

Menguji Pembatasan terhadap Kebebasan Berekspresi dan Hak Berorganisasi yang Dimungkinkan Berdasarkan Perspektif HAM¹

Oleh:

KontraS (Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Tindak Kekerasan)

I. Latar Belakang

Akhir-akhir ini muncul diskursus perlunya pembubaran suatu organisasi yang menggunakan advokasi kekerasan ataupun upaya untuk menyebarkan ideologi yang berbeda dengan dasar ideologi Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai instrumen perjuangannya. Rencana Kapolri untuk membubarkan suatu organisasi keagamaan yang memiliki basis tidak cuma meluas di Indonesia namun juga di tingkat internasional, yang kami lihat adalah sebagai reaksi dari menguatnya sentimen suatu agama mayoritas akhir-akhir ini. Walaupun beragam bentuk atas seruan ‘perang’ dengan menggunakan pembedaan ayat keagamaan sebagai reaksi balik dari ekspresi keyakinan, keagamaan, ataupun opini yang berseberangan dengan suatu keyakinan agama dari sebuah kelompok kelompok sosial di Indonesia. Baik kedua skenario tersebut juga telah diliput secara luas dan terbuka oleh media massa. Sehingga baik pihak yang mendukung pembatasan hingga pembubaran suatu organisasi maupun sebaliknya telah mendapatkan eksposur yang luas.

Namun demikian, KontraS memiliki kepentingan kuat untuk memberikan suatu catatan atas situasi ini. Jelas ini persoalan serius dan merupakan tantangan yang perlu dijawab segera karena menyangkut hal-hal esensial dari prinsip kewargaan, demokrasi, *rule of law*, hak asasi manusia, dan tidak tertutup kemungkinan menjadi potensi ancaman ke depan bila tidak ada respons khusus dan baru dari negara. Di mana ukuran dari respons khusus dan baru tersebut juga harus disertai dengan ukuran akuntabilitas, yang mana masih ada tantangan tersendiri dari negara untuk mengoperasionalkan akuntabilitas khususnya pada arena penegakan hukum di Indonesia. Setidaknya catatan ini dan catatan yang akan menyertai selanjutnya berjudul ***Polri dan Penanggulangan Kebencian*** kami harapkan dapat memperkaya proses pengambilan keputusan.

Persoalan ini memang terasa janggal dalam konteks Indonesia saat ini, di mana evolusi dan reformasi ketatanegaraannya justru di atas kertas semakin mengakui dan menjamin prinsip-prinsip kewargaan, demokrasi, *rule of law*, dan hak asasi manusia. Juga terasa janggal karena di sisi lain, ada upaya pencitraan dari pemerintahan saat ini untuk menjadikan Indonesia sebagai “jembatan dialog” antara peradaban negeri-negeri demokrasi maju dengan negeri-negeri “demokrasi baru” yang bangkit dari otoritarianisme atau konflik internal berkepanjangan dan juga negeri-negeri “perabadian” Islam, untuk menguji atau meruntuhkan hipotesa bahwa peradaban-peradaban tersebut saling berkontradiksi dan tidak mungkin bisa ditanam dalam suatu konteks domestik

¹ Tulisan ini masih bersifat tentatif, tapi bisa digunakan untuk keperluan advokasi dan untuk merespons gejala kekerasan yang dilakukan oleh organisasi-organisasi dengan atribut agama tertentu. Masukan terhadap tulisan ini sangat diharapkan oleh kami untuk pengembangan lebih lanjut.

(nasional) suatu negeri. Inisiatif dari Indonesia ini tentu perlu diapresiasi dan memang punya landasan pembenaran dalam tingkat tertentu, di mana Indonesia merupakan negara berpenduduk Muslim terbesar di dunia, namun punya daya ketahanan tertentu untuk memelihara proyek “Ke-Indonesiaan” selama lebih puluhan tahun untuk paling tidak berani menyatakan berpihak pada proyek pluralisme dan multikulturalisme sebagai salah satu pilar dari proses demokratisasi yang baru berjalan lebih dari satu dekade.

Fenomena kekerasan yang diorganisir oleh suatu kelompok atau asosiasi sebagaimana yang muncul akhir-akhir ini bisa diteropong dari berbagai perspektif, entah itu sudut pandang hukum ketatanegaraan, politik kewargaan, reformasi sektor keamanan, dan sebagainya. Tulisan ini hanya terbatas pada satu sudut pandang, yaitu pendekatan hak asasi manusia yang dioperasionalkan dalam tafsir instrumen-instrumen HAM internasional. Sudut pandang HAM ini selain dianggap sebagai salah satu alat uji evaluatif yang paling valid – dan paling sering digunakan- juga bersifat praktis mengingat Indonesia sudah meratifikasi berbagai instrumen-instrumen HAM pokok internasional tersebut. Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik misalnya, telah diratifikasi lewat Undang-Undang No. 12 tahun 2005 tentang Pengesahan ICCPR.² Perlu diingat konsekuensi dari ratifikasi tersebut adalah Indonesia wajib mengoperasionalkan ketentuan-ketentuan yang ada dalam instrumen internasional tersebut menjadi produk nasional.

