

BAB II

TINJAUAN UMUM HAK ASASI MANUSIA TENTANG HAK KEBEBASAN BERAGAMA ATAU BERKEYAKINAN DALAM INSTRUMEN HUKUM INTERNASIONAL

2.1 Konsep , Istilah Dan Pengertian Hak Asasi Manusia (HAM)

Pengertian dan pemahaman tentang hak asasi manusia sangatlah luas, terbuka dan akan terus berkembang sesuai dengan dinamika zaman. Konsep tentang hak asasi manusia ini pun tidak akan bisa terdefiniskan secara mutlak. Bahkan siapapun akan bisa mendefinisikan, mengartikan dan memahami hak asasi manusia dengan penafsirannya masing-masing, tidak terkecuali oleh mereka yang bermaksud untuk melawan dan ingin menyingkirkan HAM⁵⁵. Walaupun demikian, penulis hendak memberikan batasan pengertian HAM secara umum, baik yang didasarkan pendapat para ahli maupun secara terminologis/etimologis.

Untuk memahami hakikat Hak Asasi Manusia, terlebih dahulu akan dijelaskan pengertian dasar tentang hak. Secara definitif “hak” merupakan unsur normatif yang berfungsi sebagai pedoman berperilaku, melindungi kebebasan, kekebalan serta menjamin adanya peluang bagi manusia dalam menjaga harkat dan martabatnya. Hak mempunyai unsur-unsur sebagai berikut: a) pemilik hak; b) ruang lingkup penerapan hak; dan c) pihak yang bersedia dalam penerapan hak. Ketiga unsur tersebut menyatu dalam pengertian dasar tentang hak. Dengan demikian hak merupakan unsur normatif yang melekat pada diri setiap manusia

⁵⁵ Uli Parulian Sihombing dkk, "Memaknai Kebebasan Beragama", ILRC, 2009, hlm. 20

yang penerapannya berada pada ruang lingkup hak persamaan dan hak kebebasan yang terkait dengan interaksinya antara individu atau dengan pihak lain.⁵⁶

Istilah yang dikenal di barat mengenai hak-hak asasi manusia ialah “*right of man*”, yang menggantikan istilah “*natural right*”. Istilah “*right of man*” ternyata tidak secara otomatis mengakomodir pengertian yang mencakup “*right of women*”. Karena itu istilah “*right of man*” diganti dengan istilah “*human rights*” oleh Eleanor Roosevelt karena dipandang lebih netral dan universal. Sementara itu HAM dalam islam dikenal dengan istilah *huquq al-insan ad-dhorurriyah* dan *huquq Allah*. Dalam islam antara *huquq al-insan ad-dhorurriyah* dan *huquq Allah* tidak dapat dipisahkan.⁵⁷ Inilah yang membedakan konsep Barat tentang HAM dengan konsep Islam.⁵⁸

Hak asasi manusia dalam Islam tertuang secara transeden untuk kepentingan manusia lewat syariah Islam yang diturunkan melalui wahyu. Menurut syariah, manusia adalah mahluk bebas yang mempunyai tugas dan tanggung jawab, dan karenanya ia juga mempunyai hak dan kebebasan. Dasarnya adalah keadilan yang ditegakkan atas dasar persamaan atau egaliter, tanpa pandang bulu. Artinya tugas yang diemban tidak akan terwujud tanpa adanya kebebasan sementara kebebasan secara eksistensial tidak terwujud tanpa adanya tanggung jawab itu sendiri.⁵⁹

⁵⁶ Dede Rosyada, *op.cit*, hlm. 199

⁵⁷ Hak Allah melandasi hak manusia dan juga sebaliknya. hal ini didasarkan pada pendekatan teosentris atau yang menempatkan Allah melalui ketentuan syariatnya sebagai tolak ukur tentang baik buruk tatanan kehidupan manusia. dengan demikian konsep Islam tentang HAM berpijak pada ajaran tauhid. lihat *Ibid*, hlm. 219

⁵⁸ *Ibid*, hlm. 200

⁵⁹ M. Luqman Hakim dkk, *Deklarasi Islam Tentang HAM*, Risalah Gusti, Surabaya, 1993, hlm. 12

Menurut Maududi, HAM adalah hak kodrati yang dianugerahkan Allah swt kepada setiap manusia dan tidak dapat dicabut atau dikurangi oleh kekuasaan atau badan apapun. Hak-hak yang diberikan Allah itu bersifat permanen, kekal dan abadi.⁶⁰ Sementara John Locke menyatakan bahwa hak asasi manusia adalah hak-hak yang diberikan langsung oleh Tuhan Yang Maha Pencipta sebagai hak yang kodrati. Oleh karenanya, tidak ada kekuasaan apapun di dunia yang dapat mencabutnya. Hak ini sifatnya sangat mendasar (fundamental) bagi hidup dan kehidupan manusia dan merupakan hal kodrati yang tidak bisa terlepas dari dan dalam kehidupan manusia. Sedangkan, Jan Materson merumuskan HAM sebagai hak-hak yang melekat pada setiap manusia, yang tanpanya manusia mustahil dapat hidup sebagai manusia.⁶¹

Dalam konteks filsafati, pemenuhan hak asasi itu harus selalu berdasarkan pada asas keseimbangan dengan kewajiban asasi manusia. Hak asasi manusia akan terpenuhi manakala manusia juga menunaikan kewajibannya. Dengan kata lain, tegaknya kewajiban asasi, sekaligus penunjuk derajat moral dan martabat manusia.⁶²

Dari beberapa pengertian di atas, diperoleh suatu rumusan bahwa hakikat penghormatan dan perlindungan terhadap HAM ialah menjaga keselamatan eksistensi manusia secara utuh melalui aksi keseimbangan, yaitu keseimbangan

⁶⁰ Maulana Abul A'la Maududi, *Hak Hak Asasi Manusia Dalam Islam*, PT Bumi Aksara, Jakarta, 2008, hlm. 10

⁶¹ *Ibid*

⁶² Mohammad Noor Syam, "Sistem Filsafat Pancasila: Tegak sebagai Sistem Kenegaraan Pancasila-UUD Proklamasi 1945, dalam Paskalis Lesmana Napoleon, "Tinjauan Terhadap Implementasi Negara Terkait Dengan Kebebasan Beragama Dan Beribadah Di Indonesia", *Tesis*, Universitas Indonesia, Jakarta, 2012, hlm. 65

antara hak dan kewajiban, serta keseimbangan antara kepentingan perseorangan dengan kepentingan umum.

Berdasarkan beberapa rumusan HAM di atas, maka terkandung beberapa ciri pokok hakikat HAM yaitu:

- a. HAM tidak perlu diberikan, dibeli ataupun diwarisi. HAM adalah bagian dari manusia secara otomatis
- b. HAM berlaku untuk semua orang tanpa memandang jenis kelamin, ras, agama, etnis, pandangan politik atau asal-usul sosial dan bangsa;
- c. HAM tidak bisa dilanggar. Tidak seorangpun mempunyai hak untuk membatasi atau melanggar hak orang lain. Orang tetap mempunyai HAM walaupun sebuah negara membuat hukum yang tidak melindungi atau melanggar HAM.⁶³

2.1.1 Karakteristik Hak Asasi Manusia (HAM)

Untuk mempermudah mengenal dan memahami HAM, baik dalam praktik kehidupan sehari-hari maupun dalam konteks yang lebih luas, maka dapat dirangkum beberapa poin hal yang menjadi karakteristik daripada HAM itu sendiri, antara lain:⁶⁴

1. Bersifat Universal (*universality*)
Beberapa moral dan nilai-nilai etik tersebar di seluruh dunia. Negara dan masyarakat seluruh dunia seharusnya memahami dan menjunjung tinggi hal itu. Universalitas hak berarti bahwa hak tidak dapat berubah atau tidak dialami dengan cara yang sama oleh semua orang.
2. Martabat Manusia (*human dignity*)
Hak asasi merupakan hak yang melekat dan dimiliki setiap manusia di dunia tanpa membedakan umur, budaya, keyakinan, etnis, ras, jender, orientasi seksual, bahasa, kemampuan atau kelas sosial, dan lain-lain. Namun, semata-mata karena menjunjung tinggi martabat kemanusiaan.
3. Kesetaraan (*equality*)
Konsep kesetaraan mengekspresikan gagasan menghormati martabat yang melekat pada setiap manusia. Secara spesifik pasal 1 DUHAM menyatakan bahwa “Setiap umat manusia dilahirkan merdeka dan sederajat dalam harkat dan martabatnya.”
4. Non Diskriminasi (*non-discrimination*)

⁶³ *Ibid*

⁶⁴ Uli Parulian Sihombing dkk, “Memaknai Kebebasan Beragama: Modul Pelatihan Paralegal untuk Penganut Agama dan Penghayat Kepercayaan”, ILRC, Jakarta, 2009, hlm. 26

Non diskriminasi terintegrasi dalam prinsip kesetaraan. Prinsip ini memastikan bahwa tidak seorangpun dapat meniadakan hak asasi orang lain karena faktor-faktor luar, seperti misalnya; ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pandangan lainnya.

5. Tidak dapat dicabut (*inalienability*)
Hak-hak individu tidak dapat direnggut, dilepaskan dan dipindahkan⁶⁵
6. Tidak Bisa dibagi (*indivisibility*)
HAM –baik hak sipil, politik, budaya dan ekonomi- semuanya bersifat *inherent* yaitu menyatu dalam harkat martabat manusia. Pengabaian pada satu hak akan menyebabkan pengabaian terhadap hak-hak lainnya.
7. Saling berkaitan dan bergantung (*interrelated and interdependence*)
Pemenuhan dari satu hak seringkali bergantung kepada pemenuhan hak lainnya, baik secara keseluruhan maupun sebagian.⁶⁶
8. Tanggungjawab Negara (*state responsibility*)
Negara dan para pemangku kewajiban lainnya bertanggung jawab untuk mentaati hak asasi. Dalam hal ini, mereka harus tunduk pada norma-norma hukum dan standar yang tercantum di dalam instrumen-instrumen HAM.

