] Untuk klaim yang sering diulang ini, lihat Howard, *Human Rights and the Search for Community*, hlm. 92–104; Rosen, *The Justice of Islam*, hlm. 7, 79–80, 156–157; Weiss, *The Spirit of Islamic Law*, hlm. 145–185.

kepentingan pribadi. Namun, sebagai persoalan determinasi yuristik, ini menjadi tidak lebih dari sekadar pendapat bahwa orang banyak tidak boleh dibuat susah atau menderita demi kepentingan orang sedikit. Contohnya, sebagai kaidah hukum, hal ini digunakan untuk menjustifikasi gagasan tentang pengambilan tanah untuk kepentingan publik atau hak atas pemanfaatan publik atas tanah milik pribadi. Prinsip ini juga digunakan untuk melarang dokter yang tidak terkualifikasi melakukan praktik medis. Namun, sebagaimana disampaikan di atas, para fuqaha, contohnya, tidak menjustifikasi pembunuhan atau penyiksaan individu demi memajukan kesejahteraan negara atau kepentingan publik. Terkait pengambilan atau pemanfaatan tanah untuk publik sekalipun, sebagian besar fuqaha berpendapat bahwa para individu yang terkena dampaknya berhak mendapat manfaat kompensasi dari negara yang setara dengan nilai pasar properti yang diambil.

Sesuai perspektif hukum, kita dapat berargumen bahwa komitmen pada hak individu, secara keseluruhan, akan berkontribusi pada manfaat orang banyak (warga pribadi) di atas manfaat sedikit orang (anggota pemerintah yang berkuasa). Saya percaya bahwa kebaikan publik akan jauh diperkuat, bukan diperlemah, oleh klaim atas hak individu, tetapi poin ini harus dikembangkan dengan cara yang lebih sistematis dalam suatu studi tersendiri. Namun, yang ingin saya nyatakan di sini adalah bahwa gagasan yuristik tentang hak publik belum tentu mendukung apa yang acap kali digambarkan sebagai gagasan tentang hak yang kolektivis.

Demikian pula, gagasan mengenai kewajiban (*wajibat*) adalah sama mapannya dalam tradisi Islam seperti gagasan mengenai hak (*huquq*); tradisi yuristik Islam tidak menunjukkan preferensi pada salah satu di atas yang lain. Bahkan, beberapa fuqaha pramodern pernah berpandangan bahwa untuk setiap kewajiban terdapat hak yang sepadan dan sebaliknya.[49] Memang benar bahwa banyak fuqaha mengklaim bahwa penguasa wajib untuk ditaati, tetapi mereka juga, idealnya, berharap bahwa penguasa akan menjamin kesejahteraan dan kepentingan orang-orang yang dikuasai. Kenyataan bahwa para fuqaha tidak mendasarkan keharusan mematuhi

[49] Tentang hubungan antara kewajiban dan hak dalam hukum Romawi dan tradisi hukum Barat berikutnya, lihat Finnis, *Natural Law*, hlm. 205—210. Dinamika yang digambarkan Finnis sangat mirip dengan yang terjadi dalam hukum klasik Islam. Lihat juga tentang hak dan kewajiban: Lloyd L. Weinreb, "Natural Law and Rights", hlm. 278—305.

ini pada kewajiban untuk menghormati hak individu warga negara, bukan berarti bahwa mereka, secara prinsip, menolak memberikan kekebalan tertentu kepada warga terhadap negara. Di dalam situasi tertentu, para fuqaha bahkan pernah berpendapat bahwa jika negara gagal melindungi kesejahteraan warga di bawah kekuasaannya, atau berlaku tidak adil terhadap mereka, warga tersebut tidak lagi wajib patuh ataupun memberi dukungannya kepada negara.[50]

Retorika yang meluas tentang keutamaan perspektif kolektivis dan berbasis kewajiban dalam Islam ini menengarai sifat reaktif sebagian besar wacana tentang hukum Islam di masa kontemporer. Pada 1950-an dan 1960-an, sebagian besar negara Muslim, sebagai negara yang tertinggal pembangunannya, sangat dipengaruhi oleh ideologi pembangunan sosialis dan nasional yang cenderung menekankan konsepsi hak yang kolektivis dan berorientasi pada kewajiban. Maka, banyak komentator Muslim mengklaim bahwa tradisi Islam, sebagai akibatnya, mendukung aspirasi dan harapan apa yang disebut sebagai dunia ketiga. Namun, klaim semacam ini dalam memandang tradisi Islam sama-sama negosiatif, rekonstruktif, dan inventifnya dengan visi lain tentang hak di masa yang sama. Namun, dalam pandangan saya dari sudut pandang teologis, gagasan mengenai hak individual lebih mudah dijustifikasi dalam Islam ketimbang orientasi kolektivis.

Tuhan menciptakan manusia sebagai individu dan pertanggungjawaban mereka di Hari Akhir juga ditentukan secara individu. Komitmen seseorang untuk menjaga dan melindungi kesejahteraan individu adalah cara untuk menyikapi ciptaan Tuhan secara serius. Setiap individu merupakan semesta virtual berbagai mukjizat ilahiah—dalam raga, jiwa, dan pikirannya. Lalu, mengapa seorang Muslim harus berkomitmen pada hak dan kesejahteraan sesama manusia? Jawabannya adalah karena Tuhan sudah membuat komitmen seperti itu ketika Ia menanamkan begitu banyak diri-Nya sendiri dalam diri setiap insan. Itu mengapa Al-Quran menegaskan bahwa siapa pun yang membunuh sesama insan manusia secara tidak adil, itu bagaikan membunuh seluruh kemanusiaan; bagaikan si pembunuh telah membunuh kesucian ilahiah dan merusak makna inti dari yang ilahiah itu sendiri (QS 5: 32).

[50] Tentang persoalan ini, lihat Abou El Fadl, *Islamic Law*, 280-287.

Al-Quran tidak membedakan antara kesucian seorang Muslim dan non-Muslim. Al-Quran berkali-kali menegaskan bahwa tak seorang pun manusia dapat membatasi rahmah ilahiah dalam cara apa pun atau bahkan mengatur siapa yang berhak atasnya (QS 2: 105, 3: 74, 35: 2, 38: 9, 39: 38, 40: 7, 43: 32).

Bagi saya, ini berarti bahwa non-Muslim, ataupun Muslim, dapat menjadi penerima dan pemberi rahmah ilahiah. Ukuran kemuliaan moral di bumi ini adalah siapa yang dapat lebih mendekati yang ilahiah melalui keadilan dan bukan siapa yang mengusung label religius atau nonreligious yang benar. Ukuran di Hari Akhir adalah persoalan lain. Persoalan ini berada di bawah yurisdiksi eksklusif Tuhan.

Apakah penting bahwa masyarakat umum dunia sudah meyakini suatu standar perilaku minimum yang harus ditaati ketika berurusan dengan manusia? Lebih konkret lagi, apakah penting jika masyarakat dunia memandang bahwa memotong tangan pencuri, merajam pezina, atau keistimewaan yang dinikmati laki-laki dalam soal cerai dan waris sebagai pelanggaran atas standar dasar yang harus dipatuhi ketika berurusan dengan manusia? Hal ini relevan jika konsep rahmat dan keberagaman manusia akan disikapi secara serius. Persoalan sesungguhnya adalah bahwa umat Muslim sudah ditugaskan untuk menjaga kesejahteraan dan martabat sesama manusia dan kita pun telah ditugaskan untuk mewujudkan keadilan.

Jika argumen saya kuat, martabat dan keadilan membutuhkan belas kasih dan rahmat. Kaum Muslim telah diwajibkan untuk mengajarkan rahmat, tetapi seperti halnya seseorang tidak bisa belajar bicara sebelum mendengar, seseorang tidak bisa mengajar kalau dia juga tidak bersedia belajar. Jika etika rahmat hendak disikapi secara serius, kita terlebih dahulu harus belajar untuk peduli dan itulah sebabnya pandangan kemanusiaan secara umum tentang penafsiran dan pengamalan mandat ilahiah kita menjadi penting. Jika manusia lain tidak bisa memahami rahmat versi kita, klaim atas eksepsionalisme atau relativisme kultural, dari sudut pandang teologis, adalah percuma. Terlebih lagi jika kita, sebagai Muslim, hendak melibatkan seluruh umat manusia yang lain dalam upaya bersama untuk menegakkan kebajikan dan kesejahteraan di bumi ini. Mengingat begitu beragamnya umat manusia, kita tidak punya pilihan kecuali menyikapi tiap

kontribusi pada visi kebajikan ini secara serius dan mengkaji mana di antara visi yang ditawarkan itu yang lebih mendekati upaya untuk memenuhi tugas ilahiah ini.

Akan tetapi, kita tidak boleh lupa akan fakta bahwa sebagai manusia, tugas, dan pada akhirnya kewajiban, ini adalah milik kita. Hal ini berarti bahwa, dalam menunaikan tugas kekhalifahan di bumi ini, kita harus menyikapi kewajiban untuk terlibat dalam upaya bersama mewujudkan kebajikan ini secara serius, dan dalam melakukannya, kita harus bersedia meyakinkan dan diyakinkan mengenai apa yang diperlukan bagi kehidupan yang bermoral dan mulia di bumi ini. Tuhan pasti akan mengklaim hak-Nya di Hari Akhir dalam cara yang Ia pandang paling tepat. Namun, di bumi ini, tanggung jawab moral utama kita adalah mengklaim hak asasi manusia. Dengan begini, barangkali menjadi sangat jelas bahwa komitmen yang mendukung hak asasi manusia merupakan komitmen yang mendukung ciptaan Tuhan, dan pada akhirnya, komitmen yang melayani Tuhan.[]

Daftar Pustaka

Abdel Halim, Asma M. "Reconciling the Opposites: Equal but Subordinate." In *Religious Fundamentalisms and the Human Rights of Women*, edited by Courtney W. Howland. New York: St. Martin's Press, 1999.

Abou El Fadl, Khaled. "Law of Duress in Islamic Law and Common Law: A Comparative Study." *Islamic Studies* 30, no. 3 (1991): 305–50.

———. *And God Knows the Soldiers: The Authoritative and Authoritarian in Islamic Discourse*. Lanham: University Press of America, 2001.

———. *Rebellion and Violence in Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

———. *Speaking in God's Name: Islamic Law, Authority and Women*. Oxford: Oneworld, 2001.

———. 1987. *Kitab al-Ijtihad min Kitab al-Talkhis*. Damascus: Dar al-Qalam.

Adams, R.M. *Finite and Infinite Goods: A Framework for Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Adler, M. *The World of the Talmud*. New York: Schocken, 1958.

Afkhami, Mahnaz. "Gender Apartheid and the Discourse of Relativity of Rights in Muslim Societies." In *Religious Fundamentalisms and the Human Rights of Women*, edited by Courtney W. Howland, 67–77. New York: St. Martin's Press, 1999.

———, ed. *Faith and Freedom: Women's Human Rights in the Muslim World*. Syracuse: Syracuse University Press, 1995.

Ahmed, Leila. *Women and Gender in Islam*. New Haven: Yale University Press, 1992.

Aiken, William, and Hugh LaFollette, eds. *World Hunger and Morality*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996.

Ajami, Fouad. "In the Pharaoh's Shadow: Religion and Authority in Egypt." In *Islam in the Political Process*, edited by James Piscatori. London: Cambridge University Press, 1983.

Ali, Azra Asghar. *The Emergence of Feminism Among Indian Muslim Women 1920–1947*. New Delhi: Oxford University Press, 2000.

Ali, Shaheen Sardar. *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal Before Allah, Unequal Before Man?* The Hague: Kluwer Law International, 2000.

Allen, Tim, and Jean Seaton, eds. *The Media of Conflict: War Reporting and Representations of Ethnic Violence*. London: Zed Books, 1999.

Anderson, J.N.D. *Islamic Law in the Modern World*. New York: New York University Press, 1959.

———. *Law Reform in the Muslim World*. London: Athlone, 1976.

An-Na'im, Abdullahi A. *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*. Syracuse: Syracuse University Press, 1990.

———. "Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment or Punishment." In *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, edited by Abdullahi An-Na'im, 19–43. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

———. *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*. Syracuse: Syracuse University Press, 1996.

———."Islamic Foundations of Religious Human Rights." In *Religious Human Rights in Global Perspective: Religious Perspectives*, edited by John Witte and Johan van der Vyver, 337–59. The Hague: Martinus Nijhoff, 1996.

———. *The Politics of Memory: Truth, Healing, and Social Justice*. London: Zed Books, 2000.

———. *Human Rights, Religion, and the Contingency of Universalist Projects*. Syracuse: Syracuse University Press, 2001.

———, ed. *Human Rights in Cross-Cultural Perspective*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

An-Na'im, Abdullahi, Jerald Gort, Henry Jansen and Hendrik Vroom, eds. *Human Rights and Religious Values: An Uneasy Relationship?* Grand Rapids: Eerdmans, 1995.

Astor, Carl. *"...Who Makes People Different": Jewish Perspectives on the Disabled*. New York: United Synagogue of America, 1985.

Audi, Robert, and Nicholas Wolterstorff. *Religion in the Public Square: The Place of Religious Convictions in Political Debate*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1997.

'Ayini, Abu Muhammad Mahmud b. Ahmad. *al-Binaya fi Sharh al-Hidaya*. Beirut: Dar al-Fikr, 1990.

Basri, Abu al-Husayn Muhammad b.'Ali b. al-Tayyib. *Al-Mu'tamad fi Usul al-Fiqh.* Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyya, 1983.

Binder, Leonard. *Islamic Liberalism: A Critique of Development Ideologies*. Chicago: Chicago University Press, 1988.

Black, George, ed. *Islam and Justice: Debating the Future of Human Rights in the Middle East and North Africa*. New York: Lawyers' Committee for Human Rights, 1997.

Boisard, Marcel. *Humanism in Islam*. Indianapolis: American Trust Publications, 1987.

Boyle, Kevin. "Human Rights in Egypt: International Commitments." In *Human Rights and Democracy: The Role of the Supreme Constitutional Court in Egypt*, edited by Kevin Boyle and Adel Omar Sherif. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

Brems, Eva. *Human Rights: Universality and Diversity*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001.

Brown, Daniel. *Rethinking Tradition in Modern Islamic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

Bukhari, 'Ala' al-Din 'Abd al-'Aziz b. Ahmadi. *Kashf al-Asrar 'an Usul Fakhr al-Islam al-Bazdawi*. Edited by Muhammad al-Mu'tasim

BAB 11

Resolusi Melawan Intoleransi dan Prospek untuk Merevisi Peraturan tentang Penodaan Agama[1*]

Zainal Abidin Bagir
Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, Indonesia

A. Pendahuluan

Pada 2011, Dewan Hak Asasi Manusia PBB mengadopsi Resolusi 16/18 tentang "Melawan Intoleransi, Stereotip Negatif, Stigmatisasi, Diskriminasi, Hasutan Kekerasan, dan Kekerasan terhadap Seseorang Berdasarkan Agama atau Keyakinan" (Combating Intolerance, Negative Stereotyping and Stigmatization of, and Discrimination, Incitement to Violence, and Violence against Persons Based on Religion or Belief). Resolusi tersebut kemudian diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada akhir tahun itu dan diulang pada tahun-tahun berikutnya hingga kini. Resolusi ini awalnya diusulkan oleh negara anggota Organisasi Kerja Sama Islam (OKI, sebelumnya Organization of Islamic Conference), sebuah organisasi antarpemerintah yang memiliki 57 anggota.[2] Resolusi

1 *Bab ini mengandung beberapa revisi dari tulisan yang dipublikasikan oleh *Human Rights Research Journal*, Volume 9, 2014, Faculty of Law, Victoria, University of Wellington, New Zealand.

2 Situs resmi OKI memberikan penjelasan ini: "Organisasi ini adalah suara kolektif dunia Muslim yang bertujuan menjaga dan melindungi kepentingan dunia Muslim dengan semangat untuk mempromosikan perdamaian dan harmoni internasional di antara berbagai masyarakat dunia. Organisasi ini didirikan berdasarkan keputusan konferensi tingkat tinggi bersejarah yang berlangsung di Rabat, Kerajaan Maroko, pada 12 Rajab 1389 Hijriah (25 September 1969) sebagai akibat dari pembakaran Masjid Al-Aqsa di wilayah pendudukan Yerusalem." http://www.oic-oci.org/page/?p_id=52&p_ref=26&lan=en, diakses 11 November, 2014. Lihat juga http://oichumanrights.wordpress.com/ untuk informasi lebih lanjut mengenai agenda OKI tentang HAM.

tersebut dimaksudkan untuk, antara lain, memberikan perlindungan bagi kaum minoritas Muslim di negara-negara non-Muslim. Namun, selama 12 tahun sebelum itu, sejak 1999, serangkaian resolusi yang diprakarsai oleh OKI untuk tujuan itu cukup kontroversial. Resolusi yang awalnya berjudul "Penodaan (*Defamation*) Islam" dan belakangan diubah menjadi "Penodaan Agama" itu disetujui oleh hampir semua anggota OKI di Dewan Hak Asasi Manusia PBB (Dewan HAM PBB) dan PBB, tetapi perlahan kehilangan dukungan dari negara lain, terutama negara-negara Barat, hingga akhirnya resolusi ini ditinggalkan pada 2011.

Resolusi baru untuk melawan intoleransi itu memang menghindarkan kelemahan-kelemahan utama yang ada pada versi resolusi penodaan agama yang sebelumnya. Namun, banyak penulis dan aktivis masih mencurigai versi baru ini. Bagi beberapa kalangan, resolusi tersebut belum cukup baik karena pembatasan apa pun terhadap kebebasan berekspresi, termasuk pembatasan terhadap penghinaan sekalipun, sudah melanggar ketentuan DUHAM dan KIHSP dan tidak dapat diterima. Bagi mereka, batasan dalam DUHAM dan KIHSP sudah cukup dan tidak perlu ditambahkan atau ditegaskan lagi. Dengan demikian, usaha OKI, yang pada awalnya didasarkan pada beberapa gagasan tentang "penodaan agama", langsung dicurigai. Bahkan, dengan resolusi baru ini, masih ada kecurigaan bahwa negara-negara Muslim belum rela meninggalkan niatnya untuk meloloskan agenda penodaan agama ini dan perubahan itu hanyalah langkah strategis sementara.

Tujuan utama bab ini *bukanlah* untuk membahas perdebatan antara negara-negara OKI dan negara-negara lain, terutama negara-negara Barat, melainkan untuk menilik evolusi dari resolusi tersebut selama 15 tahun lamanya dari sudut pandang lain dan untuk tujuan lain. Dari sudut pandang internasional, ketika diletakkan dalam konteks kasus-kasus kontroversial seperti kartun Denmark yang dianggap menghina umat Islam melalui cemoohan atas Nabi Muhammad Saw., resolusi-resolusi tersebut dicurigai sebagai usaha untuk membatasi kebebasan berekspresi dan mengkriminalisasi kritik terhadap Islam. Dari sudut pandang OKI, resolusi tersebut adalah untuk melawan islamofobia dan membela minoritas Muslim di negara-negara mayoritas non-Muslim.

Akan tetapi, bentuk resolusi yang terbaru dan lebih inklusif ini dapat juga dilihat dari sudut pandang lain, yaitu bahwa jika resolusi itu diterapkan, hal ini juga berlaku bagi negara-negara berpenduduk mayoritas Muslim dengan populasi minoritas non-Muslim. Resolusi semacam itu dapat dipahami sebagai alternatif dari undang-undang penistaan agama dalam negeri atau penodaan agama yang ada di negara-negara Muslim tertentu, yaitu dengan mengalihkan target dari kelompok agama non-konformis minoritas, yang telah menjadi korban intoleransi melalui undang-undang penistaan agama, kepada aktor yang tidak toleran terhadap kelompok tersebut. Ini bisa terjadi dengan, sebagai contoh, undang-undang penistaan agama di Indonesia, undang-undang lama yang secara mengejutkan telah direvitalisasi dalam dekade terakhir dan menjadi media yang gampang digunakan untuk mengekspresikan intoleransi beragama terhadap kelompok-kelompok seperti Ahmadiyah, Syiah, sejumlah kelompok aliran kepercayaan, dan kelompok non-konformis lainnya.

Apa yang ingin saya tunjukkan dalam bahasan ini adalah pentingnya pergeseran koonseptual dari penodaan agama ke upaya melawan intoleransi dan bagaimana pergeseran itu dapat membantu peninjauan ulang UU penodaan agama, terutama yang masih berlaku di negara-negara muslim, dan lebih lanjut, kemungkinan untuk merevisi hukum tersebut. Contoh utama saya adalah hukum penodaan agama di Indonesia. Jika pergeseran ini dapat ditempuh, akan tercapai kemajuan yang sangat signifikan dalam memperbaiki situasi kebebasan beragama di negara-negara yang masih memberlakukan undang-undang tersebut. Penodaan atau penistaan agama merupakan salah satu dari dua masalah utama yang terkait dengan kebebasan beragama di negara-negara ini, yang lainnya adalah masalah penyebaran dan konversi (perpindahan) agama.[3]

[3] John Witte and M. Christian Green, "Religious Freedom, Democracy, and International Human Rights," in *Rethinking Religion and World Affairs*, ed. Timothy Samuel Shah, Alfred Stepan, and Monica Duffy Toft (Oxford University Press, 2012), 111, Oxford Scholarship Online, DOI:10.1093/acprof:oso/9780199827978.003.0008). For the case of Indonesia see Zainal Abidin Bagir, "Indonesia," in *Keeping the Faith: A Study of Freedom of Thought, Conscience, and Religion in ASEAN* (Jakarta: Human Rights Resource Centre, 2015), 139–194, available at www.hrrca.org.)

B. Penolakan terhadap Resolusi-Resolusi Penodaan Agama

Upaya mengajukan resolusi terkait penodaan agama adalah salah satu bentuk keterlibatan negara-negara Muslim yang cukup intens dengan rezim hak asasi manusia internasional. Hal ini bermula pada 1999 ketika Pakistan, atas nama OKI, mengusulkan sebuah rancangan resolusi berjudul "Penodaan Islam" di bawah agenda rasisme kepada Komisi Hak Asasi Manusia PBB (Komisi HAM PBB).[4] Para perancang resolusi itu mencatat maraknya stereotip negatif terhadap Islam dan kecenderungan untuk mengaitkan pelanggaran hak asasi manusia dan terorisme dengan Islam; media internasional menggambarkan Islam "sebagai agama yang memusuhi hak asasi manusia, mengancam dunia Barat dan lekat dengan terorisme dan kekerasan, padahal dengan Al-Quran, Islam telah memberi dunia piagam hak asasi manusia yang pertama .... Bahwa kampanye penodaan ini tecermin dalam meningkatnya intoleransi terhadap umat Islam".[5] Mereka mendesak Pelapor Khusus PBB untuk Soal Intoleransi Agama agar "terus mencurahkan perhatian pada serangan terhadap Islam dan usaha-usaha untuk menodainya". Atas keberatan beberapa negara Eropa, Kanada, dan India, judul tersebut kemudian diubah menjadi "Penodaan Agama". Dalam resolusi yang direvisi itu, Islam masih ditonjolkan, tetapi resolusi tersebut disepakati tanpa pemungutan suara dan masih diberi judul "Penodaan". Namun, Uni Eropa mengajukan keberatan mengenai makna "penodaan", yang dianggap bukan istilah hukum.

Pada 2000, resolusi tersebut diterima tanpa pemungutan suara lagi. Mulai 2001, pemungutan suara dilakukan hingga 2005 ketika resolusi tersebut diterima. Meski menyoal tentang penodaan *agama*, tetapi bahasa resolusi tersebut, menurut kata-kata perwakilan Guatemala pada 2005, tidak seimbang karena memberi bobot lebih pada Islam.[6] Resolusi tersebut memang memberikan penekanan pada Islam dan Muslim, terutama minoritas Muslim di negara-negara non-Muslim, dengan memberikan

4 Defamation of Islam, UNCHR. Draft Res., UN Doc. E/CN.4/1999/L.40, 20 April 1999.

5 UNCHR, catatan ringkasan, UN Doc. E/CN.4/1999/SR.61, 19 Oktober 1999.

6 Lihat http://www.un.org/press/en/2005/ga10437.doc.htm. Namun, negara tersebut memang memberi suara setuju, dengan harapan teks mendatang akan lebih inklusif.

catatan khusus mengenai dampak-dampak yang terjadi setelah peristiwa 11 September 2001.

Pada 2006 dan 2007, resolusi tersebut mendapat dukungan lebih besar, tetapi setelah itu keberatan terhadapnya menguat mulai 2008 sampai 2010. Untuk menghindari keberatan, resolusi tersebut dibuat lebih pluralistis. Misalnya, ketika menyebutkan contoh intoleransi, diskriminasi, dan tindak kekerasan, terdapat tambahan "termasuk kasus yang dimotivasi oleh islamofobia, yudeofobia, dan kristenofobia".[7] Resolusi ini juga mengganti "penodaan (*defamation*)" dengan "fitnah atau pelecehan (*vilification*)", meski judulnya tetap sama. Namun, langkah ini rupanya tidak berhasil.[8] Apa yang terjadi di Komisi HAM PBB/Dewan HAM PBB tecermin dalam Majelis Umum PBB. Resolusi ini kali pertama diajukan di hadapan Majelis Umum PBB pada 2005 oleh Yaman atas nama OKI. Resolusi setelahnya diadopsi sampai 2010, meski dukungannya melemah.

Ada beberapa argumen utama yang menentang resolusi-resolusi tersebut, yang dirumuskan dengan semakin jelas dari tahun ke tahun oleh beberapa negara, LSM internasional, serta akademisi.[9] *Pertama*, terdapat keberatan terhadap analogi yang digunakan antara ras dan agama dalam resolusi ini (yang awalnya memang diajukan di bawah agenda rasialisme). Hal ini dipandang sebagai perlindungan agama, terutama Islam, dari kritik. *Kedua*, resolusi ini juga dilihat sebagai upaya untuk melindungi agama, bukan pemeluk agama secara individu—sebuah pendekatan yang tidak sesuai dengan pendekatan rezim hak asasi manusia internasional. *Ketiga*, "penodaan agama" adalah konsep yang ambigu, dan oleh karena itu, upaya pembatasan terhadapnya dapat menghambat kebebasan berbicara atau berpendapat secara eksesif. Ini memberi peluang bagi negara untuk mengatur apa yang dianggap sebagai "Islam yang benar" dan membungkam pandangan kritis yang dilandasi niat baik atau usaha reformis dalam internal Muslim. Ringkasnya, resolusi ini terlalu berlebihan dalam

7 UN Document A/RES/65/224.

8 Cf. http://www.huffingtonpost.com/2010/11/25/blasphemy-resolution-pass_n_788305.html.

9 Untuk rangkuman argumen-argumen tersebut, lihat Asma T. Uddin, "Blasphemy Laws in Muslim Majority Countries," *The Review of Faith and International Affairs 9*, No. 2 (Summer 2011), hlm 47–55; Witte and Green, "Religious Freedom, Democracy, and International Human Rights"; Paul A. Marshall and Nina Shea, *Silenced: How Apostasy and Blasphemy Codes are Choking Freedom Worldwide* (Oxford University Press, 2011).

membatasi kebebasan berbicara. Ketika Amerika Serikat, yang bahkan tidak menyetujui pembatasan kebebasan berbicara yang ditentukan oleh KIHSP, menjadi lebih aktif terlibat dalam perdebatan tentang resolusi ini pada 2008, argumen utama yang digunakannya adalah persis mengenai penolakan atas pembatasan kebebasan berbicara ini.

Kritik lainnya atas resolusi tersebut ditujukan kepada negara mayoritas Muslim sendiri yang memiliki beragam versi undang-undang penodaan atau penghinaan agama. Ada kekhawatiran yang mendasar bahwa pengesahan gagasan "penodaan agama" di tingkat PBB akan mengeraskan undang-undang domestik tentang penodaan agama di negara-negara tersebut. Terkait dengan itu, ada kekhawatiran lain bahwa isu penodaan agama dapat memicu kekerasan, seperti yang terjadi dalam kasus kartun Denmark. Para pendukung resolusi ini berpendapat bahwa undang-undang penodaan agama akan mencegah kekerasan semacam itu. Namun, penentang resolusi tersebut berpendapat bahwa, alih-alih menjaga keharmonisan, undang-undang semacam itu justru telah memperkuat kelompok-kelompok konservatif dan negara untuk meminggirkan kelompok agama minoritas demi menjaga apa yang mereka anggap sebagai "ortodoksi". Jadi, meskipun mungkin saja ada kaitan antara penodaan agama dan kekerasan, logikanya justru tidak mengarah pada yang didalilkan oleh para pendukung resolusi tersebut, tetapi justru sebaliknya.

C. Dari Melawan Penodaan Agama ke Melawan Intoleransi

2010 adalah tahun terakhir resolusi penodaan agama dibahas di Dewan HAM dan Majelis Umum PBB. Pada Maret 2011, perubahan radikal terjadi di Dewan HAM PBB. Alih-alih penodaan agama, OKI mengusulkan sebuah resolusi berjudul "Melawan Intoleransi, Stereotip Negatif dan Stigmatisasi, dan Diskriminasi, Tindakan Kekerasan, dan Kekerasan terhadap Orang-orang berdasarkan Agama atau Keyakinan".[10] Kali ini resolusi tersebut diterima tanpa pengambilan suara dan berulang di tahun-tahun berikutnya. Di Majelis Umum, resolusi melawan intoleransi

[10] UN Document A/HRC/RES/16/18.

juga disahkan pada Desember 2011 dan dan diulang pada 2012 dan 2013, semuanya tanpa pengambilan suara.

Resolusi Dewan HAM PBB pada 2011 sebenarnya mengulangi keprihatinan utama dalam resolusi sebelumnya tentang penodaan agama. Resolusi tersebut mencatat "kasus intoleransi, diskriminasi, dan tindak kekerasan di banyak bagian dunia, termasuk kasus-kasus yang didorong oleh diskriminasi terhadap orang-orang dari kelompok minoritas agama, selain proyeksi negatif terhadap pengikut agama dan pemberlakuan tindakan yang secara spesifik mendiskriminasi seseorang berdasarkan agama atau keyakinan". Resolusi itu kemudian mendorong negara-negara anggota untuk menangani dan melawan "semua advokasi kebencian agama terhadap individu yang berupa hasutan atau diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan". Namun, selain itu, sekarang tidak ada rujukan yang lebih spesifik pada Islam, islamofobia, atau Muslim. Fokusnya kini beralih dari perlindungan agama ke perlindungan orang.

Hal penting lainnya adalah menyangkut penggunaan pendekatan legal atau nonlegal. Secara umum, alih-alih menyarankan cara hukum untuk melawan penodaan agama, ciri penting lain dari resolusi tersebut adalah penekanannya pada cara-cara nonlegal untuk melawan intoleransi. Pendekatan legal masih disarankan, tetapi terbatas: "Mengadopsi langkah-langkah untuk memidanakan hasutan pada kekerasan *yang amat berpotensi terjadi* (*imminent*) yang didasarkan pada agama atau keyakinan". Namun, resolusi ini mengakui bahwa "bekerja sama untuk mendorong penegakan hukum yang melindungi individu dari diskriminasi dan kejahatan kebencian, meningkatkan upaya antar-agama dan antarbudaya, serta memperluas pendidikan hak asasi manusia merupakan langkah awal yang penting dalam melawan intoleransi, diskriminasi, dan kekerasan terhadap individu atas dasar agama atau keyakinan". Resolusi ini juga mendorong "perdebatan gagasan secara terbuka serta dialog lintas agama dan budaya di tingkat lokal, nasional, dan internasional" sebagai cara untuk melawan intoleransi. Langkah-langkah dalam membina lingkungan lokal yang diwarnai penghormatan, perdamaian, dan toleransi beragama dapat dilakukan dengan "menciptakan jaringan kolaboratif untuk membangun saling pengertian, mendorong dialog, dan mengilhami tindakan konstruktif

dalam rangka mencapai tujuan kebijakan bersama dan mencapai hasil nyata, seperti melayani proyek di bidang pendidikan, kesehatan, pencegahan konflik, ketenagakerjaan, dan pendidikan media".

Resolusi baru ini telah ditindaklanjuti secara antusias oleh banyak negara ataupun LSM internasional. Tindak lanjut yang paling signifikan adalah Proses Istanbul, yaitu serangkaian pertemuan yang dimulai di Istanbul pada awal Juli 2011 oleh Menteri Luar Negeri AS Hillary Clinton, Sekretaris Jenderal OKI Ekmelledin Ihsanoglu, dan Perwakilan Tinggi Uni Eropa untuk Urusan Luar Negeri dan Kebijakan Keamanan Catherine Ashton.[11] Sejak itu, sudah ada lima pertemuan lainnya hingga 2016 serta sekian banyak pertemuan lainnya di tingkat menteri. Namun, Kayaoglu dan Petersen mempertanyakan apakah pertemuan-pertemuan tersebut dapat menjembatani perpecahan lama antara Barat dan dunia Muslim atau hanya akan mengulangi perseteruan lama yang mencuat dalam perdebatan sebelumnya tentang penodaan agama.[12] Pada pertemuan ketiga di Jenewa, meski ada diskusi tentang dialog antar-agama sebagai cara nonlegal dalam memerangi intoleransi, terdapat juga perdebatan tentang pemidanaan ujaran kebencian, "yang membangkitkan garis patahan lama antara dunia Muslim dan Barat serta menimbulkan pertanyaan tentang masa depan resolusi itu".[13]

Memang ada kekhawatiran bahwa dalam proses pelaksanaan resolusi baru ini, negara-negara OKI belum sepenuhnya meninggalkan gagasan penodaan agama dan masih mencoba mengembangkan gagasan untuk pemidanaannya. Sebagai contoh, Marshall dan Shea berpendapat bahwa "Larangan penghujatan agama sekarang sedang diuniversalkan di PBB lewat jalur belakang. Pembatasan yang diperbolehkan atas kebebasan berekspresi kini sedang ditafsirkan secara ekspansif untuk mengakomodasi pelarangan 'ujaran kebencian terhadap agama', yang, pada gilirannya, ditafsirkan secara eksplisit oleh OKI sebagai pelarangan 'penodaan

---

11 Lihat pernyataan bersama yang dihasilkan di http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/07/168653.htm.

12 Kayaoglu, T. dan Petersen, M.J. (2013). Will Istanbul Process Relieve the Tension Between the Muslim World and the West?, http://www.thewashingtonreview.org/articles/will-istanbul-process-relieve-the-tension-between-the-muslim-world-and-the-west.html (Kali terakhir diakses 12 Mei 2015).

13 Ibid.

agama'".[14] Dalam sebuah artikel opini, Shea melihat bahwa Proses Istanbul "memberikan wahana transnasional bagi OKI untuk menghidupkan kembali dorongan antipenodaan agama setelah isu itu diselesaikan di PBB".[15] Elizabeth Kendall, seorang pegiat kebebasan beragama Australia, bahkan lebih jauh lagi mengatakan bahwa sebenarnya resolusi melawan intoleransi itu lebih berbahaya daripada resolusi melawan penodaan. Mengutip sumber-sumber OKI, dia menunjukkan bahwa niat OKI dengan pertemuan lanjutan sebenarnya adalah untuk merumuskan "hukum internasional untuk mencegah kebencian akibat penodaan agama yang terus berlanjut".[16] Baginya, jelas bahwa perpindahan dari penodaan ke hasutan "tidak hanya konsisten dengan strategi OKI sejak awal 2009, tetapi sebenarnya merupakan langkah lebih jauh untuk mencapai tujuan utama OKI: kriminalisasi kritik terhadap Islam".[17]

OKI tentu menyadari kecurigaan ini. Pada Oktober 2012, Sekretaris Jenderal OKI mengatakan bahwa organisasi tersebut tidak akan mencoba lagi untuk mengusulkan penodaan agama, tetapi meminta negara-negara untuk menegakkan hukum tentang ujaran kebencian terhadap Islam.[18] Komentar yang lebih positif muncul dalam sebuah pernyataan bersama oleh tiga LSM, yaitu Article 19, Human Rights First, dan Freedom House (Maret 2014).[19] Organisasi-organisasi tersebut menentang resolusi-resolusi sebelumnya yang melawan penodaan agama, tetapi mendukung resolusi melawan intoleransi. Mereka meminta negara-negara untuk menerapkan resolusi melawan intoleransi. Sebagai salah satu pedoman dalam pelaksanaannya, lembaga-lembaga itu juga secara khusus menyebutkan

14 Marshall, P. dan Shea, N. (2011). *Silenced: How Apostasy and Blasphemy Codes are Choking Freedom Worldwide*.

15 Shea, N. (2011), "A perverse 'Process'", http://nypost.com/2011/12/17/a-perverse-process/, 17 Desember 2011.

16 Kutipan ini diambil dari laporan International Islamic News Agency, dikutip oleh Kendall. Lihat http://elizabethkendal.blogspot.co.nz/2011/08/hr-resolution-1618.html (Juli 2011).

17 Posisi OKI terakhir dapat ditemukan pada Juni 2013 https://oichumanrights.wordpress.com/tag/resolution-1618/.

18 http://www.reuters.com/article/2012/10/15/us-islam-blasphemy-idUSBRE89E18U20121015. Lihat juga dukungan Freedom House: https://freedomhouse.org/article/oic-rebuke-defamation-religions-welcomed.

19 http://www.article19.org/resources.php/resource/37505/en/human-rights-council:-states-must-implement-resolution-16-18-and-rabat-plan-of-action. Untuk melihat posisi tiap organisasi lihat juga http://www.humanrights.gov/2014/09/04/combating-intolerance-and-discrimination-based-on-religion-or-belief/; https://freedomhouse.org/blog/trouble-blasphemy-laws#.VGt-1_mUdIE.

Rencana Aksi Rabat (Rabat Plan of Action). Ini adalah inisiatif lain yang berjalan paralel dengan Proses Istanbul, dimulai dengan empat pertemuan intensif pada 2011 dan mencapai puncaknya pada 2012 di Rabat.[20]

D. Pergeseran dari Penodaan ke Intoleransi: Masa Depan Undang-Undang Penodaan Agama?

Sementara di forum internasional negara-negara anggota OKI berusaha untuk memerangi islamofobia di tempat-tempat umat Islam adalah minoritas, di dalam negeri negara-negara Muslim tersebut terdapat masalah yang terkait tetapi berbeda akibat pemberlakuan berbagai versi undang-undang penodaan agama. Dalam hal ini, pergeseran dari isu penodaan menjadi isu intoleransi atau hasutan mungkin dapat sangat membantu, dilihat dari sudut pandang perlindungan yang lebih baik terhadap kebebasan beragama di negara-negara Muslim. Sementara upaya untuk mengkriminalisasi penodaan di tingkat internasional kebanyakan menargetkan negara-negara Barat dengan jumlah umat Islam yang semakin meningkat, perdebatan seputar gagasan tersebut, serta kesediaan OKI untuk menggeser pokok permasalahannya dari penodaan ke intoleransi, dapat menjadi sumber yang berharga untuk memengaruhi situasi domestik di negara-negara anggota OKI.

Menurut Pew Research Center, banyak negara masih memiliki dan menegakkan peraturan hukum tentang penodaan agama atau *blasphemy* secara ketat. Di negara lain, hukumnya masih ada tetapi sangat jarang diberlakukan atau sudah lama sekali tidak digunakan. Pada pertengahan 2009, 30% dari 198 negara masih memiliki peraturan yang melarang perpindahan agama atau keyakinan dan penodaan agama dan peraturan semacam itu masih ditegakkan di 44 negara.[21] Persentase tertinggi (80%) negara dengan peraturan tersebut berada di Timur Tengah atau Afrika

[20] Teks Rencana Aksi Rabat dapat dilihat di http://www.ohchr.org/documents/issues/opinion/seminarrabat/rabat_draft_outcome.pdf. Lihat juga http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/RabatPlanOfAction.aspx.

[21] Pew Research Center (2011), *Rising Restrictions on Religion*, Agustus 2011 (tersedia di http://pewforum.org/Government/Rising-Restrictions-on-Religion.aspx), hlm. 59, 67.

Utara, kemudian Eropa (38%), Asia Pasifik (30%), Afrika Sub-Sahara (17%), dan negara-negara Amerika (12%).[22] Peraturan tersebut masih diberlakukan di banyak negara (14 negara Eropa, 12 di Timur Tengah, 12 di Asia Pasifik, 3 di Afrika Sub-Sahara, dan 3 di Amerika).[23] Perkembangan terakhir di Pakistan dan Indonesia menunjukkan bahwa undang-undang semacam ini lebih sering digunakan belakangan ini.[24]

Di Indonesia, dalam beberapa tahun terakhir ini Undang-Undang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama makin sering dibicarakan. Undang-undang tersebut disahkan pada 1965, sebagian untuk mengakomodasi kepentingan kelompok Muslim tertentu terhadap gerakan spiritual sinkretis yang dikenal sebagai aliran kebatinan/kepercayaan. Dalam rumusannya yang kabur, undang-undang tersebut melarang setiap orang untuk "… dengan sengaja di muka umum menceritakan, menganjurkan, atau mengusahakan dukungan umum, untuk melakukan penafsiran tentang sesuatu agama yang dianut di Indonesia atau melakukan kegiatan-kegiatan keagamaan yang menyerupai kegiatan-kegiatan keagamaan dari agama itu, penafsiran dan kegiatan mana menyimpang dari pokok-pokok ajaran agama itu".[25] Jelas bahwa tujuan undang-undang ini adalah untuk melindungi klaim ortodoksi kelompok tertentu dan melawan gerakan sinkretis.

Selama 35 tahun sejak diberlakukan, undang-undang tersebut sangat jarang digunakan. Namun, setelah demokratisasi, yang dimulai pada 1998, undang-undang tersebut justru lebih sering digunakan—dari hanya 10

---

22 Ibid. hlm. 71.

23 Angka-angka ini mungkin tidak sepenuhnya akurat karena Pew Research Report hanya memberikan persentase, tetapi tidak mencantumkan masing-masing negara. Saya mengutip angka-angka itu sebagai contoh lebih lanjut di Bagir, Zainal Abidin (2013). Defamation of Religion Law in Post-Reformasi Indonesia: Is Revision Possible? *Australian Journal of Asian Law.* 13: 2, hlm. 1—16.

24 Penting untuk dicatat bahwa meskipun banyak contoh diambil dari negara-negara Muslim, tidak berarti bahwa undang-undang penodaan agama di negara-negara tersebut serupa atau bahkan sama. Secara umum, undang-undang penodaan agama di Indonesia jauh lebih lunak ketimbang undang-undang serupa di Pakistan dalam hal cakupan penodaan agama atau *blasphemy* (di Pakistan peraturan ini hanya untuk melindungi sensitivitas Muslim) serta ancaman hukumannya (hukuman paling berat di Pakistan adalah hukuman mati, sedangkan di Indonesia 5 tahun penjara).

25 Pasal 1 UU No 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama.

kasus dalam 35 tahun (1965—2000) menjadi sekitar 40 kasus sejak 2000.[26] Yang tidak kalah penting, target undang-undang tersebut menjadi lebih luas lagi, sekarang memasukkan kelompok agama nonkonformis atau non-arus utama, khususnya, ke Islam. Bukan hanya kelompok kecil yang bisa dikategorikan sebagai gerakan keagamaan baru, undang-undang itu menargetkan kelompok yang lebih besar seperti Ahmadiyah dan, belakangan, Syi'ah, yang diakui sebagai kelompok yang sah dalam Islam oleh organisasi-organisasi Islam internasional. Dengan begitu, undang-undang ini telah menjadi sarana untuk menjaga pemahaman sempit (dan semakin sempit) tentang "ortodoksi" Islam. Serupa dengan kasus peraturan hukum tentang penghujatan/penodaan lainnya, rumusan yang kabur dari undang-undang itu membuatnya rentan untuk digunakan dalam berbagai kasus yang berbeda oleh kelompok agama yang lebih kuat atau negara. Undang-undang ini tidak membedakan antara upaya penghujatan yang disengaja (juga tidak membedakan objeknya, apakah itu terhadap ajaran, rumah ibadah, atau tokoh agama) dan penyimpangan (dari pemahaman arus utama suatu agama), atau sekadar perbedaan (dalam penafsiran).

Meningkatnya penggunaan undang-undang ini menjadi paradoks karena tak lama setelah gerakan demokratisasi 1998, hak asasi manusia pada umumnya telah mendapatkan landasan yang jauh lebih kokoh di Indonesia. Selain diberlakukannya undang-undang baru tentang hak asasi manusia serta ratifikasi banyak konvensi hak asasi manusia, amendemen kedua dari empat Amendemen Undang-Undang Dasar 1945 (2000—2002) memasukkan pasal-pasal tentang hak asasi manusia secara luas, termasuk kebebasan beragama. Mengingat beberapa perkembangan lainnya, dapat dikatakan bahwa undang-undang penodaan agama telah mengalami revitalisasi.[27]

---

[26] Angka tersebut disimpulkan dari studi Crouch dan beberapa laporan kebebasan beragama yang mendokumentasikan kasus-kasus tersebut dalam beberapa tahun terakhir di Indonesia, yang diterbitkan oleh organisasi nasional dan internasional seperti Setara Institute, Wahid Institute, Pusat Studi Agama dan Lintas Budaya di Universitas Gadjah Mada, Freedom House, Human Rights Watch, atau Amnesty International. Sulit untuk mendapatkan angka pasti karena tidak ada daftar resmi kasus-kasus pengadilan yang mencakup seluruh wilayah Indonesia. Lihat Crouch, M. (2012). Law and Religion in Indonesia: The Constitutional Court and the Blasphemy Law. 7 (1) *Asian Journal of Comparative Law* 1.

[27] Bagir, "Indonesia".

Dalam menanggapi revitalisasi ini, advokasi kebebasan beragama telah berkembang mulai dari pembelaan dalam kasus pengadilan tertentu sampai dengan membawa undang-undang penodaan agama ke Mahkamah Konstitusi (MK), suatu lembaga independen baru yang didirikan pada 2003 sebagai konsekuensi lain dari demokratisasi.[28] Undang-undang tersebut telah dibawa ke hadapan MK beberapa kali (yang paling menonjol adalah *judicial review* yang pertama pada 2009—2010) dan dalam semua kesempatan itu MK memutuskan untuk mempertahankannya. Argumen utama para pemohon menyangkut ketidaksesuaian antara undang-undang yang diberlakukan pada 1965 itu dan Undang-Undang Dasar, terutama yang sudah diamendemen, yang memiliki klausul pembatasan kebebasan yang serupa dengan KIHSP. Kementerian Agama dan Kementerian Dalam Negeri membela undang-undang tersebut dengan argumen bahwa itu adalah cara untuk melindungi komunitas agama dari penodaan terhadap agama mereka. Jalan pikiran mereka seperti ini: apa yang disebut penodaan agama nyatanya menyinggung kepekaan kelompok agama tertentu yang kemudian dapat memicu kekerasan; untuk mencegah hal itu dan menjaga ketertiban umum, penodaan agama harus dicegah, dan oleh karena itu harus ada dasar yang sah untuk membatasi kebebasan itu. Dengan begitu, kelompok keagamaan non-arus utama, yang non-ortodoks atau nonkonformis, yang mungkin memiliki interpretasi yang berbeda dari kelompok arus utama dalam suatu agama, dapat dituduh menodai agama. Inilah yang terjadi dalam kasus Ahmadiyah dan Syi'ah.

Meski mengakui bahwa undang-udang tersebut berpotensi diskriminatif, MK menyetujui jalan pikiran di atas. Diskriminasi yang terjadi dianggap bukan bukti kesalahan undang-undang itu sendiri, melainkan kesalahan dalam penerapannya. Itu adalah bagian dari alasan MK menyebutkan perlunya revisi, yaitu untuk memastikan bahwa undang-undang tersebut, yang diperlukan untuk menjaga tatanan sosial, tidak bertentangan dengan pluralisme Indonesia dan menjadi diskriminatif.[29]

Saran revisi tersebut belum ditindaklanjuti, tetapi isu penodaan agama telah muncul dalam pembahasan rancangan undang-undang

[28] Zainal Abidin Bagir, "Advocacy for Religious Freedom in Democratizing Indonesia." *The Review of Faith & International Affairs*, 12: 4, 27—39.

[29] Keputusan Mahkamah Konstitusi No.140/PUU-VII/2009.

tentang kerukunan agama (yang lalu berganti nama menjadi undang-undang perlindungan umat beragama). Meskipun ada rekomendasi dari organisasi-organisasi hak asasi manusia domestik dan internasional, juga dari beberapa negara selama Kajian Periodik Universal (Universal Periodic Review) Dewan HAM PBB pada 2012 untuk membatalkan undang-undang tersebut, prospek pencabutan undang-undang itu sangat tipis. Pertimbangan utamanya, sebagaimana terlihat dalam proses *judicial review* di Mahkamah Konstitusi pada 2010, bukan hanya legal, melainkan juga, yang lebih penting, adalah muatan politik historis undang-undang tersebut. Di masa lalu, undang-undang itu dianggap sebagai salah satu pencapaian penting dari desakan untuk mengakomodasi kepentingan politik kelompok Muslim tertentu dan telah membentuk hubungan agama-negara di Indonesia secara signifikan.[30] Meski undang-undang tersebut tidak mungkin dibatalkan dalam waktu dekat, yang mungkin dilakukan saat ini, mengikuti saran dari Mahkamah Konstitusi, adalah merevisinya.

Pertanyaannya adalah bagaimana undang-undang ini dapat direvisi sehingga tidak bertentangan dengan komitmen Indonesia terhadap pluralisme dan kebebasan beragama? Apakah hal itu bahkan dimungkinkan? Mahkamah Konstitusi tidak memberikan petunjuk yang cukup mengenai hal ini. Di sinilah wawasan yang dihasilkan oleh perdebatan internasional tentang penodaan agama dapat membantu. Sejumlah gagasan yang berasal dari perdebatan mengenai Resolusi 16/18 tentang melawan intoleransi sebagaimana yang telah dibahas di atas dapat diuraikan di sini.

Pertama, menggeser isu penodaan agama ke isu intoleransi dan hasutan kebencian atau kekerasan berarti menggeser sasaran wacana. Korban dalam kasus penodaan agama di Indonesia (atau negara-negara Muslim lainnya) biasanya adalah individu dan kelompok agama minoritas (dalam banyak kasus, mereka sebetulnya menganut agama yang sama dengan kelompok mayoritas) yang dianggap "menodai" agama. Mereka menjadi objek kriminalisasi. Namun, dalam kasus hasutan kebencian, pelaku kejahatan adalah kelompok intoleran yang, atas alasan kepekaan perasaan keagamaan mereka, meminggirkan, mengkriminalisasi, atau melakukan hasutan kebencian dan kekerasan terhadap orang-orang yang nonkonformis.

30 Bagir, "Defamation of Religion Law in Post-Reformasi Indonesia."

Kedua, jika konsep penodaan agama memerlukan penegasan ortodoksi (untuk menentukan apa yang dianggap sebagai pokok-pokok ajaran suatu agama yang benar), konsep intoleransi/hasutan kekerasan lebih konkret. Konsep ini tidak memerlukan ortodoksi, tetapi menilai perbuatan pelakunya dengan standar yang lebih objektif dan nyata, yaitu tindakan penghasutan kekerasan. Menentukan tindakan apa yang merupakan hasutan kekerasan tentu tidak mudah, tetapi secara internasional ada lebih banyak panduan dan yurisprudensi tentang ini daripada "penodaan agama".[31] Hal lain yang terkait di sini adalah pergeseran dari perlindungan agama atau kelompok agama menjadi perlindungan individu.

Kayaoglu melihat bahwa pergeseran tersebut mengindikasikan kemenangan gagasan liberal yang bertentangan dengan sudut pandang Muslim.[32] Namun, pada perspektif yang lain, hal ini dapat juga dipahami bukan sebagai perpindahan dari cita-cita Muslim ke cita-cita Barat, melainkan, sebagaimana dinyatakan Witte dan Green, sebagai sebuah pergeseran ke arah pragmatisme.[33] Selain itu, pembedaan yang terlampau mencolok antara liberalisme Barat dan sudut pandang Muslim yang lebih komunitarian berisiko membekukan atau mengesensialisasi keduanya. Faktanya, dalam diskursus internal Muslim sendiri terdapat banyak sudut pandang; ada yang otoriter, ada yang demokratis, dan ada yang sangat "komunitarian", tetapi ada pula posisi tradisional lain yang dianut sebagian pemikir Muslim berpengaruh yang lebih dekat pada pandangan liberalisme tertentu. Sehubungan dengan ini, terdapat perdebatan baru-baru ini mengenai hubungan antara demokrasi, sekularisme, liberalisme, dan multikulturalisme yang membuka kemungkinan posisi yang lebih banyak dan lebih bernuansa.[34] Singkatnya, alih-alih menggambarkan perbedaan

---

31 Contoh panduan semacam ini adalah yang disusun oleh Human Rights First, *Confronting Hatred While Respecting Freedom of Expression.* Dapat diakses di http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/Confronting_Hatred_While_Respecting_Freedom_of_Expression.pdf.

32 Kayaoglu, T. (2014). Giving an Inch Only to Lose a Mile: Muslim States, Liberalism, and Human Rights in the United Nations. *Human Rights Quarterly*, 36: 1, 61—89.

33 Witte, J. dan Green, M.C. (2012). Religious Freedom, Democracy, and International Human Rights.

34 Sarjana Muslim seperti Abdullahi An-Na'im, Khaled Abou El Fadl, Tariq Ramadan, Abdulaziz Sachedina, atau Abdul Karim Soroush telah lama memperdebatkan semacam demokrasi nonliberal Muslim. Terdapat juga literatur penelitian empiris, seperti yang dilakukan oleh Alfred Stepan dan Ahmet Kuru, tentang banyak ragam sekularisme dan model demokrasi

mencolok antara cita-cita Muslim dan Barat yang meremehkan pentingnya pergeseran dalam wacana internasional, akan lebih produktif untuk melihat keduanya sebagai dinamis, berkembang, dan terlibat dalam dialog. Selain itu, analisis yang menekankan perbedaan yang tak terelakkan antara Barat dan Muslim dapat dengan mudah membesar-besarkan perbedaan tersebut dan dengan demikian membuat dialog dan negosiasi yang diupayakan terjebak pada ranah yang terlalu filosofis.

E. Kesimpulan

Meski bagi negara-negara Barat resolusi melawan intoleransi dicurigai sebagai usaha untuk membatasi kebebasan berbicara, di negara-negara berpenduduk mayoritas Muslim seperti Indonesia, resolusi tersebut penting untuk dipertimbangkan secara serius dalam upaya merevisi undang-undang penodaan agama. Kasus di Indonesia menunjukkan bahwa sebagian alasan pelanggaran hak kelompok agama yang rentan berasal dari intoleransi yang dimanifestasikan dalam ujaran kebencian atau bahkan hasutan kekerasan. Wacana "melawan intoleransi" menempatkan kesalahan pada pelaku pelanggar kebebasan beragama yang tidak toleran dan bukan pada korban, yang biasanya adalah anggota kelompok agama yang rentan. Ia membalikkan kecenderungan yang tampak dalam undang-undang penodaan agama yang jelas dimaksudkan untuk melindungi mayoritas atau kelompok agama arus utama.

Demikian pula, meski resolusi tersebut awalnya ditujukan untuk melindungi sebagian besar minoritas Muslim di negara-negara non-Muslim, sekarang ia juga diharapkan dapat melindungi kelompok minoritas yang rentan, Muslim atau bukan, di negara-negara lain, termasuk negara-negara Muslim. Dengan demikian, rujukan utamanya adalah perlindungan kelompok agama minoritas—terlepas dari afiliasi keagamaan korban atau pelaku—dari ancaman intoleransi, stigmatisasi, dan hasutan kekerasan. Tuntutan OKI, sebagai pencetus resolusi ini, untuk melindungi populasi minoritas Muslim di negara-negara Barat tidak akan dapat dipercaya jika ia tidak menuntut para anggotanya untuk melindungi kelompok agama minoritas di negara-negara mereka sendiri.

dan tentang apakah demokrasi memerlukan liberalisme separatis yang ketat. Literatur ini seharusnya tidak dilihat sebagai penguatan perpecahan antara kaum liberal-Muslim, tetapi sebuah gerakan untuk mengaburkan batas-batas kategori lama.

BAB 12

Pengantar untuk Kebebasan Berpikir, Beragama, dan Berkeyakinan dalam Perspektif Hak Asasi Manusia

Brett G. Scharffs
J. Reuben Clark Law School of Brigham Young University,
Amerika Serikat.

A. Pendahuluan

Bab ini adalah pengantar untuk Pasal 18 Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia (DUHAM) serta institusi dan ketentuan-ketentuan hak asasi manusia yang terkait langsung dengan kebebasan beragama dan berkeyakinan.[1] Bab ini harus dipahami bersama dengan Bab 6, yang menjelaskan tentang sejarah, proses penyusunan, dan ketentuan-ketentuan pokok DUHAM.

B. Pasal 18 dalam DUHAM

Naskah yang melandasi pendekatan hak asasi manusia internasional terhadap kebebasan beragama bisa dibaca di Pasal 18 DUHAM yang telah diadopsi oleh Sidang Umum PBB pada 1948.

---

1 Bagian dari bab ini diadaptasi dari Brett G. Scharffs, "Symposium Introduction: The Freedom of Religion and Belief Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Legal, Moral, Political and Religious Perspectives", *26 Journal of Law & Religion,* hlm. 249—260 (2010—2011) dan W. Cole Durham, Jr. dan Brett G. Scharffs, *Law and Religion: National, International and Comparative Perspectives,* Bab 3, "International Human Rights Perspectives on Freedom of Religion or Belief" (Aspen/Wolters Kluwer, 1998).

Pasal 18 berbunyi:

> Setiap orang memiliki hak untuk bebas berpikir, bebas berkeyakinan, dan bebas memeluk agama; hak-hak ini termasuk juga hak untuk berpindah agama atau kepercayaannya dan kebebasan untuk memanifestasikan agama atau keyakinannya itu baik secara sendiri maupun bersama-sama komunitas, secara terang-terangan maupun secara privat, dalam pengajaran, peribadatan, dan ketaatan.[2]

Tinjauan terhadap kata demi kata pasal ini akan menyingkap makna dan ruang lingkup hak untuk kebebasan beragama.

Setiap Orang (Everyone)

Kata ini memiliki arti semua manusia, bukan hanya warga atau penduduk tetap suatu daerah. Warga asing atau yang tidak memiliki kewarganegaraan sekalipun memiliki hak kebebasan beragama atau berkeyakinan. Begitu juga dengan pemuka agama, rohaniwan, dan misionaris asing. Manusia tidak kehilangan haknya karena menjalankan peran keagamaan.

Memiliki (Has)

Kebebasan beragama, kebebasan berpikir, atau kebebasan berkeyakinan bukanlah hak yang diberikan oleh negara. Peraturan mungkin berperan dalam hal implementasi, tetapi peraturan tidak menciptakan kebebasan-kebebasan tersebut. Setiap individu dan setiap kelompok agama memiliki hak-hak tersebut semata-mata karena kemanusiaan dan kedudukannya sebagai manusia. Kewajiban pemerintah suatu negara adalah untuk menghormati dan melindungi hak-hak tersebut.

Hak (Right)

Kebebasan beragama adalah suatu hak. Ia bukan merupakan privilese, pemberian, atau kepentingan semata. Hak adalah sesuatu yang menjadi tanggung jawab negara untuk menghormati yang melindunginya.

---

[2] United Nations, *History of the Document,* diakses pada 26 Juli 2016, *http://www.un.org/en/sections/universal-declaration/history-document/.*

Kebebasan (Freedom)

Kemerdekaan beragama adalah suatu kebebasan. Ia tidak dapat direduksi menjadi kesetaraan atau perlakuan yang sama, meskipun perlakuan yang sama juga tentu penting. Pasal 18 melarang negara untuk memperlakukan semua agama di negaranya dengan sama buruknya. Kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan berkepercayaan adalah kebebasan-kebebasan yang harus dilindungi oleh negara.

Pemikiran, Keyakinan, dan Agama (Thought, Conscience and Religion)

Rumusan ini menunjukkan bahwa cakupan perlindungannya luas alih-alih sempit. Ruang lingkupnya lebih luas daripada sekadar kebebasan beragama. Namun, ia juga mencakup kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan juga beragama. Para perancang DUHAM sengaja menyusun bagian ini secara luas agar dapat menaungi seluas mungkin spektrum keyakinan keagamaan ataupun nonkeagamaan, termasuk keyakinan agnostik dan ateistis. Meskipun perdebatan pokok dan mendalam mengenai definisi agama dapat berperan penting, misalnya, sebagai dasar untuk memberikan keringanan pajak kepada suatu organisasi, tetapi dari sudut pandang hak asasi manusia, tidak penting apakah suatu keyakinan dapat dikategorikan sebagai agama karena perlindungannya berlaku untuk semua jenis pemikiran, keyakinan, dan agama. Dalam Komentar Umum Nomor 22, yang akan dibahas secara lebih perinci di bawah ini, Komite HAM menyatakan "Pasal 18 melindungi keyakinan teistis, keyakinan nonteistis, dan keyakinan ateistis, termasuk hak untuk tidak menganut agama atau keyakinan apa pun. Istilah 'keyakinan' dan 'agama' harus dimaknai secara luas."[3]

Berpindah (Change)

Banyak ahli hak asasi manusia yang terkait dengan keagamaan berpendapat bahwa hak untuk berpindah dari satu agama ke agama lain atau untuk tidak lagi memeluk suatu agama merupakan aspek fundamental dari kebebasan beragama dan berkeyakinan. Namun, tidak semua tradisi menerima konversi sebagai bagian dari hak dasar. Pasal 18 yang mengakui kebebasan dan hak untuk berpindah agama sempat menimbulkan pertentangan

[3] Komite Hak Asasi Manusia PBB, Komentar Umum, Sesi ke-48, Komentar Umum No. 22 (1993). Sesi ke-48, Komentar Umum No. 22, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993).

dari negara-negara mayoritas Muslim pada saat dilakukan pemungutan suara untuk mengadopsi DUHAM. Saudi Arabia pada saat itu akhirnya menyatakan abstain dan tidak mengikuti pemungutan suara dan salah satu alasan utamanya adalah karena kata "pindah" (agama) di Pasal 18 ini.[4]

Meski demikian, perwakilan negara mayoritas Muslim lain tidak keberatan dengan pencantuman hak untuk berpindah agama atau keyakinan di Pasal 18 ini. Sebagai contoh, Muhammad Khan, Menteri Luar Negeri Pakistan dan juga seorang Muslim menyatakan dukungan penuh negaranya.[5] Mengingat Islam sendiri adalah agama dakwah, Khan berpendapat bahwa hak untuk berpindah agama sejalan dengan ajaran Islam dan keyakinan tidak bisa dipaksakan.[6] Saat menyampaikan pendapatnya, Khan mengutip QS 18: 29, "Maka barang siapa yang ingin (beriman) hendaklah dia beriman dan barang siapa yang ingin (kafir) biarlah dia kafir."[7] Hal ini menggambarkan bahwa hak untuk berpindah agama menurut perspektif Islam merupakan topik yang paling menarik untuk diangkat oleh para ulama Muslim yang menafsirkan dalam memahami tradisi keagamaannya sendiri.

Di Dalam Masyarakat Bersama Orang Lain (In Community with Others)

Kebebasan beragama dan berkeyakinan memberikan perlindungan bagi aktivitas-aktivitas yang mempunyai dimensi sosial kemasyarakatan. Kebebasan beragama di dalam DUHAM tidak dibayangkan sebagai suatu hak yang memiliki dimensi individu atau pribadi saja, tetapi juga mencakup kelompok/komunitas. Pasal 18 dengan jelas menyatakan perlindungan terhadap dimensi komunal tersebut.

Manifestasi (Manifestation)

DUHAM tidak hanya mencakup perlindungan atas keyakinan, tetapi juga untuk memanifestasikan keyakinan tersebut. Artinya, ada juga perlindungan terhadap tindakan yang dimotivasi oleh keyakinan. Kebebasan beragama atau berkeyakinan juga disertai kebebasan untuk memanifestasikan agama

4 Susan Waltz, *Who Wrote the Universal Declaration of Human Rights*, U.S. Department of State, 26 Juli 2016, http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/publication/2008/11/20081119135247xjyrrep6.023806e-02.html#axzz4FZVT1WkT.

5 Glenn Mitoma, *Human Rights and the Negotiation of American Power*, hlm. 109 (University of Pennsylvania, 2013).

6 Id.

7 Id.

seseorang melalui pengajaran, peribadatan, dan ketaatan. Perlindungan ini memiliki cakupan luas, dan memang sengaja dibuat demikian, dan tidak hanya sekadar kebebasan untuk beribadah. Perlindungannya mencakup kebebasan untuk mengajarkan, mempraktikkan, menyembah, dan mengamalkan ajaran agama. Pengurangan atau pembatasan kebebasan beragama menjadi hanya salah satu komponennya, baik disengaja maupun tidak disengaja, akan mengancam hak kebebasan beragama. Istilah-istilah tersebut menggambarkan berbagai bentuk tindakan umum dalam kategori aktivitas keagamaan. Jadi, aktivitas-aktivitas tersebut adalah beberapa contoh saja dan tidak hanya sebatas itu.

Akan tetapi, hak asasi manusia bukannya tidak terbatas dan di dalam DUHAM batasan ini disebutkan di Pasal 29. Di pasal tersebut disebutkan, "dalam upaya mendapatkan hak dan kebebasannya, semua orang hanya tunduk pada batasan yang ditetapkan undang-undang yang hanya dimaksudkan untuk mengakui dan menghormati hak dan kebebasan orang lain serta memenuhi rasa keadilan dalam hal moralitas, ketertiban umum, dan kesejahteraan di dalam masyarakat demokratis." Dalam instrumen HAM yang muncul kemudian, klausul pembatasan yang terkait dengan kebebasan beragama tertulis di dalam isi ketentuan itu sendiri, tetapi dalam DUHAM dasar pembatasan itu ditemukan di Pasal 29. Batasan-batasan tersebut berlaku umum untuk semua hak dan kebebasan yang disebutkan oleh DUHAM.

Klausul pembatasan tersebut mencanangkan agar setiap orang, dalam memperoleh hak dan kebebasannya, hanya tunduk pada batasan yang ditentukan oleh peraturan perundangan (batasan hukum) dengan maksud semata-mata (tujuan pembatasan ini pun terbatas) agar hak dan untuk mengakui dan menghormati hak dan kebebasan orang lain serta memenuhi rasa keadilan (pembatasan harus didasarkan pada prinsip-prinsip keadilan) dalam hal moralitas, ketertiban umum, dan kesejahteraan masyarakat di masyarakat demokratis. Klausul pembatasan ini tidak hanya menetapkan dasar legitimasi pembatasan kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama, tetapi juga menjelaskan batasan dari pembatasan itu sendiri. Lebih penting lagi, dasar pembatasan itu diperhitungkan dengan saksama dan dasar itu terbatas pada hal-hal yang sangat dibutuhkan dalam rangka memenuhi rasa keadilan dari pembatasan-pembatasan tersebut.

C. Instrumen-Instrumen HAM Lain yang Terkait dengan Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan (KBB)

1. Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia (ECHR), 1950

Seperti yang sudah dibahas di Bab 6, isi dan semangat Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia, yang diadopsi pada November 1950, sangat mirip dengan DUHAM. Yurisdiksi Pengadilan HAM Eropa berlaku untuk semua anggota Dewan Eropa. Ini mencakup 47 negara anggota di Eropa, Turki, dan negara bekas Uni Soviet.[8]

Pasal 9 Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia membahas tentang kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama. Pasal ini menyatakan bahwa "setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama; hak ini mencakup kebebasan untuk berpindah agama atau keyakinan, serta kebebasan, baik sendiri maupun dalam kelompok bersama orang lain dan di depan umum maupun privat, untuk memanifestasikan ajaran agama atau keyakinannya itu, dalam bentuk peribadatan, pengajaran, praktik, dan ketaatan."[9] Rumusan bahasanya hampir sama dengan DUHAM, termasuk dalam hal dasar pembatasan untuk hak kebebasan beragama. "Kebebasan untuk memanifestasikan agama atau keyakinan seseorang mesti tunduk pada pembatasan yang ditentukan oleh hukum semata dan diharuskan dalam masyarakat demokratis demi kemaslahatan publik, melindungi ketertiban umum, kesehatan atau moral, atau demi melindungi hak dan kebebasan orang lain."[10]

Jika dianalisis, hak-hak yang ada di Pasal 9 dibagi ke dalam kelompok yang kadang disebut hak "tingkat pertama" atau "paragraf pertama" dan hak "tingkat kedua" atau "paragraf kedua." Hak-hak tingkat pertama

---

8 Negara anggotanya antara lain Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgia, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Kroasia, Siprus, Republik Cheko, Denmark, Estonia, Finlandia, Prancis, Georgia, Jerman, Yunani, Hungaria, Islandia, Irlandia, Italia, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Monako, Montenegro, Belanda, Norwegia, Polandia, Portugal, Romania, Federasi Rusia, San Marino, Serbia, Republik Slovakia, Slovenia, Spanyol, Swedia, Swiss, "Republik Makedonia Bekas Yugoslavia", Turki, Ukraina, Britania Raya.

9 Mahkamah HAM Eropa, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,* 26 Juli 2016, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

10 Id.

juga dikenal sebagai hak yang terkait dengan *forum internum* atau forum internal. Di dalamnya termasuk hak kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama serta kebebasan untuk berpindah agama atau kepercayaan. Hak-hak tingkat kedua dikenal sebagai hak yang terkait dengan *forum externum*, atau forum eksternal, yang berhubungan dengan manifestasi agama atau keyakinan. Perbedaan ini mirip dengan perbedaan keyakinan/tindakan dalam yurisprudensi hukum Konstitusi AS. Intinya adalah bahwa hak-hak terkait forum internal tidak bisa dikenakan pembatasan secara hukum. Pertanyaan penting yang sering muncul adalah, "Apa saja yang termasuk dalam forum internal?" Meskipun batasnya tampak tidak jelas, tetapi menurut Pasal 9, hak-hak tersebut meliputi kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan hak untuk berpindah agama dan kepercayaan. Di lain pihak, forum eksternal merupakan hak yang bisa dibatasi.

Forum eksternal ini meliputi semua bentuk aksi dan manifestasi dari kepercayaan. Dasar yang diizinkan untuk menentukan batasan ditentukan secara hati-hati.[11] Dapat dikatakan bahwa pembatasan yang sah terhadap kebebasan beragama dan berkeyakinan itu sangat sempit dan ketat.

Konvensi mengakui bahwa hak-hak kebebasan beragama bisa dilaksanakan baik sendiri maupun dalam masyarakat dengan orang lain; terdapat sebuah aspek komunal dalam hak-hak yang bisa diwujudkan baik secara publik maupun secara privat. Struktur dari hak-hak ini tidak mengenal pemisahan yang kaku antara kehidupan publik dan kehidupan pribadi yang bisa mengucilkan agama ke ruang privat. Definisi tentang apa saja yang termasuk manifestasi pemikiran, keyakinan/nurani, dan agama memang sengaja dibuat luas. Manifestasi yang dibolehkan dalam hal ini tidak hanya ekspresi kepercayaan, tetapi juga peribadatan, pengajaran, praktik, dan ketaatan. Bahasa yang demikian ditujukan agar bisa menaungi berbagai jenis ekspresi dan manifestasi keagamaan.

Klausul dua atau "paragraf b" dikenal sebagai "klausul batasan". Tidak seperti "hak tingkat satu" yang tidak dapat dikurangi, klausul ini, yang diawali dengan "kebebasan untuk memanifestasikan agama atau keyakinan", menekankan bahwa pembatasan oleh negara hanya bisa diterapkan pada manifestasi keyakinan. Klausul dua kemudian menyebutkan landasan

11 Id.

yang bisa diterima dalam membatasi hak. *Pertama,* pembatasan harus ditetapkan oleh hukum. *Kedua,* pembatasan tersebut mesti "diperlukan di dalam masyarakat demokratis" dan didasarkan pada salah satu alasan pembatasan yang absah, yaitu keamanan publik, perlindungan ketertiban umum, kesehatan dan moral, serta perlindungan hak-hak dan kebebasan orang lain. Hampir semua aksi yang ada dalam Pasal 9 yurisprudensi Mahkamah HAM Eropa berfokus pada frasa "diperlukan dalam masyarakat demokratis". Tidak seluruh kasus, tetapi hampir semua kasus yang terkait dengan kebebasan beragama dan berkeyakinan di dalam yurisprudensi Mahkamah merujuk ke bagian di paragraf dua tersebut.

Di dalam yurisprudensi Mahkamah HAM Eropa, analisis tentang klaim kebebasan beragama hampir selalu mengambil bentuk yang sama. Di permukaan, keputusan Mahkamah sangat formulaik dan hampir selalu mengikuti templat yang identik dalam menganalisis klaim kebebasan beragama. Secara praktis, ini berarti bahwa fakta-fakta khusus dan kondisi setiap kasus sangat penting dalam menentukan hasil akhir kasus.

Langkah pertama adalah menanyakan apakah terdapat campur tangan terhadap agama, pikiran, atau keyakinan/nurani oleh negara. Ini adalah pertanyaan permulaan, dan jika tidak ada campur tangan terhadap hak untuk memanifestasikan pemikiran, nurani, keyakinan atau agama, kasusnya tidak dilanjutkan.

Jika jawabannya adalah "ya, ada campur tangan", tahapan berikutnya adalah menanyakan apakah batasan tersebut "diatur dengan undang-undang". Hal ini menekankan bahwa pembatasan tersebut harus tunduk pada supremasi hukum. Pembatasan hukum ini harus dapat diakses, cukup perinci, dan cukup bisa diprediksi agar orang dapat merencanakan tindakannya. Jika pembatasan tersebut tidak ada aturan hukumnya, negara kalah dan pemohon menang. Undang-undang yang terlalu samar juga dapat gagal memenuhi syarat "harus ditentukan oleh hukum".

Jika jawabannya adalah "ya, pembatasan itu ditetapkan oleh hukum", pertanyaan ketiga adalah apakah pembatasan tersebut didasarkan pada salah satu alasan yang absah. Dasar pembatasan yang sah diatur dalam paragraf b Pasal 9 dan meliputi "kepentingan keamanan publik, perlindungan ketertiban umum, kesehatan atau moral, atau perlindungan hak-hak dan

kebebasan orang lain." Dasar pembatasan tersebut tampaknya cukup luas dan ada kekhawatiran yang wajar bahwa jika alasan pembatasan tersebut bisa ditafsirkan secara luas, akan sedikit sekali cakupan perlindungan kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama di Pasal 9. Pengecualian itu dikhawatirkan akan menganulir ketentuan hukumnya. Selain itu, meskipun Mahkamah biasanya cukup jelas mengenai alasan yang absah sebagai dasar pembatasan, Mahkamah sering kali menerima pernyataan negara yang menjelaskan tujuan pembatasannya. Oleh karena itu, tahap ketiga dalam analisis ini tidak banyak memberatkan atau mengalahkan pihak negara.

Poin penting adalah yang ada di bagian akhir proses analisis. Jika jawabannya adalah "ya, ada dasar yang sah untuk melakukan pembatasan", tahap keempat dan terakhir adalah memastikan apakah pembatasan tersebut "diperlukan dalam masyarakat demokratis".

Langkah terakhir dari tahapan analisis ini adalah yang paling penting dalam yurisprudensi Mahkamah HAM Eropa. Mayoritas analisis sampai pada langkah terakhir ini. Dari sekitar empat puluh kasus yang telah diputuskan melalui penafsiran Pasal 9 oleh Mahkamah, sebagian besar ditentukan berdasarkan apakah pembatasan itu diperlukan dalam masyarakat demokratis. Oleh karena itu, persoalan apakah pembatasan itu benar-benar diperlukan merupakan hal yang sangat penting.

"Keperluan" muncul melalui penyelidikan bertingkat yang merupakan bagian terpenting dari sebagian besar yurisprudensi Pasal 9. Ada beberapa perdebatan tentang apakah penambahan kata-kata "dalam suatu masyarakat demokratis" akan mempersempit atau memperluas ruang lingkup batasan, jika dibandingkan dengan, misalnya, DUHAM, ketika ada ketentuan mengenai keperluan pembatasan, tetapi tidak terikat secara khusus pada masyarakat demokratis. Mungkin saja dikatakan bahwa, demi menjamin kelangsungan demokrasi, perlu dibuat pembatasan (yang melarang partai politik berbasis agama, misalnya) sehingga kebutuhan untuk memelihara demokrasi memperluas ruang lingkup pembatasan yang diizinkan. Namun, di lain pihak, dibanding bentuk pemerintahan lain, kita beranggapan bahwa demokrasi lebih tidak membolehkan pembatasan terhadap hak-hak dasar sehingga keterangan "di dalam masyarakat demokratis" diharapkan bisa memperluas ruang lingkup jenis-jenis hak yang dilindungi.

Sebuah komponen penting dalam menentukan apakah pembatasan benar-benar "diperlukan dalam masyarakat demokratis" adalah ide "batas apresiasi" *(margin of appreciation)* yang diberikan oleh Mahkamah kepada negara-negara anggota untuk melindungi hak asasi manusia. "*Margin of appreciation*" adalah istilah khusus yang mencerminkan pengakuan terhadap kemungkinan adanya variasi budaya dan hukum diperbolehkan sehubungan dengan masalah hak asasi manusia. *Margin of appreciation* adalah semacam zona penghormatan yang diberikan oleh Mahkamah kepada negara-negara dalam proses penentuan apakah suatu pembatasan benar-benar diperlukan. Para pengamat telah menyampaikan bahwa sulit untuk memastikan di awal apakah suatu negara beroperasi di dalam *margin of appreciation* dalam kasus-kasus tertentu. Mahkamah cenderung akan berusaha keras untuk mengakui bahwa mereka telah memperhitungkan *margin of appreciation*, terutama ketika Mahkamah sedang dalam proses mengkaji apakah suatu negara telah melanggar Pasal 9.

Dalam menganalisis keperluan suatu pembatasan, Mahkamah biasanya—meskipun tidak selalu—akan mengajukan dua pertanyaan: *pertama,* apakah pembatasan itu pada prinsipnya dibenarkan, misalkan apakah pembatasan itu berhubungan dengan kebutuhan sosial yang mendesak? *Kedua,* apakah itu proporsional dengan tujuan absah yang ingin dicapai. Sebagian besar kasus yang terkait dengan Pasal 9 pada akhirnya berujung pada pertanyaan tentang proporsionalitas ini. Pertanyaan ini menyerupai, meskipun tidak identik dengan, pertanyaan seputar konstitusi Amerika yang sering terdengar, yaitu apakah suatu pembatasan hak-hak fundamental itu mencerminkan "kepentingan negara yang mendesak" dan merupakan "cara yang paling kurang restriktif" dalam rangka mencapai tujuan yang disasar. Dengan demikian, Mahkamah terlibat dalam proses penyeimbangan secara sadar dan jelas dan hampir semua keputusannya mengacu pada pembahasan mengenai proporsionalitas.

Yurisprudensi Mahkamah HAM Eropa mengakui tiga norma institusional utama yang berpengaruh pada kebebasan beragama, yaitu registrasi, otonomi, dan perlakuan yang sama. Dalam serangkaian kasus yang sudah diputuskan dalam satu dekade terakhir, Mahkamah telah menyatakan dengan jelas bahwa, meskipun Konvensi HAM Eropa

mengakui persyaratan registrasi, adanya hambatan yang dibuat negara dalam hal registrasi telah melanggar jaminan hak asasi manusia untuk bebas beragama dan berserikat. Dalam hal otonomi kelembagaan, lembaga keagamaan harus memiliki hak untuk mengontrol urusan internalnya sendiri, menentukan doktrin, memilih dan menunjuk pemimpin, dan mempekerjakan pengurusnya berdasarkan kualifikasi agama. Yurisprudensi Mahkamah mengenai perlakuan yang setara tidak selalu bermakna perlakuan yang sama persis, tetapi norma nondiskriminasi yang membatasi negara agar tidak mendiskriminasi kelompok-kelompok agama. Secara umum, ketika terjadi kerja sama antara agama-agama dan negara, kecenderungan umumnya adalah mengarah pada meluasnya inklusivitas terhadap agama-agama lain.

Mahkamah HAM Eropa juga mengakui tiga norma utama hak beragama individu, yaitu keyakinan dan ekspresi, memilih dan berpindah agama, dan akomodasi. Inti dari kebebasan beragama dan berkeyakinan adalah perlindungan mutlak terhadap forum internal suatu keyakinan. Kebebasan berekspresi, hak untuk mengekspresikan dan menyebarkan keyakinan keagamaan, juga didefinisikan dan dilindungi dengan baik. Penyebaran agama yang tidak patut didefinisikan secara sempit dan berfokus pada tindakan pemaksaan. Meskipun dipandang kontroversial oleh beberapa kalangan pada saat penyusunan DUHAM, tetapi di dalam yurisprudensi Mahkamah HAM Eropa sudah cukup mapan bahwa kebebasan beragama termasuk hak untuk mengubah agama atau keyakinan seseorang, termasuk hak untuk tidak percaya. Hak untuk mengajukan keberatan berdasarkan nurani semakin diakui sebagai dimensi penting dari kebebasan beragama dan berkeyakinan. Klaim atas nurani harus bisa diakomodasi dan sebisa mungkin tanpa ada biaya dan rintangan, khususnya ketika klaim tersebut bisa diselesaikan tanpa mengubah tatanan masyarakat dan tidak melanggar hak dan kebebasan orang lain.

2. Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP), 1966

Seperti yang telah dibahas di bab lain, Komisi Hak Asasi Manusia PBB berupaya untuk segera menindaklanjuti DUHAM yang bersifat tidak

mengikat dengan sebuah konvensi yang bersifat mengikat. Namun, perbedaan ideologi di antara negara-negara Barat dan Blok Soviet tidak memungkinkan terbentuknya sebuah kovenan tunggal. Pada 1951, Komisi memutuskan untuk mengadopsi pendekatan dua-kovenan yang dipimpin oleh negara-negara Barat dan penyusunan draf pun bisa dilanjutkan.

Proses perumusan dua konvensi ini membutuhkan waktu 15 tahun. Kovenan yang dihasilkan berjudul Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP) dan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (KIHESB).

Pasal 18 Kovenan ini berkaitan dengan kebebasan beragama atau berkeyakinan. Pasal ini menyatakan, "setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama. Hak ini mencakup kebebasan untuk memeluk atau menganut suatu agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri ...."[12] Berbeda dengan DUHAM, di pasal ini, kata "pindah" tidak disebutkan. Para perancang draf menghindari menuliskan kata "pindah" untuk mengakomodasi sensitivitas umat Muslim, tetapi kalimat itu disusun sedemikian rupa sehingga gagasan mengenai hak untuk "pindah (agama)" sudah terangkum dalam teks melalui hak untuk memeluk atau menganut suatu agama atau keyakinan atas pilihan individu.[13] Oleh karena itu, Komite Hak Asasi Manusia menafsirkan Pasal 18 sudah mencakup hak untuk berpindah keyakinan, tetapi penting dicatat bahwa ini adalah pokok paling sensitif dan hak untuk berpindah/mengubah tidak muncul dalam rumusan tersebut dalam instrumen hukum yang mengikat.[14] Namun, hal tersebut muncul di instrumen legal lain yang sifatnya mengikat seperti Konvensi Eropa. Pasal 18 kemudian menyatakan bahwa "Tidak seorang pun boleh tunduk pada paksaan yang dapat melanggar kebebasannya dalam memeluk atau menganut suatu agama atau keyakinan ...."[15] Pembatasan tersebut harus ditetapkan oleh hukum dan harus benar-benar diperlukan. Struktur dari pembatasan ini sangat mirip dengan Konvensi Eropa.

Terdapat sejumlah ketentuan lain dari KIHSP yang terkait dengan kebebasan beragama, seperti Pasal 19 (kebebasan berekspresi, termasuk hak

12 Id.

13 Kristine Kalanges, *Religious Liberty in Western and Islamic Law: Toward a World Legal Tradition*, hlm. 63 (Oxford Press, 2012).

14 Id.

15 Mahkamah HAM Eropa, catatan kaki.

untuk mencari, menerima, dan menyampaikan informasi dan pemikiran apa pun); Pasal 20 (yang melarang kampanye kebencian berdasarkan agama, ras, suku bangsa, yang berisi hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan); Pasal 21 (hak berkumpul secara damai); dan Pasal 27 (hak etnis, agama, dan bahasa minoritas untuk menikmati budayanya sendiri, untuk menganut dan menjalankan agamanya sendiri, dan untuk menggunakan bahasanya sendiri).

Seperti yang dijelaskan dalam Bab 6, Protokol Opsional KIHSP juga memiliki implikasi yang signifikan bagi kebebasan beragama.

3. Deklarasi tentang Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama atau Kepercayaan, 1981

Saat proses penyelesaian kovenan internasional sedang berlangsung, para anggota penyusun berlanjut mengupayakan pengadopsian konvensi tentang penghapusan diskriminasi ras serta penghapusan intoleransi dan diskriminasi agama. Tahap pertama dari upaya ini berhasil dan tertuang dalam Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (CERD) pada 1965. Politik dan kompleksitas isu pada saat itu tidak memungkinkan pengadopsian konvensi tentang kebebasan beragama. Alternatifnya, disusunlah Deklarasi yang tidak mengikat secara legal yang diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada 1981, yaitu Deklarasi tentang Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama atau Kepercayaan ("Deklarasi 1981").

Meskipun dokumen tersebut tidak memiliki kekuatan hukum yang sama dengan perjanjian, ia tetap merupakan dokumen hukum yang persuasif. Dokumen ini mengulangi sejumlah ketentuan dari dokumen sebelumnya yang sifatnya mengikat sehingga sejauh mengulangi komitmen yang bersifat mengikat, dokumen ini pun sejatinya juga mengikat. Pasal 6 Deklarasi ini juga secara spesifik membahas kebebasan berpikir, nurani, dan keyakinan.[16] Pasal ini melindungi hak untuk beribadah atau berkumpul, untuk membangun dan menggunakan tempat ibadat, mengelola lembaga amal atau kemanusiaan yang sesuai, mendapatkan benda-benda keagamaan

[16] Id.

seperti pakaian atau buku, untuk menyebarkan publikasi, dan mengajarkan agama atau keyakinan di tempat-tempat yang sesuai, dan untuk menerima kontribusi keuangan sukarela. Ini juga melindungi kemampuan untuk melatih, mengangkat, memilih, atau menunjuk pemimpin yang patut, memiliki dan mengamati hari istirahat dan hari libur, serta membangun dan memelihara komunikasi dengan individu dan masyarakat di negara-negara lain.

Dari segi praktis, ketika berhadapan dengan kesulitan tertentu, Deklarasi 1981 dapat membantu untuk memfasilitasi diskusi. Meskipun sulit dan tak bijak memaksakan dokumen ini mengikat secara hukum seperti halnya dokumen perjanjian internasional, tetapi dokumen ini sudah diakui dan dihormati secara luas. PBB telah mengadopsi dan menyetujui interpretasi mengenai ruang lingkup dan muatan kebebasan beragama dan berkeyakinan. Hal ini dapat membantu memfasilitasi dan memajukan pembahasan-pembahasan ke depan. Oleh karena itu, para pengacara yang sering bekerja di bidang ini dan akrab dengan Deklarasi 1981 dapat sangat efektif.

D. Peran Organisasi Nonpemerintah dalam Mempromosikan Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan

Organisasi nonpemerintah (ornop) memainkan peran penting dalam mempromosikan kebebasan beragama dan berkeyakinan serta hak asasi manusia lainnya di seluruh dunia. Ornop yang mempromosikan kebebasan beragama umumnya berbentuk organisasi nirlaba dan memperoleh dana dari iuran anggota, hibah donor, dan sumbangan pribadi individu, perusahaan, komunitas agama, pemerintah, atau lembaga antarpemerintah atau antargereja. Kelompok keagamaan, yang juga termasuk organisasi nonpemerintah, juga dapat mempromosikan kebebasan beragama secara langsung ataupun tidak langsung. Kelompok agama juga menggabungkan upaya mereka dan membentuk koalisi, atau persekutuan, yang lebih besar, seperti Dewan Gereja Dunia atau Dewan Gereja Eropa.

Ornop menggunakan berbagai metode untuk memajukan kebebasan beragama. Metode ini mencakup "perumusan standar, pelaporan pelanggaran, pemberian saran teknis, lobi dan penetapan agenda, resolusi konflik, jaringan, fasilitasi kerja sama antar-agama, dan pendidikan."[17]

Dalam memantau tingkat kepatuhan terhadap standar kebebasan beragama dan meningkatkan perhatian pada pelanggaran, ornop secara signifikan melengkapi tugas yang diemban oleh negara dan kadang fokus pada isu-isu yang tidak ditangani negara. Dalam beberapa kasus, ornop berkontribusi dalam pembuatan laporan nasional dan internasional, seperti yang dikeluarkan oleh Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan dan Komisi AS untuk Kebebasan Beragama Internasional. Selain itu, ornop juga sering mengedarkan laporan mereka sendiri tentang status kebebasan beragama dan kasus-kasus yang bermasalah.

Elizabeth Clark menyatakan bahwa "Organisasi nonpemerintah memiliki potensi besar untuk mempromosikan kebebasan beragama." Dia menulis, "Keberhasilan dalam mendorong sosialisasi norma-norma hak asasi manusia memerlukan kombinasi pemantauan pelaksanaan, mempermalukan pelanggar, persuasi moral, penggunaan pengaruh, penelitian akademik, pembuatan kebijakan, dan banyak kegiatan lainnya. Meskipun spektrum ornop di bidang hak asasi manusia sangat beragam dan tampak kacau, tetapi keberagaman alamiah yang muncul dari kerja-kerja independen masing-masing ornop itu bisa menjadi sangat efektif ketika mereka bekerja sama."[18]

E. Nilai Agama dan Kebebasan Beragama

Di luar pembatasan kebebasan berkeyakinan yang dialami banyak orang dan bangsa, kebebasan beragama menghasilkan manfaat instrumental dan non-instrumental. Kebebasan beragama, misalnya, menghasilkan berbagai macam kegunaan instrumental karena berkorelasi positif dengan

17 Lihat Elizabeth A. Sewell, "Facilitating Freedom of Religion or Belief through NGOs", dalam *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook,* hlm. 819—842 (Tore Lindholm, W. Cole Durham, Jr., dan Bahia G. Tahzib-Lie, ed., Martinus Nijhoff, 2004).

18 Id. hlm. 842.

peningkatan derma dan kegiatan sukarela, membantu pengembangan nilai-nilai demokrasi seperti berpikir reflektif, kemurahan hati, altruisme, rasa hormat, dan menyediakan komponen penting dari jalinan sosial suatu negara.[19] Kebebasan beragama juga membangun sekumpulan norma, hubungan, dan pranata yang memperkuat kemampuan masyarakat untuk bekerja sama; ia melampaui kepentingan diri sendiri dan meningkatkan modal sosial, memajukan demokrasi, membantu menengahi penyelesaian konflik kekerasan, menyediakan pelayanan sosial, mendorong moderasi politik, dan menunjang tingkat pendapatan yang lebih tinggi. Kebebasan beragama dapat semakin mengurangi kekerasan berlatar belakang agama, meningkatkan keamanan nasional dengan mengurangi narasi-narasi persekusi kelompok minoritas, serta berkorelasi dengan kebebasan dan kemaslahatan sosial lainnya.[20] Selain itu, Brian Grim dan Roger Finke dalam buku mereka, *The Price of Freedom Denied*, menyebutkan "kebebasan beragama terkait dengan tingkat pembangunan manusia seutuhnya yang lebih tinggi, diukur dengan indeks pembangunan manusia yang diterbitkan oleh Program Pembangunan PBB." Jadi, kebebasan beragama adalah bagian dari suatu "gabungan komoditas" kebebasan manusia yang berhubungan dengan banyak hasil positif.[21]

Nilai non-instrumental dari kebebasan beragama juga memiliki manfaat-manfaat yang tidak kasatmata. Hans Joas menyatakan hal itu dalam kalimat berikut: "Pertanyaannya bukan 'Apakah agama berguna?', melainkan seharusnya 'Bisakah kita hidup tanpa pengalaman yang diartikulasikan dalam iman dalam agama?'"[22] Manfaat non-instrumental lebih berfokus pada hal-hal seperti nilai pengalaman transendensi-diri serta upaya untuk meraih kebenaran.

---

19 Brian J. Grim, Greg Clark, dan Robert Edward Snyder, "Is Religious Freedom Good for Business? A Conceptual and Empirical Analysis", *Interdisciplinary Journal of Research on Religion,* vol. 10 (2014), 4—6; Patrick F. Fagan, "Why Religion Matters Even More: The Impact of Religious Practice on Social Stability", *Backgrounder,* no. 1992 (Heritage Foundation, 18 Desember 2006), 1—19.

20 Id. Lihat juga Paul A. Marshall, "The Range of Religious Freedom", dalam Paul A. Marshall, ed., *Religious Freedom in the World* (Rowman & Littlefield, 2008), 1—11.

21 Brian J. Grim and Roger Finke, *The Price of Freedom Denied* (Cambridge University Press, 2011), 206. Konsep tentang kebebasan manusia ada dalam bentuk "satu kesatuan komoditas" berasal dari pendapat Amartya K. Sen, *Development as Freedom*, (Knopf, 1999).

22 Hans Joas, *Do We Need Religion?: On the Experience of Self-Transcendence*, hlm. 7 (Routledge, 2015).

F. Kesimpulan

Akan sangat mudah untuk menganggap perlindungan hak asasi manusia, termasuk yang berkaitan langsung dengan kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama sebagai abstraksi umum. Namun, itu semua juga merupakan kewajiban perjanjian yang mengikat secara hukum serta ketentuan hukum yang dilembagakan di setiap tingkatan hukum. Banyak di antara mekanisme yang paling efektif dalam rangka pelaksanaan dan perlindungan kebebasan beragama dijumpai dalam berbagai hukum nasional, termasuk ketentuan Konstitusi serta hukum di tingkat negara bagian, provinsi, dan kota, seperti peraturan mengenai zonasi lingkungan. Demikian juga, pelaksanaan norma-norma hak asasi manusia tidak selalu berlangsung melalui sistem hukum formal.

Seperti yang tertulis dalam pembukaan DUHAM, hal itu dimaksudkan untuk menjadi

> "standar umum pencapaian yang berlaku untuk semua bangsa dan negara, dengan tujuan agar setiap individu dan setiap organ di masyarakat, dengan senantiasa berpedoman pada Deklarasi ini, akan berusaha melalui pengajaran dan pendidikan untuk menggalakkan penghormatan terhadap hak-hak dan kebebasan tersebut, dan dengan langkah-langkah progresif, nasional, dan internasional, menjamin pengakuan dan penghormatannya yang universal dan efektif …."[23]

Pada akhirnya, hak asasi manusia sangat mungkin untuk diakui dan dihormati, bukan hanya karena hasil pelaksanaan hukum, melainkan melalui upaya pengajaran dan pendidikan. Hanya dengan internalisasi dalam hati dan pikiran manusia sajalah pengakuan dan penghormatan hak asasi manusia secara universal efektif bisa terwujud.[]

---

[23] Universal Declaration of Human Rights (UDHR) Introductory Proclamation, 10 Desember 1948.

BAB 13

Standar Hukum Internasional mengenai Ujaran Ekstrem Terkait Agama

Jeroen Temperman
Erasmus University Rotterdam, Belanda

A. Pengantar

Apakah fenomena "ujaran ekstrem terkait agama" bisa menjadi dasar bagi pembatasan hukum terhadap kebebasan berpendapat dengan tujuan untuk melindungi para penganut agama? Bab ini akan membahas persoalan kekinian mengenai sejauh mana *hukum internasional* dapat membatasi—jika memang ada batasan—hak kebebasan berekspresi ketika hak itu digunakan secara verbal untuk menantang, "menyerang", atau menghina agama, penganut agama, atau hal-hal yang dianggap sakral. Pertama-tama, kita akan melihat apakah "hukum penghinaan/penistaan agama" (*blasphemy laws*) dapat dipertahankan di dalam hukum internasional. Selanjutnya kita akan menimbang sebuah gagasan yang muncul di kancah dunia internasional—tepatnya di bidang politik Perserikatan Bangsa-Bangsa—yaitu "pencemaran/penodaan agama" (*defamation of religion*). Terakhir, bab ini mengajukan konseptualisasi tolok ukur hukum untuk "advokasi kebencian agama", khususnya ujaran kebencian yang menyulut kekerasan atau diskriminasi.

B. Hukum Penistaan Agama dalam Hukum Internasional

Meski pengadilan HAM regional,[1] dalam batasan tertentu, mengizinkan undang-undang penistaan agama, lembaga pemantau internasional dan pakar independen belakangan sepakat untuk mengecam pembatasan terhadap kebebasan berekspresi tersebut. Secara khusus, Komite Hak Asasi Manusia PBB, yang mengawasi kepatuhan negara-negara pihak terhadap Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP), pada 2011 menetapkan bahwa "larangan menampilkan tindakan tidak hormat terhadap agama atau sistem kepercayaan lainnya, termasuk undang-undang penistaan agama, tidak sesuai dengan Kovenan ini …."[2] Dalam Komentar Umum yang sama, Komite mengungkapkan keprihatinannya bahwa undang-undang penistaan atau penghinaan agama yang ada biasanya membeda-bedakan antara agama-agama, yakni sesuatu hanya dianggap sebagai penghinaan bagi agama tertentu dan tidak semua agama dilindungi oleh undang-undang tersebut.[3]

Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan lebih jauh menyebut bahwa undang-undang penistaan yang ditetapkan negara itu "kontraproduktif".[4] Dalam sebuah laporannya, Pelapor Khusus mengulangi hal ini dengan menegaskan bahwa "dari pengalamannya, undang-undang penistaan ini biasanya menimbulkan efek intimidasi pada

1 Misalnya: Komisi Hak Asasi Manusia Eropa, X. Ltd. dan Y. v. Inggris, Permohonan No. 8710/79 (7 Mei 1982); Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa, Otto-Preminger-Institut v. Austria, no. 13470/87 (20 September 1994); Wingrove v. United Kingdom, aplikasi no. 17419/90 (25 November 1996); Murphy v. Ireland, aplikasi no. 44179/98 (10 Juli 2003); I.A. v. Turki, aplikasi no. 42571/98 (13 September 2005).

2 Komite Hak Asasi Manusia, Komentar Umum 34: Pasal 19: Kebebasan Berpikir dan Ekspresi (CCPR/C/GC/34, diadopsi pada sesi ke-102, Jenewa, 11—29 Juli 2011), para. 48. Komite membuat pengecualian untuk tindakan ucapan yang merupakan penghinaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 20 (2) ICCPR (lihat bagian tentang hasutan di bawah).

3 Komite Hak Asasi Manusia, Komentar Umum 34, para. 48: "undang-undang semacam itu tidak diperbolehkan untuk melakukan diskriminasi yang mengistimewakan atau merugikan satu atau beberapa agama atau sistem kepercayaan tertentu, atau penganutnya atas penganut agama yang lain, atau penganut agama atas orang yang tidak beragama."

4 Laporan Pelapor Khusus tentang Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan, Asma Jahangir, dan Pelapor Khusus untuk Bentuk Rasisme Kontemporer, Diskriminasi Rasial, Xenofobia, dan Intoleransi Terkait, Doudou Diène, selanjutnya untuk keputusan Dewan Hak Asasi Manusia 1/107 tentang hasutan kebencian berbasis ras dan agama dan promosi toleransi, UN Doc. A/HRC/2/3, 20 September 2006, para. 42.

anggota kelompok minoritas agama dan juga kritikus atau pemrotes".[5] Oleh karena itu, dia meminta semua negara pihak KIHSP untuk mencabut undang-undang penistaan.[6]

Demikian pula, Pelapor Khusus PBB untuk Pemajuan dan Perlindungan Hak Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi mengeluarkan sebuah laporan yang mengungkapkan keprihatinannya tentang "undang-undang antipenistaan, yang sangat tidak jelas dan membuat keseluruhan konsepnya rentan untuk disalahgunakan".[7] Dia menambahkan bahwa

> "hukum hak asasi manusia internasional melindungi individu dan bukan konsep abstrak seperti agama, sistem kepercayaan, atau institusi .... Selain itu, hak kebebasan beragama atau berkeyakinan, sebagaimana tercantum dalam standar hukum internasional terkait, tidak termasuk hak untuk memiliki agama atau kepercayaan yang bebas dari kritik atau ejekan. Malah, hak atas kebebasan berekspresi mencakup hak untuk mengkaji, berdebat secara terbuka, membuat pernyataan yang menyinggung, mengejutkan, dan mengganggu, dan mengkritik sistem kepercayaan, pendapat, dan institusi, termasuk pendapat dan institusi keagamaan, asalkan tidak menganjurkan kebencian yang mendorong permusuhan, diskriminasi, atau kekerasan. Pelapor Khusus menekankan imbauannya kepada semua negara untuk mencabut undang-undang antipenistaan dan untuk memulai perbaikan hukum dan perbaikan lainnya yang melindungi hak-hak individu sesuai dengan standar hak asasi manusia internasional".[8]

Selanjutnya, Rencana Aksi Rabat (Rabat Plan of Action)[9], sebuah usaha global dari para pakar hak asasi manusia yang diselenggarakan oleh

---

5 Pelapor Khusus tentang Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan, *Tackling Manifestations of Collective Religious Hatred* (A/HRC/25/58, 26 Desember 2013), para. 59.

6 *Id*., para. 70 (e).

7 Pelapor Khusus tentang Pemajuan dan Perlindungan Hak Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi, *Report of the Special Rapporteur to the General Assembly on Hate Speech and Incitement to Hatred* (A/67/357, 7 September 2012), para. 53.

8 *Id*., para. 53.

9 Rabat Plan of Action tentang larangan advokasi kebencian atas dasar bangsa, ras, atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan (*Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that*

OHCHR PBB juga menunjukkan bahwa undang-undang antipenistaan tidak memenuhi syarat sebagai batas yang absah untuk hak kebebasan berekspresi. Secara khusus, Rabat Plan menyatakan mengenai persoalan undang-undang penistaan bahwa undang-undang semacam itu adalah:

> kontraproduktif karena dapat mengakibatkan kecaman *de facto* terhadap semua dialog, perdebatan, dan kritik antar ataupun intra-agama/kepercayaan, yang sebagian besar dapat bersifat konstruktif, sehat, dan dibutuhkan. Selain itu, banyak undang-undang penistaan memberikan tingkat perlindungan yang berbeda terhadap suatu agama dibanding agama lain dan sering kali terbukti diterapkan secara diskriminatif. Ada banyak contoh persekusi terhadap minoritas agama atau yang dianggap menyimpang, tetapi juga ateis dan nonteis sebagai akibat dari undang-undang penistaan agama atau penerapan berlebihan berbagai undang-undang yang sebenarnya menggunakan bahasa yang netral. Selain itu, hak kebebasan beragama atau berkeyakinan, sebagaimana tercantum dalam standar hukum internasional yang terkait, tidak termasuk hak untuk memiliki agama atau keyakinan yang bebas dari kritik atau ejekan.[10]

Oleh karena itu, Rabat Plan of Action di antara rekomendasinya menyatakan bahwa "Negara-negara yang memiliki undang-undang penistaan harus mencabutnya karena undang-undang tersebut memiliki dampak yang menghambat kebebasan beragama atau kepercayaan dan dialog dan debat yang sehat tentang agama".[11]

Ringkasnya, menurut badan-badan perjanjian PBB dan pakar independen, tidak ada tempat untuk larangan penistaan dalam hukum

---

constitutes incitement to discrimination, hostility or violence). Kesimpulan dan rekomendasi yang berasal dari empat lokakarya ahli tingkat regional yang diselenggarakan oleh OHCHR, pada 2011, dan diadopsi oleh para ahli di Rabat, Maroko pada 5 Oktober 2012. Di empat lokakarya regional—Eropa (Wina, 9 dan 10 Februari 2011); Afrika (Nairobi, 6 dan 7 April 2011); Asia dan Pasifik (Bangkok, 6 dan 7 Juli 2011); dan Amerika (Santiago de Chile, 12 dan 13 Oktober 2011)—sekitar 50 ahli dan lebih dari 200 pengamat dan pemangku kepentingan lainnya membahas persoalan seputar hasutan dalam pengertian Pasal 20 (2) KIHSP.

10 *Rabat Plan of Action*, para. 19. Sebelumnya, di para. 17, dokumen ini telah menyetujui kutipan penolakan rezim penghujatan Komite Hak Asasi Manusia sebagaimana telah dirumuskan dalam Komentar Umum No. 34.

11 *Rabat Plan of Action*, hlm. 5.

internasional. Namun, di hadapan perkembangan tersebut, banyak negara di dunia pada suatu waktu pernah[12] dan di banyak belahan dunia masih menetapkan[13] penistaan sebagai tindak pidana dalam undang-undangnya.[14] Pew Forum menghitung bahwa ada 32 negara, atau 16% dari total 198 negara yang diteliti, yang memiliki undang-undang antipenistaan.[15] Hukum yang memidanakan penistaan banyak berlaku di Timur Tengah, Asia, dan Afrika Utara. Hampir tidak ada hukum semacam itu di Amerika; di Amerika Serikat khususnya, pemidanaan penistaan dianggap bertentangan dengan konstitusi.[16] Di Afrika Sub-Sahara, hanya ada dua negara yang memiliki undang-undang penistaan (Nigeria dan Somalia). Eropa agak membingungkan tanda-tandanya sehingga sulit untuk melihat tren yang jelas. Jika membandingkan Eropa kontemporer dengan Eropa zaman pramodern, undang-undang penistaan sudah kehilangan pamornya. Namun, ada tidak kurang dari delapan negara, yaitu 18% (yang sebenarnya setara dengan kawasan Asia Pasifik), yang masih mempertahankan undang-undang penistaan sampai hari ini.[17] Di banyak negara, kalau tidak di semua negara Eropa, keberadaan undang-undang semacam itu telah digugat, tetapi yang membingungkan, perdebatan tersebut menghasilkan pendekatan legislatif, kejaksaan, dan yudisial yang berbeda-beda. Di beberapa negara tersebut, undang-undang penistaan sudah tidak pernah digunakan selama puluhan tahun (misalnya beberapa negara Skandinavia), tetapi di beberapa negara lain, penduduknya benar-benar tunduk pada sanksi pidana hukum

12 Atau sebagai hukum agama atau pelanggaran *common law*. Untuk gambaran historis dan komparatif, lihat Jeroen Temperman, "Blasphemy, Defamation of Religions & Human Rights Law", 26(4) *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2008), hlm. 517—545.

13 Paul Marshall & Nina Shea, *Silenced: How Apostasy & Blasphemy Codes Are Choking Freedom Worldwide*, New York, OUP, 2011.

14 Bagian ini mengacu pada Jeroen Temperman, "Blasphemy, Defamation of Religion, Religious Hate Speech", dalam Silvio Ferrari (ed.), *Routledge Handbook of Law and Religion* (Routledge, 2015).

15 Pew Forum, Laws Penalizing Blasphemy, Apostasy and Defamation of Religion are Widespread (2012).

16 Di bawah perlindungan kebebasan berbicara yang dijamin dengan kuat oleh Amendemen Pertama Konstitusi AS. Untuk keputusan Mahkamah Agung AS yang penting, lihat Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 A.S. 495 (1952). Namun, perlu dicatat bahwa di tingkat lokal beberapa negara bagian AS masih memiliki undang-undang penistaan, meski penegakan hukumnya dihambat oleh keputusan Mahkamah Agung AS. Lihat mis. Detik. 36 dari Ch. 272 dari General Laws of Massachusetts.

17 Pew Forum, *Laws Penalizing Blasphemy*. Patut dicatat bahwa pada 3 Desember 2013, Senat Belanda menerima usulan untuk menghapuskan penistaan dari Undang-undang Pidana Belanda.

tersebut (misalnya Yunani). Irlandia malah baru saja memperbarui dan meningkatkan undang-undang penistaannya pada 2009, meskipun hal itu bertentangan dengan saran komisi hukumnya (yang merekomendasikan pencabutan undang-undang tersebut).[18]

C. "Penistaan Agama": Timbul dan Tenggelamnya Konsep Nonlegal

Oleh karena itu, di saat beberapa negara sampai saat ini memilih untuk mempertahankan undang-undang penistaan, hukum internasional sebagaimana ditafsirkan oleh badan pemantauan perjanjian PBB dan ahli independen bergerak ke satu arah yang jelas, yaitu melarang semua undang-undang atau perda antipenistaan yang bertujuan menghukum penista agama. Selama beberapa waktu, kira-kira selama 1990-an dan 2000-an, sejumlah negara mendorong, di tingkat PBB, agar ada pengakuan terhadap peraturan antipenistaan. Malah, negara-negara tersebut ingin "menginternasionalkan" ketentuan yang tercantum dalam perundangan nasional mereka itu bahwa penistaan agama harus diberantas oleh peraturan perundang-undangan yang kuat dengan mengemukakan gagasan bahwa "penistaan terhadap agama" harus disingkirkan melalui upaya internasional (yaitu melalui PBB) dan upaya nasional. Upaya ini, kemudian, memerlukan undang-undang pidana, di samping tindakan lain yang ditujukan untuk memerangi penistaan.

Agenda ini diajukan melalui Resolusi PBB yang diadopsi oleh badan-badan politik Perserikatan Bangsa-Bangsa (sebelumnya Komisi Hak Asasi Manusia dan kemudian oleh Dewan Hak Asasi Manusia dan Majelis Umum PBB).[19] Resolusi "Memerangi Penistaan Agama" ini, biasanya, diajukan oleh

---

18 Lihat Pasal 36 Undang-undang Penistaan [Irlandia], Nomor 31/2009. Law Reform Commission, *Consultation Paper on the Crime of Libel*, Agustus 1991, para. 231. [Catatan: Setelah referendum 2018, ketentuan penistaan agama di Irlandia dicabut, saat tulisan ini mulai diterbitkan.]

19 Misalnya. Komisi Hak Asasi Manusia, Resolusi 1999/82 tentang "Penodaan Agama" pada 30 April 1999; Resolusi 2001/4 tentang "Memerangi Penodaan Agama sebagai Sarana untuk Mempromosikan Hak Asasi Manusia, Kerukunan Sosial, dan Keanekaragaman Agama dan Budaya" 18 April 2001; Resolusi 2002/9 tentang "Memerangi Penodaan Agama" pada 15 April 2002; Resolusi 2003/4 tentang "Memerangi Penodaan Agama" pada 14 April 2003; Resolusi 2004/6 tentang "Memerangi Penodaan Agama" pada 13 April 2004; dan Resolusi

OKI (Organisasi Kerja Sama Islam, sebelumnya dikenal sebagai Organisasi Konferensi Islam). Meskipun resolusi ini pada awalnya didukung dengan suara bulat, tetapi belakangan kritik semakin bermunculan, terutama dari negara-negara "Barat", juga dari organisasi nonpemerintah dan literatur hak asasi manusia.[20] Keberatan yang dikemukakan adalah bahwa resolusi ini merongrong kebebasan berekspresi secara berlebihan dan tidak perlu. Selain itu, resolusi ini bertujuan untuk melindungi "agama", sedangkan hukum hak asasi manusia internasional bertujuan melindungi *individu* dan hak mereka atas kebebasan beragama dan kebebasan berekspresi. Terakhir, kebebasan beragama pada kenyataannya *mencakup* hak untuk bersikap kritis terhadap agama lain, sesuatu yang mungkin dianggap sebagai "penistaan" oleh penganut agama lainnya, tetapi sesuatu yang harus dilindungi. Kalau tidak, hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan akan menjadi sia-sia belaka.

Terkait dengan itulah kita harus juga memahami keprihatinan mendalam yang disuarakan oleh Pelapor Khusus PBB mengenai Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan. Meski sebagian mungkin berpikir bahwa Pelapor Khusus ini menerima sentimen antipenistaan, "penistaan terhadap agama" adalah konsep yang tidak dapat dijalankan dan bahkan merugikan dari perspektif kebebasan beragama:

> hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan, sebagaimana tercantum dalam standar hukum internasional yang terkait, tidak termasuk hak untuk memiliki agama atau kepercayaan

2005/3 tentang "Memerangi Penodaan Agama" pada 12 April 2005; sebuah tren yang kemudian dilanjutkan oleh Dewan Hak Asasi Manusia, lihat, misalnya, Resolusi 4/9 tentang "Memerangi Penodaan Agama" pada 30 Maret 2007; dan Resolusi 7/19 tentang "Memerangi Penodaan Agama" pada 27 Maret 2008. Lihat juga Resolusi Majelis Umum 60/150 pada 16 Desember 2005, 61/164 pada 19 Desember 2006, dan 62/154 pada 18 Desember 2007 (semuanya tentang "Memerangi Penodaan Agama").

20 Beberapa rujukan: Jeroen Temperman, "Blasphemy, Defamation of Religions & Human Rights Law" (2008) 26 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 517—545; L. Bennett Graham, "Defamation of Religions: The End of Pluralism?" (2009) 23 *Emory International Law Review* 69—84; Sejal Parmar, "The Challenge of 'Defamation of Religions' to Freedom of Expression and the International Human Rights System" (2009) 3 *European Human Rights Law Review* 353—375; Allison G. Belnap, "Defamation of Religions: A Vague and Overbroad Theory that Threatens Basic Human Rights" (2010) *Brigham Young University Law Review* 635—685; Rebecca J. Dobras, "Is the United Nations Endorsing Human Rights Violations?: An Analysis of the United Nations' Combating Defamation of Religious Resolutions and Pakistan's Blasphemy Laws" *Georgia Journal of International & Comparative Law* 37 (2009) 339—380; dan yang terbaru dan komprehensif, Lorenz Langer, *Religious Offence and Human Rights* (Cambridge University Press, 2014).

yang bebas dari kritik atau ejekan. Selain itu, kewajiban internal yang mungkin ada dalam suatu komunitas agama menurut kepercayaan para anggotanya (misalnya, larangan mewakili tokoh agama) bukan merupakan kewajiban yang mengikat secara umum dan oleh karena itu tidak berlaku untuk orang-orang yang bukan anggota dari kelompok atau komunitas agama tersebut, kecuali isinya sesuai dengan hak-hak yang dilindungi oleh undang-undang hak asasi manusia.

Hak atas kebebasan berekspresi dapat secara sah dibatasi jika sudah berupa advokasi yang mendorong tindakan kekerasan atau diskriminasi terhadap individu berdasarkan agama mereka. Penistaaan agama dapat menyinggung perasaan orang dan menyakiti perasaan keagamaan mereka, tetapi tidak serta-merta atau setidaknya secara langsung mengakibatkan pelanggaran hak mereka, termasuk hak mereka atas kebebasan beragama. Kebebasan beragama terutama menjamin hak seseorang untuk bertindak sesuai dengan agamanya, tetapi tidak memberikan hak kepada penganut agama agar agama mereka dilindungi dari semua komentar buruk.

Hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan melindungi terutama hak individu dan, sampai batas tertentu, hak kolektif masyarakat yang bersangkutan, tetapi tidak melindungi agama atau kepercayaan *per se*. Pada saat pelaksanaan kebebasan berekspresi dalam kasus konkret berpotensi memengaruhi hak kebebasan beragama dari individu-individu tertentu yang teridentifikasi, secara konseptual tidak akurat untuk menyajikan fenomena ini secara abstrak sebagai konflik antara hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan dan hak untuk kebebasan berpendapat atau berekspresi.

Oleh karena itu, pertanyaan mengenai apakah kritik, pernyataan yang merendahkan, penghinaan, atau ejekan suatu agama dapat berdampak negatif terhadap hak individu atas

> kebebasan beragama atau berkeyakinan hanya dapat ditentukan secara objektif dan, khususnya, dengan memeriksa apakah berbagai aspek dari manifestasi hak seseorang atas kebebasan beragama terdampak secara negatif.[21]

Karena meluasnya kritik yang dipicu oleh konsep "penistaan agama", sebuah resolusi baru disahkan oleh Dewan Hak Asasi Manusia, yang bertujuan untuk menanggapi suara-suara keberatan yang muncul. Sejak 2011, resolusi yang diubah ini berjudul "Memerangi Intoleransi, Stereotip Negatif dan Stigmatisasi, serta Diskriminasi, Hasutan Kekerasan dan Kekerasan terhadap, Orang-Orang yang Didasarkan pada Agama atau Kepercayaan".[22]

Resolusi Dewan HAM ini (biasanya disebut sebagai "16/18" karena ini yang pertama) sesuai dengan standar hukum hak asasi manusia internasional karena memandang serius kebebasan berekspresi, tidak bertujuan untuk melindungi agama *per se*, dan mengecam, sesuai dengan standar internasional yang ada, "hasutan" (lebih lanjut lihat bagian IV di bawah) alih-alih penistaan semata.[23] Para pakar independen, ilmuwan dan ornop hak asasi manusia saat ini sedang mengonseptualisasikan ketentuan-ketentuan dari resolusi baru ini, yang menunjukkan bagaimana agar fokus baru pada pemberantasan intoleransi dan hasutan ini pada praktiknya dapat dan harus berkontribusi pada peningkatan standar hak asasi manusia internasional yang telah ada.[24] Pada saat yang sama, masih ada kecemasan bahwa resolusi politik di masa mendatang, atau salah tafsir terhadap

---

21 Laporan Pelapor Khusus, Jangahir dan Diène, Report (lihat catatan no 4, supra), para. 36—39 (penomoran dihilangkan dalam kutipan).

22 Misalnya, Resolusi Dewan Hak Asasi Manusia 16/18 "Memerangi Intoleransi, Stereotip Negatif dan Stigmatisasi, serta Diskriminasi, Hasutan Kekerasan dan Kekerasan terhadap, Orang-Orang yang Didasarkan pada Agama atau Kepercayaan" (UN Doc. A/HRC/RES/16/18, diadopsi pada 24 Maret 2011). Lihat juga Resolusi Majelis Umum yang diubah secara paralel: Resolusi Majelis Umum 66/167, "Memerangi Intoleransi, Stereotip Negatif, Stigmatisasi, Diskriminasi, Hasutan Kekerasan dan Kekerasan terhadap Orang-Orang, Berdasarkan Agama atau Kepercayaan" (UN Doc. A/RES/66/167, diadopsi pada tanggal 19 Desember 2011); dan Resolusi Majelis Umum 67/178, 'Memerangi Intoleransi, Stereotip Negatif, Stigmatisasi, Diskriminasi, Hasutan Kekerasan dan Kekerasan terhadap Orang-Orang, Berdasarkan Agama atau Kepercayaan" (UN Doc A/RES/67/178, diadopsi pada 20 Desember 2012).

