



MELINDUNGI EKSPRESI

Analisis Pidana dan HAM
Putusan Pengadilan
di Indonesia

Stanford | Center for Human Rights
and International Justice



Norwegian Embassy
Jakarta

MELINDUNGI EKSPRESI

Analisis Pidana dan HAM
Putusan Pengadilan di Indonesia

Tim Peneliti:

Dian Rositawati
Jane Aileen Tedjaseputra
Muhammad Tanziel Aziezi
Raynov Tumorang Parmintori
Zainal Abidin

Penyunting:

Arsil

Pembaca Akhir:

David Cohen

Asisten Peneliti:

Mentari Anjhanie Ramadhianty
Muhamad Dwieka Fitriani Indrawan

MELINDUNGI EKSPRESI

Analisis Pidana dan HAM
Putusan Pengadilan di Indonesia

Tim Peneliti:

Dian Rositawati
Jane Aileen Tedjaseputra
Muhammad Tanziel Aziezi
Raynov Tumorang Parmintori
Zainal Abidin

Penyunting:

Arsil

Pembaca Akhir:

David Cohen

Asisten Peneliti:

Mentari Anjhanie Ramadhianty
Muhamad Dwieka Fitriani Indrawan

Desain Sampul & Tata Letak:

Ricky Nadian

**Indonesian Institute the Independent Judiciary
Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP)**

Jalan Malabar No. 60 RT 01 RW 02
Guntur, Setia Budi, Jakarta Selatan 12980, Indonesia.
Phone : (021) 8302088

KATA PENGANTAR	6
DAFTAR SINGKATAN	8
GLOSARIUM	10
BAB I PENDAHULUAN	13
1.1. Latar Belakang.....	14
1.2. Pertanyaan Penelitian	17
1.3. Metode Penelitian.....	17
1.4. Kerangka Penulisan	20
Bab II KERANGKA HUKUM KEBEBASAN BERPENDAPAT DAN BEREKSPRESI	23
2.1. Hukum HAM Internasional	24
2.1.1. Kerangka Pengaturan	24
2.1.2. Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi	25
2.1.2.1. Tanggung Jawab Negara.....	25
2.1.2.2. Cakupan Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi	26
1) Kebebasan Berpendapat	26
2) Kebebasan Berekspresi.....	27
3) Hak atas Informasi.....	27
4) Ekspresi di Ranah Daring (online).....	28
2.1.2.3. Pembatasan Kebebasan Berekspresi	29
1) Diatur berdasarkan hukum	31
2) Tujuan Pembatasan.....	31
a) Menghormati hak atau reputasi orang lain	31
b) Ketertiban umum.....	33
c) Keamanan nasional.....	34
d) Moral publik.....	35
e) Keselamatan/kesehatan publik	35
3) Keterdesakan (necessity/necessary) dan Proporsionalitas	35
4) Pembatasan di Ranah Daring.....	36
2.1.2.4. Mekanisme pemulihan yang efektif.....	37
2.1.2.5. Ekspresi yang Tidak Dilindungi	37

1) Propaganda Perang.....	38
2) Advokasi Kebencian.....	39
2.2. Kebebasan Berekspresi dalam Hukum Nasional.....	41
2.2.1 Kerangka Pengaturan.....	41
2.2.1.1. Cakupan Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi.....	41
2.2.1.2. Pembatasan Kebebasan Berekspresi	43
2.2.2. Ketentuan Pidana Terkait Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi.....	45
2.2.2.1 Penghinaan, Pencemaran Nama Baik dan Fitnah.....	48
1) Penghinaan dalam KUHP	48
2) Penghinaan dan Pencemaran Nama Baik di Ranah Daring	52
2.2.2.3. Ekspresi Politik dan Simbolik	53
2.2.2.4. Ekspresi Keagamaan.....	57
2.2.2.5. Permusuhan dan kebencian kepada golongan penduduk.....	58
2.2.2.6. Ekspresi dalam Ranah Lainnya.....	60
BAB III KEBEBASAN BEREKSPRESI DAN PENGHINAAN	63
3.1. Pidana Penghinaan dalam Kerangka Hak Asasi Manusia.....	64
3.2. Pasal-Pasal Pemidanaan terhadap Kebebasan Berekspresi.....	67
3.3. Tren Jenis-Jenis Ekspresi yang Dituntut Pidana atas Delik Pencemaran atau Fitnah dalam KUHP dan UU ITE.....	68
3.4. Pertimbangan Pengadilan dalam Memutus Perkara Berdimensi Kebebasan Berekspresi.....	76
3.4.1. Pertimbangan Pengadilan dalam Memutus Perkara Delik Pencemaran atau Fitnah dalam KUHP dan UU ITE	76
3.4.2. Pertimbangan Pengadilan dalam Memutus Perkara Penghinaan terhadap Penguasa atau Badan Umum	90
3.5. Memahami Penghinaan menurut Hukum Pidana Indonesia dan Hukum HAM.....	95
3.5.1. Memaknai Perbuatan Pencemaran dan Fitnah	95
3.5.2. Memahami Unsur Kesengajaan dalam Pencemaran atau Fitnah	100
3.5.3. Memahami Unsur “Dengan Maksud Supaya Hal Tersebut Diketahui Umum” dan “Di Muka Umum”	103
3.5.4. Memahami Subyek Penghinaan dalam Pencemaran dan Fitnah	105
3.5.5. Memahami Penghinaan terhadap Penguasa atau Badan Umum	106
3.6. Perlindungan terhadap Reputasi dalam Hukum HAM dan Kaitan dengan Pencemaran atau Fitnah.....	109

3.6.1. Memahami Perlindungan atas Reputasi dalam Praktik Pengadilan HAM Regional	112
3.6.1.1. Kasus <i>GRA Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland</i>	112
3.6.1.2. Kasus <i>Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina</i>	115
3.6.1.3. Kasus <i>Tešić v. Serbia</i>	117
3.6.1.4. Kasus <i>Herrera Ulloa v. Costa Rica</i>	119
3.6.1.5. Kasus <i>Uson Ramirez v. Venezuela</i>	120
3.6.1.6. Kasus <i>Lohe Issa Konate v. Burkina Faso</i>	121
3.6.1.7. Kasus <i>Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda</i>	123
3.6.2. Kesimpulan dari Pertimbangan Putusan-putusan Pengadilan HAM Regional	124
3.7. Analisis terhadap Putusan-Putusan Perkara Penghinaan	126
3.7.1. Pengadilan Tidak Memeriksa Unsur Kesengajaan secara Konsisten dan Mengabaikan Doktrin Animus Injuriandi.....	126
3.7.2. Pengadilan Belum Memiliki Kesamaan Pandangan dalam Menilai Unsur “Dengan Maksud Supaya Hal tersebut Diketahui Umum” di KUHP dan UU ITE	128
3.7.3. Kesalahpahaman mengenai Subyek Pencemaran atau Fitnah	134
3.7.4. Pengadilan Mengabaikan Konteks Ekspresi dalam Menentukan Terjadinya Pencemaran atau Fitnah.....	138
3.7.5. Pengadilan Tidak Menerapkan Standar Hukum Pidana dan Hukum HAM dalam Memutus Perkara Penghinaan terhadap Penguasa atau Badan Umum	142
3.7.6. Penerapan Proporsionalitas Pidanaan yang Berbeda antara Penghinaan yang Dituntut menurut KUHP dan UU ITE	150
3.7.7. Perumusan Delik Penghinaan dalam UU ITE Menduplikasi Penghinaan dalam KUHP dan Tidak Menjamin Kepastian Hukum.....	156
3.7.8. Aparat Penegak Hukum Menggunakan secara Berlapis Pasal Pidana yang Berbeda-beda Konteks Pengaturannya untuk Mempidanakan Suatu Ekspresi	161
3.8. Kesimpulan dan Rekomendasi.....	164
BAB IV TINDAK PIDANA UJARAN KEBENCIAN DAN PERMUSUHAN DI RANAH <i>ONLINE</i>	171
4.1. Konteks dan Tren Ujaran Kebencian di Indonesia.....	172
4.2. Konsep dan Pengaturan Ujaran Kebencian dalam Hukum Indonesia.....	175

4.2.1. Pasal 156 dan Pasal 157 KUHP	175
4.2.2. Pasal 28 (2) UU ITE	178
4.3. Kasus-kasus ekspresi yang dipidana dengan Ujaran Kebencian.....	181
4.4. Interpretasi Pengadilan terkait unsur-unsur Pasal 28 ayat (2) UU ITE	187
4.4.1. Menyebarkan informasi	187
4.4.2. Ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian dan atau permusuhan.....	188
4.4.3. Individu dan atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan suku, agama, ras, antar golongan	192
4.5. Ujaran Kebencian dalam Hukum dan Putusan HAM Internasional.....	194
4.5.1. Konsep dan Pengaturan dalam Hukum HAM Internasional	194
4.5.1.1. Enam Faktor Keseriusan Ujaran Kebencian.....	195
4.5.1.2. Klasifikasi Ujaran Kebencian	197
4.5.2. Penerapan Larangan Ujaran Kebencian Berdasarkan Komite Penghapusan Diskriminasi Rasia: Komunitas Yahudi Oslo dkk v. Norwegia	198
4.5.3. Penerapan Larangan Ujaran Kebencian Berdasarkan Pengadilan dan Komisi HAM Eropa.....	200
4.5.4. Kualifikasi Kebencian dan Permusuhan sebagai Tindak Pidana	202
4.6. Analisa Penerapan Pasal dan Unsur oleh Pengadilan Indonesia.....	202
4.6.1. Penafsiran atas niat atau kesengajaan yang sangat longgar	203
4.6.2. Menyebarkan Informasi harus dimaknai sebagai “dimuka umum”	204
4.6.3. Unsur “Menimbulkan Rasa Kebencian atau Permusuhan” ditafsirkan secara luas	205
4.6.4. Penafsiran “Golongan” yang sangat luas dan tidak terbatas.....	206
4.6.5. Pengujian tindak pidana ujaran kebencian dan permusuhan harus ketat.....	207
4.6.6. Latar belakang kelompok yang dilindungi.....	208
4.6.7. Tidak adanya pertimbangan HAM yang tepat dalam putusan pengadilan	209
4.6.8. Proses Pidana adalah upaya paling akhir	210
4.6.9. Pertimbangan hakim pasca diterbitkannya SKB UU ITE	211
4.7. Kesimpulan dan Rekomendasi.....	211

BAB V EKSPRESI POLITIK DAN KEJAHATAN TERHADAP KEAMANAN NEGARA	215
5.1. Ekspresi Politik Dalam Hak Asasi Manusia (HAM).....	216
5.2. Ekspresi Politik Dalam Hukum Pidana Indonesia	220
5.2.1. Ekspresi Politik dan Tindak Pidana “Makar”	220
5.2.2. Tren Pidanaan Ekspresi Politik Dengan Pasal Tindak Pidana Makar	221
5.2.2.1. Interpretasi Hakim Atas Unsur “Makar” Dalam Menghukum Ekspresi Politik	224
5.3. Pasal “Makar” Dalam Hukum Pidana.....	229
5.3.1. “Makar” bukanlah kualifikasi (jenis) tindak pidana dalam Pasal 104 dan 106 KUHP	229
5.3.2. Definisi unsur “makar”	231
5.3.3. Konsep/batasan aanslag (serangan) dalam KUHP.....	236
5.3.4. Unsur “kesengajaan” dalam Pasal 104 dan 106 KUHP	240
5.3.5. Konsep “permulaan pelaksanaan untuk makar” dalam Pasal 87 KUHP.....	242
5.3.6. Konsep “permufakatan jahat” dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP	246
5.4. Pembatasan Ekspresi Politik Menurut Ketentuan dan Praktik Peradilan Hak Asasi Manusia.....	248
5.4.1. Konsep “keamanan nasional (national security)” sebagai pembatasan hak kebebasan berekspresi yang sah	250
5.4.2. Praktik pembatasan hak kebebasan berekspresi dengan alasan “keamanan nasional” menurut Peradilan HAM Eropa	253
5.4.2.1. Kasus <i>Sürek and Özdemir v. Turkey</i>	253
5.4.2.2. Kasus <i>Özgür Gündem v. Turkey</i>	255
5.4.2.3. Kasus <i>Sürek v. Turkey (No. 3)</i>	257
5.4.2.4. Kasus <i>Karataş v. Turkey</i>	259
5.4.2.5. Kasus <i>Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey</i>	260
5.4.2.6. Kasus <i>Maraşlı v. Turkey</i>	262
5.4.2.7. Kasus <i>Dmitriyevskiy v. Russia</i>	263
5.4.2.8. Kasus <i>Stomakhin v. Russia</i>	266
5.4.3. Ekspresi politik dalam hak atas kebebasan berkumpul secara damai (freedom of peaceful assembly).....	269
5.4.3.1. Syarat suatu pertemuan/perkumpulan disebut sebagai “peaceful assembly”	270
5.4.3.2. Syarat pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai yang sah.....	273
5.5. Analisis Terhadap Putusan-putusan Dengan Kata “Makar”	277

5.5.1. Tidak terdapat serangan/ancaman serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (force attack) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik pada ekspresi-ekspresi politik yang dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP	278
5.5.2. Penafsiran kata “aanslag” menjadi kata “makar” membuat pasal-pasal yang memuat kata “makar” tidak memenuhi syarat pembatasan “prescribe by law”	282
5.5.3. Ekspresi politik yang dilakukan merupakan bentuk-bentuk ekspresi yang sah	285
5.5.3.1. Ekspresi yang dilakukan merupakan seruan untuk menentukan nasib sendiri (self-determination) yang dilakukan secara damai	286
5.5.3.2. Terdakwa bukan pihak bertanggung jawab atas kekerasan yang dilakukan oleh peserta pertemuan/ perkumpulan (assembly)	286
5.5.3.3. Ekspresi menggunakan simbol-simbol yang sah	288
5.6. Kesimpulan dan Rekomendasi.....	289
BAB VI KESIMPULAN DAN REKOMENDASI	299
DAFTAR PUSTAKA.....	307
LAMPIRAN-LAMPIRAN	323
Lampiran 1. Tabel Rekomendasi Pengaturan Pasal-pasal Pidana Terkait Ekspresi	324
Lampiran 2. Tabel Putusan Ekspresi Politik dan Kejahatan Terhadap Keamanan Negara	334
Lampiran 3. Tabel Penafsiran Hakim Atas Unsur “Makar” Beserta Pertimbangannya Terhadap Perbuatan Terdakwa	346

KATA PENGANTAR

Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan

Dalam beberapa tahun terakhir, cukup beralasan jika kita merasa bahwa sedang terjadi regresi demokrasi di Indonesia. Beberapa catatan yang disampaikan oleh rekan-rekan masyarakat sipil pada 2 (dua) tahun terakhir menunjukkan bahwa banyak kasus kekerasan yang berkaitan dengan kebebasan berekspresi. Kasus-kasus tersebut antara lain pembubaran paksa demonstrasi atau unjuk rasa, penangkapan sewenang-wenang peserta demonstrasi, sampai pembungkaman digital seperti pemadaman internet, peretasan, penyebarluasan informasi pribadi tanpa persetujuan, intimidasi secara daring dan lainnya. Berdasarkan catatan masyarakat sipil, kekerasan terkait kebebasan berekspresi bukan hanya dilakukan oleh pejabat pemerintah dan aparat penegak hukum tetapi juga oleh individu. Cita-cita kebebasan berekspresi yang menjadi salah satu tujuan dari reformasi 1998 sayangnya belum dapat terwujud dengan optimal. Betul bahwa berbagai kerangka hukum nasional dibentuk dengan mengadopsi beberapa kerangka hukum internasional yang menjunjung tinggi kebebasan berekspresi. Namun, dalam implementasinya kerangka hukum nasional itu sendiri menjadi alat untuk membungkam kebebasan berekspresi. Contohnya sudah jelas adalah Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE). Selain itu, bagaimana aparat penegak hukum menafsirkan dan menggunakan pasal-pasal dalam kerangka hukum nasional terkait kebebasan berekspresi, menjadi satu isu tersendiri yang perlu untuk diperbaiki.

Kondisi-kondisi tersebut menjadi bahan refleksi bagi kami di Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP) yang selama ini melakukan observasi terhadap kasus-kasus terkait kebebasan berekspresi dan membaca putusan-putusan secara berkala terkait hal ini. Pada akhir 2018, LeIP merencanakan melakukan satu riset yang mendalam mengenai bagaimana negara melalui pengadilan melindungi kebebasan berekspresi di Indonesia. Riset ini bertujuan untuk menunjukkan bagaimana para hakim menafsirkan berbagai kerangka hukum yang memiliki dimensi kebebasan berekspresi dan menggunakannya secara konkret dalam menangani dan memutus perkara.

Pengamatan LeIP terhadap berbagai kajian terkait kebebasan berekspresi di Indonesia menunjukkan bahwa telah banyak kajian yang membahas kasus-kasus pembungkaman ekspresi di Indonesia dan proses advokasi terhadap isu ini. Namun, belum ada kajian yang fokus pada analisis putusan-putusan pengadilan terkait kebebasan berekspresi. LeIP mencoba untuk melakukan kajian dengan metode analisis putusan pengadilan sebagai ciri khas LeIP selama ini dan memberikan fokus terhadap aspek-aspek pertimbangan hukum dalam putusan pengadilan. Kami melakukan analisis terhadap 80 (delapan puluh) putusan pengadilan di Indonesia tahun 1998-2021 dan sekitar 50 (lima puluh) putusan pengadilan di negara lain yang memiliki dimensi kebebasan berekspresi. Selain dari putusan pengadilan, kami juga melakukan studi literatur dan wawancara kepada hakim, praktisi hukum, ahli hukum dan HAM serta individu-individu yang pernah menjalani proses peradilan karena kasus kebebasan berekspresi.

Tiga hal akan menjadi fokus dalam kajian kebebasan berekspresi ini, yaitu: (1) penghinaan; (2) ujaran kebencian dan permusuhan di ranah daring; dan (3) ekspresi politik dan kejahatan terhadap keamanan negara. Berbagai permasalahan yang dipaparkan dalam kajian ini ditindaklanjuti dengan rekomendasi-rekomendasi untuk para pembuat kebijakan dan aparat penegak hukum. Khusus untuk para aparat penegak hukum, kami menawarkan konstruksi penafsiran terhadap pasal-pasal pidana dengan berpegang pada prinsip dan kerangka hukum hak asasi manusia.

LeIP mengucapkan terima kasih kepada para pihak yang telah mendukung penyusunan riset “Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM Putusan Pengadilan di Indonesia”, yaitu Kedutaan Besar Kerajaan Norwegia di Jakarta, Center for Human Rights and International Justice – Stanford University, dan para narasumber dalam riset ini. Pada akhirnya, kajian ini melengkapi berbagai kajian sebelumnya yang membahas mengenai kebebasan berekspresi di Indonesia, dengan pendekatan utama melalui analisis putusan pengadilan. Kami berharap kajian Melindungi Ekspresi dapat menjadi salah satu referensi dalam kerja-kerja advokasi penguatan perlindungan kebebasan berekspresi di Indonesia.

Liza Farihah

Direktur Eksekutif

KATA PENGANTAR

Center for Human Rights and International Justice, Stanford University

“Protecting Expression: Criminal Law and Human Rights Analysis of Court Judgements in Indonesia” is aptly titled. Perhaps at no time since the beginning of the reform period more than 2 decades ago, has freedom of expression been so embattled and endangered in Indonesia as it is today. Freedom of expression, and the fundamental rights which ground it, require protection because, together with the rule of law, they are the necessary foundation for a democratic society. Eroding the protections that ensure freedom of speech necessarily diminishes the possibilities for public and private discourse and debate to flourish in the ways which democracy requires. At the same time, without the rule of law freedom of expression, like freedom of religion and other fundamental rights, cannot be safeguarded and preserved. For this reason, LeIP’s analysis of court judgements in cases involving freedom of expression is essential for a proper evaluation of the status of freedom of expression in Indonesia today.

As the report make abundantly clear, although freedom of expression has a solid legal basis in the Indonesian Constitution, in Indonesia’s human rights laws, and in the obligations Indonesia has taken on through ratification of international human rights instruments like the ICCPR, the implementation of that legal framework through the judicial process remains incomplete and problematic. Indeed, the shortcomings both in the legislation that has been used to increasingly impinge on constitutional guarantees of fundamental rights, as well as in the interpretation and implementation of such legislation through the judicial process, have resulted in a crisis of confidence that calls into question the strength of the commitment to reform, and to democracy and the rule of law, on the part of the 3 branches of government. For this reason, LeIP’s report is both timely and important as a much needed call for corrective measures to provide freedom of expression with the protections guaranteed in principle by national and international law.

LeIP’s report represents the most comprehensive, incisive, and thoroughly researched analysis of the adjudication of cases that involve restrictions on the fundamental rights of expression and assembly articulated in the Constitution.

The report identifies the key areas in which criminal prosecution of speech and expression fails to address the nature and scope of the protected rights in relation to potentially competing interests embodied in the criminal code. These areas, such as criminal defamation in the various forms penalized in Indonesian criminal law, the use of electronic media as a means of private and public communication, and political expression and criticism of government institutions and individuals in government, have been the subject of extensive controversy and litigation in recent years. LeIP provides a careful, nuanced, and balanced analysis both of the cases themselves and the statutory framework on which they are based. At the same time, the report also contains a deeply researched account of the international legal obligations which Indonesia has accepted, as well as a thorough and well-informed discussion of relevant international instruments and case law of other jurisdictions and regions.

The depth and scope of the analysis of Indonesian cases and laws against the backdrop of this broader framework distinguishes this report from ad hoc critiques of particular cases and controversies. This is evidence based advocacy at its best, employing the methodologies and legal analytical tools that characterize the highest academic standards for research. The painstaking and detailed analysis of the imprecision of statutory language, and the concomitant lack of reasoned interpretation and application of the law in judicial decisions, provide a model that should be used in legal education and the training of judges and prosecutors. For these reasons, the report's analyses and concrete recommendations must be taken seriously as pointing the way to the steps necessary for the preservation of freedom of expression, the rule of law, and the democratic political culture that depends upon them.

Apart from specific insights, conclusions, and recommendation applying to particular laws and statutes, another fundamentally important aspect of the report involves its identification of systemic issues that bear not only upon the increasing restriction of rights to freedom of speech and expression but also upon underlying causes. The report analyzes the institutional structures and practices that should provide protection for not only these fundamental rights of freedom of speech but all fundamental rights as expressed in the Indonesian Constitution and statutory framework.

The report eloquently and convincingly demonstrates the lack of predictability and certainly in legal outcomes in the full range of freedom of expression cases. Predictability and certainty are, of course, basic principles of legality, universally recognized as grounding the rule of law. Yet, the report shows the way in which

court decisions interpreting the relevant statutes and constitutional provisions vary widely in approach, interpretation, and results. The report acutely identifies the key factors that undermine predictability, certainty, and consistency in the application of the law. These include: (a) failure to carefully interpret statutory language that is often vague, imprecise, or ambiguous; (b) the substitution of personal opinion for clear and rigorous legal analysis of what constitutes the key elements that distinguish, for example, hate speech or defamation from protected expression; (c) lack of training and basic legal analytical tools for statutory interpretation and application of legal principles to complex factual situations; (d) failure to identify all of the required elements of crimes and clearly and accurately define those elements so that they can be consistently applied across different cases; (e) criminalization of marginalized groups whose rights the law is actually designed to protect in favor of majority beliefs, ideologies, and intolerance; (f) shortcomings in legal education and the training of judicial actors, resulting in unsound analyses, poorly reasoned judgements, and, ultimately, uncertainty, inconsistency, contradictions, and unpredictability in legal outcomes; (g) resort to executive decrees to ameliorate poor legal outcomes rather than addressing the underlying problems in legislation and judicial decisions; (h) failure to address the status of fundamental rights and protected speech by ignoring or inadequately considering them in criminal prosecutions; (i) failure to accurately apply consistent legal standards such as the 3 part test in balancing interests protected by the Constitution with interests protected by the criminal law, typically resulting in an impermissible privileging of the criminal law over the protected fundamental rights; (j) lack of an authoritative standard based upon a reasoned account of the way in which the different interests reflected in the human rights provisions of the Constitution should be weighed and applied in concrete cases.

The importance of LeIP's report on protecting freedom of expression thus goes far beyond the particular issues that inform debates about defamation or the IET law. The report should be read as a wake up call and call to action for the protection of the rule of law itself. The critiques embodied in the report involve core features of the operation of the legislative and judicial process as a whole. The report's recommendations are both specific, in pointing to particular legal issues involving protected expression, and also systemic in suggesting ways in which the institutional structures entrusted with protecting fundamental rights, and the democracy and rule of law on which they depend, require reconsideration and reform.

David Cohen

Director, Center for Human Rights and International Justice,
Stanford University

DAFTAR SINGKATAN

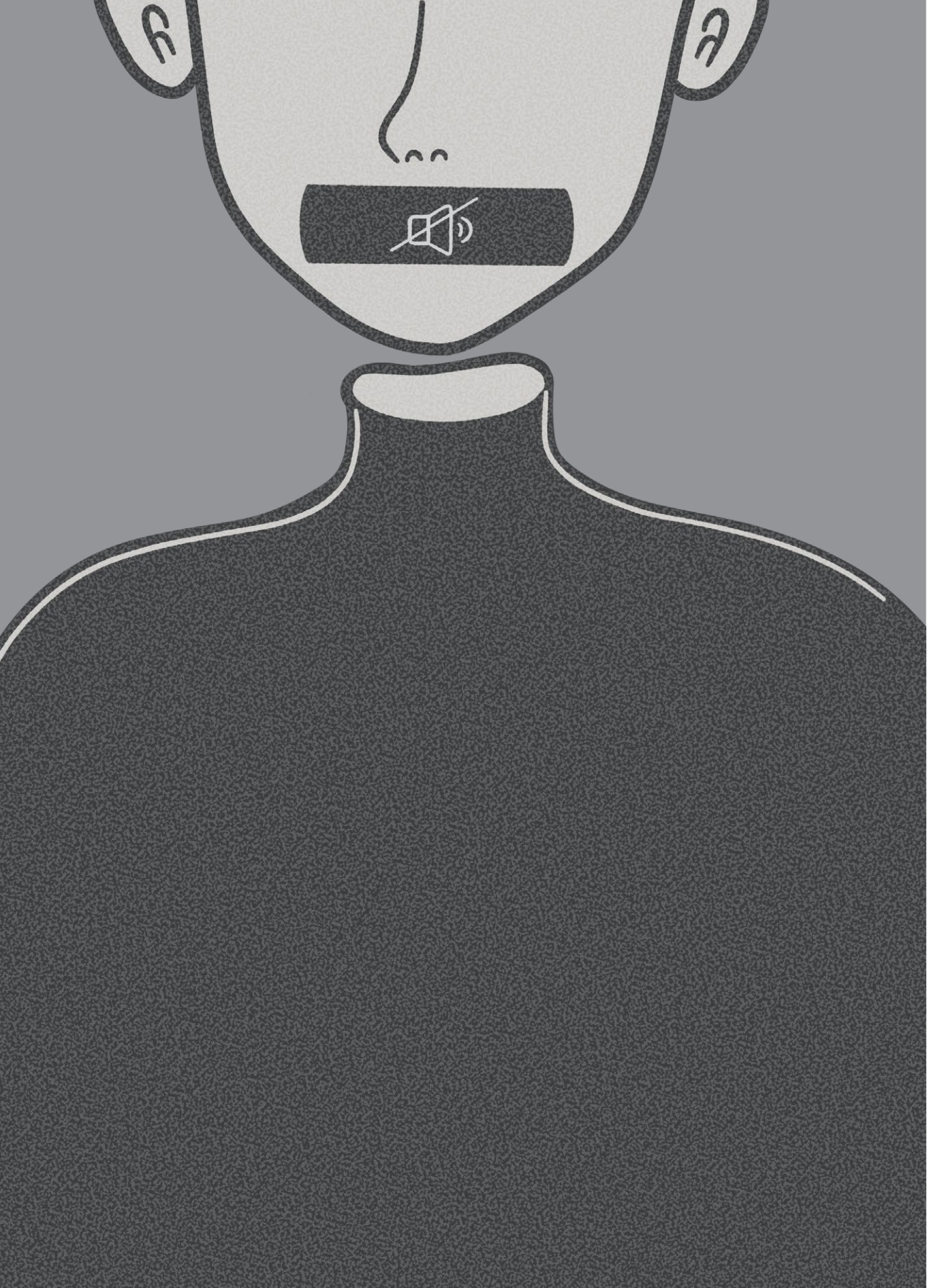
CERD	<i>Committee on the Elimination of Racial Discrimination</i>
CSIS	<i>Centre for Strategic and International Studies</i>
DUHAM	Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia
ECtHR	<i>European Court of Human Rights</i>
HAM	Hak Asasi Manusia
IACHR	<i>Inter-American Commission on Human Rights</i>
IACtHR	<i>Inter-American Court of Human Rights</i>
ICCPR	<i>International Covenant on Civil and Political Rights</i>
ICERD	<i>International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination</i>
ICJR	<i>Institute for Criminal Justice Reform</i>
<i>Johannesburg Principles</i>	<i>The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information</i>
KIHSP	Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik
Komentar Umum No. 34	Komentar Umum Nomor 34 Pasal 19: Kebebasan Beropini dan Berekspresi
Komentar Umum No. 37	Komentar Umum Nomor 37 Pasal 21: Kebebasan Berkumpul Secara Damai
KUHP	Kitab Undang-Undang Hukum Pidana
MA	Mahkamah Agung
MK	Mahkamah Konstitusi
MPR	Majelis Permusyawaratan Rakyat
MVT	<i>Memorie van Toelichting</i>
PBB	Perserikatan Bangsa-Bangsa
PN	Pengadilan Negeri
<i>Rabat Plan of Action</i>	<i>The Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence</i>

SARA	Suku, Agama, Ras dan Antar-Golongan
SE	Surat Edaran
SKB	Surat Keputusan Bersama
Sr.	<i>Wetboek van Strafrecht</i>
UU	Undang-Undang
UU HAM	Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia
UU ITE	Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik
UU Pers	Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers
UUD 1945	Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

GLOSARIUM

Prinsip Johannesburg/ <i>Johannesburg Principles</i>	Prinsip-prinsip ini diadopsi pada 1 Oktober 1995 oleh sekelompok ahli hukum internasional, keamanan nasional, dan hak asasi manusia yang berkumpul bersama berdasarkan Pasal 19, <i>International Centre Against Censorship</i> , bekerja sama dengan <i>Centre for Applied Legal Studies Universitas Witwatersrand</i> , di Johannesburg. Prinsip-prinsip ini didasarkan pada hukum dan standar-standar internasional dan regional yang berkaitan dengan perlindungan hak asasi manusia, perkembangan praktik-praktik Negara (sebagaimana dicerminkan, antara lain, dalam keputusan-keputusan pengadilan nasional), dan prinsip-prinsip umum hukum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.
Komentar Umum/General Comment	Dokumen yang disusun oleh para ahli independen PBB sebagai penjelasan terperinci mengenai bagaimana Negara harus melaksanakan dan mengoperasionalkan suatu hak.
Komite HAM PBB/ <i>United Nations Human Rights Committee</i>	Komite Independen yang berwenang mengawasi penerapan KIHSP oleh Negara-negara pihak. Komite juga berwenang menyusun Komentar Umum mengenai interpretasi hak-hak tertentu yang dijamin Kovenan.
Pelapor Khusus PBB/ <i>United Nation Special Rapporteur</i>	Ahli independen yang dipilih oleh Dewan HAM PBB untuk melaporkan dan memberi pendapat mengenai tema-tema HAM tertentu atau situasi HAM di negara tertentu. Posisi ini tidak dibayar, dan pelapor khusus memegang mandatnya selama satu periode 3 tahun dan dapat dipilih untuk satu periode lagi.
Prinsip-Prinsip Siracusa/ <i>Siracusa Principles</i>	Prinsip-prinsip tentang ketentuan pembatasan dan pengurangan hak yang diatur dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik/ <i>International Covenant on Civil and Political Rights</i> .

Rencana Aksi Rabat/ <i>Rabat</i> <i>Plan of Action</i>	Strategi pelarangan terhadap tindakan-tindakan yang menyokong kebencian berbasis kebangsaan, ras, dan agama untuk menghasut diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan.
Uji tiga tahap/ <i>three-part test</i>	Metode yang digunakan berbagai pengadilan HAM regional untuk menguji apakah pembatasan oleh negara terhadap pelaksanaan suatu hak atas kebebasan berekspresi dilakukan secara sah berdasarkan standar-standar hukum HAM. Tahapannya apakah pembatasan kebebasan berekspresi a) diatur dalam undang-undang, b) memiliki tujuan yang sah, dan c) “diperlukan dalam masyarakat yang demokratis”.
Efek Menakutkan/ <i>Chilling Effect</i>	Sebuah konsep yang digunakan untuk menjelaskan ketakutan akan masyarakat yang muncul karena ambiguitas hukum atau peraturan perundang-undangan





BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Era Reformasi tahun 1998 menandai dimulainya perubahan mendasar sistem ketatanegaraan dan penguatan demokrasi di Indonesia. Salah satu perubahan penting tersebut adalah penguatan sistem perlindungan hak asasi manusia (HAM).¹ Sejumlah regulasi dan kebijakan dibentuk,² termasuk pada pengakuan dan jaminan hak-hak asasi sebagai hak konstitusional melalui perubahan kedua UUD 1945.³ Sejalan dengan penguatan prinsip-prinsip demokrasi sistem ketatanegaraan, salah satu hak fundamental yang diakui dan dijamin adalah kebebasan berekspresi.

Hak atas kebebasan berekspresi diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan, diantaranya dalam UUD 1945,⁴ UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia,⁵ dan sejumlah peraturan perundang-undangan lainnya.⁶ Akses Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*) – selanjutnya disebut dengan “Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (KIHPSP) - pada 2005, juga memperkuat perlindungan atas kebebasan berekspresi di Indonesia.⁷ Artinya, secara normatif, jaminan kebebasan berekspresi di Indonesia semakin kuat.

Namun demikian, kebebasan berekspresi di Indonesia terus menghadapi tantangan. Berbagai peraturan perundang-undangan masa lalu masih berlaku dan belum mengalami revisi sesuai dengan prinsip-prinsip HAM, diantaranya delik

¹ Ketetapan MPR RI Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia.

² Keppres No. 85 Tahun 1998 tentang Pemberian Amnesti Dan Abolisi Kepada Beberapa Terpidana Yang Terlibat Dalam Tindak Pidana Tertentu, yang memberikan amnesti dan abolisi kepada tahanan politik yang ditahan selama era Presiden Soeharto, UU No. 2 Tahun 1999 tentang Partai Politik, UU No. 3 Tahun 1999 tentang Pemilu, UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, dan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Selain itu, Indonesia juga meratifikasi dan mengakses berbagai instrumen HAM internasional di antaranya *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment* (diratifikasi melalui UU No. 5 Tahun 1998), *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (UU No. 29 Tahun 1999), dan *International Covenant on Civil and Political Rights* (UU No. 12 Tahun 2005).

³ UUD 1945, Perubahan Kedua, Bab XA Hak Asasi Manusia, Pasal 28A-28J.

⁴ Di UUD 1945, diantaranya hak untuk mengeluarkan pendapat (Pasal 28E ayat (3)) dan hak atas informasi (Pasal 28 F).

⁵ UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 23 ayat (2).

⁶ Peraturan perundang-undangan lain di antaranya UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, UU No. 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik, UU Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan sebagaimana telah diubah dengan Perppu No. 2 Tahun 2017.

⁷ Majelis Umum PBB, *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR)/*Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik* (KIHPSP), General Assembly resolution 2200A (XXI) (16 Desember 1966), Pasal 19.

penghinaan⁸ dan berbagai aturan lain KUHP yang berdampak pada terhambatnya penikmatan hak (*enjoyment of rights*) kebebasan berekspresi.⁹ Selain itu, berbagai peraturan perundang-undangan yang dibentuk justru berdampak pada semakin buruknya perlindungan kebebasan berekspresi, misalnya UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE).¹⁰ UU ITE awalnya dibentuk untuk pemajuan perlindungan hukum di tengah meningkatnya pemanfaatan teknologi informasi dalam aktivitas masyarakat.¹¹ Namun, UU ITE juga mengatur tentang penghinaan atau pencemaran nama baik dalam Pasal 27 ayat (3) dan penyebaran rasa kebencian atau permusuhan individu dalam Pasal 28 ayat (2).

Pasal-pasal tersebut, selain perumusannya bermasalah, dalam praktiknya juga diterapkan secara eksekutif sehingga menimbulkan dampak ketakutan (*chilling effect*) bagi setiap pendapat, opini, dan ekspresi yang menggunakan sarana elektronika. *Chilling effect* ini setidaknya terbukti muncul dalam kasus Benny Handoko, Ira Simatupang, dan Muhammad Arsyad.¹² Sejumlah kasus kontroversial penerapan UU ITE terus terjadi, di antaranya kasus Muhadkly Acho, Augie Fantinus, dan Baiq Nuril Maknun. Berbagai kasus tersebut menimbulkan perdebatan di masyarakat, utamanya terkait dengan apakah ekspresi tersebut memenuhi unsur-unsur pidana dalam pasal UU ITE dan tentang perlu atau tidaknya menerapkan hukum pidana atas ekspresi yang dilakukan. Selain itu, timbul persepsi bahwa UU ITE seringkali dimanfaatkan untuk membungkam kritik terhadap pejabat publik atau mereka yang berseberangan pandangan dengan pemerintah.¹³ Dampaknya, kondisi

⁸ Delik penghinaan diatur di antaranya di dalam KUHP dan UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah dengan UU No. 19 Tahun 2016. KUHP awalnya tidak hanya mengatur penghinaan yang dilakukan individu terhadap individu lainnya, namun juga terhadap Presiden dan Wakil Presiden serta pemerintah. Namun, ketentuan-ketentuan tersebut kemudian dicabut oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusan nomor 013-022/PUU-IV/2006 dan 6/PUU-V/2007. Lihat Anggara, *Indonesia's Legal Framework on Defamation Law*, dalam *Indonesia Criminal Law Update*, Issue No. 3/2017, (Jakarta: ICJR, 2017), hal. 6-9.

⁹ Delik penghinaan di dalam KUHP diatur dalam Pasal 310. Selain penghinaan, KUHP juga mengatur delik lain yang membatasi kebebasan berekspresi seperti penghinaan terhadap penguasa umum (Pasal 207-208), fitnah (Pasal 311), penghinaan ringan (Pasal 315), pengaduan fitnah (Pasal 317), persangkaan palsu (Pasal 318), dan penghinaan terhadap orang meninggal (Pasal 320-321).

¹⁰ Telah diubah dengan UU No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Perubahan ini salah satunya dilakukan terhadap delik penghinaan dalam Pasal 27 ayat (3) yang mana perubahan ini mencakup penambahan penjelasan terhadap unsur "mendistribusikan", "mentransmisikan", dan "membuat dapat diakses" serta mengubah delik tersebut menjadi delik aduan.

¹¹ Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, hal. 48-49, diakses melalui <http://jamalwiwoho.com/wp-content/uploads/2010/10/NA-RUU-ITE.pdf> (diakses pada hari Kamis, 8 November 2019).

¹² Lihat Tobias Basuki dkk., *Unintended Consequences: Dampak Sosial dan Politik UU Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) 2008* (Jakarta: Centre for Strategic and International Studies, 2018), hal. 29-31. Lihat juga NN, "Gara-Gara Kasus Prita, Konsumen Indonesia Jadi Takut Komplain", <https://finance.detik.com/berita-ekonomi-bisnis/d-2221640/gara-gara-kasus-prita-konsumen-indonesia-jadi-takut-komplain?f9911023>, diakses pada hari Rabu, 13 November 2019.

¹³ Krisitian Erdianto, "UU ITE Sering Digunakan Untuk Bungkam Kritik", <https://nasional.kompas.com/read/2016/02/18/20230251/UU.ITE.Sering.Digunakan.untuk.Bungkam.Kritik?page=all>, diakses pada hari Jum'at, 8 November 2019).

kebebasan berekspresi di Indonesia semakin menurun¹⁴ yang mempengaruhi indeks demokrasi di Indonesia.¹⁵

Berbagai putusan pengadilan, baik terkait dengan penerapan berbagai tindak pidana di KUHP maupun UU ITE, terbukti telah berkontribusi pada memburuknya perlindungan kebebasan berekspresi di Indonesia. Sejumlah studi yang dilakukan *Centre for Strategic and International Studies (CSIS)*,¹⁶ *Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)*,¹⁷ *Human Rights Watch*,¹⁸ dan elemen masyarakat sipil lain secara umum telah menguraikan tentang ekspresi yang sah (*legitimate expression*) yang kemudian diadili dan dihukum penjara. Berbagai putusan pengadilan menunjukkan ketiadaan pertimbangan hukum yang memadai, khususnya dalam menilai apakah suatu perbuatan merupakan ekspresi yang sah dan dijamin atau memang benar-benar merupakan tindak pidana.¹⁹ Isu pokok dalam sejumlah studi tersebut adalah sejauh mana perlindungan HAM, dalam konteks ini perlindungan kebebasan berekspresi, diterapkan jika dihadapkan pada berbagai kasus-kasus konkrit yang muncul.

Meski telah banyak studi mengenai kebebasan berekspresi di Indonesia, namun pada umumnya tidak memberikan fokus terhadap aspek-aspek pertimbangan hukum dalam putusan pengadilan. Penelitian ini bermaksud untuk melihat bagaimana berbagai peraturan perundangan yang memiliki dimensi kebebasan berekspresi diterapkan dan ditafsirkan oleh hakim dalam kasus-kasus konkrit. Berangkat dari pemahaman tentang bagaimana hakim menafsirkan dan menerapkan unsur-unsur pidana yang menjerat pendapat dan ekspresi, penelitian juga bermaksud untuk menawarkan konstruksi penafsiran terhadap pasal-pasal pidana dengan berpegang pada prinsip dan kerangka hukum hak asasi manusia.

Dengan pertimbangan bahwa cakupan kebebasan berekspresi yang luas, maka

¹⁴ Aulia Rahman Nugraha, "Studi: Kebebasan Internet di Indonesia Menurun", <https://kumparan.com/kumparantech/studi-kebebasan-internet-di-indonesia-menurun-1sCYz3cV1FX>, diakses pada hari Rabu, 13 November 2019.

¹⁵ Indeks Demokrasi Indonesia (IDI) menurut Indikator selama 2009-2017, khusus untuk indikator yang terkait kebebasan berekspresi dan berpendapat angkanya fluktuatif dari tahun ke tahun, namun trennya cenderung menurun. Untuk indikator "Ancaman/penggunaan kekerasan oleh aparat pemerintah yang menghambat kebebasan berpendapat" angka di tahun 2009 berada pada 83,43 sementara pada tahun 2017 menurun ke 68,87. Sementara itu, untuk indikator "Ancaman/penggunaan kekerasan oleh masyarakat yang menghambat kebebasan berpendapat" pada tahun 2009 berada pada angka 86,67 dan pada tahun 2017 menurun ke angka 51,47. Lihat Badan Pusat Statistik, "Indeks Demokrasi Indonesia (IDI) Menurut Indikator 2009-2017", <https://www.bps.go.id/dynamic/table/2017/12/21/1276/indeks-demokrasi-indonesia-idi-menurut-indikator-2009-2016>, diakses pada hari Rabu, 13 November 2019).

¹⁶ Tobias Basuki dkk..., *Loc. Cit.*

¹⁷ Anggara dkk., *Menimbang Ulang Pasal 27 ayat (3) UU ITE dalam Putusan Pengadilan*, (Jakarta: ICJR, 2016).

¹⁸ Christen Broecker, *Turning Critics Into Criminals* (New York: Human Rights Watch, 2010).

¹⁹ Anggara dkk..., *Loc. Cit.*

penelitian ini akan memfokuskan pada penelitian putusan pengadilan atas perbuatan-perbuatan tertentu, yakni: penghinaan/pencemaran nama baik, ekspresi politik, dan berita bohong (*hoax*). Analisis yang akan digunakan dalam mengkaji berbagai putusan ini adalah kerangka hukum pidana dan kerangka hak asasi manusia (*human rights framework*) yang terkait dengan kebebasan berekspresi berdasarkan konstitusi, kerangka hukum HAM nasional dan internasional.

Pada akhirnya, hasil penelitian ini diharapkan akan memberikan gambaran yang lebih komprehensif tentang kasus-kasus kebebasan berekspresi serta memberikan berbagai rekomendasi untuk memperkuat perlindungan kebebasan berekspresi di Indonesia melalui penafsiran yang lebih ketat dan berbasis pada kerangka hukum HAM. Secara khusus, penelitian ini akan menyediakan bahan bagi penegak hukum untuk memahami dan menerapkan secara cermat pasal-pasal yang bersinggungan dengan kebebasan berekspresi serta melengkapi perspektif dan pengetahuan bagi hakim, praktisi hukum, akademisi, dan organisasi masyarakat sipil dalam upaya pemajuan dan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi.

1.2. Pertanyaan Penelitian

Penelitian ini akan menjawab pertanyaan kunci sebagai berikut:

- a. Bagaimana kerangka hukum HAM nasional dan internasional mengatur perlindungan hak atas kebebasan berekspresi?
- b. Bagaimana interpretasi hakim di Indonesia terhadap pasal-pasal tindak pidana berdimensi kebebasan berekspresi dan implikasinya terhadap perlindungan hak atas kebebasan berekspresi?
- c. Bagaimana kerangka hukum dan HAM dapat diaplikasikan dalam penafsiran unsur-unsur pidana Indonesia untuk melindungi hak atas kebebasan berekspresi?

1.3. Metode Penelitian

Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan di atas, penelitian ini melihat aspek-aspek yang melingkupi hak atas kebebasan berekspresi, di antaranya adalah mengenai jaminan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi, jenis-jenis hak atas kebebasan berekspresi, serta perumusan pasal-pasal dari berbagai peraturan di tingkat nasional yang membatasi kebebasan berekspresi. Di samping itu, Tim Peneliti juga menganalisis ragam penafsiran yang dilakukan pengadilan atas pasal-pasal tersebut, demografi individu yang menyampaikan ekspresi dan pihak yang merasa dirugikan atas ekspresi tersebut, hingga jenis-jenis hukuman pidana yang dijatuhkan terhadap individu yang menyampaikan ekspresi.

Mengingat penelitian ini bertujuan untuk memahami dan menganalisis kerangka

hukum dan penerapan jaminan hak atas kebebasan berekspresi di Indonesia, khususnya melalui putusan hakim, maka penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum doktrinal. Sumber data utama yang digunakan dalam penelitian ini adalah berbagai instrumen hukum dan HAM nasional dan internasional, serta putusan-putusan Hakim terkait kasus-kasus pidana dalam ranah kebebasan berekspresi. Sebagai rujukan pelengkap, penelitian ini juga menggunakan informasi hasil wawancara kepada hakim, praktisi hukum, ahli hukum dan HAM, serta individu yang pernah menjalani proses peradilan karena mengemukakan ekspresinya. Sedangkan sumber data pendamping berupa jurnal, artikel ilmiah laporan, hasil studi organisasi masyarakat sipil, serta literatur-literatur lainnya.

Pada awal penelitian, Tim Peneliti berusaha untuk membatasi cakupan pembahasan dalam penelitian ini mengingat luasnya ruang lingkup pembahasan hak atas kebebasan berekspresi. Tim Peneliti kemudian melakukan *Focus Group Discussion* bersama beberapa penggiat hak atas kebebasan berekspresi untuk mengetahui isu-isu terkait hak kebebasan berekspresi yang masih sering menimbulkan permasalahan dalam peradilan Indonesia. Dari pertemuan tersebut, Tim Peneliti memutuskan untuk memfokuskan penelitian ini pada hak kebebasan berekspresi dalam perkara-perkara penghinaan terhadap orang, badan hukum, dan penguasa/badan umum, baik yang diatur dalam KUHP, maupun UU ITE, ujaran kebencian, dan kejahatan terhadap keamanan negara. Oleh karena itu, seluruh sumber data dan analisis yang digunakan dalam penelitian ini hanya akan mengacu pada ketentuan dan penerapan hak atas kebebasan berekspresi dalam konteks penghinaan terhadap orang, badan hukum, dan penguasa/badan umum, ujaran kebencian, dan kejahatan terhadap keamanan negara.

Terkait dengan data putusan, Tim Peneliti menggunakan putusan-putusan di pengadilan Indonesia, negara-negara lain, dan lembaga peradilan HAM regional di benua Eropa, Afrika, dan Amerika sebagai bahan analisis dalam penelitian ini. Untuk putusan pengadilan di Indonesia, Tim Peneliti menganalisis 80 putusan, yang terdiri dari 5 putusan Mahkamah Konstitusi, 50 putusan Pengadilan Negeri (PN), 6 putusan Pengadilan Tinggi (PT), dan 19 putusan Mahkamah Agung (MA). Untuk putusan badan-badan peradilan di bawah Mahkamah Agung (PN, PT, dan MA), Tim Peneliti memilih putusan-putusan pengadilan terkait dengan fokus penelitian yang tersedia pada Direktori Putusan Mahkamah Agung, <https://putusan3.mahkamahagung.go.id/beranda.html> dengan rentang waktu sejak reformasi 1998 hingga 2021.

Dalam menentukan putusan-putusan yang menjadi sumber data, Tim Peneliti awalnya bermaksud memilih kasus-kasus yang putusannya tersedia lengkap dari pengadilan tingkat pertama hingga tingkat kasasi. Namun, pada pelaksanaannya, Tim Peneliti menghadapi kesulitan menemukan kasus dengan kriteria tersebut

karena ketidaklengkapan data putusan yang tersedia pada Direktori Putusan Mahkamah Agung, sehingga Tim Peneliti memilih berfokus pada putusan yang memiliki pertimbangan hukum yang cukup untuk dapat dianalisis. Selain itu, pada dasarnya terdapat putusan-putusan lain dalam perkara penghinaan terhadap orang, badan hukum, dan penguasa/badan umum, ujaran kebencian, dan kejahatan terhadap keamanan negara di Indonesia yang tidak dimasukkan dalam penelitian ini. Namun, dikarenakan penelitian ini tidak bertujuan untuk menunjukkan data statistik tertentu dan lebih menekankan pada penjabaran varian bentuk ekspresi dan pertimbangan Hakim dalam perkara-perkara tersebut, maka tidak semua putusan-putusan tersebut dijabarkan dalam penelitian ini dan Tim Peneliti hanya memilih putusan-putusan tersebut secara acak untuk kemudian dianalisis dalam penelitian ini. Putusan-putusan dalam penelitian ini tidak menggambarkan keterwakilan dari seluruh putusan yang ada, baik secara jumlah, maupun kualitas pertimbangannya.

Untuk memperkaya pembahasan, Tim Peneliti juga menganalisis putusan-putusan pengadilan yang terkait fokus penelitian ini di negara-negara lain, seperti Amerika Serikat, Selandian Baru, dan Australia, serta 35 putusan lembaga peradilan HAM regional, baik di benua Eropa, Afrika, dan Amerika. Selain itu, Tim Peneliti menjabarkan pula 14 keputusan Komite HAM PBB dan Komite Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (CERD) dalam perkara sengketa pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi di tingkat internasional. Tujuan pembahasan putusan-putusan ini adalah untuk mengetahui penerapan prinsip-prinsip HAM terkait hak atas kebebasan berkespresi, khususnya dalam putusan atas perkara-perkara penghinaan terhadap orang, badan hukum, dan penguasa/badan umum, ujaran kebencian, dan kejahatan terhadap keamanan negara.

Penggunaan Istilah

Dalam penelitian ini, **penghinaan adalah suatu terminologi payung atas berbagai tindak pidana berbeda yang diatur di KUHP**. Di dalam KUHP, terminologi “penghinaan” menjadi judul Bab XVI (enam belas) di mana di dalamnya terdapat tindak pidana pencemaran/penistaan (Pasal 310 KUHP), fitnah (Pasal 311 KUHP), penghinaan ringan (Pasal 315 KUHP), pengaduan fitnah (Pasal 317 KUHP), persangkaan palsu (Pasal 318 KUHP), pencemaran/penistaan terhadap orang meninggal (Pasal 320 KUHP), dan penyebaran pencemaran/penistaan terhadap orang meninggal (Pasal 321 KUHP).

Perbuatan-perbuatan yang berkonteks penghinaan dalam KUHP juga diatur di luar Bab XVI. Terminologi “penghinaan” atau “menghina” sebagai suatu unsur tindak pidana setidaknya dapat ditemukan dalam Pasal 142 KUHP (penghinaan terhadap raja atau kepala negara sahabat), Pasal 144 KUHP (penyebaran penghinaan terhadap raja atau kepala negara sahabat), Pasal 207 KUHP (penghinaan terhadap

penguasa atau badan umum), dan Pasal 208 KUHP (penyebaran penghinaan terhadap penguasa atau badan umum).

Oleh sebab itu, dalam penelitian ini akan menyebutkan nama delik secara spesifik ketika merujuk tindak pidana tertentu, misalnya pencemaran/penistaan, fitnah, dan sebagainya, yang terdapat di dalam Bab XVI Penghinaan dalam KUHP. Dalam hal terdapat penyebutan terminologi “penghinaan”, maka hal tersebut merujuk secara umum kepada keseluruhan bab penghinaan dan perbuatan penghinaan lain dalam KUHP.

Lebih lanjut lagi, penelitian ini menggunakan terminologi “pencemaran” atau “penistaan” untuk merujuk kepada tindak pidana yang sama yang diatur Pasal 310 KUHP dan pasal-pasal lain yang menyebutkan istilah pencemaran atau penistaan. Terminologi “pencemaran” datang dari penerjemahan KUHP yang dilakukan oleh Prof. Moeljatno, sementara itu istilah “penistaan” digunakan dalam KUHP terjemahan R. Soesilo. Kedua istilah ini akan digunakan secara bergantian sepanjang tulisan ini, namun keduanya tetap merujuk kepada makna yang sama yaitu kejahatan yang diatur Pasal 310 KUHP.

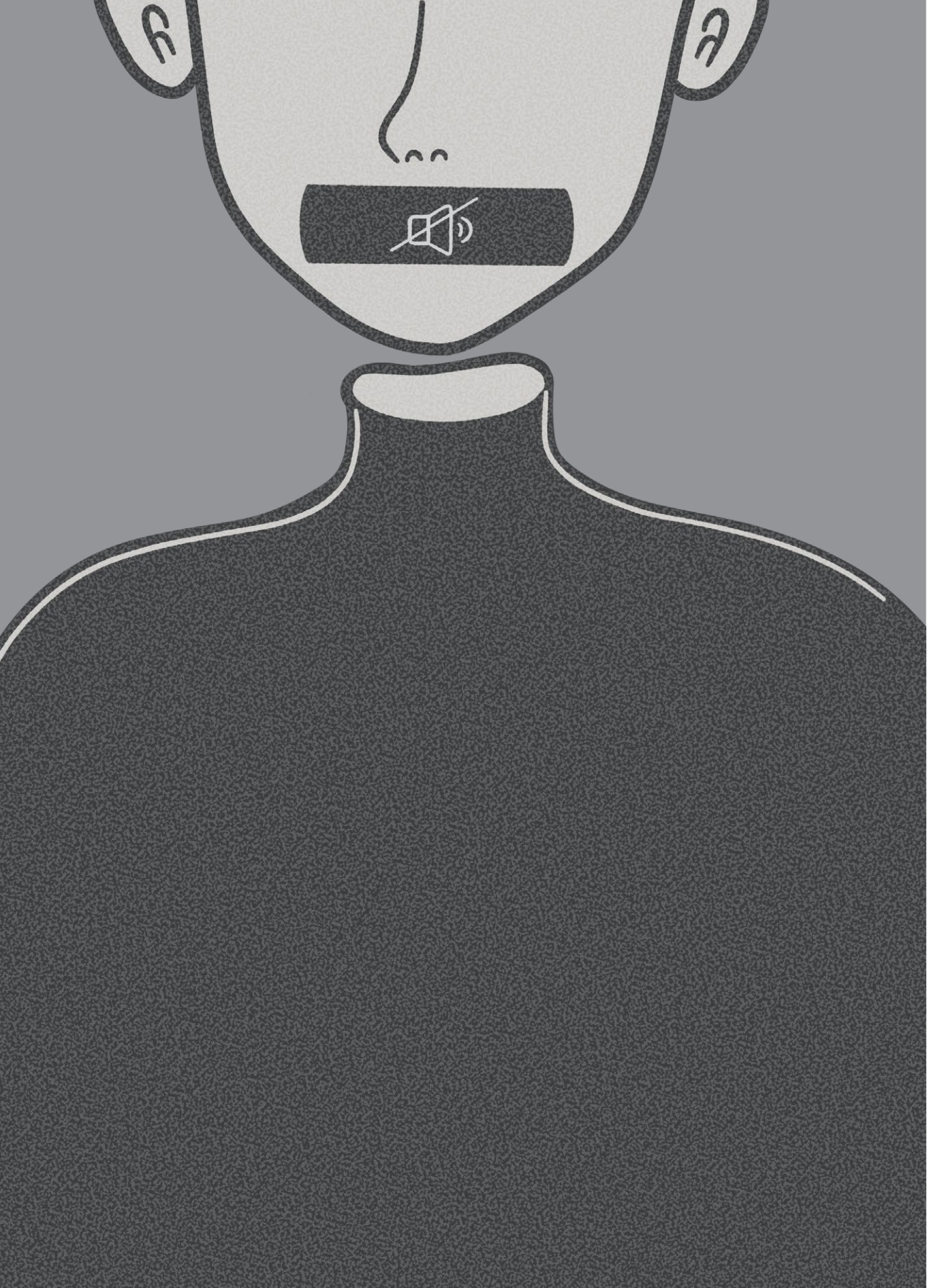
Istilah “pencemaran nama baik” sebenarnya dari awal tidak digunakan sebagai terminologi hukum. Sebagaimana telah dijelaskan dalam paragraf sebelumnya, istilah yang digunakan dalam KUHP adalah “pencemaran” atau “penistaan.” Dalam praktiknya, “pencemaran nama baik” adalah terminologi yang sering digunakan dalam percakapan di ranah publik untuk merujuk perbuatan yang diatur Pasal 310 KUHP. Istilah ini juga dipakai sebagai rumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE yang dalam penjelasannya makna “pencemaran nama baik” juga merujuk kepada ketentuan Pasal 310 KUHP. Oleh karena itu, istilah “pencemaran nama baik” tidak akan digunakan dalam tulisan ini kecuali dalam hal kutipan-kutipan langsung dari bahan rujukan, sehingga hanya istilah “pencemaran” atau “penistaan” yang akan digunakan.

1.4. Kerangka Penulisan

Penelitian ini disusun ke dalam 6 bab yang terbagi menjadi:

- a. Bab I: Pendahuluan. Bab ini membahas latar belakang dilakukannya penelitian terhadap kondisi kebebasan berekspresi di Indonesia serta tujuan yang diharapkan dari penelitian ini. Selain itu, di dalam bab ini akan dijelaskan juga metode penelitian yang digunakan, sumber-sumber data yang dijadikan referensi, serta lingkup kebebasan berekspresi yang menjadi fokus pembahasan.
- b. Bab II: Kerangka Hukum Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi. Bab ini menguraikan konsep kebebasan berekspresi dalam perspektif HAM

- serta berbagai peraturan di tingkat nasional yang menjadi justifikasi untuk melakukan pembatasan atas hak tersebut. Pembahasan dalam bab ini juga mencakup instrumen hukum HAM internasional dalam pembatasan kebebasan berekspresi, termasuk pendapat ahli dan putusan pengadilan HAM dengan yurisdiksi regional. Berbagai instrumen hukum dan HAM ini akan menjadi kerangka analisis dalam melihat berbagai persoalan dalam putusan hakim.
- c. Bab III: Kebebasan Berekspresi dan Penghinaan. Bab ini menjabarkan persinggungan antara penghinaan dan perlindungan terhadap hak atas kebebasan berekspresi dengan melakukan telaah atas putusan-putusan pengadilan dalam perkara-perkara penghinaan. Penjabaran bab ini dimulai dengan memberikan gambaran hubungan antara perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dan tindak pidana penghinaan dan menguraikan pasal-pasal penghinaan dalam peraturan perundang-undangan Indonesia. Bab ini juga menguraikan tren perkembangan pengaturan dan tren kasus-kasus penghinaan dan hubungannya dengan perlindungan kebebasan berekspresi.
 - d. Bab IV: Tindak Pidana Ujaran Kebencian dan Permusuhan di Ranah *Online*. Bab ini membahas tentang kebebasan berekspresi dalam hubungannya dengan tindak pidana terkait “ujaran kebencian” (*hate speech*) dan “permusuhan” sebagaimana diatur dalam hukum pidana dan hukum HAM di Indonesia serta hukum HAM internasional. Bagian ini diawali dengan konteks masalah “ujaran kebencian” dan hubungannya dengan kebebasan berekspresi, yang dilanjutkan dengan analisis sejumlah pengaturan dan putusan pengadilan terkait tindak pidana tentang “ujaran kebencian”.
 - e. Bab V: Ekspresi Politik dan Kejahatan Terhadap Keamanan Negara. Bab ini membahas pelaksanaan ekspresi politik di Indonesia yang seringkali bersinggungan dengan ketentuan pidana, yaitu kejahatan terhadap keamanan negara, khususnya tindak pidana makar. Bab ini menjabarkan analisis terhadap penafsiran hakim dalam putusan-putusan terkait tindak pidana tersebut dari sisi hukum pidana di Indonesia dan ketentuan-ketentuan HAM yang berlaku secara universal. Dari sisi hukum pidana, analisis dilakukan menurut sejarah pengaturan tindak pidana makar dan konsep pasal-pasal lain yang terkait dengan tindak pidana makar, sedangkan analisis dalam konteks HAM dilakukan menurut pelaksanaan ekspresi politik berdasarkan ketentuan-ketentuan hak atas kebebasan berekspresi (*freedom of expression*) dan hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*).
 - f. Bab VI: Kesimpulan dan Rekomendasi. Bab ini menjelaskan kesimpulan dari berbagai temuan permasalahan yang diperoleh dalam penelitian ini serta merumuskan rekomendasi-rekomendasi yang perlu diperhatikan oleh pihak-pihak yang terkait dalam memahami, menghadapi, atau menyelesaikan kasus-kasus terkait kebebasan berekspresi, khususnya dalam perkara penghinaan terhadap orang, badan hukum, dan penguasa/badan umum, ujaran kebencian, dan kejahatan terhadap keamanan negara.





BAB II

KERANGKA HUKUM KEBEBASAN BERPENDAPAT DAN BEREKSPRESI

Bagian ini menguraikan kerangka pengaturan hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi dalam hukum HAM internasional dan hukum nasional. Dalam membahas konsep kebebasan berpendapat dan berekspresi, penting untuk merujuk hukum HAM internasional, yang selain hukum-hukum HAM internasional tersebut dibentuk bersama oleh masyarakat internasional, Indonesia juga merupakan salah anggota PBB sehingga memiliki kewajiban untuk melaksanakan berbagai perjanjian HAM internasional yang diterima oleh Indonesia, termasuk KIHSP yang telah diratifikasi oleh Indonesia.²⁰

2.1. Hukum HAM Internasional

2.1.1. Kerangka Pengaturan

Hak berpendapat dan berekspresi diakui dan dijamin dalam berbagai instrumen HAM internasional dan regional, yang dituangkan dalam berbagai perjanjian internasional dan bersifat *hard law* yang mengikat secara hukum. Hukum HAM internasional yang *soft law*, juga yang menyediakan kerangka pengaturan, cakupan, dan penafsiran kebebasan berpendapat dan berekspresi, di antaranya dalam Komentar Umum PBB sebagai dokumen tentang prinsip-prinsip yang melengkapi interpretasi aturan mengenai suatu hak. Selain itu, yurisprudensi internasional dan regional dari berbagai putusan Pengadilan HAM Eropa dan Inter-Amerika juga memberi gambaran perkembangan interpretasi suatu hak, termasuk hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi.

Kebebasan berpendapat dan berekspresi diatur dalam Pasal 19 DUHAM, yang menyatakan “setiap orang memiliki hak atas kebebasan beropini dan berekspresi; hak ini mencakup kebebasan untuk memiliki opini tanpa intervensi dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan informasi dan ide melalui media apapun dan tanpa batasan.”²¹ Pengaturan lebih detail terdapat dalam Pasal 19 KIHSP:

1. Setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan.
2. Setiap orang berhak atas kebebasan untuk berekspresi; hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari media yang digunakan, baik secara lisan, tertulis, atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya.
3. Pelaksanaan hak-hak yang dicantumkan 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:

²⁰ UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik.

²¹ Majelis Umum PBB, *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)/Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM)*, General Assembly resolution 217 A (10 Desember 1948), Pasal 19.

- (a) Menghormati hak atau nama baik orang lain;
- (b) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral publik.

Kebebasan berpendapat dan berekspresi juga terkandung dalam pasal-pasal lain di KIHSP, yaitu Pasal 18 (kebebasan beragama dan berkeyakinan), Pasal 17 (hak atas privasi), Pasal 25 (hak untuk berpartisipasi dalam pemerintahan dan pemilu), dan Pasal 27 (hak minoritas). Artinya, pengakuan dan jaminan hak kebebasan berpendapat dan berekspresi juga integral dalam penikmatan berbagai hak lain, misalnya terkait dengan hak atas kebebasan berkumpul dan berserikat serta dalam pelaksanaan hak untuk memilih.