II. Mungkinkah suatu Pembatasan atau Pengurangan terhadap suatu Kategori Hak Asasi?

Secara eksplisit Kovenan Hak-Hak Sipil Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR*) menyatakan dimungkinkan suatu pembatasan atau pengurangan atas berbagai kategori hak asasi, meski hal tersebut harus dilakukan secara situasional dan bersyarat. Ini menunjukkan bahwa perspektif/instrumen HAM membolehkan suatu pelaksanaan pemenuhan HAM dikompromikan dengan urusan lain, seperti masalah gangguan keamanan dalam skala besar, gangguan terhadap “*public order*”, gangguan serius terhadap kesehatan dan keselamatan publik/masyarakat, masalah bencana alam, dan sebagainya sejauh prasyarat dasar tujuan masyarakat demokratis dijunjung dan dilakukan semata-mata demi terwujudnya kesejahteraan sosial (*public goods*).

Hampir semua konstitusi atau legislasi negara-negara di dunia memiliki klausul yang memperbolehkan atau memberi wewenang seorang kepala negara atau pemerintahan untuk melakukan suatu langkah luar biasa atas suatu situasi luar biasa/darurat, yang kemudian memiliki konsekuensi lanjutan ada beberapa hak-hak asasi manusia yang bisa dibatasi pelaksanaannya. Kewenangan konstitusional negara untuk menyatakan situasi darurat sama sebanding dengan hak seseorang untuk melakukan upaya membela diri menurut hukum pidana. Kewenangan konstitusional ini secara ideal diberikan kepada negara agar bisa lebih leluasa dan efektif dalam menangani situasi darurat tersebut. Di lain pihak seringkali suatu rezim politik yang otoriter menyalahgunakan kewenangan

² Indonesia sendiri telah meratifikasi 6 instrumen HAM pokok internasional yang mencakup Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik, Kovenan Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya, Konvensi Anti Diskriminasi Racial, Konvensi Anti Diskriminasi terhadap Perempuan, Konvensi Anti Penyiksaan, dan Konvensi Hak-Hak Anak.

konsitusional ini untuk melanggengkan kekuasaannya. Penetapan situasi darurat seringkali diterapkan hanya untuk merepresi para oposisi politik di dalam negeri. Keamanan negara/nasional selalu menjadi jargon untuk menghabisi lawan-lawan politik yang dituduh melakukan makar, subversi, atau terorisme. Pada momen ini situasi darurat dipermanenkan dan *de facto* menjadi situasi normal. Kovenan Sipol disusun untuk mencari sebuah keseimbangan antara kepentingan ‘murni’ suatu negara menghadapi ancaman luar biasa yang umumnya bersifat sementara dengan menghindari kemungkinan penyalahgunaan kekuasaan oleh rezim otoriter yang menjaga *status quo* dengan melegitimasi situasi bahaya darurat domestiknya. Dalam Kovenan Sipol ini ketentuan pembatasan hak-hak asasi tertentu dan penerapan kondisi darurat diatur secara khusus pada Pasal 4 dan prinsip-prinsip umumnya dilengkapi dengan Pasal 5.

Pasal 4 Kovenan Sipol itu sendiri berbunyi:

“1. Dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa dan keberadaannya, yang telah diumumkan secara resmi, Negara-negara Pihak Kovenan ini dapat mengambil langkah-langkah yang mengurangi kewajiban-kewajiban mereka berdasarkan Kovenan ini, sejauh memang sangat diperlukan dalam situasi darurat tersebut, sepanjang langkah-langkah tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban-kewajiban lainnya berdasarkan hukum internasional dan tidak mengandung diskriminasi semata-mata berdasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau asal-usul sosial.

2. Pengurangan kewajiban atas pasal-pasal 6, 7, 8 (paragraf 1 dan 2), 11, 15, 16 dan 18 sama sekali tidak dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan ini.

3. Setiap Negara Pihak Kovenan ini yang menggunakan hak untuk melakukan pengurangan tersebut harus segera memberitahunya kepada Negara-negara Pihak lainnya melalui perantaraan Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa, mengenai ketentuan-ketentuan yang dikurangnya, dan mengenai alasan-alasan pemberlakuannya. Pemberitahuan lebih lanjut, harus dilakukan melalui perantara yang sama pada saat berakhirnya pengurangan tersebut.”

Dengan ketentuan Pasal 4 ini, maka dalam Kovenan Sipol diakui adanya pemisahan antara hak-hak yang bisa dibatasi atau dikurangi pelaksanaannya dan pemenuhannya karena situasi darurat tertentu (*derogable rights*) dan ada hak-hak tertentu yang dalam kondisi apapun tetap tidak bisa dibatasi atau dikurangi pemenuhannya (*non-derogable rights*).