23 A/HRC/RES/16/18, para. 3.

24 Khususnya, lihat Marc Limon, Nazila Ghanea and Hilary Power, *Combatting Global Religious Intolerance: The Implementation of Human Rights Council Resolution 16/18*: *Policy Report* (Universal Rights Group, 2014).

ketentuan yang ada, dapat menjadi alasan pembenaran bagi praktik yang membatasi ujaran yang kritis terhadap agama-agama mayoritas di suatu negara.[25] Oleh karena itu, sangat penting untuk tidak membiarkan ketentuan "16/18" merosot menjadi wacana "penistaan agama" yang baru.

D. Advokasi Kebencian Agama yang Berisi Hasutan dalam Hukum Internasional

Sepanjang kontroversi seputar "penistaan agama", para penentang konsep ini mengemukakan bahwa hukum internasional sudah menyediakan standar yang baik untuk menangani "ujaran ekstrem" terkait agama. Jadi, mereka berpendapat, alih-alih membuat batasan baru untuk kebebasan berbicara—yang terlalu memukul rata dan rentan disalahgunakan—kita harus berkonsentrasi untuk mengonseptualisasikan standar yang sudah ada agar dapat menjawab persoalan kontemporer tentang ujaran ekstrem di negara pluralis.

Belakangan ini, banyak konseptualisasi semacam itu telah diajukan. Beberapa di antaranya (yang paling penting) adalah: Rabat Plan of Action yang telah disebutkan sebelumnya mengenai larangan advokasi kebencian berbasis bangsa, ras, atau agama yang berisi hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan;[26] *policy brief* NGO kebebasan berekspresi artikel 19 pada 2012 tentang hasutan;[27] Komentar Umum Komisi HAM PBB No. 34 mengenai kebebasan berekspresi (paragraf penutupnya khusus membahas tentang hasutan);[28] Rekomendasi Umum Komite untuk Penghapusan Diskriminasi Rasial No. 35 tentang pemberantasan ujaran kebencian rasis;[29] laporan tematik tentang manifestasi kebencian

---

25 Mis. Robert C. Blitt, "Defamation of Religion: Rumors of Its Death are Greatly Exaggerated" (2011) *Case Western Reserve Law Review 62* (2011): 347—397.

26 *Rabat Plan.*

27 Pasal 19, *Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility or Violence: Policy Brief* (2012).

28 Human Rights Committee, *General Comment 34* (lihat catatan no. 2 supra), terutama para. 50—52.

29 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation 35: Combating Racist Hate Speech* (UN Doc. CERD/C/GC/35, sesi ke-83, 12—30 Agustus 2013).

keagamaan kolektif dari Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan pada 2013;[30] dan laporan tentang ujaran kebencian dan hasutan dari Pelapor Khusus tentang Kebebasan Berekspresi pada 2012.[31] Jika Rabat Plan sangat dipengaruhi oleh rancangan konseptual Pasal 19 tentang hasutan, sebagian besar laporan lainnya, lebih lanjut, mengacu dan mendukung secara eksplisit prinsip dan tolok ukur yang ditetapkan dalam Rabat Plan.[32]

Semua ini berarti bahwa sejumlah cara baru dalam melihat "hasutan", suatu norma yang secara tegas tercantum dalam hukum internasional (baik di KIHESB maupun di KIHSP), cukup memperoleh daya tarik di tingkat nasional dan internasional. Yang paling penting, pelanggaran "hasutan", tidak seperti bentuk "ujaran ekstrem" lainnya, pada dasarnya merupakan *tindakan segitiga*; dan untuk menetapkan atau membuktikan suatu "hasutan", *faktor kontekstual* harus selalu dipertimbangkan selain isi ujaran *per se*.

Mari kita mulai dengan butir pertama—hasutan sebagai pelanggaran segitiga. Pasal 20 ayat 2 KIHSP menyatakan bahwa "setiap advokasi kebencian atas dasar kebangsaan, ras, atau agama yang berisi hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan harus dilarang oleh undang-undang". Dengan demikian, apa yang dilarang oleh pihak negara bukanlah propaganda kebencian semata. Pasal 20 (2) KIHSP tidak hendak melarang segala bentuk "ujaran kebencian". Yang harus dilarang hanya ujaran kebencian yang "berisi hasutan" untuk melakukan tindakan permusuhan (diskriminasi, kekerasan, dll.). Artinya, tindakan hasutan membutuhkan tiga pihak: "penghasut", khalayak, dan kelompok sasaran. Penghasut menyebarkan pesan kebenciannya kepada khalayak, yang kemudian dapat bertindak sedikit banyak mengikuti "hasutan" tersebut, yaitu untuk mendiskriminasi atau menyerang kelompok yang menjadi sasaran ujaran tersebut (misalnya kelompok agama minoritas).

---

30 Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, *Tackling Manifestations* (lihat catatan no. 5 supra).

31 Special Rapporteur on Freedom of Expression, *Hate Speech and Incitement to Hatred* (lihat catatan no. 7 supra).

32 Perhatikan bahwa laporan Pelapor Khusus mengenai Kebebasan Berekspresi juga mengutip karya artikel 19 secara langsung, sementara Komentar Umum Komite Hak Asasi Manusia mendahului Rabat Plan.

Oleh karena itu, "hasutan" berkaitan dengan berbagai relasi: relasi antara penghasut dan khalayaknya (apakah penghasut berupaya mendorong khalayak untuk melakukan tindakan tertentu yang merugikan?); relasi antara penghasut dan kelompok sasarannya (apakah penghasut mengatakan hal-hal yang penuh kebencian tentang kelompok sasaran, misalnya yang merendahkan martabat mereka sebagai manusia, menggunakan stereotip, atau melanggar kemanusiaan dan kesetaraan mereka?); dan, yang terpenting, relasi antara khalayak dan kelompok sasaran (seberapa besar kemungkinan khalayak, setelah mendengarkan ujaran kebencian, akan melakukan tindakan berbahaya terhadap kelompok sasaran, apakah itu dalam bentuk diskriminasi atau kekerasan?).

Hubungan segitiga ini menjadikan "hasutan" berbeda dari kebanyakan tindakan penghinaan, penistaan, atau "penodaan" agama. Benar bahwa seorang penista mungkin berharap orang lain akan sependapat dengan pandangannya, tetapi dia tidak secara aktif memobilisasi khalayak untuk melakukan tindakan permusuhan. Dengan demikian, penistaan dan tindakan "penodaan agama" lainnya biasanya tidak melibatkan segitiga hasutan yang digambarkan di atas. Sebagian besar undang-undang penodaan/penistaan didasarkan pada dua aktor: penista terhadap kelompok sasaran yang cenderung tersinggung. Salah satu undang-undang penistaan yang paling baru, yaitu di Irlandia, menegaskan hal ini: "seseorang yang menerbitkan atau menyampaikan ujaran penghinaan jika (a) dia menerbitkan atau menyampaikan ujaran yang sangat kasar atau menghina sehubungan dengan hal-hal yang dianggap sakral oleh agama mana pun sehingga mengakibatkan *kemarahan di antara sejumlah besar penganut agama tersebut*, dan (b) dia *bermaksud, dengan menerbitkan atau menyampaikan ujaran tersebut, untuk mengakibatkan kemarahan semacam itu*".[33] Jadi, undang-undang penodaan biasanya diberlakukan tanpa memperhatikan pertanyaan terkait ambang hukum mengenai apakah ada risiko nyata bahwa pihak ketiga (khalayak) akan melakukan tindakan negatif—dengan kekerasan, diskriminatif—terhadap kelompok sasaran. Undang-undang tersebut lebih memedulikan perasaan dan kepekaan umat beragama, bukan potensi bahaya yang dilakukan oleh pihak ketiga. Alasan

[33] Pasal 36 Undang-Undang Penodaan [Irlandia] Nomor 31 Tahun 2009 (penekanan ditambahkan).

awal di balik pengadopsian undang-undang penistaan dan penodaan agama, tentu saja, adalah persis untuk: mendorong rasa hormat terhadap perasaan kelompok sasaran.

Selain itu, undang-undang penistaan melarang konten belaka, tanpa ada pertimbangan mengenai faktor konteks. Pelanggaran "hasutan", di sisi lain, sangat bergantung pada faktor kontekstual. Sekali lagi, hukum hak asasi manusia internasional mendesak negara-negara untuk memberlakukan undang-undang yang melarang advokasi kebencian atas dasar kebangsaan, ras, atau agama *yang berisi* hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan. Rumusan tersebut didasarkan pada anggapan bahwa ada tindakan ujaran kebencian yang berisi hasutan dan ada ujaran kebencian yang *tidak* berisi hasutan. Konten aktual dari ujaran baru sebagian saja dalam pertimbangan tersebut. Konten ujaran akan menunjukkan tingkat kebencian yang diekspresikan terhadap kelompok sasaran. Maksud pelaku ujaran juga dapat disarikan dari isi ujaran atau terbitan: apakah orang tersebut bermaksud menyebarkan pesan yang penuh kebencian?; apakah dia sengaja menyasar suatu kelompok berdasarkan karakteristik agamanya (atau lainnya)?; dan apakah dia secara tegas menyuruh melakukan tindakan berbahaya terhadap kelompok sasaran?[34]

Yang sering kali tidak bisa kita perkirakan dari ujarannya saja adalah seberapa besar kemungkinan khalayak akan menjadi keras, yakni benar-benar melakukan tindakan kekerasan terhadap kelompok sasaran, atau akan mendiskriminasi kelompok sasaran setelah menerima ujaran tersebut. Untuk memperkirakan "kemungkinan" tersebut kita perlu mencari tahu lebih banyak. Kita perlu mengetahui status dan peran pelaku ujaran. Kita perlu mengetahui posisi kelompok sasaran: seberapa rentan kelompok yang

[34] Rumusan persyaratan mengenai tujuan tiga lapis ini mengacu pada Artikel 19, Policy Brief, hlm. 31, yang merumuskan tiga jenis *mens rea*: "[1] Kesengajaan (berusaha dengan tujuan) untuk terlibat dalam advokasi kebencian; [2] Kesengajaan (berusaha dengan tujuan) untuk menyasar kelompok yang dilindungi berdasarkan alasan yang terlarang; [3] Mengetahui konsekuensi tindakannya dan mengetahui bahwa konsekuensinya akan terjadi atau mungkin terjadi dalam rangkaian kejadian". *Rabat Plan* (para. 22) membahas soal maksud/tujuan sebagai berikut: "Pasal 20 ICCPR mensyaratkan adanya niat. Kelalaian dan kecerobohan tidak mencukupi bagi situasi Pasal 20 yang membutuhkan 'advokasi' dan 'hasutan', bukan sekadar distribusi atau peredaran belaka. Dalam hal ini, diperlukan aktivasi hubungan segitiga antara objek dan subjek ujaran serta khalayak". Pasal 19, *Prohibiting Incitement,* 31 (lihat catatan no. 27 supra).

disasar secara negatif tersebut? Kita juga perlu tahu sejauh mana pidato tersebut beredar.

Rabat Plan menyebutkan, selain konten ujaran dan maksud pelaku ujaran,[35] ada empat faktor yang sangat penting dalam menentukan apakah suatu hasutan dilakukan atau tidak:

Pertama, ada "konteks" keseluruhan, yaitu konteks sosio-politik dan historis tempat pernyataan kebencian dikemukakan. Rabat Plan menggambarkan konteks sebagai berikut:

> Konteks sangat penting saat menilai apakah pernyataan tertentu dapat memicu diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan terhadap kelompok sasaran dan mungkin terkait langsung dengan maksud dan/atau hubungan sebab-akibat. Analisis konteks harus meletakkan tindakan ujaran dalam konteks sosial dan politik yang berlaku pada saat ujaran tersebut dibuat dan disebarluaskan.[36]

Dalam hal ini, "konteks" dapat menyingkap faktor lain yang relevan, seperti maksud pembicara. Yang penting, tinjauan terhadap konteks memiliki kaitan langsung dengan persoalan "kemungkinan": seberapa besar kemungkinan tindakan berbahaya, setelah menimbang ujaran kebencian, akan dilakukan oleh khalayak terhadap kelompok sasaran dari ujaran tersebut. Salah satu unsur kontekstual yang terkait, dalam hal ini, adalah soal apakah kelompok sasaran cukup dihormati atau apakah mereka menjadi sasaran persekusi (masyarakat). Statistik tentang kejahatan kebencian, misalnya, dapat diperhitungkan dalam hal ini.

Faktor *selanjutnya* adalah posisi, peran, dan status pelaku ujaran yang berbeda-beda antara satu kasus dan kasus lainnya. Sekali lagi, status pelaku ujaran memiliki kaitan langsung dengan soal kemungkinan terjadinya bahaya. Dalam rumusan Rabat Plan, "posisi atau status pembicara di masyarakat harus dipertimbangkan, khususnya kedudukan individu

---

35 Faktor "konten" dirumuskan sebagai berikut: "Konten ujaran merupakan salah satu fokus utama dari pertimbangan pengadilan dan merupakan elemen penting dari hasutan. Analisis isi dapat mencakup sejauh mana ucapan itu provokatif dan langsung serta fokus pada bentuk, gaya, sifat argumen yang digunakan dalam ujaran yang dipermasalahkan atau dalam keseimbangan antara argumen yang dikemukakan, dll." *Rabat Plan*, para. 22.

36 *Id.*

atau organisasi dalam konteks khalayak yang menjadi sasaran ujaran tersebut".[37] Kasus Ross v. Kanada, yang diputuskan oleh Komite Hak Asasi Manusia PBB, bisa menjadi gambaran. Pemohon, seorang guru sekolah, menerbitkan sejumlah pamflet dan buklet anti-Semit. Meski publikasi ini dilakukan dalam kapasitas pribadi dan tidak sedang bertugas, Komite menekankan bahwa hak kebebasan berekspresi disertai dengan tanggung jawab dan bahwa "tugas dan tanggung jawab khusus tersebut memiliki relevansi khusus dalam sistem sekolah, terutama yang berkaitan dengan generasi muda".[38] Dalam pengadilan dalam negeri pun, posisi guru sebagai panutan dan pengaruh guru terhadap kaum muda yang mudah dipengaruhi, berkali-kali ditekankan.[39] Komite lebih jauh menyimpulkan bahwa "pengaruh yang diberikan oleh guru sekolah dapat membenarkan pembatasan untuk memastikan bahwa sistem sekolah tidak memberikan legitimasi terhadap ekspresi pandangan yang diskriminatif".[40] Penilaian serupa dapat ditemukan di antara yurisprudensi Mahkamah Eropa untuk Hak Asasi Manusia. Dalam kasus Seurot v. Prancis, Pengadilan Strasbourg menekankan bahwa orang yang bertanggung jawab atas publikasi ujaran kebencian tentang orang Afrika Utara adalah seorang guru sekolah, yaitu seseorang yang memegang posisi dengan otoritas yang cukup besar terhadap kaum muda.[41] Dalam kasus ini, ujaran kebencian diterbitkan di buletin sekolah sehingga memperbesar kemungkinan dampak negatif terhadap sekolah dan murid-muridnya.

Rabat Plan, *selanjutnya,* menekankan "tingkat ujaran" dan menggambarkan faktor konteks ini sebagai berikut:

> "Ini mencakup unsur-unsur seperti jangkauan ujaran, sifat publiknya, besarnya, dan ukuran khalayaknya. Elemen lainnya adalah apakah ujaran tersebut bersifat publik, apa sarana penyebarannya, apakah ujaran tersebut disebarluaskan melalui satu selebaran atau melalui penyiaran di media arus utama atau

37 *Id.*

38 Human Rights Committee, Communication No. 736/1997, Malcolm Ross v. Kanada, UN Doc CCPR/C/70/D/736/1997 (2000), hlm. 11.6.

39 Malcolm Ross v. Kanada, para. 4.1, 4.6—4.7, 6.6, dan 6.12.

40 Malcolm Ross v. Kanada, hlm. 11.6.

41 European Court of Human Rights, Jacques Seurot v. Prancis, Application no. 57383/00 (keputusan penerimaan pada 18 Mei 2004).

> internet, apa frekuensinya, besaran dan tingkatan komunikasinya, apakah khalayak memiliki sarana untuk bertindak berdasarkan hasutan tersebut, apakah pernyataan (atau karya seni) tersebut diedarkan di lingkungan terbatas atau dapat diakses secara luas oleh masyarakat umum".[42]

"Keluasan" atau "jangkauan" dari ujaran tersebut, dan media yang digunakan, berpengaruh langsung terhadap pertanyaan tentang seberapa besar kemungkinan kelompok sasaran tersebut akan menjadi korban kekerasan atau diskriminasi dari khalayak penerima ujaran tersebut. Sebaliknya, konteks sebenarnya, termasuk "tingkat" ujaran, bisa sedemikian rupa sehingga risikonya minimal. Jadi, dalam kasus Klein v. Slovakia, Mahkamah Eropa untuk Hak Asasi Manusia menekankan sebuah poin yang dikemukakan oleh pemohon bahwa pemerintah Slovakia seharusnya tidak melebih-lebihkan dampak potensial dari pernyataan penghinaan tentang pemimpin Gereja Katolik mengingat medium ujaran tersebut diterbitkan dan khalayak yang dituju. Pengadilan Strasbourg, lebih khusus lagi, menekankan bahwa artikel Klein "diterbitkan di sebuah jurnal mingguan yang ditujukan untuk pembaca yang berorientasi intelektual", yang "sesuai dengan penjelasan pemohon bahwa dia bermaksud agar artikel itu menjadi lelucon sastra" dan bahwa jurnal tersebut "diterbitkan dengan oplah sekitar 8.000 eksemplar".[43] Serangan verbal Klein terhadap kepemimpinan Gereja Katolik, ringkasnya, tidak bisa ditafsirkan sebagai ujaran ekstrem yang dapat dipidanakan.[44]

Terakhir, Rabat Plan mencantumkan pertanyaan tentang "kemungkinan" itu sendiri, sebagai faktor konteks yang paling penting, dengan menyatakan bahwa

> "hasutan, secara definisi, adalah kejahatan yang nyata. Tindakan yang dianjurkan melalui ujaran hasutan tersebut tidak harus benar-benar terjadi dahulu agar ujaran tersebut bisa disebut sebagai kejahatan. Walaupun begitu, beberapa tingkat risiko dampak yang membahayakan harus diidentifikasi.

42 *Rabat Plan*, para. 22.

43 European Court of Human Rights, *Klein v. Slovakia,* Application no. 72208/01 (31 Oktober 2006), para. 48 (menggarisbawahi argumen pemohon di para. 42).

44 *Klein v. Slovakia*, para. 52.

> Ini berarti pengadilan harus menentukan bahwa ada kemungkinan yang cukup besar bahwa ujaran tersebut akan berhasil menghasut tindakan nyata terhadap kelompok sasaran dan penyebab tersebut cukup bersifat langsung".[45]

Menurut *Rabat Plan*, pertanyaan tentang kemungkinan harus mempertimbangkan tingkat "kesegeraan" dari tindakan berbahaya yang disebabkan ujaran kebencian. Dengan kata lain, tidak cukup hanya menyebutkan bahwa bahaya tersebut "mungkin" terjadi di masa depan—pada saat material, yaitu setelah ujaran kebencian diterbitkan atau dibuat publik, kerugian semacam itu harus "segera terjadi". Contoh kasus yang baik ketika Komite Hak Asasi Manusia secara aktif menggeluti persoalan kemungkinan/kesegeraan adalah, lagi-lagi, keputusan dalam kasus Ross v. Kanada. Bagi Komite, tidaklah cukup bahwa Ross telah mengucapkan bahasa hasutan (dia meminta orang-orang Kristen "sejati" untuk melakukan diskriminasi terhadap orang Yahudi dan bersikap bermusuhan terhadap mereka). Sebagai bagian dari pandangan Komite mengenai perlunya campur tangan Kanada terkait ujaran Ross (akhirnya dia dipecat dari pekerjaan mengajarnya), banyak penekanan diberikan pada risiko aktual yang timbul dari publikasi kebencian yang dicetuskan Ross. Bagian dari keputusan Komite ini banyak dipengaruhi oleh fakta bahwa dalam proses pengadilan domestik, pengadilan Kanada menyatakan soal "lingkungan sekolah yang tercemar".[46] Oleh karena itu, hubungan kausal antara ujaran dan tindakan diskriminasi aktual yang sedang berlangsung (seperti ukiran Swastika di bangku sekolah) dapat diamati. Hubungan yang konkret seperti itu tentu tidak selalu mungkin untuk diidentifikasi. Perlu diingat bahwa "hasutan" adalah kejahatan yang masih awal. Dengan demikian, kausalitas tidak wajib dibuktikan secara kaku dalam semua kasus. Tanggung jawab pidana pelaku ujaran kebencian harus dinilai berdasarkan ujaran dan risikonya terhadap hak orang lain pada saat ujaran tersebut terjadi.

Dalam beberapa yurisprudensi Mahkamah HAM Eropa, kita juga dapat melihat penilaian risiko aktual semacam itu. Misalnya, dalam kasus

---

45 *Rabat Plan*, para. 22.

46 *Malcolm Ross v. Kanada*, para. 11.6.

Erbakan v. Turki, kita dapat melihat rumusan yang mengingatkan pada doktrin "bahaya yang jelas dan mendesak" serta uji "tindakan pelanggaran yang segera".[47] Pemimpin politik tersebut (mantan Ketua Partai Refah Partisi yang dibubarkan) berpidato tentang perbedaan antara "orang beriman" dan "orang yang tidak beriman" sambil, menurut tuduhan Turki, mengeluarkan hasutan terhadap orang yang tidak beriman.[48] Turki berusaha untuk memberikan alasan berbasis konteks, seperti situasi genting di wilayah terkait, dan mengapa interferensi diperlukan. Namun, Pengadilan Strasbourg menyimpulkan bahwa pihak Turki tidak dapat meyakinkan bahwa pada saat proses pidana terhadap Erbakan, ujaran yang menyinggung tersebut menimbulkan "risiko actual" dan "bahaya yang segera" terhadap masyarakat.[49]

E. Kesimpulan

Hukum internasional memiliki standar yang mengatur ujaran ekstrem. Standar ini dirumuskan sebagai batasan yang dimungkinkan untuk melarang hasutan, bukan *penghinaan*, penistaan atau "penodaan". Standar antihasutan internasional dirumuskan dengan cara yang terkualifikasi, menyiratkan bahwa ambang hukum untuk melarang ujaran semacam itu sangat tinggi. Selain itu, cara standar tersebut dikonseptualisasikan saat ini menunjukkan bahwa negara-negara seharusnya tidak mengeluarkan larangan *a priori* pada konten tertentu semata (baik itu penghinaan terhadap pandangan keagamaan tertentu maupun figur, simbol, dan sebagainya). Dengan kata lain, pertimbangan berbasis konteks mengenai risiko aktual yang ditimbulkan ujaran yang menghasut harus menjadi bagian terpenting dari pendekatan yudisial mana pun yang hendak membatasi kebebasan berbicara.

---

47 Cf. The US Supreme Court dalam resp. *Schenck* v. *United States*, 249 U.S. 47 (1919) dan *Brandenburg* v. *Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

48 European Court of Human Rights, *Erbakan v. Turki*, Application No. 59405/00, keputusan pada 6 Juli 2006.

49 *Erbakan v. Turki*, para. 68.

BAB 14

Kontribusi Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan pada Kedamaian di Masyarakat

Heiner Bielefeldt
University of Erlangen

A. Hak Asasi Manusia sebagai Prasyarat untuk Kedamaian Masyarakat yang Langgeng

Hak asasi manusia berkontribusi dalam memperkuat prakondisi bagi kedamaian masyarakat yang berkelanjutan. Tujuan ini tercantum dengan sangat jelas dalam kalimat pertama pembukaan dokumen hak asasi manusia internasional pertama, yaitu Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) 1948. Kalimat tersebut menyatakan bahwa "pengakuan atas martabat alamiah dan hak-hak yang setara dan mutlak dari semua umat manusia adalah dasar dari kemerdekaan, keadilan, dan perdamaian di dunia". Kata-kata yang terkenal ini mengaitkan perdamaian dengan keadilan. Ini memang cara pandang lama bahwa perdamaian sejati membutuhkan lebih dari sekadar penegakan ketertiban umum. Harus ada suatu *tatanan yang adil* agar semua orang dapat merasakan kesetiaan, dukungan, dan komitmen yang tulus. DUHAM juga mengaitkan keadilan dengan kebebasan. Agar keadilan publik dapat berkembang, warga harus bisa leluasa menyuarakan keluhan pribadinya tanpa rasa takut, menyatakan pengamatan kritisnya di depan umum, mengusulkan perbaikan struktural, membangun organisasi masyarakat sipil dan lembaga pemantauan,

singkatnya: untuk membangun dan merayakan wacana demokrasi publik. Tidak ada kedamaian tanpa keadilan dan tidak ada keadilan tanpa kebebasan. Hak asasi manusia menjamin kebebasan dalam berbagai hal dan dalam berbagai segi. Beberapa hak yang tercantum dalam DUHAM bertujuan melindungi kebebasan yang dinyatakan secara eksplisit dalam judulnya: kebebasan berekspresi, kebebasan berkumpul, kebebasan berserikat, kebebasan hati nurani, dan—yang tak kalah pentingnya—kebebasan beragama atau berkeyakinan (KBB). Dengan melembagakan kewajiban penghormatan terhadap martabat manusia bagi semua orang, beragam hak kebebasan tersebut pada saat yang sama juga merupakan bagian dari proyek perdamaian yang terus berlangsung.

Perdamaian yang difasilitasi oleh hak asasi manusia pada dasarnya berbeda dari ketenteraman dalam atmosfer politik belaka. Sebagaimana diungkapkan secara ironis oleh Immanuel Kant dalam esainya yang terkenal tentang *Perpetual Peace* (1795), naif sekali jika seseorang bisa sampai keliru menyamakan sunyinya kuburan dengan perdamaian sejati. Situasi di banyak negara mungkin tenang; tetapi tidak berarti bahwa di sana sudah tercapai kedamaian. Ketenangan di suatu negara dapat disebabkan oleh banyak alasan, termasuk suasana ketakutan dan intimidasi, ketika tidak ada yang berani berbicara secara terbuka. Jika menggunakan metafora Kantian, kondisi ini lebih mencerminkan "kuburan" politik yang luas alih-alih suatu kondisi harmoni yang sejati. Namun, keheningan yang dipaksakan melalui upaya desakan dan intimidasi politik pada akhirnya tidak dapat bertahan lama. Di negara-negara yang diperintah secara autokratis, banyak orang mungkin tampaknya memuji upaya pemerintah. Namun, orang mungkin meragukan bahwa pujian seperti itu memang tulus. Banyak contoh dari catatan sejarah dan pengalaman di masa sekarang yang menggambarkan bahwa pujian publik yang dipaksakan dapat dengan cepat berbalik arah karena suasana di masyarakat yang diwarnai oleh tindakan represi dan intimidasi biasanya menimbulkan ketidakpercayaan dan kemarahan dan hal ini menjadi rangkaian bom waktu yang setiap saat bisa meledak.

Kedamaian yang dicita-citakan oleh hak asasi manusia adalah kebalikan dari ketenangan kuburan politik. Ini adalah bentuk perdamaian yang didasarkan pada penghormatan terhadap keragaman opini politik,

penilaian kritis, keyakinan keagamaan, hasrat individu, rencana hidup pribadi, dan biografi manusia. Singkatnya, ini adalah bentuk perdamaian yang mengakomodasi segenap khazanah eksistensi manusia. Yang pasti, kedamaian yang demikian itu kadang-kadang bisa berisik, berantakan, dan agak melelahkan. Namun, hal ini jauh lebih sejati dan oleh karena itu meningkatkan prospek keberlanjutannya.

Pengamatan ini juga berlaku bagi kebebasan beragama atau berkeyakinan (KBB), suatu hak yang tertera antara lain dalam DUHAM dan dalam Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP), yang masing-masing tercantum di Pasal 18. Sebagai bagian dari pendekatan perlindungan hak asasi manusia yang lebih luas, KBB memfasilitasi relasi damai antara orang-orang dari berbagai latar belakang agama dan non-agama. Namun, lagi-lagi, konsep perdamaian antar-agama juga membutuhkan kualifikasi tambahan yang penting. Hal yang berlaku dalam pendekatan hak asasi manusia secara umum juga berlaku dalam KBB: hak ini harus bisa memfasilitasi perdamaian berdasarkan penghormatan terhadap kebebasan manusia sehingga bisa mengakomodasi seluas mungkin ragam keyakinan, praktik, ritual, dan upacara yang ada di masyarakat, sejauh semua itu sejalan dengan kebebasan yang setara bagi semua orang lain. Dengan kata lain, perdamaian antar-agama yang difasilitasi oleh KBB kemungkinan besar akan tetap memiliki segi yang "berantakan". Kadang-kadang ia bahkan bisa menjadi suatu kedamaian yang riuh, yang tentu masih jauh lebih baik daripada suasana keheningan di kuburan.

B. Manusia sebagai Pemegang Hak

Pertanyaan yang sering diajukan menyoal agama-agama manakah yang pantas dilindungi di bawah KBB. Agama mana yang harus mendapat pengakuan publik dan agama mana yang seharusnya mendapat manfaat dari KBB? Tidak ada jawaban untuk pertanyaan itu karena pertanyaannya sendiri keliru. Malah, hal itu menunjukkan kesalahpahaman mendasar tentang hakikat KBB. Sebagai hak asasi manusia yang tak wajib dipenuhi, KBB mengikuti logika pokok dari pendekatan hak asasi manusia secara

umum, yang dirangkum dalam kalimat pertama Pasal 1 DUHAM yang terkenal: "Semua manusia terlahir bebas dan setara dalam martabat dan hak". Pasal ini dimulai dengan mengakui manusia sebagai pemegang hak. Dengan demikian, pemegang hak KBB bukanlah entitas agama itu sendiri, melainkan manusia dalam berbagai hubungannya dengan agama atau kepercayaan. Sebagaimana hak asasi manusia lainnya, KBB secara konsisten berfokus pada manusia sebagai pemegang hak yang bebas menentukan pilihan. Merekalah yang mendapatkan manfaat dari perlindungan hukum yang diberikan oleh KBB dan hak asasi manusia lainnya. Malah, hanya melalui sudut pandang manusialah permasalahan agama ini menjadi masalah hak asasi manusia.

Fokus yang konsisten ditujukan kepada manusia sebagai pemegang hak ini kadang-kadang menimbulkan keberatan, khususnya dari penganut agama tradisional. Beberapa kelompok merasa khawatir jika KBB, sebagai bagian dari upaya perlindungan HAM yang lebih luas, mempromosikan ideologi anti-agama karena lebih mementingkan manusia daripada Tuhan. Apakah benar bahwa KBB memiliki bias "antroposentris" dalam arti menempatkan manusia sebagai pusat perhatian dan mengorbankan nilai-nilai agama yang transenden? Apakah benar bahwa komitmen agama akan menjadi lemah jika dikatakan bahwa kebebasan pribadi lebih utama daripada otoritas agama? Beberapa kritik lebih jauh mengatakan bahwa KBB telah mereduksi agama sehingga tak lebih dari sekadar komoditas di pasaran dunia yang setiap orang dapat membeli dan memilih untuk keperluan spiritual pribadi mereka. Namun, pendapat semacam itu telah keliru memahami inti KBB. Alih-alih hendak meminggirkan atau meremehkan agama, KBB justru menganggap serius semua agama. Namun, menganggap serius agama, menyiratkan suatu kesadaran yang jelas bahwa agama adalah fenomena yang selalu berbentuk jamak, yaitu dalam bentuk berbagai macam agama. Selain ada banyak agama yang sangat berbeda, banyak juga sudut pandang dan interpretasi yang berbeda, bahkan di dalam satu tradisi agama yang sama. Dengan demikian, menganggap serius agama membuat kita menyadari betapa luasnya keragaman di antara agama-agama dan di dalam suatu agama.

Wawasan ini memiliki konsekuensi yang luas bagi konseptualisasi KBB. Mari kita andaikan bahwa kita hendak memberikan perlindungan hukum langsung kepada agama. Dalam hal ini, pertama-tama, kita harus menentukan mana keyakinan keagamaan, penafsiran, kitab suci, dan praktik keagamaan yang layak untuk mendapat perlindungan tersebut. Ini artinya kita harus memilih agama tertentu dan mengorbankan agama yang lain. Ini akan mengakibatkan tindakan diskriminasi, kebencian, stigmatisasi, dan mempertajam polarisasi. Ironisnya, banyak contoh dari berbagai belahan dunia menunjukkan bahwa bahaya ini bukan hipotetis belaka. Kini, titik yang menentukan adalah bahwa pendekatan hak asasi manusia telah mengambil jalan yang sama sekali berbeda dengan hanya berfokus secara konsisten pada manusia alih-alih pada agama. Yang menyamakan berbagai tradisi keagamaan, keyakinan dan subkeyakinan, penafsiran, dll. adalah semuanya sama-sama *dianut oleh manusia*—baik sebagai individu maupun dalam kelompok masyarakat bersama dengan orang lain. Manusialah yang menganut dan menjalankan agama dengan berbagai cara, dan pada saat yang sama, mereka jugalah yang berhak mendapatkan perlindungan hak asasi manusia saat menjalankan agamanya. Fokus pada manusia sebagai pemegang hak adalah satu-satunya cara untuk menghargai dan mengakomodasi segenap keragaman dalam berbagai keyakinan dan praktik keagamaan.

Fokus yang konsisten pada manusia sebagai pemegang hak KBB ini bisa memperluas ruang lingkup keyakinan dan praktik yang dihormati yang lebih luas daripada sekadar "agama yang mapan", "agama tradisional", atau "agama klasik" sebagaimana yang ada di banyak negara. Beberapa negara Timur Tengah dalam konstitusinya berjanji untuk menghormati kebebasan beragama, tetapi membatasi jumlah agama yang diakui hanya dua atau tiga, yaitu: Islam, Kristen, dan (dalam teorinya) Yahudi. Negara-negara lain mengakui lima atau enam agama atau hanya mengakui agama-agama yang telah berstatus resmi. Namun, sekali lagi, hal ini tidak ada hubungannya dengan KBB. Sebaliknya, hal ini menunjukkan adanya kesalahpahaman mendasar. Untuk dapat menyesuaikan dengan logika hak asasi manusia, KBB mengakui segenap keragaman manusia dalam memahami dan mendefinisikan agama—jauh melampaui daftar agama

resmi atau agama yang diakui oleh suatu negara. Yang paling penting adalah adanya swapemahaman (*self-understanding*) manusia dalam bidang yang luas ini. Swapengertian manusia mengenai hal-hal yang berkaitan dengan keyakinan harus selalu menjadi titik awal (meskipun belum tentu akan menjadi titik tujuan akhir) dalam konseptualisasi KBB. Namun, hal ini juga membuka beragam pilihan lain.

Komite Hak Asasi Manusia PBB, badan ahli yang bertugas memantau implementasi KIHSP secara eksplisit mendukung pemahaman yang luas dan inklusif tentang KBB ini. Dalam Komentar Umum No. 22 tentang Pasal 18 (yaitu pasal mengenai KBB), Komite menyatakan: "Pasal 18 melindungi keyakinan teistis, nonteistis, dan ateistis serta hak untuk tidak memeluk agama atau kepercayaan apa pun. Istilah 'keyakinan' dan 'agama' harus ditafsirkan secara luas". Ini adalah kata-kata yang jelas. Komentar Umum ini kemudian menegaskan: "Pasal 18 tidak terbatas dalam penerapannya pada agama tradisional atau agama dan kepercayaan yang memiliki ciri kelembagaan atau praktik peribadatan yang mirip dengan agama tradisional". Perlu ditambahkan bahwa KBB juga melindungi anggota komunitas besar ataupun kecil, kelompok minoritas ataupun anggota minoritas dalam kelompok minoritas, orang yang berpindah agama ataupun yang kembali lagi ke kepercayaan lamanya, penentang atau orang yang menyatakan pendapat kritis lainnya dan, yang tak kalah pentingnya, orang-orang dari gerakan yang dianggap "menyimpang" oleh anggota dari beberapa organisasi keagamaan arus utama. Berbagai Pelapor Khusus PBB untuk KBB (termasuk saya) mendukung pemahaman yang terbuka dan inklusif ini.

C. Dimensi dan Batasan Kebebasan

KBB melindungi berbagai dimensi kebebasan manusia di bidang agama dan kepercayaan. Contohnya, hal ini mencakup juga kebebasan bagi setiap orang untuk mencari makna hidup; untuk menyampaikan keyakinan atau keraguan secara terbuka; untuk bergabung dengan kelompok keagamaan atau tinggal di komunitas tempat mereka tumbuh dewasa; untuk mengubah atau meninggalkan keyakinan mereka; untuk mengajak orang

lain mempertimbangkan kembali agama atau keyakinan mereka; untuk melakukan ritual baik sendiri maupun dalam komunitas bersama orang lain; untuk menyatakan kritik secara terbuka terhadap suatu agama atau membela suatu agama terhadap kritik semacam itu; untuk memperkenalkan dan mendidik anak-anak mereka agar mengikuti tradisi agama mereka sendiri; untuk menerima dan menyampaikan informasi tentang isu-isu keagamaan; untuk mendatangkan kitab-kitab keagamaan dari luar negeri dan mengedarkannya; untuk menjalani kehidupan mereka sesuai dengan ajaran agama; untuk membangun infrastruktur keagamaan, termasuk rumah ibadah, sekolah, dan badan amal; untuk merekrut tenaga rohani sesuai dengan pemahaman masyarakat dsb. Daftar yang mencantumkan berbagai komponen yang termasuk hak-hak tersebut tetap tidak akan pernah lengkap karena KBB memperoleh bentuk praktisnya sebagai respons terhadap tantangan-tantangan yang akan selalu muncul, yang memungkinkan "penemuan" atau "penemuan kembali" aspek-aspek yang sebelumnya terabaikan.

Hak kebebasan ini menyerahkan proses pengambilan keputusan mengenai apakah dan bagaimana cara memanfaatkan kebebasan tersebut kepada masing-masing pemegang hak itu sendiri. Itulah sebabnya KBB juga melindungi hak untuk *tidak* memeluk suatu agama atau kepercayaan, untuk *tidak* menunjukkan minat pada hal-hal semacam itu, untuk *tidak* berpartisipasi dalam upacara keagamaan apa pun, untuk *tidak* menjalankan pola makan atau aturan agama lainnya, untuk *tidak* mendidik anaknya dengan ajaran agama tertentu dll. Kebebasan *dari* agama adalah unsur logis yang menyertai kebebasan beragama atau berkeyakinan itu sendiri karena hal itu sama-sama merupakan hakikat dari hak kebebasan.

Banyak pengkritik hak asasi manusia yang menyatakan bahwa hak-hak tersebut terlalu berat sebelah dalam mengistimewakan hak individu—yang dapat mengorbankan kepentingan masyarakat. Keberatan ini membutuhkan suatu klarifikasi. Yang benar adalah bahwa semua umat manusia harus dapat memperoleh manfaat dari perlindungan hak-hak ini, sebelum dan terlepas dari, status keanggotaannya dalam kelompok tertentu. Mengutip kembali pembukaan DUHAM, hak asasi manusia adalah hak bagi "semua anggota dari umat manusia". Dalam pengertian ini, dapat dikatakan bahwa ini

adalah hak bagi setiap orang. Namun, hak-hak individu itu tidak semata-mata mengistimewakan gaya hidup "individualistis", yaitu suatu cara hidup yang terlepas dari komitmen terhadap masyarakat. Pencampuradukan antara hak-hak individu dan cara hidup "individualistis" merupakan sumber utama yang mengakibatkan kebingungan. HAM justru menghargai dimensi kemasyarakatan dalam kehidupan manusia. Beberapa contoh nyata terkait hal ini misalnya kebebasan berekspresi hanya dapat berkembang dalam suatu komunitas diskursus antara pembicara dan pendengar; hak untuk berkumpul dan berserikat adalah sesuatu yang menurut definisinya dilakukan bersama dengan orang lain; hak *habeas corpus* melindungi jaring-jaring sosial dasar bahkan dalam situasi tekanan dan penahanan; hak untuk membentuk serikat pekerja memfasilitasi solidaritas di antara kolega di tempat kerja; dan contoh yang paling jelas adalah hak untuk menikah dan membina keluarga. Sebagaimana rumusan Pasal 18 DUHAM dan KIHSP, kebebasan beragama atau berkeyakinan juga memiliki dimensi komunitas yang eksplisit; yaitu melindungi manifestasi agama atau kepercayaan "dalam peribadatan, ketaatan, praktik, dan pengajaran" yang dilakukan "baik secara individu maupun dalam komunitas bersama orang lain dan di depan umum atau pribadi".

Selain itu, hak asasi manusia bukan hanya melulu berhubungan dengan masyarakat agar dapat dipraktikkan; hak asasi manusia juga dapat berfungsi sebagai faktor pendorong bagi perubahan masyarakat. Hak asasi manusia dapat berkontribusi dalam perubahan sebuah rezim otoriter menjadi demokrasi; dapat membantu memperluas ruang bagi wacana kritis yang terbuka; dapat berperan penting dalam mengubah pemahaman tentang pernikahan dan kehidupan keluarga yang mewajibkan penghormatan terhadap hak-hak perempuan dan berbagai identitas gender; serta dapat mendukung pengembangan serikat pekerja, asosiasi politik, dan organisasi masyarakat sipil; dapat mendukung pemenuhan hak anak-anak untuk mendapatkan pendidikan dan ikut berpartisipasi dalam kehidupan masyarakat; dan juga dapat berfungsi sebagai acuan normatif bagi upaya penyertaan secara menyeluruh bagi penyandang disabilitas di masyarakat tanpa sekat yang terus berkembang.

KBB juga memiliki potensi untuk memicu suatu reformasi masyarakat yang sehat. Kelompok-kelompok keagamaan dapat belajar untuk menghargai keragaman pendapat di dalam kelompok mereka sendiri dan menggunakannya sebagai sumber kekuatan potensial dan mereka mungkin akan dapat menemukan—atau menemukan kembali—suatu kebenaran yang berakar di dalam banyak tradisi bahwa keyakinan yang sejati selalu memerlukan penghormatan terhadap kebebasan pribadi. Selain itu, adanya kesadaran bahwa seorang anggota bisa bebas meninggalkan komunitasnya dapat memotivasi para pemimpin agama untuk mendekati para pengikut yang selama ini terabaikan agar lebih memperhatikan kebutuhan dan harapan orang-orang dan secara umum menjadi lebih persuasif dalam pengajaran dan khotbah mereka. Dengan demikian, penghormatan terhadap hak-hak individu dapat bermanfaat bagi pengembangan suatu masyarakat.

Satu masalah, yang selalu muncul dalam pembahasan tentang hak atas kebebasan, adalah mengenai perlunya sejumlah pembatasan. Tidak dapat dimungkiri bahwa kebebasan tidak dapat sepenuhnya tanpa batas karena pemanfaatan kebebasan bagi seseorang dapat mengurangi hak dan kebebasan orang lain. Namun, kebutuhan umum akan suatu pembatasan dapat dengan mudah digunakan sebagai dalih untuk memaksakan suatu pembatasan yang sewenang-wenang. Banyak contoh menunjukkan bahwa hal ini juga terjadi di dalam ruang lingkup KBB. Di banyak negara, kepentingan "keamanan", "kerukunan", atau "moralitas" yang diterapkan terlalu luas telah digunakan untuk mengekang kritik terhadap agama, melakukan diskriminasi terhadap kaum minoritas, dan memperketat kontrol atas komunitas pemeluk agama independen. Pertanyaan tentang bagaimana cara menarik batasan dan bagaimana mencegah terjadinya penyalahgunaan klausul pembatasan adalah salah satu masalah paling sensitif di dalam hukum hak asasi manusia. Beberapa pertanyaan memiliki relevansi yang lebih dekat dengan praktik hak asasi manusia.

Langkah *pertama* untuk mencegah penyalahgunaan klausul pembatasan secara sewenang-wenang oleh pemerintah adalah dengan menekankan bahwa pembatasan selalu membutuhkan argumen yang spesifik. Poin yang menentukan adalah bahwa kewajiban untuk memberikan pembuktian

ada pada mereka yang mengajukan klausul pembatasan dan bukan pada mereka yang mempertahankan atau mempraktikkan hak kebebasan yang telah dijamin secara internasional. Bagaimanapun, KBB dan berbagai hak asasi manusia lainnya adalah hak kebebasan dan dorongan dari seluruh sistem hak asasi manusia ini bertujuan untuk memfasilitasi kebebasan seseorang semaksimal mungkin yang sejalan dengan kebebasan yang sama-sama dimiliki oleh semua orang. Oleh karena itu, hubungan antara kebebasan dan pembatasan harus tetap menjadi suatu hubungan antara suatu aturan dan pengecualian. Jika masih ada keraguan, aturan hukum yang diberlakukan dan pemberian pengecualian selalu memerlukan beban argumentasi tambahan, baik pada tingkat pembuktian secara empiris maupun pada tingkat penalaran normatif.

Kedua, agar bisa dianggap sah, pembatasan harus memenuhi sejumlah kriteria. Dalam hal kebebasan beragama atau berkeyakinan, dimensi internal yang disebut *forum internum* bahkan memiliki *perlindungan tanpa syarat* menurut Pasal 18 Ayat 2 KIHSP yang menyatakan bahwa "tidak seseorang pun boleh tunduk terhadap paksaan yang akan melanggar kebebasannya untuk memeluk atau menerima ajaran agama atau kepercayaan yang dipilihnya". Ini bahkan berlaku juga dalam situasi yang ekstrem, seperti keadaan darurat di masyarakat. Upaya cuci otak atau bentuk-bentuk perambahan ke dalam ruang inti identitas moral atau agama seseorang tidak pernah bisa dibenarkan. Situasinya sedikit berbeda ketika menyangkut manifestasi eksternal dari keyakinan agama atau filosofis (di dalam *forum externum*). Meski demikian, pembatasan terhadap manifestasi eksternal ajaran agama atau kepercayaan hanya dapat diizinkan jika hal itu memenuhi semua kriteria yang ditetapkan dalam Pasal 18 Ayat 3 KIHSP. Jadi, suatu pembatasan harus ditentukan secara hukum dan harus benar-benar ditujukan untuk mencapai tujuan yang absah, yaitu perlindungan bagi "keselamatan, ketertiban umum, kesehatan, atau moral publik atau hak-hak dasar dan kebebasan orang lain". Selain itu, suatu pembatasan harus tetap berada dalam lingkup proporsionalitas, yang antara lain berarti bahwa tingkat intervensinya harus dibatasi seminimal mungkin dan tetap dalam koridor mencapai tujuan absah yang hendak dicapai. Kriteria ini disertakan dengan tujuan untuk menjaga substansi KBB, bahkan dalam situasi ketika

ia berbenturan langsung dengan hak-hak lain atau berbagai kepentingan publik yang absah. Sekali lagi, alasan yang tidak spesifik seperti mendorong kerukunan di masyarakat tidak dapat dijadikan sebagai argumen yang memadai untuk membatasi, misalnya, hak-hak kelompok minoritas.

Ketiga, pembatasan harus berkaitan dengan ketentuan pemulihan hukum. Setiap orang yang merasa haknya telah dilanggar secara semena-mena harus juga memiliki akses ke pengadilan, lembaga ombudsman, lembaga HAM nasional, atau mekanisme lainnya. Ketersediaan sistem pemulihan hukum yang dapat diakses, efisien, dan independen adalah esensi dari setiap upaya perlindungan hak asasi manusia, termasuk juga KBB.

D. Kesetaraan dan Nondiskriminasi

Menurut Pasal 1 DUHAM, seperti yang dikutip di atas, kebebasan dan kesetaraan adalah dua prinsip hak asasi manusia yang saling terkait. Tanpa adanya prinsip kesetaraan, hak-hak kebebasan hanya akan menjadi privilese bagi segelintir orang yang beruntung, dan sebaliknya, tanpa kebebasan, kesetaraan bisa disalahartikan hanya sebagai kesamaan atau bahkan keseragaman. Untuk menghindari kesalahpahaman seperti itu, kebebasan dan kesetaraan harus selalu dilihat secara bersamaan. Ini juga berlaku untuk KBB. Tentunya, KBB adalah hak atas kebebasan, sebagaimana ditunjukkan oleh judulnya, tetapi di dalamnya juga terdapat prinsip hak atas kesetaraan dan nondiskriminasi. Dimensi ini telah mendapat pengakuan khusus melalui Deklarasi PBB tentang Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama atau Keyakinan yang diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada November 1981. Deklarasi ini menggunakan kalimat yang kuat ketika menyatakan: "Diskriminasi terhadap sebagian umat manusia karena adanya perbedaan agama atau kepercayaan merupakan suatu penghinaan terhadap martabat manusia dan mengingkari prinsip-prinsip di dalam Piagam PBB dan harus dikecam sebagai suatu pelanggaran terhadap hak asasi manusia dan kebebasan mendasar yang dicanangkan dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia [....]"

Dalam kerangka hak asasi manusia, kesetaraan tidak akan pernah bisa diartikan sebagai keseragaman atau perlakuan yang sama rata. Hal ini merupakan implikasi dari keterkaitan antara kesetaraan dan kebebasan, seperti ditekankan di atas. Dengan demikian, hak asasi manusia memberdayakan umat manusia untuk bisa secara bebas mengupayakan berbagai rencana hidupnya, secara bebas mengekspresikan berbagai pendapat politiknya, atau secara bebas mewujudkan berbagai pandangan dan praktik peribadatan menurut keyakinannya. Namun, penghormatan terhadap kebebasan-kebebasan tersebut harus *berlaku bagi semua orang secara setara* dan tidak hanya mengistimewakan orang-orang tertentu berdasarkan status dan kedudukannya. Oleh karena itu, prinsipnya adalah kebebasan yang setara untuk semua. Dalam rangka menegakkan hak asasi manusia atas kebebasan yang berlaku secara setara bagi setiap orang, masyarakat dituntut untuk menjadi *lebih egaliter dan pada saat yang sama lebih beragam atau majemuk*. Beberapa tahun yang lalu, Dewan Eropa meluncurkan kampanye mendukung kebhinekaan di bawah moto egaliter "semua berbeda, semua setara". KBB memerinci gagasan tentang keberagaman yang egaliter ini untuk bidang agama dan kepercayaan.

Pemahaman yang egaliter terhadap KBB ini membawa konsekuensi kewajiban bagi negara. Untuk dapat berfungsi sebagai penjamin KBB bagi semua orang secara setara, negara tidak boleh mengaitkan dirinya secara eksklusif hanya dengan satu agama atau kepercayaan tertentu (atau tipe agama tertentu) dan mengorbankan prinsip perlakuan yang setara bagi para pengikut agama yang lain. Penerapan pendekatan hak asasi manusia secara serius membutuhkan suatu kerangka kerja yang terbuka ketika pluralisme agama dan kepercayaan dapat berkembang secara bebas dan tanpa diskriminasi. Hal ini tentu akan menjadi tantangan bagi negara-negara tempat agama dan institusi negara saling terkait erat dan juga di negara-negara yang memiliki tradisi agama resmi atau agama negara.

Kebalikan dari suatu sistem negara yang memiliki agama resmi adalah sebuah sistem ketika negara dan agama "terpisah". Alih-alih menggunakan istilah "pemisahan" yang cenderung menimbulkan banyak kesalahpahaman, saya lebih suka istilah "menciptakan dan menjaga jarak" antara negara dan agama. Konsep "pemisahan" dapat mengesankan pengotak-kotakan atau

fragmentasi pada kehidupan umat manusia dan dampaknya agama tidak lagi memainkan peran aktif di dalam kehidupan masyarakat. Hal ini bukanlah tujuan dari KBB. Demi kejelasan konseptual, kita harus bisa melihat elemen jarak antara negara dan agama sebagai sebuah sisi negatif dari suatu tujuan positif, yaitu untuk *menyediakan ruang terbuka bagi pertumbuhan keragaman agama dan keyakinan dengan semangat kebebasan dan kesetaraan*. Tanpa adanya elemen jarak, ruang yang terbuka dan setara itu tidak akan dapat dibayangkan sejak awal, karena suatu negara yang menganggap dirinya sebagai bagian yang tidak terpisahkan dengan satu agama tertentu atau satu sistem kepercayaan tertentu tidak akan dapat berfungsi sebagai wali yang tepercaya untuk menjamin KBB yang setara untuk semua. Namun, ketika berupaya memenuhi tugasnya dalam menyediakan tempat bagi semua kelompok, negara juga harus bisa melakukan lebih dari hanya sekadar menahan diri (secara negatif) untuk tidak terlibat dengan suatu agama. Selain menjaga jarak yang cukup, hal lain yang dibutuhkan adalah investasi positif di semua bidang masyarakat, seperti pendidikan, media massa, hukum keluarga, dialog antar-agama, dll. Negara yang berdedikasi pada KBB harus terlibat secara proaktif dengan agama dan kepercayaan karena mereka adalah bagian dari masyarakat yang juga harus dilayani oleh negara. Alih-alih melindungi klaim kebenaran suatu agama atau identitas keagamaan kolektif, yang seharusnya dilakukan negara adalah melindungi hak asasi setiap orang atas KBB.

E. Bukan Hanya Sekadar Masalah Minoritas

KBB sering dianggap sebagai hak yang terkait dengan kelompok minoritas agama saja. Namun, walaupun hal itu tidak sepenuhnya salah, persepsi ini masih terlalu sempit. Betul bahwa kelompok minoritas agama perlu mendapat perhatian khusus. Ini bukan hanya karena situasi mereka yang semakin rentan; melainkan perlakuan yang tidak adil terhadap mereka juga mengindikasikan suasana umum dalam suatu masyarakat. Contoh-contoh kasus yang memprihatinkan dari seluruh dunia menunjukkan bahwa banyak anggota kelompok minoritas agama mengalami perlakuan

diskriminasi, stigmatisasi, dan bahkan persekusi secara terbuka. Kaum minoritas dapat menjadi sasaran dari ujaran kebencian dan korban tindak kejahatan kebencian dan banyak menjadi korban pelanggaran HAM. Ketika berbicara tentang kaum minoritas, kita juga harus selalu mempertimbangkan gerakan minoritas yang ada di dalam suatu kelompok agama mayoritas.

Meski perhatian khusus pada situasi kelompok minoritas dapat dibenarkan, tetapi adalah akan keliru jika kita melupakan situasi kelompok mayoritas. KBB menawarkan banyak hal untuk anggota agama mayoritas juga. Dengan mencanangkan kebebasan yang setara bagi setiap orang dalam lingkup keragaman agama yang luas, KBB telah menggugat hegemoni kekuasaan, ketimpangan kekuasaan, dan bentuk-bentuk pengekangan yang dapat dipertanyakan yang dilakukan oleh penguasa. Dalam konteks ini, KBB dapat berfungsi sebagai alat yang efisien untuk mengatasi korupsi dan patologi-patologi lainnya yang kerap merusak kredibilitas agama, terutama di negara-negara tempat agama menduduki posisi sosial yang kuat. Salah satu contoh yang sering muncul adalah pemanfaatan agama arus utama untuk tujuan politik identitas nasional. Korban langsung dari politik identitas bernuansa agama ini adalah kaum minoritas, khususnya mereka yang tidak cocok dengan narasi agama-politik yang dominan. Namun, cara-cara pemanfaatan agama demi keuntungan politik ini juga memiliki konsekuensi negatif bagi anggota kelompok mayoritas. Kerugian yang biasanya menimpa mereka, setidaknya dalam jangka panjang, adalah hilangnya kredibilitas dan nilai persuasif dari pesan-pesan keagamaan yang mereka sampaikan. Dengan demikian, kaum minoritas dan mayoritas sama-sama—meskipun dengan cara yang berbeda—dapat mengambil manfaat dari KBB. Bagi anggota kelompok minoritas yang terancam, KBB dapat menjadi instrumen perlindungan dalam perjuangan mereka untuk bertahan dan berkembang. Arti penting KBB bagi anggota kelompok mayoritas mungkin sekilas kurang tampak jelas. Namun, bukan berarti tidak ada sama sekali. Bagaimanapun, KBB adalah hak yang bisa dinikmati oleh semua "anggota umat manusia": penganut agama tradisional ataupun nontradisional, anggota kelompok mayoritas ataupun minoritas, gerakan arus utama ataupun yang menyimpang. Dengan melembagakan

penghormatan bagi semua, KBB—secara bersamaan dengan hak asasi manusia lainnya—akan meningkatkan kondisi bagi kerja sama yang adil, keadilan masyarakat, dan perdamaian berkelanjutan.[]

BAB 15

Islam, Antara Hukum dan Kasih Sayang

Haidar Bagir
Harvard University, Universitas Indonesia

A. Pendahuluan

Baik di kalangan akademis maupun khalayak umum, Islam selalu dikenal sebagai agama yang berorientasi pada hukum eksoterik yang menuntut kepatuhan manusia, bahkan ketakutan, kepada Tuhan yang diktatorial dan bukan sebagai suatu agama tradisional yang memenuhi kebutuhan psikologis dan spiritual manusia berdasarkan hubungan kasih sayang antara Tuhan dan umat-Nya. Lebih buruk daripada itu, Islam telah digambarkan sebagai agama peperangan dan penaklukan serta, terutama dalam dekade terakhir, agama teror yang menggunakan cara-cara kekerasan untuk memaksakan kekuatan politik atau militer terhadap masyarakat. Memang terdapat pandangan umum bahwa keberhasilan dalam Islam bukanlah dengan memenangi hati orang-orang melalui cinta kasih antarmanusia dan antara manusia dan tuhannya, melainkan dengan menegakkan hukum melalui langkah-langkah otoriter yang dianggap bersumber dari hukum sakral yang monolitik dan tidak terbantahkan (*Syari'ah*). Ini tidak hanya menimbulkan kesalahpahaman tentang agama ini di kalangan ahli dan orang awam, tetapi juga membentuk sikap kecurigaan dan kemarahan banyak kalangan umat Muslim terhadap kehidupan dan sesama umat manusia. Dengan kata lain, Muslim taat yang berpandangan demikian memiliki kecenderungan untuk melihat dunia

sebagai tempat yang penuh dengan kejahatan dan orang-orang jahat yang harus dihukum atas perbuatan jahat mereka serta diberi pelajaran keras agar berubah menjadi lebih baik. Demikianlah Islam tampil dengan wajah penuh amarah dan dendam, yang cenderung mengesampingkan mayoritas umat manusia dari bagiannya.

Pandangan keagamaan ini dapat ditelusuri pada suatu paradigma mengenai cara memahami dan mengalami konsep paling mendasar dari setiap agama, yaitu konsep tentang Tuhan, sifat-Nya, dan tujuan-Nya dalam penciptaan, esensi kenabian, "jalan", dan tata kehidupan yang baik. Pandangan tersebut memiliki konsep tentang Tuhan yang penuh dengan amarah dan dendam, Tuhan yang menciptakan neraka dan senang menjerumuskan manusia ke dalamnya, juga pemahaman tentang nabi sebagai panglima perang dan penaklukan terhadap orang-orang kafir yang menempati sebagian besar belahan dunia, penggunaan cara-cara yang sepenuhnya eksoterik (legal-formal) dalam mencapai keselamatan ukhrawi yang kosong akan spiritualitas, serta mendahulukan ortodoksi (dogma yang benar) di atas ortopraksi (praktik atau perilaku yang benar, yaitu pengamalan akhlak mulia dan amal saleh). Apakah ini adalah paradigma Islam yang sejati? Atau, haruskah para penganut agama ini mengubah paradigmanya dan mendorong pemahaman Islam sebagai agama yang mengutamakan kasih sayang, perdamaian, pengampunan, dan akhlak mulia di atas segalanya?

B. Agama Belas Kasih

Mendiang Prof. Annemerie Schimmel dalam salah satu kuliahnya di Universitas Harvard pada 2002 mengatakan:

> "Islam biasanya dipandang buruk atau hanya sambil lalu karena sebagian besar sejarawan agama dan kebanyakan orang pada umumnya berpikir bahwa Islam adalah agama primitif dan kurang menarik. Namun, saya pikir, jika Anda mendekatinya dari sudut yang berbeda, hasilnya bisa sangat menarik. Dan, hal itulah yang membuat saya memilih jalur (penelitian) ini sejak bertahun-tahun yang lalu, yaitu ketika saya mengajar di Ankara, di Fakultas Teologi Islam. Saat itu

> saya sedang kesulitan menjelaskan kepada mahasiswa saya mengenai teori Rudolph Otto tentang *numinous* sebagai *mysterium tremendum* dan *mysterium fascinans*.[1] Tiba-tiba salah seorang mahasiswa saya berdiri dan berkata, *'Teori ini sangat sederhana, kami telah memilikinya dalam Islam selama berabad-abad. Kami selalu berbicara tentang Kemahabesaran Allah (Jalal) dan Kemahaindahan (Jamal)'*."[2]

Dalam tradisi Islam, sifat ilahiah memang dibagi ke dalam dua kelompok: *Jalal* (*tremendum*, kemahabesaran) dan *Jamal* (*fascinans*, kemahaindahan) dan keduanya bersatu di dalam-Nya sebagai *Kamal* atau kesempurnaan. Sifat Keagungan bersifat tegas dan keras, yang terdiri atas sifat-sifat kemurkaan, kebesaran, kekerasan, dan sejenisnya. Sedangkan sifat Keindahan adalah sintesis dari belas kasih, sifat pemurah, penyayang, dan sifat-sifat baik lainnya. *Jalal* adalah "aspek maskulin" dari Tuhan, Yang Menguasai—yang membuat manusia tunduk dan mematuhi hukum-"Nya". Sementara itu, *Jamal* adalah aspek feminin, yang menawan—yang membuat manusia terpesona dan jatuh cinta kepada-"Nya". Sifat *Jalal* dan *Jamal* (Mahabesar dan Maha-indah) ini juga kadang disebut sebagai *'Adl* dan *Fadhl* (Maha-adil dan Maha Pemberi Karunia), atau *Ghadab* dan *Rahmah* (Murka dan Maha Pengasih), atau *Qahr* dan *Lutf* (Mahakuat dan Mahalembut).

Mengutip seorang fenomenolog agama terkemuka, van der Leeuw,[3] Schimmel lebih lanjut mengungkapkan kekeliruan umum para cendekiawan ataupun kalangan awam yang hampir selalu mengelompokkan Islam ke dalam agama yang berorientasi pada *nomos*/aturan hukum—sama seperti yudaisme dan bukannya agama yang berorientasi pada *eros*/kasih—seperti kekristenan, serta agama-agama India (hinduisme/buddhisme), dan Tiongkok (taoisme, dll.). Idealnya, semua agama—termasuk Yahudi—harus dipahami sebagai agama yang berorientasi pada kasih sayang, selama pemahaman orang tidak terbatas hanya pada aspek eksoteriknya.[4]

1 Rudolph Otto, *The Idea of the Holy*, (New York: Oxford University Press, 1958).

2 Lihat Annemarie Schimmel, *Deciphering the Signs of God*, (Albany: State University of New York Press, 1994), x.

3 Gerardus van der Leeuw, *The Essence and Manifestations of Religion: A Study in Phenomenology* (New York: Harper Torchbooks, 1963).

4 Schimmel, *Deciphering*, hlm. 249—256.

Dalam konteks yang disebutkan di atas, Islam—masih menurut Schimmel—pada dasarnya adalah agama rahmat, kasih sayang—belas kasih tunggal yang serba meliputi, yang terwujud dalam cinta Tuhan kepada manusia, serta cinta manusia kepada Tuhan dan kepada segenap makhluk ciptaan-Nya. Cinta memang merupakan basis universal, *in omnibus*, sekaligus tujuan Islam, seperti halnya semua agama yang benar-benar bersifat spiritual. Pemahaman tentang Islam yang demikian ini terutama disuarakan oleh para mistikus Islam—yakni kaum sufi—dari generasi ke generasi.[5] Menurut Ibn 'Arabi: "Tidak ada firman Ilahi yang diwahyukan Allah Swt. yang menunjukkan Keagungan tanpa disertai dengan Keindahan yang mengimbanginya. Begitulah halnya dalam semua kitab yang diwahyukan dan di dalam segala sesuatu."[6]

C. Allah Yang Maha Pemurah

Saat kita membuka Al-Quran, kita akan menemukan bahwa setiap surat di dalam kitab ini dimulai dengan sebuah ayat—kecuali dalam satu surat ketika ayat ini ada di bagian isi—yang menyatakan bahwa Allah itu *Rahman* dan *Rahim* (umumnya diterjemahkan sebagai Maha Pengasih dan Maha Penyayang). Namun, kata *rahmah* dalam bahasa Arab, yang darinya kedua kata ini diturunkan, memiliki konotasi yang sangat komprehensif; meliputi cinta, belas kasih, berkah, dan banyak makna lainnya yang serumpun. Dalam prinsip *rahmah* inilah seluruh konsep keimanan dan Islam dan cara-hidupnya dirangkum. Dan, bukannya tanpa ada makna yang mendalam jika seorang Muslim diajarkan untuk selalu melafalkan ayat yang sama—"Dengan nama Tuhan, Yang Maha Pengasih, Yang Maha Penyayang"—setiap hendak memulai suatu pekerjaan. Dalam bahasa Arab asli, ungkapan tersebut menggunakan kata "Allah" dan bukannya sembarang kata lain yang berkonotasi dengan Tuhan. Kata "Allah" sebenarnya adalah nama-Nya yang

---

5 Lihat, sebagai contoh, Reynod Alleyne Nicholson, *Studies in Islamic Mysticism*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1921); Tor Andrae, *In The Garden of the Myrtles*, (Albany: State University of New York, 1987); Michael A. Sells, *Early Islamic Mysticism*, (New Jersey: Paulist Press, 1996); William Chittick, *The Sufi Path of Love*, (Albany: State University of New York Press, 1983).

6 Lihat *On Majesty and Beauty: The Kitâb Al-Jalâl wa al-Jamâl of Muhyiddin Ibn 'Arabi*, terj. Rabia Terri Harris, http://ibnarabisociety.org/articlespdf/jalalwajamal.pdf.

mencakup semua nama-Nya yang lain (*al-ism al-jami'*) atau nama-Nya Yang Teragung (*al-ism al-a'zham*) yang meliputi sekaligus menjadi sumber dari semua nama-Nya. Dengan kata lain, meski nama-Nya terdiri atas gugus sifat yang mencerminkan keagungan dan keindahan-Nya, sebagai suatu keseluruhan konsep Allah dalam Islam mencerminkan Belas Kasih, Kebaikan, dan bukan yang lain.

Sebagai catatan, kata *Rahman* dan *Rahim* dibentuk dari akar kata *r-h-m* yang sama. Keduanya merupakan sifat belas kasih. Namun, jika sifat *Rahim* menandakan bentuk belas kasih yang spesifik, yaitu belas kasih Tuhan kepada hamba-Nya yang beriman, sifat *Rahman* menandakan kasih sayang secara umum, yaitu terhadap semua makhluk-Nya, baik yang beriman maupun yang tidak beriman.

Sebenarnya, kasih sayang adalah prinsip inti dari sifat Ketuhanan. Allah sendiri menekankan di dalam Al-Quran bahwa:

> "Sungguh Rabb-ku adalah Yang Maha Pengasih, Maha Penyayang." (11: 80).

Di bagian lain dalam Al-Quran, Allah dikaitkan dengan sifat *Wudd* (sayang) dan *Ghufran* (pengampunan) dan disebut secara bersamaan:

> "Dan Dia Maha Pengampun lagi Maha Penyayang" (85: 14).

Sementara itu, sifat-Nya sebagai *Rahim* (penyayang) dan *Wadud* (sayang) disebutkan secara bersamaan dalam ayat ini: "Mintalah ampunan dari Tuhan-mu dan kemudian kembali (bertaubatlah) kepada-Nya. Sesungguhnya Tuhan-ku Maha Penyayang lagi Maha Pengasih." (11: 90)

Lebih jauh, dalam hadis qudsi, Tuhan menyatakan dengan tegas bahwa "Rahmat-Ku mengalahkan Murka-Ku."

Yang paling penting adalah, sepanjang Al-Quran, Allah lebih banyak menjelaskan diri-Nya melalui nama-nama yang termasuk dalam kelompok sifat-sifat indah (*jamal*). Jumlah ayatnya lima kali lebih banyak daripada jumlah ayat ketika Allah mengungkapkan diri-Nya melalui sifat-sifat kebesaran-Nya (*jalal*).[7] Sejalan dengan itu, sifat murka-Nya hanya muncul

[7] Nama-nama Allah secara tradisional dipercayai berjumlah 99, terbagi ke dalam kelompok nama yang bermakna Mahabesar (maskulin) dan Maha Memesona (feminin). Sifat-

satu kali di dalam Al-Quran, sedangkan sifat yang sebaliknya—Maha Pengampun—muncul sekitar seratus kali.[8] Sungguh, tidak ada makhluk ciptaan-Nya yang luput dari belas kasih-Nya:

"[...] Rahmat-Ku meliputi segala sesuatu. [...]" (7: 156)

Ayat di atas dengan jelas menyatakan bahwa segala sesuatu, bahkan termasuk juga hal-hal yang tampak sebagai keburukan dan penderitaan, sebenarnya adalah manifestasi dari sifat belas kasih-Nya.

Betul bahwa, sebagaimana dinyatakan oleh Ibn 'Arabi dalam kutipan di atas, prinsip cinta dan belas kasih Ilahi tidak menafikan bahwa Ia juga memiliki sifat murka dan adil. Itu adalah *coincidentia oppositorum*, dua hal berlawanan yang ada secara bersamaan. Kemurkaan dan penegakan keadilan yang tegas tentu saja merupakan bagian dari tindakan-Nya. Namun, berdasarkan hadis, ayat Al-Quran, dan dominasi nama-nama indah yang melampaui nama-nama kebesaran-Nya, kita dapat menyimpulkan bahwa sifat-sifat keagungan ini sebenarnya adalah manifestasi dari prinsip cinta dan kasih sayang yang sama. Belas kasih-Nya kepada manusia itu jugalah yang membuat-Nya menegakkan hukum dan keadilan; yaitu sebagai bagian dari Sifat-Nya yang Maha Memelihara (*Rububiyah*). Lebih jauh lagi, Neraka sekalipun diciptakan-Nya sebagai manifestasi dari Kasih Sayang-Nya; ia adalah Surga yang dialami oleh mereka yang jiwanya sakit; versi lain yang menyakitkan dari suatu tempat yang aslinya menyenangkan dan penuh sukacita.[9] Dalam konteks ini, hukuman di neraka harus dilihat sebagai manifestasi dari sifat Kasih-Nya, yaitu sebagai sarana pertobatan, suatu *shiksa* (pelajaran), demi memurnikan penghuninya dari kotoran yang

sifatnya, seperti Yang Keras (*Al-Qahhar*), Yang Memaksa (*Al-Jabbar*), Yang Takabur (*Al-Mutakabbir*), serta Yang Membalas (*Dzu'ntiqam*), dimasukkan ke kelompok nama pertama yang menunjukkan kebesarannya, sementara nama-nama yang lainnya, seperti Yang Pengasih (*Al-Rahman*), Yang Penyayang (*Al-Rahim*), Yang Mencinta (*Al-Wadud*), Yang Lembut (*Al-Latif*), Yang Pengampun (*Al-Ghaffar*) dimasukkan ke kelompok nama kedua yang menunjukkan Keindahan-Nya.

8 Dalam Al-Quran, Allah bahkan berfirman: "Dia mengampuni dosa, semuanya." (39: 53).

9 Ibn 'Arabi juga menelusuri pemahaman unik tentang neraka ini dari makna-serumpun dari kata tersebut, yakni *'adzab* (yang dalam bahasa Arab bermakna 'siksa'). Akar katanya adalah *'a-dz-b,* yang juga dapat membentuk kata *'adzib,* yang juga dipergunakan dalam Al-Quran dan bermakna 'rasa manis yang menyegarkan'. Dalam perspektif ini, Ibn 'Arabi menyimpulkan bahwa, bahkan bagi orang-orang jahat, siksa neraka pada akhirnya dirasakan oleh penghuninya sebagai sesuatu yang manis dan menyegarkan, dengan izin Allah.

ada dalam jiwa mereka. Malah, kata *nar* (api neraka) sendiri memiliki akar yang sama dengan kata *nur* yang berarti 'cahaya' (bimbingan).

D. Kasih Sayang sebagai Motif Penciptaan

Tuhan telah menciptakan alam semesta sejak semula atas kasih sayang-Nya. Menurut hadis qudsi yang terkenal: "Aku adalah Khazanah Tersembunyi. Aku mendamba untuk dikenal sehingga Aku menciptakan makhluk agar Aku dikenal."

Dalam hadis-hadis qudsi lain, Ia berfirman;

"Aku mendamba untuk dikenal sebagai Pengampun, Penutup Aib, Yang Paling Indah. Yang Maha Pemurah dan Maha Penyayang sehingga Aku menciptakan ciptaan agar Aku dikenal."

Beginilah cara Tuhan menjelaskan penciptaan alam semesta. Cinta pada dasarnya adalah prinsip penciptaan, *ab initio*. Dan, cinta inilah yang mendorong setiap makhluk di bumi untuk berupaya agar (kembali) bersatu dengan Tuhan, dengan cara menjalani kehidupan yang baik, yang akan menghasilkan rida-Nya.

Malah, salah satu nama dan Sifat Allah adalah *Al-Wajid*. Kata ini memiliki beberapa arti. Selain memiliki makna 'cinta' yang eksistensial dan mendalam, kata ini juga berarti 'mewujudkan' atau 'menjadikan'. Merenungkan nama ilahiah ini, kita dapat melihat bahwa ada hubungan yang sangat erat antara cinta dan penciptaan, yang sejalan dengan hadis qudsi yang dikutip sebelumnya. Manusia—dan seluruh Alam Semesta—ada di sini karena cinta-Nya.

Inilah yang membuat Nabi bersabda dalam sebuah hadis: "Tuhan itu Indah dan mencintai keindahan", dan di waktu lain ia berseru: "Aku melihat Tuhan-ku dalam forma (gambaran) Yang paling indah!" Yang bersumber dari Tuhan yang Maha Pengasih, tidak ada yang lain kecuali kebaikan. Bahkan, hal-hal yang tampaknya buruk pada kenyataannya berfungsi untuk mencapai kebaikan yang lebih besar, dengan demikian mewujudkan Kasih-Nya kepada alam semesta. Sekali lagi, murka-Nya (jelas)—merujuk hadis-hadis qudsi yang dikutip di atas—sebenarnya adalah wajah lain dari Rahmat-Nya.

E. Hubungan Cinta antara Manusia dan Tuhan

Salah satu kata yang digunakan Al-Quran untuk menunjukkan cinta adalah kata *wudd*, yang dalam bahasa Arab berarti 'bentuk cinta tertinggi', dan disebutkan dalam Al-Quran:

"Sesungguhnya orang-orang yang beriman dan beramal saleh, kelak Allah Yang Maha Pemurah akan menanamkan dalam (hati) mereka rasa cinta." (19: 96)

Al-Wadud—pemberi *wudd* (Cinta)—adalah salah satu Nama Indah Allah yang berarti sumber cinta. Ia telah memberkahi manusia dengan kapasitas tak terbatas untuk mencintai. *Hubb* adalah kata lain dalam Al-Quran yang juga berarti 'cinta', sebagaimana dinyatakan dalam ayat berikut:

"... maka kelak Allah akan mendatangkan suatu kaum yang Allah mencintai mereka dan mereka pun mencintai-Nya." (5: 54)

Dalam kitab-Nya, Allah berfirman:

"Aku tidak menciptakan jin dan manusia melainkan supaya mereka mengabdi kepada-Ku." (51: 56)

Kata 'beribadah' adalah terjemahan dari bahasa Arab "*ya'budun*". Menurut salah seorang ahli tafsir terkemuka di antara para sahabat Nabi, Ibnu Abbas, kata itu harus dipahami sebagai 'untuk mengenal'. Jika kita menyandingkan ayat tersebut, yang dipahami secara demikian, dengan hadis qudsi yang dikutip sebelumnya, kita dapat menyimpulkan bahwa kata "menyembah" dalam ayat itu harus dipahami bermakna 'untuk mencintai'. Malah, kata "menyembah" dalam bahasa Arab (*ya'budu*) bisa juga dimaknai sebagai "memuja".

F. Nabi Kasih Sayang

Dalam Hadis Nabi, cinta juga sering disebut sebagai fondasi kepribadian dan ajaran Nabi Muhammad. "Kasih sayang adalah landasanku," kata Nabi. Dalam hadis yang lain dikatakan bahwa "Agama (Islam) adalah kasih sayang". Lebih jauh lagi, sebuah hadis menekankan ciri utama Islam ini dengan mengajukan pertanyaan retoris: "Apatah agama ini kalau bukan

Rahmat?" Dalam salah satu ayat Al-Quran, Allah menyebutkan bahwa sifat cinta dan kasih sayang sebagai karakter dari utusan-Nya ini. Allah menggambarkan Nabi sebagai seseorang yang "lembut", "tidak kasar dan keras hati" (3: 159), "sangat peduli terhadap orang lain dan selalu mendoakan yang terbaik bagi orang lain dan kepada orang-orang beriman dia selalu santun dan penyayang" (9: 138). Hal ini tentunya terkait erat dengan peran dan misi yang Allah berikan kepadanya sebagai nabi, yakni untuk menebar rahmat bagi seluruh alam semesta. Ini sejalan dengan yang Allah perintahkan kepada Nabi Musa dan Nabi Harun agar keduanya berbicara dengan lemah lembut kepada Firaun sang tiran (20: 24). Kalaupun ada sesuatu yang dapat memberikan kesan ketegasan dalam kepribadian Nabi, hal itu harus dipahami persis seperti cara kita memahami murka Allah sebagaimana dijelaskan di atas. Sifat tegas/keras yang dikaitkan kepada Nabi harus diletakkan dalam konteks cinta sebagaimana cinta Tuhan yang intrinsik, yakni suatu tindakan yang mendidik orang untuk menyucikan diri mereka dari keburukan agar dapat menjalani kehidupan yang baik dan mencapai kebahagiaan tertinggi di dunia ini dan setelahnya.[10]

G. Menjadi Religius berarti Menjadi Welas Asih

Sayangnya, seperti yang dinyatakan dalam pengantar artikel pendek ini, pemahaman banyak kalangan di dalam ataupun di luar umat Islam hanya terpaku pada aspek eksoterik atau legal-formal agama, yaitu aspek Kemahakuasaan Tuhan serta peran legal-formalistik Nabi.

Yang perlu dilakukan adalah menyegarkan kembali pemahaman tentang agama ini, bahwa agama ini bukan hanya mengurusi soal hukum, melainkan pada dasarnya adalah soal memelihara rasa kasih sayang di dalam diri kita: kasih sayang terhadap segala, terhadap semua anggota alam semesta ini tanpa terkecuali. Umat Islam justru diajarkan untuk "menanamkan dalam dirimu sifat-sifat ketuhanan (*takhallaqu bi akhlaq Allah*)". Tuhan, di atas segalanya, adalah Yang Maha Pengasih, Maha Penyayang, dan Maha

[10] Lihat, sebagai contoh, Annemerie Schimmel, *And Muhammad is His Messenger*, The University of North Carolina Press, 1985 dan buku lain, meski lebih kritis, oleh Tor Andrae, *Muhammad: The Man and His Faith*, Dover Edition, New York, 2000.

Pemurah terhadap ciptaan-Nya. Oleh karena itu, kita harus mencintai dan berbelas kasih kepada sesama makhluk ciptaan-Nya. Selain itu, umat Islam diajarkan untuk mengikuti teladan Nabi yang penuh cinta dan welas asih, yang oleh Tuhan digambarkan sebagai "teladan terbaik" (33: 21) karena dia "memang memiliki kepribadian yang luhur". Dan, Nabi Muhammad juga mengajari para pengikutnya bahwa kasih sayang Tuhan hanya dapat dicapai melalui sikap dan belas kasih kepada sesama manusia:

"Jika kamu mencintai semua yang di bumi, kamu akan dicintai oleh Yang di langit."

Inilah makna sebenarnya dari Islam sebagai rahmat bagi alam semesta (*rahmatan lil 'alamin*) yang harus dipahami dan dijunjung oleh para pengikut agama ini.

H. Catatan Akhir

Hal lain yang terlintas di benak siapa pun yang membaca tulisan ini adalah pertanyaan mengapa Islam dan Al-Quran membenarkan perang dan penggunaan cara-cara kekerasan. Bukankah itu dengan sendirinya merupakan pelanggaran terhadap orientasi Islam yang seharusnya penuh kasih sayang? Pertanyaan ini menyiratkan bahwa perang dan penggunaan kekerasan dengan sendirinya adalah sesuatu yang buruk. Pada kenyataannya, manusia dapat menerima kondisi perang dan kekerasan—tentu saja yang sah—sebagai langkah yang perlu diambil dalam situasi mendesak. Kesemuanya itu dibenarkan hanya sebagai pertahanan terhadap penindasan dan pelanggaran hak-hak manusia serta sebagai desakan untuk menghentikan kezaliman yang tidak bisa diselesaikan melalui cara-cara damai. Inilah tepatnya alasan mengapa Islam membolehkan perang dan penggunaan kekerasan. Terlebih lagi, dalam Islam, perang dan kekerasan hanya sah sejauh pelanggaran dan kezaliman masih terus berlangsung. Segera setelah tercapai perdamaian, alasan pembenaran itu sudah tidak ada lagi. Perang dan kekerasan, sekalipun absah, adalah pilihan terakhir; yaitu ketika semua cara damai telah dicoba dan buntu. Dan, segera setelah pihak penindas atau pelanggar, secara paksa atau sukarela, setuju untuk menyelesaikan konflik melalui cara-cara damai, pihak yang lain harus

segera kembali ke prinsip cinta, belas kasih, dan kedamaian. Inilah yang diajarkan dalam Al-Quran:

"... kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang, hendaklah kamu damaikan keduanya! Namun, kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai dia kembali pada perintah Allah. Kalau dia telah kembali, damaikanlah keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil." (49: 9)[11] []

[11] Penafsiran yang damai atas ayat-ayat Al-Quran yang sering dikutip, tetapi juga sering disalahpahami, sekaligus membantah tuduhan manipulatif yang dibuat oleh Gertz Wilder, lihat buku Quraish Shihab, *The Fitna Verses*, Lentera Hati dan Mizan, 2008. Dalam buku ini penulis menguraikan, antara lain, penafsiran yang benar atas ayat 39 dari surah ke-8 Al-Quran, yaitu bahwa perang adalah pilihan terakhir yang bisa diambil umat Islam, "jika mereka tidak mendapati cara lain untuk menghindari penindasan atau memastikan keamanan". Bahkan, jika umat Islam harus terlibat dalam perang, mereka harus mematuhi ketentuan-ketentuannya, seperti tidak menyerang perempuan atau anak-anak, tidak menebang pohon, dan tidak merusak lingkungan. Berkenaan dengan tuduhan bahwa Islam mengajarkan terorisme, buku ini menjelaskan arti ayat 60 dari surah ke-8 Al-Quran, yang biasanya dikutip di luar konteksnya, dengan menunjukkan bahwa itu adalah sikap ketika menghadapi pertempuran, bukan kehidupan sehari-hari. Ungkapan "lancarkan teror" (ciptakan ketakutan pada musuh) yang digunakan oleh Al-Quran dalam ayat ini dimaksudkan untuk membuat musuh gentar dan berpikir dua kali untuk menyerang. Tindakan preemtif tersebut pada dasarnya berbeda dari terorisme. Alih-alih pernyataan agresi, perintah yang diberikan adalah untuk mencegah peperangan.

BIOGRAFI PARA PENULIS

Brett G. Scharffs—Amerika Serikat

Brett G. Scharffs adalah Rex E. Lee Chair dan Profesor Ilmu Hukum serta Direktur International Center for Law and Religion Studies di Brigham Young University (BYU) Law School. Dia memperoleh gelar B.S.B.A. di bidang bisnis internasional dan M.A. di bidang filsafat di Georgetown University dan, sebagai Rhodes Scholar, memperoleh gelar B.Phil. di bidang filsafat di Oxford. Dia memperoleh gelar J.D. dari Yale Law School serta menjadi editor senior di *The Yale Law Journal*. Dia adalah profesor tamu di berbagai universitas seperti Central European University di Budapest dan University of Adelaide Law School. Dia terlibat dalam beberapa program pelatihan besertifikat di bidang studi agama dan hukum di berbagai negara seperti Tiongkok, Vietnam, dan Myanmar serta mengajar dan terlibat dalam beberapa program serupa di beberapa universitas di Indonesia dalam bidang syariat dan hak asasi manusia. Dia telah menulis lebih dari seratus artikel dan bab buku serta menyampaikan lebih dari tiga ratus presentasi ilmiah di tiga puluh negara. Bukunya, *Law and Religion: National, International and Comparative Perspective*s (bersama Cole Durham, edisi ke-2 bahasa Inggris 2018), telah diterjemahkan ke dalam bahasa Mandarin dan Vietnam serta sedang diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia, Turki, Myanmar, Arab, Spanyol, Rusia, Yunani, dan Ibrani. Bersama Elizabeth Clark, dia menulis *Religion and Law in the USA* pada 2016 yang merupakan kontribusi untuk seri *Wolters Kluwer's International Encyclopaedia of Laws*.

Mohammad Hashim Kamali—Malaysia

Profesor Mohammad Hashim Kamali adalah pendiri dan Direktur International Institute of Advanced Islamic Studies, Malaysia. Sebagai ilmuwan terkemuka di dunia, dia menyandang gelar Ph.D. dalam Hukum Islam (SOAS, London) dan sempat menjabat Guru Besar Hukum Islam dan Fikih di International Islamic University Malaysia (1985—2004), serta Dekan The International Institute of Islamic Thought and Civilization (2004—2006). Di luar dunia akademik, dia pernah bertugas di Constitutional Review Commission Afghanistan (Mei—September 2003), Komite CIMB Syariah (sejak 2003), Sunlife Takaful Malaysia (sejak 2011), dan Stanlib Corporation Afrika Selatan (2007—2017). Penulis 35 buku dan lebih dari 210 artikel ilmiah ini memperoleh dua kali Isma'il Al-Faruqi Award untuk keunggulan akademik (1995 dan 1997) dan masuk ke daftar 500 Muslim Paling Berpengaruh di Dunia (2009, 2010, 2016). Dia juga memperoleh penghargaan King Abdullah II International Award 2010 dan 24th Iran World Award for Book of the Year 2016.

Lena Larsen—Norwegia

Dr. Lena Larsen adalah Direktur Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief, Norwegian Centre for Human Rights, di University of Oslo, sejak 1999. Dia memimpin pengembangan konsep dan metodologi Oslo Coalition: Memajukan kebebasan beragama atau berkeyakinan sebagai kemaslahatan bersama yang diterima dan dijunjung semua keyakinan melalui pengembangan kompetensi, dialog, dan kerja sama. Minat studinya meliputi Islam di Eropa, yurisprudensi Islam dengan fokus mengenai fatwa, Islam dan gender, serta kebebasan beragama atau berkeyakinan. Dr. Larsen turut memimpin proyek Oslo Coalition, Arah Baru Pemikiran Islam, sejak 2003. Proyek tersebut telah menghasilkan publikasi-publikasi yang turut dia sunting, di antaranya, *Gender and Equality in Muslim Family Law: Justice and Ethics in the Islamic Legal Tradition* (London: I.B. Tauris, 2013), yang juga terbit dalam bahasa Indonesia, *Reformasi Hukum Keluarga Islam* (LKIS, 2017); *New Directions in Islamic Thought and Practice: Exploring Muslim Reform and Tradition* (London: I.B. Tauris, 2009); serta *Freedom of*

Expression in Islam: Challenging Blasphemy and Apostasy Laws (dalam proses penerbitan). Dia menulis *How Muftis Think: Islamic Legal Thought and Muslim Women in Western Europe* (Leiden: BRILL, 2018) dan merupakan asisten editor *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (Hague: Brill, 2004).

Tore Lindholm—Norwegia

Tore Lindholm adalah Profesor Emeritus (Filsafat) di Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo dan anggota Komite Hak Asasi Manusia Church of Norway. Bidang studi yang menjadi minatnya adalah seputar dasar-dasar pengakuan hak asasi manusia universal, khususnya kebebasan beragama/keyakinan non-keagamaan, serta hubungan timbal balik antara hak asasi manusia dan pandangan dunia/agama. Dia turut menyunting *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (2004), yang diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dengan judul, *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?* (2010) serta bahasa Rusia, Bosnia, dan Mandarin (publikasi internet). Dia juga menyunting buku tentang pemikiran pembaruan Islam An-Na'im, *Islamic Law Reform and Human Rights: Challenges and Rejoinders* (1993), yang diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia pada 1995 dengan judul *Dekonstruksi Syari'ah* (LKiS). Tulisannya yang lain di antaranya "The cross-cultural legitimacy of universal human rights: Plural justification across normative divides" dalam *Cultural Human Rights* (2008) yang disunting Francioni dan Scheinin, dkk.

Syamsul Arifin—Indonesia

Syamsul Arifin adalah Guru Besar Sosiologi Agama dan Wakil Rektor Universitas Muhammadiyah Malang (UMM). Di antara karyanya yang telah dipublikasikan adalah: *Ideologi dan Praksis Gerakan Sosial Kaum Fundamentalis: Pengalaman Hizbut Tahrir Indonesia* (2005); *Studi Islam Kontemporer: Arus Radikalisasi dan Multikulturalisme di Indonesia* (2015); *Attitudes to Human Rights and Freedom of Religion or Belief in Indonesia, Voices of Islamic Religious Leaders in East Java* (2010). Dia aktif di beberapa organisasi keislaman terutama di Muhammadiyah dan perkumpulan

profesi seperti Asosiasi Living Values Indonesia. Penelitian terbarunya yang sedang dilaksanakan adalah Menuju Teologisasi Hak Asasi Manusia: Wacana Kontemporer tentang Hubungan Islam dan Hak Asasi Manusia dalam Pandangan Intelektual Muslim di Indonesia dan Australia yang didanai oleh Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi.

Cekli Setya Pratiwi—Indonesia

Cekli Setya Pratiwi adalah dosen senior di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Malang (UMM). Dia memperoleh gelar LL.M. dari Utrecht University dan kandidat LL.M. Hukum Perbandingan di BYU Law School (2019). Dia pernah menjabat Direktur Eksekutif Pusat Studi HAM (satuHAM) UMM dan sejak 2012 dia mengajar di kursus setingkat master tentang Syariat dan Hak Asasi Manusia di UMM. Cekli berpartisipasi dalam kursus besertifikat tentang "Religion and The Rule of Law" di Myanmar, Vietnam, Beijing, dan Jakarta. Dia menulis buku *Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Islam* bersama Ahmad Nur Fuad, dkk. (2010). Dia juga menulis berbagai artikel ilmiah dengan topik HAM, agama, dan hukum. Publikasi terbarunya adalah *Permissible Scope of Legal Limitation on Freedom of Religion or Belief* dan *Freedom of Expression under International Human Rights Law: The Study of Blasphemy Cases in Indonesia.* Saat ini dia sedang menerjemahkan buku *Law and Religion: National, International and Comparative Perspective*s karya Cole Durham dan Brett Scharffs (edisi ke-2 2018) ke dalam bahasa Indonesia.

Heiner Bielefeldt—Jerman

Heiner Bielefeldt adalah Profesor Hak Asasi Manusia dan Politik Hak Asasi Manusia di Universitas Erlangen-Nuremberg (sejak Oktober 2009). Sebelum memimpin bidang Hak Asasi Manusia yang baru dibentuk, dia menjabat Direktur German Institute for Human Rights (berbasis di Berlin) yang terakreditasi secara resmi oleh lembaga HAM nasional Jerman. Dari Agustus 2010 hingga Oktober 2016, Bielefeldt menjabat sebagai Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan. Sejak September 2016, dia juga menjabat sebagai Profesor di Pusat Studi Hak

Asasi Manusia Universitas Oslo. Minat penelitian Bielefeldt mencakup berbagai aspek teori dan praktik hak asasi manusia lintas disiplin dengan fokus khusus pada kebebasan beragama atau berkeyakinan.

Jeroen Temperman—Belanda

Jeroen Temperman adalah Profesor bidang Agama dan Hukum Internasional serta Kepala Department of International and European Union Law di Erasmus School of Law, Erasmus University Rotterdam, Belanda. Dia juga adalah Pemimpin Redaksi *Religion & Human Rights* dan anggota Organization for Security and Cooperation di Komisi Ahli bidang Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan Eropa. Beberapa buku yang ditulisnya antara lain *Religious Hatred and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016) dan *State–Religion Relationships and Human Rights Law* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2010). Dia juga menyunting *Blasphemy and Freedom of Expression* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017) dan *The Lautsi Papers* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2012).

Khaled Abou El Fadl—Amerika Serikat

Khaled Abou El Fadl adalah Profesor Hukum Kehormatan Omar dan Azmeralda Alfi di UCLA School of Law yang mengajar bidang Hak Asasi Manusia Internasional; Yurisprudensi Islam; Hukum dan Terorisme; Islam dan Hak Asasi Manusia; Hukum Pengungsi dan Suaka Politik; Perdagangan Manusia: Hukum dan Kebijakan; serta Kejahatan Politik dan Sistem Hukum. Dia memperoleh penghargaan The University of Oslo Human Rights Award, The Leo and Lisl Eitinger Prize pada 2007, dan Carnegie Scholar in Islamic Law pada 2005. Pada 2017 dan 2005, dia termasuk dalam daftar LawDragon's Top 500 Lawyers di Amerika Serikat. Pada 2013, dia termasuk dalam "The 50 Smartest People of Faith" menurut TheBestSchools.org, serta termasuk dalam "The Power 500 List of the World's Most Influential Arabs" dan "The World's 500 Most Influential Muslims". Buku terbaru yang ditulisnya berjudul, *Reasoning with God: Reclaiming Shari'ah in the Modern Age* (Rowman dan Littlefield, 2014).

Susan Waltz—Amerika Serikat

Susan Waltz adalah Profesor bidang Kebijakan Publik di The Ford School. Dia memperoleh gelar Ph.D. bidang International Studies di University of Denver. Dia mendalami studi hak asasi manusia dan hubungan internasional dengan spesialisasi Afrika Utara. Waltz menulis *Human Rights and Reform: Changing the Face of North African Politics* (1995) dan berbagai artikel mengenai sejarah instrumen hukum HAM Internasional Dia juga mengelola situs web Human Rights Advocacy and the History of International Human Rights Standards yang difasilitasi oleh The U-M dari 1993—1999. Susan menjabat di Komite Eksekutif Amnesty International dan sejak 2000 dia bertugas di Dewan Nasional American Friends Service Committee, Amnesty International Amerika Serikat, dan menjadi komite eksekutif yang memantau pelaksanaan kerja The Quaker United Nations Office di New York.

Zainal Abidin Bagir—Indonesia

Zainal Abidin Bagir adalah Direktur Indonesian Consortium for Religious Studies, yang merupakan konsorsium Universitas Gadjah Mada, Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga, dan Universitas Kristen Duta Wacana. Sebagai dosen di Sekolah Pascasarjana UGM, ia juga mengajar di Program Studi Agama dan Lintas Budaya. Pada 2013—2014, ia menjadi dosen tamu di Victoria University of Wellington, New Zealand. Pada 2008—2013, ia menjabat Indonesian Regional Coordinator untuk Pluralism Knowledge Programme, sebuah kolaborasi empat pusat akademik di Belanda, India, Indonesia, dan Uganda. Dua minat akademik utamanya adalah seputar pengelolaan keragaman agama dalam demokrasi, serta agama dan sains, khususnya terkait ekologi. Di antara publikasi terbarunya adalah sebuah buku dan artikel tentang pembatasan kebebasan beragama atau berkeyakinan di Indonesia (2019 dan 2020), sebuah bab tentang politik dan hukum terkait pengelolaan agama di Indonesia dalam *Routledge Handbook of Contemporary Indonesia* (2018) dan bab mengenai Islam dan ekologi dalam *Routledge Handbook of Religion and Ecology* (2017).

Ahmad Nur Fuad—Indonesia

Ahmad Nur Fuad adalah dosen di Universitas Islam Negeri Sunan Ampel, Surabaya, Indonesia. Dia memperoleh gelar sarjana dalam bidang Sejarah Islam pada 1991, gelar master dalam bidang Studi Islam di McGill University pada 1998, dan gelar doktor Studi Islam di UIN Sunan Ampel (2010). Dia aktif mengajar dalam kursus setingkat master dalam bidang Syariat dan HAM yang diselenggarakan oleh Program Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Malang, bekerja sama dengan The Oslo Coalition (Norwegia) dan Brigham Young University, Provo, Utah, Amerika Serikat (2011—2017). Bidang kajian yang diminatinya antara lain sejarah Islam dan historiografi, pemikiran Islam, dan HAM dalam Islam. Buku yang ditulisnya antara lain: *Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Islam*, yang ditulis bersama Cekli Setya Pratiwi dan Saiful Aries (Malang: LPSHHAM-Madani, 2010); *Dari Reformis hingga Transformatif: Dialektika Intelektual Keagamaan Muhammadiyah* (Malang: Intrans Publishing, 2015).

Haidar Bagir—Indonesia

Haidar Bagir adalah seorang cendekiawan Muslim serta pengusaha dan filantropis dari Indonesia. Dia memperoleh gelar M.A. dari Harvard University dan gelar Ph.D. dalam bidang Filsafat dari Universitas Indonesia. Dia termasuk dalam daftar The 500 Most Influential Muslims menurut The Royal Islamic Strategic Studies Centre selama 9 tahun berturut-turut. Dia menulis berbagai buku ilmiah dan populer terutama mengenai mistisisme Islam, seperti *The Universe of Love, An Introduction to Ibn 'Arabi's Thought; Epistemology of Sufism—An Introduction; Islam the Faith of Love and Happiness* (diterbitkan di Indonesia dan di Inggris). Bukunya yang terbaru berjudul *From Allah to Allah, Learning Sufism from Rumi.* Bagir juga memperoleh berbagai penghargaan dari sejumlah lembaga internasional atas kiprahnya di bidang bisnis, filantropi, dan kajian ilmiah.

Nafik Muthohirin—Indonesia

Nafik Muthohirin adalah dosen tidak tetap di Fakultas Agama Islam serta staf Pusat Studi Agama dan Multikulturalisme Sekolah Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Malang. Nafik menyelesaikan pendidikan Magister Agama dan Studi Perdamaian di Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta (2014). Minat kajiannya adalah seputar gerakan keagamaan di Indonesia serta radikalisme, ekstremisme, pluralisme, dan multikulturalisme. Di antara karyanya yang diterbitkan adalah: *Fundamentalisme Islam: Gerakan dan Tipologi Pemikiran Aktivis Dakwah Kampus* (2014); "Radikalisme Islam dan Pergerakannya di Media Sosial" (*Jurnal Afkaruna*, UMY: 2015); "Reproduksi Salafi: Dari Kesunyian Apolitis Menuju Jihadis" (*Jurnal Sosial-Budaya* UIN Riau: 2018). Nafik adalah kolumnis di beberapa media nasional seperti *Radar Surabaya*, *Koran SINDO*, *Jawa Pos,* dan *GeoTimes*.

Shari‘a and Human Rights

A Coursebook

English version

Table of Contens

Shari'a and Human Rights: A Coursebook
Foreword and Acknowledgements 1

Background to the Project 1
Courses on Shari'a and Human Rights and Religion and Human Rights 3
The Structure and Content of the Book 5
Acknowledgements 6

CHAPTER 1 - Nature, Sources and Objectives of Shari'a 9

A. Nature of Shari'a 9
B. Sources of Shari'a 14
C. Objectives of Shari'a (*Maqasid al-Shari'a*) 23
D. Conclusion 33
E. Bibliography 34

CHAPTER 2 - Characteristic Features of Shari'a* 37

A. Introductory Remarks 37
B. Shari'a and *Fiqh* 38
C. Major Theme and Classifications 41
D. Salient Features of Shari'a 45
E. Individualist or Communitarian 61
F. Externality and Intent: The Issue of *Hiyal* 65
G. Bibliography 68

CHAPTER 3 - Islam, Freedom of Religion or Belief and Gender Equality 71

A. Introduction 71
B. Human rights and CEDAW 72
C. Muslim nation-states, Shari'a and Islamic identity politics 76
D. Islam and the question of reform 78
E. *Maqasid al-Shari'a* – a short history 81
F. Shari'a and the challenge of equality before the law 83
G. Freedom of religion or belief and the principle of non-discrimination. 86
H. Freedom of religion or belief and gender issues 88
I. The way forward 90

CHAPTER 4 - An Intersection Between Shari'a And Human Rights (A Discourse of the Encounter Between the Two in Indonesia) 93

A. Introduction 93
B. The Dilemma of a Muslim-Majority Country 94

C. The Intersection Between Human Rights and Shari'a 99
D. Encounter and Intersection 103
E. Concluding Remarks 111
F. References 113

CHAPTER 5 - Shari'a and Human Rights: Intersection, Harmonies, and Conflicts 117

A. Introduction 117
B. Philosophical Foundations and Historical Origins 119
C. Freedom of Religion 124
D. Rights of Women and Related Issues 127
E. Criminal Punishments and Related Rights 128
F. Conclusion 129
G. Bibliography 131

CHAPTER 6 - The Universal Declaration of Human Rights: A Basic Introduction to Its History, Drafting, Key Provisions, and Legacy 135

A. Introduction 135
B. Aims of the UDHR 136
C. Background and Drafting of the UDHR 137
D. Key Provisions 140
E. Other International Human Rights Instruments 146
F. United Nations Monitoring Institutions 153
G. Conclusion 155

CHAPTER 7 - Conceptual Underpinnings and Public Grounds of Human Rights—With an Upbeat Prospect on Religion-based Support of Human Rights 157

A. Introduction 157
B. Concepts and Features of Human Rights 159
C. What Is a Right? 163
D. A List of 40 Human Rights Goods Included for Protection in IBHR 165
E. The Public Foundations of International Human Rights 168
F. Legitimating IHRs Across the Divides of Conflicting Creeds, Cultures, and Doctrines: The Case for Inclusive Human Solidarity Grounded in Inherent Equal Dignity 174
G. Guided Tour of Current Theoretical Work on IHRs 178
H. References: 181

CHAPTER 8 - General Concepts and Principles of Human Rights in the International and Indonesian Context 187

A. Introduction 187
B. A Description of Human Rights 188
C. Basic Principles of Human Rights 194
D. International Human-Rights Law and Its Instruments 203
E. Human-Rights Regulations in Indonesia 208
F. International Human-Rights Enforcement Mechanisms 219
G. Human-Rights Enforcement Mechanisms in Indonesia 221
H. Concluding Remarks 229
I. Bibliography 230

CHAPTER 9 - Universal Human Rights: The Contribution of Muslim States 237

A. Introduction 237
B. Preface 240
C. Muslim Contributions and Contributions by Muslim and Middle Eastern Diplomats 244
D. Issues of Concern 250
E. Commentary 282

CHAPTER 10 - The Human Rights Commitment in Modern Islam 293

A. Introduction 293
B. Colonialism, Apologetics, and the Muslim Human Rights Discourse .. 296
C. Puritanism, Anti-Westernism, and Exceptionalism in Muslim Discourses 300
D. The Human Rights Commitment and Ambiguity in Islam 304
E. God's Sovereignty and the Sovereignty of Human Well-Being 309
F. Justice as a Core Value and Human Rights 322
G. The Rights of God and the Rights of People 327
H. Islam and the Promise of Human Rights 333
I. Bibliography 337

CHAPTER 11 - Combating Intolerance Resolution and The Prospect to Revise Defamation of Religion Regulations 347

A. Introduction 347
B. Opposition to The Defamation of Religion Resolutions 349
C. From Combating Defamation of Religion to Combating Intolerance ... 352
D. The Shift from Defamation to Intolerance: The Future of Domestic Religious Defamation Laws? 355
E. Conclusion 360

CHAPTER 12 - An Introduction to Freedom of Thought, Conscience, and Religion from a Human Rights Perspective 363

A. Introduction 363
B. Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights 363
C. Other International Human Rights Instruments on Freedom of Religion and Belief 367
D. The Role of Non-Governmental Organizations in Promoting Freedom of Religion and Belief 375
E. The Value of Religion and Religious Freedom 376
F. Conclusion 377

CHAPTER 13 - International Law Standards on Extreme Speech about Religion 379

A. Introduction 379
B. Blasphemy Laws under International Law 380
C. "Defamation of Religion": The Rise and Demise of a Non-Legal Concept 383
D. Advocacy of Religious Hatred Constituting Incitement in International Law 387
E. Conclusion 395

CHAPTER 14 - The Contribution of Freedom of Religion or Belief to Societal Peace 397

A. Human Rights as a Precondition of Lasting Societal Peace 397
B. Human Beings as Rights-Holders 399
C. Dimensions and Limitations of Freedom 402
D. Equality and Non-Discrimination 405
E. Not Just a Minority Issue 407

CHAPTER 15 - Islam Between Law and Love 409

A. Introduction 409
B. Religion of Mercy 410
C. Allah The Merciful 412
D. Love as the Creative Motif 414
E. Human-God Love Relationship 415
F. The Prophet of Love 415
G. To be Religious is to be Compassionate 416
H. Postscript 417

Biography of Authors 419

Shari‘a and Human Rights: A Coursebook Foreword and Acknowledgements

Cekli Pratiwi, Lena Larsen, Brett G. Scharffs and Tore Lindholm

This book is the culmination of a ten-year project exploring the connections and disconnections between two of the world's great moral, political and legal systems – one ancient, Shari‘a (also known as Islamic law), and one modern, contemporary human rights as articulated in international human rights instruments beginning with the Universal Declaration of Human Rights. More often than not, these two systems have been viewed as being in tension or even conflict with each other. This volume does not seek to deny nor aspire to overcoming such tensions and conflicts, although it is committed to seeking common ground where there is such ground to be had, to building bridges where bridges are feasible, and to a clearer understanding of differences and distances where differences and distances remain formidable.

Background to the Project

This book has been many years in the making. Its seeds were planted in a series of conferences held in Indonesia, beginning in 2008, about creating a forum for constructive dialogue between Islamic law on the one hand and human rights on the other. This led to an Expert Conference on the creation of a Master Level Course on Shari‘a and Human Rights: Background and

Core Issues in Contemporary Indonesia, which was held at the University of Muhammadiyah in Malang, Indonesia on June 13–16, 2011. That conference was designed to continue the discussion of the relationship between Islamic law and human rights, and to help lay the groundwork for designing a high-quality master-level course suitable for teaching at both Islamic and non-Islamic universities in Indonesia, and beyond, about the intersections, harmonies and conflicts that arise between Shari'a and human rights, particularly in the Indonesian context.

The conference was organized by the Center for the Study of Religion and Multiculturalism (PUSAM), a postgraduate program at the University of Muhammadiyah in Malang (UMM), one of the leading private Islamic universities in Indonesia. It was sponsored and co-organized by the Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, Norway; and the International Center for Law and Religion Studies at Brigham Young University Law School, located in Provo, Utah, USA.

Foreign participants at the conference included leading experts in both international human rights and Islamic law, including Dr. Mohammad Hashim Kamali, President and CEO of the Institute for Advanced Islamic Studies in Kuala Lumpur, Malaysia, Dr. Lena Larsen, Programme Director of the Oslo Coalition of the Norwegian Centre for Human Rights, Tore Lindholm, professor of philosophy at the University of Oslo and member of the Oslo Coalition, Dr. Abdullah Saeed, professor of Islamic Studies at the University of Melbourne, Mr. Aksel Tømte, representing the Indonesia program of the Oslo Coalition/Norwegian Center for Human Rights, and Professor Brett G. Scharffs, then Francis R. Kirkham Professor of Law at the J. Reuben Clark Law School and Associate Director of the International Center for Law and Religion Studies at BYU.

More than forty professors from Indonesia representing fields including Islamic studies, law, human rights, sociology and history participated in the conference, including Professor Syamsul Arifin, University of Muhammadiyah Malang, who chaired the organizing committee. Papers were presented by a number of scholars, including Professor Hafid Abbas, National University of Jakarta; Professor Amin Abdullah, professor of Islamic Studies, Islamic University of Yogyakarta (UINJ); Professor

Musdah Mulia, Islamic University of Jakarta (UIN Jakarta); and Professor M. Latief Fauzi, Indonesian Islamic University (UII). The conference was opened by Dr. Latipun, Director of Postgraduate Studies at the University of Muhammadiyah Malang, and Professor Dr. Muhadjir Effendy, Rector of the University of Muhammadiyah Malang.

The conference ended with a discussion of the objectives and curriculum of the proposed master-level course on Shari'a and human rights, and an informal working group began work on planning the first such course, to be held at Muhammadiyah University the following year. The working group consisted of Professor Syamsul Arifin, Dr. Ahmad Nur Fuad, and Cekli Setya Pratiwi, LL.M. from Indonesia; Professor Tore Lindholm and Dr. Lena Larsen of Norway; and Professor Brett G. Scharffs of the United States.

Courses on Shari'a and Human Rights and Religion and Human Rights

Over the next three years, 2012, 2013, and 2014, a Master Level Course (MLC) was taught annually at Muhammadiyah University, changing and developing slightly over the years. The basic format, however, remained the same, with three phases. The first phase of the course was an intensive series of introductory lectures from leading international and Indonesian experts on both Shari'a and human rights. An important feature of the course was that there should be both Indonesian and foreign experts both on both Islamic law and on human rights. This introductory period was followed by a research phase of several weeks to several months, during which time the students in the course researched and wrote a paper on a topic relating to some aspect of Shari'a, human rights, or an area of discourse between the two systems of thought. The third phase was class meetings for the students to present their research to each other and to submit their papers for grading. While the foreign professors participated in the lectures, and occasionally in the student presentations, the grading was conducted by the three Indonesian conveners of the course, Syamsul Arifin, Ahmad Nur Fuad, and Cekli Pratiwi.

Beginning in 2015, the Course was replicated, with some variation, at Gadjah Maja University in Yogyakarta, under the leadership of a young law lecturer there, Ms. Mahaarum Kusuma Pertiwi, during 2015 and 2016. Later the program was slightly expanded into a course on Religion and Human Rights organized and taught by Dr. Zainal Abidin Bagir, Director of the Center for Religious and Cross-cultural Studies (CRCS), a Master's program at the Graduate School, Universitas Gadjah Mada (UGM), in Yogyakarta, which held courses in 2017, 2018, 2019, and 2020. Many of the same foreign experts who were participating in the ongoing MLC in Malang also taught as visiting professors at the courses in Yogyakarta. The MLC at Muhammadiyah University continued in 2015, 2016, and 2017, and 2019, with an interruption in 2018 due to the health and travel schedules of two of the organizers.

After two or three years of convening the MLC, the Indonesian organizers of the Course, together with their foreign counterparts, decided that it would be useful to formalize some of the lectures in the course into a coursebook that could be used by other professors interested in teaching a course on Shari'a and Human Rights, Religion and Human Rights, or related topics. In time, the editorial responsibility shifted in large measure onto the shoulders of Cekli Pratiwi, LL.M. with the assistance of Professor Arifin and Dr. Fuad. The Oslo Coalition, the Norwegian Centre for Human Rights, and the International Center for Law and Religion Studies continued to provide moral and modest material support, mostly in the form of funds to pay for the participation of the foreign scholars in the courses taught in Malang and Yogyakarta. The group decided that the book should be published as an integrated bilingual volume in English and Bahasa Indonesia, rather than as two books, to make the text useful as a guide to advanced technical English to Indonesian readers, and to ensure the book would be available in English for audiences outside Indonesia.

A major development occurred in 2016, when the first-of-its-kind Master's Degree Program on Shari'a and Human Rights was inaugurated at Muhammadiyah University in Malang. The ten students admitted into the first class of that program participated in the fifth annual MLC on Shari'a and Human Rights held at the University. By this time, the MLC, which

began as a special side course, had been approved as an official component of the University's curriculum.

Thus, the book is the result of a ten-year effort of planning, experimentation, use and revision. Our hope is that it is now a genuinely useful resource for anyone hoping to develop a deeper understanding of Shari'a and human rights.

The Structure and Content of the Book

The book is divided into three parts, Part I focusing on Shari'a, Part II focusing of human rights, and Part III considering a variety of topics at the intersection of Shari'a and human rights.

Part I begins with two chapters by Malaysia-based Law Professor Mohammad Hashim Kamali, one on the nature, sources and objectives of Shari'a, and the other on characteristic features of Islamic law. Indonesian Professor Ahmad Nur Fuad's chapter goes on to trace intersections, harmonies and conflicts that arise between Sharia and human rights. Lena Larsen addresses freedom of religion and belief and the sensitive issue of gender equality.

Part II begins with an introduction to the history of the drafting and content of the Universal Declaration of Human Rights by U.S. Law Professor Brett G. Scharffs, followed by Norwegian philosopher Tore Lindholm's chapter on conceptual underpinnings and public grounds for human rights. The chapter by Mrs. Cekli Pratiwi from Muhammadiyah University in Malang is an introduction to human rights from both international and Indonesian perspectives. Susan Waltz's chapter surveys the contribution of Muslim States to human rights, and Khaled Abou El Fadl's chapter is about human rights commitments in modern Islam.

Part III begins with an introduction to freedom of thought, conscience and religion by Professor Scharffs. There follow two chapters on controversies over religion and freedom of speech, Professor Zainal Bagir of Gadjah Mada University's chapter on the defamation of religion and Dutch law professor from Erasmus University Jeroen Temperman's chapter

on international law standards on extreme speech about religion. The topic is placed in a broader social and ethical context in a chapter by former UN Special Rapporteur on Freedom of Religion and Belief, Heiner Bielefeldt, who writes about the contributions of the freedom of religion or belief to societal peace, and a chapter by Haidar Bagir, on the importance of law and love in Islam. Instead of a conclusion, the book ends with a reflection on the impact of the course for which it was produced: Syamsul Arifin's survey of the most significant changes students have reported in their understanding of the topic.

Acknowledgements

The list of contributions and acknowledgments is long, but the project owes its existence to Professors Syamsul Arifin, Dr. Ahmad Fuad, and Mrs. Cekli Pratiwi. We also express our gratitude to the numerous participants in the early conferences that helped shape the MLC and this book, as well as a number of professors who have taught in the various iterations of the MLC held at Muhammadiyah University in Malang over the past decade. We also express appreciation to Ms. Mahaarum Pertiwi and Professor Zainal Bagir at Gadjah Mada University who helped bring these materials to a broader audience at a secular university in Yogyakarta.

The book is written and published in two languages (English and Indonesian) so that it can easily reach a broader audience both overseas as well as in Indonesia. We express our gratitude to Cekli Pratiwi, Miki Salman, Ahmad Fuad, and T.I. Prasojo, who helped translate chapters from English into Bahasa Indonesia. Special thanks to Tore Lindholm, Jessica Farnsworth, Adam Bouka, Professor Jane Wise, and Professor Haight Iantha, who have read and commented on certain English chapters; Aviva Nababan, who has commented on earlier versions of some Bahasa Indonesia chapters; and Christian Moe, who has lightly copy-edited the final English version of the book for clarity and consistency. We also express our appreciation to the all authors of the book for their kind cooperation and patience.

As the main editor of the book, Mrs. Cekli Pratiwi would like to gratefully acknowledge her family (Prasojo, Jasmine, Ilan, Keegan) and friends (Seng Mai Aung, Deborah Wright) whose support and love kept her going and doing her best to get this project done.

As the international partners supporting and helping develop the project, Professor Brett Scharffs as a Director of ICLRS and Dr. Lena Larsen as a Director of The Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief at the Norwegian Centre for Human Rights would like to acknowledge our gratitude in being involved with so many creative, persistent, and passionate partners. Professor Scharffs expresses specific gratitude for the support of BYU Law School, the home of ICLRS, as well as the International Advisory Council of ICLRS, a group of friends and partners whose financial support makes the work of the Center possible.

We gratefully acknowledge the financial support of the Norwegian Ministry of Foreign Affairs for this project.

Finally, we express our heartfelt gratitude to the decade or more of students who have participated in the various courses that have been taught while these materials were developed and improved. This book is for them, and for the generations of students who will follow.

CHAPTER 1

Nature, Sources and Objectives of Shari'a[1]*

M.H. Kamali
International Institute of Advanced Islamic Studies (IAIS) Malaysia

A. Nature of Shari'a

Literally, Shari'a means the path to the watering-place, the clear path to be followed and the path which the believer has to tread in order to obtain guidance in this world and deliverance in the next.[2] In its common usage, Shari'a refers to commands, prohibitions, guidance and principles that God has addressed to mankind pertaining to their conduct in this world and salvation in the next. The basic purpose of this and all other divine guidance is to enable man to forsake the dictates of *hawa,* that is, the untrammeled lust and proclivity to evil; to lead him to righteousness and truth; to make him upright and worthy of assuming the divine trust of *khilafa,* the viceregency of God in the earth. Man is thus entrusted with the responsibility to establish justice and good governance in accordance with the guidelines of Shari'a.[3]

We noted that Shari'a is a path in religion; it is not a separate path but one which is a part of it. Religion is thus the larger entity and Shari'a only a part. Its source of reference, its objectives and values are a part of

---

1 * This chapter is reproduced from a chapter of his book *Shari'ah Law: An Introduction* (Oneword Publications, 2008), 14–38, adapted for simplified transcription and style.

2 Cf. "Shari'a", *The Encyclopedia of Islam*.

3 Cf. Madkur, *Madkhal*, 11; al-Sabuni, *al-Madkhal al-Fiqhi*, 20.

mainstream Islam. Yet we do not subscribe to the view which characterizes Shari'a as "the epitome of Islamic thought, the most typical manifestation of the Islamic way of life, the core and kernel of Islam itself."[4] It may admittedly not be possible to separate or isolate the Shari'a completely from religion, or from the basic beliefs and values of Islam, yet as we shall later elaborate, the unity of Shari'a with the religion of Islam is at the higher level of goals and purposes, and there are aspects of Shari'a where civilian jurisprudence does recognize levels of distinction within the dogma and belief structure of Islam. Justice for example is a central theme of Shari'a which applies to both Muslims and non-Muslims and the courts of Shari'a operate civilian and positivist procedures that do not discriminate on the basis of the religious following of the individual.

Shari'a is used in the Qur'an in contradistinction to *hawa*, or caprice, especially of those who have no knowledge. *Hawa* thus stands at the opposite pole to Shari'a, and the latter is designed to discipline the former and tell the believer that his conduct in society cannot be left to the vagaries of *hawa*. *Hawa* is tantamount to lawlessness and deviation from correct guidance. It is in this sense that the Qur'an has warned the people, on no less than twenty-five occasions, of the evil consequences of indulgence in *hawa* and the hold that it can have on their hearts and minds.[5] The Qur'an thus declares:

> *Who is more misguided than the one who follows his hawa and neglects the guidance of God? (28:50)*

Elsewhere it is provided in the Qur'an, in an address to the Prophet David:

> *We appointed you vicegerent in the earth so that you rule among people with justice and that you follow not hawa, which distracts you from the path of God. (38:26)*

4 Joseph Schacht, *An Introduction*, 1.
5 Sa'di Abu Habib, *Dirasa fi-Manhaj*, 454.

It thus appears that even the Prophet David was not immune from the contagious influence of *hawa*. Since the urge to follow one's desire is natural in human beings, there is a need for definitive guidance which the Shari'a seeks to provide. To harness *hawa* and prevent its evil influence is at once the function and objective of the Shari'a of Islam.