Berbagai perjanjian HAM internasional lainnya juga mengatur kebebasan berpendapat dan ekspresi. Sebagai contohnya adalah Pasal 13 *International Convention on the Protection of the Rights of Migrant Workers and Members of Their Families/CMW* (Konvensi Internasional tentang Hak Buruh Migran dan Keluarganya) dengan perumusan yang mirip dengan KIHSP, namun menambah dasar atau alasan pembatasan yang diperbolehkan yaitu: untuk mencegah propaganda perang; dan mencegah setiap advokasi kebencian berdasarkan kebangsaan, ras atau agama yang berbentuk hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan. Selain itu, juga dalam Pasal 12 *Convention of the Rights of Child/CRC* (Konvensi tentang Hak-Hak Anak), yang menyatakan negara harus memastikan bahwa anak-anak yang mampu membentuk pandangannya sendiri dapat mengekspresikan pandangan tersebut dengan bebas dan pandangan tersebut dipertimbangkan sesuai dengan usia dan kedewasaan anak tersebut. Kedua instrumen HAM ini telah diratifikasi oleh Indonesia.

Di tingkat kawasan, berbagai instrumen HAM tingkat regional/kawasan juga mengakui dan menjamin kebebasan berpendapat dan berekspresi. Di wilayah Eropa, diatur dalam Pasal 10 *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1950). Di kawasan benua Amerika hak ini diatur dalam Pasal 4 *American Declaration of the Rights and Duties of Man* (1948) dan Pasal 13 *American Convention on Human Rights* (1981), (iii) Afrika, serta di Afrika melalui Pasal 9 *African Charter on Human and Peoples' Rights* (1981). Sementara di kawasan Asia Tenggara, diatur dalam Pasal 23 *ASEAN Human Rights Declaration* Indonesia turut mengakui dan menandatangani *ASEAN Human Rights Declaration* tersebut.

2.1.2. Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi

2.1.2.1. Tanggung Jawab Negara

Hak berpendapat dan berekspresi merupakan salah satu pilar demokrasi serta

salah satu sarana dalam memastikan penghormatan terhadap hak-hak asasi lainnya.²² Komite HAM PBB (selanjutnya Komite HAM), yang mengawasi pelaksanaan KIHSP oleh negara-negara pihak, dalam Komentar Umum No. 34²³ tentang Pasal 19 KIHSP menyatakan kedua kebebasan tersebut penting dalam merealisasikan prinsip-prinsip transparansi dan akuntabilitas yang penting untuk pemajuan dan perlindungan HAM.

Komite HAM menyatakan bahwa setiap cabang kekuasaan Negara (eksekutif, legislatif, dan yudikatif) serta otoritas publik atau pemerintahan lainnya di semua tingkatan (nasional, regional dan lokal) mempunyai kewajiban melakukan penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan HAM atas hak-hak yang dijamin dalam KIHSP. Kewajiban Negara ini termasuk melindungi warga negara dari tindakan orang atau pihak non-negara yang akan mengganggu penikmatan kebebasan berpendapat dan berekspresi, sepanjang hak tersebut bisa diterapkan dalam hubungan antar individu atau badan privat.²⁴

Negara berkewajiban menghormati dan memastikan bahwa hak ini diterapkan tanpa diskriminasi, melakukan langkah untuk memperkuat pengaturan yang menjamin hak, dan dalam hak terjadi pelanggaran harus memastikan adanya pemulihan yang efektif kepada korban, baik melalui mekanisme yudisial, administratif, legislatif maupun mekanisme lain yang diperlukan.²⁵ Dalam pelaporan rutin negara pihak kepada Komite HAM, disyaratkan untuk mencakup juga peraturan domestik yang relevan, praktek administratif, putusan pengadilan dan praktik-praktik sektoral lainnya yang berkaitan dengan kebebasan berpendapat dan berekspresi, serta informasi mengenai pemulihan yang tersedia ketika terjadi pelanggaran hak.²⁶ Hal ini berarti, putusan pengadilan dan institusi peradilan merupakan salah satu penyedia pemulihan hak, menjadi bagian penting dari penerapan kebebasan ini oleh negara, selain bahwa keduanya menjadi aspek yang disorot oleh Komite HAM dalam menilai kinerja negara terkait pemenuhan hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat.

2. 1.2.2. Cakupan Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi

1) Kebebasan Berpendapat

Hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi, sebagaimana diatur dalam Pasal 19 KIHSP merupakan hak yang dapat dibatasi dengan alasan-alasan yang sah (*legitimate*). Namun, Pasal 4 KIHSP dan pendapat Komite HAM menyatakan

²² Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR, "Pasal 19: Kebebasan Atas Berpendapat dan Berekspresi"*, CCPR/C/GC/34 (12 September 2011), par. 1.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, par. 8.

²⁵ Majelis Umum PBB...*ICCPR...*, *Op. Cit.*, Pasal 2.

²⁶ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Loc. Cit.*

bahwa terdapat elemen-elemen dalam Pasal 19 yang tidak boleh dikurangi atau diderogasi pelaksanaannya, yakni kebebasan berpendapat (*opinion*), sehingga kebebasan berpendapat ini tidak bisa dikurangi, dikecualikan atau dibatasi dalam keadaan apapun termasuk ketika negara sedang dalam keadaan darurat.²⁷

Kebebasan berpendapat mencakup hak untuk menyatakan atau tidak menyatakan, mengubah pendapat (opini) kapanpun dan apapun alasannya, sehingga tidak boleh ada seorangpun yang dikurangi hak-haknya karena opininya, baik aktual, yang disangkakan atau didugakan. Semua bentuk pendapat dilindungi, termasuk opini politik, ilmiah, sejarah, moral atau keagamaan. Setiap bentuk pemaksaan untuk memiliki atau tidak memiliki suatu opini dilarang. Kriminalisasi opini tertentu, serta intimidasi, pelecehan, atau stigmatisasi seseorang, termasuk penangkapan, penahanan, pengadilan atau pemenjaraan karena opini yang dimiliki seseorang, termasuk pelanggaran hak kebebasan berpendapat.²⁸

2) Kebebasan Berekspresi

Kebebasan berekspresi mencakup berbagai ekspresi, di antaranya mengekspresikan pandangan pribadi dan ekspresi dalam beragam topik dan medium, misalnya ekspresi (termasuk diskusi) politik, seni (artistik), simbolik, serta keagamaan seperti pengajaran agama, dakwah atau diskusi tentang agama dan keyakinan. Dalam berbagai konteks, tidak tertutup kemungkinan iklan komersil juga termasuk dalam lingkup kebebasan berekspresi.²⁹

Kebebasan berekspresi juga berkaitan dengan hak untuk berpartisipasi dalam urusan publik dan hak untuk ikut serta dalam pemilu, sehingga penting menjamin komunikasi yang bebas tentang informasi dan ide mengenai isu politik antar warga negara, calon yang dipilih dan wakil rakyat terpilih. Hal ini juga menyangkut pers dan media yang bebas yang dapat mengomentari isu publik dan memberikan informasi kepada publik tanpa sensor atau batasan.

3) Hak atas Informasi

Kebebasan berekspresi juga mencakup hak atas informasi,³⁰ di antaranya mengakses informasi yang dipegang badan publik³¹ terlepas dari bentuknya, di mana informasi itu disimpan, sumbernya, dan kapan informasi tersebut dibuat. Hak ini juga menjamin hak bagi media untuk mengakses informasi isu-isu publik serta hak masyarakat umum untuk menerima informasi dari media. Tindakan pembredelan atau pemberangusan pers dan praktik sensor dilarang dan

²⁷ *Ibid.*, par. 5.

²⁸ *Ibid.*, par. 9-10.

²⁹ *Ibid.*, par. 11.

³⁰ Majelis Umum PBB.../CCPR..., *Op. Cit.*, Pasal 19 ayat (2).

³¹ Badan publik adalah semua cabang pemerintahan termasuk badan semi-negara dan entitas lain yang menjalankan fungsi pemerintahan.

jaminan kebebasan pers meliputi jaminan hak-hak jurnalis, kerja jurnalistik untuk mendapatkan akses informasi, kebebasan editorial, serta kebebasan mendirikan usaha penerbitan maupun penyiaran.

Hak atas informasi juga berarti bahwa setiap orang memiliki hak untuk mendapatkan informasi dalam bentuk yang dapat dipahami, serta informasi apa saja yang disimpan secara otomatis dalam berkas data dan kegunaannya. Setiap orang harus bisa mendapatkan informasi mengenai data-data dirinya yang dipegang atau dikontrol oleh badan-badan otoritas publik atau privat. Dalam hal suatu data berkas mengandung data pribadi yang tidak tepat dan tidak relevan atau diperoleh atau diproses secara bertentangan dengan hukum, setiap orang harus memiliki hak untuk mengoreksi datanya.

Hak atas informasi mencakup berbagai ranah, termasuk informasi dalam proses peradilan. Berkaitan dengan peradilan, hak atas informasi diantaranya mencakup hak seseorang yang dituduh melakukan tindak pidana untuk segera mengetahui fakta, tuduhan, dan hukum yang dikenakan padanya, mendapatkan semua materi bukti yang akan digunakan dalam persidangan, serta hak-hak lain berdasarkan prinsip-prinsip *fair trial*. Publik juga berhak untuk mendapatkan informasi waktu dan tempat persidangan.³²

Pemenuhan hak atas informasi agar efektif, maka Negara harus menyediakan informasi, termasuk informasi Pemerintah, yang terkait kepentingan publik dan harus bisa diakses dengan mudah, cepat, efektif dan praktis. Hal ini mensyaratkan adanya regulasi tentang prosedur mendapatkan informasi publik dan penerapannya. Dalam hal adanya biaya untuk mendapatkan informasi, harus dalam batas yang tidak membatasi akses informasi. Badan-badan yang berwenang juga harus memberikan alasan ketika permintaan informasi ditolak serta adanya mekanisme banding atas tidak adanya respon atau penolakan akses atas informasi.

4) Ekspresi di Ranah Daring (*online*)

Seiring perkembangan teknologi informasi dan penggunaan medium internet, telah pula berkembang standar dan norma pengaturan tentang perlindungan kebebasan berekspresi di ranah daring. Pelapor Khusus PBB untuk Kemajuan dan Perlindungan Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi David Kaye dalam laporannya tahun 2015 menyebutkan secara khusus internet memiliki nilai yang amat penting bagi kebebasan berekspresi oleh karena internet dapat menyebarkan pendapat dan melipatgandakan informasi ke dalam jangkauan setiap orang yang memiliki akses terhadapnya.³³

³² Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 18, 31, 28, 31, dan 33.

³³ Dewan HAM PBB, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye, A/HRC/29/32* (22 Mei 2015), par. 11.

Perkembangan ini di antaranya terkait dengan akses internet, sebagai bagian dari akses atas informasi, sebagaimana resolusi Dewan HAM yang menegaskan pentingnya promosi, proteksi, dan penikmatan HAM atas internet yang menekankan bahwa akses atas internet menjadi hak setiap orang sehingga harus dijamin dan dilindungi. Sejumlah negara telah mengatur bahwa hak akses atas internet, sebagai bagian dari hak atas informasi, adalah hak asasi manusia sehingga muncul kewajiban bagi negara untuk memenuhinya.

Selain itu, standar norma perlindungan ekspresi di ranah daring adalah setiap orang berhak menerima perlindungan yang sama atas kebebasan berekspresi yang dilakukan baik di ranah luring (*offline*) maupun daring (*online*). Majelis Umum PBB,³⁴ Dewan HAM PBB³⁵, dan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berekspresi, juga telah berulang kali menekankan bahwa jaminan perlindungan atas hak-hak yang digunakan di medium luring berlaku pula terhadap penggunaan di medium daring, termasuk penggunaan hak atas kebebasan berekspresi. Dapat disimpulkan bahwa perlindungan hak atas kebebasan berekspresi di ranah daring sama pentingnya dengan perlindungan kebebasan berekspresi di ranah luring dikarenakan fungsi internet yang sangat membantu setiap orang dalam menyampaikan pendapat dan mendapatkan atau menyebarkan informasi

2.1.2.3. Pembatasan Kebebasan Berekspresi

Pasal 19 ayat (3) KIHSP mengatur alasan-alasan pembatasan kebebasan berekspresi yang diperbolehkan (*permissible limitations/restrictions*). Pembatasan harus diatur dalam hukum (*prescribed by law*) dengan alasan pembatasan untuk: (i) menghormati hak atau reputasi orang lain; (ii) melindungi keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan atau moral publik. Pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan apabila lolos uji keterpaksaan (*necessity*) dan proporsional, serta hanya dapat dilakukan untuk tujuan yang sesuai dengan peruntukannya dan harus secara langsung berkaitan dengan kebutuhan khusus yang melahirkan pembatasan itu sendiri.³⁶

Dalam melaksanakan pembatasan, Negara harus melakukan dengan cara atau mekanisme yang tidak membahayakan hak (ekspresi) tersebut.³⁷ Pembatasan harus tetap selaras dengan Pasal 5 ayat (1) KIHSP, bahwa tidak ada satupun peraturan dalam KIHSP yang dapat diartikan sebagai pembenaran bagi Negara, kelompok atau individu untuk melakukan tindakan yang bertujuan melanggar hak dan kebebasan atau melakukan pembatasan melebihi yang diatur.

³⁴ Majelis Umum PBB, *The right to privacy in the digital age*, General Assembly Resolution 68/167, A/RES/68/167 (21 Januari 2014), hal. 2.

³⁵ Dewan HAM PBB, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, Human Rights Council Resolution 26/13, A/HRC/RES/26/13 (14 Juli 2014), hal. 2.

³⁶ *Ibid.*, par. 22.

³⁷ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 21.

Keabsahan suatu pembatasan kebebasan berekspresi dapat dilakukan dengan model pengujian tiga tahap (*three-part test*),³⁸ sebagai model yang digunakan berbagai institusi HAM, termasuk Komite HAM PBB³⁹ dan Pengadilan HAM Eropa (*European Court of Human Rights*).⁴⁰ *Three-part test* ini berguna untuk mempelajari apakah pembatasan sudah sesuai dengan KIHSP dan apakah hukum nasional yang berlaku ketika membatasi kebebasan berekspresi sudah sah atau dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan HAM internasional.

Three-part test mensyaratkan ketiga tahapan yang harus terpenuhi secara kumulatif dalam penerapan pembatasan yang sah:

- i. Pembatasan, yang bisa berarti "formalitas", "kondisi", "aturan" atau "penalti/hukuman", yang diatur dengan hukum;
- ii. Pembatasan ditujukan untuk melindungi satu atau lebih nilai atau kepentingan terkait: keamanan nasional, ketertiban umum, moral atau kesehatan publik, hak atau reputasi orang lain;⁴¹
- iii. Pembatasan bersifat mendesak atau terpaksa dilakukan dalam suatu masyarakat yang demokratis. Frasa "dalam suatu masyarakat yang demokratis" menjadi beban negara untuk menunjukkan bahwa pembatasan yang dilakukan tidak mengganggu berjalannya demokrasi. Prinsip Siracusa menyatakan bahwa tidak ada model tunggal demokrasi, sehingga setiap masyarakat yang mengakui, menghormati dan melindungi HAM sebagaimana diatur dalam Piagam PBB dan DUHAM dapat dikategorikan memenuhi definisi masyarakat demokratis.⁴²

Beban pembuktian apakah ketiga tahapan dipenuhi atau tidak ada pada Negara. Dalam praktik Pengadilan HAM Eropa, pengadilan memeriksa ketiga persyaratan berdasarkan urutan di atas dan jika Negara gagal memenuhi salah satu dari ketiga persyaratan, maka Pengadilan HAM akan memutuskan bahwa pembatasan yang sedang diuji tidak sah dan menyatakan otomatis telah terjadi pelanggaran atas kebebasan berekspresi.

³⁸ Bychawska – Siniarska, Dominika, *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights A Handbook for legal practitioners*, (Strasbourg: Council of Europe, 2017), hal. 32-33.

³⁹ Lihat Komite HAM PBB, *Robert Faurisson v. France*, *Communication No. 550/1993*, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996), par. 9.5 – 9.7. Dalam kasus ini, Komite HAM PBB menyusun argumennya secara berurutan dalam tiga tahap sebagaimana disebutkan dalam Tes Tiga Tahap.

⁴⁰ Model ini juga diterapkan untuk beberapa hak lainnya seperti hak atas privasi dan kehidupan keluarga; kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama; kebebasan berkumpul dan berserikat.

⁴¹ Dalam praktek berdasarkan Konvensi HAM Eropa, kepentingan atau nilai yang dapat dijadikan alasan opsinya ditambah: mencegah dibukannya informasi yang bersifat rahasia; dan menjaga otoritas dan imparialitas pengadilan.

⁴² Komisi HAM PBB, *Prinsip-prinsip Siracusa tentang Peraturan Pembatasan dan Derogasi dalam ICCPR (The Siracusa Principles on The Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights)*, E/CN.4/1985/4 (28 September 1984).

Berikut penjelasan dari *Three-Part-Test* tersebut:

1) Diatur berdasarkan hukum

Pembatasan harus diatur berdasarkan undang-undang, yakni ketentuan yang diatur dalam hukum nasional yang berlaku umum, sesuai dengan KIHSP dan telah berlaku ketika pembatasan dilaksanakan. Pembatasan kebebasan berekspresi merupakan pengurangan yang serius atas HAM, maka akan menjadi pelanggaran ketika pembatasan hanya didasarkan pada hukum-hukum dari tradisi, agama, atau kebiasaan.⁴³

Undang-undang terkait pembatasan harus dirumuskan dengan landasan yang jelas, tidak semena-mena dan diskriminatif, serta dapat diakses semua orang.⁴⁴ Ketentuan pembatasan harus disusun dengan presisi yang cukup agar seseorang dapat mengatur tindakannya, tidak memberikan diskresi yang tidak terbatas kepada otoritas yang diberi wewenang melaksanakannya, menyediakan petunjuk yang cukup agar pelaksanaannya dapat memahami bentuk ekspresi yang sah atau dapat dibatasi secara pantas, serta tidak boleh mengandung ancaman sanksi yang melanggar KIHSP, misalnya hukuman badan.⁴⁵

2) Tujuan Pembatasan

a. Menghormati hak atau reputasi orang lain

Pembatasan dapat dilakukan untuk menghormati hak atau reputasi orang lain. Maksud dari kata "hak" adalah semua hak yang dilindungi berdasarkan hukum HAM internasional. Sementara maksud dari "orang lain" adalah individu atau anggota individu suatu komunitas, misalnya dari komunitas keagamaan atau etnis.

Pembatasan untuk menghormati reputasi tidak boleh digunakan untuk melindungi Negara dan pejabat-pejabatnya dari opini dan kritik publik. Ketika terjadi konflik antar hak, pertimbangan harus dilakukan dengan mengutamakan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*).⁴⁶ Dalam hal terjadi suatu ekspresi yang dianggap menghina figur atau pejabat publik tertentu, hal ini tidak cukup untuk membenarkan adanya penerapan hukuman, walaupun bukan berarti bahwa figur publik tidak dilindungi sama sekali. Semua figur/pejabat publik, termasuk yang memegang kekuasaan tertinggi seperti kepala negara atau kepala pemerintahan, adalah obyek sah atas kritik.

Hukum atau undang-undang semacam penghinaan pada pemegang kekuasaan (*lese majeste*) atau tentang *desacato* (ketidakhormatan), misalnya penghinaan

⁴³ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 24.

⁴⁴ Komisi HAM PBB, *Prinsip-prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 15-17.

⁴⁵ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par 26.

⁴⁶ Komisi HAM PBB, *Prinsip-prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 36-37.

terhadap kepala negara, pejabat, bendera, dan simbol serta ketentuan tentang perlindungan terhadap kehormatan pejabat publik tidak seharusnya mengandung hukuman yang lebih berat hanya karena identitas orang yang merasa dirugikan. Kritik terhadap institusi-institusi publik, misalnya angkatan bersenjata atau pemerintah eksekutif, juga tidak boleh dilarang.⁴⁷

Hukum-hukum mengenai penghinaan atau pencemaran nama baik harus disusun dengan cermat untuk memastikan bahwa pembatasan yang terkandung sah dan tidak melemahkan kebebasan berekspresi. Semua peraturan terkait, khususnya pidana, harus mencakup pembelaan kebenaran dan tidak boleh diterapkan terhadap bentuk ekspresi yang sifatnya tidak dapat diverifikasi. Komentar atau ekspresi yang tidak benar mengenai figur publik ketika dilakukan dengan tidak sengaja dan tanpa niat buruk, harus dipertimbangkan untuk tidak dipidana atau tidak dianggap melanggar hukum.⁴⁸

Kepentingan publik yang menjadi dasar suatu kritik harus dianggap sebagai pembelaan yang sah atas suatu ekspresi. Negara harus berhati-hati agar tidak menerapkan hukuman dan sanksi berlebihan dan menetapkan batas yang wajar bagi tergugat untuk mengganti kerugian. Komite HAM telah meminta Negara mempertimbangkan dekriminialisasi delik-delik penghinaan, dan penerapan hukum pidana hanya dapat dilakukan dalam kasus yang paling serius. Pemenjaraan bukan merupakan hukuman yang pantas untuk penghinaan atau pencemaran nama baik. Mendakwa seseorang dengan pidana penghinaan dan kemudian memprosesnya tidak secara cepat tidak diizinkan karena praktik ini memiliki efek menakuti yang dapat membatasi kebebasan berekspresi terdakwa dan orang lain.⁴⁹

Pelarangan tentang ekspresi yang tidak menghormati agama atau kepercayaan tertentu, termasuk peraturan mengenai penodaan agama adalah tidak sesuai dengan KIHSP. Namun, terdapat pengecualian, jika bentuk ekspresi tersebut sudah termasuk ujaran kebencian atau penghasutan untuk melakukan diskriminasi. Negara tidak diijinkan memiliki peraturan yang mendiskriminasi atau mengafirmasi suatu agama atau kepercayaan atau pengikutnya, atau orang yang percaya adanya Tuhan dan atheis, serta tidak diperbolehkan memberlakukan peraturan yang mencegah atau menghukum kritik terhadap pemuka agama atau pendapat mengenai doktrin agama dan prinsip kepercayaan.⁵⁰

Komite HAM telah memeriksa dan memutuskan berbagai kasus terkait dengan

⁴⁷ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 38.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 47.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, par. 48.

kritik terhadap pejabat publik. Dalam kasus *Njaru v. Kamerun*,⁵¹ seorang jurnalis dan aktivis Philip Afuson Njaru mengalami intimidasi berulang, penangkapan dan penahanan sewenang-wenang dan penyiksaan oleh Kepolisian karena tulisannya. Komite HAM menemukan fakta bahwa pemberitaan yang ditulis Njaru mengenai tuduhan korupsi yang dilakukan aparat kepolisian merupakan bentuk ekspresi yang dilindungi. Komite HAM PBB juga menyatakan bahwa tidak ada pembenaran apapun untuk melakukan penyiksaan, penangkapan sewenang-wenang, dan ancaman atas hidup seseorang karena ekspresinya.

Contoh lainnya adalah kasus *Kerrouche v. Algeria*. Kouider Kerrouche adalah PNS Algeria yang dipecat karena membongkar kasus korupsi oleh direktur perusahaan negara dimana tempat dia bekerja. Ketika kasus yang dilaporkan tidak diproses penegak hukum, Kerrouche melaporkan kepada Presiden. Surat laporannya tersebut kemudian menjadi objek tuduhan pidana berdasarkan Pasal 144 UU Pidana Algeria yang melarang penghinaan dan pencemaran nama baik terhadap pejabat publik. Kerrouche dipenjara selama 18 bulan dan didenda 50.000 Dolar Algeria. Komite HAM PBB setelah memeriksa dan mempertimbangkan pengaduan ini, memutuskan bahwa UU Pidana Algeria harus ditinjau kembali dan diubah karena Pasal 144 UU tersebut bertentangan dengan Pasal 19 KIHSP.⁵²

b) Ketertiban umum

Alasan ketertiban umum diperbolehkan untuk membatasi kebebasan berekspresi. Prinsip Siracusa mendefinisikan ketertiban umum sebagai sejumlah peraturan yang memastikan berfungsinya masyarakat atau seperangkat prinsip-prinsip dasar yang melandasi berdirinya suatu masyarakat. Penghormatan terhadap HAM merupakan bagian dari ketertiban umum.⁵³ Dalam menginterpretasikan ketertiban umum, harus dilakukan dalam konteks tujuan suatu hak yang sedang dibatasi berdasarkan alasan ini. Badan atau pejabat negara yang bertanggung jawab menjaga ketertiban umum harus dapat diawasi penggunaan kekuasaannya oleh parlemen, pengadilan atau badan independen yang kompeten lainnya.⁵⁴

Pengujian terhadap alasan ketertiban umum misalnya dalam proses pidana terkait dengan penghinaan terhadap pengadilan (*contempt of court*). Agar pembatasan sesuai dengan pengaturan KIHSP, proses peradilan dan hukuman yang dikenakan

⁵¹ Komite HAM PBB, *Philip Afuson Njaru v. Cameroon*, Communication No. 1353/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1353/2005 (2007).

⁵² Komite HAM PBB, *Kouider Kerrouche v. Algeria*, CCPR/C/118/D/2128/2012 (29 December 2016), par.10. Dalam kasus *Koktish v. Belarus*, Komite HAM PBB juga memandatkan Belarus untuk meninjau dan mengubah peraturan nasionalnya khususnya Aturan Akreditasi Jurnalis Media Massa untuk Dewan Perwakilan Rakyat Belarus, karena isinya melanggar Pasal 19 KIHSP. Lihat Komite HAM PBB, *Koktish v. Belarus* CCPR/C/111/D/1985/2010 (26 Agustus 2014), par. 10. Lihat juga Komite HAM PBB, *Dissanayake v. Sri Lanka*, CCPR/C/93/D/1373/2005 (2008), para. 10.

⁵³ Komisi HAM PBB, *Prinsip-prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 22.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 23-24.

harus terbukti dijamin dalam pelaksanaan kekuasaan pengadilan untuk mempertahankan proses yang tertib. Proses peradilan yang demikian tidak dapat digunakan untuk membatasi pelaksanaan hak untuk membela diri.⁵⁵ Dalam kasus *Dissanayake v. Sri Lanka*,⁵⁶ Dissanayake sebagai anggota parlemen menyatakan di hadapan publik tidak akan menerima “keputusan memalukan” MA Srilanka terkait pendapat pengadilan (*advisory opinion*) yang sedang disusun mengenai pelaksanaan kekuasaan pertahanan antara Presiden dan Menteri Pertahanan. Dissanayake kemudian dihukum penjara dua tahun dengan tuduhan penghinaan terhadap pengadilan. Pemerintah Sri Lanka dalam kasus ini berargumen bahwa pemidanaan terhadap Dissanayake diperlukan (*necessary*) untuk mempertahankan kehormatan dan reputasi pengadilan, dan menjaga ketertiban umum dan moral. Komite HAM PBB tidak setuju dengan argumen Pemerintah dan menilai bahwa mengingat pernyataan Dissanayake tidak dilakukan di hadapan pengadilan maka pemenjarannya merupakan bentuk penahanan sewenang-wenang, dan hal ini juga merupakan pembatasan kebebasan berekspresi yang tidak sah karena bentuk hukumannya tidak proporsional dengan tujuan sah yang ingin dicapai.⁵⁷

c) Keamanan nasional

Alasan keamanan nasional dapat digunakan untuk membenarkan upaya pembatasan hak, jika dilakukan untuk melindungi eksistensi suatu bangsa, integritas teritorial atau kemerdekaan politik dari kekuatan atau ancaman bersenjata. Keamanan nasional juga hanya dapat digunakan sebagai alasan pembatasan ketika sudah ada jaring pengaman dan pemulihan yang efektif ketika terjadi kesewenang-wenangan. Dalam hal terjadi pelanggaran sistematis terhadap HAM, maka dapat dianggap sebagai kondisi membahayakan keamanan nasional serta keamanan dan perdamaian internasional. Negara yang bertanggung jawab atas pelanggaran HAM sistematis tidak boleh menggunakan alasan keamanan nasional sebagai justifikasi upaya-upaya yang bertujuan menekan oposisi atau kritikan terhadap pelanggaran tersebut, atau untuk menjalankan praktek represif terhadap populasi negara tersebut.⁵⁸

Keamanan nasional tidak dapat dijadikan alasan pembatasan ketika yang dilakukan adalah mencegah ancaman terhadap ketertiban yang sifatnya lokal atau relatif terisolasi. Oleh karenanya, sifat kehati-hatian yang ketat atau ekstrim harus diambil oleh Negara untuk memastikan bahwa UU makar dan peraturan serupa yang terkait keamanan nasional, misalnya UU rahasia negara atau subversi (*sedition laws*) disusun dan diterapkan sesuai persyaratan ketat pembatasan berdasarkan KIHSP. Pelanggaran terhadap Pasal 19 ayat 3 KIHSP akan terjadi ketika

⁵⁵ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par 31.

⁵⁶ Komite HAM PBB, *Dissanayake v. Sri Lanka...*, *Loc. Cit.*

⁵⁷ *Ibid.*, par. 8.4.

⁵⁸ Komisi HAM PBB, *Prinsip-prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 29-32.

UU terkait keamanan negara digunakan untuk menekan atau menahan informasi terkait kepentingan publik yang tidak membahayakan keamanan nasional, atau memproses hukum jurnalis, peneliti, aktivis lingkungan, Pembela HAM, atau orang lain yang membagikan informasi tersebut.

d) Moral publik

Konsep moral berasal dari banyak tradisi sosial, filosofis, dan agama. Moral publik bervariasi seiring waktu dan dari satu budaya ke yang lain. Maka, pembatasan untuk melindungi moral harus berdasarkan prinsip-prinsip yang tidak hanya berasal dari satu tradisi saja.⁵⁹ Negara yang menerapkan pembatasan hak berdasarkan moral publik di satu sisi memiliki margin diskresi, namun di sisi lain harus menunjukkan bahwa pembatasan yang diterapkan memang sangat penting untuk menjaga penghormatan nilai-nilai dasar masyarakat. Margin diskresi yang diserahkan kepada Negara tetap harus mempertahankan prinsip non-diskriminasi.⁶⁰

e) Keselamatan/kesehatan publik

Komentar Umum Komite HAM PBB tidak memberikan definisi atau penjelasan mengenai kesehatan publik. Namun, Prinsip Siracusa, yang menggunakan istilah keselamatan publik, menjelaskan bahwa kesehatan publik berarti perlindungan dari bahaya terhadap keselamatan orang, hidup mereka atau integritas fisik atau kerusakan serius dari propertinya. Kebutuhan untuk melindungi keselamatan publik dapat menjustifikasi pembatasan yang diatur dalam UU. Prinsip Siracusa juga mengatur bahwa Peraturan Kesehatan Internasional dari *World Health Organisation* (WHO) harus diperhatikan.⁶¹

3) Keterdesakan (*necessity/necessary*) dan Proporsionalitas

Pembatasan harus dilakukan ketika benar-benar diperlukan untuk tujuan yang sah. Menjadi kewajiban Negara, ketika mengajukan dasar yang sah untuk melakukan pembatasan, untuk misalnya menunjukkan spesifikasi dan kekhususan situasi ancaman yang terjadi, serta keterdesakan dan proporsionalitas tindakan yang diambil, khususnya dengan menunjukkan hubungan secara langsung dan tidak langsung antara ekspresi yang dianggap mengancam dengan ancamannya.⁶² Prinsip-Prinsip Johannesburg (*Johannesburg Principles*)⁶³ merumuskan bahwa agar suatu pembatasan kebebasan berekspresi atau informasi dapat dinyatakan mendesak untuk melindungi kepentingan keamanan nasional yang sah, Pemerintah harus menunjukkan bahwa:

a. Bentuk ekspresi atau informasi yang dibatasi mengandung/merupakan

⁵⁹ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 32.

⁶⁰ Komisi HAM PBB, *Prinsip-prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 27-28.

⁶¹ *Ibid.*, par. 25-26.

⁶² Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 35.

⁶³ ARTICLE 19, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, November 1996, Prinsip 1.3.

- ancaman serius terhadap kepentingan keamanan nasional;
- b. Pembatasan yang diberlakukan adalah upaya paling minim yang dimungkinkan untuk memenuhi kepentingan tersebut; dan
- c. Pembatasan yang dilakukan sesuai dengan prinsip-prinsip demokrasi.

Komite HAM PBB menciptakan yurisprudensi bahwa untuk menunjukkan adanya keterdesakan, Negara harus menunjukkan keterkaitan ekspresi dengan ancaman nyata yang ditimbulkan. Dalam kasus *Shin v. Republik Korea*,⁶⁴ pelukis Korea Selatan Hak-Chul Shin membuat lukisan yang membandingkan kondisi Korea Selatan dan Korea Utara dan ditangkap dan lukisannya disita, berdasarkan UU Keamanan Nasional karena dianggap mengekspresikan kondisi yang menguntungkan musuh. Shin dinyatakan bersalah oleh pengadilan setelah menempuh hingga kasasi dan MA Korea Selatan memandatkan persidangan ulang. Komite HAM PBB menilai bahwa lukisan adalah bentuk ekspresi seni yang dilindungi dan dalam kasus ini tidak ditemukan keterdesakan untuk melakukan pembatasan. Pemerintah Korea Selatan gagal menunjukkan sifat spesifik ancaman terhadap keamanan nasional atas tindakan menyita penyitaan dan kriminalisasi terhadap Shin sebagai yang tindakan memang diperlukan.

4) Pembatasan di Ranah Daring

Komunitas internasional telah menyatakan kekhawatirannya atas tindakan blokir internet (*internet shutdown* atau *network shutdown, blocking* dan *filtering*) yang dilakukan di berbagai negara karena tindakan tersebut melanggar hak atas informasi. Dewan HAM PBB dalam Resolusi 1 Juli 2016 mengutuk keras tindakan-tindakan yang dengan sengaja menghambat atau mengganggu akses atau penyebaran informasi melalui internet yang tidak sejalan dengan hukum HAM internasional.⁶⁵

Tindakan blokir jaringan komunikasi (yang disebut sebagai metode *kill switches*) termasuk salah satu tindakan yang tidak dapat dibenarkan dalam hukum HAM internasional.⁶⁶ Pelapor Khusus PBB David Kaye dalam laporan tahun 2017 menyatakan tindakan blokir yang dilakukan oleh berbagai pemerintah secara umum tidaklah proporsional dan tidak memenuhi standar keterdesakan (*necessity*), dalam arti tindakan tersebut ternyata tidak sesuai dengan tujuan yang ingin dicapai.⁶⁷

Pembatasan terhadap laman web, blog, atau sistem penyebaran informasi

⁶⁴ Komite HAM PBB, *Shin v. Republic of Korea*, Communication No. 926/2000, CCPR/C/80/D/926/2000.

⁶⁵ Dewan HAM PBB, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, Human Rights Council Resolution 32/13, A/HRC/RES/32/13 (18 Juli 2016), par. 10, hal. 4.

⁶⁶ ARTICLE 19, *Joint Declaration on Freedom of Expression and Responses to Conflict Situation*, <https://www.refworld.org/docid/556578a64.html>, diakses pada hari Rabu, 15 April 2020.

⁶⁷ Dewan HAM PBB, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye, A/HRC/35/22* (30 Maret 2017), par. 14-15.

berbasis internet atau elektronik lainnya, termasuk sistem yang mendukung komunikasi elektronik seperti penyedia layanan internet atau mesin pencarian, hanya diperbolehkan apabila dilaksanakan berdasarkan UU, memenuhi unsur keterdesakan dan proporsionalitas, untuk melindungi hak atau reputasi orang lain, keamanan nasional, ketertiban umum, moral atau kesehatan publik. Pembatasan yang diperbolehkan harus spesifik. Larangan umum atas situs atau sistem tertentu bertentangan dengan pengaturan pembatasan KIHSP.

2.1.2.4. Mekanisme pemulihan yang efektif

Komite HAM PBB mensyaratkan bahwa negara harus menyiapkan upaya-upaya efektif untuk melindungi warganya dari serangan yang bertujuan membungkam mereka yang menggunakan hak atas kebebasan berekspresinya.⁶⁸ Alasan-alasan pembatasan tidak dapat diterapkan untuk memberangus upaya mendorong prinsip-prinsip demokrasi dan HAM. Serangan terhadap seseorang yang menggunakan hak kebebasan berpendapat atau berekspresi dapat berbentuk penangkapan semena-mena, penyiksaan, ancaman atas nyawa, pembunuhan. Jurnalis juga sering menjadi objek ancaman, intimidasi, dan penyerangan karena aktivitas mereka. Begitu juga orang-orang yang mengumpulkan dan menganalisa situasi HAM dan mempublikasikan laporan terkait HAM, termasuk hakim dan pengacara. Segala bentuk serangan harus diinvestigasi dengan seksama tanpa penundaan, dan pelakunya diadili, dan korbannya atau keluarganya menerima pemulihan yang sesuai.⁶⁹ Dalam Prinsip Siracusa, disebutkan secara berulang bahwa penerapan pembatasan harus dibarengi dengan ketersediaan jaring pengaman dan pemulihan yang efektif.⁷⁰

2.1.2.5. Ekspresi yang Tidak Dilindungi

KIHSP menjamin bahwa pendapat dan segala bentuk ekspresi dilindungi kebebasannya, dan apabila Negara membatasi maka harus memenuhi persyaratan sebagaimana sudah dijelaskan sebelumnya. Namun demikian, terdapat bentuk-bentuk ekspresi yang tidak dilindungi, bahkan Negara berkewajiban untuk melarangnya dalam yurisdiksi masing-masing. Hal ini tertuang dalam Pasal 20 ICCPR:

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

⁶⁸ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 23.

⁶⁹ *Ibid.*, par. 22.

⁷⁰ Komisi HAM PBB, *Prinsip-prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 18, 31, dan 34.

Pembedaan tentang pembatasan yang diijinkan terhadap kebebasan berekspresi dengan propaganda perang dan ujaran kebencian adalah bahwa kedua tindakan ini menuntut adanya respon spesifik dari Negara yaitu dengan melarang keduanya berdasarkan UU. Khusus untuk unsur dilarang berdasarkan UU ini Pasal 20 KIHSP menjadi *lex specialis* dari Pasal 19 KIHSP tentang hak kebebasan berpendapat dan berekspresi.

1) Propaganda Perang⁷¹

Propaganda adalah upaya mempengaruhi yang disengaja melalui berbagai saluran komunikasi untuk menyebarkan, khususnya, tuduhan yang tidak benar atau dilebih-lebihkan, termasuk penilaian negatif atau yang menyederhanakan atas sesuatu dengan intensitas yang serupa dengan provokasi, anjuran, hasutan. Semua medium yang dapat menjangkau sejumlah besar orang dapat digunakan untuk melakukan propaganda. Propaganda hanya mencakup tindakan yang disengaja, maka tindakan propaganda akan terpenuhi ketika niat tersebut menciptakan atau melahirkan keinginan untuk berperang, walaupun tidak ada tujuan dan ancaman konkret atas perang. Propaganda perang dalam konteks ini juga tidak mensyaratkan bahwa perang tersebut terjadi. Dengan demikian, tidak semua ekspresi atas suatu pendapat dapat dikategorikan sebagai propaganda.

Komite HAM PBB menekankan bahwa larangan ini hanya terkait pada “bentuk-bentuk propaganda yang mengancam atau berujung pada tindakan agresi atau melanggar perdamaian yang bertentangan dengan Piagam PBB”. Maka, larangan ini tidak mempengaruhi atau mencakup hak individu atau kolektif untuk melakukan pembelaan diri sebagaimana dijamin dalam Pasal 51 Piagam PBB atau tindakan lain yang sesuai dengan Bab VII Piagam PBB⁷² atau hak semua orang untuk menentukan nasib sendiri (*self determination*) dan merdeka. Perang saudara atau perang sipil tidak termasuk dalam cakupan Pasal 20 KIHSP, selama tidak jatuh dalam kategori konflik internasional. Definisi perang juga tidak bergantung pada adanya deklarasi perang berdasarkan hukum internasional, namun yang terutama adalah penggunaan aktual kekuatan militer terhadap negara lain.

Larangan propaganda perang tidak membolehkan adanya sensor pencegahan. Negara diperbolehkan untuk memberlakukan larangan ini dalam hukum pidana, dan/atau hukum perdata dan larangan umum selama sesuai dengan prinsip pembatasan sebagaimana diatur dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP.

⁷¹ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd ed. (Kehl: N. P. Engel, 2005), hal. 471-474.

⁷² Bab VII dari Piagam PBB mengatur mengenai Tindakan yang Mengancam Perdamaian, Melanggar Perdamaian dan Tindakan Agresi. Bab ini memberikan kewenangan kepada Dewan Keamanan PBB untuk menilai apakah suatu tindakan negara masuk ke dalam kategori-kategori ini dan merekomendasikan langkah yang harus dilakukan untuk mempertahankan perdamaian dan keamanan internasional.

2) Advokasi Kebencian

Negara harus melarang segala tindakan yang mengadvokasikan kebencian atas dasar kebangsaan, ras atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan. Artinya, hasutan kebencian hanya dilarang ketika dasarnya adalah kebangsaan, ras, atau agama.

Maksud dari berbagai istilah yang terkait dapat merujuk pada *Rabat Plan of Action*,⁷³ yang merumuskan bahwa “kebencian” dan “permusuhan” mengacu pada emosi intens dan kritikan tajam irasional, permusuhan dan kebencian terhadap kelompok sasaran. Istilah “hasutan” (*incitement*) dalam Pasal 20 ayat (2) KIHSP harus dipahami sebagai mensyaratkan niat untuk mempromosikan kebencian secara terbuka kepada kelompok sasaran. Istilah “penghasutan” mengacu pada pernyataan tentang kelompok kebangsaan, ras atau agama yang menciptakan risiko diskriminasi, kekerasan atau permusuhan terhadap anggota kelompok tersebut. Sementara maksud “Agama” mencakup baik agama (*religion*) maupun keyakinan/kepercayaan (*beliefs*) sebagaimana KIHSP melindungi hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan.

Rabat Plan of Action juga memberikan enam faktor untuk mempertimbangkan keseriusan suatu hasutan agar dapat dijatuhkan hukuman pidana:

- a. Konteks sosial dan politik pada saat pidato dibuat dan disebarluaskan;
- b. Status pembicara, khususnya posisi individu atau organisasi yang melakukan hasutan dalam konteks penonton kepada siapa pidato diarahkan;
- c. Niat, yang berarti bahwa kelalaian dan kecerobohan tidak cukup untuk dianggap pelanggaran berdasarkan Pasal 20 KIHSP, yang menyatakan bahwa distribusi atau sirkulasi belaka tidak sama dengan advokasi atau hasutan;
- d. Isi dan bentuk pidato, khususnya sejauh mana pidato itu provokatif dan langsung, serta bentuk, gaya, sifat argumen yang digunakan;
- e. Luas atau jangkauan ujaran, seperti luas dan jumlah pendengarnya, termasuk apakah itu selebaran tunggal atau disiarkan di media arus utama atau melalui internet, frekuensi, jumlah dan luasnya komunikasi, apakah audiens memiliki sarana untuk menindaklanjuti hasutan;
- f. Kemungkinannya, termasuk yang akan segera terjadi, yang berarti bahwa beberapa tingkat risiko kerugian harus diidentifikasi, termasuk melalui penentuan (oleh pengadilan, sebagaimana disarankan dalam *Rabat Plan of Action*) mengenai kemungkinan masuk akal bahwa pidato akan berhasil menghasut dilakukannya tindakan nyata terhadap kelompok sasaran.

Terkait dengan pelarangan hasutan kebencian, Negara harus memberlakukan

⁷³ Komite Tinggi HAM PBB, *The Rabat Plan Of Action on the Prohibition of Advocacy of National, Racial or Religious Hatred That Constitutes Incitement To Discrimination, Hostility or Violence*, Lampiran dalam Laporan Komisioner Tinggi PBB untuk HAM, A/HRC/22/17/Add.4 (11 Januari 2013).

aturan yang menetapkan sanksi sepantasnya yang berlaku sama bagi perorangan maupun badan Negara. Dalam kasus *Ross v. Kanada*,⁷⁴ Ross Malcom adalah seorang guru tambahan di sekolah distrik New Brunswick, Kanada, yang menulis buku dan dalam wawancara menyatakan opininya mengenai aborsi, pertentangan Yahudi dan Kristen dan pembelaannya terhadap Kekristenan. Ross diperingatkan oleh Dewan Sekolah untuk tidak lagi memberikan pernyataan publik namun mengacuhkannya. Ross kemudian dilaporkan dan akibatnya terkena sanksi dipindahkan ke posisi tidak mengajar. Ross menggugat ke pengadilan Kanada dan tidak puas dengan Putusan MA Kanada, yang kemudian mengajukan gugatan ke Komite HAM.

Komite HAM setuju pandangan Dewan Sekolah yang dikuatkan MA Kanada bahwa ekspresi Ross bersifat diskriminatif terhadap orang keturunan dan kepercayaan Yahudi, menjelek-jelekan keyakinan dan kepercayaan Yahudi dan mengajak orang Kristen untuk tidak hanya mempertanyakan kebenaran iman Yahudi dan ajarannya namun juga menganggap mereka membahayakan kebebasan, demokrasi, dan keyakinan dan nilai Kristen. Komite HAM PBB menilai pembatasan bentuk sanksi dan pemindahan posisi diperlukan untuk melindungi hak dan reputasi orang lain yaitu pengikut Yahudi, termasuk hak untuk mendapatkan pengajaran di sekolah negeri yang bebas dari bias, prasangka dan intoleransi. Tindakan sekolah, yang didukung oleh Negara melalui putusan pengadilan, juga sejalan dengan prinsip yang diatur dalam Pasal 20 ayat (2) KIHSP yang mengharuskan Negara melarang advokasi kebencian atas dasar agama, kebangsaan atau ras yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan.

Bahwa poin penting tentang larangan hasutan kebencian adalah orang melakukan advokasi yang mengandung hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan. Orang yang menganjurkan interpretasi minoritas atau bahkan ofensif terhadap ajaran agama atau peristiwa sejarah, atau seseorang yang menyebarkan contoh kebencian dan hasutan untuk melaporkan atau meningkatkan kesadaran akan masalah ini, tidak boleh dibungkam berdasarkan Pasal 20 KIHSP. Negara harus melindungi orang ini bahkan ketika negara tidak setuju atau tersinggung atas apa yang ia ungkapkan.⁷⁵

⁷⁴ Komite HAM PBB, *Ross v. Kanada*, Communication No. 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

⁷⁵ Majelis Umum PBB, *The promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/74/486 (9 Oktober 2019), par. 10.

2.2. Kebebasan Berekspresi dalam Hukum Nasional

2.2.1. Kerangka Pengaturan

2.2.1.1. Cakupan Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi

Praktik demokrasi dan perlindungan HAM dalam sejarah Indonesia pasca kemerdekaan tahun 1945 terus mengalami pasang surut. Pada masa Orde lama, pemajuan HAM berjalan lambat yang ditandai adanya kebebasan membentuk partai politik namun disisi lain banyak terjadi pembredelan pers. Pada masa Orde Baru (1966-1998), kondisi HAM mengalami masa kelam dengan sentralisasi kekuasaan di eksekutif, pengekangan kebebasan berpendapat dan berekspresi, pembatasan pers, kebijakan sensor yang ketat serta terjadi berbagai bentuk pelanggaran HAM, meskipun pada masa ini juga terdapat beberapa kebijakan HAM dan ratifikasi instrumen HAM internasional⁷⁶ serta Pembentukan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) tahun 1993. Pada masa reformasi 1999, perhatian signifikan terhadap HAM muncul kembali seiring dengan munculnya agenda-agenda reformasi, termasuk agenda perlindungan HAM dan kebebasan pers.

Pada awal reformasi, berbagai kebijakan dan termasuk kebijakan dalam bentuk hukum terkait HAM dibentuk, misalnya Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang HAM yang mengakui nilai-nilai HAM sebagaimana tercantum dalam berbagai instrumen HAM internasional termasuk kebebasan berpendapat dan berekspresi, meratifikasi sejumlah instrumen HAM internasional,⁷⁷ terbentuknya UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM (selanjutnya UU HAM) yang mengakui berbagai hak dan memberikan landasan hukum yang lebih kuat kepada Komnas HAM, serta terbentuknya UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers (UU Pers) yang mengakui bahwa kemerdekaan pers merupakan salah satu wujud kedaulatan rakyat dan menjadi unsur yang sangat penting untuk menciptakan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang demokratis, sehingga kemerdekaan mengeluarkan pikiran dan pendapat harus dijamin.

Pada tahun 2000, terjadi perubahan UUD 1945 yang memperkuat norma-norma HAM sebagai hak-hak konstitusional dengan mengadopsi norma-norma HAM dari instrumen HAM internasional. Hak-hak asasi yang diakui dan dijamin tersebut termasuk hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi yang diatur dalam:

- Pasal 28E ayat (3): "Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul

⁷⁶ Misalnya ratifikasi *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW) tahun 1984 dan *Convention on the Rights of the Child* (CRC) tahun 1990.

⁷⁷ Sejumlah ratifikasi instrumen HAM internasional pada awal reformasi adalah Konvensi Internasional Anti Penyiksaan pada tahun 1998 dan Konvensi Internasional Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial tahun 1999.

dan mengeluarkan pendapat”

- Pasal 28F ayat (3): “Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.

Pengakuan dan jaminan hak atas kebebasan berekspresi dalam Konstitusi memperkuat hak-hak tersebut yang telah dituangkan dalam peraturan perundang-undangan, yakni di berbagai ketentuan dalam UU No. 39 Tahun 1999:

- Pasal 14 (dalam Bab Hak Mengembangkan Diri): “(1) Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi yang diperlukan untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya; (2) Setiap orang berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis sarana yang tersedia.”
- Pasal 23 (dalam Bab Hak atas Kebebasan Pribadi): “Setiap orang bebas untuk mempunyai, mengeluarkan dan menyebarkan pendapat sesuai hati nuraninya, secara lisan dan atau tulisan melalui media cetak maupun elektronik dengan memperhatikan nilai-nilai agama, kesusilaan, ketertiban, kepentingan umum, dan keutuhan negara.”

Selain kedua instrumen tersebut, pada 2005 Indonesia juga telah meratifikasi KIHSP melalui UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik. Artinya Indonesia sebagai Negara Pihak telah menerima dan mengakui hak-hak yang dijamin dalam KIHSP, termasuk ketentuan mengakui dan menjamin berbagai ketentuan terkait dengan kebebasan berpendapat dan berekspresi.

Pengaturan dalam UUD 1945, UU HAM dan berbagai UU lainnya termasuk UU Pers dan UU Pengesahan KIHSP tersebut secara umum telah mengakui dan menjamin kebebasan berpendapat dan berekspresi sebagaimana diatur dalam instrumen HAM internasional. Konstruksi dan paradigma pengaturan ini juga serupa dengan pengakuan atas dua dimensi kebebasan berekspresi yang telah berulang kali disebutkan di dalam putusan *Inter-American Court of Human Rights*, yaitu: 1) dimensi individu, yaitu hak individu untuk menyampaikan pikirannya atau suatu informasi, dan 2) dimensi sosial, yaitu hak masyarakat untuk memperoleh atau mengetahui ide orang lain atau informasi sehingga masyarakat dapat memperoleh cukup pengetahuan.⁷⁸

Intinya, kebebasan berpendapat dan berekspresi diakui merupakan bagian dari

⁷⁸ Catalina Botero Marino, *The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression*, (Washington D.C.: Inter-American Commission on Human Rights, 2010), hal. 5.

HAM, yang menyangkut di dalamnya: (i) hak setiap orang untuk berpendapat dan beropini; (ii) hak untuk memiliki dan menyampaikan pendapat serta mencari, memperoleh, menyimpan, dan menyebarkan informasi dengan menggunakan segala jenis sarana yang tersedia untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya. Jika dikaitkan dengan UU Pers, maka jaminan kebebasan berekspresi ini termasuk mencakup kebebasan pers sebagai sarana dalam menjamin penyampaian informasi, pemikiran dan pendapat. Ratifikasi KIHSP kemudian melengkapi dan memastikan bahwa cakupan dan ruang lingkup hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi di Indonesia harus sejalan dengan hukum HAM internasional.

2.2.1.2. Pembatasan Kebebasan Berekspresi

Sejalan dengan instrumen HAM internasional, kebebasan berekspresi dalam pengaturan hukum di Indonesia juga merupakan hak yang dapat dibatasi dengan dasar-dasar pembatasan yang diperbolehkan. Pembatasan kebebasan berekspresi ini sering kali merujuk pada ketentuan Pasal 28J ayat(2) UUD 1945, yang menyatakan:

“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.”

Sebagai catatan, pembatasan yang diatur dalam UUD 1945 secara struktur penulisan dan dasar-dasar pembatasan sedikit berbeda dengan KIHSP. Pembatasan yang disebut dalam UUD 1945 tidak secara spesifik ditujukan hanya untuk membatasi hak-hak tertentu, misalnya untuk pembatasan atas kebebasan berekspresi, karena ketentuan pembatasan tersebut ditulis terpisah dari pasal yang mengatur hak-hak tertentu, sehingga norma pembatasan dalam Pasal 28J ayat (2) sering ditafsirkan dapat digunakan membatasi semua hak. Berbeda dengan KIHSP yang secara struktur penulisan meletakkan ketentuan pembatasan langsung di dalam hak-hak yang spesifik, misalnya dalam Pasal 19 pengaturan pembatasan melekat dengan penjabaran mengenai hak atas kebebasan berekspresi.

Norma pembatasan ini memiliki beberapa permasalahan: *pertama*, ketentuan pembatasan dalam UUD 1945 tidak membedakan antara norma pengecualian (*derogation*) dan pembatasan (*limitation*) sebagaimana instrumen HAM internasional; *kedua*, UUD 1945 memperkenalkan dasar pembatasan yang tidak diatur dalam berbagai instrumen HAM internasional, yaitu “nilai-nilai agama”. Sebagai perbandingan, dasar-dasar pembatasan dalam KIHSP hanya dapat dilakukan dengan UU dan dengan tujuan-tujuan yang sah yakni menghormati hak

dan reputasi orang lain, untuk tujuan melindungi keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan publik, atau moral.

Dasar-dasar pembatasan hak lainnya terdapat dalam Pasal 70 dan 73 UU HAM, dan dasar-dasar pembatasan ini lebih sesuai dengan pengaturan dalam instrumen HAM internasional. Pasal 70 UU HAM mengatur:

“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan oleh Undang-undang dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.”

Pasal 73 UU HAM mengatur:

“Hak dan kebebasan yang diatur dalam Undang-undang ini hanya dapat dibatasi oleh dan berdasarkan undang-undang, semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan dasar orang lain, kesusilaan, ketertiban umum, dan kepentingan bangsa.”

Bahwa terdapat dua dasar pembatasan hak dalam Pasal 73 UU HAM yang frasa yang berbeda dengan KIHSP yakni, “kesusilaan” dan “kepentingan bangsa.” Kedua dasar tersebut mirip dengan dasar pembatasan dalam KIHSP yakni atas dasar “moral publik” dan “kepentingan bangsa”. Tidak ada penjelasan lebih lanjut tentang “kesusilaan”, namun terkait dengan “kepentingan bangsa” diberikan penjelasan sebagai “untuk keutuhan bangsa dan bukan kepentingan penguasa.” Tidak terdapat penjelasan mengenai cakupan unsur “kesusilaan.”

Berbagai masalah tentang dasar dan alasan pembatasan hak tersebut berkonsekuensi pada potensi inkonsistensi dan ketidakpastian bagi pembuat kebijakan dalam menentukan tujuan-tujuan pembatasan hak yang sah, misalnya dasar-dasar pembatasan hak atas kebebasan berekspresi ketika menyusun produk hukum serta dalam batas-batas yang bagaimana tujuan-tujuan tersebut dapat diinterpretasikan. Akibatnya, produk hukum yang dihasilkan untuk menjadi dasar hukum pembatasan ekspresi juga cenderung menggunakan terminologi yang umum, tidak deskriptif, dan cenderung menimbulkan interpretasi berganda. Lebih lanjut lagi, hal tersebut akan membuka ruang bagi negara, pemerintah dan aparat penegak hukum untuk melakukan penafsiran masing-masing yang berbeda-beda apabila ada orang yang diduga melanggar ketentuan hukum terkait.

Merujuk pada dasar pengadopsian pengaturan HAM dalam hukum nasional dari hukum HAM internasional, maka dasar-dasar dan penafsiran atas pembatasan hak harusnya menyesuaikan dengan norma-norma dan standar dalam hukum HAM internasional. Selain itu, Indonesia telah meratifikasi KIHSP yang berkonsekuensi bahwa hukum-hukum nasional harus dirumuskan dengan pengaturan-pengaturan yang sesuai dengan instrumen HAM internasional tersebut.

2.2.2. Ketentuan Pidana Terkait Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi

Ketentuan dalam hukum pidana, pada satu sisi adalah melindungi hak-hak yang diakui dan dijamin dan pada sisi yang lain adalah membatasi hak-hak tertentu. Namun, Posisi hukum pidana dalam HAM adalah saling melengkapi dan harmonis, karena adanya berbagai prinsip dan nilai yang sama antar keduanya, misalnya proporsionalitas, *necessity*, kebenaran dan keadilan (*fairness*).⁷⁹

Pengakuan dan jaminan kebebasan berekspresi, sebagaimana diatur dalam instrumen HAM internasional dan hukum nasional, memiliki kewajiban dan tanggung jawab khusus, serta dapat dibatasi dengan dasar-dasar pembatasan yang diperbolehkan (*permissible limitations*). Pembatasan-pembatasan tersebut dilakukan dengan berbagai bentuk, termasuk melalui ketentuan-ketentuan dalam hukum pidana. Hukum Indonesia mengatur berbagai ketentuan pidana yang terkait dan bersinggungan dengan hak atas kebebasan berekspresi, misalnya ketentuan penghinaan, pencemaran nama baik, dan sebagainya.

Paska Reformasi 1998, sejalan dengan penguatan hukum HAM nasional, berbagai ketentuan pidana kemudian menyesuaikan dengan prinsip-prinsip HAM. Perkembangan saat ini, sejumlah ketentuan penghinaan dalam KUHP telah dihapuskan berdasarkan keputusan MK, diantaranya Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP yang kesemuanya mengatur delik penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden,⁸⁰ serta Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP yang mengatur delik pernyataan perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap Pemerintah Indonesia.⁸¹ MK memberikan berbagai dasar argumen yang memastikan perlindungan HAM, penerapan prinsip-prinsip demokrasi, prinsip-prinsip *rule of law*, dan jaminan perlindungan kebebasan berpendapat dan berekspresi.

Sejumlah argumen penting dari MK atas penghapusan pasal-pasal tersebut adalah:

- Keberlakuan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP rentan menimbulkan ketidakpastian hukum karena bergantung pada tafsir apakah suatu protes

⁷⁹ P.H.P.H.M.C. van Kempen (ed), *Criminal Law and Human Rights*, 2nd Ed, (Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2014), hal. xi.

⁸⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 013-022/PUU-IV/2006, hal. 60-61.

⁸¹ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 6/PUU-V/2007, hal. 77.

pernyataan pendapat atau pikiran merupakan kritik atau penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden.

- Indonesia sebagai suatu negara hukum yang demokratis serta menjunjung tinggi HAM tidak relevan lagi masih memiliki ketentuan hukum yang menegasi prinsip persamaan hukum sebagaimana muncul di Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP.
- Kualifikasi delik dalam Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP adalah delik formil sehingga cukup hanya mensyaratkan terpenuhinya unsur perbuatan yang dilarang, tanpa perlu adanya akibat dari perbuatan itu. Rumusan ini rentan menimbulkan penyalahgunaan kekuasaan karena secara mudah dapat ditafsirkan oleh penguasa sesuai selernya, apalagi terhadap warga negara yang bermaksud menyampaikan kritik atau pendapat terhadap pemerintah.

Dalam konteks saat ini, sejalan dengan perkembangan teknologi informasi dan penggunaan internet oleh masyarakat, kasus-kasus yang berkaitan dengan ekspresi di ranah daring terus terjadi dengan beragam bentuknya. Munculnya UU ITE pada tahun 2008, memunculkan beragam pengaturan tindak pidana yang dilakukan melalui sarana elektronik, di antaranya terkait dengan larangan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, kesusilaan serta penyebaran informasi yang menimbulkan permusuhan atau kebencian.

Pengaturan hubungan interpersonal di internet dalam UU ITE sejak awal tidak didasarkan pada pengakuan dan jaminan hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi sebagai hak konstitusional. Penerapan UU ITE telah menimbulkan fenomena *chilling effect* terhadap para korban yang dijerat dengan pasal-pasal terkait ekspresi dalam UU ITE.⁸² Sejumlah Pasal dalam UU ITE beberapa kali diajukan ke MK dan menghadapi beragam permasalahan dalam penerapannya, yang kemudian direvisi pada tahun 2016. Revisi ini mempunyai catatan penting, bahwa penerapan UU ITE khususnya pasal-pasal yang mengatur pembatasan hak harus dilakukan sesuai dengan syarat-syarat pembatasan-pembatasan yang diperbolehkan dan semata-mata ditujukan untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak yang dilindungi.⁸³

Berikut adalah berbagai ketentuan pidana dalam peraturan perundang-undangan Indonesia yang bersinggungan dengan kebebasan berpendapat dan berekspresi, yang mengatur berbagai ekspresi dalam ranah luring (*offline*) maupun daring (*online*).

⁸² Tobias Basuki dkk., *Op. Cit.*, hal. 29-31.

⁸³ Kecuali terkait dengan pembatasan berdasarkan nilai-nilai agama, yang tidak sesuai dengan pembatasan-pembatasan dalam hukum HAM internasional.

Pengaturan Tindak Pidana terkait Kebebasan Berekspresi

Spektrum pengaturan	Undang-undang (UU)	Ketentuan	Sifat
Offline (luring)	Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)	Pasal 142, 142a, 143, 144, 154a, 156, 156a, 157, 177, 207, 310, 311, 315, 316, 317, 318, 320, 321	Pembatasan
	UU No. 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, serta Lagu Kebangsaan (UU Bendera)	Pasal 66, 67, 68, 69	Pembatasan
	UU No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum (UU Pemilu)	Pasal 280 ayat (1)	Pembatasan
	UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers (UU Pers)	Pasal 4	Jaminan perlindungan
		Pasal 5 ayat (1)	Pembatasan
	UU No. 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah pengganti UU No. 2 Tahun 2017 tentang Perubahan Atas UU No. 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan (UU Ormas)	Pasal 59 ayat (1), ayat (3) huruf a dan huruf b, ayat (4)	Pembatasan
	UU No. 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum (UU Penyampaian Pendapat di Muka Umum)	Pasal 2 ayat (1)	Jaminan perlindungan
		Pasal 6	Pembatasan
	UU No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis (UU PDRE)	Pasal 4 huruf b angka 1, 2, 3	Pembatasan

Spektrum pengaturan	Undang-undang (UU)	Ketentuan	Sifat
<i>Online</i> (daring)	UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah melalui UU No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE)	Pasal 27 ayat (1), Pasal 27 ayat (3), Pasal 28 ayat (2)	Pembatasan

Ketentuan-ketentuan tersebut dapat digolongkan ke dalam beberapa kategori bentuk dan ranah ekspresi,⁸⁴ dan khusus untuk penelitian ini, penjabaran lebih lanjut terkait dengan ekspresi yang terkait dengan: (i) penghinaan (umum); (ii) politik dan simbolik; (iii) keagamaan; dan (iv) permusuhan dan kebencian pada golongan; dan (v) sejumlah ekspresi dalam bentuk dan konteks lainnya.

2.2.2.1. Penghinaan, Pencemaran Nama Baik dan Fitnah

Salah satu bentuk kebebasan berpendapat dan berekspresi yang paling umum terjadi di masyarakat adalah ekspresi-ekspresi individu tentang suatu hal yang menyangkut pihak atau individu lainnya dalam beragam bentuk. Pendapat dan ekspresi tersebut kemudian dianggap menyinggung, menghina bahkan “menyerang” orang lain.

KUHP dan UU ITE mengatur beberapa tindakan yang dikategorikan sebagai tindak pidana penghinaan, yakni:

1) Penghinaan dalam KUHP

KUHP mengatur penghinaan dalam bab khusus (Buku Kedua Bab XVI tentang Penghinaan) dalam Pasal 310-Pasal 321. Selain itu, terdapat berbagai jenis penghinaan lain dalam berbagai bab lainnya, diantaranya bab mengenai kejahatan terhadap negara sahabat serta terhadap kepala negara sahabat serta wakilnya dan kejahatan terhadap ketertiban umum. Penghinaan yang diatur dalam bab ini adalah khusus penghinaan yang dilakukan oleh satu individu terhadap individu lain (termasuk individu dalam posisi pejabat publik).

⁸⁴ Pengkategorian ini juga dilakukan untuk mempermudah identifikasi atas tujuan apa yang ingin disasar dari pembatasan yang diterapkan dalam pasal-pasal tersebut, serta mendekatkan pada sejumlah cakupan ranah dan bentuk-bentuk ekspresi.