Jelas dalam Kovenan Sipol terdapat hak-hak asasi yang dianggap paling dasar dan absolut, yang tidak bisa dikurangi pemenuhannya (*non-derogable rights*). Hak-hak fundamental tersebut adalah: hak atas hidup (Pasal 6); bebas dari penyiksaan dan perlakuan tidak manusiawi (Pasal 7); bebas dari perbudakan dan kerja paksa [Pasal 8 (paragraf 1 dan 2)]; bebas dari pemidanaan karena perjanjian hutang piutang (Pasal 11); bebas dari berlakunya pemidanaan secara retroaktif (Pasal 15); hak atas pengakuan sebagai subjek hukum (Pasal 16); kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama (Pasal 18).³ Pentingnya Pasal 4 (paragraf 2) ini menyebabkan Komite HAM tidak

³ Ketentuan *non-derogable rights* ini juga tertuang dalam Konstitusi UUD 1945 Pasal 28I ayat (1).

memperbolehkan reservasi diterapkan oleh suatu Negara Pihak atas ketentuan ini dengan pertimbangan bahwa tindakan tersebut merupakan “sebuah inkonsistensi serius atas tujuan dan cita-cita Kovenan Sipol, sebagaimana yang ditegaskan dalam Pasal 19 (paragraf c) dari *the Vienna Convention on the Law of Treaties*”.⁴

Pengurangan/derogasi hak-hak asasi dalam Kovenan Sipol ini pun memiliki prasyarat cukup ketat. *Pertama*, syarat bahwa derogasi bisa diperbolehkan bila suatu kondisi darurat di suatu negara bisa mengancam keselamatan bangsa (*life of the nation*) yang memiliki karakter sangat luar biasa (*exceptional*) dan sementara (*temporary*).⁵ Keadaan darurat ini tidak melulu harus didefinisikan sebagai keadaan darurat perang atau militer, tapi juga mencakup suatu kondisi genting yang bisa membahayakan tatanan masyarakat seperti bencana alam atau krisis ekonomi. Prinsip kondisi darurat ini kemudian dijelaskan lebih rinci oleh *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*.⁶ *Siracusa Principles* ini secara lebih rinci menyediakan definisi faktor-faktor penyebab kondisi darurat (*emergency*) seperti apa itu ancaman terhadap tatanan masyarakat (*public order*), kesehatan masyarakat (*public health*), moral publik (*public morals*), keselamatan nasional (*national security*), dan keselamatan publik (*public safety*). Pembatasan/derogasi hak-hak ini tidak boleh bersifat diskriminatif seperti yang tercantum dalam Pasal 2 (paragraf 1) Kovenan Sipol. Selain itu kondisi darurat juga tidak membenarkan suatu Negara Pihak untuk melakukan upaya propaganda perang, mengadvokasikan atau menyulut kebencian rasial, agama, yang merupakan pelanggaran terhadap Pasal 20 Kovenan Sipol.⁷

Kedua, ada kewajiban teknis Negara Pihak bila menerapkan status darurat di dalam negerinya, ia harus bisa menjadi subjek supervisi dan monitoring internasional. Negara Pihak harus menyatakan situasi darurat nasionalnya secara resmi kepada Negara Pihak lainnya lewat perantaraan Sekretaris Jenderal PBB. Pernyataan status darurat itu pun harus sesuai dengan ketentuan konstitusional atau perundang-undangan domestiknya dan karena menjadi subjek supervisi komunitas internasional, Negara Pihak wajib menjelaskan/melaporkan tata ketentuan domestiknya soal situasi darurat kepada Komite HAM. Dalam laporannya itu, Negara Pihak juga harus menjelaskan durasi/batas waktu penerapan situasi darurat, cakupan wilayah, dan ketentuan hak-hak asasi apa saja yang akan dibatasi. Di tingkatan domestik Negara Pihak juga harus menyediakan mekanisme supervisi dan *review* lewat langkah legislatif, yudikatif, atau administratif.

Ketiga, meskipun Pasal 4 (paragraf 2) Kovenan Sipol menyebutkan adanya 7 hak-hak asasi manusia yang tidak bisa dikurangi (*non-derogable rights*), bukan berarti suatu situasi darurat bisa begitu saja mengabaikan hak-hak asasi lainnya dan tetap

⁴ UN Doc. CCPR/C/SR.550, 551, 555.

⁵ Komentar Umum Komite HAM No. 29: Keadaan Darurat (paragraf 2-5). UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

⁶ U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985). *Siracusa Principles* (1985) ini sebenarnya merupakan prinsip-prinsip yang disusun oleh para pakar hukum internasional yang kemudian banyak diacu oleh Komite HAM menyangkut hubungan derogasi hak-hak asasi dengan kondisi darurat. Prinsip-prinsip acuan lainnya yang berkaitan dengan tema ini adalah *Paris Minimum Standard of Human Rights Norms in a State of Emergency* (1984), *the Turku (Abo) Declaration of Minimum Humanitarian Standards* (1990).