It was in view of the legal character of Shari'a that many have described it as "God's commandments related to the activities of man," of which those that are related to ethics are taken out and classified under morality (*adab* and *akhlaq*). *Fiqh* is the legal science and can sometimes be used synonymously with Shari'a. The two are, however, different in that Shari'a is closely identified with divine revelation (*wahy*), the knowledge of which could only be obtained from the Qur'an and Sunna. *Fiqh* has, on the other hand, been largely developed by jurists and consists of rules which are mainly founded on human reasoning and *ijtihad*.[6] Shari'a is thus the wider circle, and it embraces in its orbit all human actions, whereas *fiqh* is narrower in scope and addresses mainly what is referred to as practical legal rules (*al-ahkam al-'amaliyya*). The path of Shari'a is laid down by God and His Messenger; the edifice of *fiqh* is erected by human endeavour.[7]

Muslim scholars have generally regarded *fiqh* as understanding of the Shari'a, and not the Shari'a itself; a certain distinction between them had thus existed from the formative stages of *fiqh*. Note, for example, that the leading schools of law that were developed in the first three centuries were all known as the schools of *fiqh*. They were not known by any such terms as the Hanafi Shari'a, or the Shafi'i Shari'a, but consistently as Hanafi *fiqh*, Shafi'i *fiqh* and so forth. The underlying message was one of unity in reference to Shari'a but of diversity with regard to *fiqh*. This distinction between the Shari'a and *fiqh* has been articulated by many twentieth century writers on the subject, including Muhammad Musa, Asaf Ali Fyzee, Muhammad Asad and many others.[8]

In an attempt to define the precise scope of Shari'a, Maududi observed that it has reached us in two forms, namely the Qur'an, which embodies

6 Cf. Madkur, *Madkhal*, 17; N.P. Aghnides, *Muhammadan Theories of Finance,*1.

7 Cf. Muhammad Asad, *The Principles of State*, 12; A. A. A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, 22.

8 Cf. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, 16; Kamali, 'The *Shari'ah*: Law as the Way of God', in ed. Cornell, *Voices of Islam*, I, 149.

word for word the speech and commandments of God, and the ideal conduct of the Prophet, that is his Sunna, which explains and clarifies the meaning of the Qur'an. The Sunna in conjunction with the Qur'an constitutes what is called the Shari'a.[9] This description of the Shari'a excludes from its scope man-made law and *ijtihad* which is embodied in the works of jurists of various schools of thought. This is merely to establish the principle that juristic opinion and *ijtihad* are not to be equated with the authority of divine revelation. Having said this, however, the invaluable contribution of the great *'ulama'* of the past to the legal and intellectual heritage of Islam is undeniable and never to be taken lightly. Muhammad Asad is even more specific in narrowing down the Shari'a to the definitive ordinances of the Qur'an which are expounded in positive legal terms, known as the *nusus* or clear injunctions. It is the *nusus* or the clear injunctions of the Qur'an and Sunna which constitute the real eternal Shari'a.[10]

Muslim jurists have drawn a distinction between religious and juridical obligations; only the latter are enforceable through formal sanction by the courts of justice. The religious obligations, as well as the moral recommendations of Islam, are primarily addressed to the individual and they fall outside the court's jurisdiction. The rules of Shari'a are thus classified into the two main categories of *'ibadat* (devotional matters) and *mu'amalat* (civil transactions). The former comprises rules which regulate the relationship of man with his Creator, whereas the latter is concerned with relations between man and his fellow human beings. A second and somewhat similar classification of the rules of Shari'a is concerned with the division of rights into Right of God (*haqq Allah*) and Right of Man (*haqq al-'abd*). The former refers to public rights or rights that belong to the community as a whole whereas the latter refers mainly to private rights. Broadly the laws of Shari'a in the sphere of *mu'amalat*, which seek to regulate relations among individuals, constitute the primary concern of government authorities and the judiciary. These are, in other words, justiciable and the individual can seek judicial relief if his rights are violated by others or by the government. The rules pertaining to devotional matters, especially those which consist purely or principally of the Right of God, such as ritual

9 S. A. A. Maududi, *The Islamic Law and Constitution*, 69.
10 Muhammad Asad, *The Principles of State*, 13.

prayers and fasting, etc., constitute religious obligations. Failure to fulfil these calls for moral reprimand in this world and punishment in the next, but they are basically not justiciable in the courts.[11]

Another characteristic feature of Shari'a is related to *tawhid,* belief in the oneness of God, which is the first and foremost article of Islamic faith, indeed the *sine qua non* of Islam. Every discussion of law and morality in Islam must, of necessity, proceed from *tawhid.* Its influence on Shari'a and ethics runs deep, so much so that *tawhid* manifests itself in ritual devotion and personal piety, in theology and law, in politics and economics, in faith and deeds, all of which are manifestations of the same all-pervasive principle of *tawhid*.[12] God created the universe, and every part of it reflects the unity of its source: every part of it is synchronized with its other parts. From this perspective, *tawhid* sets forth "an ontology, cosmology and psychology of its own in its concept of the Oneness of Being."[13] Consequently Islam and its Shari'a do not admit of divisions between the various facets of human life. Religion is inseparable, in principle, from politics, morality and economics, just as the human personality cannot be compartmentalized into religious, political and economic segments. Islam addresses all of these and takes a unitarian approach to human existence, in this way creating a way of life and a worldview of its own. The Shari'a not only regulates legal rights and obligations, but also non-legal matters, and provides moral guidance for human conduct in general. *Tawhid* thus dominates the basic outlook of Shari'a, which is one of unity in diversity. Worship (*'ibada*) in Islam is also a practical manifestation of *tawhid*, the belief, that is, in the Omniscience of God and homage to His illustrious presence. Without integrating *tawhid* into the essence of Islam, devotional acts become empty rituals devoid of all meaning, which should not be even attempted. Yet for purposes of enforcement the Shari'a does provide levels of distinction between the legal, moral and religious aspects of its rulings. It thus provides a basic scheme and scale of values by which to evaluate human acts into the obligatory (*wajib*), recommended (*mandub*), permissible (*mubah*), reprehensible (*makruh*), and forbidden (*haram*). Only the first and the last of these are

11 Cf. al-Sabuni, *al-Madkhal al-Fiqhi*, 27; Mahmud Shaltut*, al-Islam,* 405.
12 Cf. S. Parvez Manzoor, "Environment and Values", 155.
13 Al-'Attas, *Islam and Secularism*, 167.

determined by clear injunctions of the Qur'an and Sunna. The other three categories are supplementary and basically non-legal; they are designed to promote moral virtues and the attainment of excellence in conduct. In this way the Shari'a concerns itself with all areas of human activity, not always in an imposing and overbearing way, but in the form of moral encouragement and persuasion. It thus helps to provide the individual with a code of reference consisting of moral, legal and cultural values that can be reassuring and purposeful. It is due primarily to the influence of *tawhid* that the *Shari'a* has been characterized as a coherent body of doctrines that "guarantees its unity in all its diversity."[14] Human acts and relationships are measured on a scale of values which is reflective of its unity of origin and purpose.

Furthermore, *tawhid* plays a unifying role which binds the community together and constitutes its source of equality, solidarity and freedom. A society in which no other attribute except devotion to God and moral rectitude (*taqwa*) can qualify one individual's superiority over the other is founded on the essential equality of its members in the eyes of their Creator. It is in the nature of a Unitarian order of society that the individual should enjoy a wide degree of autonomy and freedom. For *tawhid* and belief in the omnipotence of God liberates the individual from bondage of all other powers, as he expects no one else (indeed he must not) to be in control of his destiny in this world or the next.[15]

B. Sources of Shari'a

The revealed sources of Shari'a are two, namely the Holy Qur'an and the Sunna. There are a number of other sources or proofs which are founded in human reasoning and *ijtihad*. *Ijtihad* occurs in a variety of forms such as analogical reasoning (*qiyas*), juristic preference (*istihsan*), presumption of continuity (*istishab*), and even general consensus or *ijma'* which basically originates in *ijtihad*. Analogy and consensus have been recognized by the vast majority of *'ulama'*, but there is disagreement among schools and jurists

14 Schacht, *An Introduction*, 200.
15 Cf. Humayun Kabir, *Science,* 56.

over the validity and scope of many of the rational proofs that originate in *ijtihad*.

The Qur'an is neither a legal nor a constitutional document in the sense that legal material occupies only a small portion of its text. The Qur'an calls itself by such alternative names as *huda* (guidance), *kitab* (book), and *dhikr* (remembrance), but not a code of law. By far the greater part of its 6235 verses are concerned with moral and religious themes, devotional matters, man and the universe, the hereafter, and even the history of the bygone events and parables. The legal or practical contents of the Qur'an, often referred to as the *ayat al-ahkam* (legal verses), constitute the basis of what is known as jurisprudence of the Qur'an *(fiqh al-Qur'an).* There are about 350 legal verses in the Qur'an, most of which were revealed in response to problems that were actually encountered. This might explain why these verses are also known as practical rulings (*al-ahkam al-'amaliyya*), pertaining to the conduct of the individual.

There are approximately 140 verses in the Qur'an on devotional matters, such as ritual prayers (*salah*), legal alms (*zakah*), fasting, the pilgrimage (*hajj*), charities (*sadaqat*) and the taking of oaths and penances (*kaffarat*). Another seventy verses are devoted to marriage, divorce, paternity, custody of children, maintenance, inheritance and bequests. Rules concerning commercial transactions, such as sale, lease, loan and mortgage constitute the subject of another seventy verses. There are about thirty verses on crimes and penalties such as murder, highway robbery, theft, adultery and slanderous accusation. Another thirty verses occur on justice, equality, evidence, consultation and the rights and duties of citizens. There are about ten verses on economic matters pertaining to relations between the poor and the rich, workers' rights and so on.[16] It will be noted, however, that the *'ulama'* are not in agreement over these figures, as calculations of this nature tend to differ according to one's understanding of, and approach to, the contents of the Qur'an. For it is possible, as al-Shawkani has aptly stated, for a learned scholar and *mujtahid* to derive a rule of law even from the parables and historical passages of the Qur'an.[17]

16 Shaltut, *Al-Islam,* no.10, 494; Khallaf, *'Ilm*, 32

17 Al-Shawkani, *Irshad al-Fuhul,* 250

The following may be given as examples of the legal verses in the Qur'an:

And give women (that you marry) their dower as a free gift. (4:4)

The divorced women must observe upon themselves a waiting period of three menstrual cycles. (2:228)

O you who believe! Fulfill (faithfully) all your contracts. (5:1)

The recompense of an injury is an injury equal to it, but if one forgives and makes reconciliation, his reward is with God. (42:40)

Although the Qur'an contains specific rulings on such matters as marriage, divorce, inheritance and penalties, the larger part of Qur'anic legislation consists of broad and comprehensive principles. The specific legislation of the Qur'an is often designed so as to make its general principles better understood. Being the principal source of Shari'a, the Qur'an provides general guidelines on almost every major topic of Islamic law. While commenting on this, Abu Zahra (d. 1974) concurs with Ibn Hazm's (d. 1063) assessment that "every single chapter of *fiqh* finds its origin in the Qur'an, which is then explained and elaborated by the Sunna."[18] On a similar note, al-Shatibi (d. 1388) makes the following observation: "Experience shows that every learned scholar who has resorted to the Qur'an in search of solution to a problem has found in the Qur'an some guidance to assist him on the subject."[19] That the Qur'an is mainly concerned with general principles is borne out by the fact that its contents require a great deal of elaboration, which is often provided, although not exhaustively, by the Sunna.

Qur'anic legislation on civil, economic, constitutional and international relations is, on the whole, confined to the general principles and objectives of the law. Thus, on the subject of contract, the Qur'an proclaims a general principle that contractual agreements must be fulfilled (5:1), and in the area of civil transactions and property the believers are enjoined to:

18 Abu Zahra, *Usul al-Fiqh*, 80.
19 Al-Shatibi, *Al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'a,* III, 219.

devour not the properties of one another unlawfully but let there be lawful trade by mutual consent. (4:29)

Elsewhere it is declared that:

God has permitted sale and prohibited usury. (2:275)

The detailed varieties of contracts and lawful trades, the forms of unlawful interference with the property of others, and the varieties of usurious transactions are matters which the Qur'an has not elaborated. Some of these have been explained by the Sunna; as for the rest, it is for the scholars of every age to specify them in the light of the general principles of Shari'a and the needs and interests of the people.[20] To give another example of the Qur'anic style of legislation, the Qur'an characterizes government as a trust and its function is stated in the most general and yet penetrating language as follows:

God commands you to render the trusts [al-amanat] to whom they are due and when you judge among people, you judge with justice. (4:58)

The concept of trust in this text is broad enough to comprise all aspects of government, from adjudication of disputes to appointment of officials, to fulfilment of rights and obligations, and to allocation of public funds, etc. In every case trust must be handed over to those who are entitled to it, and to those who are competent to discharge it. Furthermore, trust is inseparably linked with responsibility. The Qur'an, in other words, advocates a responsible system of government which is accountable for its conduct. These are some of the conclusions that Ibn Taymiyya has drawn from this verse. In his widely acclaimed book, *al-Siyasa al-Shar'iyya,* Ibn Taymiyya pointed out at the outset that the entire bulk of this book is a commentary on this single Qur'anic verse.[21] The same could be said of the Qur'anic legislation on the principles of government such as consultation (*shura*), justice and equality, which is concerned with an exposition of

20 For more examples see Badran Abu al-'Aynayn, *Bayan al-Nusus*, 2–3.
21 Ibn Taymiyya, *Al-Siyasa al-Shar'iyya*, I.

general principles. In the area of crimes and punishments, the Qur'an is specific but only with regard to a handful of offences and their penalties. The rest of the Qur'anic legislation in this area lays down general guidelines which enable the learned scholar *(mujtahid)* to specify the general rulings of the Qur'an in the light of the needs and conditions of the community.[22] The Qur'anic style of expounding general principles, without encumbering them with specific details, has in it the seeds of lasting validity and the timeless character of its laws.[23]

A ruling of the Qur'an may be conveyed in a text which is clear and unequivocal (*qat'i*) or in a language that is open to different interpretations. A definitive text has only one meaning and admits of no other interpretation. An example of this is the text on the entitlement of the husband in the estate of his deceased wife as follows:

> *In what your wives leave, your share is one-half, if they have no child. (4:12)*

The quantitative aspect of this ruling, namely one-half, is definitive and therefore not open to interpretation. The Qur'anic ruling on the essentials of the faith, the specified shares in inheritance, and the prescribed penalties (*hudud*) are all definitive; their validity may not be disputed; everyone is bound to follow them, and they are basically not open to interpretation and legal reasoning (*ijtihad*).

The speculative (*zanni*) rulings of the Qur'an are, on the other hand, open to interpretation and *ijtihad*. The best interpretation is that which can be obtained from the Qur'an itself, that is by looking at the Qur'an as a whole and finding the necessary elaboration elsewhere in a similar or even different context. The Sunna is another source which supplements the Qur'an and elaborates its rulings. When the necessary interpretation can be found in an authentic *hadith,* it becomes an integral part of the Qur'an, and both together carry a binding force. Next in this order come the Companions who were particularly well-informed on the Qur'an, and their understanding and interpretation carries authority above that of other commentators.[24]

---

22 For details see M. H. Kamali, *Jurisprudence,* 38 ff.
23 Cf. al-Tahir b. 'Ashur, *Maqasid al-Shari'a*, 94.
24 Cf. Khallaf, *'Ilm*, 34; Abu Zahra, *Usul*, 71.

An example of speculative ruling in the Qur'an is the text which provides:

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ.

forbidden to you are your mothers [ummahatukum] and your daughters [banatukum]. (4:23)

This text is definitive on the basic prohibition of marriage with one's mother and daughter and there is no disagreement on this point. However, the word *banatukum* (your daughters) could include one's real daughter, step-daughter and illegitimate daughter. A subsequent portion of the text eliminates the doubt with regard to step-daughters, as these are declared forbidden. But the jurists have differed as to whether the prohibition should be extended to illegitimate daughters. The Hanafis have upheld that both real (i.e. daughters through marriage) and illegitimate daughters are included in the meaning of this text, but the Shafi'is maintain that only the daughter through marriage is forbidden. Similar differences of interpretation could have arisen regarding the exact meaning of 'mothers' had the Qur'an itself and also the Sunna not clarified the precise import of the text. Consequently, there remains no doubt that besides the real mother, step-mother and foster mother are all included in the meaning of this text.[25]

The *'ulama'* are unanimous to the effect that the Sunna is a source of Shari'a and that its rulings with regard to lawful and unlawful (*halal* and *haram*) stand on the same footing as the Qur'an. The Sunna of the Prophet is a proof, which is supported by the Qur'an, and Muslims are enjoined to comply with it. The words of the Prophet, as the Qur'an tells us, are divinely inspired (53:3). His acts and teachings that are meant to establish a rule of Shari'a constitute a binding proof. In more than one place, the Qur'an commands obedience to the Prophet and makes it a duty of the believers to submit to his judgement and his authority without question. Note for instance,

[25] For more examples see Kamali, *Jurisprudence*, 27 ff.

Whoever obeys the Messenger verily obeys God. (4:80)

and

Whatever the Messenger gives you, take it and whatever he forbids you, avoid it. (59:7)

Al-Ghazali explains the purport of these verses in that some of the divine revelations, which the Prophet received constitute the Qur'an whereas the remainder are embodied in the Sunna. The words of the Prophet are proof for anyone who heard the Prophet saying them. As for us and the generality of Muslims who have received them through the verbal and written reports of narrators, we need to ascertain their authenticity.[26] The proof of authenticity may be definitive and proven by continuous testimony (*mutawatir*), or it may amount to a preferable conjecture in the form of a solitary report (*ahad*). In either case, the Sunna in principle commands obedience. All the rulings of the Prophet, especially those which correspond with the Qur'an and corroborate its contents, constitute binding law.[27]

As a source of Shari'a, the Sunna enacts its rulings in the following three capacities. Firstly, it may simply reiterate and corroborate a ruling which originates in the Qur'an. A substantial part of the Sunna is in fact of this variety. All *hadith* pertaining to the Five Pillars of the faith and such other topics like the right of one's parents, respect for the property of others, and also *hadith* which regulate homicide, theft and false testimony, etc., basically reaffirm the Qur'anic principles on these subjects.[28] Secondly, the Sunna may consist of an explanation or clarification of the Qur'an: it may clarify the ambivalent (*mujmal*), qualify the absolute (*mutlaq*), or specify the general (*'amm*) of the Qur'an. Once again, a substantial part of the Sunna falls into this category, in which case the Sunna basically explains and interprets the Qur'an. The foregoing two varieties between them constitute the largest bulk of the Sunna, and the *'ulama'* are in agreement that both of these are integral to the Qur'an; they may not be separated nor

26 Al-Ghazali, *al-Mustasfa*, I. 83.
27 Khallaf, *'Ilm,* 34.
28 See for detail Mustafa al-Siba'i, *al-Sunna*, 379; Khallaf, *'Ilm*, 39.

taken independently from the Qur'an.[29] Thirdly, the Sunna may consist of rulings on which the Qur'an is silent, in which case the ruling in question originates in the Sunna itself. This variety of Sunna, referred to as founding Sunna (*al-sunna al-mu'assisa*), constitutes an independent source of Shari'a. To give some examples, the prohibition regarding simultaneous marriage to the maternal and paternal aunt of one's wife, the right of pre-emption (*shuf*), and the grandmother's entitlement to a share in inheritance all originate in the Sunna as the Qur'an itself is silent on these points.[30]

There is some disagreement among the *'ulama'* as to whether the Sunna in all of its varieties should be seen as a supplement to the Qur'an. The affirmative view on this is based on the premise that even the original rulings of the Sunna can be related to the general objective and purpose, if not the specific contents, of the Qur'an. The majority view on this is, however, that there is no necessary conflict in maintaining that the Sunna is a supplement to the Qur'an as well as a source of Shari'a in its own right.

Ijtihad means striving or exertion by the *mujtahid* (one who carries out *ijtihad)* in deriving the rules of Shari'a on particular issues from the sources. Normally such rules are not self-evident in the sources and their formulation necessitates a certain amount of effort on the part of the *mujtahid*. *Ijtihad* may consist of an interpretation of the source materials and inference of rules from them, or it may consist of an opinion regarding the Shari'a ruling on a particular issue. Since the divine revelation has come to an end with the demise of the Prophet, *ijtihad* remains the main instrument of interpreting the divine message and relating it to the changing conditions of the Muslim community.

Ijtihad is validated by the Prophet himself and there are many *hadith*s on the authority of *ijtihad*. But the one *hadith* which provides clear authority on this subject, as Al-Ghazali points out, is the *hadith* of Mu'adh bin Jabal. Upon sending Mu'adh as judge to the Yemen, the Prophet asked him about the source on which he would rely in making decisions. In reply, Mu'adh referred first to the Book of God, and then to the Sunna of the Messenger of God; in the event where he failed to find the necessary guidance in

29 Badran, *Bayan*, 7.
30 Ibn Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in*, II, 33; al-Siba'i, *al-Sunna*, 380.

either, then he would formulate his own *ijtihad*. The Prophet approved of this and was well pleased with Mu'adh's response.[31]

The Shari'a in principle admits that legal rules may be changed and modified in accordance with changing circumstances. There is little doubt that abrogation (*naskh*) has occurred in both the Qur'an and Sunna due primarily to the change of conditions in the life of the community, especially following the Prophet's migration to Madina. Abrogation entails the repeal, and often replacement, of one legal text by another. The question arises as to whether a text can be modified on other grounds such as *ijtihad,* man-made legislation and custom.

If the text is on devotional matters (*'ibadat*), the general view is that it cannot be changed. But if it concerns worldly transactions, the majority of jurists have held that it is open to interpretation and *ijtihad*. The jurist may consider the meaning of the text, the effective cause (*'illa*) on which it was originally founded, and the welfare (*maslaha*) of the community to construct a fresh *ijtihad*. If the text is specific and does not admit of *ijtihad,* the dominant view is that no change should be attempted.[32] But even so, instances can be found in the precedent of the caliph 'Umar ibn al-Khattab (d. 644), where such changes have been made, in a few cases at least, even in the presence of a clear text.[33] Based on these, and the Qur'anic principle of removal of hardship (*raf' al-haraj*), al-Qarafi (d. 1283) has reached the conclusion that the actual living conditions of the people must be taken into account: "All the rules of *fiqh* which are founded in custom are liable to change with the change of the custom in which they were originally founded."[34] The substance of this conclusion has been adopted in the *Majallat al-Ahkam* which provides that "public usage is conclusive and action must be taken in accordance with it" (Art. 37), and that "it is undeniable that the rules of law vary with the change of time" (Art. 39).

Ijtihad in our times operates in the following three capacities:

31 Abu Dawud al-Sijistani, *Sunan Abu Dawud,* III, 1019, *Hadith* no. 3585; al-Ghazali, *Mustasfa*, II, 63–64.

32 Cf. Madkur, *Madkhal*, 107; Mahmassani, *Philosophy*, 109.

33 For details see Mahmassani, *Philosophy,* 109 ff.

34 Ibid., 67.

a. With regard to the textual rulings of the Qur'an and the Sunna which are open to interpretation and are speculative (*zanni*) in respect of either meaning (*dalala*) or transmission (*riwaya*) or both, the sphere of *ijtihad* is limited to finding the correct interpretation that is in harmony with the letter and objectives of the law. Should there be an apparent conflict between two textual rulings of this type, the *mujtahid* may select and prefer one to the other in accordance with the accepted rules that govern conflicting evidences.
b. With regard to matters on which there is no clear text or *ijma'*, *ijtihad* is to be guided by the general objectives of the Shari'a (*maqasid al-Shari'a*). This type of *ijtihad* is usually referred to as *ijtihad bi al-ra'y* or *ijtihad* which is founded in opinion.
c. In regard to matters which have been regulated by the existing rules of *fiqh* that may originate in analogical reasoning (*qiyas*), juristic preference (*istihsan*) and other varieties of *ijtihad*, and the *mujtahid* reaches the conclusion that they no longer serve the objectives of Shari'a owing to social change, he may attempt fresh *ijtihad*. In doing so, the *mujtahid* is once again to be guided by the general principles and objectives of Shari'a so as to construct a ruling which is best suited to the prevailing circumstances and responds to the legitimate needs and interests of the people.[35]

C. Objectives of Shari'a (*Maqasid al-Shari'a*)

The Qur'an is descriptive of the objectives of Shari'a when it declares

> *O mankind, a direction has come to you from your Lord; it is a healing for the (spiritual) ailments in your hearts and it is guidance and mercy for the believers. (10:57)*

35 Ibid.

The message here transcends all barriers that divide humanity; none must stand in the way of the mercy and beneficence that God has intended for all human beings. This is confirmed in another passage where the Qur'an describes the purpose of the Prophet's mission to be mercy not only to mankind, but to all of God's creatures (21:107). "Mercy" is perhaps a poor translation of *rahma* which conveys compassion, kindness, goodwill and beneficence. Ibn Qayyim al-Jawziyya (d. 1356) explains that the Shari'a aims at safeguarding people's interest in this world and the next; "In its entirety, it is justice, mercy and wisdom."[36] In order to attain these objectives, the Shari'a identifies three areas which constitute the component parts of mercy, namely to educate the individual, to establish justice and to realize benefit (*maslaha*) for the people.[37] The remainder of this chapter looks into each of these separately.

1. *Educating the Individual* (Tahdhib al-Fard)

The primary focus of Islam is on the individual in the sense that it inspires the believer with faith and instils in him the qualities of being trustworthy and righteous. It is through reforming the individual that Islam aims at achieving its social goals. Acts of devotion (*'ibadat*) are a part of the Islamic educational programme; they are all designed so as to educate the believer, to enable him to be a useful member of society and refrain from causing harm to others. The *'ibadat* in all of its varieties aims at purifying the mind and heart from corruption, selfishness and over-indulgence in material pursuits. This is indeed the declared purpose of the ritual prayer (*salah*), as the Qur'an proclaims:

> *Surely prayer keeps one away from indecency and evil, and certainly the remembrance of God is the greatest (form of devotion). (29:45)*

Salah involves both mental and physical training; it leads to inner perfection and it is a means for man to gain proximity to his Creator. While performing the ritual prayer the worshipper concentrates in full attention; he is not free to do what he likes or act in any way that would disrupt

36 Ibn Qayyim, *I'lam*, III, 1.
37 Madkur, *Madkhal,* 85–6.

the continuity of the prayer. There is no turning to any side, no glancing, laughing, eating or drinking while one prays, all of which involves an exercise in self-control. The whole body must be calm and stable before the phrase "*Allahu akbar*" is uttered. The first chapter of the holy Qur'an, which is recited from memory, reads in part,

> *We worship only Thee, O God, and beg only Thy help.*

Here we do not use the word "I" but "we" to show that prayer not only concerns the individual but the well-being of the community as a whole.[38]

There is a definite time in which to discharge the obligation of *salah*, and performing early morning prayer even a minute after the sunrise makes it void, and one cannot offer the excuse of being sleepy. The purpose of observing punctuality is to educate the individual; then we are commanded to face the *ka'ba* in *salah*. Why should we face the *ka'ba* while the Qur'an clearly tells us

> *whichever direction you turn, there is the face of God. (2:115)*

It is meant to be a social education for all to face in one direction. For turning to any direction one may wish causes indiscipline and confusion. Imagine the scene if everybody in the congregation faced different directions! Cleanliness in body and attire and decency in clothing are the requirements of every *salah*. Furthermore, performing *salah* in congregation nurtures a unified purpose, equality and solidarity among worshippers as well as facilitating social encounter in a peaceful environment. And finally, the *salah* ends by uttering the phrase, "Peace and the blessing of God to His worthy servants"; a declaration of goodwill towards one's fellow human beings. These objectives are even more vividly present in fasting, the pilgrimage of *hajj*, and alms giving, all of which train the individual in self-discipline, sacrifice and sensitivity to the wellbeing of others. The pilgrimage is particularly educational in broadening the individual outlook beyond the confines of a particular locality and encourages a sense of awareness of the wider interests of Muslims worldwide.[39]

---

38 Cf. Abu Zahra, *Usul*, 289.

39 Cf. Abu Zahra, *Usul*, 289; Madkur, *Madkhal*, 22.

There is a great deal in the Qur'an and *hadith* on promotion of self-discipline and morality through God-consciousness (*taqwa*), honesty (*sidq*), fulfilment of promises (*wafa' bil-'ahd*), pleasant manners (*husn al-khuluq*), humility (*tawadu', haya'*), sincerity (*ikhlas*), beneficence (*ihsan*), co-operation in good work (*ta'awun*), courage (*shaja'a*) and manliness (*muru'a*). There is even greater emphasis in the sources of Islam on avoidance of oppression (*zulm*), lying (*khidhb*), perfidy, turpitude and degrading conduct (*radha'il*), arrogance (*takabbur*), hypocrisy (*riya'*) and so forth. Educating the individual in good values and moral excellence may thus be characterized as a cardinal goal and objective of Islam.

2. *Justice* ('adl)

Whereas the basic objective of Islam and its Shari'a concerning the individual is purification of character, in the social sphere it is to establish justice. This Islamic concept of justice is not confined to a merely formal or regulatory justice, but makes it a part of the faith, character and personality of believers.

'Adl literally means placing things in their right places where they belong. It is to establish an equilibrium by way of fulfilling rights and obligations and by eliminating excess and disparity in all spheres of life.[40] The Shari'a seeks to establish justice not only in its corrective and retributive sense of adjudicating grievances, but also in the sense of distributive justice, establishing an equilibrium of benefits and advantages in society.[41] This is indeed obvious from the objective and comprehensive approach that the Qur'an has taken towards justice. It is the one over-riding objective that characterizes the Qur'anic message as a whole, as the Book declares:

> *We sent Our Messengers with evidences and revealed the Book and the balance through them so as to establish justice among people. (57:25)*

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ.

40 For further detail see Motahhari, *Spiritual Discourses*, 65–6.

41 Cf. 'Abd al-Salam, *Qawa'id* I, 72; Motahhari, *Spiritual Discourses*, 68. Cf. Abu Zahra, *Usul,* 289.

The phrase "Our Messengers" is in the plural, and the whole tenor of this declaration suggests that justice is a goal, not only of Islam, but of all revealed religions; it is of central importance to all prophetic missions; and it comprises in its scope all people regardless of their religious denominations. The Book of God and the Shari'a have thus been revealed to provide valid criteria for justice so that justice is not distorted by ignorance and bias.[42]

The Qur'anic standards of justice are objective in that they are not tainted by considerations of racial, tribal, national or religious sentiments. The Qur'an addresses justice as one of its major themes, which is referred to in at least fifty-three instances where the people are urged to be just to others at all levels, whether personal or public, in words and in conduct, in dealing with friends or foes, Muslim or non-Muslim, all must be treated with justice. To quote but a few injunctions of the holy Qur'an:

> *O believers! Stand out firmly for justice as witnesses to God, even if it be against yourself, your parents and relatives and whether it be against rich or poor. (4:135)*

> *And let not hatred of a people divert you from the path of justice. Be just as it is closest to excellence in piety [taqwa]. (5:8)*

> *And when you speak (make sure that you) speak with justice. (6:152)*

Elsewhere the Qur'an demands justice together with benevolence (*ihsan*):

> *Surely God enjoins justice and doing good (to others) [ihsan] (16:90)*

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ.

The juxtaposition of justice and *ihsan* in this verse opens the scope to considerations of equity and fairness, especially where the linguistic confines and technicality of a legal text might lead to rigidity in the administration of justice. Justice must be attempted in the spirit of *ihsan*, that is, even when it is not demanded by anyone; the attempt should be in equity and

42 Cf. Sa'di Abu Habib, *Dirasa fi Minhaj*, 749.

good faith, which will gain the pleasure of God. Ibn Qayyim al-Jawziyya grasps the essence of justice in the Qur'an when he observes that justice must be followed and upheld wherever it is found, within or outside the declared provisions of the law: Justice is the supreme goal and objective of Islam. God has sent scriptures and Messengers in order to establish justice among people. When there are signs which indicate the path to justice, it is in accordance with the law of God to aim towards it. Hence "any path that leads to justice and fairness is an integral part of the religion and can never be contrary to it."[43] What Ibn Qayyim is saying is that even if nothing could be found in the Shari'a to show the direction towards justice, it should still be attempted and that the essence of such efforts would always be in harmony with the Shari'a.

In their relations with non-Muslims, the Muslims are directed to be just:

> *God forbids you not to do good and be just to those who have not fought you over your faith nor have evicted you from your homes. God loves those who strive for justice. (60:8)*

According to al-Tabari, the ruling of this verse extends to all nations and followers of all faiths, indeed to the whole of mankind.[44] While quoting this and other Qur'anic injunctions on the subject, Sayyid Qutb draws the conclusion that justice is an inherent right of all human beings under the Shari'a.[45]

It would thus appear that injustice is abhorrent to the letter and spirit of the Qur'an. There may be some rules of *fiqh* which were once formulated in a different set of historical conditions and may now be deemed to be unjust. Our attitude towards such anomalies should, in my opinion, be guided by Ibn Qayyim al-Jawziyya's penetrating assessment which I quoted earlier that such rules do not belong to the Shari'a even if they are claimed to be a part of it. They should therefore be revised through *ijtihad* in the light of the broad objectives of Shari'a and the prevailing interest of society.

43 Ibn Qayyim, *Al-Turuq al-Hukmiyya*, 16.
44 Al-Tabari, *Tafsir al-Tabari,* XXVIII, 43.
45 Sayyid Qutb, *Fi-Zilal al-Qur'an*, 11, 689.

3. *Considerations of Public Interest* (Maslaha)

A principal objective of the Shari'a is realization of benefit to the people concerning their affairs both in this world and the hereafter. It is generally held that the Shari'a in all of its parts aims at securing a benefit for the people or protecting them against corruption and evil. In his pioneering work, *Al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'a,* al-Shatibi has in fact singled out *maslaha* as being the only overriding objective of Shari'a which is broad enough to comprise all measures that are beneficial to the people, including the administration of justice and *'ibadat*. He placed a fresh emphasis on *maqasid al-Shari'a*, so much so that his unique contribution to the understanding of the objectives and philosophy of the Shari'a is widely acknowledged. While highlighting unity in the origin and basic purposes of Shari'a, al-Shatibi points out that God instituted the Shari'a for the benefit of mankind both in this world and the next. This is a primary objective of the Lawgiver and a unifying factor which can be seen in all of the detailed rulings of Shari'a.[46]

Despite some disagreement as to the details of al-Shatibi's views, the basic outline of his doctrine of the *maqasid al- Shari'a* has been generally upheld.[47] The *'ulama'* are thus in agreement that there is no ruling in the entire Shari'a that does not seek to secure a genuine benefit; that all of the commandments of Shari'a aim at realizing benefits, and that all of its prohibitions are designed so as to prevent corruption. The obligatory, praiseworthy and permissible *(wajib, mandub* and *mubah*) in this way aim at realizing benefits and the reprehensible (*makruh*) and the forbidden (*haram*) aim at preventing corruption and evil. Should there arise a conflict between two injunctions due to the circumstances of their enforcement, priority should be given to that which obtains the higher benefit. Rescuing a drowning man, for example, takes priority over performance of obligatory prayer. Similarly, if the act of rescuing necessitates breaking of obligatory fasting, then this is permissible.[48]

We have already explained as to how the Shari'a seeks to secure benefits in the sphere of '*ibadat*. These are not only aimed at gaining the pleasure of God but also to prevent corruption and facilitate benefit to both the

46 Khalid Mas'ud, *Islamic Legal Philosophy*, 221.
47 Cf. Abu Zahra, *Usul*, 297.
48 'Abd al-Salam, *Qawa'id*, I, 66.

individual and society. The Shari'a encourages the benefits of this world side by side with those of the hereafter. The individual is urged to be a useful member of society, so that hard work and lawful earning, supporting one's family, and even the pursuit and dissemination of knowledge are all equated with acts of devotion. Conversely, even an act of devotion which is attempted as a means of escape from useful work and contribution to society loses much of its spiritual merit.[49]

The benefits are generally divided into three types, namely the essentials (*daruriyyat*), the complementary (*hajiyyat*) and the so called embellishments (*tahsiniyyat*). The Shari'a in all of its parts aims at the realization of one or the other of these benefits. The essential benefits are defined as those on which the lives of the people depend, and their neglect leads to total disruption and chaos. They are the overriding values of life, faith, intellect, property and lineage. These must be protected and all measures that aim at safeguarding them must be taken, whether by the individual, or by government authorities. The complementary interests on the whole supplement the essential interests and refer to interests whose neglect leads to hardship but not to total disruption of normal life. To ban profiteering (*ihtikar*), for example, or the sale of alcohol so as to prevent its consumption, and to grant concessions that the Shari'a has granted in regard to *'ibadat* for the traveller and the sick, all fall under the category of *hajiyyat.*[50] The embellishments refer to interests whose realization leads to improvement and the attainment of that which is desirable such as cleanliness, avoiding extravagance, and measures that are designed to prevent proliferation of false claims in the courts, etc.

In order to be valid, *maslaha* must fulfil certain conditions, one of which is that it must be genuine (*haqiqiyya*) as opposed to that which is plausible (*wahmiyya*).[51] The Shari'a only protects the genuine benefits which, as al-Ghazali points out, are always related to the protection of the five essential interests as noted above. Any measure which secures these values falls within the scope of genuine *benefits* and anything which violates

49 For details see Madkur, *Madkhal*, 13.

50 Abu Zahra, *Usul,* 220.

51 For details on the condition of *maslaha* see M. H. Kamali, "Have we Neglected the *Shari'ah*-Law Doctrine of *Maslahah,*" 287–304.

them is corruption or *mafsada* and preventing the latter is also a benefit.[52] Protecting the faith, for example, necessitates prevention of sedition (*fitna*) and propagation of heresy. It also means safeguarding freedom of belief in accordance with the Qur'anic principle that

> *there shall be no compulsion in religion. (2:256)*

Similarly, safeguarding the right to life includes protecting the means which facilitates an honourable life such as the freedom to work, freedom of speech and freedom of travel. Protecting the intellect necessitates promotion of learning and safeguards against calamities which corrupt the individual and make him a burden to society. Furthermore, safeguarding the purity of lineage entails protection of the family and creation of a favorable environment for the care and custody of children. And lastly protecting property requires defending the right of ownership; it also means facilitating fair trade and lawful exchange of goods and services in the community.[53]

In order to ensure objectivity in the determination of the benefits, reference is to be made to considerations of public interest whose validity is independent of relative convenience and utility to particular individuals. This is so, as al-Shatibi explains, because the Shari'a is eternal and timeless in its validity and application. Hence the interest which it seeks to uphold must also be objective and universal, not relative and subjective. Relativity in this connection implies equating *maslaha* with personal predilections (*ahwa' al-nufus*), personal benefits (*manafi'*), prejudice and passionate desires, all of which render the *maslaha* relative and subjective. When a benefit is determined on these grounds, it becomes anomalous and is also likely to conflict with other benefits. The objectivity of *maslaha* is measured by its relevance and service to the essential benefits, which are clearly upheld by Shari'a.[54] *Maslaha* is basically a rational concept and most of the benefits of this world (*masalih al-dunya*) are identifiable by human intellect, experience and custom, even without the guidance of Shari'a.

52 Al-Ghazali, *Mustasfa*, I, 139–40.
53 Abu Zahra, *Usul,* 220.
54 Mas'ud, *Islamic Legal Philosophy*, 233–4.

This is true also of evil and corruption which are generally ascertainable by human intellect. The Shari'a only provides a set of criteria and guidelines so as to prevent confusion between personal prejudice and *maslaha*. This is, however, not the case regarding benefits pertaining to the hereafter, and those which combine the benefits of this world and the next, for these can only be identified by the Shari'a.[55]

And lastly, our discussion of the objectives of Shari'a would be deficient without referring to the two principles of Shari'a, namely removal of hardship (*raf' al-haraj*), and prevention of harm *(daf' al-darar*), both of which are integral to the general concept of *maslaha*. The Qur'an declares that

> *God never intended to make religion a means of inflicting hardship. (22:78)*

This is confirmed elsewhere where it is provided in more general terms that 'God never intends to impose hardship on you'; and then it is declared in an affirmative sense that 'God intends to make things easy for you' (5:6 and 4:28). The purport of these declarations is confirmed in a report from the Prophet's widow, 'A'isha, who stated concerning the Prophet that

> *He did not choose but the easier of two alternatives so long as it did not amount to sin.*[56]

These are in turn reflected in a legal maxim that 'hardship begets facility' which has been adopted in Article (17) of the *Majallat al-Ahkam*.[57]

In a similar vein, prevention of harm is a general purpose of the Shari'a of Islam as the following *hadith* declares:

> *Harm shall neither be inflicted nor reciprocated in Islam.*[58]

The substance of this *hadith* is upheld in a number of other *hadiths* and it is observed that this *hadith* grasps the essence of *maslaha* in all of its

55 'Abd al-Salam, *Qawa'id*, 1, 5 & 10.
56 Muslim, *Mukhtasar Sahih Muslim*, 412, *hadith* no. 1546.
57 Cf. Mahmassani, *Philosophy*, 154.
58 Ibn Maja, *Sunan Ibn Maja*, 11, 784, *hadith* no. 2340.

varieties.[59] Najm al-Din al-Tufi, a Hanbali jurist (d. 1316), has gone so far as to maintain that this *hadith* provides a clear text on *maslaha.*[60] The *hadith* has in turn been adopted in toto as a legal maxim in *Majallat al-Ahkam,* and has given rise to the formulation of other legal maxims such as "the prevention of evil takes priority over the attraction of benefit"; that "harm must be eliminated"; and that "a particular harm may be tolerated if it were to prevent a general one."[61]

D. Conclusion

Judging by the precedent and example of the leading Companions, and the renowned *'ulama'* of jurisprudence, we find that our contemporary scholars feel constrained in attempting legal reconstruction and *ijtihad* in tandem with the rapid pace of social change. This is partly due to the long history of unquestioning imitation (*taqlid*) which seriously disrupted the natural growth of *fiqh* and arrested the efflorescence of *ijtihad. Ijtihad* must continue at all times so as to keep the law abreast of the needs and changing conditions of society. The renowned closure of the door of *ijtihad* at around the beginning of the eleventh century has led to stagnation. Consequently, a gap has developed between the Shari'a and the living conditions of people in many present-day Muslim societies. The ominous result of this alienation was that with the ongoing changes of history, especially following the industrial revolution in the West and its imported consequences in the Muslim lands, a certain mentality gained roots that the Shari'a was no longer capable of accommodating the rapid pace of social change.

The experiment in modernity and westernization in recent decades has led to disenchantment as it failed to produce the desired results in the Muslim world and has even added some new problems.[62] There is now an awareness on the part of Muslims of the need to renew their links with their own heritage and find their own solutions to the issues which concern them. The tendency today is not just a return to the Shari'a, which is a most

59 Khallaf, *'Ilm*, 90; Abu Zahra, *Usul*, 222.
60 See for detail Kamali, *Jurisprudence,* 360 ff.
61 Abu Zahra, *Usul*, 302; Madkur, *Madkhal,* 116; al-Sabuni, *Madkhal,* 269 ff.
62 See for detail John Robert Voll, *Islam, Continuity and Change*, 277.

tangible part of that heritage, but to try to relate the Shari'a to the living conditions of the people. This would necessitate imaginative reconstruction and *ijtihad* entailing revision and modification of the rules of *fiqh* so as to translate the broad objectives of the Shari'a into the laws and institutions of contemporary society.

Bibliography

'Abd al-Salam, 'Izz al-Din. *Qawa'id al-Ahkam fi Masalih al-Anam*. Edited by Taha 'Abd al-Ra'uf Sa'd. Cairo: Maktaba Kulliyyat al-Azhariyya, 1388/1968.

Abu Dawud al-Sijistani. *Sunan Abu Dawud.* Trans. Ahmad Hassan, 3 vols. Lahore: Ashraf Press, 1984.

Abu Habib, Sa'di. *Dirasa fi Minhaj al-Islam al-Siyasi.* Beirut: Mu'assasat al-Risala, 1406/1985.

Abu Zahra, Muhammad. *Usul al-Fiqh*. Cairo: Dar al-Fikr al-'Arabi, 1377/1958.

Aghnides, N. P. *Muhammadan Theories of Finance.* Lahore: Premier Book House, n.d.

Asad, Muhammad. *The Principles of State and Government in Islam.* Los Angeles: University of California Press, 1961.

'Attas, Syed Muhammad Naquib. *Islam and Secularism*. Kuala Lumpur: Muslim Youth Movement of Malaysia, 1978.

Badran Abu al-'Aynayn. *Bayan al-Nusus al-Tashri'iyya, Turuquh wa-Anwa'uh.* Alexandria: Mu'assasat al-Shabab al-Jami'a, 1404/1984.

Fyzee, A. A. A. *Outline of Muhammadan Law.* New Delhi: Oxford University Press, 1974.

Ghazali, Abu Hamid Muhammad. *Al-Mustasfa min 'Ilm al-Usul*. Cairo: Al-Maktaba al-Tijariyya, 1356/1993.

Ibn 'Ashur, Muhammad al-Tahir. *Usul Nizam al-Ijtima'i fi'l-Islam.* Edited by Mohamed Tahir al-Messawi. Amman: Dar al-Nafa'is, 1421/2001.

———. *Maqasid al-Shari'a al-Islamiyya.* Tunis: al-Sharika al-Tunisiyya lil-Tawzi', 1985.

Ibn Maja. *Sunan Ibn Maja.* Istanbul: Cagri Yayinlari, 1401/1981.

Ibn Qayyim al-Jawziyya. *I'lam al-Muwaqqi'in*. Edited by Muhammad Munir al-Dimashqi. Cairo: Idarat al-Diba'a al-Muniriyya, n.d.

———. *Al-Turuq al-Hukmiyya fi'l-Siyasa al-Shari'a*. Edited by Muhammad Hamid al-Faqi. Cairo: Matba'at al-Sunna al-Muhammadiyya, 1372/1993 (I have also used the Cairo edition by Mu'assasa al-'Arabiyya li'l-Tiba'a, 1380/1961, and the Jiddah edition by Matba'at al-Madani, n.d., edited by Muhammad Jamil Ghazi.)

Ibn Taymiyya, Taqi al-Din. *Al-Siyasa al-Shar'iyya fi Islah al-Ra'i wal-Ra'iyya*. 2nd edn. Cairo: Dar al-Kitab al-'Arabi, 1951.

Kabir, Humayun. *Science, Democracy and Islam.* London: George Allen & Unwin Ltd., 1955.

Kamali, Mohammad Hashim. "Law as the Way of God." In *Voices of Islam,* vol. 1: *Voices of Tradition,* edited by Vincent Cornell, 149–175. Westport, CT: Praeger Publishers, 2007.

———. *Principles of Islamic Jurisprudence.* Cambridge: The Islamic Texts Society, 2003.

———. "Have we neglected the *Sharī'ah*-Law Doctrine of *Maṣlaṣah*?" *Islamic Studies* 27 (1988): 287–304.

Khallaf, 'Abd al-Wahhab. *'Ilm Usul al-Fiqh.* 12th edn. Kuwait: Dar al-Qalam, 1398/1978.

Madkur, Muhammad Salam. *Al-Madkhal al-Fiqh al-Islami*. Cairo: Dar al-Qawmiyya lil-Daba'a wa al-Nashr, 1384/1964.

Mahmassani, Subhi. *The Philosophy of Jurisprudence in Islam.* Translated by F. Zaideh. Leiden: E. J. Brill, 1961.

Manzoor, S. Parvez. "Environment and Values in the Islamic Perspective." In *The Touch of Midas: Science, Values and Environment in Islam and the West*, edited by Ziauddin Sardar. Kuala Lumpur: Pelanduk Publications, 1988.

Mas'ud, Muhammad Khalid. *Islamic Legal Philosophy: A Study of Abu Ishaq al-Shatibi's Life and Thought.* Islamabad: Islamic Research Institute, 1977.

Mawdudi, S. A. A. *The Islamic Law and Constitution*. 5th edn. Lahore: Islamic Publication Ltd., 1975.

Motahhari, Ayatollah Mortaza. *Spiritual Discourses.* Translated by Alauddin Pazargadi. Albany, California: Muslim Students Association of Europe, US and Canada, 1986.

Muslim al-Nishapuri. *Mukhtasar Sahih Muslim.* Edited by Nasir al-Din al-Albani. 4th edn. Beirut: Al-Maktab al-Islami, 1402/1982.

Qutb, Sayyid. *Fi Zilal al-Qur'an*. 5th edn. Beirut: Dar al-Shuruq, 1397/1977.

Sabuni, Muhammad 'Ali. *Al-Madkhal al-Fiqhi wa-Tarikh al-Tashri' al-Islami*. Cairo: Maktaba Wahba, 1402/1982.

Schacht, Joseph. *An Introduction to Islamic Law.* Oxford: The Clarendon Press, 1964.

Shaltut, Mahmud. *Al-Islam, Aqida wa Shari'a.* Kuwait: Matabi' Dar al-Qalam, 1966.

Shatibi, Abu Ishaq Ibrahim. *Al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'a.* Edited by Shaykh 'Abd Allah Diraz. Cairo: Al-Maktaba al-Tijariyya al-Kubra, n.d. (I also referred to *Al-Muwafaqat fi Usul al-Ahkam*, edited by Husanayn Makhlaf. Cairo: al-Matba'a al-Salafiyya, 1341.)

"Sharī'a." *Encyclopedia of Islam.* New edn. Leiden: E. J. Brill, 1965.

Shawkani, Yahya b. 'Ali. *Irshad al-Fuhul fi Tahqiq al-Haqq ila 'Ilm al-Usul.* Cairo: Mustafa al-Halabi, 1937.

Siba'i, Mustafa. *Al-Sunna wa Makanatuha fi'l-Tashri' al-Islami*. 3rd edn. Beirut: al-Maktab al-Islam, 1402/1982.

Tabari, Ya'qub ibn Jarir. *Tafsir al-Tabari.* Beirut: Dar al-Ma'rifa, 1400/1980.

Voll, John Robert. *Islam: Continuity and Change in the Muslim World*. Boulder, Colorado: Westview Press, 1982.

CHAPTER 2

Characteristic Features of Shari'a[1]*

M. H. Kamali
International Institute of Advanced Islamic Studies (IAIS) Malaysia

A. Introductory Remarks

Shari'a has often been described as a diversity within unity, diversity in detail and unity over essentials. The finality of the divine revelation of the Qur'an and its timeless validity has had a unifying effect which ensured continuity in the understanding of fundamentals. The Shari'a originates in the Qur'an and it consists of both specific rulings and broad principles of legal and moral import. The clear and specific injunctions of the Qur'an and Sunna constitute the core of the Shari'a and the understanding that they impart is expected to be self-evident. In this area, classical jurists, and jurists of all ages, have differed very little. Our own understanding of this part of the Shari'a too must be based directly on the Qur'an and Sunna, as there is in principle little room for interpretation over the self-evident aspects of the revealed law. Any discussion over the understanding of Shari'a is therefore bound to be concerned, not so much with the self-evident aspects of the Shari'a, but with the parts that are open to interpretation and parts which were understood differently by the *'ulama'* of different ages. In our attempt at characterizing the Shari'a, we need first to describe the Shari'a

1 * This chapter is reproduced from a chapter of his book *Shari'ah Law: An Introduction* (Oneworld Publications, 2008), 39–67, adapted for simplified transcription and style.

by the terms in which it has described itself before turning to the views of the leading jurists.

In view of the fact that a much larger portion of the Qur'an is open to interpretation, unanimity and consensus in this area has been difficult to obtain. But even so the jurists of different ages were able to identify a broad line of agreement over interpretations on which they could find supportive evidence in the precedent of Companions or the *ijtihad* of leading '*ulama*'. Unity over some interpretational aspects of the Shari'a is thus reflected in their general consensus, or *ijma'*, whereas diversity over detail is the subject matter of *ikhtilaf* (disagreement). This chapter is brief on the attributes of Shari'a which are founded in the clear testimony of Qur'an and Sunna; it focuses instead on how the leading *'ulama'* have differed in interpreting the Shari'a in areas where it is open to such an exercise.

I note that the attempt to ascertain an understanding of Shari'a depends on the attitude taken towards it, whether of literalist conformity or of rationalist understanding, and then the levels of rationalist interpretation which are deemed to be acceptable. It should be obvious to the student of Shari'a that the leading *imam*s of the major schools have all understood it to be open to rational enquiry and *ijtihad,* but some of them have relied more extensively on rationalist methods than others. The initial sections of the present enquiry are concerned with the definition of terms Shari'a and *fiqh*, identification of major themes, whether or not the Shari'a is open to adaptability and change, and then whether it is also open to the exercise of reason side by side with revelation. What does it precisely mean when Shari'a is characterized as a divine or a religious law? We also discuss the communitarian and individualist dimensions of Shari'a and the place of legal stratagems (*hiyal*) therein.

B. Shari'a and *Fiqh*

Islamic law originates in two major sources, namely divine revelation (*wahy*) and human reason (*'aql*). This dual identity of Islamic law is reflected in the two expressions Shari'a and *fiqh*. The former bears a stronger affinity with revelation whereas the latter is the product mainly of human reason.

Shari'a demarcates the path which the believer has to tread in order to obtain guidance, whereas *fiqh* means human understanding and knowledge. The Shari'a thus provides general directives whereas detailed solutions to particular and unprecedented issues are explored by *fiqh*. Since Shari'a is contained in divine revelation, namely, the Qur'an and the teachings of the Prophet Muhammad, or his Sunna, it has a closer affinity with the dogma of Islam, whereas *fiqh* is a rational endeavour and a product largely of speculative reasoning which does not command the same authority as that of the Shari'a. To say that Shari'a is contained in the Qur'an and Sunna would preclude the scholastic legacy of *fiqh* and its vast literature, especially the parts that do not have a clear origin in the Qur'an, from the purview of Shari'a. Some parts of the Qur'an which consist of historical data and parables, for instance, are not included either. Shari'a is, however, a wider concept than *fiqh* as it comprises the totality of guidance that God has revealed to the Prophet Muhammad pertaining to the dogma of Islam, its moral values and its practical legal rules. Shari'a thus comprises in its scope not only law, but also theology and moral teaching. *Fiqh* is thus positive law that does not include morality and dogma. Yet the *'ulama'* are in agreement on the primacy of morality and dogma in the determination of basic values. By comparison with these, *fiqh* is described as a mere superstructure and a practical manifestation of commitment to those values.

Shari'a provides clear rulings on the fundamentals of Islam, its moral values, and practical duties such as prayers, fasting, legal alms (*zakat*), the *hajj* and other devotional matters. Its injunctions on the subject of what is lawful and unlawful, *halal* and *haram*, are on the whole definitive, and so are its rulings on some aspects of civil transactions (*mu'amalat*). But Shari'a is generally flexible with regard to the larger part of *mu'amalat*, criminal law (with the exception of the prescribed punishments, or *hudud*), government policy and constitution, fiscal policy, taxation, economic and international affairs. On many of these themes Shari'a provides only general guidelines, which are elaborated in *fiqh*.

Fiqh is defined as knowledge of the practical rules of Shari'a which are derived from the detailed evidence in the sources. The rules of *fiqh* are thus concerned with the manifest aspects of individual conduct. The practicalities

of conduct are evaluated on a scale of five values: obligatory, recommended, permissible, reprehensible and forbidden. The definition of *fiqh* also implies that the deduction of the rules of *fiqh* from the Qur'an and Sunnah is through direct contact with these sources. The ability to utilize the source materials of the Qur'an therefore necessitates a knowledge of Arabic and a certain degree of insight and erudition that would preclude the work of an imitator, or one who reproduces the rules without understanding their implications. A jurist (*faqih*) who fulfils the requirements of this definition and has the ability to deduce the rules of Shari'a from their sources is also a *mujtahid,* who is qualified to exercise independent reasoning (*ijtihad*).

The rules of *fiqh* occur in two varieties. First, rules which are conveyed in a clear text such as the essentials of worship, the validity of marriage outside the prohibited degrees of relationships, the rules of inheritance and so forth. This part of *fiqh* is simultaneously a part of Shari'a. Second, rules that are formulated through the exercise of *ijtihad* on parts of the Qur'an and Sunna which are not self-evident. Because of the possibility of error in this exercise, the rules that are so derived do not command finality. These are not necessarily a part of Shari'a and the *mujtahid* who has reason to depart from them may do so without committing a transgression. Only when juristic opinion and *ijtihad* are supported by general consensus (*ijma'*) does *ijtihad* acquire the binding force of a ruling, or *hukm*, of Shari'a.

The *corpus juris* of *fiqh* is divided into the two main categories of devotional matters (*'ibadat*) and civil transaction (*mu'amalat*). The former is usually studied under the six main headings of cleanliness, ritual prayer, fasting, the *hajj*, legal alms (*zakat*) and *jihad* (holy struggle), and the schools of law do not vary a great deal in their treatment of these subjects. Juristic differences among the schools occur mainly in the area of *mu'amalat*. These are generally studied under the seven headings of transactions involving exchange of values (which subsume contracts), matrimonial law, equity and trusts, civil litigation, rules pertaining to dispute settlement in courts, and administration of estates. This body of the law is generally subsumed under what is known, in modern legal parlance, as civil law. Crimes and penalties (i.e. *al-'uqubat*) are often studied under a separate heading next to the *'ibadat* and *mu'amalat.* Rules pertaining to state and government are

studied under *al-ahkam al-sultaniyya* (lit. sultanic rulings), also referred to as *siyasa shar'iyya* or Shari'a-compliant policy. This is parallel to what is now known as constitutional and administrative law. And lastly, rules pertaining to international relations, war and peace fall under what is known as *'ilm al-siyar*. The most detailed exposition of the entire range of classical *fiqh* remains that of Shams al-Din al-Sarakhsi's (d. 1087) *Kitab al-Mabsut* (the expanded book) in thirty volumes. A twentieth-century equivalent is Wahba al-Zuhayli, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, in eight volumes and over six thousand pages.

C. Major Theme and Classifications

The four Sunni schools of Islamic law, namely the Hanafi, Shafi'i, Maliki, and Hanbali, as well as the Shi'ite schools, as explained in the next chapter, tend to vary little on devotional matters (*'ibadat*) and the rituals of worship. The jurists in all of these schools are on the whole in agreement over the binary division of the rules of *fiqh* into matters of worship (*'ibadat*), whose principal objective is exaltation and worship of God Most High, closeness to Him, and earning of reward in the hereafter, and civil transactions (*mu'amalat*), whose main objective is realization of benefit to mankind. But the detailed arrangement and classification of subjects under these two headings and addition of new categories beyond the scope of these two vary from one school to another. Unlike the *mu'amalat* and customary matters (*'adat*) which are open to rational enquiry and the application of such concepts as ratiocination (*ta'lil*), analogy (*qiyas*) and juristic preference (*istihsan*), the norm in *'ibadat* is that they are not open to reasoning and that the textual rulings concerning them are followed at face value. The precise causes (*'ilal*) of *'ibadat* are only known to God and the faithful follows His commands and prohibitions in this area as a matter of devotion and unquestioning submission. The Shari'a provides specific instructions on *'ibadat* but with reference to *mu'amalat,* it is basically concerned with an exposition of basic objectives and general principles that are on the whole open to rational analysis and *ijtihad.* The individual must know that a particular act of worship (*'ibada*) he performs has been ordained by God;

to perform it with deliberation and intent (*niyya*) can only be done from a position of certainty and knowledge. But since service to God and seeking His pleasure is not the main purpose of *mu'amalat,* there is no requirement of *niyya* and no spiritual reward is earned by them unless they are done for that particular purpose. When someone repays his debt, or fulfils a trust (*amana*), or provides his wife with maintenance, he discharges a duty, regardless as to whether he had the intention to seek God's pleasure or not, but if he did combine such an intention he may earn a spiritual reward.

The Hanafis have classified the laws (*ahkam*) of *fiqh* into the three categories of *'ibadat, mu'amalat* and *'uqubat* (punishments). Each of these are in turn subdivided into about five main headings. The *'ibadat* are thus discussed under the main headings of *tahara* (cleanliness), *salat* (obligatory prayer), fasting, the pilgrimage of *hajj,* legal alms (*zakat*) and *jihad* (holy struggle). It is quite typical of almost all major works on *fiqh* to begin with a detailed exposition of *'ibadat.* According to the Hanafi jurist, Ibn 'Abidin (d. 1834), "the affairs of religion are founded on dogmatics (*i'tiqadat*), moral values (*adab*), devotional matters ('*ibadat*), transactions (*mu'amalat*), and criminal laws (*'uqubat*). The first two are, however, not a part of *fiqh."*[2] The Hanafi *fiqh* thus consists of only the last three. *'Ibadat* is a proper subject of *fiqh* as they consist mainly of practical observances, whereas dogmatic theology falls outside *fiqh* precisely because they do not partake in practical rulings. All the leading schools have excluded dogmatic theology and moral teachings from the scope of *fiqh.* This also indicates that Muslim jurists have recognized a functional distinction between law, morality and religion. One of the practical consequences of this distinction is that only the legal rules of Shari'a are justiciable. The allegation therefore that Islamic law does not in any way distinguish law from morality and dogma is not justified.

A total separation between law and morality is neither feasible nor recommended. The *'ulama'* have nevertheless distinguished the rules of *fiqh* from morality and dogma for the practical reason of defining the court jurisdiction over such matters. Indeed, we note this distinction in the very definition of *fiqh* which focuses on practical rules governing the conduct of individuals. The schools of law have also recognized the distinction between

2 Ibn 'Abidin, *Hashiya Radd al-Mukhtar 'ala Durr al-Mukhtar*, I, 56.

the moral categories of recommendable (*mandub*) and reprehensible (*makruh*), on one hand, and obligatory (*wajib*) and forbidden (*haram*) on the other. The central feature of this division is to identify what is legally enforceable from that which amounts to moral advice that is basically optional.

The Hanafis divide the *mu'amalat* into the five headings of transactions involving exchange of valuables (*al-mu'awadat al-maliyya*), equity and trusts (*al-amanat*), matrimonial law (*al-munakahat*), civil litigation (*al-mukhasamat*) and administration of estates (*al-tarikat*). And lastly, the *'uqubat* are studied under the main headings of just retaliation (*qisas*) and prescribed offences (*hudud*) whereas the latter is subdivided into the five offences of theft, adultery, slanderous accusation, wine drinking and apostasy.[3]

The Shafi'is divide the *corpus juris* of *fiqh* into four parts, namely *'ibadat,* which pertains to one's well-being in the hereafter, *mu'amalat,* which relates to one's survival (*baqa' al-shakhs*) in this world, the *munakahat* (matrimonial law) which concerns the survival of the species (*baqa' al-naw'*), and *'uqubat* (penal law) which concerns the survival of society and civilization (*baqa' al-madina*).[4]

The Maliki jurist Ahmad b. Muhammad ibn Juzay (d. 1339) has attempted in his *Qawanin al-Fiqhiyya* a classification of the whole body of *fiqh* under the two main headings of *'ibadat* and *mu'amalat*. Each of these are, in turn, subdivided under ten titles, some of which are not included under either heading by the other schools.[5] The Hanbali classification of the themes of *fiqh* resemble that of the Shafi'is albeit with minor differences of placing certain subheadings in a different place, based on their perception of a logical sequence between the various themes. It is due to such differences of orientation that we find, for instance, the placement in the Hanafi arrangement of marriage (*nikah*) as the first heading in the section on *mu'amalat,* but which appears immediately next to *'ibadat,* for the obvious reason that marriage, being essentially a civil contract, also has

3 Ibid.
4 Al-Tahanawi, *Kashshaf Istilahat,* I, 36.
5 For further detail see Abu Sulayman, *Tartib al-Mawdu'at,* 91 ff.

a devotional aspect (*janib ta'abbudi*). The Shafi'is and Hanbalis on the other hand treat matrimonial law as a separate category altogether.[6]

Notwithstanding such attempts at classification, the *fiqh* remains, in some parts at least, wanting in greater consolidation of themes. Al-Sanhuri (d. 1971) has drawn attention, for example, to the atomistic style in which the classical jurists have expounded the law of contract. The jurists have not articulated the law of contract as such but studied each contract individually. The common themes that are traceable in all contracts have not been given due prominence. The Hanafi jurist al-Kasani (d. 1191) thus deals with nineteen nominate contracts, and the manner in which they are treated leaves the reader wondering (a) whether these could all be consolidated in order to highlight the features they all have in common; (b) whether the *fiqh* validates contracts other than these; and (c) whether the *fiqh* recognizes the basic freedom of contract on the basis merely of an agreement which does not violate morality and public interest.[7] Is there, in other words, a need for a general theory of contract? A partial answer to some of these questions can be found in the works of Hanbali jurists whose contribution to this theme is outstanding. But even so, as I shall later elaborate, the substance of al-Sanhuri's critique and the issues he raised still point to a certain tendency in *fiqh* which is perhaps not confined to contracts alone. The atomistic style of treatment of individual but interrelated themes is a general feature of *fiqh,* which is indicative perhaps of a certain awareness on the part of the *fuqaha'* not to be too presumptuous in the advancement of general theories. They have addressed issues and incidents on their own particularist grounds, always imparting the awareness that their interpretation of the divine Shari'a may or may not be in conformity with the intentions of the Lawgiver. The caution they have exercised had a propensity towards fragmentation in the area of *furu' al-fiqh* (branches of *fiqh*).

A measure of thematic consolidation in *fiqh* has taken place through the formulation and development of legal maxims, known as *al-qawa'id al-kulliyya al-fiqhiyya* (on which see below). The jurists of various schools have compiled these in the works that generally bear the title *al-Ashbah*

6 Cf. Abu Sulayman, n.4 at 17.

7 Al-Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, I, 78.

wal-Naza'ir (resemblances and similitudes). There are over 250 (and according to some over a thousand) legal maxims which consist largely of juridical abstracts and statements of principles that consolidate the isolated and yet logically interrelated rules and incidents of *fiqh* into coherent and integrated formulas.[8]

The remainder of this chapter expounds the salient features of Shari'a and the structure of values that it seeks to uphold.

D. Salient Features of Shari'a

This section draws attention to some of the distinguishing features of Shari'a, such as its identity as a religious law, its tendency to balance continuity and change, its support for rationality, and gradualist approach to social reform. Shari'a also advocates moral autonomy of the individual, and seeks to balance its individualist and communitarian orientations in the formulation of its laws.

1. Religious and Moral Proclivities of Shari'a

To say that Islamic law originates in divine revelation implies that adherence to its rules is at once a legal and a religious duty of Muslims. Related to this are the concepts of *halal* and *haram* (permissible and prohibited), which are both religious and legal categories and involve duty towards God and fellow humans. These two aspects of Shari'a tend to enforce one another on the whole, yet there is an equally significant but often neglected aspect of Shari'a which is civilian and positivist in character in the area of *ahkam* (commands and prohibitions) that guide court decisions and government practice. Judges do not, for example, issue judgements on religious considerations alone, just as they are under duty to treat all litigants before

[8] The earliest collection of legal maxims was attempted by the Hanafi jurist, Abu al-Hasan al-Karkhi (d. 961) in his work *Usul al-Karkhi*. The best known collections in the Shafi'i school include Taj al-Din al-Subki's (d. 1392) *al-Ashbah wal-Naza'ir* and Jalal al-Din al-Suyuti's (d. 1634) work bearing the same title. Ibn Nujaym al-Hanafi has also authored a work bearing the same title. The well-known equivalent in the Maliki school is Shihab al-Din al-Qarafi's *Kitab al-Furuq* and in the Hanbali school it is Taqi al-Din Ibn Taymiyya's *al-Qawa'id al-Nuraniyya*. There are many other equally reputable collections of legal maxims in almost every *madhhab*.

them equally, regardless of race and religion. A distinction is also drawn between the religious and legal aspects of obligations. This is why Muslim jurists often write in relation to individuals and cases that their legal status is such, but religiously it is the reverse. For example, in the event where a debt is denied by the debtor and the creditor is unable to prove it in the court of law, the creditor is entitled to take the equivalent of what is due to him from the debtor's property without the debtor's permission. But if the matter is brought before the court, the creditor will not be allowed to take anything unless he proves his claim through normal methods. Consider also a case in which the creditor has waived the debt by way of charity to the debtor without declaring it to the debtor. In this case the creditor is entitled to receive payment judicially but not on religious grounds, as charity may not be revoked and the debtor does not owe him anything in the eyes of God.

This distinction between what is enforceable in the courts of justice and what is not can also be seen in the composition of the renowned scale of five values, namely of obligatory (*wajib*), recommended (*mandub*), reprehensible (*makruh*), permissible (*mubah*) and forbidden (*haram*). Only the first and the last are legal categories whereas the much larger part that includes the remaining three categories are not justiciable in the courts. The lawful government is authorized, however, to turn reprehensible into forbidden and recommendable into obligatory if public interest (*maslaha*) dictates it.

The distinction we attempted between religious and juridical obligations also signifies the difference between adjudication (*qada'*) and a juristic opinion (*fatwa*). The judge (*qadi*) must adjudicate on the basis of apparent evidence, whereas a jurisconsult (*mufti*) investigates both the apparent and the actual positions and both are reflected in his verdict. In the event of a conflict between the two positions, the mufti bases his fatwa on religious considerations, whereas the judge considers objective evidence only. Hence a pious individual in a court case is not to be treated differently from one of questionable piety or of no apparent religion.

This dual approach to rights and duties can also be seen in the different orientations of legal schools with regard to externality and intent. With

regard to civil transactions the Shafi'is and Hanafis tend to stress the externality of conduct without exploring the intent behind it, whereas the Malikis and Hanbalis are inclined towards the latter. This can be illustrated with reference to the contract of marriage. If a man marries a woman with the sole intention, for example, of sexual gratification and a quick divorce to follow, the marriage is invalid according to the Malikis and Hanbalis but lawful according to the Hanafi and Shafi'i schools. When the legal requirements of a valid contract of marriage are objectively fulfilled, this is all that is necessary according to the Hanafi and Shafi'i schools, whereas the other two schools base their judgement on the underlying intent, and maintain that distortion should be obstructed whenever this becomes known.

This difference of attitude can also be seen with reference to legal stratagems (*al-hiyal al-fiqhiyya*) in such cases as the double sale of *'ina:* A sells a piece of cloth to B for $100 payable in one year and then immediately buys the same for $80 from him paid on the spot. The difference here is a disguised usury (*riba*) as it amounts to charging an interest of $20 for a loan of $100 for one year which circumvents the rules of Shari'a by violating their intent. The Malikis and Hanbalis reject such stratagems altogether, but the Hanbalis and Shafi'is have approved them provided they are free of distortion and realize a benefit.[9]

Furthermore the Shari'a contains provisions on expiations (*kaffarat*), which are self-inflicted punishments of a religious character that the courts are not authorized to enforce. In the event, for example, that a person breaks a solemn oath, he may expiate it by giving charity sufficient to feed ten poor persons, or alternatively to fast for three days. Other similar expiations have been provided for in the Qur'an, none of which is, however, legally enforceable.

Morality and religion are, however, closely inter-related and they also affect the Shari'a. The Prophet thus declared in a *hadith*,

> *I have been sent to accomplish the virtues of morality.*[10]

9 al-Shatibi, *al-Muwafaqat fi Usul al-Ahkam*.
10 Tabrizi, *Mishkat*, vol. III, *hadith* no. 5097.

The moral overtones of Shari'a are also clearly seen in its propensity towards duty (*taklif*), so that some Orientalists have characterized the Shari'a as "a system of duties" in contradistinction with statutory law, which often speaks of rights. This is not quite accurate but we will not delve into this issue here. The fact that the Shari'a proscribes usury, wine drinking, and gambling, proclaims legal alms (*zakah*) as a legal duty and encourages "lowering of the gaze" between members of the opposite sex, as well as declaring divorce "the worst of all permissible things," are all reflective of the moral underpinnings of Shari'a. This can also be seen in the rules pertaining to war where Shari'a forbids maiming, injury to children, women and the elderly as well as damage to animals, and takes to task those who cause them hardship and abuse. Although these are not justiciable in the court of law, the market controller (*muhtasib*) is authorized to intervene and stop immoral practices. The institution of *hisba* (in charge of promotion of good and prevention of evil) that historically functioned to support moral values was also indicative of the distinction between the moral and legal aspects of Shari'a.

2. Continuity and Change

It is often said that Islamic law is immutable as it is divinely ordained and therefore closed to the notion of adaptability and change. It is submitted on the contrary that the immutability view of Shari'a is only partially accurate, as the divine law itself integrates adaptability and change in its objectives and it is therefore an inalienable part of its philosophy and outlook. The leading jurists and *'ulama'* have consistently maintained the view that Shari'a is resourceful and well equipped with the necessary tools with which to accommodate social change. The Shari'a thus recognizes independent reasoning (*ijtihad*) and its sub-categories, such as considerations of public interest (*istislah*), juristic preference (*istihsan*), analogical reasoning (*qiyas*) and so forth for the very purpose of adapting the law abreast of the changing needs of society. Textual interpretation (*tafsir, ta'wil*) may also be used for the same purpose. Since the greater part of the Qur'an, including its legal verses (*ayat al-ahkam*) consist of general (*'amm*) and unqualified (*mutlaq*) expressions, they are on the whole open to interpretation and *ijtihad*.

Shari'a aims at striking a balance between continuity and change. While the basic objectives of Shari'a are permanent, the means attaining them are susceptible to the exigencies of time and circumstance. The fundamentals of the faith and the pillars on which it stands, the basic moral values of Islam, and its clear injunctions on *halal* and *haram* are on the whole permanent and unchangeable. The injunctions of Shari'a concerning devotional matters (*'ibadat*) and some of its specific rulings in the area of civil transactions (*mu'amalat*), such as the rules of inheritance, are also unchangeable. But the Shari'a is generally flexible in regard to the larger part of *mu'amalat*, criminal law, government policy and constitution, referred to as *siyasa shar'iyya*, fiscal policy, taxation, economic and international affairs. On many of these themes the Shari'a only provides general guidelines whose details could be determined, adjusted and modified, if necessary, through the exercise of human reasoning and *ijtihad*. The Shari'a requires, for example, objective and impartial justice and it has laid down certain specific guidelines towards achieving it, but the methods, conditions and procedures that are applied towards the same end may be liable to change in light of the changing experience and conditions of society. The laws of Shari'a, Ibn Qayyim al-Jawziyya observed, are of two kinds: Firstly, laws which do not change with the vicissitudes of time and place or the propensities of *ijtihad,* such as the obligatoriness of the *wajibat* (pl. of *wajib*), or illegality of *muharramat* (pl. of *haram*), the fixed quantities of inheritance and the like. They do not change and no *ijtihad* may be advanced so as to violate the substance and character of the Shari'a in these areas. The second variety of laws are those which are susceptible to change in accordance with the requirements of public interest (*maslaha*) and prevailing circumstances, such as the quantum, type and attribute of deterrent punishments (*al-ta'zirat*). The Lawgiver has permitted variation in these in accordance with the dictates and considerations of *maslaha*.[11]

The flexibility of Shari'a and its amenability to change can be seen in both the language of the text and also the style of Qur'anic legislation. From the linguistic viewpoint the general (*'amm*), the absolute (*mutlaq*), the manifest text (*zahir* – as opposed to the clear text or *nass*) and the

11 Ibn Qayyim, *Ighatha al-Lahfan*, I, 346.

ambiguous (*mujmal* as opposed to a clarified text or *mufassar*) occupy the larger part of its text and they are generally in need of interpretation; the *'ulama'* of different periods have attempted to draw a different message from them in the light of their own experiences and concerns.[12] One also notes that Qur'anic legislation, for the most part, consists of an exposition of general principles, although in certain areas the Qur'an also provides specific details. Being the principal source of Shari'a, the Qur'an lays down general guidelines on almost every major topic of Islamic law. Whenever the Qur'an provides specific details, as Shatibi has observed, it is related to the exposition and better understanding of its general principles.[13] With regard to civil transactions, for example, the textual rulings of the Qur'an on the fulfilment of contracts, the legality of sale, the prohibition of usury, respect for the property of others, documentation of loans and other forms of deferred payments are all conveyed in broad and general terms. Similarly the Qur'anic injunctions on the subject of justice, respect for truth, and giving testimony in its cause are confined to general guidelines and no details are provided regarding the duties of the judge, trial procedures and the manner in which testimony is given and verified.[14] On principles of government such as consultation (*shura*), equality and basic rights, the Qur'an is generally brief and does not provide any details. The general principles are laid down and it is for the community and its leaders, the *ulu al-amr*, to elaborate them in the light of prevailing conditions.[15]

In the sphere of crime and punishment, the Qur'an is specific with regard to the punishment of only five offences, namely murder, theft, highway robbery, adultery and slanderous accusation. As for the rest, it only lays down the broad principles of penal law when it provides, for example, that

> *the recompense of an injury is an injury equal to it (42: 40)*

12 See for a discussion of these and other similar terms my *Jurisprudence*, Ch. 4 on rules of interpretation, 117–67.

13 Al-Shatibi, n. 8 at III, 217.

14 Cf. Shaltut, *al-Islam*, 501.

15 Cf. al-Sabuni et al., *Madkhal*, 73.

and,

> *when you decide to punish then punish in proportion to the pain inflicted on you. (16: 126)*

A careful reading of the Qur'an further reveals that on matters pertaining to belief, the basic principles of morality, man's relationship with his Creator, and transcendental matters (*ghaybiyyat*), which are characteristically unchangeable, the Qur'an is clear and detailed, as clarity and certainty are the necessary requirements of belief. In the area of ritual performances such as *salah,* fasting and the pilgrimage of *hajj*, on the other hand, although these too are meant to be unchangeable, the Qur'an is nevertheless brief on them, and most of the necessary details have been provided by the Sunna. This is explained by the fact that ritual performances are of a practical nature which are best taught through practical illustration just as the Prophet has done.[16]. The Qur'an contains specific rulings on matrimonial law, the prohibited degrees of relationship in marriage, divorce and inheritance. These are, for the most part, associated with human nature as they also have a devotional (*ta'abbudi*) aspect in common with the *'ibadat*, which would explain why the Qur'anic legislation is specific in these areas.

Another feature of the Qur'an which is accountable for flexibility and change in the Shari'a is the presence of speculative (*zanni*), in contradistinction with definitive (*qat'i*), rulings throughout the holy Book. A ruling of the Qur'an may totally or partially fall under one or the other of these two categories. When the language of the text and the ruling that it conveys is clear, self-contained and decisive, there remains little room for interpretation and *ijtihad*. The speculative portions of the Qur'an, which account for the larger part of its text, are on the other hand open to interpretation, analysis and development. The best interpretation is that which can be obtained from the Qur'an itself, then from the Sunna of the Prophet, then from the precedent of Companions, and lastly through juristic *ijtihad*. In interpreting the *zanni* portions of the Qur'an (and also Sunna) the *'ulama'* have not only differed in matters of orientation and emphasis, but have often drawn totally different conclusions. Muhammad Iqbal's (d.

16 For further elaboration see my *Jurisprudence,* 29 ff.

1937) incisive observation that the Qur'an "embodies an essentially dynamic outlook on life" prompted him to advise his contemporary Muslims to rediscover the original verities of freedom, equality and solidarity, and "to tear off from Islam the hard crust which has immobilized an essentially dynamic outlook on life."[17]

The extensive scope of *ikhtilaf* (juristic disagreement) which has grown into a separate discipline of Islamic law is by itself suggestive of the openness of Shari'a and its capacity to accommodate differences of interpretation, or indeed a plurality of equally acceptable interpretations. The interpretation or fatwa so arrived at, that is, a fatwa which is the subject of disagreement and *ikhtilaf*, is in principle open to further development and change in accordance with the requirements of justice and *maslaha*.

In a chapter entitled *taghyir al-fatwa* (change of fatwa), Ibn Qayyim al-Jawziyya has expressed concern over a certain misunderstanding of the Shari'a "by those who have held views, out of ignorance, which inflict hardship and rigidity through laying down conditions that are unjustified and unsustainable." The Shari'a is "founded, in roots and branch, on wisdom and realization of *maslaha* for the people both in this world and the next. It is justice, mercy and benefit in every part." Ibn Qayyim continues: "Any ruling that abandons justice in favour of tyranny, mercy for its opposite, *maslaha* for corruption (*mafsada*), and wisdom for futility – would have nothing to do with the Shari'a, even if it is shown, by some remote interpretation, to be a part of it."[18] We also note in this connection Ibn Taymiyya's (d. 1328) view, which is representative of the majority of *'ulama'*, that "the Shari'a always contemplates realization of benefits (*al-masalih*) for the people; it also aims at minimizing corruption and harm (*al-mafasid*), which is why the Shari'a is fit to be applied to all times and places."[19]

With reference to the rational sources of Shari'a, it may generally be stated that in their broad outline, the proofs and doctrines of *usul al-fiqh* such as general consensus (*ijma'*), analogical reasoning (*qiyas*), juristic preference (*istihsan*), consideration of public interest (*istislah*), and custom (*'urf*) are all designed, in their respective capacities, to relate the Shari'a to

17 Muhammad Iqbal, *Reconstruction*, 149, 156.
18 Ibn Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in*, III, 1.
19 Ibn Taymiyya, *Minhaj al-Sunna*, I,147.

social reality, to serve as instruments of adaptation, and provide formulae for finding solutions to problems as they arise. The methods that are so provided also ensure conformity to the basic principles and philosophy of Shari'a. All of these in turn rely on rational evidence, considered opinion (*ra'y*) of the qualified jurist and the practicalities of social custom.[20]

As a binding source of law, the collective will and consensus (*ijma'*) of the people and their scholars ensure continuity as well as adaptation to change through the introduction of new laws that reflect the legitimate needs of the community and the vision of its scholars. *Ijma'* is a vehicle, in theory at least, for evolution of ideas and for integrating the educational and cultural achievements of the community into the fabric of Shari'a.

Analogical reasoning (*qiyas*) extends the textual rulings of Shari'a to similar cases and issues which fall, not within the letter, but the rationale of a given law. It is a rationalist doctrine, founded in the postulate that the rulings of Shari'a are based on their effective causes (*'ilal*), and it is through finding the rational purpose of a textual ruling that its extension to a similar case is justified. The *raison d'etre* of juristic preference (*istihsan*) is to find an alternative solution to a given problem when the jurist is convinced that applying the existing law is likely to lead to rigidity and unfairness. *Istihsan* seeks to refine the existing law and integrate considerations of equity and good conscience into its fabric. The basic idea of *istihsan* is that a literal application of the Shari'a must not be allowed to defeat its higher objectives of justice and fair play.[21] Furthermore, *istislah*, or consideration of public interest, encourages initiative on the part of the jurist and government to take all necessary measures to secure benefit for the community. The legal theory of *usul* also recognizes approved custom (*'urf*) as a proof of Shari'a and a valid basis of judicial decision, especially in the area of *mu'amalat*. Custom is essentially pragmatic as it is moulded directly by the experience, needs and conditions of society. Custom and *maslaha* also constitute the motivating factors behind many a ruling of *ijma' and ijtihad*.[22]

---

20 Cf. Zaydan, *Madkhal,* 57; Musa, *al-Madkhal*, 82.

21 For further elaboration see Kamali, *Jurisprudence*, where separate chapters are devoted to *ijma', qiyas* and *istihsan* respectively.

22 Cf. Zaydin, *Madkhal*, 69.

There are a number of legal maxims, recorded for example, in the Ottoman *Mejelle* (law code), which proclaim custom as a proof of Shari'a and a valid basis of adjudication. The rulings of custom often command greater authority than the rulings of non-textually based *ijtihad*. It thus appears that the Shari'a seeks to incorporate the will and consensus of the community and its customary practices into the fabric of its laws. It seems fitting to conclude this discussion with an observation from Muhammad Iqbal that "I have no doubt that a deeper study of the enormous legal literature of Islam is sure to rid the modern critic of the superficial opinion that the law of Islam is stationary and incapable of development."[23]

3. Shari'a and Reason

The *'ulama'* across the centuries have understood the Shari'a of Islam to be distinctly reasonable. This is based in the first place on affirmative references in the Qur'an to the exercise of sound reasoning and judgement. The Qur'an also refers, on numerous occasions, to the cause (*'illa*), the objective and purpose (*hikma*) of its laws, especially in the sphere of *mu'amalat*. This aspect of the Qur'an, known as *ta'lil* (ratiocination), is known from the Qur'anic address in many places to those who think, who exercise their faculty of reason, who enquire into the world around them and investigate, who possess knowledge, and who draw rational conclusions. The *'ulama'* thus concluded that the Lawgiver has intended that the meaning, implications and objectives of His laws, which are often indicated but not always elaborated in the text, should be investigated and comprehensively understood.

Ta'lil is not valid with regard to *'ibadat*, but outside this area the Shari'a encourages investigation and enquiry into its rules. Ratiocination in the Qur'an means that the laws of Shari'a are not imposed for their own sake, nor for want of mere conformity, but they aim at realization of certain benefits/objectives. This also tells us that when there is a change of a kind whereby a particular law no longer secures its underlying purpose and rationale, it must be substituted with a suitable alternative. To do otherwise

[23] Iqbal, *Reconstruction*, 164

would mean neglecting the objective of the Lawgiver.[24] According to al-Shatibi, the rules of Shari'a concerning civil transactions and customary matters (*mu'amalat wa 'adat*) follow the benefits (*masalih*) which they contemplate. We note, for instance, that the Shari'a may forbid something because it is devoid of benefit, but it permits the same when it secures a benefit. A deferred sale, for example, of dirham for dinar is forbidden because of the fear of usury (*riba*) therein, but a period loan is permitted because it secures a benefit (deferment is harmful in one and beneficial in the other). Similarly, fresh dates may not, in principle, be sold for dry dates for fear of uncertainty (*gharar*) and usury (*riba*), but the Prophet permitted this transaction, known as *araya,* because of the people's need for it.[25]

Moreover, instances of abrogation in the rulings of Qur'an and Sunnah which took place during the lifetime of the Prophet can properly be understood in these terms. Instances are also found in the precedent of Companions where some of the laws of Shari'a were suspended because they no longer secured the benefit which they had initially contemplated. Since the *'illa* and rationale on which they were premised were no longer present they were suspended or replaced with suitable alternatives. We note, for example, that the caliph 'Umar b. al-Khattab suspended the *hadd* punishment of theft during the year of the famine. The caliph also stopped distribution of agricultural land to Muslim warriors in Iraq despite a Qur'anic ruling that entitled them to war booty; he also suspended the share of the pagan friends of Islam (the *mu'allafat al-qulub*) in the revenues of *zakah*. These were persons of influence whose cooperation was important for the victory of Islam. The Qur'an had assigned a share for them (9:60), which the caliph later discontinued on the ground, as he stated, that "Allah has exalted Islam and it is no longer in need of their support." The caliph thus departed, on purely rational grounds, from the letter of the Qur'an in favour of its general purpose and "his ruling is considered to be in harmony with the spirit of the Qur'an."[26]

---

24 Cf. Muhammad Amin (known as Amir Badshah), *al-Taysir*, I, 360; Shalabi, *al-Fiqh al-Islami*, 131.

25 Al-Shatibi, n. 8 at II, 305.

26 Cf. Zaydin, n. 18 at 122; 'Abd al-Rahman Taj, *al-Siyasa al-Shar'iyya*, 28.

The schools of law differed somewhat over the understanding of *ta'lil* but the majority maintain that the Shari'a is inherently rational as it is founded, in principle and in detail, on the benefits of the people. The benefits that are contemplated may be prompt or may materialize over a period of time. They may consist of a benefit in the positive sense or may seek to prevent an evil. Thus we note in the following Qur'anic passage where God Most High speaks, by way of *ta'lil,* of the prophethood of Muhammad:

> *We have not sent thee but as a mercy for the worlds . . . (21:107)*

Mercy (*rahma*) thus justifies prophethood just as it also endorses benefit to the servants of God and prevention of harm to them. We also read with reference to the law of just retaliation (*qisas*) that

> *in qisas there is (saving of) life for you: O you men of understanding. (2:179)*

Similarly, the prohibition of wine drinking and gambling is premised on the rationale of preventing "hostility and rancour" among people and interference with the remembrance of God (5:91). Legal alms and charities are imposed in order to prevent concentration of wealth among the rich (57:7). These and numerous other instances of *ta'lil* in the Qur'an have led the Shafi'i jurist 'Izz al-Din 'Abd al-Salam (d. 1261) to conclude that "the Shari'a is premised on securing benefit for the servants of God and none of the *'ulama'* has opposed this. As for the Zahiriyya, they too have endorsed this principle in its broad outline except that they do not agree with ratiocination in the sense of ascertaining specific causes for the injuctions."[27]

In exercising *ijtihad,* the *'ulama'* have differed in regard to the emphasis they have laid on the manifest text or on its broader meaning and rationale. While some *'ulama',* like those of the Zahir school, have emphasized close adherence to the text and shunned all discussion of the cause, rationale and objective of the Lawgiver, the majority of *'ulama'* have validated analogy and with it also the search for the effective causes of the laws. It is almost

[27] 'Abd al-Salam, *Qawa'id al-Ahkam*, 5, also quoted by 'Atiyya, *al-Nazariyya al-'Amma*, 102.

certain that the leading *mujtahids* among the Companions did not speak of ratiocination, causation or *'illa* as juridical concepts, either in conjunction with analogy or otherwise, beyond the incidental and cursory levels of investigation. Although they resorted to analogical reasoning on numerous occasions they did so without engaging in technicality. They referred to the meanings (*ma'ani*) rather than effective causes or *'ilal* of the laws. Technical elaborations of analogy and its pillars, including the *'illa,* were attempted by the *'ulama'* of later periods. But even so the basic tendencies that I propose to elaborate here could be ascertained in the works of all leading scholars*;* they became the focus of attention and were consequently advanced and articulated by the *'ulama'* of the later periods.

We note in the first place that those who ascertain the meaning and rationale of the law (i.e. *arbab al-ma'ani*) are distinguished from the proponents of literalism (*arbab al-zahir*). A second level of distinction is also ascertainable among the *arbab al-ma'ani,* or semanticists, who are divided into two camps, one of which tended to go beyond the meaning of words towards the spirit and objective of the law and tried to penetrate into its philosophy and rationale. This approach is distinguishable from those of the semanticists who took a more restrictive view of the role of ratiocination in the Shari'a. Although these too accepted the rationalist theme of ascertaining the purpose and objective of the law, yet in their quest for greater certainty they tended to avoid speculative reasoning in law. Both of these validate analogy and therefore the search for similitudes and their effective causes, but the second group of semanticists differed with the first regarding the wider scope that they acknowledged for rational enquiry in the determination of laws.[28]

The proponents of analogical reasoning and *ta'lil* have also referred to evidence in the Sunna in support of their positions. It is thus reported that a man from the tribe of Bani Fazara informed the Prophet that his wife had

[28] The two tendencies here come close to the well-known scholastic orientations of *'ulama'* into the two categories of *Ahl al-ra'y* and *Ahl al-hadith*. But it appears that with the collection and documentation of *hadith* on a massive scale in the post–Shafi'i period (i.e. mid-ninth century), a shift of emphasis was noted. The *Ahl al-hadith* had won the day and their basic theme was generally accepted. The *Ahl al-Ra'y* became more assiduous in finding textual authority for their positions and a shift of emphasis in the scope of their reliance on *ra'y* began to develop. See for a discussion *Mawsu'at* at n. 29 below.

given birth to a black child, and attempted to accuse her of adultery. The Prophet asked if he had any camels? The man answered that he did. "What colour are they?" asked the Prophet, and the man answered "red." "Is there a black among them?" asked the Prophet. The man replied that there was. The Prophet then asked: "why is that so?" To this the man said "it is perhaps due to genealogical tendency (*naz'at al-'irq*)." Then the Prophet said that "this too might have been due to such a tendency."[29] Similarly when 'Umar b. al-Khattab asked if kissing one's wife vitiated the fast, the Prophet asked 'Umar instead: what if a person gargles while fasting? 'Umar answered that this did not vitiate the fast. Then the Prophet said: "that is also the answer to your first question." According to another report, the Prophet asked the Muslim forces, which were on the move, not to perform the *salat al-asr* (afternoon prayer) until they reached Bani Qurayza. Some followed the obvious meaning and delayed the prayer until they reached Bani Qurayza while others followed its basic purpose, which they understood to be that they should hurry to reach there early, and with this in mind they performed the *'asr* prayer as usual. The report adds that the Prophet approved of both courses of action, one of which adhered to the letter and the other to the rationale of his order.[30]

The leading figures among Companions who took the source materials of Shari'a to their rational conclusion and delved deep into the purpose and meaning of the Qur'an and Sunnah included 'A'ishah, 'Umar b. al-Khattab, 'Ali b. Abu Talib, 'Abd Allah Ibn Mas'ud, Zayd Ibn Thabit, 'Abd Allah Ibn 'Abbas and many others. The seven renowned jurists of Madina, especially Ibn al-Musayyib, Masruq, 'Alqama, al-Zuhri and then also Abu Hanifa, Ibn Abi Layla, al-Awza'i, al-Shafi'i, al-Muzani and numerous other leading figures among the Successors and their followers have also shown propensity to rely on rationality, opinion (*ra'y*) and *ta'lil,* and yet they avoided indulgence in arbitrary opinion. The second group of rationalists who have tended to restrict the scope of their reliance on *ra'y* included the Companion Abu al-Darda', 'Abd Allah b. 'Umar, and then Ibn Sirin, Ahmad b. Hanbal and many others. Having stated this, the list here is only

29 See *Mawsu'at* article, "*al-Ta'rif bil-Fiqh al-Islami*," I, 130; Abu Zahra, *al-Shafi'i*, 287

30 *Mawsu'at*, n. 27 at I, 130.

a rough indication of a tendency and does not bear out closer examination, for example, in regard to the contributions of Imam Ahmad b. Hanbal, which is discussed below. Then there soon followed a period where the restrictive approach began to lose ground and found few supporters even after the onset of unquestioning imitation and *taqlid.*[31]

The literalists (*ahl al-zahir*) who were spearheaded by Dawud al-Zahiri (d. 885) and Ibn Hazm, adhered to the manifest text and rejected implied and construed meanings as they were also averse to ratiocination and *qiyas.* They saw the Shari'a as a set of rules, commands and prohibitions, which were to be understood at their face value. They saw the search for *'illa,* purpose and rationale of the laws as indulgence in speculative thought, and repugnant to the spirit of submission to the expressed will of the Lawgiver. Thus they restricted the scope of *ijtihad* to the understanding and elaboration of the clear meanings of the text. Notwithstanding the eminent contribution to scholarship and a rich legacy of original *ijtihad* of some of their scholars, like Ibn Hazm al-Zahiri, the Zahiri school eventually lost ground and became extinct.

4. Gradualness and Pragmatism

The Shari'a favours a gradual approach to legislation and social reform. This is amply illustrated in the fact that the Qur'an was revealed over a period of twenty-three years and much of it was revealed in relationship to actual events. As noted earlier, the Makkan portion of the Qur'an was devoted to moral teaching and dogma and contained little by way of legislation. Legislation is almost entirely a Madinese phenomenon. Even in Madina many of the laws of the Qur'an were revealed in stages. The final ban on wine drinking which occurs in sura al-Ma'ida, for instance, was preceded by two separate declarations, one of which merely referred to the adverse effects of intoxication, and the other proscribed drinking during ritual prayer, before it was finally banned. This manner of legislation can also be seen with reference to the five daily prayers, which were initially fixed at two and were later raised to five; the legal alms (*zakah*), which was originally an optional charity, became obligatory after the Prophet's migration to

31 Ibid.

Madina, and fasting, which was also optional at first, was later made into a religious duty. Some of the earlier rulings of the Qur'an were subsequently abrogated and replaced in light of the new circumstances that the nascent community experienced in Madina.

Islamic law favours realistic reform, and it is averse to abrupt revolutionary changes. This is conveyed in the response, for example, which caliph 'Umar Ibn 'Abd al-Aziz (d. 720) gave to his ambitious son 'Abd al-Malik, who suggested to his father that God had granted him the power to fight corruption in society decisively, once and for all. The caliph advised against such a course saying that Almighty God Himself denounced wine drinking twice before He banned it. "If I take sweeping action even in the right cause and inflict it on people all at once I fear revolt and the possibility that they may also reject it all at once." Commenting on this the contemporary jurist, Yusuf al-Qaradawi, wrote that "this is a correct understanding that is implied in the very meaning of *fiqh* and would be unquestionably upheld by it."[32]

The pragmatism of Shari'a is also manifested in the frequent concessions it makes concerning those who face hardship, including the sick, the elderly, pregnant women and travellers, for example, regarding daily prayers and fasting. It also makes provisions for extraordinary and emergency situations where the rules of Shari'a may be temporarily suspended on grounds of necessity. Thus, according to legal maxim, the verdict (*fatwa*) of the jurisconsult must take into consideration the change of time and circumstance. We note, for instance, that people were not allowed in the early days of Islam to charge a fee for teaching the Qur'an, as this was an act of spiritual merit. But then it was noted that people did not volunteer and Qur'an teaching suffered a decline. The jurists consequently issued a verdict that reversed the position and allowed remuneration for the teaching of the Qur'an. Note also the pragmatic verdict of Imam Malik which permitted the pledging of allegiance (*bay'a*) for the lesser qualified of two candidates for leadership, if this is deemed to be in the public interest. The normal rule required, of course, that *bay'a* should only be given to the best qualified candidate. On a similar note, normal rules require that the judge must be

32 al-Qaradawi, *Madkhal*, 131.

a learned *mujtahid*, but a person of lesser qualification may be appointed should there be a shortage of qualified persons for judicial posts. This also applies to a witness, who must be an upright person (i.e. *'adl*). In the event, however, where the only witness in a case is a person of lesser qualifications, the judge may admit him and adjudicate the case if this is deemed to be the only reasonable alternative available. Thus the judge, jurist and ruler are advised not to opt for more difficult decisions in the event where easier options could equally be justified.

E. Individualist or Communitarian

Islamic law requires that government affairs are conducted through consultation with the community and the government strives to secure the public interest (*maslaha*). This is the subject of a legal maxim which declares that "the affairs of the Imam are determined by reference to public interest" (*amr al-imam manut bil-maslahah*). According to another legal maxim, instances of conflict between public and private interests must be determined in favour of the former. Public interest is thus the criterion by which the success and failure of government is measured from the perspective of Shari'a.

Notwithstanding the pro-community orientations of Shari'a, Shari'a is also inherently individualist. Religion is a matter primarily of individual conscience and the fact also that the rules of Shari'a are addressed directly to the *mukallaf,* that is, the legally competent individual. The Shari'a focus on the individual was evidently strong enough to persuade the Kharijites (lit. outsiders) who boycotted the community in the early decades of Islam, and also a group of Mu'tazilites, the followers of Abu Bakr al-Asamm in the eighth century, to embrace the view that forming a government was not a religious obligation. For Shari'a addressed the individual directly; if every individual complied with its rulings, justice will prevail even without a government. These and other similar views were expressed on the assumption of a basic harmony between the interests of the individual and those of the community.

Broadly speaking, Islam pursues its social objectives through reforming the individual in the first place. The individual is thus seen as a morally autonomous agent who plays a distinctive role in shaping the community's sense of direction and purpose. The individual is admittedly required to obey the government (4:59) but he obeys the ruler on condition that the latter obeys the Shari'a. This is reflected in a renowned *hadith* that

> *there is no obedience in sin, obedience is only in righteousness.*[33]

We may also quote here two other *hadiths* that substantiate the moral autonomy of the individual. In one of these Abu Dhar al-Ghifari reported that the prophet ordered him to

> *tell the truth even if it be unpleasant,*[34]

and in the other he declared that

> *the best form of jihad is to tell a word of truth to an oppressive ruler.*[35]

The dignity and welfare of the individual is of central concern to Islamic law. The five essential values of Shari'a on which the *'ulama'* are in agreement, namely faith, life, intellectual, property and lineage are all premised on the dignity of the individual, which must be protected as a matter of priority. Although the basic interest of the community and those of the individual may be said to coincide within the structure of these values, the focus is nevertheless on the individual.

The Qur'anic principle of *hisba* (enjoying good and forbidding evil) is primarily addressed to the individual, man and woman, although it also relates to the community and government. This principle can be seen in a *hadith* which addresses the believers

> *if any of you sees an evil, let him change it by his hand, and if he is unable to do that, let him change it by his words, and if he is still unable to do that, let him change it in his heart but this would be the weakest form of belief.*[36]

33 Tabrizi, *Mishkat*, Vol. II, *hadith* no. 3665.
34 Ahmad b. Hanbal, *Musnad*, I, hadith no. 27.
35 Ibn Maja, *Sunan, hadith* no. 4011.
36 Muslim, *Mukhtasar Sahih Muslim*, 16, *hadith* no. 34.

Hisba as portrayed in this *hadith* is evidently supportive of the moral autonomy of the individual and validates, in principle, the citizen's power of arrest, but it is only on grounds of caution that the police have subsequently been made the exclusive repository of this power. Muslim jurists have dealt with the details of *hisba*, suffice it to note here that the individual must act with conviction when he believes that the initiative he takes would be beneficial. For if he acts without knowledge, his intervention, however well intended, might cause a harm equal or greater than the one he is trying to avert.

Another Qur'anic principle that can be quoted here is that of sincere advice, or *nasiha,* which entitles everyone to advise and alert a fellow citizen, including the head of state and his officials, to something beneficial, or rectify an error on his part. The main difference between *hisba* and *nasiha* is that the former is concerned with events that are actually witnessed at the time they occur, but *nasiha* is not so confined to the actual moment of direct observation and it is, as such, more flexible. The individualist leaning of the Shari'a is also manifested in the Qur'anic address to the believers:

> *take care of your own selves. If you are righteous, the misguided will not succeed in trying to lead you astray. (5:105)*

Furthermore, within the context of matrimony Shari'a upholds the regime of separation of property, and the wife's right to manage her own financial affairs remains unaffected by her marriage. In matters of conscience, although Islam encourages the call to religion (*da'wa*), it proclaims nevertheless that

> *there shall be no compulsion in religion. (2:256)*

The husband is consequently required to respect the individuality of his non-Muslim wife; he is therefore not allowed to press her into embracing Islam. The individualist propensities of Shari'a can also be seen in the history of its development as I explain below.

Islamic law is often characterized as a "jurist's law," mainly developed by private jurists who made their contributions as pious individuals rather

than government functionaries and leaders. This aspect of the legal history further manifests the individualist leanings of Shari'a, which is interestingly also seen as a factor in its stability as it was not particularly dependent on government participation and support. Governments came and went but Shari'a remained as the common law of Muslims. Another dimension of that picture was that relations between the government and the *'ulama'* remained generally less than amicable ever since the early years of the Umayyad rule (c. 750). The secularist tendencies of Umayyad rulers marked the end of the Righteous Caliphate and the *'ulama'* became increasingly critical of this change of direction in the system of government. The *'ulama'* retained their independence also by turning to prominent individuals among them, which led eventually to the formation of the schools of law that bore the names of their eponyms and made few concessions to the government. The immunities against prosecution, for example, that are enjoyed to this day by monarchs and heads of state, state assemblies and diplomats in other legal systems, are totally absent in Islamic law. No one can claim immunity for his conduct on account merely of social and official status.

Two of the most important principles of Islamic law, namely personal reasoning (*ijtihad*) and general consensus (*ijma'*) can be conducted, from beginning to end, by the jurists without depending on the participation of the government in power. *Ijtihad* and *ijma'* manifested the nearest equivalent to parliamentary legislation. *Ijtihad* has been practiced mainly by individual jurists. *Ijma'* is broadly described as the unanimous consensus of the qualified scholars (*mujtahidun*) of the Muslim community on the ruling of a particular issue. As such *ijma'* could be initiated by individual jurists, concluded and made binding on the government without the latter's participation. Neither *ijtihad* nor *ijma'* were institutionalized and have remained so to this day. The jurist who carries out *ijtihad* also enjoys independence from government and is only expected to act on the merit of each case in line with the guidelines of Shari'a and his own personal conviction.

F. Externality and Intent: The Issue of *Hiyal*

Some differences of orientation in legal thought among the schools can be ascertained with reference to the manifest form as opposed to the essence of acts and conduct. While some are inclined to pay attention to manifest conformity to the letter of the law, others are inclined to credit the intention behind the act, and seek a closer link between the two. But this is indicative only of a general orientation in the sense that they are not mutually exclusive categories, as the proponents of one do not deny validity of the other. The Hanafis and Shafi'is tend to stress the externality of conduct without delving in the intent behind it, whereas the Malikis and Hanbalis are inclined towards the latter view. A consequence of this difference in attitude can be seen in the approval or otherwise of legal stratagems (*al-hiyal al-fiqhiyya*) in such cases as the catalyst marriage (*zawaj al-muhallil*), and the double sale of *'ina*. The former involves marrying a woman who has been finally divorced with the intention merely of legalizing her remarriage to her former husband, which is valid according to the Hanafis and Shafi'is but not according to the other two schools. We have already explained the sale of *'ina*. This transaction effectively transforms the permitted act of selling into the forbidden act of *riba*. In both of these examples, the acts are designed so as to circumvent the rules of Shari'a by violating their intention. The majority of jurists, including Malikis and Hanbalis, who validate the doctrine of blocking the means (*sadd al-dhara'i'*) have rejected such stratagems but the Hanafis and Shafi'is have upheld them as legally valid and recognize the legal consequences that flow from them.[37] The proponents of such stratagems have expatiated and written extensively on the subject. A new and extensive chapter was thus being written, known as *al-hiyal wa al-makharij*, or legal stratagems and dodges. "Indeed a mastery of this particular subject," as al-'Alwani observes, "became a sign of the *faqih's* erudition and academic pre-eminence."[38]

---

37 Manna' al-Qattan, *al-Tashri' wal-Fiqh,* 294; 'Atiyya, *Nazariyya*, 25 at 30.

38 al-'Alwani, "The Crisis of *Fiqh*," 320.

Al-Shatib has stated the Maliki position as follows:

> the Lawgiver enjoins that the intent of the *compos mentis* (*mukallaf*) behind his acts should be harmonious with the purpose of the law. "Anyone who seeks to obtain from the rules of Shari'a something which is contrary to its purpose has verily violated the Shari'a and his actions are null and void."[39]

The Hanbali scholar, Ibn Qayyim al-Jawziyya, has substantially upheld the same position.[40]

Al-Shatib elaborates:

> legal acts are not intended for their own sake but for their meanings (*ma'ani*) which contemplate realization of benefits. The benefits in devotional matters are seeking closeness to God and submission to Him in body and mind. If these benefits are not sought, even the *'ibadat* are vitiated. A *salah,* for example, which is done merely for ostentation (*ri'a' al-nas*) is not valid.[41]

The rulings of Shari'a regarding the *halal* and *haram* generally involve both the acts and their underlying intentions. A Muslim must therefore not seek to legalize for himself a *haram* even if he obtains a judicial decree to that effect. This conclusion is based on the following *hadith* wherein the Prophet, peace be on him, stated:

> *I am but a human being. When you bring a dispute to me, some of you may be more eloquent in stating their cases than others. I may consequently adjudicate on the basis of what I hear. If I adjudicate in favour of someone something that belongs to his brother, let him not take it, for it would be like taking a piece of fire.*[42]

It thus appears that in the event of there existing a discrepancy between the apparent and the concealed (*zahir* and *batin*) while the latter is known

---

39 Al-Shatibi, *al-Muwafaqat,* II, 331; see also Zaydan, *Madkhal* at 60–1.
40 Ibn Qayyim, *I'lam*, III, 92.
41 Al-Shatibi, *al-Muwafaqat*, II, 385.
42 Abu Dawud al-Sijistani, *Sunan Abu Dawud,* III, 1016, *hadith* no. 3576.

to be the truth, it prevails over the former. This aspect of the Shari'a is well articulated in the *hadith*-cum-legal maxim that "acts are to be judged by the intentions behind them" (*innama al-a'mal bil-niyyat*).[43] With reference specifically to contracts, we read in another maxim of *fiqh:* "Credit is given in contracts to purposes and meanings not to words and (linguistic) constructs."[44]

I end this chapter with a comment by al-'Alwani who made the following assessment:

> "Unlike the early Imams of *fiqh* who worked out legal stratagems solely for the purpose of sidestepping damage or loss, scholars of subsequent ages set themselves to the task of inventing ways to dodge legal responsibilities."[45]

43 Muslim, *Sahih Muslim*, ed. al-Din, p. 287, *hadith* no. 1080.
44 For details see Zaydan, *Madkhal*, at 92.
45 Al-'Alwani, "The Crisis," at 327.

Bibliography

'Abd al-Salam, 'Izz al-Din. *Qawa'id al-Ahkam fi Masalih al-Anam*. Edited by Taha 'Abd al-Ra'uf Sa'd. Cairo: Maktaba Kulliyyat al-Azhariyya, 1388/1968.

Abu Dawud al-Sijistani. *Sunan Abu Dawud.* Translated by Ahmad Hassan, 3 vols. Lahore: Ashraf Press, 1984.

Abu Sulayman, 'Abd al-Wahhab. *Tartib al-Mawdu'at al-Fiqhiyya wa-Munasabatuh fi'l-Madhahib al-Arba'a.* Makka al-Mukarrama: Jami'a Umm al-Qura, 1408/1988.

Abu Zahra, Muhammad. *Al-Shafi'i, hayatuhu wa-'Asruhu, ara'uhu wa Fiqhuhu*. 2nd edn. Cairo: Dar al-Fikr al-'Arabi, 1367/1948.

'Alwani, Taha Jabir. "The Crisis of *Fiqh* and the Methodology of Ijtihad." *The American Journal of Islamic Sciences* 8 (1991): 332 f.

'Atiyya, Jamal al-Din. *Al-Nazariyya al-'Amma lil-Shari'a al-Islamiyya.* Cairo: Atba'at al-Madina, 1407/1988.

Ibn 'Abidin, Muhammad Amin. *Hashiya Radd al-Mukhtar 'ala Durr al-Mukhtar.* 2nd edn. Cairo: Mustafa al-Babi al-Halabi, 1386/1966.

Ibn Maja. *Sunan Ibn Maja.* Istanbul: Cagri Yayinlari, 1401/1981.

Ibn Qayyim al-Jawziyya. *I'lam al-Muwaqqi'in*. Edited by Muhammad Munir al-Dimashqi. Cairo: Idarat al-Diba'a al-Muniriyya, n.d.

———. *Ighathat al-Lahfan min Makayid al-Shaytan*. Edited by Muhammad Anwar al-Baltaji. Cairo: Dar al-Turuth al-'Arabi, 1403/1983.

Ibn Taymiyya, Taqi al-Din. *Minhaj al-Sunna al-Nabawiyya*. Bulaq, Egypt: al-Matba'a al-Amiriyya, 1321.

Iqbal, Muhammad. *The Reconstruction of Religious Thought in Islam.* Lahore: Sh. Muhammad Asharaf, reprint 1982.

Kamali, Mohammad Hashim. *Principles of Islamic Jurisprudence.* Cambridge: The Islamic Texts Society, 2003.

Karkhi, Abu al-Hasan. *Usul al-Karkhi*. Cairo: al-Matba'a al-Adabiyya.

Mawsu'at al-Fiqh al-Islami. Cairo: Dar al-Kitab al-Misri, n.d.

Musa, Muhammad Yusuf. *Al-Madkhal li-Dirasat al-Fiqh al-Islami.* 2nd ed. Cairo: Dar al-Fikr al-'Arabi, 1380/1961.

Muslim al-Nishapuri. *Mukhtasar Sahih Muslim*. Ed. Nasir al-Din al-Albani. 4th edn. Beirut: Al-Maktab al-Islami, 1402/1982.

Qaradawi, Yusuf. *Madkhal li Dirasat al-Shari'a al-Islamiyya.* Cairo: Maktaba Wahba, 1411/1990.

Qarafi, Shihab al-Din. *Kitab al-Furuq.* Cairo: Dar al-Kutub al-'Arabiyya, 1346/1967 (occasional reference is also made to the Cairo edition: Matba'a Dar al-Haya' al-Kutub al-'Arabiyya, 1386 AH).

Qattan, Manna'. *Al-Tashri wal-Fiqh fi'l-Islam*. Cairo: Maktaba Wahba, 1984.

Sabuni, 'Abd al-Rahman et al. *Al-Madkhal al-Fiqhi wa-Tarikh al-Tashri' al-Islami*. Cairo: Maktaba Wahba, 1402/1982.

Sanhuri, 'Abd al-Razzaq. *Masadir al-Haqq fi'l-Fiqh al-Islami*. Cairo: Ma'had al-Buhuth wa al-Dirasat al-'Arabiyya, 1967.

Shalabi, Muhammad Mustafa. *Al-Fiqh al-Islami*. Beirut: al-Dar al-Jami'iyya, 1982.

Shaltut, Mahmud. *Al-Islam, Aqida wa-Shari'a.* Kuwait: Matabi' Dar al-Qalam, 1966.

Shatibi, Abu Ishaq Ibrahim. *Al-Muwafaqat fi Usul al-Ahkam*. Edited by Husanayn Makhlaf. Cairo: al-Matba'a al-Salafiyya, 1341.

Tabrizi, Muhammad 'Abd Allah al-Khatib. *Mishkat al-Masabih*. Edited by M.N. Albani. 2nd edn. Beirut: al-Maktab al-Islami, 1399/1979.

Tahanawi, Muhammad 'Ali. *Kashshaf Istilahat al-Funun*. Istanbul: Al-Astana, 1317/1938.

Taj, 'Abd al-Rahman. *Al-Siyasa al-Shar'iyya wal-Fiqh al-Islami*. Cairo: Matba'a Dar al-Ta'lif, 1373/1953.

Zaydan, 'Abd al-Karim. *Al-Madkhal li-Dirasat al-Shari'a al-Islamiyya.* Beirut: Mu'assat al-Risala, 1998.

CHAPTER 3

Islam, Freedom of Religion or Belief and Gender Equality

Lena Larsen
The Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief,
Norwegian Centre for Human Rights, Faculty of Law,
University of Oslo, Norway.

A. Introduction

The interplay of Islam and Shari'a, freedom of religion or belief (FORB), and equality between men and women is complicated. Specific conflicts between these entities are often turned into an abstract antagonism at the normative level. FORB is often considered to be an impediment to gender equality, while gender equality is in turn considered to be a threat to Islamic values and practice. Many Muslims also hold an antagonistic attitude to international human rights in general, which they consider to be a threat to Islamic identity by the West. At the core of this conflict is the question whether Shari'a is an impediment to equality before the law.

This chapter argues that there are no inevitable conflicts between Islam and international human rights, between Shari'a and non-discrimination, and between the Convention on the Elimination of all Discrimination against Women (CEDAW) and FORB.

Muslim states have played an active role in the elaboration of CEDAW. However, the emergence of these states' Islamic identity policies, expressed in reservations to CEDAW with reference to Shari'a, contributes to the impression that the conflict between CEDAW and Shari'a is inescapable. Women›s issues have become the main symbol of the question of reform in

Islam, but new interpretations are being contested by persons and groups with claims that Shari'a is unchangeable. But Shari'a is not monolithic. Reform movements have, from the late 1800s, contributed to new perspectives on interpretations of Shari'a.

The emergence of new interpretations of Islam, focusing on equality for men and women, reveals equality between men and women not only as a non-discrimination issue, but also as a freedom of religion issue. For states, this implies a challenge: How should they protect every person's right, with their different truth claims, to freedom of religion or belief, *and* protect women against discrimination? This chapter provides a possible solution to the tension between CEDAW and the right to freedom of religion or belief, based upon the principles of freedom and equality as well as the principle of states' obligations to eradicate harmful practices.

B. Human rights and CEDAW

Equal rights for men and women are a basic human rights principle as set out in the United Nations charter.[1] The International Bill of Human Rights strengthens and extends this principle:[2] Men and women are born free and equal in dignity and rights, and everyone is entitled to equality before the law. However, it soon became evident that it was difficult to guarantee the enjoyment of the internationally recognized rights to women on an equal footing with men. Already in 1946, The Commission on the Status of Women (CSW) was established, dedicated to the promotion of gender equality and the empowerment of women. The task of the Commission is to promote women's rights by documenting "the reality of women's lives throughout the world, and shaping global standards on gender equality and the empowerment of women."[3] Between 1946 and 1965 the Commission

1 See the preamble to the Charter. https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf.

2 The International Bill of Human Rights consists of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights and its two Optional Protocols. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf.

3 http://www.unwomen.org/en/csw.

elaborated several conventions and recommendations, which were adopted by the United Nations General Assembly (UNGA).[4]

In the 1960s a new consciousness of women's rights developed, and the conventions and recommendations were considered to fail to deal with discrimination against women in a comprehensive way. When CSW was given the task by the General Assembly in 1965 to prepare a draft declaration that would combine and articulate equal rights of men and women, it should be considered partly as a manifestation of this new consciousness. The Declaration was adopted by the GA in 1967 and was the stepping stone for the elaboration of "a single, comprehensive and internationally binding instrument to eliminate discrimination against women."[5] The result was the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), which was adopted by the GA in 1979 by 130 votes to none. Ten nations abstained from voting.

CEDAW has been ratified by 189 nations but is at the same time the treaty that has attracted the largest number of reservations. Twenty-four of the fifty-eight states of the Organization of Islamic Co-operation have entered reservations. Sixteen of these have cited either Islamic Law or have referred to Shari'a for doing so. The five articles to which reservations have frequently been made are article 2 (on applying provisions to eliminate all discrimination against women); article 9 (on equal rights of parents with regard to nationality of their children); article 15 (equality before the law and free choice of domicile); article 16 (equality on all matters relating to marriage); and article 29 (on international arbitration in connection with the interpretation or application of the convention). The Committee[6] considers article 2 and 16 to be core provisions of the Convention and is "particularly concerned at the number and extent of reservations entered to those articles." It considers that "neither traditional, religious or cultural

4 The Convention on the Political Rights of Women (1952), the Convention on the Nationality of Married Women (1957), the Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages (1962), and the Recommendation on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages (1965).

5 https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm.

6 The United Nations Committee on CEDAW, an expert body established in 1982, is composed of 23 experts from around the world. Its task is to watch over the progress for women in those countries that are state parties to the Convention. See https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/committee.htm.

practice nor incompatible laws and policies can justify violations of the Convention." Furthermore, it remains convinced that reservations to article 16, for any reason, are incompatible with the Convention and therefore impermissible.[7] The view of the Committee on the reservations clearly indicates that reference to religious arguments is considered an obstacle to complying with the Convention.