Penghinaan dalam KUHP

Ketentuan	Rumusan Delik	Keterangan dan Ancaman Pidana
Pasal 310 – Penistaan atau pencemaran nama baik dan penistaan tertulis atau pencemaran tertulis	Ayat (1) Mengatur delik pencemaran yang unsur-unsur: (i) dengan sengaja; (ii) menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal; (iii) dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum.	Paling lama 9 bulan penjara atau pidana denda paling banyak Rp 300,00.
	Ayat (2) apabila pencemaran tersebut dilakukan secara tertulis, sebagai deliknya pencemaran tertulis.	Paling lama 1 tahun 4 bulan penjara atau pidana denda paling banyak Rp 300,00.
	Ayat (3): Terdapat pengecualian pemidanaan, yakni terhadap perbuatan yang memenuhi unsur-unsur tersebut tetapi tujuannya dilakukan demi kepentingan umum atau untuk membela diri.	
Pasal 311: Fitnah	Fitnah terjadi ketika seseorang melakukan suatu kejahatan pencemaran atau pencemaran tertulis dan diberikan kesempatan untuk membuktikan bahwa tuduhannya benar, namun tidak membuktikannya atau fakta yang benar ternyata bertentangan dengan apa yang diketahui orang tersebut.	<ul style="list-style-type: none"> • Pidana penjara paling lama 4 tahun. • Pasal 312 memberi prasyarat lebih lanjut atas Pasal 311. Pembuktian atas kebenaran tuduhan hanya dapat dilakukan apabila: 1) hakim merasa perlu memeriksa kebenaran dari tuduhan terdakwa, dengan tujuan memeriksa apakah perbuatan demi kepentingan umum atau membela diri; atau 2) seorang pejabat dituduh sesuatu hal dalam menjalankan tugasnya.

Ketentuan	Rumusan Delik	Keterangan dan Ancaman Pidana
		<ul style="list-style-type: none"> • Jika orang yang dituduh telah ada putusan berkekuatan hukum tetap yang menyatakan bersalah melakukan hal yang dituduhkan, penghukuman terhadap dugaan delik fitnah tidak dapat dilakukan (Pasal 314 ayat (1)).
Pasal 315: Penghinaan ringan	<ol style="list-style-type: none"> 1. Penghinaan dengan sengaja yang tidak bersifat pencemaran atau pencemaran tertulis; 2. Di muka umum dengan lisan atau tulisan; atau 3. Di muka orang itu sendiri dengan lisan atau perbuatan atau dengan surat yang dikirimkan atau diterima kepadanya. 	Pidana penjara maksimal 4 bulan 2 minggu atau denda paling banyak Rp 300,00
Pasal 316: Penghinaan terhadap pejabat yang bertugas	Terhadap segala kejahatan penghinaan yang diatur dalam pasal-pasal sebelumnya akan ditambah sepertiga ancaman pidananya jika yang dihina adalah pejabat yang sedang atau karena menjalankan tugas yang sah.	
Pasal 317: Pengaduan fitnah	Melakukan pengaduan atau pemberitahuan palsu kepada penguasa mengenai seseorang yang berakibat nama baik orang tersebut terserang.	Paling lama 4 tahun penjara.
Pasal 318: Persangkaan palsu	Dengan sengaja secara palsu menimbulkan persangkaan terhadap seseorang telah melakukan suatu tindak pidana	Pidana penjara maksimal 4 selama tahun.

Ketentuan	Rumusan Delik	Keterangan dan Ancaman Pidana
Pasal 320: Pencemaran atau pencemaran tertulis terhadap orang meninggal	Terhadap orang meninggal, melakukan tindakan yang terhitung sebagai pencemaran atau pencemaran tertulis apabila orang tersebut masih hidup.	Pidana penjara paling lama 4 bulan 2 minggu atau denda maksimal Rp 300,00.
Pasal 321: Penghinaan terhadap orang meninggal	<ol style="list-style-type: none"> 1. Menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan di muka umum; 2. Tulisan atau gambaran; 3. Berisi menghina atau mencemarkan nama orang yang sudah meninggal; 4. Dengan maksud diketahui umum atau lebih diketahui oleh umum. 	<ul style="list-style-type: none"> • Hampir serupa Pasal 320 namun dengan rumusan lebih jelas • Pidana penjara paling lama 1 bulan 2 minggu atau denda maksimal Rp 300,00

Semua ketentuan dalam pasal 310 – 321 adalah delik aduan. Hal ini berdasarkan Pasal 319 yang menyatakan bahwa perbuatan-perbuatan tersebut tidak dapat dituntut pidana apabila tidak ada pengaduan dari orang yang terkena kejahatan tersebut. Pasal 319 KUHP pada awalnya mengecualikan ketentuan Pasal 316, sehingga siapapun bisa melaporkan apabila ada dugaan penghinaan terhadap pejabat yang melaksanakan tugasnya, namun putusan MK melalui putusan nomor 31/PUU-XIII/2015 telah menyatakan ketentuan pengecualian tersebut bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, sehingga ketentuan Pasal 316 termasuk sebagai delik aduan.

Putusan MK menekankan pentingnya pergeseran paradigma kenegaraan menuju relasi masyarakat yang lebih demokratis atau setara dengan mereposisi hubungan antara mereka yang menyelenggarakan kekuasaan negara dengan warga negara di hadapan hukum. MK menyatakan bahwa sudah tidak relevan lagi untuk membedakan pengaturan bahwa penghinaan kepada anggota masyarakat secara umum merupakan delik aduan, termasuk ancaman pidananya, sementara penghinaan kepada pegawai negeri atau pejabat negara merupakan bukan delik aduan, termasuk ancaman pidananya. Perbedaan ini tidak sesuai dengan cita-

cita kemerdekaan bangsa Indonesia untuk mencapai kedudukan manusia yang sederajat dan berkeadilan, sebagaimana dituangkan dalam UUD 1945, baik dalam pembukaan maupun dalam pasal-pasalanya.⁸⁵

2) Penghinaan dan Pencemaran Nama Baik di Ranah Daring

Ketentuan penghinaan di ranah daring, yang meskipun dapat diterapkan dengan ketentuan-ketentuan KUHP, secara khusus diatur dalam UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah melalui UU No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE). Pasal 27 ayat (3) UU ITE melarang penyebaran informasi elektronik atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik. Perumusan Pasal 27 ayat (3) adalah:

“Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.”

Ketentuan pidana Pasal 27 ayat (3) diatur dalam Pasal 45 ayat (3), dengan ancaman pidana paling lama 4 tahun penjara dan maksimal denda sebesar tujuh ratus lima puluh juta rupiah. Ancaman pidana ini jauh berbeda pengaturan penghinaan di KUHP yakni pidana penjara paling lama 9 bulan atau denda paling banyak Rp 300,00.

Penjelasan Pasal 27 ayat (3) memberi panduan bahwa muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik merujuk ketentuan pencemaran nama baik dan/atau fitnah yang diatur di dalam KUHP. Hal ini sesuai Putusan MK bahwa Pasal 27 ayat (3) dan Pasal 45 ayat (1) UU ITE (sebelum perubahan) harus diperlakukan sama dengan delik penghinaan di KUHP, yaitu sebagai delik yang mensyaratkan adanya pengaduan untuk dapat dituntut di pengadilan (delik aduan).⁸⁶

Sejumlah frasa dalam Pasal 27 ayat (3) diberikan penjelasan, namun dengan penjelasan yang cukup luas dan dapat diinterpretasikan berbeda-beda, yakni:

- Mendistribusikan: tindakan mengirimkan dan/atau menyebarkan informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik kepada banyak orang atau berbagai pihak melalui sistem elektronik.
- Mentransmisikan: tindakan mengirimkan informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang ditujukan kepada satu pihak lain melalui sistem elektronik.
- Membuat dapat diakses: Semua perbuatan selain mendistribusikan dan

⁸⁵ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 31/PUU-XIII/2015, hal. 33

⁸⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 50/PUU-VI/2008, hal. 110.

mentransmisikan melalui sistem elektronik yang membuat informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik tersebut dapat diketahui pihak lain atau publik. Salah satu penjelasan yang problematik adalah frasa “membuat dapat diakses”, yang diartikan sebagai semua perbuatan yang dapat diketahui publik. Artinya segala tindakan, baik sengaja atau tidak sengaja atau tindakan yang terjadi karena ketidaktahuan atau ketidakpahaman dalam suatu sistem elektronik tertentu, jika “dapat diketahui publik”, akan dapat dianggap memenuhi unsur “membuat dapat diakses”. Hal ini berbeda dengan rumusan Pasal 310 KUHP terkait dengan frasa “yang maksudnya supaya diketahui umum” yang mensyaratkan adanya tujuan agar suatu hal diketahui lebih dari satu pihak.

2.2.2.3. Ekspresi Politik dan Simbolik

Hukum pidana Indonesia mengatur ketentuan terkait dengan berbagai ekspresi yang bernuansa politik, yang seringkali bersinggungan dengan ekspresi simbolik. Ketentuan-ketentuan ini di antaranya terkait dengan penghinaan terhadap kepala negara sahabat, berbeda negara lain, perwakilan negara asing, serta penghinaan terhadap simbol-simbol negara dan penghinaan terhadap penguasa umum, termasuk ketentuan-ketentuan tentang makar.

Ketentuan terkait Ekspresi Politik dan Simbolik

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana
Pasal 104-107 KUHP: Makar	Pasal 104 KUHP Dengan niat hendak membunuh Presiden atau wakil Presiden atau dengan maksud hendak merampas kemerdekaannya atau hendak menjadikan mereka itu tiada cakap memerintah	Hukuman mati atau penjara seumur hidup atau penjara sementara paling lama 20 tahun.
	Pasal 106 KUHP: Dengan niat hendak menaklukkan daerah negara sama sekali atau sebahagiannya ke bawah pemerintahan asing atau dengan maksud hendak memisahkan sebagian dari daerah itu	Penjara seumur hidup atau penjara sementara selama-lamanya 20 puluh tahun.

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana
Pasal 110 KUHP: Permufakatan jahat, mempersiapkan, memperlancar kejahatan Pasal 104 dan 106 KUHP	Ayat (1): Permufakatan jahat untuk melakukan kejahatan menurut Pasal 104, 106, 107, dan 108	Ancaman pidana sesuai dengan ketentuan dalam pasal-pasal yang disebut.
	Ayat (2): Dengan maksud berdasarkan Pasal 104, 106, dan 108, mempersiapkan atau memperlancar kejahatan: <ol style="list-style-type: none"> 1. berusaha menggerakkan orang lain untuk melakukan, menyuruh melakukan atau turut serta melakukan agar memberi bantuan pada waktu melakukan atau memberi kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan; 2. berusaha memperoleh kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan bagi diri sendiri atau orang lain; 3. memiliki persediaan barang-barang yang diketahuinya berguna untuk melakukan kejahatan; 4. mempersiapkan atau memiliki rencana untuk melaksanakan kejahatan yang bertujuan untuk memberitahukan kepada orang lain; 	Ancaman pidana Ancaman pidana sesuai dengan ketentuan dalam pasal-pasal yang disebut.

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana
	5. berusaha mencegah, merintang atau menggagalkan tindakan yang diadakan pemerintah untuk mencegah atau menindas pelaksanaan kejahatan.	
Pasal 142 KUHP: Penghinaan kepala negara sahabat	Penghinaan dengan sengaja terhadap raja yang memerintah atau kepala negara sahabat.	Pidana penjara paling lama lima tahun atau pidana paling banyak tiga ratus rupiah."
Pasal 142a KUHP: Penodaan bendera kebangsaan negara sahabat	Menodai bendera kebangsaan negara sahabat.	Pidana penjara paling lama 4 tahun atau denda paling banyak Rp 300,00.
Pasal 143 dan 144 KUHP: Penghinaan terhadap wakil negara asing	Pasal 143: Penghinaan dengan sengaja terhadap orang yang mewakili negara asing di Indonesia	Pidana penjara paling lama 5 tahun atau pidana denda paling banyak Rp 300,00.
	Pasal 144: Menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan di muka umum tulisan atau lukisan yang berisi penghinaan terhadap raja yang memerintah, atau kepala lainnya dari negara sahabat, atau orang yang mewakili negara asing di Indonesia dengan maksud supaya hinaan tersebut diketahui atau lebih diketahui umum.	Pidana penjara paling lama 9 bulan atau denda maksimal Rp 300,00.
UU Bendera: ¹²⁷ Penodaan terhadap bendera kebangsaan Indonesia	Pasal 66: merusak, merobek, menginjak-injak, membakar, atau melakukan perbuatan lain dengan maksud menodai, menghina, atau merendahkan kehormatan Bendera Negara.	Pidana penjara paling lama 5 tahun atau denda paling banyak lima ratus juta rupiah.

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana
	Pasal 67: <ul style="list-style-type: none"> • Huruf b: dengan sengaja mengibarkan Bendera Negara yang rusak, robek, luntur, kusut, atau kusam. • huruf c: mencetak, menyulam, dan menulis huruf, angka, gambar atau tanda lain dan memasang lencana atau benda apapun pada Bendera Negara. 	Pidana penjara paling lama 1 tahun atau denda paling banyak seratus juta rupiah
	Pasal 68: mencoret, menulisi, menggambari, atau membuat rusak Lambang Negara dengan maksud menodai, menghina, atau merendahkan kehormatan Lambang Negara	Pidana penjara paling lama 5 tahun atau denda paling banyak lima ratus juta rupiah.
	Pasal 69 huruf a: dengan sengaja menggunakan Lambang Negara yang rusak dan tidak sesuai dengan bentuk, warna, dan perbandingan ukuran dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 tahun atau denda paling banyak seratus juta rupiah.	Pidana penjara paling lama 1 tahun atau denda paling banyak seratus juta rupiah.
Pasal 154a KUHP: Penodaan bendera kebangsaan Indonesia	Menodai bendera kebangsaan dan lambang negara Indonesia	Pidana penjara maksimal 4 tahun atau denda paling banyak Rp 3.000,00.
Pasal 207 dan 208 KUHP: Penghinaan penguasa atau badan umum di Indonesia	Dengan lisan maupun tulisan, dengan sengaja di muka umum menghina suatu penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia	Pidana penjara paling lama 1 tahun 6 bulan atau denda paling banyak Rp 300,00. Selanjutnya,

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana
	Menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan di muka umum tulisan atau lukisan yang berisi penghinaan terhadap suatu penguasa atau badan umum di Indonesia dengan maksud supaya hinaan tersebut diketahui atau lebih diketahui umum.	Pidana penjara paling lama 4 bulan atau denda paling banyak Rp 300,00.

2.2.2.4. Ekspresi Keagamaan

Ekspresi-ekspresi terkait dengan keagamaan diatur dalam sejumlah ketentuan di KUHP dan perundang-undangan lainnya. Di KUHP, terdapat dua pasal berbeda yakni Pasal 156a dan Pasal 177. Pasal 156a KUHP merupakan pasal tambahan di dalam KUHP yang ditetapkan melalui Penetapan Presiden Nomor 1/PNPS/Tahun 1965 (Penpres 1/1965)⁸⁷. Ketentuan lainnya, yang bersinggungan dengan ekspresi keagamaan adalah ekspresi yang dilakukan di ranah daring dengan Pasal 28 ayat (2) UU ITE.

Ketentuan terkait Ekspresi Keagamaan

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana dan Ketentuan terkait
Pasal 156a KUHP: Penodaan Agama	Dengan sengaja di muka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan: (1) Yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan, atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia; (2) Dengan maksud agar orang tidak menganut agama apapun juga.	<ul style="list-style-type: none"> • Pidana penjara paling lama 5 tahun. • uraian-uraian tertulis atau lisan yang dilakukan dengan cara objektif, <i>zakelikk</i>, dan ilmiah mengenai suatu agama dengan menghindari adanya kata-kata yang bersifat permusuhan atau penghinaan tidak termasuk sebagai tindak pidana. Pasal ini bermaksud mempidanakan perbuatan yang disertai niat untuk memusuhi atau menghina.

⁸⁷ PNPS No. 1 Tahun 1965 ini dijadikan undang-undang melalui UU No. 5 Tahun 1969.

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana dan Ketentuan terkait
Pasal 177 KUHP: Penghinaan terhadap petugas agama dan benda-benda ibadah	<ul style="list-style-type: none"> • Menertawakan seorang petugas agama dalam menjalankan tugasnya yang diizinkan; • menghina benda-benda untuk keperluan ibadat di tempat atau pada waktu ibadat dilakukan 	Pidana penjara maksimal 4 bulan 2 minggu atau denda maksimal Rp 120,00.
Pasal 28 ayat (2) UU ITE: menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan berbasis SARA	Dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA).	Pidana penjara paling lama 6 tahun dan/atau denda paling banyak satu miliar rupiah

2.2.2.5. Permusuhan dan kebencian kepada golongan penduduk

Berbagai ekspresi sering menyentuh atau ditafsirkan sebagai bentuk tindakan yang memicu permusuhan maupun kebencian pada pihak, kelompok, atau golongan penduduk tertentu. Hukum pidana Indonesia mengatur sejumlah perbuatan yang dikategorikan sebagai tindak pidana yang menimbulkan permusuhan dan kebencian (serta penghinaan) pada individu dan/atau golongan penduduk tertentu.

Ketentuan terkait Ekspresi dengan Tindak Pidana Permusuhan dan Kebencian

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana dan Ketentuan Terkait
Pasal 156 dan 157 KUHP: Permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap golongan	Pasal 156: di muka umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap suatu atau beberapa golongan rakyat Indonesia	<ul style="list-style-type: none"> • Pidana penjara paling lama 4 tahun atau pidana denda paling banyak Rp 300,00 • Penjelasan golongan: bagian-bagian dari masyarakat yang berbeda ras, negeri asal, agama, tempat, asal, keturunan, kebangsaan, atau kedudukan menurut hukum tata negara.
	Pasal 157 (1) KUHP: menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan tulisan atau lukisan di muka umum, yang isinya mengandung pernyataan perasaan permusuhan, kebencian atau penghinaan diantara atau terhadap golongan-golongan rakyat Indonesia, dengan maksud supaya isinya diketahui atau lebih diketahui oleh umum.	Pidana penjara paling lama dua tahun enam bulan atau pidana denda paling banyak empat rupiah lima ratus rupiah.
Pasal 28 (2) UU ITE: kebencian atau permusuhan terhadap golongan di ranah daring	Dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA).	Pidana penjara paling lama 6 tahun dan/atau denda paling banyak satu miliar rupiah (Pasal 25A ayat (2))

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana dan Ketentuan Terkait
Pasal 4 UU Penghapusan Ras dan Etnis: Ujaran Kebencian	<ol style="list-style-type: none"> 1. Membuat tulisan atau gambar untuk ditempatkan, ditempelkan, atau disebarluaskan di tempat umum atau tempat lainnya yang dapat dilihat atau dibaca oleh orang lain. 2. Berpidato, mengungkapkan, atau melontarkan kata-kata tertentu di tempat umum atau tempat lainnya yang dapat didengar orang lain; atau 3. Mengenakan sesuatu pada dirinya berupa benda, kata-kata, atau gambar di tempat umum atau tempat lainnya yang dapat dibaca oleh orang lain. 	Pidana penjara paling lama 5 tahun dan/atau denda paling banyak 500 juta rupiah (Pasal 16)

2.2.2.6. Ekspresi dalam Ranah Lainnya

Selain berbagai pengaturan di atas, terdapat berbagai ketentuan hukum pidana lainnya yang bersinggungan dengan kebebasan berekspresi, di antaranya ekspresi yang terkait dengan isu moral publik misalnya berbagai tindak pidana tentang kesusilaan, berita bohong dan penghinaan dalam sejumlah konteks (misalnya penghinaan dalam masa kampanye).

Berbagai contoh ketentuan dibawah ini adalah sejumlah ketentuan yang dalam penerapannya problematik karena dirumuskan dengan cukup luas dan menimbulkan multitafsir yang berakibat pada pemidanaan atas ekspresi yang seharusnya dilindungi. Sebagai contoh adalah frasa “ketelanjangan” sebagaimana diatur dalam UU Pornografi atau “muatan yang melanggar kesusilaan”, yang

menyasar pada sejumlah ekspresi yang sah, misalnya ekspresi seni atau dalam medium seni (*artistic expression*).

Ketentuan terkait Ekspresi Lainnya

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana dan Ketentuan Terkait
Pasal 4 ayat (1) UU Pornografi: ^{<?>} Pornografi <i>Note: Kesusilaan juga diatur di KUHP</i>	Memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengeksport, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat, salah satunya yaitu ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan.	Pidana penjara paling singkat 6 bulan dan paling lama 12 tahun dan/atau pidana denda paling sedikit dua ratus lima puluh juta rupiah dan paling banyak enam miliar rupiah.
Pasal 27 (1) UU ITE: Kesusilaan	Dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan melanggar kesusilaan.	Pidana penjara paling lama 6 tahun dan/atau denda paling banyak satu miliar rupiah.
Pasal 28 ayat (1) UU ITE: Berita bohong (<i>hoax</i>)	Penyebaran berita bohong dan menyesatkan, tetapi perbuatan yang harus berakibat pada kerugian konsumen dalam transaksi elektronik.	Pidana penjara paling lama 6 tahun dan/atau denda paling banyak satu miliar rupiah.

Ketentuan	Rumusan Delik	Ancaman Pidana dan Ketentuan Terkait
Pasal 14 UU PHP: <?> Berita bohong yang menimbulkan keonaran	Dengan sengaja menyiarkan berita atau pemberitahuan bohong, dengan sengaja menerbitkan keonaran di kalangan rakyat.	Pidana penjara setinggi-tingginya 10 tahun
	Menyiarkan suatu berita atau mengeluarkan pemberitahuan yang dapat menerbitkan keonaran di kalangan rakyat, sedangkan ia patut dapat menyangka bahwa berita atau pemberitahuan itu adalah bohong	Pidana penjara setinggi-tingginya 3 tahun
Pasal Pasal 280 ayat (1) huruf c UU Pemilu <?> Penghinaan dalam masa kampanye	Larangan bagi pelaksana, peserta, dan tim kampanye untuk menghina seseorang, agama, suku, ras, golongan, calon, dan/ atau peserta pemilu lain. Tidak ada penjelasan lebih lanjut atas unsur-unsur pasal tersebut. Ancaman pidana terhadap pelanggaran atas pasal tersebut dicantumkan dalam Pasal 521 UU Pemilu yang mengatur ancaman pidana penjara paling lama 2 tahun dan denda paling banyak dua puluh empat juta rupiah.	Pidana penjara paling lama 2 tahun dan denda paling banyak 24 juta rupiah (Pasal 521 UU Pemilu)



BAB III

**KEBEBASAN
BEREKSPRESI DAN
PENGHINAAN**

Bab ini menguraikan persinggungan antara penghinaan dan perlindungan terhadap hak atas kebebasan berekspresi dengan melakukan telaah atas putusan-putusan pengadilan dalam perkara-perkara penghinaan. Analisis putusan pengadilan kemudian diidentifikasi guna memahami delik penghinaan dalam kaitannya dengan hak atas kebebasan berekspresi. Berbagai isu penting dalam analisis diklarifikasi dalam perspektif hukum pidana dan kerangka HAM.

Bab ini dimulai dengan memberikan gambaran hubungan antara perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dan tindak pidana penghinaan dan menguraikan pasal-pasal penghinaan dalam peraturan perundang-undangan Indonesia. Bab ini juga menguraikan tren perkembangan pengaturan dan tren kasus-kasus penghinaan dan hubungannya dengan perlindungan kebebasan berekspresi. Bagian akhir Bab ini memberikan berbagai rekomendasi.

3.1. Pidana Penghinaan dalam Kerangka Hak Asasi Manusia

Pasal 19 KIHSP memberikan landasan kuat perlindungan kebebasan berpendapat dan berekspresi sebagai salah satu kebebasan dasar (*fundamental freedom*). Kebebasan berpendapat atau beropini, termasuk kebebasan untuk tetap memegang teguh opini tersebut, adalah hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable*).⁸⁸

Khusus kebebasan berekspresi, sesuai Pasal 19 ayat (3) KIHSP, kebebasan berekspresi dapat dibatasi, namun hanya dengan pembatasan-pembatasan yang sah dan dengan tujuan untuk melindungi kepentingan tertentu yang sah (*legitimate aim*), salah satunya untuk menghormati hak atau reputasi orang lain.⁸⁹ Komentar Umum PBB No. 34 memberikan penjelasan terminologi “hak” dan lingkup “hak” dalam konteks ini adalah hak-hak asasi manusia yang diakui di dalam KIHSP dan yang secara umum diakui dalam hukum HAM internasional.⁹⁰ Sementara istilah “reputasi” telah diberikan panduan tentang makna dan cakupannya, termasuk batasan penggunaan alasan untuk pembatasan ekspresi dengan tujuan penghormatan atas reputasi orang lain. Merujuk pada Prinsip-Prinsip Siracusa misalnya, menyatakan bahwa suatu pembatasan HAM atas dasar reputasi orang lain tidak boleh digunakan untuk melindungi negara dan aparatnya dari opini dan kritisisme publik.⁹¹

Selain pembatasan harus ditujukan untuk tujuan tertentu yang sah, Pasal 19 ayat (3) KIHSP juga mengatur bahwa pembatasan wajib diatur dalam undang-undang

⁸⁸ Manfred Nowak..., *Op. Cit.*, hal. 440-442.

⁸⁹ Majelis Umum PBB...*ICCPR...*, *Op. Cit.*, Pasal 19 ayat (3) huruf a.

⁹⁰ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 28.

⁹¹ Komisi HAM PBB, *Prinsip-Prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 37.

(*law*). Negara diberikan kewenangan untuk membatasi hak tertentu namun harus melalui norma hukum dalam bentuk undang-undang. Suatu undang-undang yang mengatur penghinaan, dapat dinyatakan tidak memenuhi ujian atas tujuan-tujuan yang sah, diantaranya dalam hal:

- Ditujukan untuk melindungi “reputasi” dari obyek, seperti bendera, atau simbol-simbol negara atau keagamaan
- Ditujukan untuk melindungi “reputasi” negara
- Ditujukan untuk melindungi perasaan dan ide-ide yang subyektif, seperti perasaan tentang martabat (*sense of “honour”*)
- Ditujukan untuk mencegah kritik pada pejabat atau badan-badan publik.⁹²

Hukum-hukum penghinaan juga tidak dapat dikatakan sah dengan membatasi kebebasan berekspresi dalam hal untuk melindungi reputasi dari: (i) badan publik; (ii) partai politik; dan (iii) korporasi yang dimiliki oleh negara. Selain itu, para pejabat publik termasuk kepala negara dan pejabat pemerintahan juga tidak berhak mendapat perlindungan khusus berdasarkan hukum penghinaan.⁹³

Prinsip-prinsip Siracusa yang membahas bagian “Hak dan kebebasan orang lain” atau “hak atau reputasi orang lain” menyatakan bahwa dalam hal terjadi konflik antara hak yang dilindungi dan hak yang tidak dilindungi oleh KIHSP, maka pengakuan dan pertimbangan seharusnya diberikan kepada fakta bahwa KIHSP berusaha untuk melindungi hak-hak dan kebebasan yang paling mendasar (*the most fundamental rights and freedoms*) sehingga titik berat utama harus diberikan kepada hak yang tidak tunduk pada pembatasan dalam KIHSP.⁹⁴

Konstitusi Indonesia, sebagaimana diuraikan dalam Bab II, menjamin dengan kuat hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi sehingga hak-hak ini mendapatkan pengakuan dan perlindungan hukum yang tinggi. Pada sisi lain, hukum Indonesia juga masih mengatur pidana penghinaan (*criminal defamation*) diantaranya dalam KUHP dan UU ITE. Perumusan tindak pidana penghinaan dalam KUHP dan UU ITE juga merumuskan tentang “reputasi” dalam narasi yang beragam, misalnya Pasal 310 ayat (1) KUHP memiliki unsur “...menyerang kehormatan atau nama baik seseorang...” sebagai salah satu elemen perbuatan yang dilarang dan diancam pidana. Contoh lain yaitu ketentuan Pasal 317 KUHP yang sebagian unturnya berbunyi “pengaduan atau pemberitahuan palsu...tentang seseorang

⁹² ARTICLE 19, *Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation, Policy Brief*, (London: ARTICLE 19, 2017), hal. 6. Lihat juga ARTICLE 19, “*Defamation and Freedom of Expression: A summary*”, dapat diakses di <https://www.article19.org/resources/defamation-and-freedom-of-expression-a-summary/>.

⁹³ ARTICLE 19, “*Defamation and Freedom of Expression: A summary*”..., *Ibid*.

⁹⁴ Komisi HAM PBB, *Prinsip-Prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 36-37.

sehingga kehormatan atau nama baiknya terserang....”⁹⁵ Konteks perbuatan yang sama terdapat juga dalam pasal-pasal lain di bawah Bab XVI tentang Penghinaan dalam KUHP. Selain itu, KUHP juga memberikan pengaturan penghinaan dengan target atau obyek dari reputasi yang berbeda-beda, diantaranya terhadap orang bisa, kekuasaan umum dan pejabat publik termasuk presiden.

Sejalan dengan perkembangan perlindungan HAM di Konstitusi Indonesia dan berbagai peraturan perundang-undangan lain diantaranya UU HAM, ketentuan tentang penghinaan juga mengalami kontestasi dan koreksi, terlebih dalam penerapannya yang eksekutif dan banyak melanggar kebebasan berekspresi, dengan diantaranya dihapuskannya pasal-pasal penghinaan kepada presiden dan revisi atas ketentuan penghinaan dalam UU ITE (Pasal 27 ayat (3)). Pasal-pasal pidana penghinaan dalam KUHP menyentuh pada konteks perlindungan reputasi pejabat dan badan-badan publik serta tidak cukup jelas memberikan batasan (*threshold*) antara penghinaan dan opini atau kritisisme publik.

Hukum pidana tentang penghinaan di Indonesia dan penerapannya di pengadilan juga tidak terlepas dari isu adanya konflik antar hak yang dilindungi, yakni perlindungan ekspresi dan perlindungan atas reputasi. Berbagai putusan pengadilan tentang penghinaan banyak dikritik dan menjadi salah satu dasar menurunnya perlindungan atas kebebasan dasar dan kebebasan berekspresi. Putusan-putusan pengadilan seringkali, sebagaimana akan diuraikan pada bagian bawah, tidak cukup mempertimbangkan aspek perlindungan berekspresi dan hanya memfokuskan pembuktian perbuatan yang dilakukan terdakwa, apakah benar terdakwa menyatakan kata-kata yang didakwakan baik tertulis maupun lisan, serta apakah benar kata-kata dimaksud bersifat menghina atau tidak. Pertimbangan pengadilan sangat jarang mempertimbangkan apakah perbuatan yang dilakukan terdakwa merupakan bagian dari hak berekspresi atau tidak, dan khususnya sejauh mana hak atas reputasi pihak yang merasa dihina benar-benar akan terlanggar sehingga pemidanaan terhadap terdakwa adalah pilihan hukum yang tepat. Terlebih dalam kasus-kasus dimana penghinaan yang dimaksud adalah penghinaan terhadap pejabat atau lembaga negara, sangat minim pertimbangan pengadilan perihal sejauh mana perbuatan terdakwa memang akan mengganggu keamanan negara, ketertiban umum, moral publik. Padahal, norma-norma HAM untuk perlindungan kebebasan berekspresi telah tersedia, selain perlu dilakukannya pengujian tiga tahap, juga dalam hal terjadi konflik antar hak maka pengakuan dan pertimbangan seharusnya diberikan pada perlindungan atas hak-hak dan kebebasan yang paling mendasar.

⁹⁵ Makna dari “kehormatan” dalam delik-delik tersebut, sesuai dengan penafsiran R. Soesilo, adalah nama baik. Maka, perumusan unsur-unsur pidana tersebut memperlihatkan bahwa adanya larangan melakukan suatu perbuatan yang mana larangan tersebut ditujukan untuk melindungi reputasi orang lain.

Di tingkat global, wacana penting terkait dengan pidana penghinaan dan perlindungan HAM adalah perlu dihapuskannya ketentuan pidana penghinaan karena pemidanaan dengan tuduhan penghinaan berlawanan dengan standar HAM internasional dan seringkali gagal memenuhi standar sebagai ketentuan yang diperlukan (*necessity*) berdasarkan tiga tahapan ujian (*three part test*).⁹⁶

3.2. Pasal-Pasal Pemidanaan terhadap Kebebasan Berekspresi

Sebelum menguraikan pasal-pasal pidana penghinaan, penting untuk memahami konteks dan cakupan tindak pidana penghinaan. **Penghinaan adalah suatu terminologi payung atas berbagai tindak pidana berbeda yang diatur di KUHP.** Di dalam KUHP, terminologi “penghinaan” menjadi judul Bab XVI (enam belas) di mana di dalamnya terdapat tindak pidana pencemaran/penistaan (Pasal 310 KUHP), fitnah (Pasal 311 KUHP), penghinaan ringan (Pasal 315 KUHP), pengaduan fitnah (Pasal 317 KUHP), persangkaan palsu (Pasal 318 KUHP), pencemaran/penistaan terhadap orang meninggal (Pasal 320 KUHP), dan penyebaran pencemaran/penistaan terhadap orang meninggal (Pasal 321 KUHP). Keseluruhan tindak pidana tersebut apabila dilihat dari unsur-unsurnya memiliki kesamaan sifat perbuatan, yaitu adanya tuduhan mengenai sesuatu hal yang dinyatakan pelaku kepada korban, kecuali dalam hal penghinaan ringan di mana tuduhan bukan merupakan bagian dari perbuatan. Secara umum penghinaan merupakan suatu perbuatan yang menyerang kehormatan atau reputasi orang lain.

Perbuatan-perbuatan yang berkonteks penghinaan dalam KUHP juga diatur di luar Bab XVI. Terminologi “penghinaan” atau “menghina” sebagai suatu unsur tindak pidana setidaknya dapat ditemukan dalam Pasal 142 KUHP (penghinaan terhadap raja atau kepala negara sahabat), Pasal 144 KUHP (penyebaran penghinaan terhadap raja atau kepala negara sahabat), Pasal 207 KUHP (penghinaan terhadap penguasa atau badan umum), dan Pasal 208 KUHP (penyebaran penghinaan terhadap penguasa atau badan umum).

Oleh sebab itu penulisan bagian ini menyebutkan secara spesifik ketika merujuk tindak pidana tertentu, misalnya pencemaran/penistaan, fitnah, dan sebagainya, yang terdapat di dalam bab penghinaan. Dalam hal terdapat penyebutan terminologi “penghinaan”, maka hal tersebut merujuk secara umum kepada bab penghinaan dan perbuatan penghinaan lain dalam KUHP.

Hal lain yang perlu dicatat adalah bahwa penggunaan terminologi “pencemaran” atau “penistaan” merujuk kepada tindak pidana yang sama yang diatur Pasal 310 KUHP dan pasal-pasal lain yang menyebutkan istilah pencemaran atau

⁹⁶ ARTICLE 19, “Defamation and Freedom of Expression: A summary”..., *Loc. Cit.*

penistaan⁹⁷. Terminologi “pencemaran” datang dari penerjemahan KUHP yang dilakukan oleh Prof. Moeljatno, sementara itu istilah “penistaan” digunakan dalam KUHP terjemahan R. Soesilo.⁹⁸ Kedua istilah ini akan digunakan secara bergantian sepanjang tulisan ini, namun keduanya tetap merujuk kepada makna yang sama yaitu kejahatan yang diatur Pasal 310 KUHP.

Seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya, tindak pidana penghinaan terdiri dari berbagai jenis tindak pidana yang berbeda-beda, baik yang tercantum di dalam Bab XVI KUHP maupun di luar Bab tersebut, termasuk juga di dalam UU ITE. Tindak pidana pencemaran diatur dalam Pasal 310 KUHP, Pasal 311 KUHP, dan Pasal 27 ayat (3) UU ITE sebagai jenis penghinaan yang terkait dengan “reputasi” orang lain. Sementara Pasal 207 KUHP mengatur penghinaan terhadap penguasa atau badan umum. Konteks penghinaan dalam Pasal 207 KUHP serupa dengan Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP, yaitu ancaman terhadap “reputasi” orang namun subjek dalam Pasal 207 KUHP berbeda, yaitu penguasa atau badan umum.

3.3. Tren Jenis-Jenis Ekspresi yang Dituntut Pidana atas Delik Pencemaran atau Fitnah dalam KUHP dan UU ITE

Secara umum, konstitusi dan peraturan perundang-undangan di Indonesia telah mengakui jaminan kebebasan berekspresi, namun jaminan tersebut belum mampu sepenuhnya melindungi masyarakat dari jerat pidana atas pendapat atau ekspresi yang sah untuk disampaikan. Pada satu sisi, terjadi perkembangan positif, dengan adanya ketentuan-ketentuan yang sesuai dengan prinsip-prinsip HAM atau mendapatkan pengetatan interpretasi dari MK sehingga lebih jelas atau ketat. Namun, di sisi lain, masih terdapat berbagai ketentuan yang bermasalah,

⁹⁷ Istilah “pencemaran nama baik” sebenarnya dari awal tidak digunakan sebagai terminologi hukum. Sebagaimana telah dijelaskan dalam paragraf sebelumnya, istilah yang digunakan dalam KUHP adalah “pencemaran” atau “penistaan.” Dalam praktiknya, “pencemaran nama baik” adalah terminologi yang sering digunakan dalam percakapan di ranah publik untuk merujuk perbuatan yang diatur Pasal 310 KUHP. Istilah ini juga dipakai sebagai rumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE yang dalam penjelasannya makna “pencemaran nama baik” juga merujuk kepada ketentuan Pasal 310 KUHP. Oleh karena itu, istilah “pencemaran nama baik” tidak akan digunakan dalam tulisan ini kecuali dalam hal kutipan-kutipan langsung dari bahan rujukan, sehingga hanya istilah “pencemaran” atau “penistaan” yang akan digunakan.

⁹⁸ Dalam *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* yang diterbitkan Balai Pustaka tahun 1921 dan saat itu masih mencantumkan versi bahasa Belanda atas pasal-pasal KUHP, redaksional bahasa Belanda yang digunakan untuk menggambarkan pencemaran atau penistaan adalah “*smaad*”, dengan substansi pasal lengkap berbunyi sebagai berikut: “*Hij die opzettelijk iemands eer of goeden naam aanrandt, door telastlegging van een bepaald feit, met het kennelijk doel om daaraan ruchtbaarheid te geven, wordt, als schuldig aan smaad, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen maanden of geldboete van ten hoogste drie honderd gulden.*” Lihat *Kitab Oendang-Oendang Hukuman bagi Hindia Belanda*, (Weltevreden: Balai Poestaka, 1921), hal. 170. Terhadap istilah “*smaad*” tersebut, Prof. Moeljatno menggunakan istilah pencemaran sebagai terjemahan. Lihat Moeljatno, *KUHP Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, (Jakarta: Bumi Aksara, 2007), hal. 114. Sementara itu, R. Soesilo menggunakan istilah “menista” dalam menerjemahkan istilah “*smaad*”, sehingga keseluruhan perbuatan tersebut dapat juga disebut sebagai penistaan. Lihat R. Soesilo, *KUHP serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, (Bogor: Politeia, 2013), hal. 225.

baik karena rumusan pengaturannya yang cukup luas, lentur dan multi interpretasi, yang seringkali mudah digunakan oleh warga sipil biasa hingga alat-alat negara, untuk menjerat berbagai ekspresi yang sah dan dilindungi. Sebagai akibatnya, rentan terjadi pembatasan hak atas kebebasan berekspresi yang tidak sesuai dengan prinsip hukum HAM.

Perkara-perkara pencemaran dan fitnah dalam konteks KUHP menjerat hampir semua kategori individu, termasuk masyarakat sipil yang bekerja sebagai pegiat HAM, pegiat anti korupsi, dan jurnalis. Salah satu kasus yang pernah menjadi perhatian publik adalah kasus Khoe Seng Seng pada 2006, yang menulis surat pembaca di harian Kompas dan Suara Pembaruan tentang keluhannya mengenai ketidakjelasan status tanah atas ruko yang ia beli dari pengembang PT Duta Pertiwi di ITC Mangga Dua Jakarta. Khoe Seng Seng diadukan ke kepolisian dan kemudian divonis bersalah oleh pengadilan atas pencemaran terhadap perusahaan tersebut.⁹⁹

Kasus-kasus lainnya adalah perkara yang dialami Ronny Maryanto Romadji, pegiat anti-korupsi dari Komite Penyelidikan Pemberantasan Korupsi Kolusi dan Nepotisme (KP2KKN) divonis bersalah dengan tuduhan pencemaran terhadap politisi Fadli Zon. Ronny dihukum karena komentarnya di media massa dan pelaporan yang ia lakukan ke Panwaslu Kota Semarang atas dugaan politik uang Fadli Zon pada saat berkampanye di Pasar Bulu, Semarang.¹⁰⁰ Kasus lain, pada 2009 Emerson Yuntho dan Illian Deta Sari, aktivis anti korupsi dari Indonesia Corruption Watch (ICW), ditetapkan sebagai tersangka atas dugaan penghinaan terhadap Kejaksaan Agung. Keduanya mengeluarkan kritik yang dikutip di harian Rakyat Merdeka mengenai jumlah uang pengembalian hasil korupsi yang diklaim berhasil diselamatkan oleh kejaksaan dan mencurigai nominal yang berbeda antara yang jumlah diklaim kejaksaan dengan data yang mereka miliki dari Badan Pemeriksa Keuangan (BPK).¹⁰¹

⁹⁹ KontraS, "Dimana Benteng Keadilan Dalam Kasus Khoe Seng-Seng?", <https://kontras.org/2012/03/04/dimana-benteng-keadilan-dalam-kasus-khoe-seng-seng/>, diakses pada hari Kamis, 4 Maret 2021.

¹⁰⁰ Lihat Putusan Mahkamah Agung No. 1252 K/PID/2016.

¹⁰¹ Dicky Setiawan (Ed.), "Pengurus ICW Jadi Tersangka Pencemaran Nama Baik," <https://nasional.kontan.co.id/news/pengurus-icw-jadi-tersangka-pencemaran-nama-baik>, diakses pada hari Rabu, 2 Desember 2020.

Contoh Ekspresi yang Dipidana atas Tindak Pidana Pencemaran atau Fitnah dengan Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP

Pasal 310 KUHP	Pasal 311 KUHP
Memberikan keterangan kepada jurnalis yang isinya mengenai tuduhan perbuatan melanggar hukum oleh suatu perusahaan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 772 K/PID/2017)	Menuduh orang lain secara lisan di depan banyak orang bahwa orang tersebut melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 963 K/PID/2017)
Menyampaikan orasi dalam unjuk rasa yang isinya terdapat kata-kata kasar terhadap pejabat pemerintahan yang diprotes (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 899 K/Pid/2014)	Menulis dan menyebarkan atau mengirimkan ke banyak orang (warga sipil dan/atau pejabat pemerintahan) tulisan atau surat yang berisi tuduhan bahwa orang lain melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 2331 K/PID/2007 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1082 K/PID/2015)
Menuduh orang lain secara lisan di hadapan banyak orang atau di tempat umum bahwa orang tersebut melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1680 K/PID/2015 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 425 K/Pid/2015)	Menulis artikel berita di surat kabar berisi dugaan perbuatan melanggar hukum oleh pejabat publik (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2331 K/PID/2006)
Menuduh orang lain lewat unggahan status di akun media sosial pribadi bahwa orang tersebut melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 848 K/Pid/2017)	Menulis surat berisi pengaduan pelanggaran hak-hak pekerja oleh suatu perusahaan yang dialami dirinya sendiri dan dikirim kepada pejabat-pejabat pemerintahan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2205 K/Pid/2006)

Pasal 310 KUHP	Pasal 311 KUHP
Memberikan keterangan kepada jurnalis yang isinya tuduhan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial oleh orang lain dengan disertai kata-kata kasar terhadap orang tersebut (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2003 K/Pid/2004)	Membuat laporan kepada polisi bahwa orang lain melakukan perbuatan melanggar hukum yang mana laporan tersebut kemudian dinyatakan tidak cukup bukti (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2155 K/Pid/2010)
Menulis dan menyebarkan tulisan yang berisi tuduhan negatif terkait pribadi pejabat publik (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2309 K/Pid/2007)	Memberikan keterangan kepada jurnalis yang isinya mengenai tuduhan perbuatan melanggar hukum oleh pejabat pemerintahan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1562 K/PID/2011)
Menghina orang lain secara lisan dengan kata-kata kasar di depan banyak orang atau di tempat umum (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1186 K/Pid/2004 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1186 K/Pid/2009)	Menulis dan menyebarkan atau mengirimkan ke banyak orang (warga sipil dan/atau pejabat pemerintahan) tulisan atau surat yang berisi tuduhan bahwa seorang pejabat pemerintahan melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1898 K/Pid/2003 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 2417 K/Pid/2007)
Menceritakan secara lisan kepada lebih dari satu orang bahwa orang tertentu melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1844 K/Pid/2011 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1782 K/Pid/2003)	Dalam suatu rapat menuduh bahwa orang lain telah melakukan penyalahgunaan wewenang (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1387 K/Pid/2009)
Menulis artikel berita di surat kabar berisi dugaan perbuatan melanggar hukum oleh pejabat publik (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1111 K/Pid/2005)	Menulis dan mengirimkan surat pembaca di koran yang isinya menuduh seorang pejabat pemerintahan melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1369 K/Pid/2003)

Pasal 310 KUHP	Pasal 311 KUHP
Menulis dan menyebarkan tulisan yang berisi tuduhan kepada orang lain bahwa orang tersebut melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1002 K/Pid/2005 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 2490 K/Pid/2006)	Menulis dan menyebarkan atau mengirimkan ke banyak orang (warga sipil) surat elektronik yang berisi tuduhan bahwa orang lain melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1234 K/PID/2008)
Membuat laporan kepada polisi dan memberikan keterangan kepada jurnalis bahwa seorang pejabat pemerintahan melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 162/Pid.B/2012/PN-Lsm)	Memberikan keterangan kepada jurnalis yang isinya mengenai tuduhan perbuatan melanggar hukum oleh suatu perusahaan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1212 K/Pid/2006)
Memberikan keterangan kepada jurnalis yang isinya tuduhan perbuatan melanggar hukum oleh pejabat pemerintahan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1417 K/Pid/2012)	
Menuduh orang lain secara lisan di hadapan banyak orang atau di tempat umum bahwa orang tersebut melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial dan disertai kata-kata kasar (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 689 K/PID/2016 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 440 K/PID/2015)	

Dari tabel di atas dapat dilihat bahwa karakteristik ekspresi atau perbuatan yang dituntut pidana dengan dugaan memenuhi delik penghinaan cukup beragam. Jenis perbuatan yang cukup sering muncul adalah perbuatan menuduh orang lain, baik sesama warga maupun pejabat pemerintahan, melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial, baik secara lisan maupun tertulis melalui media elektronik atau media cetak. Jenis perbuatan tersebut ada yang disertai dengan kata-kata kasar di dalamnya, ada juga yang tidak. Namun, ada juga perbuatan dimana pelaku hanya mengucapkan kata-kata kasar kepada orang lain tanpa disertai tuduhan tertentu. Di samping itu, hal menarik lainnya adalah terdapat perkara di mana pihak yang menjadi korban adalah perusahaan.

Tren pidana terhadap ekspresi semakin banyak ketika muncul UU ITE dan maraknya penggunaan pasal pencemaran di ranah daring (*online*) dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Berbagai data, yang sulit dipastikan jumlahnya karena keterbatasan sumber informasi, menunjukkan jumlah kasus mencapai puluhan tiap tahun, dengan jumlah pelaporan mencapai ratusan kasus sejak 2008. Selama 2019, sebanyak 22% dari total jumlah laporan penerapan UU ITE adalah kasus penghinaan dengan menggunakan Pasal 27 ayat (3).¹⁰² Merujuk laporan Safenet, selama 2021, dari 38 orang yang diadukan kepada aparat penegak hukum dengan tuduhan melanggar UU ITE, terdapat 23 orang yang dijerat dengan Pasal 27 ayat (3) UU ITE atau Pasal 45 ayat (3) UU ITE¹⁰³ dan latar belakang pihak yang diadukan antara lain adalah aktivis (10 orang), korban kekerasan atau pendampingnya (8 orang), serta warga (7 orang).¹⁰⁴

Penerapan Pasal 27 ayat (3) UU ITE kerap menimbulkan pidana terhadap pendapat dan ekspresi, sehingga dalam pandangan masyarakat dianggap “memberangus” kebebasan berekspresi atau “berdampak buruk” terhadap

¹⁰² Haris Prabowo, "Banjir Kasus Pasal Karet UU ITE Sepanjang 2019", <https://tirto.id/banjir-kasus-pasal-karet-uu-ite-sepanjang-2019-eo4V>, diakses pada hari Rabu, 2 Desember 2020. Lihat juga Kristian Erdianto (Ed.), "Selama 2019, Korban Kriminalisasi UU ITE Terbanyak dari Jurnalis dan Media", <https://nasional.kompas.com/read/2020/11/13/19153851/selama-2019-korban-kriminalisasi-uu-ite-terbanyak-dari-jurnalis-dan-media>, diakses pada hari Rabu, 2 Desember 2020.

¹⁰³ Secara lebih rinci, terdapat 17 orang yang dijerat dengan Pasal 27 ayat (3) UU ITE dan 6 orang yang dijerat dengan Pasal 45 ayat (3) UU ITE. Kedua pasal tersebut sebenarnya saling berkaitan. Pasal 27 ayat (3) UU ITE mengatur perbuatan yang dilarang dan Pasal 45 ayat (3) UU ITE mencantumkan ancaman pidana terhadap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang dalam Pasal 27 ayat (3). Lihat SAFEnet, *Laporan Situasi Hak-hak Digital Indonesia 2021 Pandemi Mengang Terkendali Tapi Represi Digital Terus Berlanjut* (Denpasar: SAFEnet, 2022), hal. 32.

¹⁰⁴ *Ibid.*, hal. 29.

perlindungan hak tersebut.¹⁰⁵ Berbagai contoh kasus yang dijerat Pasal 27 ayat (3) misalnya kritik terhadap pejabat publik, baik berupa pernyataan dalam suatu acara, pendapat di media sosial, atau tulisan oleh jurnalis. Sejumlah kasus, sebagian di antaranya diuraikan di bagian bawah, terkait kritik pada pejabat kepolisian, pernyataan atas terjadinya pelanggaran hukum dan HAM, serta pernyataan adanya penyelewengan hukum di perusahaan. Selama 2019 misalnya, 1 perusahaan media dan 7 orang jurnalis dilaporkan dengan tuduhan melanggar Pasal 27 ayat (3) UU ITE.¹⁰⁶

Contoh Ekspresi Yang Dipidana Atas Tindak Pidana Pencemaran atau Fitnah dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE

Melakukan percakapan pribadi dengan orang lain melalui layanan pesan daring (*messenger*) dan di dalamnya menuduh orang tersebut melakukan perbuatan melanggar norma sosial (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 373 K/Pid.Sus/2018)

Mengunggah status di akun Facebook pribadi dan/atau di suatu grup Facebook yang isinya adalah tuduhan negatif terkait karakter pribadi pejabat publik (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 364 K/Pid.Sus/2015)

Mengunggah status di akun Facebook pribadi yang isinya adalah tuduhan negatif terkait karakter pribadi orang lain (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2874 K/Pid.Sus/2017)

Melakukan percakapan pribadi dengan orang lain melalui layanan pesan daring (*messenger*) dan di dalamnya menuliskan kata-kata kasar terhadap orang tersebut (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2908 K/PID.SUS/2015)

Menulis komentar di dinding akun Facebook orang lain yang isinya meminta orang tersebut mengembalikan barang yang bukan miliknya (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1753 K/PID.SUS/2018)

Menulis komentar di dinding akun Facebook orang lain yang isinya adalah tuduhan negatif terkait karakter pribadi orang tersebut (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 370 K/PID.SUS/2016)

¹⁰⁵ Kesimpulan ini merupakan penilaian dari masyarakat sipil terhadap keberadaan pasal-pasal yang dianggap bermasalah dalam UU ITE, termasuk Pasal 27 ayat (3). Lihat "UU ITE Plus Buzzer, Ancaman Kebebasan Berpendapat Era Jokowi", <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20210217152444-20-607439/uu-ite-plus-buzzer-ancaman-kebebasan-berpendapat-era-jokowi>, diakses pada hari Rabu, 15 Juni 2022. Lihat juga Fana F. Suparman, "ICJR Klaim UU ITE Berdampak Buruk pada Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi", <https://www.beritasatu.com/nasional/744399/icjr-klaim-uu-ite-berdampak-buruk-pada-kebebasan-berpendapat-dan-berekspresi>, diakses pada hari Rabu, 15 Juni 2022.

¹⁰⁶ Krisiandi (Ed.), "Catatan SAFEnet: 8 Kasus Jurnalis Terjerat UU ITE Sepanjang 2019", <https://nasional.kompas.com/read/2020/11/14/05050021/catatan-safenet--8-kasus-jurnalis-terjerat-uu-ite-sepanjang-2019>, diakses pada hari Jum'at, 4 Desember 2020.

Menulis balasan terhadap komentar orang lain di suatu unggahan di Facebook dan di dalamnya menyebut tuduhan bahwa pengurus dari suatu organisasi melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1466 K/PID.SUS/2016)

Menulis dan mengirimkan pesan lewat layanan pesan singkat (SMS) ke pejabat tingkat kota yang isinya menuduh bahwa seorang pejabat di tingkat kelurahan melakukan penyalahgunaan kewenangan dan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2671 K/Pid.Sus/2015)

Menulis dan mengirimkan surat elektronik kepada atasan di perusahaan dan kepada beberapa orang lain yang isinya tuduhan bahwa seorang karyawan telah melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1498 K/PID.SUS/2015)

Mengunggah foto disertai tulisan di akun Facebook pribadi yang isinya menuduh orang lain melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2043 K/PID.SUS/2017)

Mengunggah status di akun Facebook milik pribadi dalam beberapa waktu berbeda dan di dalamnya menuliskan kata-kata kasar, namun tidak menyebutkan secara jelas kepada siapa kata-kata kasar tersebut ditujukan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2172 K/Pid.Sus/2015)

Menulis dan mengirimkan surat elektronik melalui akun fiktif kepada beberapa orang yang isinya foto-foto vulgar pelaku bersama orang lain dan disertai tulisan yang seolah-olah dibuat oleh orang lain tersebut (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1041 K/Pid.Sus/2011)

Dari sejumlah perkara penghinaan berdasarkan UU ITE tersebut, mayoritas diputus bersalah dan dijatuhi hukuman, namun terdapat juga sejumlah perkara yang akhirnya diputus bebas oleh pengadilan. Dasar putusan yang membebaskan tersebut umumnya karena tidak terpenuhinya unsur-unsur tindak pidana pencemaran, misalnya informasi yang disampaikan adalah penting untuk publik (isu kepentingan umum), informasi tidak dilakukan di muka umum (privat), informasi tersebut mengandung kebenaran (fakta) dan informasi yang disebarakan merupakan kritik pada pejabat publik.¹⁰⁷ Dari pembacaan putusan kasus-kasus tersebut, misalnya dalam kasus Prita Mulyasari (seorang ibu rumah tangga) dan Erick Limar (seorang karyawan swasta), putusan bebas tidak terlepas dari kedalaman analisis terhadap fakta-fakta dan penerapan hukum dari majelis hakim dan fungsi MA yang mempunyai kewenangan mengoreksi putusan pengadilan di tingkat pertama dan banding, terutama dalam memastikan bahwa pernyataan, pendapat, keluhan, kritik dan penyebaran informasi tertentu, yang kesemuanya

¹⁰⁷ Lihat Kasus Prita Mulyasari dalam Putusan Mahkamah Agung No. 225 PK/PID.SUS/2011, Kasus Erick Limar dalam Putusan Mahkamah Agung No. 500 K/Pid.Sus/2016, dan Kasus Mohamad Aksa Patundu dalam Putusan Mahkamah Agung No. 1886 K/PID.SUS/2018.

adalah cakupan kebebasan berekspresi, adalah ekspresi-ekspresi yang dilindungi.

Pada 2021, di tengah desakan dari masyarakat sipil untuk melakukan revisi atas berbagai ketentuan di dalam UU ITE, Pemerintah melalui Kementerian Komunikasi dan Informatika, Kejaksaan, dan Kepolisian mengeluarkan pedoman untuk interpretasi sejumlah pasal dalam UU ITE dalam bentuk Surat Keputusan Bersama (SKB).¹⁰⁸ Pedoman ini memberikan panduan penafsiran terhadap sejumlah pasal yang sering menjadi kritik dari masyarakat, salah satunya yaitu Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Meskipun demikian, keberadaan SKB ini tidak lepas dari kritik masyarakat sipil, utamanya karena keengganan Pemerintah melakukan perubahan norma hukum melalui revisi undang-undang dibandingkan lewat SKB yang kekuatan hukumnya patut dipertanyakan.¹⁰⁹

Di tengah berbagai perkembangan dan masih adanya ketidakjelasan pengaturan berbagai ketentuan hukum pidana dan memastikan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi, penerapan pasal dalam putusan-putusan pengadilan merupakan isu yang krusial. Pengadilan dalam putusan-putusannya diharapkan memberikan argumen yang kuat, rasional dan sejalan dengan prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia, termasuk perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat.

3.4. Pertimbangan Pengadilan dalam Memutus Perkara Berdimensi Kebebasan Berekspresi

3.4.1. Pertimbangan Pengadilan dalam Memutus Perkara Delik Pencemaran atau Fitnah dalam KUHP dan UU ITE

Sebelum melakukan analisis terhadap pertimbangan pengadilan dalam memutus perkara delik pencemaran atau fitnah, terlebih dahulu akan disampaikan contoh-contoh putusan pengadilan dalam menerapkan unsur delik pencemaran atau fitnah, baik yang terdapat di KUHP maupun UU ITE. Unsur Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP memang tidak tunggal, tetapi pembahasan dalam bagian ini akan difokuskan pada penerapan unsur utama dalam tindak pidana pencemaran, yaitu **“menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal.”** Unsur-unsur lainnya dari pasal tersebut akan dibahas dalam analisis secara umum pada bagian berikutnya. Oleh karena itu, dalam tabel di bawah ini akan diuraikan gambaran umum bagaimana pengadilan menafsirkan unsur

¹⁰⁸ Diamanty Meiliana (Ed.), “SKB Pedoman UU ITE Resmi Ditandatangani, Ini Isinya,” <https://nasional.kompas.com/read/2021/06/23/19085041/skb-pedoman-uu-ite-resmi-ditandatangani-ini-isinya?page=all>, diakses pada hari Rabu, 25 Agustus 2021,

¹⁰⁹ ICJR, “[Rilis DECRIM & ICJR] SKB UU ITE: Apa Kata Pemerintah, Ahli, Peneliti, dan Jurnalis?,” <https://icjr.or.id/rilis-decrim-icjr-skb-uu-ite-apa-kata-pemerintah-ahli-peneliti-dan-jurnalis/>, diakses pada hari Rabu, 25 Agustus 2021,

pidana “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal” dan bagaimana pengadilan menghubungkan tafsir atas unsur dengan perbuatan terdakwa dalam kasus-kasus yang disidangkan. Putusan-putusan yang diambil sebagai contoh adalah putusan-putusan berikut:

- 1) Putusan PN Denpasar No. 732/Pid.B/2013/PN Dps;
- 2) Putusan PN Luwuk No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk;
- 3) Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag;
- 4) Putusan PN Pati No. 224/Pid.B/2014/PN Pti.;
- 5) Putusan PN Simalungun No. 43/Pid.B/2017/PN.Sim *juncto* Putusan MA No. 963 K/Pid/2017;¹¹⁰
- 6) Putusan PN Cilacap No. 276/Pid.B/2010/PN.Clp.;
- 7) Putusan PN Kualasimpang No. 288/Pid.B/2010/PN.Ksp.;
- 8) Putusan PN Palembang No. 1345/Pid.B/2014/PN.Plg.;
- 9) Putusan PN Langsa No. 12/Pid.B/2014/PN Lgs.;
- 10) Putusan PN Manado No. 300/Pid.B/2013/PN.Mdo.;
- 11) Putusan PN Tanjungkarang No. 464/Pid.B/2017/PN.Tjk.

¹¹⁰ Dalam perkara ini, putusan PN Simalungun dibatalkan di tingkat kasasi oleh Mahkamah Agung.

Penafsiran Hakim atas Unsur “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal” dalam Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP dan Pertimbangan terhadap Perbuatan Terdakwa

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
732/ Pid.B/2013/ PN Dps	Menghina yaitu menyerang kehormatan dan nama baik seseorang dan yang diserang itu biasanya malu	Bahwa kata: “Sudah ditindaklanjuti proses tindak kriminal dan perdata karena penipuan, fitnah, pemalsuan dan pencurian”, bukanlah termasuk pencemaran atau menyerang kehormatan atau nama baik karena melakukan pelaporan tindak kriminal dan menggugat perdata ke Pengadilan, adalah hak setiap orang apabila ada kepentingan hukumnya yang dirugikan. Dalam faktanya, terdakwa benar melaporkan dugaan penipuan, pemalsuan dan pencurian itu ke Polres Badung.
238/ Pid.B/2014/ PN Lwk	Mengucapkan kata-kata yang mengandung pelanggaran terhadap kehormatan atau nama baik orang lain. Nama baik dimaksudkan sebagai kehormatan yang diberikan oleh masyarakat umum kepada seseorang baik karena perbuatannya atau kedudukannya	Dengan perbuatan terdakwa yang mengatakan saksi Ade Banun alias Ko Ade adalah pencuri, sedangkan saksi Ade Banun Alias Ko Ade adalah seorang haji, dan bukan seorang pencuri, maka terdakwa telah menyerang nama baik saksi Ade Banun alias Ko Ade sebagai seorang haji

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
336/ Pid.B/2016/ PN Sag	Menyerang bukan dalam arti menyerbu dengan kekuatan fisik, tetapi dalam arti melanggar. Nama baik dimaksudkan sebagai kehormatan yang diberikan oleh masyarakat umum kepada seseorang baik karena perbuatannya atau kedudukannya. Menuduh adalah menunjuk dan mengatakan bahwa seseorang berbuat kurang baik	Terdakwa telah menyerang nama baik PT Bintang Harapan Desa (BHD) dengan cara menuduh PT Bintang Harapan Desa (BHD) mengambil tanah masyarakat secara melawan hukum dan mempunyai backing dan di persidangan terdakwa juga tidak dapat membuktikan tuduhannya tersebut. Perbuatan terdakwa tersebut membuat citra PT BHD menjadi negatif karena dituduh melakukan perbuatan yang tidak benar.
24/ Pid.B/2014/ PN Pti.	Maksud dari kehormatan yang diserang adalah hanya mengenai kehormatan tentang nama baik bukan kehormatan dalam lapangan seksuil	Perkataan terdakwa yang ditujukan kepada saksi SUTAM bin SINGKONO yaitu perkataan " <i>kowe ngentekno duit deso</i> " (kamu menghabiskan uang desa) menyebabkan saksi SUTAM bin SINGKONO merasa malu dan terhina dengan perkataan terdakwa tersebut karena saksi SUTAM bin SINGKONO tidak merasa menghabiskan uang desa. Perkataan terdakwa mengandung arti telah menuduh saksi SUTAM bin SINGKONO menghabiskan uang desa dan tuduhan ini tanpa disertai bukti-bukti.

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
43/ Pid.B/2017/ PN.Sim <i>juncto</i> 963 K/ Pid/2017	Menuduh seseorang telah melakukan perbuatan tertentu, dengan maksud tuduhan itu tersiar (diketahui orang banyak). Perbuatan yang dituduhkan itu tidak perlu suatu perbuatan yang boleh dihukum, cukup dengan perbuatan yang biasa, sudah tentu suatu perbuatan yang memalukan	Para terdakwa di tengah forum yang dihadiri sangat banyak orang, dengan menggunakan pengeras suara dan dengan menunjuk-nunjuk para saksi korban, menuduh para saksi korban memelihara <i>begu ganjang</i> yang membunuh keluarga para terdakwa. Tuduhan tersebut tanpa didasari bukti dan membuat nama baik keluarga saksi korban tercemar dan saksi korban dikeluarkan dari organisasi perkumpulan di desa tersebut.
276/ Pid.B/2010/ PN.Clp.	Nama baik dimaksudkan sebagai pada umumnya penilaian baik secara luas tentang seseorang dilihat dari segi susila, sedangkan kehormatan adalah tuntutan perlakuan sebagai warga terhormat dalam kehidupan bersama sebagai akibat penilaian itu. Tuduhan terpenuhi apabila dari kata-kata secara logis dapat ditarik kesimpulan, bahwa yang dimaksudkan adalah pemberitahuan atas suatu perbuatan yang seakan-akan dilakukan oleh seorang yang dituduh.	Terdakwa bertemu dengan saksi Daryanto, seorang jurnalis, di rumah terdakwa, di mana Terdakwa memaparkan pada pokoknya jika Puji Waluyo, SE, sebagai Sekretaris Desa Nusawungu menerima nafkah dari Desa dengan "menjual" tanah bengkok seluas 4 bau seharga Rp.40.000.000,- (Empat puluh juta rupiah), dan atas pemaparan Terdakwa tersebut Daryanto memuat beritanya di koran Radar Banyumas. Dampak dari pemberitaan di koran itu masyarakat menjadi ribut dan saksi Puji Waluyo, SE merasa malu karena berita itu tidak benar dan saksi dipanggil bagian Pemerintah Desa mengenai pemberitaan tersebut.