2.2 Sejarah Pemikiran Hak Asasi Manusia (HAM)

Pada umumnya pakar di Eropa berpendapat bahwa lahirnya HAM di kawasan Eropa dimulai dengan lahirnya Magna Charta yang antara lain membuat pandangan bahwa raja yang tadinya memiliki kekuatan absolut (raja yang menciptakan hukum, tetapi ia sendiri tidak terikat dengan hukum yang dibuatnya), menjadi dibatasi kekuasaannya dan mulai dapat diminta pertanggungjawabannya di muka hukum. Lahirnya Magna Charta ini kemudian diikuti oleh lahirnya *Bill of Rights* di Inggris pada tahun 1689. Pada masa itu mulai timbul pandangan (adagium) yang intinya bahwa manusia sama di muka hukum (*equality before the*

⁶⁵ HAM merupakan hak yang bersifat *inalienable*, yakni walau bagaimanapun tak dapat direnggut, dengan ini maka HAM bersifat absolut atau dengan kata lain ini tidak terlepas dari kenyataan bahwa seseorang tidak bisa berhenti menjadi manusia. Sehingga, selama orang dimaksud masih menyandang kualitas sebagai manusia maka selama itu pula ia memiliki HAM tanpa mempersoalkan apakah ia penjahat atau bukan. Di samping itu, HAM tidak bisa dilepaskan walaupun secara sukarela kita tidak menginginkannya. Melalui karakteristik ini HAM melekat pada diri kita baik dikehendaki atau tidak, lihat Jack Donnelly, “Human” dalam Pranoto Iskandar, *op.cit*, hlm. 67

⁶⁶ Contohnya dalam situasi tertentu hak atas pendidikan atau hak atas informasi adalah hak yang saling bergantung satu sama lain. Oleh karena itu, pelanggaran HAM saling bertalian; hilangnya satu hak akan mengurangi hak lainnya, lihat Uli Parulian Sihombing dkk, *op.cit*, hlm. 27-28

law). Adagium ini memperkuat dorongan timbulnya negara hukum dan negara demokrasi. *Bill of Rights*⁶⁷ melahirkan asas persamaan harus diwujudkan, betapa pun berat resiko yang dihadapi, karena hak kebebasan baru dapat diwujudkan kalau ada hak persamaan. Untuk mewujudkan semua itu, maka lahirlah teori kontrak sosial J.J Rosseau (*social contract theory*), teori *trias politika* Montesquieu, John Locke di Inggris dengan teori hukum kodrati, dan Thomas Jefferson di AS dengan hak-hak kebebasan dan persamaan yang dicanangkannya.⁶⁸

Perkembangan HAM selanjutnya ditandai dengan munculnya *The American Declaration of Independence* yang lahir dari paham Rousseau dan Montesquieu. Semakin dipertegas bahwa manusia adalah merdeka sejak di dalam perut ibunya, sehingga tidaklah logis bila sesudah lahir, ia harus dibelenggu. Selanjutnya, pada tahun 1789 lahirlah *The French Declaration*, dimana ketentuan tentang hak lebih dirinci lagi sebagaimana dimuat dalam *The Rule of Law* yang antara lain berbunyi tidak boleh ada penangkapan dan penahanan yang semena-mena, termasuk penangkapan tanpa alasan yang sah dan penahanan tanpa surat perintah yang dikeluarkan oleh pejabat yang sah. Dalam kaitan itu berlaku prinsip *presumption of innocent*. Kemudian prinsip itu dipertegas oleh prinsip *freedom of expression* (kebebasan mengeluarkan pendapat), *freedom of religion* (bebas

⁶⁷ Perlu dicatat pula bahwa dengan adanya *Bill of Rights* timbul kebebasan untuk berbicara (*speech*) dan berdebat (*debate*), sekalipun hanya untuk anggota parlemen dan untuk digunakan di dalam gedung parlemen. lihat Andrey Sujatmoko, *op.cit*, hlm. 3

⁶⁸ Dede Rosyada dkk, *op.cit*, hlm. 202-203

menganut keyakinan/agama yang dikehendaki) *the right of property* (perlindungan hak milik) dan hak-hak dasar lainnya.⁶⁹

Kejadian lain dalam perkembangan hak asasi manusia yaitu terjadi pada abad ke XX yang ditandai dengan terjadinya Perang Dunia ke II yang memporakporandakan kehidupan manusia. Perang Dunia ini disebabkan oleh ulah para pemimpin yang tidak mengindahkan hak asasi manusia bahkan dengan sengaja menginjak-nginjaknya seperti di Jerman oleh Adolf Hitler, Italia oleh Benito Musolini, dan Jepang oleh Hirohito.

Pada saat berkobarnya Perang Dunia II, muncul lah Atlantic Charter yang dipelopori oleh F.D. Roosevelt yang merumuskan tentang The Four Freedoms (4 Kebebasan) dalam hidup bermasyarakat dan bernegara yaitu:

- a. Kebebasan untuk berbicara dan mengeluarkan pendapat (*freedom of speech*)
- b. Kebebasan untuk beragama (*freedom of religion*)
- c. Kebebasan dari rasa takut (*freedom of fear*)
- d. Kebebasan dari kemelaratan (*freedom from want*)

Anteseden-anteseden historis di atas kemudian pasca Perang Dunia II menjadi landasan bagi dilakukannya humanisasi hukum internasional kontemporer.⁷⁰ Terbentuknya Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) sebagai organisasi Internasional pada tahun 1945 tidak dapat dipungkiri memiliki pengaruh yang sangat besar bagi perkembangan HAM di kemudian hari. Hal itu, antara lain, ditandai dengan adanya pengakuan di dalam Piagam PBB (*United Nations Charter*) akan eksistensi HAM dan tujuan didirikannya PBB sendiri yaitu

⁶⁹ Dede Rosyada dkk, *loc.cit*

⁷⁰ Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional : Sebuah Pengantar Kontekstual*, IMR Press, Cianjur, 2012, hlm. 128

dalam rangka untuk mendorong penghormatan terhadap HAM secara Internasional.⁷¹

Perjuangan panjang masyarakat barat dalam menegakkan Hak Asasi Manusia tersebut, -seperti telah di uraikan sebelumnya- yang ditandai dengan munculnya Magna Charta hingga *Universal Declaration of Human Right* ternyata telah di dahului umat Islam, yaitu dengan adanya Piagam Madinah yang menjadi tonggak awal berdirinya Negara Islam di bawah panji Islam. Piagam Madinah, yang merupakan piagam tertulis pertama di dunia ini telah meletakkan dasar-dasar Hak Asasi Manusia yang berlandaskan Syari'at Islam. Piagam yang dipelopori oleh Nabi Muhammad Saw ini lahir sekitar tahun 622 Masehi. Di dalam Piagam ini, Nabi Muhammad Saw meletakkan pondasi perlindungan bagi setiap kelompok dan menjamin adanya partisipasi dari setiap kelompok tersebut dalam menjalani kehidupan bersama di Madinah.⁷²

Pada hakikatnya Piagam Madinah itu mempunyai empat rumusan utama yang merupakan inti dari keseluruhan pasal yang ada, yaitu: adanya hak persamaan bagi setiap manusia dalam segala bidang kehidupan bermasyarakat, adanya hak untuk hidup bagi setiap individu, adanya hak kebebasan beragama bagi setiap pemeluk agama, dan adanya persamaan hak bagi setiap orang dimuka hukum dan diranah politik.⁷³

⁷¹ Andrey Sujatmoko, *op.cit*, hlm. 4-5

⁷² Yusuf Al-Qardhawi, *Anatomi Masyarakat Islam*, Pustaka Al-Kautsar, Jakarta, 1999, hlm. 113.

⁷³ lihat <https://latanza99.wordpress.com/2009/01/03/hak-asasi-manusia-dalam-piagam-madinah/> diakses pada 25 Januari 2015

2.3 Hukum HAM Internasional

Hukum HAM adalah hukum Internasional tentang HAM yang merupakan cabang dari hukum internasional⁷⁴. Beberapa istilah lain yang juga merujuk pada hukum HAM adalah hukum HAM (*human rights law*), HAM internasional (*international human rights*), hukum internasional HAM (*international law of human rights*), dan hukum HAM internasional (*international human rights law*).⁷⁵

Hukum HAM yang dimaksudkan di sini merujuk pada segenap peraturan yang di dalamnya mencantumkan hak-hak dasar seorang (yang hanya dikarenakan sebagai) manusia dan mengatur bagaimana memperlakukannya demi terhindarnya hal-hal yang tidak manusiawi.⁷⁶

Dari definisi tersebut, setidaknya bisa disimpulkan bahwa apa yang dimaksud dengan hukum HAM memiliki cakupan yang sangat luas. Akan tetapi, ia juga dibatasi, yakni hanya meliputi segala peraturan yang menyiratkan tujuan utamanya untuk mempertahankan nilai-nilai kemanusiaan. Jadi, nilai-nilai kemanusiaan yang sebelumnya sebagai persoalan moral menjadi penekanan sekaligus pembeda utama.⁷⁷

⁷⁴Pada umumnya hukum internasional diartikan sebagai himpunan dari peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan yang mengikat serta mengatur hubungan antara negara-negara dan subjek-subjek hukum lainnya dalam kehidupan masyarakat internasional. lihat Boer Mauna, *op.cit*, hlm. 1

⁷⁵Pranoto Iskandar, *op.cit*, hlm. 186

⁷⁶*Ibid*

⁷⁷Dari kesemua cabang hukum internasional terdapat tiga yang saling melengkapi dalam penegakan norma HAM universal. dengan kata lain, selain hukum HAM itu sendiri terdapat juga hukum humaniter dan hukum pidana internasional yang di dalamnya menyinggung persoalan kemanusiaan. Perbedaan mendasar yang secara tradisional dimiliki oleh hukum humaniter terletak pada masa penerapannya yakni hanya diterapkan pada saat terdapatnya konflik bersenjata yang umumnya bersifat internasional. sementara itu, hukum pidana internasional terkait dengan, yang sebagian besar, prosedur penegakan keadilan bagi para pelanggar HAM berat, atau dengan kata lain, ketika telah terjadi sebuah pelanggaran HAM berat maka hukum pidana internasional mulai berlaku. Lihat *Ibid*, hlm. 187-190

2.3.1 Sumber Hukum HAM Internasional

Norma dan standar HAM berasal dari hukum internasional. Sumber hukum internasional sebagaimana diatur dalam Pasal 38 ayat 1 Statuta Mahkamah Internasional terdiri atas⁷⁸:

1. Perjanjian internasional (*international conventions*), baik yang bersifat umum maupun khusus;⁷⁹
2. Kebiasaan internasional (*international custom*), sebagai bukti dari suatu kebiasaan umum yang telah diterima sebagai hukum;⁸⁰
3. Prinsip-prinsip hukum umum (*general principles of law*), yang diakui oleh negara-negara beradab (*recognized by civilized nation*);⁸¹
4. Keputusan pengadilan (*judicial decisions*) dan pendapat para ahli yang telah diakui kepakarannya (*teaching of the most highly qualified publicist*), sebagai sumber tambahan untuk menetapkan kaidah hukum internasional⁸²

Seperti telah dijelaskan sebelumnya bahwa perkembangan pengaturan HAM secara global tidak lepas dari peranan PBB selaku organisasi internasional yang senantiasa menciptakan berbagai pengaturan terkait hukum HAM

⁷⁸Lihat Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional, lihat juga Boer Mauna, *op.cit*, hlm 8-9, lihat juga Mochtar Kusumaatmadja, *op.cit*, hlm. 114-115, lihat juga Pranoto Iskandar, *op.cit*, hlm. 191

⁷⁹Perjanjian internasional adalah perjanjian yang diadakan antara anggota masyarakat bangsa-bangsa yang bertujuan untuk mengakibatkan akibat hukum tertentu. perjanjian internasional ada kalanya dinamakan traktat (*treaty*), pakta (*pact*), konvensi (*convention*), piagam (*charter*), statuta (*statute*), deklarasi (*declaration*), protokol (*protocol*), persetujuan (*agreement*), perikatan (*arrangement*), *accord*, *modus vivendi*, *covenant*, dan sebagainya. dilihat secara yuridis semua istilah ini tidak mempunyai arti tertentu, dengan perkataan lain secara umum dapat disimpulkan memiliki makna yang sama. lihat Mochtar Kusumaatmadja, *op.cit*, hlm. 117-119

⁸⁰Kebiasaan oleh ICJ dinyatakan sebagai sebuah tindakan yang tidak hanya harus dapat dikategorikan sebagai sebuah perbuatan yang lazim, tapi juga harus dilakukan berdasarkan keyakinan apabila perbuatan tersebut dilakukan atas dasar adanya kewajiban hukum. lihat, Pranoto Iskandar, *op.cit*, hlm. 199. dilihat secara praktis suatu kebiasaan internasional dapat dikatakan diterima sebagai hukum apabila negara-negara tidak ada yang menyatakan keberatan terhadapnya. keberatan ini dapat dinyatakan dengan berbagai cara misalnya dengan jalan diplomatik (protes) atau dengan jalan hukum dengan mengajukan keberatan di hadapan suatu mahkamah. lihat, Mochtar Kusumaatmadja, *op.cit*, hlm 145