Islam-related arguments for reservations to CEDAW and the concern and opinion of the Committee epitomize the claim of incompatibility between Islam and international human rights, rejection of women's human rights being a symbol of Muslim states' resistance to Western dominion. Little attention, however, has been given to the drafting process of the Convention. This has often led to the same impression as with the Universal Declaration on Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights, and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, that Muslim states were either absent, contested the process and project, or played no significant role. This is not the case.[8]

New literature shows that delegates from Muslim states[9] contributed as active participants in the drafting process – "negotiating, challenging and contributing."[10] According to Sardar Ali, the delegates of Muslim states were laying claim to certain rights, well aware that some of these were futuristic in nature. The records show that they contributed to the discourse in general, and unanimously pushed for a minimum marriage age and for marriage to be registered; men and women having equal right to family planning; and rural women's rights in particular. Sardar Ali notes that the summary records reflect a rich discourse generated through cross-fertilization of ideas. She ascribes this to shared experience of women's issues, which resonates across ideological, religious, political and cultural

7 See https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations.htm.

8 See Susan Waltz, "Universal Human Rights: The Contribution of Muslim States" *Human Rights Quarterly* 26 (2004), 799–844; "Universalizing Human Rights: the Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights," *Human Rights Quarterly* 23 (2001), 44–72; also Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (New York: Random House, 2001).

9 Mrs. Esfandiari (Iran), Begum Tazeen Faridi (Pakistan), Mrs. Tallawy and Mrs Aziza Hussein (Egypt), Mrs. Gueye (Senegal), Mrs. Salyo (Indonesia).

10 Information and comments on the draft process is drawn from Shaheen Sardar Ali's chapter "Muslim Women's Contribution to Drafting CEDAW: An Untold Narrative" in her book *Modern Challenges to Islamic Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016). Ali's argument of an 'untold narrative' is based upon a survey of the records of the drafting process, located in the Palais des Nations in Geneva.

divisions – leading to the developmental human rights, including education, health and employment.[11] Together the delegates drafted an aspirational and standard-setting norms document, "a forward-looking model of human rights without prejudice to national positions."[12]

Women delegates of Muslim states challenged traditional norms of Islamic law (e.g. in the case of child marriage and equality in choice of residence) and did not vote against article 16 on equality in all matters related to marriage. When they made reservations during the negotiations in the drafting process, it was, except in a few cases, with reference to national law, not to Shari'a as a divine law. But a main concern, as expressed by Mrs. Faridi from Pakistan, was the aim of the CSW to ascertain what was good or bad for women, not for countries.[13] This aspirational stance may explain why there appears to be a disjuncture between the text and the later reservations based on national and religious interests.

Sardar Ali holds however that there's a link between Muslim states' delegates' inputs in the drafting of CEDAW and the subsequent reservations by Muslim states. The content and formulation of articles 9, on equal national rights, article 15 on a wife's domicile on basis of equality with her husband, and article 16 on equal rights entering, during and at the dissolution of marriage were the subjects of the most protracted debates in the various drafting meetings, and here Shari'a was mentioned. The three articles have also been among the few that were subject to reservation with reference to Shari'a. But the positions were not uniform. According to Sardar Ali there "was a certain fluidity, ambivalence, and dynamism in the debates and positions adopted by the delegates of the Muslim states, a fluidity that continued to be reflected in the text of the reservations entered by Muslim states at the time of ratification."[14] Some Muslim states who had made reservations with reference to Shari'a as a set of immutable laws, have also withdrawn these reservations, among them Bangladesh and Libya. It appears that the question of reservations is not so much based upon Shari'a as on political and social considerations and Islamic identity politics.

11 Sardar Ali, "Muslim Women's Contribution," 166ff.
12 Sardar Ali, "Muslim Women's Contribution," 156.
13 Sardar Ali, "Muslim Women's Contribution," 182.
14 Sardar Ali, "Muslim Women's Contribution," 176.

C. Muslim nation-states, Shari'a and Islamic identity politics

The number of reservations made by Muslim majority states with reference to Shari'a, from what the Committee considers being core provisions of the Convention, could be ascribed to the trend of religion becoming a significant factor in international relations. While the public discourse of Islam had steadily declined and was displaced by nationalism, anti-colonialism and socialism between the 1920s and the 1970s, subsequent political developments in the Muslim world made Islamic arguments into an instrument to advance policy objectives determined by worldly considerations. The defeat of the Arabs in the 1967 Arab-Israeli war and the attempt to burn down the al-Aqsa mosque in Jerusalem in 1969 led to the formation of the Organisation of the Islamic Conference (OIC) in 1969,[15] which was also a part of efforts to promote Islamic conservatism across borders as a counterbalance to secular and nationalist regimes in Muslim countries. Of utmost importance are also the 1979 Islamic Revolution in Iran, the rising influence of political Islam in the rest of the Muslim world in the 1980s, and the use of Islam to mobilize resistance in the Soviet-Afghan war (1979–89).

A key concept in the discourse of political Islam is Shari'a's perceived potential to cover all aspects of society's social, economic and political life, promoted as if designated a blueprint for the Islamic state. But Shari'a has also come to serve as an identity marker and play the role of "basic values" constituting Islamic identity, both private and public. At the domestic level Shari'a is used as an argument for Islamization of laws, or against proposals for legal reform. Family laws have become the prime example and an identity marker of Shari'a as a slogan of "us" and "them" and a battle-ground of opposing views on women's rights. More secular-oriented governments, too, have to be mindful of their people's sensitivities and compass them into their calculations and actions, including the realm of foreign policy.

One example of Islamic identity politics is the claim that international human rights are essentially a "Western" concept, meanwhile bringing

15 Now: Organisation of Islamic Cooperation.

forward conceptions that claim an Islamic origin. This trend of "Islamization" of human rights has been expressed in a number of documents on human rights issued by Islamic organizations, the Cairo Declaration on Human Rights in Islam, adopted by the OIC in 1990, being the most well-known among them.[16] The main claim in the Declaration is that Islamic values and traditions are not taken into consideration in the practice of international human rights, hence the reason for and legitimacy of an Islamic human rights declaration. The claim is based upon the notion that human rights always have been recognized in Shari'a, which, in Heiner Bielefeldt's words, is considered "an absolute foundation for protecting the rights and duties of every human being."[17] But the Declaration has attracted extensive criticism by human rights experts[18] because Shari'a is used as the only frame of reference and the guideline for interpretation, and is used to legitimize, among others, discrimination of women. In the absence of an approved international authority with the expertise to interpret Shari'a, it is also up to each state to assess whether these standards are met. This is contrary to the purpose of international human rights: to protect the individual from the arbitrary abuse of the state.

Bielefeldt criticizes the Cairo Declaration because, even though its article 1 declares that all human beings are "equal in terms of basic dignity and basic obligations and responsibilities, without any discrimination on the grounds of race, color, language, sex, religious belief, political affiliation, social status, or other considerations," this is not, according to his opinion, clearly connected to equal *rights*.[19] It could open for entitling rights on the basis of complying with expectations of a certain behavior, not due to just being a human being. Expectations of behavior according to traditional gender roles with reference to Shari'a are particularly relevant for the question of women's rights. The concept of human dignity is also a basic principle of international human rights, but it differs from the Cairo

16 Heiner Bielefeldt, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions? A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights," *Political Theory* 28, no. 1 (February 2000), 104.

17 Bielefeldt, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions," 104.

18 See for example Ann Elisabeth Mayer, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics* (Boulder: Westview Press, 2012); Bielefeldt, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions," 105.

19 Bielefeldt, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions," 105.

Declaration in the sense that it is *unconditional*. It is not something that a person first has to demonstrate before being entitled to a right.[20]

However, the OIC itself has become critical of the Declaration, and has provided signals that it will be reviewed and updated.[21] This will take place within the framework of the Independent Permanent Human Rights Commission launched by OIC in 2011. The objective of the Commission is to protect human rights in member states and Muslim minorities worldwide, in line with universal human rights norms and standards – and Islamic principles of justice and equality.[22]

D. Islam and the question of reform

There is a widespread notion that Islam, as the supposedly monolithic and unchangeable religion of the collectivity of Muslims, and women's rights according to international human rights standards mutually exclude each other. Many Muslim scholars and ordinary Muslims who are resisting reform, oppose the use of the word, according to Tariq Ramadan, because they think it represents a threefold danger to the Islamic tradition.[23] For some "reform" means changing Islam, perverting it to adapt it to current times, which is not acceptable. For others "reform" is something foreign, imported from the Christian tradition, causing Islam to lose its substance and soul. The third reason for resistance against the concept is based upon the "timeless" character of Islamic teachings, which are in no need of reform. Those who defend discriminatory family laws claim that their provisions are divinely revealed and unchangeable.

---

20 Bielefeldt, Ghanea and Wiener describe the dignity versus rights based approach as follows: "Some critics assume that there is a general antagonism between a 'rights based approach' and a 'dignity based approach'. While the rights based approach respects everyone's rights, regardless of their moral or less moral behavior [as long as this does not negatively affect the rights of others], the dignity based approach allegedly subordinates rights to the actual moral standing of an individual." Heiner Bielefeldt, Nazila Ghanea and Michael Wiener, *Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary,* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 16.

21 As expressed by the former Secretary General of the OIC, Ekmeluddin İhsanoğlu, in a speech at the Human Rights Commission's first meeting in Jakarta in 2012. See https://www.brookings.edu/opinions/its-time-to-revise-the-cairo-declaration-of-human-rights-in-islam/.

22 http://oic-iphrc.org/en/about/.

23 Tariq Ramadan, *Radical Reform: Islamic Ethics and Liberation* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 11.

However, the debate over the question of reform and legal change is an old one among Muslim scholars. Throughout history efforts aiming at revival (*ihya'*), renewal (*tajdid*) and reform (*islah*) have been present. Premodern revival had a strong sense of spiritual dimensions of faith and practice, as in the case of imam Abu Hamid al-Ghazali's (d. 1111) *Ihya' 'ulum al-din*. In the modern era it refers to the attempt by Islamic thinkers who argue for more influence of Islam in the lives of Muslims who had been subjects to Western influence. The early calls for revival and renewal in the modern era emanated from multiple origins, depending on local contexts in the 18th and 19th century.[24] Different aspects of Islamic teachings were emphasized and developed into new sets of ideas and teachings, thereby defining new trends within Islamic thought and history.[25]

Reform of Islamic tradition to meet the needs of modern society, including technology and institutions that emerged in the nineteenth century, has later been labelled "Islamic modernism." One characteristic of this movement was the adoption of "modern" values that were associated with the modern world, such as rationality, science, constitutionalism and women's rights.[26] The modernist project consisted in bridging the gap between traditional Muslim culture and modern Western influences, without going against central Islamic dogma, such as the teaching about one God (*tawhid*), and that the Qur'an is the word of God as revealed to the Prophet Muhammad. Modern movements of revival and renewal are closely associated with, among others, Muhammad 'Abduh (d. 1905), who is considered to be the main architect of Islamic modernism. 'Abduh rejected unquestioning and uncritical conformity with legal precedent,

---

24 Ahmad Dallal, "The Origins and Objectives of Islamic Revivalist Thought, 1750–1850," *Journal of the American Oriental Society* 113, no. 3 (1993), 341–359. Dallal includes Shah Wali Allah al-Dihlawi of India (d. 1762) and 'Uthman ibn Fudi of West Africa (d. 1817).

25 While Muhammad Ibn 'Abd al-Wahhab of Arabia (d. 1787) sought to revive Islam's role by emphasizing *tawhid* and considered Sufi manifestations, such as visiting graves, as un-Islamic, other revivalist movements, such as the Sanusiyya in North Africa and the Mahdiyya in Sudan, sought to form a compromise between Sufism and traditional Islamic thought or practice.

26 A key book on women's rights is Qasim Amin's *Tahrir al-Mar'a* ("The Liberation of Women"). He demanded mandatory education of girls, at least on the "elementary level," the abolition of face veils and sex segregation, the right of women to decide for themselves on contracting marriage, a ban on polygamy, and delegation of the unilateral male right of divorce (*talaq*) to the judiciary. The book caused waves in public discourse and contributed to a watershed in the categorization of women-related issues in *fiqh* manuals and fatwa books throughout the 20th century.

traditional behavior, and doctrines (*taqlid*), and called for independent reasoning (*ijtihad*) to seek "new answers to new questions.[27]

The modernist Islamic movement, according to Charles Kurzman,

> "…was never monolithic, and variation, even deep disagreement, existed on virtually all subjects. […] The modernists' Islamic faith encompassed both mysticism and abhorrence of mysticism; strategic use of traditional scholarship; return to pristine early Islam and updating of practices in keeping with historical change."[28]

The questions that were raised and the approaches of what could be called the "first wave of modern reformers" are still with us.

The contemporary Islamic reformist thought represents a new wave that is responding to the new intellectual and political climate that emerged in the second half of the twentieth century. The political systems and developments in Muslim majority countries, economics, medical science, immigration of Muslims to Western countries, international human rights and gender equality are some of the themes that have been and are still on the agenda. Different reformist actors span a wide range of attitudes to reform, from those who limit themselves to proposing new norms to adapt to new circumstances, to those who would also reform the use of concepts and methods. Contemporary Islamic reformist thought is many-stranded rather than a single trend and doctrine, and various concepts and methodologies are tried out. One of these is the theory of *maqasid*, or objectives of Shari'a, also labelled "the ethical turn of Shari'a."[29]

[27] 'Abduh's point of departure was the distinction between *'ibadat* (worship), which in principle are unchangeable, and *mu'amalat* (social transactions) which in principle are changeable. In re-interpreting, 'Abduh stressed two methods of interpretation that legitimated change and adaptation: *maslaha 'amma* (public interest) and *talfiq* (selection and composition). *Maslaha 'amma* made it possible that "a jurist using his own reason might interpret the law in the light of public interest" – with regard to *mu'amalat*, and in those cases not covered by texts. *Talfiq* offered the option of choosing between the four schools of law to find a suitable interpretation for a case. The legitimation of *ijtihad* and the use of *maslaha* and *talfiq* enabled the justification and implementation of legal reforms that met the changed needs of society.

[28] Charles Kurzman (ed.), *Modernist Islam 1840–1940: A Sourcebook* (New York: Oxford University Press, 2002), 5.

[29] Ebrahem Moosa, "On Reading Shāṭibī in Rabat and Tunis," in *Maqāṣid al-Sharī'a and Contemporary Reformist Thought: An Examination*, ed. Adis Duderija (New York: Palgrave Macmillan, 2014), 177–192. On *maqaṣid al-Shari'a* as a modern common morality theory, see Lena Larsen, *How Muftis Think: Islamic Legal Thought and Muslim Women in Western Europe* (Leiden: Brill, 2018).

E. Maqasid al-Shari'a – a short history

The notion of *maqasid al-Shari'a*, or objectives of Shari'a, has been known since imam Ghazali, but is first and primarily tied to the Muslim scholar Abu Ishaq Ibrahim al-Shatibi (d. 1388), whose thought is the subject of growing interest among contemporary Islamic scholars, not least as a tool for the purpose of contemporary Muslim reformist thought. Shatibi's book *al-Muwafaqat*, where he discusses his theory of *maqasid al-Shari'a*, has been influential up to the present.[30]

However, the development of the *maqasid* theory already started, according to Kamali, with Abu 'Abd Allah al-Tirmidhi al-Hakim (d. 932), who was the first to use the *maqasid* concept. The concept is also referred to in the works of Imam al-Haramayn al-Juwayni (d. 1085), who was probably the first to classify the *maqasid al-Shari'a* into the three categories of *daruriyyat* (vital necessities), *hajiyyat* (needs) and *tahsiniyyat* (embellishments), which went on to become generally accepted. Al-Juwayni's student Abu Hamid al-Ghazali developed the idea of *maqasid* further. His contribution consisted not least in defining the contents of the *daruriyyat* category: the vital necessities are *din* (religion), *nafs* (life), *'aql* (the intellect), *nasl* (offspring), and *mal* (property).[31] Later Muslim scholars would expand this list of fundamental values.[32][33]

Central to the *maqasid* theory is the concept of *maslaha* (utility, interest), which, according to Masud, has as legal proof been the most-debated concept

---

30 For an overview, see Muhammad Khalid Masud, *Shatibi's Philosophy of Islamic Law* (Islamabad: Islamic Research Institute, 1995), 108–120. According to Masud, for example, Muhammad 'Abduh encouraged his students to read the book to gain insight into the "true" spirit of Islamic jurisprudence.

31 This list, Kamali says, was clearly based on an interpretation of the prescribed punishments (*hudud*) in the Qur'an and the Prophet's Sunna. The values that these punishments were meant to protect were defined as fundamental.

32 Kamali notes that Shihab al-Din al-Qarafi (d. 1285) added *'ird* (honour), and Taqi al-Din ibn Taymiyya (d. 1328) added the fulfilment of contracts, preservation of kinship ties, and respect for rights of one's neighbours in this world, and love of God, honesty, trustworthiness and moral purity with regard to the next world. He thus revised a finite list of values into an open one, Kamali says. Ibn Taymiyya's approach has been endorsed by modern-day scholars and is being built on inter alia by al-Qaradawi. In conclusion, Kamali claims that the list seems ripe for further additions, which will depend on the priorities of each era. Mohammad Hashim Kamali, *Maqāṣid al-Sharī'ah Made Simple* (London: International Institute of Islamic Thought, 2008), 8–12.

33 Kamali 2008, 8–12.

in the history of Islamic law.[34] Abu Hamid al-Ghazali defined *maslaha* as preservation of the purpose (*maq'id*) of the law (*al-shar'*), which he defined as preservation of the five *daruriyyat*.[35] He employed a textual approach and further divided *maslaha* into three categories: *maslaha* that is endorsed by a textual proof, *maslaha* that is rejected by a textual proof, and *maslaha* for which there is no textual proof. This latter category (*maslaha mursala*) is acceptable as long as it is a matter of preserving *maslaha* with respect to the five objectives of Shari'a. As for *maslaha* that falls under the categories of *hajiyyat* (needs) and *tahsiniyyat* (embellishments), al-Ghazali held that supporting textual proof is required for the derivation of a norm. Abu Ishaq al-Shatibi (d. 1388) employed the inductive method and concluded that *ma'la'ah* was the main objective of Shari'a. Shatibi's theory of *maqasid*, according to Masud, does take reason into account. The objective of the Lawgiver is people's *maslaha*, which is an independent principle, decoupled from Islamic legal theory. The commands of Shari'a are meant to protect the *maqasid al-Shari'a*, which aim to protect people's interests (*masalih*). According to Masud, Shatibi divides the *maqasid* or *masalih* into the *daruri* (necessary), the *haji* (needed) and the *tahsini* (commendable). These three kinds of *masalih* complement and protect each other. The relationship between them can be likened with three concentric circles. Innermost, we find the *daruriyyat,* next the *hajiyyat* and finally the *tahsiniyyat*.[36]

Masud's restatement of Shatibi in modern terms has been summarized as follows in the context of family law:

> Al-Shatibi places the family in the first circle as a basic natural need. The legal norms in the second circle, e.g. norms regulating marriage, divorce and inheritance, are required to protect the family. They are not in themselves basic needs. The social preferences (third circle), such as that marriage partners be of equal social standing (*kafa'a*), or the provision of a proper dower (*mahr al-mithl*), are refinements that help ground legal norms in a local culture. The absence of these social norms and

[34] Masud, *Shatibi's Philosophy*, 161. Masud gives a survey of research on the concept of *maslaha* in ibid., 129–135.
[35] Quoted in Masud, *Shatibi's Philosophy*, 139.
[36] Masud, *Shatibi's Philosophy*, 153.

> practices, Masud argues, does not violate the legal norms that sustain the institution of the family, i.e. the second circle. Hence, these values may change with time, and new cultural values may replace old ones.[37]

Masud's interpretation of Shatibi's theory of objectives of Shari'a is considered a source of arguments for gender equality. Gender equality, however, is a modern ideal, and among the "newly created issues," for which there are no previous ruling.[38] Therefore there is a need for a new *ijtihad*, interpretive reasoning on the topic in question. The core question is how to interpret the concept of justice, which according Ibn al-Qayyim (d. 1350) is the overall objective of Shari'a.

F. Shari'a and the challenge of equality before the law

Many Muslims identify with Ibn al-Qayyim's idea of Shari'a:

> The fundamentals of the Shari'a are rooted in wisdom and promotion of the welfare of human beings in this life and in the hereafter. Shari'a embraces Justice, Kindness and the Common Good and Wisdom. Any rule that departs from justice to injustice, from kindness to harshness, from the common good to harm, or from rationality to absurdity cannot be part of Shari'a.

But the understanding of what is "just" is changeable. Ibn al-Qayyim regarded Shari'a in its abstract form as just but did not see injustice in the prevailing norms when women were not given equal rights. He regarded the wife as her husband's prisoner and as akin to a slave. His idea of justice hence shows that justice can be understood on two levels: it can be left

---

37 Ziba Mir-Hosseini et al., *Justice Through Equality: Building Religious Knowledge for Reform of Muslim Family Laws* (Oslo: Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief, 2013), 24. https://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/oslocoalition/docs/justice-through-equality.pdf.

38 Mir-Hosseini et al., *Justice Through Equality*, 1–3.

in the abstract, or it can be interpreted in terms of specific norms. The normative understanding will depend on the common morality of society.

Any interpretation will be based upon time and place. The contest over Muslim family law involves two notions of justice, one pre-modern and one modern, in opposition to each other: in the premodern age the notion of justice was based upon the philosophy of Aristoteles, according to which equal rights for unequal people would be unjust. Instead, people would have rights according to gender and social belonging. In modern times, the understanding of rights, justice and a just law have changed. People are considered to have rights based upon their dignity as human beings, regardless of gender.[39] These two understandings of justice correspond with an old controversy: The relation between transmitted knowledge (*naql*) and reason (*'aql*).

Traditional Islamic law in this field is based on scholarly interpretations of the Qur'an 4:34:

> "Men are the protectors and maintainers (*qawwamun*) of women, because Allah has made one of them to excel the other, and because they spend (to support them) from their means. Therefore, the righteous women are devoutly obedient, and guard in the husband's absence what Allah orders them to guard…"

This verse has been interpreted in the light of the community where the interpreters lived, patriarchal societies and tribal communities in premodern times, and from their perceptions the term *qiwama* or guardianship was derived. The concept has developed into a principle and a whole value system of legal consequences, based on the notion that God has made men maintainers of women and placed them under men's authority.

Interpretations of the verse have been a linchpin for deriving norms of gender relations and views on the rights and duties of men and women, in private and in public. The man has the responsibility of maintenance in exchange for obedience from his wife and the right to admonish her, to unilateral repudiation (*talaq*) and the right to marry up to four wives. The woman, in turn, inherits half as much as her brother, carries half the weight of a male as a witness, is prevented from having certain positions in society,

[39] Mir-Hosseini et al., *Justice Through Equality,* 17.

and is denied equal right with her husband with regard to the nationality of their children.[40]

These norms have been codified into family laws in Muslim majority countries. However, the flexibility of the Islamic legal tradition suffered a setback due to the introduction of the civil law system in the modern Islamic world.[41] The result of religious norms in the field of marriage and family becoming legalized and politicized was the standardization and restriction of interpretation of women's rights and roles.

In the case of Muslims living as minorities, gender relations based on traditional *fiqh* are often considered to be a part of the Islamic *tradition*, which often acts as an informal norm system.

The *qiwama* concept in traditional *fiqh* was considered to be just in patriarchal, often tribal social systems. It reflected social circumstances that do not necessarily apply anymore. Since the end of the 19th century, women's questions and their quest for rights have challenged the perception of justice. Based upon their experiences Muslim women are challenging traditional interpretations and norms on women's issues. What if the wife is the breadwinner of the family? Is she still supposed to be obedient? Or should the principle of reciprocity and equality apply? The social reality of Muslim women's lives on the ground leads to questioning whether traditional gender relations and roles are just.[42]

The modern understanding of justice is considered by many Muslim scholars to agree with the egalitarian message of Islam and is in agreement with international human rights principles. It would serve as lens when approaching the interpretative legacy of *qiwama* and *wilaya* in the *tafsir* literature, and when approaching legal postulates that have been used in the construction of Muslim family laws. Understanding this construction as a historical and cultural process would make it possible to refute patriarchal interpretations and rulings on marriage and divorce rights.[43]

---

40 Mir-Hosseini et al., *Justice Through Equality*, 14.

41 See i.e. Judith Tucker, *In the House of the Law: Gender and Islamic Law in Ottoman Syria and Palestine* (Cairo: The American University in Cairo Press, 1999).

42 See for example The Global Network Musawah's life story project at http://www.musawah-lifestories.org/

43 Zainah Anwar and Ziba Mir-Hosseini, "Decoding the 'DNA of Patriarchy' in Muslim Family Laws," OpenDemocracy, 21 May 2012, https://www.opendemocracy.net/en/5050/decoding-dna-of-patriarchy-in-muslim-family-laws/.

Many Muslim women experience that they have to choose one of the two seemingly contradictory options: they can choose gender equality and abandon their religion, or they can keep their religion, thereby sacrificing their conviction of gender equality. The conflict raises the problem of the right of individuals to have a different interpretation of Islam than the dominant understanding of Islam and that of the state, for example an interpretation that supports gender equality. Gender equality has become an issue of freedom of religion or belief.

G. Freedom of religion or belief and the principle of non-discrimination

The former UN Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Heiner Bielefeldt, in one of his reports recognizes the importance of religion or belief in a person's life for freedom of religion or belief. He states that for many people, religious convictions, spiritual values and norms that claim a transcendent origin constitute a most important part of their daily lives and possibly the backbone of their personal and communal identities.[44] The importance of religion or belief is also well recognized and spelled out within the field of anthropology. The American anthropologist Clifford Geertz (d. 2006) ascribes to the human being an almost biological need for meaning. While animals survive and behave based on instincts, human beings relate to culture in the form of symbols. These symbols serve as both a model of and a model for practice, "as it establishes powerful, pervasive, and long-lasting moods and motivations in men by formulating conceptions of a general order of existence and clothing those conceptions with such an aura of factuality that the moods and motivations seem uniquely realistic."[45] In this way religion as a symbol system helps to explain how religion contributes to constituting human beings as human beings.[46]

---

44 The 1981 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief states, "religion or belief, for anyone who professes either, is one of the fundamental elements in his conception of life." http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx.

45 Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures* (New York: Basic Books, 1973), 94–119.

46 Geertz, *The Interpretation of Cultures*, 93.

Religion is also about belonging, "correct" practice of everyday living, and religion in society – and the reference of its moral and legal order.[47]

The right to freedom of religion or belief is a fundamental right. It has two distinct though interdependent aspects, referred to as *internal* and *external* freedoms. Internal freedom is an individual's absolute freedom to have, maintain, adopt and change a religion or belief. It denotes the individual's choice, made in the inner, private domain, which the individual may make known to others in private and public. External freedom is an individual's freedom, either alone or in community with others, in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance. While internal freedoms are inviolable, external freedoms are often intertwined with other human rights, and may be restricted when three conditions are met: Restrictions must be prescribed by law, must be pursuant to one or more specified, public interest grounds such as public safety, order, morals, or the fundamental rights and freedoms of others, and thirdly must be "necessary" to protect one or more of the mentioned public interests.[48]

According to the human rights approach in general, freedom of religion or belief protects human beings as the only rights-holders. It protects believers rather than beliefs, but at the same time recognizes that there is interrelatedness between them. This interrelatedness between believer and belief is always tackled from the angle of the human being. It

> "…presupposes openness for the deep emotional attachment which many believers feel for their belief as well as the profound sense of loyalty that typically accompany it. However, to take religions and beliefs seriously also implies *taking pluralism seriously*, including sometimes irreconcilable differences in world-views and practices."[49]

47 The social anthropologist Talal Asad defines Islam as a discursive tradition (but any religion could be defined as a discursive tradition): "A tradition consists essentially of discourses that seek to instruct the practitioners regarding the correct form and purpose of a given practice that, precisely because it is established, has a history. These discourses relate conceptually to a *past* (when the practice was instituted, and from which knowledge of its point and proper performance has been transmitted) and a *future* (how the point of practice can best be secured in the short or the long term, or why it should be modified or abandoned), through a *present* (how it links to other practices, institutions, and social conditions)." Asad, *The Idea of an Anthopology of Islam* (Washington, D.C.: Georgetown University, Center for Arab Studies, 1986), 14.

48 International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR), article 18 (3).

49 Bielefeldt, Ghanea and Werner, *Freedom of Religion or Belief*, 11.

Freedom of religion or belief is a right grounded in freedom and equal dignity, two fundamental principles of human rights. It includes freedom of choice, as well as freedom to have an interpretation of religion or belief that differs from the dominant interpretation *within* a religion or belief. Furthermore, it includes the right to equality and non-discrimination. The right to non-discrimination on ground of religion or belief is spelled out in detail in the 1981 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief.[50] The Declaration states that no one shall be subject to discrimination by any state, institution, group of persons, or person on the grounds of religion or belief, and that discrimination between human beings on grounds of religion or belief constitutes an affront to human dignity and a disavowal of the principles of the Charter of the United Nations. It shall be condemned as a violation of the human rights and fundamental freedoms proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights and enunciated in detail in the International Covenants on Human Rights. It is the responsibility of the state to take effective measures to prevent and eliminate discrimination on the grounds of religion or belief in all fields of civil, economic, political, social and cultural life. This includes making all efforts to enact or rescind legislation where necessary to prohibit any such discrimination on the grounds of religion or other beliefs.

H. Freedom of religion or belief and gender issues

Gender issues constitute one of the most controversial topics in the field of freedom of religion or belief. It has traditionally been a topic considered to belong within the context of CEDAW, and gender equality and freedom of religion or belief have been considered in opposition to each other. It has been construed as a zero-sum game. Any progress concerning gender equality is often claimed to indicate a defeat for freedom of religion or belief, which in turn is considered to be a hindrance to gender equality. The previous UN Special Rapporteur, Heiner Bielefeldt, calls this a

50 https://undocs.org/en/A/RES/36/55.

misunderstanding and argues for a holistic approach to human rights, in line with the outcome document of the Vienna World Conference on Human Rights from 1993. It states that all human rights are universal, indivisible and interrelated and interdependent.[51] Furthermore he notes that upholding a holistic approach has direct consequences for human rights practice, in particular for those numerous persons who are exposed to combined forms of vulnerability at the intersection of different human rights norms.[52] The two norms should mutually reinforce each other, based upon two principles: freedom of religion or belief should be integrated into gender-related anti-discrimination programs, and policies promoting freedom of religion or belief should systematically integrate a gender perspective. At the core is the principle of non-discrimination.

The challenge of fulfilling the principle of non-discrimination based upon the mentioned holistic approach is an obligation of states parties. It includes the obligation to take appropriate measures to modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, based upon the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes.[53] "To fulfill this obligation, States parties must critically address cultural practices that accord unequal roles, positions and opportunities in family life, labor markets, public and political life and society at large."[54] Muslim states' reservations to CEDAW with reference to Shari'a is an example of cultural patterns being interwoven with religious norms and practices. Complications emerge when these states enforce family laws that mostly reflect traditional understandings of gender roles perpetuating inequality between men and women. This represents states' indirect claim to binding authority in the interpretation of religious sources and norms, which is problematic from the perspective of freedom of religion or belief. It fails to protect the freedom of individuals to have dissenting convictions or beliefs, including egalitarian interpretations of religious sources.

51 http://www.un-documents.net/ac157-23.htm.

52 Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, 7 August 2013, hereafter (UN Doc.) A/68/290, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/A.68.290.pdf.

53 See article 5 (a) of CEDAW.

54 A/68/290, 10. Examples are given by reference to recommendations from the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Violence against women (No. 12:1989 and No. 19:1992); Equal remuneration for work of equal value (No. 13:1989); Female circumcision (No 14:1990); and equality in marriage and family relations (No. 23:1997).

When different interpretations oppose each other, the challenge for the state is to protect all individuals' right to freedom of religion or belief. "Competing" interpretations should be assessed as to whether they become subject to legitimate limitations as stated in article 18 (3) in the International Convention of Civil and Political rights. One key parameter for assessing claims of freedom of religion or belief is whether individuals or groups argue for harmful practices. To protect women's and girls' human rights, states are obliged to enforce prohibitions of harmful practices, such as female genital mutilation, domestic violence and child marriage. This necessarily includes limitations on interpretations that endorse such practices.

I. The way forward

The realization of international human rights is an ongoing process that includes reports by UN Special Rapporteurs in their respective fields.[55] A part of the reports provided by the rapporteurs are recommendations to stakeholders, including states and civil society organizations. In the report on Freedom of religion of belief and equality between men and women from 2014,[56] the Special Rapporteur recommends that states should ratify all core international human rights instruments, and are encouraged to withdraw existing reservations; should identify and close human rights protection gaps in personal status laws; and should provide an open framework in which existing and emerging pluralism can unfold freely and without discrimination, including gender sensitive developments within different religious traditions. States and other stakeholders should search for practical synergies between freedom of religion or belief and equality between men and women and encourage positive developments in this regard; develop effective strategies to eliminate negative stereotypes based upon gender as

[55] The UN has 39 Special Rapporteurs. A Special Rapporteur is appointed by the United Nations (UN) Human Rights Council, and works on behalf of the UN with a specific country or thematic mandate from the Council. The Special Rapporteur acts independently of governments, and plays a role in monitoring nations' and governments' policies. He or she receives personnel and logistic support from the office of the UN High Commissioner of Human Rights office, but does not receive any financial compensation for the activities performed. See http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Currentmandateholders.aspx .

[56] A/68/290.

well as religion or belief; design policies to empower individuals exposed to gender-related discrimination with attention to the concerned persons themselves; ensure that legislative or jurisdictional restrictions on freedom of religion or belief, if deemed necessary to eradicate harmful practices and to promote gender equality, are in conformity with the criteria laid down in article 18, paragraph 3, of the International Covenant on Civil and Political Rights; and reinforce educational efforts to promote respect for diversity, including diversity in the areas of gender and freedom of religion or belief. Bielefeldt also recommends that states should identify and close human rights protection gaps in personal status laws, including denominational family laws, which disproportionately affect women from religious or belief minorities. The purpose, he notes, must be to create family law systems that fully respect equality between men and women while at the same time doing justice to the broad reality of religious or belief diversity, including persuasions that go beyond the realm of traditionally recognized religions. The recommendations are based upon the notion that every person should live in equality, dignity and freedom, which represents a vision of social justice for our time. Freedom of religion or belief and equality between men and women is part of this vision. It is both possible and necessary that Islamic arguments are included to realize the vision.

CHAPTER 4

An Intersection Between Shari'a And Human Rights

(A Discourse of the Encounter Between the Two in Indonesia)

Syamsul Arifin and Nafik Muthohirin
Center for Religion and Multiculturalism Study,
University of Muhammadiyah Malang

A. Introduction

This article examines the intersection of the discourses on Shari'a and human rights in Indonesia. Considering the fact that these two contexts are often seen as contradictory, whether as concepts or instruments, while both actually share humanist dimensions, a thorough examination of this subject is important. Views of Shari'a and human rights as contradictory generally refer to a notion that human rights derive from human reason, while Shari'a derives from revelation. This article is an exploration of the compatibility between the two.

Furthermore, it also endeavors to develop mutual and complimentary points of view. Such principles as protection, respect, and appreciation are basic to human values. Consequently, the discussion will avoid any tendencies to take sides. For this reason, this article is designed to open sapece for dialogue on Islamic legal practices, which are often associated with the violation of human rights, and on the international concept of human rights, which is often viewed as a new instrument of colonialism proclaimed by Western countries. For certain Muslim groups, human rights are considered the product of Western thought, and therefore inherently incompatible with non-Western contexts, including the Indonesian one.[1]

[1] See Muhammad Hafiz, "Dinamika Hukum dan Hak Asasi Manusia di Negara-negara Muslim", *Jurnal al-Ahkam* 23, no. 2 (October, 2013), 201–224.

As a result, it is often the case that the supporters of human rights are labeled liberal thinkers,[2] even henchmen of the Western world, although this is highly debatable.

In recent times, this stereotyping has intensified, especially when specific cases related to human rights appear. Ironically, the tensions around such a stereotypes are often exacerbated by religious scholars, for example, through the fatwas (non-binding rulings in religious matters) issued by the Indonesian Ulema Council, such as the case of the expulsion of the Shi'a group in Sampang, Madura in 2012.

B. The Dilemma of a Muslim-Majority Country

Empirical evidence suggests that when human rights violations concerning religious groups in this country take place, there is nearly always an excessive response. In some cases, it even resulted in anarchy. In June 2017, for example, Fiera Lovita, a doctor in a Hospital in Solok, West Sumatra, was persecuted by Front Pembela Islam (FPI, Islam Defenders Front) since she was considered to insult its leader Rizieq Syihab through her Facebook status regarding a case of pornographic content.

The abundance of references discussing Shari'a and human rights shows that this discourse attracts the interest of researchers, as two opposed poles tend to form around the developing issues. In the effort to protect a religious minority group, for example, human rights activists force governments to take quick action to protect them. But certain Muslim groups stand on the opposite side. For them, government should take decisive action by not recognizing the existence of religious minority groups.

Even in the more open democratic political climate that Indonesia enjoys today, it seems that responses to various problems concerning principles of human rights and Islamic law will always attract controversy. This is due to the emergence of exclusivist views that international human rights are incompatible with the principles of Islamic law, being

[2] See, for instance, the articles on the following website: https://www.nahimunkar.org/komnas-ham-kembali-dikuasai-kaum-liberal/.

the brainchild of Western nations. In the post-reform era, as any political restrictions were lifted, the presence of Muslim groups in this category has grown significantly. They have spoken up for their ideas more loudly than activists and defenders of human rights. It is unsurprising that the intersection between Shari'a and human rights almost always meets a dead end, especially in responding to various contemporary issues.

The emergence of exclusivist Muslim groups is not the only factor marking the beginning of the clash between Shari'a and human rights in the post-New Order Indonesia. Arskal Salim and Azyumardi Azra refer to four important developments which greatly influenced the enforcement of human rights: Firstly, the ideological shift of Partai Persatuan Pembangunan (PPP, United Development Party) and Partai Bulan Bintang (PBB, Crescent Star Party) from *Pancasila* (Five Basic Principles) to Islam; secondly, the increased demands for implementation of Shari'a in some regions; thirdly, the emergence of hardliner groups such as Front Pembela Islam (FPI, Islam Defenders Front), Majelis Mujahidin Indonesia (MMI, Indonesian Mujahidin Council), Laskar Jihad (Warriors of Jihad) and Hizbut Tahrir Indonesia (HTI, Indonesian Hizb al-Tahrir); and lastly, the increase in popularity of the Islamic press, such as *Sabili*, a weekly with a current print run of 100,000.[3]

These factors are inevitably important in leading to the hardening of Muslim religious understanding, which also reinforces the existence of hardliners. The impact is that various types of violence mobilized by hardline groups occur very frequently. One example is the FPI's attack on Aliansi Kebangsaan untuk Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan (AKBB, National Alliance for Freedom of Religion and Belief), after this alliance defended the civic rights of Jamaah Ahmadiyah in the city of Cikeusik in 2008. It has been publicly known that Ahmadiyya communities have been attacked, which resulted in the casualty of three Ahmadiyya members,

[3] A more complete explanation about this issue may be read in Syamsul Arifin, *Attitudes to Human Rights and Freedom of Religion or Belief in Indonesia: Voices of Islamic Religious Leaders in East Java* (Yogyakarta: Kanisius, 2010), 11–13. Cited from Arskal Salim and Azyumardi Azra, "Introduction: The State and Shari'a in The Perspective of Indonesia Legal Politics," in *Shari'ah and Politics in Modern Indonesia*, ed. Arskal Salim and Azyumardi Azra (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2003).

some mosques being destroyed (2011), and a group of people claiming to be a Sunni group expelling Shi'a followers in Sampang, Madura (2012).

On the other hand, the government seems indecisive when it comes to enforcing the law and protecting the victims of human-rights violations. The punishment of the perpetrators responsible for the violence and destruction of the mosque in Cikeusik is an example. Given the law that they violated, it seems unfair that they were sentenced to only three months in jail.[4] Taking into account the whole situation, it is unsurprising that since the fall of the New Order regime (1998), threats and violations of human rights have continued in the name of religion. As the majority of Indonesians are Muslims, and many of them take the point of view that anything coming from the West should be rejected, the government tends to be reluctant to implement the concept of human rights in full. Moreover, in the case of protecting minority groups, the government is also frequently absent. This is because it would have to disagree with Muslim groups that take a rigid stance on human rights. Again, this is because hardliner groups think that the concept of international human rights is against the Shari'a, and see human rights as an instrument of hegemony of thought that may destroy the cultural system of the Muslim *umma*.

Given the recent trend in human rights violations in Indonesia, intolerance may continue to increase in the coming years. In 2016, Setara Institute released a report entitled *Tindak Intoleransi Beragama dan Berkeyakinan* (Intolerant Acts of Religion and Belief). The report recorded 208 incidents of violation of religion and belief, accompanied by 270 acts of violence. Such forms of intolerance towards different religious views makes clear the disharmonious relationship between Islam and human rights. At the same time, the perpetrators of the violence are Muslims who claim to be defenders of the divinely revealed religion. Inevitably, this fact has changed the image of Islam, which is actually peaceful, hospitable, and tolerant, into a religion of hate propaganda, hostility, and anarchy.

[4] The government's unclear response to the violation of human rights is seen in some other cases such as the policy of capital punishment, same-sex marriage (Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender/LGBT), interfaith marriage, and murders of activists. In some sensitive issues, the government does not dare to side with human rights. Although some criticism of the government is made by many activists and defenders of human rights, the state still appears not to care about the problems.

In addition, many studies on human rights reveal that any acts endorsed by states or people with the aim of threatening or attacking groups of different religions and belief is considered as persecution.[5] Therefore, this behavior contradicts the principle of human rights. Islam teaches the opposite: to glorify and appreciate human values. For example, there is a strong emphasis on justice, with Qur'anic texts instructing Muslims to act justly (5:8–10), care for other human beings (107:1–7), avoid hostility to one another (49:12), and establish togetherness (49:10).[6]

Qur'anic verses inherently contain teachings of glorification and liberation of human beings.[7] Even in the context of the prophecy of Muhammad, the main goal is also to glorify basic human rights as protecting God's creatures. Imam al-Shatibi, considering the basic principles of humanity, called this the primary benefits (*al-daruriyyat*).[8] Primary benefits include the need to protect religion (*hifz al-din*), life (*hifz al-nafs*), intellect (*hifz al-'aql*), property (*hifz al-mal*) and offspring (*hifz al-nasb*). Therefore, the basic concept of Islam encompasses both the transcendental dimension and advice to each human being to respect diversity, life, and freedom of thought, and guarantee the right to an adequate life for all human beings. The doctrine of "primary benefit" is what principally places Islam as more than a religion, rather a perfect civilization.

The modern human rights concept was historically initiated by the winners of the Second World War (1939–1945) who felt that they were responsible for restoring human life globally after the era of destruction. In the post-war era, people were haunted by the fear of threats of subsequent wars, starvation, poverty, murders, and other forms of dehumanization. A

---

5 See S.M. Eltayeb, "A Human Rights Framework for Defining and Understanding Intra-Religious Persecution in Muslim Countries," in the *Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the Millenium*, 83–91, ed. Nazila Ghanea (Leiden: Martinus Njihoff, 2003).

6 To get a fairly complete picture of Islam teachings on peace strategies, see Mohammed Abu-Nimer, *Nonviolence and Peace Building in Islam: Theory and Practice* (Florida: University Press of Florida, 2003). Abu-Nimer is a senior adviser in an international institution committed to promoting peace and religious dialogue, and to educate young leaders in various countries on religions and peace, KAICIID (King Abdullah bin Abdulaziz International Centre for Interreligious and Intercultural Dialogue).

7 For more information, see Kuntowijoyo, *Paradigma Islam: Intrepretasi untuk Aksi* (Jakarta: Mizan, 1991).

8 See Abu Ishaq al-Shatibi, *al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'a*, vol. 2 (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyya, n.d.), 3–23.

number of countries such as England, USA, France, the Soviet Union and China sought to restore world peace. A new consensus on human rights was agreed upon through the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) in 1948.[9] It is from this legal and institutional development that the conceptual and institutional basis of the contemporary international human rights was built.[10]

Regarding the ratification of human rights, Indonesia may be said to be more advanced than other Southeast Asian countries (except the Philippines). Up to now, as the most populous Muslim country on the globe, Indonesia has ratified eight international human rights conventions.[11] However, since 2005, despite encouragement offered by human rights activists, efforts to ratify various instruments of human rights have faced considerable obstacles. In contrast, although the Indonesian government has ratified many international instruments of human rights, in practice, it has not implemented them seriously.[12] In fact, as a permanent member of the United Nations, Indonesia should implement them maximally. The government seems to consider political interests rather than struggling for the voice of humanity. This problem can be clearly seen, for instance, from the fact that 81 families consisting of 335 followers of Shi'a Sampang (Madura) who were expelled some years ago from their hometown have remained in apartments in Jemundo (Sidoarjo). They live very difficult lives.

---

9 The UDHR states inter alia that each human being has the right (1) to life, liberty and security of person; (2) to recognition everywhere as a person before the law; (3) to legal guarantees in criminal cases; (4) to enter or to leave a country; (5) to own property; (6) to freedom of opinion and expression; (7) to freedom of belief; (8) to work; (9) and to trade.

10 See Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, and Eko Riyadi (eds.), *Hukum Hak Asasi Manusia* (Yogyakarta: PUSHAM UII, 2008), 34. For the history of human rights in a critical perspective, see Sumner B. Twiss, "History, Human Rights and Globalization," *The Journal of Religious Ethics* 32, no.1 (Spring, 2004), 39–70.

11 Out of 50 international instruments made by the United Nations, there are merely 8 instruments that have been ratified by Indonesia, namely: 1) Convention on the Political Rights of Women (Law No. 68/1958); 2) Convention on the Elimination of All Kinds of Discrimination against Women (Law No. 7/1984); 3) Convention against Apartheid in Sports (1958); 4) Convention on the Rights of the Child (Presidential Decision No. 36/1990); 5) Convention Against Torture, Treatment and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Law No. 5/1998); 6) Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Law No. 29/1999); 7) a number of ILO conventions (concerning labor); and 8) the International Covenant on Civil and Political Rights (Law No. 12/2005).

12 About the practice of ratification of Human Rights by Indonesia, see Debora Aprilany Grace Rompis, "Praktik Ratifikasi terhadap Perjanjian Internasional Hak Asasi Manusia di Indonesia," *Jurnal ex Crimen* 6, no. 4 (June 2017), 135–144.

They are jobless and depend on charity to afford their basic needs. At the same time, their children do not have access to education.

As the most populous Muslim country, Indonesia should become a model for the practice of "good relations" between Shari'a and human rights for other Islamic countries. Considering the chaotic situation in a number of states in the Middle East, countries such as Tunisia, Iraq, Libya, or even Saudi Arabia cannot be expected to implement human rights better in terms of respecting and protecting women, activists and children. At this level, Muslims should think openly by understanding their religious doctrine progressively in order to reveal the compatibility of Islamic law and human rights: to struggle for human values.

C. The Intersection Between Human Rights and Shari'a

The classical debate on the relationship of human rights and Islamic law seems never-ending.[13] Developing strong arguments, two main groups have emerged from this debate, namely those who reject the concept of human rights (antagonistic) and those who accept universal human rights (accommodative/negotiative).[14] The antagonistic group are suspicious of the proponents of human rights based on the conviction that human rights are a point of entry for the destruction of cultures of Eastern nations. At the same time, the accommodative group takes a different position by accepting human rights concepts since they encompasses the human struggle in line with the spirit of the age.

---

13 Conflict between Islamic laws and human rights may be traced since the UN announced the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) in 1948. Reactively, the countries with Muslim majorities, especially in the Middle East, refused it since it was considered colonialism in a new form during the post-World War II period.

14 See Muhammad Hafiz, "Dinamika Hukum Islam dan Hak Asasi Manusia di Negara-negara Muslim," *al-Ahkam* 23, no. (October 2, 2013), 202–203. See also Bassam Tibi, "Islamic Law/Shari'a, Human Rights, Universal Morality and International Relations," *Human Rights Quarterly* 16, no. 2 (1994), 277–285. As additional information, see the debates on Shari'a and human rights in the perspective of Sufism in Fait A. Muedini. "Examining Islam and Human Rights from the Perspective of Sufism," *Muslim World Journal of Human Rights* 7, no. 1, article 1 (2010), 1–23.

Some Muslim scholars, such as Abdullahi Ahmed an-Na'im, Mashood A. Baderin and 'Abid al-Jabiri, adopt a moderate position. They build a bridge which enables the negotiation of human rights and Islamic law (complementarity, adaptation and adjustment). Baderin, for example, holds that since the nineteenth century, various challenges and problems have required the modifications of Islamic legal methods. The challenges of modernity caused by the interaction of Islam and the West have impacted human interactions in various sectors. As a result, Islamic law should adapt itself to contemporary perspectives, including the adoption of a human-rights point of view.[15]

In a similar tone, an-Na'im posits that the human rights concept is basically a universal idea, and that the UDHR is an important instrument for the protection of human dignity and well-being. An-Na'im presents the example of the parallel of Islamic law to the modern human rights concept in the case of the abolition of slavery, which was certainly a manifestation of the principle of equality among human beings as stated in the universal human rights documents.[16] The same case can also be made through the acceptance of Islamic law referring to Meccan verses which are more egalitarian in nature, without discriminating on the grounds of sex, religion and belief, race and the like.[17] On the position of human rights and Shari'a, an-Na'im sees a need to renew Islamic law in order to answer the challenges of modernity.

In this effort, it is worth highlighting al-Jabiri's thought on the relationship of Islamic law to human rights. He maintains that there are three keys to understanding the rationality of Islamic Shari'a law, namely the universality of Shari'a, particular laws and objectives, as well as the background.[18] In order to comprehend various social problems including

---

15 Mashood A. Baderin's book has become the first modern reference in the study of Islamic laws and universal human rights. This book also gives a clear point of view on various main problems, which often raise debates. Mashood A. Baderin, *Hukum Internasional Hak Asasi Manusia dan Hukum Islam* (Jakarta: Komnas HAM RI, 2010), 38–39.

16 Abdullah Ahmed An-Na'im, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a* (Massachusetts: Harvard University Press, 2008), 99.

17 For further explanation see Abdullahi Ahmed an-Na'im, *Dekonstruksi Syari'ah: Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia dan Hubungan Internasional dalam Islam*, trans. Ahmad Suaedy and Amirudin ar-Rany (Yogyakarta: LKis, 2001), xix-xxiii.

18 See Muhammad 'Abid al-Jabiri, *Syura Tradisi Partikularitas Universalitas,* trans. Mujiburrahman (Yogyakarta: LKiS, 2003), 125–126.

ethnic barriers, country, religion, and geography, al-Jabiri argues that a universal value is needed and that the human rights approach may be negotiated with laws derived from the sources of Islamic teachings, since human rights that are based on human problems are seen to be in accordance with values of Islamic law.

Various arguments presented by Muslim scholars are expected to help end the ongoing debate, which at last may become a new perspective that may be practiced by all countries, especially Muslim countries. Shari'a without universal human rights elements will result in cruelty and loss of individual human values. On the other hand, if the concept of universal human rights is not based on a general concept of the Islamic law, it will give wide opportunities for the wrongdoers to commit their actions.

Moreover, as al-Jabiri, an-Na'im and Baderin believe, the values of human rights are highly relevant to Islamic law. This fact can be seen from the five principles summarized in *al-daruriyyat al-khamsa* or human rights in Islam (*al-huquq al-insaniyya fi 'l-Islam*), namely: Respecting the freedom of religion (*hifz al-din*); respecting property (*hifz al-mal*); respecting the freedom of life, right to life, and individual dignity (*hifz al-nafs wal-'ird*); respecting the freedom of thought (*hifz al-'aql*); and the need to protect offspring (*hifz al-nasb*). The five principles of *maqasid al-shari'a* may be used as a conceptual order, where similar encounters are made in terms of humanity between universal human rights and Shari'a of Islam. Both contexts respect individual freedoms between one individual and another, individual and community, one community and another, and the community and the state.

Fundamentally, the Qur'an and Hadith (the Prophetic tradition) as authentic sources of Islamic laws respect human values.[19] Before universal human rights became a common agreement among the winners of World War II, the Qur'an placed the principles of justice, elimination of discrimination and struggle for the poor (*mustad'afin*) above the vision of

[19] For a more complete explanation about how the Qur'an pays respect to human rights, examine various verses discussing justice, truth and equality. In the Qur'an there are about 80 verses studying the importance of preserving human life and providing life advice (e.g. 5:32). There are about 50 verses talking about creation and creatures (e.g. 49:13); about 320 verses showing attitudes to oppose any cruelty and those doing cruelty; and 50 verses instructing human beings to be just, with the words *'adl*, *qist*, and *qisas*.

other protections. At the same time, it can clearly be shown that these ideals are the same as those of universal human rights.

Although it is clear that there are intersections between Shari'a and human rights, there are yet many people who hold that there is distance among them, a distance maintained in an unending debate. Among important factors contributing to this situation are the lack of efforts to disseminate an understanding of the compatibility between human rights and Islamic law; and the absence of dialogue as an effort to negotiate the "two poles." As a result, contemporary human rights issues that arise often become a hot topic.

In this critical situation, non-governmental organizations (NGOs) have been consistently campaigning for better understanding of human rights. Higher education, which certainly occupies a wider room for exchange, has not been working optimally. Of course, this ought not to be the case, considering that the majority of the population of this country is Muslim, and Indonesia has also included the UDHR in the 1945 Constitution.[20]

Due to lack of understanding, the implementation of Article 28 of the 1945 Constitution often does not meet the desired end. In fact, respect for the guarantee of freedom of religion as enacted in Article 28 is at a crossroads.[21] Persecution of communities with different beliefs or destruction of houses of worship has occurred in many places in Indonesia, and these socio-religious problems have become a fireball that may destroy the cohesion of religious life.

---

20 The birth of the UDHR on December 10, 1948 in Paris was a response from the majority of the world citizens that all human beings are born freedom and equal before the law. Before the UDHR was born, the founding fathers of Indonesia had long thought about the importance of protecting human rights. This may be seen in Article 28 of the 1945 Constitution. Though at first the issue of human rights was merely stated in general, during the post-1998 reform era, Article 28 has been amended several times so that the coverage of Human Rights in the 1945 Constitution finally reflects the 1948 UDHR.

21 For a more complete explanation about the discourse of human rights and the freedom of religion in Indonesia, see Syamsul Arifin, "Indonesian Discourse on Human Rights and Religious Freedom," *Brigham Young University Law Review* (2012), 775–810.

D. Encounter and Intersection

The inability of many Indonesian Muslims to fully accept the principles of modern human rights has led to an uncertain situation. Whenever human rights are infringed in the name of defending Islam, every effort to defend the victim will meet rejection, whether as hate speech or violence. Therefore, this section will discuss some discourses on human rights and Islamic law that often give rise to conflict, what these discourses are, and how to find a meeting point between the two. These discourses include: (1) freedom of religion and belief; (2) inter-religious marriage; and (3) issues to do with lesbians, gays, bisexuals and transgenders.

Firstly, freedom of religion and belief (FORB). Shahram Akbarzadeh and Benjamin MacQueen underline the primacy of FORB when debate on human rights and Islamic law emerged.[22] For most Muslims in Indonesia, the article of freedom of religion stated in the universal human rights is irrelevant to Shari'a. This rejection is a serious threat for human rights and is worsened by frequent violence on the basis of religious sentiment which leads to the impression that FORB is under serious threat. The Setara Institute's report quoted above is an example. In the beginning of 2017, the public was shocked by the report of the Human Rights Commission recording that six cases of violations of FORB had occurred.[23] Various violations of FORB include prohibition and destruction of places of worship, threats and displacement of religious minorities and religious violence.

---

22 Most of the discussion deals with the issue of the status of women, since many verses in the Qur'an give prime importance to a number of problems of women, especially their existence before the law, family, and matters pertaining to inheritance. For more information, see Shahram Akbarzadeh and Benjamin MacQueen. "Framing the Debate on Islam and Human Rights," in *Islam and Human Rights in Practice: Perspective across the Ummah,* ed. Shahram Akbarzadeh and Benjamin MacQueen (London: Routledge, 2008), 1-11.

23 The six cases are as follows: (1) Plea of the Jemaah Ahmadiyah Indonesia (JAI) Banjar City for the withdrawal of the decree of the Mayor of Banjar No. 450/Kpts/.115.Huk/2011 on suspension of the activities of Jemaat Ahmadiyah; (2) complaint from the Board of Church "Isa Almasih TPI" Ngentak, Sleman, Yogyakarta about the difficulty in asking for a building permit for a house of worship; (3) Persekutuan Doa Nazarenus Tanah Runtuh di Takari sub-district, Kupang regency, which was accused of being a deviant religious sect; (4) sealing of a mosque belonging to JAI Depok City; (5) intimidation of Jemaat Gereja Kristen Protestan Maluku Tenggara Raya in Taar village; (6) threat of discharging the staff of STAIN Kediri since one did not pray together.

According to the Setara Institute's report (2015–2017), the violations of FORB are the most serious human rights violation in Indonesia. The violations of the rights to FORB persist because they are related to the roles of two actors, namely the state and the community. In most cases of violence related to FORB, the state fails to take action against those involved in violence based on hatred, such as the destruction of houses of worship and aggression against minority groups; bureaucracies that cause difficulties for individuals or groups in obtaining permits to build houses of worship; and parties that impose a belief on someone. It is this neglect that indirectly motivates certain groups to behave arbitrarily toward other religious groups which are not in line with their faith.

It is evident that such neglect by the state is not legitimate. It is equivalent to a situation where the state does not guarantee the protection of FORB. Even when the state takes action, the punishment of the culprits is not proportional to what they have done. This problem is really prevalent in this country, and it is unclear when the government will end – or at least reduce – various forms of neglect pertaining to the violation of the FORB. In 2016, out of 270 violations of freedom of religion or belief, 140 violations involved state actors.[24] This point is ironic, since the state clearly showed its arrogance by making a policies that suppressed religious minority groups. This can be seen for example in the issuance of the Decree No. 450/Kpts.115.Huk/2011 on the prohibition of the activities of Jemaat Ahmadiyah Indonesia (JAI) of Banjar city by the city's mayor, and the signing in 2011 by the governor of West Java of a regulation on the prohibition of Activities of JAI in West Java, following the issuance of the Joint Decree of the Minister of Religion, the Attorney General and the Minister of Domestic Affairs No. 3/2008, No. Kep-033/A/JA/6/2008 and No. 199/2008 to the Followers, Members and Board of JAI and Community Members.

The violation of FORB rights by the state actually started long ago. The issuance of Law No.1/PNPS.1965 during the Suharto administration was the start of discriminatory treatment of groups of followers of local beliefs/religions. One important point that has still been considered problematic

[24] Cited from http://nasional.kompas.com/read/2017/01/29/17012251/ada.208.pelanggaran.kebebasan.beragama. sepanjang.2016

by followers of local religions/beliefs, and also by the defenders of human rights, is that the Law states that there are just six religions believed in by Indonesians (Islam, Catholicism, Protestantism, Buddhism, Hinduism and Confucianism). So, the regulation which was intended to prevent any abuse and insult of religions became a legitimate instrument to discriminate against and violate local beliefs and religions. Moreover, the Law also gave rise to new pejorative terms, in that the six religions stated in Law No.1/PNPS.1965 are religions legally recognized by the government, while hundreds of local religions are not official religions.[25]

The state-sponsored violation of FORB opens opportunities for the community to take similar action. In other words, the factor that motivates the community to perpetrate the violation of FORB is the state's attitude. But the violation committed by the community is not only driven by this factor, but also by a misguided perspective on religious doctrines that results in a closed society. Religious exclusivism leads people to become fanatical about their own religion and group, believing themselves correct and other religions and beliefs false.[26] According to Runzo, a religion should be used as a source of energy to reinforce human rights, since its substance is to struggle for universal human values, although in the agreement to establish modern human rights, religions were not formally involved.

Formally speaking, the legal basis ensuring FORB has been stipulated through Article 28E(1) of the 1945 Indonesian Constitution. Moreover, the right to FORB is a human right that has been accepted universally and codified in international instruments of human rights. Normatively, FORB is the basic right formulated in Article 18 UDHR and the International Covenant on Civil and Political Rights, which Indonesia has ratified. In Islamic studies, it is known that since the seventh century CE, Islam reinforced human freedom.[27] The Qur'an also recognized the freedom of religion (2:256, 10:99, 18:29, 50:45, 42:48, 88:21, 109:6). These verses,

---

25 On this matter, see M. Syafi'ie, "Ambiguitas Hak Kebebasan Beragama di Indonesia dan Posisinya Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi," *Jurnal Konstitusi* 5, no.8 (October 2011), 675–705. For further study of limits on the right to freedom of religion in Indonesia, see Muwaffiq Jufri, "Pembatasan Terhadap Hak dan Kebebasan Beragama di Indonesia," *Jurnal Ilmiah Pendidikan Pancasila dan Kewarganegaraan* 1, no.1 (Juni, 2016), 40–47

26 See Joseph Runzo, Nancy M. Martin, and Arvind Sharma, "Introduction," in *Human Rights and Responsibilities in the World Religions*, ed. Runzo Martin, and Sharma (Oxford: Oneworld Publications, 2003).

27 Wahyu Hidayati, *Apakah Kebebasan Beragama: Bebas Pindah Agama? Perspektif Hukum Islam dan HAM* (Salatiga: STAIN Salatiga Press, 2008).

according to Mohammad Hashim Kamali, are evidence that Islam is a religion which affirms the freedom of religion and pluralism.[28]

The Qur'an also clearly states that Islam authorizes all human beings to determine their own life in terms of religion. The non-compulsion principle in religion is explicitly stated in the Qur'an. In the sura Yunus (10:99) it is even stated that Muslims are ordered to respect the followers of other religions. On the other hand, it cannot be denied that there are some other verses which are interpreted as legitimacy for people to hate, threaten, and even expel people of different faiths.

Such theological considerations, whether exclusive or inclusive, cannot be neglected in terms of their effects on the discourse or practice of freedom of religion or belief. Following theoretical explanations in sociology that the actions of human beings are, among other things, influenced by the meaning system they adhere to, the problems of FORB in Indonesia may also be traced to the meaning system adopted by the community. However, beliefs should be interpreted progressively so that the texts are applicable to solving human problems. Thus, ultimately, Shari'a and human rights can become legal bases which complement one another in solving universal human problems.

Secondly, interfaith marriage. Indonesia is known as a great nation with a population of about 273 million people (BPS, 2010). It consists of 17,000 islands, 1,340 tribes, and 300 ethnic groups. The majority of the population is Muslim (87%); others adhere to Catholicism (2.9%), Protestantism (6.9%), Buddhism (around 0.05%), Hinduism (1.69%) and Confucianism (0.13%). The picture above shows that the population of this country is multicultural. On the basis of this diverse background, the founding fathers of the country agreed to build a state philosophy called *Pancasila* (Five Basic Principles) – with the motto *Bhineka Tunggal Ika* (Unity in Diversity).

In the present context, where the demand for labor in various industrial sectors places a premium on expertise and experience, the encounter of people from various backgrounds, be it geographical, tribal or religious, cannot be avoided. This will create a situation where people interact with each other and respect each other, regardless of all these above-mentioned

28 Mohammad Hashim Kamali, *An Introduction to Shari'ah* (Selangor: Ilmiah Publisher, 2006).

backgrounds. The problem is that most Indonesian Muslims are averse to interfaith marriage. This rejection is based on an argument from the following two verses of the Qur'an:

> *And do not marry polytheistic women until they believe. And a believing slave woman is better than a polytheist, even though she might please you. And do not marry polytheistic men [to your women] until they believe. And a believing slave is better than a polytheist, even though he might please you. Those invite [you] to the Fire, but Allah invites to Paradise and to forgiveness, by His permission. And He makes clear His verses to the people that perhaps they may remember. (2:221)*

> *O you who have believed, when the believing women come to you as immigrants, examine them. Allah is most knowing as to their faith. And if you know them to be believers, then do not return them to the disbelievers; they are not lawful [wives] for them, nor are they lawful [husbands] for them, but give the disbelievers what they have spent. And there is no blame upon you if you marry them when you have given them their due compensation. And hold not to marriage bonds with disbelieving women but ask for what you have spent and let them ask for what they have spent. That is the judgment of Allah; He judges between you. And Allah is Knowing and Wise. (60:10)*

These two verses deal with the prohibition against Muslim men marrying polytheist women and against believing women marrying polytheist males. If the two are interpreted in literal and rigid ways, the conclusion made must be very simple: that Muslim males are prohibited from marrying polytheist females, and the other way around. Moreover, it is a widely held view among Indonesian Muslims that what is meant by "polytheist" is non-Muslim. This means that Muslims are not permitted to marry any Christian, Protestant, or Buddhist women or those whose embrace local beliefs, and vice versa.

The above-quoted verses should be progressively translated through humanistic and historical approaches. The words *mushrik* or *kafir* are often

tied to non-Muslims. The statement cannot be said to be correct, although Christians and Jews also commit acts of *shirk*, since Jews think that 'Uzayr is as the son of God (9:30), and Christians say that Allah is al-Masih, the son of Mary (5:17) and place Allah as the third in the Trinity (5:73) and al-Masih as the son of God (9:30). Through His word in the Qur'an, God never calls Christians and Jews *mushrik* or *kafir*, but rather People of the Book (4:171, 5:5, 3:64). The comprehension that could be derived from this context is that it actually cannot be directly said that the people who commit *shirk* are called *mushrik* or *kafir,* because these two words each have their own variations (such as hypocrite *kafir,* idolatrous *kafir,* apostate *kafir* and *kafir* of the People of the Book).[29]

Historically, it is questioned by Muhammad 'Abduh and Rashid Rida in *Tafsir Al-Manar* whether the *mushrik* women intended in 2:221 still exist in the Arabian area at present. If they exist, the law prevails. However, if they do not exist, the law does not prevail so interfaith marriage is not prohibited.[30] It is because what is meant by *mushrik* and *kafir* in the sura are people who do not possess Holy Books, who do not believe in Allah's prophets, and who worship idols. Jews and Christians are not from this group.[31] Moreover, viewed in historical context, these verses were revealed during a great tension between the Muslim and *mushrik* groups, so that the verses that serve as the basis for prohibiting interfaith marriage, for some Muslim groups, are purely *ijtihad* verses that are open for dissenting opinions.

From the perspective of humanism, the verses should be approached by mainstreaming basic human rights. In the perspective of human rights, marriage – including inter-religious marriage – is a fundamental right for anyone, inherent in individual freedom and guaranteed protection by international human rights law. Ideally, human beings possess a natural basic right to determine their choice of life without any intervention from others,

---

29 For complete information, see Mun'im Sirry (ed.), *Fiqih Lintas Agama: Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis* (Jakarta: Yayasan Waqaf Universitas Paramadina, 2003), 153–165.

30 Muhammad 'Abduh and Rashid Rida, *Tafsir al-Manar*, ivol. 6 (Beirut: Dar al-Ma'rifa, n.d.), 29–31. Cited in Sirry, *Fiqih Lintas Agama,* 160.

31 See Abu Ja'far Muhammad ibn Jarir al-Tabari, *Jami' al-Bayan 'an ta'wil Ay al-Qur'an*, with a commentary by Shudqi Jamil al-Attar vol. 6 (Beirut: Dar al-Fikr, 2001), 467. Cited in Sirry (ed.), *Fiqih Lintas Agama*, 160.

including religion. Due to this basic right, a woman is allowed to choose her husband. This right is guaranteed in several human rights instruments, including the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the two International Covenants (ICCPR, ICESCR), and the Convention on the Elimination of all Discrimination against Women (CEDAW). The UDHR, for example, explicitly states the right of mature women and men, regardless of race, nationality or religion, to marry and establish a family legally.[32]

Thirdly, LGBT (Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender). Another complicated issue in human rights facing Muslims is the issue of LGBT. In many countries, including Indonesia, LGBT communities have emerged publicly. This situation can be seen as one of the impacts of the higher tolerance given by the nations in the Green Continent as part of policies on respecting, protecting, and enforcing the law on the LGBT community. Consequently, many countries globally have been influenced by this situation. England, for instance, previously punished LGBT, but this law has been eliminated.

In Indonesia, previously people with non-mainstream sexual orientation were reluctant to express their identity publicly. However, due to the new era of open information, e.g. on social media, the LGBT community started to explicitly engage in social life. On some occasions, LGBT boldly reveal their identity publicly, both through demonstrations and invitations as speakers in seminars or workshops. Furthermore, the LGBT community is requesting that the government legalize same-sex marriage.

The problem is that their emergence in the public space is not well received by a number of parties. Persecution is often carried out by certain parties, namely the police and fundamentalist Muslim groups. In fact, there are no written legal rules on the prohibition of LGBT in Indonesia. Their existence should be protected and respected as part of freedom of speech,

[32] Dealing with the assurance of protection for interfaith marriage, see Ibrahim Imam, "Shariah and Human Rights Perspective on Interfaith Marriage: Challenges Impeding its Practice in Nigeria," *Islam and Civilisational Renewal Journal* 7, no. 4 (the International Institute of Advanced *Islamic* Studies/IAIS,Malaysia, August 2016), 492–508. As a reference for this topic, see Md. Kamruzzaman, "Interreligious Marriage in Bangladesh: From Human Rights Perspective," *International Journal of Education, Culture and Society* 1, no. 2 (September 2016), 44–51.

which is guaranteed in the state Constitution Article 28E(3) of the 1945 Constitution. Based on this guarantee, it can be stated that actions such as raiding them, taking their photographs, forcing them to undress and showing their photos in social media, are illegal. It should be noted that being LGBT is not a crime, with no explicit legal rules that forbid their existence.

Up to now, the police have taken action against LGBT people on the grounds that their existence has stirred social unrest and caused trouble for people, especially the Muslims, as LGBT is inappropriate according to the moral values of Indonesians in general. Meanwhile, certain Muslim groups hold the view that LGBT relations are forbidden due to their incompatibility with Islamic teachings. The basis of this conviction is the Qur'anic verses that tell of the people of the Prophet Lut (Lot) as a sodomite community, which caused them to be cursed by God as a punishment for their deviant sexual behavior. For this Muslim group, the people engaging in LGBT relations are committing a major sin.

However, the Muslim scholar Mun'im Sirry offers a different argument on the case as mentioned in some verses in the Qur'an (7:80–81, 26:165–166; and 27:55), which are often used as the grounds for rejecting LGBT. Sirry maintains that the verses are inadequate as references for rejecting the LGBT community because in the verses, the prohibition of same-sex orientation is not explicitly mentioned. Moreover, Sirry continues, the warning given by the Prophet Lut (Lot) to his community, as expressed in 26:165–166, was not intended to prohibit same-sex relationships, but to prohibit sexual affairs, fornication, and also to punish anyone who refused his prophecy. In this case, Sirry refers to Ibn Hazm (d. 1064) in *Kitab al-Muhalla*, who refused to relate the punishment given to Lut's community to same-sex relationships. It is the refusal of Lut's community to accept his prophetic mission which caused the punishment which was imposed.[33]

Mun'im's perspective on the verses on the Prophet Lut of course raises debates. But, as a genuine effort at interpretation, it is worth considering in depth. Moreover, as far as the understanding of religious sources is

[33] For more complete information, see https://www.inspirasi.co/dennyja/5806_mun-im-sirry-menafsir-kisah-nabi-luth-secara-berbeda (accessed October 19, 2017).

concerned, there is no single interpretation which is exclusively correct, so it should be appreciated as a product of interpretation.

One aspect which distinguishes this perspective from the mainstream understanding is the humanistic approach to dealing with the LGBT community. Moreover, this argument may be used as a legitimate basis for same-sex marriage. At this level, it seems that Mu'min's position is best positioned to benefit the LGBT community, as once he stated that each individual has basic human rights that cannot be restricted by anyone, as long as he/she does not endanger others. It is very important to uphold the concept of benefit (*maslaha*) in order to realize a just, equal and humanistic social condition. In that way the spirit of Islam, which emphasizes the respect for universal human values, will go hand in hand with current developments.

E. Concluding Remarks

In summarizing this article, some points need to be emphasized. Firstly, Shari'a and human rights are not contradictory. Rather, there are inherent compatibilities between the two. Among the meeting points of Shari'a and human rights is that both struggle for universal human values. A clash between them is possible, since the basis of their legal development comes from different sources. Human rights are drafted by human beings, while Shari'a is from God's revelation. It is unsurprising, therefore, that various debates often emerge as a result of this difference in foundations. But it should be understood that the emerging contradictions and tensions should not end in violence.

Secondly, Muslim groups do exist that refuse the principles of human rights, but on the other hand, there are also a great number of Muslims who embrace human rights. Inclusivist Muslims hold that the two groups have a shared vision in calling for justice, peace, equality, and tolerance. It is not necessary to see human rights as a concept which contradicts Islam, as many Muslim/majority countries have recognized and ratified the UN human rights instruments.

Theologically, Islam has an authentic source that can be used to legitimize Muslim acceptance of human rights. The Qur'an contains a considerable number of verses that confirm the main ideas of modern human rights that emerged from the West, such as those stated in the verses 2:256, 18:29 and 109:6. These verses are evidence of the recognition by Islam of the freedom of religion and belief, as emphasized in international human rights regime.

Although grounds for the acceptance of human rights can be clearly found in the Qur'an, it can be ascertained that refusal will persist. In general, the response to human rights discourses on issues such as LGBT rights, FORB, and inter-religious marriage will still be bipolar. The most important condition leading to this situation is the transitional democratization process currently taking place in Indonesia. At this stage of this democracy, freedom of speech is the most striking feature which has emboldened various groups to articulate their opinions, even if their opinions differ from those of the state and other groups.

Therefore, what is important in facing this contradiction is to continue to open a space for dialogue and shared understanding about the compatibility of human rights and Shari'a. Such difference in discourses will not result in anarchy as might have happened recently. Although the diversity of discourses is unavoidable, it does not mean that a more affirmative discourse of human rights cannot be developed. Among possible methods for doing so include making use of Islamic educational institutions such as those of the Muhammadiyah and Nahdlatul Ulama could be used to promote human rights.

REFERENCES

'Abduh, Muhammad and Rashid Rida. *Tafsir Al-Manar,* vol. 6. Beirut: Dar al-Ma'rifah, n.d.

Abid al-Jabiri, Muhammad. *Syura Tradisi Partikularitas Universalitas*. Translated by Mujiburrahman. Yogyakarta: LKiS, 2003.

Abu-Nimer, Mohammed. *Nonviolence and Peace Building in Islam: Theory and Practice* Florida: University Press of Florida, 2003.

An-Na'im, Abdullahi Ahmed. *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a.* Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

An-Na'im, Abdullahi Ahmed. *Dekonstruksi Syari'ah: Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia dan Hubungan Internasional dalam Islam*. Translated by Ahmad Suaedy and Amirudin ar-Rany. Yogyakarta: LKis, 2001.

Akbarzadeh, Shahram and Benjamin MacQueen. *Islam and Human Rights in Practice: Perspectives across the Ummah.* London: Routledge, 2008.

Aprilany Grace Rompis, Debora. "Praktik Ratifikasi terhadap Perjanjian Internasional Hak Asasi Manusia di Indonesia." *Jurnal ex Crimen* 6, no. 4 (June 2017).

Arifin, Syamsul. "Indonesian Discourse on Human Rights and Religious Freedom." *Brigham Young University Law Review* (2012).

Arifin, Syamsul. *Attitudes to Human Rights and Freedom of Religion or Belief in Indonesia: Voices of Islamic Religious Leaders in East Java.* Yogyakarta, Kanisius: 2010.

Baderin, Mashood A. "Islam and the Realization of Human Rights in the Muslim World: A Reflection on Two Essential Approaches and Two Divergent Perspective." *Muslim World Journal of Human Rights* 4, no. 1 (2007).

Baderin, Mashood A. *Hukum Internasional Hak Asasi Manusia dan Hukum Islam*. 2nd printing. Jakarta: Komnas HAM RI, 2010.

Barton, Greg, *The Emergence of Neo-Modernism: A Progressive, Liberal Movement of Islamic Thought in Indonesia.* Department of Asian Studies and Language, Monash University, 1995.

Beatty, Andrew. *Variasi Agama di Jawa: Suatu Pendekatan Antropologi.* Jakarta, Murai Kencana, 2001.

Bielefeldt, Heiner. "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions? A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights." *Political Theory* 28, no. 1 (February 2000).

Eltayeb, Mohammed S.M. "A Human Rights Framework for Defining and Understanding Intra-Religious Persecution in Muslim Countries." In *The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the Millenium*, edited by Nazila Ghanea. Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2003.

Ernada, Sus Eko. "Issues of Compatibility of Human Rights and Islam: The Experience of Egypt and Indonesia." *Journal of Indonesian Islam* 1, no. 1 (June 2007).

Friedmann, Yohanan. *Tolerance and Coercion in Islam: Interfaith Relations in the Muslim Tradition.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Fuad, Ahmad Nur et al. "Islam and Human Rights in Indonesia: An Account of Muslim Intellectuals' Views." *Al-Jami'ah Journal of Islamic Studies* 45, No. 2 (2007).

Hafiz, Muhammad. "Dinamika Hukum dan Hak Asasi Manusia di Negara-negara Muslim." *Jurnal al-Ahkam* 23, no. 2 (October 2013).

Hidayati, Wahyu. *Apakah Kebebasan Beragama: Bebas Pindah Agama? Perspektif Hukum Islam dan HAM*. Salatiga: STAIN Salatiga Press, 2008.

Imam, Ibrahim. "Shariah and Human Rights Perspective on Interfaith Marriage: Challenges Impeding its Practice in Nigeria." *Islam and Civilisational Renewal Journal* 7, no. 4 (August 2016). (Published by the International Institute of Advanced Islamic Studies/IAIS, Malaysia.)

Jufri, Muwaffiq. "Pembatasan Terhadap Hak dan Kebebasan Beragama di Indonesia." *Jurnal Ilmiah Pendidikan Pancasila dan Kewarganegaraan.* 1, no.1 (June 2016).

Kamali, Mohammad Hashim. *An Introduction to Shari'ah*. Selangor: Ilmiah Publisher, 2006.

Kamruzzaman, Md. "Interreligious Marriage in Bangladesh: From Human Rights Perspective." *International Journal of Education, Culture and Society* 1, no. 2 (September 2016).

Kuntowijoyo. *Paradigma Islam: Intrepretasi untuk Aksi.* Jakarta, Mizan: 1991.

Muedini, Fait A. "Examining Islam and Human Rights from the Perspective of Sufism." *Muslim World Journal of Human Rights* 7, no. 1, article 1 (2010).

Muthohirin, Nafi'. *Fundamentalisme Islam: Gerakan dan Tipologi Pemikiran Aktivis Dakwah Kampus.* Jakarta: IndoStrategi, 2014.

Runzo, Joseph, Nancy M. Martin, and Arvind Sharma. "Introduction." In *Human Rights and Responsibilities in the Modern Religions*, edited by Joseph Runzo, Nancy M. Martin and Arvind Sharma. Oxford: Oneworld Publications, 2003.

Salim, Arskal and Azyumardi Azra (eds.). *Shari'ah and Politics in Modern Indonesia.* Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2003.

al-Shatibi, Abu Ishaq. *al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'a*, vol. 2. Beirut: Dar al-Kutub al- 'Ilmiyyah: n.d.

Sirry, Mun'im (ed.). *Fiqih Lintas Agama: Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis.* Jakarta: Yayasan Waqaf Universitas Paramadina, 2003.

Syafi'ie, M. "Ambiguitas Hak Kebebasan Beragama di Indonesia dan Posisinya Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi." *Jurnal Konstitusi* 5, no.8 (October 2011).

al-Tabari, Abu Ja'far Muhammad ibn Jarir. *Jami' al-Bayan 'an ta'wil Ay al-Qur'an*, vol. 2. With a commentary by Shudqi Jamil al-Attar. Beirut: Dar al Fikr, 2001.

Tibi, Bassam. "Islamic Law/*Shari'ah*, Human Rights, Universal Morality and International Relations, *Human Rights Quarterly* 16, no. 2 (1994).

Twiss, Sumner B. "History, Human Rights and Globalization." *The Journal of Religious Ethics* 32, no.1 (Spring, 2004).

CHAPTER 5

Shari'a and Human Rights: Intersection, Harmonies, and Conflicts

Ahmad Nur Fuad
Universitas Islam Negeri (UIN)
Sunan Ampel Surabaya, Indonesia

A. Introduction

The issue of Shari'a and human rights has long been a subject of debates among Muslim jurists and scholars. They have developed understandings of Shari'a as revealed law from God in relation to human rights discourse from different perspectives and put forward different opinions.[1] Although almost all Muslim scholars refer to the same values of Shari'a, they have come up with different interpretations and viewpoints, particularly with regard to the concept of universal or international human rights. In other words, the interpretation of Shari'a concerning human rights is not monolithic; on the contrary, the opinions of Muslim scholars vary significantly, ranging from very "liberal" to "conservative" positions. The former fully accept the universality and universalism of human rights, while the latter totally reject it. Of course, there is a middle position which attempts to reconcile the discrepancy between the two.

The debates center, particularly, on the compatibility of Shari'a and human rights in terms of philosophical basis, historical background and particular provisions. Some jurists and scholars maintain that Shari'a, which

[1] For discussions on Shari'a and Islamic Law, see for example Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law: An Introduction* (Oxford: Oneworld, 2008); Mohammad Hashim Kamali, "The Shari'a: Law As the Way of God," in *Voices of Islam*, ed. Vincent J. Cornell (Westport, CT: Prager Publishers, 2007).

is revealed by God, has provided fundamental rights for the human being as God's creation. Modern human rights, in their view, is contradictory to the principles of Shari'a in terms of the philosophical ground. They assert that human rights originate from the Western philosophical values and historical experiences. However, some others maintain that both Shari'a and human rights are compatible with each other. Both share the same values of humanity and human dignity and respect and protect the rights inherent in being human.

Many scholars have dealt with this issue from different perspectives and emphases. Some analyze the compatibility of Shari'a and Islamic law and international human rights, juxtaposing the two in terms of their respective legal norms and provisions.[2] An-Na'im's works on Islam and human rights, which raised controversies, have been critically reviewed by other scholars.[3] Others focus on specific issues or aspects, such as freedom of religion, including apostasy.[4] Most scholars, however, discuss the issue of Islam and human rights in a broader context, relating both to politics or referring to particular regions.[5] Specifically, there has been an examination of the issue of Islam and human rights in terms of Islamic documents on human rights and some Muslim intellectuals' views in the face of the international human rights standards.[6]

---

2 Mashood A. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003); Abdullahi Ahmed an-Na'im, *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law* (New York: Syracuse University Press, 1990). A discussion on the Shari'a and freedom of religion with particular regard to European human rights law has been done by Javaid Rehman, "The Shariah, Freedom of Religion and European Human-Rights Law," *Irish Studies in International Affairs* 22 (2011): 37–51.

3 Tore Lindholm and Kari Vogt, eds., *Islamic Law Reform and Human Rights: Challenges and Rejoinders* (Oslo: Nordic Human Rights Publications, 1993).

4 Abdullah Saeed and Hassan Saeed, *Freedom of Religion, Apostasy and Islam* (Farnham, UK: Ashgate, 2004).

5 See, for example, Ann Elizabeth Mayer, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics* (Boulder, Colorado: Westview, 1999); Ann Elizabeth Mayer, "Universal versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures or A Clash with a Construct?" *Michigan Journal of International Law* 15, no. 2 (Winter, 1994): 307–404; Katherina Dalacoura, *Islam, Liberalism and Human Rights: Implications for International Relations*, 3rd edn. (London: I.B. Taurus, 2007); Shahram Akbarzadeh and Benjamin MacQueen, *Islam and Human Rights in Practice: Perspectives Across the Ummah* (London: Routledge, 2008); Abdulaziz Sachedina, *Islam and the Challenge of Human Rights (*Oxford: Oxford University Press, 2009); and Jack Donnelly, "The Relative Universality of Human Rights," *Human Rights Quarterly* 29 (2007): 281–306.

6 See Mayer, *Islam and Human Rights*; Mayer, "Universal versus Islamic Human Rights."

Considering some of the previous studies as supporting sources, this paper will argue that varying understandings of both Shari'a and human rights reveal the prevalence of intersections, harmonies and conflicts between the two, and, to a certain extent, these are related to how the principles of Shari'a are interpreted, and how the principles of human rights are perceived by Muslim scholars. This paper will begin with a general overview of the idea of human rights in light of its origins in the Western experience and Islamic Shari'a. The following section will deal with some crucial issues of human rights from the perspective of Shari'a in the broader sense, or Islamic law as the product of Muslim jurists' formulation in the narrower one, covering their intersections, harmonies and conflicts. This includes discussions on the rights to freedom of religion, the rights of women, and the issue of criminal punishment, which is related to the rights to life and other related rights.

B. Philosophical Foundations and Historical Origins

The concept of human rights emerges in the modern era, although its constituting elements can be traced back to the pre-modern period. In the Western tradition, the idea of human dignity has its roots in the Bible and Stoic philosophy in the third century BCE. It also has its roots in the principles of the rule of law found in some medieval documents such as Magna Charta Libertatum of 1215. The relations between these elements, combined with the rule of law and the universal commitment to human dignity and freedom, emerged as recently as two or three centuries ago. The historical breakthrough was achieved at the end of the eighteenth century through the Virginia Declaration of Rights (1776) and the *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789). The adoption of human rights in international law took place even later, particularly after World War II. It can be maintained, therefore, that human rights are a modern phenomenon.[7]

[7] Heiner Bielefeldt, "Muslim Voices in the Human Rights Debate," *Human Rights Quarterly* 17, no. 4 (1995): 589–590.

The supporters of human rights admit that the modern concept of human rights originates from the West. However, from a historical perspective this does not necessarily mean that human rights deal only with Western culture or apply only to Western society. Since the underlying values of human rights are universal values of humanity, they also apply to all nations and people all over the world.[8]

Most elements of international or universal human rights are individual rights which emerged from modern European thought and natural law. Western nations and states elevated these rights to the level of legal standards and norms. Through the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) issued by the United Nations on December 10, 1948 and the international covenants of 1966 which entered into force in 1976, these individual rights became documents of international law, binding all state parties which signed and ratified them. These documents became legal stipulations as they are institutionalized in the legal context. In this regard, human rights cannot be separated from the notion of democracy, rule of law, and the concept of the modern nation-state, since they are intrinsically interrelated to each other.[9]

The UDHR has been claimed as universal, although it has been articulated in the historical context of the Western world over the last three centuries and a certain philosophical anthropology of humanism which justifies these rights. The fundamental assumptions of the Declaration include the universal nature of humanity, individual dignity and a democratic social order.[10] In this regard it can be stated that the philosophical foundations of universal human rights are humanism, individualism and libertarianism, which flourish in the West.

In an Islamic perspective, Shari'a as revealed law, the *corpus* of which is found in the Qur'an and the *hadith*, is believed to have provided teachings

---

8 Mohammed Abed al-Jabri, *Democracy, Human Rights, and Law in Islamic Thought* (London: I.B. Tauris, 2009), 178; Abdullahi Ahmed an-Na'im, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Sharia* (Cambridge and London: Harvard University Press, 2008), 112–113.

9 Bassam Tibi, "Islamic Law/Sharia, Human Rights, Universal Morality and International Relations," *Human Rights Quarterly* 16, no. 2 (May, 1994): 277–299; Reza Afshari, "An Essay on Islamic Cultural Relativism in the Discourse of Human Rights," *Human Rights Quarterly* 16, no. 2 (May, 1994): 235–276.

10 Raimundo Panikkar, "Is the Notion of Human Rights a Western Concept," *Breakthrough* (Spring, 1989), 31.

on humanity, as well as human rights and obligations. On a more juristic level, Islamic law, formulated by Muslim jurists as their understanding of Shari'a, has developed the concept of human rights which includes what is historically referred to as the five necessities/obligations (*al-daruriyyat al-khamsa*), which are regarded as fundamental rights. They are the protection of religion (*hifz al-din*), the protection of soul or life (*hifz al-nafs*), the protection of reason (*hifz al-'aql*), the protection of offspring (*hifz al-nasl*), and the protection of property (*hifz al-mal*). These five necessities are fundamental individual rights as well as individual obligations. The right to protection of life also includes the obligation or duty to protect individual integrity, both moral and material. Human beings do not own their own selves, because they are God's. Therefore, it is prohibited for a human being to kill himself or destroy parts of his body, as it is unlawful to kill other people or destroy their bodies.[11]

In one understanding of Shari'a, a concept called freedom or liberty (*hurriyya*) forms an instrument used by human beings to protect and develop the five necessities mentioned above and other fundamental rights. This instrument cannot be set aside as it is related to the five necessities, and therefore becomes a necessity in itself. If freedom or liberty is a condition required for protecting human rights and performing human obligations, it is the duty of individuals, society and state to protect the condition.[12]

In the Qur'an, there are many assertions regarding basic rights possessed by human beings, since these rights are strongly rooted in one's humanity. The denial or violation of these rights means the negation or reduction of rights which make us human. From the Qur'anic perspective, the rights manifest when human beings act. These rights are created by God in order for humans to actualize their humanity. These rights, created and given by God, cannot be abrogated by any temporal ruler or any human being.[13]

At this point, the distinction between human rights in Western conceptions and in a certain Islamic perspective is clear. The modern

---

11 Ahmad S. Moussalli, "The Classical and Medieval Roots of *al-Huquq al-Shar'iyyah* and Its Modern Islamic Conceptions as Human Rights," in Ahmad S. Moussalli, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism and Human Rights* (Gainesville: University Press of Florida, 2001), 126.

12 Moussalli, "The Classical and Medieval Roots," 127.

13 Riffat Hassan, "Religious Human Rights and the Qur'an," *Emory International Law Review* 10, no. 1 (Spring, 1996), 85.

notion of human rights is founded on individualism and humanism, while the Islamic notion of human rights in classical and medieval thought is based on the interest of society. Islamic Shari'a does not deny the rights of individuals, but it emphasizes that individual rights should be socially contextualized. Freedom is seen as parallel to justice. Individual freedom which negates the interest of society is regarded as injustice.[14]

Many Muslim scholars, such as Brohi (1982), Hassan (1996), Kamali, and an-Na'im have attempted to draw and elaborate on the principles of human rights from Islamic sacred texts (Shari'a). Human beings are endowed with many fundamental rights, like the right to life (Qur'an 6:151; 5:32), the right to respect, the right to justice, the right to freedom from slavery, and religious freedom. There is also the right to protection from defamation/mocking, the right to obtain knowledge, and the right to have a good life. There are, of course, many more points of intersection and harmony between Shari'a or Islamic law and international human rights.[15]

In short, it can be asserted that human rights in Islam is based on the principle of equality between human beings (all human beings are equal before God and come from the same ancestor), that of personal or individual liberty (slavery is prohibited, and freeing slaves is obligatory or recommended), and that of protecting life (saving one person is like saving all humankind).

The difference between human rights in the Western concept and in Islam lies in its philosophical foundation. According to Brohi, Western human rights do not have metaphysical grounds. All fundamental rights and freedoms provided in the UDHR and declared in 1948 are rights forcibly obtained from the state by its citizens through petition of rights. All laws on rights are given to people and are to be acknowledged by the state authorities as checks on their despotic will. The content of civil and political rights is negative in nature. It takes the form of prohibition (addressed to the authorities) against the violation or denial of people's individual rights.[16]

---

14 Hassan, "Religious Human Rights and the Qur'an," 86–87.

15 Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*.

16 A.K. Brohi, "Human Rights and Duties in Islam," in *Islam and Contemporary Society*, ed. Saleem Azzam (New York: Longman, 1982).

Therefore, the rights claimed by the West for human beings involve responsibilities and obligations of the state to take these individual rights into account. Article 3 of UDHR, for example – "Everyone has the right to life, liberty and security of person" – implies the obligation of the state to acknowledge its responsibility before its citizens. In addition, Article 4 ("No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms") and Article 5 ("No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment") remind the state to refrain from taking any action violating the rights of individuals. This is also the case with Article 9 that states: "No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile." In Brohi's analysis, the emphasis in the Declaration on respecting human rights can be related to historically apparent abuse of power by totalitarian regimes in the West before World War II, as they denied and violated individual rights and liberties.[17]

In addition to this particularistic viewpoint, there have been more "universal" positions with regard to Shari'a and human rights. An-Na'im argues that there is no contradiction nor difference between human rights and Shari'a. All human rights, as formulated and provided in the UDHR, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and other human rights documents, are in line with the teachings of Shari'a. He admits that there are several legal prescriptions regarding punishment for a number of criminal offenses (theft, adultery, accusation of adultery, highway robbery, murder, consuming intoxicants, and apostasy) that contradict international human rights norms. Traditional Islamic law imposes *hudud* punishment as specified in the Qur'an and the Sunna. An-Na'im, however, asserts that the types of punishment for these crimes should be reviewed in light of the international human rights law.[18] There is an urgent need for reinterpreting the traditional Islamic *corpus juris* in accordance with modern circumstances.

Baderin offers what he calls a "complementary approach to achieve the noble objective of enhancing human dignity." He intends this approach to

17 Brohi, "Human Rights and Duties in Islam," 236.

18 Abdullahi Ahmed an-Na'im, *Towards an Islamic Reformation*.

be a vehicle for harmonization on Islamic law side by adopting "enlightened interpretation," a sincere attempt at reconciling human rights and Islamic law using *maqasid* and *maslaha* approaches. As to the international human rights side, in Baderin's view, it is necessary to consider accommodating the principle of "margin of appreciation" in respect of Islamic ethical values and appreciating that "human rights are not inherently non-achievable within the scope of Islamic law."[19]

What follows is a discussion on some controversial issues related to human rights and Shari'a or Islamic law in a narrower sense. We will observe in some issues under review some variations of intersection, harmony, and conflict between the two.

C. Freedom of Religion

With regard to the issue of the right to freedom of religion, there are many controversies or different opinions among Muslim jurists and scholars. Classical and modern Muslim scholars share the view that Shari'a guarantees the right to freedom of religion. They refer to a number of Qur'anic verses related to the issue, such as *la ikraha fi'l-din,* "There shall be no compulsion in religion" (2:256), and "Say: 'This is the truth from your Lord. Let him who will, believe in it, and him who will, deny it'" (18:29). These verses are often used as justification for the right to freedom of religion guaranteed by Shari'a as provided in article 18 of the UDHR ("Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance"), and Article 18(1) of the ICCPR ("Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or in private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching").[20]

19 Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, 221–222.

20 See Ali Mirmoosavi, "The Qur'an and Religious Freedom," in *Hermeneutics, Scriptural Politics and Human Rights*, ed. Bas de Gaay Fortman, Kurt Martens, and M.A. Mohamed Salih (New York: Palgrave Macmillan, 2009).

With regard to the right to change one's religion, most traditionalist jurists argue that freedom of religion does not include freedom to change religion or belief from Islam to other religions. They base their opinions on textual interpretations of the Qur'anic verses. Some modern Islamic legal norms also maintain this position, as best represented in the document of the Cairo Declaration (CD) on Islamic human rights. The CD does not provide any guarantee for the right to freedom of religion as a fundamental right. It can be understood that the CD is controlled by a theological viewpoint that is based on certain verses of the Qur›an, or a certain interpretation of Islamic Shari'a. Article 10 of the CD states that Islam is a pure and immutable religion. It is prohibited to force other people, or use the poverty or the ignorance of people, to change their religion and call them to atheism. Theoretically, this formulation does not give any room for conversion or apostasy.

Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights guarantees every individual the right to choose his religion, observe religious obligations and even change his religion. The right to change religion as stipulated by Article 18 of the UDHR constitutes the most controversial issue with regard to freedom of religion. According to classical and medieval jurists and scholars, those who change their religion or convert from Islam can be regarded as apostates (*murtadd*), and the act is called apostasy (*ridda* or *irtidad*). For many Muslim jurists, the law of apostasy has been clearly prescribed and specified in Shari'a. Apostasy constitutes a crime punishable by death. However, for many modern Muslim scholars, freedom of religion includes the right to change one's religion. Even if deserting or converting from Islam is to be regarded as *ridda*, it should be classified merely as a sin, the punishment of which lies in the authority of God in hereafter.[21]

In the context of religious freedom, it is important to note that the statement in the Qur'an 2:256 applies not only to non-Muslims, but also to Muslims. This is because those who convert from Islam and get involved in revolt or warfare against Islam or a Muslim polity should be treated as enemies. However, the Qur'an does not specify punishment for those who only convert from Islam. Their status is in the hands of God alone.

[21] See Saeed and Saeed. *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*; an-Na'im, *Towards an Islamic Reformation*.

There are different viewpoints concerning the right to change one's religion. According to one interpretation, not only is conversion regarded as treacherous, but also having dissenting opinions from what is believed as orthodoxy raises charges of heresy, which is subject to severe punishment. In certain Muslim countries this phenomenon coincided with the rise of excommunication (*takfir*) of those who are critical of the established political authority and religious orthodoxy. They have been condemned as heretical and apostates. Some of them were put to death, or expelled from their home country, and thus took refuge and lived abroad. An-Na'im is critical towards this practice and tends to adopt the international human rights standard with regard to the right to change one's religion. The CD provision of religious freedom is regarded as partial, since it clearly denies the right to change religion.

In the Indonesian context, for example, the right to freedom of religion is guaranteed by the Constitution. Article 28E (1) states that everyone has the right to adopt a religion and worship according to his religion; and (2) that everyone has the right to freedom of belief, thought and attitude according to his conscience. Although this article does not prescribe the right to change religion, it is legally permitted to change religion, since Indonesia has ratified the ICCPR as Law 12/2005. However, this issue is still quite sensitive among the majority of the Muslim population.

According to a certain interpretation, Shari'a prohibits conversion once a person has adopted Islam as his religion. This view is the result of a literal interpretation of the Qur'an 2:218: "But whoever of you recants and dies an unbeliever, his works shall come to nothing in this world and in the world to come. Such men shall be the tenants of Hell, and there they shall abide forever."

To establish harmony between Islamic law and human rights, Saeed and Saeed propose "a rereading of the Islamic tradition in light of modern concerns, interests and needs" in order to arrive at the conclusion that many articles of Universal Declaration of Human Rights are compatible with the values and objectives of Shari'a, including the right to freedom of religion.[22] In line with other "progressive" scholars, Saeed and Saeed argue that

[22] Saeed and Saeed, *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*, 13. See also Ali Mirmoosavi, "The Qur'an and Religious Freedom.".

desertion from Islam is not a crime subject to punishment in this world, but merely a sin, the punishment of which will rest on the authority of God alone in the hereafter.[23]

Discussion on the right to freedom of religion in light of international human rights on the one hand, and of Shari'a and its legal derivatives or interpretation on the other, clearly reveals their intersection and harmony in certain dimensions as well as contradictions in others. In terms of its non-derogability, freedom of religion is admitted by both Shari'a or Islamic law and international law. The conflict between the two legal norms concerns the issue of changing religion, which is included in human rights. Most jurists and scholars disagree with the right to change religion, or desertion from Islam. Nonetheless, there are some scholars who perceive the issue in a different way, thus justifying that the right to change religion is also a human right guaranteed by Shari'a. For them, the authority to decide the punishment belongs to God.

D. The Rights of Women and Related Issues

The rights of women constitute one of the most important categories of human rights, which is usually referred to as gender equality. One of the most salient areas regarding the rights of women is concerned with the role of women in public or political spheres. In principle, the political rights of women in contemporary Islamic discourse is still controversial, although there have been significant changes in perceptions about the role of women. Some people maintain that women do not have any political rights, while others assert that women should have political rights. However, based on traditional interpretations of Shari'a, the primary task of women is dealing with domestic responsibility or household affairs.

In Mayer's analysis, Shari'a, in its textual form as well as in its interpretations by many Muslim scholars and in many Islamic schemes on human rights, seems to not provide the same rights and freedom for women as given to men. There is no equality between men and women, and

[23] Saeed and Saeed, *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*, 13.

therefore women are discriminated and treated unequally.[24] This is not only in light of some articles in ICCPR, and particularly the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) which entered into force in 1981. Shari'a also seems to show contradiction in itself, and it remains an unresolved question whether women under Shari'a rule are granted freedom and equal rights. On the one hand, Shari'ah grants women freedom to manage their own property and conduct business. On the other hand, women should have their activities controlled by their husbands. Women must even stay at home and only take care of the household, except if they are permitted by their husbands to go out of the house or to work, for example.[25] This ambiguity indicates the prevalence of relative discrimination or the absence of equal treatment between women and men.

The problem of unequal position and rights is usually in conjunction with the textual interpretation of the Qur'an 4:34, which reads: *al-rijal qawwamun 'ala al-nisa' bi-ma faddala Allah ba'dahum 'ala ba'd wa bi-ma anfaqu min amwalihim* ("men have authority over women because Allah has made the one superior over the others, and because they spend their wealth to maintain them").

E. Criminal Punishments and Related Rights

The issue of punishment in Shari'a or Islamic law in particular is closely related to human rights, such as the right to life (art. 6 of the ICCPR) and the freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment and punishment (art. 7). The idea is that human beings should be treated in accordance with human dignity. It is prohibited to treat human beings cruelly or punish them so as to degrade their humanity.

In this context, Shari'a is in line with this particular spirit and set of values. In principle, Shari'a places strong emphasis on human dignity. It prohibits any cruel, inhuman or degrading treatment to human beings.

24 Mayer, *Islam and Human Rights*, 123.
25 Mayer, *Islam and Human Rights*, 99.

For example, Shari'a prohibits murder or killing, and it is stated that he who kills one person is as if he kills all human beings. This indicates that Shari'a upholds the dignity of humanity and the sanctity of life. The Cairo Declaration also prohibits torture and cruel or inhumane punishments (art. 20).

However, some types of criminal punishment in Shari'a (the Qur'an and *hadith*) and Islamic law are seen as contradictory to human rights law. For example, penalties like amputations, stoning, crucifixions, and even capital punishment seem to violate article 7 of the ICCPR. The practices of criminal punishments in some Muslim states have also been regarded as violating the principles of human rights.

Indeed, different types of criminal punishments have been examined critically by scholars **on** human rights. The *hudud* punishments are generally provided for six types of criminal actions: cutting off the hand for theft (*sariqa*); death, crucifixion or cross-amputation of hand and foot or banishment for rebellion or armed robbery (*hirāba*); stoning to death for adultery and one hundred lashes for fornication (*zina*); eighty lashes for false accusation of fornication (*qadhf*); forty or eighty lashes for intoxication (*shurb al-khamr*); and death for apostasy (*ridda*). These punishments have been prescribed in the Qur'an and adopted by Muslim jurists into the body of Islamic law. Of course, there is consensus among Muslim jurists and scholars on some points of these types of criminal offenses and their punishment, although there are more open and "liberal" interpretations among many other scholars. For the latter, it is necessary to re-interpret the prescribed criminal actions and their punishments in light of international law on human rights. It is only through this endeavor that the fundamental principles and teachings of Shari'a can be in line with the international human rights principles and laws.[26]

F. Conclusion

The discussion above reveals some important points. In principle, Shari'a embodies values and teachings on humanity, human dignity and human

[26] For discussion on this issue, see an-Na'im, *Towards an Islamic Reformation*.

rights which are in line and harmony with the principles and provisions of international human rights documents. Both Shari'a and international human rights emphasize the dignity of human beings. Both share the view that it is prohibited to treat or punish human beings so as to degrade their human dignity.

Both Shari'a and human rights also guarantee human beings freedom and rights. For example, as stated in the Qur'an, human beings should be free from slavery. It is also prohibited to enslave human beings. Human beings also have the right to life and to enjoy protection from any arbitrary treatment that deprives them of their humanity. In addition, human beings have the right to freedom of religion and expression of their religion or belief in community or in private. All these are in accordance with the principles and legal provisions of human rights.

However, on many other points, there are conflicts between Shari'a or Islamic law and human rights law. With regard to the freedom to change one's religion, there is contradiction between the two. Shari'a prohibits desertion from Islam (apostasy), and threatens apostates with the death penalty, according to the prescribed punishment in traditional Islamic law. The ICCPR includes the right to change religion in its human rights provisions. This is one of the points of difference between Shari'a and human rights.

Concerning women›s rights, there are some conflicts between Shari'a or Islamic law and human rights. Traditionally, it seems that Shari'a puts women under the supremacy or domination of men. In theory and practice, women are often said to have been discriminated against. They do not have the same rights as men in the public sphere. However, with the rise of feminist Muslim activists and scholars, gender equality has been promoted, and there has been an endeavor to interpret Shari'a or Islamic law in accordance with the spirit of equality between men and women as human beings.

On the issue of criminal punishment, there is a difference between Shari'a and human rights. Shari'a and Islamic law prescribe some types of criminal punishments which are regarded as conflicting with human rights law. This is regarded as true in so far as punishments like stoning,

amputation and death sentence are regarded as severe, cruel and degrading human dignity. However, there is indeed an essential component of Shari'a involving the respect and protection of human life from any cruel treatment or action, like torture, or even killing, as provided in human rights documents.

Finally, it is important to re-read and re-interpret Shari'a and Islamic law in their contextual circumstances in order to find a new understandings of their principles and new types of legal provisions which are in line with the spirit of respect of human dignity and human rights. Some Muslim scholars like an-Na'im, Baderin and Saeed have provoked other scholars to consider adapting the interpretation of Shari'a in line with the changing demands of the contemporary world in terms of respect for and protection of human rights.

Note: The translation of the Quranic verses in this paper is that of N.J. Dawood, *The Koran*, Fourth Revised Edition (Maryland: Penguin Books, 1974).

Bibliography

Afshari, Reza. "An Essay on Islamic Cultural Relativism in the Discourse of Human Rights." *Human Rights Quarterly* 16, no. 2 (May, 1994): 235–276.

Akbarzadeh, Shahram and Benjamin MacQueen. *Islam and Human Rights in Practice: Perspectives across the Ummah*. London: Routledge, 2008.

Baderin, Mashood A. *International Human Rights and Islamic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Bielefeldt, Heiner. "Muslim Voices in the Human Rights Debate." *Human Rights Quarterly* 17, no. 4 (1995).

Brohi, A.K. "Human Rights and Duties in Islam." In *Islam and Contemporary Society*, edited by Saleem Azzam. New York: Longman, 1982.

Dalacoura, Katherina. *Islam, Liberalism and Human Rights: Implications for International Relations*. 3rd edn.. London: I.B. Taurus, 2007.

Dawood, N.J. *The Koran*. 4th rev. edn.. Maryland: Penguin Books, 1974.

Donnelly, Jack. "The Relative Universality of Human Rights." *Human Rights Quarterly* 29 (2007): 281–306.

Hassan, Riffat. "Religious Human Rights and the Qur'an." *Emory International Law Review* 10, no. 1 (Spring, 1996).

al-Jabri, Mohammed Abed. *Democracy, Human Rights, and Law in Islamic Thought*. London: I.B. Tauris, 2009.

Kamali, Mohammad Hashim. "The Shari'a: Law As the Way of God." In *Voices of Islam*, edited by Vincent J. Cornell. 149–181. Westport, CT: Prager Publishers, 2007.

Kamali, Mohammad Hashim. *Shari'ah Law: An Introduction.* Oxford: Oneworld, 2008.

Lindholm, Tore and Kari Vogt, eds. *Islamic Law Reform and Human Rights: Challenges and Rejoinders*. Oslo: Nordic Human Rights Publications, 1993.

Mayer, Ann Elizabeth. "Universal versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures of A Clash with a Construct?" *Michigan Journal of International Law* 15, no. 2 (Winter, 1994): 307–404.

Mayer, Ann Elizabeth. *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*. Boulder, Colorado: Westview, 1999.

Ali Mirmoosavi, "The Qur'an and Religious Freedom." In *Hermeneutics, Scriptural Politics and Human Rights*, ed. Bas de Gaay Fortman, Kurt Martens, and M.A. Mohamed Salih. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

Moussalli, Ahmad S. "The Classical and Medieval Roots of al-Huquq al-Shar'iyyah and Its Modern Islamic Conceptions as Human Rights." In Ahmad S. Moussalli, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism and Human Rights.* Gainesville: University Press of Florida, 2001.

an-Na'im, Abdullahi Ahmed. *Towards an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*. New York: Syracuse University Press, 1990.

an-Na'im, Abdullahi Ahmed. *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a.* Cambridge and London: Harvard University Press, 2008.

Panikkar, Raimundo. "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?" *Breakthrough* (Spring, 1989).

Rehman, Javaid. "The Sharia, Freedom of Religion and European Human-Rights Law." *Irish Studies in International Affairs* 22 (2011): 37–51.

Sachedina, Abdulaziz. *Islam and the Challenge of Human Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

Saeed, Abdullah and Hassan Saeed. *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*. Farnham, UK: Ashgate, 2004.

Tibi, Bassam. "Islamic Law/Sharia, Human Rights, Universal Morality and International Relation," *Human Rights Quarterly* 16, no. 2 (May, 1994): 277–299.

CHAPTER 6

The Universal Declaration of Human Rights: A Basic Introduction to Its History, Drafting, Key Provisions, and Legacy

Brett G. Scharffs
International Center for Law and Religion Studies, J. Reuben Clark Law School of Brigham Young University, USA

A. Introduction

This chapter is a basic introduction to the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). It focuses on the aims of the document, its background context and the drafting process, as well as certain key provisions. The chapter also includes a brief introduction to other international human rights instruments that were built upon the foundations of the UDHR as well as the role of the UN and non-governmental organizations (NGOs) in the promotion and protection of human rights, including freedom of religion and belief.

On December 10, 1948, the United Nations General Assembly unanimously adopted the UDHR. Harvard law professor Mary Ann Glendon has described the significance of this event in her book, *A World Made New*. She states that "[t]he moral terrain of international relations was forever altered late one night in Paris […] when the General Assembly of the United Nations adopted the UDHR without a single dissenting vote."[1] In fact, by the time the representatives of all the countries had made their statements highlighting the significance of what was about to happen, it was actually early in the morning of December 11 when the document was adopted.

1 Mary Ann Glendon, A World Made New *xv* (2001).

There are several important things to understand about the history and the background of the UDHR. First, this process was undertaken at the insistence of small countries and non-governmental organizations. Today, some observers try to characterize human rights as a Western imposition upon developing countries, but as will be explained in more detail below, that is not congruent with the history of why the human rights instruments came to be drafted. If anything, the exact opposite is closer to the truth.

Second, the window of opportunity for the Declaration's implementation was frightfully small. The time between the end of World War II and the onset of the deep freeze of the Cold War was brief. In an important sense, December 1948 represented a brief interim moment when such an agreement was politically possible.

Third, this was not an exercise in high theory, but rather an identification of widely shared practices and norms. The drafting of the Universal Declaration began and was most influenced by surveys of existing rights instruments, going back to the Magna Carta, the French Declaration of the Rights of Man and the early amendments to the U.S. Constitution, among many other rights instruments. By the time the first draft was completed, it was 500 pages long and was almost entirely footnotes that referenced a broad range of existing rights instruments from around the world.

The adoption of the UDHR was one of the crowning achievements of Eleanor Roosevelt's remarkable public life, although biographies and documentaries of her life often barely mention her involvement in this process as chair of the committee that drafted the Universal Declaration of Human Rights.

B. Aims of the UDHR

The key aim of the declaration was to establish a standard of globally respected rights. The document was designed to identify a set of standards so obvious, so basic, and so widely recognized, that no self-respecting state could resist the call to protect these rights. And thus, to deny these rights to their own citizens and to people living within their jurisdiction would be a great embarrassment.

Sometimes international human rights norms are discussed as grand ideals or vague and esoteric principles. However, the Declaration was not the work of starry-eyes idealists. It was the work of statesmen and stateswomen who had come through the fiery crucibles of not only World War II, but World War I. They had seen the horrors of Japanese imperialism, Nazi Germany, and the effort to extinguish the Jewish race. This was a group of people who had been through an ordeal unlike anything most of us have experienced today; thus, to say that this is the work of unrealistic romantics does a tremendous disservice to this group of people. However, while these individuals were not naïve idealists, there was indeed a profound idealism involved: an earned idealism that arose from the ashes of World War I and II.

The drafting and debate was diverse and inclusive. It is important to recognize that this was not just a group of elite drafters, it was a process that was very inclusive and wide-raging. The key aims included amplifying the voice of the weak. After all, the UDHR highlights rights that individuals can claim against their own states or governments. It primarily places limitations on the way states and those in power can treat those subject to their jurisdiction. Importantly, it introduces the idea that human beings, and not just states, are the subjects of international law.

Since the treaty of Westphalia, international law had largely been viewed as a matter of the relations between states and a secularization of relations between states began to emerge. However, the Declaration not only introduced human beings as subjects of international law, but challenged that long-held assumption that international law is primarily a matter of state-to-state relations, and explicitly rejected the claim that human rights are only a matter of domestic concern.

C. Background and Drafting of the UDHR

When the U.N. Charter was drafted in 1945, the great Powers – United States, Great Britain, and the Soviet Union – showed little interest in the human rights project. The U.N. Charter briefly mentions, but does not give

content to the idea of human rights. But the Allied Powers had described the war as a fight for freedom and democracy, and those who longed most for such freedom were slow to forget the world they envisioned.

In the post-World War II period, the United States was not especially interested in human rights because of its own domestic issues surrounding race. The United States had widespread segregation and racial discrimination. The promulgation of human rights at the time could have served as a basis for uncomfortable claims of racial equality. The Soviet Union also was uninterested in human rights because the collectivist ideology of communism prescribed that the individual's interest must be subordinate to the community's interest. Additionally, Great Britain was uninterested in the human rights project because it was desperate to preserve what it could of its empire. Thus, the most vocal proponents of the human rights project were countries that were subject to imperial powers.

Carlos Romulo of the Philippines, a statesman, diplomat, and journalist, for example, said that he would not be deterred from pressing issues of human dignity. He wrote that he became "a nuisance, a gadfly, a pest. I prowled corridors, buttonholed delegates, cornered unwilling victims in hotel lobbies and men's rooms."[2] This quotation demonstrates the sentiment that there was an adamancy, an advocacy, an insistence that encouraged the Great Powers to live up to the promise of what they said the war had been about. In addition, appalling photographs from the Nazi concentration camps were becoming widely circulated, and the United States agreed, somewhat reluctantly, to the creation of a special commission on human rights.

President Harry Truman insisted that Eleanor Roosevelt, the still-mourning widow of President Franklin Delano Roosevelt, join the U.S. delegation to the United Nations. Many opposed Eleanor Roosevelt's appointment because of her inexperience in international relations. Others opposed her appointment because of her liberal and outspoken nature. Interestingly, Eleanor Roosevelt was a columnist who wrote a weekly piece in the leading women›s magazine of the day. In her column she promoted her liberal, pro-union, pro-worker, pro-women agenda and often criticized her husband›s administration and his policies. Rather than try to control

[2] *Id*. at 12.

her, Franklin Roosevelt's daily prayer was said to have been, "Dear God, please make Eleanor tired."[3]

Ultimately, Eleanor Roosevelt was a force of nature. She was a remarkable, strong-willed, savvy, and diplomatic person who faced down the opposition regarding her appointment. In point of fact, Eleanor Roosevelt herself doubted her capacity to tackle such a project as human rights. She was in grief after the recent death of her husband and she had children who needed her since she was the rock of her family. Furthermore, the family finances were not in great shape coming out of the presidency.

Nevertheless, when she agreed to spearhead the human rights project, she threw herself into the task with tremendous energy and hard work. She used preparation and organizational skills to compensate for what she lacked in ready knowledge and experience. She proved to be a powerful and valuable asset to the U.S. delegation as well as to the U.N.'s efforts to create the UDHR.

Her most effective diplomatic strategy involved inviting key participants into her home. She had a townhouse on Washington Square Park in Greenwich Village to which she would invite Commission members to come, enjoy tea, discuss the relevant issues, and eventually engage in preliminary negotiations. By the time the formal negotiations commenced, several views had already been vetted during the social aspects of the delegates' visit, and thus the group could focus on making progress.

There were representatives of 18 nations appointed to the Commission on Human Rights, who were tasked with drafting the Universal Declaration. These included Australia, Belgium, Byelorussia, Chile, China, Egypt, France, India, Iran, Lebanon, Panama, Philippines, Ukraine, the Soviet Union, the United Kingdom, the United States, Uruguay, and Yugoslavia. The careful composition of this list is rather remarkable. It includes nations aligned with the western democracies as well as with the Soviet Union; countries from the north and the south; developed as well as developing countries; and both Christian and Islamic majority countries. Indeed, it would have been difficult to come up with a more careful, nuanced, and balanced group of countries than those that were identified and appointed to the Human Rights Commission.

[3] *Id.* at 22.

Eleanor Roosevelt was elected chair of the Human Rights Commission and the 18-member delegation almost immediately found that drafting an international bill of human rights was difficult as a committee of the whole. Therefore, a drafting committee was organized. That committee was comprised of Eleanor Roosevelt; Charles Malik, Lebanese philosopher, diplomat, and secretary of the commission; and P.C. Chang, Chinese philosopher, diplomat, and playwright, who served as vice-chairman of the commission. The three were assisted by John Humphrey, a Canadian international law expert assigned to act as the director of the Human Rights Division of the U.N. Secretariat. In time, the drafting committee was expanded to include René Cassin, the legal genius of Free France; Colonel Hodgson of Australia; Hernán Santa Cruz of Chile; Geoffrey Wilson representing the United Kingdom; and Vladimir Koretsky as the representative of the Soviet Union.[4]

Over a span of nearly two years, the drafting committee and the Human Rights Commission as a group repeatedly revised and debated the document that eventually came to be known as the Universal Declaration of Human Rights. The document passed through multiple committees and votes, eventually earning the approval of the United Nations General Assembly.

D. Key Provisions

The Introductory Proclamation says that the UDHR declares itself to be

> [A] common standard of achievement for all peoples and all nations, to the end that every individual and every organ of society, keeping this Declaration constantly in mind, shall strive by teaching and education to promote respect for these rights and freedoms and by progressive measures, national and international, to secure their universal and effective recognition and observance….[5]

[4] The Soviet Representative changed multiple times throughout the drafting process and included: Valentin Tepliakov, Alexander Bogomolov, and Alexei Pavlov.

[5] Universal Declaration of Human Rights (UDHR) Introductory Proclamation, December 10, 1948.

Virtually every word of this quotation is important. The declaration is a "common standard of achievement" for everyone, peoples *and* nations. This language demonstrates that there is a responsibility of individuals to be aware of and understand what these rights are. Furthermore, this section insists that education surrounding human rights must be promulgated through international as well as national efforts.

The Preamble is also noteworthy, providing:

> Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,
>
> Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind […],
>
> Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights be protected by the rule of law […][6]

This first selection identifies key ideas, the second looks backwards, and the third looks forward.

One of the key ideas is the recognition that the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice, and peace in the world. This is a profound statement. The preamble holds that the dignity of people is not something bestowed by states to individuals, but is inherent. Similarly, these equal and inalienable rights are not granted, but are traits and endowments with which we are born. Finally, there is acknowledgment that all are members of the human family, which recognizes mankind's common humanity and relational status. These ideas are important, the preamble declares, because they are the foundation of freedom, justice, and peace.