⁷ Komentar Umum Komite HAM No. 29: Keadaan Darurat (paragraf 13). UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

berkewajiban untuk mematuhi dan memenuhi ketentuan hukum internasional lainnya,⁸ seperti yang tertera pada Pasal 4 (paragraf 1). Kondisi darurat akibat perang atau konflik bersenjata –baik bersifat internasional maupun internal- juga masih terikat atau menjadi subjek dari hukum humaniter internasional, seperti yang diatur oleh Konvensi Jenewa (*Geneva Convention*) atau Konvensi Den Haag (*The Hague Convention*). Derogasi ini juga tidak bisa menjadi justifikasi bila terjadi suatu kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*), genosida, dan segala kejahatan lainnya yang dianggap sebagai pelanggaran serius/berat hukum internasional.⁹ Selain itu kondisi darurat tetap harus menjamin supremasi prosedur hukum dan tidak bisa mengecualikan kewajiban negara untuk melakukan suatu *effective remedy* terhadap suatu pelanggaran HAM seperti yang diatur oleh Pasal 2 (paragraf 3) Kovenan Sipol.

Bila dilihat dari uraian di atas terlihat bahwa kebebasan berekspresi, menyatakan pendapat (Pasal 19 ICCPR) dan hak berorganisasi/berasosiasi (Pasal 21 ICCPR) bisa menjadi subjek derogasi (pembatasan dan pengurangan). Pembatasan atau pengurangan kedua kategori rumpun hak di atas bahkan dalam ICCPR diatur secara khusus dalam Pasal 20 dan di Sub-pasal 19 dan 21. Subjek derogasi yang terhimpun dalam Pasal 19, 20, dan 21 dari ICCPR inilah yang bisa digunakan untuk membahas perkembangan fenomena kekerasan oleh kelompok-kelompok seperti FPI dan organisasi sejenisnya.

III. Apakah Dibenarkan untuk Bebas Mengekspresikan Kebencian Sosial dan Menyebarkan Kekerasan di Muka Publik?

Kebebasan berekspresi (dan beropini) merupakan salah satu kategori hak asasi manusia yang utama. Hak ini masuk dalam kategori hak asasi pertama, hak dengan dimensi sipil-politik. Kategori hak ini misalnya dapat ditemui dalam salah satu dokumen HAM acuan tertua, seperti *French Declaration of The Rights of Man and Citizen of 1789 (art. 11)*. Meskipun hak berekspresi dianggap ‘tidak’ fundamental hak atas hidup, hak beragama dan berkeyakinan, hak bebas dari penyiksaan, dan masih dimungkinkan untuk diderogasi, hak ini selalu menjadi pengawal utama hak-hak dasar manusia. Pertanyaan muncul ketika kebebasan berekspresi digunakan untuk menghasut dan mengobarkan kebencian, atau propaganda melakukan kekerasan yang biasanya dilandasi oleh prasangka rasial, etnisitas, kebangsaan, asal usul, *xenophobia* (kebencian terhadap orang asing), dan agama.

Sebagai bagian dari hak liberal, kebebasan berekspresi menjadi jembatan dari dua dimensi hak sipil (hak bebas dari intervensi negara) dan hak politik (hak untuk menentukan negara). Kebebasan berekspresi menjadi penanda dari suatu tatanan politik yang demokratis dan dasar supremasi hukum.

⁸ Berbagai instrumen dan prinsip hukum kebiasaan internasional tetap berlaku meski dalam kondisi darurat seperti Kovenan ILO, Hukum Internasional tentang Pengungsi (*refugee*), aturan dalam Statuta Roma tentang Pengadilan Pidana Internasional (*Rome Statue of The International Criminal Court*), ketentuan prinsip *refoulement*, yang tidak memperbolehkan suatu negara mengekstradisi orang-orang asing yang bisa membahayakan keselamatan jiwanya, prinsip *fair trial*, hak *habeas corpus*, dan sebagainya.

⁹ Komentar Umum Komite HAM No. 29: Keadaan Darurat (paragraf 9, 11, dan 12). UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

Kebebasan berekspresi merupakan hak individual (kelompok) untuk membentuk, membangun, dan menyatakan pikiran (opini)nya sendiri dari indoktrinasi eksternal dan hak ini merupakan benteng dari "free market of ideas"¹⁰ dari represi dan ketakutan. Hak ini menjadi batu penjur (corner stone) dari hak-hak asasi lainnya, baik itu hak-hak sipil-politik, maupun hak-hak ekonomi, sosial, dan budaya lainnya.

Di negara-negara dimana kebebasan berpendapat, berekspresi, dan kebebasan pers dijamin, maka kesempatan untuk dihormati dan dilindunginya hak dan kebebasan hak-hak lainnya menjadi lebih besar. Hal ini juga berkaitan erat dengan kebebasan mengeluarkan pikiran, berserikat, dan berkumpul. Kegiatan buruh pabrik atau aktivis politik yang berjuang lewat serikat buruh atau partai politik, membutuhkan hak ini sebagai sarana mencapai tujuan mereka. Demikian pula aspirasi para seniman dalam berkarya atau tuntutan para petani atau kaum miskin untuk menuntut perbaikan kesejahteraan mereka, seringkali harus lewat pemenuhan hak ini

Kebebasan berekspresi ini diatur secara khusus pada Pasal 19 ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Rights* –Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik) yang menyebutkan bahwa:

- “1. Setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan.
2. Setiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat; hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari pembatasan-pembatasan secara lisan, tertulis, atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya.
- 3. Pelaksanaan hak-hak yang diicantumkan dalam ayat 2 pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggung jawab khusus. Oleh karenanya dapat dikenai pembatasan tertentu, tetapi hal ini hanya dapat dilakukan sesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk:**
 - a) Menghormati hak atau nama baik orang lain;**
 - b) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum”.**

Pasal 19 (2) ICCPR melindungi area kebebasan berpendapat, seperti dinyatakan dalam klausa “informasi dan gagasan dalam berbagai bentuknya”, termasuk di dalamnya fakta, komentar dan gagasan kritis, hingga bentuk-bentuk karya seni. Ini mencakup bentuk-bentuk kegiatan lisan, barang tulisan, “karya seni”, termasuk media audio, visual, dan elektronik (termasuk *cyber*).