⁸¹ Sebagai contoh, seperti: *good faith* (itikad baik) *pacta sunt servanda* (perjanjian mengikat para pihak), *abuse de droit* (asas penyalahgunaan hak), asas non-intervensi, *subsidiarity* (tiap individu diberkahi harga diri yang bersifat inheren dan tidak dapat diganggu gugat) dan sebagainya. lihat Mochtar Kusumaatmadja, *Ibid*, hlm 149. lihat juga, Pranoto Iskandar, *Ibid*, hlm. 203-205

⁸² Berlainan dengan sumber hukum utama (primer), keputusan pengadilan dan pendapat para sarjana hanya merupakan sumber hukum subsidier atau tambahan. lihat Mochtar Kusumaatmadja, *Ibid*, hlm 150

internasional. Piagam PBB (*United Nations Charter*) sebagai konstitusi PBB -di mana statuta mahkamah internasional merupakan bagian tak terpisahkan dalam piagam PBB-⁸³ menjadi pijakan dasar dalam terciptanya berbagai pengaturan HAM berskala internasional.⁸⁴

Selanjutnya, Pada tahun 1948 Majelis Umum PBB melalui resolusi 217 A (III) mengeluarkan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia. Deklarasi ini boleh dikatakan sebagai interpretasi otentik terhadap Piagam Perserikatan Bangsa Bangsa yang memuat lebih rinci sejumlah hak yang di daftar sebagai Hak Asasi Manusia.⁸⁵ Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) adalah elemen pertama dari Peraturan Perundang-Undangan Hak Asasi Manusia Internasional (*International Bill of Rights*).⁸⁶ Seiring dengan perjalanan waktu, status hukum

⁸³

lihat https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/uncharter/jakarta_charter_bahasa.pdf

⁸⁴ Piagam itu memuat dengan eksplisit pasal-pasal mengenai perlindungan hak asasi manusia. Dalam mukadimahnya tertera tekad bangsa-bangsa yang tergabung dalam PBB untuk “menyatakan kembali keyakinan pada hak asasi manusia, pada martabat dan nilai manusia”. Pasal 1 (3) mencantumkan bahwa salah satu tujuan PBB adalah “memajukan dan mendorong penghormatan terhadap hak asasi manusia dan kebebasan dasar bagi semua orang tanpa membedakan ras, jenis kelamin, bahasa, atau agama”. Selanjutnya dalam Pasal 55 ditegaskan pula bahwa PBB “harus memajukan ... penghormatan universal terhadap dan ketaatan kepada hak asasi manusia dan kebebasan dasar bagi setiap orang”. Hal ini diperkuat lebih lanjut oleh Pasal 56 yang menyatakan bahwa semua anggota PBB “berjanji akan mengambil tindakan bersama dan sendiri-sendiri... bagi tercapainya tujuan-tujuan yang dinyatakan dalam Pasal 55”. Jadi, internasionalisasi hak asasi manusia dimulai dengan Piagam PBB tersebut. lihat Knut D. Asplund (ed.), *Hukum Hak Asasi Manusia*, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2008, hlm. 36

⁸⁵ Hak dan kebebasan yang tercantum dalam DUHAM mencakup sekumpulan hak yang lengkap baik itu hak sipil, politik, budaya, ekonomi, dan sosial tiap individu maupun beberapa hak kolektif. Deklarasi ini memuat 30 Pasal.

⁸⁶ “*International Bill of Human Rights*” adalah istilah yang digunakan untuk menunjuk pada tiga instrumen pokok hak asasi manusia internasional beserta *optional protocol*-nya yang dirancang oleh PBB. Ketiga instrumen itu adalah: (i) Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*); (ii) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*); dan (iii) Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*). Sedangkan optional protocol yang masuk dalam kategori ini adalah, “*the Optional Protocol to the Covenant on Civil and Political Rights*” (Protokol Pilihan Kovenan Hak-hak Sipil

deklarasi itu terus mendapat pengakuan yang kuat sehingga berkembang menjadi hukum kebiasaan internasional.⁸⁷ Namun, praktik memperlihatkan bahwa deklarasi ini hanya merupakan bentuk himbauan terkait pemajuan HAM secara universal, dengan kata lain instrumen ini tidak serta-merta mengikat secara hukum walaupun secara moral mengikat, karenanya deklarasi ini merupakan bagian daripada *soft law*.⁸⁸

Walaupun demikian, Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) tetap menjadi akar dari kebanyakan instrumen hak asasi manusia internasional sehingga hak-hak yang ditabulasikan dalam DUHAM pada akhirnya berkembang menjadi dua kovenan internasional yang mengikat secara hukum yaitu Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik dan Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya yang merupakan bagian daripada *hard law*.⁸⁹

Karakteristik *hard law* mengharuskan setiap negara pihak yang hendak mengadopsinya, terlebih dahulu melalui proses pengesahan secara formal berdasarkan pengaturan hukum internasional. Di samping itu, karakternya yang mengikat secara hukum memberikan implikasi adanya suatu konsekuensi kewajiban setiap negara pihak -mencakup semua cabang pemerintahan (eksekutif,

dan Politik). lihat J. Robinson, *Human Rights and Fundamental Freedoms in the Charter of the United Nations: A Commentary*, dalam lihat Knut D. Asplund (ed.), *loc.cit*

⁸⁷ Pada tingkat regional, banyak instrumen yang mencerminkan nilai deklarasi tersebut dan mengakui pentingnya DUHAM dalam pernyataan-pernyataan mukadimahnyanya. Bahkan pada tingkat nasional banyak negara telah mengadopsi elemen-elemen dari deklarasi tersebut ke dalam Undang-Undang Dasar mereka. lihat *Ibid*, hlm. 90

⁸⁸ *Soft law* diartikan sebagai ketentuan yang mengikat secara moral. *soft law* umumnya menggunakan istilah deklarasi, rekomendasi, serta rencana aksi (*action of plan*). lihat http://www.hukumpedia.com/eka_aa/pilih-hard-law-atau-soft-law diakses pada 24 Januari 2015

⁸⁹ *Hard law* diartikan sebagai perjanjian yang memiliki kekuatan mengikat secara hukum. *Hard law* umumnya menggunakan istilah konvensi, kovenan, protokol dan *treaty*. lihat http://www.hukumpedia.com/eka_aa/pilih-hard-law-atau-soft-law diakses pada 24 Januari 2015

legislatif dan yudikatif), dan pejabat-pejabat publik atau pemerintah lainnya, pada tingkat apapun- berada di dalam posisi untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhi (*to fulfill*) hak-hak yang diatur dalam kovenan ini.⁹⁰

Pada umumnya hak sipil dan politik dianggap sebagai hak generasi pertama, sementara hak ekonomi, sosial dan budaya adalah hak generasi kedua, sedangkan hak generasi ketiga adalah hak kolektif atau hak kelompok. Jadi, dua kovenan tersebut secara tradisional dibagi menjadi hak generasi pertama dan kedua, dan keduanya juga menetapkan hak kolektif yang merupakan hak generasi ketiga. (Lebih lanjut akan dipaparkan terkait generasi perkembangan pemikiran HAM).

2.4 Generasi Perkembangan Pemikiran Hak Asasi Manusia

Sejarah mengenai perkembangan pemikiran hak asasi manusia telah berlangsung lama dan mengalami evolusi dari yang sangat sederhana yang mewakili zaman awal dan yang sangat kompleks yang mewakili zaman modern. Karel Vasak, seorang sarjana berkebangsaan Perancis, mengemukakan suatu mode perkembangan hak asasi manusia yang dikutip oleh Jimly Asshidiqie yaitu.⁹¹

2.4.1 Generasi Pertama Hak Asasi Manusia

“Kebebasan” atau “hak-hak generasi pertama” sering dirujuk untuk mewakili hak-hak sipil dan politik, yakni hak-hak asasi manusia yang “klasik”. Hak-hak tersebut pada hakikatnya hendak melindungi kehidupan pribadi manusia

⁹⁰ Lihat Pasal 2 ICCPR dan ICECSR

⁹¹ Jimly Asshidiqie, Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi,

atau menghormati otonomi setiap orang atas dirinya sendiri (kedaulatan individu). Hak-hak generasi pertama itu sering pula disebut sebagai “hak-hak negatif”, artinya tidak terkait dengan nilai-nilai buruk, melainkan merujuk pada tiadanya campur tangan terhadap hak-hak dan kebebasan individual. Dengan kata lain, pemenuhan hak-hak yang dikelompokkan dalam generasi pertama ini sangat bergantung pada absen atau minusnya tindakan negara terhadap hak-hak tersebut. Termasuk dalam generasi pertama ini adalah hak hidup, keutuhan jasmani, hak kebebasan bergerak, hak suaka dari penindasan, perlindungan terhadap hak milik, kebebasan berpikir, beragama dan berkeyakinan, kebebasan untuk berkumpul dan menyatakan pikiran, hak bebas dari penahanan dan penangkapan sewenang-wenang, hak bebas dari penyiksaan, hak bebas dari hukum yang berlaku surut, dan hak mendapatkan proses peradilan yang adil.⁹²

2.4.2 Generasi Kedua Hak Asasi Manusia

“Persamaan” atau “hak-hak generasi kedua” diwakili oleh perlindungan bagi hak-hak ekonomi, sosial dan budaya. Hak-hak generasi kedua pada dasarnya adalah tuntutan akan persamaan sosial. Hak-hak ini sering pula dikatakan sebagai “hak-hak positif”. Yang dimaksud dengan positif di sini adalah bahwa pemenuhan hak-hak tersebut sangat membutuhkan peran aktif negara. Keterlibatan negara disini harus menunjukkan tanda plus (positif), tidak boleh menunjukkan tanda minus (negatif). Jadi untuk memenuhi hak-hak yang dikelompokkan ke dalam generasi kedua ini, negara diwajibkan untuk menyusun dan menjalankan program-program bagi pemenuhan hak-hak tersebut. Termasuk dalam generasi kedua ini

⁹² Andrey Sujatmoko, *op.cit*, hlm. 11-12

adalah hak atas pekerjaan dan upah yang layak, hak atas jaminan sosial, hak atas pendidikan, hak atas kesehatan, hak atas pangan, hak atas perumahan, hak atas tanah, hak atas lingkungan yang sehat, dan hak atas perlindungan hasil karya ilmiah, kesusasteraan, dan kesenian.⁹³

2.4.3 Generasi Ketiga Hak Asasi Manusia

“Persaudaraan” atau “hak-hak generasi ketiga” diwakili oleh tuntutan atas “hak solidaritas” atau “hak bersama”. Hak-hak ini muncul dari tuntutan gigih negara-negara berkembang atau Dunia Ketiga atas tatanan internasional yang adil. Melalui tuntutan atas hak solidaritas itu, negara-negara berkembang menginginkan terciptanya suatu tatanan ekonomi dan hukum internasional yang kondusif bagi terjaminnya hak-hak berikut: (i) hak atas pembangunan; (ii) hak atas perdamaian; (iii) hak atas sumber daya alam sendiri; (iv) hak atas lingkungan hidup yang baik; dan (v) hak atas warisan budaya sendiri.⁹⁴ Generasi ketiga menjanjikan adanya kesatuan antara hak ekonomi, sosial, budaya, politik dan hukum dalam satu keranjang yang disebut dengan hak-hak melaksanakan pembangunan (*The Rights of Development*). Dalam pelaksanaannya, hasil pemikiran HAM generasi ketiga juga mengalami ketidakseimbangan dimana terjadi penekanan terhadap hak ekonomi dalam arti pembangunan ekonomi menjadi prioritas utama, sedangkan hak lainnya terabaikan sehingga menimbulkan banyak korban, karena banyak hak-hak rakyat lainnya yang dilanggar.⁹⁵