Looking backwards, the preamble notes the "disregard and contempt for human rights that has resulted in barbarous acts which have outraged

6 *Id.* Preamble.

the conscience of mankind […]."[7] The references to the horrors of World War II are unmistakably evident in this language.

Looking forward, the preamble expresses that "it is essential, if man is not to be called to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights be protected by the rule of law."[8] This is the forward-looking reason why human rights are important, because otherwise, people will have no recourse but to rebel against tyrannical and oppressive governments. This is a strong warning to countries and regimes that fail or refuse to protect human rights.

Article 1 is an extraordinarily carefully crafted statement about the character of human rights, and it sets the basic framework for understanding what human rights are and how they should be understood. It creates the basis for what might be described as "human rights discourse." Article 1 reads, "All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood."[9] The most essential parts of the declaration necessary for engaging in discussions with governments, religious leaders, and politicians about religious freedom are almost entirely summarized in this article. Freedom, equality, dignity, and rights are the basic things that human beings have as a result of general human capacities and status. Individuals are endowed with reason, with conscience, and every person has an obligation to treat others as brothers and sisters. That is the foundation for human rights: human dignity, equality, and freedom, and the idea that we as human beings have reason, conscience, and an obligation to treat each other in the spirit of brotherhood.

Article 1 creates a framework for human rights discourse. It provides a vocabulary, a set of concepts; it is a way of communicating about human rights. When we are trying to promote human rights, it is almost always best to go back to these most simple, most clear, most pure ideals. This is rather idealist, but it is also a set of deeply profound statements about the character of human beings and our relationships with each other. Almost

7 *Id.*
8 *Id.*
9 *Id.* art. 1.

everything of importance that takes place in human rights law grows from the roots of this Article 1.

The idea of conscience is also something interesting about Article 1. The inclusion of conscience was at the suggestion of the Chinese delegate, P.C. Chang.[10] He wanted to include, in addition to reason, the idea of *ren* (仁), which is a Chinese concept that is created from the Chinese character for man. Literally, *ren* means two-man mindedness, a composite of man (人) and two (二), so it implies ideas of empathy, consciousness of one's fellow men, humanity, or benevolence. This was translated as conscience, but, unfortunately, this translation does not quite capture the meaning of *ren*. Conscience, like reason, is an inward capacity. Metaphors for conscience include things like inner light, still small voice, and spirit. But these all indicate an inward illumination, an inward whispering, whereas *ren* is outward and other-directed in its orientation.

While something was lost in the mistranslation, a closely related concept was captured in the idea at the end of the sentence where the notion of treating each other in a spirit of brotherhood is expressed. This idea actually comes closer to capturing the idea of *ren* than the translation of conscience does.

Ren is an absolutely foundational principle in Confucian philosophy. Lo Chung-Shu said that "[t]he basic ethical concept of Chinese social political relations is the fulfillment of the duty to one›s neighbor, rather than the claiming of rights."[11] He described *ren* as "a sympathetic attitude of regarding all one's fellow men as having the same desires, and therefore the same rights, as one would like to enjoy oneself."[12] It recognizes that social harmony comes from the sovereign fulfilling a duty of *ren* and citizens fulfilling a duty of filial piety or *xiao* (孝), also translated as loyalty. Xun Zi believed that *ren* was essential for good governance and unifying people.

When discussing human rights, and especially in Asian contexts, highlighting the concept of *ren* and acknowledging the mistranslation can be a helpful way of breaking down some of the suspicion towards human rights. But the idea captured by *ren* is a concept that resonates deeply not

10 Glendon, *supra* note 1, at 67–68.
11 *Id.* at 75.
12 *Id.* at 75–76.

only in Asian cultures, but in other societies as well, including African and South Pacific cultures. The South African concept of *ubuntu* expresses a similar idea as the Chinese concept of *ren*. *Ubuntu* is similarly hard to define and translate. For Africans, *ubuntu* is what makes human beings human; it connects humans to all other beings.[13] Ubuntu reflects not just human kindness, but the deep interconnectedness of human beings; literally translated, it connotes "human-ness." Additionally, for Samoans, concepts like *fa›aaloalo* (respect) or *alofa* (love) are very similar to the concept of *ren*. They shape social interactions, social norms and views on human rights.[14]

Some consider the Confucian emphasis on relationships and duties to be incompatible with a rights-based legal system. However, it may be important to recognize that the Bible has been described as not a system of rights, but rather a system of duties. Thus, for people from the Judeo-Christian tradition, thinking in terms of duties can be as useful and fruitful as thinking in terms of rights. As Gandhi said, "I learned from my illiterate but wise mother that all rights to be deserved and preserved come from duty well done."[15]

There are a variety of implications that stem from focusing on and recognizing *ren* when legislating in the area of human rights, and in particular with respect to religious freedom. This notion encourages us to keep the treatment of the other in mind, including religious minorities, when forming and implementing policies. It reminds us that we are all part of a minority. One of the deep truths is that there is no majority religion in the world, and it is easier to maintain an attitude of two-man-mindedness when we continually remember that we are all a part of a minority.

Having a majoritarian framework or attitude makes it more difficult to think in terms of the rights and interests of the minority. It is important to constantly maintain the recollection that even if one group is a temporary majority somewhere, that same group is a minority elsewhere. The largest group in the world is probably Christians (after that, Muslims; and after that it is unbelievers or non-believers in religion) and even with its billion,

13 John Murungi, An Introduction to African Legal Philosophy 68 (2013).

14 Unasa L. F. Vaa, *Human Rights in the Pacific: Samoan Custom and Human Rights: An Indigenous View*, 40 Vict. U. Wellington L. Rev. 237, 243–46 (2009).

15 Glendon, *supra* note 1, at 75.

or billion five, that is a small percentage of a world that consists of seven billion people.

Additionally, human rights are inseparably connected to relational duties. The freedom, for example, to choose, have, and manifest religion must be considered in conjunction with social duties to uphold and sustain the law. Rather than focusing on rights in isolation, a better approach is to focus on the relationship of rights and duties, and in this regard the concept of *ren* effectively encourages just that.

Article 2 is another key provision of the UDHR. It states that "[e]veryone is entitled to all of the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status [...]"[16] Human rights do not belong solely to citizens, but rather, to all human beings who are subject to the jurisdiction of governments. Everyone has all of the rights, notwithstanding their differences, including religious differences.

Article 7 discusses equality and equal protection, when it declares that "[a]ll are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law […]"[17] We may not be equal in every sense, but from a human rights perspective we are all equal in one important way: we are equal before the law.

Article 18 holds provisions that are the most relevant to religion and religious freedom. It states that "[e]veryone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance."[18] Again, every word is thoughtfully considered. This specific article went through about seven different drafts and the settling upon this language was careful and deliberate. Article 18 will be discussed in detail in Chapter 12.

---

16 UDHR, *supra* note 5, art. 2.
17 *Id.* art. 7.
18 *Id.* art 18.

Article 29 contains parameters, or the bases of limitations on the human rights identified in the UDHR. Article 29 states:

> In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.[19]

Opinions regarding the acceptable extent of limitations vary widely. Thus, human rights discussions frequently focus on limitations, the grounds for limitations, and whether the limitations are necessary.

E. Other International Human Rights Instruments

In the years since the adoption of the UDHR, there have been a number of other international and regional human rights institutions and instruments that address human rights, including freedom of thought, conscience, and religion. These include the Council of Europe and the European Union (EU), the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), the Organization of American States (OAS), the African Union (AU), the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), and the Organization of Islamic Cooperation (OIC).

Here I will focus on the most influential of these institutions, the Council of Europe, and the European Convention of Human Rights (ECHR) adopted by the Council of Europe. I will also note several important developments in the United Nations, the adoption of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and the 1981 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief (the 1981 Declaration).

---

19 UDHR, *supra* note 5, art. 29.

European Convention on Human Rights (ECHR), 1950

The European Convention on Human Rights, adopted in November 1950, is very similar to the Universal Declaration of Human Rights in its content and tone. The European Court of Human Rights' jurisdiction applies to Council of Europe members. This includes forty-seven member states in Europe, Turkey, and the former Soviet Union.[20] Its governing institutions include a committee of ministers and a parliamentary assembly, and its foundational documents include the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The ECHR includes the right of individuals to file complaints claiming human rights violations by their government. At first, this right of individual petition was optional for member states, but since 1998, it has been mandatory.

The European Court of Human Rights implements and interprets the provisions of the ECHR.[21] It is an international judicial body established under the European Convention to monitor the respect of human rights by participating states. All 47 members of the Council of Europe have adopted the ECHR.[22] Applications against Contracting Parties for human rights violations can be brought before the Court by other states, other parties, or individuals. Applications may be made in the language of the party, but all Court proceedings are conducted in one or both of the Court's official languages, English or French.[23] The Court sits in Strasbourg, France.

The Court is distinctive, if not quite unique, as an international law body in that it provides a mechanism for individuals – citizens, nations and even visitors – to bring a claim in a transnational court that the host country has violated their basic human rights. At times, the Court is tentative and may seem to be overly deferential to nation states. But it is important to remember that the Court represents a relinquishment

---

20 Member states include Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, The Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, The Russian Federation, San Marino, Serbia, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, North Macedonia, Turkey, Ukraine, United Kingdom.

21 European Court of Human Rights, *Questions and Answers*, 1 (July 27, 2016) http://www.echr.coe.int/Documents/Questions_Answers_ENG.pdf.

22 *Id.*

23 *Id*. at 8.

of national sovereignty that seems quite remarkable when viewed from a global perspective.

The member states of the Council of Europe are notable for their historical, political, cultural, religious and legal diversity.[24] The geographic and ethnographic scope alone is breathtaking. The Court's jurisdiction encompasses all forty-seven member states of the Council of Europe, eight hundred million people in eighteen time zones, and the Court has issued more than ten thousand judgements since 2008.[25] There is one judge on the Court from each of the forty-seven countries in the Council, but these judges are independent and do not represent their countries. They have expertise in the law of their respective countries, but usually broad additional expertise as well.

When cases are filed, they are reviewed initially by a three-judge committee that considers applications. Typically, cases are decided in seven-judge changers, although in some classes of important cases, seventeen-member panels meet in Grand Chamber.

The Court receives approximately fifty thousand submissions per year. Application to the Court requires an applicant to exhaust his or her domestic remedies, not substantially touch upon a matter already examined, and to not be "manifestly ill-founded."[26] There is no review of national laws and the determinations of courts under national law, and the asserted violation must be caused by a responsible state party. Applicants cannot bring a complaint against another private or corporate party. States are not liable for events that occurred before their ratification of the treaty.

Standing before the court initially excluded religious groups, but the Court revised its position after its opinion in *Church of Scientology v. Sweden*.[27]

---

24 Member States of the Council of Europe (parties to the ECHR) include Albania, Andorra, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, The Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, San Marino, Serbia, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, North Macedonia, Turkey, Ukraine, and the United Kingdom.

25 Council of Europe, *European Court of Human Rights (ECtHR)* (July 27, 2016), http://www.coe.int/t/democracy/migration/bodies/echr_en.asp.

26 *Id*.

27 *Church of Scientology v. Sweden*, no. 7805/77, ECHR (1979).

Remedies afforded by the Court most commonly include damages and compensation, though sometimes states are ordered to enact new laws. A Committee of Ministers made up of the Foreign Ministers of each of the countries in the Council of Europe meets regularly to oversee the execution and enforcement of the Court's judgments.

The European Convention protects a long list of personal freedoms, including religious freedoms. Its key provisions protect the right to life, a fair hearing in criminal and civil cases, the right to respect for private and family life, freedom of expression, the right to an effective remedy, the right to peaceful enjoyment of one's possessions, the right to vote and to stand for election, and Article 9's protection of thought, conscience, and religion.[28] The Convention also prohibits torture and inhuman or degrading treatment or punishment, slavery and forced labor, discrimination in the enjoyment of the rights and freedoms set out in the Convention, the expulsion or removal by a State of its own nationals, the death penalty, and the collective expulsion of foreign nationals.[29]

Article 9 of the ECHR addresses freedom of thought, conscience and religion. It states that "everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance."[30] I will discuss Article 9 of the ECHR in greater detail in chapter 12.

One of the Convention's most important aspects is the right individuals possess to bring complaints against their governments. From 1959 to 2011, the Commission and then the Court heard forty cases in which a state violated an individual's right under Article 9. Ten such cases originated in Greece, five from both Russia and Bulgaria, four in Turkey, and three each from Ukraine, Moldova, and Latvia. Overall, however, violations of Article

28 European Court of Human Rights, *supra,* 4.

29 *Id.*

30 European Court of Human Rights, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (July 26, 2016), http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

9 are comparatively few. For example, violations of Article 6, which protects a right to a fair trial, number 2,725 compared to 40 violations of Article 9.[31]

Early in its history, before individuals could appeal to the Court directly, the European Commission on Human Rights filtered applications.[32] The Commission determined a given case's admissibility, tried to reach an amicable out-of-court settlement, issued non-binding reports to the Committee of Ministers, and acted to award "just satisfaction" when cases were not referred to the Court.[33] Protocol 11, adopted in 1994, now allows individual applicants to bypass the commission and bring cases directly to a three-judge panel to determine admissibility.[34]

After Protocol 11 allowed individual applicants to approach the Court directly, the Court experienced a dramatic increase in individual filings. From 1955 to 1998, for example, the Court handled 45,000 applications.[35] In 2008 alone, the Court handled 49,900 applications.[36] This number rose to 86,063 by 2014.[37] Protocol 11 also resulted in a larger number of judgments. From 1955 to 1998, the Court issued 837 judgments. In 2008 and 2014, the Court released 1,543 and 891 judgments, respectively.[38]

The caseload of the ECHR focuses heavily on criminal and procedural matters, with nearly half involving a violation of Article 6 (fair trial), whether on account of the fairness or the length of the proceedings, 14 percent involving Article 1 of Protocol No. 1 (property), 12 percent involving Articles 2 and 3 (right to life and prohibition on inhuman and degrading treatment), 10 percent involving Article 5 (right to liberty and

---

31 In its first 50 years, the European Court of Human Rights found the following violations: 1,287 violations of Article 5 (Liberty and Security), 531 of Article 8 (Private and family life), 417 of Article 3 (Inhuman or degrading treatment), 348 of Article 10 (Freedom of expression), 146 of Article 2 (Right to life), 123 of Article 14 (Discrimination), 80 of Article 11 (Assembly and Association), and 48 of Article 3 (Torture).

32 Leo F. Zwaak & Therese Cachia, *The European Court of Human Rights: A Success Story?* (July 27, 2016), *https://www.wcl.american.edu/hrbrief/11/3zwaak.pdf.*

33 *Id* at 54.

34 Council of Europe, *Details of Treaty No. 155*, (July 27, 2016), https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/155.

35 David P Forsythe, *Encyclopedia of Human Rights, Volume 1*, 175 (Oxford University Press, 2009).

36 European Court of Human Rights, *Annual Report* 2008 (2008), http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2008_ENG.pdf.

37 European Court of Human Rights, *Annual Report 2014* (2014), http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf.

38 *See footnotes 36, 37.*

security), and 8 percent involving Article 13 (right to an effective remedy). This means that fewer than 10 percent of the claims deal with freedom of religion, freedom of expression and a variety of other claims.[39]

Nevertheless, the impact of Article 9 cases, involving freedom of thought, conscience and religion, all of which have been decided in the past few decades, has been disproportionately high. The important Article 9 issues decided by the Court include the wearing of religious symbols or clothing in public places, the process of registration and receiving recognition as a religious group, religious association where employment in religious organizations might depend on a person's religious qualifications, proselytism, hate speech, and defamation of religion.

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1966

The UN Human Rights Commission planned to follow up the non-binding Universal Declaration of Human Rights immediately with a binding, universal convention. However, ideological differences between the Western states and the Soviet bloc prevented progress on a single covenant. Eastern states insisted that the covenant should provide for economic, social, and cultural rights, as well as civil and political rights. Western states refused to commit themselves to a framework with economic and social standards bearing the same legal force as the civil and political rights standards. In 1951 the Commission decided to adopt the two-covenant approach championed by the Western states and resumed drafting work.

The process of hammering out the two conventions took an additional 15 years. The resulting covenants were titled the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR). Surprisingly, despite the sharp divide in opinion over the content of the covenants, both were adopted unanimously (along with the first Optional Protocol) by the General Assembly in December 1966; they entered into force in 1976.

While the UDHR carries moral force and is often viewed as having the force of customary international law, the two covenants are binding, positive

[39] *See* European Court of Human Rights, *The ECHR in facts and figures 2014*.

law. Compliance with the terms of the covenants is required by the Vienna Convention on the Law of Treaties. Further, whereas states can derogate from some duties acquired through treaties, human rights obligations that are "fundamental" are nonderogable and cannot be avoided by reservation, objection, or declarations by state parties to the covenants. As a legally binding treaty, the ICCPR includes various enforcement mechanisms. The Covenant creates the Human Rights Committee, which administers the reporting system also established by the Covenant. As of early 2017, 164 states were party to the ICESCR and 168 states were party to the ICCPR.

Article 18 is the Covenant's provision relating to freedom of religion or belief. It states, "[e]veryone shall have the right to freedom of thought, conscience, and religion. This right shall include freedom to have or adopt a religion or belief of his choice […]."[40] I will discuss Article 18 of the ICCPR, as well as other provisions relating to freedom of thought, conscience and religion, in greater detail in chapter 12.

The Optional Protocol to the ICCPR also has significant implications for freedom of religion. Article 1 of the Optional Protocol establishes the Human Rights Committee, with the competence to "receive and consider communications from individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by that State Party of any of the rights set forth in the Covenant." Subject to the requirements that the communication concerns a state party to the Covenant, that domestic remedies have been exhausted, and that the communication is not anonymous or abusive, the committee will bring the communications to the attention of the state party, which shall have time to prepare a written response, clarifying the matter and any remedies that have been taken by the state. The Human Rights Committee also is instructed to prepare annual reports of its activities under the Protocol.

Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief, 1981

While work was underway to finalize the international covenants, efforts moved forward to adopt conventions on the elimination of racial

[40] *Id.*

discrimination and elimination of religious intolerance and discrimination. The first of these efforts led relatively rapidly to the adoption in 1965 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), which entered into force in 1969. As a result of international politics and the greater complexity of freedom of religion issues, a convention in the religion area has never been adopted. Rather, when it became clear that there was insufficient consensus to create a legally binding treaty in this area, the decision was made to adopt a Declaration instead. Accordingly, in 1981 the United Nations General Assembly adopted its Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief (the "1981 Declaration"). I will discuss the 1981 Declaration in more detail in chapter 12.

F. United Nations Monitoring Institutions

Over the years, the United Nations has set up various institutions to monitor and promote state compliance with human rights commitments, including protecting the right of freedom of religion and belief. Here I will focus on the United Nations Commission on Human Rights and its 2006 replacement, the United Nations Human Rights Council, as well as on the UN Human Rights Committee, the treaty body charged with monitoring compliance with the ICCPR. Other UN institutions have a significant impact on the implementation of freedom of religion and belief, including the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), the International Labor Organization (ILO), and the World Health Organization (WHO).

The first international human rights body was the UN Human Rights Commission,[41] now known as the Human Rights Council. As the oldest such body, it had a profound impact on religious freedom jurisprudence in international law. The Commission's history can be divided into three stages.[42] The first, which lasted from 1946 to 1955, saw the commission

41 Glendon, *supra*, 17.
42 *Id*. At 30-46, 204-205.

playing a key role in drafting what later became the most important human rights instruments outlining freedom of religion or belief. The second period lasted until 1981 and culminated in the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination. Since that time, much of the commission's work has focused on the monitoring and implementation of human rights. This Commission and later Council appointed a Special Rapporteur[43] to conduct site visits, respond to reports of violations, organize conferences on relevant issues, issue annual reports, and recommend remedial issues against violating states.

Towards the end of the body's existence as the Commission, it faced significant criticism because its members included some of the world's worst human rights offenders.[44] The Commission's members often used their positions to prevent the Commission from investigating human rights abuses. Reform efforts culminated in 2006, when the UN General Assembly replaced the Commission with a significantly restructured body, the Human Rights Council. The Council is now, according to the body's website, "an intergovernmental body within the U.N. system made up of 47 States responsible for strengthening the promotion and protection of human rights around the globe."[45] This involves reviewing the human rights records of all UN member states every four years.

The United Nations system also includes the Human Rights Committee, a "treaty body" created by the International Covenant on Civil and Political Rights to oversee state compliance with that instrument.[46] Prominent human rights experts comprise the committee, which functions independent of other institutions.

The Human Rights Committee has three primary functions: (1) reviewing periodic reports signatory states submit pursuant to the requirements of the International Covenant in order to assure compliance; (2) producing general comments that interpret specific Covenant provisions

43 The Special Rapporteur was originally called the Special Rapporteur on Religious Intolerance.

44 Nana Yeboah, *The Establishment of the Human Rights Council*, 79 (July 26, 2016) https://globalsolutions.org/files/public/documents/ManagingChange-5.pdf.

45 See http://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/pages/hrcindex.aspx.

46 *See Human Rights Committee,* http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx.

or address general procedural and substantive issues; and (3) reviewing individual complaints that arise through the Covenant's Optional Protocol.

The Human Rights Committee has produced a number of general comments germane to freedom of religion or belief. The most important of these is its 1993 General Comment Number 22, on Article 18, which fleshes out the meaning of freedom of religion or belief in significant ways – stressing the importance of a broad understanding of the scope of rights entitled to protection, stating that internal forum matters are protected absolutely, and emphasizing the narrowness of the circumstances under which religious freedom may be limited. More recently, in General Comment Number 34, the Committee addresses Article 19, regarding freedom of expression. In General Comment Number 34, the Committee stresses its concerns about anti-conversion, anti-proselytizing, and defamation-of-religion laws. Paragraph 9 states that the freedom of opinion "extends to the right to change an opinion whenever and for whatever reason a person so freely chooses," and notes that "all forms of opinion are protected," including opinions of a "moral or religious nature." Paragraphs 22 and 48 clarify that, "prohibitions of displays of lack of respect for a religion or other belief system, including blasphemy laws, are incompatible with the Covenant," except under specified circumstances where such advocacy constitutes an incitement to violence.

G. Conclusion

In conclusion, a brief look into Eleanor Roosevelt's nightly prayer illustrates the strong faith that she (and likely many other contributors to the Universal Declaration) possessed and that drove her to pursue the creation of the declaration with such fervor. Commitment to human rights wasn't secular for Eleanor, it was deeply rooted in her faith. The principles highlighted in her prayer perfectly indicate the ultimate goal of the Universal Declaration of Human Rights: a world made new.

Our Father, who has set a restlessness in our hearts and made us all seekers after that which we can never fully find, forbid us to be satisfied with what we make of life. Draw us from base content and set our eyes on

far-off goals. Keep us at tasks too hard for us that we may be driven to Thee for strength. Deliver us from fretfulness and self-pitying; make us sure of the good we cannot see and of the hidden good in the world. Open our eyes to simple beauty all around us and our hearts to the loveliness men hide from us because we do not try to understand them. Save us from ourselves and show us a vision of a world made new.[47]

[47] Glendon, *supra* note 1, at *ix*.

CHAPTER 7

Conceptual Underpinnings and Public Grounds of Human Rights– With an Upbeat Prospect on Religion-based Support of Human Rights

Tore Lindholm
The Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief,
Norwegian Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Oslo

A. Introduction

This chapter

- provides elementary conceptual underpinnings of human rights norms, as codified in international law (sections B, C, and D),
- addresses, in a preliminary manner, public grounding of human rights (section E), including public grounding across religious and belief divides (section F), and
- surveys, in a bird's-eye view, some current scholarly studies on human rights (section G).

The two terms "human rights" and "international human rights" (hereinafter abbreviated "IHRs") are in this chapter used interchangeably, without thereby implying that human beings did not, somehow, have legitimate claims to human rights protection before the rise of the international system of legally codified human rights.

Section B introduces *basic notions* we shall need in order better to understand human rights norms. Section C spells out the *concept of a right*. Section D outlines *core human rights goods* included for protection in the

so-called "International Bill of Human Rights" (IBHR). Section E explains the *public foundations* of international human rights (IHRs), as conceived after World War II. (Please note that by "underpinnings" I do not claim to provide profound grounds of human rights. I only claim to provide some conceptual clarification required to appreciate modern human rights.) Section F begins a discussion of what it might take for people everywhere in our world to be able to espouse human rights *from their own convictional heartland, hence across religious and cultural divides*. Finally, Section G provides a short "guided tour" through some *scholarly research* on the recent rise and entrenchment of IHRs as an emergent universal *lingua franca*, a moral language made widely accessible after 1945 by the instruments of international and domestic human rights law.

What are human rights? Here is a short answer: Human rights are publicly recognized entitlements that in our world (*to the extent* they are observed) help safeguard human beings everywhere against certain, more or less severe societal or natural threats and perils.

These entitlements exist "by right," i.e. as *valid norms* in international as well as much domestic *law*, and also in enlightened *morality*. Examples: the equal moral status of every human being; the right not to be tortured; the right to a fair trial when charged with a crime; the right to enjoy freedom of religion or conviction; the right to engage in political activity; the right to education, to health care and to social security. Section D lists the diversity of goods that are to be protected by IHRs. This normative claim, made on behalf of universal human rights, does obviously not say that human rights are *in fact* universally respected, protected, and fulfilled. Human rights are in fact not universally implemented, far from it! Their realization, everywhere and for all, is a huge, perhaps a utopian challenge.

A main public embodiment of the modern conception of human rights are *international human rights instruments*: foremost, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR adopted 1948) and, then, subsequent human rights declarations and treaties adopted at the *global* level by the United Nations and at *regional* levels by the Council of Europe (convention finalized 1950/in force 1953), by the Organization of American States (declaration 1948; convention 1969/1978), by the Organization of African

Unity (convention 1981/1986), and by the Association of South East Asian Nations. The ASEAN Human Rights Declaration (AHRD) was adopted in 2012.

The so-called "International Bill of Human Rights" (IBHR) includes UDHR and the two human rights covenants under the United Nations: the International Covenant on Economic and Social and Cultural Rights (ICESCR 1966/1976) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR 1966/1976).

With respect to the exact normative status and scope of human right norms there are minor differences among the above-mentioned legal instruments. Still, they manifest a reasonably coherent notion of human rights. Elucidating this notion is the main task of this chapter.

B. Basic Concepts and Features of Human Rights

Human rights, as conceived in the UDHR and in subsequent international human rights instruments, have a number of basic features. These include (cp. Nickel 2007, 9–10):

> (a) IHRs are *rights* (big surprise?). That is to say: they are *normative relationships* between *holders* having specific *entitlements* to certain goods or benefits (examples: to be protected against torture, to enjoy free elementary education) and *addressees* having the *correlative obligations* to see to it that holders have secure access to the goods specified by the right. The *scope* of a right is the peculiar entitlement (a claim, freedom, power, or immunity, or some combination of these) that it confers on its holders. The *weight* of a right is its ranking when in competition with other normative interests, rights, or policies (conflicts often occur). The *reach* of a right indicates who are, and who are not, holders of that right. (More on the concept of a right in Section C.)

(b) IHRs are *universal in reach* in the sense that their *holders include all human beings in our world*: all human beings individually and (depending on which human right is at stake) also certain communities of humans in our world, such as families, or minority groups, or religious communities, or indigenous peoples, or peoples (i.e. the ensemble of citizens of a sovereign state). The obligation to safeguard human beings' access to their human right goods lies first and foremost on governments of sovereign states, who are the primary *addressees* of international human rights. That human rights norms are universal in reach *does not imply* that all governments do in fact adhere to their human rights obligations (they do not), *nor* that IHRs are protected, equally well or at all, everywhere in the world, *nor* that IHRs are accepted as valid everywhere, or by all. Human rights are certainly not acceptable to fascist or racist regimes and are offensive to imperialist or colonialist governments. (See Section E.)

(c) IHRs are *high priority norms.* But they are not absolute. When competing with other important considerations of law, morality, and politics they often by right come first, but not always. Governments may, sometimes by right, make *permissible derogations* from human-rights obligations for the sake of protecting, say, national security. Even the *non-derogable* human-rights taboo against torture has in fact (albeit not by right) been violated by presumptive pro-human rights governments (cf. the cases of Abu Ghraib and Guantanamo). IHRs are complex and may need *strong supporting justifications* that apply all over the world and, also, that take into account diverse socio-cultural circumstances. (See discussions in Section E and Section F, arguing that the legitimating rock-bottom grounds of human rights need not be everywhere the same).

(d) IHRs have a claim to *normative validity* as legal and as moral public standards irrespective of whether they are, or are not, recognized, enacted by, or adhered to by particular governments; they *exist as valid norms*, we may say, in international law, in domestic legal systems, and in enlightened public moralities. – The human rights obligations on individual citizens are largely indirect and mainly moral: the duty to stay informed, and to be co-responsible, for what governments do or fail to do in protecting human rights, to the extent practically feasible (see [g] below).

(e) IHRs are very important *domestic standards* of legitimate evaluation, support, and criticism of government actions or government inaction, and they provide grounds for public initiatives and political action *within states,* by citizens, media, NGOs, religious bodies, labor unions, and other groups within the country, with or without help from abroad.

(f) IHRs are also *international standards* of legitimate evaluation, praise, support, assistance, criticism, or condemnation *across state borders,* by foreign governments, by foreign citizens, and by transnational NGOs. Whether IHRs, in some extreme cases, also legitimate international coercive intervention across state borders, undertaken to restrain severe human rights violations by a government, is hotly disputed (the debate about "R2P" – "responsibility to protect" [i.e. across state borders]; see discussion of the tensions between supra-national human rights protection and respect for state sovereignty in Section E). ASEAN is perhaps an exception here: AHRD is explicitly construed so as not to trigger legitimate transnational criticism of, or intervention against, human rights neglects by single ASEAN member states.

(g) IHRs are "political" rather than "individual" in the sense that their primary addressees are *governments*, government

agencies, and government agents rather than individual human beings. But insurgent armed groups and transnational corporations also have human rights obligations. And of course, *citizens* – in particular citizens of democratic states – are morally co-responsible for *the human rights behavior of their government* and its agents, including police, military, and immigration authorities, and for how their own government behaves internationally, alone or in alliance with other governments, when confronted with severe human rights violations across state borders (but see [f]).

(h) IHR norms are *numerous* and *specific* and *down-to-earth* (compare Section D). They are not, as sometimes said, abstract and airy. Being part of evolving international and domestic law they tend, over time, to become more specific and more down-to-earth, as international and domestic human rights jurisprudence is developing (cp. "dynamic judicial interpretation of human rights").

(i) IHRs set minimum standards for decent conditions for human living – defining a *minimum threshold of mandatory governmental protections* below which no human being in our world should, if not willingly, be made to sink, whether by avoidable government action or by avoidable government negligence. So, IHRs are not high-flown utopian aspirations. But, alas, they are frequently violated or neglected by governments and sometimes, maybe arbitrarily, seen as politically intrusive or as culturally foreign standards.

Note the distinction between the view that IHRs set *minimum standards for decent conditions for human living* in our world and the *"ultra-minimalist* international politics view" of IHRs (by philosopher John Rawls and others) that reduces them to include only such rights that, if these are not gravely neglected by a given state, then that state is immune against legitimate intervention from abroad. — "Ultra-minimalists" tend to disregard the *additional international functions* of human rights beyond

regulating legitimate intervention across state borders (see [f]) and to disregard *salient and predominantly domestic functions* of IHRs (see [e] and Section D).

C. What Is a Right?

Below you find an abstract scheme depicting "a right" as *a species of normative relation* (after Gewirth 1982, 1–3, slightly modified). Please note that the normative relationship modeled below is initially that of any kind of right, and not, specifically, of a *human right* as different from other rights. Nevertheless, we may use this model when discussing questions about the specifics of human rights such as: in what senses human rights are universal or are not universal; who are holders and who addressees of human rights; who get the benefits and who hold the burdens of human rights; what are the normative weight and functions of human rights; how to distinguish moral human rights from legal human rights, and how to distinguish mere acceptance of human rights from justification of human rights; what are the criteria for the existence of human rights (ranging from accepted demands via justified moral entitlements to justiciable and legally enforceable entitlements); what are the social, or monetary, or moral costs of human rights etc.

A five-elements model of a right (whether it is, or it is not, a human right):

No.	elements of the concept of right	explanations, some distinctions, and some alternative terms
1.	H	the *holder* of right (also labeled: bearer, possessor)
2.	is entitled to	the *type* of right: *claim* or *freedom* or *authority* or *immunity*
3.	G	the *good* (alternatively labeled: advantage or a benefit)
4.	against A	the *addressee* (the holder of the correlative duty/ burden)
5.	in virtue of S	the *source* (its *legal source*, or its *moral/political ground* or broad *de facto acceptance of and compliance with* the right)

Elements (1) to (4) are the *conceptual components* of a right (of any right, by our definition).

Element (5) indicates that a right needs *grounds*: be it a law, a contract, or a promise.

Considering element (1) we should stress that human rights norms are peculiar among rights by being *universal with respect to their holders*, i.e. every human being in our world is included as an intended holder, allowance made for subcategory-differentiated human rights (for instance human rights of "children"), group human rights (rights of "minorities" and of "indigenous peoples"), human rights of communities (for instance of "families"), and human rights of peoples (= the ensemble of citizens of a sovereign state).

Element (2) indicates four types of entitlement also exemplified by human rights: not all human rights are *claims*. Also *freedoms*, *powers*, and *immunities* (or combinations of these) can be found among legally codified human rights. Think of cases!

Element (3) indicates that a right is always a right *to some good*, or benefit, or advantage. Section D below lists the most important human rights goods that are included for protection according to the IBHR. Considering this list, we might ask whether all governments of sovereign states in our world, who are the primary addressees of IHRs, are likely to be able and willing to effectively protect these goods for every human being under their respective jurisdictions, and whether or not judicial implementation is, without exception, the optimal mode for protecting the human rights of every human being.

Considering element (4) we should stress that the *primary addressees* of IHRs include every sovereign state in our world. But, as already indicated, individual human beings, particularly as citizens of a democratic states, share in a moral responsibility for the human right commissions and omissions of their government.

Element (5) indicates the *normative grounds* of a right, or its basis: be it its legal source, or its moral ground, or its political legitimation. – Adding also factual compliance with some (alleged) right as a potential source of its validity suggests that *de facto* social practices or customs can be, or can over time become, the ground of a valid right (cp. "customary law", "customary morality").

D. A List of 40 Human Rights Goods Included for Protection in IBHR

This section provides a list of the human right *goods,* or *benefits,* included for worldwide legal and political protection according to the International Bill of Human Rights (IBHR), and supplemented by other international human rights instruments and by the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Each item is indicated summarily. The idea of this list is taken from Donnelly (2013, 27). – The IBHR source of each human rights good is indicated in brackets, by document and article number, as follows: D = *Universal Declaration of Human Rights* (initially a legally nonbinding General Assembly Resolution adopted by the General Assembly of the United Nations 10 December 1948); E = *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights* (legally binding, ratified as of June 2009 by 164 states); C = *International Covenant on Civil and Political Rights* (legally binding, ratified by 168 states).

Note: The list below of human rights goods gives, though only in a very rough manner, an inventory of what humans in virtue of their human rights are entitled to from their governments. It does of course not suffice to provide readers with a full and precise understanding of human rights law and human rights practice: To that end one must *inter alia* study the practice of international and domestic courts adjudicating a great variety of human rights cases. Judges' choice and interpretation of legal sources, and judges' selection and description of what are the relevant facts of a given case, can always be questioned, and sometimes for good reasons! Moreover, one must also study the practice of human rights NGOs and human rights defenders. There is, conceivably, more to human rights protection than judicial implementation. – An exercise: Taking a cue from Beitz (2009, 111), we may say that human rights protect urgent individual or group interests against certain predictable dangers ("standard threats") to which people are vulnerable under typical circumstances of modern life. For each human rights good listed below you are invited to specify more or less standard perils or threats to which people are vulnerable in our world today and, hence, may need the respective human rights protection!

1. Equal recognition, exercise, and enjoyment of rights; without discrimination (D2; E2, E3; C2, C3, C26)
2. Life (D3, C6)
3. Liberty and security of person (D3, C9)
4. Protection against slavery (D4, C8)
5. Recognition as a person before the law (D6, C16)
6. Equal protection of the law (D7, C14, C26)
7. Access to legal remedies for rights violations (D8, C2)
8. Protection against arbitrary arrest and detention (D9, C9)
9. Hearing before an independent and impartial judiciary (D10, C14)
10. Presumption of innocence (D11, C14)
11. Protection against ex post facto laws (D11, C15)
12. Protection of privacy, family, and home (D12, C17)
13. Freedom of movement and residence within own territorial state (D13, C12)
14. Freedom to seek asylum from persecution (D14)
15. Citizenship (D15)
16. Marry and found a family (D16, C23, E10)
17. Own property (D17)
18. Freedom of thought, conscience, and religion/basic conviction (D18, C18)
19. Freedom of opinion, expression, and the press (D19, C19)
20. Freedom of assembly and association (D20, C21, C22)
21. Democratic participation as a vehicle of popular self-government (D21, C25)
22. Social security (D22, E9)
23. Work under decent conditions (D23, E6, E7)
24. Free trade unions (D23, E8, C22)
25. Rest and leisure (D24, E7)
26. Adequate levels of food, clothing, and housing (D25, E11)
27. Adequate levels of health care and social services (D25, E12)
28. Education (D26, E13, E14)
29. Participation in one's society's cultural life (D27, E15)

30. A social and international order that facilitates the realization of human rights (D28)
31. Self-determination for peoples including populations of "territories"; cp. (15) and (21) (E1, C1)
32. Humane treatment when detained or imprisoned (C10)
33. Protection against debtor's prison (C11)
34. Protection against arbitrary expulsion of aliens (C13)
35. Protection of minority culture, language, and religion (C27)
36. Special protections for children (D25, E10, C24; reinforced by the Convention on the Rights of the Child [CRC] adopted 1989/in force 1990, ratified by 196 states)
37. Protection against advocacy of racial or religious hatred (C20; reinforced by the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination [CERD] 1965/1969, ratified by 177 states).
38. Special protection for women (D25, generalized and reinforced by the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [CEDAW] 1979/1981, ratified by 189 states)
39. Protection against torture and cruel and inhuman punishment (D5, C7; reinforced by the Convention Against Torture [CAT] 1984/1987, ratified by 158 states)

To the human rights goods listed above, all of which are covered by the IBHR, we should add:

40. Protection against genocide (established by the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948/1951, ratified by 147 states).

E. The Public Foundations of International Human Rights

The historical roots of modern human rights are many and diverse. However, we shall not address origins, but the *public foundations of modern, internationally codified human rights*.

The authoritative decision to create international human rights as part of the new world order, not least as an antidote against the man-made horrors of World War II, was taken with the solemn adoption of the Charter of the United Nations, by the 50 nations strong Conference on International Organization, in San Francisco April–June 1945.

With respect to establishing international human rights that decision was deeply ambiguous: Resistance by the Great Powers (US, USSR, Great Britain, France) restrained others, including several smaller states, from having human rights spelled out in the text of the UN Charter itself. Detailed elaboration of international human right norms was postponed and left to a rather unwieldy 18-members United Nations Commission on Human Rights (UNCHR), established in the summer of 1946. UNCHR's task was preparing an *international bill of rights* and proposing *means for its implementation*. UNCHR worked on the drafting of what, in the end, became the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) adopted by forty-eight votes to none by the UN General Assembly, with eight states abstaining, December 10, 1948.

There were overwhelming obstacles to success in devising a universally acceptable legal system of international human rights norms, not to mention against setting up effective means for international implementation of legally binding human rights. The three main obstacles to success in drafting a binding declaration of *universal human rights* were:

> (1) The Great Powers all had "human rights skeletons in their closets": *racial segregation* in the US; *neglect of civil and political rights and subjugation of minorities* in the USSR and its sphere of influence; *imperialist exploitation and withholding of rights of colonial peoples* in Africa and Asia by Great Britain and France, and similarly for the smaller colonialists Netherlands, Belgium, and Portugal.

(2) The *vast discrepancies* of culture, creed, political systems, and economic development between different peoples in the world, and the *legitimate resistance against homogenization* of the entire post-war world in the image of certain hegemonic states.

(3) The *stark tension* between, on the one hand, *authorizing supranational implementation* of universal human rights worldwide and, on the other hand, *respecting existing state sovereignty* and states' immunity against legitimate intervention from abroad.

The successful drafting of UDHR by UNCHR was due to exceptional international circumstances during 1947–1948 before the Cold War started, as well as to excellent work by Commission members, including Eleanor Roosevelt (US, unanimously elected chairman), Peng Chun Chang (China, vice-chair), Charles Malik (Lebanon, rapporteur), Rene Cassin (France), Carlos Romulo (Philippines), Hansa Mehta (India), and Hernán Santa Cruz (Chile).

Against heavy odds, the above three major obstacles against acknowledging universal human rights were overcome:

(re 1:) UNCHR had by 1948 postponed to the future its proposals for legally binding measures of international implementation of human rights. What later became the two UN human rights covenants (ICRSCR and ICCPR) were presented for international adoption only in 1966, and the proposal (by UNHRC member Herbert Evatt, Australia) for a World Court of Human Rights is still a dream for the future (or is it a nightmare?). Hence, the Great Powers would not risk direct international interference against their respective "horror cabinets" of human rights violations.

Subjugation of colonial peoples in Africa and Asia could not for political reasons yet be addressed head-on in the UDHR: European colonial imperialist states, weakened by World War II, were at the time struggling to regain their lost sway. But colonized peoples in Asia and Africa gained a strategic foothold in the UDHR whose Preamble committed "all peoples and all nations to […] by progressive measures to secure [...] universal and

effective recognition and observance [of human rights], both among the peoples of Member States themselves *and among people of territories under their jurisdiction*" (emphasis added). — Colonized peoples were soon to make effective use of their claim to enjoy human rights and fundamental freedoms on par with their colonial "master peoples." (See Section D items [31] and [21]; see also the discussion of the 1955 Bandung Conference, with references, in Section G; and consult the groundbreaking common Article 1 of ICCPR and ICESCR; cp. Jensen 2016).

(re 2:) Vast discrepancies of culture, creed, political system, and economic development between different peoples in the world were not underestimated by the UNCHR. The Commission designed the human rights norms of the draft UDHR to have a "protecting-a-decent-minimum" and "down-to-earth" character and framed it so as to safeguard people everywhere against serious perils and threats to their important interests (cp. Section B [h] and Section D). We may detect for each human-rights good listed in Section D the kinds of abuse or peril or threat to be protected against. Human rights norms were devised so as to call for differential implementation measures responding to different circumstances, and yet to require measures sufficiently potent to provide real protection in most cases. And IHR norms were framed so as not to trigger reasonable opposition against undue cultural homogenization (cp. "Universality Under Siege", Glendon 2001, 221–233).

(re 3:) The UN Charter contains stark tensions or built-in conflicting regulations with respect to supranational implementation of IHRs. Article 2(7) says:

> Nothing in the present Charter shall authorize the United Nations to interfere in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter […]

But, perhaps to the contrary, Articles 55 and 56 say:

> Article 55: […] the United Nations shall promote: […] (c) universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion. [Article 56]: All Members pledge themselves to take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55.

So, the UNCHR worked out a draft declaration text designed to strike a somewhat ambiguous balance between *state sovereignty* and *international responsibility for human rights protection*, as indicated by UDHR Article 28:

> Everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized.

However, one feature of the UDHR could not be a matter of compromise: a clear decision was needed about *the basic value foundation of human rights*. Representatives from some Christian countries wanted the second period of UDHR's foundational Article 1 to read (emphasis added to indicate the proposed terms that were later rejected):

> They [all human beings] are endowed *by nature,* and/or *by their creator*, with reason and conscience […]

Peng Chun Chang (China) protested against Westerners' attempt to impose their metaphysics and theology on others, and he was heard (Alfredsson and Eide 1999, 143–44, 155–57; Morsink 1999, 285–87; Glendon 2001, 144–47). Searching for a suitably universalist answer to the question of foundations, UNCHR took recourse to the text of the recently adopted UN Charter whose Preamble had already introduced, for the first time ever in international law, a commitment "to reaffirm faith in fundamental human rights, in the *dignity and worth of the human person*" (emphasis added). So, God and Nature as understood, say, in the tradition from Thomas Aquinas, were released from having an explicit foundational role in a text designed to invite the espousal of people coming from all

major normative traditions and adhering to very different, and more or less competing, religious and non-religious basic convictions.

Recognition of "the inherent dignity […] of all members of the human family […]" (quoted from the Preamble of UDHR) has become indissociable from the public practice of IHRs. This foundation of modern human rights is restated in each of the identical Preambles to the two UN Covenants of 1966/1976, ICCPR and ICESCR (emphasis added):

> The State Parties to the present Covenant […]
>
> Recognizing that the [equal and inalienable rights of all members of the human family] *derive from the inherent dignity of the human person* […]
>
> Agree upon the following Articles […]

Alas, the notion of *inherent human dignity* is not entirely unambiguous, nor is it obvious how to derive human rights from human dignity. But the globally entrenched commitment to equal inherent human dignity has, nevertheless, provided IHRs with an ecumenical significance as an acknowledged public basis for their claim to universal acceptability.

Perhaps more stable foundations are needed? Clearly, inherent human dignity is a notion of *equal moral rank*. Earlier ideas of dignity-based rank have always differentiated between higher social rank and lower social rank (as in: emperor/king/nobleman/ freeholder/serf). The revolutionary feature codified with IHRs in international law is *uncompromising equality of moral rank, among all humans*. "All human beings have equal inherent dignity:" women *as well as* men, saints *as well as* sinners, orthodox *as well as* heretics. Admittedly, Stoic and other philosophers did make equal human dignity a metaphysical principle, but never with the legally binding implications of equal basic rank ascribed to all humans in society (Cancik 2002; Waldron 2009; Waldron 2017).

Now, accepting that all human beings have inherent equal dignity we may still ask: Does it follow that *all* humans have human rights, from the beginning of human history? Did *cro magnon* women and men have human rights? Did medieval peasants? If we review the 40 human rights

goods to which all human beings in our world are entitled, we instantly see that it makes little sense to attribute, say, a right to free trade unions (24) to Cro-Magnon men and women, or a right to social security (22) to medieval peasants. Why? What did not obtain for Cro-Magnon people, nor for medieval peasants, are what we may call *modern societal circumstances facilitating human rights*: inter alia a world-encompassing market system, communicational globalization, an international society of sovereign states, and the fact that an overwhelming majority of sovereign states maintain international human rights law serving to limit state sovereignty even within each state's own jurisdiction, for the sake of individual human beings themselves (Donnelly 2013, 32–35; Buchanan 2013, 23). (For linking the rise of sovereign states with the emergence of human rights, see Reus-Smit 2013.)

One often heard objection to human rights is precisely that they cannot possibly have universal reach since neither Cro-Magnon people nor medieval peasants could, due to factually prevailing circumstance, have held meaningful claims to human rights protection. A reply is that the normative proposition of *universal reach* for human rights is a *practical* and not necessarily a *metaphysical* proposition: Their universality does not pertain to *all* human beings from the beginning to the end of human history. This *practical universality* of human rights pertains to *feasible* interpersonal and inter-institutional action and inaction – to commissions and omissions by persons and institutions *in our world* – a world in which human rights are reasonably acknowledged as normatively binding and, after 1945, are codified in legally binding, yet not unchangeable, international law.

Another objection to the idea of universal human rights is that they cannot have solid justification across the deep divides of creeds and cultures, since different religions and worldviews in our world are often incompatible, at the level of their fundamental principles. Such incompatibility of foundations cannot be denied! But *reasonable legitimacy* of the same practical universal human rights may nevertheless be feasible, even when such legitimacy has to be based, in part, on differing, competing, and perhaps mutually incompatible grounds.

F. Legitimating IHRs Across the Divides of Conflicting Creeds, Cultures, and Doctrines: The Case for Inclusive Human Solidarity Grounded in Inherent Equal Dignity

The modern system of IHR protection comes with a "built-in" justification: heed for the inherent equal dignity of each and every human being in our world. This moral grounding of IHRs may for many practical purposes suffice. And it does have the great advantage of relieving us, whenever our commitment to human rights is at stake, from the arduous task of justifying human rights from our basic philosophical or religious or ideological convictions. Here we may distinguish two intellectual challenges: (i) Why should we at all embrace *the principle of equal dignity*? (ii) What are the relevant world-wide conditions — the "*circumstances of human rights*" — that, once a world-wide commitment to equal human dignity is granted, call for world-wide high-priority protection of everyone's dignity and freedom by way of universal rights, with the primary obligation of protection assigned to sovereign states?

This chapter cannot adequately spell out the societal circumstances of modern human rights (Beitz 2009, 109) nor analyze the notion of human dignity (Waldron 2009; Waldron 2017). But we cannot avoid asking: what does human dignity, given emergence of the circumstances of human rights, require by way of universal rights protection? We have seen that IHRs adopt the moderate standard of *safeguarding a minimum threshold* of conditions for decent human living, below which no human being in our world should be made (if not willingly) to sink, whether by avoidable *government action* or by avoidable *government negligence* (see Section B[i]). Protecting equal human dignity for all does not require protecting everyone's happiness, does not require providing all with luxury, nor guarantee successful living to all! Conditions for minimally decent, or dignified, human living for all

might include, to begin with, everyone's entitlement to have a life, to lead one's own life, to be safe against severely cruel or degrading treatment, and to be safe against severely unfair treatment (cp. Nickel 2007, 62; also see "Note" before the list of 40 human rights goods in Section D). Securing such life conditions for all humans is not a controversial aspiration. But can the grounds for securing such life conditions for all be shared across religious divides?

International human rights instruments indicate, albeit indirectly, a catalogue of threats and perils that may be curbed by effective protection of human rights (cp. Section D). But leaving aside for now the list of particular human rights goods, we shall now discuss why we in the first place might be committed, also on religious grounds, to the universalist, and radically inclusive, moral principle that all human beings have *inherent equal dignity*.

My aim here is to raise the question of *plural legitimation of human rights*, that is: to discuss whether universal human rights may not only admit of, but require, a plurality of *different deeper justifications* such that some justificatory foundations may differ from, may compete with, and may even be incompatible with other foundations. Moreover, adherents of each such deeper justification, even when their own foundational doctrine contradicts the doctrine of other traditions, may realize that reasonably argued support of human rights, coming from competing and rivaling doctrines, are part of an authentic legitimation of human rights. Why? And how? An integral part of what one embraces, based on one's own heartland doctrine, is the human right to freedom of religion or belief / basic conviction (see human rights good [18] in Section D). It would amount to a denial of my solidarity with, and my respect for, the dignity and freedom of other persons of rivaling faiths to flout their reasoned embrace of human rights grounded in their basic conviction or creed.

A logical feature of a plural legitimation is simple enough, but rarely understood: The same conclusion can be derived by impeccable deductive logic from sets of premises that differ and are mutually incompatible. — A trivial example: The true conclusion "All whales have lungs" may be derived from the set of premises "All mammals have lungs" and "All whales are mammals." But the same true conclusion "All whales have lungs" may

also be derived for the following set of premises that is incompatible with the first set: "All fishes have lungs" and "All whales are fishes." — I am not playing a philosophical trick! I am just exemplifying a plain feature of deductive logic: *the same conclusion may in some cases be derived by valid deductive arguments from incompatible sets of premises*.

Now moving to the issue of justifying the system of IHR norms from differing and perhaps incompatible deeper sources I shall, tentatively, discuss some possible religious justifications, the cases of an Islamic, respectively of a Christian and Judaic, scriptural grounding for embracing IHRs. For the sake of argument I take for granted that Muslims, Christians, and Jews today recognize that the "circumstances of human rights" (as indicated all to briefly in the last part of Section E) prevail in the contemporary world, and that, given the circumstances of human rights, a commitment to human rights follows from the acceptance of the principle of equal human dignity: it follows from the conjunction of "all humans beings have inherent dignity" and "safeguarding the dignity of all human beings in our world requires protection of their human rights". But can we find Islamic, Christian, and Judaic scriptural grounds for espousing the principle of inherent human dignity?

My guide to the Qur'an is Mohammed Hashim Kamali (2001). Kamali marshals several proofs. The main proof is verse 17:70, which in his English interpretation runs:

> And surely We have bestowed dignity [*karama*] on the children of Adam, and We carry them in the land and the sea, and We have given them of good things, and We have made them to excel by an appropriate excellence over most of those whom We have created.

Among Kamali's other Qur'anic proofs of the dignity of humans is 2:30:

> And when your Lord said to the angels, I am going to place in the earth a *khalifa*, they said: What! wilt Thou place in it such as shall make mischief in it and shed blood, and we celebrate Thy praise and extol Thy holiness? He said: Surely I know what you do not know.

Just one comment on these scriptural quotations (they could easily by multiplied): The *karama* attributed to humans is inclusive of *all human beings* and not restricted to Muslims, or to men, or to the pious among Muslim men.

We do not find in the Bible of Jews and Christians a term for dignity as close as *karama*. But many Biblical texts can be used, and are in fact used, as evidence in support of the doctrine of inherent human dignity, once interpreters seek for such support. The most often quoted passage is Genesis 1:27 (the climax of the Biblical creation story):

> So God created man in his own image, in the image of God
> he created him; male and female he created them.

There are many other Biblical sources for espousing inclusive human dignity, dignity again not restricted to Christians/Jews, or to men, or to the pious.

As far as I know, both Jews, Christians, and Muslims have for many centuries often failed to take seriously the *practical implications* of the doctrine of equal human dignity, a doctrine for which there is, I suggest, ample support in their sacred scriptures.

But I now hasten to add: interpreting religious scriptures, properly and competently, is a task we have better leave to authoritative experts belonging to the specific faith tradition in question. – Jews, Christians, and Muslims are liable to, and they do in fact rely on very different grounds for embracing universal human rights. And recourse to inherent human dignity is not their sole option (Banchoff and Wuthnow 2011; Runzo et al. 2003). Lena Larsen's chapter in this volume is a case in point.

Be that as it may: The built-in normative foundation of IHRs – the principle of equal inherent human dignity – can, I have tried to argue, be supported from different, competing, and even mutually incompatible foundations, as perhaps exemplified by the scriptures of Judaism, Christianity, and Islam. In my view, such support is feasible, has for some generations been mounting and its acceptance appears today to be widening. Moreover, there are reasonable approaches to embracing equal human dignity from other religious grounds, as well as from various non-religious philosophical

and secularist principles, such as Kantian, or utilitarian, or existentialist philosophies, or from secular humanism.

I am not denying there are also weighty counterarguments against my recourse to plural legitimation of universal human rights (Lindholm 2006).

The thesis of this section has been: What is required for reasonable espousal of human rights across religious, cultural, and ideological divides is legitimation by way of a *plurality of justifications*: If I respect the inherent dignity and freedom of the other person and the other person's freedom of religion or belief, then I must be open to interpreting, assessing, and if valid, accepting the other person's internally sound arguments for human rights as contributing to their legitimacy, even when such arguments are based in their sincerely held doctrines I do not find true. Such reasoning bridging convictional divides does, however, require an open mind and a capacity for sincere hypothetical reasoning from "alien premises." Each person must be convinced of the other person's sincerity and also be willing and able to run through the other person's reasoning, from premises to conclusions. – This bears some similarity to Rawls' idea of arguing, from what one conjectures to be other people's comprehensive doctrines, that they can still, "despite what they might think," endorse "public reason" and partake in "civic friendship" (Rawls 1999, 155–56). The point of legitimating human rights by way of a plurality of justifications is, to the contrary, for each party to begin with mutual solidarity across doctrinal divides, and then engage in reasoning from alien premises searching for agreement on human dignity and reasoned support of human rights. – In such dialogues across tenacious doctrinal divides, *a shared acknowledgement that societal circumstances of human rights apply in our world* may probably be crucial (cp. Section E)

G. Guided Tour of Current Theoretical Work on IHRs

This section is a very short presentation of some current research on international human rights arising after 1945. Scholarly debate about human rights issues in the last 20 to 30 years is intense, heated, and, at times, very interesting.

Methodologically, traditional human rights historiography focuses on the drafting processes and on the debates between politicians, diplomats, and experts in international organs about new human rights instruments. Two exceptionally interesting examples are: Waltz (2001) and Waltz (2004) on *contributions of small states, respectively of Muslim states*, in creating UDHR and the IHR covenants.

A prominent but methodologically traditional historian of human rights providing readers with much valuable information is Lauren (2011). His mode of writing human rights history is teleological: He intimates throughout that the so-called "pioneers" of human rights had a vision of what was to come, namely the post-1945 world of international human rights.

The path-breaking critic of the traditional approach to doing historiography of human rights is Moyn (2010), who has set a new paradigm for writing historiographical studies of human rights. Drawing heavily on national and international political developments and on ideological debates outside the narrower bounds of human rights experts, he claims that IHRs remained politically insignificant until the late 1960s and then became a prominent public concern only in the 1970s. Moyn's is very much a US perspective, even when addressing matters outside the US. Moyn has produced several good historical studies and a wealth of articles and papers on modern human rights politics. He is strongly supported and supplemented by the German scholar Eckel's (2014) tremendously informative, and more balanced, view of the rise of international human rights from 1945 to 2013.

Moyn's and Eckel's appraisals of the relative insignificance of the 1950s and the 1960s are disputed by other historians, most prominently by Burke (2006; 2010) and Jensen (2016). The latters describe the hard and in the end successful struggles of colonized peoples in Asia and Africa, culminating in the Bandung Conference 1955 (*Konferensi Asia-Afrika*), and the tenacious and brutal resistance of colonial powers against colonized peoples' struggle for independence, significantly crowned with the inclusion of common Article 1 in ICCPR and ICESCR (see Section D item 31, and the concluding remark of [re 1] in Section E) and the rise of 76 new independent states between 1945 and 1970. An independently conceived

political approach to post-1945 decolonization and the emergence of rights is Reus-Smit (2011; 2013, 151–192).

Dissatisfaction with the so-called traditional view that "human beings have human rights in virtue of their humanity" has given rise to other competing conceptions, most prominent among them the so-called ultra-minimalist international politics view of human rights, due to John Rawls (see "Note" at end of Section B). The most instructive development of this approach to human rights is Beitz (2009). Briefly, Beitz explains that human rights norms protect urgent individual interests against certain predictable dangers ("standard threats") to which people are vulnerable under typical circumstances of modern life. When a responsible state fails in protecting such interests the case becomes a matter of international concern and may call for some "international human rights"-based *action by other states*. (Beitz is in my view somewhat one-sidedly mistaken; see Section B point (e) and closing "Note.") But as developed by Beitz this view of what human rights amount to, is no longer clearly minimalist. Human rights-based international action can on his view be many different things, among which coercive interventions against violating states is but one. This approach opens a discussion of under what conditions international human rights-protective intervention is legitimate. The debate on "R2P" (responsibility to protect) in the UN and the problem of *legitimacy of human rights-protective intervention across borders* is competently spelled out and discussed in Cohen (2012, ch. 3:159–222). She doesn't come up with a final answer …

The normative, political as well as moral, significance of the idea of *human dignity* is widely debated. A competent philological study is Cancik (2002). A fine in-depth philosophical study is Waldron (2017).

A good philosophical introduction to IHRs is Nickel (2007). Recent papers on philosophical foundations of human rights are collected in Cruft et al. (2015). Scholarly books on the creation and the main features of UDHR are Alfredsson and Eide (1999), Morsink (1999), and Glendon (2001). Roth (2018) is a fine study on Peng Chung Chang›s important role in authoring the UDHR. A weighty study of the global genealogy of human rights, across humankind's cultural divides and focusing on the "sacredness of the person," is Joas (2013). – Scholarly study of IHRs is an expansive industry!

References:

Alfredsson, Gudmundur, and Asbjørn Eide, eds. 1999. *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Banchoff, Thomas, and Robert Wuthnow, eds. 2011. *Religion and the Global Politics of Human Rights.* Oxford: Oxford University Press.

Beitz, Charles R. 2009. *The Idea of Human Rights,* Oxford: Oxford University Press

Buchanan, Allen. 2013. *The Heart of Human Rights.* Oxford: Oxford University Press.

Burke, Roland. 2010. *Decolonization and the Evolution of International Human Rights.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Burke, Roland. 2006. "'The Compelling Dialogue of Freedom': Human Rights at the Bandung Conference." *Human Rights Quarterly* 28, no. 4 (November): 947–965.

Cancik, Hubert. 2002. "'Dignity of Man' and 'Persona' in Stoic Anthropology: some Remarks on Cicero, *De officis I 105-107."* In *The Concept of Human Dignity and Human Rights Discourse*, edited by David Kretzmer and Eckart Kein, 19–39. The Hague: Kluwer Law International.

Cohen, Jean L. 2012. *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism.* New York, Cambridge University Press.

Cruft, Rowan, S. Matthew Liao, and Massimo Renzo, eds. 2015. *Philosophical Foundations of Human Rights.* Oxford: Oxford University Press.

Donnelly, Jack. 2013. *Universal Human Rights in Theory and Practice.* 3rd edition. Ithaca: Cornell University Press.

Eckel, Jan. 2014. *Die Ambivalenz des Guten: Menschenrechte in der internationalen Politik seit den 1940ern.* Göttingen: Vandenhoeck & Riprecht. 936 pp. (a short version (!) of the author's Habilitation Thesis).

Eckel, Jan. 2010. "Human Rights and Decolonization: New Perspectives and Open Questions." *Humanity: Intern. J. of Human Rights* 1, no. 1 (Fall): 111–135.

Gewirth, Alan. 1982. *Human Rights: Essays on Justification and Application*. Chicago: University of Chicago Press

Glendon, Mary Ann. 2001. *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights.* New York: Random House.

Jensen, Steven L. B. 2016. *The Making of International Human Rights: The 1960s, Decolonization and the Reconstruction of Global Values.* Cambridge: Cambridge University Press.

Joas, Hans. 2013. *The Sacredness of the Person: A New Genealogy of Human Rights.* Washington DC: Georgetown University Press.

Kamali, Mohammad Hashim. 2001. *The Dignity of Man: An Islamic Perspective.* Kuala Lumpur: Ilmiah.

Lauren, Paul Gordon. 2011: *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen.* 3rd edition. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Lindholm, Tore. 2006. "The Cross-Cultural Legitimacy of Universal Human Rights: Plural Justification across Normative Divides." In *Cultural Human Rights*, edited by F. Francisconi and M. Scheinin. Leiden: Martinus Nijhoff.

Morsink, Johannes. 1999. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Moyn, Samuel. 2010. *The Last Utopia: Human Rights in History.* Cambridge, MA: Harvard University Press.

Nickel, James. 2007. *Making Sense of Human Rights.* 2nd edition. Malden, MA: Blackwell Publishing.

Rawls, John. 1999. *The Law of Peoples with "the Idea of Public Reason Revisited."* Cambridge, MA: Harvard University Press.

Reus-Smit, Christian. 2013. *Individual Rights and the Making of the International System.* Cambridge: Cambridge University Press.

Reus-Smit, Christian. 2011, "Struggles for Individual rights and the Expansion of the International System." *International Organizations* 65, no. 2 (April): 207–242.

Roth, Hans Ingvar. 2018. *P.C. Chang and the Universal Declaration of Human Rights.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Runzo, Joseph, Nancy M. Martin and Arvind Sharma., eds. 2003. *Human Rights and Responsibilities in the World Religions.* Oxford: Oneworld.

Waldron, Jeremy. 2012. "Dignity, Rank and Rights." In *Dignity, Rank and Rights* by Jeremy Waldron, edited by Meir Dan-Cohen. The Berkeley Tanner Lectures on Human Values. Oxford: Oxford University Press. Delivered as a Tanner lecture on human values at the University of California, Berkeley, April 21, 2009 and April 22, 2009.

Waldron, Jeremy. 2017: *One Another's Equals: The Basis of Human Equality.* Cambridge, MA: Harvard University Press.

Waltz, Susan. 2001. "Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights." *Human Rights Quarterly* 23: 44–72.

Waltz, Susan. 2004. "Universal Human Rights: The Contribution of Muslim States." *Human Rights Quarterly* 26: 799–844.

International human rights instruments:

The global human rights system of the United Nations: *http://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx*

The Inter-American system: *http://www.oas.org/en/iachr/mandate/basic_documents.asp*

European human rights instruments: *http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts*

African Charter of Human and Peoples' Rights: http://www.achpr.org/instruments/achpr/

ASEAN declaration and intergovernmental commission on human rights: *http://aichr.org/documents/*

and: http://www.asean.org/wp-content/uploads/images/ASEAN_RTK_2014/6_AHRD_Booklet.pdf

Other sources: At the University of Minnesota Human Rights Library one can find almost all international human rights instruments: http://hrlibrary.umn.edu/

One may find many informative materials on international human rights monitoring at the home page of the UN High Commissioner of Human Rights: www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx

The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies as of 2017:

At the global level of the United Nations there are 9 core international human rights instruments. Each of these instruments has established a committee of experts to monitor implementation of the treaty provisions by its States parties. Some of the treaties are supplemented by optional protocols dealing with specific concerns whereas the Optional Protocol to the Convention against Torture establishes a committee of experts.

		Date	Monitoring Body
ICERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination	21 Dec 1965	CERD
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights	16 Dec 1966	CCPR
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	16 Dec 1966	CESCR
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women	18 Dec 1979	CEDAW
CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment	10 Dec 1984	CAT
CRC	Convention on the Rights of the Child	20 Nov 1989	CRC
ICMW	International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families	18 Dec 1990	CMW
CPED	International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance	20 Dec 2006	CED
CRPD	Convention on The Rights of Persons with Disabilities	13 Dec 2006	CRPD
ICESCR - OP	Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	10 Dec 2008	CESCR
I C C P R - OP1	Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights	16 Dec 1966	CCPR

ICCPR-OP2	Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty	15 Dec 1989	CCPR
OP-CEDAW	Optional Protocol to the Convention on the Elimination of Discrimination against Women	10 Dec 1999	CEDAW
OP-CRC-AC	Optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict	25 May 2000	CRC
OP-CRC-SC	Optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography	25 May 2000	CRC
OP-CRC-IC	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure	14 Apr 2014	CRC
OP-CAT	Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment	18 Dec 2002	SPT
OP-CRPD	Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities	12 Dec 2006	CRPD

CHAPTER 8

General Concepts and Principles of Human Rights in the International and Indonesian Context

Cekli S. Pratiwi
Law Faculty, University of Muhammadiyah Malang

A. Introduction

This chapter outlines important aspects of the concept of human rights in the international and Indonesian context. First, it provides a description of human rights, briefly reviewing the definitions of the terms "human rights" and "subjects of human rights." Then, it provides a description of the basic principles of human rights, along with a description of the state's main human-rights obligations including the obligation to respect, protect, and fulfill human rights for its citizens. Fourth, it sets out international as well as Indonesian human-rights law and its sources. Finally, it provides a description of international and Indonesian human-rights enforcement mechanisms.

Understanding general concepts and principles of human rights is important because international human-rights law recently became part of Indonesia's legal system, starting with the amendment of its 1945 Constitution.

B. A Description of Human Rights

In general, human rights are inherent rights, shared by everyone because of their "human dignity." Human rights are not a legal gift but exist in every person by virtue of being human. This dignity puts people apart from other living creatures such as animals and plants. In the Holy Qur'an, it is said that Allah created man with perfect advantages over other creatures[1] and in the best form.[2] According to Hugo Grotius, a "right" is: "A moral equality annexed to the person, justly entitling him to possess some particular privilege, or to perform some particular act."[3] Thus human rights inherent in our nature as human beings put people in a special position, free to act, and free from all forms of oppression by other humans.

Human rights are fundamental rights that need to be guaranteed by states through their law. Smith in his book, *Textbook on International Human Rights*, underlines that "Human rights and fundamental freedoms are the birthright of all human beings; their protection and promotion is the first responsibility of Governments."[4] The existence of human-rights law is intended to provide legally enforceable assurance that everyone has human rights which must be respected, protected and fulfilled by the state.[5] With these rights humans can make demands morally or lawfully, to have or to get something, or to behave in a certain way.[6] However, Grotius also emphasizes that the word "rights" is equivalent to the law that obliges us to do what is proper, not only what is just, because rights belong to the substance of justice and all other virtues.[7] Thus, state guarantees of human

1 Qur'an 17:70.

2 Qur'an 95:4.

3 H. Grotius, *The Right of War and Peace,* cited in P. Hyden, *The Philosophy of Human Rights* (St. Paul, USA: Paragon House, 2001), 48.

4 R.K. Smith, *Texts and Materials on International Human Rights*, 6th edn. (Oxford University Press, 2013). 1–5.

5 If a human rights provision is codified in the form of an international treaty it is binding. Article 2 (1) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties defines "party" as a state which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force. See also I. Brownlie, *Principles of International Law,* 5th edn. (Oxford, 1998).

6 See A.S. Hornby, *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 7th edn. (Oxford University Press), 1308, defining a right as "a moral or legal claim to have or get something or to behave in a certain way."

7 Grotius, *Right of War and Peace.*

rights provide humans with the power to enjoy their freedom, but also require humans to act fairly and correctly.

Protection of human rights means people can live without being discriminated against because of religion, ethnicity, race, color, sex, language, political belief, economic status, nationality or other status. The law provides protection and assurance for every human being, both individually and in groups, from all actions aimed at blocking, restraining, or violating fundamental freedoms or natural rights. International human-rights law threatens sanctions for anyone including a state/ruler who violates such fundamental human rights. Human-rights law is also intended to ensure the maximum enjoyment of human rights for everyone.[8]

According to Fitscher, the rule of law encourages countries to perform their duties effectively in respect of human rights. [9] The establishment of the United Nations (UN) and various instruments of international human-rights law are efforts to strengthen the guarantee of human-rights protection. A government abiding by the precepts of the rule of law will create laws, guarantee equality and enforce those laws through independent institutions with due regard to the standards and norms of human rights agreed upon and recognized by civilized countries in the world.[10] Human rights are manifested in various forms both within the scope of international human-rights law and domestic law. In international law, human rights are contained in treaties, international customs, general law principles, or international court decisions. In domestic law, human rights are embodied in the state constitution, legislation or other related regulations.

McCrudden[11] says that the recognition that everyone has human dignity can be encountered in various instruments of international human-rights law such as the UN Charter, the Universal Declaration of Human

---

8 See OHCHR, *International Human Rights Law and The Role of The Legal Professions: A General Introduction. Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers,* 6, http://www.ohchr.org/documents/publications/training9chapter1en.pdf.

9 T. Fitscher, "Inventing the Rule of Law for the United Nations," in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 12, ed. A. Bogdandy and R. Wolfrum (Koninjklijke Brill, 2008), 347–380, http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_10_fitschen_12.pdf.

10 Ibid.

11 C. McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights," *European Journal of International Law* 19, no. 4 (2008): 655–724.

Rights (UDHR), and its two derivative covenants.[12] Human dignity is also recognized in various constitutions of countries in the world such as the constitution of the United States, Germany, Cuba, Italy, Japan, etc.[13] The constitutions that have been in effect in Indonesia since 1945 such as the 1949 Constitution of the Federal Republic of Indonesia,[14] the 1950 Temporary Constitution of Indonesia,[15] and the Amendment to the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia also state that every person has dignity as a human being.[16] The affirmation that human rights are shared by every human is not due to the gift, inheritance, or mercy of the country's ruler. Whether or not there are existing human-rights laws in a country, everyone in that country still has inherent human rights.[17] Marek Piechowiak argues that human rights are the rights that every individual possesses because of his or her nature as a human being, so that human rights are not created by a law. The existence of the human-rights law will further strengthen the legitimacy and effective implementation of human rights. So, human rights exist simply because every person, whether male or female, is a human being, according to Piechowiak: "In the most general sense human rights are understood as rights which belong to any individual because of being human, independently of acts of law. On the existence of

12 See the UN Charter Preamble, the UDHR Article 1, the ICESCR, GA Res 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp (No. 16), at 49, UN Doc A/6316 (1966), 993 UNTS 3; the ICCPR, GA Res 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp (No. 16), at 52, UN Doc A/6316 (1966), 999 UNTS 171.

13 C. McCrudden, "Human Dignity," 664. See also Doron Shulztiner and Guy E. Carmi, "Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers," *American Journal of Comparative Law* 62, no. 2 (Spring 2014): 461–490. Shulztiner states that before 1945 only five countries used the term "human dignity" in their constitution: the United States of America, Germany, Cuba, Italy, and Japan. After 2012, there were 162 that did so.

14 See Article 19 of the 1949 Constitution of Federal Republic of Indonesia, which emphasizes the authority of the ruler (state) to constantly increase the prosperity of the people by ensuring for every person a degree of life in accordance with "human dignity" for both himself and his family.

15 See also the 1950 Temporary Constitution of Indonesia Section 37: "The rulers are constantly to conduct efforts to raise the prosperity of the people and are obliged to always guarantee for every person life condition in accordance with human dignity for himself and his family."

16 See the 1945 Constitution of Indonesia Republic after the amendment; Article 28G (2) says "Everyone has the right to be free from torture or any treatment that degrades the dignity of a human being."

17 M. Piechowiak, "What are Human Rights? The Concept of Human Rights and Their Extra-Legal Justification," in *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook,* ed. R. Hanski and M. Suksi, 2nd rev. edn. (Turku: Institute for Human Rights, Åbo University, 1999).

human rights, we state that every human being, simply because he or she is a human being has human rights."[18]

The problem of human rights arises because one group of human beings is oppressing, torturing, colonizing, enslaving the other. But, attention to human dignity issues was paid thousands of years ago by nations such as Greece, Babylon, Rome, and Britain, as well as by various indigenous peoples.[19] It is also present in the Qur'an, the Bible, and many other scriptures. There are several verses that affirm the meaning of human dignity and inherent dignity in the Qur'an. According to Hashim Kamali, the most explicit recognition of human dignity in Islam is found in verse 17:70: "We have bestowed dignity on the children of Adam […] and conferred upon them special favors above the greater part of Our creation."[20]

Resistance to the exploitation of human beings has been simultaneous with human existence itself, but it was understood in term of morality and religion, not as an enforceable legal right. The juridical resistance against human exploitation began with the birth of Magna Carta in England in 1215.[21] Magna Carta became more important when reinterpreted in later centuries, first in Britain, and subsequently in Britain's North American colonies.[22] Other early public manifestations of human-rights principles are in England's Habeas Corpus Act (1679) and Bill of Rights (1689), the Declaration of Independence of the United States of America (July 4, 1776), the Bill of Rights (first 10 Amendment) (December 15, 1791) that was subsequently incorporated in the United States Constitution (September 17, 1787), and the French *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789).[23]

---

18 Ibid.

19 P. Lauren, "The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Texts and Thought," in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, ed. Dinah Shelton (Oxford University Press,165–166), retrieved December 30, 2018, from http:///www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/law/9780199640133-e-8.

20 M.H. Kamali, "Human Dignity in Islam and its Impact on Society," *New Straits Times*, Wednesday, October 25, 2017, https://www.nst.com.my/opinion/columnists/2017/10/294803/human-dignity-islamand-its-impact-society.

21 "Magna Carta Libertatum 1215," *The New Encyclopaedia Britannica*, 15th ed. (1998).

22 Ibid.

23 G. Jellinek, *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History* (1895), https://oll.libertyfund.org/titles/jellinek-the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-citizens.

Internationally, the development of human rights has grown rapidly after the emergence of the international community's revulsion to the devastation caused by World War II. Awareness of the importance of recognition and protection of human rights became a basis and a purpose of the establishment of the United Nations (UN) in 1945. The UN Charter explicitly stated that the purpose of establishing the UN included encouraging respect for human rights internationally.[24]

A new milestone in international human-rights arrangements was reached when the UN General Assembly passed the UDHR on December 10, 1948.[25] This Declaration is the first international document of human rights that has been agreed upon internationally. The Declaration has managed to combine the best values of socialist, liberal, and nationalist ideas that the international community can appropriate to protect people from barbaric actions, tyrannical rulers or other forms of oppression. Therefore, the UDHR is often referred to as the common standard of achievement of human rights. After World War II, the recognition of the "right of peoples to self-determination," later contained in two instruments (ICCPR and ICESCR), became a trigger for, and a means of legitimizing, colonized countries' struggle for their independence.

In 1966 the General Assembly adopted international treaties that included human-rights oversight and protection mechanisms, namely the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). The ICCPR is complemented by the Optional Protocol to the ICCPR, establishing a complaint mechanism, and the Second Optional Protocol, aiming at the abolition of the death penalty. The ICESCR is complemented by the Optional Protocol to the ICESCR. The three main instruments and the above-mentioned protocols are known as "the International Bill of Human Rights."

In examining the material content of international human-rights law, there are fundamental principles that must be understood for protecting

[24] See the UN Charter, Chapter I: Objectives and Principles, Article 1, https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf.

[25] The UDHR was adopted by the UN General Assembly on December 10, 1948 at the Palais de Chaillot, Paris, France through the Resolution of the General Assembly Number 217 A (III), http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html.

human rights. Such principles will be described in section C. The formulation of the main articles contained in international human-rights law will be described in section D. International human-rights treaties have been ratified by an increasing number of states. Eventually they have become part of domestic law in many countries, one of which is Indonesia.

In Indonesia, guarantees of human-rights protection can be found in several articles in the 1945 Constitution,[26] the 1949 Constitution of the Federal Republic of Indonesia,[27] and the 1950 Temporary Constitution.[28] The guarantee of human-rights protection in Indonesia was strengthened after the amendment of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia by incorporating Chapter XA concerning human rights. In 1999, three years before the amendment of the 1945 Constitution, Indonesia passed Law 39/1999 on Human Rights with content similar to that contained in international human-rights law. International and national human-rights laws provide that the state has an obligation to guarantee, respect, protect and fulfill human rights for every person (both domestic citizens and foreign citizens) under its jurisdiction and in the territory under its authority. In addition, human-rights laws also prohibit the state from committing human-rights violations.

In overview, human rights are inherent rights held by everyone because they have inherent dignity as a human being. Everyone has human rights without regard to their citizenship status, national origin, ethnicity, language, gender, or physical abilities. Human rights can be enforced by the existence of customs, treaties, and general principles of international law and other sources of international law as well as applicable domestic law.

---

26 The human rights provisions are contained in seven articles on equal rights before the law and government (Article 27 (1), the right to work (27 (2), the right to association and assembly (Art.28), religious rights and worship (Art. 29), the right to education (Art. 31), cultural development rights (Art. 32), and right to welfare (Art. 34).

27 The 1949 Constitution of the Federal Republic of Indonesia applied from December 27, 1949 to August 17, 1950. Human rights were regulated in Article 7 to 33, a total of 27 articles. Although many human rights provisions were adopted from the 1948 UDHR, their implementation was not seen because the 1949 Constitution of Federal Republic of Indonesia was only valid for one year.

28 The 1950 Temporary Constitution of Indonesia was in effect from August 17, 1950 to July 5, 1959. Human rights were regulated in Article 7 to 34, a total of 28 articles. The human rights provisions were taken from the 1949 Constitution of the Federal Republic of Indonesia, with little change except the addition of one article, namely the right to strike (Art. 21).

C. Basic Principles of Human Rights

As explained in the introduction, human rights reflect the universal and fundamental human dignity inherent in every human being. The protection of human rights must extend to everyone without discrimination. Donnelly emphasizes that human rights are equal, inalienable, and universal, even in cross-cultural perspective, because based on contemporary norms, human-rights values of respect for individual rights and equality have been generally accepted by the international community.[29]

Inherent and fundamental human rights also cannot be revoked or ignored by the state. Restrictions on human rights can only be carried out under strict conditions and with lawful procedural arrangements. The protection of one human right is often linked with and depends on the fulfillment of other rights. The fulfillment of one human right will support the fulfillment of other human rights. Similarly, the obstacles to the protection of one human right will hamper protection of other human rights.

This section elaborates more on the basic human-rights principles extracted from international human rights law. Some of these basic human-rights principles will be described clearly in the following.

1. *Indivisible, Interrelated and Interdependent*

Human rights are interrelated and interdependent. Both civil and political rights and economic, social, and cultural rights are important and indivisible. Violation of one human right may affect and make unfulfilled other human rights (interrelated). For example, violations of the right to freedom of religion may result in a violation of the right to education, the right to health care, or other rights. The fulfillment of one right may depend on the fulfillment of other rights (interdependence). For example, the fulfillment of the right to health may depend on the fulfillment of the right to work. People who have jobs with a decent income will be able to enjoy the right to adequate health services.

[29] J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice,* 3rd edn. (Cornell University Press, 2013), 107.

2. *Universal and Inalienable*

The universality principle implies that human rights should be enjoyed by everyone equally, regardless of any differences, including cultural differences. The application of local culture cannot justify human-rights violations or discrimination. The principle of universality is often contrasted with the principle of particularity. Adherents of the particularity of human rights believe that the application of human rights in one country can be different from their application in other countries, influenced by the social and cultural conditions of the local community.[30]

Today the universal principle of human rights is more accepted by the international community than the principle of the particularity of human rights. The 1948 UDHR is a declaration of intent which has been generally referred to as the guideline in drawing up international agreements, resolutions, and declarations in the field of human rights. For example, in 1993 the World Conference on Human Rights in Vienna agreed that the state's obligation concerning human rights is an obligation to promote and protect all human rights and fundamental freedoms regardless of its political, economic and cultural system. All UN member states have ratified such agreements at least once, and 80% have ratified four or more international human-rights treaties, illustrating that states are concerned with committing themselves to human-rights obligations and thus demonstrating the universality of human rights.

The principle of inalienability means that states are not allowed to repeal any individual's human rights, except in very specific circumstances and under fair procedures. Human rights are defined as the rights inherent in human dignity.[31] In Indonesia, a society founded on a belief in God, human rights are a gift from God Almighty.[32] Since human rights are not a gift or inheritance or mercy of the state, the state is not allowed to revoke

---

30 N. Walker, "Universalism and particularism in human rights," in *Human Rights: The Hard Questions*, ed. C. Holder and D. Reidy, 39–58 (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), doi:10.1017/CBO9780511758553.004.

31 See the ICESCR adopted by the UN General Assembly resolution 2200A (XXI) of December 16, 1966. The Preamble, paragraph 2, states that the states parties to the present Covenant recognize "that these rights derive from the inherent dignity of the human person."

32 See also Article 1, paragraph 1 of Law 39/1999 on Human Rights.

them (i.e. they are inalienable)[33] or arbitrarily restrict them.[34] For example, a person may only be prevented from the right to free movement if found guilty of a criminal offense based on a judge's verdict.

3. *The Principle of Equality and Non-Discrimination*

According to Theodorson and Theodorson, discrimination is defined as unbalanced treatment of individuals, or groups, based on categorical or distinctive attributes such as race, nationality, religion or membership of social classes.[35] The principle of non-discrimination is important and adopted in almost all international human-rights treaties such as the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination[36] and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. This principle applies to everyone and prohibits everyone from discriminating based on sex, race, color, religion, etc.

The principle of non-discrimination relates to the principle of equality as defined in Article 1[37] of the UDHR: "All human beings are born free and equal in dignity and rights." The use of the term "all human beings" means that "everyone" has the same rights, or in other words, no one may be denied his or her rights or be treated differently according to, for example, race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Such terms that denote the principle of universality are also found in several other human-rights conventions such as the ICCPR and the ICESCR.[38]

---

33 See also the 1948 UDHR in UN General Assembly Resolution 217 A (III) of December 10, 1948. The Preamble, paragraph 1, affirms the "recognition of the natural and equal rights and inalienable rights of all members of the human family […]."

34 The right to life, the right not to be tortured, the right not to be enslaved, the right to fair treatment before the law, and the right to adopt and choose a religion, are non-derogable rights. See Articles 3 to 9 of the UDHR, Art. 6, 7, 8 (1 and 2), 11, 15, 16 and 18 of the ICCPR 1966, Article 28 I paragraphs 1 and 2 of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia.

35 G.A. Theodorson and A.G. Theodorson, *A Modern Dictionary of Sociology* (New York: Barnes and Noble, 1979). See UN Charter (see note 1), Art. 1(3).

36 This Convention was ratified by Indonesia on May 25, 1999 through Law 29/1999 and Law 40/2008 concerning Elimination of Race and Ethnic Discrimination.

37 See also Art. 2, 4, and 7 of the UDHR.

38 The ICCPR uses the word "every human being" in Art. 6, the word "everyone" in Art. 9 (1), 12 (1) (2), Art. 14 (2), (3) and (5), Art. 16, Art. 17 (2), Art. 18 (1), Art.19, and Art. 22, while the term "all persons" is used in Art. 10 (1), 14 (1), 26, "anyone" in Art. 6 (4), Art. 9 (2-5) and "no one" in Art. 6.7,11,15 and 17 (1). Similarly, ICESCR Art. 2 (2) says "The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

The principle of non-discrimination is also recognized in various human-rights instruments at the regional level. For example, it is found in almost every chapter of the 1969 American Convention on Human Rights with a total of 43 articles using the term "every person," "no one," "everyone" and "anyone" interchangeably. More interestingly, one of the provisions of Art. 19 specifically uses the term "every minor child,"[39] which shows explicitly that the rights of young children are to be protected by the American family, society, and state. Furthermore, in the African Charter on Human and People›s Rights, there are 51 articles using slightly different terms including "every individual" and "all peoples." Similarly, in the European region, the European Social Charter passed in Turin on October 18, 1961 and effective since February 26, 1965 says in the preamble:[40] "The Governments signatory hereto, being Members of the Council of Europe, […] Considering that the enjoyment of social rights should be secured without discrimination on the grounds of race, color, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin […]."

The Preamble of the African Charter on Human and Peoples' Rights, paragraph III references the Charter of the Organization of African Unity, which stipulates that "freedom, equality, justice and dignity are essential objectives for the achievement of the legitimate aspirations of the African peoples."

Then what about an Islamic state like Saudi Arabia? Does Saudi Arabia recognize the principle of equality? The Arab Charter on Human Rights adopted in Cairo on September 15, 1994 by the League of Arab States, the old version, in Article 2 says: "Each State Party to the present Charter undertakes to ensure to all individuals within its territory and subject to its Jurisdiction the right to enjoy all the rights and freedoms recognized herein, without any distinction on grounds of race, color, sex, language, religion, political opinion, national or social origin, property, birth or other status, and without any discrimination between men and women."[41]

---

39 See Article 19: "Every minor child has the right to the measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society, and the state."

40 Council of Europe, *European Social Charter: Collected Texts*, 7th edn. (updated January 1, 2015), 9.

41 See *The Arab Charter on Human Rights*, September 15, 1994, available at https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html.

The Arab Charter on Human Rights recognizes the principle of equality of every human being as part of the relentless effort to achieve the principles already existing in Islamic Law (Shari'a), including coexistence with different religions. The principle of "non-discrimination" is explicitly stated in Article 2, which even explicitly prohibits discrimination against men and women. Unfortunately, this Charter has been criticized by experts, NGOs, academics and others for its lack of any human-rights enforcement mechanism compared to the international human-rights enforcement mechanism.[42] On May 23, 2004, a new version of this Charter was presented to and adopted by the Arab Summit in Tunisia. This charter entered into force in March 2008 and has been accepted by ten Arab states: Algeria, Bahrain, Jordan, Libya, Palestine, Qatar, Saudi Arabia, Syria, the United Arab Emirates, and Yemen. Articles 1 and 3 of the new version confirm the equality between men and women in the Arab World.[43]

Other Islamic countries have also accepted and applied the principles of democracy, one of which is recognition and respect for human rights, as noted by Noah Feldman, stating that "Currently, the constitutions of Iraq and Afghanistan do guarantee equality for men and women."[44]

The above description shows that both in countries where Muslims are a minority, as in the United States and in several regions of Africa and Europe, as well as in countries where Muslim are a majority, rights are guaranteed in the applicable human-rights laws of that country, because based on Article 2 of the ICCPR, human rights do not consider differences in religion, race, color, sex, language, politics, nationality or origin, level of wealth, and birth.

Is the principle of non-discrimination recognized in the human-rights law of Indonesia? The principle of non-discrimination is also an important principle in the protection of human rights in Indonesia as regulated in Article 28I paragraph 2 of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia which states that "Every person shall have the right to be free

42 M.A. Al-Midani and M. Cabanettes, *The Arab Charter on Human Rights 2004*, rev. Susan M. Akram, 147–148 (2000), available at http://www.eods.eu/library/LAS_Arab_Charter_on_Human_Rights_2004_EN.pdf.

43 Ibid., 149.

44 Noah Feldman, *Noah Feldman's The Fall and Rise of the Islamic State*, ed. Alison Lake (Herndon, VA: American Muslims for Constructive Engagement, 2008).

from discriminatory treatment on any basis and entitled to protection against discriminatory treatment."

The prohibition of discrimination in Indonesia is specifically regulated through Law 39/1999 on Human Rights, and in 2008, Indonesia passed Law 40/2008 on the Elimination of Race and Ethnic Discrimination. Both Laws explain that discriminatory acts are categorized as criminal offenses and are subject to substantial penalties. However, in practice there are still many discriminatory acts occurring in Indonesia, whether based on race, ethnicity, religion, economic level, or other grounds. It is therefore necessary to raise public awareness about respecting differences, and to encourage governments to issue policies that give everyone the opportunity to be treated as equals and enforce the law strictly on those who violate them.

4. *State Obligations on Human Rights*

Tomuschat in his book *Human Rights: Between Idealism and Realism* illustrates that the history of human rights cannot be separated from the the history of the formation of the modern state itself. Some of the underlying reasons are that

> on the one hand, the state has been accepted as an organization well-suited to promoting the interests of its members in the never-ending fight for resources among different communities; on the other hand, it has also been identified as a lethal threat to the life and wellbeing of its members. Human rights have a dialectic function in overcoming that tension. […] On the one hand, the state is the guarantor of human rights, the institutional framework called upon to safeguard the existence, the freedom, and the property of the individual citizen; at the same time, however, [...] time and time again persons or authorities vested with sovereign powers have infringed the rights of the citizen.[45]

[45] C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism,* 2nd edn. (Oxford University Press, 2008), 8.

The reduction or restriction of human rights is only permitted (1) for certain rights and under certain circumstances (such as public emergency), (2) for certain aims, which must be expressly stated in law, and (3) when not intended to discriminate against other parties.[46] Laws only affirm or reinforce that human rights are real. Therefore, the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia explicitly states that the guarantee of human rights is a responsibility enforceable by the state.

The Office of the UN High Commissioner for Human Rights has explained that in respect of international human-rights law, states have three main responsibilities, namely (1) to respect, (2) to protect, and (3) to fulfill the human rights of their people. The obligation to respect means that states should refrain from interfering with or limiting the fulfillment of human rights. The obligation to protect obliges States to protect individuals and groups against human-rights violations. The obligation to fulfill means the State must take positive action to facilitate the fulfillment of human rights.[47] In Indonesia, Article 28I (4) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia and Article 8 of Law 39/1999 on Human Rights says "Protection, promotion, enforcement and fulfillment of human rights are the responsibility of the state, especially the government."

The obligations of states in relation to economic, social and cultural rights as set out in Article 2 (1) of the ICESCR requires the state to "take steps […] to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights" recognized therein. It also requires states to ensure the enjoyment of economic, social and cultural rights without discrimination and to ensure men and women can enjoy these rights. Specific actions are to be taken by the state, such as composing or enacting laws and promoting these rights in public policy.

The obligation to achieve the full realization progressively as stated in the Convention on the Rights of the Child Article 4 (2) is a central aspect of the state's obligations. The point is the obligation to take appropriate action toward full realization of economic, social and cultural rights with

[46] T. Buergenthal, "To Respect and To Ensure: State Obligations and Permissible Derogations," in *The International Bill of Rights*, ed. L. Henkin, at 78–86 (New York: Columbia University Press, 1981); P. R. (Sandy) Ghandhi, "The Human Rights Committee and Derogation in Public Emergencies," *German Yearbook of International Law* 32 (1989): 323.

[47] See http://humanrightshistory.umich.edu/accountability/obligationr-of-governments/.

their available resources. The reference to "available resources" reflects that the realization of these rights can be hampered by a lack of resources and can be achieved only within a certain timeframe. This means that the state›s compliance with its obligation to take appropriate action is judged by its available financial and other resources. Many national constitutions also allow for the progressive realization of some economic, social and cultural rights.

Although states can realize some human rights progressively, they must also take immediate action, regardless of the resources they have, in five areas: (1) the elimination of discrimination; (2) those economic, social and cultural rights that are not subject to progressive realization, such as non-discrimination;[48] (3) the obligation to "take steps"; (4) non-retrogressive measures; and (5) minimum core obligations. The Limburg Principles on the ICESCR further clarify and affirm what responsibilities the participating countries of the covenant must fulfill.[49] The elimination of discrimination means states have an obligation to fulfill the citizens' social, economic and cultural rights equally without any discrimination. The fulfillment of the right to work must necessarily open equal opportunities to all men, women, disability groups, regardless of race, religion, race, gender, political belief etc. The obligation to take steps mean that states parties shall have the obligation to take appropriate measures to achieve the objectives referred to in the Covenant, including the adoption of various regulations or related policies to the maximum of their available resources. The obligation of non-retrogressive measures means that progressive realization requires the state's active action through the effective use of resources. This progressive achievement obligation is not affected by the increase in the resource level of a country's economic development. Thus, the state must prioritize and ensure the fulfillment of minimum basic rights for all people. The minimum core obligations of the states are the obligation to respect, to protect, and to fulfill the rights guaranteed in the ICESCR.

---

48 *See* article 2(2), cf. Limburg Principles para 22.

49 UNHCHR, *Economic, Social and Cultural Rights Handbook for National Human Rights Institutions,* Professional Training Series 12 (New York and Geneva: UN, 2005), retrieved from http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ training12en.pdf.

The aim of ICESCR is none other than to protect human rights so that people can live as fully human, free, secure, protected and healthy. The right to life as the ultimate right can never be achieved unless all the basic rights such as "the right to work, to eat, home, health, education, and culture" can be fulfilled and are available to everyone.[50] Along with this fundamental objective, an international human-rights instrument was established to provide both individuals and groups with the right to economic, social and cultural rights contained in the ICESCR 1966. The ICESCR[51] outlines the right to work, the right to education, the right to a decent life, the right to a healthy environment, the right to cultural development, etc.

Compared with civil and political rights contained in the ICCPR, often economic, social and cultural rights are second-generation rights where compliance cannot be enforced, cannot be prosecuted (non-justiciable), and can only be met by the state gradually and are fulfilled progressively. However, along with the recognition of the global human-rights law system, which is marked by the acceptance of the UDHR, countries of the world repeatedly asserted at the World Conference on Human Rights in 1993 that both human-rights fields, the ICCPR and the ICESCR, are just as important. UN General Assembly Resolution No. 32/130 of December 1977 says:

> (a) All human rights and fundamental freedoms are indivisible and interdependent; equal attention and urgent consideration should be given to the implementation, promotion, and protection of both civil and political, and economic, social and cultural rights; (b) The full realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is impossible; the achievement of lasting progress in the implementation of human rights is dependent upon sound and effective national and international policies of economic and social development, as recognized by the Proclamation of Teheran of 1968.[52]

---

50 United Nations. (2001). Fact Sheet No. 16 (Rev.1). The Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, Centre for Human Rights of the United Nations, Geneva.

51 Ibid.

52 Ibid., 5.

As an example, the General Comment no. 15 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights expressly provides interpretation of Article 11 and Article 12 of the ICESCR, saying that the right to water is something that cannot be separated from other human rights. In its argument, this Committee shows that many other human rights such as the right to life cannot be obtained by human beings if they cannot enjoy the right to water. Thus, both civil-political rights as well as economic, social, and cultural rights are interdependent, and both require equal attention from the state both in terms of their application, socialization, and protection. This is to remember that the fulfillment of civil and political rights alone without the fulfillment of one's economic, social and cultural rights is highly unlikely. Therefore, realizing the fulfillment of economic, social and cultural rights requires support either from national or international policy. Thus, any denial of economic, social and cultural rights on the grounds that they are not real rights, that they do not require state involvement, or that they can be gradually fulfilled, is no longer relevant. The ICESCR was adopted by the UN General Assembly through Resolution 2200 A (XXI) in December 1966 and has been in force since January 3, 1976. At present, with 169 states having ratified the ICESCR, the present Covenant has undergone a change of character: originally only a multilateral agreement, it has now turned into international customary law, which binds each country with or without ratification.[53]

D. International Human-Rights Law and Its Instruments

International human-rights law has developed rapidly since the founding of the United Nations. International human-rights law consists of international treaties, international customs, declarations, general legal principles, and guidelines. The international agreements are made by

[53] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Retrieved on December 30, 2018 at https://treaties.un.org. See also Boer Mauna, *Hukum Internasional* (Bandung: Alumni Bandung, 2000).

states and carry various names such as charter, covenant, convention, or protocol. Examples of international treaties on human rights are ICCPR 1966, ICESCR 1966. International customary laws are common practices accepted as law by states. An example of international customary law is the UDHR.

Although the declaration itself is not binding, the articles in the declaration have status as international custom. Other sources of international human-rights law such as principles, guidelines or recommendations are not binding in nature, but this shows the consensus of the international community to give the content political or soft law status.

1. *The UDHR*

The UDHR was adopted by the General Assembly in Resolution 217 A (III) of December 10, 1948. There were 48 states that voted for the UDHR, eight that abstained (Belarus, Czechoslovakia, Poland, Saudi Arabia, South Africa, Ukraine, Soviet Union, and Yugoslavia), and no state that voted against it.[54]

The UDHR is a common standard of achievement of human rights that is to be protected for all people and all nations. Currently, it has been translated into over 500 languages.[55]

Article 1 of the UDHR provides that "all human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood." The provision teaches the spirit of kinship, in which human beings are members of society that are interconnected with each other rather than competing and harming one another.

This article is the basic philosophy defining the basic assumption of the UDHR that the right to liberty and equality is a right obtained by humans from birth and that they cannot be deprived of it; and since man is a rational and moral creature, he is different from other beings on earth, and therefore entitled to obtain certain rights and freedoms not enjoyed by other beings.[56]

---

54 K. Drzewicki, "The United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights," in *An Introduction to the International Protection of Human Right*s, ed. Raija Hanski and Markku Suksi (Turku: Institute for Human Rights, 2004), 71.

55 http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html.

56 See http://www.komnasham.go.id/, *Lembar fakta HAM*, 3rd edn., 15.

Article 2 of the UDHR, a basic principle of equality and non-discrimination, says: "Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made based on the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty."

Article 3 of the UDHR says "Everyone has the right to life, liberty and security of person." This article constitutes the first milestone of the Declaration declaring the right to life, liberty and security of a person essential to the fulfillment of other rights.[57]

Article 4 to 21 the UDHR set out the principle and guarantee of civil and political rights, which are further elaborated in the ICCPR. The provisions of Article 22 to 27 of the UDHR are a guarantee of socio-economic and cultural rights, which are further elaborated in the ICESCR.

Article 28 to 30 of the UDHR is a formulation of the rights and obligations of the international community to maintain public order with the exercise of rights and freedoms in accordance with the law. Article 28 of the UDHR says: "Everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized."

Article 29 of the UDHR says:

> (1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible. (2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society. (3) These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.

[57] Ibid., 16.

Article 30 of the UDHR says: "Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein."

The UDHR contains 30 articles. Operationally, it can be divided into 3 groups of articles, see Table 1.

Table 1. The Contents of the UDHR 1948

No.	Group	Content
1	Articles 1 to 2, 28, 29, and 30	The principle of equality (Art. 1); the principle of non-discrimination (Art. 2); the concept of state obligations (Art. 28); individual obligations (Art. 29 (1)); permissible restrictions (Art. 29 (2)); and a prohibition on anyone destroying the rights and freedoms guaranteed in this declaration (Art. 30).
2	Articles 4 to 21	Civil and political rights elaborated by the ICCPR.
3	Articles 22 to 27	Economic, social and cultural rights elaborated by the ICESCR.

2. *The ICCPR*

The ICCPR was established and declared open for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200 A (XXI) on December 16, 1966. The Covenant is ratified by Indonesia through the Law 12/2005 on the ratification of the ICCPR.

The ICCPR contains 53 Articles and is divided into six parts as can be seen in Table 2.

Table 2. The Contents of the ICCPR[58]

No.	Group	Content
1	Parts I to III (Articles 1 to 27)	The right to self-determination (Art. 1); the prohibition of discrimination (Art. 2); gender equality (Art. 3); the limitation of restrictions on rights (Art. 4 and 5); the right to life (Art. 6); the prohibition of torture and inhuman punishment (Art. 7 and 10); the prohibition of slavery (Art. 8); the right to liberty and security including the prohibition of incarceration for non-payment of debt (Art. 9 and 11); the freedom of movement (Art. 12 and 13); the right to a fair trial process, including the prohibition of retroactive application of the law (Art. 14 and 15); the recognition of one's legal status (Art. 16 and 17); the right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18); freedom of opinion and expression, including the prohibition of propaganda and incitement (Art. 19 and 20); freedom of association, assembly, and trade unions (Art. 21 and 22); the right to marry, found a family and the right of child (Art. 23 and 24); political rights (Art. 25); the right to equality before the law (Art. 26); and rights as a minority group (Art. 27).
2	Parts IV to VI (Articles 28 to 53)	The monitoring mechanisms and principles of interpretation.[1] Among the above-mentioned civil and political rights arrangements, the prohibitions of torture, slavery and the application of the law on a retroactive basis are absolute. Other rights allow for reservations, restrictions or derogations. (This is as regulated in Article 4 of the ICCPR.)

3. *The ICESCR*

The ICESCR was established and declared open for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200 A (XXI) on December 16, 1966.

The Covenant is ratified by Indonesia through the Law 11/2005 on the ratification of ICESCR.

58 See the ICCPR retrieved from http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf.

Table 3. The Contents of the ICESCR[59]

No.	Group	Content
1	Parts I and II (Articles 1 to 5)	The right to self-determination (Art. 1); the obligation of the states towards economic, social and cultural rights (Art. 2 to 4); and the limitation of restrictions (Art. 5).
2	Part III (Articles 6 to 15)	The right to work (Art. 6); the right to just and favorable working conditions (Art. 7); the right to form and participate in labor organizations (Art. 8); the right to social security, including social insurance, especially for mothers, children and young people (Art. 9 and 10); the right to a decent living condition (Art. 11); the right to enjoy high standards of physical and mental health (Art. 12), the right to education (Art. 13 and 14); and the right to participate in cultural life (Art. 15).
3	Parts IV and V (Articles 16 to 31)	The responsibilities of the state's parties.[2]

E. Human-Rights Regulations in Indonesia

The government of Indonesia becomes more concerned with human-rights issues at the end of the New Order regime, marked by the establishment of the National Commission on Human Rights *(Komnas HAM)* in 1993. At the beginning of the reform period, the People's Consultative Assembly *(MPR)* issued the Decree Number XVII/MPR/1998 on Human Rights, which has been described in Law 39/1999 on Human Rights and Law 26/2000 on Human Rights Courts. The expansion of human-rights guarantees through the articles of the 1945 Constitution, particularly the outcome of the Second Amendment, is an improvement in establishing the legal foundation of the state for strengthening the recognition of human rights.[60] There are also various regulations in the field of human rights that have been adopted in Indonesia (see Table 4).

59 See http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf.

60 H.P. Wiratraman, "Hak-hak Konstitusional Warga Ngeara Setelah Amandemen UUD 1945: Konsep, Pengaturan dan Dinamika Implementasi," *Jurnal Hukum Panta Rei* 1, no.1 (December

With the ratification of various international conventions in the field of human rights such as ICCPR through Law 12/2005 and the ICESCR through Law 11/2005, as well as other conventions, the national human-rights law strengthened the position of citizens in relation to the state.

1. *Human Rights Under the 1945 Constitution and the 1999 Human Rights Law*

The formulation of human rights in the 1945 Constitution is far more complete after the Amendment than before, because the Amendment provides an additional chapter concerning human rights, Chapter XA, which is divided into several provisions from Article 28A to Article 28J. The articles are adopted from the UDHR, the ICCPR, and the ICESCR. Although the two international covenants were recently ratified by the Government of Indonesia in 2005, Indonesia has submitted itself to the binding force of the two covenants since 1999 when Law 39/1999 on Human Rights was passed. Then, the formulation of human rights was reinforced and mentioned in the constitution.

The Indonesian human-rights law can be divided into 3 parts:

a. *Civil rights that are non-derogable*

Non-derogable rights are defined in Article 28I of the 1945 Constitution or Article 4 of the Human Rights Law stating that: "The right to life, the right not to be tortured, the right to freedom of thought and conscience, the right to religion, the right not to be enslaved, the right to be recognized as a person before the law, and the right not to be prosecuted on the basis of retroactive law are human rights that cannot be reduced under any circumstances."

There are at least seven types of civil rights explicitly stated as *non-derogable* rights or rights that cannot be limited under any circumstances, namely:

a. the right to life;
b. the right not to be tortured;
c. the right of freedom of thought and conscience;

2007).

d. religious rights;
e. the right not to be enslaved;
f. the right to be recognized as a person before the law;
g. the right not to be prosecuted based on retroactive law.

This concept is like that provided for in Article 4 of the ICCPR, which states that: "No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision."[61]

The interpretation of the formulation of Article 28I of the 1945 Constitution of Republic of Indonesia is often associated with the provisions of Article 28J. Although Article 28I has explicitly mentioned rights that are non-derogable under any circumstances, in the practice of law enforcement in Indonesia, these rights are still defined as rights that may be restricted by the state to the extent that such restrictions are in accordance with the provisions of Article 28J (2), which says: "In exercising their rights and freedoms, each person shall be subject to the restrictions laid down by law with the sole intent of securing the recognition and respect of the rights and freedoms of others and to satisfy fair demands in accordance with moral judgment, religious values, security, and public order in a democratic society." Furthermore, it is also mentioned in Article 70 of the Human Rights Law.

> According to Article 28J (2) of the 1945 Constitution of Republic of Indonesia, then:
>
> (a) In exercising their rights and freedoms, everyone is subject to the restrictions set forth in the law. This means that the state can pass a law aimed at limiting the rights of the citizens, provided that the law is made in legitimate ways by the agency that has the authority to make it. According to the Indonesian constitution, the institution which has the authority to enact

[61] The articles in question sequentially regulate the right to life (Art. 6), the right not to be tortured (Art. 7), the right not to be enslaved (Art. 8 paragraph 1 and 2), the right not to be imprisoned for failing to fulfill a contractual obligation (Art. 11), the right not to be prosecuted on the basis of retroactive law (Art. 15), the right to be recognized personally before the law (Art. 16) and the right to freedom of thought, belief and religion (Art. 18). There is only one article which is not included in the 1945 Constitution as a non-derogable right, namely Article 11.

the law is the People's Legislative Assembly (DPR) with the approval of the President (Art. 5 and Art. 20 of the 1945 Constitution).

(b) Restrictions on such rights are aimed at ensuring and protecting the respect of the rights of others and meeting fair demands.

(c) Such restrictions must be based on moral considerations, public order, and public welfare in a democratic society. The 1945 Constitution also incorporates religious values as one of the considerations that can be used in limiting one's rights. Article 70 of the Human Rights Law does not include religious values as an element of restriction, but does incorporate aspects of national security as part of the considerations in limiting rights.

(d) The limitation of such rights should not involve discrimination solely based on race, color, sex, language, religion or social origin. This is also affirmed in Article 4 paragraph (1) of the ICCPR and Article 29 paragraph 3 of the UDHR as well as Article 28I paragraph (2) of the 1945 Constitution of 1945 and Article 3 paragraph (3) of the Human Rights Law.

b. *Other civil and political rights and their problem of limitation*

Other civil and political rights that are also guaranteed by the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia are the right to a fair hearing and an open trial by an independent and impartial tribunal; the right to be presumed innocent until proven guilty (Art. 28D (1)); freedom from arbitrary interference with personal freedom, family, home or correspondence (Art. 28G and Art. 28H (1)); freedom to move and reside (Art. 28H (1)); the freedom of opinion and expression (Art. 28E (1 and 2)); the right to peaceful assembly (Art. 28E (3)); and the right to participate in the government of one's country and equal access to public services (Art.

28D (3)). Those rights are also guaranteed in Law 39/1999 on Human Rights. Since those rights are defined as derogable rights, such restrictions must be based on moral considerations, religious values, security, and public order in a democratic society as mentioned in Article 28J of the 1945 Constitution of Republic of Indonesia and Article 70 of Law 39/1999 on Human Rights.

However, the use of "religious values" as a reason for restrictions continues to be debated because, first, it is not listed in the ICCPR. Second, this restriction will be contrary to the principles of human rights as explained earlier, especially the principles of universality, equality, non-discrimination, and non-derogability. Third, religious values are often translated by judges as teachings or practices of orthodox doctrine. Therefore, teachings or practices that are contrary to orthodox doctrines of the six recognized religions, namely Islam (Sunni), Christianity, Catholicism, Hinduism, Buddhism, and Confucianism, are considered to be in conflict with religious values held in Indonesia. As a result, propagators of heterodox or mystical beliefs or non-beliefs[62] can be criminalized under the blasphemy law.[63] In this case the government tends to protect the majority religion over the minority.[64] For example, in the case of blasphemy, the government has issued regulations and policies to impose certain restrictions on religious minorities.[65] Recently, the criminalization of various religious minority groups, such as the Ahmadiyya, Shia, and others has become the spotlight of the international community. The Indonesian government is encouraged to immediately amend the Law on Blasphemy in accordance with international human-rights standards.[66]

62 *See* Law Number 1 / PNPS / 1965 Article 4(b).

63 See Indonesia Criminal Code Article 156 and 157(1).

64 Following the fatwa of the Indonesian Ulema Council on Ahmadiyya teachings as heretical religion, various local governments issued governor regulations to ban Ahmadiyya activities. *See* Rafendi Djamin, *The Paradox of Freedom of Religion and Belief in Indonesia,* 2–3, retrieved on December 30, 2018 at www.ohrc.org.

65 Melissa Crouch noted that there were more than 50 religious minorities banned by the government from 2009 to 2018. See M. Crouch. "Law and Religion in Indonesia: The Constitutional Court and the Blasphemy Law," *Asian Journal of Comparative Law* (2012).

66 In Indonesia, Law no. 1/PNPS/1965 regarding Prevention of "Abuse and / or Defamation of Religion" is commonly known as the blasphemy law. The enforcement of the blasphemy law in Indonesia has become one of the main problems arising in the Universal Periodic Review (UPR) recommendations in cycles 1, 2 and 3 of the UN Human Rights Council (HRC), which encourages Indonesia to amend the law and improve rights to religious freedom in line with international human-rights standards. *See* Universal Periodic Review – Indonesia, available at https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/IDindex.aspx

c. *Economic, social and cultural Rights*

The economic, social and cultural rights guaranteed in the 1945 Constitution of The Republic of Indonesia are the right to own property (Art. 28H (14)); the right to social security (Art. 28H (3)); the right to work and the right to equal pay for equal work (Art. 28D (2)); the right to rest and leisure (Art. 28H (1)); the right to an adequate standard of living, health and life (Art. 28H (1)); the right to education (Art. 28C (1)); the right to participate in cultural life (Art. 28I (3) and Art. 28C (2)); and the right to information (Art. 28F). Those rights are also guaranteed by Law 39/1999 on Human Rights, as seen in Table 4.

Table 4. Distribution of Human-Rights Formulations in the Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, ICESCR Covenant, 1945 Constitution of 1945, Human Rights Law

No	Type of Rights guaranteed	UDHR	ICCPR	ICESCR	Indonesia Constitution 1945	HR Law
1	Non-discriminatory treatment	2	20, 27		28I (1), (2)	3 (3)
2	The right to life, freedom and security	3	6, 9		28A, 28I (1)	3 (2), 9
3	Freedom from slavery and bondage	4	8		28I (1)	4, 20 (1), (2)
4	Freedom from torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment	5	7		28G (1), 28I (1)	4, 33, 34
5	The right to be recognized as a person before the law everywhere	6, 7	16, 26		28I (1)	4, 5

6	The right to an effective remedy	8	9			
7	Freedom from arrest, arbitrary detention or alienation	9	9, 10		28D (1)	4, 5
8	The right to a fair hearing and an open trial by an independent and impartial tribunal	10	14		28D (1)	17
9	The right to be presumed innocent until proven guilty	11	15		28D (1)	17, 18
10	Freedom from arbitrary interference with personal freedom, family, home or correspondence	12	17		28G, 28H (1)	29, 31, 32
11	Freedom to move and reside	13	12		28H (1)	27, 40
12	The right to asylum	14	13		28G (2)	28
13	The right to citizenship	15	13, 24		28D (4)	26
14	The right to marry and establish a family	16	23, 24		28B	10
15	The right to own property	17	11		28H (4)	19, 36, 37
16	Freedom of thought, conscience and religion	18	18		28 E (1,2)	22 (1), (2)
17	Freedom of opinion and expression	19	19		28E (3)	23, 24, 25, 44

18	The right to peaceful assembly and assembly	20	21, 22	8	28E (3)	16, 39
19	The right to participate in the government of one's country and equal access to public services	21	25		28D (3)	43, 44
20	The right to social security	22		9, 10	28H (3)	41
21	The right to work and the right to equal pay for equal work	23		6,7	28D (2)	38
22	The right to rest and leisure	24		10	28H (1)	9 (2)
23	The right to an adequate standard of living, health and life	25		11, 12	28H (1)	40, 42
24	The right to education	26		13, 14	28C (1)	12, 13
25	The right to participate in cultural life	27		15	28I (3), 28C (2)	15
26	The right to information				28F	14
27	Women's rights					45, 46, 47, 48, 49, 50, 51
28	Rights of the child					52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 to 66.

Sources: The Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, ICESCR Covenant, 1945 Constitution of 1945, Human Rights Law

From Table 4, it can be seen that Indonesia as a state party to the ICCPR has adopted all provisions of the ICCPR into the 1945 Constitution of Indonesia as well as the Human Rights Law of Indonesia, except the right to an effective remedy provided in Art. 8 of the UDHR or Art. 9 of the ICCPR. However, there are some provisions that are provided in Indonesian Law but not in the International Bill of Human Rights. The first is the right to information. This right is provided in Article 28F of the 1945 Constitution as well as Art. 14 of Human Rights Law, but not mentioned in the UDHR or the ICCPR, since the right to information is part of the freedom of opinion and expression provided in Art. 19 of the UDHR and the ICCPR. Second, women's rights and the rights of the child are not found in the UDHR or the ICCPR, but have been more elaborated on in the Human Rights Law of Indonesia, because at the international level these two particular issues have been regulated separately in the International Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and the Convention on the Right of the Child (CRC) that have both been ratified by Indonesia.

Table 5. Various Regulations in the Field of Human Rights That Have Been Adopted in Indonesia

The protected group	Instruments
General	• Law 8/1998 on Ratification of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT). • Law 9/1998 on Freedom of expression • Law 8/1999 on Consumer Rights and Protection. • Law 26/1999 on the revocation of subsidiary law which is considered to restrict the right of opinion • Law 39/1999 on Human Rights. • Law 40/1999 on the Press, Rights and Obligations. • Law 26/2000 on the Human Rights Court. • Law 11/2005 on Ratification of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) • Law 12/2005 on Ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). • Law 15/2009 on Ratification of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Completing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime. • Law 14/2008 on the Openness of Public Information • Law 31/2014 on an Amendment to Law 13/2006 Concerning the Protection of Witnesses and Victims • Law 12/2006 on Citizenship of the Republic of Indonesia. • Law 5/2010 on an Amendment to Law 22/2002 on Clemency. • Law 21/1997 on the Eradication of the Crime of Trafficking in Persons • Law 23/2006 on Population Administration • Law 14/2009 on Ratification of the Protocols to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime.
Women	• Law 7/1984 on the Ratification of the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) • Law 23/2004 on the Elimination of Domestic Violence

Child	• Law 4/1979 on Child Welfare • Law 1/2000 on Ratification of ILO Convention No. 182 on Violations and Immediate Action on the Elimination of the Worst Forms of Child Labor (ICRMW) • Law of the Republic of Indonesia No. 20/1999 Concerning Ratification of ILO Convention No. 138 Regarding Minimum Permitted Working Age • Law 23/2002 on Child Protection • Law 11/2012 on the Juvenile Justice System • Law 10/2010 on Ratification of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child Concerning the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography
Labor	• Law 11/1998 on Labor Rights and Obligations in Indonesia • Law 19, 20 and 21 of 1999 on Labor. • Law 15/2016 About Ratification of the Maritime Labor Convention, 2006 • Law 39/2004 on the Placement and Protection of Overseas Workers.
Minority	• Law 29/1999 on Ratification of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD) • Law 40/2008 on the Elimination of Racial and Ethnic Discrimination
Persons with Disabilities	• Law 19/2011 on the Ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (ICRPD) • Law 8/2016 on Persons with Disabilities

Sources: These data are cited from various secondary resources.

Table 5 shows that all human-rights standards and provisions stated in the UDHR, the ICCPR, and the ICESCR have been adopted by the Indonesian government through the enactment of several laws. Eight out of nine international human-rights instruments have been ratified by the government of Indonesia Republic: ICERD,[67] ICCPR, ICESCR, CEDAW,[68] CRC,[69] CAT,[70] ICRMW,[71], CRPD,[72] and CPED. Most of these laws have been enacted after the 1999 Amendment to the 1945 Constitution of Indonesia.

67 CERD was accepted by UN General Assembly Resolution No. 2106 (XX), December 21, 1965. Indonesia ratified CERD through Law 29/1999.

68 CEDAW was ratified by Indonesia through Law 7/1984.

69 CRC was ratified by Indonesia through Presidential Decree 36/1990.

70 CAT was accepted by UN General Assembly resolution 39/46 of December 10, 1984. Indonesia ratified it through Law 5/1998.

71 ICRMW was ratified by Indonesia in May 2012.

72 CRPD was ratified by Indonesia government in November 2011.

All the human-rights instruments that have been established or ratified by the government of Indonesia show that Indonesia has a strong commitment to respect and protect human rights for everyone. However, the implementation of those instruments and regulations has been challenging. According to the report of the World Justice Project (WJP) Rule of Law Index 2020, Indonesia ranks 59th out of 128 countries.[73] Indonesia is in the 79th place out of 128 countries on respecting fundamental rights. This ranking shows that the positive legal system in Indonesia needs to be improved so that the law is clear, certain, and fair, and the enforcement of basic rights needs to be harmonized with international human-rights law standards.[74]

F. International Human-Rights Enforcement Mechanisms

These international human-rights enforcement mechanisms are basically divided into two: conventional mechanisms and extra-conventional mechanisms.

1. *Conventional Mechanisms*

The conventional mechanisms are also referred to as the oversight bodies of the agreement, and consist of committees. The various committees and their functions are as follows:

a. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights serves to monitor the implementation of the ICESCR.
b. The Human Rights Committee serves to monitor the implementation of the ICCPR.