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
288/ Pid.B/2010/ PN.Ksp.	Perkataan menista berasal dari kata nista. Pada Kamus Besar Bahasa Indonesia kata nista dimuat antara lain hina, rendah, tidak enak didengar, cap aib, cela, noda. Untuk dapat disebut sebagai “menista dengan tulisan” adalah apabila hal tersebut dilakukan dengan tulisan yang disiarkan, dipertunjukkan pada umum atau ditempelkan	Terdakwa mengirim surat pengaduan tersebut kepada Kapolda Aceh, selaku atasan dari saksi IRWAN MY, adalah sebagai pengawasan internal atas tegaknya kode etik kepolisian, karena sebelumnya terdakwa juga telah mengadukan saksi IRWAN MY kepada Kepala Provos Aceh Tamiang pada tanggal 10 Oktober 2008, namun pengaduan yang dilakukan terdakwa tersebut tidak dilayani tanpa alasan. Selain itu, surat pengaduan yang dibuat terdakwa tersebut tidak tersebar di media massa maupun di masyarakat.
1345/ Pid.B/2014/ PN.Plg.	<i>Pengadilan tidak menjelaskan penafsiran terhadap unsur tersebut di atas, tetapi hanya menafsirkan arti kata yang tertulis dalam surat terdakwa yang menjadi perkara dalam putusan ini, yaitu kata “arogan.”</i>	Terdakwa pernah membuat surat yang dikirimkan kepada Walikota Palembang dan tembusannya kepada Lurah Demang Lebar Daun sekitar bulan Januari 2014 yang isinya protes terhadap Ketua RT 37 yang baru dengan perangkatnya yang berperilaku arogan, menurut hemat Majelis telah cukup menyerang kehormatan atau nama baik saksi. Benar setiap anggota masyarakat berhak mengajukan kritik terhadap kinerja pelayanan publik, namun harus dalam koridor hukum yang berlaku dengan menyampaikan informasi secara substansiil tentang buruknya pelayanan publik bukan dengan cara menuduhkan suatu kejahatan yang dapat mencemarkan nama baik orang lain bahkan apabila hal tersebut tidak disertai bukti yang cukup.

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
12/ Pid.B/2014/ PN Lgs.	<i>Pengadilan tidak menjelaskan penafsiran terhadap unsur tersebut di atas</i>	Terdakwa membuat tulisan dan mengirim tulisan tersebut ke koran Citra Aceh agar dimuat di koran tersebut. Atas tulisan tersebut terdakwa mengetahui bahwa tulisan tersebut akan banyak dibaca oleh orang dan pasti akan membuat keluarga dan saksi korban (Safrina) akan merasa malu yang mana terdakwa mengetahui bahwa yang dimaksud dengan keluarga <i>Broken Home</i> adalah keluarga hancur-hancuran dan sering bertengkar.
300/ Pid.B/2013/ PN.Mdo.	Kejahatan pencemaran atau pencemaran tertulis mempunyai arti perbuatan jahat yang menyebabkan (menjadikan) cemar atau memburukkan nama seseorang dengan cara tulisan/tertulis	Perbuatan Terdakwa yang mengatakan "VICKY ITU GARONG" oleh karena makna kata-kata tersebut berkonotasi negatif sebagaimana keterangan ahli, yang berarti Ir.VICKY LUMENTUT Msi. MM., (saksi korban) sebagai Walikota Manado itu sebagai perampok, kawan pencuri, dan penjarah, berdasarkan fakta-fakta hukum di persidangan saksi korban Ir. VICKY G. S LUMENTUT, MSI.MM., belum dinyatakan bersalah melalui putusan Pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap.

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
464/ Pid.B/2017/ PN.Tjk.	Dilakukan dengan cara menuduh seseorang telah melakukan perbuatan tertentu dengan maksud agar tuduhan itu tersiar (diketahui oleh banyak orang). Perbuatan yang dituduhkan itu tidak perlu suatu perbuatan yang boleh dihukum seperti mencuri, menggelapkan, berzina dan sebagainya, cukup dengan perbuatan biasa, akan tetapi suatu perbuatan yang memalukan; dengan kata lain atas perbuatan yang dituduhkan itu, yang diserang atau dituduh merasa "malu"	Kata-kata/kalimat terdakwa yang menyatakan " <i>saksi Wilson sebagai calo tanah untuk kepentingan Ronald Wijaya, dan Markus (Makelar Kasus) yang bertindak seolah-olah sebagai seorang Advokat dan Pengacara yang keluar masuk Kantor Polisi dan Kantor Pengadilan Negeri</i> " telah menyerang kehormatan dan nama baik saksi Wilson; dan atas kata-kata/kalimat tersebut saksi Wilson merasa "malu". Perbuatan terdakwa selaku advokat dalam membela kliennya sesuai dengan profesinya dapat dibenarkan dengan mengirim surat kepada berbagai instansi penegak hukum, tetapi isi surat tidak dibenarkan untuk memfitnah orang atau pihak lain.

Merujuk kepada putusan-putusan pengadilan tersebut, dapat disimpulkan bahwa pengadilan memiliki cara berbeda-beda dalam melakukan tafsir atas unsur "menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal." Beberapa putusan memperlihatkan:

- penafsiran dilakukan terhadap unsur "nama baik" atau "kehormatan" secara parsial;
- penafsiran dilakukan atas terminologi "menista" atau "pencemaran" secara gramatikal, salah satunya dengan merujuk kepada Kamus Besar Bahasa Indonesia;
- tidak menjelaskan penafsiran tertentu, namun langsung menguraikan hubungan antara unsur dengan perbuatan terdakwa;
- penafsiran dilakukan mengikuti tafsir ahli hukum pidana, salah satunya yaitu R. Soesilo.

Dari bermacam cara menafsir tersebut, terlihat ada keseragaman pada aspek-aspek seperti adanya tuduhan dari pelaku dan ada dampak pada korban (rasa malu). Namun, hal ini menjadi problematik karena ukuran yang digunakan pengadilan untuk melihat terjadi atau tidaknya suatu penghinaan akan cenderung

berfokus pada dampak rasa malu yang dirasakan korban. Akibatnya, segala bentuk perbuatan cenderung dapat dihukum dengan delik pencemaran atau fitnah sepanjang sudah menimbulkan rasa malu terhadap orang lain.

Selanjutnya, akan diuraikan gambaran umum bagaimana pengadilan menafsirkan unsur pidana “muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE dan bagaimana pengadilan menghubungkan tafsir atas unsur dengan perbuatan terdakwa dalam kasus-kasus yang disidangkan. Contoh-contoh putusan yang diambil adalah sebagai berikut:

- 1) Putusan PN Yogyakarta No. 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk;
- 2) Putusan PN Cianjur No. 182/ PID.Sus /2015/PN.Cjr;
- 3) Putusan PN Poso No. 262/Pid.Sus/2017/PN Pso;
- 4) Putusan PN Sukoharjo No. 87/Pid.Sus/2019/PN Skh;
- 5) Putusan PN Kebumen No. 223/Pid.Sus/2018/PN Kbm;
- 6) Putusan PN Pekalongan No. 259/Pid.Sus/2019/PN Pkl.; dan
- 7) Putusan PN Jakarta Pusat No. 84/ PID.Sus/2019/ PN.Jkt.Pst.

Penafsiran Hakim atas unsur “muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE dan Pertimbangan terhadap Perbuatan Terdakwa

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
382/Pid. Sus/2014/ PN.Yyk	<ul style="list-style-type: none"> • Rumusan Pasal 27 ayat (3) Undang Undang Nomor 11 tahun 2008 tidaklah mengatur kaidah hukum baru, melainkan hanya mempertegas penghinaan di dalam KUHP dengan tambahan dilakukan dalam ranah internet. 	<ul style="list-style-type: none"> • Dilihat dari makna leksikal, kata “tolol” berarti sangat bodoh (cakapan), kata “miskin” berarti tidak berharta benda, serba kekurangan (berpenghasilan sangat rendah), kata “tak berbudaya” berarti tak mempunyai budaya, tak mempunyai pikiran dan akal budi yang maju, kata “bangsat” berarti orang yang bertabiat jahat (cakapan).

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
	<ul style="list-style-type: none"> • Esensi penghinaan atau pencemaran nama baik dalam Undang Undang Nomor 11 tahun 2008 dan KUHP ialah tindakan menyerang kehormatan atau nama baik orang lain dengan maksud untuk diketahui oleh umum. • Delik dalam Pasal 27 ayat (3) Undang Undang Nomor 11 tahun 2008 bersifat subjektif. Maksudnya, perasaan telah terserangnya nama baik atau kehormatan ialah hak penuh dari korban. Korbanlah yang dapat menentukan bagian mana dari Informasi atau dokumen elektronik yang menyerang kehormatan atau nama baiknya 	<ul style="list-style-type: none"> • Bahwa dari sisi <i>image</i> muatan Path Terdakwa tersebut setidaknya Jogja dirugikan. Kata Jogja “miskin”, kenyataannya Jogja tidak semua miskin. Kata “Tolol” itu berarti rendah derajatnya, padahal Jogja itu kota pelajar. Kata Jogja “tak berbudaya”, dari dulu Jogja itu sudah dikenal sebagai kota budaya. • Dari keterangan saksi Fajar Riyanto, Feryan Harto Nugroho dan Mardiyono merasakan adalah terasa terhina dan dicemarkan nama baik saksi, dikarenakan status yang dibuat oleh Florence tersebut telah tersebar luas merupakan tindakan anarkis dan berunsur SARA, membuat tersinggung, dan cenderung provokatif.

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
182/PID. Sus/2015/PN.Cjr	<p>Berpijak pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/ PUU/VI/2008 dalam pertimbangannya menyatakan keberlakuan dan tafsir atas Pasal 27 ayat (3) Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Transaksi Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) tidak dapat dipisahkan dari norma hukum pokok dalam Pasal 310 Kitab Undang-undang Hukum Pidana dan Pasal 311 Kitab Undang-undang Hukum Pidana sebagai <i>genus delict</i>.</p>	<p>Untuk menilai suatu surat edaran mengandung unsur penghinaan atau pencemaran nama baik harus dilihat secara kontekstual dengan peristiwa melatarbelakanginya dan tujuan surat edaran itu dibuat bukan semata-mata dari isi surat edaran yang dibuat, kalau dicermati secara seksama substansial surat edaran tersebut dibuat tidak bermaksud untuk menghina atau mencemarkan nama baik seseorang <i>incasu</i> saksi Nyoman Yudi Saputra namun semata-mata dilakukan Terdakwa dalam rangka untuk memperoleh kepercayaan <i>customer</i> tentang eksistensi Terdakwa selaku Direktur I (Marketing) PT. Yong Kharisma Utama berdasarkan hasil Rapat Umum Pemegang Saham Luar Biasa (RUPS-LB) karena selama ini seluruh <i>customer</i> PT. Yong Kharisma Utama Jaya melakukan transaksi jual beli industri karoseri hanya pada saksi Nyoman Yudi Saputra dan selain itu saksi Nyoman Yudi Saputra membuat perusahaan yang serupa dengan PT. Yong Kharisma Utama Jaya di bidang industri karoseri.</p>

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
262/Pid. Sus/2017/PN Pso	<ul style="list-style-type: none"> • Penghinaan merupakan nomina (kata benda) yang mengandung pengertian proses, cara, perbuatan menghina(kan); menistakan: penghinaan yang dilontarkan kepadanya betul-betul keterlaluan. • Dengan merujuk Pasal 310 ayat (1) KUHP, pencemaran nama baik diartikan sebagai perbuatan menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum 	<ul style="list-style-type: none"> • Kata-kata tersebut mengandung makna bahwa Terdakwa yang dalam kapasitasnya sebagai aktivis anti korupsi yang tergabung dalam Touna Corruption Watch (TCW) dan menjabat sebagai Koordinator Wilayah Tojo Una Una sedang mengadakan penyelidikan mengenai informasi yang belum dapat dibuktikan kebenarannya terkait proyek yang juga didalamnya ada dugaan keterlibatan Kapolres Tojo Una Una yang juga belum tentu benar. • Makna kata-kata tersebut tidak mengandung tuduhan kepada Kapolres Tojo Una Una mengenai keterlibatan Kapolres terkait proyek tertentu atau dengan kata lain bahwa postingan Terdakwa tidak mengandung muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
87/Pid. Sus/2019/PN Skh	<ul style="list-style-type: none"> Mengacu pada Putusan MK No. 50/PUUVI/2008 yang menyatakan penafsiran norma yang termuat dalam Pasal 27 ayat (3) UU a quo mengenai penghinaan dan/ atau pencemaran nama baik tidak bisa dilepaskan dari norma hukum pidana yang termuat dalam Bab XVI tentang Penghinaan yang termuat dalam Pasal 310 dan Pasal 311 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, sehingga konstitusionalitas Pasal 27 ayat (3) UU ITE harus dikaitkan dengan Pasal 310 dan 311 KUHP. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana R. Soesilo memberikan penjelasan menghina yaitu menyerang kehormatan dan nama baik seseorang, kehormatan yang dimaksud adalah tentang nama baik, sehingga yang diserang merasa malu; 	<ul style="list-style-type: none"> Pada kalimat "<i>Seorang dosen yang bisa dikatakan juga seorang guru...dan guru itu dalam bahasa Jawa adalah panutan (digugu dan ditiru) tapi ternyata tdk bisa mendidik anaknya... Seorang gunawan wibisono itu jelas mempunyai istri dan 2 orang anak (Ici dan adiknya) tp dibiarkan untuk melakukan hal2 tercela</i>", menurut pendapat Majelis Hakim pada kalimat-kalimat tersebut telah merendahkan martabat Prof. Dr. Mary Astuti, MS yang dianggap tidak bisa mendidik anaknya yang telah melakukan perbuatan tercela. Kata "tercela" menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah berasal dari kata aib, noda dan tercela sendiri artinya adalah tidak pantas, maka menurut pendapat Majelis Hakim melakukan hal-hal tercela dimaksudkan adalah melakukan hal-hal yang tidak pantas yang merupakan aib. Akibat dari perbuatan terdakwa tersebut walaupun tidak merugikan secara materiil namun menurut keterangan saksi Prof. Dr. Mary Astuti, saksi merasa kehidupan saksi terganggu sekaligus terhina dengan kata-kata Terdakwa bahwa saksi sebagai dosen merasa tidak bisa mendidik anak saksi sehingga melakukan hal-hal yang tidak pantas

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
223/Pid. Sus/2018/PN Kbm	<ul style="list-style-type: none"> • Dalam pledoinya Penasihat Hukum terdakwa menjelaskan jika melalui putusan Nomor 50/PUU-VI/2008 keberlakuan tafsir atas pasal 27 ayat (3) UU ITE tidak dapat dipisahkan dari norma hukum pokok dalam pasal 310 dan pasal 311 KUHP sebagai <i>genus delicti</i>. • Andi Hamzah memberikan penjelasan terhadap Pasal 310 KUHP dengan menyatakan bahwa setidaknya ada 4 unsur penting dari Pasal 310 ayat (1) yaitu: (1) sengaja, (2) menyerang kehormatan atau nama baik seseorang, (3) dengan menuduhkan sesuatu hal, (4) yang maksud diketahui umum, maka empat unsur tersebut harus mutlak ada sehingga seseorang dapat dikenakan delik penghinaan. 	<p>Kalimat-kalimat dalam postingan terdakwa dalam Facebook akun Cipul L mengandung unsur pencemaran nama baik atau penghinaan ditujukan untuk menyerang kehormatan, nama baik institusi Polri sehingga telah merugikan secara immaterial (non materil) yaitu berupa kehormatan atau nama baik institusi dengan mengganti istilah Polri sebagai hama "Wereng Cokelat" dan sebagai hewan anjing dalam kata "Asu", dan terdakwa melakukan perbuatannya tersebut karena di dasarnya rasa tidak senang terdakwa terhadap Polisi.</p>

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
259/Pid. Sus/2019 /PN Pkl.	Memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik pada esensinya adalah menyerang kehormatan atau nama baik seseorang untuk diketahui umum dengan menuduhkan sesuatu.	Akibat postingan terdakwa tersebut saksi EKO YULI SETIARDI dan saksi MARDIYONO merasa terhina dan tercemar nama baiknya bahkan saksi merasa tidak nyaman termasuk isteri dan anak-anak saksi baik dalam kedinasan maupun di masyarakat karena nama baiknya tercemar.
84/ PID. Sus/2019/ PN.Jkt.Pst.	<i>Pengadilan tidak membuat penafsiran terhadap unsur tersebut di atas</i>	<i>Pengadilan hanya mengulang kronologi perkara dan fakta hukum yang didapat dari persidangan dan tidak menjelaskan bagian mana dari perbuatan terdakwa yang dianggap memenuhi unsur "muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik."</i>

Sebagian besar putusan yang menjadi contoh di atas dalam menafsirkan "muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik" sudah mengaitkan penafsirannya dengan pasal pencemaran atau fitnah dalam KUHP sebagai *genus delict* dan menegaskan bahwa penghinaan dalam UU ITE adalah sama dengan menyerang kehormatan atau nama baik orang lain dengan menuduhkan sesuatu. Tetapi, sama seperti yang terjadi dengan contoh perkara pencemaran atau fitnah yang didakwa dengan KUHP, penafsiran pengadilan cenderung berfokus kepada adanya tuduhan dan dampak berupa rasa malu terhadap korban dalam menentukan apakah perbuatan terdakwa termasuk pencemaran maupun fitnah.

3.4.2. Pertimbangan Pengadilan dalam Memutus Perkara Penghinaan terhadap Penguasa atau Badan Umum

Pasal 207 KUHP memang tidak secara eksplisit memiliki unsur "menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal", namun R. Soesilo telah menjelaskan bahwa "menghina" dalam unsur "dengan lisan atau tulisan menghina" adalah sama dengan delik penistaan dalam Pasal 310 KUHP, yaitu menyerang nama baik dan kehormatan. Oleh sebab itu, pembahasan penerapan pasal juga akan difokuskan pada unsur "dengan lisan atau tulisan menghina" sebagaimana juga fokus pembahasan pada bagian sebelumnya ditekankan pada menyerang kehormatan atau nama baik.

Putusan yang menjadi contoh pembahasan dalam bagian ini adalah:

- 1) Putusan PN Rote Ndao No. 36/Pid.B/2008/PN.RND;
- 2) Putusan PN Marisa No. 20/PID.B/2014/PN.MARISA;
- 3) Putusan PN Muaro No. 32/Pid.B/2016/PN Mrj;
- 4) Putusan PN Gorontalo No. 199/Pid.B/2013/PN.Gtlo;
- 5) Putusan PN Mataram No. 393/Pid.B/2018/PN Mtr;
- 6) Putusan PN Jakarta Barat No. 1302/Pid.SUS/2019/PN.JKT.BRT.

Penafsiran Hakim atas unsur “menghina” atau “melakukan penghinaan” dalam Pasal 207 KUHP dan Pertimbangan terhadap Perbuatan Terdakwa

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
36/ Pid.B/2008/ PN.RND.	Menyerang kehormatan dan nama baik seseorang	Terdakwa mengatakan “Camat biadab, bupati kurang ajar” dalam wawancara dengan jurnalis dan menyuruh para jurnalis untuk menulis pernyataannya tersebut sehingga perkataannya dimuat dalam harian Timor Express dan Camat Rote Barat Laut dan Bupati Rote Ndao kemudian menjadi malu dan merasa terhina atas pernyataan terdakwa
20/ PID.B/2014/ PN.MARISA	Suatu tindakan yang dilakukan olehnya menyebabkan untuk menyerang nama baik dan kehormatan orang lain dengan kata-kata ataupun dengan tulisan	Terdakwa terbukti mengeluarkan kata-kata “Ketua Pengadilan Negeri Marisa babi, menyesal ibu saudara melahirkan anda, lari seperti pencuri, cuma bisa mengambil uang rakyat, anda tidak mencerminkan sebagai penegak hukum.” Terdakwa mengeluarkan kata-kata tersebut ditujukan kepada Ketua Pengadilan Negeri Marisa dan bukan terhadap pribadi Lucky R. Kalalo (nama Ketua PN), dan pada saat itu Ketua PN Marisa sedang melaksanakan dinas.

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
32/ Pid.B/2016/ PN Mrj	Menyerang nama baik dan kehormatan dengan kata-kata atau dengan tulisan/secara tertulis	Dalam persidangan perkara Syafrital, saat Terdakwa ditanya oleh Hakim Ketua Majelis untuk mengkonfrontir Berita Acara Pemeriksaan di penyidikan kepada Terdakwa, Terdakwa mengeluarkan kata-kata " <i>pantek ma, mananyo-nanyo se</i> " (pantek, bertanya-tanya saja) kepada Majelis Hakim karena Terdakwa emosi kepada Hakim. Kata pantek itu sendiri di Minangkabau pada umumnya, dan di Sijunjung pada khususnya, memiliki arti alat kelamin perempuan, menurut Majelis Hakim berarti Terdakwa telah menyamakan Majelis Hakim yang memimpin persidangan perkara Syafrital dengan arti dari kata pantek tersebut.

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
199/ Pid.B/2013/ PN.Gtlo	Perbuatan menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum	Dalam delik pencemaran atau penghinaan harus jelas dan konkret subyek hukum yang menjadi korban dan tidak bisa digeneralisir secara umum. selanjutnya setelah Majelis Hakim mencermati kata-kata yang di-Upload terdakwa tersebut, yaitu "di kota Gorontalo telah terjadi penyimpangan dana DPID sebesar RP 9.604.776.073 Tahun Anggaran 2010", Majelis Hakim berpendapat bahwa kata-kata tersebut sama sekali tidak menunjukkan adanya subyek hukum yang dituju dengan jelas atau konkret, kata-kata "di kota Gorontalo" tidaklah serta merta menunjukkan Pemerintah Kota yang saat itu dipimpin oleh Walikota Adhan Dambea, melainkan bermakna majemuk, yaitu dapat bermakna siapa saja yang ada di kota Gorontalo, baik perorangan maupun organisasi. Selain itu, kata-kata "penyimpangan" sebagaimana di- <i>upload</i> oleh terdakwa memang terdapat dalam laporan LHP BPK dan terdakwa secara tegas mencantumkan sumber tulisannya tersebut.

Nomor Putusan	Penafsiran	Pertimbangan atas Perbuatan Terdakwa
393/ Pid.B/2018/ PN Mtr	<i>Pengadilan tidak menjelaskan penafsiran terhadap unsur tersebut di atas</i>	Komentar yang dituliskan oleh Terdakwa dengan menyebutkan “Jokowi tai” merupakan penilaian yang bersifat negatif karena merendahkan penghargaan sosial kepada Presiden Jokowi baik secara pribadi maupun sebagai penguasa/kepala Negara dan Terdakwa tidak menganulir dan tidak mencabut kalimatnya tersebut sebagai sebuah kesalahan. Bahkan Terdakwa menyuruh anggota grup yang berkomentar bertentangan dengan Terdakwa untuk menyampaikan pesan kepada Presiden Jokowi untuk menemui Terdakwa sebagaimana tulisan komentar Terdakwa yakni : “Ya, kenapa Kmu Keberatan!, kmu dimana! Suruh jokowimu temuin saya ya sama kmu”
1302/Pid.SUS/2019/PN.JKT.BRT.	<i>Pengadilan tidak menjelaskan penafsiran terhadap unsur tersebut di atas</i>	<i>Pengadilan hanya mengulang kronologi perkara dan fakta hukum yang didapat dari persidangan dan tidak menjelaskan bagian mana dari perbuatan terdakwa yang dianggap memenuhi unsur “menghina.”</i>

Sama dengan yang terjadi dalam putusan atas kasus-kasus penghinaan dalam UU ITE, sebagian besar putusan yang menjadi contoh terkait kasus penghinaan terhadap penguasa atau badan umum dalam menafsirkan unsur “menghina” dalam Pasal 207 KUHP disamakan dengan pasal pencemaran atau fitnah dalam Pasal 310 KUHP. Tetapi, secara umum dapat disimpulkan bahwa pengadilan dalam kasus-kasus di atas cenderung berfokus kepada adanya isi atau sifat ucapan yang dikeluarkan oleh terdakwa yang seringkali kasar dan tidak patut. Bahkan, ada putusan pengadilan yang tidak menjabarkan secara jelas pertimbangannya, melainkan hanya mengulang uraian kronologi perkara dan fakta hukum. Praktik seperti ini dapat menimbulkan bahaya bagi perlindungan hak atas kebebasan berekspresi karena pengadilan hanya secara serta merta sampai pada kesimpulan bahwa ekspresi terdakwa harus dibatasi (atau dalam kata lain dipidana) tanpa memberi alasan yang komprehensif mengapa ekspresi tersebut patut untuk

dibatasi.

3.5. Memahami Penghinaan menurut Hukum Pidana Indonesia dan Hukum HAM

Bagian ini akan menguraikan secara lebih mendasar dan mendalam mengenai norma-norma delik penghinaan, khususnya terkait Pasal 310 KUHP, Pasal 311 KUHP, Pasal 27 ayat (3) UU ITE, dan Pasal 207 KUHP. Penjelasan akan berfokus kepada prinsip dan standar yang berlaku dalam instrumen hukum nasional, hukum HAM internasional, dan pendapat para ahli.

3.5.1. Memaknai Perbuatan Pencemaran dan Fitnah

Sebagaimana telah dijelaskan dalam bab sebelumnya, hak atas kebebasan berekspresi merupakan salah satu hak asasi manusia yang dijamin oleh konstitusi melalui Pasal 28E ayat (3) dan Pasal 28F UUD 1945. Sebagai hukum tertinggi, UUD 1945 adalah pedoman bagi pembentukan norma hukum bagi undang-undang di bawahnya. UU HAM juga mengatur jaminan hak atas kebebasan berekspresi dalam Pasal 14 dan Pasal 23, sejalan dengan norma UUD 1945. Telah dijelaskan juga sebelumnya bahwa hak atas kebebasan berekspresi adalah hak asasi manusia yang dapat dibatasi. Namun, karena kebebasan berekspresi adalah hak asasi yang dijamin pelaksanaannya oleh norma konstitusi, maka pembatasan terhadap hak ini harus dilakukan secara ketat agar tidak terjadi pelanggaran hak konstitusional warga negara. Oleh sebab itu, pembatasan yang dilakukan harus mengikuti kriteria tertentu yang diatur dalam hukum HAM internasional maupun nasional. Dalam hal ini, penerapan delik penghinaan sebagai suatu pembatasan hak atas kebebasan berekspresi juga berarti harus mengikuti standar hukum HAM tersebut.¹¹¹

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, tindak pidana pencemaran telah diatur dalam Pasal 310 KUHP. Merujuk pada pendapat R. Soesilo, pengertian berbagai unsur tindak pidana pencemaran dalam Pasal 310 KUHP adalah:¹¹²

1. "Menghina" adalah menyerang kehormatan dan nama baik seseorang dan yang diserang tersebut biasanya merasa malu.
2. "Kehormatan" yang menjadi objek serangan adalah hanya terkait nama baik, bukan "kehormatan" dalam konteks seksual.
3. Objek dari penghinaan harus manusia atau individu, bukan instansi pemerintah

¹¹¹ Lihat Komite HAM PBB, *Komentar Umum No.34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 22. Sebagaimana telah dijelaskan pula dalam bab sebelumnya, standar hukum HAM dalam pembatasan hak atas kebebasan berekspresi mensyaratkan adanya 3 (tiga) aspek yang harus dipenuhi, yaitu: 1) pembatasan harus diatur dengan undang-undang; 2) pembatasan hanya boleh dilakukan dengan tujuan untuk melindungi kepentingan-kepentingan yang tercantum dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP; dan 3) pembatasan harus memenuhi uji proporsionalitas (*proportionality*) dan keperluan (*necessity*).

¹¹² R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal. 225-226.

atau pengurus suatu perkumpulan atau segolongan penduduk atau kualifikasi lainnya. Terhadap objek-objek tersebut sudah ada pengaturan di pasal lain.

4. Terkait unsur “menuduhkan sesuatu hal”, tidak harus tuduhannya mengenai perbuatan yang dapat dipidana, tetapi cukup perbuatan yang sifatnya memalukan.
5. Pencemaran nama baik (penistaan) tidak perlu dilakukan di muka umum. Perbuatan ini sudah cukup dikatakan terbukti apabila pelaku ada maksud untuk menyiarkan tuduhan yang ia sampaikan.

Untuk memperdalam pemahaman mengenai ketentuan tersebut, maka penting juga untuk melihat risalah pembahasan KUHP Belanda yang menjadi acuan KUHP Indonesia yang berlaku saat ini.¹¹³ Padanan delik penghinaan dalam KUHP Indonesia adalah Pasal 261-Pasal 271 KUHP Belanda. Risalah pembahasan KUHP Belanda atau biasa disebut sebagai *Memorie van Toelichting* (MvT) menjelaskan, terdapat tiga prinsip utama yang wajib diperhatikan dalam mempertimbangkan kasus penghinaan, yakni: (i) tiada penghinaan (*beleediging*) tanpa adanya kesengajaan untuk menghina; (ii) tiada fitnah (*laster*) tanpa terbukti-ternyata adanya kesengajaan perihal ketidakbenaran/kebohongan dari tuduhan yang disampaikan (*opzettelijke onwaarheid der betigting*); dan (iii) Tiada pemeriksaan atas kebenaran atau kebohongan terkecuali dalam hal-hal (kasus) yang disebutkan dalam undang-undang.¹¹⁴ Latar belakang pemikiran inilah yang diadopsi ketika Pemerintah Hindia Belanda menyusun KUHP untuk wilayah jajahan Hindia Belanda (yang kemudian disahkan menjadi KUHP Indonesia pasca Indonesia merdeka).

Pasal 310 KUHP dalam ayat (3) juga memberikan “dasar penghapus pidana” atas perbuatan pencemaran, yakni setiap orang yang diduga melakukan pencemaran seharusnya tidak dipidana sepanjang perbuatannya dilakukan “demi kepentingan umum” atau sebagai keterpaksaan untuk membela diri. Merujuk pendapat Sianturi, frasa “demi kepentingan umum” dimaknai bahwa tujuan pelaku menuduhkan sesuatu hal tersebut agar supaya umum waspada kepada oknum yang “dicemarkan” itu.¹¹⁵

Dari berbagai penjelasan di atas, sejumlah pemahaman penting dalam menginterpretasikan pencemaran dalam Pasal 310 KUHP adalah:

¹¹³ KUHP yang berlaku di Indonesia saat ini merupakan hasil adopsi dari KUHP Hindia Belanda (WVS Ned. Indies) yang berlaku pada masa penjajahan pemerintah kolonial Hindia Belanda. KUHP Hindia Belanda sendiri merupakan hasil modifikasi dari KUHP Belanda (*Wetboek van Strafrecht*) yang hanya berlaku di yurisdiksi Kerajaan Belanda saat itu dan sebagian besar substansinya masih sama dengan apa yang diatur dalam KUHP Belanda. Dengan demikian, sangat relevan untuk merujuk kepada risalah pembahasan KUHP Belanda saat itu untuk melihat makna dari berbagai ketentuan dalam KUHP Hindia Belanda. Lihat Arsil (Ed.), *Terjemahan Beberapa Bagian Risalah Pembahasan Wetboek van Strafrecht dan Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsche Indië (KUHP Belanda dan KUHP Indonesia)*, (Jakarta: ICJR, 2021), hal. 7-9.

¹¹⁴ *Ibid.*, hal. 406.

¹¹⁵ S. R. Sianturi, *Tindak Pidana di KUHP Beserta Uraianannya*, (Jakarta: Alumni 1983), hal. 572.

1. Tidak ada definisi yang cukup jelas tentang unsur “menyerang kehormatan”. R. Soesilo memandang, dalam konteks kebiasaan, dampak yang ditimbulkan biasanya adalah rasa malu bagi orang yang menjadi korban perbuatan tersebut.
2. Suatu perbuatan **tidak tergolong pencemaran/penistaan** apabila dilakukan demi **kepentingan umum atau dalam konteks membela diri**.
3. Dalam memeriksa perkara pencemaran/penistaan, **unsur kesengajaan**, dalam arti niat untuk menyinggung atau mencemari, **harus dibuktikan**.
4. Delik pencemaran hanya dapat dituntut apabila jelas ada pihak yang merasa dirugikan atas tindakan pencemaran.
5. Objek pencemaran/penistaan **adalah seorang individu**, sehingga perbuatan yang dianggap pencemaran nama organisasi atau korporasi tidak bisa dipersalahkan melalui Pasal 310 ayat (1) atau ayat (2) KUHP.
6. Perbuatan pencemaran/penistaan tidak harus terjadi di tempat umum tetapi lebih menekankan kepada **maksud dari pelaku** apa yang dituduhkan diketahui umum.

Terkait dengan fitnah, berdasarkan rumusan pengaturan, inti dari perbuatan yang dilarang Pasal 311 ayat (1) KUHP adalah perbuatan-perbuatan yang sama seperti diatur Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) KUHP, yaitu pencemaran yang bersifat tuduhan. Tindak pidana ini mempunyai unsur pembeda sehingga disebut sebagai tindak pidana fitnah yaitu karena adanya unsur pasal tambahan. Unsur tambahan tersebut yaitu jika orang yang melakukan delik tersebut diberikan kesempatan membuktikan tuduhannya, tetapi ternyata ia tidak dapat membuktikan bahwa tuduhannya benar dan juga melakukan tuduhan tersebut padahal mengetahui bahwa tuduhannya tidak benar. Terkait unsur ini, *MvT* KUHP Belanda memberi penjelasan secara komprehensif, yaitu:¹¹⁶

“Seseorang yang menyatakan kebenaran atau merasabicara/menyampaikan kebenaran hanya dapat menghina (*beledigen*), namun mereka tidak mungkin dapat dipandang (bersalah telah) memfitnah (*lasteren*). Hanya mereka yang - bertentangan dengan penilaian/pertimbangannya yang baik atau akal sehatnya (*tegen beter weten; against his-her own better judgment -eng*) -menuduh seorang lain, dengan maksud menghina, dengan fakta palsu/tidak benar, sehingga nama baik atau kehormatan orang tersebut terserang -dapat dikatakan memfitnah.”

Pembahasan terhadap Pasal 311 ayat (1) KUHP tidak akan mendalam menuju unsur tambahan tersebut karena karakteristik utama perbuatan yang dipidana tetap sama dengan tindak pidana pencemaran dalam Pasal 310 KUHP, yaitu “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal.”

¹¹⁶ Arsil (Ed.)..., *Loc. Cit.*

Terkait tindak pidana penghinaan dalam UU ITE sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (3), hampir semua frasa yang menjadi bagian penting dari unsur-unsur tindak pidana sudah diberikan penjelasan, meski dengan penjelasan yang tidak restriktif. Sejumlah frasa lain tidak diberikan penjelasan, yakni frasa “dengan sengaja” dan “tanpa hak.”

Sejumlah frasa yang telah didefinisikan dalam UU ITE adalah:

1. Mendistribusikan, adalah mengirimkan dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik kepada banyak Orang atau berbagai pihak melalui Sistem Elektronik.
2. Mentransmisikan, adalah mengirimkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang ditujukan kepada satu pihak lain melalui Sistem Elektronik.
3. Membuat dapat diakses, adalah semua perbuatan lain selain mendistribusikan dan mentransmisikan melalui Sistem Elektronik yang menyebabkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dapat diketahui pihak lain atau publik.
4. Muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, diberikan penjelasan bahwa maksud frasa “muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” mengacu pada ketentuan pencemaran nama baik dan/atau fitnah yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Ketentuan KUHP terkait dengan pencemaran dan/atau fitnah diatur dalam Pasal 310 dan Pasal 311, sehingga unsur-unsur tindak pidana dalam tentang “muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” merujuk pada ketentuan-ketentuan tersebut.

Dalam perkembangannya, Pasal 27 ayat (3) ini mendapatkan dukungan penafsiran tambahan melalui Surat Keputusan Bersama Menteri Komunikasi dan Informatika Republik Indonesia No. 229 Tahun 2021, Jaksa Agung Republik Indonesia No. 154 Tahun 2021, dan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia No. KB/2/VI/2021 tentang Pedoman Implementasi atas Pasal Tertentu dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 (selanjutnya disebut sebagai “SKB UU ITE”), yang menerangkan pokok-pokok panduan penerapan Pasal tersebut sebagai berikut¹¹⁷:

1. Sesuai dasar pertimbangan putusan MK No. 50/PUU-VI/2008 tahun 2008, dan penjelasan Pasal 27 ayat (3) UU ITE, pengertian muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik merujuk dan tidak bisa dilepaskan dari ketentuan Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP. Pasal 310 merupakan delik menyerang kehormatan seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal agar diketahui umum. Sedangkan Pasal 311 berkaitan dengan perbuatan menuduh seseorang yang tuduhannya

¹¹⁷ Surat Keputusan Bersama Menteri Komunikasi dan Informatika Republik Indonesia Nomor 229 Tahun 2021, Jaksa Agung Republik Indonesia, Nomor 154 Tahun 2021, dan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor KB/2/VI/2021 tentang Pedoman Implementasi atas Pasal Tertentu dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 (SKB UU ITE), *Lampiran*, hal. 9-14.

- diketahui tidak benar oleh Pelaku.
2. Dengan pertimbangan Putusan MK No. 50/PUU-VI/2008 tersebut maka dapat disimpulkan, bukan sebuah delik pidana yang melanggar Pasal 27 ayat (3) UU ITE jika muatan atau konten yang ditransmisikan, didistribusikan, dan/atau dibuat dapat diaksesnya tersebut adalah berupa penghinaan yang kategorinya cacian, ejekan, dan/atau kata-kata yang tidak pantas. Untuk perbuatan yang demikian dapat menggunakan kualifikasi delik penghinaan ringan sebagaimana dimaksud pasal 315 KUHP yang menurut penjelasan UU No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan UU No. 11 Tahun 2008 dan Putusan MK, tidak termasuk acuan dalam Pasal 27 (3) UU ITE.
 3. Bukan delik yang berkaitan dengan muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, jika muatan atau konten yang ditransmisikan, didistribusikan, dan/atau dibuat dapat diaksesnya tersebut adalah berupa penilaian, pendapat, hasil evaluasi atau sebuah kenyataan.
 4. Dalam hal fakta yang dituduhkan merupakan perbuatan yang sedang dalam proses hukum maka fakta tersebut harus dibuktikan terlebih dahulu kebenarannya sebelum aparat penegak hukum memproses pengaduan atas delik penghinaan dan/atau pencemaran nama baik UU ITE.
 5. Delik pidana Pasal 27 ayat (3) UU ITE adalah delik aduan absolut sebagaimana dimaksud Pasal 45 ayat (5) UU ITE. Sebagai delik aduan absolut, maka harus korban sendiri yang mengadukan pada aparat penegak hukum, kecuali dalam hal korban masih dibawah umur atau dalam perwalian.
 6. Korban sebagai pelapor harus orang perseorangan dengan identitas spesifik, dan bukan institusi, korporasi, profesi atau jabatan.
 7. Fokus pemidanaan Pasal 27 ayat (3) UU ITE bukan dititikberatkan pada perasaan korban, melainkan pada perbuatan pelaku yang dilakukan secara sengaja (*dolus*) dengan maksud mendistribusikan/mentransmisikan/membuat dapat diaksesnya informasi yang muatannya menyerang kehormatan seseorang dengan menuduhkan suatu hal supaya diketahui umum (Pasal 310 KUHP).
 8. Unsur “supaya diketahui umum” (dalam konteks transmisi/distribusi, dan/atau membuat dapat diakses) sebagaimana harus dipenuhi dalam unsur pokok (*klacht delict*) Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP yang menjadi rujukan Pasal 27 ayat (3) UU ITE yang harus terpenuhi.
 9. Kriteria “supaya diketahui umum” dapat dipersamakan dengan “agar dapat diketahui publik”. Umum atau publik sendiri dapat dimaknai sebagai kumpulan orang banyak yang sebagian besar tidak saling mengenal.
 10. Kriteria “diketahui umum” bisa berupa unggahan pada akun sosial media dengan pengaturan yang bisa diakses publik, unggahan konten atau mensyiarkan sesuatu pada aplikasi grup percakapan dengan sifat grup terbuka di mana siapapun bisa bergabung dalam grup percakapan, serta lalu lintas isi atau informasi tidak ada yang mengendalikan, siapapun bisa *upload* dan berbagi (*share*) keluar, atau dengan kata lain tanpa adanya moderasi tertentu

(*open group*).

11. Bukan merupakan delik penghinaan dan/atau pencemaran nama baik dalam hal konten disebarikan melalui sarana grup percakapan yang bersifat tertutup atau terbatas, seperti grup percakapan keluarga, kelompok pertemanan akrab, kelompok profesi, grup kantor, grup kampus atau institusi pendidikan.
12. Untuk pemberitaan di internet yang dilakukan institusi pers, yang merupakan kerja jurnalistik yang sesuai dengan ketentuan UU No. 40 Tahun 1999 Tentang Pers, diberlakukan mekanisme sesuai dengan UU No. 40 Tahun 1999 Tentang Pers sebagai *lex specialis*, bukan Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Untuk kasus terkait Pers, perlu melibatkan Dewan Pers. Tetapi jika wartawan secara pribadi mengunggah tulisan pribadinya di media sosial atau internet, maka tetap berlaku UU ITE termasuk Pasal 27 ayat (3).

3.5.2. Memahami Unsur Kesengajaan dalam Pencemaran atau Fitnah

Pasal 310 KUHP, Pasal 311 KUHP dan Pasal 27 (3) kesemuanya secara eksplisit menyebutkan unsur “dengan sengaja menyerang kehormatan atau nama baik” sebagai salah satu unsur. Maka, unsur ini menjadi salah satu hal yang wajib dibuktikan dari perbuatan seorang terdakwa. Merujuk MvT tentang bab Penghinaan dalam KUHP Belanda, salah satu prinsip dalam menilai suatu perbuatan termasuk penghinaan adalah tiada penghinaan tanpa adanya kesengajaan (*opzet*) untuk menghina¹¹⁸, sehingga kehendak pelaku seharusnya merupakan faktor paling besar yang mempengaruhi penilaian hakim. MvT KUHP Belanda juga menjelaskan bahwa syarat utama dari penghinaan adalah adanya *animus injuriandi*, yaitu maksud untuk menjatuhkan harga diri orang lain (*eergevoel te krenken*) ataupun untuk mengurangi/merendahkan harga diri seseorang di mata orang-orang lain.¹¹⁹ Penjelasan dalam MvT KUHP Belanda tersebut sesuai dengan prinsip dalam hukum Romawi Kuno, yaitu perlunya *animus injuriandi*, yang secara sederhana diartikan sebagai niat untuk menghina (mencederai kehormatan atau nama baik).¹²⁰

Dalam sejarahnya, doktrin yang berasal dari hukum Romawi kuno ini digunakan dalam penegakan hukum-hukum yang terkait tindakan penghinaan. *Animus injuriandi* menjadi elemen kunci karena di situ melekat sifat jahat dari tindakan penghinaan. Hukum Romawi kuno tidak mensyaratkan adanya elemen kebenaran atau fakta untuk menilai suatu kata-kata atau ekspresi termasuk delik penghinaan atau bukan, karena kata-kata atau ekspresi yang bermuatan fakta tetap dapat bersifat jahat. Seseorang tidak dapat dengan mudah membela diri bahwa kata-

¹¹⁸ Arsil (Ed.)..., *Loc. Cit.*

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Eric Descheemaeker, *A Man of Bad Character has Not So Much to Lose: Truth as a Defence in the South African Law of Defamation*, (Edinburgh: University of Edinburgh School of Law, 2011), hal. 3. Dapat diakses di http://www.law.ed.ac.uk/file_download/publications/2_201_amanofbadcharacterhasnotsomuchtolosetrut.pdf.

kata atau ekspresi yang ia sampaikan mengandung kebenaran untuk bisa bebas dari tuduhan melakukan penghinaan. Kata-kata, tulisan, gambar, atau ekspresi yang berisi fakta atau kebenaran tetap dapat dihukum sebagai penghinaan apabila terbukti dalam perbuatan pelaku ada niat untuk merusak reputasi orang lain.¹²¹

Pendekatan tersebut serupa dengan pendekatan hukum di Indonesia terhadap delik pencemaran yang tergambarkan lewat rumusan Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) KUHP. Pasal-pasal tersebut sama sekali tidak menyebutkan elemen ada atau tidaknya kebenaran atau fakta dalam tuduhan sebagai bagian dari unsur pasal yang harus dibuktikan. Pasal-pasal tersebut justru mencantumkan unsur "dengan sengaja menyerang kehormatan atau nama baik" yang wajib menjadi bagian yang dibuktikan oleh pengadilan. Kesengajaan perbuatan pencemaran tergambarkan secara penuh sebagai *animus injuriandi* ketika ia dikaitkan dengan adanya unsur perbuatan mencederai kehormatan orang lain dengan menuduhkan sesuatu hal dan dengan maksud agar hal tersebut diketahui umum. Keseluruhan rangkaian unsur ini memperlihatkan sebenarnya Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) KUHP sebagai delik penistaan sebenarnya mensyaratkan adanya *animus injuriandi* atau niat untuk menyerang kehormatan. Maka, tidak tepat apabila prinsip *animus injuriandi* diabaikan dalam pembuktian. Pemikiran ini juga serupa dengan bagaimana KUHP Belanda mengatur delik penghinaan sebagaimana telah dijelaskan dalam paragraf-paragraf sebelumnya.

Standar hukum HAM internasional mengenai hak atas kebebasan berekspresi memang membolehkan adanya pembelaan terdakwa mengenai kebenaran tuduhannya (*defence of truth*).¹²² Dalam konteks hukum nasional, pembuktian kebenaran ini diakomodasi dalam Pasal 311 ayat (1) KUHP, namun memang bukan bagian unsur dari Pasal 310 KUHP. Pasal 311 ayat (1) KUHP membuka ruang bagi terdakwa pencemaran untuk membuktikan bahwa apa yang dituduhkannya benar. Membaca pasal tersebut pun tidak dapat dilepaskan dari Pasal 312 KUHP yang secara khusus menjelaskan bahwa pembuktian akan kebenaran tuduhan hanya dibolehkan dalam dua hal, yaitu: 1) jika hakim memandang perlu untuk memeriksa kebenaran dari keterangan terdakwa bahwa perbuatannya dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa untuk membela diri; atau 2) apabila seorang pejabat dituduh sesuatu hal dalam menjalankan tugasnya. Pembuktian kebenaran yang terkait dengan kepentingan umum atau keterpaksaan membela diri tersebut tercantum juga dalam Pasal 310 ayat (3) KUHP yang menjadi alasan pembeda bagi orang-orang yang didakwa melakukan delik pencemaran dalam Pasal 310 KUHP. Maka, dari pembacaan terhadap keseluruhan Pasal 310 KUHP, Pasal 311 KUHP, dan Pasal 312 KUHP dapat disimpulkan bahwa KUHP juga telah mengatur dan membolehkan adanya pembelaan terdakwa mengenai kebenaran

¹²¹ *Ibid.*, hal. 4-8.

¹²² Komite HAM PBB, Komentor Umum No. 34 ICCPR..., *Op. Cit.*, par. 47.

tuduhan (*defence of truth*), tetapi memang konteks yang ditekankan pembelaan tersebut harus didasarkan pada tujuan untuk melindungi kepentingan umum atau untuk membela diri.

Apabila hakim melihat ada kebenaran dalam tuduhan terdakwa terkait kedua prasyarat tersebut, maka hakim dapat membebaskan terdakwa dari dakwaan. Namun, jika hakim tidak menemukan adanya kebenaran dalam tuduhan yang disampaikan terdakwa, maka baru kemudian hakim dapat menghukum perbuatan pelaku, dalam hal ini sebagai perbuatan fitnah.¹²³ Dalam kata lain, ketika terbukti adanya kebenaran dalam tuduhan terdakwa yang berkaitan dengan satu dari antara kedua prasyarat tersebut, maka dianggap tidak ada sifat jahat dari perbuatan yang dilakukan.

Namun, dalam konteks tindak pidana fitnah, dalam menyatakan kebersalahan terdakwa, unsur lainnya dalam Pasal 311 ayat (1) KUHP pun harus terpenuhi, yaitu tuduhan yang disampaikan terdakwa dilakukan bertentangan dengan apa yang terdakwa ketahui. Dalam kata lain ada kesengajaan untuk menuduhkan sesuatu yang tidak benar padahal terdakwa sebelumnya sudah mengetahui fakta lain yang berbeda dari apa yang ia tuduhkan kepada orang yang difitnah.

Penegasan mengenai *animus injuriandi* dalam tindak pidana pencemaran atau fitnah juga disampaikan dalam SKB UU ITE. Seperti yang telah disebutkan juga sebelumnya, dalam pedoman implementasi Pasal 27 ayat (3), SKB UU ITE menerangkan bahwa fokus pemidanaan Pasal 27 ayat (3) UU ITE bukan dititikberatkan pada perasaan korban, melainkan pada perbuatan pelaku yang dilakukan secara sengaja (*dolus*).¹²⁴ Penjelasan ini konsisten dengan eksistensi unsur “dengan sengaja” dalam Pasal 310 KUHP.

Pertanyaan selanjutnya adalah “bentuk kesengajaan” seperti apa yang termasuk sebagai tindak pidana penistaan. Pengadilan dalam berbagai putusan mengenal bentuk-bentuk kesengajaan dalam tiga jenis, yaitu: kesengajaan yang bersifat tujuan; 2) kesengajaan dengan kesadaran kepastian; dan 3) kesengajaan dengan kesadaran kemungkinan. Dengan merujuk kepada sejarah mengenai *animus injuriandi* dan penjelasan dalam MvT KUHP Belanda yang telah disampaikan pada paragraf sebelumnya, dapat disimpulkan bahwa dalam tindak pidana penistaan sifat jahat perbuatan tersebut melekat kepada tujuan dari perbuatan pelaku, yaitu untuk menjatuhkan harga diri orang lain. Dengan demikian, perbuatan penistaan harus memiliki satu dan hanya satu tujuan yaitu menjatuhkan harga diri atau merusak reputasi orang lain dan bukan dengan tujuan lain. **Maka, bentuk kesengajaan yang tepat dipertimbangkan untuk membuktikan unsur kesengajaan dalam**

¹²³ R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal. 226.

¹²⁴ SKB UU ITE..., *Op. Cit.*, Lampiran hal. 12.

delik pencemaran/penistaan adalah kesengajaan yang bersifat tujuan dan tujuan itu adalah menyerang kehormatan orang lain.

3.5.3. Memahami Unsur “Dengan Maksud Supaya Hal Tersebut Diketahui Umum” dan “Di Muka Umum”

Unsur lainnya yang perlu juga diperdalam pembahasannya adalah mengenai unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum.” Unsur yang terdapat pada Pasal 310 ayat (1) KUHP ini berbeda dengan frasa unsur “di muka umum” dalam Pasal 310 ayat (2) KUHP dan juga beberapa delik lain (Pasal 154, Pasal 156a, dan Pasal 207 KUHP). Para ahli pidana mempunyai pendapat yang berbeda-beda mengenai frasa “di muka umum”. R. Soesilo menyebut bahwa suatu perbuatan dapat dikatakan dilakukan di muka umum apabila di tempat tersebut dapat dilihat dan dikunjungi oleh orang banyak (di tempat umum).¹²⁵ Ahli hukum pidana lainnya, J. M. van Bemmelen juga menyatakan pendapat yang senada, bahwa “di muka umum” meliputi perbuatan yang dilakukan di tempat umum atau di tempat yang dapat dilihat dari tempat umum.

Pendapat yang berbeda muncul dari Lamintang, yang menyatakan bahwa unsur “di muka umum” tidak selalu harus diartikan bahwa suatu perbuatan dilakukan di tempat umum, melainkan cukup sepanjang perbuatan tersebut dapat didengar atau dilihat oleh umum.¹²⁶ Sementara Wirjono Prodjodikoro berpendapat, tidak berarti suatu perbuatan tersebut harus dilakukan di ruang publik yang terbuka, tetapi sepanjang perbuatan tersebut tidak dilakukan secara sembunyi-sembunyi atau setidaknya dapat terlihat oleh orang lain, maka unsur “di muka umum” dapat dianggap terpenuhi.

Unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” jelas berbeda dengan unsur “di muka umum” karena terdapat elemen “dengan maksud” yang menggambarkan adanya tujuan dan maksud tersebut spesifik agar suatu hal “diketahui umum”. Konsekuensinya, yang menjadi perlu dibuktikan adalah: 1) apakah benar pelaku yang menuduhkan sesuatu hal ke orang lain menghendaki hal tersebut diketahui umum; dan 2) apakah benar banyak orang menjadi mengetahui hal tersebut karena perbuatan pelaku.

Pemahaman yang sama perlu diterapkan juga ke dalam tindak pidana penghinaan yang diatur UU ITE. Dalam UU ITE memang tidak disebutkan secara eksplisit unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”, melainkan hanya ada unsur “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat

¹²⁵ R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal. 132.

¹²⁶ P.A.F. Lamintang dan Theo Lamintang, *Delik-Delik Khusus Kejahatan terhadap Kepentingan Hukum Negara*, (Jakarta: Sinar Grafika: 2010), hal. 604-605.

diaksesnya". Namun, SKB UU ITE telah memberi penjelasan bahwa dalam memeriksa unsur "mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya" harus terpenuhi pula unsur "supaya diketahui umum" sebagaimana dalam unsur pokok Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP yang menjadi rujukan Pasal 27 (3) UU ITE.¹²⁷

Secara logis, rumusan ini membuat tindakan pencemaran tidak perlu mempertimbangkan mengenai apakah perbuatan tersebut dilakukan di lokasi terbuka atau dekat jalan raya atau tempat publik lain, sepanjang banyak orang lain atau pihak umum yang tadinya tidak tahu menjadi mengetahui tuduhan yang disampaikan pelaku. Oleh karena itu, meskipun tidak dilakukan di ruang terbuka, suatu perbuatan pencemaran tetap dapat dipidana sepanjang seluruh unsur terbukti. Hal ini sejalan juga dengan pandangan R. Soesilo yang memandang unsur ini sudah terpenuhi apabila terbukti ada maksud dari pelaku agar tuduhannya tersiar atau tersebar, tidak perlu dengan melakukannya di ruang terbuka.

Unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum" terdapat di dalam Pasal 310 ayat (1) KUHP yang menjabarkan delik utama dari tindak pidana penistaan. Delik pemberatan dari pasal tersebut kemudian terdapat dalam Pasal 310 ayat (2) KUHP (pencemaran secara tertulis), yang mengatur perbuatan yang sama yang dilakukan dengan tulisan atau gambaran yang disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum. Di dalam Pasal 310 ayat (2) KUHP inilah unsur "di muka umum" menjadi wajib dipertimbangkan. Maka, dalam proses pembuktian Pasal 310 ayat (1) KUHP, cukup dipertimbangkan unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum." Namun, ketika berhadapan dengan Pasal 310 ayat (2) KUHP, selain unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum" harus dibuktikan, unsur "di muka umum" pun harus dibuktikan agar seluruh unsur perbuatan dapat dikatakan terpenuhi. Hal ini menjadi logis ketika dihubungkan dengan unsur yang mendahului "di muka umum" dalam Pasal 310 ayat (2) KUHP, yaitu unsur "tulisan atau gambaran yang disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan" karena untuk menempelkan atau mempertunjukkan tulisan atau gambar biasanya akan membutuhkan suatu tempat. Logika berpikir yang sama juga harus diterapkan terhadap pembuktian Pasal 311 ayat (1) KUHP. Hanya saja dalam berhadapan dengan Pasal 311 ayat (1) KUHP, perlu diperjelas terlebih dahulu kualifikasi perbuatan yang dituduhkan, apakah perbuatan pencemaran lisan atau pencemaran tertulis.

Unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum" perlu dikaitkan dengan alasan pembatasan yang sah yakni melindungi hak dan reputasi orang lain. Unsur ini harus dimaknai sebagai perlindungan kehormatan seseorang di muka publik dari pernyataan dalam bentuk lisan atau tulisan yang merendahkan

¹²⁷ SKB UU ITE..., *Loc. Cit.*

martabat yang spesifik ditujukan untuk umum atau dilakukan di muka umum. Hal ini berarti bahwa komunikasi yang bersifat privat dan personal tidak dapat menjadi objek pemidanaan dalam ketentuan ini. Terpenuhinya unsur “di muka umum” atau “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” dalam ketentuan pencemaran atau fitnah mensyaratkan adanya tindakan publikasi atau penyiaran. Namun, di sisi lain, tidak semua bentuk pernyataan atau opini yang pada akhirnya dapat diketahui umum dapat dianggap memenuhi unsur “dengan maksud untuk diketahui umum” karena hal tersebut sangat bergantung kepada ada atau tidaknya maksud dari orang yang membuat pernyataan atau opini untuk mempublikasikan atau menyiarkan pernyataan atau pendapatnya.

3.5.4. Memahami Subyek Penghinaan dalam Pencemaran dan Fitnah

Pasal 19 ayat (3) ICCPR menjelaskan bahwa salah satu tujuan yang sah untuk membatasi hak atas kebebasan berekspresi adalah untuk melindungi hak atau reputasi “orang lain”, yang dalam redaksional aslinya menggunakan istilah “*others*.” Komentar Umum No. 34 kemudian menerangkan lebih lanjut mengenai maksud “*others*” dalam pasal tersebut yaitu orang lain sebagai individu atau sebagai anggota-anggota dari suatu komunitas yang diidentifikasi berdasarkan agama maupun etnis.¹²⁸ Terkait konteks reputasi “orang lain” sebagai anggota dari suatu komunitas masyarakat tersebut, Komite HAM PBB merujuk kepada salah satu kasus di Kanada di mana seorang guru dicopot dari posisinya di sekolah karena terbukti mengeluarkan pernyataan-pernyataan yang menyerang kehormatan dan mendiskriminasi orang-orang Yahudi lewat berbagai tulisannya.¹²⁹ Selain itu, penjelasan mengenai perlindungan atas reputasi dapat dilihat juga dalam Pasal 17 ICCPR yang kemudian dijelaskan secara lebih rinci melalui Komentar Umum No. 16. Dalam Komentar Umum tersebut Komite HAM PBB menggunakan istilah “*personal honour and reputation*” (kehormatan dan reputasi perorangan) sebagai suatu hak yang wajib dilindungi oleh negara.

Maka, dapat disimpulkan bahwa kerangka hukum HAM sebenarnya melekatkan hak atas perlindungan terhadap reputasi kepada individu dan bukan kepada korporasi. Orang-perorangan sebagai anggota dari suatu komunitas masyarakat yang didefinisikan berdasarkan agama atau etnis juga termasuk dalam perlindungan ini tetapi yang patut dicatat dalam konteks ini adalah reputasi tetap melekat ke individu-individunya, bukan terhadap agama maupun etnisnya.

Selanjutnya, untuk memperdalam penjelasan historis mengenai unsur Pasal 310 ayat (1) KUHP, penting juga untuk merujuk kepada risalah pembahasan dari *Wetboek van Strafrecht* (KUHP Belanda) yang berlaku pada saat pemerintah kolonial

¹²⁸ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 28.

¹²⁹ Komite HAM PBB, *Malcolm Ross v. Canada*, CCPR/C/70/D/736/1997, 26 October 2000.

Hindia Belanda menjajah wilayah Indonesia.¹³⁰ Dalam laporan *Tweede Kamer* (Majelis Rendah) Kerajaan Belanda saat itu mengenai bab penghinaan dalam Buku II KUHP Belanda, dijelaskan bahwa muncul pertanyaan mengenai apakah perbuatan menghina *personae morales* (korporasi atau badan hukum) atau yang ditujukan kepada kumpulan orang-orang yang, misalnya, menganut atau mendukung paham liberalisme dan lain sebagainya dapat diancam pidana. Jawaban dari pembentuk KUHP Belanda pada saat itu adalah negatif, dalam arti bentuk perbuatan tersebut tidak dapat dihukum pidana karena tidak termasuk dalam perbuatan menghina seseorang.¹³¹

Penjelasan pembentuk KUHP Belanda tersebut memperkuat pandangan bahwa delik penghinaan dalam KUHP Indonesia saat ini memang hanya dimaksudkan untuk mengatur tindak pidana penghinaan terhadap individu (*natural person*) dan sama sekali tidak dimaksudkan untuk menghukum perbuatan penghinaan yang ditujukan kepada korporasi atau badan hukum. Hal ini sejalan juga dengan standar hukum HAM internasional yang telah diuraikan pada paragraf sebelumnya, yaitu bahwa reputasi melekat kepada individu. Maka, penerapan delik-delik penghinaan seharusnya **dimaknai sebagai penghinaan terhadap individu dan bukan terhadap korporasi atau badan hukum**. Ketika negara melakukan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dengan tujuan untuk melindungi reputasi artinya yang dapat dilindungi hanyalah kehormatan atau nama baik individu.

3.5.5. Memahami Penghinaan terhadap Penguasa atau Badan Umum

Sesuai dengan penjelasan dalam paragraf-paragraf sebelumnya, penghinaan terhadap penguasa atau badan umum yang diatur dalam Pasal 207 KUHP adalah penghinaan yang sama seperti yang diatur dalam Pasal 310 KUHP. Maka, berbagai penafsiran dan standar-standar hukum pidana dan hukum HAM yang terkait dengan pencemaran atau fitnah juga harus berlaku terhadap penerapan Pasal 207 KUHP.

Berbagai bahan rujukan hukum HAM internasional yang otoritatif dan pandangan para ahli berada dalam satu pandangan yang sama bahwa perlindungan terhadap kritik dari masyarakat umum sebagai bentuk hak atas kebebasan berekspresi harus mendapat bobot yang lebih berat apabila dianggap berbenturan dengan kepentingan untuk melindungi reputasi figur publik. Oleh sebab itu, penerapan pasal-pasal pidana penghinaan sebagai salah satu bentuk dari pembatasan hak atas kebebasan berekspresi tidak dapat dengan mudah diterapkan sebagai justifikasi untuk melindungi reputasi pejabat publik.

¹³⁰ Arsil (Ed.),..., *Op. Cit.*, hal. 7-9.

¹³¹ *Ibid.*, hal. 408.

Komentar Umum No. 34 telah menjelaskan bahwa berbagai jenis ekspresi atau pernyataan yang timbul sebagai diskursus publik yang berkaitan erat dengan isu politik dan pemerintahan serta figur publik, termasuk politisi dan pejabat publik, mendapat perlindungan lebih luas dalam konteks hukum HAM.¹³² Lebih lanjut lagi, adanya fakta bahwa bentuk ekspresi atau pernyataan yang disampaikan oleh seseorang ternyata bersifat menyinggung atau menyerang kehormatan atau nama baik seorang pejabat publik tidak cukup menjadi alasan untuk menghukum orang tersebut.¹³³ Komite HAM PBB juga menekankan bahwa menyampaikan kritik dan menjadi oposisi terhadap kepala negara dan kepala pemerintahan adalah hal yang sah.¹³⁴

Nihal Jayawickrama, dengan merujuk kepada berbagai putusan pengadilan di berbagai negara, menjelaskan bahwa seseorang yang terlibat dalam aktivitas-aktivitas sosial dan politik sudah sewajarnya memaklumi adanya perhatian yang lebih besar dari publik dan media terhadap dirinya.¹³⁵ Reputasi seorang politisi tetap dapat dilindungi, namun batasan-batasan mengenai kritik yang pantas diterimanya harus lebih luas daripada yang dapat diterima orang pada umumnya.¹³⁶ Kondisi tersebut disebabkan karena orang-orang yang memiliki pengaruh atau terlibat dalam isu kepentingan publik telah secara sukarela membuka dirinya terhadap pengawasan yang ketat dari publik dan sangat wajar timbul berbagai macam kritik karena aktivitas mereka yang menembus batas-batas privat sehingga termasuk dalam ranah publik untuk diperdebatkan.¹³⁷ Menurut Jayawickrama, kritik terhadap seorang politisi dapat dianggap termasuk penghinaan apabila memang kritik tersebut sudah menimbulkan kecurigaan yang luar biasa terhadap karakter dan nama baik politisi yang menjadi sasaran kritik.¹³⁸

Merujuk kepada berbagai penjelasan di atas, maka penerapan pasal-pasal pidana penghinaan dalam konteks hukum Indonesia atas perbuatan yang diduga penghinaan terhadap politisi maupun figur publik lainnya harus dilakukan secara terbatas dan ketat. Terbatas dalam arti tidak semua perbuatan yang bersifat menghina figur publik harus dihukum, dan kritik masyarakat walaupun sangat ofensif tidak serta merta dapat dianggap penghinaan. Ketat dalam arti hakim harus memeriksa secara seksama pemenuhan unsur-unsur serta derajat keseriusan dampak dari perbuatan terdakwa terhadap karakter figur publik tersebut di mata masyarakat umum.

¹³² Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 38.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law National, Regional and International Jurisprudence Second Edition*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), hal. 814.

¹³⁶ *Ibid.* Lihat juga Catalina Botero Marino..., *Op. Cit.*, hal. 16.

¹³⁷ Catalina Botero Marino..., *Ibid.*

¹³⁸ Nihal Jayawickrama..., *Op. Cit.*, hal. 815.