⁹³ *Ibid*, hlm. 12-13

⁹⁴ *Ibid*, hlm. 14

⁹⁵ Dede Rosyada dkk, *op.cit*, hlm. 205

2.4.4 Generasi Keempat Hak Asasi Manusia

Setelah banyaknya dampak negatif yang ditimbulkan dari pemikiran HAM generasi ketiga, lahirlah generasi keempat yang mengkritik peranan negara yang sangat dominan dalam proses pembangunan yang terfokus pada pembangunan ekonomi dan menimbulkan dampak negatif seperti diabaikannya aspek kesejahteraan rakyat. Selain itu program pembangunan yang dijalankan tidak berdasarkan kebutuhan rakyat secara keseluruhan melainkan memenuhi kebutuhan sekelompok elit. Pemikiran HAM generasi keempat dipelopori oleh negara-negara di kawasan Asia yang pada tahun 1983 melahirkan deklarasi hak asasi manusia yang disebut *Declaration of The Basic Duties of Asia People and Government*. Deklarasi ini lebih maju dari rumusan generasi ketiga, karena tidak saja mencakup tuntutan struktural tetapi juga berpihak kepada terciptanya tatanan sosial yang berkeadilan. Selain itu deklarasi HAM Asia telah berbicara mengenai masalah ‘kewajiban asasi’ bukan hanya ‘hak asasi’. Deklarasi tersebut juga secara positif mengukuhkan keharusan imperatif dari negara untuk memenuhi hak asasi rakyatnya.⁹⁶

2.5 Universalitas dan Partikularitas Hak Asasi Manusia (HAM)

Dari sekian banyak permasalahan tentang instrumen hak asasi manusia internasional, wacana universalisme *versus* relativisme hak asasi manusia merupakan permasalahan yang paling utama. Perdebatan disebabkan masing-masing memiliki pendekatan yang berbeda. Kedua pandangan tentang hak asasi

⁹⁶*Ibid*, hlm. 205-206

manusia tersebut tentu tidak akan ada akhirnya, karena masing-masing pandangan tersebut berakar dari sudut pandang yang berbeda terutama dalam hal ideologi, sosial budaya dari sistem masyarakat yang berbeda, dan merupakan masalah klasik dalam diskursus mengenai teori hak asasi manusia.⁹⁷

Dalam tataran teori, wacana tentang hal ini menghasilkan pendapat-pendapat yang berbeda dengan alasan masing-masing. Berlakunya HAM mengikuti pandangan ini dipecah menjadi 4 (empat) kelompok. Keempat pandangan tersebut adalah sebagai berikut:

1. Universal-Absolut

Pandangan ini melihat HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan dalam dokumen-dokumen HAM internasional, seperti *The International Bill of Human Rights*. Dalam hal ini, profil sosial budaya yang melekat pada masing-masing bangsa tidak diperhitungkan. Penganut pandangan ini adalah negara-negara maju, di mana bagi negara-negara berkembang mereka dinilai eksploitatif karena menerapkan HAM sebagai alat penekan dan sebagai instrumen penilai (*tool of judgement*).⁹⁸

2. Universal-Relatif

Pandangan ini melihat persoalan HAM sebagai masalah universal. Namun demikian, pengecualian dan pembatasan yang didasarkan atas asas-asas hukum

⁹⁷ Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 91

⁹⁸ Peter Davies, *Hak Asasi Manusia: Sebuah Bunga Rampai*, Yayasan Obor, Jakarta, 1994, hlm. 27

nasional tetap diakui keberadaannya. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 29 ayat 2 DUHAM.⁹⁹

3. Partikularistik-Absolut

Pandangan ini melihat HAM sebagai persoalan masing-masing bangsa, tanpa memberikan alasan yang kuat, khususnya dalam melakukan penolakan terhadap berlakunya instrumen-instrumen hukum internasional menyangkut hak asasi manusia, sehingga banyak kalangan yang menilai bahwa pandangan ini bersifat chauvinis, egois, defensif, dan pasif tentang hak asasi manusia. Golongan ini juga menyebutkan bahwa keberadaan masyarakat tradisional adalah untuk menentang universalitas hak asasi manusia yang sudah menjadi asumsi.¹⁰⁰

4. Partikularistik-Relatif

Kelompok yang memandang persoalan hak asasi manusia di samping sebagai masalah universal, juga merupakan masalah nasional masing-masing bangsa. Berlakunya instrumen-instrumen internasional hak asasi manusia harus diselaraskan, diserasikan, dan diseimbangkan, serta memperoleh dukungan dan tertanam (*embedded*) dalam budaya bangsa. Oleh karenanya pandangan ini tidak sekedar defensif, tetapi juga secara aktif berusaha mencari perumusan dan pembenaran karakteristik hak asasi manusia yang dianut.¹⁰¹

⁹⁹ Masyhur Effendi, Taufani Sukmana Evandri, *op.cit*, hlm. 86

¹⁰⁰ Rhoda E. Howard, *HAM: Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya*, terjemahan Nugraha Katjasungkana, Pustaka Utama Grafiti, 2000, hlm. 105

¹⁰¹ Muladi, "Hukum dan Hak Asasi Manusia" dalam Bagir Manan (ed.), *Kedudukan Rakyat, Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1996, hlm. 114-115

2.6 Berlakunya Hukum HAM Internasional dalam Hukum Nasional

Dalam hal ini, peneliti merasa perlu untuk memaparkan terlebih dahulu mengenai konsep kedaulatan negara karena hal tersebut cukup signifikan dalam kaitannya dengan pembahasan kali ini.

Kedaulatan ialah kekuasaan tertinggi yang dimiliki oleh suatu negara untuk secara bebas melakukan berbagai kegiatan sesuai kepentingannya, asal saja kegiatan tersebut tidak bertentangan dengan dengan hukum internasional. Sesuai konsep hukum internasional, kedaulatan memiliki tiga aspek utama¹⁰² yaitu: ekstern, intern, dan teritorial.

1. Aspek ekstern kedaulatan adalah hak bagi setiap negara untuk secara bebas menentukan hubungannya dengan berbagai negara atau kelompok-kelompok lain tanpa kekangan, tekanan atau pengawasan dari negara lain.¹⁰³
2. Aspek intern kedaulatan ialah hak atau wewenang eksklusif suatu negara untuk menentukan bentuk lembaga-lembaganya, cara kerja lembaga-lembaga tersebut dan hak untuk membuat undang-undang yang diinginkannya serta tindakan-tindakan untuk mematuhi.¹⁰⁴
3. Aspek teritorial kedaulatan berarti kekuasaan penuh dan eksklusif yang dimiliki oleh negara atas individu-individu dan benda-benda yang terdapat di wilayah tersebut.

Di Samping itu kedaulatan juga mempunyai pengertian negatif dan positif.¹⁰⁵ :

¹⁰² Nkambo Mugerwa, *Subjects of International Law*, New York, 1968, hlm. 253, dalam Boer Mauna, *op.cit*, hlm. 24

¹⁰³ kedaulatan yang bersifat eksternal (*Westphalian dan International legal sovereignty*), lihat Husni Syam, <http://husnisite.wordpress.com/2012/04/14/pengaruh-globalisasi-terhadap-kedaulatan-negara/>

¹⁰⁴ kedaulatan yang bersifat internal (*Interdependence dan domestic sovereignty*), lihat Husni Syam, <http://husnisite.wordpress.com/2012/04/14/pengaruh-globalisasi-terhadap-kedaulatan-negara/>

¹⁰⁵ Jean Charpentier, *Institution Internationales*, 13 Edition, Momentos Dallozz, Paris, 1997, hlm. 25-26, dalam Boer Mauna, *op.cit*, hlm. 25

Pengertian Negatif

- a. Kedaulatan dapat berarti bahwa negara tidak tunduk pada ketentuan-ketentuan hukum internasional yang mempunyai status lebih tinggi.
- b. Kedaulatan berarti bahwa negara tidak tunduk pada kekuasaan apapun dan dari manapun datangnya tanpa persetujuan negara yang bersangkutan.

Pengertian Positif

- a. Kedaulatan memberikan kepada titelnya yaitu negara pimpinan tertinggi atas warga negaranya. Ini yang dinamakan wewenang penuh dari suatu negara
- b. Kedaulatan memberikan wewenang kepada negara untuk mengeksploitasi sumber-sumber alam wilayah nasional bagi kesejahteraan umum masyarakat banyak. Ini yang disebut kedaulatan permanen atas sumber-sumber kekayaan alam.

Namun, perlu dicatat bahwa dengan berkembangnya organisasi-organisasi internasional apalagi yang bersifat supranasional, kedaulatan tidak lagi dapat diartikan secara absolut. Keanggotaan suatu negara pada organisasi banyak sedikitnya telah membatasi kedaulatan negara tersebut.¹⁰⁶ Di samping itu, berlakunya suatu perjanjian internasional yang dibuat oleh suatu negara juga memberi dampak terhadap kedaulatan negara terkait sehingga menimbulkan tanggung jawab negara terhadapnya.

Tanggung jawab negara merupakan suatu prinsip fundamental dalam hukum internasional yang bersumber dari doktrin kedaulatan dan persamaan hak antar negara.¹⁰⁷ Hukum tentang tanggung jawab negara adalah hukum mengenai kewajiban negara yang timbul manakala negara telah atau tidak melakukan suatu

¹⁰⁶ Boer Mauna, *op.cit*, hlm.25

¹⁰⁷ Ian Brownie, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, hlm. 431 dalam Huada Adolf, *Aspek-Aspek Negara dalam Hukum Internasional*, Rajawali, Jakarta, 1991, hlm. 174

tindakan. Negara yang berdaulat terikat sebuah tanggung jawab dalam melaksanakan hubungan dengan negara lain.¹⁰⁸

2.6.1 Cara Berlakunya Hukum Internasional dalam Hukum Nasional

Dalam kaitannya dengan pembahasan mengenai hubungan antara hukum internasional dan nasional terdapat dua macam doktrin atau teori yang berkembang dalam kehidupan hukum internasional.¹⁰⁹ Pertama, menurut aliran dualisme bahwa sistem hukum internasional dan nasional itu berbeda satu sama lain, perbedaan tersebut yakni:¹¹⁰

1. Perbedaan Sumber Hukum

Hukum nasional bersumberkan pada hukum kebiasaan dan hukum tertulis suatu negara sedangkan hukum internasional berdasarkan pada hukum kebiasaan dan hukum yang dilahirkan atas kehendak bersama negara-negara dalam masyarakat internasional.

2. Perbedaan Mengenai Subjek

Subjek hukum nasional adalah individu-individu yang terdapat dalam suatu negara sedangkan subjek hukum internasional adalah negara-negara masyarakat internasional.

3. Perbedaan Mengenai Kekuatan Hukum

Hukum nasional mempunyai kekuatan mengikat yang penuh dan sempurna kalau dibanding dengan hukum internasional yang lebih banyak mengatur hubungan negara-negara secara horizontal.

Pandangan dualisme ini dibantah golongan monisme dengan alasan bahwa:

- a. Walaupun kedua sistem hukum itu mempunyai istilah yang berbeda, namun subjek hukumnya tetap sama yaitu bukankah pada akhirnya yang diatur oleh hukum internasional adalah individu-individu yang terdapat dalam suatu negara.

¹⁰⁸ Tanggung jawab negara yang merupakan kewajiban negara dalam hukum internasional, salah satunya diatur dalam sebuah perjanjian internasional yang dibuat antara negara-negara.