---

73 See World Justice Project, *The WPJ Rule of Law index 2020,* 25, retrieved on June 10, 2020 at www.worldjusticeproject.org.
74 Ibid.,39.

c. The Committee on the Elimination of Racial Discrimination serves to monitor the implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.
d. The Committee against Torture serves to monitor the implementation of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.
e. The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women serves to monitor the implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.
f. The Committee on the Rights of the Child serves to monitor the implementation of the Convention on the Rights of the Child.

In principle, conventional mechanisms monitor the implementation of international treaties on human rights ratified by states. The various committees formed consist of independent experts acting in their respective capacities and not as representatives of their government, even though they are elected by representatives of states parties. The committees consist of 18 members each, except for the Committee against Torture and the Committee on the Rights of the Child (both 10 members) and the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (23 members). Members are selected in accordance with the principle of fair geographical representation, thus ensuring balanced perspectives and expertise in the main legal system. The main function of the treaty body is to examine reports submitted by states parties and to consider complaints of human-rights violations.

a. Country Reporting Mechanisms: All states parties to the treaty are required to submit a report stating the progress made and the problems faced in the implementation of the rights under the relevant agreement.
b. Individual Complaint Mechanisms: Three of the current international treaties allow individuals to file complaints about alleged violations of the right (Optional Protocol to the ICCPR, Convention on the Elimination of All Forms of Racial

Discrimination and the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment).

c. Intergovernmental Complaints: The same three treaties, in addition to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, as set out above, also make provision for states parties to file complaints regarding alleged human-rights abuses against other participating countries.

2. *Extra-Conventional Mechanisms*

These extra-conventional mechanisms are divided in two: first, special procedures, including special rapporteurs, special representatives, special envoys and independent experts, as well as working groups (thematic or country); and second, Complaint Procedure 1503.

The Complaint Procedure 1503 is undertaken by the state to the United Nations in case of gross and systematic violations of human rights. Each year the United Nations receives thousands of communications alleging grave and systematic violations of human rights and fundamental freedoms. The Economic and Social Council handles such communications. This is known as the 1503 Procedure in accordance with the adoption of resolution 1503 dated May 27, 1970. It does not deal with individual cases but with situations that affect large numbers of people over a protracted period.

The work of the Universal Periodic Review (the UPR) Working Group will be elaborated after addressing the human-rights mechanisms in Indonesia.

G. Human-Rights Enforcement Mechanisms in Indonesia

The obligation to respect human rights is not only realized by the government of Indonesia through the ratification of the international human-rights instruments and other international human-rights treaties. The obligation to protect requires the state to take the necessary measures (both in the

legislative, judicial, and executive fields) to protect the rights and freedoms of the citizens in its territory. For example, making laws or new public policies or revising or revoking obsolete regulations to provide guarantees for the protection of people's rights and freedoms in their territories. The obligation to fulfill requires states to take steps to fulfill basic human rights and freedoms such as the right to health, the right to a decent living, the right to work, the right to education, etc.

In the policy sphere in 2011, the Indonesian government finally published the National Action Plan for Human Rights (RANHAM) for the period of 2011–2014, subsequently replaced with RANHAM 2015–2019.[75] RANHAM is a document that contains the objectives, strategies, and priority activities of Indonesia›s national human-rights action plan and is used as a reference for ministries, institutions and local governments in respecting, protecting, fulfilling, enforcing and promoting human rights in Indonesia.

There are at least five general goals to be achieved in RANHAM 2015–2019, namely:

a. Increasing the understanding of human rights in the state apparatus and society;
b. The implementation of human-rights instruments in government policy;
c. Increased participation of Indonesia in forums of cooperation on the respect, protection, fulfillment, enforcement, and promotion of human rights;
d. Increased handling of human-rights violations;
e. Improved accessibility for persons with disabilities and other vulnerable groups to participate in the civil, political, economic, social and cultural fields.

[75] The Government passed the policy of Indonesia's National Human Rights Action Plan 2011–2014 based on Presidential Decree 23/2011. Then followed the June 22, 2015 Presidential Regulation 75/2015 on National Human Rights Action Plan of 2015–2019. See http:// setkab.go.id/perpres-rencana-aksi-nasional-ham-2015-2019-diteken-ada-secretariat-text/. Contents of RANHAM 2015-2019 are accessible in full at http: // www. balitbangham.go.id/ po-content/peraturan/Perpres%20RanHAM%202015%20Final.pdf.

The Government of Indonesia has also established various human-rights enforcement agencies such as the National Commission for Human Rights (KOMNAS HAM), the National Commission for Women (KOMNAS PEREMPUAN), the Indonesian Child Protection Commission (KPAI), the Human Rights Court, and the Constitutional Court of the Republic of Indonesia.

1. *National Commission for Human Rights (KOMNAS HAM)*

KOMNAS HAM was established through Presidential Decree No. 50/1993. It was established in the context of domestic and international politics that paid serious attention to the issue of human rights. As stated in Article 75 of Law 39/1999, it has the mandate: (a) to develop conditions conducive to the exercise of human rights, whether existing in the national legal instruments or in the UDHR and the Charter of the United Nations (in Articles 55 and 56 referring to the UDHR as a basis for the promotion of human rights); (b) increasing the protection and enforcement of human rights for the development of the Indonesian human person as a whole and his ability to participate in various areas of life.

To achieve these objectives, KOMNAS HAM conducted four main functions, namely: (a) monitoring, (b) research/assessment, (c) mediation, and (d) education. The implementation of the four functions is divided into four sub-commissions, namely the Sub-Commission for Monitoring, Sub-Commission for Education, Sub-Commission for Study/Research and Sub-Commission for Mediation. Outwardly it acts as a single entity, each member of one sub-commission can serve on other sub-commissions.[76]

In its development, KOMNAS HAM is still not considered to have advanced its function to a maximum degree. This is also influenced by the weakness of its position and the lack of funding from the Government. In its latest report (2016), KOMNAS HAM reported accepting complaints of alleged human-rights violations from the community amounting to 500 complaints filed per year. From January to December 2016, the most

[76] KOMNAS HAM, *Annual Report 2016. Fulfillment of Minorities and Vulnerable Groups*, https://www.komnasham.go.id/files/20171101-report-tahunan-komnas-ham-tahun-$LZ3FPF.pdf.

numerous violations were classified as violations of the right to legal justice in 28 cases, and violations of the right to welfare in 14 cases.[77]

2. *Indonesian Child Protection Commission (KPAI)*

The KPAI is an independent institution established under Law 23/2002 on Child Protection to improve the effectiveness of child protection. The KPAI was established to respond to reports of violence, neglect, and non-fulfillment of the basic rights of children in Indonesia. The political decision to form the KPAI also cannot be separated from the international impulse. The international community expresses deep concern over the condition of children in Indonesia.

The number of cases of child labor, children in conflict areas, involvement of children in child-soldier conflicts such as those occurring in Aceh, high rates of dropouts, malnutrition, underage marriages, trafficking, etc. led the international community to request the Indonesian government to create a special institution that oversees monitoring of child protection in Indonesia.

3. *National Commission for Women (KOMNAS PEREMPUAN)*

The KOMNAS PEREMPUAN was established based on Presidential Decree No. 181/1998 which was updated in Presidential Regulation No. 65/2005. It is an institution established by the state to respond to the issue of women's rights as a part of human rights, the issue of violence against women. Because of its specific mandate, some have categorized KOMNAS PEREMPUAN as a specific human-rights institution.

The tasks of KOMNAS PEREMPUAN are:

Disseminating understanding of all forms of violence against women in Indonesia and efforts to prevent and overcome and abolish all forms of violence against women;

77 Ibid.

a. Conducting studies and research on applicable laws and regulations as well as applicable international instruments and international instruments relevant to the protection of women's human rights;
b. Carrying out monitoring including fact-finding and documentation of all forms of VAW (Violence Against Women) as well as dissemination of the results of public monitoring and taking of measures to promote accountability and handling complaints;
c. Providing advice and consideration to the government, legislative and judicial institutions and community organizations to encourage the formulation and ratification of legal and policy frameworks that support efforts to prevent and overcome all forms of VAW and that protect, enforce, and promote women's human rights in Indonesia;
d. Developing regional and international cooperation to enhance efforts to prevent and overcome all forms of VAW and to protect, enforce, and promote women's human rights in Indonesia.

4. *Indonesian Human Rights Court*

A human/rights tribunal is required to prosecute gross human-rights violations. The establishment of this human rights court is ordered by the MPR Decree No. XVII/MPR/1998 on human rights. Paragraph 2 states that the court referred to in paragraph 1 shall be established by law within four years at the latest. It did not take four years before the Law 26/2000 on the Human Rights Court was issued.

Since its inception, according to an Indonesian NGO called the Commission for Disappeared Persons (KONTRAS), the Human Rights Court in Indonesia has examined three cases: First, in the East Timor Ad Hoc Human Rights Court there were 12 prosecution dossiers, in all of which the defendant was eventually acquitted. Second, the Tanjung Priok Ad Hoc Human Rights Court: four dossiers, all defendants acquitted. Third, the Abe Pura Ad Hoc Human Rights Court: two dossiers, both acquitted in the first instance.[78]

[78] Ibid.

5. *The Constitutional Court of the Republic of Indonesia/ Mahkamah Konstitusi (MK)*

The MK is a modern judicial institution established in the reform era under Law 24/2003 concerning the MK. It is independent and its decisions are final and binding. The MK is known as a guarantor of human rights. One of its powers is to conduct a judicial review to test whether a law is against the 1945 Constitution or not. This means that every citizen, community group or legal entity can submit a petition to the Constitutional Court if their constitutional rights are impaired by the enactment of a law that is deemed to have violated rights guaranteed in the constitution. Isra (2014)[79] notes four decisions of the court that protect and promote human rights. Three of them are as follows:

1. Decision No. 011-017/PUU-VIII/2003 on the judicial review of Law 12/2003 on General Election of Members of the People's Legislative Assembly, Regional Representative Council, and Regional House of Representatives. In this decision the MK considers that Law 12/2003 Art, 60 (g), which prohibits membership of the People›s Legislative Assembly (DPR), DPD, Provincial DPRD, Regency or City DPRD to former members of the banned Indonesian Communist Party organization, persons directly or indirectly involved in G.30.S/PKI or other prohibited organizations, violates the rights guaranteed by the 1945 Constitution, in particular the right to recognition and guarantee of legal certainty, the right to equal opportunity in government and the right to be free from discriminatory treatment as guaranteed and protected through Art. 28C (2), Art. 28D (1), Art. 28D (3), and Art. 28I (2). Therefore Art. 60 (g) of the law is declared to have no binding legal force and is contradictory to the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia.
2. Decision No. 6-13-20 PUU-VIII/2010 on the judicial review of Law 16/2004 on the Attorney General of the Republic of Indonesia, Art. 30 (3) (c), which states, "In the field of public order, the prosecutor

[79] S. Isra, "The Role of the Constitutional Court in the Strengthening of Human Rights in Indonesia," *Journal of the Constitution* 11, no. 3 (September 2014): 421–425.

also conducts activities: supervision of circulation of printed matter." The Attorney General's Office as an authoritative institution had prohibited the circulation of a book called *Six Paths to God*. In its decision, the Constitutional Court considered that the prohibition on circulating books as a source of information, as well as seizure without trial, was inconsistent and even in contradiction with Art. 28F of the 1945 Constitution, the right to oral and written thoughts and rights to the recognition and guarantee of legal certainty. The Constitutional Court declared Art. 30 (3) (c) of Law 16/2004 on the Attorney of the Republic of Indonesia to be contradictory to the 1945 Constitution.

3. Decree No. 27/PUU-IX/2011 concerning the review of Law 13/2003 on Labor states that the regulation on outsourcing is considered to violate workers› rights. The Constitutional Court ruled that the phrase «... temporary employment agreement» in Article. 65 (7) and the phrase «... the employment agreement for a specified time» in Art. 66 (2) (b) of the labor law is considered contrary to the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia. This violates everyone›s right to work, receive compensation, and fair treatment in employment relations. Despite changes in company owners, as long as workers are bound by labor agreements, the company cannot transfer responsibility for protecting the rights of workers whose work object is still present.

The situation of protection of human rights in Indonesia in 2012 can be seen from the statement of the United Nations Human Rights Council at the 13th Session of the Universal Periodic Review (UPR) in Geneva on May 21–June 4, 2012 (A/HRC/WG.6/13/IDN/1), which shows that the fulfillment of human rights is still considered weak. Therefore, in 2012–2013[80] Indonesia was willing to accept a special rapporteur, especially regarding the fulfillment of the right to health, the right to housing and the right of freedom of expression, and is committed to guaranteeing the right of freedom of religion.

---

[80] Ifdal Kasim, *Implementation of Economic, Social and Cultural Rights: Normative Framework and International Standards,* National Seminar "Toward the Effective Protection and Monitoring of Economic, Social and Cultural Rights in Indonesia," PUSHAM UII and Norwegian Center for Human Rights. See also Boer Mauna, *Hukum Internasional.Pengertian, Peranan Dan Fungsi Dalam Era Dinamika Globa.* Bandung: Alumni *(2000).*

In the UPR Working Group Report of 2008 (four years prior)[81] the international community highlighted various weaknesses in human-rights protection in Indonesia. For example, the lack of understanding of human rights[82] in public policy-making at the local level (local regulation) led to the fact that in 2002 there were hundreds of local regulations that were repealed because they were not in line with human-rights values. Therefore, harmonization needs to be done both in the field of legislation, administration, policy, and implementation.

The Working Group Periodic Report both in 2008 and 2012 illustrates that transforming the norms of international human-rights law into regulation both at the national and local level becomes an important issue that must be considered by the Government of Indonesia. Secondly, Indonesia's responsibility to respect, protect and fulfill the human rights of citizens is part of Indonesia's commitment to various international human-rights treaties that have been ratified by the Indonesian government.

Indonesia's commitment to protecting human rights is strengthened by Indonesia's ratification of international human-rights treaties, the amendment of its Constitution, and the enactment of several laws. At the regional level, Indonesia is a member of ASEAN, and Indonesia has a significant role in the establishment of the ASEAN Declaration of Human Rights. However, the implementation of all instruments and human-rights laws in Indonesia needs to be improved based on the principle of the rule of law through an interdisciplinary approach, as Freeman says. because the human-rights violations that take place in Indonesia are complexly related to several factors of a philosophical, social, and legal nature.[83] Moreover, since the Millennium Development Goals have linkages with human rights, Alston reminds the international community to make strong efforts to realize a number of fundamental goals such as to remove discriminatory laws and practices, to ensure freedom of religion and speech, to ensure freedom of information including access to economic statistics, and to ensure that the rule of law provides security for all citizens.[84]

81 See *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review -Indonesia*, A/HRC/8/23, May 14, 2008, General Assembly of United Nations, Human Rights Council, Eighth session, agenda item 6, accessible at http: //www.geneva- academy.ch/RULAC/pdf_state/UPR-Outcome-of-the-Working-Group.pdf.

82 Ibid., point 10 p. 4.

83 M. Freeman *Human Rights: An Interdisciplinary Approach*, 2nd edn. (Polity, 2011).

84 P. Alston, "Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals," *Human Rights*

H. Concluding Remarks

Conceptually, human rights are inherent rights. They belong to every human being (universality) because of his or her dignity as a human being. Human rights cannot be revoked (inalienable) by anybody. Human rights can only be restricted by the state if the restriction is regulated by law based on strict considerations, that is, to maintain public order, national security, public health or public morality for the sole purpose of protecting the rights of others and not to discriminate against others (non-discrimination). Therefore, human rights are not the gift, the inheritance or the mercy of the state. The state, in this case the government, has a primary obligation in the field of human rights as stipulated in the International Bill of Human Rights and domestic human-rights law. The main obligations of the state in the field of human rights are the obligation to respect, the obligation to protect, and the obligation to fulfill. In carrying out these obligations every country should also pay attention to other guidelines and principles both in the form of general comments and guides, such as the Limburg Principles on the ICESCR.

International human-rights law also provides for human-rights enforcement mechanisms either through existing international institutions or through the mechanisms set out in international human-rights law. Human-rights law in Indonesia is not much different from the international human-rights law. This is because Indonesia is a member of the United Nations that adopts it as part of the national human-rights law. Thus, Indonesia recognizes the binding force of the international human-rights law. This can be seen from Indonesia's ratification of eight international agreements on human rights, as well as the human-rights formulas contained in the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, the Law 39/1999 on Human Rights, the law on the human-rights court and various other laws and regulations. However, the government as the duty-holder of human-rights protection should not continue implementing or making regulations that restrict fundamental rights and are incompatible with the

Quarterly 27, no. 3 (2005): 775–829.

Bill of Human Rights. Moreover, the implementation of the human-rights law and the fulfillment of victims' rights after human-rights violations in Indonesia is still considered weak and needs to be improved.

The importance of promoting and respecting human rights must be understood by every component of the nation and society, not merely as Indonesia's commitment, as part of the international community, to be bound by international agreements. The State recognizes its position as the holder of the obligation to respect, protect and fulfill human rights. More than that, respect for human rights is part of the nation's efforts to uphold the principles of the rule of law, and to achieve the state's goal of protecting the entire nation based on *Pancasila* and *Bhineka Tunggal Ika* (the principle of unity in diversity), further strengthening the implementation of constitutional democratic principles based on the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia. It is therefore important to understand basic human-rights principles and human-rights regulations at both international and national levels appropriately and comprehensively.

Bibliography

Alston, P. "Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals." *Human Rights Quarterly* 27, no. 3 (2005): 775–829.

Ashidiqi, J. *The Constitutional Law of Indonesia: A Comprehensive Overview.* Sweet & Maxwell Asia, 2009.

Brownlie, I. *Principles of International Law*. 5th edition. Oxford, 1998.

Buergental, T. "Menghormati dan Menjamin: Kewajiban Negara dan Pengurangan Hak Yang Diizinkan." In *Hak Sipil dan Politik: Esai-esai Pilihan*, edited by Ifdal Kasim. Vol. 1. Jakarta: ELSAM, 2001. ISBN: 979-8981-20-0.

Buergenthal,, T. "To Respect and To Ensure: State Obligations and Permissible Derogations." In *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, edited by L. Henkin, 72–91. New York: Columbia University Press, 1981.

Crouch. M. "*Law and Religion in Indonesia: The Constitutional Court and the Blasphemy* Law". Asian Journal of Comparative Law (2012).

Davies, P. *Hak-Hak Asasi Manusia, Sebuah Bunga Rampai.* Edited by A. Rahman. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1994.

Djamin, Rafendi. *The Paradox of Freedom of Religion and Belief in Indonesia*. Retrieved on December 30, 2018 from www.ohrc.org.

Donnelly, J. *Universal Human Rights in Theory and Practice.* 3rd edition. Cornell University Press, 2013.

Drzewicki, K. "The United Nations Charter and The Universal Declaration of Human Rights." In *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, edited by Raija Hanski and Markku Suksi, 71. Turku: Institute for Human Rights, 2004.

Fadjat, A.M. *Tipe Negara Hukum*. Malang: Bayumedia Publishing, 2005.

Feldman, N. *From Liberty to Equality: The Transformation of the Establishment Clause. California Law Review* 90, no. 3 (2002).

Freeman, M. *Human Rights: An Interdisciplinary Approach.* 2nd edition. Polity, 2011.

Fitscher, T. "Inventing the Rule of Law for the United Nations." In *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* Vol. 12, edited by A. Bogdandy and R. Wolfrum, 347–380. Netherlands: Brill, 2008.

Ghandhi, P.R. "The Human Rights Committee and Derogation in Public Emergencies." *German Yearbook of International Law* 32 (1989): 324–362.

Hanski, Raija and Markku Suksi. *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook.* Second revised edition. Turku: Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2004.

Harjono. *Politik Hukum Perjanjian Internasional*. Surabaya: PT Bina Ilmu, 2009.

Hornby, A.S. *Oxford Advanced Leaner's Dictionary of Current English.* 7th edn. Oxford University Press, 2006.

Hyden, P. *The Philosophy of Human Rights.* St. Paul, USA: Paragon House, 2001.

Isra, S. "The Role of the Constitutional Court in the Strengthening of Human Rights in Indonesia." *Journal of the Constitution* 11, no. 3 (September 2014): 421–425.

Jellinek, G. *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History*. 1895. Retrieved from https://oll.libertyfund.org/titles/jellinek-the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-citizens.

Kamali, M.H. "Human Dignity in Islam and its Impact on Society." *New Straits Times*, Wednesday, October 25, 2017.

Kasim, I. *Implementation of Economic, Social and Cultural Rights: Normative Framework and International Standards. National Seminar Paper with the theme 'Toward the Effective Protection and Monitoring of Economic, Social and Cultural Rights in Indonesia.* PUSHAM UII and Norwegian Center for Human Rights, 2007.

Lauren, P.G. "The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Texts and Thought." In *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, edited by Dinah Shelton. Oxford University Press, 2013.

Mauna, Boer. *Hukum Internasional, Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global.* Bandung: Alumni Bandung, 2000.

Mayer, Ann Elizabeth. "Universal versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures or a Clash with a Construct." *Michigan Journal of International Law* 15, no. 2 (Winter 1994): 307–404

McCrudden, C. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights." *European Journal of International Law* 19, no. 4 (2008): 655–724.

Rafendi Djamin, *The Paradox of Freedom of Religion and Belief in Indonesia,* 2–3, retrieved on December 30, 2018 at www.ohrc.org.

Shulztiner, Doron and Guy E. Carmi. "Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers." *American Journal of Comparative Law* 62, no. 2 (Spring 2014): 461–490.

Smith, R.K. *Texts and Materials on International Human Rights.* 6nd edition. Oxford University Press, 2013.

Theodorson, G.A., and A.G. Theodorson. *A Modern Dictionary of Sociology*. New York: Barnes and Noble Books, 1979.

Tomuschat, C. *Human Rights: Between Idealism and Realism*. 2nd edn. Oxford University Press, 2008.

Van Dijk, P., C. Flinterman, and P.E.L. Janssen. *International Law, Human Rights*. Fourth revised edition. Den Haag: Koninklijke Vermande, 2002.

Walker, N. "Universalism and particularism in human rights." In *Human Rights: The Hard Questions,* edited by C. Holder and D. Reidy, 39–58. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. doi:10.1017/CBO9780511758553.004.

Wiratraman, H. P. "Hak-hak Konstitusional Warga Negara Setelah Amandemen UUD 1945: Konsep, Pengaturan dan Dinamika Implementasi." *Jurnal Hukum Panta Rei* 1, no.1 (December 2007). Jakarta: Konsorsium Reformasi Hukum Nasional.

World Justice Project, *The WPJ Rule of Law index 2020,* 25, retrieved on June 10, 2020 at www.worldjusticeproject.org.

Other Instruments and References:

Universal Declaration of Human Rights 1948: http://www.hchr.org/EN/pages/home.aspx.

The ICCPR: http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf.

The ICESCR: http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf.

European human rights instruments: http://echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts.

European Social Charter, in *European Social Charter: Collected Texts*, 7th edn. (updated January 1, 2015): https://www.coe.int/en/web/european-social-charter

African Charter of Human and Peoples' Rights: http://www.achpr.org/instruments/achpr/

The 1949 Constitution of Federal Republic of Indonesia. http://ppid.kpu.go.id

The 1950 Temporary Constitution of Indonesia. http://wcw.cs.ui.ac.id/repository/dokumen/lihat/10562.pdf

The 1945 Constitution of Indonesia. http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/naskahkomprehensif/pdf/naskah_Naskah%20Komprehensif%20Buku%202.pdf

The 1945 Constitution of Republic of Indonesia. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_174556.pdf.

Law 39/1999 on Human Rights. https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/55808/105633/F1716745068/IDN55808%20Eng.pdf

Law 26/2000 on the Human Rights Court. *www.dpr.go.id/dokjdih/document/uu/UU_2000_26.pdf.*

Annual Report of Human Rights National Commission 2007: Indonesia. Released by Human Rights National Commission January 11, 2009. http://komnasham.or.id.

CERD. UN General Assembly Resolution No. 2106 (XX) of December 21, 1965.

Convention Against Torture (CAT). UN General Assembly resolution 39/46 of December 10, 1984.

General Comment No. 22 (48) of the United Nations Human Rights Committee (provides normative substance to Article 18 of the ICCPR).

KOMNAS HAM (2016). Annual Report 2016. Fulfillment of Minorities and Vulnerable Groups. . https://www.komnasham.go.id/files/20171101-report-tahunan-komnas-ham-tahun-$LZ3FPF.pdf

National Human Rights Action Plan 2011–2014 based on Presidential Decree No. 23/2011.

National Human Rights Action Plan (RANHAM) 2015–2019. http://setkab.go.id/perpres-rencana-aksi-nasional-ham-2015-2019-diteken-ada-secretariat-text/ Contents accessible at http: // www.balitbangham.go.id/po-content/peraturan/Perpres%20RanHAM%202015%20Final.pdf.

UN Human Rights Council. Statement for the 2012 Universal Periodic Review of Indonesia. http://www.hrw.org/news/2012/09/19/un-human-rights-council- statement-2012-universal-periodic-review-indonesia.

UN Human Rights Council. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Indonesia. May 14, 2008. https://undocs.org/A/HRC/8/23.

UN Human Rights Council. Universal Periodic Review: Indonesia. https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/IDindex.aspx

(Footnotes)

1 Ibid.

2 See http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf.

CHAPTER 9

Universal Human Rights: The Contribution of Muslim States[1]*

Susan Waltz
University of Michigan, USA

A. Introduction

Much has been written (and more has been said) about the compatibility of Islam and human rights. Discussions are often impassioned and tangled. In both ordinary conversation and political discourse, speakers readily conflate Arabo-Muslim culture with Muslim religious beliefs, and as a result, the meaning of Islam is confused. Similarly, the concept of human rights may be poorly understood and uncritically equated with Western philosophy. Such problems impede communication, and also compound more difficult issues. Beneath rhetoric and polemic lie deep-seated concerns about cultural dominance and exclusion, cultural integrity, and the distinguishing features of a sacred belief system. These are the underlying concerns that create tensions and fuel debate about the relevance and legitimacy of international human rights standards as universal norms.[2]

1 *This chapter is identical with a paper published in Human Rights Quarterly 26, no. 4 (2004): 799–844, with minor changes in style and formatting.

2 Abdullahi An-Naim, Towards An Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, And International Law (1990); Bassam Tibi, *Islamic Law/Shari'a, Human Rights, Universal Moral and International Law*, 16 Hum. Rts. Q. 277 (1994); Chandra Muzaffar, Islam And Human Rights (Malaysia: International Movement for a Just World, 1995); Ann Elizabeth Mayer, Islam And Human Rights: Tradition And Politics (3d ed. 1999); Kevin Dwyer, Arab Voices: The Human Rights Debate In The Middle East (1991); Katerina Dalacoura, Islam, Liberalism, And Human Rights (1998); Heiner Bielefelt, *"Western" versus "Islamic" Human Rights Conceptions?*

This essay seeks to shed some light on that debate without engaging philosophical issues directly. Philosophy and religion is one door through which the subject of human rights may be approached; however, it is only one such door, and it is a door that at times may needlessly polarize and alienate. It is of immediate interest to note that the United Nations Human Rights Commission initially charged to draft international human rights standards chose not to work directly with a document that UNESCO had prepared with the intention of providing a broad philosophical footing for the standards. In fact, UNESCO did not publish the document until 1949, after the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)[3] was approved.[4] Some have speculated that the drafters specifically sought to avoid philosophical debates. Louis Henkin was one of the eventual participants in the political process by which international norms were established, and in 1990 he wrote:

> The idea of rights here distilled from contemporary international instruments responds, I believe, to common moral intuitions and accepted political principles. Those intuitions and principles have not been authoritatively articulated. Developed during the decades following the Second World War, international human rights are not the work of philosophers, but of politicians and citizens, and philosophers have only begun to try to build conceptual justifications for them. The international expressions of rights themselves claim no philosophical foundation, nor do they reflect any clear philosophical assumptions; they articulate no

A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights, 28 Political Theory 90 (2000); Richard A. Falk, Human Rights Horizons: The Pursuit Of Justice In A Globalizing World 147 (2000). Also see the transcribed (and translated) proceedings of two conferences intended to identify common ground among prominent Muslim and Middle Eastern political activists, organized by the Lawyers Committee for Human Rights and published as Islam And Justice: Debating The Future Of Human Rights In The Middle East And North Africa (Lawyers Committee for Human Rights, 1997); Islam And Equality: Debating The Future Of Women's And Minority Rights In The Middle East And North Africa (1999).

3 Universal Declaration of Human Rights, *adopted* 10 Dec. 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. GAOR, 3d Sess. (Resolutions, pt. 1), at 71, U.N. Doc. A/810 (1948), *reprinted in* 43 Am. J. Int'l L. Supp. 127 (1949) [hereinafter UDHR].

4 Paul Gordon Lauren, The Evolution Of International Human Rights: Visions Seen 223–25 (1998).

> particular moral principles or any single, comprehensive theory of the relation of the individual to society. That there are "fundamental human rights" was a declared article of faith, "reaffirmed" by "the peoples of the United Nations" in the United Nations Charter. The Universal Declaration of Human Rights, striving for a pronouncement that would appeal to diverse political systems governing diverse peoples, built on that faith and shunned philosophical exploration.[5]

In recent scholarship, the subject of human rights has been approached and studied as a political construction, the outcome of a concerted effort to build a public and worldwide consensus. From a constructivist perspective, human rights can be viewed as a project involving political strategy, diplomatic initiatives, and negotiated agreements. It is from this angle that the question of human rights is approached in this essay.

The role of Muslim states in the construction of the principal international human rights standards is the focus of this essay. The international human rights project engaged diplomats for some twenty years, producing the UDHR (1948) and two major human rights treaties: the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Social, Economic, and Cultural Rights (ICESCR) (1966).[6] The purpose of this essay is to share the results of an inquiry into the role and contributions of nation-states whose governments at mid-century identified themselves with Muslim or Arabo-Muslim traditions. The role of these states in shaping the international standards, and in shaping the debate around them, is not well-known. Frequently, it is supposed that Muslim states were either absent, fundamentally contested the process and project, or played no significant role. That is not the case.

---

5 Louis Henkin, The Age Of Rights 6 (1990).

6 UDHR, *supra* note 2; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *adopted* 16 Dec. 1966, G.A. Res. 2200 (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3 (*entered into force* 3 Jan. 1976) [hereinafter ICESCR]; International Covenant on Civil and Political Rights, *adopted* 16 Dec. 1966, G.A. Res. 2200 (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171 (*entered into force* 23 Mar. 1976) [hereinafter ICCPR].

This article is divided into three parts. The first part establishes essential elements of context. The second (and main) part of the essay reports and analyzes contributions to the mid-century process of constructing human rights norms that in some way are linked to the Muslim world. This part of the essay includes a review of participants and their roles as well as the ideas and issues they advanced and defended. It reviews contributions both to the UDHR (1946–48) and to the two covenants (1949–1966). The essay concludes with commentary and reflections on these contributions.

This essay does not pretend to establish a complete and exhaustive account of the participation of Muslims or the role of states representing large Muslim constituencies in the UDHR formation process. The research on which it is based draws on sources accessible in the West, though some of them obscure. To the author's knowledge, archival records from the Middle Eastern and other Muslim countries are not abundant. Through this initial effort, however, it is hoped that others will be led to search for materials and records that could add to the base of current understanding. In particular, the intentions and engagement of Egypt, Syria, Iraq, Pakistan, and Saudi Arabia – over the full twenty-year period – bear further scrutiny.

B. Preface

Three documents are considered to establish the bedrock of international human rights standards and international human rights law. They include the UDHR (1948), the ICCPR, and the ICESCR.[7] (See Box 1.) Together, these three documents comprise the "International Bill of Rights."[8] The two covenants are legally binding treaties. Both of them were ratified by a sufficient number of states to enter force as international law in 1976, and there were more than 140 state parties to each of them by the end of 2002.[9]

---

7 *Id.*

8 International Bill of Rights, *available at* www.ibor.org/bill.htm.

9 *See* Amnesty International, Amnesty International Report 2002 (2002), for a country by country listing of accession to selected international and regional human rights treaties. States party to the ICESCR, *supra* note 5, and ICCPR, *supra* note 5, were Afghanistan, Algeria, Bosnia and Herzegovina, Egypt, Iran, Iraq, Jordan, Kuwait, Lebanon, Libya, Morocco, Somalia, Sudan, Tunisia, and Yemen.

More than a dozen other international human rights treaties and standards build on this foundation.

The political process by which the UDHR was negotiated was thoroughly documented by the United Nations. This was mainly due to an extension of initial enthusiasm about, and interest in, what was a new international organization, representing a fresh beginning. Nevertheless, the political history of the UDHR is not well-known. As this author has argued elsewhere,[10] unwarranted assumptions are often made about its origins. For example, contrary to popular understanding, research carried out over the past decade has revealed that:

- the initiative for an international human rights declaration was not a post-war idea but can be traced back to the 1920s;[11]
- the Great Powers did not embrace the idea of human rights as they met to lay the foundation for the UN at Dumbarton Oaks;[12]
- it was small countries and nongovernmental organizations (NGOs) who worked to ensure that multiple references to human rights were inserted in the UN Charter;[13]
- neither Eleanor Roosevelt nor Rene Cassin can be credited with "authoring" the UDHR;[14] and
- the US cannot be considered its great champion.[15]

---

10 *See* Susan Waltz, *Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights*, 23 Hum. Rts. Q. 44 (2001); Susan Waltz, *Reclaiming and Rebuilding the History of the Universal Declaration of* Human Rights, 23 Third World Q. 437 (2002); Susan Waltz, Human Rights Standards and the Human Rights Movement in the Global South: The UDHR and Beyond, in Concepts And Strategies In International Human Rights 51 (George Andreopoulos ed., 2002).

11 *See* J. Herman Burgers, *The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century*, 14 Hum. Rts. Q. 447 (1992); Lauren, *supra* note 3, at 105– 38.

12 *See* Farrokh Jhabvala, *The Drafting of the Human Rights Provisions of the UN Charter*, 44 Netherlands Int'l L. Rev. 3 (1997); Lauren, *supra* note 3, at 166–204.

13 See William Korey, NGOs And The Universal Declaration Of Human Rights: "A Curious Grapevine" 29–42 (1998); Jhabvala, supra note 11, at 1–31; Lauren, supra note 3.

14 *See* Johannes Morsink, The Universal Declaration Of Human Rights: Origins, Drafting, And Intent (1999); Mary Ann Glendon, A World Made New: Eleanor Roosevelt And The Universal Declaration Of Human Rights (2001).

15 Tony Evans, U.S. Hegemony And The Project Of Universal Human Rights 106 (1996).

BOX 1

Components of the International Bill Rights

- Universal Declaration of Human Rights (UDHR). Approved by the UN General Assembly in 1948.
- International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Text approved by the UN General Assembly in 1966. Opened for signature and ratification in 1966. Entered force of international law in 1976.
- International Covenant on Social, Economic and Cultural Rights (ICESCR). Text approved by the UN General Assembly in 1966. Opened for signature and ratification in 1966. Entered force of international law in 1976.

The fiftieth anniversary of the UDHR was celebrated in 1998. This occasion inspired several scholars to return to historical records for a fresh look at the origin of the UDHR and the origin of the political idea of human rights. In addition to Tony Evan's 1996 volume, *US Hegemony and the Project of Universal Human Rights*,[16] we now have The *Evolution of Human Rights: Visions Seen* by Paul Lauren (1998); Johannes Morsink's *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent* (1999), and *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (2001) by Mary Ann Glendon.[17]

The UN records have been reexamined, as have papers of the US State Department and some papers deposited by the Soviet Union. Private papers and memoirs of Eleanor Roosevelt and John Humphrey, the first UN human rights secretary, are available, as are diaries and other writings of or about such figures as Charles Malik, Peng Chun Chang, Hernan Santa Cruz, Carlos Romulo, and Shaista Ikramullah.[18] The record is by no means complete, but is in much better shape today than several years ago, to establish and interpret the negotiations that led to the UDHR.

---

16 *Id.*

17 Glendon, *supra* note 13; Lauren, *supra* note 3; Morsink, *supra* note 13.

18 In writing *A World Made New*, Glendon, *supra* note 13, for example, had access to newly declassified documents from the Soviet Politburo, a biography of Peng-Chun Chang prepared by his children, a memoir by Philippine delegate Carlos Romulo, and, most importantly, the diaries and papers of Charles Malik. Also see the memoirs of Shaista Ikramullah, From Purdah To Parliament 182 (1998) (who was a member of the Pakistani delegation), and of the UN first Director of the Division of Human Rights, John Humphrey, Human Rights And The United Nations: A Great Adventure (1984).

Proceedings that led to the covenants have been subject to much less scholarly scrutiny, but UN documentation is extensive. In addition to UN documents, available resources include the recently published four-volume diary of Humphrey, Louis Henkin's edited volume on the International Bill of Rights, Marc Bossuyt's guide to preparatory work on the ICCPR, and the final chapter of Paul Lauren's *The Evolution of Human Rights*.[19] There does not appear to have been any previous analysis of the role of Muslim and Middle Eastern diplomats in these proceedings.

A final word about the three-part Bill of Rights is warranted. The eventual shape of the basic human rights standards was not anticipated in 1946, when the UN Commission on Human Rights was established. There was no initial agreement on whether to have a single document, or to create multiple documents with different legal standing. Wrangling over the form of the documents cut across multiple political divides, and the arguments are too complex to recount here.[20]

Readers of this essay will want to note, however, that participants in the debate were divided over two main issues. The first issue was whether or not the initial document – what eventually became the UDHR – should be made legally binding. By a large consensus, this issue was resolved in favor of making it a declaratory statement. The second issue concerned whether to construct one legal document, or two. Many small states (as well as Soviet bloc countries and several Western powers) strenuously objected to a division, but in the end, US concerns held sway on this issue. In 1951, in deference to threats that a single covenant would result in US withdrawal from the UN project, UN members agreed to create two treaties: one on "civil and political rights" and the other on "social, cultural, and economic rights."

All three documents comprising the International Bill of Rights involved extensive negotiations. The UDHR, a stand-alone declaratory statement of

---

19 See Marc J. Bossuyt, Guide To The "Travaux Preparatoires" Of The International Covenant On Civil And Political Rights (1987); The International Bill Of Rights (Louis Henkin ed., 1981); Lauren, *supra* note 3, at 241–57. Humphrey's diaries kept intermittently from 1948 to 1966 were edited by McGill librarian A.J. Hobbins and published in four volumes as On The Edge Of Greatness: The Diaries Of John Humphrey, First Director Of The United Nations Division Of Human Rights, Vol. I 1948–1949 (A.J. Hobbins ed., 1994); Vol. II 1950–1951 (1966); Vol. III 1952–1957 (1998); Vol. IV 1958–1966 (2000).

20 *See* Morsink, *supra* note 13; Glendon, *supra* note 13.

thirty articles, was constructed over a period of two years by a drafting committee. It was debated with great deliberation over a two-month period by delegates to the United Nations General Assembly's Third Committee (UNGA Third Committee). The text approved by the Third Committee was referred to the United Nations General Assembly (UNGA) plenary on 10 December 1948, where, after additional scrutiny and some additional amendments of form, it was adopted without dissenting vote. Eight states, including Saudi Arabia, abstained.[21]

The single corpus of rights established by the Declaration was subsequently divided, and two separate treaties (the covenants) were elaborated over the next eighteen years. During this time, membership in the UN expanded greatly. By the mid-1960s, the number of countries participating in the process of constructing these standards had more than doubled. When the two covenants were forwarded to the UNGA for final approval in 1966, there was no opposition of any kind. Both covenants were approved by unanimous votes of the UNGA, at that time consisting of more than 100 members.[22] Among the countries participating in the vote this time were Afghanistan, Algeria, Egypt, Indonesia, Iran, Iraq, Jordan, Kuwait, Lebanon, Libya, Malaysia, Mauritania, Morocco, Pakistan, Saudi Arabia, Somalia, Sudan, Syria, Tunisia, Turkey, and Yemen.

C. Muslim Contributions and Contributions by Muslim and Middle Eastern Diplomats

Completion of the three documents comprising the International Bill of Rights required steady work for twenty years. The Commission on Human Rights began work on the UDHR in 1946, and it was accepted by the

21 Also abstaining were South Africa, the former Soviet Union, Byelorussia, Ukraine, Poland, Czechoslovakia, and Yugoslavia.

22 *See* ICESCR, *supra* note 5 (approved by a vote of 105 to 0); ICCPR, *supra* note 5 (approved by 106 to 0). The delegate from Nicaragua did not cast a vote on the ICESCR. Given their abstentions on the UDHR, it is perhaps noteworthy that Byelorussia, Czechoslovakia, Poland, Ukraine, USSR, Yugoslavia, and Saudi Arabia all voted in favor of the resolution adopting both treaties. South Africa, which had also abstained on the UDHR, was apparently not present for the vote.

UNGA in December 1948. The Commission then worked on the draft covenants at every annual session from 1949 to 1954, during which time it circulated early drafts to governments and intergovernmental organizations for comment. In 1950, during the UN Fifth Session, all member states were given opportunity to comment on the several substantive issues pertaining to the draft covenants. This was arguably the moment when diplomats exercised greatest influence on the shape and content of the two human rights covenants.

The UNGA's Third Committee discussed the initial draft for several weeks and sent it back to the Commission with instructions for changes. When the Human Rights Commission finalized its draft of the covenants in 1954, they were referred to the Economic and Social Council (ECOSOC), which in turn passed them on to the UNGA for formal review and debate in the UNGA's Third Committee. That fall the Third Committee began an article-by-article scrutiny of the draft covenants, a process that would ultimately span twelve years. The text was finalized, and the treaties were opened for signature and ratification in 1966.[23]

Over the course of this lengthy process, UN membership grew dramatically, and many new voices were added to the debate. There was a near total turnover among diplomats who participated in the process of constructing the human rights standards, and only a handful of individuals participated in the process for more than a few years. Those whose names appear repeatedly in accounts that cover ten years or more include Charles Malik (Lebanon), Rene Cassin (France), Jamil Baroody (Saudi Arabia), Hernan Santa Cruz (Chile), Karim Akroul (Lebanon), and Minerva Bernardino (Dominican Republic). Eleanor Roosevelt was removed from the US delegation by the Eisenhower Administration, and she died several years before the covenants were completed.[24]

Because the gestation was so long, it is difficult to speak both generally and accurately about the participation of any single state or group of states. Not only did diplomats rotate out and new member states join the discussion, but the governments and policies of some states changed mid-course. Egypt, for example, entered the political process as a monarchy, but

23 *See* ICESCR, *supra* note 5; ICCPR, *supra* note 5.

24 Glendon, *supra* note 13, at 204–5.

was represented by an Arab nationalist government for most of the period of negotiation (and for three years was politically joined with Syria as the United Arab Republic).

As a means of approaching the question of participation, it is helpful to think of each of the three instruments as having an initial drafting phase followed by a more formal debate phase. The Commission on Human Rights, comprised of eighteen delegates from elected member states, oversaw the drafting phase for all the instruments. The Commission focused on the UDHR from 1946 to 1948, and it worked on the two covenants concurrently from 1949 to 1954. Formal debates on all three instruments took place in the UNGA's Third Committee.[25]

Box 2 provides a general overview of regional representation in the twenty-year process. When work on the project began in 1946, many Middle Eastern states were not yet members of the UN. Lebanon and Egypt were represented on the Commission during the first years of the UN, and they made direct contributions to early drafts of the UDHR.[26] When the draft UDHR was forwarded to the Third Committee in 1948, opportunities for participation increased. The UN official record of the Third Committee's proceedings in 1948 registers interventions from, among others, Afghanistan, Egypt, Iraq, Lebanon, Pakistan, Saudi Arabia,

25 This schema oversimplifies inasmuch as every text was amended and debated in both phases. Unfortunately for scholars unfamiliar with UN structures, the discussion and decision-making processes relevant to the human rights instruments are not easy to track and describe simply. The UN Commission on Human Rights is subsidiary to ECOSOC, which reports directly to the General Assembly, in general through its Third Committee. Communications between the Human Rights Commission and the General Assembly's Third Committee were channeled through ECOSOC. In some cases, ECOSOC discussed and took action on matters forwarded by the Human Rights Commission. At other times, ECOSOC simply forwarded the Commission's report to the Third Committee without comment. During the long period under review, it was not uncommon for ECOSOC and the Third Committee to find themselves at odds with each other, or with the General Assembly gathered in plenary. Over the years, the Commission functioned as a drafting body. The Third Committee provided a forum for debate, but it did not entirely remove itself from the process and politics around the initial drafting – especially where broad issues of shape and form were of concern. (Interventions in Third Committee sessions are presented in summary form; interventions in plenary session are generally recorded *verbatim*.)

26 Morsink, *supra* note 13, *passim*.

and Syria during the article-by-article review of the UDHR.[27] Both Egypt and Lebanon offered a substantial number of amendments to the draft prepared by the Commission.

By 1960, when the covenants were being discussed in the Third Committee, some eighteen UN member states had sizable Muslim populations and were actively participating in the process. From 1949 to 1963 representatives from Lebanon, Egypt, Pakistan, Iran, Iraq, and Afghanistan (at various times) held seats on the Commission. And finally, Halima Embarek Warzazi of Morocco chaired the 1966 session of the Third Committee, in which debate over implementation of articles in the two covenants was concluded, and the overall text of these draft treaties confirmed for formal and final consideration by the UNGA in plenary.[28]

Box 2 also highlights the participation of certain individuals from the region. One Arab stands out above others, though he was an Arab Christian, not an Arab Muslim. Charles Malik of Lebanon was involved in the UN human rights project almost from its inception. Humphrey in his memoir identifies Malik as one of two main intellectuals who worked on the UDHR (the other was Peng Chun Chang from China). Malik contributed to substantive debates in the drafting phase of the UDHR, but his political role throughout the process was also substantial. He was rapporteur of the Commission in its earliest years, and in autumn 1948 he chaired the Third Committee debates. As such, he was responsible for ensuring the range of participation, the good order of discussion, and the political agreement on the outcome.[29]

---

27 U.N. GAOR, 3d Sess., 3d Comm., Pt. I, at xxxx (1948) [hereinafter UNGA Third Committee, 1948 and similarly for subsequent years].
27 UNGA Third Committee, 21st Sess. (1966).

28 UNGA Third Committee, 21st Sess. (1996).

29 On Malik's political role, see Glendon, *supra* note 13, at 124.

BOX 2

The International Bill of Rights – Contributions from the Middle East and Muslim World

Instrument	*Phase*	*Participants from Middle East and Muslim World*
UDHR	discussion (Human Rights Commission) 1946–1948	countries: Egypt, Lebanon individuals: Charles Malik, Omar Loutfi
	debate (UNGA Third Committee) 1948	countries: Afghanistan, Egypt, Lebanon, Pakistan, Syria, Saudi Arabia, Iraq, Iran individuals: Charles Malik (Lebanon), Jamil Baroody (Saudi Arabia), Shaista Ikramullah (Pakistan)
the Covenants (ICESCR and ICCPR)	discussion (Human Rights Commission) 1949–1954	countries: Egypt, Lebanon, Pakistan, Afghanistan individuals (selected): Charles Malik (Lebanon), Mahmoud Azmi Bey (Egypt)
	debate (UNGA Third Committee) 1954–1966	countries: Afghanistan, Algeria, Egypt (UAR), Indonesia, Iran, Iraq, Jordan, Lebanon, Libya, Malaya, Mauritania, Morocco, Pakistan, Saudi Arabia, Sudan, Syria, Tunisia, Yemen individuals (selected): Jamil Baroody (Saudi Arabia); Bedia Afnan (Iraq); Abdul Rahman Pazhwak (Afghanistan); Abdul Kayaly and Jawaat Mufti (Syria); Begum Aziz Ahmed (Pakistan); Abdullah El-Erian (UAR); Mohammed Chakchouk (Tunisia); Abdul Latif Hendraningrat (Indonesia); Wan Mustapha bin Haji Ali (Malaya); Halima Embarek Warzazi (Morocco)

In 1951, he succeeded Eleanor Roosevelt as Chair of the Human Rights Commission, and Humphrey considered him a great improvement, writing in his private diary: "Malik was unanimously elected chairman of

the [Human Rights Commission] this morning. He isn't perfect – no one is – but he will be a good chairman something this commission has been without since its inception."[30] In earlier entries, Humphrey was not always flattering in his assessment of Malik, noting first an apparently excessive effort to please people and then later a streak of abrasiveness that won him enemies rather than friends.[31]

Malik was a Thomist philosopher and was fiercely attached to the idea of natural rights, which he argued at length with other delegates, including Peng Chun Chang of China and Charles Duke from United Kingdom. Although Malik's strong personality brought him into conflict with many he worked with, during his early years of work on the human rights project, he also served as UN spokesperson for the Arab League. Glendon, who has had access to Malik's personal papers, reports that he was deeply enmeshed in diplomatic efforts to craft a solution to the Palestine crisis early in 1948, and many times thereafter.[32] Malik can be considered a representative of the Middle East, though not a representative of Muslim views.

Other individuals from the region acquired a certain prominence as work on the Declaration proceeded. They include Omar Loutfi, who represented Egypt on the Commission for several years and in 1955 chaired the Third Committee; Karim Azkoul, representing Lebanon in Third Committee debates chaired by Malik; and Baroody, a Lebanese diplomat who had lived in Saudi Arabia for many years and was accredited by the Saudi Arabian UN delegation for more than twenty years.

Muhammad Zafrullah Khan, Foreign Minister of Pakistan and head of Pakistan's UN delegation in 1948, did not enter the debate on the UDHR until the final days of its review. However, he made a long-lasting impression with strong words about freedom of religion, which he addressed to the UNGA in plenary session. In 1949, when the Commission

30 On The Edge Of Greatness II, *supra* note 18, at 199.

31 On The Edge Of Greatness I, *supra* note 18, at 24–25, 55, 72.

32 Glendon, *supra* note 13, at 106–07. In a previous publication Glendon identified Malik as a "Greek Orthodox Christian [who] frequently defended Arab and Palestinian views in the UN in the early 1950s, but later found himself at odds with Arab leaders on various issues." She went on to note a cryptic comment in the 1987 obituary issued by Reuter: "'None of Lebanon's Moslem or pro-Syrian politicians or militia leaders mourned Malik's death.'" Mary Ann Glendon, *Knowing the Universal Declaration of Human Rights*, 5 Notre Dame L. Rev. 1160 (1998).

began its work of drafting the covenants several other individuals rose to the fore, including Bedia Afnan from Iraq, Jawaat Mufti from Syria, and Abdul Rahman Pazhwak from Afghanistan. Pazhwak served as chair of the Commission in 1963, as did Egypt's Mahmoud Azmi in 1953. Information on some of these figures was located by McGill University archivist John Hopkins as he was editing Humphrey's papers, and his brief biographical notes are presented in Box 3.[33]

Thus, as a point of departure, it can be seen that the governments of the Muslim world were present and represented throughout the process that led to the International Bill of Rights. As the following passages demonstrate, they were present not simply as passive witnesses, but as active participants who contributed to the debate and helped shape its outcome.

D. Issues of Concern

By the second half of 1948 there were many issues on the international human rights agenda. Not all of them were equally compelling to Middle Eastern and Muslim delegates. (The same could be said, of course, for every delegation.) States referred to at the time as the Great Powers had just emerged from a war that had spread its horror all over the world, but even so, that war had left some regions and societies more morally and physically devastated than others.

At mid-century there was no shortage of events and developments to shock the human conscience and demonstrate the urgent need to protect human rights. Nazi atrocities had been revealed and continued to horrify. In South Africa, the Nationalist Party had come to power on a platform of racial and ethnic discrimination. Pakistan and India were engaged in a war that some called genocidal. Zionist leaders would soon claim a right to statehood, dispossessing and displacing thousands of Palestinian Arabs in the process. Civil war in China would leave human casualties and produce revolutionary change. The British, French, Belgians and Dutch were trying (somewhat desperately) to hold onto their empires. Foreign rule was a thorn in the flesh of colonized nations. Latin Americans, politically independent,

33 Drawn from On The Edge Of Greatness I–IV, *supra* note 18.

hoped that the end of the war and the reconfiguration of world power would gain them a place of political respect in world affairs.

For the United States and the former Soviet Union, the first chilly winds of the Cold War had begun to blow, and that conflict would eventually shade every aspect of US foreign policy. But the US had additional concerns about human rights. At home, powerful advocates of "states' rights" (favoring many discriminatory and racist policies) agitated against Roosevelt-era progressive federalism. Far from agreeing to an expansion of rights, fervent anti-Communists sought to restrict civil liberties in the US. Among US politicians and diplomats there was concern that too much talk of human rights in the UN could create any number of difficulties for them at home, and that the US Senate would never ratify a far-reaching text.[34]

The Soviets for their part faced a world in which they were isolated. Their ideology was regularly attacked, and reliable partners were few. They governed repressively at home and installed like-minded governments in the battered and broken Eastern European countries over which they gained tutelage at the end of the war. Stalinist terrors remained a horrible secret.

This was the world out of which the three major human rights instruments were born. Over the two decades of their incubation, political issues and concerns evolved, and the locus of debate spread to several UN organs. By consequence, the task of assessing the "most important" issues for the Commission or the Third Committee during this period is a highly subjective one. Are the most important issues the ones that inspired the lengthiest debate, elicited the most passion, or engaged the interests of the most powerful players? The question has no simple answer.

The best-known version of the story of the UDHR and the covenants turns around Great Power interests, and particularly Cold War tensions. In re-reading both the detailed and summary accounts of UN debates about these instruments, it is clear that not all players were equally engaged in that ideological sparring. (And it is also apparent that the Cold War was only one of several political concerns nursed by delegates from the US.) The hostility between the US and Soviet bloc was so palpable that no participant

[34] Foreign Relations Of The United States, 1952–1954, Vol. III, at 1547–49 (1979).

could have been unaware of the tensions, but there was certainly more than one set of concerns, and more than one story to tell.

By 1950 the Human Rights Commission had identified four critical policy issues that it felt needed to be decided before the Commission could make further progress on what it then expected to be a single treaty. Those four issues provide some insight as to the fault lines of the general debate. First, the Commission asked for the Third Committee's views on the adequacy of the first eighteen draft articles, extending from the UDHR. Two sub-questions were posed – should any additional rights be included in the covenant, and were the articles drafted in such a way as to provide adequate protection of the rights they set forth? This set of articles contained the substantive provisions of the post-UDHR covenant, and the 1950 review offered a critical opportunity for states to express any reservations.

Second, and specifically, was it desirable to add articles on socioeconomic rights? Third, the Human Rights Commission asked about the desirability of including articles that would create special provisions for applicability to federal states and to non-self-governing territories (including colonies). Finally, did the Third Committee view the articles relating to implementation as adequate?

BOX 3

Prominent Diplomats from Muslim States Participating in Various Stages UN Human Rights Debates

Omar Loutfi
Egyptian lawyer and diplomat, was his country's representative to the UN from 1949– 1963. In 1948 he was a member of the Human Rights Commission and he became legal counselor to his delegation in 1949. He became well known in 1956 when, in addition to chairing the Third Committee, he represented Egypt's interests during the Suez crisis before the General Assembly. He served as UN Under-Secretary for special political affairs from 1961–1963.

Jamil Murad Baroody
Lebanese-born Arab diplomat, was Saudi Arabian alternate Permanent Representative to the UN (1947–1957). He was Arab Political and Economic Observer, London (1929, 1935– 1939), taught Arabic at Princeton (1943) and became advisor to the Arabic edition of *Readers' Digest* (1944–1947). He joined the Royal Delegation of Saudi Arabia to the San Francisco Conference (1945), and served as Deputy Permanent Representative of Saudi Arabia to the UN, with the rank of Ambassador (1957–1979).

Bedia Afnan
Iraqi diplomat and Permanent Delegate to the U.N. European Office. [Iraqi representative to the General Assembly Third Committee, 19xx–19xx

Jawaat Mufti
Syrian diplomat and international civil servant, worked for the Syrian Ministry of Foreign Affairs (1947–1956). He was Deputy Permanent Representative, New York (1958–1959), Minister to the U.K. (1961–1962), and the U.S. (1962–1965). He was Deputy Resident Representative of the United Nations Development Programme for Argentina (1965–1967), El Salvador (1967–1970), and the Dominican Republic (1970–1973). After being Division Chief, UNDP Regional Bureau for Africa, he became UNDP Resident Representaive for the Cameroons (1974).

Sir Muhammad Zafrullah Khan
Pakistan's Minister of Foreign Affairs and leader of his delegation to the UN [in 1948]. He was a member of the minority Ahmadi sect

Abdul Rahman Pazhwak
Afghan journalist and diplomat. Director of the [Afghan] UN Section, Ministry of Foreign Affairs (1952–58). He was Permanent Representative to the UN (1958–1973), chairing the Human Rights Commission in 1966. He was Ambassador to the Federal Republic of Germany (1973), India (1973–1977), and the United Kingdom (1977–1978).

Drawn from A.J. Hobbins, On The Edge Of Greatness: The Diaries Of John Humphrey, First Director Of The United Nations Division Of Human Rights, Vols. I–IV (Montreal: McGill University Libraries, 1994–2000). Supplemental material in brackets

Some of these questions touched on points that for Muslim states were of great concern. UN records suggest that over the twenty-year process of drafting and debating the UDHR and the two covenants, delegates identifying themselves and their countries with Muslim tradition took special interest in five main issues. Each of the five issues is discussed in turn. Most of them involved protracted debate, and because work on the covenants followed closely upon the UDHR, four of the five issues are threaded through consideration of both the UDHR and the covenants.

1. Religious Freedom and the Right to Change Religion

The Saudi Arabian abstention on the UNGA vote to approve the UDHR is arguably the Muslim world's best-known connection to the mid-century efforts to create international human rights standards. That is unfortunate for several reasons. First, the Saudi abstention feeds an inference that Saudi Arabia steadily opposed the human rights project. Such an inference is difficult to reconcile with the fact that Saudi Arabia, a few years later, voted in favor of the ICCPR. The Saudi abstention on the UDHR may also lead some to infer that Saudi Arabia was disengaged from the human rights project. To the contrary, the Saudi representative was one of the few diplomats to have seen the UDHR and the covenants through, from the start, the Third Committee debates in 1948, to the end, with the approval of the covenants in 1966.

From 1948, to at least 1970, Baroody served as part of Saudi Arabia's UN delegation, and he participated in every Third Committee session that discussed the human rights instruments. Baroody was an articulate and accomplished diplomat. Although inclined to arrogance, and sometimes querulous,[35] he argued forcefully and commanded attention. It would be

[35] Limited biographical information at hand indicates that Baroody was a diplomat of Lebanese origin. He was regularly accredited to the Saudi Arabian delegation from 1948 to 1970, and in UNGA proceedings related to the Third Committee's work, it was he who spoke for Saudi Arabia. He spoke knowingly of Islam and defended Saudi positions as extensions of religious belief and practice. It seems likely that Baroody's facility with English language accounts for his position on the delegation, which in 1952, for example, also included Prince Faisal Al-Saud, Shaikh Asad Al-Faqih, and Shaikh Ebrahim Sulaiman. In one angry intervention in Third Committee proceedings, Baroody told his colleagues that he had "lived many years in the West, and while he had found it possible to admire its art and literature, he had frequently noted breaches of human rights." In the same speech, he "deeply regretted that the Belgian

misleading to present him as an ardent defender of rights, but he was an active participant in the process and he cast votes in favor of most articles in both the UDHR and the covenants. It is perhaps ironic that after 1960, Baroody's arguments and his familiarity with UN procedures were instrumental in moving the stalled human rights project forward. For example, in 1965 Humphrey recorded in his diary that Baroody had visited him with a proposal to unblock stalemated debate over measures of implementation.[36]

Finally, attention to the Saudi abstention directs attention away from the substantial diversity of opinion among delegations from the Muslim world. If the story is not followed into the covenants, some may assume that views articulated by Muslim delegates were disregarded in the final text. For better or for worse, that was not the case.

Why did Saudi Arabia abstain from voting on the UDHR? In brief, it objected to provisions in Article 16 (discussed later) and Article 18. Article 18 establishes freedom of thought and religion, including the right to change one's religion. It was to this latter provision that Saudi Arabia objected, but not on grounds that apostasy is forbidden or other points of theology. When UDHR Article 18 was initially considered by the Commission (prior to 1948), it established freedom of thought and conscience but made no reference to religion.

---

representative had not had the leisure, doubtless owing to excessive preoccupation with the social problems of Belgium, to consult the Koran and the constitutions of the Arab countries." *See* UNGA Third Committee, 6th Sess., at 96 (1951–1952). On multiple occasions Baroody clearly annoyed the Pakistani delegation, and as debates proceeded over the covenants, his comments provoked several other delegates as well, including Minerva Bernardino of Dominican Republic, and Ana Figueroa of Chile, who chaired the Third Committee in 1952.

36 On The Edge Of Greatness IV, *supra* note 18, at 147. Humphrey's views and attitudes toward Baroody appear to have evolved over the course of their twenty-year association. In 1952, Humphrey counted Baroody among the demagogues and considered him one of "the worst performers." By 1965, Humphrey was treating Baroody as an ally. One entry in Humphrey's diary reads:

> Jamil Baroody came in to see me yesterday and stayed for more than an hour. He talked about the unreality of our work in the Third Committee on human rights when in other rooms of the building delegations were playing the worst kind of power politics and disposing cynically of the lives of innocent people. If the United Nations, he asked, cannot protect the most fundamental of all human rights which is the right to life isn't the rest of our programme a mere sham? He reminisced about the early days.

Id. at 98. Subsequent entries note a lunch invitation from Humphrey, and a farewell party for Humphrey hosted by Baroody.

Ironically, the elaboration of religious freedom in this article came as a backlash to a Soviet amendment that would have limited the scope of religious freedom.[37] The draft forwarded by the Commission established an individual right of conscience and read in part: "this right includes freedom to change his religion or belief; and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship, and observance." Saudi Arabia was not one of the eighteen members of the Commission, so its objections were not raised until the Third Committee hearings of 1948.[38]

When debate on this article opened, the Saudi Arabian delegate Baroody expressed his surprise that the draft article listed three freedoms: thought, conscience, and religion, but it elaborated a right to change one's mind only with regard to religion. He argued that such sentiments had led to crusades and religious wars, charging that "throughout history missionaries had often abused their rights by becoming the forerunners of a political intervention, and there were many instances where peoples had been drawn into murderous conflict by the missionaries' efforts to convert them."[39]

Baroody also challenged the French delegate to say whether the French government "had consulted the Moslem peoples of North Africa and other French territories before accepting that text," and he asked the Lebanese delegate if Lebanon's Muslim population had authorized him to approve the text.[40]

Saudi Arabia offered an amendment proposing to omit the phrase "freedom to change religion or belief," and this proposal dominated discussion of Article 18, with debate lasting a full day and extending through twenty pages of official record. Some have suggested that Baroody's arguments were probably informed by Wahhabi doctrines,[41] but neither at this moment nor in subsequent debates did Baroody frame arguments in

37 Several nongovernmental organizations contributed to the drafting process from the sidelines, and according to William Korey, Theo Van Boven considered that the language of this article could be "largely attributed to" Dr. Frederick Nolde of the World Council of Churches. Korey, *supra* note 12, at 46.

38 *See* Morsink, *supra* note 13, at 24–26.

39 UNGA Third Committee, 3d Sess., at 391 (1948).

40 *Id.* at 403–04.

41 John Kelsay, *Saudi Arabia, Pakistan, and the Universal Declaration of Human Rights, in* Human Rights And Conflicts Of Culture: Western And Islamic Perspectives On Religious Liberty 48 (David Little, John Kelsay, & Abdulaziz A. Sachedina eds., 1988).

terms of Islamic doctrine or Arabo-Muslim culture. He did not mention or allude to a prohibition against apostasy. He did, however, take umbrage at an assertion that the Commission had consulted some religious NGOs – but none, apparently from the Muslim world.[42] This offense, together with his more general objection to a Western bias he perceived in the draft document, seems to have fueled Baroody's outrage about Article 18.

Whatever Baroody and others said in the public hearings, in UN corridors it was soon understood that some considered the text of Article 18 to run counter to Islamic precepts.[43] This view, however, was not shared by all Muslim delegates. Indian delegate Mohammed Habib pointed out that the Indian constitution provided the right to convert or be converted, a provision that applied to the forty million Muslims of India. He thought it would be a "tragedy" if the Saudi amendment were approved.[44] Sir Muhammed Zafrullah Khan prepared a speech for the UNGA plenary, asserting that his delegation felt the need to defend the honor of Islam.[45] He felt it necessary to explain that:

> The teaching of Islam was based on the Koran which contained the oral revelations made to the prophet Mohammed; the Koran was, therefore, the very word of God for Moslems. It stated that neither faith, nor conscience which gave birth to it, could have an obligatory character. The Koran expressly said, "Let he who chooses to believe, believe, and he who chooses to disbelieve, disbelieve." [Islam] formally condemned not lack of faith, but hypocrisy.[46]

42 UNGA THIRD COMMITTEE, 3d Sess., at 404 (1948).

43 On The Edge Of Greatness I, *supra* note 18, at 76, 91.

44 MORSINK, *supra* note 13, at 25.

45 On The Edge Of Greatness I, *supra* note 18, at 91.

46 U.N. GAOR, 3d Comm., 3d Sess., Pt. I, Plenary Mtg., at 890 (1948) [hereinafter UNGA Plenary, 1948 and similarly for subsequent years]. Khan went on to join the condemnation of missionaries who resorted to forcible conversions and used religion for political purpose, but he also acknowledged humanitarian contributions of Christian missionaries. In the context of rebutting earlier arguments by Baroody, he asserted that Islam was a missionary religion that strove to persuade men to change their faith and alter their way of living. Kelsay has speculated about the degree to which Zafrullah Khan's ideas were shaped by his personal adherence to the Ahmadiyya, a sect which readily enters into dialogue with other faiths and makes its own appeal to the conscience of humanity, relying on persuasion rather than doctrine. Because the Ahmadiyya was not generally accepted in Pakistan, Kelsay argues that other reasons must have supported the Foreign Minister's decision to speak so boldly at the United Nations. Those "other reasons" include attitudes expressed and exemplified by Muhammad Ali Jinnah, Pakistan's president. *See* Kelsay, *supra* note 40, at 42–43.

During the same plenary session, Syrian delegate Abdul Rahman Kayaly noted that during the examination of articles in the Third Committee, it was apparent that not all UN members were in agreement. He declared the Syrian's support of the majority's decision, without commenting on particular articles.[47] With regard to Article 18, the Egyptian Foreign Ministry's legal advisor Wahid Fikry Raafat took a middle ground in that same plenary debate. He affirmed his delegation's intention to vote for the UDHR, but posited reservations about the purported right to change religion or belief.

According to Raafat, the Egyptian government intended to apply the declaration and "execute it in all honesty," but it seemed forthright to note that the Egyptian delegation was not entirely in accord with the article and felt that religious beliefs could not be cast aside lightly.[48] When this article was voted on by the UNGA Plenary, four states abstained and none opposed. For the final vote on the Declaration as a whole, Egypt and Syria set aside any reservations they held and voted with other Muslim states (except Saudi Arabia) in its favor.

With the UDHR formally acclaimed by the UNGA, the human rights project returned to the Human Rights Commission for negotiation of the covenants. UN working papers do not indicate that the right to change religion was discussed by the Commission in 1949 or 1950, though Egypt remained a member of the Human Rights Commission during that time and may have cast the lone (unidentified) vote against the clause that retained that phrase.[49] When the draft text was referred to the Third Committee in 1950, Baroody's ire was again provoked.[50] The UN rapporteur recorded his comments:

> The Human Rights Commission had chosen to ignore the warnings of the Saudi Arabian delegation: paragraph 1 of article 13 of the draft covenant was a word-for-word reproduction of article 18 of the Universal Declaration of

47 UNGA Plenary, at 921 (1948).

48 *Id.* at 913.

49 Bossuyt, *supra* note 18, at 356.

50 U.N. GAOR, 5th Sess., Annexes, Agenda Item 63, at 10 (1950 Vol. II). *See also* Unga Third Committee, 15th Sess., at 197–98, 221 (1960), statements by both Saudi Arabia and Egypt; UNGA Third Committee, 9th Sess., at 99–100 (1954).

> Human Rights. Therefore, he was obliged to repeat what he had said on the subject at previous sessions [] The Saudi Arabian delegation urged that the phrase in question should be deleted […] Its attitude was mainly due to fear of the repercussions which such a provision would have upon the Moslem world. It must not be forgotten that in the course of history missionaries had often abused their rights. Political propagandists were taking the place of religious missionaries, but the methods used varied little.[51]

The Yemeni delegate joined with Saudi Arabia to express concern about articles that appeared to disregard consequences to Arab and Muslim countries. Egyptian delegate Azmi Bey affirmed his government's attachment to the UDHR, and described his personal participation in events to commemorate the UDHR's first anniversary. Nevertheless, he expressed serious concern about the inclusion of the right to change religion. He reminded delegates that the covenant was to be a legally binding document and the inclusion of this phrase could make it difficult for many governments to secure ratification.[52]

An Egyptian effort to amend the draft text at the Third Committee's session in 1950 was not successful, but in deference to concerns raised by several Muslim delegations, the Commission in 1952 unanimously agreed to articulate the right to maintain a religion or belief as well as to change it. A text with this change was forwarded to the Third Committee in 1954, but the brief review lasted only long enough to provide the Saudi Arabian delegate opportunity to reiterate his objections.[53] It was not until 1960 that the Third Committee was able to focus attention on this article of the draft ICCPR. In the interim, though, few opinions had changed: the Commission's slight alteration from 1952 did not satisfy those who opposed elaboration of a right to change one's religion. Baroody reviewed the history of this article at length for the benefit of his newer colleagues in the Third Committee. He again argued that the phrase should be removed because it appeared to encourage the proselytizing work of missionaries.

---

51 UNGA Third Committee, 5th Sess., at 115 (1950).
52 *Id.* at 109.
53 UNGA Third Committee, 9th Sess., at 99–101 (1954).

Debate that extended over five days included hostile remarks traded by Saudi Arabia and Pakistan and a plea from the newly arrived Moroccan delegate to devise a text that would take into account all beliefs (as well as the lack of belief).[54] Many UN members felt that a guarantee of the right to change religion was necessary to give legal content to the right of freedom to believe, and they were reluctant to remove the problematic phrase. Amendments finally submitted by Brazil and Philippines proposed compromise language, and they were greeted with relief. By a vote of 54 to 0, with 15 abstentions, the Third Committee finalized the text of Article 18, and "freedom to change or maintain" became "freedom to have or adopt." Several delegations registered their interpretation of the word "adopt" as sufficiently broad to cover the possibility of religious conversion.[55]

Much as one might have wished it otherwise, the protracted process of elaborating and negotiating the text of the provisions concerning freedom of religion is more an illustration of the rule than demonstration of an exception. In many cases, constructing and negotiating the international human rights standards involved stubbornness, demagoguery, and power plays as much as it did principled argument and legal reasoning. For rights advocates, the Third Committee's solution to the knotty question of freedom to change religion was neither liberal nor ideal. It was a practical solution, however, and the parochial considerations that drove it were, in the end, not all that different than arguments advanced by several states. They argued that their own legal and cultural traditions imposed limitations on the applicability of some of the human rights principles proposed.[56]

Many delegates shared the sentiments of the Afghan representative, who emphasized the importance of negotiating controversial points in order to make the standards as universal as possible.[57] That process involved

54 UNGA Third Committee, 15th Sess., at 210 (1960).

55 Bossuyt, *supra* note 18, at 358.

56 Negotiations of these texts took place in a period when the law permitted extensive gender and racial discrimination, and Western states were sensitive to wording that would put their practices outside the bounds of the proposed legal text. In one particular example, Bossuyt's review of the ICCPR working papers provides a list of a number of exceptions that certain states felt would need to be made to the principle that the death penalty could not be applied except as mandated by a court rendering verdict on a crime for which the law provided a penalty of capital punishment. The US initially itemized ten exceptions, and South Africa two. *Id.* at 114.

57 UNGA Third Committee, 5th Sess., at 127 (1950).

some serious compromises, but it also yielded some fruit. In the end, Saudi Arabia cast its votes in favor of the covenants – as did every other member of the United Nations.

2. Gender Equality in Marriage

A second issue which elicited response from Muslim delegations – and provoked debate among them – was the question of gender equality within marriage. As Morsink has documented closely, the concern over gender equality in the UDHR and other human rights instruments has a long and complex history that can be traced back to the UN Charter itself. From 1946–1948, within the Human Rights Commission and Third Committee, the issue of gender equality was most ardently pursued by delegates affiliated with the UN Commission on the Status of Women and by the USSR. Outspoken proponents of gender equality included Bodil Begtrup (Denmark), Hansa Mehta (India), and Minerva Bernardino (Dominican Republic). Advocates of gender equality routinely objected to the exclusionary language of "all men" and "brotherhood," and they called for explicit recognition of equality in a number of areas including the workplace, political participation, and the courts, as well as within marriage. Resistance to liberalizing language came from countries with a strong Catholic tradition and from the US, where – as the Soviets pointed out – in at least one southern state a woman had no legal personality apart from her husband.[58]

It will perhaps come as a surprise to some readers that the Muslim world was not united on this issue, and at various moments, differences were aired in open forum. While most Muslim diplomats sought to limit gender equality, some strong voices advocating women's rights were also lifted from among representatives of the Muslim world, including delegations from Iraq and Pakistan.

As with the issue of religious freedom, concerns about provisions for gender equality were first voiced by Muslim delegates in the 1948 Third Committee hearings, in the context of the review of what is now Article 16 of the UDHR. Delegates from the Muslim world did not routinely object

[58] Morsink, *supra* note 13, at 120–21.

to general references to gender equality included in several articles,[59] but they did focus on the article specifically about marriage. The draft article received from the Commission declared the family as the fundamental unit of society, entitled to society's protection. It established the right to marry (at full age), the necessity of consent for marriage, and equal rights in marriage.

Both Saudi Arabia and Egypt proposed amendments to the draft text forwarded by the Human Rights Commission.[60] The Egyptian proposal would have replaced all specific provisions with a generic assertion of the simple right to found a family. (It was rejected by the Third Committee as too vague.) The Saudi Arabian amendment was more complex, and it provoked extended debate and some strong reactions from among the Muslim delegations. To establish some context before examining the Saudi proposal, it is worth noting that four other countries (besides Egypt and Saudi Arabia) also submitted written amendments addressing various aspects of the text. The USSR, for example, proposed that rights should be extended after divorce; Mexico proposed to insert a phrase that prohibited the imposition of limitations due to race, nationality, or religion. (The US objected to both.)

The Saudi Arabian amendment expressed two concerns, focusing attention on the phrase that accorded marriage rights to men and women "of full age," and proposing an additional stipulation that marriage rights be subject to national laws. With regard to eligibility for marriage, Baroody argued that the phrase "full age" did not incorporate the notion of physiological development and should be replaced by the expression "legal matrimonial age." In deference to objections raised by other delegations, he endorsed a substitute phrase, "mature age," proposed by Syria.

The second element of the Saudi amendment proposed that men and women are "entitled to the full rights as defined in the marriage laws of their country." Baroody pointed out that a Muslim woman could own, inherit, and dispose of property, and that in the event of a divorce, she was entitled to a pre-determined indemnity. Rapporteurs recorded that:

---

59 *Id.* at 129, provides a long list of the articles where language was altered to reflect gender balance and the application of the UDHR to both men and women.

60 UNGA Third Committee, 3rd Sess., at 363–79 (1948).

> He wished, in that connection, to emphasize the fact that apparently the authors of the draft declaration had, for the most part, taken into consideration only the standards recognized by western civilization and had ignored more ancient civilizations which were past the experimental stage, and the institutions of which, for example, marriage, had proved their wisdom down through the centuries. It was not for the Committee to proclaim the superiority of one civilization over all others or to establish uniform standards for all the countries in the world.[61]

The Saudi Arabian proposals met the approval of Syria and Lebanon, but they provoked the ire of several other delegations, including Pakistan. Pakistan was represented in the Third Committee by Shaista Ikramullah, a young woman born into the Sunni tradition and raised in Purdah.[62] Shaista Ikramullah agreed with Saudi Arabia that "equal rights" in marriage should not be interpreted as "identical rights," and in some cases equal rights could be a liability for women rather than an asset. She agreed that Muslim marriage laws provided adequate safeguards to women in countries where they were applied, and she objected to the Mexican amendment because it disregarded religion as a condition for marriage. But these issues, in her view, were not the main concern of the article. Rather,

> [S]he thought [the article] was designed to prevent child marriage and marriages contracted without the consent of both parties, and also to ensure protection of women after divorce and the safeguarding of their property […] Unfortunately, however, she could not support the [Saudi Arabian] amendment, as she feared it would enable countries with laws discriminating against women to continue to apply them.[63]

Both elements of the Saudi amendment failed by a large majority, that necessarily included several delegations from Muslim states.

61 *Id*. at 370.
62 Ikramullah, *supra* note 17.
63 UNGA Third Committee, 3rd Sess., at 374 (1948).

When the text of UDHR Article 16 was forwarded to the UNGA in December 1948, it included provisions for full age of marriage partners, free and full consent of intending spouses, and equal rights as to marriage, and prohibited limitations due to race, nationality, or religion. The text was approved unanimously during the plenary's article-by-article vote, but Egypt's delegate did note his discomfort with provisions that preclude discrimination on the basis of religion. He admonished his fellow diplomats to recognize the difference between restrictions "that shock the universal conscience," such as those based on race and nationality, and restrictions against marrying those of another faith, which were religious in nature.[64]

With the final vote on the UDHR, the issue of gender equality was temporarily laid to rest, but it quickly resurfaced when the Third Committee began its review of the Commission drafts. Divisions among Arabo-Muslim delegations remained deep. The initial draft covenant prepared by the Human Rights Commission and sent to the Third Committee for comment in 1950 did not contain an article on marriage equivalent to Article 16 of the UDHR, so comments about gender equality were attached to other provisions. The delegate from Yemen, for example, noted that the article on equality before the law and equal protection of the law "did not take into consideration the differences between the laws of the various countries, in particular with regard to marriage, divorce and inheritance."[65]

The Iraqi delegate countered:

> The question of religion had been raised. If all nations lived in accordance with the spirit and the letter of their religion, there would be no need for a covenant on human rights. No covenant could, in any case, demand so much in respect of human rights as Islam did. The Commission on Human Rights should concentrate its attention on the similarities rather than the differences among conflicting views on human rights and thereby draft a covenant to protect the common interests of humanity.[66]

64 UNGA Plenary, at 912 (1948).
65 UNGA Third Committee, 5th Sess., at 122 (1950).
66 *Id*. at 131.

In fact, it appears, the Iraqi delegation was deeply concerned about the draft covenant's apparent silence on gender equality. When the moment came for the Third Committee to prepare its formal response to the Human Rights Commission (to be transmitted via ECOSOC), the Iraqi delegate insisted on the insertion of a new, generic article recognizing gender equality.[67] The proposal was opposed by most Arabo-Muslim states, and by several Western countries.

The latter argued that a generic statement of the principle of gender equality was unnecessary, since the preamble of the covenants echoed the Charter in proclaiming the equal and inalienable rights of all members of the human family. Bedia Afnan, however, asserted that her delegation "believed it imperative that the equality of women in regard to [economic, social and cultural rights] should be unequivocally stated. That was the purpose of her amendment."[68]

A majority of states agreed, and Bedia Afnan's insistence resulted in the creation of what is now Article 3 in both the ICCPR and ICESCR, instructing states parties to ensure the equal right of men and women to the rights set forth in both covenants.[69] In the end, delegates felt that it was important to respect the wish of the UNGA, which had called for "an explicit recognition of equality of men and women" to the enjoyment of human rights.[70] The recorded view of the UNGA, in turn, can be traced to the amendment proposed by Iraqi delegate Badia Afnan in 1950.

When the decision was made in 1951 to split the covenants, an article on the protection of marriage, the family, and motherhood was envisioned

---

67 *Id.* at 257.

68 *Id.* at 258.

69 Arguments continued over this article through 1962, though they did not revolve around Muslim state delegations. In early years of the debate, for example, the United Kingdom argued that it was one thing to prohibit discrimination, and in particular to provide for gender equality, but it was quite another to oblige states to undertake an ill-defined commitment. Australia challenged the assumption that deeply rooted cultural patterns could be altered by treaty provisions. Several years later, an argument was advanced that:

> [A]pplication of absolute gender equality with respect to economic rights might jeopardize national productivity and encourage too many women to work outside their homes. It was usually less profitable for the employer to employ women, while in their capacity as wives and mothers women were needed in the home, especially by the children.

70 *See* Bossuyt, *supra* note 18, at 77.

for the ICESCR.[71] The UN Commission on the Status of Women lobbied for an additional article to be added to the ICCPR on the civil right to marry.

The Human Rights Commission acceded to this request in 1953 and began its work from a text provided by the Women's Commission, based closely on Article 16 of the UDHR. In the ensuing discussion, several members of the Human Rights Commission returned to arguments that had been put forward by Muslim delegates in the 1948 hearings of the Third Committee, and the term "full age" which had caused so much debate in 1948 was quietly changed to "marriageable age."

In approving the change, Commission members acknowledged the practical reality that marriage age varied from country to country and could be established either on grounds of legal majority or physical maturity[72] (as Saudi Arabia and Syria had argued). The Commission also removed from the text provisions intended to prevent discrimination. Communist bloc countries represented on the Commission suggested that non-discrimination clauses should be expanded rather than reduced, which in the political context of the day was probably sufficient to ensure defeat. The phrase "without limitation due to race, religion, or nationality" – which Egypt had found objectionable – was thus removed from the text.[73]

The Human Rights Commission completed its work on the marriage and family articles in the ICCPR and ICESCR in 1953, but they were not debated by the Third Committee until 1961. By then, the composition of most delegations had changed, and the UN membership had expanded. Voices from Ghana, Cambodia, Congo-Brazzaville, and Malaya, among others, had joined the debate. Now the Pakistani delegate was Begum Aziz Ahmed, and she found the "marriageable age" wording acceptable. Bedia

71 Article 10 of the ICESCR, *supra* note 5, was not controversial and it is therefore not discussed here. Minor attention may be warranted for the overlap between Article 23 of the ICCPR, *supra* note 5 and Article 10 of the ICESCR, *supra* note 5, which includes a provision that "Marriage must be entered into with the free consent of the intending spouses." This provision was narrowly accepted on a vote of 24 to 23, but it is difficult to interpret the vote. Many states, including Sweden and the UK, voted against it on the grounds that it did not belong with the rest of the article (and more properly belonged to the ICCPR).

72 *See* Bossuyt, *supra* note 18, at 441–43. Also see comments by the UK delegate several years later, to the effect that the Commission had worked hard to find compromise language on this text, in UNGA Third Committee, 16th Sess., at 161 (1961).

73 *See* UNGA Third Committee, 5th Sess. (1950).

Afnan of Iraq, however, found it objectionable. She challenged the phrase, but a majority supported it, and "marriageable age" remained in the text of the ICCPR.

A more engaged, and polarized, debate developed around the idea of equal rights as to marriage, contained in the final paragraph of the draft ICCPR article.[74] In view of the agreed generic assertion of gender equality (in Article 3), some delegations felt that the Commission's language on equality in marriage was not strong enough. The delegate from Libya argued that the text

> [M]ust be formulated in such a way as to guarantee the equality of the rights and responsibilities of the spouses, without prejudicing existing family relationships and in conformity with the Charter of the United Nations […] She further pointed out that, behind the emancipation of women throughout the world, it was the equality of rights and responsibilities which furnished the incentive and not the privileges and prerogatives.[75]

Most delegations from the Muslim world were ultimately willing to settle for equivocal text forwarded by the Commission, to the effect that national legislation should "be directed towards equality of rights."

A group of fourteen nations,[76] however, sought wording that ensured full equality of rights in marriage. After much debate, Philippines persuaded a majority of states to accept wording that instructed states to "take

---

74 The text proposed by the Commission in 1953 read:
The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.
The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.
No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.
The legislation of the States Parties to this Covenant shall be directed towards equality of rights and responsibilities for the spouses as to marriage, during marriage, and at its dissolution. In the last-mentioned case the law shall lay down special means for the protection of any children of the marriage.
Bossuyt, *supra* note 18, at 441–45.

75 UNGA Third Committee, 16th Sess., at 162 (1961).

76 The fourteen sponsoring powers were Burma, Cuba, Denmark, Dominican Republic, Ethiopia, Guinea, Mali, Mexico, Norway, Panama, Peru, Poland, Sweden, and Yugoslavia. U.N. GAOR Annexes, 16th Sess., at 10 (1961).

appropriate steps to ensure equality of rights."[77] The article, as amended, was adopted 79 votes to 1, with 3 abstentions.[78] Its final text reflects a process of political negotiation that turned primarily around the interests of certain members of the Muslim community, on the one hand, and an array of small-to-middle range powers on the other. Large states like the United States, the former Soviet Union, France, and United Kingdom were represented on the Human Rights Commission, and they had had their say in that forum. They were absent almost entirely from the debate that finalized the text in the Third Committee.

3. *Social Justice and the Indivisibility of Rights*

The UN Commission on Human Rights began its work in the shadow of the Cold War. By the time the UNGA's Third Committee opened debates on the draft declaration of human rights in September 1948, tensions between the United States and the former Soviet Union were rife. These tensions were felt in most of the Committee's eighty sessions devoted to consideration of the draft UDHR. Debate on some issues – such as the right to exit a country – turned into a contest that pitted the Soviet bloc countries against Western democracies; other debates, however, drew in a wider range of active participants, with interests of their own.

The issue of socioeconomic rights was one of them. Muslim delegates entered the debate with Syria in the lead. In the context of a difficult discussion on social security (which focused on the choice of terminology and its implications), Syrian delegate Abdul Kayaly proposed that the UDHR's Article 22 should express concerns about social security in the

---

77 UNGA Third Committee, 16th Sess., at 157 (1961); U.N. GAOR Annexes, *supra* note 75, at 10.

78 The final approved text of this article reads:

1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.
2. The right of men and women of marriageable age to marry and to find a family shall be recognized.
3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.
4. State Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage, and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children.
5. See ICCPR, *supra* note 5.

broader terms of social justice. Baroody, for Saudi Arabia, added that the Syrian proposal conformed to Islamic law. He informed his colleagues on the Third Committee that Muslim populations enjoyed social security through such institutions as Zakat and Waqf, which were different than social assistance programs common in the West, but no less effective. Such Islamic institutions, he asserted, "were not only the equivalent of a social security system, their machinery was simpler, their administration less costly and their effectiveness had stood the test of fourteen centuries."[79]

The Syrian proposal was central to debate on this issue, and it received considerable support from various quarters. but ultimately it did not find its way into the final text of the UDHR.[80] Although the specific Muslim proposal was not accepted, Muslim delegations generally offered strong support to articles elaborating socioeconomic rights. Syria, Egypt, Saudi Arabia, Pakistan, and Afghanistan were among the states who supported incorporation of the right to social security, education, free choice of employment, and an adequate standard of living were included in the Declaration.

Debate about the place of socioeconomic rights carried over to the covenants, and indeed, for two years dominated the political debate. The US, in particular, considered this a question of great importance, and one that might ultimately determine whether the US would support legally binding instruments.[81] Thus, the stakes were high. In 1950, the UN Human Rights Commission considered the question of whether a single covenant, as a legally binding treaty, should include socioeconomic rights. Within the eighteen-member Commission, a majority felt that it should. Advice was sought from the UNGA's Third Committee, which concurred with the Commission's majority view.

In the Third Committee debate, Egypt expressed the view that economic, social, and cultural rights had become "an essential part of the

79 UNGA Third Committee, 3d Sess., at 515 (1948).

80 Morsink discusses political responses to the Syrian proposal in Morsink, *supra* note 13, at 204–07. It was defeated not so much because delegates objected to it, as they had concerns for the relative weight of two different articles, and Latin American delegations sought more specific guarantees, which they felt were reflected in the term *social security*.

81 Foreign Relations Of The United States, 1950, Vol. II, at 511 (1976); Foreign Relations Of The United States, 1951, Vol. II, 735–36 (1977). *See also* UNGA Third Committee, 5th Sess., at 172–73 (1950).

structure of civilized society."[82] Iraq argued that the distinction between socioeconomic rights and other fundamental human rights was merely academic, and "[a]ny right acquired by any human being should be acquired by all human beings."[83] Syria asserted that articles on basic economic, social, and cultural rights "should form an integral part of the draft covenant."[84] In its December 1950 plenary session, the UNGA affirmed these views, deciding to include socioeconomic rights in a single covenant by a vote of 35 to 9, with 7 abstentions.

The fight, however, was not over. The US was resolved not to have socioeconomic rights included in the legally binding instrument. In addition, Eleanor Roosevelt abandoned her earlier efforts to defend the economic rights that President Roosevelt had promoted as a fundamental freedom.[85] Through a series of political maneuvers in 1951, ECOSOC asked the UNGA to reconsider its position on socioeconomic rights, and debate was eventually reopened in the Third Committee. Chile, Pakistan, Egypt, and Yugoslavia offered a resolution intended to reaffirm the UNGA's 1950 decision, but their motion was subverted by amendments presented jointly by Belgium, India, Lebanon, and the United States.

By a vote of 29 to 21 with 6 abstentions, the Third Committee agreed not only to reconsider its earlier decision, but to divide the covenant into two separate instruments, one dealing with civil and political rights and the other with social, economic, and cultural rights. In the subsequent plenary session of the UNGA, delegates from Syria, Saudi Arabia, and Egypt expressed grave concerns about splitting the covenants. The Saudi Arabian delegate spoke at length about the interconnection of rights:

> We still maintain that human rights and freedoms, whether civil and political on the one hand or economic, social and cultural on the other hand, are so interconnected and interdependent that their separation into two documents would be artificial and arbitrary. Indeed, any human rights

82 UNGA Third Committee, 5th Sess., at 181 (1950).
83 *Id.* at 182.
84 *Id.* at 189.
85 UNGA Third Committee, 6th Sess., at 78 (1951–1952). *See also* Glendon, *supra* note 13, at 186–87; Foreign Relations of The United States, 1951, *supra* note 80, at 740–42.

covenant which does not explicitly safeguard economic, social and cultural rights would, at best, be no more than an affirmation of civil and political rights which are to be found in almost all national constitutions and in the statute laws of Member States.[86]

The Egyptian delegate, offering final commentary in the debate, pointed more ominously to political considerations and risks:

[T]he Egyptian delegation is anxious to prevent the General Assembly from abandoning the position taken at its fifth session in favor of formulating economic, social and cultural rights with civil and political rights in a single covenant, and so to save from possible shipwreck a piece of work which would redound to the honor of the United Nations.

From [several discussions in several UN bodies], my delegation has the impression that some States – more especially the great Powers – are haunted by the fear of seeing the covenant on human rights completed and opened for signature and ratification. In some case this fear is due to a jealousy, which I would describe as pathological, of any interference whatever in what they regard as the hermetically closed field of their domestic affairs; in others, to the measures of international supervision to which the application of the covenant would be subjected to the advantage of some of their citizens who are segregated from society owing to discriminatory inhibitions; in yet other cases, to the inevitable consequence of extending the application of the covenant to territories under the sway of the States.[87]

86 UNGA Plenary, at 517 (1951–1952).
87 *Id.* at 518.

To the disappointment of many small states, the UNGA ratified the Third Committee's decision to split the covenants and brought the divisive debate to a close.

By consequence of that decision, over the next fifteen years, the Commission and the UNGA Third Committee would prepare not one, but two, human rights covenants to complement the UDHR. During the course of that work, delegations from the Muslim world participated in debates and endorsed articles in the ICESCR protecting mothers, children, and the family (Article 10) and establishing the legal rights to gainful employment (Article 6); just and favorable conditions of work (Article 7); trade unions (Article 8); social security (Article 9); food, clothing, and housing (Articles 11); health (Article 12); education (Articles 13 and 14); and participation in cultural life, and enjoyment of the benefits of scientific progress (Article 15.[88]

Though for many years these socioeconomic rights would be sidelined in most UN and international fora, the end of the Cold War reopened debate about the role and place of such concerns in the discourse of global politics and the international framework of human rights. Along with the right to development, the 1993 UN-sponsored World Conference on Human Rights declared that all rights included in the UDHR should be considered indivisible.[89] Over the past decade, human rights groups in the North as well as the South have steadily increased their efforts to promote and defend these rights.

4. *The Right to Self-Determination and the "Colonial Clause"*

Analysis of the politics at play in the construction of the UDHR commonly acknowledge dispute over socioeconomic rights and Muslim concerns about changing religion and gender equality in marriage. Over the twenty-year history of the International Bill of Rights, however, the single issue

88 UNGA Third Committee, 10th Sess. (1955); Unga Third Committee, 11th Sess. (1956–1957); UNGA Third Committee, 12th Sess. (1957).

89 Vienna Declaration and Programme of Action, U.N. GAOR, World Conf. On Hum. Rts., 48th Sess., 22d Plen. Mtg., Pt. I, U.N. Doc. A/CONF.157/23 (1993), *reprinted in* 32 I.L.M. 1667 (1993), *available at* www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/ A.CONF>157.24+(PART+I). En?OpenDocument.

that most engaged delegations from the Muslim world was the right to self-determination, and a companion concern that peoples in non-self-governing territories should enjoy the same human rights as citizens of sovereign states. The right to self-determination was included as Article 1 of both the ICCPR and the ICESCR[90] largely due to the insistence, and persistence, of a coalition of states from the Middle East and South Asia. No article in the covenants was more hotly contested.

The issue first arose during the Commission's work on the UDHR, and though it did not come to a head until work on the covenants was well underway, the story of this particular concern actually begins in 1948. The Soviet bloc countries, passing up no opportunity to needle the Western imperialists, were generally vigilant about language that appeared to exclude people living under colonial rule. As Morsink recounts, in May 1948, shortly before the draft UDHR was to be transmitted to the Third Committee for review and approval, a small group working on the preamble proposed wording that omitted any reference to peoples in non-self-governing territories. The Soviet representative objected.

The point registered with Egyptian representative Omar Loutfi, who argued it was "essential that the Declaration should state that it was for nations and peoples that were not autonomous or were under Trusteeship." He went on to offer language that presents the UDHR's most direct assertion of universality: rights enshrined in the Declaration apply "'both among the peoples of the Member States themselves and among the peoples of territories under their jurisdiction.'"[91] The fact that representatives from both France and United Kingdom argued against the phrase, which they claimed was unnecessary, no doubt underscored the importance of the issue for Loutfi and others.

Loutfi's wording was inserted into the draft UDHR's preamble, but the matter did not rest there. In the fall of 1948 the Third Committee poured over the draft UDHR for two months, and with its task nearly complete, Charles Malik, as chairman allowed Third Committee delegates to submit additional articles for consideration. Late in November 1948, the Yugoslav delegate proposed, inter alia, a new article making clear in its separate

90 ICCPR, *supra* note ; ICESCR, *supra* note 5.
91 Morsink, *supra* note 13, at 98.

statement that rights laid out in the UDHR applied equally to citizens of sovereign states and peoples in non-self-governing territories. The Third Committee voted to accept such an article, and charged an eleven-person drafting committee to incorporate it into the text.[92]

The drafting committee, however, returned to the Third Committee with a significantly altered text, which represented a position inherently favored by the colonial powers. Instead of a separate article specifically mentioning the rights of peoples in the non-self-governing territories, the drafting committee had incorporated a general concern about the rights of colonized peoples into the existing article prohibiting discrimination. This maneuver clearly obscured the issue and, feeling they had been wronged, many delegates protested vehemently.

Delegates from France, Cuba, and Belgium defended the change that had been made by the drafting committee. Charles Malik, however, ruled that the drafting committee had overstepped its bounds: the article proposed by Yugoslavia and accepted by the Third Committee would be restored. Efforts to overrule Malik's ruling were unsuccessful, but that did not discourage United Kingdom from raising the issue once more, when finally the draft UDHR was presented to the UNGA plenary, in December.

The British delegation proposed to reframe the Yugoslav article as a second clause in Article 2, effectively "demoting" concern for the colonies. This time the effort of colonial powers was successful: the UNGA voted in favor of the British proposal by a vote of 29 to 17, with 10 abstentions. As a result, the Egyptian "universality phrase" failed to stand as a separate article, though it remains in the operative text of the UDHR, as the second clause of Article 2.

Like the issue of socioeconomic rights, the troublesome question of who could be expected to benefit from human rights did not go away. As soon as work began in earnest on the legally binding covenant, it resurfaced. Several powers, including the United Kingdom, sought a clause that would limit responsibility of colonial powers to implement the covenants fully in overseas territories they controlled.

---

92 The Committee was charged to make this and other changes "solely from the standpoint of arrangement, consistency, uniformity, and style." UNGA Third Committee, 3d Sess., at 779–80 (1948). *See also* Morsink, *supra* note 13, at 99–101.

The so-called "colonial clause" was opposed by most of the lesser powers represented in the Human Rights Commission, including Chile, China, Mexico, India, and Peru. However, it was met with the most vigorous protest in the Third Committee, where Afghanistan, Saudi Arabia, Syria, and Egypt led and shaped the debate. On numerous occasions delegates took up the message of Syrian delegate Abdul Kayaly, who declared that the colonial clause would be "contrary to the UN Charter, which was based on the principle of equality of human rights."[93]

The fight was not an easy one, and it was by no means assured that opponents of the colonial clause would prevail. The battle was joined in 1950, at the Third Committee's 302nd meeting. During that session, Syria and Philippines submitted a resolution that opened two separate fronts. On one hand, they sought to preempt insertion of a colonial clause by asserting universal application of the covenant and on the other hand, they proposed an article on the "right to self-determination" in its stead. After much debate the Syria-Philippines resolution was approved by a vote of 30 to 11, with 8 abstentions. Half of the battle was won at that point: the colonial clause died in that session, though the United Kingdom would continue to advocate it on many occasions through 1954.

Gaining recognition of the right to self-determination was more difficult. During the Third Committee's 1950 session, Afghanistan and Saudi Arabia were successful in securing passage of a resolution. It called for the Human Rights Commission to study ways and means to ensure the right of self-determination and to prepare recommendations for the following year's session of the UNGA. However, when the Human Rights Commission met in 1951, it was completely absorbed in the debate on socioeconomic rights and was not able to open discussion on self-determination. This fact provoked a coalition of thirteen states, who in the 1951 Third Committee meeting expressed their displeasure at the lack of progress on the issue and set to work drafting another resolution. Taking matters into their own hands, they prepared the text of an article on the right to self-determination and sought the Third Committee's agreement to ask to UNGA, in plenary, to approve its insertion into the covenant.

93 UNGA Third Committee, 5th Sess., at 153 (1950).

Third Committee debates over this issue lasted a full week and produced a great display of political posturing on both sides. The thirteen-state coalition used stirring rhetoric, procedural devices, and cold logic to plow their way through "technical, methodological, and legal objections" raised by Australia, Belgium, Canada, France, Greece, Liberia, Netherlands, Sweden, and Turkey.[94] Colonial powers and their allies argued that the concept of self-determination was vague and nebulous; it was a political principle, not a legal right; it was inappropriately placed in the covenant as a collective right; it was incompatible with the envisioned implementation system; and because self-determination is achieved through a slow and gradual process it would not be furthered by a provision included in an international treaty.[95]

The Third Committee majority were not convinced by such arguments, and they agreed to refer the matter to the UNGA plenary. In that plenary session, Syrian delegate Jawaat Mufti pointed out that the draft resolution had "evoked from the very moment of its submission a wave of protests and objections on the part of certain delegations which are in principle opposed to any measure for making respect for that right effective. These protests and objections come particularly from states administering Non-Self-Governing or Trust Territories."[96] Baroody, representing Saudi Arabia, added passion to the appeal:

> I may perhaps be allowed one or two more minutes, because when I speak on this right of self-determination I am speaking on the part of millions who should be sitting in this General Assembly. A lot of water, so to speak, has flowed under the bridge since a request was made for the insertion of an article on self-determination in the covenant. The anguished cry for freedom and liberation from the foreign yoke in many parts of the world has risen to a very high pitch, so that even those

94 United Nations, Yearbook Of The United Nations, at 485 (1951) [hereinafter Yearbook Of The United Nations, various years].

95 Antonio Cassese, *The Self-Determination of Peoples, in* The International Bill Of Rights, *supra* note 18, at 93.

96 UNGA Plenary, 1951–1952, *supra* note 45, at 506.

> who had been compelled to block their ears with the cotton wool of political expediency can no longer deny that they can hear it. Nor can those who have so far shielded their eyes from the dawn of a new day for those clamoring for freedom pretend that the night is not over and that darkness still prevails. […] [T]he pressure on the gates of freedom has increased and millions and millions of people trying to break through have been kept at bay with bayonets and with tanks and machine guns. So great has been the pressure that those in the front rows have fallen as martyrs of freedom, while thousands taken into custody languish in prison depths and thousands more live in hiding, driven from the comfort of their homes. There are also those who, from fear of being killed or impounded, have fled their native land and now live as exiles in foreign climes just because they could articulate more eloquently their burning desire and that of their fellow men for freedom and self-determination.
>
> What we are asking here is that the people living in the Non-Self-Governing Territories should be free. They cannot enjoy any human rights unless they are free, and it is in a document like the covenant that self-determination should be proclaimed. As I have no further time left in which to speak, I will end by saying that I support all those who have spoken in favor of inserting an article on the right of peoples to self-determination.[97]

Following these interventions, the UNGA in plenary session approved the resolution. Nevertheless, for proponents of the right to self-determination, the time to celebrate had not yet arrived.

Although the UNGA had given its explicit approval to the inclusion of an article on self-determination, several states, including Australia, Canada, Netherlands and United Kingdom, reintroduced the matter during the Third Committee's reading of the draft covenant in 1954.

97 *Id.* at 517–18.

The coalition supporting self-determination, however, was armed with research on the concept of self-determination (gathered from New York libraries) and fortified with new UN members added to their cause. In a show of strength, and as insurance against arguments put forward by their opponents, twenty countries now endorsed a statement affirming the right to self-determination.

In the 1955 session's article by article debate on the covenants, there was one last round of the familiar arguments adduced many times over the previous five years. Despite dire warnings that inclusion of a right to self-determination "might jeopardize the future of the covenants,"[98] the contested article was approved by a vote of 33 to 12 with 13 abstentions. Today it stands as the opening article in both the ICCPR and the ICESCR.[99]

The political history of this article, of course, raises questions about motivation and intent. The claim to a right of self-determination clearly fueled the flames of anti-colonialism, but did it advance the definition and understanding of human rights? Throughout the period that this article was under consideration, in numerous diary entries, Humphrey despaired of the demagogic rhetoric that he felt – with some justification – was eclipsing consideration of work sponsored by the UN Division of Human Rights, including the prepared text of the covenants.

Largely unsympathetic to the emerging "UN majority" and relatively uncritical of the colonial powers' thinly disguised efforts to protect power and privilege, Humphrey worried that the human rights vision was at risk. One of several journal entries related to the debate on self-determination reads:

> Because they have not been willing to accept their responsibility the logical leaders in the U.N. battle for human rights have lost leadership in the Third Committee to certain demagogic forces. One concrete consequence of this was the adoption today by a big majority of an instruction to the [Human Rights Commission] to study "ways and means" of promoting the self determination of nations and peoples.[100]

98 Yearbook Of The United Nations, 1955, *supra* note 93.
99 ICCPR, *supra* note 5; ICESCR, *supra* note 5.
100 On The Edge Of Greatness, II, *supra* note 18, at 131.

Others further removed from the process of negotiation have taken a broader, and more optimistic view. Cassese, for example, notes that while the article was borne of narrowly focused anti-colonial sentiments, even during the process of negotiation a broad consensus emerged that its provisions were relevant in multiple settings, including foreign occupation and domestic despotism. Thus the Syrian delegate observed that in a domestic context, the principle of self-determination "took the form of self-government, that is, a people's right to adopt representative institutions and freely choose the form of government that it wished to adopt."[101] The right of self-determination was further elaborated in a 1960 UN declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, and it is now generally considered to have achieved the status of a preemptory norm of international law.[102]

5. *Measures of Implementation and the Right to Petition*

A final concern that engaged the political energies of the Muslim world arose during discussion of the draft covenants, and was variously discussed under the headings of "right to petition" and "measures of implementation." At issue was the question of enforcing the covenant and who might be permitted to refer a concern to the UN body designated to receive complaints. Some states felt that access to a complaint mechanism should be limited to states; others felt that individuals and/or NGOs should be able to forward complaints or exercise a right of petition.

Initial positions on this issue were developed in the Human Rights Commission, where Guatemala, India, France, and the Philippines advocated the right of individuals and NGOs to bring forward complaints and concerns. In the Commission, and later in the Third Committee, the former Soviet Union and Eastern European countries (except Yugoslavia) argued adamantly that any implementation measures threatened state sovereignty, and over many years they introduced several resolutions to this effect. Each one failed by a resounding majority. At the outset, Western powers were both divided and somewhat ambivalent, but by 1954, Australia,

101 Cassese, *supra* note 94, at 94. *See also* Bossuyt, *supra* note 18, at 19–37.
102 *Id.* at 111.

Canada, France, New Zealand, the United Kingdom, and the United States were all ready to endorse a view that the "time was not ripe" to extend a right of petition beyond the state.[103]

Muslim interest in the issue can be traced to 1950, the earliest point at which it came before the UNGA's Third Committee. States representing Muslim populations were not united on this issue in the same way that they were regarding the right to self-determination, but initially at least, they tended to favor centralized implementation and an expanded right of petition. In 1950, for example, the Egyptian delegate argued in the Third Committee that "[s]tates which signed the covenant in good faith need have no fear of any form of control," and moreover asserted that "the Egyptian delegation was ready to accept the establishment of a permanent human rights committee, a court to sanction the committee's findings, or any other provision that might seem necessary."[104] As the debate progressed, delegations from the Muslim world made important contributions and in some cases introduced innovative and far-reaching ideas. In 1951, for example, Syria's Jawaat Mufti proposed field investigations, conducted impartially and in good faith under UN auspices, as a means of pursuing human rights complaints and ensuring compliance with the covenants.[105] (Saudi Arabia cautioned against going too far, lest the bounds of domestic jurisdiction be transgressed.)[106]

Egypt was among a group of states that expressed unconditional support for the right of individuals, groups, and nongovernmental organizations to petition a Human Rights Committee, and proposed this idea to be part of the implementation measures. Mahmoud Azmi argued that the individual, as the first victim of a human rights violation, ought to have some form of redress.[107] Had the issue been decided in 1950, several Muslim states, at least, might well have supported strong measures of implementation.

The protracted nature of the overall process used to approve the covenants, however, introduced some vagaries into the settlement of this issue. As noted in discussion of the other four issues, during the 1949 to

103 Yearbook Of The United Nations, 1954, *supra* note 93
104 UNGA Third Committee, 5th Sess., at 201 (1950).
105 UNGA Third Committee, 6th Sess., at 363 (1951–1952).
106 *Id.* at 363. *See also* Yearbook Of The United Nations, 1951, *supra* note 93, at 489–90.
107 UNGA Third Committee, 6th Sess., at 110 (1951–1952).

1954 period, discussion of the covenants moved back and forth between the Human Rights Commission and the UNGA's Third Committee. In 1954, when the Human Rights Commission's draft covenants were referred to the UNGA, the Third Committee set out a plan for systematic, article by article discussion of the covenants. By that plan, measures of implementation were left for discussion until the final stage, which arrived in 1963. Effectively, for nearly ten years, the UNGA set aside the question of implementation. When the Third Committee did return to it in 1963, it was obliged to note that in the interim the UN membership had doubled. New and old members alike required a new briefing on the matter. Background materials were duly assembled, but a financial crisis in the UN interrupted proceedings and discussion was ultimately delayed another two years.

By the time the Third Committee was prepared to discuss measures of implementation, in 1966, the opinions and positions of many delegations had shifted. The Soviet bloc remained firmly opposed to measures of implementation, but now they were joined by several former African colonies, expressing fear that their newly claimed sovereignty could be compromised. The Netherlands and Nordic countries, together with most Latin American countries, France, and Lebanon defended strong measures of implementation, but the Middle Eastern and Muslim countries were now more equivocal, and somewhat divided. Baroody, still representing Saudi Arabia, proposed that any review or appeal function should be carried out by national human rights commissions, with resort to international bodies after domestic appeals had been exhausted. (Humphrey initially considered this idea "cockeyed," but he eventually warmed to it.[108] This is basically the system of implementation in the European human rights regime today, and it is the system of implementation embedded in the 1998 Statute of the International Criminal Court.) The Saudi Arabian proposal, however inventive, received no support and was withdrawn.

Muslim states supported the creation of a Human Rights Committee to receive reports on implementation of the covenant on civil and political rights, but they generally held that its powers to pursue complaints should depend on a state's voluntary and optional recognition of its competence

[108] On The Edge Of Greatness IV, *supra* note 18, at 147.

to do so. Pakistan and Egypt – sometimes joined by Iran, Libya, Tunisia, Sudan, or other Muslim delegations – were part of a loose coalition of states that sought to reduce opposition to this last set of draft articles through a process of amendments intended to remove provisions that some African and Asian states found objectionable.

They systematically proposed to limit the requirements on state parties and exclude the International Court of Justice from the implementation machinery. Most of their amendments were adopted. When Netherlands and Nigeria (with others) proposed a new article reviving the idea of a right of petition, Muslim states were among those arguing that it should be placed in an optional protocol of the ICCPR.

While these various moves considerably weakened the implementation mechanisms in the text forwarded by the Human Rights Commission, they also represented a political compromise that successfully garnered the requisite votes. States from the Muslim world threw their weight to the middle. In so doing, they helped reduce the potency of the implementation mechanisms, but at the same time they allowed the UN to bring closure to a process that had already stretched over twenty years. That process, however flawed, gave rise to the United Nations most effective human rights treaty monitoring body, the ICCPR Human Rights Committee, which today regularly hears state reports and individual complaints.[109]

E. Commentary

UN records point to the active engagement of delegations from the Muslim world in the twenty-year negotiation of international human rights standards. This essay has sought to identify the issues that appeared most salient to them. By the provisions they actively promoted, the ideas they argued against, and the various proposals to which they lent political support, Muslim delegates helped give shape to international human rights instruments. They also engaged in the political process by strategizing, lobbying, and arguing – in favor of ideas they supported and against ideas they opposed. Like other states, they used procedural rules, polemic, and

[109] Dominic McGoldrich, The Human Rights Committee: Its Role In The Development Of The International Covenant On Civil And Political Rights (1991).

diplomatic finesse both to resist provisions that seemed unacceptable because they were contrary to practice of culture or provisions of law and to advance a favored political and ideological agenda.

Beyond this brief summary, an important question lingers. How, at the distance of half a century, are we to interpret the participation of Muslim states in the international human rights project? This is a difficult question and one that requires careful handling, for it leads perilously close to the impassioned and tangled debates from which this essay is distanced. Nevertheless, the following observations are offered.

As a first response, the factual record of participation, contributions, and textual changes puts to rest the crudest charges that Muslim states – and Islamic civilization – were excluded from the process of constructing the international human rights standards. The record of that political process makes it difficult to sustain the bald argument that human rights standards were developed by the West and imposed on the rest of the world.[110] As should now be apparent, delegates from the Muslim world made some very real contributions to the debate and to the resultant text. Paradoxically, neither the equivocal language on freedom to change religion nor the boldest statement of gender equality would have been included in the ICCPR and ICESCR without the participation of Muslim states, nor would the clearest statement of universality be found in the UDHR. The right to self-determination also owes its place in the covenants to the persistence of states from the Muslim world.

Official records establish the presence and active participation of delegates from the Muslim world, but they do not address Richard Falk's more serious charge that the human rights enterprise is tainted by false universalism, "a mask worn to obscure Western civilizational hegemony."[111] Framing his essay in part as a response to the Huntington clash thesis, Falk asserts that Islamic civilization has suffered from geopolitical exclusion. He argues that the divide characterized by Huntington as a clash of civilizations and attributed to fundamentally incompatible normative frameworks in an age of the declining state is in fact the by-product of geopolitical exclusion.

---

[110] Such was the oft-cited argument advanced twenty years ago by Adamantia Pollis & Peter Schwab, *Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability, in* Human Rights: Cultural And Ideological Perspectives 1 (1979).

[111] Falk, *supra* note 1, at 148–54.

Rejecting both the premise and the conclusion of Huntington's celebrated essay, Falk proposes normative adjustment as a plausible response to the wounding insult of geopolitical exclusion, a solution more desirable than civilizational conflict. Normative adjustment would involve a reshaping of human rights discourse to make belated provisions for inter-civilizational participation. This task would be advanced by reinterpretation of the current normative expression of rights through a process of inter-civilizational dialogue and legitimation, as well as a reclamation of genuinely universal claims that "continue to be denied by a reliance on civilizational authority."[112]

This is not the place to engage an extended debate on Falk's finely nuanced analysis, which in many regards is compelling. But Falk does build his argument on a premise that Islamic civilization was denied a right to participate in the elaboration of contemporary international human rights standards. That premise requires inspection, and the review of Muslim state participation offered in this essay provides the necessary data for that task. The construct of false universalism, in turn, provides an intellectual measure against which to evaluate the quality of participation by Muslim states.[113]

To assess the participation (or exclusion) of Muslim states in the mid-century human rights project, and the aura of false universalism that potentially hangs over it, we must begin with some consideration of the historical context. During the initial years of negotiation, several Middle Eastern and Muslim states had governments that espoused a liberal political doctrine, with varying degrees of commitment to some form of participatory governance and rule of law. This political disposition was reflected in the diplomatic corps.

Historians will not be surprised to learn that in the course of debate over the international human rights instruments, Muslim delegates expressed concerns about the logical coherence of the draft texts and alluded to legal principles of positive law, the protection of individuals, and the duties and responsibilities of states as often as they did to Islamic culture and Islamic law. They understood and accepted that they were crafting standards of

112 *Id.* at 154 (with reference to several works by Abdullahi Ahmed An-Naim).

[112] *Id.*

113 Id.

good governance that engaged all governments. Representing Pakistan in 1948, for example, Shaista Ikramullah charged that "[i]t was imperative that the peoples of the world should recognize the existence of a code of civilized behavior which would apply not only in international relations but also in domestic affairs."[114]

The fact that several states – including Iraq, Morocco, Libya, and Iraq, as well as Pakistan – chose to place women on their UN delegations also speaks to their attachment to liberal values, and to the image they sought to create and project. Even as Arab socialism took root and spread through the Middle East, Arab and Muslim delegates continued to represent their attachment to liberal values.

In this historical context, did such diplomats wear the mask of false universalism? Could they have been authentic, legitimate representatives of their states, of their national cultures? Did they adequately project the voices of their own people and their own value systems? These questions cannot be answered in any unequivocal way, not least because the answers are conditioned by a particular political moment and engage much broader and deeper debates about political legitimacy. What is clear is that these diplomats were the duly accredited representatives of their states, formally admitted as members of the United Nations.

If individual diplomats from Muslim states were removed from their own people by culture and by class, that did not necessarily differentiate them from their European and US counterparts, many of whom were also distanced from prevailing norms in their own societies. One needs only to consider the ferocity of the US struggle over civil rights in the 1960s to recognize how shallow was the concept of human rights in the US, for example. In the early 1950s, US Senator John Bricker – vice presidential nominee in the 1948 US presidential election – described the proposed human rights covenant as "completely foreign to American law and tradition" and sought to "bury [it] so deep that no one holding office will ever dare to attempt its resurrection."[115] Indeed, in 1953 the US announced

[114] UNGA Third Committee, 3d Sess., at 37 (1948).
[115] Lauren, *supra* note 3, at 246.

– and widely disseminated – its intention not to ratify the covenants, and soon thereafter it essentially withdrew from the negotiation process.[116]

Eleanor Roosevelt protested that decision, despairing that "We have sold out to the Brickers and the McCarthys."[117] George Kennan, however, suggested that it was Eleanor Roosevelt who was out of touch and out of reach of Washington, writing in a confidential memo that "numbers of people who play important parts in UN affairs, both within the [State] Department and in our delegation in New York, have grown up in their official duties with a different philosophy of foreign affairs than that which prevails elsewhere in the Department."[118] (Indeed, many in the US were suspicious of the UN: US employees of the UN were prime suspects for the McCarthy witch hunt of the 1950s.)

The diplomats representing Muslim states were not populist representatives of Muslim or Arabo-Muslim culture, but several other facts raise doubts about the extent to which their participation should be discounted as complicit support of Western civilizational hegemony. Under conditions of false universality, one might have expected delegates acting as Western proxies to offer proposals that could be easily endorsed by the hegemonic powers. That was not often the dynamic with proposals from Muslim delegations. From the outset, Arabo-Muslim delegates identified with victims of human rights violations. The plight of Palestinian refugees was the only topic that was allowed to interrupt the Third Committee's consideration of the UDHR during the fall of 1948, and a report by the UN mediator on Palestine brought human rights considerations into clear focus for all the Middle Eastern delegates.[119]

---

116 Discussion of the policy shift, instructions to US diplomats, and reports on the reactions of other countries are reproduced in Foreign Relations Of The United States, 1952–1954, *supra* note 33, at 1550–81. The Eisenhower Administration's decision was shaped by several factors, including the remnants of Brickerism and its campaign against so-called treaty law; attention to questions of states' rights (a debate which turned in large part around racial policies) and opposition within the administration to the idea of socioeconomic rights. The US did not resume active participation in the negotiations until the early 1960s, and it did not ratify the ICCPR until 1992.

117 Lauren, *supra* note 3, at 248.

118 George Kennan, *Memorandum by the Director of the Policy Planning Staff to the Secretary of State, in* Foreign Relations Of The United States, 1949, Vol. II, at 27 (1974).

119 *See* UNGA Third Committee, 3d Sess., at 194–98, 206–11 (1948) (hearing of Ralph Bunche, U.N. Acting Mediator on Palestine).

The Saudi Arabian delegate regularly seized opportunities to remind Western powers of the suffering of peoples whose rights were not respected. From the earliest debates in the Third Committee he protested the apparent dominance of Western traditions and alerted colleagues of his intention to challenge the language of the draft Declaration where its provisions ran counter to "Eastern" culture.[120] Through twenty years of debate, delegates from Muslim states demonstrated that they did not always share the same views among themselves, and Western states did not always side with proposals that many would view in keeping with Western values. At various moments, for example, Western states resisted efforts to include liberal provisions for non-discrimination, minority rights, and gender equality as well as strong measures of implementation.

On several occasions, Muslim states played their hand by calling upon hegemonic states to live up to their own proclaimed values, in the overseas territories that they controlled. Do such self-interested moves cast doubt on the sincerity of Muslim delegates and their commitment to the human rights project? Perhaps. Yet the record inscribed on several hundred pages of UN documents suggests that no delegate, from any country, was immune to political considerations.