Pasal 207 KUHP memidanakan tindakan penghinaan terhadap penguasa, yang termasuk kategori figur publik dalam pemahaman hukum HAM, atau badan umum. Ketentuan Pasal 207 KUHP ini pada awalnya tidak memiliki padanan dalam KUHP Belanda¹³⁹. Andi Hamzah menyatakan bahwa dapat diduga pasal ini awalnya diciptakan khusus di wilayah Hindia Belanda untuk menjaga wibawa pejabat kolonial.¹⁴⁰ Substansi pengaturan dari Pasal 207 KUHP sebenarnya masuk dalam jenis-jenis peraturan yang mendapat kritik dari Komite HAM PBB, seperti *lèse-majesté*¹⁴¹, penghinaan terhadap kepala negara, penghinaan terhadap bendera atau simbol lainnya¹⁴², karena seringkali penerapannya menjadi ancaman bagi kelangsungan demokrasi. Pada kenyataannya, Indonesia juga pernah memiliki pasal pidana yang mengatur penghinaan terhadap kepala negara dalam Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP yang kemudian dicabut keberlakuannya oleh Mahkamah Konstitusi (MK). Namun, Pasal 207 KUHP yang secara substansi sangat serupa dengan pasal penghinaan kepala negara masih berlaku hingga saat ini.

MK dalam menguji Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP, memberikan pertimbangan bahwa pasal-pasal tersebut: (i) dapat menimbulkan ketidakpastian hukum karena amat rentan pada tafsir apakah suatu protes, pernyataan pendapat atau pikiran merupakan kritik atau penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden; (ii) berpeluang menghambat hak atas kebebasan menyatakan pikiran dengan lisan, tulisan dan ekspresi sikap tat kala ketiga pasal pidana dimaksud selalu digunakan aparat hukum terhadap momentum-momentum unjuk rasa di lapangan; (iii) dapat menjadi ganjalan dan/atau hambatan bagi kemungkinan untuk mengklarifikasi apakah Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7A UUD 1945.¹⁴³ MK juga menyatakan, tidak relevan lagi dalam KUHP masih memuat ketentuan seperti Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 yang menegasi prinsip persamaan di depan hukum, mengurangi kebebasan mengekspresikan pikiran dan pendapat, kebebasan akan informasi, dan prinsip kepastian hukum.

MK berpandangan pasal-pasal *lèse-majesté* berupa penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut hukum seharusnya diberlakukan Pasal 310 - Pasal

¹³⁹ Belanda memasukan delik yang serupa dengan Pasal 207 KUHP ini pada tahun 1978 melalui Staatblad 1978,155, yaitu dengan merevisi Pasal 267 WvS yang sebelumnya memuat penghinaan terhadap pejabat atau yang di KUHP diatur dalam Pasal 316.

¹⁴⁰ Andi Hamzah, *Delik-Delik Tertentu (Speciale Delicten) dalam KUHP*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2015), hal. 189

¹⁴¹ *Lèse-majesté* secara sederhana berarti kejahatan terhadap kehormatan kepala negara atau otoritas yang berdaulat. Berasal dari bahasa Prancis, *lèse-majesté* dalam arti harfiah berarti berbuat kesalahan terhadap otoritas kerajaan. Lihat <https://www.merriam-webster.com/dictionary/lèse-majesté>.

¹⁴² Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Loc. Cit.*

¹⁴³ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 013-022/PUU-IV/2006, hal. 60-61.

321 KUHP ketika penghinaan ditujukan dalam kualitas pribadinya dan diterapkan Pasal 207 KUHP dalam hal penghinaan ditujukan kepada Presiden dan/atau Wakil Presiden selaku pejabat.¹⁴⁴ Selanjutnya dalam pertimbangannya MK menyatakan “dalam hal suatu perbuatan diduga sebagai penghinaan terhadap Presiden, Wakil Presiden, penguasa atau badan publik (*gestelde macht of openbaar lichaam*) lainnya, maka penuntutan terhadap Pasal 207 KUHP harus dilakukan atas dasar pengaduan (*bij klacht*)”.¹⁴⁵

Dalam pengujian Pasal 207 KUHP di MK, yang diuji bersama Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) KUHP, Pasal 311 ayat (1) KUHP, dan Pasal 316 KUHP, melalui Putusan Nomor 14/PUU-VI/2008, MK menyatakan pasal-pasal tersebut perlu tetap ada dalam rangka melindungi hak konstitusional warga masyarakat, yaitu hak atas kehormatan dan martabat, dan segala permasalahan yang diangkat oleh pemohon pengujian norma dari pasal-pasal tersebut. Permasalahan dalam Pasal 207 KUHP juga dianggap merupakan masalah penerapan norma bukan konstitusionalitas norma. Dalam putusan ini, MK mengutip kembali pertimbangannya dalam putusan sebelumnya (Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006), bahwa penuntutan dengan Pasal 207 KUHP harus berdasarkan pengaduan dan ke depannya memerlukan penyesuaian yang sejalan dengan pendapat MK atas Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP.¹⁴⁶ Pendapat MK ini merupakan rekomendasi yang menunjukkan perlunya evaluasi Pasal 207 KUHP.

3.6. Perlindungan terhadap Reputasi dalam Hukum HAM dan Kaitan dengan Pencemaran atau Fitnah

Ketentuan mengenai delik-delik penghinaan erat kaitannya dengan norma pembatasan kebebasan berekspresi dalam hukum HAM internasional sebagaimana diatur Pasal 19 ayat (3) ICCPR, yang menjelaskan bahwa pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dapat diberlakukan apabila ditujukan untuk beberapa alasan, salah satunya untuk menghormati hak atau reputasi orang lain. Dalam hukum nasional, pasal-pasal penghinaan seperti yang diatur dalam Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) KUHP, Pasal 311 ayat (1) KUHP dan Pasal 27 (3) UU ITE secara konteks sangat erat kaitannya dengan perlindungan hak orang lain, yakni hak atas kehormatan dan reputasi orang lain.

Untuk memahami perlindungan atas reputasi dapat dirujuk pada sejumlah interpretasi yang telah menjadi konsensus internasional. Secara sederhana, reputasi dimaknai sebagai perbuatan dan sebagainya yang menjadi sebab

¹⁴⁴ *Ibid.*, hal. 60.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Maksud dari penyesuaian tersebut adalah penyesuaian melalui kebijakan legislasi dan bukan melalui pengujian norma di MK. Lihat *Ibid.*, hal. 61.

seseorang mendapat nama baik¹⁴⁷ atau rasa hormat dari orang lain.¹⁴⁸ ARTICLE 19 dalam laporannya¹⁴⁹ menjelaskan bahwa reputasi dapat tercederai lewat berbagai perbuatan misalnya dengan merendahkan rasa hormat terhadap seseorang, membuat seseorang dipermalukan atau dibenci di depan umum, atau dengan membuat seseorang dijauhi atau dihindari.¹⁵⁰ Lebih lanjut lagi, Prinsip Siracusa menjelaskan standar mengenai perlu atau tidaknya suatu pelaksanaan hak untuk dibatasi, yaitu hanya apabila pembatasan tersebut¹⁵¹:

- a. dilakukan berdasarkan salah satu ketentuan pembatasan yang telah diatur dalam KIHSP;
- b. untuk merespon kebutuhan publik atau sosial yang mendesak;
- c. bertujuan untuk melindungi kepentingan yang sah menurut KIHSP;
- d. proporsional terhadap kepentingan yang ingin dilindungi.

Penjelasan dalam Prinsip Siracusa ini mencerminkan bahwa pembatasan kebebasan berekspresi untuk melindungi reputasi harus dilihat secara lebih luas dari sekadar adanya rasa malu yang dialami korban agar pembatasan hak atas kebebasan berekspresi, misalnya dengan melakukan pemidanaan, dapat dianggap sah sesuai hukum HAM yang berlaku.

Perlindungan terhadap reputasi juga tidak dapat diterapkan secara serta merta atas semua hal. ARTICLE 19 menjelaskan bahwa pembatasan kebebasan berekspresi untuk tujuan perlindungan terhadap reputasi tidak dapat menjadi justifikasi dalam beberapa hal tertentu, yaitu¹⁵²:

- 1) mencegah kritik yang sah terhadap pejabat publik atau pengungkapan adanya perbuatan melawan hukum oleh pejabat publik;
- 2) melindungi "reputasi" dari benda, misalnya simbol-simbol, bendera, atau lambang-lambang yang terkait negara atau agama;
- 3) melindungi "reputasi" dari negara;
- 4) memberikan ruang bagi seseorang untuk menuntut dengan mengatasnamakan individu yang telah meninggal; atau
- 5) memberikan ruang bagi seseorang untuk menuntut dengan mengatasnamakan kelompok tertentu yang tidak memiliki hak untuk menuntut.

ARTICLE 19 menekankan bahwa ketika berbicara mengenai perlindungan terhadap

¹⁴⁷ Kamus Besar Bahasa Indonesia Daring, <https://kbbi.kemdikbud.go.id/entri/reputasi>.

¹⁴⁸ Nihal Jayawickrama..., *Op. Cit.*, hal. 812.

¹⁴⁹ Laporan berjudul *Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation* disusun ARTICLE 19 melalui proses konsultasi dan analisis yang panjang terhadap hukum dan standar-standar internasional serta perkembangan praktik-praktik di berbagai negara mengenai perlindungan terhadap reputasi. Laporan tersebut menjelaskan prinsip-prinsip yang perlu digunakan dalam menyeimbangkan benturan hak atas kebebasan berekspresi dengan perlindungan atas reputasi. Lihat ARTICLE 19, *Defining Defamation...*, *Op. Cit.*, hal. 1.

¹⁵⁰ *Ibid.*, hal. 5.

¹⁵¹ Komisi HAM PBB, *Prinsip-Prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 10.

¹⁵² ARTICLE 19, *Defining Defamation...*, *Loc. Cit.*

reputasi, maka harus dimaknai secara spesifik karena tidak semua hal bisa dianggap memiliki reputasi. Benda mati dan simbol-simbol tidak dapat dianggap memiliki reputasi. Oleh sebab itu, terkait penggunaan delik penghinaan terhadap perbuatan yang dianggap “menghina” lambang-lambang negara, simbol-simbol keagamaan, atau bahkan negara itu sendiri, maka pengadilan tidak dapat menjustifikasi bahwa penerapan delik penghinaan tersebut adalah untuk melindungi reputasi.

Sementara itu, khusus terhadap perlindungan reputasi terhadap pejabat atau figur publik, terdapat prinsip-prinsip tertentu yang harus diperhatikan. Dari berbagai penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa toleransi yang besar wajib diberikan terhadap kritik oleh masyarakat umum kepada pejabat publik, meskipun pejabat publik juga memiliki reputasi yang harus dilindungi. Senada dengan ARTICLE 19, Prinsip Siracusa menjelaskan bahwa pembatasan kebebasan berekspresi untuk melindungi reputasi tidak dapat digunakan untuk melindungi negara maupun pejabatnya dari pendapat atau kritik oleh masyarakat umum.¹⁵³ Maka konsekuensinya, pasal-pasal pidana penghinaan, sebagai salah satu bentuk dari pembatasan hak atas kebebasan berekspresi, tidak dapat secara serta merta diterapkan sebagai justifikasi untuk melindungi reputasi pejabat publik apabila bentuk perbuatan yang diduga penghinaan dilakukan oleh masyarakat umum sebagai bagian dari kritik atau pendapat.

Prinsip lainnya adalah terkait dengan tujuan penggunaan delik-delik penghinaan secara umum dalam konteks pembatasan hak. Penggunaan pasal-pasal penghinaan hanya dapat digunakan dengan tujuan untuk menghormati reputasi orang lain dan bukan untuk kepentingan lainnya, misalnya untuk melindungi keamanan nasional, ketertiban umum atau hubungan baik dengan negara tetangga.¹⁵⁴ Prinsip ini mencerminkan bahwa penerapan delik-delik penghinaan terhadap perbuatan yang diduga merendahkan martabat pejabat publik juga harus dilakukan semata dalam konteks menghormati reputasi orang lain, bukan untuk melindungi keamanan negara, ketertiban umum, atau kepentingan lainnya. Maka, dalam hal suatu perbuatan diduga sebagai penghinaan terhadap pejabat atau figur publik, standar-standar HAM yang relevan untuk dipertimbangkan hanyalah terkait perlindungan atas reputasi orang lain sebagai suatu kepentingan yang dapat membatasi hak atas kebebasan berekspresi.

Hal lain yang perlu diperhatikan ketika mengadili perkara pencemaran atau fitnah adalah perlunya mengukur ancaman terhadap reputasi seseorang. Pendekatan ini dilakukan oleh *Inter-American Commission on Human Rights* dan juga *Inter-American Court of Human Rights*. Terkait kasus-kasus spesifik di mana terdapat benturan antara hak atas kebebasan berekspresi dengan perlindungan atas reputasi, kedua

¹⁵³ Komisi HAM PBB, *Prinsip-prinsip Siracusa...*, *Op. Cit.*, par. 37.

¹⁵⁴ ARTICLE 19, *Defining Defamation...*, *Loc. Cit.*

lembaga tersebut berpandangan bahwa dalam menentukan suatu perbuatan dapat dihukum atau tidak maka perlu dibuktikan adanya ancaman atau kerugian yang nyata terhadap reputasi orang lain.¹⁵⁵ Pendekatan ini juga dapat diadopsi oleh pengadilan di Indonesia. Dalam berbagai kasus yang telah dijelaskan dalam bab sebelumnya, hakim sering mendasarkan interpretasi terhadap unsur “menyerang kehormatan atau nama baik orang lain” semata dengan melihat bahwa korban dalam suatu kasus merasa malu atas perbuatan atau pernyataan dari terdakwa. Masalah yang timbul dari pandangan tersebut adalah adanya elemen subjektifitas yang tidak dapat diukur secara objektif dan mempengaruhi penentuan bersalah atau tidaknya terdakwa. Maka, hakim perlu melihat lebih dalam dan objektif mengenai dampak dari perbuatan terdakwa terhadap kehormatan dan nama baik korban di dalam proses pembuktian melalui pemeriksaan saksi-saksi dan alat bukti lain untuk melihat apakah benar kehormatan atau nama baik korban benar telah terdampak secara negatif dari perbuatan terdakwa.

3.6.1. Memahami Perlindungan atas Reputasi dalam Praktik Pengadilan HAM Regional

Untuk memperkaya pandangan mengenai perlindungan hak atas kebebasan berekspresi ketika berbenturan dengan perlindungan atas reputasi orang lain, maka perlu juga melihat bagaimana pengadilan-pengadilan HAM regional memeriksa dan mengadili kasus-kasus yang terkait dengan penghinaan yang diajukan ke yurisdiksi mereka masing-masing. Contoh-contoh kasus yang diambil dalam uraian di bawah ini adalah kasus-kasus yang terjadi di kawasan Eropa, Amerika, dan Afrika. Namun, perlu dicatat bahwa pengadilan-pengadilan ini tidak memeriksa dan mengadili fakta terkait terbukti atau tidaknya penghinaan tetapi hanya terkait sah atau tidaknya tindakan pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi dari suatu pihak oleh negara terkait dengan alasan perlindungan atas reputasi orang lain dengan merujuk kepada standar hukum HAM yang berlaku. Pendekatan hukum dan pendapat-pendapat yang disampaikan pengadilan-pengadilan HAM regional tersebut dapat diadopsi juga oleh pengadilan-pengadilan di tingkat nasional dalam menimbang perlu atau tidaknya perbuatan seseorang dihukum karena dugaan pencemaran atau fitnah.

3.6.1.1. Kasus *GRA Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland*¹⁵⁶

Kasus ini diperiksa dan diadili di hadapan Pengadilan HAM Eropa. Pihak yang berperkara adalah *GRA Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus* selaku penggugat dan negara Swiss selaku tergugat. *GRA Stiftung* adalah suatu organisasi

¹⁵⁵ Catalina Botero Marino..., *Op. Cit.*, hal. 27.

¹⁵⁶ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *GRA Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland*, (Application no. 18597/13), 9 Januari 2018.

non-pemerintah yang mempromosikan toleransi dan melawan segala bentuk diskriminasi berbasis ras.

GRA Stiftung diputus bersalah dan dihukum oleh Mahkamah Agung Federal Swiss karena dalam situs webnya telah mengkategorikan orasi seseorang berinisial B.K. sebagai suatu rasisme verbal. Mahkamah Agung tersebut berpendapat pengkategorian orasi B.K. ke dalam rasisme verbal oleh GRA Stiftung adalah lebih dari sekadar opini (*mixed value judgement*) karena rasisme yang memiliki definisi dan lingkup tertentu, sehingga terdapat elemen substansi (*substantive core*) yang harus dibuktikan. merupakan suatu pelanggaran terhadap kehormatan seseorang karena telah mengkategorikan perbuatan orang tersebut sebagai suatu tindakan yang patut dicela oleh masyarakat. GRA Stiftung pun dihukum untuk mencabut laporan tertulis tersebut dari situs webnya dan menggantinya dengan uraian putusan pengadilan yang telah diputus tersebut.

GRA Stiftung kemudian membawa permasalahan ini ke Pengadilan HAM Eropa.¹⁵⁷ Terhadap perkara ini, Pengadilan HAM Eropa berpendapat:

- Bahwa putusan pengadilan Swiss terhadap GRA Stiftung termasuk pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi;
- Bahwa pembatasan tersebut telah diatur berdasarkan undang-undang yang berlaku;
- Bahwa pembatasan tersebut bertujuan untuk melindungi salah satu kepentingan yang sah, yaitu reputasi orang lain;
- Bahwa untuk menentukan apakah pembatasan tersebut perlu dilakukan dalam masyarakat yang demokratis, maka perlu diperiksa apakah otoritas domestik telah memutuskan secara seimbang antara kepentingan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dengan perlindungan atas reputasi orang lain;
- Terhadap pengujian apakah otoritas domestik telah menimbang secara seimbang antara dua kepentingan tersebut, maka ada beberapa kriteria yang harus diukur, yaitu kontribusi terhadap diskursus mengenai kepentingan publik; derajat keterkenalan dari orang yang terdampak reputasinya dan pokok bahasan dari pernyataan terkait; serta isi, bentuk, dan konsekuensi dari publikasi terkait;
- Terkait kontribusi dalam diskursus mengenai kepentingan publik, Pengadilan HAM Eropa melihat bahwa orasi B.K. maupun laporan tertulis di situs web

¹⁵⁷ GRA Stiftung berargumen bahwa inisiatif kebijakan pelarangan pembangunan menara masjid di Swiss telah mengundang perdebatan sengit di kalangan publik dan berbagai ahli dan organisasi telah memandang inisiatif tersebut sebagai bentuk rasisme atau setidaknya berkaitan dengan rasisme. GRA Stiftung juga berpandangan bahwa, dengan menimbang posisi B.K. sebagai seorang politisi muda, menjadi wajar apabila B.K. menjadi sasaran kritik yang lebih besar daripada warga sipil biasa. Sementara itu, pemerintah negara Swiss berpandangan bahwa kategorisasi orasi B.K. ke dalam bentuk rasisme verbal merupakan *mixed value judgement* sehingga GRA Stiftung harus memiliki basis faktual dalam menentukan kategorisasi tersebut. Padahal, ucapan B.K. tidak bisa digolongkan sebagai rasisme. Lebih lanjut lagi, pemerintah Swiss berpendapat bahwa gradasi toleransi dalam kebebasan berekspresi terhadap tindakan B.K. tidak bisa disamakan dengan figur publik pada umumnya karena B.K. masih sangat muda dan baru berada di awal karier politiknya.

GRA Stiftung terkait dengan perdebatan publik mengenai inisiatif pelarangan pembangunan menara masjid di Swiss yang telah diliput secara luas oleh media nasional maupun internasional;

- Terkait derajat keterkenalan orang yang terdampak reputasinya dan pokok bahasan dari pernyataan terkait, Pengadilan HAM Eropa memandang bahwa B.K. adalah politisi dari sebuah partai politik besar di Swiss dan orasinya jelas bernuansa politis dalam rangka mendukung tujuan partai yang ia usung. Maka, B.K. secara sadar telah membuka diri terhadap pengawasan publik dengan orasinya tersebut sehingga ia harus memiliki toleransi lebih besar terhadap kritik-kritik atas pernyataannya dari individu maupun organisasi yang berseberangan pandangan;
- Terkait isi, bentuk, dan konsekuensi dari publikasi terkait, Pengadilan HAM Eropa berpandangan bahwa perlu ada pembedaan standar antara pernyataan mengenai fakta (*statement of fact*) dan opini (*value judgment*). Pernyataan mengenai fakta menuntut pembuktian mengenai kebenaran, tetapi suatu opini tidak bisa dibuktikan sifat benar atau tidaknya. Namun, dalam menyampaikan opini perlu adanya dasar faktual yang cukup. Dalam hal ini, Pengadilan HAM Eropa memandang pengkategorian orasi B.K. sebagai rasisme verbal oleh GRA Stiftung memiliki dasar faktual yang cukup sebagai suatu opini karena adanya pandangan berbagai ahli dan organisasi lain yang juga mengidentikkan orasi B.K. dengan diskriminasi dan rasisme. Selain itu, pengkategorian tersebut tidak dapat dianggap sebagai serangan personal yang serampangan terhadap B.K. karena tidak ada pernyataan GRA Stiftung yang membahas kehidupan pribadi atau keluarga B.K., melainkan hanya terkait pemahaman atas orasi politik B.K. Dengan demikian, pengkategorisasian orasi B.K. sebagai rasisme verbal tidak dapat dianggap memiliki konsekuensi yang berbahaya terhadap kehidupan pribadi atau profesional B.K.;
- Bahwa sanksi yang dijatuhkan oleh otoritas domestik Swiss terhadap GRA Stiftung, walaupun tergolong ringan, dapat menimbulkan *chilling effect* terhadap hak atas kebebasan berekspresi dari GRA Stiftung karena sanksi tersebut dapat menimbulkan ketakutan bagi organisasi tersebut dalam mencapai tujuan organisasinya atau dalam mengkritisi kebijakan dan pernyataan politik ke depannya.

Berdasarkan pertimbangan tersebut Pengadilan HAM Eropa berpandangan bahwa pengadilan domestik Swiss tidak menimbang secara teliti prinsip-prinsip dan kriteria-kriteria dalam menyeimbangkan antara hak atas kebebasan berekspresi dan perlindungan atas reputasi. Maka, dalam perkara telah terjadi pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi GRA Stiftung.

3.6.1.2. Kasus *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina*¹⁵⁸

Dalam perkara ini, pemerintah negara Bosnia dan Herzegovina menghadapi gugatan dari satu organisasi Islam di *Brčko District* (selanjutnya disebut BD) dan tiga organisasi non-pemerintah dari etnis Bosnia di BD di Pengadilan HAM Eropa. Awalnya, para penggugat melayangkan surat kepada otoritas tertinggi di BD yang berisi komplain mengenai proses penunjukan seorang direktur di sebuah stasiun radio multi-etnis milik pemerintah di BD. Dalam surat tersebut, keempat organisasi tersebut juga menulis beberapa informasi yang mengenai perilaku tercela M.S., individu yang akan ditunjuk sebagai direktur tersebut. Tidak lama setelah surat tersebut dikirimkan, surat tersebut terpublikasi di tiga surat kabar berbeda.

M.S. kemudian menggugat secara perdata keempat organisasi tersebut dengan tuduhan telah melakukan penghinaan yang merusak reputasinya. Pada akhirnya keempat organisasi tersebut dinyatakan bersalah telah melakukan penghinaan terhadap M.S. Keempat organisasi tersebut dihukum untuk menyampaikan kepada para otoritas tertinggi di BD bahwa mereka mencabut surat komplain yang mereka kirimkan, yang mana apabila tidak dilakukan maka keempat organisasi tersebut harus membayar denda bersama-sama sebesar EUR 1.280.

Keempat organisasi tersebut kemudian mengajukan gugatan ke Pengadilan HAM Eropa melawan pemerintah negara Bosnia dan Herzegovina.¹⁵⁹ Dalam kasus ini, Pengadilan HAM Eropa berpendapat sebagai berikut:

- Bahwa putusan pengadilan domestik di Bosnia dan Herzegovina termasuk sebagai suatu pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi;
- Bahwa pembatasan tersebut telah diatur berdasarkan undang-undang yang berlaku, dan bahwa pengaturan tersebut sudah dilakukan secara presisi;
- Bahwa pembatasan tersebut bertujuan untuk melindungi salah satu kepentingan yang sah, yaitu reputasi orang lain;
- Bahwa untuk menentukan apakah pembatasan tersebut perlu dilakukan dalam

¹⁵⁸ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina*, (Application no. 17224/11), 27 Juni 2017.

¹⁵⁹ Dalam argumentasinya, keempat organisasi tersebut menyatakan bahwa surat komplain mereka telah dikirimkan melalui jalur yang tertutup dan rahasia kepada otoritas yang kompeten menangani permasalahan yang mereka keluhkan. Isi surat tersebut juga terkait dengan penunjukan seorang direktur di stasiun radio milik pemerintah di BD sehingga masalah yang dikeluhkan sangat berkaitan erat dengan kepentingan publik dan seharusnya toleransi yang lebih besar diberikan dalam konteks hak atas kebebasan berekspresi. Lebih lanjut lagi, menurut keempat organisasi tersebut beranggapan surat tersebut tidak berisi pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*). Sementara itu, pemerintah negara Bosnia dan Herzegovina berargumen bahwa surat tersebut berisi tuduhan yang sangat serius terhadap M.S. dan keempat organisasi terkait seharusnya melakukan upaya untuk menguji kebenaran dari tuduhan-tuduhannya.

masyarakat yang demokratis, maka perlu diperiksa apakah otoritas domestik telah memutus secara seimbang antara kepentingan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dengan perlindungan atas reputasi orang lain;

- Bahwa tanggung jawab keempat organisasi atas penghinaan yang dilakukannya harus ditinjau hanya dari tindakan pengiriman surat komplain kepada otoritas terkait dan bukan dari terpublikasikannya surat tersebut di surat kabar karena tidak ada bukti yang menunjukkan bahwa keempat organisasi tersebut yang mempublikasikannya;
- Bahwa pokok bahasan mengenai keseimbangan dalam keterwakilan etnis di institusi publik adalah topik yang penting dan terkait kepentingan publik;
- Bahwa pegawai negeri yang bertindak dalam kapasitas resmi tunduk kepada toleransi yang lebih besar atas kritik daripada individu biasa. M.S. yang telah mengajukan diri menjadi direktur di radio milik pemerintah tersebut harus dianggap secara sadar masuk ke domain publik dan membuka dirinya terhadap pengawasan melekat atas tindakannya;
- Bahwa penggunaan kata-kata di dalam surat komplain terkait sangat berperan penting. Keempat organisasi dalam suratnya menyampaikan seakan-akan mereka memiliki akses langsung terhadap informasi mengenai perilaku buruk M.S. dan mereka bukan berperan sebagai penyambung informasi dari pihak lain. Surat tersebut juga tidak menyampaikan permohonan kepada para otoritas tertinggi untuk melakukan investigasi atau verifikasi atas tuduhan-tuduhan tersebut sehingga tidak ada kejelasan apakah surat tersebut hanya untuk menuduh M.S. atau memang untuk menginformasikan otoritas terkait mengenai dugaan perbuatan melanggar hukum oleh M.S.;
- Bahwa perilaku yang dituduhkan kepada M.S. adalah perilaku yang tidak pantas dari sudut pandang moral maupun sosial sehingga mendudukkan M.S. dalam konteks yang sangat negatif, yaitu sebagai seseorang yang tidak hormat dan memandang rendah umat Islam dan etnis Bosnia. Dalam hal ini, Pengadilan HAM Eropa berpandangan isi tuduhan keempat organisasi tersebut merusak reputasi M.S.;
- Bahwa fakta surat komplain tersebut hanya dikirimkan ke pihak yang terbatas melalui jalur yang privat tidak menutup kemungkinan dampak buruk tuduhan tersebut terhadap karier M.S. sebagai pegawai negeri dan reputasi profesionalnya sebagai jurnalis;
- Bahwa keempat organisasi terkait, selaku "*social watchdog*", memiliki tanggung jawab layaknya lembaga pers untuk menguji atau memverifikasi kebenaran informasi yang mereka terima. Terlebih lagi, tuduhan-tuduhan dalam surat tersebut disampaikan dalam konteks sebagai pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) dan bukan opini (*value judgment*). Pengadilan HAM Eropa menilai bahwa upaya verifikasi informasi oleh keempat organisasi sebelum menyebarkannya ke pihak lain tidak akan membutuhkan sumber daya yang besar, namun keempat organisasi terkait malah secara sembrono

- mencantumkan tuduhan-tuduhan tersebut dalam suratnya;
- Bahwa hukuman yang dijatuhkan oleh pengadilan domestik sudah proporsional karena penjatuhan denda finansial diterapkan apabila keempat organisasi tidak menyatakan menarik surat komplain mereka.

Berdasarkan pertimbangan tersebut Pengadilan HAM Eropa berpandangan pembatasan yang dilakukan bahwa pengadilan domestik Bosnia dan Herzegovina telah didukung dengan alasan yang cukup dan telah memperhatikan keseimbangan antara hak atas kebebasan berekspresi dengan perlindungan atas reputasi. Dengan demikian, dalam perkara ini tidak terjadi pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi dari keempat organisasi terkait.

3.6.1.3. Kasus *Tešić v. Serbia*¹⁶⁰

Dalam perkara ini Tešić, seorang warga negara Serbia, dihukum pidana dan digugat perdata atas tuduhan penghinaan terhadap bekas pengacaranya. Rangkaian kejadian tersebut secara singkat adalah sebagai berikut:

- Pada Desember 2002, seorang jurnalis berinisial SN mempublikasikan berita di surat kabar Dnevnik mengenai mantan pengacara Tešić berinisial NB yang diduga dengan sengaja tidak memberikan pendampingan hukum yang layak kepada dirinya. Artikel tersebut menjelaskan bahwa pihak kepolisian Novi Sad juga mengonfirmasi adanya dugaan perbuatan tersebut oleh NB. Informasi dalam artikel tersebut merupakan informasi langsung yang disampaikan Tešić.
- Sejak Mei 2002, pihak kepolisian Kota Novi Sad telah memproses pidana NB, namun pada Juli 2002, kantor kejaksaan Kota Novi Sad menghentikan proses tersebut dengan alasan lewat waktu. Tešić mencoba mengajukan upaya hukum sendiri dan proses tersebut berjalan hingga pengadilan menolak upaya ini pada September 2004.
- Pada April 2005, Pengadilan Kota Novi Sad memutus Tešić dan SN bersalah atas tuduhan penghinaan terhadap NB dan menghukum masing-masing dengan pidana penjara selama enam bulan dengan masa percobaan selama dua tahun.
- Pada Desember 2006, NB mengajukan gugatan perdata melawan Tešić dengan alasan bahwa ia telah mengalami beban mental yang berat pasca terbitnya artikel tersebut. Pada Januari 2007, NB memenangkan gugatan ini dan pengadilan memutus Tešić untuk membayar ganti rugi sebesar kurang lebih EUR 4.900.
- Pada September 2006, Pengadilan Kota Novi Sad juga memenangkan NB dalam gugatan perdata melawan SN surat kabar Dnevnik, dan pendiri surat kabar tersebut terkait artikel yang menghina dirinya. Pengadilan memutus SN,

¹⁶⁰ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Tešić v. Serbia*, (Applications nos. 4678/07 and 50591/12), 11 Februari 2014.

Dnevnik, dan pendiri Dnevnik untuk membayar ganti rugi kepada NB.

- Pada Juli 2009, NB mengajukan permohonan eksekusi atas putusan pengadilan di bulan Januari 2007 tersebut. Kemudian, pengadilan mengeluarkan perintah bahwa dua pertiga dari uang pensiun Tešić harus ditransfer ke rekening NB setiap bulannya sampai jumlah ganti rugi yang dijatuhkan dapat dilunasi oleh Tešić.
- Pada Mei 2012, uang pensiun Tešić per bulan adalah sejumlah EUR 170. Dengan kewajiban membayar ganti rugi tersebut, Tešić hanya memiliki sisa uang EUR 60 per bulan untuk hidup sehari-hari.
- Tešić memiliki komplikasi masalah kesehatan dan menghabiskan setidaknya EUR 44 per bulan untuk biaya pengobatan. Namun, dengan kewajiban membayar ganti rugi tersebut, Tešić tidak mampu lagi untuk membiayai pengobatannya.

Kasus ini kemudian dibawa ke Pengadilan HAM Eropa oleh Tešić.¹⁶¹ Dalam perkara ini, Pengadilan HAM Eropa memutuskan setidaknya sebagai berikut:

- Bahwa putusan ganti rugi dalam perkara perdata melawan Tešić dan perintah eksekusinya adalah bentuk pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi;
- Bahwa putusan tersebut dan prosedur eksekusinya dijatuhkan berdasarkan undang-undang yang berlaku;
- Bahwa pembatasan tersebut dilakukan dengan tujuan yang sah, yaitu untuk melindungi reputasi orang lain;
- Bahwa besaran ganti rugi yang wajib dibayar oleh Tešić mencapai lebih dari 60% dari jumlah uang pensiun yang diterima Tešić setiap bulannya. Jumlah ganti rugi ini juga hampir sama dengan jumlah yang harus dibayar Dnevnik dan pendiri Dnevnik, dengan kondisi bahwa pihak-pihak ini adalah entitas badan hukum yang lebih mapan secara finansial;
- Bahwa pernyataan Tešić mengenai NB tidak bisa secara serta merta dianggap sebagai serangan personal yang serampangan terhadap NB karena setidaknya kepolisian Kota Novi Sad sendiri pernah memulai proses pidana atas NB, walaupun kemudian dihentikan oleh pihak kejaksaan. Proses tersebut pun masih berlanjut hingga September 2004, pada waktu yang sudah sangat lama dari sejak diterbitkannya artikel terkait, karena upaya hukum dari Tešić;
- Bahwa besaran ganti rugi yang harus dibayar Tešić dengan memotong uang

¹⁶¹ Di hadapan persidangan, pemerintah negara Serbia berargumen bahwa pembatasan hak atas kebebasan berekspresi Tešić sudah dilakukan berdasarkan undang-undang yang berlaku dan bertujuan untuk melindungi reputasi orang lain. Tuduhan Tešić bahwa NB gagal mendampinginya secara layak dalam kasusnya di masa lampau adalah suatu pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) yang tidak didukung dengan bukti yang kredibel. Sementara itu, Tešić berargumen bahwa artikel berita tersebut seharusnya menjadi tanggung jawab SN selaku jurnalis karena ia sendiri tidak pernah melihat artikel tersebut sebelum dipublikasikan, walaupun benar bahwa Tešić yang menyediakan informasi dalam artikel tersebut kepada SN. Di samping itu, ganti rugi yang dijatuhkan dalam perkara perdata melawan dirinya dianggap sebagai pembatasan yang tidak proporsional atas kebebasan berekspresinya.

pensiunnya sedemikian besarnya hingga Tešić tidak mampu lagi membiayai pengobatannya sendiri, sedangkan ia menderita komplikasi penyakit yang serius, adalah kondisi yang berbahaya bagi Tešić;

Berdasarkan pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Eropa berpendapat bahwa pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terhadap Tešić tidak memenuhi kriteria proporsional dan perlu di tengah masyarakat demokratis. Dengan demikian, telah terjadi pelanggaran terhadap hak atas kebebasan berekspresi Tešić.

3.6.1.4. Kasus *Herrera Ulloa v. Costa Rica*¹⁶²

Mauricio Herrera Ulloa adalah seorang jurnalis di surat kabar La Nacion. Pada Mei 1995, Herrera Ulloa menulis beberapa artikel mengenai dugaan Felix Przedborski melakukan beberapa tindakan melawan hukum. Sebagian dari isi tulisannya juga mengutip dan mereproduksi artikel beberapa media internasional lain perihal dugaan yang sama. Pada Desember 1995, Herrera Uloa kembali menulis beberapa artikel di La Nacion perihal Felix. Sebelum menulis berbagai artikel tersebut Herrera Ulloa melakukan cek fakta dan di salah satu kesempatan ia juga mengontak kuasa hukum dari Felix untuk mengklarifikasi berbagai laporan media internasional.

Felix adalah diplomat kehormatan yang ditunjuk Kementerian Luar Negeri pemerintah Kosta Rika untuk menjadi wakil negara di International Atomic Energy Agency. Terhadap dua seri artikel tersebut, Felix membuat laporan tindak pidana penghinaan dan fitnah serta mengajukan gugatan perdata melawan Herrera Ulloa dan La Nacion. Pada November 1999, pengadilan Kosta Rika memvonis Herrera Ulloa bersalah atas tindak pidana penghinaan oleh karena artikel- artikel yang ditulisnya dan menghukumnya untuk membayar denda. Selain itu, pengadilan juga mengabulkan gugatan perdata Felix.

Terhadap perkara ini, Pengadilan HAM Inter-Amerika berpandangan sebagai berikut:

- Bahwa tugas Pengadilan HAM Inter-Amerika bukan untuk menilai apakah artikel Herrera Ulloa memenuhi unsur pidana dalam hukum Kosta Rika tetapi apakah hukuman yang dijatuhkan kepada Herrera Ulloa telah melanggar hak atas kebebasan berekspresi;
- Bahwa jurnalisme harus mendapatkan perlindungan untuk menjalankan fungsi mereka dengan maksimal dalam menyediakan informasi kepada masyarakat sehingga diskursus yang ada di tengah masyarakat menjadi semakin berisi;
- Bahwa, dengan merujuk juga kepada putusan Pengadilan HAM Eropa, konsep pembatasan harus diterapkan dengan lebih longgar jika ekspresi atau pernyataan tersebut berhubungan dengan figur publik, termasuk politisi,

¹⁶² Lihat Putusan Pengadilan HAM Inter-Amerika, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, 2 Juli 2004.

daripada individu biasa. Hal ini disebabkan politisi maupun pejabat publik dengan fungsi yang melekat pada dirinya secara sadar dan tak terhindarkan harus membuka dirinya terhadap kritik dan komentar dari publik, termasuk jurnalis;

- Bahwa Herrera Ulloa pada dasarnya hanya mereproduksi berita yang sudah dipublikasikan mengenai tindak tanduk seorang pejabat publik di luar negeri yang diduga melakukan perbuatan melawan hukum;
- Bahwa pengadilan Kosta Rika memidanakan dan menolak pembelaan Herrera Ulloa dengan alasan ia tidak bisa membuktikan kebenaran tuduhan perbuatan melawan hukum yang dilakukan Felix yang diberitakan oleh berbagai surat kabar di kawasan Eropa. Pengadilan HAM Inter-Amerika memandang standar pembuktian yang dimintakan oleh pengadilan tersebut sebagai bentuk pembatasan yang berlebihan terhadap kebebasan berekspresi dan tidak sesuai dengan Pasal 13 (2) Konvensi HAM Amerika;
- Bahwa standar pembuktian tersebut menghalangi serta menimbulkan ketakutan dan hambatan (*chilling and inhibiting effect*) bagi kerja-kerja jurnalisisme dan pada akhirnya menghambat diskursus masyarakat dalam isu-isu terkait kepentingan publik;

Berdasarkan pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Inter-Amerika menyimpulkan telah terjadi pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi karena pembatasan yang dilakukan oleh pemerintah negara Kosta Rika tidak sejalan dengan prinsip-prinsip yang terkandung dalam Pasal 13 Konvensi HAM Amerika.

3.6.1.5. Kasus *Uson Ramirez v. Venezuela*¹⁶³

Rangkuman dari kronologi kasus ini adalah sebagai berikut:

- Uson Ramirez adalah seorang anggota militer dengan pangkat Brigjen dan pernah menjabat di berbagai jabatan publik. Pada April 2002, ketika ia menjabat sebagai Menteri Keuangan, Ramirez berselisih pendapat dengan pemerintah Venezuela dan para pejabat tinggi militer, sehingga ia mengundurkan diri dari posisi tersebut. Ramirez pensiun pada 2003.
- Pada April dan Mei 2004, Ramirez diundang ke sebuah acara televisi yang membahas mengenai penggunaan alat penyembur api (*flamethrower*) untuk menghukum beberapa anggota militer dalam insiden kebakaran sebuah sel di Fuerte Mara pada Maret 2004. Dalam acara tersebut, Ramirez dimintai pendapat selaku ahli dan ia menyatakan bahwa “melihat pada cara kerja dan pemasangan alat *flamethrower*, menunjukkan kebakaran tersebut direncanakan” dan kondisi tersebut “akan sangat serius jika benar terjadi”.
- Pengadilan militer di Venezuela kemudian menghukum Ramirez selama 5 tahun 6 bulan penjara atas pernyataan tersebut karena dianggap melakukan

¹⁶³ Lihat Putusan Pengadilan HAM Inter-Amerika, *Uson Ramirez v. Venezuela*, 20 November 2009.

fitnah terhadap tentara nasional Venezuela sebagaimana diatur hukum pidana militer. Pengadilan juga menganggap tindakan Ramirez tersebut mengancam keamanan nasional. Vonis tersebut tidak berubah hingga berkekuatan hukum tetap.

Dalam perkara ini, Pengadilan HAM Inter-Amerika memberikan pandangan sebagai berikut:

- Bahwa Pengadilan HAM Inter-Amerika memandang dalam menyusun suatu aturan pidana penting menggunakan terminologi yang jelas dan tegas yang secara terang menggambarkan perbuatan yang dilarang sehingga memenuhi asas legalitas;
- Bahwa Pasal 505 hukum pidana militer yang digunakan untuk menghukum Ramirez tidak menjelaskan elemen perbuatan seperti apa yang dianggap memenuhi klasifikasi menghina, memfitnah, atau merendahkan tentara nasional Venezuela serta perlu ada atau tidaknya pernyataan mengenai suatu fakta atau cukup sekadar membuat pendapat yang bersifat merendahkan atau menghina. Pasal tersebut mengandung unsur yang kabur dan ambigu yang berujung pada interpretasi yang terlalu luas. Hal ini dapat memicu penyalahgunaan wewenang oleh otoritas yang berwenang;
- Bahwa intervensi atau pembatasan terhadap kebebasan berekspresi melalui hukum pidana seharusnya digunakan secara sangat terbatas dan hanya ketika sangat diperlukan untuk melindungi hal-hal yang mendasar dari serangan yang dapat merusak karena sifat hukum pidana adalah sebagai *ultima ratio* (upaya terakhir);

Berdasarkan pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Inter-Amerika menyatakan bahwa ketentuan hukum pidana yang digunakan untuk membatasi hak kebebasan berekspresi Uson Ramirez tidak sesuai dengan standar pembatasan hak kebebasan berekspresi dalam Pasal 13 Konvensi HAM Amerika dan penggunaan hukuman pidana dalam kasus ini oleh Venezuela adalah “kejam dan tidak perlu” untuk melindungi reputasi. Maka, Pengadilan HAM Inter-Amerika menyimpulkan telah terjadi pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi Uson Ramirez.

3.6.1.6. Kasus *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*¹⁶⁴

Perkara ini diperiksa dan diadili oleh Pengadilan HAM Afrika. Secara ringkas, rangkaian peristiwa dari kasus ini adalah sebagai berikut:

- Lohe Issa Konate adalah seorang kepala redaksi di mingguan L’Ouragan yang terbit di Burkina Faso. Pada bulan Agustus 2012, Konate menulis dua artikel L’Ouragan berjudul “*Counterfeiting and laundering of fake bank notes – The*

¹⁶⁴ Lihat Putusan Pengadilan HAM Afrika, *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*, (Application no. 004/2013), 5 Desember 2014.

*Prosecutor of Faso, Three Police Officers and A Bank Official – Masterminds of Banditry*¹⁶⁵ dan *Miscarriage of Justice – The Prosecutor of Faso: A Rogue Officer*¹⁶⁶. Sedangkan Roland Ouedraogo menulis *The Prosecutor of Faso – a saboteur of justice*¹⁶⁷. Ketiga artikel tersebut mengarahkan tuduhan kepada jaksa Placide Nikiema.

- Nikiema lalu melaporkan mereka atas dugaan tindak pidana fitnah, penghinaan, dan penghinaan terhadap pengadilan yang berujung pada vonis pemenjaraan selama 12 bulan dan denda sebesar USD 3000. Pengadilan Tinggi Ouagadougou juga memerintahkan mereka untuk membayar ganti rugi sebesar USD 9000 dan biaya pengadilan USD 500, serta menghentikan publikasi L'Ouragan Weekly selama enam bulan.

Dalam perkara ini, Pengadilan HAM Afrika menimbang pada intinya sebagai berikut:

- Bahwa pasal-pasal pidana yang digunakan untuk membatasi kebebasan berekspresi dari Konate adalah pasal-pasal yang merupakan bagian dari KUHP dan UU Informasi di Burkina Faso sehingga pembatasan tersebut telah dilakukan berdasarkan hukum;
- Bahwa pembatasan yang dilakukan terhadap Konate memiliki tujuan yang sah, yaitu untuk melindungi kehormatan dan reputasi seseorang atau suatu profesi (sebagaimana diatur dalam UU Informasi) serta melindungi kehormatan dan reputasi hakim, juri, dan asesor dalam pelaksanaan tugasnya (sebagaimana diatur dalam KUHP Burkina Faso);
- Bahwa posisi jaksa adalah tokoh publik dan pembatasan terhadap kebebasan berekspresi harus bersifat lebih longgar ketika terkait dengan diskursus publik mengenai figur publik atau pejabat publik;
- Bahwa pemerintah negara Burkina Faso tidak dapat membuktikan mengapa hukuman penjara adalah bentuk sanksi yang diperlukan untuk melindungi hak dan reputasi dari penegak hukum. Dengan merujuk kepada putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa dan Pengadilan HAM Inter-Amerika serta penjelasan Komite HAM PBB, pelanggaran terhadap undang-undang terkait kebebasan berekspresi dan kebebasan pers tidak dapat dijatuhkan sanksi perampasan kemerdekaan. Dengan demikian, hukuman terhadap Konate tergolong diskorsional dan secara berlebihan membatasi kebebasan ekspresi.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Afrika berpendapat pemerintah negara Burkina Faso telah melanggar hak atas kebebasan berekspresi Loha Issa Konate.

¹⁶⁵ Terjemahan bebas: Pemalsuan dan Pencucian Uang – Jaksa Faso, Tiga Anggota Polisi dan Seorang Pejabat Bank – Dalang Kemanditan”

¹⁶⁶ Terjemahan bebas: “Kesalahan Penghukuman – Jaksa Faso: Seorang Penipu”

¹⁶⁷ Terjemahan bebas: “Jaksa Faso – Mensabotase Keadilan”

3.6.1.7. Kasus *Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda*¹⁶⁸

Rangkaian peristiwa dalam kasus ini secara singkat adalah sebagai berikut:

- Pada tahun 2000 hingga saat kasus diajukan, Ingabire Victoire Umuhoza adalah pendiri dan pemimpin partai politik bernama Forces Democratiques Unifices (FDU Inkingi). Sejak tahun 1994, ketika genosida terjadi di Rwanda, ia tinggal di Belanda untuk melanjutkan pendidikan.
- Umuhoza baru memutuskan untuk kembali ke Rwanda pada tahun 2010 untuk mendaftarkan partai politiknya secara resmi dalam rangka persiapan menuju pemilu. Namun, ia kemudian ditangkap atas dugaan keterlibatan dalam terorisme dan penyebaran ideologi genosida. Tuduhan tersebut didasarkan pada dugaan bahwa Umuhoza berkomunikasi dengan buronan dari kelompok FDLR Rwanda dengan maksud untuk membentuk sayap militer partai FDU yang dipimpinnya.
- Selain itu, Umuhoza juga dituduh menyepelkan genosida dalam sebuah pidatonya di Kigali Genocide Memorial. Dalam pidato tersebut Umuhoza menyampaikan bahwa di samping genosida terhadap suku Tutsi, ada pula kejahatan kemanusiaan yang terjadi terhadap suku Hutu, yang juga menunggu negara membuat pengakuan dan memorialisasi atas penderitaan mereka.
- Setelah melewati proses peradilan di tingkat pertama sampai tingkat akhir, Umuhoza mendapat vonis 15 tahun penjara karena dianggap bersalah melakukan permufakatan jahat menyingkirkan pemerintah yang sah melalui terorisme, perang atau cara kekerasan lainnya, menyepelkan genosida, atau menyebarkan rumor yang memicu perlawanan rakyat kepada pemerintah.

Dalam perkara ini, Pengadilan HAM Afrika mempertimbangkan sebagai berikut:

- Bahwa, sebagai respon terhadap argumen Umuhoza bahwa undang-undang yang digunakan terhadapnya adalah kabur dan tidak jelas, tindakan yang coba dilarang oleh hukum Rwanda tergolong sulit untuk didefinisikan secara presisi. Selain itu, Rwanda memiliki *margin of appreciation* dalam mendefinisikan dan melarang suatu tindakan pidana di dalam hukum nasionalnya. Maka, undang-undang yang digunakan untuk menghukum Umuhoza sudah menyediakan penjelasan yang cukup bagi seseorang untuk menyesuaikan perbuatannya agar tetap dalam koridor hukum. Dengan demikian, pembatasan terhadap kebebasan berekspresi Umuhoza sudah sesuai dengan hukum;
- Bahwa tindak pidana yang dituduhkan kepada Umuhoza secara sifatnya tergolong sangat serius yang memiliki akibat sangat berbahaya terhadap keamanan negara dan ketertiban umum. Dengan demikian, pembatasan terhadap kebebasan berekspresi Umuhoza memiliki tujuan yang sah;
- Bahwa genosida adalah isu sensitif bagi setiap negara yang pernah

¹⁶⁸ Lihat Putusan Pengadilan HAM Afrika, *Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda*, (Application no. 003/2014), 24 November 2017.

mengalaminya. Namun, pidato Umuhoza tidak mengandung kalimat yang menyepelekan genosida terhadap suku Tutsi ataupun secara implisit menyatakan itu;

- Bahwa pidato Umuhoza secara jelas mengakui adanya genosida terhadap Tutsi, namun tidak pernah mengklaim bahwa ada genosida terhadap Hutu. Maka, tuduhan bahwa ia menyampaikan teori “*double genocide*” tidaklah benar. Oleh karena ungkapan yang ia sampaikan cukup jelas, dengan demikian tidaklah dibenarkan untuk menjatuhkan hukuman pidana terhadap ekspresi yang disalahartikan konteksnya karena akan menciptakan atmosfer ketakutan di masyarakat;
- Bahwa hukuman pidana terhadap Umuhoza tidak diperlukan di tengah masyarakat demokratis. Lagipula, jikapun Pengadilan HAM Afrika sepakat bahwa ekspresi tersebut harus dibatasi, hukuman yang dijatuhkan oleh Rwanda tidak sebanding dengan tujuan yang ingin dicapai dari hukuman tersebut.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Afrika berpendapat bahwa pemerintah negara Rwanda telah melanggar hak atas kebebasan berekspresi Umuhoza yang juga telah diatur perlindungannya dalam Pasal 9 (2) Piagam HAM Afrika dan Pasal 19 KIHSP.

3.6.2. Kesimpulan dari Pertimbangan Putusan-putusan Pengadilan HAM Regional

Dari berbagai contoh kasus yang diadili oleh pengadilan HAM regional di Eropa, Amerika, dan Afrika, maka dapat disimpulkan beberapa hal penting yang menjadi pertimbangan dalam menilai apakah suatu pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi dapat dibatasi dengan tujuan untuk menghormati reputasi orang lain, yaitu sebagai berikut:

- 1) Terdapat beberapa kriteria yang dapat menjadi tolak ukur, yaitu¹⁶⁹:
 - **Kontribusi terhadap diskursus mengenai kepentingan publik.** Dalam hal ini, apabila suatu ekspresi memang terkait erat dengan perdebatan mengenai kepentingan publik maka perlindungan terhadap kebebasan berekspresi harus diutamakan. Untuk menentukan apakah suatu ekspresi memang terkait kepentingan publik memang sangat bergantung kepada konteks kasus yang terjadi. Sebagai gambaran, dalam yurisdiksi Pengadilan HAM Eropa misalnya, aspek kepentingan publik tidak hanya terdapat dalam isu-isu politik atau kriminalitas, tetapi juga isu-isu berkaitan dengan

¹⁶⁹ Kriteria ini dapat ditemukan pada beberapa putusan Pengadilan HAM Eropa, di antaranya dalam putusan kasus *GRA Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland* dan kasus *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina* yang pertimbangannya merujuk juga kepada putusan kasus *Von Hannover v. Germany (No. 2)*. Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Von Hannover v. Germany (No. 2)*, (Applications nos. 40660/08 and 60641/08), 7 Februari 2012.

- olahraga dan seni pertunjukkan¹⁷⁰;
- **Perandan fungsi diranah publik dari orang yang terdampak reputasinya dan pokok bahasan dari pernyataan terkait.** Dalam hal ini, apabila seseorang adalah politisi maupun pejabat publik, maka perlindungan atas reputasi terhadap orang tersebut tidak diberikan seketat terhadap orang biasa, sehingga ruang bagi perlindungan hak atas kebebasan berekspresi menjadi lebih luas. Pembedaan terhadap pokok bahasan dari ekspresi atau pernyataan yang dipermasalahkan juga perlu diperhatikan. Sebagai contoh, penyampaian ekspresi yang dapat berkontribusi terhadap diskursus dalam masyarakat demokratis mengenai tindak tanduk seorang politisi dalam kapasitas resminya tentu berkaitan erat dengan aspek kepentingan publik. Sementara itu, penyampaian ekspresi mengenai kehidupan pribadi seorang warga sipil biasa yang tidak memiliki tugas dan kewenangan di bidang publik sama sekali tidak berkaitan dengan kepentingan publik¹⁷¹;
 - **Isi, bentuk, dan konsekuensi dari publikasi terkait.** Dalam hal ini, terdapat dua jenis ekspresi yang dapat diidentifikasi, yaitu apakah ekspresi tersebut termasuk suatu pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Pernyataan mengenai fakta harus bisa dibuktikan kebenarannya. Opini tidak membutuhkan pembuktian mengenai kebenarannya, namun harus memiliki dasar faktual yang cukup untuk bisa disebut sebagai opini. Jika suatu ekspresi diklaim sebagai *statement of facts* atau *value judgment*, namun pada praktiknya tidak sesuai dengan karakter dari jenis ekspresi yang diklaim tersebut, maka perlindungan atas reputasi dapat didahulukan. Selain itu, konsekuensi suatu ekspresi terhadap kehidupan personal orang yang merasa terlanggar reputasinya juga perlu diperiksa. Apabila tidak terbukti ada konsekuensi yang berbahaya terhadap pribadi seseorang, maka hak atas kebebasan berekspresi harus didahulukan;
- 2) Bagi lembaga jurnalistik dan organisasi yang dianggap memiliki peran "*social watchdog*" dibebankan **tanggung jawab untuk melakukan verifikasi kebenaran** terhadap laporan dari pihak eksternal terkait dugaan perbuatan melanggar hukum oleh orang lain. Namun, hal ini juga bergantung kepada kapasitas sumber daya organisasi tersebut, sehingga "kemampuan verifikasi" harus **dilihat secara kasuistis**. Penting juga untuk mengukur apakah suatu pernyataan (dalam bentuk laporan atau publikasi tertentu) dari organisasi tersebut memang suatu *statement of facts* atau *value judgment*;
- 3) **Berat atau ringannya sanksi** merupakan **hal yang substansial** dalam melihat apakah suatu hak atas kebebasan berekspresi telah terlanggar atau tidak. Pada intinya, apabila memang pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi dianggap layak untuk dibatasi demi menghormati reputasi orang lain, **sanksi**

¹⁷⁰ *Ibid.*, hal. 34-35.

¹⁷¹ *Ibid.*, hal. 35.

yang dijatuhkan tetap harus proporsional dengan konteks perbuatan dan kondisi pribadi pelaku. Apabila sanksi yang dijatuhkan tidak proporsional, maka telah terjadi pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi;

- 4) Jaminan terhadap hak atas kebebasan berekspresi, khususnya terhadap kerja-kerja jurnalistik yang terkait dengan penyebaran informasi yang menjadi kepentingan publik, harus diutamakan. Pembatasan yang tidak sesuai standar hukum HAM berpeluang menciptakan efek ketakutan (*chilling effect*) bagi jurnalis yang kemudian akan berdampak pada terhambatnya diskursus publik mengenai isu-isu penting dalam masyarakat;
- 5) Pembatasan terhadap kebebasan berekspresi melalui sarana hukum pidana seharusnya digunakan secara sangat terbatas dan hanya ketika sangat diperlukan untuk melindungi hal-hal yang mendasar dari serangan yang merusak;
- 6) Pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi dan kebebasan pers yang terbukti merusak reputasi orang lain tidak dapat dijatuhi sanksi perampasan kemerdekaan;
- 7) Penting untuk memeriksa konteks dari suatu ekspresi. Tidak dibenarkan untuk menjatuhkan hukuman pidana terhadap suatu ekspresi yang disalahartikan konteksnya.

3.7. Analisis terhadap Putusan-Putusan Perkara Penghinaan

Pada sub-bab sebelumnya telah disampaikan berbagai contoh kasus dari putusan-putusan pengadilan terkait penghinaan, terutama pencemaran atau fitnah dalam KUHP dan UU ITE serta penghinaan terhadap penguasa. Selain itu, sudah diuraikan pula berbagai prinsip dan standar hukum pidana dan hukum HAM terkait penghinaan dan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dengan tujuan untuk menghormati reputasi orang lain. Maka, bagian ini akan menjelaskan analisis terhadap contoh putusan-putusan pengadilan tersebut dengan berdasarkan prinsip dan standar yang telah dijelaskan. Secara umum, terdapat beberapa masalah yang teridentifikasi yang akan diuraikan dalam paragraf-paragraf berikut ini.

3.7.1. Pengadilan Tidak Memeriksa Unsur Kesengajaan secara Konsisten dan Mengabaikan Doktrin *Animus Injuriandi*

Dari berbagai contoh putusan sebelumnya diketahui bahwa pengadilan memiliki cara yang beragam dalam memaknai unsur “dengan sengaja”. Pertama, unsur “dengan sengaja” dengan bentuk kesengajaan sebagai tujuan (*oogmerk*). Dalam Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag, pengadilan merujuk MvT dan pendapat Satochid Kartanegara yang memaknai kesengajaan adalah mengetahui dan menghendaki/menginsyafi terjadinya suatu tindakan beserta akibatnya.¹⁷²

¹⁷² Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag, hal. 32-33

Penafsiran ini adalah yang tepat jika melihat pada latar belakang dan prinsip pengaturan kejahatan penghinaan dalam KUHP Belanda seperti yang sudah dijelaskan pada paragraf-paragraf sebelumnya.

Pendekatan kedua adalah tidak perlu adanya *animus injuriandi* atau kesengajaan atau niat menghina, sepanjang pelaku mengetahui dan menyadari perbuatannya. Sebagai contoh, dalam Putusan PN Luwuk No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk, diuraikan bahwa:¹⁷³

“sengaja termasuk unsur subjektif, yang ditujukan terhadap perbuatan artinya pelaku mengetahui perbuatannya yang dalam hal ini, pelaku menyadari mengucapkan kata-katanya yang mengandung pelanggaran terhadap kehormatan atau nama baik orang lain. Apakah pelaku tersebut bermaksud untuk menista, tidak termasuk unsur “sengaja”. Sengaja di sini, tidak begitu jauh karena di sini tidak diperlukan “maksud lebih jauh”. Jadi, tidak diperlukan *animus injuriandi* yakni niat untuk menghina sebagaimana Yurisprudensi berdasarkan Putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 37 K/Kr/1958 tanggal 21 Desember 1957.”

Namun, penafsiran ini membuat keberadaan unsur “dengan sengaja” dalam delik pencemaran atau fitnah menjadi kabur. Pengadilan hanya memandang bahwa kesengajaan telah terbukti ketika pelaku menyadari telah “mengucapkan kata-kata yang mengandung pelanggaran terhadap kehormatan atau nama baik orang lain”. Masalah yang muncul dari penafsiran tersebut adalah, dalam konteks pencemaran secara lisan, ketika seseorang mengucapkan kata-kata secara spontan dan berkonotasi negatif, namun tidak ada tujuan untuk merusak reputasi orang lain, maka perbuatannya dianggap telah memenuhi unsur “dengan sengaja” dan dapat dimintai pertanggungjawaban pidana. Selain itu, tidak menutup kemungkinan ada juga tulisan atau gambar yang dibuat tanpa maksud menghina orang lain, namun ternyata tulisan atau gambar tersebut membuat orang lain merasa tercederai kehormatannya sehingga pembuatnya kemudian diadakan ke polisi. Dalam kata lain, apabila pengadilan abai terhadap pembuktian atas elemen niat atau maksud untuk mencederai reputasi orang lain, maka ada potensi bahwa semua ekspresi yang menimbulkan rasa tersinggung pada perasaan, kehormatan, atau nama baik orang lain dapat diadakan dan dihukum atas dasar delik pencemaran atau fitnah. Penafsiran seperti ini sudah seharusnya tidak lagi dipraktikkan dalam kasus pencemaran atau fitnah dan tindak pidana lainnya yang menjadikan pencemaran atau fitnah sebagai *genus delicti*.

Seperti penjabaran sebelumnya, unsur “dengan sengaja” pada rumusan delik pencemaran atau fitnah harus dimaknai sebagai maksud pelaku untuk menjatuhkan

¹⁷³ Putusan PN Luwuk No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk, hal. 9-10.

harga diri orang lain (*eergevoel te krenken*) ataupun untuk mengurangi/merendahkan harga diri seseorang di mata orang-orang lain.¹⁷⁴ Penjelasan yang diuraikan oleh SKB UU ITE juga menekankan hal yang sama, yaitu bahwa fokus pemidanaan Pasal 27 ayat (3) UU ITE (yang juga mengatur delik pencemaran atau fitnah) berada pada perbuatan pelaku yang dilakukan secara sengaja dengan suatu tujuan.¹⁷⁵ Dengan kata lain, bentuk kesengajaan yang wajib dibuktikan dalam delik pencemaran atau fitnah adalah kesengajaan dengan tujuan (*opzet als oogmerk*). Maka, seharusnya unsur kesengajaan dalam perbuatan pencemaran atau fitnah dimaknai bahwa perbuatan pelaku memang sengaja ditujukan untuk merusak reputasi korban. Jadi, pembuktian mengenai kesengajaan tidak cukup hanya dengan melihat kepada fakta bahwa pelaku menyadari bahwa ia telah mengucapkan kata-kata yang mengandung pelanggaran terhadap kehormatan, tetapi ia juga harus memiliki maksud untuk merusak kehormatan orang lain ketika mengucapkan kata-kata itu. Dengan demikian, keberadaan tindak pidana pencemaran dan fitnah diposisikan sesuai nilai historisnya, yaitu untuk menyasar perbuatan-perbuatan yang murni memiliki sifat jahat untuk merusak reputasi orang.

3.7.2. Pengadilan Belum Memiliki Kesamaan Pandangan dalam Menilai Unsur “Dengan Maksud Supaya Hal tersebut Diketahui Umum” di KUHP dan UU ITE

Beberapa contoh putusan dalam kasus-kasus pencemaran atau fitnah yang diatur KUHP memperlihatkan adanya kemantapan pandangan pengadilan atas unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”. Salah satu contohnya dapat dilihat melalui Putusan PN Denpasar No. 732/Pid.B/2013/PN Dps. Dalam putusan tersebut pengadilan **menafsirkan unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” secara ketat**. Dengan memperhatikan sarana yang digunakan untuk menyampaikan pemberitahuan dan terbatasnya jumlah orang yang diberitahu oleh terdakwa, pengadilan merujuk kepada fakta bahwa surat elektronik James dikirimkan hanya kepada orang-orang khusus atau tertentu saja: di samping para korban, juga ada dua saksi lainnya yang menerima surat elektronik tersebut. Surat elektronik yang dimaksud tidak dikirimkan kepada khalayak ramai sebagaimana makna terminologi “umum” dalam KBBI, sehingga pengadilan memandang perbuatan terdakwa tidak memenuhi unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”.¹⁷⁶ Dari putusan ini dapat disimpulkan bahwa **suatu tuduhan tidak dapat tergolong dimaksudkan untuk diketahui umum atau disiarkan di muka umum jika hanya ditujukan pada pihak-pihak yang spesifik atau tertentu saja**.

Putusan PN Kualasimpang 288/Pid.B/2010/PN.Ksp. memberikan contoh lain terkait

¹⁷⁴ Arsil (Ed.),..., *Op. Cit.*, hal. 406.

¹⁷⁵ SKB UU ITE..., *Op. Cit.*, Lampiran hal. 12.

¹⁷⁶ Putusan PN Denpasar No. 732/Pid.B/2013/PN Dps, hal. 34.

pertimbangan yang cukup baik dalam menilai terpenuhi tidaknya tindak pidana pencemaran serta fitnah. Pengadilan mempertimbangkan surat pengaduan terdakwa yang berisi tuduhan terhadap orang lain tidak dimaksudkan untuk diketahui umum karena surat yang ia kirim ditujukan kepada pihak tertentu saja.¹⁷⁷

Putusan lain yang patut diapresiasi adalah Putusan PN Simalungun No. 43/Pid.B/2017/PN.Sim *juncto* Putusan MA No. 963 K/Pid/2017. PN Simalungun sebagai pengadilan tingkat pertama sempat memutus bebas para terdakwa, namun Mahkamah Agung pada tingkat kasasi membatalkan putusan tersebut. Mahkamah Agung melihat bahwa perbuatan terdakwa yang di sebuah forum rapat warga desa yang dihadiri banyak orang menuduh adanya penggunaan santet oleh korban untuk membunuh warga lain sudah cukup memperlihatkan terjadinya tindak pidana fitnah oleh para terdakwa. Mahkamah Agung menjelaskan tuduhan para terdakwa tersebut tidak disertai bukti-bukti dan akibat yang dialami korban dalam perkara ini tidak hanya mencemarkan nama baiknya tetapi juga diusir dari desa.¹⁷⁸

Dari berbagai putusan tersebut, dapat dipahami bahwa pengadilan melihat ada atau tidaknya maksud dari para terdakwa untuk membuat tuduhannya diketahui umum dengan mendasarkan kepada sarana yang digunakan oleh terdakwa untuk menyampaikan tuduhan dan berapa banyak orang yang menerima penyampaian tuduhan tersebut. Apabila sarana penyampaian yang digunakan hanya dapat diakses orang tertentu dan jumlah orang yang menjadi tujuan penyampaian juga sedikit, maka hal tersebut dianggap tidak memenuhi unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”.