Khusus untuk hak atas kebebasan berekspresi, pembatasannya dijelaskan secara eksplisit oleh pasal berikutnya (Pasal 20 ICCPR):

- “1. Segala propaganda untuk perang harus dilarang oleh hukum

¹⁰ Dalam perspektif HAM, ide-gagasan-pemikiran-keyakinan yang abstrak tersebut tidak bisa dibatasi dan karenanya tidak boleh dilarang. Yang bisa dibatasi hanyalah implikasi ide tersebut yang bersifat fisik dan merugikan hak asasi orang lain, juga dalam bentuk yang materiil.

2. Segala tindakan yang menganjurkan kebencian atas dasar kebangsaan, ras atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan harus dilarang oleh hukum.”

Ketentuan Pasal 20 ini juga menjadi pagar pembatas dari kebebasan berekspresi dan menyatakan pendapat [melengkapi ketentuan Pasal 19(3) di atas].¹¹ Pembatasan ini sangat relevan misalnya untuk menangkal segala bentuk ekspresi (tertulis, gambar, audio, dan sebagainya) yang menyerukan atau mempropagandakan perang.¹² Hal serupa juga dibenarkan untuk membatasi ruang gerak kebebasan berekspresi yang mengkampanyekan kebencian atas dasar kebangsaan, ras atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan (yang dikenal sebagai *hate speech*). Ada berbagai perbedaan tafsir –yang dimungkinkan dalam ICCPR- tentang bagaimana bentuk pembatasan atau pengurangan hak untuk berekspresi dan berpendapat dalam konteks *hate speech* di atas. Di berbagai negara derogasi terhadap *hate speech* tersebut bahkan dimasukkan dalam bentuk pidana (untuk melengkapi sistem keperdataan) berdasarkan suatu legislasi nasional.¹³ Sementara beberapa negara lebih menerapkan upaya-upaya preventif, seperti mencegah terjadinya rapat publik/massal yang mempropagandakan *hate speech* atau dengan melakukan pembubaran bisa sedang berlangsung. Model lain adalah memberikan korban dari praktik *hate speech* pemulihan yang bersifat finansial (kompensasi) lewat sistem keperdataan.

Contoh dari kebijakan pidana terhadap *hate speech* misalnya terjadi di Austria yang melakukan pidana terhadap seorang akademisi sejarah dari Inggris, David Irving karena menolak mengakui terjadinya *holocaust* dan genosida selama Perang Dunia II dan menunjukkan simpati –dalam karya-karya akademiknya- terhadap rezim Nazi. David Irving dihukum penjara selama satu tahun dan dikeluarkan dari Austria tanpa boleh

¹¹ Dalam ICCPR (art. 4) terdapat dua kluster besar hak asasi, hak-hak yang tidak bisa dibatasi atau dikurangi dalam situasi apapun (*non-derogable rights*) dan hak-hak yang bisa dibatasi atau dikurangi karena alasan situasional. Hak-hak *non-derogable* tersebut adalah: Hak-hak fundamental tersebut adalah: hak atas hidup (Pasal 6); bebas dari penyiksaan dan perlakuan tidak manusiawi (Pasal 7); bebas dari perbudakan dan kerja paksa [Pasal 8 (paragraf 1 dan 2)]; bebas dari pidana karena perjanjian hutang piutang (Pasal 11); bebas dari berlakunya pidana secara retroaktif (Pasal 15); hak atas pengakuan sebagai subjek hukum (Pasal 16); kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama (Pasal 18).

¹² Larangan propaganda perang ini lebih dalam konteks perang seperti yang dimaksud dalam Piagam PBB (*UN Charter*) sebagai ancaman atau agresi terhadap perdamaian. Ini artinya perang yang dimaksud merupakan konflik antar-negara atau berskala internasional dan bukan dalam konteks konflik bersenjata internal, kecuali yang terakhir ini bisa berkembang menjadi yang pertama. Propaganda perang dalam Pasal 20(1) ICCPR ini lebih didefinisikan sebagai upaya proganda untuk memobilisasi serangan ke negara lain. Lihat Manfred Nowak, “*U.N. Covenant on Civil and Political Rights; CCPR Commentary*”, 2nd revised edition, N.P. Engel, Publisher, 2005, hal. 473.