¹⁰⁹ Lihat Mochtar Kusumaatmadja, *op.cit*, hlm. 56-60, lihat juga, Boer Mauna, *op.cit*, hlm. 12-13

¹¹⁰ Boer Mauna, *op.cit*, hlm. 12-13

- b. Sama-sama mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Disaat diakuinya hukum internasional sebagai suatu sistem hukum maka tidaklah mungkin untuk dibantah bahwa hukum internasional dan hukum nasional merupakan bagian dari satu kesatuan ilmu hukum dan karena itu kedua perangkat hukum tersebut sama-sama mempunyai kekuatan mengikat apakah terhadap individu-individu atau pun negara.

Selanjutnya, mengenai aliran monisme terdapat pula dua pandangan yaitu memberikan primat pada hukum nasional atas hukum internasional dan primat hukum internasional atas hukum nasional. Tanpa melibatkan diri pada diskusi akademis mengenai kebenaran pandangan kedua aliran monisme dan dualisme tersebut dapatlah dikatakan bahwa praktek internasional tidak menunjukkan secara nyata aliran yang lebih dominan. Sebaliknya terdapat konfirmasi primat hukum internasional atas hukum nasional sebagai syarat yang diperlukan bagi keberadaan hukum internasional.¹¹¹

2.6.2 Tata Cara Mengikatkan Diri Pada Perjanjian Internasional

Berdasarkan kedaulatan sebuah negara dengan mengacu pada sumber hukum HAM internasional yang telah dipaparkan sebelumnya, negara dapat mentransformasi suatu pengaturan internasional menjadi berlaku dalam lingkup nasional. Praktik yang lazim dilakukan negara-negara adalah melalui pemberlakuan perjanjian internasional dalam rangka mengatur kewajiban dan tanggung jawab masing-masing negara dalam hubungannya dengan negara lain/ subyek hukum internasional lainnya.

¹¹¹ Para pakar hukum internasional di Indonesia menilai bahwa politik hukum Indonesia mengenai hubungan hukum internasional dan hukum nasional hendaknya menggunakan corak monisme primat hukum internasional, namun praktek memperlihatkan sebaliknya, yaitu pola dualisme. lihat Damos Dumoli Agusman, *op.cit*, hlm. 138-143. lihat juga Mochtar Kusumaatmadja, *op.cit*, hlm. 88-93

Adapun parameter yang harus dipenuhi oleh suatu dokumen perjanjian untuk ditetapkan sebagai suatu perjanjian internasional, yakni¹¹²:

1. Perjanjian tersebut harus berkarakter internasional (*an international agreement*), sehingga tidak mencakup perjanjian-perjanjian yang berskala nasional seperti perjanjian antarnegara bagian atau antara pemerintah daerah dari suatu negara nasional;
2. Perjanjian tersebut harus dibuat oleh negara dan/atau organisasi internasional (*by subject of international law*), sehingga tidak mencakup perjanjian yang sekalipun bersifat internasional namun dibuat oleh non-subjek hukum internasional, seperti perjanjian antara negara dengan perusahaan multinasional;
3. Perjanjian tersebut tunduk pada rezim hukum internasional atau (*governed by international law*) yang berarti “diatur dalam hukum internasional serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik”. Perjanjian-perjanjian yang tunduk pada hukum perdata nasional tidak tercakup dalam kriteria ini.

Suatu perjanjian internasional yang dibuat dalam bentuk tertulis berdasarkan hukum internasional hanya dapat berlaku setelah negara-negara sepakat untuk mengikatkan diri dalam suatu perjanjian internasional. Cara mengikatkan diri dalam suatu perjanjian internasional diatur dalam Pasal 11 Konvensi Wina 1969, sebagai berikut :

The consent of a state to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, Acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed

Pasal di atas mengatur bahwa kesepakatan untuk mengikatkan diri pada perjanjian dapat dinyatakan dengan penandatanganan¹¹³, pertukaran instrumen

¹¹² Damos Dumoli Agusman, *op.cit*, hlm. 20

¹¹³ Suatu negara yang mengikatkan diri pada perjanjian internasional dengan cara penandatanganan atau *signature* diatur dalam Pasal 12 Konvensi Wina 1969

yang menciptakan suatu perjanjian ratifikasi¹¹⁴. Penerimaan, pengesahan, akses¹¹⁵, atau cara-cara lain yang disetujui.

2.7 Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan Berdasarkan Hukum HAM Internasional

Kebebasan beragama, dalam bentuk historisnya yang terkini, adalah suatu hak asasi manusia yang dapat berlaku secara universal dan terkodifikasi dalam instrumen-instrumen hak asasi manusia internasional. Dalam tataran normatif, telah jelas sejak permulaan era hak asasi manusia modern bahwa kebebasan beragama atau berkeyakinan adalah sebuah hak fundamental dan sesungguhnya satu dari hak-hak fundamental yang paling penting dan merupakan hak *non-derogable*.¹¹⁶

2.7.1 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM)

DUHAM merupakan fondasi awal pengakuan dan jaminan hak-hak asasi manusia secara internasional, di mana beberapa pasalnya menegaskan bahwa semua hak-hak asasi manusia yang dicantumkan di dalam deklarasi tersebut berhak dinikmati oleh semua orang tanpa membedakan agamanya. Secara lebih khusus, kebebasan beragama dan berkeyakinan diatur dalam Pasal 18 yang menyatakan:

¹¹⁴ Ratifikasi adalah pengesahan suatu dokumen perjanjian yang dilakukan oleh badan atau lembaga negara yang berwenang di negaranya, lihat Boer Mauna, *op. cit.*, Hlm. 117. lihat juga, tata cara ratifikasi diatur dalam Pasal 14 Konvensi Wina 1969.

¹¹⁵ Akses adalah suatu perbuatan hukum dimana suatu negara yang bukan merupakan peserta asli perjanjian multilateral, menyatakan kemudian persetujuannya untuk terikat dalam perjanjian tersebut, lihat Boer Mauna, *op. cit.*, Hlm. 121

¹¹⁶ Hak *non-derogable* adalah hak yang secara spesifik dinyatakan di dalam perjanjian hak asasi manusia sebagai hak yang tidak bisa ditangguhkan pemenuhannya oleh negara dalam situasi dan kondisi apa pun, termasuk selama dalam keadaan bahaya, seperti perang sipil atau invasi militer. Hak *non-derogable* ini dipandang sebagai hak paling utama dari hak asasi manusia. lihat Tore Lindholm (ed.), *Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan: Seberapa Jauh?*, terjemahan Edy Boko dan M. Rifa'i Abduh, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 19

“Setiap orang berhak atas kebebasan pikiran, hati nurani, agama; dalam hal ini termasuk kebebasan berganti agama atau kepercayaan, dengan kebebasan untuk menyatakan agama atau kepercayaan dengan cara mengajarkannya, melakukannya, beribadat dan mentaatinya, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, di muka umum maupun sendiri”

DUHAM menyebut istilah *basic human rights*¹¹⁷ (hak-hak asasi manusia dasar), yaitu hak asasi manusia yang paling mendasar dan dikategorikan sebagai hak yang paling penting untuk diprioritaskan di dalam berbagai hukum dan kebijakan, baik di tingkat nasional maupun internasional. Walaupun, secara eksplisit tidak dijumpai satu ketentuan atau penjelasan yang merinci tentang hak-hak apa saja yang termasuk di dalam *basic human rights* ini, namun secara umum dapat disebutkan hak-hak dasar tersebut mencakup hak hidup, hak atas pangan, pelayanan medis, kebebasan dari penyiksaan, dan kebebasan beragama.¹¹⁸

Pasal 18 di atas merupakan pasal utama dalam pengaturan mengenai hak kebebasan beragama.¹¹⁹ DUHAM juga merupakan salah satu landasan yang berpengaruh atas dikeluarkannya aturan Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, yang mana di dalamnya mengatur lebih rinci persoalan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan.

2.7.2 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik

Selanjutnya pada tahun 1966, PBB kembali menegaskan jaminan kebebasan beragama atau berkeyakinan di dalam sebuah kovenan Internasional

¹¹⁷ Paragraf pertama dari DUHAM menyatakan: ‘Menimbang bahwa penegakan atas martabat alamiah dan hak-hak yang sama dan mutlak dari semua anggota keluarga manusia adalah dasar kemerdekaan, keadilan dan perdamaian dunia. Lihat Siti Musdah Mulia, *op.cit*, hlm. 2

¹¹⁸ *Ibid*

¹¹⁹ Pada awalnya ide dimasukkannya pasal mengenai hak kebebasan beragama adalah untuk melindungi hak agama minoritas, seperti agama Sikh. Sejarah menceritakan bahwa sering terjadi pelanggaran atas hak kebebasan beragama seseorang dikarenakan agama yang dianutnya bukanlah agama mayoritas yang dianut oleh penduduk suatu negara, lihat Uli Parulian Sihombing, *op.cit*, hlm. 35

tentang Hak Sipil dan Politik (SIPOL). Adapun beberapa pasal yang menjelaskan secara rinci perihal hak KBB, antara lain:

Pasal 18:

1. Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, keyakinan dan beragama. Hak ini mencakup kebebasan untuk menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, pentaatan, pengamalan, dan pengajaran.
2. Tidak seorang pun dapat dipaksa sehingga terganggu kebebasannya untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya.

General Comments No. 22 (48) of UN Human Rights Committee juga menambahkan penjelasan substansi normatif dari pasal 18 ICCPR, atau dengan kata lain telah memberi kita petunjuk resmi mengenai penafsiran ICCPR, yakni dengan pernyataan:

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. 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. The Committee therefore views with concern any tendency to discriminate against any religion or belief for any reason, including the fact that they are newly established, or represent religious minorities that may be the subject of hostility on the part of a predominant religious community

Dalam perspektif hak asasi manusia terminologi agama dimaknai secara terbuka dan dikonstruksikan secara luas. Pengertian agama atau keyakinan tidak terbatas pada agama tradisional pada institusi yang mempunyai karakteristik atau praktik yang analog dengan agama tradisional tersebut. Agama atau keyakinan yang baru terbentuk dan agama minoritas berhak mendapatkan perlindungan dari komunitas agama yang dominan dan berkuasa. Perspektif hak asasi manusia

menegaskan, baik penganut teistik, non-teistik, maupun yang menyatakan tidak mempunyai agama atau keyakinan (ateis), sama-sama mempunyai hak dan harus mendapat perlindungan.¹²⁰

Di dalam berbagai instrumen hukum dan hak asasi manusia tersebut dapat ditemukan bahwa kebebasan beragama merupakan hak asasi manusia yang bersifat mutlak (absolut) sehingga tidak dapat dikurangi, dibatasi, atau dicampuri oleh siapapun dan dalam keadaan apapun, bahkan dalam keadaan perang sekalipun (*non-derogable rights*).¹²¹ Namun, perlu dicatat disini bahwa tidak semua aspek hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan berada dalam wilayah hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun.¹²²

Pembatasan KBB oleh Negara pada ruang lingkup publik adalah hal yang diperbolehkan, dengan syarat bahwa pembatasan dan juga campur tangan itu dibentuk dalam sebuah peraturan perundang-undangan sehingga memungkinkan publik (orang banyak) berpartisipasi dalam membentuk dan mengawasi pelaksanaannya, dilakukan dengan tetap pula memenuhi asas keperluan

¹²⁰ lihat juga Komentar Umum ICCPR 22 Pasal 18 (5): "Komite mengamati bahwa kebebasan untuk "menganut atau menerima" suatu agama atau kepercayaan juga mencakup kebebasan untuk memilih agama atau kepercayaan, termasuk hak untuk mengganti agama atau kepercayaan yang dianutnya dengan agama atau kepercayaan yang lain, atau untuk mengadopsi pandangan ateisme, serta hak untuk mempertahankan suatu agama atau kepercayaan."