Kegamangan terlihat ketika pengadilan mengadili perkara-perkara penghinaan yang diatur dalam UU ITE. Dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE memang tidak terdapat unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”, melainkan unsur “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik”. Unsur ini cukup kompleks, namun memiliki kesamaan konteks dengan unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” yang ada dalam Pasal 310 KUHP karena keduanya pada intinya bermaksud menggambarkan kondisi di mana tuduhan pelaku diketahui oleh banyak orang.

Dalam putusan perkara penghinaan dalam UU ITE dengan terdakwa Erick Limar, seorang karyawan swasta yang diadili karena mengirimkan surat elektronik kepada seseorang tentang informasi perusahaan, Majelis Hakim menyatakan bahwa pengiriman surat elektronik kepada seseorang tidak termasuk memenuhi unsur “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat

¹⁷⁷ Putusan PN Kualasimpang No. 288/Pid.B/2010/PN.Ksp., hal. 22.

¹⁷⁸ Putusan Mahkamah Agung No. 963 K/Pid/2017, hal. 8-9.

diaksesnya”, dengan pertimbangan sebagai berikut:

“Menimbang, bahwa selain hal tersebut diatas untuk terpenuhi dalam sub unsur ini dimana konten yang berisi penghinaan atau pencemaran nama baik harus dapat diakses oleh khalayak umum secara terbuka seperti media milis atau website;

Menimbang, bahwa secara faktual dalam perkara aquo meskipun isi surat edaran ditujukan kepada seluruh customer PT. Yong Kharisma Utama Jaya namun pengiriman surat edaran hanya ditujukan kepada kalangan terbatas hanya pada akun email Miswanto Alias Iwan saja bukan untuk khalayak ramai hal ini dibuktikan email tidak menyebarkan ke sejumlah website atau milis melainkan kepada akun tertentu incasus alamat email milik Miswanto (iwan.afta@yahoo.co.id dan marketing.aftajkt@yahoo.co.id) yang hanya dapat dibuka menggunakan user name dan password tertentu yang dimiliki oleh pemilik akun yakni Miswanto Alias Iwan. Dimana email merupakan media komunikasi yang bersifat pribadi, tertutup dan rahasia dimana tidak setiap orang dapat mengakses atau membuka, membaca segala informasi yang terdapat dalam alamat email yang dimiliki seseorang, hal ini dibuktikan dengan keharusan adanya kata kunci (password) yang harus dimiliki oleh seseorang yang memiliki alamat email tersebut. User name dan password setiap orang tidak sama sehingga tidak dapat diketahui oleh khalayak ramai dan untuk dapat melakukan akses kombinasi antara user name dan password tersebut haruslah sinkron. Lain halnya jika yang dimaksudkan adalah milis dimana antara orang yang menjadi anggota dan khalayak umum dapat melakukan akses untuk melihat diskusi di dalamnya. Sehingga unsur tanpa hak mendistribusikan dan/ atau mentransmisikan dan/ atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik tidak terpenuhi dalam perkara a quo”.¹⁷⁹

MA dalam putusan tingkat kasasi terhadap perkara Terdakwa Erick Limar menyatakan sependapat dengan Majelis Hakim dan bahwa argumentasi pengadilan tingkat pertama sudah tepat. Artinya, ada bentuk-bentuk penyebaran informasi melalui sarana elektronika dan dapat diakses yang tidak serta merta dapat dianggap menyebarkan informasi “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya”.

Namun, dalam kasus lain terdapat perspektif yang berbeda, khususnya terkait unsur “membuat dapat diaksesnya”. Unsur ini cukup luas pemaknaannya karena mencakup faktor kesengajaan atau ketidaksengajaan. Dalam hal terdakwa tidak

¹⁷⁹ Putusan PN Cianjur No. 182/ PID.Sus /2015/PN.Cjr, hal. 128-129.

mempunyai kesengajaan, tetapi suatu tuduhan telah ia sampaikan dengan menggunakan sarana elektronika dan ada “cara” atau “kemungkinan” tuduhan tersebut dapat diakses orang lain, maka perbuatannya dapat dianggap memenuhi adanya “kesengajaan” untuk membuat tuduhan tersebut diketahui banyak orang, karena adanya sikap batin dan yang menghendaki dan mengetahui. Hal ini dijelaskan dalam putusan dengan Terdakwa Erliawati sebagai berikut:

“...sementara yang dimaksud dapat diakses adalah dapat dilihat/dibuka baik tanpa sengaja atau tidak sengaja sementara maksud kesengajaan adalah sikap batin seseorang yang menghendaki sesuatu dan mengetahui sesuatu. menekankan pada sikap batin kehendak. Teori ini yang kemudian disebut dengan ajaran atau teori kehendak (*wilstheorie*) Kedua, menekankan pada sikap batin pengetahuan atau mengenai apa yang diketahui disebut dengan teori pengetahuan adalah teori yang dikembangkan oleh Von Listz (Jerman) dan Van Hamel (Belanda)”.¹⁸⁰

Masalah yang kerap muncul dalam konteks penghinaan yang diatur UU ITE adalah definisi unsur “mendistribusikan” atau “mentransmisikan” atau “membuat dapat diaksesnya” akan sangat mudah menyasar bentuk-bentuk komunikasi atau pernyataan dalam pembicaraan privat dan percakapan kelompok (*group chat*) dengan peserta terbatas. Berbeda dengan pernyataan yang dilakukan dalam ranah luring (*offline*) yang jelas siapa pihak yang kemungkinan mengetahui suatu pernyataan, dalam pendapat di ranah daring (*online*) seringkali sulit untuk menilai jangkauan suatu pernyataan akan sampai diketahui umum. Terlebih, dengan adanya perangkat teknologi yang memungkinkan penyebaran informasi secara mudah, meskipun awalnya adalah informasi privat secara cepat menjadi informasi publik, yang mengakibatkan komunikasi dan korespondensi privat memenuhi unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”.

Sejumlah kasus menunjukkan bagaimana komunikasi privat secara mudah dianggap telah “mentransmisikan” informasi berisi penghinaan dan dianggap dapat diketahui umum, sebagaimana dalam Putusan PN Sukoharjo No. 87/Pid.Sus/2019/PN Skh yang menguraikan sebagai berikut:

“Menimbang, bahwa apa yang dikirim oleh Terdakwa melalui aplikasi WA (Whatsapp) dari nomor telepon...ke nomor...adalah merupakan sekumpulan data elektronik...sehingga dengan demikian perbuatan terdakwa mengirim pesan-pesan kepada...merupakan perbuatan mentransmisikan informasi elektronik”

“Menimbang bahwa pada kalimat *seorang dosen bisa dikatakan juga*

¹⁸⁰ Putusan PN Kualasimpang No. 380/Pid.Sus/2018/PN.Ksp., hal. 27.

seorang guru...tapi ternyata tidak bisa mendidik anaknya ...tp dibiarkan untuk melakukan hal-hal tercela, menurut Majelis Hakim pada kalimat-kalimat tersebut telah merendahkan martabat...yang dianggap tidak bisa mendidik anaknya yang telah melakukan perbuatan tercela”

“Menimbang bahwa dengan demikian dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik telah terpenuhi secara sah menurut hukum.”

Salah satu perkara yang membahas hubungan antara pernyataan privat dan publik terdapat dalam putusan pengadilan dengan Terdakwa Florence Sihombing, yang menyatakan dalam pembelaannya bahwa unggahan di akun Path-nya adalah bersifat privat. Majelis Hakim menyetujui bahwa ada platform media sosial yang bersifat terbatas dan penggunaannya massal, yang dalam kasus ini, perbuatan menekan tombol “enter” dalam platform Path telah cukup dianggap sebagai persetujuan untuk menjadikan informasi privat menjadi publik, dengan rumusan argumen sebagai berikut:

“...perlu dipertimbangkan tentang pengertian yang bersifat privasi/pribadi yang bertendensi diketahui oleh umum/banyak orang:

Menimbang, bahwa ahli yang meringankan..., menerangkan bahwa ada media sosial yang penggunaannya terbatas dan ada media sosial yang penggunaannya massal. Path adalah salah satu contoh media social. Path kalau mengirim pesan jika secara default (standar) sifatnya privat kalau tidak diubah setelahnya, maka bisa dibaca semua orang;

Bahwa meskipun standar ketentuan dalam group media social berlaku ketentuan sebagaimana di group tersebut, namun dengan telah disetujuinya muatan dari status awal dari orang yang melakukan enter (oke) maka status privasi/pribadi tersebut sudah dapat dibaca orang lain. Terlebih adanya persetujuan dari pembuat status untuk menyebarkannya ke orang lain dan dapat dibaca oleh orang lain. Sehingga sifat privacy beralih menjadi public.”¹⁸¹

Masalah pokok dari argumentasi informasi yang terbatas menjadi informasi publik adalah sejauh mana dampak bahwa suatu informasi dianggap diketahui publik. Terdakwa Florence Sihombing telah memberikan pembelaan bahwa apa yang diunggah adalah terbatas, namun orang lainnya yang kemudian menyebarkannya. Terhadap argumen ini, Majelis Hakim, alih-alih menganalisis laju informasi yang

¹⁸¹ Putusan PN Yogyakarta No. 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk, hal. 41.

menjadi publik dan melihat siapa yang harus bertanggung jawab untuk membuat informasi tersebut menjadi diketahui publik, justru memfokuskan pada kata-kata atau *content* dalam unggahan dan menolak adanya pihak lain yang harus bertanggung jawab, dengan menyatakan "...sehingga tidaklah pantas pula dan tidaklah berdasar menarik pihak lain yang bertanggung jawab melakukan pendiseminasian (penyebarluasan) informasi tersebut."¹⁸²

Kasus Florence Sihombing ini menunjukkan kerentanan tentang ekspresi-ekspresi yang menggunakan media sosial atau sarana elektronik lainnya, karena tidak jelas apakah ekspresi tertentu dalam medium yang terbatas dilindungi. Perumusan dalam Pasal 27 ayat (3) soal "menyebarkan" atau "membuat dapat diaksesnya" berkontribusi pada ketiadaan aturan yang spesifik tentang ranah privat dan publik. Dampaknya sejumlah kasus lainnya juga bermunculan, misalnya dalam dengan Terdakwa Saiful Mahdi, seorang Dosen di Universitas di Aceh yang membuat pendapat di grup Whatsapp dengan anggota yang terbatas, juga terkena jerat Pasal 27 ayat (3) UU ITE.¹⁸³

Perkembangan hukum kemudian membuat pemerintah menyusun penjelasan lebih detail terhadap implementasi UU ITE, termasuk Pasal 27 ayat (3), melalui SKB UU ITE. Kajian ini dalam sejumlah aspek setuju terkait pedoman implementasi unsur "mentransmisikan, mendistribusikan dan/atau membuat dapat diaksesnya" dengan penyamaan dengan unsur "supaya hal itu diketahui umum" dalam SKB UU ITE. Maka, pengadilan harus secara konsisten merujuk dan menggunakan pedoman implementasi Pasal 27 ayat (3) UU ITE dalam mengadili kasus-kasus penghinaan yang didakwa dengan UU ITE, khususnya terkait poin-poin sebagai berikut:

1. Unsur "supaya diketahui umum" (dalam konteks transmisi/distribusi, dan/atau membuat dapat diakses) sebagaimana harus dipenuhi dalam unsur pokok (*klacht delict*) Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP yang menjadi rujukan Pasal 27 (3) UU ITE yang harus terpenuhi.
2. Kriteria "supaya diketahui umum" dapat dipersamakan dengan "agar dapat diketahui publik". Umum atau publik sendiri dapat dimaknai sebagai kumpulan orang banyak yang sebagian besar tidak saling mengenal.
3. Kriteria "diketahui umum" bisa berupa unggahan pada akun sosial media dengan pengaturan yang bisa diakses publik, unggahan konten atau menyiarkan sesuatu pada aplikasi grup percakapan dengan sifat grup terbuka dimana siapapun bisa bergabung dalam grup percakapan, serta lalu lintas isi atau informasi tidak ada yang mengendalikan, siapapun bisa upload dan berbagi (share) keluar, atau dengan kata lain tanpa adanya moderasi tertentu (open group).

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Wahyuni Sahara (Ed.), "Awal Mula Saiful Mahdi Dijerat UU ITE hingga Dapat Amnesti dari Jokowi," <https://nasional.kompas.com/read/2021/10/06/15463521/awal-mula-saiful-mahdi-dijerat-uu-ite-hingga-dapat-amnesti-dari-jokowi?page=all>, diakses pada hari Jum'at, 12 November 2021.

4. Bukan merupakan delik penghinaan dan/atau pencemaran nama baik dalam hal konten disebarakan melalui sarana grup percakapan yang bersifat tertutup atau terbatas, seperti grup percakapan keluarga, kelompok pertemanan akrab, kelompok profesi, grup kantor, grup kampus atau institusi pendidikan.

3.7.3. Kesalahpahaman mengenai Subyek Pencemaran atau Fitnah

Dalam berbagai contoh putusan yang telah dijelaskan sebelumnya, terdapat kasus di mana pihak yang menjadi korban pencemaran adalah korporasi, yaitu dalam perkara yang diputus melalui Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag. Putusan tersebut menginterpretasikan bahwa PT BHD (korporasi) dapat termasuk sebagai objek yang diserang kehormatannya karena, sebagai bagian dari perkembangan hukum pidana, dalam berbagai peraturan perundang-undangan lain korporasi tergolong sebagai subjek hukum dengan mencontohkan pengaturan dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Kerusakan Hutan.¹⁸⁴ Menurut pengadilan, meskipun dalam berbagai peraturan perundang-undangan tersebut konteksnya korporasi sebagai pelaku dari suatu tindak pidana, tetapi juga sebagai badan hukum yang hak-haknya harus dilindungi, sebagaimana dinyatakan sebagai berikut:¹⁸⁵

“...esensinya adalah suatu Badan Hukum atau Perusahaan tersebut dapat juga sebagai Korban dengan kata lain Badan Hukum tersebut merupakan subyek hukum yang hak-haknya harus dilindungi oleh hukum karena suatu perbuatan yang dilakukan terhadap Badan Hukum tersebut akan berdampak terhadap orang-orang atau manusia yang ada di dalamnya...”

Pemaknaan yang bersifat ekstensif dalam putusan pengadilan tersebut tidak sejalan dengan sejarah pengaturan pasal pencemaran dalam KUHP Indonesia serta standar hukum HAM internasional yang sudah dijelaskan sebelumnya. Pengadilan dalam perkara tersebut bahkan terkesan memaksakan konteks pengaturan di undang-undang di luar KUHP ke konteks pengaturan KUHP.

Selain itu, dalam menimbang aspek tersebut, pengadilan merujuk kepada Yurisprudensi MA Putusan Nomor 68/K/Kr/1973 tanggal 16 Desember 1976 yang oleh putusan PN Sanggau tersebut dipahami bahwa badan hukum dapat menjadi korban pencemaran. Putusan Nomor 68/K/Kr/1973 pada dasarnya adalah putusan pada tingkat kasasi di Mahkamah Agung terhadap perkara di mana terdakwa, yaitu Koesnin Faqih B.A., dihukum bersalah melakukan tindak pidana yang diatur Pasal 315 KUHP (penghinaan ringan). Perbuatan Koesnin yang dipersalahkan dalam kasus itu adalah mengirim surat kepada berbagai pihak yang merupakan relasi

¹⁸⁴ Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag., hal. 33.

¹⁸⁵ *Ibid.*, hal. 33-34.

dari saksi pengadu, yaitu Achmad Nasri, yang isinya adalah¹⁸⁶:

“Bahwa PT Tjahaja Negeri telah ditutup terdakwa, dan apabila mau menyaksikan kematian PT Tjahaja Negeri tersebut supaya datang, dan juga menyatakan bila ada barang-barang yang dipinjamkan oleh PT Bank Gemary atau barang-barang tanggungan PT Tjahaja Negeri agar segera diangkut demi keamanan barang-barang tersebut...”

Persoalan yang menjadi pokok perkara dalam kasus tersebut adalah pernyataan Koesnan yang menyebut saksi pengadu Achmad Nasri sebagai “terdakwa.” Dalam salah satu poin keberatannya di tingkat kasasi, Koesnan menyatakan bahwa kata-kata yang ia gunakan dalam suratnya, yaitu “tertuduh”, telah diganti menjadi “terdakwa” (namun penulis tidak bisa menelusuri lebih jauh bagaimana hal ini bisa terjadi). Dalam perkara ini Koesnan dinyatakan bersalah baik di tingkat pengadilan negeri maupun tingkat kasasi Mahkamah Agung. Kaidah hukum yang menjadi yurisprudensi dalam perkara ini tidak terkait dengan keberadaan korporasi sebagai korban atau subyek penghinaan. Kaidah hukum dalam yurisprudensi ini sebenarnya adalah sebagai berikut¹⁸⁷:

“1. Putusan Pengadilan haruslah didasarkan pada tuduhan, yang dalam perkara ini berdasarkan Pasal 315 KUHP, walaupun kata-kata yang tertera dalam surat tuduhan lebih banyak ditujukan pada pasal 310 KUHP.
2. Berdasarkan tuduhan a.l. “bahwa PT Tjahaja Negeri telah ditutup terdakwa, dan apabila mau menyaksikan kematian PT Tjahaja Negeri tersebut supaya datang, dan juga menyatakan bila ada barang-barang yang dipinjamkan oleh PT Bank Gemary atau barang-barang tanggungan PT Tjahaja Negeri agar segera diangkut demi keamanan barang-barang tersebut”, terdakwa dinyatakan bersalah melakukan tindak pidana Pasal 315 KUHP, meskipun kata-kata tersebut lebih banyak ditujukan terhadap Pasal 310 KUHP.”

Dari kutipan tersebut, dapat disimpulkan bahwa persoalan yang menjadi kaidah hukum adalah terkait penentuan pasal yang digunakan untuk menghukum terdakwa Koesnan. Mahkamah Agung berpendirian bahwa putusan pemidanaan harus sesuai dengan pasal penghinaan yang didakwakan dalam surat dakwaan, walaupun perbuatan yang dipidana sebenarnya lebih tepat dikatakan memenuhi unsur pasal lain dalam bab penghinaan. Tidak ada pernyataan dalam yurisprudensi tersebut yang menyatakan baik secara eksplisit maupun implisit bahwa korporasi dapat mengadu sebagai korban tindak pidana penghinaan, karena memang dalam perkara tersebut subyek korban penghinaan bukan lah PT Tjahaja Negeri, melainkan

¹⁸⁶ Putusan Mahkamah Agung No. 68 K/Kr/1973.

¹⁸⁷ Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Klapper Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1969-1984*, (Jakarta: Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2013), hal. 17-18.

Achmad Nasri, yang dituduh oleh Koesnan sebagai “terdakwa” dan telah menutup PT Tjahja Negeri.

Berbagai tafsiran atas unsur “seseorang” dalam bab penghinaan yang menyimpang dari maksud dan tujuan pembentuk KUHP sebagaimana sudah dijelaskan di atas akan semakin menyulitkan terwujudnya kepastian hukum. Selain itu, pemahaman hakim atas Yurisprudensi MA Putusan Nomor 68/K/Kr/19 juga perlu segera diluruskan agar tidak lagi terjadi salah paham mengenai konteks dan kaidah hukum dari yurisprudensi tersebut.

Pemaknaan dan penafsiran dalam Pasal 27 (3) UU ITE juga harus sejalan dengan tujuan perlindungan reputasi orang lain sebagaimana terkandung dalam Pasal 310 dan 311 KUHP. Salah satu problem pokok dalam penerapan Pasal 27 ayat (3) UU ITE juga adalah perluasan pihak objek penghinaan yang bukan hanya mencakup individu atau seseorang, tetapi mencakup juga badan hukum dan institusi negara. Adanya definisi tentang “orang” dalam UU ITE yang mencakup badan hukum, menyebabkan adanya perluasan dari obyek atau pihak yang merasa dihina dan/atau di fitnah. Artinya, pengaduan atas pencemaran dan/atau fitnah bukan saja dapat dilakukan oleh individu, namun juga oleh badan hukum, termasuk pengaduan pencemaran dan/atau fitnah yang dilakukan oleh institusi-institusi negara atau badan hukum misalnya perusahaan.

Dalam sejumlah kasus, Penasihat Hukum terdakwa telah menyampaikan tentang pihak yang dapat menjadi obyek pencemaran. Dalam Putusan PN Kebumen No. 223/Pid.Sus/2018/PN Kbm, Penasihat Hukum terdakwa mempertanyakan bahwa objek tindak pidana pencemaran adalah perseorangan dan bukan mencakup badan hukum, namun Putusan (sebagaimana telah dijelaskan di bagian awal) memandang bahwa subyek penghinaan termasuk badan hukum, dengan argumentasi berikut:

“Menimbang, bahwa untuk menjawab pertanyaan tersebut maka dapat digunakan tafsir ekstensif yaitu memperluas makna obyek kehormatan yang tidak saja pada seseorang namun juga kepada badan hukum atau lembaga negara, dan hal tersebut sejalan jika dihubungkan dengan pasal 1 angka 21 Undang Undang Nomor 11 tahun 2008 sebagaimana telah diubah dan ditambah dengan Undang Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas UU Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang memberikan pengertian orang adalah orang perorangan maupun badan hukum dan Mahkamah Agung dalam putusan Nomor 183 K/Pid/2010 menyebutkan badan hukum bisa menjadi obyek pencemaran nama baik, sehingga berdasarkan pertimbangan tersebut maka menurut Majelis Hakim badan hukum maupun lembaga negara dapat menjadi

obyek dari pencemaran nama baik;¹⁸⁸

Putusan lain yang mengafirmasi bahwa pengadu dapat dilakukan oleh individu atau badan hukum adalah dalam Putusan dengan Terdakwa Mohammad Aksa Patundu:

“Menimbang, bahwa di dalam Undang-undang RI Nomor 19 tahun 2016 Tentang tentang perubahan atas UU RI No.11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik pasal 1 angka 21 disebutkan bahwa Orang adalah “Orang perseorangan, baik warga negara Indonesia, warga negara asing, maupun badan hukum”; Menimbang, bahwa selain itu dengan mengacu ketentuan pasal 2 KUHP dijelaskan bahwa “Ketentuan pidana dalam Undang-undang Indonesia berlaku bagi tiap orang yang dalam Indonesia melakukan suatu perbuatan yang boleh dihukum (peristiwa pidana)”, tiap orang berarti siapa saja baik Warga Negara Indonesia maupun Warga Negara Asing, sebagai pelaku peristiwa pidana menurut KUHP haruslah seorang manusia kecuali dalam Tindak Pidana Ekonomi (KUHP serta komentarnya, R.Soesilo hal : 29, Politeia Bogor). Menimbang, bahwa dengan demikian unsur “setiap orang” adalah menunjuk kepada subyek hukum baik orang maupun Badan Hukum sebagai pendukung hak dan kewajiban, yang dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana jika nantinya seluruh unsur dalam dakwaan terpenuhi;”¹⁸⁹

Badan hukum seperti perusahaan juga kemudian menggunakan preseden tentang pihak yang menjadi objek penghinaan tersebut untuk mengadukan adanya penistaan terhadap perusahaannya. Misalnya dalam kasus yang dialami oleh Saidah Saleh Syamlan, yang diadakan oleh Presiden Direktur dari PT Pismatex Textile Industry dan PT Pisma Putra Textile. Putusan dalam kasus ini menyatakan perbuatan terdakwa dapat membuat nama baik perusahaan Pismatex menjadi rusak atau menjadi tercemar, dengan penjelasan dalam Putusan sebagai berikut:

“Bahwa pesan tulisan yang terkirim melalui Akun Whats App milik Terdakwa tersebut dapat membuat nama baik perusahaan Pismatex menjadi rusak atau menjadi cemar.”¹⁹⁰

Perluasan subyek “penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” yang kemudian menghukum Terdakwa karena menghina badan hukum atau institusi negara dialami oleh beberapa terdakwa, di antaranya Augie Fantinus Wiyana yang dianggap menghina institusi kepolisian dan anggota kepolisian. Perluasan ini menimbulkan efek ketakutan bagi warga untuk menyampaikan komplain, keluhan,

¹⁸⁸ Putusan PN Kebumen No. 223/Pid.Sus/2018/PN Kbm, hal. 41

¹⁸⁹ Putusan PN Poso No. 262/Pid.Sus/2017/PN Pso, hal. 26

¹⁹⁰ Putusan PN Surabaya No. 3120/Pid.Sus/2018/PN Sby.

kritik, pendapat atau opini kepada badan-badan publik dan institusi swasta, terlebih dengan longgarnya penafsiran berbagai unsur-unsur tindak pidana dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Kasus dengan karakter ini juga terus muncul, misalnya dalam kasus Saiful Mahdi, seorang dosen di Universitas yang menyampaikan pendapat di grup Whatsapp dosen tanpa menyebutkan nama orang tertentu, dianggap melakukan penghinaan dan diadili dengan dakwaan Pasal 27 ayat (3) UU ITE.

Berdasarkan pada penelusuran historis penggunaan redaksional “seseorang” dalam KUHP dan standar hukum HAM mengenai pembatasan kebebasan berekspresi dengan tujuan untuk melindungi reputasi orang lain, tafsir atas perlindungan reputasi dalam Pasal 27 (3) UU ITE haruslah serupa dengan yang diatur dalam KUHP. Kajian ini menyepakati pedoman dalam SKB UU ITE yang menyatakan bahwa “Korban sebagai pelapor harus orang perseorangan dengan identitas spesifik, dan bukan institusi, korporasi, profesi atau jabatan”.¹⁹¹ **Artinya, pemahaman bahwa menyerang kehormatan dalam perbuatan pencemaran atau fitnah dapat dilakukan terhadap institusi, korporasi, profesi atau jabatan sebagaimana selama ini diterapkan dalam berbagai perkara dengan tuduhan pelanggaran Pasal 27 (3) UU ITE tidak mempunyai dasar pembenaran.** Adanya penjelasan lewat SKB UU ITE dalam aspek ini sudah sejalan dengan standar pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dalam KIHSP dan Komentar Umum No. 34, yaitu bahwa pembatasan yang diatur berdasarkan undang-undang (*prescribed by law*) harus dirumuskan dengan sangat presisi dan harus memuat panduan yang cukup bagi penegak hukum mengenai perbuatan atau ekspresi bagaimana yang dapat dibatasi dan mana yang tidak.

3.7.4. Pengadilan Mengabaikan Konteks Ekspresi dalam Menentukan Terjadinya Pencemaran atau Fitnah

Perbuatan pencemaran atau fitnah seringkali dianalisis sebatas melalui makna gramatikal dari ekspresi atau pernyataan yang diucapkan terdakwa. Hal ini dapat ditemukan dalam Putusan PN Luwuk No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk, Putusan PN Pati Nomor 224/Pid.B/2014/PN Pti., Putusan PN Sanggau Np. 336/Pid.B/2016/PN Sag, Putusan PN Simalungun No. 43/Pid.B/2017/PN.Sim *juncto* Putusan MA No. 963 K/Pid/2017, dan Putusan PN Manado No. 300/Pid.B/2013/PN.Mdo.

Sebagai contoh, dalam Putusan PN Luwuk No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk terdakwa, yang dalam kronologi perkara menyebut orang lain sebagai pencuri, memberikan keterangan bahwa terdakwa “mengeluarkan kata-kata tersebut karena terdakwa emosi, karena tanah tersebut dibangun pondasi rumah sedangkan tanah tersebut adalah tanah Terdakwa dan oleh pak Camat telah menyampaikan agar di atas

¹⁹¹ SKB UU ITE..., *Op. Cit.*, Lampiran hal. 12

tanah tersebut tidak didirikan bangunan tetapi mereka tetap membangun.”¹⁹² Dari penjelasan terdakwa dapat diketahui bahwa terdakwa dan orang yang ia tuduh dengan kata “pencuri” sebenarnya sedang berkonflik terkait kepemilikan tanah. Maka, sudah sewajarnya terdakwa sebenarnya mengetahui orang yang ia tuduh bukan sebenar-benarnya pencuri yang melakukan kejahatan pencurian. Namun, pengadilan mempertimbangkan konteks kata “pencuri” yang terdakwa sampaikan sekadar dengan konteks gramatikal kata “pencuri” tanpa memeriksa dan menimbang konteks “pencuri” yang terdakwa ucapkan. Pengadilan tidak menimbang konteks terdakwa yang merasa tanahnya dipergunakan secara sewenang-wenang oleh orang lain yang kemudian membuat terdakwa mengucapkan terminologi tersebut.

Hal serupa terjadi dalam Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag. Dalam perkara ini, terdakwa dinyatakan bersalah melakukan pencemaran terhadap PT Bintang Harapan Desa karena menuduh perusahaan tersebut mencuri tanah masyarakat dan mempunyai *backing* (ada pihak lain yang memiliki pengaruh kuat yang melindungi). Terdakwa menerangkan dalam persidangan:¹⁹³

“Bahwa terdakwa tidak tahu siapa yang membecking PT. BHD pernyataan yang terdakwa sampaikan kepada Tim Redaksi Surat Kabar Pilar hanya untuk melampiaskan kekesalan saja kepada pihak perusahaan atas lahan yang sudah terdakwa serahkan sebagai Calon Petani Peserta sampai saat ini terdakwa tidak mendapatkan lahan ataupun bentuk ganti rugi dikarenakan terdakwa sudah berupaya untuk mendapatkan hak terdakwa namun tidak pernah ditanggapi oleh pihak Perusahaan PT. BHD (Bintang Harapan Desa).”

Pengadilan dalam pertimbangan hukumnya turut mengutip keterangan terdakwa tersebut, namun kemudian tetap menyatakan bahwa unsur “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal” telah terbukti karena terdakwa tidak dapat membuktikan tuduhannya dan citra PT BHD menjadi negatif. Dalam pertimbangannya pengadilan juga tidak menguraikan seberapa jauh citra PT BHD akan atau telah rusak dengan pernyataan terdakwa tersebut guna mengukur keberimbangan antara perlindungan hak berekspresi terdakwa dengan perlindungan terhadap hak-hak PT BHD. Hal ini penting terlebih mengingat subyek penghinaan dalam kasus ini bukan lah *natural person* melainkan badan hukum.

Dalam konteks perbuatan pencemaran atau fitnah, pernyataan yang dikeluarkan para terdakwa dalam masing-masing perkara tersebut harus dilihat melalui konteks konflik yang terjadi antara para terdakwa dengan para “korban” di masing-masing

¹⁹² Putusan PN Luwuk No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk., hal. 7-8.

¹⁹³ Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag, hal. 28

kasus. Persoalan konteks pernyataan menjadi salah satu hal yang dipertimbangkan oleh Pengadilan HAM Afrika dalam kasus *Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda* di mana pengadilan HAM regional tersebut menyatakan secara jelas bahwa tidaklah tepat untuk menjatuhkan hukuman pidana terhadap ekspresi yang disalahartikan konteksnya.

Konteks pernyataan dipertimbangkan dengan cukup baik dalam kasus lain, yaitu dalam Putusan PN Kualasimpang No. 288/Pid.B/2010/PN.Ksp. Dalam perkara tersebut, terdakwa menulis surat pengaduan yang berisi tuduhan bahwa seorang petugas kepolisian telah menerima suap dari orang lain. Kemudian, putusan pengadilan memutus bebas terdakwa dengan mempertimbangkan konteks pernyataan terdakwa, yaitu karena surat pengaduan berisi tuduhan yang terdakwa tulis dan kirimkan adalah sebagai bagian dari pencarian keadilan dan pengawasan internal terhadap penegakkan kode etik kepolisian.

Selain itu, hal yang serupa terdapat dalam Putusan PN Cianjur No. 182/PID.Sus/2015/PN.Cjr. Dalam kasustersebut, terdakwa mendistribusikan suatu surat edaran melalui surat elektronik yang isinya bersifat pemberitahuan mengenai status kepegawaian seseorang. Pengadilan menjelaskan secara eksplisit dalam putusannya bahwa untuk menilai suatu surat edaran mengandung unsur pencemaran harus dilihat secara kontekstual dengan peristiwa melatarbelakanginya dan tujuan surat edaran itu dibuat, bukan semata-mata dari isi surat edaran yang dibuat.

Pertimbangan berbeda terlihat di salah satu kasus lain yang karakteristiknya serupa dengan kasus-kasus di atas, yaitu mengenai adanya surat pengaduan yang isinya tuduhan mengenai orang lain. Dalam Putusan PN Palembang No. 1345/Pid.B/2014/PN.Plg., terdakwa diputus bersalah atas surat pengaduan yang ia tulis dan kirimkan. Pengadilan berpandangan:

“...benar setiap anggota masyarakat berhak mengajukan kritik terhadap kinerja pelayanan publik, namun harus dalam koridor hukum yang berlaku dengan menyampaikan informasi secara substansiil tentang buruknya pelayanan publik bukan dengan cara menuduhkan suatu kejahatan yang dapat mencemarkan nama baik orang lain bahkan apabila hal tersebut tidak disertai bukti yang cukup.”

Dalam perkara ini, surat pengaduan dari terdakwa berisi tuduhan bahwa seorang Ketua RT berperilaku arogan.

Persoalan konteks juga terkait erat dengan menempatkan suatu pernyataan sebagai pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Hal ini relevan misalnya dalam perkara yang diputus Putusan PN Sanggau No. 336/

Pid.B/2016/PN Sag. Terdakwa dalam kasus tersebut menyampaikan kepada tim redaksi surat kabar Pilar bahwa PT BHD mencuri tanah masyarakat dan mempunyai *backing*. Dalam pertimbangan putusan tersebut, PN Sanggau tidak secara lebih dalam memeriksa apakah pernyataan terdakwa dianggap sebagai *statement of facts* atau *value judgment*.

Dalam konteks hukum Indonesia, perbedaan antara opini dan pernyataan mengenai fakta menjadi relevan ketika dihubungkan dengan keberadaan Pasal 312 KUHP yang membolehkan pembuktian kebenaran, walaupun terbatas dalam beberapa kondisi, salah satunya yaitu dalam kondisi di mana hakim memandang perlu untuk menimbang apakah perbuatan terdakwa dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa membela diri. Alasan “demi kepentingan umum” dan “membela diri” ini telah diatur dalam Pasal 310 ayat (3) KUHP, sehingga perbuatan pencemaran atau fitnah yang dilakukan dengan alasan tersebut tidak dapat dipidana. Hal ini sejalan dengan standar hukum HAM internasional mengenai kebebasan berekspresi dalam Komentar Umum No. 34 yang menjelaskan bahwa pembelaan mengenai benar atau tidaknya pernyataan (*defence of truth*) harus diakomodir dalam pengaturan mengenai delik-delik penghinaan.¹⁹⁴

Untuk pencemaran atau fitnah yang dilakukan melalui daring, hal serupa juga dijelaskan dalam SKB UU ITE. Dalam pedoman implementasi Pasal 27 ayat (3) UU ITE, pada huruf c dijelaskan bahwa¹⁹⁵:

“Bukan delik yang berkaitan dengan muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE, jika muatan atau konten yang ditransmisikan, didistribusikan, dan/atau dibuat dapat diaksesnya tersebut adalah berupa penilaian, pendapat, hasil evaluasi, atau sebuah kenyataan.”

Penjelasan ini sejalan dengan standar perlindungan kebebasan berekspresi yang diuraikan dalam Komentar Umum No. 34, yaitu bahwa opini tidak dapat dikenakan pembatasan.¹⁹⁶ Berbagai pengadilan HAM regional juga telah secara konsisten menyatakan bahwa opini tidak dapat dimintai pembuktian kebenaran¹⁹⁷, sehingga sifat utama dari opini memang bukan mengenai kebenaran atau kesalahan isi pernyataan dan dengan demikian tidak relevan apabila dikenakan tindak pidana pencemaran atau fitnah.

¹⁹⁴ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 47.

¹⁹⁵ SKB UU ITE..., *Op. Cit.*, Lampiran hal. 11.

¹⁹⁶ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 9.

¹⁹⁷ Stijn Smet, "Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict", dalam *American University International Law Review*, vol. 26, no. 1, (Washington D.C.: Washington College of Law American University, 2010), hal. 214.

Dengan demikian, dalam memeriksa kasus-kasus dugaan pencemaran atau fitnah beserta tindak pidana lain yang menjadikan pencemaran atau fitnah sebagai *genus delict*, pengadilan seharusnya memeriksa konteks ekspresi terdakwa, bukan hanya memandang isi pernyataan dari sudut pandang gramatikal. Hal ini dalam rangka menjamin standar perlindungan hak atas kebebasan berekspresi diterapkan secara konsisten dengan hukum pidana nasional serta hukum HAM baik yang berlaku secara internasional maupun nasional. Dengan penerapan pasal yang konsisten dengan standar-standar hukum pidana dan hukum HAM, pengadilan dapat menjamin bahwa pemidanaan terhadap pencemaran atau fitnah hanya dilakukan terhadap kasus-kasus yang benar terdapat sifat jahat dalam perbuatan terdakwa.

3.7.5. Pengadilan Tidak Menerapkan Standar Hukum Pidana dan Hukum HAM dalam Memutus Perkara Penghinaan terhadap Penguasa atau Badan Umum

Sebagian besar tafsir pengadilan atas unsur “dengan lisan atau tulisan menghina” dalam Pasal 207 KUHP sudah tepat dan seragam, yaitu bahwa unsur tersebut sama dengan konteks penghinaan dalam Pasal 310 KUHP, yakni tindakan yang dilakukan untuk menyerang nama baik dan kehormatan orang lain dengan kata-kata ataupun tulisan. Penafsiran ini juga sejalan dengan penjelasan R. Soesilo, bahwa penghinaan dalam Pasal 207 KUHP adalah sama dengan penghinaan dalam Pasal 310 KUHP, yakni kata “menghina” ditafsirkan sama dengan menyerang kehormatan atau nama baik.

Namun, dari contoh-contoh putusan yang menjatuhkan Pasal 207 KUHP di atas, tidak ada putusan yang memasukkan elemen “menuduhkan sesuatu hal” dalam tafsir “menghina.” Salah satu putusan yang cukup menggambarkan kondisi ini terdapat dalam Putusan PN Muaro No. 32/Pid.B/2016/PN Mrj. Terdakwa dalam perkara tersebut mengeluarkan kata-kata “*pantek ma, mananyo-nanyo se*” yang kemudian dianggap memenuhi unsur “menghina” karena di daerah Minangkabau pada umumnya kata “pantek” memiliki arti alat kelamin perempuan dan terdakwa dianggap menyamakan majelis hakim yang memimpin persidangan dengan alat kelamin.¹⁹⁸ Rumusan Pasal 310 KUHP secara jelas mengatur bahwa untuk bisa disebut sebagai pencemaran maka perbuatan menyerang kehormatan harus disertai dengan adanya tuduhan akan sesuatu hal. Dalam kasus tersebut, tidak jelas tuduhan mengenai apa yang disampaikan terdakwa, tetapi jelas bahwa terdakwa telah mengucapkan kata yang bersifat kasar kepada orang lain. Jika hal ini tidak dipertimbangkan pula dalam konteks Pasal 207 KUHP, maka akan menjadi sulit membedakan penghinaan terhadap penguasa atau badan umum dengan penghinaan ringan yang diatur dalam Pasal 315 KUHP.

Putusan lain yang juga menimbang isi pernyataan terdakwa adalah Putusan PN

¹⁹⁸ Putusan PN Muaro No. 32/Pid.B/2016/PN Mrj, hal. 22-23

Rote Ndao No. 36/Pid.B/2008/PN.RND., kata-kata terdakwa yang berisi "*camat biadab, bupati kurang ajar*" di depan beberapa wartawan sebagai respon atas pernyataan yang menjadi polemik dari Camat Rote Barat Laut dianggap memenuhi unsur "dengan lisan atau tulisan menghina."¹⁹⁹

Selain itu, Putusan PN Mataram No. 393/Pid.B/2018/PN Mtr, dan Putusan PN Jakarta Barat No. 1302/Pid.SUS/2019/PN.JKT.BRT juga termasuk contoh-contoh putusan di mana para terdakwa mengucapkan kata-kata yang berkonotasi negatif yang menjadi bagian dari kritik terdakwa terhadap pejabat yang menjadi sasaran kata-kata tersebut. Dalam menentukan apakah pernyataan berkonotasi negatif tersebut dapat dianggap sebagai "menghina", pada praktiknya pengadilan menggunakan metode yang berbeda-beda: sebagian menggunakan keterangan ahli bahasa dan sebagian lagi menafsirkan sendiri dengan mendasarkan pada keterangan korban dan saksi-saksi. Keduanya berfokus pada metode penafsiran yang sama, yaitu interpretasi gramatikal.

Namun, interpretasi gramatikal semata bukanlah metode yang tepat untuk menjamin perlindungan HAM karena pernyataan yang bersifat kasar atau berkonotasi negatif akan dengan mudah dianggap termasuk sebagai tindak pidana penghinaan. Metode tersebut sangat memungkinkan pengadilan menjadi lalai memeriksa dimensi kepentingan umum dalam ekspresi individu yang ditujukan terhadap penguasa. Padahal, telah diatur dalam Pasal 310 ayat (3) KUHP bahwa ekspresi bernuansa pencemaran yang dilakukan demi kepentingan umum tidak dapat dipidana.

Problem tersebut tidak hanya terjadi dalam kasus-kasus yang dituntut dan dipidana dengan Pasal 207 KUHP, tetapi juga terjadi dalam kasus-kasus UU ITE. Salah satu contohnya adalah sebagaimana Putusan PN Kebumen No. 223/Pid.Sus/2018/PN Kbm berikut:

"...maka berdasarkan hal tersebut memang terdapat ketidaksukaan terdakwa terhadap Polisi sehingga tentu saja perbuatan terdakwa menulis dan memposting unggahannya sebagaimana tersebut diatas dikehendaki oleh terdakwa, juga terdakwa pasti mengetahui maksud dari kata-kata tersebut adalah menyerang kehormatan dan nama baik Polri karena menyamakan Polisi dengan binatang sedangkan perbuatan tersebut adalah perbuatan melawan hukum;²⁰⁰

Penguraian fakta dan analisis yang semata-mata berfokus pada narasi atau kata-kata yang dianggap menghina ini menurunkan esensi dari niat Terdakwa

¹⁹⁹ Putusan PN Rote Ndao No. 36/Pid.B/2008/PN.RND., hal. 28.

²⁰⁰ Putusan PN Kebumen No. 223/Pid.Sus/2018/PN Kbm, hal. 40

sesungguhnya, misalnya dalam konteks menyampaikan keluhan dan kekecewaan terhadap institusi negara. Tanpa ada keseimbangan bahwa narasi terdakwa adalah pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi, dalam banyak putusan ekspresi terdakwa dengan mudah dianggap sebagai pencemaran. Hal ini misalnya tercermin dalam pertimbangan Putusan PN Pekalongan No. 259/Pid.Sus/2019/PN Pkl. berikut:

“... terdakwa memposting tulisan tersebut dilakukan dengan sengaja yang dilakukan dengan adanya niat dikarenakan terdakwa merasa kecewa dengan pelayanan Polisi pada saat terdakwa membantu teman terdakwa mengurus tilang.”²⁰¹

Namun demikian, terdapat juga putusan pengadilan yang tidak memutus pidana terhadap ekspresi yang diduga penghinaan terhadap penguasa atau badan umum dengan argumentasi terkait posisi dan kapasitas terdakwa yang relevan dengan pernyataan yang disampaikan. Dalam Putusan PN Poso No. 262/Pid.Sus/2017/PN Pso, pengadilan menimbang sebagai berikut:

“Menimbang, bahwa berdasarkan fakta yang terungkap di persidangan bahwa benar Terdakwa merupakan aktifis anti korupsi yang tergabung dalam Touna Corruption Watch (TCW) dan menjabat sebagai Koordinator Wilayah Tojo Una Una.”²⁰²

“Menimbang, bahwa sebagaimana keterangan ahli dan pengertian umum yang terkandung didalam Kamus Besar Bahasa Indonesia dikaitkan dengan fakta hukum tersebut Majelis Hakim berpendapat bahwa selengkapanya kata-kata tersebut mengandung makna bahwa *Terdakwa yang dalam kapasitasnya sebagai aktifis anti korupsi yang tergabung dalam Touna Corruption Watch (TCW) dan menjabat sebagai Koordinator Wilayah Tojo Una Una sedang mengadakan penyelidikan mengenai informasi yang belum dapat dibuktikan kebenarannya terkait proyek yang juga di dalamnya ada dugaan keterlibatan Kapolres Tojo Una Una yang juga belum tentu benar*, berdasarkan seluruh pertimbangan di atas Majelis Hakim berpendapat bahwa makna kata-kata tersebut tidak mengandung tuduhan kepada Kapolres Tojo Una Una mengenai keterlibatan Kapolres terkait proyek tertentu atau dengan kata lain bahwa postingan Terdakwa yang merupakan status dan komentar di akun facebook milik Terdakwa @MOHAMAD AKSA berupa kata-kata “INVESTIGASI PROYEK MILIK OKNUM POLRES TOJO UNA UNA” dan pada kolom komentar “KALI INI HARUS FOKUS KONON KATANYA DI DUGA ADA KETERLIBATAN KAPOLRES” tidak mengandung muatan PENGHINAAN dan/

²⁰¹ Putusan PN Pekalongan No. 259/Pid.Sus/2019/PN Pkl., hal. 21

²⁰² Putusan PN Poso No. 262/Pid.Sus/2017/PN Pso, hal. 35.

atau PENCEMARAN NAMA NAMA BAIK,dengan demikian Majelis Hakim berpendapat terhadap unsur ini tidak terbukti”²⁰³

Pertimbangan ini memang masih sangat berfokus kepada interpretasi gramatikal atas pernyataan terdakwa. Tetapi, ada aspek terkait kapasitas terdakwa selaku aktivis anti korupsi yang dihubungkan dengan konteks pernyataan terdakwa. Dari korelasi tersebut pengadilan memutuskan bahwa perbuatan terdakwa bukan penghinaan terhadap penguasa atau badan umum.

Salah satu kasus lain yang menonjol dalam penerapan Pasal 27 ayat (3) UU ITE adalah kasus Prita Mulyasari, yang mendapat vonis bebas dalam tahap Peninjauan Kembali oleh MA.Walaupun kasus ini tidak terkait penghinaan terhadap penguasa atau badan umum, tetapi ada aspek kepentingan umum yang dipertimbangkan dalam putusan pengadilan. Prita dianggap menghina rumah sakit karena keluhannya tentang pelayanan rumah sakit tersebut melalui dokumen elektronik dalam bentuk surat elektronik. Putusan Peninjauan Kembali MA menyatakan bahwa ada kekeliruan soal menyimpulkan fakta tentang “kepentingan umum” dan sekaligus memperjelas definisi kepentingan umum tersebut, dengan argumen sebagai berikut:

“Bahwa Judex Juris tidak memahami apa yang dimaksud dengan “untuk kepentingan umum” yang ada/terdapat dalam pasal 310 KUHP ayat (3) sebagai alasan peniadaan sifat melawan hukumnya perbuatan menyerang (aanraden) pada pencemaran. ... oleh karenanya PEMOHON PENINJUAN KEMBALI tidak dapat dipidana dan harus dibedakan dari dakwaan dan tuntutan Jaksa/Penuntut Umum.

Bahwa demi untuk kepentingan umum sebagai alasan pemidanaan atau hapusnya perbuatan melawan hukum pencemaran, menurut sifat dan keadaannya ada dua syarat kumulatif yaitu:

- Pertama, sifat dan isinya tuduhan adalah bukan semata-mata untuk kepentingan pribadi dari yang menuduh saja, tetapi bagi orang lain atau siapa saja yang akan dan hendak berhubungan dengan orang yang dituduh tersebut;
- Kedua, isi apa yang dituduhkan wajib mengandung kebenaran;”²⁰⁴

Putusan Peninjauan Kembali dalam kasus Prita Mulyasari ini memberikan contoh yang cukup baik dari pengadilan dalam mempertimbangkan aspek kepentingan umum dari perbuatan terdakwa sebagai alasan penghapus pidana pencemaran atau fitnah sebagaimana sudah diatur secara komprehensif dalam Pasal 310-Pasal

²⁰³ *Ibid.*, hal. 35-36.

²⁰⁴ Putusan Mahkamah Agung No. 225 PK/PID.SUS/2011, hal. 36-37.

312 KUHP.

Elemen kepentingan umum dari ekspresi individu memang juga harus didukung dengan kebenaran isi pernyataan. Hal ini sejalan dengan ketentuan yang telah diatur pada rangkaian norma hukum dalam Pasal 310-Pasal 312 KUHP. Putusan lain yang juga mempertimbangkan kebenaran dari pernyataan terdakwa terdapat dalam kasus penghinaan terhadap penguasa atau badan umum terdapat dalam Putusan PN Gorontalo No. 199/Pid.B/2013/PN.Gtlo. PN Gorontalo mengambil perspektif bahwa unsur tersebut **dianggap tidak terpenuhi jika pernyataan yang disampaikan merujuk pada sumber tertentu atau mengandung kebenaran.**

Dalam perkara tersebut, pengadilan menemukan fakta bahwa kalimat yang digunakan terdakwa bukanlah kalimat yang berasal dari pemikirannya sendiri melainkan pengutipan dari laporan hasil pemeriksaan BPK RI Kota Gorontalo.²⁰⁵ Ekspresi seperti ini dalam praktik pengadilan HAM regional disebut sebagai *statement of facts* yang memang apabila terbukti memiliki kebenaran, maka tidak dapat digolongkan sebagai penghinaan (*defence of truth*).²⁰⁶ Di samping itu, juga merujuk kepada praktik pengadilan HAM regional, apabila suatu ekspresi termasuk kategori opini, yang memiliki basis faktual yang cukup, maka ekspresi tersebut juga tidak dapat dianggap penghinaan. Pendekatan seperti ini juga sudah dijelaskan dalam SKB UU ITE terkait pedoman implementasi Pasal 27 ayat (3) UU ITE yang menyatakan "bukan delik yang berkaitan dengan muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, jika muatan atau konten yang ditransmisikan, didistribusikan, dan/atau dibuat dapat diaksesnya tersebut adalah berupa penilaian, pendapat, hasil evaluasi atau sebuah kenyataan."²⁰⁷

Melihat kepada berbagai contoh putusan tersebut, maka patut ditekankan kembali bahwa pengadilan dalam memeriksa dan menimbang kasus-kasus penghinaan terhadap penguasa atau badan umum harus lebih teliti dan seksama melihat konteks dari perbuatan terdakwa dan tidak semata-mata memidana berdasarkan kata-kata kasar atau negatif yang diucapkan terdakwa. Terkait hal ini, perlu diingatkan kembali bahwa salah satu elemen penting dalam ketentuan pembatasan hak, baik dalam Pasal KIHSP maupun Pasal 28J UUD 1945, yaitu bahwa pembatasan hak dilakukan sesuai tujuan-tujuan yang sah dalam masyarakat demokratis. Oleh karena Pasal 207 pada hakikatnya adalah delik penghinaan, maka konteks kepentingan yang ingin dilindungi adalah reputasi. Lebih lanjut, reputasi hanya bisa melekat kepada individu. Selain itu, dalam memutuskan suatu ekspresi perlu dibatasi atau tidak, harus dipertimbangkan juga dampaknya terhadap kelangsungan demokrasi. Hal ini cukup relevan dalam membicarakan penghinaan terhadap penguasa atau

²⁰⁵ Putusan PN Gorontalo No. 199/Pid.B/2013/PN.Gtlo, hal. 66.

²⁰⁶ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, Loc. Cit..

²⁰⁷ SKB UU ITE..., Loc. Cit.

badan umum karena pemidanaan yang eksekutif rentan menimbulkan *chilling effect* bagi masyarakat yang kritis terhadap pemerintahan yang berkuasa.

Kerangka hukum pidana nasional dan beberapa contoh telah menyediakan mekanisme yang cukup jelas untuk memeriksa apakah suatu ekspresi individu yang diduga penghinaan terhadap penguasa atau badan umum cukup memiliki alasan untuk dikategorikan memiliki tujuan demi kepentingan umum. Sepanjang suatu ekspresi, baik dalam bentuk lisan maupun tulisan atau disampaikan melalui sarana elektronik, mengandung kebenaran dan memiliki tujuan demi kepentingan umum, maka pengadilan tidak dapat memidana perbuatan tersebut. Di sisi lain, pembuktian atas unsur lainnya, seperti unsur “dengan sengaja” dan “menuduhkan sesuatu hal”, juga tetap sama pentingnya.

Selain itu, agar pengadilan tidak terjebak kepada pembuktian atas kata-kata negatif saja, merujuk kepada praktik pengadilan HAM regional yang telah diuraikan di atas, misalnya Pengadilan HAM Afrika dalam kasus *Loha Issa Konate v. Burkina Faso* dan Pengadilan HAM Inter-Amerika dalam perkara *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, terdapat pertimbangan yang fundamental dalam melihat kasus komentar atau kritik individu terhadap penguasa. Dalam perkara *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Pengadilan HAM Inter-Amerika menyatakan bahwa konsep pembatasan hak atas kebebasan berekspresi harus diterapkan dengan lebih longgar jika ekspresi atau pernyataan tersebut berhubungan dengan pejabat publik karena pejabat publik dengan fungsi yang melekat pada dirinya secara sadar dan tak terhindarkan harus membuka dirinya terhadap komentar dari publik.²⁰⁸ Sementara itu, Pengadilan HAM Afrika dalam perkara *Loha Issa Konate v. Burkina Faso* menjelaskan bahwa posisi jaksa adalah tokoh publik dan pembatasan terhadap kebebasan berekspresi harus bersifat lebih longgar ketika terkait dengan diskursus publik mengenai tokoh atau pejabat publik.²⁰⁹

Komite HAM PBB juga menjelaskan hal senada dalam Komentar Umum No. 34. Dalam konteks ekspresi publik mengenai figur publik di bidang politik atau yang duduk di kursi pemerintahan, ekspresi atau pernyataan yang bersifat merendahkan saja tidak cukup untuk membuat seseorang dipersalahkan atau dipidana.²¹⁰ Lebih lanjut lagi standar yang diberikan Komentar Umum No. 34 menjelaskan bahwa dalam kasus-kasus demikian sebisa mungkin pemidanaan dihindarkan atau memerintahkan terdakwa meralat pernyataannya yang terbukti tidak benar yang diucapkan tanpa adanya niat jahat.²¹¹

²⁰⁸ Lihat *Herrera-Ulloa v. Costa Rica...*, *Op. Cit.*, hal. 67.

²⁰⁹ Lihat *Loha Issa Konate v. Burkina Faso...*, *Op. Cit.*, par. 156.

²¹⁰ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 38.

²¹¹ *Ibid.*, par. 47.

Persoalan lain yang perlu dibahas adalah mengenai **pengertian “suatu penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia” yang sulit didefinisikan dengan presisi.** Semua “penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia” dapat dianggap masuk dalam kategori ini, yang dalam sejumlah kasus yang dianalisa mencakupi institusi kepolisian, pengadilan, camat, bupati, walikota dan sebagainya. Dalam Putusan PN Rote Ndao No. 36/Pid.B/2008/PN.RND., pernyataan Terdakwa yang menyebut jabatan Bupati dan Camat, dianggap merupakan pernyataan yang jelas ditujukan kepada suatu lembaga/institusi/jabatan penguasa atau suatu badan umum yang ada di Indonesia dan merupakan pemimpin/penguasa pada pemerintahan tingkat kabupaten dan kecamatan.

Demikian pula dalam Putusan PN Marisa No. 20/PID.B/2014/PN.MARISA, Terdakwa diputus bersalah salah satunya berdasarkan pernyataan Terdakwa yang ditujukan kepada Ketua PN Marisa, bukan kepada Lucky R. Kalalo (nama Ketua PN Marisa saat itu), dengan pertimbangan bahwa jabatan Ketua PN Marisa adalah pemegang kekuasaan atas pengadilan tersebut yang yurisdiksinya masih termasuk di wilayah Indonesia. Atas pertimbangan itu, pengadilan menyatakan perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur “penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia.” Pertimbangan ini, apabila dilihat dalam konstruksi *argumentum a contrario*, menunjukkan bahwa apabila terdakwa saat itu menyebut nama dari Ketua PN Marisa dan bukan jabatannya, maka mungkin saja unsur “penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia” menjadi tidak terpenuhi dalam perbuatan terdakwa.

Pertimbangan tersebut menjadi menarik ketika dibandingkan dengan Putusan PN Mataram No. 393/Pid.B/2018/PN Mtr. Dalam putusan tersebut, dijelaskan bahwa terdakwa menulis komentar berbunyi “*Jokowi tai*” di media sosial. Sayangnya, tanpa adanya penguraian unsur-unsur dengan baik dan hanya mengulang kronologi perkara yang ada di dalam surat dakwaan JPU, pengadilan serta-merta menyimpulkan Terdakwa terbukti bermaksud menghina Joko Widodo dalam kualitasnya sebagai seorang Presiden sehingga melalui tulisannya dinyatakan menghina penguasa atau badan umum.²¹² Padahal, terdakwa tidak menyebut jabatan Joko Widodo dalam komentarnya. Oleh karena tidak ada penjelasan yang cukup dari putusan PN Mataram ini, maka logika *a contrario* tadi sulit untuk dibuktikan kebenarannya.

Satu contoh lain yang juga menarik untuk dikaitkan dengan diskursus ini adalah Putusan PN Manado No. 300/Pid.B/2013/PN.Mdo. yang sudah dijelaskan di bagian atas mengenai penerapan Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP. Dalam perkara tersebut, terdakwa dihukum karena melakukan fitnah terhadap korban, yaitu Vicky Lumentut yang menjabat sebagai Walikota Manado, yang pada saat itu diduga ada keterlibatan dalam suatu kasus korupsi. Maka, tuduhan yang dilakukan terdakwa

²¹² Putusan PN Mataram No. 393/Pid.B/2018/PN Mtr, hal. 23-24.

jelas konteksnya mengenai seorang Walikota dalam tugas dan fungsinya sebagai pejabat publik. Dalam perkara fitnah ini, terdakwa tidak menyebut sama sekali jabatan dari Vicky Lumentut, melainkan hanya menyebut nama depannya. Sebagai informasi, JPU dalam perkara ini mendakwa terdakwa dengan dakwaan alternatif Pasal 311 ayat (1) KUHP atau Pasal 310 ayat (2) KUHP, sehingga tidak ada dakwaan Pasal 207 KUHP. Namun, uraian yang terdapat dalam Putusan PN Manado No. 300/Pid.B/2013/PN.Mdo. juga tidak memberi penjelasan sedikit pun mengenai alasan ketiadaan dakwaan Pasal 207 KUHP. Tetapi, dikaitkan dengan pertimbangan Putusan PN Marisa No. 20/PID.B/2014/PN.MARISA, hal ini seakan menunjukkan bahwa penyebutan nama atau jabatan dalam tindak pidana penghinaan terhadap pejabat mungkin berpengaruh terhadap keputusan jaksa atau hakim dalam menentukan pasal dakwaan atau dalam menentukan kebersalahan terdakwa.

Selain itu, Pasal 207 KUHP memberikan ruang pemidanaan atas penghinaan terhadap institusi atau organisasi, bukan individu. Hal ini secara prinsip sudah bertentangan dengan standar hukum HAM terkait hak atas kebebasan berekspresi dan perlindungan reputasi. Reputasi hanya bisa dianggap melekat kepada individu. Dalam paragraf-paragraf sebelumnya juga sudah dijelaskan melalui berbagai versi terjemahan KUHP dan juga perspektif hukum HAM internasional bahwa perlindungan terhadap reputasi suatu korporasi tidak dapat dibenarkan. Dengan demikian, badan umum, yang dari sudut pandang manapun tidak dapat disamakan dengan individu, seharusnya tidak dapat dianggap memiliki reputasi, sehingga tidak boleh ada pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dalam hal ekspresi tersebut ditujukan kepada badan umum dalam pengertian Pasal 207 KUHP.

Permasalahan ini dapat berujung kepada satu kesimpulan bahwa rumusan Pasal 207 KUHP dianggap tidak sesuai dengan syarat pembatasan hak atas kebebasan berekspresi, yaitu norma pembatasan hak harus diatur dalam ketentuan hukum (*provided by law*). Karakter utama dari "ketentuan hukum", menurut Komentar Umum No. 34, adalah ketentuan tersebut diatur secara presisi agar setiap individu dapat bertindak sesuai dengan ketentuan tersebut karena mereka memahami mana yang boleh dan tidak boleh. Meskipun Pasal 207 KUHP adalah norma hukum di tingkat undang-undang, apabila rumusan normanya tidak memiliki rumusan yang presisi sehingga menyulitkan masyarakat untuk memahami batasan-batasan yang boleh dan tidak boleh maka Pasal 207 KUHP tidak dapat digunakan untuk membatasi hak atas kebebasan berekspresi.

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, menjadi sulit untuk menjustifikasi keberadaan Pasal 207 KUHP karena berbagai alasan. Pertama, dalam kerangka hukum HAM, reputasi melekat kepada individu dan perlindungan terhadap reputasi diberikan kepada individu, bukan jabatan yang dipegang oleh individu atau lembaga tempat individu tersebut bekerja. Kedua, substansi Pasal 207 KUHP

sangat serupa dengan substansi Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP yang sudah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan dicabut oleh Mahkamah Konstitusi. Ketiga, pejabat publik atau “badan umum” yang dibentuk negara memiliki posisi dan sumber daya yang sangat kuat dan dominan dibanding dengan masyarakat umum, sehingga pemberian ruang untuk memantik proses pidana penghinaan oleh pihak-pihak tersebut berbahaya bagi pemajuan iklim demokrasi. Keempat, atas alasan yang sama bahwa pejabat publik dan badan bentukan negara memiliki posisi dan sumber daya yang kuat dan dominan termasuk dalam hal akses ke media, maka terhadap segala kritik dari masyarakat, para pejabat publik sebenarnya dapat dengan mudah memberi tanggapan dan klarifikasi atas kritik-kritik yang diarahkan kepada mereka.²¹³

Mengacu kepada berbagai alasan tersebut, maka idealnya Pasal 207 KUHP dihapus atau dicabut melalui mekanisme perubahan undang-undang atau uji materi. Namun, berhubung proses tersebut biasanya membutuhkan waktu yang cukup lama, maka selama pasal tersebut masih berlaku dibutuhkan berbagai pengetatan dan penyesuaian dalam penerapannya. Penerapan Pasal 207 KUHP harus dilakukan dengan sangat hati-hati sebagaimana standar hukum HAM dalam penerapan pasal-pasal penghinaan terhadap figur publik. Hal pertama yang wajib diperhatikan adalah aparat penegak hukum harus merujuk pertimbangan Mahkamah Konstitusi mengenai keberadaan Pasal 207 KUHP dalam Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006 yang menjelaskan bahwa penuntutan terhadap Pasal 207 KUHP seharusnya dilakukan atas dasar pengaduan (*bij klacht*). Hal ini sejalan dengan konteks kepentingan yang dilindungi oleh delik ini, yaitu reputasi yang menurut standar hukum HAM hanya bisa melekat kepada individu. Kedua, berbagai standar mengenai penerapan pasal-pasal penghinaan terhadap publik figur seperti yang tercantum dalam paragraf-paragraf sebelumnya harus berlaku juga dalam konteks penerapan Pasal 207 KUHP.

3.7.6. Penerapan Proporsionalitas Pidanaan yang Berbeda antara Penghinaan yang Dituntut menurut KUHP dan UU ITE

Standar HAM dalam pembatasan hak atas kebebasan berekspresi tidak hanya berbicara mengenai pengaturan dalam undang-undang dan dilakukan untuk tujuan yang sah. Ketika pengadilan menemukan bahwa seseorang bersalah dalam hal menyerang kehormatan atau nama baik orang lain, maka hal lain yang harus diukur adalah seberapa perlu untuk memidanakan perbuatan tersebut (*necessity*) dan apakah pidanaan yang dijatuhkan proporsional (*proportionality*). Aspek ini adalah salah satu dari keseluruhan mekanisme pengujian yang menjadi standar pengadilan HAM regional dalam menguji sah atau tidaknya pembatasan hak oleh negara, yang sering disebut sebagai *three-part test* (pengujian tiga tahap).

²¹³ Nihal Jayawickrama..., *Op. Cit.*, hal. 815.

Dalam paragraf-paragraf sebelumnya telah dijelaskan mengenai kriteria “*necessity*” dalam Prinsip Siracusa. Salah satu elemen penting “*necessity*” adalah bahwa pengadilan perlu mempertimbangkan mengenai ada atau tidaknya kebutuhan sosial atau publik yang mendesak untuk menjatuhkan pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi seseorang (dalam hal ini melalui pemidanaan).