¹³ Tidak semua unsur *hate speech* dalam Pasal 20(2) juga menjadi subjek pidana, bentuk kriminalisasi yang paling umum adalah yang berdasarkan kebencian rasial. Namun di beberapa negara hasutan untuk kebencian dan diskriminasi juga ditambah dengan kategori orientasi seksual (Swedia, Norwegia, Irlandia, Islandia, Prancis, Denmark, Kanada, dan Inggris). Hal tersulit untuk membangun demarkasi antara kebebasan berekspresi dan *hate speech* adalah bila dikaitkan dengan isu agama. Umumnya setiap agama punya klaim supremasi “kebenaran” ada di dalam dirinya sendiri dan lebih lanjut klaim tersebut punya konsekuensi generik untuk menarik orang dari keyakinan lain ke dalam keyakinannya sejauh tidak dilakukan lewat kekerasan atau pemaksaan. Menjadi persoalan bila hasutan dan kebencian terhadap “kelompok lain” yang bahkan disertai justifikasi kekerasan justru dianggap sebagai suatu keyakinan transendental atau religius.

kembali lagi. Di Belanda pada Januari 2009, suatu pengadilan di Amsterdam memerintahkan dimulainya proses penuntutan terhadap Geert Wilders, seorang politisi kanan konservatif PVV, partai politik terbesar ketiga di sana. Penuntutan Wilders – didasari *Anti-Hate Speech Law* di sana- didasari alasan bahwa ia melakukan hasutan untuk kebencian dan diskriminasi berdasarkan agama setelah ia memproduksi dan mempublikasikan film pendek berjudul *Fitna*, yang jelas mengobarkan sentimen anti Islam.¹⁴ Hal serupa juga diterapkan di berbagai negara lainnya, khususnya di Eropa, yang didasari pada pengalaman traumatik sekitar PD II di mana masyarakat di sana tercabik-cabik oleh ideologi fasis.¹⁵ Tidak terbatas pada trauma genosida dan *holocaust*, daftar potensi *hate speech* juga semakin panjang mengikuti perkembangan zaman. Di dunia internasional misalnya praktik sistem *apartheid* atau yang serupa (sistem berdasarkan supremasi ras atau warna kulit) jelas sudah menjadi musuh umat manusia (*hostis humanis generis*).¹⁶

Selain itu terdapat pula aturan normatif yang merupakan hasil dari suatu diskusi para pakar HAM internasional yang mengatur soal pembatasan atas kebebasan berekspresi, *The Johannesburg Principles On National Security, Freedom of Expression And Access to Information* (Prinsip Johannesburg). Prinsip Johannesburg ini menyatakan bahwa tidak seorang pun boleh menjadi subyek pembatasan, pengurangan hak, dan sanksi, serta dirugikan karena pendapat atau kepercayaannya. Kebebasan berekspresi atau berpendapat baru dapat dikenai pembatasan atau dapat dihukum sejauh merupakan ancaman terhadap keamanan nasional dan hanya ketika negara dapat menunjukkan bahwa penyampaian pendapat/ekspresi tersebut ditujukan untuk memotivasi kekerasan yang akan terjadi atau dapat memotivasi terjadinya kekerasan, atau ada hubungan langsung dan dekat antara penyampaian pendapat dengan kemungkinan terjadinya atau kejadian kekerasan.

Juga, pelaksanaan secara damai hak atas kebebasan berekspresi tidak boleh dianggap sebagai ancaman terhadap keamanan nasional (*national security*) atau menjadi subyek pembatasan. Pendapat atau ekspresi yang tidak mengandung ancaman terhadap keamanan nasional, antara lain:

- a. Pendapat/ekspresi yang mengadvokasi perubahan yang bersifat non-kekerasan;

¹⁴ Kasus Wilders dengan *Fitna* nya ini begitu kontroversial di Belanda. Berdasarkan survei yang dilakukan kepada publik di Belanda, lebih banyak responden justru lebih pro kepada Wilders dan rencana prosekusi terhadapnya –dan juga karena awalnya ia dilarang untuk mengunjungi Inggris untuk alasan yang sama- justru mendongkrak raihan kursi partainya di parlemen Belanda pada pemilu terbaru di 2010 ini.

¹⁵ Hal serupa berlaku di Belgia (*Belgian Holocaust Denial Law* yang melengkapi *Belgian Anti-Racism Law*), di Kanada, Prancis, Denmark, Finlandia, mereka memiliki *Hate Speech Law*, Sementara itu di Amerika Serikat pembedaan semacam itu tidak diterapkan karena mereka punya tradisi dan sejarah panjang akan supremasi hak untuk berekspresi dan menyatakan pendapat, yang ditempatkan secara spesial dalam tata ketatanegaraannya. Namun demikian ketentuan *hate speech* bisa dijadikan elemen pemberatan bila dikaitkan dengan suatu praktek pidana kekerasan tertentu.

¹⁶ Contoh serupa yang lebih khusus misalnya, pengakuan atas peristiwa Genosida terhadap orang Armenia (1915-1923) di masa Kekaisaran Ottoman yang kini telah secara resmi dilakukan oleh 27 negara di dunia. Beberapa di antaranya juga menerapkan pembedaan bagi mereka yang melakukan ekspresi publik yang menolak pengakuan tersebut, sebagian melakukan pembatasan yang bersifat preventif.