¹²¹ lihat Komentar Umum ICCPR 22 Pasal 18 (1): "Hak atas berpikir, berkeyakinan, dan beragama (yang termasuk kebebasan untuk menganut kepercayaan) dalam pasal 18.1 bersifat luas dan mendalam; hak ini mencakup kebebasan berpikir mengenai segala hal, kepercayaan pribadi, dan komitmen terhadap agama atau kepercayaan, baik yang dilakukan secara individual maupun bersama-sama dengan orang lain. Komite meminta perhatian Negara-negara Pihak pada kenyataan bahwa kebebasan berpikir dan kebebasan berkeyakinan sama-sama dilindungi seperti halnya kebebasan beragama dan berkepercayaan. Karakter mendasar dari kebebasan-kebebasan ini juga dicerminkan pada kenyataan bahwa ketentuan ini tidak dapat dikurangi (*cannot be derogated*) bahkan pada saat darurat publik, sebagaimana dinyatakan di pasal 4.2 dalam Kovenan. Pasal 4 ayat 2 ICCPR

¹²² lihat Komentar Umum ICCPR 22 Pasal 18 (3): "Pasal 18 membedakan kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama atau berkepercayaan dari kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaannya."

(*necessity*) dan proporsionalitas.¹²³ Pembatasan ini didasarkan pada ketentuan Pasal 18 ayat 3 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik yang menyatakan:

Kebebasan menjalankan dan menentukan agama atau kepercayaan seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak-hak kebebasan mendasar orang lain.¹²⁴

Berdasarkan uraian pasal diatas bahwa adanya pembatasan terhadap hak KBB adalah hal yang diperkenankan. Pembatasan tersebut dibenarkan dalam hal melakukan penundaan pelaksanaan adalah semata-mata untuk melindungi lima hal, yakni:¹²⁵

1. *Restriction For The Protection of Public Safety* (Pembatasan untuk Melindungi Keselamatan Masyarakat).

Dibenarkan pembatasan dan larangan terhadap ajaran agama yang membahayakan keselamatan pemeluknya. Contohnya, ajaran agama yang ekstrim, misalnya menyuruh untuk bunuh diri, baik secara individu maupun secara massal atau ajaran agama yang melarang penganutnya memakai helm pelindung kepala dalam berkendara.¹²⁶

¹²³ Kebebasan beragama/berkeyakinan harus dibatasi hanya ketika ada dugaan yang masuk akal bahwa kalau tidak melakukannya maka hal itu akan menghancurkan keteraturan publik yang harus ditegakkan oleh pemerintah. Dugaan ini harus didasarkan pada bukti dan cara berpikir yang diterima oleh semua. Dugaan harus didukung oleh observasi biasa dan cara-cara pemikiran (termasuk metode-metode penyelidikan ilmiah rasional yang tidak kontroversial) yang secara umum diakui sebagai benar. Intinya pembatasan kebebasan diperbolehkan hanya ketika hal itu perlu bagi kebebasan itu sendiri, untuk mencegah terjadinya pelanggaran kebebasan yang akan lebih buruk lagi. Lihat John Rawls, "Teori Keadilan, Dasar-dasar Filsafat Politik untuk mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara", Pustaka Pelajar, 2011 dalam Ismail Hasani (ed.), *op.cit*, hlm. 31, lihat juga Frans Sayogie, *Perlindungan Negara Terhadap Hak Kebebasan Beragama Dalam Islam Dan Hak Asasi Manusia Universal*, Transpustaka, Jakarta, 2013, hlm. 63

¹²⁴ Lihat juga komentar Umum ICCPR 22 Pasal 18 (8): Pasal 18.3 ICCPR mengijinkan adanya pembatasan terhadap kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaan seseorang hanya jika pembatasan tersebut diatur oleh ketentuan hukum dan diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan atau moral masyarakat, atau hak dan kebebasan mendasar orang lain. Komentar Umum No.22 selanjutnya menjelaskan bahwa dalam mengartikan ruang lingkup ketentuan pembatasan yang diijinkan, Negara-negara Pihak harus memulai dari kebutuhan untuk melindungi hak-hak yang dijamin oleh Kovenan, termasuk hak atas kesetaraan dan nondiskriminasi di bidang apa pun sebagaimana ditentukan di pasal 2, pasal 3, dan pasal 26 ICCPR

¹²⁵ Kadarudin, *op.cit*, hlm. 33

¹²⁶ Makna pembatasan keamanan publik menurut Manfred Nowak (Special Rapporteur PBB) ditafsirkan secara terbatas, berbeda dengan makna keamanan publik di dalam pasal-pasal

2. *Restriction For The Protection of Public Order* (Pembahasan untuk Melindungi Ketertiban Masyarakat).

Pembatasan kebebasan memmanifestasikan agama dengan maksud menjaga ketertiban umum atau masyarakat. Diantaranya, aturan tentang keharusan mendaftar ke badan hukum bagi organisasi keagamaan masyarakat; keharusan untuk mendapatkan izin untuk melakukan rapat umum; keharusan mendirikan tempat ibadat hanya pada lokasi yang diperuntukkan untuk umum; dan aturan pembatasan kebebasan menjalankan agama bagi narapidana.

3. *Restriction For The Protection of Public Health* (Pembatasan untuk Melindungi Kesehatan Masyarakat).

Pembatasan yang diijinkan berkaitan dengan kesehatan publik dimaksudkan untuk memberi kesempatan kepada pemerintah melakukan intervensi guna mencegah epidemi atau penyakit lainnya. Demikian pula, misalnya larangan terhadap ajaran agama yang mengharuskan penganutnya berpuasa sepanjang masa karena dikhawatirkan akan mengancam kesehatan mereka.

4. *Restriction For The Protection of Morals* (Pembatasan untuk Melindungi Moral Masyarakat)¹²⁷

Misalnya, melarang implementasi ajaran agama yang menyuruh penganutnya bertelanjang bulat ketika melakukan ritual.

5. *Restriction For The Protection of The Fundamental Rights and Freedom of Others* (Pembatasan untuk Melindungi Kebebasan Dasar dan Kebebasan Orang lain)

1. *Proselytism* (Penyebaran Agama): Dengan adanya hukuman terhadap proselytism, pemerintah dapat mencampuri kebebasan seseorang di dalam memmanifestasikan agama mereka melalui aktivitas-aktivitas misionaris di dalam rangka melindungi agar kebebasan agama orang lain tidak terganggu atau dikonversikan.
2. Pemerintah berkewajiban membatasi manifestasi dari agama atau kepercayaan yang membahayakan hak-hak fundamental dari orang lain, khususnya hak untuk hidup, hak kebebasan dari kekerasan, melarang perbudakan, kekejaman dan juga eksploitasi hak-hak kaum minoritas.

lain di dalam kovenan Hak Sipil dan Politik. Pembatasan ini akan dibenarkan seperti ketika ada sekelompok organisasi agama sedang berkumpul untuk melakukan prosesi keagamaan, upacara penguburan jenazah menyelenggarakan ritual dan kebiasaan keagamaan yang mana secara spesifik mengancam keamanan orang-orang lain (nyawa, fisik dan kesehatan mereka itu) dan benda-benda lainnya lihat Manfred Nowak dan Tanja Vospernik, *Pembatasan-Pembatasan Yang Diperbolehkan terhadap Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan*, dalam Tore Lindholm (ed.), *op.cit*, hlm. 207-230

¹²⁷Pengertian moral harus diambil dari berbagai macam tradisi keagamaan, sosial dan filosofi. Oleh karena itu pembatasan atas manifestasi keagamaan atas dasar moral tidak boleh hanya diambil secara eksklusif dari satu tradisi saja, dalam Paskalis Lesmana Napoleon, *op.cit*, hlm.

2.7.3 Ruang Lingkup Hak atas Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan

Dari beberapa rumusan diatas, maka dapat diartikan bahwa hak kebebasan beragama atau berkeyakinan pada dasarnya meliputi dua dimensi, yakni dimensi internal (*internum/non-derogable*) dan eksternal (*externum/derogable*).

Dimensi internal tercermin dalam perlindungan terhadap keberadaan spiritual seseorang (*forum internum*) termasuk di dalam dimensi ini adalah memilih, mengadopsi dan memeluk agama dan keyakinan.¹²⁸ *Forum internum* dibuat untuk menandai area yang privat dan internal individu di mana campur tangan negara tidak dibenarkan dalam situasi apapun. Dalam *forum internum* inilah terletak keyakinan spiritual individual yang secara persis hanya diketahui oleh individu tersebut.¹²⁹ Oleh karena itu, wilayah ini sebenarnya tidak dapat dan tidak mungkin di intervensi oleh individu lain atau entitas lain yang berada di luar diri sang individu tersebut. Dalam wilayah ini, terdapat sebuah kekuasaan individu yang tidak dapat diganggu gugat negara. Wilayah ini pun mencakupi domain yang sebenarnya bebas dari pembatasan atau pakasaan yang mungkin ada sehingga mengurangi kekuasaan individu tadi.¹³⁰ Wilayah ini yang kemudian dimaksud sebagai domain *non-derogable rights*.

Dimensi eksternal tercermin dalam perlindungan terhadap keberadaan seseorang untuk mengeluarkan keberadaan spiritualnya dan mempertahankannya di depan publik (*forum externum*). *Forum externum* adalah manifestasi dari pikiran, kesadaran, agama, dan keyakinan dari seseorang baik secara individual

¹²⁸ Frans Sayogie, *op.cit*, hlm. 62

¹²⁹ Antonio Cahyadi, "Menjelajah Ruang Publik", Jentera, dalam Sisilia Nurmala Dewi, "Efektivitas Hukum Terkait Jaminan Hak Atas Kebebasan Beragama Di Indonesia Periode 2005-2011 (Studi Kasus: Jemaat Ahmadiyah Indonesia)", *Skripsi*, Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 42

¹³⁰ *Ibid*

maupun secara komunal atau kolektif. Maka itu, yang termanifestasi (terlihat, terdengar, dan terasa) dari individu maupun kolektif individu berada dalam wilayah “luar” (*externum*).¹³¹ Seperti telah dijelaskan sebelumnya bahwa wilayah ini termasuk ke dalam aspek kebebasan beragama yang pelaksanaannya dapat dibatasi oleh negara, namun dengan dasar beberapa klausul pembatasan (*derogable rights*).