Dari putusan-putusan pengadilan terkait perkara yang dituntut dengan pasal pidana penistaan atau fitnah diketahui bahwa opsi bebas atau lepas serta pidana non-pemenjaraan adalah pilihan yang cukup sering digunakan dalam putusan pengadilan. Sebagai contoh, dari 48 perkara yang diteliti yang dituntut dengan Pasal 310 ayat (1) atau Pasal 310 ayat (2) KUHP, terdapat 20 perkara yang mendapat vonis bebas atau lepas dan 11 perkara yang mendapat vonis pidana dengan masa percobaan.²¹⁴ Kemudian, dari 34 perkara yang diteliti yang dituntut berdasarkan Pasal 311 ayat (1) KUHP, terdapat 12 perkara yang diputus bebas atau lepas oleh pengadilan dan 6 perkara di mana pengadilan memutus pidana dengan masa percobaan.

Mengukur keperluan (*necessity*) dan proporsionalitas (*proportionality*) tentu perlu melihat kepada situasi kasus per kasus. Namun, data yang disampaikan pada paragraf sebelumnya tetap relevan untuk menunjukkan bahwa penerapan pasal-pasal terkait kejahatan pencemaran atau fitnah tidak selalu harus berujung dengan pemenjaraan dan hukum pidana Indonesia telah menyediakan alternatif pidana non-pemenjaraan melalui pidana dengan masa percobaan untuk kasus-kasus di mana ekspresi yang dipermasalahkan memang memenuhi syarat untuk dibatasi. Pemahaman ini dibutuhkan untuk menghindari penjatuhan pidana yang eksekutif, dengan catatan bahwa pengadilan telah memutus dengan tepat kebersalahan terdakwa terkait dugaan penghinaan yang ia lakukan.

Selanjutnya, merujuk Laporan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi, Frank La Rue, dunia internet memiliki ciri unik dan peraturan atau pembatasan yang mungkin dianggap sah dan seimbang bagi media tradisional (*offline*) sering tidak bisa diaplikasikan terhadap akses internet. La Rue mencontohkan, dalam kasus penghinaan di era internet, individu yang merasa nama baiknya tercemar bisa menggunakan hak jawabnya saat itu juga, sehingga

²¹⁴ Angka ini harus diperhatikan dengan catatan bahwa ancaman sanksi pidana penjara maksimal dalam Pasal 310 ayat (1) KUHP adalah sembilan bulan dan untuk Pasal 310 ayat (2) adalah satu tahun empat bulan. Pidana bersyarat dengan masa percobaan sesuai ketentuan Pasal 14a KUHP dapat diterapkan salah satunya apabila hakim menjatuhkan pidana penjara paling lama satu tahun. Dengan demikian, sudah sewajarnya menjadi lebih mudah bagi hakim untuk menjatuhkan pidana bersyarat dengan masa percobaan di kasus-kasus yang dipidana dengan Pasal 310 ayat (1) KUHP dan Pasal 310 ayat (2) KUHP.

sanksi pidana penghinaan lewat internet tidak perlu dijatuhkan.²¹⁵ Standar ini memberikan konsekuensi bahwa ekspresi di medium internet dapat diberikan hak jawab untuk mengklarifikasi dalam forum yang sama, dan langkah ini merupakan langkah yang proporsional. Artinya, tindakan penghukuman atas ekspresi yang dilakukan di media online, tidak perlu dijatuhi hukuman pidana karena tidak proporsional.

Sebagaimana disebut di awal, bentuk-bentuk dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE mencakup penjara dan/atau denda, dengan variasi hukuman percobaan. Banyak kasus dengan putusan dalam hitungan bulan (atau menyesuaikan dan menggenapkan dengan masa tahanan), atau putusan dengan hukuman percobaan. Kondisi ini memunculkan isu tentang proporsionalitas dan keperluan (*necessity*) apakah seseorang harus dijatuhi pidana karena pernyataannya dan isu hukuman apa yang dianggap perlu dan proporsional bagi terdakwa. Hal ini terkait dengan pendapat La Rue, bahwa pernyataan yang dianggap menghina di medium internet seharusnya telah cukup jika sudah ada upaya perbaikan di medium yang sama, dan fakta saat ini banyak kasus penghinaan di berbagai negara lain yang diselesaikan dengan mekanisme mediasi.

Sedikitnya putusan yang menganalisis fakta yang dituduhkan dengan jaminan kebebasan berekspresi mengakibatkan isu proporsionalitas hukuman ini lebih banyak terkait dengan bentuk hukuman yang akan dijatuhkan. Berbagai upaya perdamaian, permintaan maaf dari terdakwa atau penghapusan konten, lebih banyak ditempatkan sebagai alasan yang memperingan hukuman, bukan dalam konteks proporsionalitas respon negara atas ekspresi yang dianggap melampaui batas, dalam konteks ini menghina dan/atau mencemarkan nama baik.

Dalam berbagai kasus, terdakwa telah menyatakan permohonan maaf, baik lisan maupun tertulis, namun terdakwa tetap dinyatakan bersalah dan dijatuhi hukuman. Terdakwa Augie Fantinus Wiyana misalnya, yang juga telah melakukan perdamaian dengan terdakwa juga tetap dijatuhi hukuman.²¹⁶ Banyak kasus-kasus dengan dakwaan Pasal 27 ayat (3) UU ITE diberikan hukuman percobaan, yang mengindikasikan bahwa sebetulnya kesalahan terdakwa cukup ringan, selain adanya faktor-faktor yang meringankan terdakwa. Dalam putusan yang lain, permohonan maaf menjadi landasan untuk memberikan pidana bersyarat berupa pidana percobaan, misalnya terhadap Terdakwa Tiong Shan Daniel Budi Santoso:

“Menimbang, bahwa Majelis Hakim menerapkan Pasal 14 huruf(a) KUHP atau perlunya dijatuhi Pidana bersyarat kepada diri Terdakwa Tiong Shan Daniel

²¹⁵ Wahyudi Djafar dan Zainal Abidin, *Membelenggu Ekspresi: Studi Kasus mengenai Praktik Pemblokiran/ Penyaringan Konten Internet dan Kriminalisasi Pengguna Internet di Indonesia*, (Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, 2014), hal. 4.

²¹⁶ Putusan PN Jakarta Pusat No. 84/PID.Sus/2019/PN. Jkt.Pst., hal. 16.

Budi Santoso Als. Budi Bin M. Hasan dengan alasan hukum, di persidangan Terdakwa telah menyatakan permohonan maaf atas salah khilafnya yang telah mengirimkan informasi elektronik melalui aplikasi Whatsapp kepada saksi Prof. Dr. Marry Astuti (orang tua saksi Gunawan Wibisono) yang di dalamnya terkandung merendahkan harga diri orang lain, hal ini dilakukan Terdakwa karena adanya kesulitan untuk berkomunikasi secara langsung mengenai penyelesaian masalah rumah tangga Terdakwa yang ada keterkaitan dengan saksi Gunawan Wibisono, akan tetapi pada akhirnya rumah tangga Terdakwa mengalami perceraian juga. Selanjutnya Terdakwa dipersidangan telah menyadari kesalahannya dan kedepan akan lebih bijak dalam penggunaan media informasi elektronik, dan setelah Majelis Hakim mencermati perbuatan Terdakwa tersebut yang mengirimkan informasi elektronik dengan aplikasi Whatsapp melalui jaringan pribadi (bukan diunggah secara umum) sehingga akibat yang ditimbulkan tidak secara langsung secara meluas dapat menimbulkan rasa malu dan merendahkan harga diri, serta tidak merugikan secara kebendaan atau materiil kepada pihak lain.”²¹⁷

Dalam sejumlah kasus, Putusan telah cukup baik melihat aspek proporsionalitas, meski penjatuhan hukuman juga tidak mudah dijustifikasi. Dalam kasus dengan terdakwa Florence Sihombing, sebagai kasus yang mendapatkan perhatian publik cukup besar dan tuduhan dianggap menghina sekelompok orang, argumen Putusan sebagai berikut:

“... merupakan prinsip dalam penjatuhan pidana harus sebanding dengan bobot kesalahan Terdakwa. Pidanaan tidak boleh mencerminkan kesewenang-wenangan tanpa memperhatikan fungsi dan arti dari hukuman itu sendiri. Pula pidanaan harus mempertimbangkan segi manfaat dan kerusakan terhadap diri (jiwa raga) serta masa depan Terdakwa;”

“Bahwa hakikat pidanaan itu sebagai alat korektif, introspektif, edukatif dan kontemplatif bagi diri Terdakwa yang harus merefleksikan tujuan pembinaan dan pengajaran bagi diri Terdakwa, yang pada gilirannya Terdakwa bisa merenungi apa yang telah diperbuatnya. Dari sana diharapkan pula akan timbul perasaan jera pada diri Terdakwa, yang pada gilirannya bisa mencegah orang lain pula agar tidak melakukan kesalahan serupa.”

“Bahwa sebagai bangsa yang memegang teguh budaya adiluhung, terlebih Terdakwa telah meminta maaf kepada segenap warga Yogyakarta melalui akun Path-nya, maka proses pemulihan keadaan yang melibatkan

²¹⁷ Putusan PN Sukoharjo No. 87/Pid.Sus/2019/PN Skh., hal. 47.

Terdakwa, masyarakat (korban) dengan memberikan maaf kepada Terdakwa merupakan pilihan yang tepat dan bijak untuk menjadikan peristiwa hukum ini sebagai pembelajaran bersama.”²¹⁸

Dalam Putusan dengan Terdakwa Elridawati, Putusan juga menyatakan bahwa hukuman haruslah proporsional, sebagaimana argumen berikut:

“...menurut Majelis Hakim tujuan pemidanaan yang akan dijatuhkan bagi Terdakwa adalah bukan semata-sama untuk balas dendam akan tetapi untuk menyadarkan Terdakwa akan kesalahannya sehingga Terdakwa dapat kembali bermasyarakat dengan baik. Penjatuhan pidana menurut Majelis Hakim harus memperhatikan asas proporsional (sesuai dengan tingkat kesalahan Terdakwa) serta memenuhi tujuan pemidanaan yang harus bersifat korektif, preventif dan edukatif, serta melihat sifat yang baik dan jahat dari para Terdakwa sebagaimana diwajibkan Pasal 8 ayat (2) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.”²¹⁹

Isu proporsionalitas dan keperluan menghukum ekspresi seseorang ini menjadi isu krusial di tengah pengaturan di tingkat perundang-undangan yang tidak presisi dan menimbulkan multitafsir di kalangan aparat penegak hukum, terlebih dalam hal penerapan Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Majelis Hakim menghadapi masalah yang cukup sulit jika secara hukum berdasarkan fakta-fakta yang cukup untuk menyatakan terpenuhi unsur-unsur tindak pidana sehingga tetap harus memberikan hukuman, padahal ekspresi yang dituduhkan sebagai “penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” sesungguhnya tidak benar-benar mencerminkan niat (sebagai kesengajaan) untuk menghina atau mencemarkan nama baik.

Dalam standar hukum HAM, Komite HAM PBB menjelaskan dengan mengutip kembali pandangannya dalam perkara *Shin v. Republic of Korea*, yaitu bahwa negara harus menunjukkan secara spesifik dan khusus mengenai ancaman seperti apa yang timbul akibat dari ekspresi seseorang terhadap kepentingan lain yang ingin dilindungi dan menjelaskan tingkat keperluan dan proporsionalitas dari hukuman yang diberikan dengan menunjukkan hubungan langsung antara ekspresi pelaku dengan ancaman yang dijadikan alasan pembatasan.²²⁰ Pendekatan ini dapat diadopsi oleh pengadilan-pengadilan ketika memeriksa kasus yang berdimensi kebebasan berekspresi. Pertimbangan hukum tidak hanya menjelaskan fakta hukum dan unsur-unsur pasal, tetapi juga harus menjelaskan mengapa terdakwa perlu dipidana (dalam hal ia dinyatakan bersalah) dengan menjelaskan ancaman apa yang muncul dari perbuatan terdakwa terhadap reputasi korban atau

²¹⁸ Putusan PN Yogyakarta No. 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk, hal. 27.

²¹⁹ Putusan PN Kualasimpang No. 380/Pid.Sus/2018/PNKsp, hal. 28.

²²⁰ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 35.

kepentingan lain yang relevan menurut Pasal 19 ayat (3) KIHSP.

Dalam perkara terkait penghinaan terhadap penguasa, mengingat dalam konteks ini bahwa pemidanaan sangat berpeluang menciptakan *chilling effect* bagi masyarakat, pengadilan perlu juga mempertimbangkan untuk tidak memidanakan terdakwa atau sekadar memberi perintah bagi terdakwa, dalam hal ekspresi atau pernyataannya tidak benar tetapi disampaikan tanpa ada niat jahat, untuk meralat pernyataannya yang tidak benar tersebut. Opsi hukuman percobaan dengan syarat umum dan syarat khusus yang tersedia dalam Pasal 14a KUHP dan Pasal 14c KUHP juga bisa menjadi jalan untuk menjamin proporsionalitas penghukuman.

Namun, tentu saja segala pertimbangan dan kondisi tersebut baru bisa dilaksanakan apabila pengadilan telah menafsirkan dan menerapkan hukum secara tepat dan benar sehingga penentuan mengenai bersalah atau tidaknya terdakwa memang telah berdasarkan teori hukum pidana dan standar hukum HAM yang berlaku.

Putusan pengadilan HAM regional dapat menjadi rujukan dalam memahami bagaimana menilai proporsionalitas respon negara atas tindakan penghinaan, termasuk respon berupa pemidanaan. Dalam kasus *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*, Pengadilan HAM Inter-Amerika berpandangan bahwa pemidanaan terhadap Herrera-Ulloa oleh pengadilan Kosta Rika karena ia tidak mampu membuktikan kebenaran tuduhannya telah menghalangi serta menimbulkan ketakutan dan hambatan (*chilling and inhibiting effect*) bagi kerja-kerja jurnalisisme dan pada akhirnya menghambat diskursus masyarakat dalam isu-isu terkait kepentingan publik.²²¹ Dalam kasus *Uson Ramirez v. Venezuela*, Pengadilan HAM Inter-Amerika memutus Venezuela bersalah melanggar Konvensi HAM Inter-Amerika dengan salah satu pertimbangannya menyatakan bahwa intervensi atau pembatasan terhadap kebebasan berekspresi melalui hukum pidana seharusnya digunakan secara sangat terbatas dan hanya ketika sangat diperlukan untuk melindungi kepentingan-kepentingan yang mendasar dari serangan serius yang dapat merusak kepentingan tersebut, karena sifat hukum pidana adalah sebagai *ultima ratio* (upaya terakhir).²²²

Contoh lain dapat ditemukan di kasus *Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda*. Dalam perkara ini Pengadilan HAM Afrika berpendapat bahwa tidaklah dibenarkan untuk menjatuhkan hukuman pidana terhadap ekspresi yang disalahartikan konteksnya karena akan menciptakan atmosfer ketakutan di masyarakat sehingga hukuman pidana terhadap Umuhoza tidak diperlukan di tengah masyarakat demokratis.²²³ Dalam perkara *Loha Issa Konate v. Burkina Faso*, Pengadilan HAM Afrika

²²¹ Lihat *Herrera-Ulloa v. Costa Rica...*, *Op. Cit.*, par. 132-133.

²²² Lihat *Uson Ramirez v. Venezuela...*, *Op. Cit.*, par. 73.

²²³ Lihat *Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda...*, *Op. Cit.*, par. 159.

mempertimbangkan bahwa Burkina Faso tidak dapat membuktikan mengapa hukuman penjara adalah bentuk sanksi yang diperlukan untuk melindungi hak dan reputasi dari penegak hukum.²²⁴ Selain itu, pelanggaran terhadap undang-undang terkait kebebasan berekspresi dan pers tidak dapat dijatuhi sanksi perampasan kemerdekaan dan dengan demikian, hukuman terhadap Konate tergolong tidak proporsional dan secara berlebihan membatasi kebebasan ekspresi.²²⁵

Berbagai contoh praktik pengadilan HAM regional ini adalah bukti bahwa syarat *"necessity"* dan *"proportionality"* secara ekuivalen sama pentingnya dengan syarat pembatasan hak atas kebebasan berekspresi lainnya. Bukan suatu praktik yang asing bahwa pengadilan HAM regional memutuskan adanya pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi semata-mata karena menemukan pemerintah negara yang digugat telah menjatuhkan sanksi yang tidak proporsional terhadap individu yang menggugat. Oleh sebab itu, pengadilan di Indonesia perlu mulai menguatkan perspektif mengenai perlu atau tidaknya suatu ekspresi dijatuhi pidana dan proporsionalitas sanksi yang dijatuhkan.

3.7.7. Perumusan Delik Penghinaan dalam UU ITE Menduplikasi Penghinaan dalam KUHP dan Tidak Menjamin Kepastian Hukum

Bahwa Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 311 ayat (1) KUHP adalah pasal-pasal yang menjadi rujukan dalam rumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Pasal UU ITE tersebut berkenaan dengan penyebaran muatan penistaan dalam bentuk informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik. Untuk mengingatkan kembali, unsur-unsur Pasal 27 ayat (3) UU ITE adalah sebagai berikut:

“Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”

Penjelasan dari Pasal 27 ayat (3) UU ITE menerangkan bahwa ketentuan pada pasal tersebut mengacu pada ketentuan pencemaran dan/atau fitnah yang diatur dalam KUHP. Dapat dipahami maksud dari penjelasan pasal tersebut adalah bahwa penafsiran atas Pasal 27 ayat (3) UU ITE dilakukan dengan merujuk kepada Pasal 310 dan/atau Pasal 311 KUHP. Apabila setiap pasal tersebut dipecah menjadi unsur-unsur yang berdiri sendiri, maka dapat dilihat bahwa memang rangkaian unsur-unsur perbuatan yang tersusun dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE serupa dengan Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) KUHP serta Pasal 311 ayat (1) KUHP dan sebagian unsur dalam UU ITE memiliki padanan (kesejajaran makna) dengan unsur-unsur

²²⁴ Lihat *Loha Issa Konate v. Burkina Faso...*, *Op. Cit.*, par. 163.

²²⁵ *Ibid.*, par. 164-165.

dalam KUHP. Hal tersebut dapat tergambarkan dalam tabel berikut.

Tabel Padanan Unsur-Unsur dalam Pasal Pencemaran dan Fitnah dalam UU ITE dan KUHP

Pasal 27 ayat (3) UU ITE	Pasal 310 ayat (1) KUHP	Pasal 310 ayat (2) KUHP	Pasal 311 ayat (1) KUHP
"Setiap orang"	"Barangsiapa"	"Barangsiapa"	"Barangsiapa"
"Dengan sengaja"	"Dengan sengaja"	"Dengan sengaja"	"Dengan sengaja"
"Tanpa hak"	<i>Tidak ada padanan</i>	<i>Tidak ada padanan</i>	<i>Tidak ada padanan</i>
"Mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya"	"yang maksudnya supaya hal tersebut diketahui umum"	"yang maksudnya supaya hal tersebut diketahui umum" dan "dilakukan dengan tulisan atau gambaran yang disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum"	"yang maksudnya supaya hal tersebut diketahui umum" dan/ atau "dilakukan dengan tulisan atau gambaran yang disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum"
"Informasi Elektronik dan/ atau Dokumen Elektronik"	<i>Tidak ada padanan</i>	"Tulisan atau gambaran"	"Tulisan atau gambaran"
"Yang memiliki muatan penghinaan dan/ atau pencemaran nama baik"	"Menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal"	"Menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal"	"Menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal"

Pasal 27 ayat (3) UU ITE	Pasal 310 ayat (1) KUHP	Pasal 310 ayat (2) KUHP	Pasal 311 ayat (1) KUHP
<i>Tidak ada padanan</i>	<i>Tidak ada padanan</i>	<i>Tidak ada padanan</i>	“Yang melakukan dibolehkan untuk membuktikan apa yang dituduhkan itu benar, tidak membuktikannya, dan tuduhan dilakukan bertentangan dengan apa yang diketahui”

Dalam penjabaran pada paragraf-paragraf sebelumnya, telah dijelaskan bahwa unsur “dengan sengaja” pada rumusan delik pencemaran atau fitnah harus dimaknai sebagai kesengajaan yang bersifat tujuan (*opzet als oogmerk*). Selain itu, telah dijelaskan pula bahwa unsur “dengan sengaja” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE memiliki makna yang sama dengan unsur “dengan sengaja” pada Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP. Dengan demikian, telah jelas bahwa makna unsur “dengan sengaja” pada Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 KUHP, dan Pasal 311 KUHP adalah sama.

Salah satu padanan unsur yang patut diperhatikan adalah unsur “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diakses” dalam UU ITE dengan berbagai padanannya dalam KUHP, yaitu unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” serta unsur “dilakukan dengan tulisan atau gambaran yang disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum”, khususnya dalam hal ini unsur “di muka umum.”

Penjelasan mengenai makna unsur “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diakses” dapat dilihat pada Penjelasan Pasal 27 ayat (1) UU ITE, yang berbunyi sebagai berikut:

“Yang dimaksud dengan “mendistribusikan” adalah mengirimkan dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik kepada banyak Orang atau berbagai pihak melalui Sistem Elektronik.

Yang dimaksud dengan “mentransmisikan” adalah mengirimkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang ditujukan kepada satu pihak lain melalui Sistem Elektronik.

Yang dimaksud dengan “membuat dapat diakses” adalah semua perbuatan lain selain mendistribusikan dan mentransmisikan melalui Sistem Elektronik

yang menyebabkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dapat diketahui pihak lain atau publik.”

Terkait unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”, penafsiran mengenai unsur ini dapat dilihat kembali pada penjelasan dalam bab sebelumnya, yang pada intinya menerangkan bahwa harus terbukti: 1) apakah benar pelaku yang menuduhkan sesuatu hal ke orang lain menghendaki hal tersebut diketahui umum; dan 2) apakah benar banyak orang menjadi mengetahui hal tersebut karena perbuatan pelaku. Dari sisi konteks perbuatan, **kedua unsur dalam UU ITE dan KUHP tersebut sama-sama memiliki tujuan atau kondisi akhir yaitu membuat orang lain atau publik mengetahui perbuatan pencemaran.**

Terkait dengan padanan lainnya, yaitu unsur “di muka umum”, telah dijelaskan pula dalam paragraf-paragraf sebelumnya bahwa unsur tersebut dimaknai sebagai suatu tempat di mana banyak orang lain dapat melihat atau mendengar terjadinya perbuatan, di mana makna “tempat” bisa dimaknai sebagai tempat atau ruang publik atau juga yang bukan ruang publik namun orang lain masih bisa melihat atau mendengar perbuatan yang dilakukan. Dari makna tersebut kita dapat mengambil kesimpulan **bahwa perbuatan pencemaran yang “dilakukan dengan tulisan atau gambaran yang disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum” memiliki kesamaan konteks dengan “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diakses” informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang bermuatan pencemaran.** Makna dari keduanya sama-sama mengacu kepada adanya akses orang lain atau publik untuk melihat, mendengar, atau mengetahui adanya perbuatan pencemaran yang terjadi.

Maka, dapat disimpulkan bahwa hampir keseluruhan **rangkaian unsur dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE memiliki padanan atau kesejajaran makna dengan rangkaian unsur dalam pasal-pasal KUHP yang terkait pencemaran dan fitnah**, yaitu Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) KUHP serta Pasal 311 ayat (1) KUHP. Namun, ada juga beberapa perbedaan unsur yang nyata, salah satunya mengenai unsur “tanpa hak” yang terdapat dalam UU ITE tetapi tidak memiliki padanan dalam pasal-pasal terkait di KUHP.

Merujuk pada perbandingan unsur-unsur dan analisis di atas, **ketentuan-ketentuan terkait dalam KUHP sebenarnya mampu mengakomodasi perbuatan-perbuatan penghinaan di ranah online.** Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) KUHP tidak secara kaku mengatur bahwa tindak pidana penghinaan yang diatur dalam pasal tersebut adalah hanya tindakan-tindakan pencemaran yang dilakukan di luar jaringan internet.

Pasal 310 ayat (1) KUHP justru cukup generik atau umum dalam menguraikan perbuatan yang dilarang, yaitu “dengan sengaja menyerang kehormatan atau nama

baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal." Sementara, Pasal 310 ayat (2) menambahkan unsur pemberatan apabila "perbuatan tersebut dilakukan dengan tulisan atau gambar". Pasal-pasal tersebut tidak mengatur bahwa perbuatan yang dilarang tersebut harus dilakukan di ranah *offline* dan bukan di jejaring internet atau ranah *online*. Hal ini juga didukung dengan temuan dari 21 putusan perkara yang dituntut pencemaran berdasarkan Pasal 27 ayat (3) UU ITE, setidaknya terdapat 11 kasus yang menggunakan dakwaan alternatif atau subsidiaritas dengan menggunakan Pasal 310 ayat (1) atau ayat (2) KUHP maupun Pasal 311 ayat (1) KUHP. Temuan ini memperlihatkan sebenarnya aparat penegak hukum sendiri memahami bahwa dugaan penghinaan yang dituntut dengan menggunakan ketentuan Pasal 27 ayat (3) UU ITE bisa dituntut juga dengan ketentuan tindak pidana pencemaran atau fitnah yang diatur dalam KUHP.

Perbedaan yang terlihat dalam pengaturan delik penghinaan dalam UU ITE dengan tindak pidana pencemaran atau fitnah dalam KUHP, selain terkait adanya unsur "informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik", adalah mengenai ancaman pidana. Dalam KUHP, tindak pidana pencemaran diancam dengan pidana penjara paling lama 9 (sembilan) bulan atau denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah, sementara itu untuk pencemaran tertulis diancam dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun 4 (empat) bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah. Terhadap tindak pidana fitnah, KUHP mengatur ancaman pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun.

Dalam UU ITE sebelum perubahan diatur bahwa setiap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang dalam Pasal 27 ayat (3) maka diancam dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). Ancaman pidana ini kemudian diubah menjadi lebih ringan melalui revisi UU ITE tahun 2016 sehingga terhadap perbuatan tersebut diancam dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 750.000.000,00 (tujuh ratus lima puluh juta rupiah).

Dari perbandingan tersebut dapat dilihat bahwa ancaman pidana terhadap perbuatan penghinaan yang diatur UU ITE mengalami peningkatan atau pemberatan dibandingkan ancaman pidana terhadap pencemaran atau fitnah yang ada diatur dalam KUHP. Meskipun ancaman pidana penjara maksimum atas penghinaan dalam UU ITE telah diperingan sehingga menjadi sama dengan ancaman pidana penjara perbuatan fitnah dalam KUHP, ancaman pidana dendanya tetap jauh lebih tinggi dari yang diancamkan dalam KUHP. Padahal, sesuai analisis dalam paragraf-paragraf sebelumnya, telah jelas bahwa Pasal 27 ayat (3) UU ITE secara substansi mengatur hal yang sama dengan Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2) KUHP serta Pasal 311 ayat (1) KUHP. Dengan demikian, ketentuan delik penghinaan dalam UU ITE pada dasarnya hanya memperkenalkan ancaman pidana yang lebih

tinggi atas perbuatan yang secara substansi sama dengan pencemaran atau fitnah dalam KUHP. Pemberatan ancaman pidana dalam UU ITE tersebut tidak memiliki justifikasi yang jelas. Penjelasan UU ITE juga tidak memberikan uraian mengenai dasar dari perbedaan ancaman pidana tersebut.

Di samping pemberatan ancaman pidana yang tidak memiliki justifikasi tersebut, Pasal 27 ayat (3) UU ITE juga mencampuradukkan tindak pidana pencemaran dan fitnah menjadi satu perbuatan yang sama yang diatur dalam satu pasal yang sama. Padahal, pengaturan dalam KUHP memperlihatkan bahwa pencemaran dan fitnah adalah dua tindak pidana yang berbeda karena perbuatan fitnah memiliki unsur pemberatan, yaitu adanya pembuktian kebenaran tuduhan yang mana pelaku tidak dapat membuktikannya dan tuduhannya bertentangan dengan apa yang ia ketahui. Oleh karena adanya unsur pemberat tersebut, maka ancaman pidana terhadap perbuatan fitnah yang diatur dalam KUHP juga lebih berat daripada pencemaran.

Oleh karena itu, penggabungan ketentuan pidana mengenai pencemaran dan fitnah di dalam satu pasal yang sama seperti yang terjadi dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE merupakan anomali dalam sistem pemidanaan yang berlaku dalam sistem hukum pidana Indonesia. Rumusan norma Pasal 27 ayat (3) UU ITE menimbulkan kebingungan dalam membedakan perbuatan pencemaran dan fitnah dalam rezim UU ITE, sementara itu pengaturan dalam KUHP telah secara tegas mengatur bahwa pencemaran dan fitnah adalah dua tindak pidana yang berbeda dengan ancaman pidana yang harus berbeda pula.

Permasalahan pemberatan ancaman pidana tanpa justifikasi yang jelas dan penggabungan pengaturan tindak pidana pencemaran dan fitnah ke dalam satu pasal yang sama, memperlihatkan bahwa Pasal 27 ayat (3) UU ITE memiliki masalah dalam perumusannya. Rumusan yang bermasalah tersebut membuka ruang-ruang penerapan hukum yang beragam sehingga secara logis berpeluang pula menimbulkan penyalahgunaan wewenang aparat penegak hukum. Secara fundamental, rumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE juga berpeluang menimbulkan pelanggaran hak atas kepastian hukum yang adil yang menurut UUD 1945 adalah termasuk hak asasi manusia yang dijamin sebagai hak konstitusional warga negara.

3.7.8. Aparat Penegak Hukum Menggunakan secara Berlapis Pasal Pidana yang Berbeda-beda Konteks Pengaturannya untuk Mempidanakan Suatu Ekspresi

Merujuk keterkaitan antara ketentuan Pasal 310 KUHP, Pasal 311 KUHP dan Pasal 27 (3) UU ITE, ketentuan-ketentuan pidana pencemaran atau fitnah sangat efektif dalam menjerat berbagai bentuk ekspresi dan tidak menjamin kepastian hukum.

Berbagai surat dakwaan dengan tuduhan pelanggaran Pasal 27 ayat (3) UU ITE misalnya, seringkali disertai dengan dakwaan dengan menggunakan pasal-pasal UU ITE lainnya misalnya dengan Pasal 28 ayat (2), pasal-pasal KUHP dan UU lainnya yang terkait. Hal ini merupakan akibat dari tidak terangnya perbedaan dan batasan masing-masing pasal tersebut sehingga maksud sebenarnya dari ketentuan pidana tersebut menjadi mudah disimpangi. Kondisi ini diperparah pula dengan aparat penegak hukum yang cenderung menyamaratakan berbagai delik yang berbeda sebagai penghinaan. Dampaknya, akan sangat sulit bagi terdakwa untuk lepas dari jerat hukum.

Sebagai contoh, dalam kasus dengan terdakwa Syaeful Lillah, jaksa penuntut umum mendakwa terdakwa dengan tiga dakwaan dengan menggunakan berbagai pasal UU ITE, sebagai berikut:²²⁶

- 1) Melanggar Pasal 36 jo. Pasal 51 ayat (2) UU ITE²²⁷, berdasarkan argumen “bahwa terdakwa mengganti Kepolisian khususnya Polres Kebumen dengan kata-kata “WERCOK” (Wereng Coklat), “Asu 88” adalah merendahkan kehormatan institusi Polri khususnya Polres Kebumen, karena menyamakan petugas Polres Kebumen”;
- 2) Melanggar Pasal 28 ayat (2) jo. Pasal 45A ayat (2)²²⁸, berdasarkan argumen “Bahwa terdakwa mengganti Kepolisian khususnya Polres Kebumen dengan kata-kata “WERCOK” (Wereng Coklat), “Asu 88” adalah dapat menimbulkan perasaan tidak suka bagi orang-orang yang membaca postingan tersebut dan pernah berurusan dengan Kepolisian khususnya Polres Kebumen.”;
- 3) Melanggar Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45 ayat (3) UU ITE²²⁹ berdasarkan argumen “Bahwa argumen terdakwa mengganti Kepolisian khususnya Polres Kebumen dalam postingan status FB-nya dengan kata-kata “WERCOK” (Wereng Coklat), “Asu 88” sangatlah merendahkan dan melecehkan kehormatan institusi Polri khususnya Polres Kebumen sebagai salah satu aparat penegak hukum, karena menyamakan petugas Polres Kebumen dengan binatang.”

Dakwaan berlapis dengan delik-delik yang berbeda juga dihadapi oleh beberapa terdakwa lain seperti yang dijelaskan dalam tabel berikut ini.

²²⁶ Putusan PN Kebumen No. 223/Pid.Sus/2018/PN Kbm, hal. 19-22.

²²⁷ Pasal-pasal tersebut mengatur larangan dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum melakukan perbuatan yang diatur dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 34 UU ITE yang mengakibatkan kerugian bagi orang lain.

²²⁸ Pasal-pasal tersebut mengatur larangan melakukan perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA).

²²⁹ Pasal-pasal tersebut mengatur larangan melakukan perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.

Tabel Contoh Dakwaan Berlapis

Dakwaan UU ITE 2008	Dakwaan UU ITE 2016
<p><u>Prabowo</u> Didakwa melanggar</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45 ayat (1) UU ITE; ● Pasal 311 ayat (1) KUHP; atau ● Pasal 335 ayat (1) ke 2 KUHP. 	<p><u>Augie Fatinus Wiyana</u> Didakwa melanggar:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 28 ayat (1) jo. Pasal 45A ayat (2) UU ITE; ● Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45A ayat (3) UU ITE; ● Pasal 310 ayat (1) KUHP; atau ● Pasal 311 KUHP.
<p><u>Diki Chandra</u> Didakwa dengan</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 45 ayat (1) jo. Pasal 27 ayat (3) UU ITE; atau ● Primair: Pasal 310 ayat (2) KUHP dan Subsidiar: Pasal 311 ayat (1) KUHP. 	<p><u>Syaeful Lillah</u> Didakwa melanggar</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 36 jo. Pasal 51 ayat (2) UU ITE; ● Pasal 28 ayat (2) jo. Pasal 45A ayat (2) UU ITE; atau ● Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45 ayat (3) UU ITE.
<p><u>Ira Simatupang</u> Didakwa melakukan pelanggaran atas</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 42 ayat (1) jo. Pasal 27 ayat (3) UU ITE; ● Pasal 310 ayat (2) KUHP; atau ● Pasal 311 ayat (1) KUHP. 	<p><u>Rusmiati</u> Didakwa melanggar</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 29 jo. Pasal 45 Ayat (3) UU ITE; ● Pasal 27 Ayat (3) jo. Pasal 45 Ayat (1) UU ITE; atau ● Pasal 27 Ayat (4) jo. Pasal 45 Ayat (1) UU ITE.
<p><u>Prita Mulyasari</u> Didakwa melanggar</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 45 ayat (1) jo. Pasal 27 ayat (3) UU ITE; ● Pasal 310 ayat (2) KUHP; atau ● Pasal 311 ayat (1) KUHP. 	<p><u>Teguh Basuki</u> Didakwa melanggar</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 28 ayat (2) jo. Pasal 45A ayat (2) UU ITE; atau ● Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45 ayat (3) UU ITE.

Dakwaan UU ITE 2008	Dakwaan UU ITE 2016
<p><u>Herrybertus Julius Calame</u> Didakwa melanggar</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45 ayat (1) UU ITE; atau ● Pasal 310 ayat (2) KUHP 	<p><u>Danang Tri Widodo</u> Didakwa melanggar</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Pasal 45 A ayat (2) jo. pasal 28 ayat (2) UU ITE; ● Pasal 45 ayat (3) jo. Pasal 27 ayat (3) UU ITE; atau ● Pasal 16 jo. Pasal 4 huruf (b) angka (1) UU No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis

Dengan penggunaan strategi dakwaan berlapis tersebut, sulit bagi orang yang menyampaikan pendapat atau ekspresi yang kemudian dianggap melanggar UU ITE akan terbebas dari hukuman. Salah satu contohnya, dalam kasus-kasus di atas, Majelis Hakim memilih mempertimbangkan yang sesuai dengan fakta-fakta yang paling dekat dengan dakwaan-dakwaan yang diajukan, sebagaimana dalam Putusan dengan Terdakwa Syaeful Lillah:

“Menimbang bahwa Terdakwa telah didakwa oleh Penuntut Umum dengan dakwaan yang berbentuk alternatif, sehingga Majelis Hakim dengan memperhatikan fakta-fakta hukum tersebut diatas memilih langsung dakwaan alternatif ketiga sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (3) Jo Pasal 45 ayat (3) Undang Undang Nomor 11 tahun 2008 sebagaimana telah diubah dan ditambah dengan Undang Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas UU Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, yang unsur-unsurnya adalah sebagai berikut:²³⁰

Kondisi ini secara logis akan membuat masyarakat kesulitan mengatur perilakunya sendiri akibat ketidakjelasan mengenai bagaimana ekspresi yang salah dan yang benar menurut hukum. Hal tersebut disebabkan rumusan peraturan yang tidak diatur secara jelas dan presisi sebagaimana tuntutan standar hukum HAM dalam pengaturan norma yang membatasi suatu hak. Situasi ini yang sebenarnya tidak boleh terjadi menurut Komentar Umum No. 34 dalam mengatur dan menerapkan norma pembatasan hak. Suatu peraturan yang membatasi hak seharusnya diatur secara presisi.

²³⁰ Putusan PN Kebumen No. 223/Pid.Sus/2018/PN Kbm, hal. 37.

3.8. Kesimpulan dan Rekomendasi

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

- **Pengadilan belum menerapkan unsur-unsur pasal penghinaan secara tepat**, antara lain:
 - Tidak menerapkan unsur “dengan sengaja” sebagai *animus injuriandi* secara konsisten, antara lain melalui:
 - ▶ tidak dibuktikannya unsur kesengajaan secara menyeluruh dengan mengaitkannya pada unsur-unsur lain;
 - ▶ ketidakcermatan dan ketidakhati-hatian dalam menghubungkan maksud unsur-unsur pasal dengan fakta-fakta hukum dari perbuatan terdakwa; sehingga pengadilan menghukum perbuatan yang seharusnya tidak dapat dihukum melalui pasal pencemaran atau fitnah;
 - Menggunakan ketentuan delik pencemaran atau fitnah untuk menghukum terdakwa dalam perkara di mana pihak yang merasa diserang kehormatannya adalah badan hukum;
 - Memahami dan menerapkan unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” hanya sebatas sebagai perbuatan yang dilakukan di tempat umum.
- **Belum ada keseragaman cara pengadilan menafsirkan dan menerapkan pasal-pasal terkait pencemaran/penistaan, fitnah, dan penghinaan terhadap penguasa atau badan umum.** Hal ini setidaknya disebabkan oleh:
 - rumusan peraturan di UU ITE yang sebelumnya tidak memberi batasan yang jelas dan tegas mengenai penghinaan yang dimaksud dalam undang-undang tersebut;
 - metode penafsiran dan pemahaman yang belum tepat atas penerapan unsur-unsur pasal; dan/atau
 - pengadilan belum memiliki perspektif dan pertimbangan yang memadai mengenai hukum HAM dalam mengadili perkara-perkara yang didakwakan.
- **Pertimbangan mengenai perlindungan kebebasan berekspresi, termasuk pengujian atas tiga kriteria utama pembatasan hak, tidak pernah digunakan oleh sebagian besar pengadilan dalam memeriksa dan memutus perkara berdimensi hak atas kebebasan berekspresi.** Hal ini berdampak pada banyak hal, di antaranya yaitu perbedaan pandangan pengadilan yang tergambar dalam putusan dan pemidanaan terhadap ekspresi yang sah dan seharusnya dilindungi. Dampak ini terjadi baik di perkara pencemaran atau fitnah yang diatur di KUHP maupun UU ITE serta penghinaan terhadap penguasa atau badan umum, contohnya dalam perkara di mana:
 - Terdakwa melakukan perbuatan diduga penghinaan kepada perusahaan;
 - Terdakwa menulis dan mengirim surat pengaduan atau keluhan yang

- ditujukan kepada pihak yang terbatas dan lewat jalur yang tertutup;
- Terdakwa menyampaikan informasi dugaan perbuatan melanggar hukum oleh pejabat pemerintah lewat media tanpa disertai niat jahat; dan
 - Terdakwa menyampaikan kritik atau keluhan atas kinerja pejabat pemerintah, baik itu secara *offline* maupun *online*, baik itu dengan bahasa yang tajam dan keras maupun yang biasa saja.
- **Ketentuan pidana penghinaan dalam Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP pada dasarnya serupa dengan Pasal 27 ayat (3) UU ITE**, karena semua unsur pasal dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE memiliki padanannya dalam unsur Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP. Dengan demikian, pengadilan dapat menggunakan metode penafsiran unsur-unsur pasal dan analisis terhadap perbuatan terdakwa yang sama antara penghinaan yang terjadi di ranah *online* dan di ranah *offline* dengan merujuk kepada pengaturan mengenai pencemaran atau fitnah dalam KUHP. Selain itu, rumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE ternyata menimbulkan masalah karena adanya pemberatan ancaman pidana tanpa justifikasi yang jelas dan penggabungan pengaturan tindak pidana pencemaran dan fitnah ke dalam satu pasal yang sama, sehingga membuka potensi pelanggaran hak konstitusional warga negara.
 - **Keberadaan SKB UU ITE patut diapresiasi, namun tidak menghilangkan urgensi perlunya revisi terhadap pasal-pasal yang bersifat pembatasan hak kebebasan berekspresi dalam UU ITE.** SKB UU ITE sudah memberikan penjelasan-penjelasan tambahan atas pasal-pasal yang sering menimbulkan pertanyaan di masyarakat, termasuk pasal 27 ayat (3) UU ITE. Namun, dalam standar HAM, pengaturan dan penjelasan pasal yang mengatur pembatasan atas kebebasan berekspresi haruslah dalam undang-undang sehingga SKB bukan produk hukum yang tepat dalam memberi panduan dan batasan atas pasal-pasal tersebut.

Oleh sebab itu, dalam rangka mendorong terpenuhinya standar HAM dalam perlindungan kebebasan berekspresi, maka aparat penegak hukum, khususnya hakim, dalam memeriksa dan mengadili perkara delik penghinaan, perlu:

- **Menggunakan rujukan instrumen hukum HAM internasional dan nasional terkait perlindungan hak atas kebebasan berekspresi** yang berlaku sebagai hukum positif, yaitu Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik beserta Komentar Umum Nomor 34, serta ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Dasar 1945 sebagai dasar dalam membangun pertimbangan hukum dalam perkara penghinaan. Selain itu, aparat penegak hukum perlu juga memperhatikan prinsip-prinsip HAM yang berlaku secara universal, termasuk pendapat para ahli dan prinsip-prinsip HAM yang dituangkan ke dalam bentuk dokumen, salah satunya yaitu Prinsip Siracusa;
- Mempertimbangkan beberapa hal sebagai berikut:
 - **Kontribusi dari perbuatan terdakwa terhadap diskursus mengenai**

- kepentingan publik.** Dalam hal ini, apabila suatu ekspresi memang terkait erat dengan perdebatan mengenai kepentingan publik maka perlindungan terhadap kebebasan berekspresi harus diutamakan dan pemidanaan harus dihindarkan;
- **Peran dan fungsi di ranah publik dari orang yang terdampak reputasinya dan pokok bahasan dari ekspresi atau pernyataan terkait dari terdakwa.** Dalam hal ini, apabila orang yang terdampak reputasinya adalah politisi maupun pejabat publik, maka ruang bagi perlindungan hak atas kebebasan berekspresi harus lebih diutamakan dibandingkan dengan kepentingan perlindungan reputasi orang tersebut. Selain itu, hubungan antara substansi dari ekspresi atau pernyataan yang menjadi pokok perkara dengan aspek kepentingan publik harus dipertimbangkan. Sebagai contoh, dalam hal substansi suatu ekspresi atau pernyataan sangat berkaitan erat dengan tindak tanduk seorang politisi dalam kapasitas resminya, tentu hal tersebut berkaitan erat dengan aspek kepentingan publik sehingga perlindungan hak atas kebebasan berekspresi harus diutamakan dan pemidanaan harus dihindarkan; dan
 - **Isi, bentuk, serta konsekuensi dari ekspresi terkait.** Dalam hal ini, terdapat dua jenis ekspresi yang dapat diidentifikasi, yaitu apakah ekspresi tersebut termasuk suatu pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Pernyataan mengenai fakta harus bisa dibuktikan kebenarannya. Sementara itu, opini tidak membutuhkan pembuktian mengenai kebenarannya, namun harus memiliki dasar faktual yang cukup untuk bisa disebut sebagai opini. Jika suatu ekspresi diklaim sebagai *statement of facts* atau *value judgment*, namun dalam pembuktiannya ternyata tidak sesuai dengan karakter dari kedua jenis ekspresi tersebut, maka perlindungan atas reputasi orang yang menjadi korban penghinaan dapat diutamakan. Selain itu, konsekuensi suatu ekspresi terhadap kehidupan personal orang yang terlanggar reputasinya juga perlu dianalisis. Apabila tidak terbukti ada konsekuensi yang berbahaya terhadap pribadi seseorang, maka perlindungan hak atas kebebasan berekspresi harus diutamakan;
 - **Menganalisa perlu atau tidaknya pembatasan hak atas kebebasan berekspresi** (yang dalam konteks proses peradilan pidana bermakna penghukuman atau pemidanaan terhadap terdakwa) **dengan melakukan pengujian tiga tahap** (*three-part test*), yaitu dengan memeriksa:
 - Apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa telah diatur dengan hukum;
 - Apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa ditujukan untuk melindungi kepentingan yang sah, yang dalam konteks delik penghinaan adalah hak atau reputasi orang lain; dan
 - Apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa bersifat

mendesak atau terpaksa dilakukan dalam suatu masyarakat yang demokratis, yang berarti bahwa tidak ada cara lain yang dapat dilakukan negara selain dengan memberikan hukuman atau pidana terhadap perbuatan atau ekspresi terdakwa. Apabila dipandang mendesak, maka hukuman wajib dijatuhkan dengan tetap memperhatikan proporsionalitas pidana sehingga penghukuman tersebut tidak akan mengganggu berjalannya demokrasi.

Selain itu, untuk mendorong keragaman penafsiran dan penerapan unsur-unsur dalam tindak pidana pencemaran, fitnah, dan penghinaan terhadap penguasa atau badan umum, maka ketentuan Pasal 310 KUHP, Pasal 311 KUHP, Pasal 27 ayat (3) UU ITE, dan Pasal 207 KUHP diterapkan dengan cara sebagai berikut:

Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP

- Unsur “dengan sengaja” wajib ditafsirkan dalam konteks kesengajaan sebagai tujuan (*oogmerk*);
- Unsur “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal” harus dibuktikan bersamaan dengan unsur “dengan sengaja” dan pembuktian keduanya harus diperlakukan dalam satu rangkaian perbuatan;
- Unsur “seseorang” dalam rumusan harus dipahami sebagai individu manusia dan bukan korporasi atau badan hukum;
- Penerapan unsur “yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum” harus diperlakukan sama seperti membuktikan unsur kesengajaan, namun dalam hal ini dikaitkan khusus dengan adanya maksud agar tuduhan terdakwa menjadi diketahui umum;
- Penerapan unsur “menyerang kehormatan atau nama baik” harus melihat konteks peristiwa yang melingkupi terjadinya pencemaran atau fitnah. Penggunaan interpretasi gramatikal semata atas perbuatan terdakwa tidak dapat digunakan untuk memidanakan terdakwa.

Pasal 207 KUHP

- Pasal 207 KUHP perlu dihapuskan karena bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum HAM dan mengancam keberlangsungan masyarakat yang demokratis yang penerapannya dapat menciptakan dampak ketakutan (*chilling effect*) di masyarakat;
- Dalam hal Pasal 207 KUHP masih berlaku, penafsiran unsur-unsur tindak pidananya harus merujuk pada penafsiran pada Pasal 310 KUHP;
- Unsur-unsur spesifik dalam Pasal 207 KUHP harus ditafsirkan sebagaimana penjelasan berikut:
 - Unsur “menghina” wajib diterjemahkan sebagai “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal.” Elemen penting adalah adanya tuduhan dari terdakwa sehingga penggunaan Pasal

207 KUHP menjadi sejalan dengan konstruksi pencemaran dalam Pasal 310 KUHP. Selain itu, hal ini memperjelas perbedaan Pasal 207 KUHP dengan Pasal 315 KUHP mengenai penghinaan ringan yang tidak mensyaratkan adanya elemen tuduhan;

- Penerapan unsur “menyerang kehormatan atau nama baik” harus melihat konteks peristiwa yang melingkupi terjadinya penghinaan terhadap penguasa. Penggunaan interpretasi gramatikal semata atas perbuatan terdakwa tidak dapat digunakan untuk memidanakan terdakwa;
- Unsur “menuduhkan sesuatu hal” harus diartikan menyampaikan tuduhan hanya dalam konteks pelaksanaan tugas dan fungsi penguasa tersebut sebagai bagian dari pemerintah. Tuduhan yang berkaitan dengan kehidupan pribadi penguasa seharusnya diterapkan Pasal 310 KUHP atau Pasal 311 KUHP apabila dilakukan pada ranah *offline* atau Pasal 27 ayat (3) UU ITE apabila dilakukan pada ranah *online*;
- Kepentingan yang sah yang dilindungi oleh Pasal 207 KUHP adalah perlindungan atas reputasi, yang mana hanya bisa melekat kepada individu. Badan umum, dari sudut pandang manapun, tidak dapat disamakan dengan individu dan oleh sebab itu tidak dapat memiliki reputasi. Maka dalam konteks Pasal 207 KUHP, tidak boleh ada pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dalam hal ekspresi tersebut ditujukan kepada badan umum;
- Delik dalam Pasal 207 KUHP harus diperlakukan sebagai delik aduan, sejalan dengan pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa penuntutan berdasarkan Pasal 207 KUHP harus dilakukan atas dasar pengaduan (*bij klacht*).

Pasal 27 ayat (3) UU ITE

- Ketentuan Pasal 27 ayat (3) UU ITE adalah ketentuan yang hanya menduplikasi ketentuan-ketentuan delik pencemaran dan fitnah di KUHP, yaitu Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP, bahkan dari segi rumusannya bermasalah. Oleh sebab itu, ketentuan Pasal 27 ayat (3) UU ITE tidak diperlukan dan perlu dihapuskan demi mendorong terpenuhinya hak atas kepastian hukum yang adil;
- Dalam hal ketentuan Pasal 27 ayat (3) UU ITE tetap berlaku, penafsiran unsur-unsur tindak pidananya harus merujuk pada penafsiran pada Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP serta merujuk pada panduan dalam SKB UU ITE untuk Pasal 27 (3) UU ITE;
- Unsur-unsur spesifik dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE harus ditafsirkan:
 - Maksud unsur “dengan sengaja” adalah kesengajaan dengan tujuan atau adanya *animus juriandi*;
 - Maksud unsur “mendistribusikan”, “mentransmisikan”, dan membuat dapat diakses” ditafsirkan sebagai unsur “untuk diketahui umum”;

- Maksud unsur “mengandung muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”, ditafsirkan sebagaimana maksud Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP.

Proporsionalitas dan Urgensi Penghukuman

- Merujuk pada standar dan norma HAM terkait dengan kebebasan berekspresi bahwa dalam hal terjadi konflik antara hak yang dilindungi dan hak yang tidak dilindungi oleh KIHSP maka pengakuan dan pertimbangan seharusnya diberikan kepada fakta bahwa KIHSP berusaha untuk melindungi hak-hak dan kebebasan yang paling mendasar (*the most fundamental rights and freedoms*). Dalam konteks ini, kebebasan berekspresi merupakan kebebasan fundamental yang mempunyai bobot perlindungan yang sangat tinggi sehingga penting bagi Pengadilan untuk secara kuat memberikan pertimbangan terkait pentingnya perlindungan kebebasan berekspresi sebelum memberikan putusan pidana dalam perkara-perkara penghinaan.
- Dalam hal terdakwa terbukti bersalah sesuai standar interpretasi unsur-unsur pasal serta prinsip-prinsip hukum pidana dan hukum HAM yang sudah dijelaskan sebelumnya, pengadilan juga harus mempertimbangkan tingkat keperluan dan proporsionalitas penjatuhan pidana kepada terdakwa. Sedapat mungkin, pidana penjara tidak dijatuhkan dan diganti oleh bentuk pidana lain. Argumentasi dan pertimbangan tentang ini memang bergantung kepada karakteristik kasus masing-masing. Namun, situasi tertentu yang dapat menjadi pertimbangan di antaranya:
 - Apabila terdakwa sudah membuat klarifikasi atau belum menarik kembali tuduhannya (baik lisan maupun tertulis) lewat medium yang sama di mana ia menyampaikan tuduhannya, maka pidana penjara seharusnya dihindarkan.
 - Apabila terdakwa belum membuat klarifikasi atau belum menarik kembali tuduhannya (baik lisan maupun tertulis), maka pembedaan dapat dihindarkan dengan menerapkan Pasal 14a KUHP dan/atau Pasal 14c KUHP sehingga pengadilan dapat menjatuhkan syarat umum dan khusus bagi terdakwa untuk membuat klarifikasi atau menarik kembali tuduhannya atau bentuk syarat khusus lainnya.



BAB IV

TINDAK PIDANA UJARAN KEBENCIAN DAN PERMUSUHAN DI RANAH *ONLINE*

Bagian ini membahas tentang kebebasan berekspresi dalam hubungannya dengan tindak pidana terkait “ujaran kebencian” (*hate speech*) dan “permusuhan” sebagaimana diatur dalam hukum pidana dan hukum HAM di Indonesia serta hukum HAM internasional. Bagian ini diawali dengan konteks masalah “ujaran kebencian” dan hubungannya dengan kebebasan berekspresi, yang dilanjutkan dengan analisis sejumlah pengaturan dan putusan pengadilan terkait tindak pidana tentang “ujaran kebencian”. Bagian akhir menguraikan kesimpulan dan memberikan berbagai rekomendasi.

4.1 Konteks dan Tren Ujaran Kebencian di Indonesia

Meningkatnya perbuatan ujaran kebencian telah menjadi kepedulian global karena berbagai negara juga mengalami masalah ujaran kebencian tersebut,²³¹ termasuk di Indonesia.²³² Ujaran kebencian terjadi di ranah daring maupun luring dengan beragam latar belakang, mulai dari ujaran kebencian yang ditujukan pada individu lainnya, kebencian pada kelompok-kelompok minoritas dan rentan sampai pada kebencian yang dilatar belakangi dengan masalah-masalah politik. Ujaran kebencian saat ini semakin marak terjadi di ranah daring, sejalan dengan perkembangan internet yang memunculkan ruang dan medium bagi setiap orang untuk berekspresi dan membagi informasi, termasuk informasi yang mengandung muatan kebencian dan permusuhan. Selama Pandemi COVID-19, ujaran kebencian menjadi semakin tinggi dan meluas secara global. Sekjen PBB, Antonio Guterres, mengharapkan Negara-Negara untuk memerangi “tsunami” kebencian yang terkait dengan Covid-19.²³³

Di Indonesia, Ratusan situs dan *content* yang dianggap menyebarkan *hoax* dan ujaran kebencian di internet di *take down* oleh pemerintah (Kepolisian dan instansi terkait lainnya). Kominfo mengaku telah menangani kasus ujaran kebencian berlatar belakang suku, agama, ras dan antar golongan (SARA) di ruang digital dan sejak 2018 sampai dengan April 2021, dengan 3.640 konten telah dilakukan pemutusan akses atau *take down* yang 54 konten diantaranya mengandung muatan kebencian dan

²³¹ Imparsial, *Penebaran Kebencian: Studi Pengaturan Penebaran Kebencian di Indonesia*, (Jakarta: Imparsial, 2015), hal. 1-2.

²³² Alamsyah M. Djafar dan Faida Mardika, *Meredam Kebencian: Satu Dekade Pemantauan Siar Kebencian keagamaan di Indonesia*, (Jakarta: Wahid Foundation, 2020).

²³³ Sekretaris Jenderal PBB, *Secretary-General Denounces 'Tsunami' of Xenophobia Unleashed amid COVID-19, Calling for All-Out Effort against Hate Speech*, Press Release, 8 May 2020. Dapat diakses di <https://www.un.org/press/en/2020/sgsm20076.doc.htm> .

permusuhan.²³⁴ Kasus-kasus ujaran kebencian ini muncul di berbagai daerah,²³⁵ misalnya di Jakarta, berdasarkan laporan Polda Metro Jaya melaporkan bahwa *hoax* dan ujaran kebencian merupakan kasus-kasus kejahatan siber yang paling menonjol.²³⁶ Penelitian Safenet tentang ujaran kebencian di ranah digital yang dirilis pada Januari 2022 menunjukkan keluasan pola ujaran kebencian, dasar atau alasan melakukan ujaran kebencian serta beragam pelaku dan korbannya.²³⁷

Pada tahun 2020, kasus-kasus ujaran kebencian dan permusuhan di ranah daring yang didakwa melanggar Pasal 28 ayat (2) juga meningkat. Pihak yang terkena tuduhan “menimbulkan rasa kebencian” atau “permusuhan” sangat beragam, termasuk dari individu dengan profesi tertentu, misalnya musisi dan jurnalis. Salah satu perkara yang menonjol adalah pernyataan-pernyataan Jerinx, seorang musisi, yang didakwa melakukan kebencian terhadap Ikatan Dokter Indonesia (IDI) di media sosial. Jerinx dianggap melanggar Pasal 28 ayat (2) *jo.* Pasal 45 ayat (2) UU ITE, yang kemudian dinyatakan bersalah dan dihukum 1 tahun 2 bulan penjara di tingkat pertama dan ditingkat banding menjadi 10 bulan. Sebelumnya, pada April 2018, M. Yusuf, jurnalis, ditangkap dan didakwa melakukan ujaran kebencian setelah menulis laporan kritis yang memaparkan kasus-kasus sengketa lahan antara petani dan perusahaan perkebunan sawit - PT Multi Sarana Agro Mandiri. Yusuf meninggal di tahanan ketika menunggu proses persidangan pada Juni 2018.²³⁸ Sejumlah “figur publik” juga terkena jerat Pasal 28 ayat (2) UU ITE, misalnya musisi Ahmad Dhani.²³⁹

Penanganan perbuatan ujaran kebencian, termasuk penanganan secara hukum melalui pemidanaan pada satu sisi diperlukan, namun pada sisi yang lain akan berpotensi membatasi atau bahkan melanggar kebebasan berekspresi jika dilakukan dengan sewenang-wenang, eksekutif dan dilakukan tanpa ada batasan yang jelas. Berbagai perkara ujaran kebencian yang dibawa ke pengadilan secara umum menunjukkan adanya penerapan pasal-pasal tindak pidana ujaran kebencian dan permusuhan yang cukup eksekutif, yang timbul dari sejumlah faktor

²³⁴ Muhammad Refi Sandi, “Kominfo Klaim Sudah Take Down 3.640 Akun Terkait Ujaran Kebencian”, <https://nasional.okezone.com/read/2021/04/27/337/2401507/kominfo-klaim-sudah-take-down-3-640-akun-terkait-ujaran-kebencian>, diakses pada hari Selasa, 25 Mei 2021. Lihat juga Safenet, *Laporan Riset: Ujaran Kebencian di Ranah Digital: Korban, Pelaku dan Metode Penanganan, Studi Kasus Empat Wilayah di Indonesia*, (Denpasar: SAFEnet, 2022), hal. 15.

²³⁵ Putranegara Batubara, “Satgas Nemangkawi Tangkap Pelaku Ujaran Kebencian di Media Sosial”, <https://news.okezone.com/read/2021/05/25/340/2415553/satgas-nemangkawi-tangkap-pelaku-ujaran-kebencian-di-media-sosial>, diakses pada hari Selasa, 25 Mei 2021.

²³⁶ Bachtiarudin Alam, “Sepanjang 2020, Polda Metro Garap 443 Kasus Hoaks & 1.448 Akun Medsos di Take Down”, <https://www.merdeka.com/peristiwa/sepanjang-2020-polda-metro-garap-443-kasus-hoaks-amp-1448-akun-medsos-di-take-down.html>, diakses pada hari Selasa, 25 Mei 2021.

²³⁷ SAFEnet, *Laporan Riset: Ujaran Kebencian di Ranah Digital...*, *Loc. Cit.*

²³⁸ Freedom House, “Freedom on the Net 2019: Indonesia”, <https://freedomhouse.org/country/indonesia/freedom-net/2019>, diakses pada hari Selasa, 25 Mei 2021.

²³⁹ Lihat Putusan PN Jakarta Selatan No. 370/Pid.Sus/2018/PN.Jkt.Sel.

diantaranya adanya perumusan ketentuan tindak pidana yang sangat longgar dan memudahkan penghukuman dengan tuduhan menyebarkan kebencian atau menimbulkan permusuhan.

Standar dan norma HAM terkait pelarangan ujaran kebencian menyatakan bahwa Negara harus memberlakukan legislasi (pengaturan) yang menetapkan sanksi sepantasnya yang berlaku sama bagi perorangan maupun badan Negara. Larangan ujaran kebencian diberlakukan kepada orang yang melakukan advokasi yang mengandung anjuran untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan. Orang yang menganjurkan interpretasi minoritas atau bahkan ofensif terhadap ajaran agama atau peristiwa sejarah, atau seseorang yang menyebarkan contoh kebencian dan hasutan untuk melaporkan atau meningkatkan kesadaran akan masalah ini, tidak boleh dibungkam berdasarkan Pasal 20 KIHSP. Negara harus melindungi orang ini bahkan ketika negara tidak setuju atau tersinggung atas apa yang ia ungkapkan.

Perkembangan tata kelola internet (*internet governance*) kemudian memunculkan kepedulian dan debat tentang dampak penggunaan internet dan teknologi informasi, termasuk yang terkait dengan ujaran kebencian. Hal ini misalnya pada 2018, Pelapor Khusus PBB untuk kebebasan Berpendapat dan Berekspresi memberikan rekomendasi kepada Dewan HAM PBB bahwa dalam pengaturan konten di ranah daring, negara-negara tetap terikat pada kewajibannya untuk memastikan setiap pembatasan kebebasan berekspresi harus sesuai dengan Pasal 19 ayat (3) KIHSP yang mencakup keabsahan hukum, kepentingan yang sah dan proporsionalitas serta sesuai dengan pembatasan berdasarkan Pasal 20 ayat (2) KIHSP.²⁴⁰

Pada 2020, Dewan Eropa melakukan studi tentang model-model tata kelola masalah *hate speech* dan pengaturannya di ranah *online*. Studi ini mencakup tiga tingkat pengaturan ujaran kebencian, yakni: (i) tingkat moderasi (*moderation level*), yakni *platform* internet menggunakan alat-alat (*tools*) tertentu untuk secara langsung menangani konten-konten ujaran kebencian; (ii) tingkat pengawasan (*the oversight level*), yakni penetapan dan pengawasan kebijakan-kebijakan moderasi dan prosedur pengawasan atas konten; dan (iii) tingkat pengaturan (*the regulatory level*), khususnya dalam tingkat ini bertujuan untuk melawan ujaran atau ekspresi yang tidak sah (*unlawful*) dan dilarang oleh hukum (*illegal speech*).²⁴¹

Dalam konteks ini, penting merujuk kembali pada Komentar Umum No. 34 Komite HAM PBB, bahwa setiap pembatasan ekspresi haruslah tidak "... *put in jeopardy the*

²⁴⁰ Komisi HAM PBB, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye, A/HRC/38/35* (6 April 2018), par. 7 dan 8.

²⁴¹ Alexander Brown, *Models of Governance of Online Hate Speech: On the emergence of collaborative governance and the challenges of giving redress to targets of online hate speech within a human rights framework in Europe*, (Strasbourg: Council of Europe, 2020), hal. 6 dan 63.

right itself... the relation between right and restriction and between norm and exception must not be reversed".²⁴² Pembatasan ekspresi, termasuk dalam menangani masalah dan penyebaran informasi yang mengandung dan menimbulkan kebencian dan permusuhan, haruslah merupakan langkah yang eksepsional dan hukum pidana harus menjadi upaya paling akhir (*ultimum remedium*) karena sifat intrusi hukum pidana itu pada hak-hak warga negara serta adanya potensi atas dampak pembedaan yang menimbulkan efek ketakutan (*chilling effect*).

4.2. Konsep dan Pengaturan Ujaran Kebencian dalam Hukum Indonesia

Peraturan perundang-undangan Indonesia, utamanya hukum pidana, telah mengatur berbagai perbuatan dan ekspresi-ekspresi kebencian dan tindakan yang dianggap menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan pada individu, kelompok atau golongan penduduk. Penerapan pasal-pasal tindak pidana tentang permusuhan dan kebencian dalam berbagai kasus bersinggungan erat dengan hak atas kebebasan berekspresi, termasuk hukum-hukum pidana telah menjerat berbagai ekspresi yang sah (*legitimate expression*). Ketentuan-ketentuan pidana tentang kebencian dan permusuhan juga sering difungsikan sebagai pasal "penghinaan" terhadap negara, institusi, atau Presiden.²⁴³

4.2.1. Pasal 156 dan Pasal 157 KUHP

Sebagai latar belakang, berbagai peraturan perundang-undangan Indonesia mengatur ketentuan yang melarang tindakan-tindakan "permusuhan" dan "ujaran kebencian", guna melindungi individu dan kelompok-kelompok di masyarakat, termasuk kelompok-kelompok minoritas dan kelompok rentan. Secara spesifik, terdapat UU No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis, yang merupakan salah satu UU yang melindungi tindakan kebencian yang berbasis ras dan etnis. UU tersebut merupakan ketentuan yang melanjutkan komitmen Indonesia dalam menghapuskan diskriminasi rasial sebagaimana Indonesia telah meratifikasi CERD. Komitmen ini juga terlihat dari ratifikasi Indonesia atas KIHSP yang dalam Pasal 20 menyatakan Negara mempunyai kewajiban hukum untuk melarang semua advokasi atas kebencian yang berbasis pada ras dan agama yang mengarah pada penghasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan dan kekerasan (*violence*).