- b. Mengandung kritik atau penghinaan terhadap, bangsa, negara, atau simbol-simbolnya, agen-agensya, atau pejabat-pejabat publik, atau bangsa asing, negara asing, atau simbol-simbolnya, agen-agensya, atau pejabat-pejabat publiknya;
- c. Mengandung keberatan atau mengadvokasi sikap keberatan berdasarkan agama atau kepercayaan, terhadap mobilisasi atau pelayanan militer, konflik tertentu, atau ancaman/penggunaan kekerasan untuk menyelesaikan perselisihan internasional;
- d. Ditujukan untuk mengkomunikasikan informasi tentang tuduhan pelanggaran terhadap standar-standar hak asasi manusia internasional atau hukum humaniter internasional.

Pada dasarnya, Pasal 19 ICCPR menjabarkan kewajiban negara untuk melindungi pelaksanaan kebebasan berekspresi bagi setiap individu yang berada di bawah yurisdiksinya. Pada umumnya kewajiban negara di bawah ICCPR ini adalah Kewajiban negara untuk menghormati HAM (*obligation to respect*) mengacu pada tugas negara untuk tidak melakukan intervensi terhadap pelaksanaan hak-hak asasi manusia (aspek vertikal). Kewajiban negara untuk melindungi HAM (*obligation to protect*) menekankan pada langkah-langkah menghadapi pelanggaran (*human rights abuse*) yang dilakukan oleh pihak-pihak non-negara (aspek horisontal). Sementara kewajiban negara untuk memenuhi (*obligation to fulfil*) menekankan pada upaya-upaya positif negara lewat mekanisme legislatif, yudikatif, atau administratif untuk menjamin implementasi HAM di tingkat yang paling konkrit. Ketiga kewajiban negara ini secara jelas menunjukkan bahwa implementasi hak-hak sipil dan politik –di bawah Kovenan Sipol- mengandaikan adanya kombinasi kewajiban negara baik yang bersifat ‘negatif’ maupun yang bersifat ‘positif’.

Artinya untuk memenuhi hak atas kebebasan berekspresi, negara harus: menyediakan landasan positif (mulai dari konstitusi, undang-undang, hingga produk kebijakan lainnya),¹⁷ tidak melakukan intervensi terhadap praktek-praktek kebebasan berekspresi, mencegah kelompok atau individu yang menghambat pelaksanaan secara damai kebebasan berpendapat, bahkan ketika pendapat tersebut bersifat kritis terhadap pemerintah atau kebijakan-kebijakannya. dan melakukan langkah penegakan hukum bila terjadi pelanggaran (HAM) atas kategori hak ini.¹⁸ Di dalam konteks yang berbeda, negara juga harus memproduksi kebijakan atau legislasi yang melarang (atau mengkriminalisasikan pelakunya) segala bentuk *hate speech* baik itu yang dilandasi kebencian rasial, etnisitas, asal usul kebangsaan, agama, dan lainnya yang bisa memprovokasi orang untuk melakukan tindak kekerasan. Sayangnya kewajiban yang

¹⁷ Pasal 2 ICCPR menempatkan sebuah kewajiban pada Negara untuk ‘mengesahkan perundang-undangan atau langkah-langkah lain karena mungkin perlu untuk memberikan akibat pada hak-hak yang diakui oleh Kovenan ini.

¹⁸ Pasal 2 ICCPR juga menjelaskan bahwa Negara dipersyaratkan tidak hanya mencegah ikut campur terhadap hak-hak tetapi juga mengambil langkah-langkah positif untuk memastikan bahwa kebebasan berpendapat, sebagaimana dengan hak-hak lainnya yang tercakup dalam ICCPR dapat dihormati dan dilindungi. Bila terjadi pelanggaran atas suatu kategori hak di dalam Kovenan ini, maka negara wajib menghukum (siapapun) pelakunya. Sejauh ini, kewajiban terakhir ini yang masih luput dari tindakan negara. Di kasus penyerangan terhadap Tempo misalnya, para preman yang melakukan kekerasan terhadap wartawan dan merusak kantor Tempo, hanya dituntut atas tindak pidana penyerangan atau perusakan barang milik pribadi. Padahal tindakan pelaku juga merupakan serangan (*abuse*) terhadap hak atas kebebasan berekspresi para jurnalis tersebut. Hal serupa juga terjadi pada penyerangan terhadap aktivis atau kegiatan Ultimus di Bandung.

terakhir ini sangat minim dilakukan bahkan oleh Negara Pihak (*State Party*) dari ICCPR.¹⁹

IV. Apakah Kebebasan Berorganisasi Bisa Pula Diderogasi?

Hal serupa juga berlaku bagi pelaksanaan hak untuk berasosiasi atau berorganisasi (Pasal 21 ICCPR), yang juga merupakan salah satu hak asasi yang esensial bagi sistem demokrasi. Pasal 21 ICCPR ini berbunyi:

“Hak untuk berkumpul secara damai harus diakui. Tidak ada pembatasan yang dapat dikenakan terhadap pelaksanaan hak ini kecuali yang ditentukan sesuai dengan hukum, dan yang diperlukan dalam suatu masyarakat demokratis untuk kepentingan keamanan nasional dan keselamatan publik, atau ketertiban umum, perlindungan terhadap kesehatan atau moral umum, atau perlindungan atas hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain.”