With few exceptions, those involved in the process were statesmen and diplomats, not human rights activists or advocates. Some may have been skeptical or cynical all the way through. It does seem, however, that diplomats occasionally allowed themselves to be taken by the moment, inspired by a vision. Thus we find the lofty words of Syrian delegate Abdul Rahma Kayaly, offered to the UN UNGA immediately following acclamation of the UDHR: "[C]ivilization [has] progressed slowly, through centuries of persecution and tyranny, until, finally, the present declaration [has] been drawn up. […] Now at last the peoples of the world [will] hear it proclaimed that their aim [has] been reached by the United Nations."[121]

At the same time, it is important to recognize that participants represented governments, and governments pursue their interests in multiple ways. Contradictory forces are often at work. Moravcsik points out, for example, that in Western Europe, the 1949 to 1950 negotiations

120 UNGA Third Committee, 3d Sess., at 49 (1948).
121 UNGA Plenary, at 922 (1948).

for the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms inspired an odd coalition that united "established democracies […] with dictatorships and transitional regimes in opposition to [the human rights convention]." Contrary to expectation, within Europe at the time, "[t]he primary proponents of reciprocally binding human rights obligations were [not the tried and true democracies but] instead the governments of newly established democracies."[122]

It is sometimes argued that countries endorse or ratify human rights standards because they wish to uphold national culture (the West) or because they wish to impress outsiders (the rest). With regards to postwar Europe, and post-Soviet Europe, Moravcsik has shown that those with greatest incentives to endorse universal human rights standards are political elites in newly democratized countries, who seek to lock-in democratic gains.[123]

All of these considerations complicate the effort to assess the degree to which Muslim states, and Muslim statesmen, participated fully and in full representation of their government and their society. The claim of false universalism can neither be sustained nor fully eliminated. There is one important way, however, in which Muslim-state delegates, and the societies they represented, were indisputably at a disadvantage throughout the twenty-year period of negotiation.

In addition to formal, diplomatically accredited representation at the UN, Western society was present and participated in the construction of human rights norms through several international NGOs (themselves accredited to the UN). Muslim states had no comparable presence. Whereas voting rules and elaborate procedural mechanisms formally ensured a level playing field for state representatives at the UN, it can be argued that the presence of mostly Western NGOs opened up a channel of participation for Western society that enhanced a process of legitimation for the human rights standards in those societies.

It has already been noted the Saudi Arabian delegate's ire when Eleanor Roosevelt, as chair of the Human Rights Commission, explained

122 Andrew Moravcsik, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, 54 Int'l Org. 217, 219–20 (2000).

123 *Id.* at 245–46.

to the Third Committee that the draft article on freedom of religion had been approved by the Commission "only after lengthy debate and as a result of consultation with representatives of different religious communities."[124] This was the comment that inspired Baroody to ask the delegates from Lebanon and France if they had consulted the Muslim populations under their jurisdiction.

International NGOs with access to the UN and national delegations were able to provide both commentary and input as drafts were being constructed. In this way, some of the most difficult social issues faced by Western society at the time (such as divorce) were removed from or finessed in the text, with no great fanfare. If the Muslim concerns about changing religion had initially been handled in this manner, Saudi Arabia might have joined other Muslim states in casting its vote for the UDHR.

One may speculate about the likely outcome had NGOs from the Middle East and Muslim states (such as there were) been represented in the UN family from 1946 to 1966. If Muslim voices of the day had been joined to those representing Catholics, Protestants, Quakers, and Jews, how might the mix of views have been different and how would negotiation of the text have been affected? As a result of Muslim lobbying, some rights might have been couched in more restrained language – but inclusion of voices from Muslim society might just as readily have enhanced some liberal views. We cannot exclude the possibility, for example, that a liberal perspective on gender rights would have been strengthened. Tunisia, after all, produced its very liberal Code of Personal Status in 1956, after President Bourguiba consulted with clerics and encouraged an active women's lobby affiliated with the ruling party to lend their support. Such groups, it seems likely, would have formed the backbone of any representation of civil society in that epoch.

There is also a possibility that the active presence of Arab and Muslim representatives of civil society would have garnered attention and support for ideas proposed along the way by individual Muslim delegations. Syria, for example, had put forward the idea of "social justice," and there was sufficient support for the concept to imagine that with active lobbying by

[124] UNGA Third Committee, 3d Sess., at 392 (1948).

civil society organizations, that that idea might have found its way into the final text. Likewise, many states felt that there should be a better articulation of individual duties than is currently found in UDHR Article 29, and Muslim civil society would likely have supported such an idea.[125]

If Muslim civil society had been in a position to savor the fruits of active lobbying efforts, would that have allowed subsequent generations of Muslim citizens to claim ownership of the international standards more easily? And would it have emboldened them to hold their governments accountable to the standards and instruments they had helped to create? In the early years of the long negotiation process, delegates from Muslim states anticipated that there would be international instruments of implementation, possible inspections by the UN, and an appeals mechanism available to individual victims of human rights violations.

Speculation may seem idle at this point, but it is idle only in the sense that events did not unfold as imagined and that history cannot be changed. Counterfactual imagining does invite reflection on the actors, institutions, and the process by which international human rights standards were established. The fact that Muslim civil society was not represented in the sidebar process of constructing international human rights standards may lend some urgency to Falk's concern for the need to attend to inter-civilizational inclusion as human rights standards continue to be developed. The case for revising or reconstructing existing international standards on the grounds that the process of their negotiation was insufficiently participatory is less obvious, or convincing. Rather, it would seem that those interested in advancing democracy and social welfare in the Muslim world have an inherent interest in reclaiming and advertising the history of their own states' participation in the process of assembling those human rights standards.

Many human rights groups operating in the Middle East and Muslim world depend on international standards to anchor their claims for justice, representation, and an array of human rights, yet they appear generally unaware of the degree to which their states were invested in the negotiations

[125] UDHR, *supra* note 2, art. 29. Article 29 begins, "Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible."

that created those standards. The history of Muslim states in the negotiation process has been lost, or mislaid, and it is hoped this essay has contributed to its recovery. This article's emphasis on the contributions of Muslim states is not intended to minimize real and pervasive power differentials or the influence that Western powers have exercised both openly and in more subtle ways. At the same time, we must recognize an ironic truth that hegemonic power is increased when all significant outcomes are ascribed to hegemonic influence. The role of Muslim states in creating the international human rights standards should neither be exaggerated, nor discounted.

CHAPTER 10

The Human Rights Commitment in Modern Islam[1*]

Khaled Abou El Fadl
UCLA School of Law USA

A. Introduction

Of all the moral challenges confronting Islam in the modern age, the problem of human rights is the most formidable. This is not because Islam, as compared to other religious traditions, is more prone to causing or inducing behavior that disregards or violates the rights of human beings. In fact, the Islamic tradition has generated concepts and institutions that could be utilized in a systematic effort to develop social and moral commitments to human rights. But the cause of the formidable challenge to the Islamic tradition pertains to the particular historical dynamics that Muslims have had to confront in the modern age. Political realities – such as colonialism, the persistence of highly invasive and domineering despotic governments, the widespread perception, and reality, of Western hypocrisy in the human rights field, and the emergence and spread of supremacist movements of moral exceptionalism in modern Islam – have contributed to modes of interpretation and practice that are not consistent with a commitment to human rights.[2]

---

1 [*]This chapter is identical to a chapter in the book *Wanted: Equality and Justice in the Muslim Family,* ed. Zainah Anwar, 113–78 (Musawah, 2009), with minor adaptations to style. This chapter is an edited version of an article first published in *Human Rights and Responsibilities,* ed. Joseph Runzo and Nancy Martin (Oxford: Oneworld Publications, 2003).

2 See Mayer, "Rhetorical Strategies and Official Policies on Women's Rights," 104–32.

These political developments, among others, have led to an aggravated process of moral disengagement, and even callousness, toward human suffering, even when such suffering is inflicted in God's name. Put simply, in the contemporary era there has been a systematic undermining and devaluing of the humanistic tradition in Islam, and a process of what could be described as a vulgarization of Islamic normative doctrines and systems of belief. Therefore, exploring the relationship of Islam to the concept of human rights implicates the crucial issue of Islam's self-definition: What will Islam stand for and represent in the contemporary age? What are the symbolic associations that Muslims and non-Muslims will draw when it comes to thinking about the Islamic tradition? A corollary issue will be the relationship between modern Islam and its own humanistic tradition: To what extent will modern Islam associate with and develop the historical experience of Islamic humanism?[3]

In recent times, and well before the tragedy of 9/11, Muslim societies have been plagued by many events that have struck the world as offensive and even shocking. Morally offensive events – such as the publication of *The Satanic Verses* and the consequent death sentence issued against Salman Rushdie; the stoning and imprisoning of rape victims in Pakistan and Nigeria; the public flogging, stoning, and decapitation of criminal offenders in Sudan, Iran, and Saudi Arabia; the degradation of women by the Taliban; the destruction of the Buddha statues in Afghanistan; the sexual violation of domestic workers in Saudi Arabia; the excommunication of writers in Egypt; the killing of civilians in suicide attacks; the shooting in 1987 of over four hundred pilgrims in Mecca by Saudi police; the taking of hostages in Iran and Lebanon; the burning to death in 2002 of at least fourteen schoolgirls in Mecca because they were not allowed to escape their burning school while not properly veiled; and the demeaning treatment that women receive in Saudi Arabia, including the ban against women driving cars, as well as many other events – seem to constitute a long Muslim saga of ugliness in the modern world.

---

3 On the humanistic tradition in Islam, see Boisard, *Humanism in Islam*; Goodman, *Islamic Humanism*; Kraemer, *Humanism in the Renaissance of Islam*; Makdisi, *The Rise of Humanism in Classical Islam and the Christian West*.

My purpose in this chapter is not necessarily to explain the socio-political reasons for the pervasiveness of acts of ugliness in the modern Islamic context. In addition – although, admittedly, I discuss the Islamic tradition as an insider – I do not aim, so to speak, to vindicate or defend Islam by proving that Islamic beliefs and convictions are consistent with human rights. For reasons explained below, I think that adopting such approach would be intellectually dishonest and ultimately not convincing or effective. Rather, the purpose of this article is to discuss the major points of tension between the Islamic tradition and the human rights system of belief and to explore the possibilities for achieving a normative reconciliation between the two moral traditions.

I will identify some of the main obstacles that hamper a serious Islamic engagement with the field, and analyze potentialities within Islamic doctrine for realizing a vision of human rights. In essence, this article will focus on potentialities – i.e. the doctrinal aspects in Muslim thought that could legitimize, promote, or subvert the emergence of a human rights practice in Muslim cultures. In principle, doctrinal potentialities exist in a dormant state until they are co-opted and directed by systematic thought, supported by cumulative social practices, toward constructing a culture that honors and promotes human rights. This article will focus on the doctrinal potentialities or concepts constructed by the interpretive activities of Muslim scholars (primarily jurists), but not on the actual socio-political practices in Islamic history.

One of the powerful attributes of doctrine – especially theological and religious doctrine – is that it does not necessarily have to remain locked within a particular socio-political-historical practice. Religious doctrine can be distilled from the aggregations and accumulations of past historical practices, and reconstructed and reinvented in order to achieve entirely new social and political ends. I do admit that I suffer from a certain amount of optimism about the possibilities of reinterpreting religious doctrine in order to invent new socio-political traditions, without necessarily having to sacrifice either the appearance or substance of authenticity. Put differently, I do believe that even if Islam has not known a human rights tradition similar to that developed in the West, it is possible, with the requisite amount

of intellectual determination, analytical rigor, and social commitment, to demand and eventually construct such a tradition.[4] This is to say that the past influences – but does not completely determine – the future, and if one did not at all believe in the transferability of ideas, and in the possibility of cultural transplants, there would be little point to speaking about a possible relationship between Islam and human rights.

B. Colonialism, Apologetics, and the Muslim Human Rights Discourse

The construct of human rights has achieved notable symbolic significance in the modern world. Politically, whether in fact a nation regularly violates the rights of its citizens or not, most nations go through the pretense of claiming to honor some version of human rights. In the past half-century, human rights has become a significant part of international relations, as there has been a globalization of human rights concerns and discourses. At least since the widespread adoption of what has been referred to as the International Bill of Rights, the idea of human rights has become established as a powerful symbolic construct often used to shame or embarrass governments into exhibiting a higher degree of restraint in dealing with their citizens.

Importantly, in the case of the Muslim world, the human rights movement has, so to speak, won indigenous converts, and as a result, it is not unusual to observe the language of human rights being used as a medium for expressing dissent, and making demands on local governments. This is the case particularly for women's rights activists in the Muslim world who frequently cite international standards and obligations as a means of exerting pressure upon their domestic governments.[5] But aside

4 For the argument that some of what are believed to be ancient traditions are in reality recently crafted constructs, see the introduction and concluding chapter written by Hobsbawm in *The Invention of Tradition*, ed. Hobsbawm and Ranger, 1–14, 263–307.

5 For instance, see Black, *Islam and Justice*; Cotran and Yamani, *The Rule of Law in the Middle East and the Islamic World*; Dwyer, *Arab Voices*; Waltz, *Human Rights and Reform*, 14–34, 216–30. On the impact of the international human rights discourse on Egypt, see Boyle, "Human Rights in Egypt," 87–114. For a more general assessment, but which also focuses on Algeria, see Monshipouri, *Democratization, Liberalization, and Human Rights in the Third*

from localized support and co-optation of the language and paradigms of international human rights by some activists in the process of articulating social and political demands, there has been quite a different dynamic taking place in Muslim countries. Despite the active involvement of countries such as Egypt, Lebanon, and Tunisia in drafting the aspirational language of several international human rights documents, there remained a considerable tension between traditional Islamic law and the normative demands of human rights. This was particularly so in matters relating to personal status laws, equal rights for women, freedom of religion, and harsh Islamic criminal penalties for offences such as theft, adultery, and apostasy.[6] However, the primary intellectual and theological response to the challenge of international human rights followed a pattern that had become well ingrained since the onslaught of colonialism and the taunting criticisms of Orientalists against the Islamic tradition and systems of belief.

Colonialism, and its accompanying institution of Orientalism, had not only played a pivotal role in undermining the traditional institutions of Muslim learning and jurisprudence, but it had also posed a serious challenge to traditional Muslim epistemologies of knowledge and the sense of moral values.[7] Although international human rights law was enshrined in various

World. A particularly insightful analysis is offered by Dalacoura, *Islam, Liberalism and Human Rights*.

6 On the issue of the general tension between Islamic law and human rights law, see Tibi, "Islamic Law/Shari'a and Human Rights," 75–96. On the response of several Muslim countries to international human rights obligations, see Mayer, *Islam and Human Rights*. Mayer critiques the practice of several Muslim countries of entering reservations to human rights treaties providing that they are bound by human rights law only to the extent that such international obligations are consistent with Shari'a law. See also Mayer, "Cultural Particularism as a Bar to Women's Rights," 176–88. On the treatment of religious minorities in traditional Islamic law, and the tension with international human rights law, see Mohammad Tal'at Al Ghunaimi, *The Muslim Conception of International Law and the Western Approach*, 212–16. See also Kelsay, "Saudi Arabia, Pakistan, and the Universal Declaration of Human Rights," 33–52. For two very critical perspectives on the status of women under traditional Shari'a law, see Abdel Halim, "Reconciling the Opposites," 203–13, and Afkhami, "Gender Apartheid and the Discourse of Relativity of Rights in Muslim Societies," 67–77. See also Cooke and Lawrence, "Muslim Women Between Human Rights and Islamic Norms," 313–28. On Islamic criminal punishments and human rights, see An-Na'im, "Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights," 19–43. See also Mayer, "A Critique of An-Na'im's Assessment of Islamic Criminal Justice," 37–60. On freedom of religion in Islam, see Lerner, *Religion, Beliefs, and International Human Rights*, 47–8.

7 See Anderson, *Islamic Law in the Modern World*; Anderson, *Law Reform in the Muslim World*; Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories*, 207–11. On the adoption of secularized law, and the emergence of Western legal professionals in Egypt, see Ziadeh, *Lawyers, the Rule of Law,*

treaties during a period in which most Muslim countries had gained political independence, the experiences of colonialism and post-colonialism influenced the Muslim intellectual response in several important respects. Muslims did not first encounter Western conceptions of human rights in the form of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948, or in the form of negotiated international conventions. Rather, they encountered such conceptions as part of the "White Man's Burden" or the "civilizing mission" of the colonial era, and as a part of the European natural law tradition, which was frequently exploited to justify imperialistic policies in the Muslim world.[8]

This experience has had a significant impact on the understanding of human rights in the Muslim social imagination, and on the construction of Islamic discourses on the subject. The most important, among Muslim intellectuals, was the perception that the human rights field is thoroughly political, and that it is plagued by widespread Western hypocrisy. The aggravated politicization of the issue of human rights meant that, quite frequently, the field became a battleground for competing cultural orientations within Muslim societies. In the writings of some dogmatists such as Sayyid Qutb, Abu A'la al-Mawdudi, and Jalal Kishk, the human rights discourse was portrayed as a part of the Western cultural invasion of Muslim lands, and as a tool for instilling Muslims with a sense of cultural inferiority. Although in the late nineteenth and early twentieth centuries there were several systematic efforts to come to terms with the Western natural law tradition in general[9] and human rights more specifically,

and Liberalism in Modern Egypt, 3–61.

8 The classic studies on Orientalism and its effects remain those of Said, *Orientalism* and *Culture and Imperialism*. For a probing survey of Orientalism and its practices, see Turner, *Orientalism, Postmodernism and Globalism*, 3–114. See also Hussain, Olson and Qureshi, *Orientalism, Islam, and Islamists*. For an informative survey of Orientalism and its practices, see Macfie, *Orientalism*. Euben in *Enemy in the Mirror* argues somewhat persuasively that Islamic fundamentalism is a form of critique or protest against rationalist modernism. On the emergence of the feminist discourse and the "White Woman's Burden," see A. Ali, *The Emergence of Feminism Among Indian Muslim Women 1920–1947*; Ahmed, *Women and Gender in Islam*; Charrad, *States and Women's Rights*; Chaudhuri and Strobel, *Western Women and Imperialism*; Jayawardena, *The White Woman's Other Burden*; S. Ali, *Gender and Human Rights in Islam and International Law*.

9 This period has been described by some scholars as the liberal age of modern Islam. See Binder, *Islamic Liberalism*; Brown, *Rethinking Tradition in Modern Islamic Thought*; Hourani, *Arabic Thought in the Liberal Age*; Lee, *Overcoming Tradition and Modernity*. Lee focuses on the reformative thought of four modern influential Islamic thinkers. For excerpts from the

increasingly the Muslim intellectual response could be summed up within two predominate orientations, the first apologetic and the second defiant or exceptionalist.

The apologetic orientation consisted of an effort by a large number of Islamists to defend and salvage the Islamic system of belief and tradition from the onslaught of Westernization and modernity by simultaneously emphasizing both the compatibility and the supremacy of Islam. Apologists responded to the intellectual challenges of modernity and to universalist Western paradigms by adopting pietistic fictions about the presumed perfection of Islam, and eschewed any critical evaluation of Islamic doctrines. A common heuristic device of apologetics was to argue that any meritorious or worthwhile modern institutions were first invented and realized by Muslims. Therefore, according to the apologists, Islam liberated women, created a democracy, endorsed pluralism, and protected human rights, long before these institutions ever existed in the West.[10]

Muslim apologists generated a large body of texts that claimed Islam's inherent compatibility with international human rights, or even claimed that Islam constituted a fuller and more coherent expression of human rights. These texts followed the same basic pattern and methodology; they produced a list of rights purportedly guaranteed by Islam, and the rights listed coincided, or were correlated, most typically with the major human rights articulated in the UDHR. Most often, in order to demonstrate the point, these texts would selectively cite a Qur'anic verse, or some anecdotal report attributed to the Prophet, for each of the purported rights.

Nonetheless, these rights were not asserted out of critical engagement with Islamic texts, or the historical experience that generated these texts, or even out of a genuine ideological commitment or a rigorous understanding of the implications of the rights asserted. Rather, they were asserted primarily as a means of resisting the deconstructive effects of Westernization, affirming self-worth, and attaining a measure of emotional

works of Muslim liberals, see Kurzman, *Liberal Islam*. See also Isik, *The Religion Reformers in Islam*.

10 For a critical, and similarly grim, assessment by a Muslim intellectual of the impact of apologetics upon Muslim culture, see Ramadan, *Islam, the West and the Challenges of Modernity*, 286–90. For an insightful analysis of the role of apologetics in modern Islam, see Smith, *Islam in Modern History*.

empowerment. The apologetic orientation raised the issue of Islamic authenticity in relation to international human rights, but did not seriously engage it. By simply assuming that Islam presented a genuine and authentic expression of international human rights, the apologetic orientation made those international rights redundant.

This led to an artificial sense of confidence, and an intellectual lethargy that neither took the Islamic tradition nor the human rights tradition very seriously. One of the serious consequences of this orientation was that, to date, a serious analytical Islamic discourse on human rights has not emerged. By pietistically affirming the place of human rights in Islam instead of investigating it, the apologetic movement simply avoided confronting the points of tension between the two convictional systems.[11]

One notices a near-complete absence of any systematic philosophical and theological treatment of the issue of human rights in Islam. As discussed later, in contrast to speculative theological works of classical Islam, and the often complex rights conceptions of premodern Islam, contemporary Islamist approaches remained superficial. For instance, during the heyday of socialist ideologies in the Third World, a large number of Islamists insisted that the essential character of the Islamic approach to rights is collectivism and not individualistic. But in the 1980s, with the increasing influence of the United States on the world scene, a large number of Islamists claimed that Islam emphasized individualistic conceptions of rights and guaranteed the right to private property.

C. Puritanism, Anti-Westernism, and Exceptionalism in Muslim Discourses

In the 1970s, much of the Muslim world witnessed an Islamic resurgence, which took the form of a powerful puritan movement demanding a return to an authentic Islamic identity through the reimplementation of Shari'a law. The return to an authentic Islamic identity as well as the call for the

11 On this subject, see the collection of articles in An-Na'im et al., *Human Rights and Religious Values*.

reassertion of Shari'a law were recurrent themes during the colonial era. Both the Wahhabi[12] and the Salafi[13] theological movements – the main proponents of puritan Islam – had emerged during the colonial era and remained active throughout the twentieth century. But for a variety of reasons, including aggressive proselytizing and the generous financial support of Saudi Arabia, these two movements became practically indistinguishable from each other, and they also became a dominant theological force in contemporary Islam.

Puritanism resisted the indeterminacy of the modern age by escaping to a strict literalism in which the text became the sole source of legitimacy. It sought to return to the presumed golden age of Islam, when the Prophet created a perfect, just polity in Medina. According to the puritans, it was imperative to return to a presumed pristine, simple, and straightforward Islam, which was believed to be entirely reclaimable

12 The foundations of Wahhabi theology were set into place by the eighteenth-century evangelist Muhammad b. 'Abd al-Wahhab (d. 1206/1792). With a puritanical zeal, 'Abd al-Wahhab sought to rid Islam of all the corruptions that he believed had crept into the religion – corruptions such as mysticism, including the doctrine of intercession and rationalism. The simplicity, decisiveness, and incorruptibility of the religious thought of 'Abd al-Wahhab made it attractive to the desert tribes, especially in the area of Najd. 'Abd al-Wahhab's ideas would not have spread even in Arabia had it not been for the fact that in the late eighteenth century the Al Saud family united itself with the Wahhabi movement and rebelled against Ottoman rule in Arabia. The Wahhabi rebellion was considerable, at one point reaching as far as Damascus in the north and Oman in the south. Egyptian forces under the leadership of Muhammad 'Ali in 1818, however, quashed the rebellion after several failed expeditions and Wahhabism seemed to be on its way to extinction. Nevertheless, Wahhabi ideology was resuscitated once again in the early twentieth century under the leadership of 'Abd al-Aziz b. Al Sa'ud (r. 1319–1373/1902–1953), who adopted the puritanical theology of the Wahhabis and allied himself with the tribes of Najd, thereby establishing the nascent beginnings of what became Saudi Arabia.

13 Salafism is a creed founded in the late nineteenth century by Muslim reformers such as Muhammad 'Abduh (d. 1323/1905), Jamal al-Din al-Afghani (d. 1314/1897), Muhammad Rashid Rida (d. 1354/1935), Muhammad al-Shawkani (d. 1250/1834), and al-Jalal al-San'ani (d. 1225/1810). Salafism appealed to a very basic and fundamental concept in Islam, that Muslims ought to follow the precedent of the Prophet and his rightly guided Companions (*al-salaf al-salih*). The founders of Salafism maintained that on all issues Muslims ought to return to the original textual sources of the Qur'an and the Sunna (precedent) of the Prophet. In doing so, Muslims ought to reinterpret the original sources in light of modern needs and demands without being slavishly bound to the interpretive precedents of earlier Muslim generations. Methodologically, Salafism is nearly identical to Wahhabism except that Wahhabism is far less tolerant of diversity and differences of opinion. By the 1980s, however, Wahhabism co-opted the language, symbolisms, and even the very name of Salafism and, therefore, was able to spread in the Muslim world under the Salafi label.

by a literal implementation of the commands and precedents of the Prophet and by a strict adherence to correct ritual practice. The puritan orientation also considered any form of moral thought that was not entirely dependent on the text to be a form of self-idolatry, and treated humanistic fields of knowledge, especially philosophy, as "the sciences of the devil." It also rejected any attempt to interpret the divine law from a historical or contextual perspective and, in fact, treated the vast majority of Islamic history as a corruption or aberration of the true and authentic Islam. The dialectical and indeterminate hermeneutics of the classical jurisprudential tradition were considered corruptions of the purity of the faith and law, and the puritan movement became very intolerant of the long-established Islamic practice of considering a variety of schools of thought to be equally orthodox. It attempted to narrow considerably the range of issues upon which Muslims may legitimately disagree.

In many respects, the puritan movement reproduced the mental sets adopted by the apologetic movement. It eschewed any analytical or historical approaches to the understanding of the Islamic message and claimed that all the challenges posed by modernity are eminently resolvable by a return to the original sources of the Qur'an and the *Sunnah*. Unlike the apologetic orientation, however, the puritans insisted on an Islamic particularity and uniqueness and rejected all universalisms, except the universals of Islam. The puritans reacted to the eagerness of the apologists to articulate Islam in a way that caters to the latest ideological fashion by opting out of the process. In the puritan paradigm, Islam is perfect, but such perfection meant that ultimately Islam does not need to reconcile itself or prove itself compatible with any other system of thought. According to this paradigm, Islam is a self-contained and self-sufficient system of beliefs and laws that ought to shape the world in its image, rather than accommodate human experience in any way.

This attitude, in good part, emerged from what is known as the *hakimiyya* debates in Islamic history (dominion or sovereignty). According to the puritans, in Islam dominion properly belongs to God alone, who is the sole legislator and lawmaker. Therefore, any normative position that is derived from human reason or sociohistorical experience is fundamentally

illegitimate. The only permissible normative positions are those derived from the comprehension of the divine commands, as found in divinely inspired texts. Not surprisingly, the puritan orientation considered all moral approaches that defer to intuition, reason, contractual obligations, or social and political consensus to be inherently whimsical and illegitimate. All moral norms and laws ought to be derived from a sole source: the intent or will of the Divine.

As to the issue of universal human rights, it is not entirely accurate to describe the puritan orientation as exceptionalist because the puritans did not seek a relativist or cultural exception to the universalism of human rights. Rather, the puritan claim was that whatever rights human beings are entitled to enjoy, they are entirely within the purview of Shari'a law. It is important to realize that the puritans did not deny, in principle, that human beings have rights; they contended that rights could not exist unless granted by God. Therefore, one finds that in puritan literature there is no effort to justify international rights on Islamic terms but simply an effort to set out the divine law, on the assumption that such a law, by definition, provides human beings with a just and moral order.

Nevertheless, despite the practice of waving the banner of Islamic authenticity and legitimacy, the puritan orientation was far more anti-Western than it was pro-Islamic. The puritans' primary concern was not to explore or investigate the parameters of Islamic values or the historical experience of the Islamic civilization but to oppose the West. As such, Islam was simply the symbolic universe in which they functioned and not the normative imperative that created their value system. Although the puritans pretended that the Shari'a comprised a set of objectively determinable divine commands, the fact is that the divine law was the by-product of a thoroughly human and fallible interpretive process. Whatever qualified as a part of the Shari'a law, even if inspired by exhortations found in religious texts, was the product of human efforts and determinations that reflected subjective sociohistorical circumstances. As such, the determinations of the puritans were as subjective and contextual as any of the earlier juristic interpretations in Islam.

However, the most noticeable aspect regarding the puritan determinations was their reactive nature. The puritan orientation was as alienated and superficially anchored in the Islamic tradition as the apologetic orientation. Puritanism understood and constructed Islam only through the prism of seeking to be culturally independent from the West. As such, its primary operative mode was to react to Western supremacy in the modern world by, effectively, constructing Islam into the antithesis of the West, or at least the antithesis of an essentialized view of the West. This reactive stance was significant because it shaped much of the puritan discourse on the idea of universal human rights. Since international human rights was seen as distinctly Western in origin, they were opposed on these grounds alone and, in fact, Islamic scholars who espoused some form of doctrinal reconciliation were thought of as suffering from Westoxification and, consequently, treated as betrayers of the Islamic tradition.

D. The Human Rights Commitment and Ambiguity in Islam

Between the two dominant responses of apologetics and puritanism, Islamic discourse on the subject of human rights has remained vastly underdeveloped.[14] Consequently, there has been much ambiguity surrounding what may be called the human rights commitment in modern Islam. In essence, a human rights commitment emerges from a convictional paradigm: human rights is a moral and normative belief about the basic worth and standard of existence that ought to be guaranteed for any human being.[15] Whether this belief is founded on a vision of human dignity, rational capacity, or freedom from harm and suffering, in its essence it expresses a commitment to the well-being of the human being. Even collectivist or communitarian visions of rights are often forced to justify their commitments by claiming to provide for the well-being of most of the members of the imagined community or collectivity.

14 For an overview of the Islamic response to international human rights, see Brems, *Human Rights*, 183–293; Mayer, "The Dilemmas of Islamic Identity," 94–110.

15 See the discussion on this point by Ignatieff, *Human Rights*, 53–94.

Importantly, visions of human rights do not necessarily seek to exclude subjective or contextual perceptions of rights or entitlements. Such visions are not necessarily premised on the idea that there is a fixed set of human rights that is immutable and unevolving from the dawn of history until today. However, human rights visions do tend to objectify and generalize the subjective experiences of human beings. By evaluating the sociohistorical experience of human beings – the demands made for protection and the resistance offered to these demands – and by evaluating the impact of practices that cause suffering, degradation, or deny people the ability to develop, it becomes possible to articulate objectified visions of a universal set of rights that ought to be enjoyed by all human beings.[16]

At the legalistic level, arguably the so-called Bill of International Human Rights has already recognized what ought to be objective standards for human conduct, and such standards are binding on all nations of the world, even as to states that have not become signatories to the two human rights covenants. But whether the legal argument is valid or not, the universal human rights schemes have the unmistakable characteristic of an ideology that, very much like a religious faith, believes that human beings ought to be treated in a certain way because, quite simply, as a matter of conviction it is what is right and good. Once a claim of right is objectified, unless it goes through a process of deconstruction and de-objectification, as a matter of commitment and belief, it becomes binding to all. It also becomes a measure by which to judge the behavior of violators.[17]

---

16 For instance, one can speak of a right to education because of the fact that such a right has been demanded and often denied. On the other hand, one normally does not speak of a right to go to the toilet because that function is normally not demanded and then denied. However, one might start articulating such a right if, for instance, state or non-state actors are torturing a prisoner by denying him or her access to such facilities. I am not necessarily articulating a sociological understanding of human rights. A right could exist as a perennial right for eternity, but it is not recognized or claimed until human experience demonstrates the need to recognize or claim it. On the social recognition and promotion of rights, see Martin, *A System of Rights*, 24–97.

17 This is well exemplified by the unfortunate practice of retaliatory "political" rapes that exist in some countries. Once a woman's right to be free of sexual molestation is recognized, political rapes become indefensible regardless of the applicability of the legal argument. Whether rape is mentioned in an international declaration or treaty, and whether a particular country is a signatory to a particular covenant or not, is treated as irrelevant to assessing the moral wrong of retaliatory rapes. On retaliatory rapes, see Haeri, "The Politics of Dishonor," 161–174.

One of the major aspects that human rights schemes share with religious systems is the objectification of subjective experience. The tension between religion and human rights, as systems of convictional reference, is not in the subjective experience. Genuine regard for human rights may be subjectively experienced in a fashion that is entirely consistent with one's religious convictions.[18] Put differently, a religious person's unique set of experiences may resolve all possible tensions between his/her own personal religious convictions and human rights. At the subjective level, individuals may feel that they have not experienced any irreconcilable conflicts between their commitment to human rights and their religious convictions.

Rather, the tension between the convictional systems of religion and human rights exist in the objectified standards and realities that each system claims.[19] Put rather bluntly, which of the two generalized and objectified systems warrants deference and which constitutes the ultimate frame of reference? Unless one argues, as was claimed in the classical natural law tradition, that God willed that human beings have a particular set of rights, the tension between the two systems becomes inevitable.[20] If the generalized and objectified set of human rights asserted by people just happens to be exactly the same as the divinely ordained set of rights, then, in effect, the tension is resolved, or such a tension never really existed in the first place. The tension is most pronounced, however, when the objectified religious experience is inconsistent with the objectified claims to human rights. This is especially the case when, as is the situation today, such claims arise from a fundamentally secular paradigm.[21]

---

18 By an exercise of personal volition, an individual may resolve most, if not all, conflicts between religious conviction and human rights claims. For instance, although the divine law may decree that the hands of a thief be severed, I may refuse to sever anyone's hands, or even refuse to prosecute anyone if the punishment is so harsh. Likewise, I may abstain from stoning an adulterer or adulteress to death, or refuse to take part in a proceeding that would result in a stoning. Of course, the more a system is compulsory and the more it denies individual volition, the more exasperated the tension becomes between the subjective experience and human rights standards.

19 On the dynamics between religion and human rights, see Marty, "Religious Dimensions of Human Rights," 1–16.

20 See Mitchell, *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, 103–18; Tuck, *Natural Rights Theories*, 5–31. On religion and the natural rights tradition, see Gordis, "Natural Law and Religion," 240–76; Sigmund, *Natural Law in Political Thought*, 36–89; Strauss, *Natural Right and History*, 81–164.

21 See Monshipouri, *Islamism, Secularism, and Human Rights in the Middle East*, 207–35.

The ambiguity one finds in modern Muslim discourses regarding a commitment to human rights is due to the failure to confront the two objectified experiences of Islam and human rights. The apologetic discourse avoided the issue by assuming that the two experiences must be one and the same, and that God has granted human beings the same set of rights found in the international human rights discourse. But such a claim was not made out of a process of reobjectifying or reconstructing Islam so as to engineer such a consistency. In light of the colonial experience and the perception of the vast hypocrisy in human rights practices, many Muslims did not take the human rights discourses seriously enough to effectuate such an engineering of the objectified experience of Islam.

The puritan orientation, on the other hand, opted out of the process altogether and, asserting the supremacy of Islam as a convictional system, rejected as a matter of principle the process of re-engineering or reobjectifying Islam in order to resolve such a tension. This is what accounts for the puritan orientation's defiant stance toward contemporary international human rights claims and its assumption that Islamic imperatives must necessarily be very different from the imperatives set by human rights commitments. The irony, however, is that by taking such a stance, the puritan orientation ended up negating the integrity of the Islamic experience and, in the name of being different, voided what could be genuinely Islamic and, at the same time, consistent with the international human rights tradition.

Acknowledging the primacy of the apologetic and the puritan approaches in modern Islam does not mean that the problematic relationship between the two convictional systems of Islam and human rights is fundamentally irresolvable. In fact, such an acknowledgement is a necessary precondition for developing a critical mass of analytically rigorous Islamic treatments of the issue. There have been some serious efforts, especially in Iran, to deal with the tension between the two systems, but to date such efforts have not reached a critical mass where they may constitute a serious intellectual movement.[22]

Methodologically, many of these efforts have tried to locate a primary Islamic value, such as tolerance, dignity, or self-determination, and utilize

[22] For the Iranian context, see Mir-Hosseini, *Islam and Gender*; Soroush, *Reason, Freedom and Democracy in Islam*, 61–4, 122–30, 132–3.

this value as a proverbial door by which the human rights tradition may be integrated into Islam. Other efforts, however, have relied on a sort of original-intent argument, namely, that God's original intent was consistent with a scheme of greater rights for human beings but that the sociohistorical experience was unable to achieve a fulfilment of such an intent.[23] My point here is not to critique these methodological approaches, and I do not necessarily even disagree with them. I do think, however, that Islamic discourses need to go further than either identifying core values or constructing arguments about a historically frustrated divine will.

It is not an exaggeration to say that what is needed is a serious rethinking of the inherited categories of Islamic theology. Nonetheless, in my view, what is needed is not a human-centered theology, but a rethinking of the meaning and implications of divinity, and a reimagining of the nature of the relationship between God and creation. It is certainly true that in Qur'anic discourses God is beyond benefit or harm, and therefore all divine commands are designed to benefit human beings alone and not God. One of the basic precepts of Shari'a is that all laws are supposed to accrue to the benefit of human beings, who are ultimately charged with fulfilling the divine covenant.[24] But in and of itself, this avowed goal of Islamic law is not sufficient to justify a commitment to human rights. Rather, the challenge is to reimagine the nature of the divine covenant, which defines the obligations and entitlements of human beings, in order to centralize the imperative of human rights, and to do so from an internally coherent perspective in Islam.

From an internal perspective, the question is: Is the subjective belief of human beings about their entitlements and rights relevant to identifying or defining those entitlements and rights? May human beings make demands upon each other, and God, for rights and, upon making such demands, become entitled to such rights? As Islamic theology stands right now, the answer would clearly be that, in the eyes of God, the demands of human beings are irrelevant to their entitlements. God is not influenced one way

[23] For instance, see An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation* and "Islamic Foundations of Religious Human Rights," 337–59; Esack, *Qur'an, Liberation, and Pluralism*; Kamali, *The Dignity of Man*; Moussalli, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism, and Human Rights*; Sachedina, *The Islamic Roots of Democratic Pluralism*.

[24] For elaboration on this, see Abou El Fadl, *Speaking in God's Name*, 32–3.

or the other by human demands, and it is heretical to think otherwise. This response given by traditional Islamic theology does not necessarily preclude a recognition of human rights, but I do believe that such a response creates the potential for foreclosing the possibility of giving due regard to the evolving field of universal human rights.

As I noted earlier, I am dealing with potentialities and not absolute determinations. Therefore, as argued below, giving a different response to these questions could contribute to, or could create, a potential for resolving what I described as the problematic tension between human rights schemes and Islam. I will argue that in order to create an adequate potential for the realization of a human rights commitment in Islam, it is important to visualize God as beauty and goodness, and that engaging in a collective enterprise of beauty and goodness, with humanity at large, is part of realizing the divine in human life.

E. God's Sovereignty and the Sovereignty of Human Well-Being

The well-known Muslim historian and sociologist Ibn Khaldun (d. 784/1382) separated all political systems into three broad types. The first he described as a natural system, which approximates a primitive state of nature. This is a lawless system in which the most powerful dominates and tyrannizes the rest. The second system, which Ibn Khaldun described as dynastic, is tyrannical as well but is based on laws issued by a king or prince. However, due to their origin, these laws are baseless and capricious, and so people obey them out of necessity or compulsion, but the laws themselves are illegitimate and tyrannical. The third system, and the most superior, is the caliphate, which is based on Shari'a law. Shari'a law fulfils the criteria of justice and legitimacy, and binds the governed and governor alike. Because the government is bound by a higher law that it may not alter or change, and because the government may not act whimsically or outside the pale of law, the caliphate system is, according to Ibn Khaldun, superior to any other.

Ibn Khaldun's categorization is not unusual in premodern Islamic literature. The notion that the quintessential characteristic of a legitimate Islamic government is that it is a government subject to and limited by Shari'a law is repeated often by premodern jurists. Muslim jurists insisted that a just caliph must apply and himself be bound by Shari'a law. In fact, some such as the jurist Abu al-Faraj al-Baghdadi Ibn al-Jawzi (d. 597/1200) asserted that a caliph who tries to alter God's laws for politically expedient reasons is implicitly accusing the Shari'a of imperfection.

In the imaginary constructs of Muslim jurists, Shari'a was seen as the bulwark against whimsical government, and as the precondition for a just society. Although this point is often ignored in modern discourses, Shari'a was, at least at the symbolic level, presented as a constraint on the power of the government. The very notion that informed the concept of Shari'a law was that Shari'a is not the law of the state but the law that limits the state. The premodern jurists insisted that the state or the ruler cannot make or formulate Shari'a law. Particularly after the third/ ninth century, it had become fairly well established that it was the jurists (*'ulama'*) who were the legitimate spokespersons for the divine law – an idea that was expressed in the oft-repeated phrase that the *'ulama'* are the inheritors of the Shari'a.

The state could pass and adopt rules and regulations, as might be necessary in order to serve the public interest, but only as long as such rules and regulations did not violate Shari'a law. Any rules or regulations enacted by the state did not constitute a part of Shari'a law, but were treated as merely administrative in nature. Administrative laws, or what might be called executive laws, were, unlike Shari'a law, considered temporal and mundane; they were a legitimate means for achieving specific contextual ends, but such laws had no claim to divinity and had no precedential value beyond their specific context and time.

The notion of a government constrained by laws, and the denial to the executive power of unfettered discretion in dealing with the ruled, does tend to support conditions that are conducive for the protection of human rights. Arguably, Shari'a law, as articulated by jurists, could support a conception of rights that, in most situations, are immune from government interference or manipulation. The fact that the interpretations of jurists are endowed

with a certain measure of sanctity – as long as such interpretations tend to respect the honor and dignity of human beings – could empower these juristic interpretations against the vagaries and indiscretions of political powers and contribute to the protection of human dignities.

In fact, in Islamic historical practice, Muslim jurists did form a class that exercised considerable moral power against the government and helped to play a mediating role between the rulers and the ruled. Historically, Muslim jurists often represented the ruler to the ruled, and the ruled to the ruler, and acted to stem and balance against political absolutism. They did so by negotiating power, and yielding their moral authority in favor of the ruler or the ruled, depending on the sociohistorical context and the competing normative demands confronting them. Throughout Islamic history, the *'ulama'* performed a wide range of economic, political, and administrative functions, but most importantly, they acted as negotiative mediators between the ruling class and the laity. As Afaf Marsot states: "[The *'ulama'*] were the purveyors of Islam, the guardians of its tradition, the depository of ancestral wisdom, and the moral tutors of the population."[25] Importantly, until the modern age Muslim jurists, as a class of legal technocrats, never assumed power directly and did not demand that they be allowed to assume direct political power.[26] Therefore, theocratic rule, until the contemporary age, was virtually unknown in Islam.[27]

The problem, however, is that Shari'a is a general term for a multitude of legal methodologies and a remarkably diverse set of interpretive

---

25 Marsot, "The Ulama of Cairo in the Eighteenth and Nineteenth Century," 149.

26 After the evacuation of the French in Egypt in 1801, 'Umar Makram with the assistance of the jurists overthrew the French agent left behind. Instead of assuming power directly, the jurists offered the government to the Egyptianized Albanian Muhammad 'Ali. See Marsot, "The Ulama of Cairo," 149–65.

27 Modernity, however, through a complex dynamic, turned the *'ulama'* from 'vociferous spokesmen of the masses' into salaried state functionaries that play a primarily conservative, legitimist role for the ruling regimes in the Islamic world. See Crecelius, "Egyptian Ulama and Modernization," 167–209. Crecelius makes this point about the *'ulama'* of Egypt in the modern age. However, see Ajami, "In the Pharaoh's Shadow," 18; Mortimer, *Faith and Power*, 91, 95; Ruthven, *Islam in the World*, 179. Of course, there are notable exceptions in contemporary Islamic practice. Many clerics became prominent opponents of the present Muslim regimes, and suffered enormously for their troubles. To my mind, the disintegration of the role of the *'ulama'* and their co-optation by the modern praetorian state, with its hybrid practices of secularism, has made Islamic normative determinations all the less rich. On the idea of the praetorian state, see Perlmutter, *Egypt*.

determinations.[28] In fact, the negotiative role played by Muslim jurists points to the subjective element in Shari'a interpretations. Despite the dogmatic assumptions of many Muslim activists, Shari'a law constitutes the sum total of the subjective engagements of legal specialists with texts that purport to represent the divine will. The extent to which Shari'a law will provide for certain rights – to be retained by individuals or even communities, which are held as immunities against possible transgressions by others – largely depends on the subjective determinations of Muslim jurists.

I am not arguing that Islamic texts do not provide for objectivities whatsoever, or that they do not constrain, and even limit, the interpretive activities of jurists. My argument is that the idea of limited government in Islam is as effective as the constraints and limitations that the subjective interpreter is willing to place upon such a government. In other words, the reliance on Shari'a, or on Islamic texts, is not in and of itself a sufficient guarantee of human rights. What is needed is a normative commitment by the subjective interpreters of the law in favor of such rights.

It is quite possible for a government to implement faithfully the technical rules of Shari'a, but otherwise violate the rights of human beings. A government could implement Shari'a's criminal penalties, prohibit usury, dictate rules of modesty, and so on, and yet remain a government of unrestrained powers against its citizens. This is because unless the conception of government is founded around core moral values about the normative purpose of Shari'a and unless there is a process that limits the ability of the government to violate those core moral values, the idea of a government bound by Shari'a remains vague.

Much of the debate on the subjective moral commitments that underlie the implementation of Shari'a harks back, however, to the issue of God's legislative sovereignty. This is known in Islamic discourses as the *hakimiyya* debate. Arguably, it is meaningless to speak of normative moral

[28] Structurally, Shari'a is comprised of the Qur'an, Sunna, and *fiqh* (juristic interpretive efforts). Substantively, the Shari'a refers to three different matters: (1) general principles of law and morality; (2) methodologies for extracting and formulating the law; and (3) the *ahkam*, which are the specific positive rules of law. In the contemporary Muslim world, there is a tendency to focus on the *ahkam* at the expense of the general principles and methodology. It is entirely possible to be Shari'a-compliant, in the sense of respecting the *ahkam*, but to ignore or violate the principles and methodologies of Shari'a.

commitments to human rights in the context of Islamic law. Put simply, since only God is sovereign and since God is the sole legislator, God is also the giver and taker of rights. Therefore, it is often argued, human beings only have such rights as God has chosen to give to them, and they are also denied the rights that God has denied them, and one may not add or subtract anything to this basic and fundamental principle. As a result, it is often maintained that the sole focus ought to be on compliance with the technical rules of Islamic law, without paying particular attention to whether the implementation of such laws grant or deny rights to human beings. Interestingly, a very similar issue was debated in the context of a famous political controversy in early Islam. It will be helpful to review briefly this historical debate.

The issue of God's dominion or sovereignty (*hakimiyyat Allah*) was raised by a group known as the Haruriyya (later known as the Khawarij) when they rebelled against the fourth Rightly Guided Caliph, 'Ali ibn Abi Talib (d. 40/661). Initially, the Haruriyya were firm supporters of 'Ali, but they rebelled against him when he agreed to arbitration in his political dispute with a competing political faction led by a man named Mu'awiya. Being a puritan and pietistic group of zealots, the Khawarij believed that God's law clearly supported 'Ali and, therefore, an arbitration or any negotiated settlement was inherently unlawful. It in effect challenged the rule of God and thus God's sovereignty or dominion, and therefore, by definition, was illegitimate.

In the view of the Khawarij, by accepting the principle of arbitration and by accepting the notion that legality could be negotiated, 'Ali himself had lost his claim to legitimacy because he had transferred God's dominion to human beings. Not surprisingly, the Khawarij declared 'Ali a traitor to God, rebelled against him, and eventually succeeded in assassinating him.

Typically, the story of the Khawarij is recounted as an example of early religious fanaticism in Islamic history, and I have no doubt that this view is substantially correct. However, one ought not to overlook the fact that the Khawarij's rallying cry of 'dominion belongs to God' or 'the Qur'an is the judge' (*al-hukm li-llah* or *al-hukm lil-Qur'an*) was a call for the

symbolism of legality and the supremacy of law.[29] This search for legality quickly descended into an unequivocal radicalized call for clear lines of demarcation between what is lawful and unlawful. The anecdotal reports about the debates between 'Ali and the Khawarij regarding this matter reflect an unmistakable tension about the meaning of legality and the implications of the rule of law.

In one such report, members of the Khawarij accused 'Ali of accepting the judgement and dominion (*ḥakimiyya*) of human beings instead of abiding by the dominion of God's law. Upon hearing of this accusation, 'Ali called upon the people to gather and brought a large copy of the Qur'an. 'Ali touched the Qur'an, commanding it to speak to the people and to inform them about God's law. The people gathered around 'Ali and one of them exclaimed, "What are you doing! The Qur'an cannot speak, for it is not a human being." Upon hearing this, 'Ali exclaimed that this is exactly the point he was trying to make! The Qur'an, 'Ali stated, is but ink and paper, and it is human beings who give effect to it according to their limited personal judgements.[30]

Arguably, anecdotal stories such as this do not relate only to the role of human agency in interpreting the divine word, but they also symbolize a search for the fundamental moral values in society. For a believer, God is thought of as all-powerful and as the ultimate owner of heaven and earth, but what are the implications of this claim for human agency in understanding and implementing the law? As I argue below, arguments claiming that God is the sole legislator and the only source of law engage in a fatal fiction that is not defensible from the point of view of Islamic theology. Such arguments pretend that human agents could possibly have perfect and unfettered access to the mind of God and could possibly become the mere executors of the divine will, without inserting their own human subjectivities in the process. Furthermore, and more importantly,

---

29 Of course, I realize that this claim is quite controversial for Muslims and non-Muslims alike. Nevertheless, I believe that this argument is supported by the fact that the rebellion of the Khawarij took place in the context of an overall search for legitimacy and legality after the death of the Prophet. Furthermore, the research of some scholars on the dogma and symbolism of the early rebellions lends support to this argument. See Hisham Ja'it, *al-Fitna*.

30 Al-Shawkani, *Nayl al-Awtar Sharh Muntaqa al-Akhbar*, 7:166; Ibn Hajar al-'Asqalani, *Fath al-Bari bi-Sharh Sahih al-Bukhari*, 14:303.

claims about God's sovereignty assume that there is a divine legislative will that seeks to regulate all human interactions. This is always stated as an assumption, instead of a proposition that needs to be argued and proven.

It is possible that God does not seek to regulate all human affairs, a point to which I will return. It is also possible that God leaves it to human beings to regulate their own affairs as long as they observe certain minimal standards of moral conduct, and that such standards include the preservation and promotion of human dignity and honor because, after all, according to the Qur'an, humans are the vicegerents of God and the inheritors of the earth and are the most valued invention among God's creation. In the Qur'anic discourse, God commanded creation to honor human beings because of the miracle of the human intellect, which is the microcosm of the abilities of the divine itself. Arguably, the fact that God honored the miracle of the human intellect and also honored the human being as a symbol of divinity is sufficient, in and of itself, to justify a moral commitment to whatever might be needed to protect and preserve the integrity and dignity of that symbol of divinity.

At this point, it will be useful to deal more systematically with the very concept and epistemology of Shari'a, and the possibility of moral commitments within such an epistemology. This is important because of the centrality of Shari'a to the whole conception of government in Islam, and because the epistemological basis of Shari'a itself is poorly understood by contemporary Muslims, let alone by non-Muslims. As noted earlier, the primacy of the apologetic and puritan trends in contemporary Islam has made Shari'a discourses more like an arena for political slogans than a serious intellectual discipline. But the issue of God's sovereignty and the possibility of moral commitments within a Shari'a paradigm needs to be analyzed through a more informed understanding of the epistemology of Shari'a. Only then can one hope to get beyond the prevalent contemporary dogma in the process of justifying a human rights commitment in Islamic jurisprudence.

As discussed earlier, the difficulty with the concept of Shari'a is that it is potentially a construct of limitless reach and power, and any institution that can attach itself to that construct becomes similarly empowered.

Shari'a is God's Way, and it is represented by a set of normative principles, methodologies for the production of legal injunctions, and a set of positive legal rules. Shari'a encompasses a variety of schools of thought and approaches, all of which are equally valid and equally orthodox. Nevertheless, Shari'a as a whole, with all its schools and variant points of view, is considered the Way of God. It is true that the Shari'a is capable of imposing limits on government and of generating individual rights, both of which would be considered limits and rights dictated by the divine will. Yet, whatever limits are imposed or whatever rights are granted may be withdrawn in the same way they are created – through the agency of human interpretation.

In other words, the Shari'a, for the most part, is not explicitly dictated by God. Rather, it relies on the interpretive act of the human agent for its production and execution. This creates a double-edged conceptual framework: on the one hand, Shari'a could be the source of unwavering and stolid limitations on government and an uncompromising grant of rights; but on the other hand, whatever is granted by God can also be taken away by God. In both cases, one cannot escape the fact that it is human agents who determine the existence, or non-existence, of the limits on government and the grant of individual rights. This is a formidable power that could be yielded, in one way or another, by the human agent who attaches himself or herself to the Shari'a. The discourse of Shari'a enables human beings to speak in God's name, and effectively empowers human agency with the voice of God. This is a formidable power that is easily abused.

However, I wish to focus on one aspect of Islamic theology that might contribute to the development of a meaningful discourse on human rights in the Islamic context. As noted above, Muslims developed several legal schools of thought, all of which are equally orthodox. But paradoxically, Shari'a is the core value that society must serve. The paradox here is exemplified in the fact that there is a pronounced tension between the obligation to live by God's law and the fact that this law is manifested only through subjective interpretive determinations. Even if there is a unified realization that a particular positive command does express the divine law, there is still a vast array of possible subjective executions and applications. This dilemma was

resolved somewhat in Islamic discourses by distinguishing between Shari'a and *fiqh*. Shari'a, it was argued, is the divine ideal, standing as if suspended in mid-air, unaffected and uncorrupted by the vagaries of life. The *fiqh* is the human attempt to understand and apply the ideal. Therefore, Shari'a is immutable, immaculate, and flawless; *fiqh* is not.

As part of the doctrinal foundations for this discourse, Muslim jurists focused on the tradition attributed to the Prophet stating: "Every *mujtahid* [jurist who strives to find the correct answer] is correct," or "Every *mujtahid* will be [justly] rewarded."[31] This implied that there could be more than a single correct answer to the same question. For Muslim jurists, this raised the issue of the purpose or the motivation behind the search for the divine will. What is the divine purpose behind setting out indicators to the divine law and then requiring that human beings engage in a search? If the Divine wants human beings to reach the correct understanding, then how could every interpreter or jurist be correct?

The juristic discourse focused on whether or not the Shari'a had a determinable result or demand in all cases; and if there is such a determinable result or demand, are Muslims obligated to find it? Put differently, is there a correct legal response to all legal problems, and are Muslims charged with the legal obligation of finding that response? The overwhelming majority of Muslim jurists agreed that good faith diligence in searching for the divine will is sufficient to protect a researcher from liability before God. As long as the researcher exercises due diligence in the search, he or she will not be held liable nor incur a sin, regardless of the result.

Beyond this, the jurists were divided into two main camps. The first school, known as the *mukhatti'a*, argued that ultimately there is a correct answer to every legal problem. However, only God knows what the correct response is, and the truth will not be revealed until the Final Day. Human beings, for the most part, cannot conclusively know whether they have found that correct response. In this sense, every *mujtahid* is correct in trying to find the answer; however, one seeker might reach the truth while the others might be mistaken. On the Final Day, God will inform

31 The Arabic is "*kull mujtahid musib*" and "*li-kulli mujtahid nasib*." See al-Basri, *Al-Mu'tamad fi Usul al-Fiqh*, 2:370–2; al-Bukhari, *Kashf al-Asrar 'an Usul Fakhr al-Islam al-Bazdawi*, 4:30-55; al-Ghazali, *al-Mustasfa min 'Ilm al-Usul*, 2:363–7.

all seekers who was right and who was wrong. Correctness here means that the *mujtahid* is to be commended for putting in the effort, but it does not mean that all responses are equally valid.

The second school, known as the *musawwiba*, included prominent jurists such as Imam al-Haramayn al-Juwayni (d. 478/1085), Jalal al-Din al-Suyuti (d. 911/1505), al-Ghazali (d. 505/1111), and Fakhr al-Din al-Razi (d. 606/1210), and it is reported that the Mu'tazila were followers of this school as well. The *musawwiba* argued that there is no specific and correct answer (*hukm mu'ayyan*) that God wants human beings to discover, in part because if there were a correct answer, God would have made the evidence indicating a divine rule conclusive and clear. God cannot charge human beings with the duty to find the correct answer when there is no objective means of discovering the correctness of a textual or legal problem. If there were an objective truth to everything, God would have made such a truth ascertainable in this life. Legal truth, or correctness, in most circumstances, depends on belief and evidence, and the validity of a legal rule or act is often contingent on the rules of recognition that provide for its existence.

Human beings are not charged with the obligation of finding some abstract or inaccessible legally correct result. Rather, they are charged with the duty to investigate a problem diligently and then follow the results of their own *ijtihad*. Al-Juwayni explains this point by asserting:

> The most a *mujtahid* would claim is a preponderance of belief (*ghalabat al-zann*) and the balancing of the evidence. However, certainty was never claimed by any of them [the early jurists] ... If we were charged with finding [the truth] we would not have been forgiven for failing to find it.[32]

God's command to human beings is to search diligently, and God's law is suspended until a human being forms a preponderance of belief about the law. At the point that a preponderance of belief is formed, God's law becomes in accordance with the preponderance of belief formed by that particular individual. In summary, if a person honestly and sincerely believes

32 Al-Juwayni, *Kitab al-Ijtihad min Kitab al-Talkhis*, 50–5.

that such and such is the law of God, then, for that person "that" is in fact God's law. The position of the *musawwiba*, in particular, raises difficult questions about the application of the Shari'a in society.[33] This position implies that God's law is to search for God's law, otherwise the legal charge (*taklif*) is entirely dependent on the subjectivity and sincerity of belief. The *mukhatti'a* teach that whatever law is applied is potentially God's law, but not necessarily so. In my view, this raises the question: Is it possible for any state-enforced law to be God's law? Under the first (*mukhatti'a*) school of thought, whatever law the state applies, that law is only potentially the law of God, but we will not find out until the Final Day. Under the second (*musawwiba*) school of thought, any law applied by the state is not the law of God unless the person to whom the law applies believes the law to be God's will and command. The first school suspends knowledge until we are done living, and the second school hinges knowledge on the validity of the process and ultimate sincerity of belief.

Building upon this intellectual heritage, I would suggest that Shari'a ought to stand in an Islamic polity as a symbolic construct for the divine perfection that is unreachable by human effort. It is the epitome of justice, goodness, and beauty as conceived and retained by God. Its perfection is preserved, so to speak, in the mind of God, but anything that is channeled through human agency is necessarily marred by human imperfection. Put differently, Shari'a as conceived by God is flawless, but as understood by human beings it is imperfect and contingent. Jurists ought to continue exploring the ideal of Shari'a and expounding their imperfect attempts at understanding God's perfection. As long as the argument constructed is normative, it is an unfulfilled potential for reaching the divine will. Significantly, any law applied is necessarily a potential unrealized. Shari'a is not simply a bunch of *ahkam* (a set of positive rules) but also a set of principles, methodology, and a discursive process that searches for the divine ideals. As such, it is a work in progress that is never complete.

To put it more concretely, a juristic argument about what God commands is only potentially God's law, either because on the Final Day we will discover its correctness (the first school) or because its correctness is

[33] I deal with these two schools of thought more extensively elsewhere. See Abou El Fadl, *God's Name*, 145–65.

contingent on the sincerity of belief of the person who decides to follow it (the second school). If a legal opinion is adopted and enforced by the state, it cannot be said to be God's law. By passing through the determinative and enforcement processes of the state, the legal opinion is no longer simply a potential; it has become an actual law, applied and enforced. But what has been applied and enforced is not God's law – it is the state's law. Effectively, a religious state law is a contradiction in terms. Either the law belongs to the state or it belongs to God, and as long as the law relies on the subjective agency of the state for its articulation and enforcement, any law enforced by the state is necessarily not God's law. Otherwise, we must be willing to admit that the failure of the law of the state is, in fact, the failure of God's law and, ultimately, God himself. In Islamic theology, this possibility cannot be entertained.[34]

Institutionally, it is consistent with the Islamic experience that the *ulama* can and do play the role of the interpreters of the divine word, the custodians of the moral conscience of the community, and the curators reminding and pointing the nation towards the Ideal that is God. But the law of the state, regardless of its origins or basis, belongs to the state. It bears emphasis that under this conception, there are no religious laws that can or may be enforced by the state. The state may enforce the prevailing subjective commitments of the community (the second school), or it may enforce what the majority believes to be closer to the divine ideal (the first school). But in either case, what is being enforced is not God's law.

This means that all laws articulated and applied in a state are thoroughly human, and should be treated as such. This also means that any codification of Shari'a law produces a set of rules that are human, and not divine. These laws are a part of Shari'a law only to the extent that any set of human legal opinions can be said to be a part of Shari'a. A code, even if inspired by Shari'a, is not Shari'a; a code is simply a set of positive commandments that were informed by an ideal, but do not represent the ideal. As to the

[34] Contemporary Islamic discourses suffer from a certain amount of hypocrisy in this regard. Often, Muslims confront an existential crisis if the enforced, so-called, Islamic laws result in social suffering and misery. In order to solve this crisis, Muslims will often claim that there has been a failure in the circumstances of implementation. This indulgence in embarrassing apologetics could be avoided if Muslims would abandon the incoherent idea of Shari'a state law.

fundamental rights that often act as the foundation of a just society, a Muslim society would have to explore the basic values that are at the very core of the divine ideal.

It is important to note that the paradigm proposed above does not exclude the possibility of objectified and even universalistic moral standards. It simply shifts the responsibility for moral commitments, and the outcome of such commitments, to human beings. Morality could originate with God or could be learned by reflecting upon the state of nature that God has created, but the attempts to fulfil such a morality and give it actual effect are human. In fact, the paradigm proposed here would require certain moral commitments from human beings that ought to be adopted as part of their discharge of their agency on God's behalf.

Neither the first nor the second view of Shari'a epistemology is possible unless people are guaranteed the right to rational development. Furthermore, the right to rational development means that people ought to be entitled to minimum standards of well-being, in both the physical and intellectual senses. It is impossible to pursue rational development if one is not fed, housed, educated, and, above all, safe from physical harm or persecution. In addition, people cannot pursue a reflective life unless they are guaranteed freedom of conscience, expression, and assembly with like-minded people. Premodern Muslim jurists approached the same type of concerns expressed here by arguing that human needs should be divided into necessities, needs, and luxuries, and that the necessities should be conceptualized in terms of the five core values of protecting religion, life, intellect, honor, and property. I have more to say about the juristic divisions and five core values, but my point is that even these juristic divisions, for example, are fundamentally human, and thus fallible attempts at fulfilling a divine ideal or moral commitment. As such, they can be rethought, deconstructed, and redeveloped if need be. I think that once Muslims are able to assert that morality is divine, but law and legal divisions and rules are mundane, this will represent a major advancement in the attempt to justify a paradigm of human rights in Islam.

More concretely, reflecting upon divinity, I, as a Muslim, might be able to assert that justice and mercy are objective and universal moral values.

I might even try to convince others that justice and mercy are part of the divine charge to humanity – God wants humans to be merciful and just. This represents a moral commitment that I am inviting other human beings to adopt as well. But, under the paradigm proposed here, while I can claim that moral rules emanate or originate from God – a claim which people are free to accept or dispute – I cannot claim that any set of laws that attempt to implement or give effect to this moral commitment is divine as well. Under the first and second views discussed above, this would simply be a conceptual impossibility. Giving effect to this paradigm, I will argue below that justice is a core divine and moral value and further attempt to justify a human rights commitment in Islam.

F. Justice as a Core Value and Human Rights

One of the basic issues commonly dealt with in Islamic political thought was the purpose of government (or the caliphate). The statement of al-Juwayni is fairly representative of the argument of premodern jurists. He states:

> The *imama* (government) is a total governorship and general leadership that relates to the special and common in the affairs of religion and this earthly life. It includes guarding the land and protecting the subjects, and the spread of the message [of Islam] by the word and sword. It includes correcting deviation, redressing injustice, aiding the wronged against the wrongdoer, and taking the right from the obstinate and giving it to those who are entitled to it.[35]

The essential idea conveyed here is that government is a functional necessity in order to resolve conflict, protect religion, and uphold justice. In some formulations, justice is the core value that justifies the existence of government. Ibn al-Qayyim, for example, makes this point explicit when he asserts the following:

35 Al-Juwayni, *Ghiyath al-Umam fi Iltiyath al-Zulam*, 15.

> God sent His message and His Books to lead people with justice. […]
>
> Therefore, if a just leadership is established, through any means, then therein is the Way of God. […] In fact, the purpose of God's Way is the establishment of righteousness and justice […] so any road that establishes what is right and just is the road [Muslims] should follow.[36]

In the Qur'anic discourse, justice is asserted as an obligation owed to God and also owed by human beings to one another. In addition, the imperative of justice is tied to the obligations of enjoining the good and forbidding the evil and the necessity of bearing witness on God's behalf.

Although the Qur'an does not define the constituent elements of justice and in fact seems to treat it as intuitively recognizable, it emphasizes the ability to achieve justice as a unique human charge and necessity.[37] In essence, the Qur'an requires a commitment to a moral imperative that is vague, but recognizable through intuition, reason, or human experience.[38] Importantly, a large number of Muslim jurists argued that God created human beings weak and in need of cooperating with others in order to limit their ability to commit injustice. Furthermore, God created human beings diverse and different from each other so that they will need each other, and this need will cause them further to augment their natural tendency to assemble and cooperate in order to establish justice.

The relative weakness of human beings and their remarkably diverse abilities and habits will further induce people to draw closer and cooperate with each other. If human beings exploit the divine gift of intellect and the guidance of the law of God, through cooperation, they are bound to reach a greater level of strength and justice. The ruler, the jurists argued, ascends to power through a contract with the people pursuant to which he undertakes

---

36 Ibn Qayyim al-Jawziyya, *I'lam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin*, 4:452.

37 On the obligation of justice in the Qur'an, see Izutsu, *The Structure of Ethical Terms in the Qur'an*, 205-61; Rahman, *Major Themes of the Qur'an*, 42–3. On the various Muslim theories of justice, see Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*.

38 The Qur'an also demands adherence to a large number of moral virtues such as mercy, compassion, truthfulness, equity, generosity, modesty, and humility.

to further the cooperation of the people, with the ultimate goal of achieving a just society or at least maximizing the potential for justice.

This juristic discourse is partly based on the Qur'anic statement that God created people different, and made them into nations and tribes so that they will come to know one another. Muslim jurists reasoned that the expression 'come to know one another' (49:13) indicates the need for social cooperation and mutual assistance in order to achieve justice. Although the premodern jurists did not emphasize this point, the Qur'an also notes that God made people different, and that they will remain different until the end of human existence. Further, the Qur'an states that the reality of human diversity is part of the divine wisdom, and an intentional purpose of creation (11:118). The Qur'anic celebration and sanctification of human diversity, in addition to the juristic incorporation of the notion of human diversity into a purposeful pursuit of justice, creates various possibilities for a human rights commitment in Islam. This discourse could be appropriated into a normative stance that considers justice to be a core value that a constitutional order is bound to protect.

Furthermore, this discourse could be appropriated into a notion of delegated powers in which the ruler is entrusted to serve the core value of justice in light of systematic principles that promote the right of assembly and cooperation in order to enhance the fulfilment of this core value. In addition, a notion of limits could be developed that would restrain the government from derailing the quest for justice, or from hampering the right of the people to cooperate in this quest. Importantly, if the government fails to discharge the obligations of its covenant, then it loses its legitimate claim to power.

However, there are two considerations that militate against the fulfilment of these possibilities in modern Islam. First, modern Muslims themselves are hardly aware of the Islamic interpretive tradition on justice. Both the apologetic and the puritan orientations, which are the two predominant trends in modern Islam, have largely ignored the paradigm of human diversity and difference as a necessary means to the fulfilment of the imperative of justice. The second consideration, and the more important one, is that even if modern Muslims reclaim the interpretive traditions of

the past on justice, the fact is that, at the conceptual level, the constituent elements of justice were not explored in Islamic doctrine.

There is a tension between the general obligation of implementing the divine law and the demand for justice. Put simply, does the divine law define justice, or does justice define the divine law? If it is the former, then whatever one concludes to be the divine law, therein is justice. If it is the latter, then whatever justice demands is, in fact, the demand of the Divine. For instance, many premodern and modern jurists asserted that the primary purpose of a Muslim polity is to guard and apply the divine law, and the primary charge of a Muslim ruler is to ensure that the people cooperate in giving effect to God's law. In effect, this paradigm makes the organizing principle of society the divine law, and the divine law becomes the embodiment of justice.

Under this paradigm, there is no point in investigating the constituent elements of justice. There is no point in investigating whether justice means equality of opportunities or results, or whether it means maximizing the potential for personal autonomy, or whether it means, perhaps, the maximization of individual and collective utility, or the guarding of basic human dignity, or even the simple resolution of conflict and the maintenance of stability, or any other conception that might provide substance to a general conception of justice. There is no point in engaging in this investigation because the divine law pre-empts any such inquiry. The divine law provides particularized positive enactments that exemplify but do not analytically explore the notion of justice. Conceptually, according to this paradigm, organized society is no longer about the right to assembly, about cooperation, or about the right to explore the means to justice, but simply about the implementation of the divine law. This brings us full circle to the problem noted above, which is that the implementation of the divine law does not necessarily amount to the existence of limited government, or the protection of basic human rights.

It is important to note, however, that considering the primacy of justice in the Qur'anic discourse, coupled with the notions of human vicegerency, and the notion that the divine charge of justice has been delegated to humanity at large, it is plausible to maintain that justice is what ought

to control and guide all human interpretive efforts at understanding the law. This requires a serious paradigm shift in Islamic thinking. In my view, justice and whatever is necessary to achieve justice is the divine law and is what represents the supremacy and sovereignty of the Divine.

God describes God's-self as inherently just, and the Qur'an asserts that God has decreed mercy upon Godself (6:12, 54). Furthermore, the very purpose of entrusting the divine message to the Prophet Muhammad is as a gift of mercy to human beings.[39] In the Qur'anic discourse, mercy is not simply forgiveness or the willingness to ignore the faults and sins of people. Mercy is a state in which the individual is able to be just with himself or herself and with others by giving each their due. Fundamentally, mercy is tied to a state of true and genuine perception; that is why, in the Qur'an, mercy is coupled with the need for human beings to be patient and tolerant with each other.[40] Most significantly, diversity and differences among human beings are claimed in the Qur'anic discourse as a merciful divine gift to humankind.

Genuine perception that enables persons to understand and appreciate – and become enriched by – the difference and diversity of humanity is one of the constituent elements for the founding of a just society, and for the achievement of justice. The divine charge to human

beings at large, and Muslims in particular, is, as the Qur'an puts it, "to know one another," and utilize this genuine knowledge in an effort to pursue justice. Beyond mere tolerance, this requires that Muslims, and human beings in general, engage in a collective enterprise of goodness, in which they pursue the fulfilment of justice through mercy. The challenge is

---

39 Qur'an 21:107, which, addressing the Prophet, states: "We have not sent you except as a mercy to human beings;" see also 16:89. In fact, the Qur'an describes the whole of the Islamic message as based on mercy and compassion. Islam was sent to teach and establish these virtues among human beings. I believe that to Muslims, as opposed to Islam, this creates a normative imperative of teaching mercy (Qur'an 27:77; 29:51; 45:20). But to teach mercy is impossible unless one learns it, and such knowledge cannot be limited to text. It is *ta'aruf* (the knowledge of the other), which is premised on an ethic of care, that opens the door to learning mercy, and in turn, teaching it.

40 The Qur'an explicitly commands human beings to deal with one another with patience and mercy (90:17), and not to transgress their bounds by presuming to know who deserves God's mercy and who does not (43:32). An Islamic moral theory focused on mercy as a virtue will overlap with the ethic of care developed in Western moral theory. See Tronto, *Moral Boundaries*, 101–55.

not simply for people to coexist, but to take part in an enterprise of goodness by engaging in a purposeful moral discourse. Although coexistence is a basic necessity for mercy, in order to pursue a state of real knowledge of the other and aspire for a state of justice, it is imperative that human beings cooperate in seeking the good and beautiful. The more the good and beautiful is approached, the closer humanity comes to a state of divinity.

However, implementing legalistic rules, even if such rules are the product of the interpretation of divine texts, is not sufficient for the achievement of genuine perception of the other, of mercy, or ultimately of justice. The paradigm shift of which I speak requires that the principles of mercy and justice become the primary divine charge. In this paradigm, God's sovereignty lies in the fact that God is the source and authority that delegated to human beings the charge to achieve justice on earth by fulfilling the virtues that are approximations of divinity. Far from negating human subjectivities through the mechanical enforcement of rules, such subjectivities are accommodated and even promoted to the extent that they contribute to the fulfilment of justice.

Significantly, according to the juristic discourses, it is not possible to achieve justice unless every possessor of right (*haqq*) is granted his or her right. As discussed below, God has certain rights, humans have rights, and both God and humans share some rights. The challenge of viceregency is to first recognize that a right exists, then to understand who is the possessor of such a right, and ultimately to allow the possessor of a given right the enjoyment of the warranted right. A society that fails to do so, regardless of the deluge of rules it might apply, is not a merciful or just society. This puts us in a position to explore the possibility of individual rights in Islam.

G. The Rights of God and the Rights of People

This is the most challenging topic, and I cannot possibly do it justice in the space of this article. The very notion of individual rights is elusive, in terms of both the sources and the nature of those rights. Furthermore, whether there are inherent and absolute individual rights or simply presumptive

individual entitlements that could be outweighed by countervailing considerations is debatable. In addition, while all constitutional democracies afford protections to a particular set of individual interests, such as freedom of speech and assembly, equality before the law, right to property, and due process of law, exactly which rights ought to be protected, and to what extent, is subject to a large measure of variation in theory and practice. In this context, I am using a minimalist and, hopefully, non-controversial notion of individual rights.

By individual rights, I do not mean entitlements but qualified immunities – the idea that particular interests related to the well-being of an individual ought to be protected from infringements, whether perpetuated by the state or other members of the social order, and that such interests should not be sacrificed unless for an overwhelming necessity. This, as noted, is a minimalist description of rights and, in my view, a largely inadequate one. I doubt very much that there is an objective means of quantifying an overwhelming necessity, and thus, some individual interests ought to be unassailable under any circumstances. These unassailable interests are the ones that, if violated, are bound to communicate to the individual in question a sense of worthlessness, and that, if violated, tend to destroy the faculty of a human being to comprehend the necessary elements for a dignified existence. Therefore, for instance, under this conception, the use of torture, the denial of food or shelter, or the means for sustenance, such as employment would, under any circumstances, be a violation of an individual's rights. For the purposes of this article, however, I will assume the minimalist description of rights.

It is fair to say, however, that the premodern juristic tradition did not articulate a notion of individual rights as privileges, entitlements, or immunities. Nonetheless, the juristic tradition did articulate a conception of protected interests that accrue to the benefit of the individual. However, as demonstrated below, this subject remains replete with considerable ambiguity in Islamic thought. As noted earlier, the purpose of Shari'a in jurisprudential theory is to fulfil the welfare of the people. The interests or the welfare of the people is divided into three categories: the necessities (*daruriyyat*), the needs (*hajiyyat*), and the luxuries (*kamaliyyat* or *tahsiniyyat*).

The law and political policies of the government must fulfil these interests in descending order of importance – first, the necessities, then the needs, and then the luxuries. The necessities are further divided into five basic values (*al-daruriyyat al-khamsa*): religion, life, intellect, lineage or honor, and property. But Muslim jurists did not develop the five basic values as conceptual categories and then explore the theoretical implications of each value. Rather, they pursued what can be described as an extreme positivistic approach to these rights.

Muslim jurists examined the existing positive legal injunctions that arguably can be said to serve these values, and concluded that by giving effect to these specific legal injunctions, the five values have been sufficiently fulfilled. So, for example, Muslim jurists contended that the prohibition of murder served the basic value of life, the law of apostasy protected religion, the prohibition of intoxicants protected the intellect, the prohibition of fornication and adultery protected lineage, and the right of compensation protected the right to property. Limiting the protection of the intellect to the prohibition against the consumption of alcohol or the protection of life to the prohibition of murder is hardly a very thorough protection of either intellect or life. At most, these laws are partial protections to a limited conception of values and, in any case, cannot be asserted as the equivalent of individual rights because they are not asserted as immunities to be retained by the individual against the world. It is reasonable to conclude that these five values were emptied of any theoretical social and political content and were reduced to technical legalistic objectives. This, of course, does not preclude the possibility that the basic five values could act as a foundation for a systematic theory of individual rights.[41]

To argue that the juristic tradition did not develop the idea of fundamental or basic individual rights does not mean that that tradition was oblivious to the notion. In fact, the juristic tradition tended to sympathize with individuals who were unjustly executed for their beliefs or those

[41] I would argue that the protection of religion should be developed to mean protecting the freedom of religious belief; the protection of life should mean that the taking of life must be for a just cause and the result of a just process; the protection of the intellect should mean the right to free thinking, expression, and belief; the protection of honor should mean the protecting of the dignity of a human being; and the protection of property should mean the right to compensation for the taking of property.

who died fighting against injustice. Jurists typically described such acts as a death of *musabara*, a description that carried positive or commendable connotations. Muslim jurists produced a formidable discourse condemning the imposition of unjust taxes and the usurpation of private property by the government. Furthermore, the majority of Muslim jurists refused to condemn or criminalize the behavior of rebels who revolted because of the imposition of oppressive taxes or who resisted a tyrannical government.[42] In addition, the juristic tradition articulated a wealth of positions that exhibit a humanitarian or compassionate orientation. I will mention only some of these positions, leaving the rest to a more extensive study. Muslim jurists developed the idea of presumption of innocence in all criminal and civil proceedings and argued that the accuser always carries the burden of proof (*al-bayyina ʿala man iddaʿa*).[43] In matters related to heresy, Muslim jurists repeatedly argued that it is better to let a thousand heretics go free than to punish a single sincere Muslim wrongfully. The same principle was applied to criminal cases; the jurists argued that it is always better to release a guilty person than to run the risk of punishing an innocent person.[44] Moreover, many jurists condemned the practice of detaining or incarcerating heterodox groups that advocate their heterodoxy (such as the Khawarij) and argued that such groups may not be harassed or molested until they carry arms and form a clear intent to rebel against the government.

Muslim jurists also condemned the use of torture, arguing that the Prophet forbade the use of *muthla* (the use of mutilations) in all situations[45] and opposed the use of coerced confessions in all legal and political matters.[46] A large number of jurists articulated a doctrine similar to the

42 See Abou El Fadl, *Rebellion and Violence in Islamic Law*, 234–94.

43 Al-Zarqa, *Sharh al-Qawaʿid al-Fiqhiyya*, 369–89; al-Nadwi, *al-Qawaʿid al-Fiqhiyya*, 400–1; al-Suyuti, *al-Ashbah wa al-Nazaʿir fi Qawaʿid wa Furuʿ Fiqh al-Shafiʿiyya*, 53; Mahmasani, *Falsafat al-Tashriʿ*, 294.

44 Al-Shawkani, *Nayl al-Awtar*, 7:168; Ibn Hajar al-ʿAsqalani, *Fath al-Bari*, 14:308.

45 Muslim jurists, however, did not consider the severing of hands or feet as punishment for theft and banditry to be mutilation.

46 A considerable number of jurists in Islamic history were persecuted and murdered for holding that a political endorsement (*bayʿa*) obtained under duress is invalid. Muslim jurists described the death of these scholars under such circumstances as a death of *musabara*. This had become an important discourse because caliphs were in the habit of either bribing or threatening notables and jurists in order to obtain their *bayʿa*. See Abou El Fadl, *Islamic Law*, 86–7; Ibn Khaldun, *The Muqaddimah*, 165. On the Islamic law of duress and on coerced confessions and political commitments, see Abou El Fadl, "Law of Duress in Islamic Law and

American exculpatory doctrine; confessions or evidence obtained under coercion are inadmissible at trial. Interestingly, some jurists asserted that a judge who relies on a coerced confession in a criminal conviction is, in turn, to be held liable for the wrongful conviction. Most argued that the defendant or his family may bring an action for compensation against the judge, individually, and against the caliph and his representatives, generally, because the government is deemed to be vicariously liable for the unlawful behavior of its judges.

But perhaps the most intriguing discourse in the juristic tradition is that which relates to the rights of God and the rights of people. The rights of God (*huquq Allah*) are rights retained by God, as God's own through an explicit designation to that effect. These rights belong to God in the sense that only God can say how the violation of these rights may be punished and only God has the right to forgive such violations. These rights are, so to speak, subject to the exclusive jurisdiction and dominion of God, and human beings have no choice but to follow the explicit and detailed rules that God set out for the handling of acts that fell in God's jurisdiction. In addition, in the juristic theory, all rights not explicitly retained by God accrue to the benefit of human beings.

In other words, any right (*haqq*) that is not specifically and clearly retained by God becomes a right retained by people. These are called *huquq al-'ibad, huquq al-nas*, or *huquq al-adamiyyin*. Importantly, while violations of God's rights are only forgiven by God through adequate acts of repentance, the rights of people may be forgiven only by the people. The Hanafi jurist al-'Ayini (d. 855/1451) argues that the usurper of property, even if a government official (*al-zalim*), will not be forgiven for his sin, even if he repents a thousand times, unless he returns the stolen property.[47]

Most of such discourse occur in the context of addressing personal monetary and property rights, but they have not been extended to other civil rights, such as the right to due process or the right to listen, to reflect, and to study, which may not be abandoned or violated by the government under any circumstances. This is not because the range of the rights of people was narrow; quite to the contrary, it is because the range of these

Common Law," 305–50.

47 Al-'Ayini, *al-Binaya fi Sharh al-Hidaya*, 482.

rights was too broad. It should be recalled that people retain any rights not explicitly reserved by God. Effectively, since the rights retained by God are quite narrow, the rights accruing to the benefit of the people are numerous. Juristic practice has tended to focus on narrow legal claims that may be addressed through the processes of law rather than on broad theoretical categories that were perceived as non-justiciable.

As such, the jurists tended to focus on tangible property rights or rights for compensation instead of on moral claims. So, for instance, if someone burns another person's books, that person may seek compensation for destruction of property, but he could not bring an action for injunctive relief preventing the burning of the books in the first place. Despite this limitation, the juristic tradition did, in fact, develop a notion of individual claims that are immune from governmental or social limitation or alienation.

There is one other important aspect that needs to be explored in this context. Muslim jurists asserted the rather surprising position that if the rights of God and those of people (mixed rights) overlap, the rights of people should, in most cases, prevail. The justification for this was that humans need their rights, and need to vindicate those rights on earth. God, on the other hand, asserts God's rights only for the benefit of human beings, and in all cases God can vindicate God's rights in the Hereafter if need be. As to the rights of people, Muslim jurists did not imagine a set of unwavering and generalizable rights that are to be held by each individual at all times. Rather, they thought of individual rights as arising from a legal cause brought about by the suffering of a legal wrong. A person does not possess a right until he or she has been wronged and, as a result, obtains a claim for retribution or compensation.

Shifting paradigms, it is necessary to transform the traditional conceptions of rights to a notion of immunities and entitlements. As such, these rights become the property of individual holders, before a specific grievance arises and regardless of whether there is a legal cause of action. The set of rights that are recognized as immutable and invariable are those that are necessary to achieve a just society while promoting the element of mercy. It is quite possible that the relevant individual rights are those five

values mentioned above, but this issue needs to be rethought and reanalyzed in light of the current diversity and particularity of human existence.

The fact that the rights of people take priority over the rights of God, on this earth, necessarily means that a claimed right of God may not be used to violate the rights of human beings. God is capable of vindicating whichever rights God wishes to vindicate in the Hereafter. On this earth, we concern ourselves only with discovering and establishing the rights that are needed to enable human beings to achieve a just life, while – to the extent possible – honoring the asserted rights of God. In this context, the commitment to human rights does not signify a lack of commitment to God, or a lack of willingness to obey God. Rather, human rights become a necessary part of celebrating human diversity, honoring the vicegerents of God, achieving mercy, and pursuing the ultimate goal of justice.

H. Islam and the Promise of Human Rights

I have argued that God's sovereignty is honored in the pursuit of a just society and that a just society must, in pursuit of mercy, respect human diversity and richness and must recognize the immunities that are due to human beings. I have justified this position on Islamic grounds, and, while acknowledging that this approach is informed by the interpretive traditions of the past, it is not the dominant approach to the subject or even a well-established approach among Muslims in the modern era. Unfortunately, the only well-established approaches to the subject today are the apologetic and puritan approaches. As far as contemporary discourses are concerned, they are replete with unjustified assumptions and intellectual shortcuts that have seriously undermined the ability of Muslims to confront such an important topic as human rights.

In addition, partly affected by Muslim apologists, many Western scholars repeat generalizations about Islamic law that, to say the least, are not based on historical texts generated by Muslim jurists. Among those unfounded generalizations are the claims that Islamic law is concerned

primarily with duties, and not rights, and that the Islamic conception of rights is collectivist, and not individualistic.[48] Both claims, although they are often repeated, are somewhat inconsistent, but more importantly, they are not based on anything other than cultural assumptions about the non-Western "other." It is as if the various interpreters, having decided on what they believe is the Judeo-Christian or perhaps Western conception of rights, assume that Islam must necessarily be different. The reality, however, is that both claims are largely anachronistic.

Premodern Muslim jurists did not assert a collectivist vision of rights, just as they did not assert an individualistic vision of rights. They did speak of *al-ḥaqq al-'amm* (public rights) and often asserted that public rights ought to be given preference over private entitlements. But as a matter of juristic determination, this amounted to no more than an assertion that the many should not be made to suffer for the entitlements of the few. For instance, as a legal maxim, this was utilized to justify the notion of public takings or the right to public easements over private property. This principle was also utilized in prohibiting unqualified doctors from practicing medicine. But, as noted above, Muslim jurists did not, for instance, justify the killing or the torture of individuals in order to promote the welfare of the state or the public interest. Even with regard to public takings or easements, the vast majority of Muslim jurists maintained that the individuals affected are entitled by the state to compensation equal to the fair market value of the property taken.

Pursuant to a justice perspective, one can argue that a commitment to individual rights, taken as a whole, will accrue to the benefit of the many (the private citizens) over the few (the members of ruling government). I do believe that the common good is greatly enhanced, and not hampered, by the assertion of individual rights, but this point needs to be developed in a more systematic way in a separate study. My point here, however, is that the juristic notion of public rights does not necessarily support what is often described as a collectivist view of rights.

Likewise, the idea of duties (*wajibat*) is as well established in the Islamic tradition as the notion of rights (*huquq*); the Islamic juristic tradition does

[48] For this often-repeated claim, see Howard, *Human Rights and the Search for Community*, 92–104; Rosen, *The Justice of Islam*, 7, 79–80, 156–7; Weiss, *The Spirit of Islamic Law*, 145–85.

not show a preference for one over the other. In fact, some premodern jurists have asserted that to every duty there is a reciprocal right, and vice versa.[49] It is true that many jurists claimed that the ruler is owed a duty of obedience, but they also, ideally, expected the ruler to safeguard the well-being and interests of the ruled. The fact that the jurists did not hinge the duty to obey on the obligation to respect the individual rights of citizens does not mean that they were, as a matter of principle, opposed to affording the ruled certain immunities against the state. In some situations, Muslim jurists even asserted that if the state fails to protect the well-being of the ruled, and is unjust toward them, the ruled no longer owe the state either obedience or support.[50]

The widespread rhetoric regarding the primacy of collectivist and duty-based perspectives in Islam points to the reactive nature of much of the discourse on Islamic law in the contemporary age. In the 1950s and 1960s, most Muslim countries, as underdeveloped nations, were heavily influenced by socialist and national development ideologies which tended to emphasize collectivist and duty-oriented conceptions of rights. Therefore, many Muslim commentators claimed that the Islamic tradition necessarily supports the aspirations and hopes of what is called the Third World. But such claims are as negotiative, reconstructive, and inventive of the Islamic tradition as is any particular contemporaneous vision of rights. In my view, however, from a theological perspective, the notion of individual rights is easier to justify in Islam than a collectivist orientation.

God created human beings as individuals, and their liability in the Hereafter is individually determined as well. To commit oneself to safeguarding and protecting the well-being of the individual is to take God's creation seriously. Each individual embodies a virtual universe of divine miracles – in body, soul, and mind. Why should a Muslim commit himself/herself to the rights and well-being of a fellow human being? The answer is because God has already made such a commitment when God invested so much of the God-self in each and every person. This is why the

[49] On the relationship between duty and right in Roman law, and the subsequent Western legal tradition, see Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 205–10. The dynamic that Finnis describes is very similar to that which took place in classical Islamic law. On rights and responsibilities, also see Weinreb, "Natural Law and Rights," 278–305.

[50] On this subject, see Abou El Fadl, *Islamic Law*, 280–7.

Qur'an asserts that whoever kills a fellow human being unjustly, it is as if he/she has murdered all of humanity; it is as if the killer has murdered the divine sanctity and defiled the very meaning of divinity (5:32).

The Qur'an does not differentiate between the sanctity of a Muslim and that of a non-Muslim. It repeatedly asserts that no human being can limit the divine mercy in any way or even regulate who is entitled to it (2:105, 3:74, 35:2, 38:9, 39:38, 40:7, 43:32).

I take this to mean that non-Muslims, as well as Muslims, could be the recipients and the givers of divine mercy. The measure of moral virtue on this earth is who is able to come closer to divinity through justice, and not who carries the correct religious or irreligious label. The measure in the Hereafter is a different matter, but it is a matter that is in the purview of God's exclusive jurisdiction.

Does it matter what the general world community has come to believe are the minimal standards of conduct that ought to be observed when dealing with human beings? Concretely, does it matter if the world community has come to see the cutting of the hands of the thief, the stoning of an adulterer or adulteress, or the male privilege enjoyed in matters of divorce or inheritance to be violative of the basic standards that should be observed in dealing with human beings? It is relevant if the concept of mercy and human diversity is going to be taken seriously. The real issue is that as Muslims we have been charged with safeguarding the well-being and dignity of human beings, and we have also been charged with achieving justice.

If my argument is sound, dignity and justice need compassion and mercy. Muslims are charged with the obligation to teach mercy; but in the same way that one cannot learn to speak before learning to listen, one cannot teach unless one is also willing to learn. To take the ethic of mercy seriously, we must first learn to care, and this is why it does matter what humanity at large thinks of our interpretations and applications of the divine mandate. If other humans cannot understand our version of mercy, then claiming cultural exceptionalism or relativism, from a theological point of view, avails us nothing. This is especially so if we, as Muslims, are engaging the rest of humanity in a collective enterprise to establish goodness and well-being on

this earth. Considering the enormous diversity of human beings, we have no choice but to take each contribution to a vision of goodness seriously, and to ask which of the proffered visions comes closer to attempting to fulfil the divine charge.

Yet we cannot lose sight of the fact that, as human beings, the charge, and ultimate responsibility, is ours. This means that, acting upon the duties of vicegerency on this earth, we must take the imperative of engaging in a collective enterprise of goodness seriously, and in doing so we must be willing to persuade and be persuaded as to what is necessary for a moral and virtuous existence on this earth. God will most certainly vindicate God's rights in the Hereafter in the fashion that God deems most fitting, but, on this earth, our primary moral responsibility is the vindication of the rights of human beings. Put this way, perhaps it becomes all too obvious that a commitment in favor of human rights is a commitment in favor of God's creation, and ultimately, it is a commitment in favor of God.

Bibliography

Abdel Halim, Asma M. "Reconciling the Opposites: Equal but Subordinate." In *Religious Fundamentalisms and the Human Rights of Women*, edited by Courtney W. Howland. New York: St. Martin's Press, 1999.

Abou El Fadl, Khaled. "Law of Duress in Islamic Law and Common Law: A Comparative Study." *Islamic Studies* 30, no. 3 (1991): 305–50.

———. *And God Knows the Soldiers: The Authoritative and Authoritarian in Islamic Discourse*. Lanham: University Press of America, 2001.

———. *Rebellion and Violence in Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

———. *Speaking in God's Name: Islamic Law, Authority and Women*. Oxford: Oneworld, 2001.

———. 1987. *Kitab al-Ijtihad min Kitab al-Talkhis*. Damascus: Dar al-Qalam.

Adams, R.M. *Finite and Infinite Goods: A Framework for Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Adler, M. *The World of the Talmud*. New York: Schocken, 1958.

Afkhami, Mahnaz. "Gender Apartheid and the Discourse of Relativity of Rights in Muslim Societies." In *Religious Fundamentalisms and the Human Rights of Women*, edited by Courtney W. Howland, 67–77. New York: St. Martin's Press, 1999.

———, ed. *Faith and Freedom: Women's Human Rights in the Muslim World*. Syracuse: Syracuse University Press, 1995.

Ahmed, Leila. *Women and Gender in Islam*. New Haven: Yale University Press, 1992.

Aiken, William, and Hugh LaFollette, eds. *World Hunger and Morality*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996.

Ajami, Fouad. "In the Pharaoh's Shadow: Religion and Authority in Egypt." In *Islam in the Political Process*, edited by James Piscatori. London: Cambridge University Press, 1983.

Ali, Azra Asghar. *The Emergence of Feminism Among Indian Muslim Women 1920–1947*. New Delhi: Oxford University Press, 2000.

Ali, Shaheen Sardar. *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal Before Allah, Unequal Before Man?* The Hague: Kluwer Law International, 2000.

Allen, Tim, and Jean Seaton, eds. *The Media of Conflict: War Reporting and Representations of Ethnic Violence*. London: Zed Books, 1999.

Anderson, J.N.D. *Islamic Law in the Modern World*. New York: New York University Press, 1959.

———. *Law Reform in the Muslim World*. London: Athlone, 1976.

An-Na'im, Abdullahi A. *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*. Syracuse: Syracuse University Press, 1990.

———. "Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment or Punishment." In *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, edited by Abdullahi An-Na'im, 19–43. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

———. *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*. Syracuse: Syracuse University Press, 1996.

———."Islamic Foundations of Religious Human Rights." In *Religious Human Rights in Global Perspective: Religious Perspectives*, edited by John Witte and Johan van der Vyver, 337–59. The Hague: Martinus Nijhoff, 1996.

———. *The Politics of Memory: Truth, Healing, and Social Justice*. London: Zed Books, 2000.

———. *Human Rights, Religion, and the Contingency of Universalist Projects*. Syracuse: Syracuse University Press, 2001.

———, ed. *Human Rights in Cross-Cultural Perspective*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

An-Na'im, Abdullahi, Jerald Gort, Henry Jansen and Hendrik Vroom, eds. *Human Rights and Religious Values: An Uneasy Relationship?* Grand Rapids: Eerdmans, 1995.

Astor, Carl. *"...Who Makes People Different": Jewish Perspectives on the Disabled*. New York: United Synagogue of America, 1985.

Audi, Robert, and Nicholas Wolterstorff. *Religion in the Public Square: The Place of Religious Convictions in Political Debate*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1997.

'Ayini, Abu Muhammad Mahmud b. Ahmad. *al-Binaya fi Sharh al-Hidaya*. Beirut: Dar al-Fikr, 1990.

Basri, Abu al-Husayn Muhammad b.'Ali b. al-Tayyib. *Al-Mu'tamad fi Usul al-Fiqh.* Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyya, 1983.

Binder, Leonard. *Islamic Liberalism: A Critique of Development Ideologies*. Chicago: Chicago University Press, 1988.

Black, George, ed. *Islam and Justice: Debating the Future of Human Rights in the Middle East and North Africa*. New York: Lawyers' Committee for Human Rights, 1997.

Boisard, Marcel. *Humanism in Islam*. Indianapolis: American Trust Publications, 1987.

Boyle, Kevin. "Human Rights in Egypt: International Commitments." In *Human Rights and Democracy: The Role of the Supreme Constitutional Court in Egypt*, edited by Kevin Boyle and Adel Omar Sherif. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

Brems, Eva. *Human Rights: Universality and Diversity*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001.

Brown, Daniel. *Rethinking Tradition in Modern Islamic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

Bukhari, 'Ala' al-Din 'Abd al-'Aziz b. Ahmadi. *Kashf al-Asrar 'an Usul Fakhr al-Islam al-Bazdawi*. Edited by Muhammad al-Mu'tasim billah al-Baghdadi. 3rd ed. Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi, 1997.

Charrad, Mounira. *States and Women's Rights: The Making of Postcolonial Tunisia, Algeria, and Morocco*. Los Angeles: University of California Press, 2001.

Chaudhuri, Nupur, and Margaret Strobel, eds. *Western Women and Imperialism: Complicity and Resistance*. Bloomington: Indiana University Press, 1992.

Cooke, Miriam, and Bruce B. Lawrence. "Muslim Women Between Human Rights and Islamic Norms." In *Religious Diversity and Human Rights*, edited by Irene Bloom, J. Paul Martin, and Wayne L. Proudfoot. New York: Columbia University Press, 1996.

Cotran, Eugene, and Mai Yamani, eds. *The Rule of Law in the Middle East and the Islamic World: Human Rights and the Judicial Process*. London: I.B. Tauris, 2000.

Crecelius, Daniel. "Egyptian Ulama and Modernization." In *Scholars, Saints, and Sufis*, edited by Nikki Keddie. Berkeley: University of California Press, 1972.

Dalacoura, Katerina. *Islam, Liberalism and Human Rights*. London: I.B. Tauris, 1998.

Dwyer, Kevin. *Arab Voices: the Human Rights Debate in the Middle East*. Los Angeles: University of California Press, 1991.

Esack, Farid. *Qur'an, Liberation, and Pluralism*. Oxford: Oneworld, 1997.

Euben, Roxanne L. *Enemy in the Mirror: Islamic Fundamentalism and the Limits of Modern Rationalism*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon, 1980.

Ghazali, Abu Hamid Muhammad b. Muhammad. *al-Mustasfa min 'Ilm al-Usul*. Edited by Ibrahim Muhammad Ramadan. Beirut: Dar al-Arqam, n.d.

Ghunaimi, Mohammad Tal'at. *The Muslim Conception of International Law and the Western Approach*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1968.

Goodman, Lenn Evan. *Islamic Humanism*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Gordis, Robert. "Natural Law and Religion." In *Natural Law and Modern Society*, compiled by Center for the Study of Democratic Institutions. Cleveland: World Publishing, 1963.

Haeri, Shahla. "The Politics of Dishonor: Rape and Power in Pakistan." in *Faith and Freedom: Women's Human Rights in the Muslim World*, edited by Mahnaz Afkhami. Syracuse: Syracuse University Press, 1995.

Hallaq, Wael. *A History of Islamic Legal Theories*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Hobsbawm, Eric. "Introduction" and "Concluding Chapter." In *The Invention of Tradition*, edited by Eric Hobsbawm and Terence Ranger. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

Hourani, Albert. *Arabic Thought in the Liberal Age: 1798–1939*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

Howard, Rhoda. *Human Rights and the Search for Community*. Boulder: Westview, 1995.

Hussain, Asaf, Robert Olson and Jamil Qureshi, eds. *Orientalism, Islam, and Islamists*. Brattleboro: Amana Books, 1984.

Ibn Hajar al-'Asqalani, Shihab al-Din. *Fath al-Bari bi-Sharh Sahih al-Bukhari*. Beirut: Dar al-Fikr, 1993.

Ibn Khaldun. *The Muqaddimah: An Introduction to History*. Translated by Franz Rosenthal, edited by N.J. Dawood. Princeton: Princeton University Press, 1967.

Ibn Qayyim al-Jawziyya, Shams al-Din Abu Bakr. *I'lam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin*, edited by 'Abd al-Rahman al-Wakil. Cairo: Maktabat Ibn Taymiyya, n.d.

Ignatieff, Michael. *Human Rights: As Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

Isik, Huseyn Hilmi. *The Religion Reformers in Islam*. 3rd ed. Istanbul: Wakf Ikhlas, 1978.

Izutsu, Toshihiko. *The Structure of Ethical Terms in the Qur'an*. Chicago: ABC International Group, 2000.Jayawardena, Kumari. *The White Woman's Other Burden: Western Women and South Asia During British Rule*. London: Routledge, 1995.

Ja'it, Hisham. *al-Fitna: Jadaliyyat al-Din wal-Siyasa fi'l-Islam al-Mubakkir*. Beirut: Dar al-Tali'a, 1989.

Jayawardena, Kumari. *The White Woman's Other Burden: Western Women and South Asia During British Rule*. London: Routledge, 1995.

Juwayni, Abu al-Ma'ali 'Abd al-Malik b.'Abd Allah b. Yusuf. *Ghiyath al-Umam fi Iltiyath al-Zulam*. Edited by Mustafa Hilmi and Fu'ad Ahmad. Alexandria: Dar al-Da'wa, 1978.

Kamali, Mohammad Hashim. *The Dignity of Man: An Islamic Perspective*. Cambridge: Islamic Texts Society, 2002.

Kelsay, John. "Saudi Arabia, Pakistan, and the Universal Declaration of Human Rights." In *Human Rights and the Conflicts of Culture: Western and Islamic Perspectives on Religious Liberty*, edited by David Little, John Kelsay and Abdulaziz Sachedina. Columbia: University of South Carolina Press, 1988.

Khadduri, Majid. *The Islamic Conception of Justice*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1984.

Kraemer, Joel L. *Humanism in the Renaissance of Islam: The Cultural Revival During the Buyid Age*. Leiden: E.J. Brill, 1992.

Kurzman, Charles, ed. *Liberal Islam: A Sourcebook*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Lee, Robert D. *Overcoming Tradition and Modernity: The Search for Islamic Authenticity*. Boulder: Westview, 1997.

Lerner, Nathan. *Religion, Beliefs, and International Human Rights*. Maryknoll: Orbis, 2000.

Macfie, A.L. *Orientalism*. London: Pearson Education, 2002.

Mahmasani, Subhi. *Falsafat al-Tashri' fi'l-Islam*. 3rd ed. Beirut: Dar al-'Ilm lil-Malayin.

Makdisi, George. *The Rise of Humanism in Classical Islam and the Christian West*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1990.

Marsot, Afaf Lutfi al-Sayyid. "The Ulama of Cairo in the Eighteenth and Nineteenth Century." In *Scholars, Saints, and Sufis*, edited by Nikki Keddie. Berkeley: University of California Press, 1972.

Martin, Rex. *A System of Rights*. Oxford: Clarendon, 1993.

Marty, Martin. "Religious Dimensions of Human Rights." In *Religious Human Rights in Global Perspective: Religious Perspectives*, edited by John Witte and Johan van der Vyver. The Hague: Martinus Nijhoff, 1996.

Mayer, Ann E. "The Dilemmas of Islamic Identity." In *Human Rights and the World's Religions*, edited by Leroy S. Rouner. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988.

———. "A Critique of An-Na'im's Assessment of Islamic Criminal Justice." In *Islamic Law Reform and Human Rights: Challenges and Rejoinders*, edited by Tore Lindholm and Kari Vogt. Oslo: Nordic Human Rights Publications, 1993.

———. "Cultural Particularism as a Bar to Women's Rights: Reflections on the Middle Eastern Experience." In *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, edited by Julie Peters and Andrea Wolper. London: Routledge, 1995.

———. "Rhetorical Strategies and Official Policies on Women's Rights: The Merits and Drawbacks of the New World Hypocrisy." In *Faith and Freedom: Women's Human Rights in the Muslim World*, edited by Mahnaz Afkhami. Syracuse: Syracuse University Press, 1995.

———. *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*. 3rd ed. Boulder: Westview, 1999.

Mir-Hosseini, Ziba. *Islam and Gender: The Religious Debate in Contemporary Iran*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

Mitchell, Basil. *Law, Morality and Religion in a Secular Society*. Oxford: Oxford University Press, 1967.

Monshipouri, Mahmood. *Democratization, Liberalization, and Human Rights in the Third World*. Boulder: Lynne Rienner, 1995.

———. *Islamism, Secularism, and Human Rights in the Middle East*. Boulder: Lynne Rienner, 1998.

Mortimer, Edward. *Faith and Power: The Politics of Islam*. New York: Vintage, 1982.

Moussalli, Ahmad. *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism, and Human Rights*. Gainesville: University Press of Florida, 2001.

Nadwi, 'Ali Ahmad. *al-Qawa'id al-Fiqhiyya*. 3rd ed. Damascus: Dar al-Qalam, 1994.

Perlmutter, Amos. *Egypt: The Praetorian State*. New Brunswick: Transaction Books, 1974.

Rahman, Fazlur. *Major Themes of the Qur'an*. Minneapolis: Bibliotheca Islamica, 1994.

Ramadan, Tariq. *Islam, the West and the Challenges of Modernity*, translated by Said Amghar. Markefield: Islamic Foundation, 2001.

Rosen, Lawrence. *The Justice of Islam*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Ruthven, Malise. *Islam in the World*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

Sachedina, Abdulaziz. *The Islamic Roots of Democratic Pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Said, Edward. *Orientalism*. New York: Random House, 1979.

———. *Culture and Imperialism*. New York: Vintage Books, 1994.

Shawkani, Muhammad b. 'Ali b. Muhammad. *Nayl al-Awtar Sharh Muntaqa al-Akhbar*. Cairo: Dar al-Hadith, n.d.

Sigmund, Paul E.. *Natural Law in Political Thought*. Lanham, MD: University Press of America, 1971.

Smith, Wilfred Cantwell. *Islam in Modern History*. Princeton: Princeton University Press, 1977.

Soroush, Abdolkarim. *Reason, Freedom and Democracy in Islam*, translated by M. Sadri and A. Sadri. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Strauss, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: University of Chicago Press.

Suyuti, Jalal al-Din 'Abd al-Rahman. *al-Ashbah wal-Naza'ir fi Qawa'id wa-Furu' Fiqh al-Shafi'iyya*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyya, 1983.

Tibi, Bassam. "Islamic Law/Shari'a and Human Rights: International Law and International Relations." In *Islamic Law Reform and Human Rights: Challenges and Rejoinders*, edited by Tore Lindholm and Kari Vogt. Oslo: Nordic Human Rights Publications, 1993.

Tronto, Joan C. *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*. London: Routledge, 1994.

Tuck, Richard. *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

Turner, Bryan S. *Orientalism, Postmodernism and Globalism*. London: Routledge, 1994.

Waltz, Susan E. *Human Rights and Reform: Changing the Face of North African Politics*. Los Angeles: University of California Press, 1995.

Weinreb, Lloyd L. "Natural Law and Rights." In *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, edited by Robert George. Oxford: Clarendon Press, 1992.

Weiss, Bernard G. *The Spirit of Islamic Law*. Athens: University of Georgia Press, 1998.

Zarqa, Ahmad b. Muhammad. *Sharh al-Qawa'id al-Fiqhiyya*. 4th ed. Damascus: Dar al-Qalam, 1996.

Ziadeh, Farhat J. *Lawyers, the Rule of Law, and Liberalism in Modern Egypt*. Stanford: Hoover Institution Publications, 1968.

CHAPTER 11

Combating Intolerance Resolution and The Prospect to Revise Defamation of Religion Regulations[1*]

Zainal Abidin Bagir
Gajah Mada University, Jogyakarta, Indonesia

A. Introduction

In 2011 the UN Human Rights Council adopted Resolution 16/18 on "Combating Intolerance, Negative Stereotyping and Stigmatization of, and Discrimination, Incitement to Violence, and Violence against Persons Based on Religion or Belief." The resolution was then adopted by the UN General Assembly later that year and repeated in the following years (2012, 2013). This resolution was initially proposed by member countries of the Organization of Islamic Cooperation (OIC, previously Organization of the Islamic Conference), an inter-governmental organization which has 57 members.[2] The resolution intended to, among other things, provide protection for minority Muslims in non-Muslim countries. However, for 12 years before that, since 1999, a series of OIC-initiated resolutions for that purpose had been quite controversial. The resolutions – first titled

1 *This chapter is identical with a chapter published by *Human Rights Research Journal* 9 (2014), Faculty of Law, Victoria, University of Wellington, with minor adaptations of style.

2 The official website explains the organization as follows: "The Organization is the collective voice of the Muslim world. It endeavors to safeguard and protect the interests of the Muslim world in the spirit of promoting international peace and harmony among various people of the world. The Organization was established upon a decision of the historical summit which took place in Rabat, Kingdom of Morocco on 12th Rajab 1389 Hijra (25 September 1969) following the criminal arson of Al-Aqsa Mosque in occupied Jerusalem." http://www.oic-oci.org/page/?p_id=52&p_ref=26&lan=en, last accessed November 11, 2014. See also http://oichumanrights.wordpress.com/ for more information on OIC's agenda on human rights.

"Defamation of Islam," then changed to "Defamation of Religions" – were approved by almost all OIC members in the UN Human Rights Council (UNHRC) and UN, but gradually lost support from others, especially Western countries, until it was abandoned in 2011.

While the new resolution on combating intolerance avoids most important weaknesses present in versions of defamation-of-religion resolutions, many authors and activists still suspect the new version. For some, it is simply not good enough, since any limitation to free speech, including in the form of vilification or insult, is not acceptable, beyond what is already in the UDHR and ICCPR. There is no need to add or even underline the limitations. As such the OIC attempts, grounded initially on some ideas of "defamation of religion," immediately become suspect. Even with the new resolution, the suspicion remains that the Muslim countries have not abandoned the defamation agenda for good, but that the change was simply a temporary strategic step.

The purpose of this paper is *not* mostly to address that debate between OIC countries and others, especially Western countries, but to look at the 15-year evolution of the resolution from a different angle and for a different purpose. From an international perspective, juxtaposing it with controversies such as the Danish cartoons which were regarded as insulting Muslims though their disrespectful depictions on the Prophet Muhammad, the resolutions were suspected of attempting to limit freedom of speech and criminalize criticism of Islam. From the OIC's standpoint, the resolutions were about fighting Islamophobia and defending Muslim minorities in majority non-Muslim countries.

However, in its latest, more inclusive, form the resolution may also be looked at from the viewpoint that, if implemented, it also speaks to Muslim-majority states with non-Muslim minority populations. Such a resolution may be conceived as an alternative to domestic religious defamation or blasphemy laws existing in certain Muslim countries, i.e. by shifting the target away from the victimized minority non-conformist religious groups, which have become the victims of intolerance through religious defamation laws, to actors intolerant of the groups. This could be the case with, to take an example, the Indonesian defamation-of-religion law, an old law

which has been surprisingly revitalized in the last decade and became a convenient medium of expression of religious intolerance toward groups such as the Ahmadiyya, the Shi'a, a number of mystical groups, and other non-conformist groups. What I am interested to show in this paper is the significance of the shift from defamation to combating intolerance as a resource to contribute to the evaluation of existing domestic defamation-of-religion or blasphemy laws, especially those still effective in Muslim countries and, further, the possibilities of revising such laws. My main example will be the Indonesian defamation-of-religion law. If this move is considered feasible, it would be a very significant progress in improving the situation of religious freedom in countries where such a law is still effective. Defamation of religion or blasphemy constitutes one of two major issues related to religious freedom in these countries, the other being the inter-related issues of proselytism and conversion.[3]

B. Opposition to The Defamation of Religion Resolutions

The resolutions related to defamation of religion constitute one of the most important engagements of Muslim countries with the international human rights regime. The story started in 1999 when Pakistan, on behalf of OIC, proposed a draft resolution titled "Defamation of Islam" under the racism agenda to the UN Commission on Human Rights (UNCHR).[4] The drafters were alarmed at the negative stereotyping of Islam and the tendency to associate human-rights violations and terrorism with Islam; the international media portrayed Islam "as a religion hostile to human rights, threatening to the Western world and associated with terrorism and violence, whereas, with the Qur'an, Islam had given the world its

[3] John Witte and M. Christian Green, "Religious Freedom, Democracy, and International Human Rights," in *Rethinking Religion and World Affairs*, ed. Timothy Samuel Shah, Alfred Stepan, and Monica Duffy Toft (Oxford University Press, 2012), 111, Oxford Scholarship Online, DOI:10.1093/acprof:oso/9780199827978.003.0008). For the case of Indonesia see Zainal Abidin Bagir, "Indonesia," in *Keeping the Faith: A Study of Freedom of Thought, Conscience, and Religion in ASEAN* (Jakarta: Human Rights Resource Centre, 2015), 139–194, available at www.hrrca.org.

[4] Defamation of Islam, UNCHR. Draft Res., UN Doc. E/CN.4/1999/L.40, April 20, 1999.

first human rights charter […] That defamation campaign was reflected in growing intolerance towards Muslims."[5] They called upon the Special Rapporteur on religious intolerance "to continue to devote attention to attacks against Islam and attempts to defame it." Upon objections by some European states, Canada and India, the title was changed into "Defamation of Religions." In the revised resolution, Islam is still singled out, yet the resolution passed without a vote and still bearing the title of "defamation." The EU, however, has put a reservation on the meaning of "defamation," which it does not understand as a legal term.

In 2000, the resolution passed without a vote again. Starting in 2001 votes were taken, but until 2005 the resolutions passed. While speaking about defamation of *religions*, the language of the resolution, in the words of the representative of Guatemala in 2005, lacks balance since it gives more weight to Islam.[6] The resolutions did put an emphasis on Islam and Muslims, especially Muslim minorities in non-Muslim countries, noting especially the repercussions following the September 11, 2001 events.

After getting more support for the resolution in 2006 and 2007, the objections to it strengthened further from 2008 to 2010. In a move to avoid the objections, the resolutions were made more pluralistic. For example, when mentioning instances of intolerance, discrimination and acts of violence, it adds "including cases motivated by Islamophobia, Judeophobia and Christianophobia."[7] It also replaced "defamation" with "vilification," although the title remained the same. But these moves apparently did not succeed.[8] What happened in the UNCHR/UNHRC (Human Rights Council) was mirrored in the General Assembly (GA). The resolution was first introduced in the GA in 2005 by Yemen on behalf of the OIC. Subsequent resolutions were adopted until 2010, although the support weakened.

There were several main arguments against the resolutions which were formulated with increasing clarity throughout the years by the opposing

5 UNCHR, summary record, UN Doc. E/CN.4/1999/SR.61, October 19, 1999.

6 See http://www.un.org/press/en/2005/ga10437.doc.htm. The country did, however, vote in favour, hoping that future texts would be more inclusive.

7 UN Doc. A/RES/65/224.

8 Cf. http://www.huffingtonpost.com/2010/11/25/blasphemy-resolution-pass_n_788305.html

states, international NGOs, as well as academics.[9] *First*, there was an objection to the analogy used between race and religion in these resolutions (the resolution itself was at some points tabled under the agenda of racism). This was seen as shielding religion, especially Islam, against criticism. *Second*, it was also seen as trying to protect religion, rather than individual believers – an approach which does not accord with the approach of the human-rights regime in general. *Third*, "defamation of religion" is an ambiguous concept, and as such attempts to restrict it may hinder free speech excessively. It may end up in states regulating what is considered the "correct Islam" against legitimate, well-intentioned criticism or internal Muslim reformist attempts. In general, it may put too great restrictions on free speech. When the United States, which does not even approve the limitation of speech allowed in ICCPR, became more active in the debate in 2008, it advanced this limitation on speech as its main argument.

A further criticism of the resolutions is directed against the Muslim-majority countries themselves which have versions of defamation-of-religion / blasphemy laws. There is a justified concern that endorsement of the notion of "defamation of religion" at the UN level would embolden the domestic laws in those countries. Another related argument is directed toward the attempt to connect defamation of religion and the violence that it causes, i.e. that defamation of religion must be stopped because it disturbs the public order – this connection is made stronger in the case of the Danish cartoon affair. The fact is, the opponents of the resolutions argued, rather than maintaining harmony, such laws in many Muslim-majority countries have emboldened conservative groups and states to marginalize minority religious groups (mostly, although not exclusively, within the same religion) in the name of guarding what they regard as "orthodoxy." So while there may be some relation between defamation and violence, it may go not in the direction argued by the proponents of the resolutions, but in the reverse.

[9] For a recapitulation of the arguments see Asma T. Uddin, "Blasphemy Laws in Muslim Majority Countries," *The Review of Faith and International Affairs* 9, no. 2 (Summer 2011), 47–55; Witte and Green, "Religious Freedom, Democracy, and International Human Rights"; Paul A. Marshall and Nina Shea, *Silenced: How Apostasy and Blasphemy Codes are Choking Freedom Worldwide* (Oxford University Press, 2011).

C. From Combating Defamation of Religion to Combating Intolerance

2010 was the last year the defamation of religion resolutions was discussed in both the UNHRC and the GA. In March 2011, a radical (although not abrupt) change took place at the UNHRC. Instead of defamation of religion, the OIC proposed a resolution titled "Combating Intolerance, Negative Stereotyping and Stigmatization of, and Discrimination, Incitement to Violence, and Violence against Persons Based on Religion or Belief."[10] This time the resolution passed without a vote and was repeated in the following years. At the GA, the combating-intolerance resolution also passed in December 2011, and was repeated in 2012 and 2013 – all without a vote.

The 2011 HRC resolution actually repeats the main concerns in previous defamation resolutions. It notes "the instances of intolerance, discrimination and acts of violence in many parts of the world, including cases motivated by discrimination against persons belonging to religious minorities, in addition to the negative projection of the followers of religions and the enforcement of measures that specifically discriminate against persons on the basis of religion or belief." It encourages member states to address and combat "any advocacy of religious hatred against individuals that constitutes incitement or discrimination, hostility or violence." But other than that, there was now no more specific reference to Islam, Islamophobia or Muslims. Also, the focus had now shifted from protection of religions to protection of persons.

Another important point concerns the use of legal or non-legal means. In general, rather than suggesting legal ways to combat defamation of religions, another important feature of the resolution is its emphasis on non-legal ways to combat intolerance. Legal means is still suggested but limited: "Adopting measures to criminalize incitement to *imminent violence* based on religion or belief" (italics added). But it recognizes that "working together to enhance implementation of existing legal regimes that protect individuals against discrimination and hate crimes, increase interfaith and intercultural

10 UN Doc. A/HRC/RES/16/18.

efforts, and to expand human rights education are important first steps in combating incidents of intolerance, discrimination and violence against individuals on the basis of religion or belief." It also suggested "open public debate of ideas, as well as interfaith and intercultural dialogues at the local, national and international levels" as a way to protect against intolerance. The means to foster a domestic environment of religious tolerance, peace and respect include "creation of collaborative networks to build mutual understanding, promoting dialogue and inspiring constructive action towards shared policy goals and the pursuit of tangible outcomes, such as servicing projects in the fields of education, health, conflict prevention, employment, integration and media education."