Dengan demikian, inti normatif dari hak asasi manusia atas kebebasan beragama atau berkeyakinan dapat dielaborasi menjadi delapan elemen:¹³²

1. Kebebasan Internal: Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama; Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri termasuk untuk berpindah agama dan keyakinannya.¹³³
2. Kebebasan Eksternal: Setiap orang memiliki kebebasan, apakah secara individu atau di dalam masyarakat, secara publik atau pribadi untuk memmanifestasikan agama atau keyakinan di dalam pengajaran dan peribadatnya.¹³⁴
3. Tidak ada Paksaan: Tidak seorangpun dapat menjadi subyek pemaksaan yang akan mengurangi kebebasannya untuk memiliki atau mengadopsi suatu agama atau keyakinan yang menjadi pilihannya.¹³⁵
4. Tidak Diskriminatif: Negara berkewajiban untuk menghormati dan menjamin kebebasan beragama atau berkepercayaan semua individu di dalam wilayah kekuasaannya tanpa membedakan suku, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama dan keyakinan, politik atau pendapat, penduduk: asli atau pendatang, serta asal usulnya.¹³⁶
5. Hak dari Orang Tua dan Wali: Negara berkewajiban untuk menghormati kebebasan orang tua, dan wali yang sah, jika ada untuk menjamin bahwa pendidikan agama dan moral bagi anak-anaknya sesuai dengan keyakinannya sendiri.¹³⁷
6. Kebebasan Lembaga dan Status Legal: Aspek yang vital dari kebebasan beragama atau berkeyakinan bagi komunitas keagamaan adalah untuk berorganisasi atau berserikat sebagai komunitas. Oleh karena itu komunitas

¹³¹ *Ibid*

¹³² Tore Lindholm (ed.), *op.cit.*, hlm. 20-21

¹³³ Lihat Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa Komentar Umum No. 22, Pasal 5, Tahun 1993

¹³⁴ Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (1) dan ECHR, Pasal 9 ayat (1)

¹³⁵ Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (2)

¹³⁶ Lihat ICCPR, Pasal 2 ayat (1)

¹³⁷ Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (4); dan konvensi Hak-Hak Anak, Pasal 14

- keagamaan mempunyai kebebasan dalam beragama atau berkeyakinan termasuk di dalamnya hak kemandirian di dalam pengaturan organisasinya.¹³⁸
7. Pembatasan yang diizinkan pada Kebebasan Eksternal: Kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaan seseorang hanya dapat dibatasi oleh undang-undang, dan itupun semata-mata demi kepentingan melindungi keselamatan dan ketertiban publik, kesehatan atau kesusilaan umum, serta dalam rangka melindungi hak-hak asasi dan kebebasan orang lain.¹³⁹
 8. *Non-Derogability*: Negara tidak boleh mengurangi kebebasan beragama atau berkeyakinan dalam keadaan apapun dan atas alasan apapun, bahkan dalam keadaan darurat publik.¹⁴⁰

Adapun, kewajiban negara dalam konteks KBB pertama-tama adalah menghormati (*to respect*) -tanpa campur tangan- setiap orang untuk menikmati kebebasan beragama atau berkeyakinan tanpa diganggu, termasuk kebebasan yang terkait dan bergantung dengan kebebasan itu. Bila seseorang atau kelompok orang penganut suatu agama terancam kebebasannya, negara berkewajiban melindungi (*to protect*) mereka dari ancaman atau gangguan pihak ketiga. Perlindungan ini dapat dilakukan dengan hukum (UU) dan proses penegakan hukum, sehingga hak tersebut dapat terjamin dan terpenuhi (*to fulfill*). Sebagai pemangku dan pelaksana kewajiban, maka negara jugalah yang bertanggung jawab atas suatu pelanggaran hak-hak manusia.

2.8 Pelanggaran Hak atas Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan

Sikap intoleransi dan diskriminasi berdasarkan agama/ suatu kepercayaan tertentu adalah bentuk dari pelanggaran terhadap hak kebebasan beragama itu sendiri. Secara garis besar, Bahiyiyih G. Tahzib menyimpulkan bahwa penyebab timbulnya sikap diskriminasi dan intoleransi berdasarkan agama atau kepercayaan meliputi tiga hal, yakni: 1) ketidaktahuan dan kurangnya pemahaman terhadap

¹³⁸Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (1)

¹³⁹Lihat ICCPR, Pasal 18 ayat (3)

¹⁴⁰Lihat ICCPR, Pasal 4 ayat (2)

suatu agama; 2) Monopoli klaim kebenaran dalam suatu agama tertentu; 3) Kesenjangan ekonomi, sosial, politik, dan hukum suatu agama di suatu wilayah/negara.¹⁴¹

Pelanggaran kebebasan beragama dan berkeyakinan adalah salah satu bentuk pelanggaran terhadap Hak Asasi Manusia (HAM). Pelanggaran kebebasan beragama (*violation of right to freedom of religion or belief*) merujuk pada tindakan penghilangan, pembatasan atau pengurangan hak dan kebebasan dasar setiap orang untuk berpikir, berkeyakinan dan beragama. Hak ini mencakup larangan atau hambatan kebebasan untuk menganut suatu agama atau kepercayaan apapun menurut pilihannya, dan kebebasan baik secara individu atau dalam masyarakat dengan orang lain di muka umum atau sendirian, untuk mewujudkan agama atau kepercayaannya dalam beribadah, penataan, pengamalan dan pengajaran Pelanggaran hak atas kebebasan beragama/berkeyakinan.¹⁴²

Adapun bentuk-bentuk pelanggaran kebebasan beragama yang banyak terjadi di Indonesia meliputi¹⁴³: 1) Kriminalisasi keyakinan melalui penerapan perundang-undangan tentang penyalahgunaan dan penodaan agama¹⁴⁴; 2) Pelarangan rumah ibadah oleh pemerintah¹⁴⁵; 3) Intimidasi dan kekerasan fisik

¹⁴¹ G. Tahzib, *Freedom of Religion or Belief: Ensuring Effective International Legal Protection*, Kluwer Law International, Hague, Netherlands, hlm. 27-28

¹⁴² Pasal 1, Deklarasi Universal 1981 tentang Penghapusan segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi berdasarkan Agama dan Keyakinan

¹⁴³ The Wahid Institute, *Laporan Akhir Tahun Kebebasan Beragama Dan Intoleransi*, Jakarta, 2012, hlm. 9-10

¹⁴⁴ Tindakan ini dapat berbentuk penyelidikan, penyidikan, pemidanaan, penuntutan ke pengadilan hingga pemenjaraan terhadap seorang atau sekelompok orang yang divonis melakukan penodaan terhadap suatu agama di Indonesia.

¹⁴⁵ Tindakan ini dapat berbentuk penolakan mengeluarkan izin mendirikan bangunan, pencabutan izin, pelarangan penggunaan bangunan sebagai tempat ibadah dan berbagai tindakan lain yang bertujuan agar suatu rumah ibadah tidak berdiri di satu lokasi.

dan non-fisik oleh aparat negara terhadap orang atau kelompok keagamaan¹⁴⁶; 4) Pelarangan aktifitas keagamaan oleh aparat negara¹⁴⁷; 5) Pembiaran atau kelalaian negara mencegah pelanggaran atau intoleransi yang dilakukan oleh warga negara lain atas dasar agama.¹⁴⁸ 6) pemaksaan agama dan keyakinan oleh aparat Negara kepada seseorang atau kelompok masyarakat.¹⁴⁹

Secara garis besar, adapun 4 macam bentuk kategori pelanggaran dengan subyek hukum dan pertanggungjawaban yang berbeda; 1) Tindakan aktif Negara (*by commission*); 2) Tindakan pembiaran yang dilakukan oleh negara (*by ommission*) 3) Tindakan kriminal warga negara, dan 4) Diskriminasi dan intoleransi yang dilakukan oleh masyarakat. Terhadap pelanggaran kategori *by commission* dan *by ommission*, kerangka legal untuk mempersoalkannya adalah hukum hak asasi manusia yang terdapat dalam kovenan sipil dan politik dan yang

¹⁴⁶ Tindakan ini diambil oleh aparat negara karena mereka merasa memiliki hak untuk menggunakan kekerasan tersebut sementara di sisi lain korban adalah pihak yang dianggap melawan hukum negara.

¹⁴⁷ Tindakan ini antara lain: pelarangan ibadah, larangan mengadakan pertemuan keagamaan seperti kebaktian, pengajian dan lain-lain, termasuk di dalamnya larangan mendirikan tempat ibadah atau larangan menggunakan rumah ibadah karena dianggap rumah ibadah tersebut tidak sah. Tindakan pelarangan ini juga dilakukan oleh aparat negara dengan dalih penegakan hukum.

¹⁴⁸ Tindakan ini dapat berbentuk tidak mencegah kekerasan yang belum terjadi, tidak melakukan upaya yang sesuai prosedur hukum untuk menghentikan kekerasan terhadap kelompok keagamaan oleh kelompok lain, dan tidak mengambil tindakan hukum yang semestinya terhadap para pelaku kekerasan atas nama agama baik secara individu maupun kelompok. Dalam tindakan pembiaran ini, aparat negara biasanya berdalih bahwa mereka tidak mampu mencegah atau menghentikan kekerasan karena minimnya personil atau dalih untuk menghindari konflik yang lebih besar. Aparat negara sebaliknya mengevakuasi korban kekerasan dengan dalih untuk mengamankan mereka atau meminta korban pindah ke tempat lain agar tidak menjadi korban kekerasan berikutnya.

¹⁴⁹ Tindakan ini dapat berbentuk paksaan untuk bertindak dengan cara tertentu, meyakini dengan cara tertentu, paksaan untuk tidak melakukan sesuatu atau mengurangi kemampuan seseorang untuk meyakini keyakinannya. Tindakan ini sering dilakukan oleh aparat negara bersama pimpinan salah satu kelompok agama mainstream untuk memaksa seseorang atau sekelompok orang menganut atau meninggalkan keyakinan tertentu. Tindakan-tindakan seperti pertobatan, peradilan sosial atau berbagai bentuk intimidasi agar seseorang meyakini atau tidak meyakini agama dan kepercayaan tertentu adalah beberapa bentuk pemaksaan keyakinan ini

terdapat di dalam sejumlah konvensi-konvensi hak asasi manusia yang sudah diratifikasi, ditambah konstitusi dan hukum domestik yang mengatur kewajiban negara. Sedangkan untuk kategori tindakan kriminal yang dilakukan oleh warga negara, kerangka legal yang bisa digunakan adalah Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).¹⁵⁰

2.8.1 Diskriminasi Agama

Menurut Theodorson diskriminasi adalah perlakuan yang tidak seimbang terhadap perorangan, atau kelompok, berdasarkan sesuatu, biasanya bersifat kategorikal, atau atribut-atribut khas, seperti berdasarkan ras, suku bangsa, agama, atau kelas sosial. Istilah tersebut biasanya untuk melukiskan suatu tindakan dari pihak mayoritas yang dominan dalam hubungannya dengan minoritas yang lemah, sehingga dapat dikatakan bahwa perilaku mereka itu bersifat tidak bermoral dan tidak demokratis.¹⁵¹

Diskriminasi agama (*religious discrimination*) berarti membedakan seseorang atau kelompok tertentu karena agama mereka, atau memperlakukan orang berbeda karena apa yang mereka percaya atau tidak percaya. Seseorang dapat mengalami diskriminasi agama karena: 1) mereka adalah pengikut agama yang berbeda; 2) mereka adalah pengikut denominasi yang berbeda dalam agama tertentu; 3) karena keyakinan agama mereka; 4) karena praktek-praktek keagamaan mereka; 5) karena aksi-aksi yang terinspirasi dari ajaran agama.

¹⁵⁰ Ismail Hasani dan Bonar Tigor Naipospos (ed.), *op.cit*, hlm. 17-18

¹⁵¹ Muhammad Yasin (ed.), *Memahami Diskriminasi*, The Indonesian Resource Legal Center, Jakarta, 2009, hlm. 3

Sejauh ini, ada beberapa tipologi diskriminasi keagamaan (*discrimination on grounds of religion or belief*), yakni¹⁵²: 1) diskriminasi langsung (*direct-discrimination*)¹⁵³; 2) diskriminasi keagamaan tak langsung (*indirect-discrimination*)¹⁵⁴; 3) pelecehan (*harassment*)¹⁵⁵; 4) viktimisasi (*victimization*)¹⁵⁶; 5) *religious hate crimes*¹⁵⁷; 6) tokenisme (*tokenism*)¹⁵⁸; 7) diskriminasi terbalik (*reverse discrimination*)¹⁵⁹; 8) *Bullying*¹⁶⁰.

¹⁵² Equality and Human Rights Commission, *What is Religious Discrimination*, <<http://www.equalityhumanrights.com/advice-and-guidance/your-rights/religion-and-belief/what-is-religious-discrimination/>> dalam Paskalis Lesmana Napoleon, *op.cit.*, hlm. 85

¹⁵³ Diskriminasi keagamaan langsung mengacu pada ketidaksamaan/pembedaan perlakuan seseorang atas orang lain karena ia tidak menyukai keyakinan orang tersebut, atau orang tersebut mengaitkannya dengan individu yang memiliki keyakinan yang tidak disukainya.