Pembatasan dalam Pasal 21 ICCPR juga mengikuti kaidah atau logika pembatasan bagi hak-hak asasi yang bisa diderogasi lewat frase umum untuk kepentingan “keamanan nasional dan keselamatan publik, atau ketertiban umum, perlindungan terhadap kesehatan atau moral umum, atau perlindungan atas hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain.” Derogasi Pasal 21 ICCPR juga harus ditambahkan dengan pengaturan dari Pasal 20 sebelumnya yaitu larangan propaganda perang dan anjuran “kebencian atas dasar kebangsaan, ras atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan”. Juga secara eksplisit pemenuhan dan jaminan hak berorganisasi hanya sejauh bila hak tersebut dilaksanakan secara damai. Jelas bahwa derogasi (pembatasan dan pengurangan) bisa dilakukan terhadap hak berorganisasi bagi organisasi yang menerapkan metode kekerasan dalam kerja advokasinya. Tentu saja derogasi (pembatasan dan pengurangan) hak berorganisasi ini juga harus mempertimbangkan prinsip proporsionalitas. Artinya ukuran-ukuran pembatasan atau pengurangan hak berorganisasi, berkumpul, dan berserikat harus ditentukan oleh derajat ancaman terhadap “keamanan nasional dan keselamatan publik, atau ketertiban umum, perlindungan terhadap kesehatan atau moral umum, atau perlindungan atas hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain.” Bila ancaman tersebut misalnya sudah berbentuk kekerasan fisik yang sudah manifes, sangat serius (menyangkut eksistensi nyawa manusia), sistematis, dan secara frekwensi berulang-ulang, maka derogasinya pun akan semakin besar. Hal ini yang dilakukan oleh Jerman dalam menderogasi eksistensi organisasi Nazi atau sejenisnya. Tentu proporsi derogasi harus mempertimbangkan tingkatan ancaman yang muncul. Kegagalan untuk menangkis antara tingkat ancaman dan gradasi derogasi atas suatu organisasi *vigilante* semacam ini –umumnya secara gradual dan tidak bisa (minim) diantisipasi oleh institusi negara- bisa berujung pada suatu *failed state*.²⁰

¹⁹ Komentar Umum Komite HAM No. 11 (1983): Larangan Propaganda Perang dan Hasutan Berdasarkan Kebencian Ras, Agama, dan Nasionalisme (Pasal 20), para. 1.

²⁰ Salah satu definisi yang baik dari *failed state* diajukan suatu organisasi *think tank*, *Fund for Peace*, lewat suatu *failed state index* yang mencakup elemen: hilangnya kontrol efektif terhadap teritorinya atau kehilangan monopoli atas penggunaan kekuatan paksa yang absah; erosi keabsahan institusi negara untuk

V. Terkait dengan wacana pembubaran organisasi keagamaan di Indonesia

KontraS secara hati-hati akan menyatakan bahwa ukuran-ukuran yang dijelaskan di atas harus dapat dipenuhi terlebih dahulu oleh Polri dan beberapa badan negara, sehingga indikasi represi atau dimungkinkannya kebijakan yang sama untuk digunakan kepada bentuk ekspresi ataupun model organisasi yang nampak bertentangan dengan kemauan negara dalam mengoperasionalkan kekuatan maupun kekuasaannya tidak bisa digunakan secara sewenang-wenang dan dapat diminimalisir. Apa jaminan kebijakan pembubaran suatu organisasi di Indonesia secara permanen tidak digunakan untuk membubarkan organisasi lain, yang memiliki metode, advokasi, dan strategi publik yang 180 derajat berbeda; tapi juga mendapatkan dukungan penuh untuk dibatasi ekspresi, ruang gerak, hingga diusulkan untuk dibubarkan karena bertentangan dengan operasionalisasi dari ideologi NKRI? Di sini maka kita hendaknya memiliki ukuran detail, akal jernih, dan komitmen utuh atas pelaksanaan dari prinsip-prinsip akuntabilitas itu.

mengambil keputusan kolektif; ketidakmampuan menyediakan pelayanan publik dasar; dan ketidakmampuan berinteraksi dengan negara lain dalam keanggotaannya dalam suatu komunitas internasional. Elemen-elemen ini diturunkan lagi menjadi 12 indikator. Terdapat 4 kategori berdasarkan index tersebut: negara-negara yang mapan (*sustainable*), moderat (*moderate*), ada peringatan (*warning*), dan dalam kondisi bahaya (*alert*). Yang pertama adalah yang terbaik, sementara yang terakhir adalah yang terburuk. Indonesia sendiri masuk dalam kategori *warning* dan berada di peringkat 61 dari total 177 negara yang menjadi subjek penelitian untuk tahun 2010, di mana peringkat 1 adalah negara yang paling buruk (dipegang oleh Somalia) dan peringkat 177 sebagai yang terbaik (Norwegia). Lihat http://www.fundforpeace.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=452&Itemid=908