The new resolution was followed up more enthusiastically by states as well as international NGOs. The most significant follow-up has been the Istanbul Process, a series of meetings launched in Istanbul as early as July 2011 by the US Secretary of State Hillary Clinton, the OIC Secretary General Ekmelledin Ihsanoglu and EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy Catherine Ashton.[11] Since then, there have been four other meetings. However, Kayaoglu and Petersen question whether the meetings could bridge the old divides between the West and the Muslim world, or simply repeat old animosities apparent in the previous defamation-of-religion debates.[12] At the third meeting in Geneva, while there were discussions about inter-faith dialogue as a non-legal means of combating intolerance, there was also a contentious issue of criminalization of hate speech, "invoking old fault lines between the Muslim world and the West and raising questions about the future of the resolution."[13]

Indeed, outside the meetings, there has been a worry that in the implementation process of the new resolution, OIC countries still entertained the idea of criminalizing defamation of religion, and might have not fully abandoned the idea of defamation of religion. For example, Marshall and Shea maintain that "Blasphemy prohibitions are now being

11 See the resulting joint statement at http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/07/168653.htm

12 Turan Kayaoglu and Marie Juul Petersen, "Will Istanbul Process Relieve the Tension Between the Muslim World and the West?," http://www.thewashingtonreview.org/articles/will-istanbul-process-relieve-the-tension-between-the-muslim-world-and-the-west.html, last accessed May 12, 2015.

13 Ibid.

universalized at the UN through a back door. Traditionally narrow limits on free expression are being interpreted expansively to accommodate prohibitions against 'religious hate speech,' which, in turn, is explicitly interpreted by the OIC as a ban on 'defamation of religions.'"[14] In an opinion article Shea sees that the Istanbul Process "offered a transnational venue for the OIC to reintroduce its anti-defamation push, just as the issue had been laid to rest at the United Nations."[15] Elizabeth Kendall, an Australian religious liberty advocate, goes even further, saying that actually the combating intolerance resolution is more dangerous than the combating defamation resolution. Quoting OIC sources, she shows that the intention of OIC with the follow-up meetings is actually to formulate "international laws preventing inciting hatred resulting from the continued defamation of religions."[16] For her, it is clear that the move from defamation to incitement is "not only totally consistent with OIC strategy since early 2009, but it actually advances the OIC's primary goal: the criminalization of criticism of Islam."[17]

The OIC was certainly aware of this suspicion. On October 2012, the Secretary General of the OIC said that the organization would not try again to table defamation of religion, but appealed for states to apply hate-speech laws concerning Islam.[18] More positive comments were given recently (March 2014) in a joint statement by three NGOs, i.e. Article 19, Human Rights First and Freedom House.[19] The organizations opposed the earlier resolutions on combating defamation of religions, but welcomed the later resolution on combating intolerance. They called on states to implement

14 Marshall and Shea, *Silenced*.

15 N. Shea, "A perverse 'process,'" *New York Post*, December 17, 2011, http://nypost.com/2011/12/17/a-perverse-process/.

16 The quotation comes from an International Islamic News Agency report, quoted by Kendall. See http://elizabethkendal.blogspot.co.nz/2011/08/hr-resolution-1618.html, July 2011.

17 OIC's more recent position can be found in https://oichumanrights.wordpress.com/tag/resolution-1618/, June 2013.

18 http://www.reuters.com/article/2012/10/15/us-islam-blasphemy-idUSBRE89E18U20121015. See also Freedom House's support: https://freedomhouse.org/article/oic-rebuke-defamation-religions-welcomed.

19 http://www.article19.org/resources.php/resource/37505/en/human-rights-council:-states-must-implement-resolution-16-18-and-rabat-plan-of-action. For the individual organizations' stands see also http://www.humanrights.gov/2014/09/04/combating-intolerance-and-discrimination-based-on-religion-or-belief/ ; https://freedomhouse.org/blog/trouble-blasphemy-laws#.VGt-1_mUdIE.

the combating-intolerance resolution. As one instance of guidance in implementation, it also specifically mentioned the Rabat Plan of Action. It is another initiative running parallel with the Istanbul Process, starting with four intensive meetings in 2011 and culminating in 2012 in Rabat.[20]

D. The Shift from Defamation to Intolerance: The Future of Domestic Religious Defamation Laws?

While in the international forums OIC member states attempt to fight Islamophobia in places where Muslims constitute a minority, domestically a related but different problem is the prevalence of versions of blasphemy or defamation-of-religion laws in those countries, which are still effective (in some places, these laws are used more frequently in recent years). In this regard, the shift from defamation to intolerance and incitement may turn out to be helpful seen from the point of view of better protection of religious freedom in Muslim countries. While the attempt to criminalize defamation at the international level mostly targets Western countries with an increasing number of Muslims, the debates around the idea and the eventual admission of OIC to shift the issue from defamation to intolerance could be a valuable resource to influence the domestic situation in OIC member countries.

According to Pew Research Center, in many countries blasphemy/defamation laws exist and are fully enforced. In others they still exist but are very rarely enforced or have not been enforced for a long time. As of mid-2009, 30% of 198 countries have regulations forbidding blasphemy, apostasy or defamation and they are still enforced in 44 of those countries.[21] The highest percentage (80%) of countries with such regulations are in the Middle East or Northern Africa, followed by Europe with 38%,

[20] The text of the Rabat Plan of Action can be found at http://www.ohchr.org/documents/issues/opinion/seminarrabat/rabat_draft_outcome.pdf. See also http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/RabatPlanOfAction.aspx.

[21] Pew Research Center, *Rising Restrictions on Religion* (August 2011), 59, 67, http://pewforum.org/Government/Rising-Restrictions-on-Religion.aspx.

Asia-Pacific 30%, Sub-Saharan Africa 17% and the Americas 12%.[22] The regulations are still enforced in many countries (14 countries in Europe, 12 in the Middle East, 12 in Asia-Pacific, three in Sub-Saharan Africa and three in the Americas).[23] Recent developments in Pakistan and Indonesia show that such laws have been used more frequently recently.[24]

With regard to Indonesia, the existing defamation-of-religion law has in the past few years become the object of scrutiny. The law was first enacted in 1965, partly to accommodate the interest of certain Muslim groups against the syncretic spiritual movements known as *aliran kebatinan/kepercayaan* (lit. streams of spiritual beliefs). In its vague wording, the law prohibits every individual from "intentionally, and in public, conveying, endorsing, or soliciting public support for an interpretation of a certain religion embraced by Indonesian people or undertaking religious activities that resemble the religious activities of the religion, where such interpretation and activities deviate from the basic tenets of the religion."[25] It is clear that the objective of this law is to guard certain claims to orthodoxy and fight syncretic movements.

In the first 35 years of its career, the law was used very rarely. Paradoxically, however, after the democratization that started in 1998 the law has been used much more frequently – from only 10 cases in 35 years (1965–2000) to around 40 cases since 2000.[26] Not less importantly,

---

22 Ibid., 71.

23 These figures may not be completely accurate, since the Pew Research Report only gives percentages, but does not list the individual countries. I quote the numbers as well as further examples in Zainal Abidin Bagir, "Defamation of Religion Law in Post-Reformasi Indonesia: Is Revision Possible?," *Australian Journal of Asian Law* 13, no. 2 (2013): 1–16.

24 It is important to note that taking examples from Muslim countries should not be taken to mean that the laws in those countries are similar or even identical. In general, the version of blasphemy law in Pakistan is much stronger than the one existing in Indonesia in terms of the scope of what constitutes blasphemy/defamation (in Pakistan it is only to protect Muslim sensitivities) as well as the punishments (the most severe punishment in Pakistan is the death penalty while in Indonesia it is a five-year imprisonment).

25 Art. 1 of Law No. 1/PNPS/1965 on Prevention of Defamation of Religion.

26 The numbers are inferred from Crouch's study and religious freedom reports that document the cases in the past few years in Indonesia, published by national and international organizations such as Setara Institute, The Wahid Institute, Center for Religious and Cross-cultural Studies at Gadjah Mada University, Freedom House, Human Rights Watch or Amnesty International. It is difficult to get the exact numbers since there is no central repository of court cases covering all parts of Indonesia. See M. Crouch, "Law and Religion in Indonesia: The Constitutional Court and the Blasphemy Law," *Asian Journal of Comparative Law* 7, no. 1 (2012): 1.

the target of the law has become wider, now to include non-conformist or non-mainstream religious, mostly Islamic, groups. Not only the small groups that may be categorized as new religious movements, it also targets larger groups such as the Ahmadiyya and, more recently, even the Shi'a, which is acknowledged as a legitimate Islamic sect by international Islamic organizations. In these latter cases, the law has become a means to guard narrow (and increasingly narrower) understanding of Islamic "orthodoxy." Similar to the case of other blasphemy/defamation laws, the vague wording of the law makes it prone to be used for a variety of different cases by either the more powerful religious groups or the state. The Indonesian law does not distinguish between intentional defamation (and also "defamation" of teachings, houses of worship or religious figures), deviation (from the mainstream understanding of the religion), or simply difference (in interpretations).

The recent increase in the use of the law is a paradox since immediately following the 1998 democratization movement, human rights in general had actually found a much better grounding in the Indonesian state. Besides enactment of a new law on human rights and ratification of more human rights conventions, the second of the four Constitutional Amendments (2000–2002) managed to insert a wide-ranging article on human rights. Considering a few other developments, it can be said that the defamation of religion law has been revitalized.[27]

Responding to this revitalization, advocacy for religious freedom had developed from responding to specific court cases to bringing certain laws, including the defamation-of religion-law, to the Constitutional Court, a new independent body established in 2003 as another consequence of democratization.[28] The law was actually brought to the court twice (2009–2010 and 2013), and in both occasions the court decided to retain the law. The main argument of the petitioners concerns the discrepancy between the 1965 law and the Constitution, which, especially after its amendments, has a similar clause of restriction of freedom as in the ICCPR. The Ministries of Religion and Domestic Affairs defended the

27 Bagir, "Indonesia".

28 Zainal Abidin Bagir, "Advocacy for Religious Freedom in Democratizing Indonesia," *The Review of Faith & International Affairs* 12, no. 4 (2014): 27–39.

law as a way to protect religious communities from defamation of their religions. The argument runs as follows: defamation of religion may offend the sensitivities of certain religious groups, which then may incite violence; to prevent that and maintain public order, defamation of religion should be prevented, and as such there is a legitimate basis for restricting the freedom to "defame religion." The problem is that non-mainstream, unorthodox or non-conformist groups, which may have different interpretations from the mainstream groups within a religion, can be accused of defaming a religion. This is the case with the Ahmadiyya and the Shi'a.

While acknowledging the discriminatory potential of the law, the court agrees with that argument. With regard to evidence of discrimination, it faults not the law itself, but its implementation. That was part of the reason the court mentioned the need for revision, i.e. to make sure that the law, which is needed to maintain social order, does not go against Indonesian pluralism and become discriminatory.[29]

The suggestion has not been followed up, but the issue of defamation of religion may be brought up when a planned law on religious harmony is discussed. Despite recommendations by domestic and international human-rights organizations, as well as by states during the 2012 Universal Periodic Review of the UNHRC, the prospect of annulling the law is slim. The main consideration, as evident in the proceeding of the 2010 Constitutional Court's review, is not merely legal; more important is the historical political baggage the law carried. The law constituted one of the landmarks of accommodation of certain Muslim political interests and one that has significantly defined the state–religion relation in Indonesia.[30] While completely annulling the law is highly unlikely in the near future, what may be done, following the suggestion of the Constitutional Court, is a revision of it.

The question is: How can this law be revised so that it does not go against Indonesia's commitment to pluralism and religious freedom? Is it even possible to do that? The Constitutional Court does not provide sufficient clues in this regard; it merely outlines, in passing, some broad constraints. It is here that the insights produced by the international debates

29 Constitutional Court Decision No.140/PUU-VII/2009.
30 Bagir, "Defamation of Religion Law in Post-Reformasi Indonesia."

on defamation of religion can be helpful. A number of ideas derived from the debate as discussed above can be outlined here.

First, shifting from the issue of defamation of religion to intolerance and incitement to hatred or violence means shifting the target of the discourse. The victims in the case of defamation of religion in Indonesia (or other Muslim countries) are usually minorities of religious individuals and groups (in most cases actually they are co-religionists) regarded as "defaming" the religion. They became the object of criminalization. In cases of incitement to hatred the perpetrators are the intolerant groups who, for the sake of maintaining their religious sensitivities, marginalize, criminalize or incite hatred and violence toward the non-conformists.

Second, while the concept of defamation requires, in one way or another, determination of orthodoxy, the concept of intolerance/incitement to violence is more concrete. It does not require orthodoxy but determines the perpetrators by more objective and tangible standards, i.e. the act of inciting violence. Surely, determining what acts constitute incitement to violence is not straightforward, but internationally there are more guidelines and more jurisprudence on this than on "defamation of religion."[31] Another related point here is the shift from protection of religion or a religious group to individuals.

Kayaoglu sees that those shifts indicate the victory of liberal ideas contra the Muslim standpoint.[32] On a different perspective, however, it is also possible to conceive the shifts not as a move from Muslim to Western liberal ideals but, following Witte and Green, a shift toward pragmatism.[33] Besides, conceiving a too stark contrast between Western liberalism and a more communitarian Muslim standpoint risks freezing or essentializing both. The fact is that within the internal Muslim discourse there has been a huge variety of standpoints, some of which are authoritarian, others democratic, some highly "communitarian," but there are other equally and traditionally legitimate positions advanced by influential Muslim leaders

---

31 An example of such a guideline is the one produced by Human Rights First, *Confronting Hatred While Respecting Freedom of Expression,* available at http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/Confronting_Hatred_While_Respecting_Freedom_of_Expression.pdf.

32 Turan Kayaoglu, "Giving an Inch Only to Lose a Mile: Muslim States, Liberalism, and Human Rights in the United Nations," *Human Rights Quarterly* 36, no. 1 (2014): 61–89.

33 Witte and Green, "Religious Freedom, Democracy, and International Human Rights."

which move more closely toward a certain type of liberalism. Relevant to this discussion are recent debates on the relation between democracy, secularism, liberalism and multiculturalism which open up the possibility of more positions, and more nuanced ones, on this issue.[34] In short, rather than drawing stark contrasts between Muslim and Western ideals to devalue the shifts taken by countries in international forums, it is more productive in this regard to see both as dynamic, evolving and involved in dialogues. Furthermore, an analysis which looks at the so-called Western–Muslim fault lines could easily exaggerate the lines and as such arrest the attempted dialogues and negotiations at a too philosophical plane.

E. Conclusion

While for Western countries the combating intolerance resolution is suspected to restrict speech, in majority-Muslim countries like Indonesia, it should be seriously considered in the attempt at revising the defamation of religion law. Cases in Indonesia show that part of the reason for violation of the rights of vulnerable religious groups comes from intolerance, which is manifested in hate speech or even incitement to violence. "Combating intolerance" tends to fault the intolerant perpetrators of violation of religious freedom rather than the victims, who are usually members of vulnerable religious groups. It reverses the tendency apparent in the existing defamation of religion law, which is clearly intended to protect the majority or the mainstream religious groups.

Similarly, while the resolutions were initially intended to protect mostly minority Muslims in non-Muslim countries, it is now also expected to protect vulnerable minorities, Muslims or not, in other countries. As such, its main point of reference is protection of minority religious groups – regardless of the religious affiliation of the victims or the perpetrators –

[34] Muslim scholars such as Abdullahi An-Na'im, Khaled Abou El Fadl, Tariq Ramadan, Abdulaziz Sachedina or Abdolkarim Soroush have long argued for some kind of non-liberal Muslim democracy. There is also a growing literature on empirical research, such as the ones undertaken by Alfed Stepan and Ahmet Kuru, about the variety of secularisms, models of democracy and whether democracy requires strict separatist liberalism. This literature should not be seen as strengthening the liberal-Muslim divide, but a movement to blur the borders of old categories.

from intolerance, stigmatization and incitement to violence. OIC, as the initiator of this resolution, naturally faces demands to persuade its member countries to protect their own religious minorities, without which calls to protect Muslim minority populations in the Western countries would not be credible.

CHAPTER 12

An Introduction to Freedom of Thought, Conscience, and Religion from a Human Rights Perspective

Brett G. Scharffs
International Center for Law and Religion Studies, J. Reuben Clark Law School of Brigham Young University, USA

A. Introduction

This chapter is an introduction to Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and other human rights institutions and provisions that bear directly upon freedom of religion and belief.[1] This chapter should be read in conjunction with Chapter 6, which is a more general introduction to the history, drafting and key provisions of the UDHR.

B. Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights

The foundational text for the international human rights approach to freedom of religion is found in Article 18 of the UDHR, adopted by the United Nations General Assembly in 1948.

---

1 Portions of this chapter are adapted from Brett G. Scharffs, "Symposium Introduction: The Freedom of Religion and Belief Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Legal, Moral, Political and Religious Perspectives," *Journal of Law & Religion* 26 (2010–2011): 249–260, and W. Cole Durham, Jr. and Brett G. Scharffs, *Law and Religion: National, International and Comparative Perspectives*, Chapter 3, "International Human Rights Perspectives on Freedom of Religion or Belief" (Aspen/Wolters Kluwer, 1998).

Article 18 states:

> Everyone has the right to freedom of thought, conscience, and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.[2]

Examining the Article word by word sheds valuable light on the meaning and scope of the right to religious freedom.

1. *"Everyone"*

This means all human beings, not only citizens or permanent residents but nonresident aliens and stateless persons as well, have the right to freedom of religion or belief. So do foreign religious leaders, religious personnel, and missionaries. Human beings do not lose their rights by taking on religious roles.

2. *"Has"*

The state does not bestow religious freedom, freedom of thought or freedom of conscience. Legislation may implement, but it does not create these freedoms. Individuals and religious groups possess these rights simply by virtue of their human nature and their status as human beings. The responsibility of the state is to recognize and protect these freedoms.

3. *"Right"*

Religious freedom is a right. It is neither a privilege nor a gift, nor a mere interest. A right is something that the state has a responsibility to respect and protect.

4. *"Freedom"*

Religious liberty is a freedom. It is not reducible to equality or equal treatment, although equal treatment is certainly important. Article 18 does not permit states to treat all religion equally poorly. Freedom of thought, conscience, and belief is a freedom that states are obliged to protect.

---

[2] United Nations, *History of the Document,* http://www.un.org/en/sections/universal-declaration/history-document/, accessed July 26, 2016.

5. *"Thought, Conscience and Religion"*

This formulation indicates that the scope of protection is broad rather than narrow. The scope of coverage encompasses more than freedom of religion. It includes freedom of thought, conscience, and religion. The Universal Declaration's drafters wrote this section intentionally broadly to encompass a wide spectrum of religious and nonreligious beliefs, including agnostic and atheistic beliefs. While the sophisticated and important arguments that exist concerning what is and is not a religion can be important, for example, for determining whether or not an organization is eligible for a tax exemption, from a human rights perspective, whether a set of beliefs qualifies as a religion or not does not matter because the protection is the same for thought, conscience, and religion. In its General Comment number 22, discussed in greater detail below, the Human Rights Committee stated, "Article 18 protects theistic, nontheistic and atheistic beliefs, as well as the right not to profess any religion or belief. The terms 'belief' and 'religion' are to be broadly construed."[3]

6. *"Change"*

Most experts on religious human rights consider the right to convert from one religion to another, or to have no religion, as fundamental to the freedom of religion and belief. Not all traditions recognize conversion as a fundamental right, however. Article 18's recognition of the freedom and right to change one's religion divided nations with large Muslim populations as the United Nations voted on the Universal Declaration. Saudi Arabia eventually abstained from the vote on the Universal Declaration, and one of its primary reasons was the inclusion of the word "change" in Article 18.[4]

Importantly, other Muslim countries did not object to the inclusion of the right to change religion or belief. For example, Muhammad Khan, the foreign minister of Pakistan and a Muslim, promised the full support of his country.[5] Noting that Islam itself is a proselytizing religion, Khan

[3] UN Human Rights Committee, General Comment No. 22, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (48th Session, 1993).

[4] Susan Waltz, *Who Wrote the Universal Declaration of Human Rights* (U.S. Department of State, November 2008), http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/publication/2008/11/20081119135247xjyrrep6.023806e-02.html#axzz4FZVT1WkT, accessed July 26, 2016.

[5] Glenn Mitoma, *Human Rights and the Negotiation of American Power* (University of

expressed his view that the freedom to change one's religion was consistent with Islam and that faith could not be obligatory.[6] Khan quoted a passage from the Qur'an, "Let him who chooses to believe, believe, and let him who chooses to disbelieve, disbelieve," while making his case.[7] This illustrates that the right to change one's religion from an Islamic perspective may most persuasively be advocated by Muslim scholars interpreting and understanding their own tradition.

7. *"In Community with Others"*

Freedom of religion or belief protects activities that have a social or communal dimension. Religious freedom is not something the Universal Declaration envisions as a private or individual right only, but also a right that necessarily includes community. Article 18 explicitly protects this communal dimension.

8. *"Manifestation"*

The UDHR includes the protection of manifestations, not just the protection of belief. This means there is also a protection of actions motivated by belief. Freedom of religion or belief includes the freedom to manifest one's religion in teaching, practice, worship and observance. This protection is broad, and intentionally so, and it is more than freedom to worship. This includes the freedom to teach, practice, worship, and observe one's religion, and intentionally or unintentionally reducing freedom of religion to only one of these components threatens freedom of religion. These terms describe in an expansive way general types of conduct embraced within the general category of religious activity. They should be viewed as being representative rather than exhaustive.

Human rights, however, are not without limitation, and in the UDHR the limitations clause is found in Article 29. Its text states that, "[i]n the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in

---

Pennsylvania, 2013), 109.

6 *Id*.

7 *Id*.

a democratic society." In later instruments, the limitations clause with respect to religion occurs within the provision itself, but in the Universal Declaration, the grounds for limitations are found in Article 29, which applies generally to the rights and freedoms identified in the UDHR.

The limitations clause envisions that, in the exercise of rights and freedom, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law (a rule of law constraint), solely for the purpose of (there are limits on the purpose for which rights may be limited, and these are) securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements (limitations must be required by principles of justice) of morality, public order and the general welfare in a democratic society. The limitations clause not only identifies the legitimate bases for limiting freedom of thought, conscience and belief, it also articulates the limits that apply to those limitations. Most importantly, the bases for limitation are carefully enumerated, and those bases for limitation are limited by what is genuinely needed to meet the "just requirements" of these legitimate bases for limitation.

C. Other International Human Rights Instruments on Freedom of Religion and Belief

1. *European Convention on Human Rights (ECHR), 1950*

As discussed in Chapter 6, the ECHR, adopted in November 1950, is very similar to the UDHR in its content and tone. The European Court of Human Rights' jurisdiction applies to Council of Europe members. This includes forty-seven member states in Europe, Turkey, and the former Soviet Union.[8]

[8] Member states include Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, The Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, The Russian Federation, San Marino, Serbia, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, North Macedonia, Turkey, Ukraine, and the United Kingdom.

Article 9 of the ECHR addresses freedom of thought, conscience and religion. It states that "everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance."[9] Its language closely parallels the language of the UDHR, as do its articulated grounds for limitations on freedom of religion. "Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."[10]

Analytically, the rights under Article 9 are divided into what are sometimes called "first tier" or "paragraph one" rights, and "second tier" or "paragraph two" rights. The first tier rights are sometimes referred to as relating to the *forum internum*, or internal forum. They include freedom of thought, conscience, and religion and the freedom to change religion or belief. The second tier rights, relating to the *forum externum*, or external forum, relate to manifestations of religion or belief. This distinction is similar to the belief/action distinction found in US constitutional-law jurisprudence. The important point is that the internal forum may not be subject to limitation legally. The key inquiry often becomes, "What is included in the internal forum?" While the boundaries may be indefinite, under the terms of Article 9, it includes freedom of thought, and of conscience, and the right to change religion and belief.

The external forum, on the other hand, is subject to limitation. The *forum externum* includes actions and manifestations of belief. The permissible bases for limitation are carefully defined.[11] We may say there are strict limitations on the legitimate limitation of freedom of religion and belief.

The Convention recognizes that religious freedom rights may be exercised either alone or in community with others; there is a communal aspect to the rights, which may be manifested in public or private. The

9 European Court of Human Rights, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, accessed July 26, 2016.

10 *Id*.

11 *Id*.

structure of this right rejects a stark dichotomy between public life and private life, which might result in religion being relegated to the private realm. The definition of what counts as a manifestation of thought, conscience and religion is explicitly and intentionally broad. Permissible manifestations include not just expressions of belief, but also worship, teaching, practice, and observance. This language is intended to be quite encompassing of various types of religious expression and exhibition.

Clause two or "paragraph b" is known as the "limitations clause." Unlike the nonderogable or "first-tier" rights of clause one, this clause, beginning with "freedom to manifest one's religion or beliefs," underscores that state limitations must be imposed only on manifestations of belief. Clause two then provides an exclusive list of the permissible bases for limitation. First, those limitations must be prescribed by law. Second, they must be "necessary in a democratic society" and be based upon one of the legitimate grounds for limitation, namely public safety, protection of public order, health and morals, and the protection of the rights and freedoms of others. Almost all of the action in the Article 9 jurisprudence of the European Court of Human Rights focuses on the phrase "necessary in a democratic society." Not every case, but virtually every case in the freedom of religion and belief jurisprudence of the Court, turns on that part of paragraph two.

In the European Court of Human Rights' jurisprudence, analyses of religious freedom claims almost always take the same form. On their face, the Court's decisions are very formulaic and almost always follow an identical template for analyzing religious freedom claims. As a practical matter, this means that the particular facts and circumstances of each case are very important in determining the outcome of the cases.

The first step is to ask whether is to ask whether or not there has been an interference with religion, thought, or conscience by the state. This is a threshold question, and if there has been no interference with the right to manifest one's thought, conscience or religion, then the case is dismissed.

If the answer is, "yes, there has been an interference," then the second step is to ask whether or not the limitation is "prescribed by law." This imposes a rule-of-law constraint upon limitations. The legal prohibition must be accessible, sufficiently precise, and sufficiently foreseeable in order

for people to plan their activities. If the limitation is not prescribed by law, then the state loses and the applicant wins. A law that is unduly vague may fail the "prescribed by law" test.

If the answer is "yes, the limitation was prescribed by law," then the third question is whether one of the legitimating grounds is present as a basis for justifying the limitation. The legitimate bases for limitation are set out in paragraph b of Article 9, and include the "interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others." These bases for limitation appear to be quite broad, and there is a legitimate concern that if these grounds for limitation are construed broadly, then Article 9 will afford very little protection of freedom of thought, conscience and religion. The exception, we might fear, will swallow the rule. Furthermore, although the Court is usually quite clear about which legitimating aim justifies the limitation, the Court often is quite deferential to the state's assertion of a legitimate aim. Thus, step three in the analysis does not result in many defeats for the state.

The important point, however, is found in the final step of the analysis. If the answer is "yes, there is a legitimating ground for the limitation," then the fourth and final enquiry is whether the limitation is "necessary in a democratic society."

This final step of the analysis is by far the most important in European Court jurisprudence. The majority of the analysis occurs at this final step. Of the more than forty cases that have been decided by the European Court interpreting Article 9, the vast majority are decided based on whether the limitation is necessary in a democratic society. Therefore, the issue of whether a limitation is or is not genuinely necessary is of great importance.

"Necessity" results in a multi-part enquiry that represents the gravamen of most Article 9 jurisprudence. There is some debate about whether the addition of the words "in a democratic society" results in a narrower or wider set of limitations than under, for example, the UDHR, where there is a necessity limitation, but it is not tied specifically to democratic society. Because it is possible to argue that, in order to guarantee the perpetuation of democracy, certain types of limitations (on religious political parties, for example) may be especially needed, perhaps there is a sense in which

democratic necessity broadens the scope of what is a permissible limitation. But in another sense, we would expect a democracy to be less tolerant of limitations on fundamental rights than other forms of government, so the modifier "in a democratic society" may at times broaden the scope of what is a protected right.

An important component of the determination of whether a limitation is really "necessary in a democratic society" is the idea of a "margin of appreciation" that is afforded by the Court to member states for protecting human rights. "Margin of appreciation" is a term of art that reflects a recognition that there may be permissible cultural and legal variations with respect to human rights issues. The margin of appreciation is a kind of zone of deference that the Court affords to states in determining whether or not limitations are really necessary or not. Critics have noted that it is difficult to ascertain in advance whether or not a state is operating within its margin of appreciation in a particular case. The Court almost always will go to great lengths to acknowledge the margin of appreciation that they have taken into account, perhaps especially when the Court is in the process of finding a country to be in violation of Article 9.

In analyzing necessity, the Court typically – though not always – asks two questions: first, is the limitation justified in principle, i.e., does it correspond to a pressing social need? Second, is it proportionate to the legitimate aim pursued? The large majority of Article 9 cases ultimately turn on this question of proportionality. This enquiry resembles, though is not identical to, the familiar American constitutional questions of whether a restriction on a fundamental rights reflects a "compelling state interest" and represents the "least restrictive means" of achieving the end in question. Thus, the Court engages in conscious and explicit balancing and almost all of its decisions come down to a discussion of proportionality.

The European Court of Human Rights' jurisprudence recognizes three primary institutional norms that effect religious freedom – registration, autonomy, and equal treatment. In a series of cases decided over the past decade, the Court has made it clear that, while the ECHR recognizes registration requirements, state-created obstacles to registration violate human-rights guarantees of freedom of religion and association. On the

subject of institutional autonomy, religious institutions should have the right to control their own internal affairs, determine doctrine, choose and appoint leaders, and employ personnel based upon religious qualifications. The Court's jurisprudence regarding equal treatment does not always entail identical treatment, but non-discrimination norms prevent states from discriminating among religious groups. Generally, when cooperation exists between some religions and the state the general trend is towards greater inclusiveness of other religions.

The European Court of Human Rights also recognizes three primary norms of individual religious rights – belief and expression, choosing and changing religious beliefs, and accommodations. At the core of the freedom of religion and conscience is the absolute protection of the internal forum of belief. Freedom of expression, the right to express and propagate religious beliefs, is also well defined and well protected. Improper proselytism is narrowly defined and focuses on coercion. Although controversial in some quarters at the time of the drafting of the UDHR, it is well established in European Court of Human Rights jurisprudence that freedom of religion includes the right to change one's religion or belief, including the right not to believe. The right to conscientious objection is increasingly recognized as an important dimension of freedom of religion and belief. Claims of conscience should be accommodated when doing so is possible without incurring undue cost or difficulty, especially when it can be done without compromising public order and the rights and freedoms of others.

2. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1966

As noted in chapter 6, the UN Human Rights Commission planned to follow up the non-binding UDHR immediately with a binding, universal convention. However, ideological differences between the Western states and the Soviet bloc prevented progress on a single covenant. In 1951 the Commission decided to adopt the two-covenant approach championed by the Western states and resumed drafting work.

The process of hammering out the two conventions took an additional 15 years. The resulting covenants were titled the International Covenant

on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR).

Article 18 is the Covenant's provision relating to freedom of religion or belief. It states, "[e]veryone shall have the right to freedom of thought, conscience, and religion. This right shall include freedom to have or adopt a religion or belief of his choice […]"[12] Unlike the UDHR, however, the word "change" is missing. The drafters avoided the word "change" to accommodate Muslim sensitivities, but they drafted it in such a way that the idea of the right to change is built into the text through the idea of having or adopting a religion or belief of one's choice.[13] Therefore, the Human Rights Committee interprets Article 18 as including the right to change, but it is important to note that this is a point of utmost sensitivity, and the right to change does not appear in that wording in the binding legal instrument.[14] It does, however, occur in other binding legal instruments, such as the European Convention. Article 18 goes on to say that "No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief […]"[15] The limitations must be prescribed by law and must be necessary. This structure of limitations is very similar to the European Convention.

A number of other provisions of the ICCPR are related to freedom of religion, including Article 19 (freedom of expression, including the right to seek, receive and impart information and ideas of all kinds); Article 20 (which prohibits advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence); Article 21 (the right of peaceful assembly); and Article 27 (the right of ethnic, religious and linguistic minorities to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, and to use their own language).

As noted in Chapter 6, the Optional Protocol to the ICCPR also has significant implications for freedom of religion.

---

12 *Id.*

13 Kristine Kalanges, *Religious Liberty in Western and Islamic Law: Toward a World Legal Tradition* (Oxford University Press, 2012), 63.

14 *Id.*

15 European Court of Human Rights, *supra.*

3. Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief, 1981

While work was underway to finalize the international covenants, efforts moved forward to adopt conventions on the elimination of racial discrimination and elimination of religious intolerance and discrimination. The first of these efforts was successful, resulting in 1965 in the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD). Politics and the complexity of the issues resulted in an inability to adopt a convention on freedom of religion, and a non-legally binding Declaration was adopted by the UN General Assembly in 1981, the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief (the "1981 Declaration").

While it lacks the same legal force as a treaty, it remains a persuasive legal document. It repeats a number of provisions from earlier binding documents, so to the extent that it repeats binding commitments, they remain binding. Article 6 of the Declaration also addresses freedom of thought, conscience, or belief specifically.[16] The Article protects the right to worship or assemble, establish and maintain places of worship, maintain appropriate charitable or humanitarian institutions, obtain religious articles such as clothing or books, disseminate publications, teach a religion or belief in suitable places, and receive voluntary financial contributions. It also addresses the ability to train, appoint, elect or designate appropriate leaders; have and observe days of rest and holidays; and establish and maintain communications with individuals and communities in other nations.

As a practical matter, when dealing with specific difficulties, the 1981 Declaration is a helpful way of facilitating a conversation. While demanding these things as legally binding international treaty rights is often practically impossible and unwise, one can identify them as the widely held and recognized UN-adopted and approved interpretations of what the scope and content of the freedom of religion or belief is. It can become a useful way of facilitating and progressing conversations. Therefore, attorneys

16 *Id.*

who often work in this area who possess a real familiarity with the 1981 Declaration as a practical matter can be very effective.

D. The Role of Non-Governmental Organizations in Promoting Freedom of Religion and Belief

Non-governmental organizations (NGOs) play a significant role in promoting freedom of religion and belief, as well as other human rights worldwide. NGOs that promote religious freedom are often established as nonprofit organizations and receive funding from membership dues, grants from foundations, and private donations from individuals, corporations, religious communities, governments, or intergovernmental or interchurch organizations. Individual religious communities, which also qualify as NGOs, may also promote religious freedom directly or indirectly. Religious groups may also combine their efforts and form broader coalitions, or fellowships, such as the World Council of Churches or the Council of European Churches.

NGOs use a variety of methods to further religious freedom. These methods include "standard setting, violation reporting, providing technical advice, lobbying and agenda setting, conflict resolution, networking, facilitating interfaith cooperation, and education."[17]

In monitoring compliance with religious freedom standards and calling attention to violations, NGOs significantly supplement the work of states, and can sometimes focus on issues that states may not address. In some instances, NGOs contribute to state and international reports, such as those issued by the UN Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief and the US Commission on International Religious Freedom. In addition, NGOs often circulate their own reports on the status of religious freedom and problematic cases.

Elizabeth Clark notes that "NGOs have vast potential to promote freedom of religious belief." She writes, "Success in promoting socialization

[17] See Elizabeth A. Sewell, "Facilitating Freedom of Religion or Belief through NGOs," in *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, ed. Tore Lindholm, W. Cole Durham, Jr., and Bahia G. Tahzib-Lie, 819–842 ((Martinus Nijhoff, 2004).

of human rights norms requires a combination of compliance monitoring, shaming, moral persuasion, use of leverage, academic research, policy-making efforts, and many other activities. While a view of the spectrum of human rights NGOs seems to reveal a multiplicity of organizations and perhaps mere chaos, the natural disorderliness inherent in the independent ordering of NGOs can prove to be extremely effective when they work together."[18]

E. The Value of Religion and Religious Freedom

Despite the restrictions most people and nations experience on freedom of belief, religious freedom yields instrumental and non-instrumental benefits. Religious freedom, for example, yields a wide variety of instrumental goods because it correlates with increased charitable giving and volunteerism; contributes to the development of democratic values such as reflective thinking, generosity, altruism, and reverence; and provides an important component of a nation's social fabric.[19] Religious freedom also builds a set of norms, relationships, and institutions that strengthen a society's ability to cooperate; it transcends self-interest and increases social capital; promotes democracy; it assists in mediating an end to violent conflicts, providing social services, encouraging political moderation; and it corresponds with higher income levels. Religious liberty further reduces violence associated with religion, increases national security by undermining self-reinforcing narratives of persecution by minority groups, and correlates with other freedoms and social goods.[20] Moreover, as Brian Grim and Roger Finke document in their book, *The Price of Freedom Denied*, "religious freedom is associated with higher overall human development, as measured by the human development index published by the United Nations Development

18 *Id.*, 842.

19 Brian J. Grim, Greg Clark, and Robert Edward Snyder, "Is Religious Freedom Good for Business? A Conceptual and Empirical Analysis," *Interdisciplinary Journal of Research on Religion* 10 (2014): 4–6; Patrick F. Fagan, "Why Religion Matters Even More: The Impact of Religious Practice on Social Stability," *Backgrounder,* no. 1992 (Heritage Foundation, December 18, 2006), 1–19.

20 *Id*. See also Paul A. Marshall, "The Range of Religious Freedom," in *Religious Freedom in the World*, ed. Paul A. Marshall, 1–11 (Rowman & Littlefield, 2008).

Program." Thus, religious freedom is part of a "bundled commodity" of human freedoms that are "associated with many positive outcomes."[21]

The non-instrumental value of religious freedom addresses less tangible benefits. Hans Joas articulated this as following: "The question is not 'Is religion useful?' but 'Can we live without the experience articulated in faith, in religion?'"[22] Non-instrumental benefits focus on things like the value of self-transcendent experiences and the pursuit of truth.

F. Conclusion

It is easy to think of human rights protections, including those directly addressing freedom of thought, conscience, and religion, as general abstractions. But they are also legally binding treaty obligations, as well as legal provisions that are instituted at every level of law. Many of the most effective mechanisms for the implementation and protection of freedom of religion exist in national laws, including Constitutional provisions, as well as state, provincial, and municipal law, such as zoning regulations. Likewise, the implementation of human rights norms does not always take place through the formal legal system.

As the preamble of the UDHR recognizes, it is intended to be "a common standard of achievement for all peoples and all nations, to the end that every individual and every organ of society, keeping this Declaration constantly in mind, shall strive by teaching and education to promote respect for these rights and freedoms and by progressive measures, national and international, to secure their universal and effective recognition and observance […].[23]

Ultimately, human rights are most likely to be recognized and respected not just as the result of legal implementation, but through teaching and education. Only as human rights are internalized in the hearts and minds

21 Brian J. Grim and Roger Finke, *The Price of Freedom Denied* (Cambridge University Press, 2011), 206. The idea that human freedom comes as a "bundled commodity" was suggested by Amartya K. Sen, *Development as Freedom* (Knopf, 1999).

22 Hans Joas, *Do We Need Religion? On the Experience of Self-Transcendence* (Routledge, 2015), 7.

23 Universal Declaration of Human Rights (UDHR) Introductory Proclamation (December 10, 1948).

of human beings is their universal and effective recognition and observance likely to occur.

CHAPTER 13

International Law Standards on Extreme Speech about Religion

Jeroen Temperman
Erasmus University Rotterdam, The Netherlands

A. Introduction

Does the phenomenon of "extreme speech about religion" warrant legal restrictions on free speech so as to protect religious practitioners? This chapter ventures into the timely question where *international law* draws the limits – if any – to freedom of expression when someone is challenging, verbally "attacking" or insulting a religion, religious believers, or things held sacred by the latter. We will first look at the tenability of "blasphemy laws" under international law. Subsequently we will assess a notion that emerged on the international plane – namely within the political branches of the United Nations – namely "defamation of religion." Finally, the chapter aims at offering a conceptualization of the legal yardstick of "advocacy of religious hatred," more specifically, hateful speech that incites to violence or discrimination.

B. Blasphemy Laws under International Law

While regional human-rights courts have,[1] under circumstances, permitted blasphemy laws, international monitoring bodies and independent experts have recently united in condemning such restrictions on freedom of expression. Specifically, the UN Human Rights Committee, overseeing State Parties' compliance with the UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), stipulated in 2011 that "[p]rohibitions of displays of lack of respect for a religion or other belief system, including blasphemy laws, are incompatible with the Covenant […]."[2] In the same General Comment the Committee expresses its concern that existing blasphemy or religious-insult regulations typically discriminate between religions in that insults to some but not all religions tend to be covered by those laws.[3]

The UN Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, moreover, has called national blasphemy laws "counter-productive."[4] In a recent report the Special Rapporteur reiterated this by underscoring that "according to his experiences, blasphemy laws typically have intimidating effects on members of religious minorities as well as on critics or dissenters."[5] Therefore, he called on all parties to the ICCPR to repeal blasphemy laws.[6]

1 E.g. European Commission of Human Rights, *X. Ltd. and Y.* v. *United Kingdom*, Application no. 8710/79 (May 7, 1982); European Court of Human Rights, *Otto-Preminger-Institut* v. *Austria*, Application no. 13470/87 (September 20, 1994); *Wingrove* v. *United Kingdom*, Application no. 17419/90 (November 25, 1996); *Murphy* v. *Ireland*, Application no. 44179/98 (July 10, 2003); *İ.A.* v. *Turkey*, Application no. 42571/98 (September 13, 2005).

2 Human Rights Committee, General Comment 34: Article 19: Freedoms of Opinion and Expression, UN Doc. CCPR/C/GC/34 (adopted at its 102nd session, Geneva, July 11–29, 2011), para. 48. The Committee makes an exception for those speech acts that amount to incitement in the meaning of Article 20(2) ICCPR (see section on incitement below).

3 Human Rights Committee, General Comment 34, para. 48: "it would be impermissible for any such laws to discriminate in favour of or against one or certain religions or belief systems, or their adherents over another, or religious believers over non-believers".

4 Special Rapporteurs Asma Jahangir and Doudou Diène, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Asma Jahangir, and the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diène, further to Human Rights Council decision 1/107 on incitement to racial and religious hatred and the promotion of tolerance*, UN Doc. A/HRC/2/3 (September 20, 2006), para. 42.

5 Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, *Tackling Manifestations of Collective Religious Hatred*, UN Doc. A/HRC/25/58 (December 26, 2013), para. 59.

6 *Id.*, para. 70(e).

Similarly, the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression has recently issued a report expressing his concern about "anti-blasphemy laws, which are inherently vague and leave the entire concept open to abuse."[7] He added that

> international human rights law protects individuals and not abstract concepts such as religion, belief systems or institutions […] Moreover, the right to freedom of religion or belief, as enshrined in relevant international legal standards, does not include the right to have a religion or belief that is free from criticism or ridicule. Indeed, the right to freedom of expression includes the right to scrutinize, debate openly, make statements that offend, shock and disturb, and criticize belief systems, opinions and institutions, including religious ones, provided that they do not advocate hatred that incites hostility, discrimination or violence. The Special Rapporteur thus reiterates his call to all States to repeal anti-blasphemy laws and to initiate legislative and other reforms that protect the rights of individuals in accordance with international human rights standards.[8]

Furthermore, the recently adopted Rabat Plan of Action,[9] a world-wide endeavour by leading human rights experts, organized by the UN OHCHR, also indicates that anti-blasphemy legislation does not qualify as acceptable limits on the right to freedom of expression. Specifically,

---

7 Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, *Report of the Special Rapporteur to the General Assembly on Hate Speech and Incitement to Hatred*, UN Doc. A/67/357 (September 7, 2012), para. 53.

8 *Id.*, para. 53.

9 UN High Commissioner for Human Rights, Rabat Plan of Action on the Prohibition of Advocacy of National, Racial or Religious Hatred that Constitutes Incitement to Discrimination, Hostility or Violence, UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4 (January 11, 2013): conclusions and recommendations emanating from the four regional expert workshops organised by OHCHR, in 2011, and adopted by experts in Rabat, Morocco on 5 October 2012. In four regional workshops – Europe (Vienna, February 9–10, 2011); Africa (Nairobi, April 6–7, 2011); Asia and the Pacific (Bangkok, July 6–7, 2011); and the Americas (Santiago de Chile, October 12–13, 2011) – some 50 experts and more than 200 observers and other stakeholders have reflected on the question of incitement in the meaning of Article 20(2) ICCPR.

the Rabat Plan states on the issue of blasphemy laws that such forms of legislation are:

> counter-productive, since they may result in the de facto censure of all inter-religious/belief and intra-religious/belief dialogue, debate, and also criticism, most of which could be constructive, healthy and needed. In addition, many of these blasphemy laws afford different levels of protection to different religions and have often proved to be applied in a discriminatory manner. There are numerous examples of persecution of religious minorities or dissenters, but also of atheists and non-theists, as a result of legislation on religious offences or overzealous application of various laws that use a neutral language. Moreover, the right to freedom of religion or belief, as enshrined in relevant international legal standards, does not include the right to have a religion or a belief that is free from criticism or ridicule.[10]

Accordingly, the Rabat plan of Action lists among its recommendations that "States that have blasphemy laws should repeal these as such laws have a stifling impact on the enjoyment of freedom of religion or belief and healthy dialogue and debate about religion."[11]

In sum, as far as the UN treaty-bodies and independent experts are concerned there is no place for blasphemy bans under international law. In the face of that development is the fact that many states in the world at some point in time had,[12] and in many parts of the world states still have,[13] blasphemy as a criminal offence on the statutes.[14] Pew Forum has counted 32 states, i.e. 16% out of a total of 198 countries studied, with anti-

---

10 Rabat Plan, para. 19. Earlier, in para. 17, this document already approvingly quotes the Human Rights Committee's recent rejection of blasphemy laws as formulated in General Comment No. 34.

11 Rabat Plan, 5.

12 Or as a religious law or common law offence. For an historical and comparative overview, see Jeroen Temperman, "Blasphemy, Defamation of Religions & Human Rights Law," *Netherlands Quarterly of Human Rights* 26, no. 4 (2008): 517–545.

13 Paul Marshall and Nina Shea, *Silenced: How Apostasy and Blasphemy Codes Are Choking Freedom Worldwide* (New York: Oxford University Press, 2011).

14 This section draws on Jeroen Temperman, "Blasphemy, Defamation of Religion, Religious Hate Speech," in *Routledge Handbook of Law and Religion*, ed. Silvio Ferrari (Routledge, 2015).

blasphemy laws.[15] Laws that penalize blasphemy are particularly common in the Middle East, Asia and North Africa. They are virtually non-existent in the Americas; in the United States, specifically, prosecutions over blasphemy are bound to be unconstitutional.[16] In Sub-Saharan Africa only two states can be found with blasphemy laws (Nigeria and Somalia). Europe is sending out confusing signals, making it harder to discern clear trends. That is, if one compares contemporary Europe with Europe from pre-modern times, blasphemy laws have certainly fallen from grace. Still, no less than eight countries, i.e. 18% (which in fact equates with the Asia-Pacific region), have maintained their blasphemy laws till today.[17] In many if not all European countries the tenability of such laws has been challenged, yet confusingly, these debates lead to rather different legislative, prosecutorial and judicial approaches. In some states with blasphemy laws these laws have been dormant for decades (e.g. some of the Scandinavian states), while in other states inhabitants are truly subject to the penalties of those laws (e.g. Greece). Ireland in fact updated and upgraded its blasphemy law in 2009, contrary to what domestic law commissions had advised (the latter had recommended annulment of this law).[18]

C. "Defamation of Religion": The Rise and Demise of a Non-Legal Concept

Accordingly, while some states have maintained their blasphemy laws up to the present day, international law, as interpreted by UN treaty-monitoring bodies and independent experts, is moving in one clear direction, that is to outlaw any such domestic anti-blasphemy law or other such municipal

15 Pew Forum, *Laws Penalizing Blasphemy, Apostasy and Defamation of Religion are Widespread* (2012).

16 Under the robust free-speech protection guaranteed by the First Amendment to the US Constitution. For a landmark US Supreme Court decision, see *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952). However, it should be noted that at state level some of the US states still have blasphemy laws in place, though their enforcement is made unviable by US Supreme Court rulings. See e.g. Sec. 36 of Ch. 272 of the General Laws of Massachusetts.

17 Pew Forum, *Laws Penalizing Blasphemy*. Note that on December 3, 2013, the Dutch Senate accepted the proposal to delete blasphemy from the Dutch Criminal Code.

18 See Article 36 of the [Irish] Defamation Act 2009, Number 31 of 2009. Law Reform Commission, *Consultation Paper on the Crime of Libel*, August 1991, para. 231. [Note: Following a 2018 referendum, the Irish blasphemy provision was repealed as this volume went to print. – Ed.]

regulation that aims at punishing insult to religion. For a while, roughly during the 1990s and the 2000s, a number of states pushed, at the level of the UN, for recognition of anti-blasphemy regulation. In fact, these states wished to "internationalize" the notion, enshrined in their domestic laws, that insulting a religion should be countered by firm legislation, by tabling the idea that "defamation of religion" ought to be combatted through international (i.e. UN-instigated) and national efforts. These efforts would, then, need to include criminal legislation, in addition to other measures aimed at combatting such defamation.

This agenda was advanced through UN Resolutions adopted by the political bodies of the United Nations (the former Commission on Human Rights and subsequently by the Human Rights Council, as well as by the UN General Assembly).[19] These "Combating Defamation of Religion" Resolutions were, typically, tabled by the OIC (Organisation of Islamic Cooperation, formerly known as the Organisation of the Islamic Conference). While these Resolutions were initially passed unanimously, they triggered ever increasing criticism, notably from "Western" states, as well as from NGOs and in the human rights literature.[20] The concerns expressed were that these Resolutions undermined freedom of expression

[19] E.g. Commission on Human Rights, Resolution 1999/82 on "Defamation of Religions" of April 30, 1999; Resolution 2001/4 on "Combating Defamation of Religions as a Means to Promote Human Rights, Social Harmony and Religious and Cultural Diversity" of April 18, 2001; Resolution 2002/9 on "Combating Defamation of Religions" of April 15, 2002; Resolution 2003/4 on "Combating Defamation of Religions" of April 14, 2003; Resolution 2004/6 on "Combating Defamation of Religions" of April 13, 2004; and Resolution 2005/3 on "Combating Defamation of Religions" of April 12, 2005; a trend subsequently continued by the Human Rights Council: see, e.g., Resolution 4/9 on "Combating Defamation of Religions" of March 30, 2007; and Resolution 7/19 on "Combating Defamation of Religions" of March 27, 2008. See also General Assembly Resolutions 60/150 of December 16, 2005, 61/164 of December 19, 2006, and 62/154 of December 18, 2007 (all on "Combating Defamation of Religions").

[20] A selection: Jeroen Temperman, "Blasphemy, Defamation of Religions & Human Rights Law" (*see* n. 12 *supra*);; L. Bennett Graham, "Defamation of Religions: The End of Pluralism?," *Emory International Law Review* 23 (2009): 69–84; Sejal Parmar, "The Challenge of 'Defamation of Religions' to Freedom of Expression and the International Human Rights System," *European Human Rights Law Review* 3 (2009): 353–375; Allison G. Belnap, "Defamation of Religions: A Vague and Overbroad Theory that Threatens Basic Human Rights," *Brigham Young University Law Review* (2010): 635–685; Rebecca J. Dobras, "Is the United Nations Endorsing Human Rights Violations? An Analysis of the United Nations' Combating Defamation of Religions Resolutions and Pakistan's Blasphemy Laws," *Georgia Journal of International & Comparative Law* 37 (2009): 339–380; and most recently and comprehensively, Lorenz Langer, *Religious Offence and Human Rights* (Cambridge University Press, 2014).

excessively and unnecessarily. Also, these Resolutions aimed at protecting "religion(s)" as such, while international human rights law is concerned with protecting *individuals* and their rights to religious freedom and freedom of expression. Finally, it was felt that freedom of religion in actual fact *includes* a right to be critical of other religions, something that may very well be perceived as "defamation" in the eyes of other religious practitioners, but something that nevertheless must be protected, not combated, lest the right to freedom of religion or belief be rendered meaningless.

It is in that particular light that one must read the extensive concerns voiced by the UN Special Rapporteur on freedom of religion or belief. While one might think, on its face, that this Rapporteur would welcome anti-defamation sentiments, "defamation of religion" is an unworkable and in fact detrimental concept from the perspective of freedom of religion:

> the right to freedom of religion or belief, as enshrined in relevant international legal standards, does not include the right to have a religion or belief that is free from criticism or ridicule. Moreover, the internal obligations that may exist within a religious community according to the faith of their members (for example, prohibitions on representing religious figures) do not of themselves constitute binding obligations of general application and are therefore not applicable to persons who are not members of the particular religious group or community, unless their content corresponds to rights that are protected by human rights law.
>
> The right to freedom of expression can legitimately be restricted for advocacy that incites to acts of violence or discrimination against individuals on the basis of their religion. Defamation of religions may offend people and hurt their religious feelings but it does not necessarily or at least directly result in a violation of their rights, including their right to freedom of religion. Freedom of religion primarily confers a right to act in accordance with one's religion but does not bestow a right for believers to have their religion itself protected from all adverse comment.

> The right to freedom of religion or belief protects primarily the individual and, to some extent, the collective rights of the community concerned but it does not protect religions or beliefs per se. While the exercise of freedom of expression could in concrete cases potentially affect the right to freedom of religion of certain identified individuals, it is conceptually inaccurate to present this phenomenon *in abstracto* as a conflict between the right to freedom of religion or belief and the right to freedom of opinion or expression.
>
> Therefore, the question as to whether criticism, derogatory statements, insults or ridicule of one religion may actually negatively affect an individual's right to freedom of religion or belief can only be determined objectively and, in particular, by examining whether the different aspects of the manifestation of one's right to freedom of religion are accordingly negatively affected.[21]

Due to the widespread criticism triggered by the "defamation of religion" concept, a new Resolution was passed by the Human Rights Council, which aimed to do justice to the concerns voiced. Since 2011, this revamped Resolution is entitled "Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief."[22]

This Human Rights Council Resolution (typically referred to as "16/18," as that was the first) accords better with standards of international human rights law, since it takes freedom of expression seriously, does not

---

21 Special Rapporteurs Jahangir and Diène, *Report* (*see* n. 4 *supra*), paras. 36–39 (numbering omitted in quote).

22 E.g. Human Rights Council Resolution 16/18, "Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief," UN Doc. A/HRC/RES/16/18 (adopted on March 24, 2011). See also the parallel revamped General Assembly Resolutions: General Assembly Resolution 66/167, "Combating intolerance, negative stereotyping, stigmatization, discrimination, incitement to violence and violence against persons, based on religion or belief," UN Doc. A/RES/66/167 (adopted on December 19, 2011); and General Assembly Resolution 67/178, "Combating intolerance, negative stereotyping, stigmatization, discrimination, incitement to violence and violence against persons, based on religion or belief," UN Doc. A/RES/67/178 (adopted on December 20, 2012).

aim at protection of religion per se, and condemns, in line with existing international standards, "incitement" (see further section D below) rather than plain defamation.[23] Independent experts, scholars and human rights NGOs are currently conceptualizing the terms of this new Resolution, indicating how this new focus on combating intolerance and incitement in practice could and should serve to promote existing international human-rights standards.[24] There remains, at the same time, real anxiety that future political Resolutions, or misinterpretation of the existing ones, could serve as justifications for national practices that unduly stifle speech critical of majority religions.[25] Therefore, it is crucial to not let the terms of "16/18" degenerate into a renewed "combating defamation of religion" discourse.

D. Advocacy of Religious Hatred Constituting Incitement in International Law

Throughout the controversy surrounding "defamation of religion," the opponents of this concept suggested that under international law there already exist perfectly fine standards to deal with "extreme speech" concerning religion. Thus, they argued, rather than introducing new limits to free speech – which are moreover overly sweeping and susceptible to abuse – we should concentrate on conceptualizing those existing standards so as to make them applicable to contemporary questions of extreme speech in the pluralist state.

Recently, numerous such conceptualizations have been proposed. To name but some (yet, arguably, the most important): the previously mentioned Rabat Plan of Action;[26] the 2012 policy brief on incitement by ARTICLE 19, a free-speech NGO;[27] the UN Human Rights Committee's

23 A/HRC/RES/16/18, para. 3.

24 Notably, see Marc Limon, Nazila Ghanea and Hilary Power, *Combatting Global Religious Intolerance: The Implementation of Human Rights Council Resolution 16/18*: *Policy Report* (Universal Rights Group, 2014).

25 E.g. Robert C. Blitt, "Defamation of Religion: Rumors of Its Death are Greatly Exaggerated," *Case Western Reserve Law Review* 62 (2011): 347–397.

26 Rabat Plan.

27 ARTICLE 19, *Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility or Violence: Policy Brief* (2012).

General Comment no. 34 on freedom of expression (dedicating its closing paragraphs to incitement);[28] the Committee on the Elimination of Racial Discrimination's General Recommendation no. 35 on combating racist hate speech;[29] the UN Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief's 2013 thematic report on manifestations of collective religious hatred;[30] and the Special Rapporteur on Freedom of Expression's 2012 report on hate speech and incitement.[31] While the Rabat Plan is heavily influenced by ARTICLE 19's conceptual work on incitement, most of the other reports, in turn, expressly reference and endorse the principles and benchmarks set out in the Rabat Plan.[32]

All in all, this means that a number of fairly new ways of looking at "incitement," a norm firmly enshrined in international law (both in ICERD as well as in the ICCPR), are gaining quite a bit of traction at the international and national plane. Most importantly, the offence of "incitement," unlike other forms of "extreme speech," is in its very nature a *triangular act*; and in order to establish or prove "incitement," *contextual factors* must always be looked into in addition to the content of the impugned speech act per se.

Let us commence with the former point – incitement as a triangular offense. Article 20, paragraph 2, of the ICCPR provides that "any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law." Accordingly, what is to be prohibited by state parties is not hateful propaganda as such. Article 20(2) ICCPR does not aim at banning all forms of "hate speech." Only those hateful speech acts that "constitute incitement" to certain adverse acts (discrimination, violence, etc.) are to be prohibited. What this means is that the act of incitement requires three parties: an "inciter," an audience, and a target group. The inciter is to propagate his or her hateful

---

28 Human Rights Committee, General Comment 34 (*see* n. 2 *supra*), particularly paras. 50–52.

29 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation 35: Combating Racist Hate Speech, UN Doc. CERD/C/GC/35 (83rd session, August 12–30, 2013).

30 Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, *Tackling Manifestations* (*see* n. 5 *supra*).

31 Special Rapporteur on Freedom of Expression, *Hate Speech and Incitement to Hatred* (*see* n. 7 *supra*).

32 Note that the Special Rapporteur on Freedom of Expression's report also cites ARTICLE 19's work directly, while the Human Rights Committee's General Comment predates the Rabat Plan.

messages to an audience, which in turn could be more or less likely to act upon the "incitement," that is, to discriminate or attack the group targeted by the speech (e.g. a religious minority).

Accordingly, "incitement" is concerned with various relations: those between the inciter and their audience (is the former trying to incite the latter to certain adverse acts?); those between the inciter and their target group (is the former saying hateful things about the latter, e.g. dehumanizing them, using stereotypes, or otherwise undermining their humanity and equality?); and, importantly, those between the audience and the target group (how likely is it that the former, upon having listened to the hateful speech act, will carry out harmful acts vis-à-vis the latter, be it in the form of discrimination or violence?).

This triangular relationship makes "incitement" different from most other acts of religious insult, blasphemy or "defamation." True, a blasphemer may hope that others share his insulting views, but he or she is not actively mobilizing an audience to carry out hostile acts. Thus, blasphemy and other acts of "religious defamation" typically do not engage the triangle of incitement that has just been drawn. Most defamation/blasphemy laws are indeed premised on two actors: the blasphemer vis-à-vis the target group that is likely to take offence. One of the most recent blasphemy laws, that of Ireland, made this explicit: "a person publishes or utters blasphemous matter if (a) he or she publishes or utters matter that is grossly abusive or insulting in relation to matters held sacred by any religion, thereby causing *outrage among a substantial number of the adherents of that religion*, and (b) he or she *intends, by the publication or utterance of the matter concerned, to cause such outrage*."[33] Accordingly, defamation laws are typically enforced irrespective of a legal threshold question as to whether or not there is a real risk that a third party (an audience) will adversely – violently, discriminatorily – act against the target group. These laws are concerned with the feelings and sensitivities of religious people, not with contingent harm being done by a third party. The original rationale behind adopting blasphemy and religious defamation laws, of course, was precisely that: fostering respect for the feelings of the target group.

[33] Article 36 of the [Irish] Defamation Act 2009, Number 31 of 2009 (emphasis added).

Blasphemy laws, furthermore, prohibit certain content per se, with little to no consideration for contextual factors. The offence of "incitement," on the other hand, is strongly dependent on contextual factors. Again, international human rights law urges states to prohibit by law advocacy of national, racial or religious hatred *that constitutes* incitement to discrimination, hostility or violence. That formulation is premised on the notion that there are hateful speech acts that do, and hateful speech acts that do *not*, amount to incitement. The actual content of the impugned speech act is only partly useful in order to make that assessment. The content of the speech act will tell us something about the degree of hatred expressed vis-à-vis a target group. Also, occasionally the intention of the author/speaker may be distilled from the content of the speech or publication: whether the person was intending to disseminate this hateful message; whether he/she intentionally targeted a group based on its religious (or other) characteristics; and whether he/she expressly called for harmful acts to be perpetrated against the target group.[34]

What we oftentimes cannot distil from the speech act alone is how likely it is that an audience will indeed become violent, that is, will actually commit violent acts against the target group, or will actually discriminate the latter, as a result of taking notice of the speech act. In order to establish such "likelihood" we need to know more. We need to know the status and role of the speaker. We need to know the position of the target group: how vulnerable is the group negatively spoken of? Also, we need to know how far the speech may reach.

[34] The formulated threefold intent requirement draws on ARTICLE 19's policy brief, where three types of *mens rea* are formulated: "[1] Volition (purposely striving) to engage in advocacy to hatred; [2] Volition (purposely striving) to target a protected group on the basis of prohibitive grounds as such; [3] Having knowledge of the consequences of his/her action and knowing that the consequences will occur or might occur in the ordinary course of events." The Rabat Plan (para. 22) reflects on intent in the following manner: "Article 20 of the ICCPR requires intent. Negligence and recklessness are not sufficient for an article 20 situation which requires 'advocacy' and 'incitement' rather than mere distribution or circulation. In this regard, it requires the activation of a triangular relationship between the object and subject of the speech as well as the audience." ARTICLE 19, *Prohibiting Incitement*, 31 (*see* n. 27 *supra*).

The Rabat Plan lists, in addition to content per se and the intention of the speaker,[35] four factors that are crucial in establishing whether incitement is committed or not:

First of all, there is the overall *context*, that is, the socio-political and historical context in which the hateful statement is made. The Rabat Plan describes context as follows:

> Context is of great importance when assessing whether particular statements are likely to incite to discrimination, hostility or violence against the target group and it may have a bearing directly on both intent and/or causation. Analysis of the context should place the speech act within the social and political context prevalent at the time the speech was made and disseminated.[36]

Accordingly, "context" may shed more light on other relevant factors, like the speaker's intention. Importantly, a context assessment has a direct bearing on the question of "likelihood": how likely it is that, following the hateful speech act at stake, harmful acts will be carried out by the audience against the speech's target group. One pertinent contextual element, in that regard, is the question whether the target group is hitherto fairly well respected or rather, whether it suffers (societal) persecution. Statistics on hate crimes could, for instance, be taken into account in that respect.

Furthermore, the position, role, and status of the *speaker* differs from case to case. Again, the status of the speaker has a direct bearing on the question of likelihood of harm. In the words of the Rabat Plan, "[t]he position or status of the speaker in the society should be considered, specifically the individual's or organisation's standing in the context of the audience to whom the speech is directed."[37] The case of *Ross v. Canada*, decided by the UN Human Rights Committee, is illustrative. The applicant, a schoolteacher, had published a number of anti-Semitic

[35] The "content" factor is formulated as follows: "The content of the speech constitutes one of the key foci of the court's deliberations and is a critical element of incitement. Content analysis may include the degree to which the speech was provocative and direct, as well as a focus on the form, style, nature of the arguments deployed in the speech at issue or in the balance struck between arguments deployed, etc." Rabat Plan, para. 22.

[36] *Id.*

[37] *Id*.

pamphlets and booklets. While these publications were pursued in a private, off-duty capacity, the Committee emphasized that the right to freedom of expression comes with responsibilities and that "[t]hese special duties and responsibilities are of particular relevance within the school system, especially with regard to the teaching of young students."[38] In the domestic proceedings, too, the position of teachers as role models, and the influence teachers have over impressionable youths, was time and again emphasized.[39] The Committee went even farther by concluding that "the influence exerted by school teachers may justify restraints in order to ensure that legitimacy is not given by the school system to the expression of views which are discriminatory."[40] A similar judgement can be found among the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In *Seurot* v. *France*, the Strasbourg Court emphasized that the person responsible for published hateful statements about North Africans was a school teacher, i.e. a person holding a position of considerable authority vis-à-vis youths.[41] In this case the hateful remarks were published in the school's bulletin, making a negative impact on the school and its pupils all the more likely.

The Rabat Plan, furthermore, emphasizes the "extent of the speech," describing this context factor in the following terms:

> This includes elements such as the reach of the speech, its public nature, magnitude and the size of its audience. Further elements are whether the speech is public, what the means of dissemination are, considering whether the speech was disseminated through one single leaflet or through broadcasting in the mainstream media or internet, what was the frequency, the amount and the extent of the communications, whether the audience had the means to act on the incitement, whether the statement (or work of art) was circulated in a restricted environment or widely accessible to the general public.[42]

---

38 Human Rights Committee, Communication No. 736/1997, *Malcolm Ross v. Canada*, UN Doc CCPR/C/70/D/736/1997 (2000), para. 11.6.

39 *Malcolm Ross* v. *Canada*, paras. 4.1, 4.6–4.7, 6.6, and 6.12.

40 *Malcolm Ross* v. *Canada*, para. 11.6.

41 European Court of Human Rights, *Jacques Seurot* v. *France*, Application no. 57383/00 (admissibility decision of May 18, 2004).

42 Rabat Plan, para. 22.

The "extent" or "reach" of the speech, and the medium used, directly impacts the question of how likely it is that the target group will face violence or discrimination from the speech act's audience. Conversely, the actual context, including the "extent" of the speech, could very well be such that risks are minimal. Thus in *Klein* v. *Slovakia*, the European Court of Human Rights emphasized a point made by the applicant that the Slovakian Government ought not to exaggerate the potential impact of the impugned defamatory statements about a Catholic Church leader given the medium in which the latter were published as well as given the readership concerned. The Strasbourg Court, more particularly, emphasized the fact that Klein's article "was published in a weekly journal aimed at intellectually-oriented readers," which was "in line with the applicant's explanation that he had meant the article to be a literary joke" and that the relevant "journal was then published with a circulation of approximately 8,000 copies."[43] Klein's verbal attack on the Catholic Church leadership, in sum, could not be interpreted as punishable extreme speech.[44]

The Rabat Plan, finally, lists the question of "likelihood" itself as the most paramount context factor, stating that:

> Incitement, by definition, is an inchoate crime. The action advocated through incitement speech does not have to be committed for that speech to amount to a crime. Nevertheless, some degree of risk of resulting harm must be identified. It means the courts will have to determine that there was a reasonable probability that the speech would succeed in inciting actual action against the target group, recognising that such causation should be rather direct.[45]

According to the Rabat Plan, the question of likelihood must include a reflection on the "imminence" of harmful acts flowing from a hateful speech act. In other words, it is not enough that harm is "likely" sometime in the future – at the material time, that is, right after a hateful speech has been published or otherwise made public, such harm must be "imminent."

43 European Court of Human Rights, *Klein* v. *Slovakia*, Application no. 72208/01 (October 31, 2006), para. 48 (underscoring the applicant's arguments made in para. 42).

44 *Klein* v. *Slovakia*, para. 52.

45 Rabat Plan, para. 22.

A good example of a case in which the Human Rights Committee actively engaged with the likelihood/immanence requirement is, again, the decision in *Ross v. Canada*. For the Committee it was not enough that Ross had uttered inciteful language (he had called upon "true" Christians to discriminate against Jews and act hostile against them). As part of the Committee's views on the necessity of Canada's interference with Ross's speech (he was ultimately dismissed from his teaching job) it places a lot of emphasis on the actual risks emanating from Ross's hateful publications. This part of the Committee's judgement was significantly fostered by the fact that in the domestic proceedings the Canadian judiciary had already established a "poisoned school environment."[46] Hence, a causal link between the impugned speech act and actual, ongoing acts of discrimination (such as the carving of swastikas in school benches) could be observed. Obviously, it is not always possible to establish such a concrete link. It should be noted that "incitement" is an inchoate crime. Thus, causality does not strictly need to be proven in all cases. A hate speaker's criminal liability should be assessed on the basis of the speech and the risks it posed to the rights of others at the material time.

In some of the European Court of Human Rights jurisprudence we can also discern such actual risk assessments. For instance, in *Erbakan* v. *Turkey* we can discern formulas that are reminiscent of the "clear and present danger" doctrine and the "imminent lawless action" test.[47] This political leader (former chairman of the dissolved Refah Partisi party) had given a speech in which he made distinctions between "believers" and "non-believers" while, Turkey alleged, inciting against the latter.[48] Turkey attempted to provide context-based reasons, such as the precarious situation in the region, why interference was necessary. The Strasbourg Court, however, concluded that it had not been established by Turkey that at the time of instigating the criminal proceedings against Erbakan the offending speech engendered a "current risk" (*un risque actuel*) and an "imminent danger" (*un danger imminent*) to society.[49]

46 *Malcolm Ross* v. *Canada*, para. 11.6.

47 Cf. the US Supreme Court in resp. *Schenck* v. *United States*, 249 U.S. 47 (1919) and *Brandenburg* v. *Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

48 European Court of Human Rights, *Erbakan* v. *Turkey*, Application No. 59405/00 (July 6, 2006).

49 *Erbakan* v. *Turkey*, para. 68.

E. Conclusion

International law contains standards on extreme speech. These standards are formulated as possible limits on *incitement*, not on insult, blasphemy or "defamation." International anti-incitement standards are formulated in a qualified manner, implying that the legal threshold to set off those speech bans are extremely high. Also, the way in which these standards are currently being conceptualized suggests that states ought not to issue *a priori* bans on certain content per se (be it defamation of a certain religious view, or figure, symbol, and so on). That is to say, context-based considerations as to the actual risk emanating from inciteful speech ought to be a paramount part of any judicial approach to the limits of free speech.

CHAPTER 14

The Contribution of Freedom of Religion or Belief to Societal Peace

Heiner Bielefeldt
University of Erlangen

A. Human Rights as a Precondition of Lasting Societal Peace

Human rights contribute to strengthening the preconditions of sustainable societal peace. This purpose comes out very clearly in the first sentence of the preamble of the first international human-rights document, i.e. the 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR). It proclaims that the "recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world." This famous wording links peace to justice. Indeed, it is an old insight that real peace requires much more than the enforcement of some sort of public order. It must be a *just order* for which people can feel genuine loyalty, support and commitment. The UDHR furthermore links justice to freedom. For public justice to flourish, people must be free to voice their personal grievances without fear, to share their critical observations in public, to propose structural improvements, to build civil society organizations and monitoring institutions for that purpose, in short: to establish and cherish public democratic discourse. There can be no peace without justice, and there can be no justice without freedom. Human rights guarantee freedom in many ways and with many facets. Some rights

enshrined in the UDHR carry the purpose of freedom explicitly in their titles: freedom of expression, freedom of assembly, freedom of association, freedom of conscience, and – last not least – freedom of religion or belief (FoRB). By institutionalizing the due respect for everyone's human dignity, these various rights of freedom at the same time are part of an ongoing peace project.

The peace facilitated by human rights essentially differs from a political atmosphere of mere tranquility. As Immanuel Kant ironically remarked in his famous essay on "*Perpetual Peace*" (1795), it would be foolish to mistake the silence of a graveyard for real peace. The situation in many countries may well be tranquil; but this does not necessarily mean it is peaceful. Tranquility can have many reasons, including a climate of fear and intimidation, in which no one dares to speak out publicly. To use the Kantian metaphor, this would reflect a huge political "graveyard" rather than authentic harmony. A silence enforced by political coercion and intimidation, however, ultimately remains unreliable. In autocratically governed countries, many people may on the surface applaud the government. However, one may doubt that such applause can ever be genuine. Countless examples from history and present experience illustrate that an enforced public applause can quickly turn into the opposite, since a societal atmosphere marked by repression and intimidation typically breeds mistrust and resentment, and this toxic mix can always explode.

The peace to which human rights aspire is the opposite of the tranquility of a political graveyard. It is a peace based on respect for people's diverse political opinions, critical assessments, religious convictions, individual passions, personal life-plans and biographies. In short, it is a peace which accommodates the whole range of what defines the wealth of human existence. To be sure, such peace can at times become noisy, messy and a bit exhausting. However, it is so much more genuine and thus enhances the prospect of sustainability.

These observations also apply to freedom of religion or belief (FoRB), a right enshrined inter alia in the UDHR and in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), in both frameworks listed under article 18. As part of the broader human-rights approach, FoRB facilitates

peaceful relations between people from most different religious and non-religious backgrounds. Yet here again, the concept of interreligious peace requires important additional qualifications. What is true for the human-rights approach in general, has a bearing also on FoRB: it facilitates a peace based on respect for human freedom, thus accommodating the broad diversity of convictions, practices, rituals and ceremonies that happen to exist in society, provided they are compatible with the equal freedom of everyone else. In other words, the inter-religious peace facilitated by FoRB will most likely have certain features of "messiness." It may at times even become a noisy peace, which still is much better than the silence of a graveyard.

B. Human Beings as Rights-Holders

A question often posed concerns the religions that deserve protection under FoRB. Which religions should receive public recognition, and which religions should benefit from FoRB? There is no answer to that question, because the question itself is wrong. Indeed, it displays a fundamental misunderstanding concerning the nature of FoRB. As an indispensable human right, FoRB follows the logic that defines the human-rights approach in general, which is summarized in the famous first sentence of article one of the UDHR: "All human beings are born free and equal in dignity and rights." This article starts with recognizing human beings as rights holders. Accordingly, right-holders of FoRB are not religions in themselves, but human beings in their various relationships to religions or beliefs. Like other human rights, FoRB consistently focuses on human beings as the decisive right-holders. They are the ones benefiting from the legal protection provided by FoRB and other human rights. Indeed, it is only through the lens of human beings that religious issues even become matters of human-rights concerns.

This consistent focus on human beings as right-holders has occasionally elicited objections, in particular coming from traditional believers. Some have expressed their fear that FoRB, as part of the broader human-rights approach, promotes an anti-religious ideology, in which man counts more

than God. Does FoRB reflect an "anthropocentric" bias in the sense of placing the human being in the center of all concerns, at the expense of transcendent religious values? Does it weaken religious commitments by proclaiming the primacy of personal freedom over religious authorities? Some critics have gone a step further by arguing that FoRB reduces religion to just another commodity in a worldwide consumer market where everyone can shop around and look for their personal spiritual wellness. Yet such criticism misses the point entirely. Far from marginalizing or trivializing religion, FoRB does take religion seriously. Taking religion seriously, however, implies a clear awareness that religion as a phenomenon always exists in the plural, i.e. in the shape of different religions (with an "s" at the end of the word). Apart from the existence of very different religions, there are also different viewpoints and interpretations even within one and the same religious tradition. Taking religion seriously thus leads us to realizing the existing broad diversity between and within religions.

This insight has far-reaching consequences for the conceptualization of FoRB. Let us assume we would want to provide legal protection directly to religions. In that case, we would, first of all, have to define which of the competing religious convictions, interpretations, readings and practices are worthy of such protection. This would necessarily amount to singling out certain religions at the expense of others. The result would be discrimination, resentment, stigmatization and increasing polarization. Numerous examples from different parts of the world sadly illustrate that this danger is not merely hypothetical. Now, the decisive point is that the human-rights approach takes an entirely different path by focusing consistently on human beings rather than on religions in themselves. What all the various religious traditions, confessions and sub-confessions, interpretations etc. have in common is the fact that they are *held by human beings* – as individuals as well as in community with others. Human beings are the ones professing and practicing religion in various ways, and at the same time, they are the ones entitled to human-rights protection when doing so. The focus on human beings as right-holders is the only way to appreciate and accommodate the broad diversity that exists in the area of religious convictions and practices.

This consistent focus on human beings as right-holders of FoRB broadens the scope of respected convictions and practices far beyond any lists of "established religions," "traditional religions" or "classical religions" as they exist in many countries. Some Middle Eastern states promise respect for religious freedom in their constitutions while limiting the number of recognized religions to just two or three: Islam, Christianity and (in theory) Judaism. Other states recognize five or six different religions or limit respect to those religions which have received an official status position. However, once again this has nothing to do with FoRB. Instead, it displays a fundamental misunderstanding. In keeping with the logic of human rights, FoRB respects the most diverse self-understandings and self-definitions of human beings in the area of religion – way beyond any state-defined list of recognized or official religions. What matters, above all, is the self-understanding of human beings in this broad area. The self-definition of human beings concerning matters of faith must always be the starting point (albeit not necessarily the end of the story) when it comes to conceptualizing FoRB. However, this opens up a broad variety of options.

The UN Human Rights Committee, i.e. the expert body in charge of monitoring the implementation of the ICCPR, has explicitly corroborated such a wide and inclusive understanding of FoRB. In its General Comment No. 22 on article 18 (i.e. the article concerning FoRB), the Committee points out: "Article 18 protects theistic, non-theistic and atheistic beliefs, as well as the right not to profess any religion or belief. The terms 'belief' and 'religion' are to be broadly construed." These are clear words. The General Comment goes on: "Article 18 is not limited in its application to traditional religions or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions." One should add that FoRB likewise covers members of large or small communities, minorities as well as minorities within minorities, converts or re-converts, dissenters or other critical voices and, last but not least, people belonging to movements deemed "deviant" by members of some mainstream religious organizations. The various UN Special Rapporteurs on FoRB (including myself) have endorsed this open, inclusive understanding.

C. Dimensions and Limitations of Freedom

FoRB protects different dimensions of human freedom in the area of religion and belief. For example, it includes everyone's freedom to search for meaning in life; to communicate convictions or doubts openly; to join a religious group or to stay within the community in which they have grown up; to change or abandon their faith; to invite others to reconsider their religion or belief; to exercise rituals alone and in community with others; to express public criticism of a religion or to defend religion against such criticism; to initiate and educate their children in conformity with their own religious traditions; to receive and impart information on religious issues; to import religious literature from abroad and circulate it; to shape their lives in conformity with religious prescripts; to establish a religious infrastructure, including houses of worship, schools and charity organizations; to recruit clergy in conformity with the self-understanding of the community etc. Any list of the various components belonging to that right will necessarily remain non-exhaustive, since FoRB receives its practical contours in response to ever-new challenges, which may lead to a "discovery" or "re-discovery" of aspects that had been previously ignored.

Rights of freedom leave the decision as to whether and how to make use of that freedom to the rights-holders themselves. That is why FoRB also includes the right *not* to profess a religion or belief, *not* to show any interest in such issues, *not* to participate in any religious ceremonies, *not* to observe any dietary or other religious rules, *not* to have one's children educated in a particular religion etc. Freedom *from* religion is a logical ingredient of freedom of religion or belief itself, because it follows from the nature of a right of freedom.

Many critics of human rights have pointed out that these rights one-sidedly privilege the individual – possibly at the expense of community interests. This objection warrants a word of clarification. What is true is that all human beings should be able to benefit from these rights, prior to and independent of, any particular group membership. To cite again from the preamble of the UDHR, human rights are rights of "all members of the

human family." In this sense, one can say they are rights of every individual person. However, rights of individual persons do not *per se* privilege an "individualistic" life-style, i.e. a way of life detached from community commitments. The amalgamation of rights of the individual with a particular "individualistic" way of life has become a major source of confusion. In fact, human rights do appreciate the communitarian dimensions of human life. To mention just a few obvious examples, freedom of expression can only flourish in a discourse community of speakers and listeners; the rights to assembly and association are per definition exercised jointly with others; *habeas corpus* rights provide for the preservation of elementary social ties even in situations of arrest and detention; the right to form trade unions facilitates practical solidarity among colleagues at the work place; and the perhaps most obvious example is the right to marry and found a family. As the wording of articles 18 of the UDHR and ICCPR shows, freedom of religion or belief, too, has an explicit community dimension; it protects religious or belief manifestations "in worship, observance, practice and teaching" exercised "either individually or in community with others and in public or private."

Moreover, not only do human rights always relate to communities in order to become applicable in practice; they may also serve as a driving factor for reforming communities. They can contribute to transforming authoritarian regimes into democracies; they can help broaden the space for public critical discourse; they can play a crucial role in reshaping the understanding of marriage and family life by demanding respect for women's rights and diverse gender identities; they can back up the development of trade unions, political associations and civil society organizations; they can support children in their rights to education and participation in public life; and they can serve as a normative reference for the full inclusion of persons with disabilities in a gradually developing barrier-free society.

FoRB, too, harbors a potential for triggering healthy community reforms. Religious communities may learn to appreciate internal diversity as a potential source of strength, and they may discover – or re-discover – a truth rooted in many traditions that authentic faith always requires respect for personal freedom. Moreover, the awareness that members have

the possibility to abandon the community can motivate religious leaders to reach out to neglected followers, be more attentive to people's real needs and yearnings and generally become more persuasive in their teaching and preaching. Respect for individual rights can thus at the same time be beneficial for the development of communities.

An issue which always comes up in discussions on rights to freedom, is the need for some limitations. It is actually a truism that freedom cannot be completely unlimited, since making use of one's own freedom may negatively affect the rights and freedoms of others. However, the general need for some sort of limitations can easily become a pretext for imposing arbitrary restrictions. Countless examples demonstrate that this also happens in the field of FoRB. In many countries overly broad "security," "harmony" or "morality" interests have been invoked to curb religious criticism, discriminate against minorities and tighten control over independent religious communities. The question of how to draw limits and how to prevent the frequent abuse of limitation clauses is one of the most sensitive issues in human-rights law. Few questions are of more immediate relevance for human-rights practice.

A first step towards preventing the arbitrary invocation of limitation clauses by governments is by insisting that restrictions always require specific arguments. The decisive point is that the onus of proof falls on those who argue on behalf of limitations, not on those who defend or practice an internationally guaranteed right to freedom. FoRB and other human rights are rights of freedom, after all, and the thrust of the entire human-rights system aims at the facilitation of the maximum possible freedom that is compatible with everyone else's equal freedom. The relationship between freedom and its limitations therefore must remain a relationship between rule and exception. In case of doubt, the rule prevails, and exceptions always require an extra burden of argumentation, both at the level of empirical evidence and at the level of normative reasoning.

Secondly, for limitations to be legitimate, they must meet a number of criteria. In the case of freedom of religion or belief, its internal dimension called "forum internum" even has an *unconditional protection*, according to article 18 paragraph 2 of the ICCPR, which states that "[n]o one shall be

subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice." This even applies in extreme situations, such as a state of public emergency. Brainwashing or other forms of encroachment into the nucleus of a person's moral or religious identity can never justified. With regard to external manifestations of a religious or philosophical conviction (in the "forum externum"), the situation is slightly different. However, limitations concerning external manifestations of religion or belief can only be permissible if they meet all the criteria set out in article 18 paragraph 3 of the ICCPR. Accordingly, limitations must be legally prescribed, and they must be clearly needed to pursue a legitimate aim – the protection of "public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others." In addition, restrictions must remain within the realm of proportionality, which inter alia means they must be limited to a minimum degree of interference and must be conducive to promoting the legitimate purpose they are supposed to serve. These criteria are prescribed with the purpose of safeguarding the substance of FoRB even in situations of a direct collision with other rights or important public interests. Again, the invocation of an unspecific purpose like promoting societal harmony cannot count as a sufficient argument e.g. for limiting the rights of some minorities.

Thirdly, limitations must be connected with the provision of legal remedies. Everyone who thinks his or her rights have inappropriately been infringed upon must have access to courts, ombuds-institutions, national human-rights institutions or other mechanisms. The availability of an accessible, efficient and independent system of legal remedies is of the essence in any attempt to safeguard human rights, including FoRB.

D. Equality and Non-Discrimination

According to article 1 of the UDHR, as quoted above, freedom and equality are two closely interconnected human-rights principles. Without the principle of equality, rights of freedom could remain privileges for the happy few, and without reference to freedom, equality could be mistaken for sameness or even uniformity. In order to avoid such misunderstandings,

freedom and equality should always be seen in close conjunction. This also applies to FoRB. Obviously, FoRB is a right to freedom, as indicated already in its title, but it is also a right to equality and non-discrimination. This dimension has received specific recognition through the UN Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, adopted by the UN General Assembly in November 1981. The Declaration employs strong language when proclaiming: "Discrimination between human beings on grounds of religion or belief constitutes an affront to human dignity and a disavowal of the principles of the Charter of the United Nations and shall be condemned as a violation of the human rights and fundamental freedoms proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights […]."

In the framework of human rights, equality can never mean sameness or identical treatment. This follows from the inter-relatedness of equality and freedom, as emphasized above. Accordingly, human rights empower people freely to pursue their diverse life plans, freely to express their various political opinions or freely to manifest their different faith-related convictions and practices. Such respect for freedom, however, instead of privileging certain people of status and rank, is due to *everyone equally*. Hence, the guiding idea is equal freedom for all. Working for an equal implementation of human rights of freedom for everyone will thus make societies *both more egalitarian and at the same time more diverse or pluralistic.* A few years ago, the Council of Europe launched a pro-diversity campaign under the egalitarian motto "all different, all equal." FoRB specifies this idea of an egalitarian diversity for the field of religions and beliefs.

This egalitarian understanding of FoRB has a bearing on the state. In order to be able to operate as guarantor of FoRB for everyone equally, the state should not exclusively identify itself with one particular religion or belief (or one particular type of religion) at the expense of equal treatment of the followers of other faiths. Taking the human-rights approach seriously requires providing an open framework in which religious and belief pluralism can unfold freely and without discrimination. This doubtlessly presents a challenge to countries in which religions and state institutions

are closely intertwined, in particular countries with a tradition of an official religion or state religion.

The opposite of a system defined by an official religion seems to be a system where state and religion are "separated." Rather than using the term "separation," which has caused many misunderstandings, I prefer the language of "creating and upholding a distance" between state and religion. The concept of "separation" may conjure up ideas of a compartmentalization or fragmentation of the human life world, with the effect that religion ceases to play a positive role in public life. This cannot be in the interest of FoRB. For the sake of conceptual clarity, we should see the element of distance between state and religion as the negative flipside of a positive project, namely, the *provision of an open space for the unfolding of religious and belief-related diversity, in a spirit of freedom and equality.* Without the element of distance, such an open and equal space would be inconceivable from the outset, because a state which understands itself as immediately linked to one particular religion or one belief-system cannot function as a trustworthy guardian of equal FoRB for all. However, when trying to fulfill the task of providing a place for all, the state has to do more than merely (negatively) refraining from getting involved with religion. Apart from maintaining the necessary distance, what is required are positive investments in all areas of society, such as education, media, family laws, inter-religious dialogue etc. A state dedicated to FoRB must pro-actively engage with religions and beliefs, for the simple reason that they are part of the society which the state is supposed to serve. Instead of protecting religious truth claims or collective religious identities, however, what the state ought to do is protect everyone's human right to FoRB.

E. Not Just a Minority Issue

FoRB is frequently seen as a right mainly concerning religious minorities. However, while not being entirely wrong, this perception is much too narrow. It is certainly true that religious minorities deserve special attention. Not only may their situation be marked by increased vulnerability; their fair or unfair treatment is also indicative of the general atmosphere in a

society. Examples from all over the world sadly testify that many members of religious minorities suffer discrimination, stigmatization and sometimes even outright persecution. Minorities can become targets of hate-speech and hate-crimes and disproportionately figure as victims of human-rights violations. When talking about minorities, one should always include minority movements in majority religions as well.

While the special attention given to the situation of minorities is justified, it would be wrong to forget the situation of majorities. FoRB has much to offer for members of majority religions as well. By proclaiming equal freedom for everyone in the broad area of religious diversity, FoRB challenges existing hegemonies, power asymmetries and questionable forms of entanglement with those in power. In this context, FoRB can serve as an efficient tool to tackle corruption and other pathologies, which often undermine the credibility of religions, especially in countries where they occupy a strong societal position. One example that comes to mind is the utilization of mainstream religion for purposes of national identity politics. The immediate victims of religiously colored identity politics are minorities, in particular those who do not fit into the predominant religious-political narrative. Yet such ways of employing religion for political gains have consequences for members of the majority, too. The price which they typically have to pay, at least in the long run, is a loss of credibility and persuasiveness of their religious messages. Minorities and majorities can thus both – albeit in different ways – benefit from FoRB. For members of minorities under threat, FoRB can become an instrument in their struggle to survive and develop. The significance of FoRB for members of strong majorities may at first glance be less obvious. Yet this does not mean that it is less real. After all, FoRB is a right that is to the benefit of all "members of the human family": traditional believers and non-traditional believers, members of majorities and minorities, mainstream and dissident movements. By institutionalizing respect for all, FoRB – in conjunction with other human rights – improves the conditions for fair cooperation, societal justice and sustainable peace.

CHAPTER 15

Islam Between Law and Love

Haidar Bagir
Harvard University, Universitas Indonesia

A. Introduction

In both academic circles and general perception, Islam has always garnered a reputation as an exoterically law-oriented religion demanding human obedience, even fear, to a dictatorial god instead of a traditional religion catering to the psychological and spiritual needs of human being based on a love relationship between God and his subjects. Even worse, Islam has been portrayed and represented as a religion of war and conquests as well as, especially in the last decade, a religion of terror, using violence to wield political and military power over people. Indeed, there is a prevalent belief that Islam is a religion that equates success not with winning the hearts of people through fostering love and compassion among humans and between human beings and God, but instead by enforcing law through authoritarian measures supposedly sanctioned by a monolithic and unquestionable sacred law (Shari'a). This has not only caused misunderstandings of this religion among experts and laymen alike, but also shaped an attitude of suspicion and anger among many Muslims toward life and fellow humans. In other words, committed Muslims of this kind have the tendency to see the world as full of evils and evil people who need to be punished for their evil-doings and must be given hard lessons to change for the better. Hence, an Islam with an iron fist full of wrath and vengeance, an Islam that excludes a majority of human beings from its territory.

This religious outlook can be traced to a particular paradigm involving a way of understanding and experiencing the most fundamental concepts such as the concept of God, His nature and His creative motif, the essence of prophethood, "the way" and what constitutes the good life. That is the concept of God as full of wrath and vengeance, a god that creates hell and takes joy in throwing humans into it; an understanding of the Prophet as a man of war and of conquests against the infidels who constitute most of the inhabitable world; an adoption of a totally exoteric (legal-formal) way to salvation devoid of spirituality, as well as the placing of orthodoxy (correct dogma) over orthopraxy (correct practice or behavior, i.e. practicing noble character-traits and doing good deeds). Is this the true Islamic paradigm? Or, shall the followers of this religion take a paradigm shift and promote an understanding of Islam as a religion that places love, peace, forgiveness, and noble character traits over everything else?

B. Religion of Mercy

The late Prof. Annemarie Schimmel in one of her lectures at Harvard University in 2002 made this remark:

> Islam is usually treated rather badly or briefly because most historians of religion and most people in general think it's a rather primitive religion with very little interest, but I think if you approach it from a different angle, it can yield highly interesting results. And the fact that put me on this track many, many years ago was when I was teaching in Ankara, at the Faculty of Islamic Theology. I was at great pain to explain to my students the theories of Rudolph Otto about the numinous as the *mysterium tremendum* and the *mysterium fascinans*,[1] when one of my students got up and said, "But this is very simple, we have had that in Islam for centuries and centuries. We have always spoken about God's *jalal*, his tremendous Majesty, and his *jamal*, his fascinating Beauty."[2]

1 Rudolph Otto, *The Idea of the Holy* (New York: Oxford University Press, 1958).

2 See Annemarie Schimmel, Deciphering the Signs of God (Albany: State University of New York Press, 1994), x.

Indeed, in the Islamic tradition, Divine Qualities are divided into two groups: *jalal* (*tremendum*, majesty) and *jamal* (*fascinans*, beauty). These two unite in Him as *kamal* or perfection. Majesty is rigorous and severe, conjoining the qualities of wrath, pride, harshness, and the like. Beauty on the other hand is the synthesis of mercy, generosity, compassion, and other such kind qualities. *Jalal* is the "masculine aspect" of God, the Overpowering – that makes humans obey and abide by "His" law – while *jamal* is the feminine aspect, the Attractive – that facinates humans and makes them fall in love with "Her." These *jalal* and *jamal* (majesty and beauty) qualities are also called by the names of '*adl* and *fadl* (justice and bounty), or *ghadab* and *rahma* (wrath and mercy), or *qahr* and *lutf* (severity and gentleness).

Quoting a famous phenomenologist of religions, van der Leeuw,[3] Schimmel further reveals the prevalent mistake made by the scholars and laymen alike in grouping Islam with the *nomos*/law-oriented religions almost naturally, together with Judaism, instead of grouping it with the *eros*/love-oriented religions together with Christianity as well as Indian (Hinduism/Buddhism) and Chinese (Taoism, etc.) religion. Ideally, all religions – Judaism included – would be understood as love-oriented as long as one's understanding is not limited to their exoteric aspects only.[4]

In the aforementioned context, Islam – still according to Schimmel – is in its essence a religion of mercy, of love – a single encompassing Love that manifests in God's love for man, man's love for God and man's love for man and the entirety of creation. Love is indeed the universal basis, *in omnibus*, as well as the goal of Islam, like in all genuinely spiritual religions. This understanding of Islam has mainly been echoed by the mystics of Islam – the Sufis – from generation to generation.[5] According to Ibn 'Arabi: "No divine saying related through transmitters from Allah Most High contains anything indicative of Majesty without its being accompanied by something of Beauty to counter it. It is the same way in all revealed scriptures, and in everything."[6]

3 Gerardus van der Leeuw, *The Essence and Manifestations of Religion: A Study in Phenomenology* (New York: Harper Torchbooks , 1963).

4 Schimmel, *Deciphering*, 249–256.

5 See, for examples, Reynod Alleyne Nicholson, *Studies in Islamic Mysticism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1921); Tor Andrae, *In The Garden of the Myrtles* (Albany: State University of New York, 1987); Michael A. Sells, *Early Islamic Mysticism* (New Jersey: Paulist Press, 1996)*;* William Chittick, *The Sufi Path of Love* (Albany: State University of New York Press, 1983).

6 See *On Majesty and Beauty: The* Kitâb Al-Jalâl wa al-Jamâl *of Muhyiddin Ibn 'Arabi*, trans. Rabia Terri Harris, http://ibnarabisociety.org/articlespdf/jalalwajamal.pdf.

C. Allah The Merciful

When we open the Holy Qur'an, we find that each and every chapter in this Book begins with a verse – except in one chapter in which the same verse is presented within the body of the chapter – calling God *al-Rahman* and *al-Rahim* (generally translated in English as The Most Beneficent and The Most Merciful). But the Arabic word *rahma*, from which both these words are derived, has a very comprehensive connotation comprising love, mercy, blessing and many other cognate meanings. It is in this principle of Love that the entire faith of Islam and its way of life are summed up, and it is not without a profound significance that a Muslim is taught to recite the same verse – "in the name of God, The Most Beneficent, The Most Merciful" – every time they begin a task. In the original Arabic, the expression uses the word "Allah" instead of just any word denoting God; this is actually His all-encompassing name (*al-ism al-jami'*) or His greatest name (*al-ism al-a'zam*) containing as well as the source of all of his names. In other words, the fact that His names consist of groups of His majestic and beautiful aspects notwithstanding, as a whole the concept of God in Islam represents Mercy, Beneficence and no others .

(A side note: the words *Rahman* and *Rahim* are formed from the same root *r-h-m*. Both signify compassion, but, while *Rahim* signifies a specific form of compassion, i.e. His compassion to the believers, *Rahman* signifies a general compassion, i.e. towards all creations, believers and unbelievers alike.)

Love is in fact the quintessential principle of God. He emphasizes in the Qur'an that:

"[…] Surely my Lord is The Most Beneficent, The Most Merciful. (11:41)

In another place in the Qur'an, Allah is attributed with *wudd* (love) and *ghufran* (forgiveness) at the same time:

And He is the Forgiving and the Loving (85:14)

His Attributes as *Rahim* (merciful) and *Wadud* (loving) are mentioned together in this aya:

Ask pardon of your Lord and then turn unto Him (repentant). Lo! My Lord is Merciful, Loving. (11:90)

Furthermore, in a sacred tradition (*hadith qudsi*), God reveals unequivocally that "My Mercy dominates My Wrath."

Of utmost importance is that all through the Qur'an Allah reveals Himself through the names that belong to the group of His fascinating, beautiful qualities (*jamal*) in verses five times more numerous than the verses in which He reveals Himself through His tremendous, majestic qualities (*jalal*).[7] In the same line, His Vengeful quality appears only once in the Book, while the opposite quality – The Forgiving – recurs about one hundred times.[8] Indeed, nothing in His creation escapes His mercy:

"[…] My mercy encompasses everything. […] (7:156)

The last verse categorically states that everything, including things that appears to be evils and sufferings, are actually manifestations of His mercy.

It is true that, as stated by Ibn 'Arabi quoted above, the Divine principle of love and mercy does not nullify the fact that He is not devoid of wrath and justice. He is a *coincidentia oppositorum*, a coincidence of opposites. Wrath and strict application of justice are undeniably part of His actions. However, based on the sacred tradition, the Qur'anic verses, and the dominance of the beautiful names over the majestic ones, we can safely conclude that these attributes of majesty are actually the manifestations of the same principles of love and mercy. It is His love and mercy towards human beings that compels Him to exert justice and enforce the law. In

7 The names of God (Allah) are traditionally believed to be 99 in number, divided into the majestic (masculine) and the fascinating (feminine). His qualities such as The Harsh (*al-Qahhar*), The Compeller (*al-Jabbar*), The Arrogant (*al-Mutakabbir*) and The Vengeful (*Dhu Intiqam*), are grouped into the former, while the others, such as The Beneficent (*Al-Rahman*), The Merciful (*al-Rahim*), The Lover (*Al-Wadud*), The Subtle (*Al-Latif*) and The Forgiver (*Al-Ghaffar*), are grouped into the latter.

8 In the Qur'an (39:53) God even says that "He forgives sins, all of them."

the final analysis, even Hell is created as a manifestation of His Love: in reality, it is Heaven as experienced by those whose souls are sick; a twisted and painful version of a normally pleasurable and enjoyable place.[9] In this context, chastisement in Hell should again be seen as a manifestation of His Love, i.e. as a kind of means of repentance, a *shiksha* (lesson) to purify its inhabitants from the sickness in their soul. After all, the Arabic word *nar* (hell-fire) shares the same root-words with the word *nur* that means light (guidance)

D. Love as the Creative Motif

God created the universe in the first place out of His Love. According to a famous sacred tradition: "I was a Hidden Treasure. I loved to be known, so I created creation in order that I become known."

In a parallel tradition, He said: "I loved to be known as the Forgiving, The Concealer of Scandals, the most Beautiful, The Most Beneficent and The Most Merciful, so I created creation in order that I become known."

This is how God describes the reason for the creation of the universe. Love is the principle of creation, *ab initio*. And it is this love that drives every creature on earth to strive to (re)-unite with God by living a good life that would please Him.

Indeed, one of Allah's names, one of His attributes, is *al-Wajid*. This word has several meanings. Apart from having the meaning of intense, existential love, the word also means to bring into existence. Reflecting upon this divine name, we can see that there is a very close relationship between love and creation, in parallel to the sacred tradition quoted before. Humans – and indeed the whole universe – are here because of His love.

[9] Ibn 'Arabi also traces this unique understanding of hell from the cognate meaning of the word *'adhab* (the Arabic word for torment). The root of the word, *'-dh-b*, can also form the word *'adhb*, also used by the Qur'an, which means "sweet and refreshing." Based on this perspective, Ibn 'Arabi concludes that, even for the wretched, the torment of hell will eventually be felt by its inhabitants as sweet and refreshing by the will of the compassionate God.

E. Human-God Love Relationship

One of the words that the Qur'an uses to denote love is *wudd,* which in Arabic means the highest form of love:

Lo! Those who believe and do good works, the Beneficent will appoint for them love. (19:96)

Al-Wadud – the giver of *wudd* (Love) – is one of the Beautiful Names of Allah, meaning a source of Love. He has endowed human beings with an unlimited capacity to love. *Hubb* is another word used in the Qur'an that also means love, as stated in:

"[…] God will bring people whom He loves and who Love Him (5:54).

In His book Allah says:

I have only created *jinns* and men that they may worship me. (51:56)

The word "worship" is a translation from the Arabic *ya'budun*. According to one of the most authoritative interpreters of the Book among the Prophet's companions, Ibn 'Abbas, the word should be understood as "know." Now, when we juxtapose the verse, understood as such, with the sacred tradition quoted before, we can conclude that the word "worship" in the verse should be understood as "love." After all, the word "to worship" in Arabic (*'abada*) can also mean "to adore."

F. The Prophet of Love

In the Prophetic tradition, love is frequently mentioned as the foundation of the Prophet Muhammad's personality and teachings. "Love is my foundation," said the Prophet. In another Prophetic tradition it is said that "Religion is Love and Love is Religion." Even more so, a tradition has emphasized this quintessential nature of Islam through posing a rhetorical

question: "What is religion except Love?" In a verse in the Qur'an, God attributes love and compassion to Muhammad, his messenger, as his main character traits. God speaks of him as someone "soft-hearted," "not rude and hard-hearted" (3:159), "very concerned towards people, and to the believers he is giving and merciful" (9:128). This certainly has everything to do with the role and mission that God had assigned to him as a prophet, that is, to spread mercy to the entire universe. This is parallel with what God ordained to Moses and Harun: to speak a gentle speech to the tyrant Pharaoh (20:44). If there is anything at all that can give the impression of harshness in the personality of the Prophet, it must be understood exactly as we are supposed to understand God's wrath as described above. The harshness which is attributed to the Prophet has to be put in the context of his intrinsic God-like love, i.e. a measure of educating people so that they are purified from evils so as to live a good life for the sake of attaining the ultimate happiness in this world and the one after.[10]

G. To be Religious is to be Compassionate

Unfortunately, as stated in the introduction to this short article, the understanding of some of the masses within and without the Islamic faith, would seem to be fixated on the exoteric or legal-formal aspect of religion, on the majestic aspect of God as well as the legal-formalistic role of the Prophet.

What we need to do is to refresh our understanding of this religion as not just legal matters, but principally a matter of nurturing love within ourselves: love towards everything, toward all members of this universe without exception. Indeed, Muslims are taught to "inculcate within yourselves the traits of God" (*takhallaqu bi-akhlaq Allah*). God, above everything, is The Most Loving, The Most Merciful and The Most Beneficent towards His creations. Therefore, we have to be loving and compassionate towards our fellow creations. Moreover, Muslims are taught to follow the example of

[10] See, for examples, Annemarie Schimmel, *And Muhammad is His Messenger* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1985); and another book, albeit more critical, by Tor Andrae, *Muhammad: The Man and His Faith* (New York: Dover Edition, 2000).

the loving and compassionate Prophet, about whom God says that he is "the best example" (33:21) owing to the fact that he "indeed possesses a lofty character." And this Prophet, in turn, has taught his followers that the love of God can only be achieved through the love towards fellow humans:

"If you love what is on earth, you will be loved by Who Is in Heaven."

This is the true meaning of Islam as a mercy to the universe (*raḥma lil-'alamin*) that the followers of this religion have to understand and embrace.

H. Postscript

Another thing that would immediately cross the mind of anyone who reads this piece would be the question as to why Islam, i.e. the Qur'an, justifies war and the use of violence. Is it not in itself a violation of the supposed love-orientation of Islam? This question implies that war and the use of violence are things that are bad in themselves. In reality, humanity accepts war and violence – certainly the legitimate ones – as necessary measures taken in a pressing situation. They are justified only as a defense against oppression and transgression of human rights and as a force to halt any wrongdoing that could not be resolved through peaceful means. This is exactly the reason why Islam sanctions war and the use of violence. Moreover, in Islam, war and violence are legitimate only as long as the transgression and the wrongdoing remain. As soon as a peaceful venue is made available, the justification immediately ceases to exist. War and violence, however legitimate, are a last resort. That is, when all peaceful means have been explored and exhausted. And as soon as the oppressor or the transgressor, under force or voluntarily, agrees to resolve the conflict through peaceful means, one has to return to the principles of Love, Mercy, and Peace. This is what the Qur'an teaches:

> […I]f two groups of believers fall into fighting, make peace between them; but then, if one of the two goes on acting wrongfully towards the other, fight against the one that acts wrongfully until it reverts to God's commandment [i.e. to maintain peace between people]; and if they revert, make

peace between them with justice, and deal equitably between them; for verily, God loves those who act equitably. (49:9)[11]

[11] For a peaceful interpretation of the frequently quoted, but wrongly understood, verses of the Qur'an, written as a counter-argument to the manipulative accusations made by Geertz Wilders, see M. Quraish Shihab's book, *The Fitna Verses* (Lentera Hati and Mizan, 2008). In this book the author elaborates, among others, the correct interpretation of verse 8:39, i.e. that warfare was the very last option Muslims could take, "should they find no other way to avoid oppression or ensure security." Even if Muslims must get involved in a war, they must, as a matter of principle, obey rules such as refraining from attacking women or children, cutting down trees, and destroying the environment. With regards to the accusation that Islam teaches terrorism, this book explains the meaning of verse 8:60 – usually taken out-of-context – by pointing to the fact that it refers to attitudes when facing battle, rather than in normal situations. "Strike terror," the expression used by the Qur'an in this verse, was intended to discourage enemies so that they would think twice in considering offensive measures. Such preemptive measures are fundamentally different from terrorism. Instead of a statement of aggression, the injunction is prescribed to prevent war.

BIOGRAPHY OF AUTHORS

Brett G. Scharffs – United States

Brett G. Scharffs is Rex E. Lee Chair and Professor of Law and Director of the International Center for Law and Religion Studies at Brigham Young University (BYU) Law School. He received a BSBA in international business and an MA in philosophy at Georgetown University and, as a Rhodes Scholar, earned a BPhil in philosophy at Oxford. He received his JD from Yale Law School, where he was senior editor of the Yale Law Journal. He is a recurring visiting professor at Central European University in Budapest and at the University of Adelaide Law School. He has for several years helped organize certificate training programs in religion and the rule of law in China, Vietnam, Myanmar and other countries and has taught and helped organize programs at several Indonesian universities on sharia and human rights. Author of more than 100 articles and book chapters, he has made more than 300 scholarly presentations in 30 countries. His casebook, *Law and Religion: National, International and Comparative Perspective*s (with Cole Durham, 2nd English edition 2018), has been translated into Chinese and Vietnamese, with Bahasa Indonesia, Turkish, Burmese, Arabic, Spanish, Russian, Greek and Hebrew in process. He is author with Elizabeth Clark of *Religion and Law in the USA*, a 2016 contribution to Wolters Kluwer's International Encyclopedia of Laws.

Mohammad Hashim Kamali - Malaysia

Professor Mohammad Hashim Kamali is Founding CEO of the International Institute of Advanced Islamic Studies, Malaysia. A world renowned scholar, he holds a Ph.D in Islamic Law (SOAS, London)

and has previously been Professor of Islamic Law and Jurisprudence at the International Islamic University Malaysia (1985-2004) and Dean of the International Institute of Islamic Thought and Civilization (2004-2006). Outside academia, he has served with the Constitutional Review Commission of Afghanistan (May-September 2003), the CIMB Shariah Committee (since 2003), Sunlife Takaful Malaysia (since 2011), and the Stanlib Corporation of South Africa (2007-2017). The author of 35 books and over 210 academic articles, Prof. Kamali has received the *Isma›il al-Faruqi Award* for academic excellence twice (1995 and 1997) and has featured in *The 500 Most Influential Muslims in the World* (2009, 2010, 2016). He has also been the recipient of both the *King Abdullah II International Award 2010* and the *24th Iran World Award for Book of the Year 2016*.

Lena Larsen – Norway

Dr. Lena Larsen is the director of the Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief, Norwegian Centre for Human Rights, at the University of Oslo, since 1999. She has been in charge of the development of the Oslo Coalition concept and methodology: Advancing freedom of religion or belief as a common benefit that is accepted and embraced across all convictions through competence building, dialogue and cooperation. Her research interests include Islam in Europe, Islamic jurisprudence with a focus on fatwas, Islam and gender, and freedom of religion or belief. Dr. Larsen has been co-chairing the Oslo Coalition project New Directions in Islamic Thought since 2003. The project has so far resulted in the following publications, of which she is a co-editor: *Gender and Equality in Muslim Family Law. Justice and Ethics in the Islamic legal Tradition* (London: I.B. Tauris, 2013), also published in Indonesian, Reformasi Hukum Keluarga Islam (LKIS, 2017), *New Directions in Islamic Thought and Practice. Exploring Muslim Reform and Tradition* (London: I.B. Tauris, 2009), and *Freedom of Expression in Islam. Challenging Blasphemy and Apostasy Laws* (Forthcoming). She is the author of *How Muftis Think: Islamic Legal Thought and Muslim Women in Western Europe* (Leiden: BRILL, 2018), and

is assistant editor of *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (Hague: Brill, 2004).

Lena Larsen is member of the advisory committee at the Faculty of Theology, University of Oslo, for a continuing education program for religious leaders with a foreign background, "To be a Religious Leader in Norwegian Society".

Tore Lindholm - Norway

Tore Lindholm is emeritus professor (philosophy) at the Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo and member the Human Rights Committee of the Church of Norway. His research interests focus on the grounds for embracing universal human rights, in particular the right to freedom of religion/non-religious conviction, and on the two-way traffic between human rights and religions/world views. He coedited the volume *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (2004), now published in Indonesian, *KEBEBASAN BERAGAMA ATAU BERKEYAKINAN: Seberapa Jauh?* (2010), in Russian, in Bosnian, and in Chinese (internet publication). He edited a book on An-Na'im's Islamic reform thinking, *Islamic Law Reform and Human Rights: Challenges and Rejoinders* (1993), Indonesian translation published 1995 in Indonesia as *Dekonstruksi Syari'ah* (LKiS). Other writings include "The cross-cultural legitimacy of universal human rights: Plural justification across normative divides", in Francioni and Scheinin, eds., *Cultural Human Rights* (2008).

Syamsul Arifin – Indonesia

Syamsul Arifin is a Professor of Religion Sociology and the vice Rector of academic affair of Muhammadiyah University Malang (UMM). He has authored several books such as *Ideology and Practice of Social Movement of Fundamentalist Group: Hisbut Tahrir Indonesia Experience* (2005); *Contemporary Islamic Study: Radicalism and Mutliculturalism Stream in Indonesia* (2015); *Attitudes to Human Rights and Freedom of Religion or Belief in Indonesia, Voices of Islamic Religious Leaders in East Java* (2010). He actively

involved in several Moslem Organizations especially Muhammadiyah and several professional associations such as Association of Living Values Indonesia. His recent research project is Toward Theologizing Human Rights: Contemporary Discourse on Relation of Islam and Human Rights in View Muslim Intellectuals in Indonesia and Australia and supported by Indonesian Minister of Research, Technology and Higher Education.

Cekli Setya Pratiwi – Indonesia

Cekli Setya Pratiwi is a senior law lecturer, Faculty of Law, UMM. She earned her LL.M. from Utrecht University. She is an LL.M. candidate on Comparative Law at BYU Law School (2019). She served as an executive Director of the Center Human Rights Study (satuHAM) of UMM, and since 2012 she has been teaching to the annual program of the master level course on Sharia and Human Rights, UMM. She participated in Religion and The Rule of Law certificate training program in Myanmar, Vietnam, Beijing, and Jakarta. She wrote the book *Hak Asasi Manusia Dalam Perspektif Islam*, with Ahmad Nur Fuad, et.al. (2010). She has various publications on human rights, religion, and law and her recent publication is *Permissible Scope of Legal Limitation on Freedom of Religion or Belief and Freedom of Expression under International Human Rights Law: The Study of Blasphemy Cases in Indonesia.* Currently she is translating the casebook, *Law and Religion: National, International and Comparative Perspective*s (Cole Durham and Brett Scharffs, 2nd English edition 2018) into Indonesian.

Heiner Bielefeldt - Germany

Heiner Bielefeldt is Professor of Human Rights and Human Rights Politics at the University of Erlangen-Nuremberg (since October 2009). Before taking the newly established chair for Human Rights, he was Director of the German Institute for Human Rights (based in Berlin) which is the officially accredited national human rights institution of Germany. Between August 2010 and October 2016 Bielefeldt served as the UN Special Rapporteur on freedom of religion or belief. Since September 2016 he also holds the position of a Professor Two at the Human Rights

Centre of the University of Oslo. Bielefeldt's research interests include different interdisciplinary facets of human rights theory and practice, with a particular focus on freedom of religion or belief.

Jeroen Temperman – The Netherlands

Jeroen Temperman is Professor of International Law and Religion and Head of the Department of International and European Union Law at Erasmus School of Law, Erasmus University, Rotterdam, Netherlands. He is also the Editor-in-Chief of *Religion & Human Rights* and a member of the Organization for Security and Cooperation in Europe's Panel of Experts on Freedom of Religion or Belief. He has authored, among other books, *Religious Hatred and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016) and *State–Religion Relationships and Human Rights Law* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2010) and edited *Blasphemy and Freedom of Expression* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017) and *The Lautsi Papers* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2012).

Khaled Abou El Fadl – United States

Khaled Abou El Fadl is the Omar and Azmeralda Alfi Distinguished Professor of Law at the UCLA School of Law where he teaches International Human Rights; Islamic Jurisprudence; Law and Terrorism; Islam and Human Rights; Political Asylum and Refugee Law; The Trafficking of Human Beings: Law and Policy; and Political Crimes and Legal Systems. Dr. Abou El Fadl was awarded the University of Oslo Human Rights Award, the Leo and Lisl Eitinger Prize in 2007, and named a Carnegie Scholar in Islamic Law in 2005. In 2017 and 2005, he was named among LawDragon's Top 500 Lawyers in the U.S. In 2013, he was recognized among "The 50 Smartest People of Faith" by TheBestSchools.org, and has been ranked among "The Power 500 List of the World's Most Influential Arabs" and "The World's 500 Most Influential Muslims." Dr. Abou El Fadl's latest book is titled, *Reasoning with God: Reclaiming Shari'ah in the Modern Age* (Rowman and Littlefield, 2014).

Susan Waltz – United States

Susan Waltz is a professor of public policy at the Ford School. She earned her Ph.D. in International Studies, University of Denver. She is a specialist in human rights and international affairs with regional expertise on North Africa. Waltz is author of Human Rights and Reform: Changing the Face of North African Politics (1995) and a series of articles on the historical origins of international human rights instruments. She also maintains the website Human Rights Advocacy and the History of International Human Rights Standards, hosted by the U-M.from 1993-1999 Susan served on Amnesty International›s International Executive Committee and since 2000 she has served terms on the national boards of the American Friends Service Committee, Amnesty International USA and an executive committee overseeing the work of the Quaker United Nations Office, New York.

Zainal Abidin Bagir - Indonesia

Zainal Abidin Bagir teaches at the Center for Religious and Cross-cultural Studies, Graduate School of Gadjah Mada University, Indonesia and a board member of the Indonesian Consortium for Inter-religious Studies, Yogyakarta. He was a visiting lecturer at the Department of Religious Studies, Victoria University of Wellington, New Zealand. (2013-2014) In 2008-2013 he was the Indonesian Regional Coordinator for the Pluralism Knowledge Program, a collaboration between four academic centers in Netherlands, India, Indonesia and Uganda. His two main interests relate to the issue of democratic management of religious diversity and religion and science, with increasingly more focus on ecology. His recent publications include a report on Indonesian defamation of religion law (2018), a chapter on the politics and law of religious governance in Indonesia in the *Routledge Handbook of Contemporary Indonesia* (2018) and a contribution on Islam and ecology in the *Routledge Handbook of Religion and Ecology* (2017).

Ahmad Nur Fuad - Indonesia

Ahmad Nur Fuad is a lecturer at the State Islamic University (Universitas Islam Negeri -UIN) of Sunan Ampel, Surabaya - Indonesia. He obtained his undergraduate degree in Islamic history (1991), master's degree in Islamic Studies from McGill University (1998), and doctorate degree in Islamic Studies from UIN Sunan Ampel (2010). He has been involved in the Master Level Course on Shariah and Human Rights, organized by the Graduate Program of Universitas Muhammadiyah Malang, in cooperation with the Oslo Coalition (Norway) and Brigham Young University, Provo, Utah, USA (2011-2017). His interest includes Islamic history and historiography, Islamic thought, and human rights and Islam. His published works include, among others: *Hak Asasi Manusia Dalam Perspektif Islam*, with Cekli Setya Pratiwi & Saiful Aries (Malang: LPSHHAM-Madani, 2010); *Dari Reformis Hingga Transformatif: Dialektika Intelektual Keagamaan Muhammadiyah* (Malang: Intrans Publishing, 2015).

Haidar Bagir - Indonesia

HAIDAR Bagir is an Islamic scholar as well as businessman and philanthropist, based in Indonesia. He earned his MA from Harvard University, and his PhD in Philosophy from the University of Indonesia. He has been listed among The 500 Most Influential Muslims by The Royal Islamic Strategic Studies Centre for 9 (nine) years in a row. He has written a number of popular and scholarly books, especially in Islamic mysticism, including *The Universe of Love, an Introduction to Ibn ‹Arabi› s Thought; Epistemology of Sufism, an Introduction; Islam The Faith of Love and Happiness* (published locally and in the UK). His most recent being *From Allah To Allah, Learning Sufism from Rumi.* Bagir has also been granted several awards from international institutions for his business, philanthropic, and scholarly activities.

Nafik Muthohirin – Indonesia

Nafik Muthohirin is a non-permanent lecturer at the Faculty of Islamic Religion and staff at the Center of Religion and Multiculturalism Study at Postgraduate School of Muhammadiyah Malang University. He received his MA on Religion and Peace Study from Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta (2014). His study interest is focused on Religious Movements in Indonesia and Radicalism, Extremism, Pluralism and Multiculturalism. He authored several books such as: *Fundamentalisme Islam: Gerakan dan Tipologi Pemikiran Aktivis Dakwah Kampus* (2014); *Radikalisme Islam dan Pergerakannya di Media Sosial* (Jurnal Afkaruna, UMY: 2015); *Reproduksi Salafi: Dari Kesunyian Apolitis Menuju Jihadis* (Jurnal Sosial-Budaya UIN Riau: 2018). He also a collumnist at several national mass media such as, *Radar Surabaya*, *Koran SINDO*, *Jawa Pos* and *GeoTimes*.