¹⁵⁴ Diskriminasi keagamaan tak langsung bisa terjadi jika sebuah organisasi menerbitkan kebijakan maupun kriteria yang merugikan seseorang karena dasar keyakinannya. pada level negara, diskriminasi bisa berupa aturan hukum dan atau kebijakan. dalam konteks ini, tindakan diskriminasi bisa menjadi bagian dari rezim, baik kuasa politik maupun pengetahuan, terlebih jika ia berubah menjadi "isme". rasisme dan sexisme adalah contoh yang cukup mewakili bentuk diskriminasi pada level ini

¹⁵⁵ Pelecehan karena agama atau keyakinan (*harassment because of religion or belief*) dalam hal ini mengacu pada tindakan menakut-nakuti (*intimidatif*) karena pandangan/keyakinan orang tertentu. tindakan ini dapat menimpa seseorang, bahkan jika mereka tidak menganut agama atau kepercayaan tertentu. pelecehan ini biasanya terjadi sebab keyakinan atau praktek agama tertentu, atau hubungan seseorang dengan agama atau keyakinan tertentu. pelecehan ini tidak selalu bersifat individual, tapi juga bersifat institusional

¹⁵⁶ Korban (*victimization*) terjadi ketika seseorang diperlakukan sangat buruk karena ia mengeluhkan tindakan diskriminasi yang diterimanya, atau karena mengajukan bukti-bukti dalam kasus tertentu. tindakan ini mencakup;

a) labelisasi atau stigmatisasi korban sebagai pembuat masalah (*troublemaker*);
b) menghilangkan peluang dan hak pelayanan yang seharusnya mereka terima;
c) pengabaian atas mereka. tindakan ini dapat dilakukan oleh dan antar individu, namun juga sebaliknya

¹⁵⁷ *Religious hate crime* adalah setiap tindakan pidana, termasuk mengancam atau menyerang terhadap siapapun yang bermotif permusuhan atau prasangka berdasarkan keyakinan agama seseorang. antara lain, seperti:

a) serangan fisik dan perusakan atas properti;
b) surat, email, atau panggilan telepon yang bersifat teror;
c) kelompok yang suka melakukan intimidasi dengan cara-cara kekerasan;
d) perilaku bullying di tempat kerja maupun sekolah

Religious hate crime ini, meski belum bisa sepenuhnya dimasukkan dalam kategori tindak pidana seperti kasus kejahatan rasial, namun jika tindakan ini memang terbukti sebenar-benarnya bermotif agama, hal ini dapat juga ditafsirkan sekaligus sebagai pelanggaran rasial. artinya, tindakan ini dapat diserupakan dengan kejahatan rasialis. dalam hal ini misalnya, pengadilan pidana diperbolehkan mempidanakan serangan fisik atas penganut sikh dan yahudi sebagai kasus pidana rasialis, dengan demikian siapapun korbannya bisa melaporkan kejahatan ini ke pihak kepolisian.

¹⁵⁸ tokenisme (*tokenism*) mengacu pada tindakan atau perlakuan sekedarnya terhadap kelompok minoritas tertentu sekedar pelengkap keberagaman (*due to the need for diversity*). dalam

2.8.2 Intoleransi Beragama

Intoleransi beragama (*religious intolerance*) dalam pengertian yang luas mencakup prasangka negatif bermotif keyakinan, atau praktek keagamaan tertentu, baik terhadap individu maupun kelompok. Prasangka negatif ini sewaktu-waktu dapat menjelma menjadi tindakan intimidasi atau kekerasan dengan motif utama pengabaian hak seseorang atau kelompok dalam menjalankan ibadahnya dan pengabaian atas hak-hak fundamental pemeluk agama. Intoleransi beragama juga dapat berupa ungkapan atau pernyataan kebencian, dan atau bentuk-bentuk lain yang dapat digunakan untuk menyebarkan faham-faham ideologis diskriminatif. Bentuk-bentuk prasangka ini dapat saja secara formal disebarluaskan kelompok tertentu.¹⁶¹

Robinson membagi intoleransi keagamaan ke dalam empat tipologi: Pertama, intoleransi eksternal (*inter-faith intolerance*). Kedua, intoleransi internal (*intra-faith intolerance*). Ketiga, intoleransi kaum agamawan atas kaum sekular

beberapa kasus, bahkan pada level kebijakan, minoritas keagamaan sering mendapat perlakuan diskriminatif jenis ini. bentuk ini sangat umum terjadi, bahkan cenderung diabaikan dan bisa terjadi dalam tingkat apapun.

¹⁵⁹ Diskriminasi berulang (*reverse discrimination*) adalah bentuk diskriminasi untuk mengimbangi ketidakadilan yang pernah dialami suatu kelompok di masa lalu. dalam konteks kebijakan, di Malaysia misalnya, sampai hari ini diterapkan pemberian hak istimewa (*privilege rights*) bagi kelompok melayu, sebab dianggap mengalami ketidakadilan di masa lalu. bentuk ini biasa dikategorikan sebagai bentuk diskriminasi psikologis sosial

¹⁶⁰ Bullying adalah tindakan atas dasar hasrat untuk menyakiti. hasrat ini termanifestasi dalam tindakan yang menyebabkan seseorang menderita. tindakan ini dilakukan secara langsung oleh individu, kelompok, atau organisasi yang lebih kuat, tidak bertanggung jawab, dan dilakukan dengan penuh kesenangan. tindakan ini juga dapat bersifat verbal atau non-verbal. tindakan ini dapat dikelompokkan dalam beberapa kategori, yakni:

- a) kontak fisik langsung termasuk memukul atau menjambak;
- b) kontak verbal langsung, yakni memperlakukan, merendahkan, atau memaki;
- c) perilaku non-verbal meliputi pandangan sinis atau sikap underestimate; atau
- d) perilaku non-verbal tidak langsung mencakup pendiaman atau pengucilan

¹⁶¹ Courtney Abrams (eds), *What is Intolerance: Portraits of Hate, Lesson of Hope*, Wake Forest University, United States of America, <<http://fightingreligiousintolerance.org/user-guide/what-is-intolerance>>, dalam Paskalis Lesmana Napoleon, *op.cit*, hlm. 81-82

(*from a faith group against a secular group*). Keempat, intoleransi kaum sekular atas kaum agamawan (*from a secular group against a religious*). Bruce A. Robinson berpendapat, dapat saja satu kasus tertentu memiliki tipologi yang saling berbeda. Misalnya satu kelompok menganggap kasus tertentu sebagai bentuk intoleransi eksternal (*interfaith intolerance*), sedangkan sebagian lain menganggapnya sebagai bentuk intoleransi internal (*intra-faith intolerance*). Misalnya, kasus penyerangan oleh kelompok Kristen Avangelis terhadap Katolik Roma, misalnya, kelompok pertama menganggap ini sebagai tindakan intoleransi eksternal (*interfaith*), sebaliknya penganut Katolik Roma menganggap ini sebagai intoleransi internal (*intra-faith*).¹⁶²

Kategori yang dibuat Bruce A. Robinson mengenai bentuk-bentuk tindakan *Religious Intolerance* agaknya menunjukkan hal serupa. Tulisan yang dipublikasi *Ontario Consultants on Religious Tolerance*, lembaga konsultan yang berkedudukan di Ontario Kanada itu menyebut tujuh kategori tindakan intoleransi beragama:¹⁶³

1. Penyebaran informasi yang salah tentang kelompok kepercayaan atau praktik, meski ketidakakuratan informasi tersebut dapat dengan mudah diketahui dan diperbaiki;
2. Penyebaran kebencian mengenai seluruh kelompok; misalnya menyatakan atau menyiratkan bahwa semua anggota kelompok tertentu itu jahat, berperilaku amoral, melakukan tindak pidana, dan sebagainya;
3. Mengejek dan meremehkan kelompok iman tertentu untuk kepercayaan dan praktik yang mereka anut;
4. Mencoba untuk memaksa keyakinan dan praktik keagamaan kepada orang lain agar mengikuti kemauan mereka;
5. Pembatasan hak asasi manusia anggota kelompok agama yang dapat diidentifikasi;

¹⁶² Bruce A. Robinson, *Religious Intolerances: An Introduction*, *Ontario Consultants on Religious Tolerance*, <<http://www.religioustolerance.org/relintoll.htm>>, dalam *Ibid*, hlm. 82

¹⁶³ *Ibid*

6. Mendevaluasi agama lain sebagai tidak berharga atau jahat;
7. Menghambat kebebasan seseorang untuk mengubah agama mereka

Secara lebih spesifik, tujuh kategori umum intoleransi keagamaan di atas dapat diturunkan dalam beberapa manifestasi, meliputi hal-hal yang terkait dengan: 1) hukuman mati tanpa pengadilan (*lynching*); 2) Pembunuhan (*Murder*); 3) Pengeboman (*Bombings*); 4) Penyerangan Fisik (*Attacks*); 5) kekerasan Massa (*Mob Violence*); 6) Pembakaran (*Burning*); 7) Perusakan (*Vandalism*); 8) Surat atau Catatan Ancaman (*Threatening notes and letters*); 9) Parade Kebencian (*Hate Parades*); 10) Publikasi buku, pamflet, dan poster yang menyatakan kebencian; 11) Pernyataan atau pidato kebencian (*Hate Speech*); 12) Peradilan palsu (*False Charge and Allegation*); 15) Putusan Pengadilan (*Court Rulings*); dan 16) Penolakan terhadap Agama atau Aliran tertentu (*Religiphobia*).¹⁶⁴

Meskipun demikian, beberapa hal yang tidak termasuk dalam kategori intoleransi keagamaan (*not constitute religious intolerance*) adalah; 1) memperdebatkan atau melakukan kritik atas klaim keagamaan tertentu, seperti mengkritisi tentang asumsi kesesuaian ajaran dengan konsep tertentu atau klaim keunggulan satu agama atas yang lain (dalam kerangka dialogis). dengan kata lain tetap memberikan penilaian, baik positif maupun negatif, terhadap pendapat orang lain dengan komitmen moral dan kesadaran menghormatinya; 2) mengancam atau melarang tindakan-tindakan ilegal; 3) menolak klaim sebuah gerakan "atas nama agama" jika terdapat bukti yang cukup bahwa agama dalam kasus tersebut hanya dijadikan sebagai kedok belaka (politisasi agama tertentu). Konsep ini disebut

¹⁶⁴ *Ibid*, hlm. 83

dengan "toleransi kritis" (*critical tolerantion*) yang berdiri diatas prinsip "interaksi kritis" (*critical interaction*).¹⁶⁵

Terdapat banyak sekali instrumen HAM internasional yang memberikan penegasan tentang larangan terhadap tindakan intoleransi dan diskriminasi tersebut. Antara lain: 1) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (pasal 2 ayat 1; Pasal 5 ayat 1; Pasal 26 dan Pasal 27); 2) Kovenan tentang Penghapusan Diskriminasi Rasial (Pasal 5); 3) Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi Sosial dan Budaya (Pasal 2 ayat 2); 4) Konvensi Hak Anak (Pasal 30); 5) Deklarasi Internasional Penghapusan Intoleransi dan Diskriminasi berdasarkan Agama dan Keyakinan (Pasal 2 ayat 1; Pasal 3; Pasal 4 ayat 1 dan 2); 6) Komentar Umum 22 atas Kovenan Hak Sipil dan Politik (paragraf 2).

¹⁶⁵ *Ibid*, hlm. 84