Sebelum UU Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis, Indonesia mempunyai pengaturan tentang larangan melakukan "permusuhan" dan "kebencian" sebagaimana diatur Pasal 156 dan 157 KUHP. Kedua pasal tersebut berada

²⁴² Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, Op. Cit., par. 21.

²⁴³ Adhigama A. Budiman dkk., *Studi Tentang Penerapan UU ITE di Indonesia: Mengatur Ulang Kebijakan Pidana di Ruang Siber*, (Jakarta: ICJR, 2021), hal.138-139.

dibawah Bab “Kejahatan Terhadap Ketertiban Umum”, sehingga ketentuan-ketentuan tersebut lebih bernuansa untuk menjaga “ketertiban” dan mengatasi isu-isu “keamanan”, dengan fokus perlindungan pada Pemerintah (Pasal 156) dan perlindungan pada “golongan rakyat Indonesia” (Pasal 157). Pasal-pasal lain yang terkait, yaitu Pasal 154 dan pasal 155 dinyatakan tidak berlaku oleh MK karena tidak sesuai dengan UUD 1945.²⁴⁴ Pasal lainnya, yakni Pasal 156A KUHP tentang Penodaan Agama (Pasal 4 UU No. 1/PNPS/1965), sekarang ini juga digunakan untuk menjerat perbuatan kebencian dan permusuhan yang terkait dengan keagamaan/keyakinan.²⁴⁵ Ketentuan-ketentuan lain adalah Pasal 59 ayat (3) huruf a UU No. 16 Tahun 2017 Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 Tentang Organisasi Kemasyarakatan Menjadi Undang-Undang²⁴⁶ (UU Ormas) dan Pasal 14 UU No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana.²⁴⁷

Pasal 156 KUHP merumuskan ketentuan tentang ujaran kebencian dan permusuhan sebagai berikut:

“Barangsiapa di muka umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian atau penghinaan terhadap suatu atau beberapa golongan rakyat Indonesia, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah. Perkataan golongan dalam pasal ini dan pasal berikutnya berarti tiap-tiap bagian dari rakyat Indonesia yang berbeda dengan suatu atau beberapa bagian lainnya karena ras, negeri asal, agama, tempat, asal, keturunan, kebangsaan atau kedudukan menurut hukum tata negara.”

Sementara perumusan Pasal 157 KUHP, sebagai berikut:

“1. Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan tulisan

²⁴⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 013-022/PUU-IV/2006 dan 6/PUU-V/2007.

²⁴⁵ Kajian mengenai Pasal 156A KUHP dan interpretasi pengadilan atas Pasal 156A KUHP dapat dilihat di LeIP, *Penafsiran Terhadap Pasal 156A Huruf a KUHP tentang Penodaan Agama (Analisis Hukum dan Hak Asasi Manusia)*, (Jakarta: LeIP, 2018). Dapat diakses di <https://leip.or.id/tag/penodaan-agama-penistaan-agama-blasphemy/>.

²⁴⁶ Dalam ketentuan ini Ormas dilarang melakukan tindakan permusuhan terhadap suku, agama, ras, atau golongan. aksud dari “tindakan permusuhan” adalah ucapan, pernyataan, sikap atau aspirasi, baik secara lisan maupun tertulis, baik melalui media elektronik maupun tidak melalui media elektronik yang menimbulkan kebencian, baik terhadap kelompok tertentu maupun terhadap setiap orang termasuk ke penyelenggara negara.

²⁴⁷ Pasal XIV UU No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana: (1) Barang siapa, dengan menyiarkan berita atau pemberitahuan bohong, dengan sengaja menerbitkan keonaran dikalangan rakyat, dihukum dengan hukuman penjara setinggi-tingginya sepuluh tahun. (2) Barang siapa menyiarkan suatu berita atau mengeluarkan pemberitahuan, yang dapat menerbitkan keonaran di kalangan rakyat, sedangkan ia patut dapat menyangka bahwa berita atau pemberitahuan itu adalah bohong, dihukum dengan penjara setinggi-tingginya tiga tahun.

atau lukisan di muka umum, yang isinya mengandung pernyataan perasaan permusuhan, kebencian atau penghinaan di antara atau terhadap golongan-golongan rakyat Indonesia, dengan maksud supaya isinya diketahui atau lebih diketahui oleh umum, diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun enam bulan atau pidana denda paling banyak empat rupiah lima ratus rupiah.

2. Jika yang bersalah melakukan kejahatan tersebut pada waktu menjalankan pencariannya dan pada saat, itu belum lewat lima tahun sejak pemedanaannya menjadi tetap karena kejahatan semacam itu juga, yang bersangkutan dapat dilarang menjalankan pencarian tersebut.”

Dalam berbagai pengaturan diatas, masalah utama terletak pada ketidakcukupan atau tidak memadainya penjelasan unsur-unsur tindak pidana, misalnya tentang maksud “perasaan permusuhan, kebencian dan penghinaan”. Dalam sejumlah UU lain, secara terbatas memberikan pengertian tentang maksud “permusuhan” misalnya dalam UU Ormas yang menyatakan “tindakan permusuhan” adalah ucapan, pernyataan, sikap atau aspirasi, baik secara lisan maupun tertulis, baik melalui media elektronik maupun tidak melalui media elektronik yang menimbulkan kebencian, baik terhadap kelompok tertentu maupun terhadap setiap orang termasuk ke penyelenggara negara.

Bahwa dalam Pasal 156 dan Pasal 157 KUHP, ada 3 (tiga) kategori perbuatan yang diancam yakni “kebencian”, “permusuhan” dan “penghinaan”. Kata asli “penghinaan” dalam kedua pasal ini rumusan aslinya menggunakan istilah “*minachting*” yang dapat diartikan sebagai “ketidaksukaan” , “merendahkan” atau “melecehkan”²⁴⁸ yang berbeda dengan konsepsi “beleediging” atau penghinaan.²⁴⁹

Persoalan lainnya adalah maksud dari “golongan rakyat Indonesia”. Makna “golongan” pada awalnya dimaknai dalam sistem hukum dan kedudukan ketatanegaraan Indonesia pada era pemerintahan kolonial Hindia Belanda, sesuai Pasal 163 *Indische Staatsregeling*. Pembagian tiga golongan di hadapan hukum tersebut adalah golongan Eropa, pribumi, dan Timur Asing. Dalam Putusan MK Nomor 76/PUU/-XV/2017, pengertian golongan ini diberikan makna lebih luas, bukan saja mencakup kelompok agama, suku dan ras, tetapi meliputi semua entitas yang tidak terwakili atau terwadahi oleh istilah suku, agama dan ras.²⁵⁰

Sebagai tambahan, ketentuan lainnya yang terkait dengan “permusuhan” dalam konteks “ketertiban publik” adalah Pasal 156A (Pasal 4 UU No. 1/PNPS/1956, yang

²⁴⁸ Dalam bahasa Inggris: *contempt*. Lihat Arsil (ed.)..., *Op. Cit.*, hal. 602-603.

²⁴⁹ Hasil wawancara dengan peneliti senior LelP, Arsil, 6 November 2021.

²⁵⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 76/PUU/-XV/2017, hal 69.

sering dikenal dengan ketentuan tentang “penodaan agama”, yang berbunyi:

“Dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya lima tahun barangsiapa dengan sengaja di muka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan: a. yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia;”

Ketentuan penodaan agama ini merupakan salah satu aturan yang paling sering digunakan untuk menghukum ekspresi yang sah, termasuk dengan tuduhan melakukan “permusuhan” yang terkait dengan agama. Masalah pokok dari ketentuan penodaan agama ini adalah: (i) ketiadaan definisi yang memadai tentang maksud dari “permusuhan” dan “penghinaan” agama; (ii) perbedaan subyek yang harus dilindungi antara kebebasan beragama atau berkeyakinan dan penerapan Pasal 156A KUHP, yaitu perlindungan subyek hukum yang bersifat individual dan yang bersifat “kelompok”.

Dalam praktiknya, penodaan yang berupa permusuhan pada agama mempunyai cakupan yang luas dan penerapannya cenderung diskriminatif dan menghalangi/membatasi hak-hak kelompok tertentu dan melanggar hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan. Dalam praktik tersebut, penerapan ketentuan pidana tentang “penodaan agama” ini seringkali tidak memenuhi persyaratan pembatasan HAM sesuai dengan standar HAM internasional, khususnya Pasal 19 ayat (3) dan Pasal 18 KISHP.²⁵¹ Sebagai contoh, perbuatan-perbuatan seperti kritik terhadap pemimpin agama seharusnya tidak dapat dipidana, namun seringkali diklasifikasikan dengan bentuk dari perbuatan yang bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama. Perbuatan tersebut hanya bisa dilarang dan “dipidana” jika mengandung ekspresi kebencian yang mengarah pada hasutan kebencian, diskriminasi, permusuhan dan kekerasan.

4.2.2. Pasal 28 (2) UU ITE

Adanya UU ITE memunculkan tindak pidana tentang larangan penyebaran informasi atau *content* yang mengandung unsur rasa permusuhan dan kebencian yang dilakukan di ranah daring, sebagaimana diatur Pasal 28 ayat (2) UU ITE sebagai berikut:

“Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antar golongan (SARA).”

²⁵¹ Lihat LeIP..., *Loc. Cit.*

UU ITE tidak memberikan penjelasan tentang maksud dari unsur-unsur tindak pidana-nya,²⁵² misalnya maksud dari frasa “menimbulkan rasa kebencian”, “rasa kebencian atau permusuhan”, selain juga tidak ada penjelasan tentang maksud kata “kebencian” dan “permusuhan” itu sendiri. Lebih jauh lagi, tidak terdapat frasa menyebarkan informasi secara daring (online) dalam pasal 28 ayat (2). Sehingga Pasal ini mirip dengan Pasal 156 dan Pasal 157 KUHP. Sejumlah frasa dalam unsur tindak pidana lainnya yang penting dan tidak diberikan penjelasan adalah “antar golongan”. Pada revisi UU ITE tahun 2016, Pasal 28 ayat (2) ini tidak termasuk ketentuan yang mengalami perubahan.

Penelusuran pada Naskah Akademis dan Rancangan Undang-undang (RUU) ITE yang disusun oleh Departemen Informasi dan Komunikasi menunjukkan pada awalnya tidak ada ketentuan mengenai ujaran kebencian sebagaimana diatur dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE. Bagian (B) Naskah Akademis yang berjudul “Bentuk-bentuk Pelanggaran Yang Perlu Diatur Dalam Regulasi Pemanfaatan Teknologi Informasi Khususnya Informasi dan Transaksi Elektronik”, memuat pelanggaran yang hendak dilarang. Di nomor 3 yang berjudul “Pelanggaran lainnya” disebutkan mengenai “*Hate sites*” yakni situs-situs yang bermuatan kebencian yang digunakan oleh para ekstrimis untuk mempromosikan isu kebencian rasial (SARA). Contoh yang digunakan dalam Naskah Akademis adalah bahwa di Amerika Serikat, suatu situs anti aborsi berulang kali mendapat serangan dari kelompok yang mendukung aborsi.”²⁵³ Maka berdasarkan Rancangan Undang-undang dan Naskah Akademis, intensi para penyusun UU pada awalnya adalah untuk melarang adanya situs berisi kebencian.

Ketiadaan berbagai penjelasan yang memadai atas unsur-unsur tindak pidana Pasal 28 ayat (2) tersebut menjadikan ketentuan ini sebagai pasal yang cukup kontroversial dan eksekutif ketika diterapkan. Berbagai ekspresi yang dianggap merupakan kritik, misalnya pernyataan Jerinx dan laporan jurnalistik, dapat dengan mudah dijerat dengan tuduhan menimbulkan rasa kebencian. Penafsiran unsur-unsur tindak pidana Pasal 28 ayat (2) ini kemudian tidak konsisten dan minim rujukan jelas dan pasti. Dalam perkembangannya, sejumlah unsur mendapatkan “sedikit” kejelasan misalnya maksud “antar golongan” sebagaimana diberikan interpretasi dalam Putusan MK.²⁵⁴ Maksud “golongan” dalam Putusan MK dinyatakan bukan hanya agama, suku, dan ras, namun mempunyai makna lebih luas, yang mencakup agama, suku dan ras, dan meliputi semua entitas yang tidak terwakili atau terwadahi oleh istilah suku, agama dan ras.²⁵⁵ MK memberikan pertimbangan bahwa membatasi

²⁵² Penjelasan Pasal 28 Ayat (2) UU ITE menyatakan “cukup jelas”.

²⁵³ Lihat Departemen Komunikasi dan Informatika, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik*, hal. 62, huruf l.

²⁵⁴ Putusan Mahkamah Konsitusi No. 76/PUU-XV/2017.

²⁵⁵ *Ibid.*, hal. 69.

entitas lain sebagai bagian dari “golongan” diluar suku, ras dan agama justru akan meniadakan perlindungan hukum entitas-entitas lain tersebut dan berpotensi melanggar Pasal 27 ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.²⁵⁶

Sampai dengan 2021, Pasal 28 ayat (2) terus menjadi ketentuan yang meresahkan. Merespon hal ini, pemerintah dan penegak hukum, dalam hal ini Menteri Komunikasi dan Informatika, Jaksa Agung dan Kepala Kepolisian RI, mengeluarkan SKB UU ITE. Adanya SKB UU ITE ini sedikit banyak, meskipun tidak menjawab masalah mendasar, telah memberikan solusi dengan memberikan penjelasan dan rujukan yang selama ini tidak ada. Adapun pokok-pokok isi pedoman implementasi dalam SKB UU ITE yang terkait dengan Pasal 28 ayat (2) UU ITE sebagai berikut:

- 1) Delik utama Pasal 28 ayat (2) UU ITE adalah perbuatan menyebarkan informasi yang menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan terhadap individu atau kelompok masyarakat berdasar suku, agama, ras dan antargolongan (SARA).
- 2) Bentuk informasi yang disebarkan bisa berupa gambar, video, suara, atau tulisan yang bermakna mengajak, atau menyiarkan pada orang lain agar ikut memiliki rasa kebencian dan/atau permusuhan terhadap individu atau kelompok masyarakat berdasar isu sentimen atas SARA.
- 3) Kriteria “menyebarkan” dapat dipersamakan dengan agar “diketahui umum” bisa berupa unggahan pada akun media sosial dengan pengaturan bisa diakses publik, atau menyiarkan sesuatu pada aplikasi grup percakapan dengan sifat terbuka dimana siapapun bisa bergabung dalam grup percakapan, lalu lintas isi atau informasi tidak ada yang mengendalikan, siapapun bisa *upload* dan berbagi (*share*) keluar, atau dengan kata lain tanpa adanya moderasi tertentu (*open group*).
- 4) Perbuatan yang dilarang dalam pasal ini motifnya membangkitkan rasa kebencian dan/atau permusuhan atas dasar SARA. Aparat penegak hukum harus membuktikan motif membangkitkan yang ditandai dengan adanya konten mengajak, mempengaruhi, menggerakkan masyarakat, menghasut/mengadu domba dengan tujuan menimbulkan kebencian, dan/atau permusuhan.
- 5) Frasa “antar-golongan” adalah entitas golongan rakyat di luar suku, agama, dan ras sebagaimana pengertian antar golongan mengacu Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 76/PUU-XV/2017.
- 6) Penyampaian pendapat, pernyataan tidak setuju atau tidak suka pada individu atau kelompok masyarakat tidak termasuk perbuatan yang dilarang, kecuali yang disebarkan itu dapat dibuktikan ada upaya melakukan ajakan, mempengaruhi, dan/atau menggerakkan masyarakat, menghasut/mengadu domba untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan berdasar isu sentimen perbedaan SARA.

²⁵⁶ *Ibid.*, hal. 68.

4.3. Kasus-kasus ekspresi yang dipidana dengan Ujaran Kebencian

Penelitian ini mendalami dan mengkaji berbagai putusan terkait tindak pidana “kebencian” dan “permusuhan” yang didakwa dengan Pasal 28 ayat (2) UU ITE guna memahami bagaimana Pengadilan menerapkan unsur-unsur dari setiap Pasal 28 ayat (2) UU ITE tersebut. Putusan-putusan ini terbagi menjadi dua, sebelum dan sesudah dikeluarkannya SKB UU ITE sehingga kesesuaiannya akan menjadi bagian dari analisa.

Putusan Pengadilan sebelum dikeluarkannya SKB UU ITE yang dikaji dan dilakukan pendalaman diantaranya:

- 1) **Perkara Alexander Aan:** Aan, seorang calon pegawai negeri sipil (CPNS) pada kantor BAPPEDA Kabupaten Dharmasraya, yang ditangkap warga dan diserahkan ke Kepolisian Dharmasraya karena membuat tulisan di akun Facebooknya dan grup Facebook bernama Grup Ateis Minang dengan judul Nabi Muhammad tertarik kepada menantunya sendiri dan gambar kartun Nabi Muhammad bersetubuh dengan pembantu istrinya. Aan juga membuat tulisan yang mengatakan bahwa ayat Al-Quran diturunkan dalam kaitan untuk melegalkan perkawinan Nabi Muhammad dengan Zainab binti Jas. Tulisan-tulisan Aan di dalam akun Facebook dan grup Ateis Minang ini dianggap menimbulkan kemarahan dan meresahkan masyarakat pemeluk agama Islam. Aan didakwa secara alternatif dengan Pasal 28 ayat (2) *jo*. Pasal 45 ayat (2) UU No. 11 Tahun 2008 atau Pasal 156A huruf a KUHP, atau Pasal 156A huruf b KUHP, yang diadili di PN Muaro dan pada 13 Juni 2012 dinyatakan terbukti bersalah melanggar Pasal 28 ayat (2) *jo*. Pasal 45 ayat (2) UU No. 11 Tahun 2008.²⁵⁷ Aan dihukum selama 2 tahun 3 bulan dan denda Rp. 100.000.000. Putusan ini dikuatkan PT Padang²⁵⁸ dan kasasinya ditolak MA.²⁵⁹

- 2) **Perkara Alfian Tanjung:** Tanjung didakwa karena membuat dan mempublikasikan twit melalui akun twitternya nama #GanyangPKI, berisi kalimat “PDIP yang 85% isinya kader PKI mengusung cagub Anti Islam” pada Januari 2017. Dalam dakwaan disebutkan bahwa akun twitternya memiliki pengikut kurang lebih 1.000, dan juga dapat dilihat siapapun yang mengakses akun twitternya. Isi twit ini kemudian diposting juga oleh situs berita online sebar.com. Tanjung didakwa secara kombinasi alternatif dan subsidair, dengan dakwaan Kesatu Primair Pasal 28 ayat (2) *jo* Pasal 45A ayat (2) UU No. 19 Tahun 2016. Dakwaan Kesatu Subsidair menggunakan pasal 27 ayat (3) *jo* Pasal 45 ayat (3) UU ITE; Dakwaan Kedua Primair Pasal 310 ayat (1) dan (2) KUHP; dan dakwaan Kedua Subsidair Pasal 311 ayat (1) KUHP. PN Jakarta

²⁵⁷ Putusan PN Muaro No. 45/PID.B/2012/PN.MR.

²⁵⁸ Putusan PT Padang No. 137/PID/2012/PT.PDG.

²⁵⁹ Putusan Mahkamah Agung No. 2112 K/Pid.Sus/2012.

Pusat melepaskan Alfian Tanjung, karena perbuatannya terbukti namun menganggap perbuatannya bukan pidana.²⁶⁰ JPU kemudian mengajukan kasasi dan dikabulkan oleh MA yang membatalkan putusan PN Jakarta Pusat serta menyatakan Tanjung bersalah melanggar Pasal 28 ayat (2) UU ITE dan menghukum 2 tahun dan pidana denda sebesar Rp. 100.000.000 (seratus juta rupiah).²⁶¹

3) Kasus Alnoldy Bahari alias Ki Ngawur Permana Bin Altik Hanafi. Bahari didakwa karena status-status di akun Facebooknya yang berisi pernyataan terkait dengan keagamaan, diantaranya pernyataan berikut ini:

- "Tiap menjelang maghrib terdengar mantra2 (mantra -mantra)kemiskinan dan keluhan dari masjid sekitar sini. pantes warganya banyak yang ngak maju."
- "Aneh sama sekitar sini, alim ulama di junjung tinggi2 (tinggi-tinggi) padahal pelajaran rutusnya Cuma belajar baca Al Quran dan bacaan sholat.
- "Aku bersaksi bahwa tiada Tuhan selain Allah SWT, bila belum melihat Allah maka anda adalah saksi palsu.
- "Saya Islam dan saya benar-benar bersaksi bahwa tiada tuhan selain Allah, saya telah melihat Allah kamu ?"
- Allah SWT kalau lagi bete kalimatnya : mereka seperti binatang ternak dan lebih hina dari seekor binatang ternak.
- "bahkan orang-orang yang membaca alquran tapi tidak tahu isi apa yang dibacakan, hampir2 (hampir-hampir) ia tidak tahu serta marah bila saya katakan "malaikatlah yang pertama kali mengajarkan sihir pada manusia, sebentar lagi si tolol akan protes di status saya ini. Lihat aja !!!
- "Lirik lagu dari masjid : pemerintah tidak adil, yang milih pemerintah setempat siapa ? Jadi salah siapa ??
- "Masjid bercahaya dan masjid gelap" disertai postingan dua foto dari *google maps* yang membandingkan foto masjid di kampung babakan kembang yang kecil tapi bercahaya dengan masjid al-istijar di kampung gadong, cibitung (tempat tinggal terdakwa) yang besar tapi redup.
- "Disini wanita tidak boleh masuk masjid"
- "Kalau alim ulama abal - abal sudah masuk ke dunia politik maka ayat alquran bukanlah lagi pedoman sebagai kebenaran mutlak"
- "Buku sekeren apapun kalau ditawarkan ke daerah yang masih banyak orang tololnya, maka ia akan jadi bungkus tempe"
- "Alim ulama yang tidak ikhlas kalau sudah masuk dunia politik, maka bisa mengatakan " wanita tidak lebih berharga dari segenggam tanah. Bicara tanpa dasar demi menjatuhkan lawan politiknya yang berjenis kelamin wanita".

²⁶⁰ Putusan PN Jakarta Pusat No. 1521/Pid.Sus/2017/PN Jkt.Pst.

²⁶¹ Putusan Mahkamah Agung No. 1940 K/Pid.Sus/2018.

- “Ironisnya yang ngaku alim ulama ini adalah seorang wanita. Tidak pantas mencela kaum wanita”.
- “Padahal islam hadir untuk mengangkat harkat dan martabat kaum wanita juga, lha ini kok malah mau dikembalikan pada masa jahiliah”

Status-status tersebut dilihat warga sekitar Kampung Gadog, Desa Cikadu, Kecamatan Cibitung, Pandeglang, yang kemudian di-*screenshot* dan dibahas bersama ulama setempat dan berujung Terdakwa dilaporkan ke Polisi. Bahari didakwa secara alternatif, dengan dakwaan Kesatu dengan Pasal 28 ayat (2) *jo.* Pasal 45A ayat (2) UU ITE *jo.* Pasal 64 ayat (1) KUHP, atau Kedua dengan Pasal 156 a huruf a *jo.* Pasal 64 KUHP. PN Pandeglang menyatakan Bahari bersalah melanggar Pasal 28 ayat (2) UU ITE dan menghukum 5 tahun penjara dan denda Rp. 100.000.000 (100 juta).²⁶² PT Banten mengubah pidana penjara menjadi 3 tahun dan denda 100 juta rupiah.²⁶³ Di tingkat kasasi, MA menolak permohonan kasasi JPU dan Terdakwa, dan memperbaiki putusan PT Banten dengan mengubah pidana penjara menjadi 5 tahun dan denda 100 juta rupiah.²⁶⁴

- 4) Perkara I Gede Aryastina alias Jerinx:** Jerinx diadili karena membuat dua postingan di Instragram dalam akunnya @jrxsid, dengan postingan pertama berisi, “gara-gara bangga jadi kacung WHO, IDI dan RS seenaknya mewajibkan semua orang yang akan melahirkan dites CV19. Sudah banyak bukti jika hasil tes sering ngawur kenapa dipaksakan? Kalau hasil tesnya bikin stress dan menyebabkan kematian pada bayi/ibunya, siapa yang tanggungjawab?” dan kemudian dalam kolom komentar ia menambahkan “BUBARKAN IDI! Saya gak akan berhenti menyerang kalian @ikatandokterindonesia sampai ada penjelasan perihal ini! (emoticon babi) Rakyat sedang diadu domba dengan IDI/RS? TIDAK. IDI & RS yg mengadu diri mereka sendiri dgn hak-hak rakyat”. Postingan ini mendapatkan like sebanyak 3.394 dan komentar sebanyak 56.958 per tanggal 29 Juli 2020. Postingan kedua berisi “Tahun 2018 ada 21 Dokter Indonesia yang meninggal. Ini yang terpantau oleh media saja ya. Sayang ada konspirasi busuk yg mendramatisir situasi seolah Dokter meninggal HANYA TAHUN INI agar masyarakat ketakutan berlebihan thd CV19. Saya Tahu dari mana? Silakan salin semua link yg ada di foto, post di FB/IG anda, lalu lihat APA YANG TERJADI! Masih bilang CV19 bukan konspirasi? WAKE THE FUCK UP INDONESIA!”. Postingan kedua ini per tanggal 29 Juli 2020 mendapat like sebanyak 2.532 dan komentar sebanyak 41.189.

Jerinx dilaporkan ke polisi oleh Ketua IDI Wilayah Bali dan didakwa secara alternatif dengan dakwaan kesatu Pasal 28 ayat (2) *jo.* Pasal 45A ayat (2) UU

²⁶² Putusan PN Pandeglang No. :28/Pid.Sus/2018/PN Pdl.

²⁶³ Putusan PT Banten No. 26/PID/2018/PT.BTN.

²⁶⁴ Putusan Mahkamah Agung No. 3086 K/Pid.Sus/2018.

ITE *jo.* Pasal 64 ayat (1) KUHP atau dakwaan kedua dengan Pasal 27 ayat (3) *jo.* Pasal 45 ayat (3) UU ITE *jo.* Pasal 64 ayat (1) KUHP. PN Denpasar dalam putusan 828/Pid. Sus/2020/PN.Dps menyatakan Jerinx bersalah melakukan ujaran kebencian berdasarkan Pasal 28 ayat (2) *jo.* Pasal 45A ayat (2) UU ITE *jo.* Pasal 64 ayat (1) KUHP dan menghukum penjara 1 tahun 2 bulan dan denda Rp. 10.000.000 subsidi kurungan 1 bulan.²⁶⁵

- 5) Perkara Lomboan Djahamou dan Gerson Blegur:** Pada 4 Desember 2017, Djahamou menggunakan *handphone* memposting status di Facebook-nya yang berisi kalimat-kalimat yang mempertanyakan dan menyanggah perayaan kelahiran Yesus pada tanggal 25 Desember. Saat memposting status tersebut, Djahamou juga menandai (*tagging*) 40 teman Facebook-nya. Postingan ini dianggap menghina dan melecehkan umat Kristian di Kabupaten Alor, serta menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu yang kemudian dilaporkan oleh Pemuda Katolik Komisariat Cabang Alor. Sementara Blegur merupakan salah satu orang yang ditandai dalam postingan Djahamou dan atas komentar-komentarnya dalam postingan tersebut, dan juga dilaporkan dan diproses dalam perkara yang terpisah. Komentar Blegur juga mempertanyakan kebenaran kelahiran Yesus pada tanggal 25 Desember, termasuk mempertanyakan kenapa gereja dan Vatikan berbohong soal ini.

Djahamou dan Blegur didakwa menggunakan dakwaan alternatif, yakni dakwaan pertama Pasal 45A ayat (2) *jo.* Pasal 28 ayat (2) UU ITE dan kedua Pasal 157 ayat (1) KUHP. JPU menuntut keduanya dengan Pasal 45A ayat (2) *jo.* Pasal 28 ayat (2) UU ITE, dengan hukuman 2 tahun dan denda Rp. 100.000.000 subsidi 6 bulan penjara. PN Kalabahi menyatakan Djahamou dan Blegur terbukti bersalah serta dihukum penjara 6 bulan dan denda Rp. 100.000.000 subsidi 3 bulan kurungan.²⁶⁶ JPU mengajukan banding kedua kasus ke PT Kupang, yang kemudian menaikkan pidana penjara menjadi 1 tahun 6 bulan dan denda Rp. 100.000.000 subsidi 6 bulan kurungan.²⁶⁷ Kedua terdakwa mengajukan kasasi ke MA dan ditolak, dengan MA memperbaiki putusan PT Kupang dan menjatuhkan pidana penjara 6 bulan dan denda Rp. 100.000.000 subsidi kurungan 3 bulan.²⁶⁸

- 6) Perkara Soni Suasono Panggabean:** Panggabean pada 20 Maret 2017 menulis di instagramnya tulisan-tulisan yang dianggap menghina Islam, diantaranya: "Bukan seperti islam, yang cabul dan saling membunuh disana sini", "Dengan

²⁶⁵ Putusan PN Denpasar No. 828/Pid. Sus/2020/PN.Dps.

²⁶⁶ Putusan PN Kalabahi No. 39/Pid.Sus/2018/PN Klb dan 40/Pid.Sus/2018/PN Klb.

²⁶⁷ Putusan PT Kupang No. 65/PID/2018/PT.KPG dan 66/PID/2018/PT KPG.

²⁶⁸ Putusan Mahkamah Agung No. 3215 K/Pid.Sus/2018 dan 3103 K/Pid.Sus/2018.

teriak auuwooo akbar mereka membunuh sesama manusia. “Seperti tarzan, selogan ibadahnya auuwooo auuuuwooooo akbar, “Mana Ibadahnya pake acara nungging2 gak jelas” dan “Katanya Agama suci, tapi ketika ibadah aja seperti anjing lagi kawin dengan gaya Doggie Style.”²⁶⁹

Postingan tersebut dilakukan sebagai bentuk kekesalan dan pembalasan terhadap postingan akun @pangeran muda 54 yang dianggap panggabean menghina dan melecehkan Kristen Protestan. Tulisan-tulisan tersebut kemudian disebar oleh orang lain ke beberapa media sosial lain seperti Whatsapp dan Facebook dan kemudian dilaporkan anggota Front Pembela Islam (FPI) Wilayah Riau. Panggabean didakwa melanggar Pasal 45A ayat (2) *jo.* Pasal 28 ayat (2) UU ITE. PN Pekanbaru menyatakan Terdakwa terbukti bersalah dan menghukum 2 tahun,²⁷⁰ yang dikuatkan oleh PT Pekanbaru.²⁷¹

Putusan pengadilan **pasca dikeluarkannya SKB UU ITE** yang dikaji dan dilakukan pendalaman:

7) Perkara Wahyu Rasasi Putri: Wahyu sebagai anggota grup Whatsapp “Kami Medan” yang beranggotakan kurang lebih 70 individu dari berbagai elemen masyarakat, menuliskan kalimat berikut setelah mengikuti aksi penolakan UU Cipta Kerja pada hari Kamis 8 Oktober 2020 di DPRD Sumatera Utara:

“Susah bun, lemot batu aja uda dikejar sama wercok keparat tu.. aku jg td megang batu ribut x orng tu krn dikejar n ditembakkan sama gas air mata hadeh serem kale bunyiny jadi maju mundur maju mundur. Next kt wajib bwakk bom Molotov beneren geram x tdi, ishh.”

Kalimat ini dianggap mengajak seluruh anggota grup untuk membenci dan memusuhi anggota POLRI. Ia didakwa dengan dakwaan alternatif, pertama dengan Pasal 28 ayat (2) *jo.* Pasal 45A ayat (2) UU ITE subsidair Pasal 14 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana; kedua dengan Pasal 14 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1946; dan ketiga dengan pasal 160 KUHP. Pengadilan Negeri Medan pada tanggal 19 Mei 2021 memutus Wahyu terbukti bersalah melanggar Pasal 28 ayat (2) UU ITE dan menjatuhkan pidana penjara 7 bulan 10 hari.²⁷² Diantara amar putusan memerintahkan masa pidana dikurangi masa penangkapan dan penahanan yang telah dijalani, dan agar Penuntut Umum membebaskan Terdakwa sejak putusan diucapkan. Penuntut umum mengajukan banding dengan alasan karena hakim PN tidak menjatuhkan denda sesuai Pasal 45A ayat (2) UU ITE. PT Medan memutuskan menerima banding

²⁶⁹ Putusan PN Pekanbaru No.465/Pid.Sus/2017/PN.Pbr, hal. 5.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ Putusan PT Pekan Baru No. 210/Pid.Sus/2017/PT PBR.

²⁷² Putusan PN Medan No. 151/Pid.Sus/2021/PN.Mdn.

dan menguatkan putusan PN Medan pada tanggal 9 September 2021.²⁷³

- 8) Perkara Imam Kurniawan:** Imam Kurniawan menuliskan dalam grup Facebook “Aliansi Kuli Seluruh Indonesia (AKSI) komentar atas berita tenggelamnya KRI Nanggala pada tanggal 25 April 2021, berbunyi “Disaat kapal selam mu tenggelam disitu istrimu ku ewe.” Grup AKSI bersifat publik dan dapat dibaca semua orang, sehingga salah seorang anggota TNI AL Belawan melaporkan Imam ke polisi. Ia didakwa dengan Pasal 28 ayat (2) *jo.* Pasal 45A ayat (2) UU ITE. PN Medan pada tanggal 27 Agustus 2021 memutus Imam terbukti bersalah dan menghukumnya dengan pidana penjara selama 1 tahun dan denda Rp. 100.000.000 (seratus juta rupiah) subsidair penjara 2 bulan.²⁷⁴
- 9) Perkara Wahidin Bin Zulkifli:** Pada hari Sabtu, 8 Mei 2021, Wahidin merekam video dirinya sendiri yang mengucapkan kalimat-kalimat berikut:

Assalamualaikum Wr.Wb.... kepada saudara-saudaraku semua yang sedang mudik dimanapun antum berada terus mudik, harus bersama-sama ramaikan di tempat penyekatan-penyekatan lawan terobos mereka, pulang jumpai orang tua, jumpai ibu mu, jumpai ayah mu, jumpai anak mu, jumpai sanak saudara mu minta keampunan dari Allah swt, minta kerelaan minta keridhaan kedua orang tua, jangan pernah takut dengan rezim Syaitan iblis yang sudah dikuasai komunis, mereka bekerja untuk komunis, jaga persatuan pupuk kesatuan, lawan rezim yang dhalim ini terobos dimana semua tempat-tempat penyekatan perbatasan-perbatasan indonesia milik kita, merdeka Indonesia dengan kalimat takbir Allahu Akbar. Kita sudah sangat tolerensi tetapi mereka tidak toleransi dengan kita islam mereka ingin membungkam islam. Ingin membunuh orang islam menghilangkan agama islam sebelum terlambat bangkit berjuang, Allahu Akbar.”

Video ini kemudian dikirimkan ke sebuah WhatsApp grup “Forsil Sumatera” yang beranggotakan 28 orang, dan kemudian video ini viral di Facebook dan Instagram. Wahidin didakwa dengan Pasal 28 ayat (2) *jo.* Pasal 45A ayat (2) UU ITE atau Pasal 160 KUHP. PN Banda Aceh memutuskan Wahidin bersalah melanggar Pasal 28 ayat (2) UU ITE dan menghukumnya dengan pidana penjara selama 5 bulan 15 hari dan denda Rp. 2.000.000 (dua juta rupiah) subsidair 1 bulan penjara.²⁷⁵

²⁷³ Putusan PT Medan No. 1259/Pid.Sus/2021/PT Mdn.

²⁷⁴ Putusan PN Medan No. 1845/Pid.Sus/2021/PN Mdn.

²⁷⁵ Putusan PN Banda Aceh No. 248/Pid.Sus/2021/PN Bna.

4.4. Interpretasi Pengadilan terkait unsur-unsur Pasal 28 ayat (2) UU ITE

Secara umum, unsur-unsur tindak pidana Pasal 28 ayat (2) UU ITE dibagi menjadi 3 unsur:

- 1) Setiap orang;
- 2) Dengan sengaja dan tanpa hak;
- 3) Menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku agama, ras dan antargolongan (SARA).

Bahwa unsur-unsur “setiap orang”, “dengan sengaja” dan “tanpa hak” merupakan unsur-unsur yang sudah banyak dijelaskan pada Bab sebelumnya dan secara umum penafsiran dalam unsur-unsur tersebut hampir serupa dengan penafsiran Pasal 27 ayat (3). Pendalaman pada bagian ini lebih berfokus pada unsur “menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antargolongan (SARA)”.

Unsur “menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antargolongan (SARA)” merupakan unsur yang menjadi pembeda dari bentuk-bentuk tindak pidana lain dalam UU ITE. Unsur ini dapat diuraikan dalam sejumlah pengertian sub-unsur yakni “menyebarkan informasi”, “menimbulkan rasa kebencian”, “permusuhan individu dan atau kelompok masyarakat tertentu”, dan “suku, agama, ras dan antargolongan”.

Dalam putusan PN Banda Aceh terhadap terdakwa Wahidin, Majelis Hakim PN Banda Aceh mempertimbangkan bahwa unsur “Tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antar golongan (SARA)” adalah bersifat alternatif, sehingga apabila salah satu sub unsur terbukti maka seluruh frasa ini dapat dikatakan terpenuhi.²⁷⁶

4.4.1. Menyebarkan informasi

Pasal 28 ayat (2) UU ITE menggunakan frasa “menyebarkan informasi” yang berbeda dengan perumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE yang menggunakan kata “mentransmisikan, mendistribusikan, dan membuat dapat diakses”.²⁷⁷

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ Adhigama A. Budiman dkk..., *Op. Cit.*, hal. 81.

Sebelum adanya SKB UU ITE, maksud menyebarkan informasi ini secara sederhana dimaknai sebagai penyebaran informasi yang dilakukan melalui internet dengan cara mem-*posting* atau me-*link* suatu konten agar muncul dalam media internet dengan tujuan tertentu.²⁷⁸ Sejumlah putusan dalam menguraikan frasa “menyebarkan informasi” kemudian juga memberikan definisi maksud dari “memposting” dan “link” tersebut. Putusan lainnya juga memaknai bahwa “menyebarkan informasi” adalah tindakan mengirimkan informasi elektronik ke banyak pihak dan atau bisa diaksesnya informasi tersebut oleh publik.²⁷⁹

Bahwa esensi dari frasa “menyebarkan informasi” adalah dampak informasi yang “diketahui umum”, yang hal ini kemudian juga ditekankan dalam SKB UU ITE. Maksud menyebarkan informasi sebagai “diketahui umum” ini telah diterapkan oleh Majelis Hakim yang memberikan penafsiran kata “menyebarkan” dimaknai sebagai tindakan yang ditujukan untuk diketahui umum, diketahui publik atau bersifat tidak privat, dengan menyatakan:

“...perbuatan Terdakwa menyebarkan informasi elektronik tersebut sengaja dengan tujuan untuk dibaca oleh masyarakat khususnya teman-teman Terdakwa di facebook dimana akun Facebook Terdakwa tersebut dapat dilihat publik atau tidak privat, padahal Terdakwa tidak mempunyai kewenangan atau hak untuk menyebarkan informasi tersebut.”²⁸⁰

Putusan lainnya juga mengafirmasi bahwa maksud “menyebarkan informasi” adalah dengan tujuan untuk diketahui umum, sebagaimana dalam putusan berikut:

“Bahwa Terdakwa menganut paham Ateis berdasarkan kebebasan berekspresi tetapi hal ini tidak boleh dinyatakan secara terang-terangan kepada umum melalui internet (dunia maya) sehingga dapat diketahui oleh umum...”²⁸¹

4.4.2. Ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian dan atau permusuhan

Bahwa unsur “ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian dan atau permusuhan” merupakan unsur yang krusial dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE. Frasa “ditujukan untuk” dalam unsur tersebut merupakan unsur penguat dari unsur “dengan sengaja” dan “menyebarkan informasi”. Kalimat ini penting untuk menguraikan apakah perbuatan terdakwa memang sungguh-sungguh bertujuan untuk menimbulkan rasa kebencian dan atau rasa permusuhan. Berbeda dengan penekanan pada

²⁷⁸ Putusan PN Muaro No. 45/PID.B/2012/PN.MR, hal. 43.

²⁷⁹ Putusan PN Pangkalpinang No. 231/Pid.Sus/2018/PN Pgp., hal.60.

²⁸⁰ Putusan PN Pandeglang No. 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl, hal. 73.

²⁸¹ Putusan PN Muaro No. 45/PID.B/2012/PN.MR, hal. 44.

kalimat “dengan sengaja” yang merujuk pada “menyebarkan informasi”, kalimat “ditujukan untuk” ini bisa secara spesifik merujuk pada perbuatan yang dilakukan untuk tujuan menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan.

Dalam berbagai putusan, tidak ada pemaknaan yang spesifik mengenai kalimat “ditujukan untuk” ini, namun melekat pada unsur “dengan sengaja”. Pembuktian unsur ini utamanya dilakukan dengan melihat isu pernyataan atau *content* yang yang disebarkan oleh terdakwa dan kemudian disimpulkan adanya “tujuan” tertentu, yang dalam konteks ini menimbulkan rasa kebencian dan atau rasa permusuhan. Hal ini terlihat dalam perkara dengan terdakwa Bahari, Majelis Hakim menyimpulkan bahwa karena telah mem-*posting* informasi yang menyinggung warga Kampung Gadog dengan postingan-postingan di status Facebooknya, salah satunya dengan membandingkan masjid di Kampung Gadog dengan masjid di wilayah lain, maka jelas tujuan Terdakwa adalah untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan SARA, khususnya agama Islam dan kelompok masyarakat Kampung Gadog.²⁸²

Masalah pokok dalam kalimat unsur tersebut adalah maksud dari frasa “menimbulkan rasa kebencian” dan “rasa permusuhan” selain makna “kebencian” dan “permusuhan” itu sendiri, yang dapat ditafsirkan sangat luas dan subjektif. Sebagaimana disebutkan sebelumnya, UU ITE tidak memberikan penjelasan mengenai maksud dari “kebencian” dan “permusuhan”

Sejumlah putusan memaknai bahwa unsur “ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian dan atau permusuhan” merupakan unsur yang bersifat alternatif sehingga dalam hal salah satunya atau keduanya telah terbukti maka unsur tersebut dianggap telah terbukti dan sub-unsur lainnya tidak perlu dibuktikan.²⁸³

Majelis Hakim menafsirkan unsur ini melalui sejumlah metode, diantaranya menafsirkan makna dari setiap kata. Dalam putusan dengan terdakwa Bahari, Majelis Hakim memecah unsur untuk ditafsirkan maknanya, misalnya kata “menyebarkan”, “informasi”, “ditujukan”, “menimbulkan”, “permusuhan”, “individu”, “kelompok”, “masyarakat”, “suku”, “agama”, “ras”, dan “golongan”.²⁸⁴ Majelis Hakim kemudian memaknai frasa dengan menggabungkan beberapa kata yang maknanya diambil dari KBBI atau pendapat ahli.

Makna “menimbulkan rasa kebencian dan atau permusuhan” ditafsirkan dalam berbagai kemungkinan pemaknaan, Misalnya pengertian “rasa kebencian” ditafsirkan sebagai tanggapan kebencian atau perasaan benci/sifat benci yang

²⁸² Putusan PN Pandeglang No. 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl, hal. 77-78.

²⁸³ Putusan PN Banda Aceh No. 248/Pid.Sus/2021/PN.Bna, hal.23.

²⁸⁴ Putusan PN Pandeglang No. 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl, hal. 67-68.

akan menimbulkan permusuhan individu/kelompok masyarakat. Penafsiran dari “menimbulkan rasa kebencian” juga mencakup menyiarkan suatu berita/pemberitahuan bohong yang dapat menimbulkan keonaran di kalangan masyarakat yaitu informasi yang disampaikan, atau pernyataan yang tidak benar terhadap seseorang atau terhadap golongan atau kelompok.²⁸⁵ Selain itu, kata “kebencian” juga ditafsirkan sebagai perbuatan yang menunjukkan permusuhan yang hebat, perasaan antipati yang berkepanjangan dan sering disertai niat jahat dan kondisi “rasa kebencian” yang demikian dapat menjadi emosi kuat yang mendorong seseorang untuk berupaya mencelakai obyeknya. Namun, maksud “rasa kebencian” dapat juga memaksudkan perasaan sangat tidak suka tetapi tanpa niat mencelakai objeknya.²⁸⁶

Dalam memaknai apakah terdakwa melakukan perbuatan menyebarkan informasi yang menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan, secara umum Majelis Hakim menginterpretasikan unsur ini dengan indikator dan tolak ukur dari bunyi teks atau kalimat terdakwa, yang dapat berupa ungkapan yang “menjelekkan”, “menghina” atau “menistakan agama”. Dalam perkara dengan terdakwa Panggabean, kalimat pernyataan terdakwa dinilai dengan indikator apakah mengandung kata-kata yang merendahkan, menjelekkan, menghina dan menistakan agama yang menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu.²⁸⁷

Demikian pula dalam Putusan perkara dengan Terdakwa Ahmad Dhani, perkataan terdakwa dianggap menimbulkan “rasa kebencian” dari interpretasi atas kalimatnya:

“Bahwa kalimat “Siapa saja yg dukung Penista Agama adalah Bajingan yg perlu di ludahi muka nya” merupakan suatu ujaran kebencian/ hate speech, kalimat tersebut termasuk ujaran kebencian (*hate speech*). Kalimat itu merupakan ujaran atau kalimat yang dengan jelas menunjukkan ungkapan menghina (ditunjukkan dengan kata ‘Bajingan’ dan ‘perlu diludahi mukanya’) oleh terdakwa atau pemilik akun terhadap siapa saja pendukung penista agama.”²⁸⁸

Kasus lainnya, seorang terdakwa yang menyampaikan pandangan terkait dengan keyakinan, dianggap melakukan ujaran kebencian dan dijatuhi pidana karena pernyataan yang di posting di media sosial mengakibatkan salah satu umat beragama merasa **dihina dan dilecehkan**, terdakwa tidak memiliki alas/dasar

²⁸⁵ Putusan PN Batam No. 36/ Pid.Sus/2021/PN Btm, hal 55.

²⁸⁶ Putusan PN Pekanbaru No. 465/Pid.Sus/2017/PN.Pbr., hal 55.

²⁸⁷ Putusan PN Kalabahi No. 39/Pid.Sus/2018/PN Klb, hal. 57.

²⁸⁸ Putusan PN Jakarta Selatan No. 370/Pid.Sus/2018/PN Jkt.Sel, hal. 64.

hak atau tidak berwenang untuk memberikan komentar yang berkonotasi negatif terhadap suatu otoritas agama tertentu, dan postingan tersebut menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan individu dan/ atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antar golongan (SARA).²⁸⁹ Hal serupa terdapat dalam perkara dengan terdakwa Aan:

“... bahwa Terdakwa yang mengaku penganut faham Atheis yaitu faham yang tidak mengakui kepada Tuhan akan tetapi konten yang diposting ataupun dilink oleh Terdakwa hanya menodai satu agama tertentu di Indonesia yaitu Agama Islam dan melecehkan junjungan atau Rasul Pembawa Risalah Islam yaitu Nabi Muhammad Saw, hal ini membuktikan Terdakwa mempunyai tujuan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/ atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas Suku, Agama, Ras dan Antar Golongan (SARA) khususnya Suku Minang dan Agama Islam.”²⁹⁰

Unsur “menimbulkan rasa permusuhan”, selain ditafsirkan dengan merujuk pada kalimat Terdakwa juga merujuk pada adanya situasi tertentu yang mengakibatkan timbulnya “kebencian” dan “permusuhan”, misalnya pernyataan yang berdampak pada adanya pro kontra dari komentar atas postingan terdakwa yang mengandung provokasi. Pro dan kontra ini kemudian dianggap telah membentuk kelompok masyarakat yang saling berbeda dan dapat mengarah pada konflik terbuka yang bersifat SARA, sebagaimana bunyi putusan berikut:²⁹¹

“...disamping itu ketika postingan yang dimaksud kemudian menghasilkan komentar baik yang pro maupun kontra maka dapat disimpulkan bahwa postingan tersebut mengandung provokasi karena berdampak pada terbentuknya kelompok yang saling berbeda posisinya yang merupakan keadaan konflik tersembunyi dan dapat mengarah kepada konflik terbuka yang bersifat SARA.”²⁹²

Pendekatan serupa ditemui dalam perkara dengan Terdakwa Jerinx yang dalam Putusan menyatakan bahwa postingan tentang IDI Kacung WHO menginspirasi orang lain dengan banyaknya komentar negatif yang menyiratkan kebencian terhadap IDI.²⁹³

Merujuk dua kasus diatas, frasa “menimbulkan dan kebencian dan atau rasa permusuhan” ditafsirkan pada dari adanya respon dalam bentuk komentar dari

²⁸⁹ Putusan PN Kalabahi No. 39/Pid.Sus/2018/PN Klb, hal 39-40.

²⁹⁰ Putusan PN Muaro No. 45/PID.B/2012/PN.MR, hal. 45.

²⁹¹ Putusan PN Jakarta Selatan No. 370/Pid.Sus/2018/PN Jkt.Sel., hal. 69-70.

²⁹² *Ibid.*, hal. 70

²⁹³ Putusan PN Denpasar No. 828/Pid.Sus/2020/PN.Dps, hal. 113-114.

pernyataan terdakwa di sosial media/platform komunikasi tertentu dan dilihat sebagai situasi yang “potensial” menimbulkan rasa kebencian dan atau rasa permusuhan.

Unsur “menimbulkan rasa kebencian dan atau rasa permusuhan” juga seringkali hanya dibuktikan sebagai potensi terjadinya kondisi kebencian atau permusuhan dan tidak secara mendalam dengan indikator-indikator tingkat keseriusan pernyataan yang benar-benar menimbulkan kebencian atau permusuhan. Hal ini misalnya dalam bunyi putusan berikut:

“Menimbang, bahwa terungkap fakta di persidangan bahwa benar muatan video yang dibuat oleh terdakwa tidak akurat dalam penyampaian informasi sehingga tuduhan negatif yang ditujukan kepada rezim (pemerintahan saat ini) lebih bersifat tuduhan tanpa dasar yang juga dapat menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu atau kelompok masyarakat tertentu yang terpengaruh dengan video tersebut dengan menggunakan Agama untuk mempertentangkan masyarakat dan pemerintah khususnya petugas penyekatan perbatasan.”²⁹⁴

Kalimat “menimbulkan dan kebencian dan atau rasa permusuhan” dalam sejumlah putusan juga dikonstruksikan sebagai potensi dampak dalam bentuk “menimbulkan persepsi” atau “stigma” tertentu. Dalam perkara dengan Terdakwa Tanjung, yang dalam putusan tingkat pertama dibebaskan, MA mempertimbangkan bahwa dampak postingan terdakwa mengenai kaitan PDIP dan PKI (“PDIP yang 85% isinya kader PKI mengusung cagub Anti Islam”) mempengaruhi persepsi orang lain yang melihat atau membacanya, sehingga dapat membangkitkan rasa tidak suka dan rasa kebencian orang lain terhadap anggota kelompok Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan (PDIP).²⁹⁵ Lebih jauh MA menyatakan bahwa dari sisi stigma hal ini akan menimbulkan kebencian yang tidak harus terefleksi secara fisik/nyata, namun secara normatif serangan ini tidak dibenarkan oleh norma yang ada dalam masyarakat. Berdasarkan pertimbangan tersebut, MA membatalkan putusan lepas PN Jakarta Pusat dan menyatakan Terdakwa bersalah.²⁹⁶

4.4.3. Individu dan atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan suku, agama, ras, antar golongan

Kalimat “individu dan atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan suku, agama, ras, antar golongan” merupakan cakupan yang sangat luas tentang latar belakang atau dasar dari tujuan pihak yang disasar untuk melakukan perbuatan

²⁹⁴ Putusan PN Banda Aceh No. 248/Pid.Sus/2021/PN.Bna, hal.23-24.

²⁹⁵ Putusan Mahkamah Agung No. 1940 K/Pid.Sus/2018, hal. 5-6.

²⁹⁶ *Ibid.*, hal. 8.

yang menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan. Artinya frasa “individu dan atau kelompok” ini mencakupi dua kemungkinan yakni pihak korban adalah antar individu dalam skala atau ruang lingkup yang kecil dan terbatas, serta kata adanya “kelompok” yang merepresentasikan ruang lingkup sasaran kebencian dan permusuhan dalam skala yang lebih luas.

Kalimat “suku, agama, ras, antar golongan” dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE tersebut merupakan unsur yang penting sebagai dasar pembeda dari tindakan kebencian dan permusuhan secara umum. Artinya, tanpa adanya latar belakang kelompok suku, agama, ras dan antar golongan tersebut, perbuatan menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan tidak dapat dijerat dengan Pasal 28 ayat (2) UU ITE. Dengan demikian, cakupan “individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu” terbatas pada dasar latar belakang atas suku agama, ras dan antargolongan (SARA) sehingga sasaran dari tindakan kebencian atau permusuhan harus dengan latar belakang kelompok-kelompok tersebut. Namun demikian, terdapat berbagai putusan yang memaknai frasa “kelompok masyarakat” lebih luas, misalnya ditafsirkan sebagai kumpulan sejumlah manusia dalam arti seluas-luasnya dan terikat oleh suatu kebudayaan.²⁹⁷

Dalam banyak putusan, makna suku, agama, ras sudah dimaknai dengan cukup jelas secara tepat, namun sebagian lainnya penafsiran sangat longgar misalnya maksud dari “golongan”, sebagaimana bunyi putusan berikut:

“Secara sosiologis, dimensi Suku dan Ras menyangkut Ahok yang merupakan orang Tionghoa, unsur agama adalah orang-orang yang dianggap anti Islam, unsur antar golongan adalah golongan yang mendukung Ahok sebagai calon Gubernur DKI Jakarta.”²⁹⁸

Dari bunyi Putusan diatas, frasa “antar golongan” dimaknai termasuk pendukung politisi dan hal ini merepresentasikan problem penafsiran atas maksud kata “golongan”. Banyak putusan lain yang kemudian memberikan penafsiran yang cukup luas atas maksud “golongan”, utamanya setelah adanya Putusan MK tentang maksud “golongan penduduk”.²⁹⁹ Selain putusan diatas, dalam putusan dengan terdakwa Jerinx yang menyimpulkan bahwa IDI masuk sebagai kategori golongan. Majelis Hakim merujuk Putusan MK yang mempertegas bahwa antar golongan tidak hanya meliputi suku, agama, dan ras tetapi juga semua entitas yang tidak terwakili atau terwadahi dalam ketiga kategori ini.³⁰⁰ MK sendiri telah menyadari bahwa interpretasi ini akan memiliki cakupan yang sangat luas yaitu kelompok

²⁹⁷ Putusan PN Pandeglang No. 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl, hal. 67-68.

²⁹⁸ Putusan PN Jakarta Selatan No. 370/Pid.Sus/2018/PN Jkt.Sel, hal. 70.

²⁹⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi No.76/PUU/XV/2017.

³⁰⁰ Putusan PN Denpasar No. 828/Pid.Sus/2020/PN.Dps, hal. 96.

apapun dalam masyarakat baik yang bersifat formal maupun non-formal, namun ketika dihilangkan akan meniadakan perlindungan hukum bagi berbagai entitas di luar suku, agama, ras, yang berpotensi melanggar pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Maka berdasarkan interpretasi ini, IDI yang dalam AD/ART-nya merupakan satu-satunya organisasi profesi kedokteran di Indonesia dianggap dapat digolongkan dalam pengertian antar golongan.³⁰¹

Dalam putusan Wahidin, PN Banda Aceh mempertimbangkan bahwa rezim pemerintah dapat digolongkan dalam “antar golongan”.³⁰² Sementara dalam putusan terhadap terdakwa Imam Kurniawan, TNI AL juga dapat termasuk dalam SARA menurut PN Medan.³⁰³ Pertimbangan serupa bahwa SARA dapat mencakup juga kepolisian juga terlihat dari putusan terhadap terdakwa Wahyu Rasasi Putri, sebagaimana diputus oleh PN Medan dan dikuatkan PT Medan.³⁰⁴

4.5. Ujaran Kebencian dalam Hukum dan Putusan HAM Internasional

4.5.1 Konsep dan Pengaturan dalam Hukum HAM Internasional

Pasal 20 KIHSP merupakan unsur yang berbeda dari pasal lain dalam KIHSP, karena pasal ini tidak memberikan jaminan atas hak tertentu melainkan membatasi hak-hak lainnya yaitu hak atas kebebasan berekspresi dan informasi, hak atas kebebasan beragama, hak untuk berorganisasi dan berkumpul. Pasal ini juga berbeda dari aturan pembatasan dalam pasal terkait kebebasan beragama, kebebasan berekspresi dan hak lainnya karena tidak hanya memberikan wewenang untuk melakukan intervensi, tapi juga menuntut Negara untuk memberlakukan pembatasan.³⁰⁵

Hak atas hidup dan hak atas kesetaraan (*equality*) adalah keutamaan dalam KIHSP sehingga kemudian diputuskan para perumus bahwa untuk memerangi akar penyebab utama pelanggaran sistematis atas kedua hak ini diperlukan larangan pembentukan opini publik.³⁰⁶ Bentuk pelanggaran sistematis dari hak atas hidup dan hak atas kesetaraan yang dimaksud adalah perang, diskriminasi ras, kebangsaan dan agama.

Sekjen PBB, Antonio Guterres menyatakan bahwa “*hate speech is a menace to democratic values, social stability and peace*”, namun menangani *hate speech* tidak

³⁰¹ *Ibid.*, hal 96-97.

³⁰² Putusan PN Banda Aceh No. 248/Pid.Sus/2021/PN Bna, hal. 24.

³⁰³ Putusan PN Medan No. 1845/Pid.Sus/2021/PN Mdn, hal. 13.

³⁰⁴ Putusan PT Medan No. 1259/Pid.Sus/2021/PT Mdn.

³⁰⁵ Manfred Nowak..., *Op. Cit.*, hal. 468.

³⁰⁶ *Ibid.*

berarti membatasi atau melarang kebebasan berekspresi.

“Addressing hate speech does not mean limiting or prohibiting freedom of speech. It means keeping hate speech from escalating into something more dangerous, particularly incitement to discrimination, hostility and violence, which is prohibited under international law.”³⁰⁷

Hukum HAM internasional telah banyak mengatur tentang berbagai ekspresi yang terkait dengan ujaran kebencian (*hate speech*)³⁰⁸ dan permusuhan (*hostility*). Sejarah pengaturan tentang ujaran kebencian sangat terkait dengan pengakuan dan perlindungan kebebasan berekspresi, yang menunjukkan bahwa ujaran kebencian berada dalam dua aras, yakni sebagai upaya untuk “menyerang” kelompok minoritas dan rentan dan sebagai upaya untuk “menyerang” kedaulatan Pemerintah melalui propaganda perang. Dalam wacana pengembangan pengakuan kebebasan berekspresi, setelah perang dunia kedua ketika DUHAM dirancang, muncul pertanyaan tentang sejauh mana kebebasan harus dibiarkan mengingat adanya masalah dan bahaya atas ideologi dan pemikiran yang terkait dengan superioritas ras dan kebangsaan,³⁰⁹ yang kemudian diakomodasi dalam Pasal 20 KIHSP dan pengaturan-pengaturan dalam CERD.

Berdasarkan faktor kesejarahan tersebut, pengaturan tentang larangan ujaran kebencian dalam leksikon HAM internasional dimaksudkan untuk memberikan perlindungan bagi kelompok-kelompok rentan dari ancaman diskriminasi dan serangan kebencian karena adanya superioritas ras atau kebangsaan, dan bukan semata-mana dalam konteks “ketertiban umum”. Artinya, titik tekan pengaturan ujaran kebencian dimaksudkan untuk melindungi kelompok tertentu dari diskriminasi atau kekerasan kebencian.

4.5.1.1. Enam Faktor Keseriusan Ujaran Kebencian

Rabat Plan of Action juga memberikan enam faktor untuk mempertimbangkan keseriusan suatu hasutan agar dapat dijatuhi hukuman pidana:

- a. “Konteks sosial dan politik yang lazim pada saat pidato dibuat dan disebarluaskan”;
- b. Status pembicara, “khususnya posisi individu atau organisasi yang melakukan hasutan dalam konteks penonton kepada siapa pidato diarahkan”;
- c. Niat, yang berarti bahwa “kelalaian dan kecerobohan tidak cukup untuk

³⁰⁷ Antonio Guterres, *The United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presence*, Mei 2019, Foreword.

³⁰⁸ Di Indonesia “*hate speech*” diterjemahkan dalam berbagai istilah diantaranya “ujaran kebencian”, “siar kebencian”, dan “penebaran kebencian”.

³⁰⁹ Myungkoo Kaang, dkk., (ed), *Hate Speech in Asia and Europe: Beyond Hate and Fear*, (Oxford: Routledge, 2020), hal. 138.

- dianggap pelanggaran berdasarkan Pasal 20 KIHSP”, yang menyatakan bahwa distribusi atau sirkulasi belaka tidak sama dengan advokasi atau hasutan;
- d. Isi dan bentuk pidato, khususnya “sejauh mana pidato itu provokatif dan langsung, serta bentuk, gaya, sifat argumen yang digunakan”;
 - e. Luas atau jangkauan ujaran, seperti “luas dan jumlah pendengarnya”, termasuk apakah itu “selebaran tunggal atau disiarkan di media arus utama atau melalui internet, frekuensi, jumlah dan luasnya komunikasi, apakah audiens memiliki sarana untuk menindaklanjuti hasutan”;
 - f. Kemungkinannya, termasuk yang akan segera terjadi, yang berarti bahwa “beberapa tingkat risiko kerugian harus diidentifikasi”, termasuk melalui penentuan (oleh pengadilan, sebagaimana disarankan dalam *Rabat Plan of Action*) mengenai “kemungkinan masuk akal bahwa pidato akan berhasil menghasut dilakukannya tindakan nyata terhadap kelompok sasaran”.

David Kaye, Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berekspresi dalam Laporan 2019 menyatakan bahwa ada bentuk-bentuk ekspresi yang dapat diklasifikasikan sebagai “*advocacy of hatred that constitutes incitement*”.³¹⁰ Meski tindakan-tindakan ujaran kebencian perlu dihukum, tetapi tidak semuanya harus dinyatakan sebagai kejahatan dan dihukum pidana. Pelapor khusus menekankan tentang prinsip-prinsip dalam *Rabat Plan of Action* yang menyatakan hukuman pidana haruslah terbatas pada kasus-kasus yang serius,³¹¹ sehingga perlu ada rujukan yang jelas dan pasti tentang istilah-istilah yang digunakan, misalnya kebencian, diskriminasi, kekerasan dan permusuhan.³¹²

Berdasarkan *Rabat Plan of Action*, pengertian “kebencian” dan “permusuhan” telah dirumuskan dengan ketat agar tidak membahayakan kebebasan berekspresi. Makna kata “kebencian” dan “permusuhan” tersebut mengacu pada emosi intens dan kritikan tajam irasional, permusuhan dan kebencian terhadap kelompok sasaran. Istilah “advokasi” sebagaimana dalam Pasal 20 ayat (2) KIHSP harus dipahami sebagai mensyaratkan niat untuk mempromosikan kebencian secara terbuka kepada kelompok sasaran. Sementara istilah “penghasutan” mengacu pada pernyataan tentang kelompok kebangsaan, ras atau agama yang menciptakan risiko diskriminasi, kekerasan atau permusuhan terhadap anggota kelompok tersebut. Sementara maksud “Agama” mencakup baik agama maupun keyakinan sebagaimana KIHSP melindungi hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan.³¹³

Rabat Plan of Action juga merekomendasikan bahwa harus ada perbedaan yang

³¹⁰ Majelis Umum PBB... A/74/486..., *Op. Cit.*, par. 11-19.

³¹¹ *Ibid.*, par. 16.

³¹² Komisi Tinggi HAM PBB, *The Rabat Plan of Action...*, *Op. Cit.*, par. 21.

³¹³ Lihat juga ARTICLE 19, *The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*, (London: ARTICLE 19, 2009), Prinsip 12.

jelas antara tiga bentuk ekspresi: (i) bentuk ekspresi yang harus dinyatakan sebagai tindak pidana; (ii) bentuk ekspresi yang tidak dipidana, namun dapat dibenarkan untuk dilakukan tindakan perdata atau sanksi administratif; dan (iii) bentuk ekspresi yang tidak mempunyai dasar untuk mendapatkan sanksi pidana dan tindakan perdata, namun menimbulkan masalah terkait dengan toleransi, keadaban (*civility*) dan penghormatan pada keyakinan orang lain.³¹⁴

4.5.1.2. Klasifikasi Ujaran Kebencian

Dalam dokumen *the United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presences* juga mengklasifikasikan ujaran kebencian dalam tiga kategori berdasarkan pada tingkat keparahannya (*severity*), dengan klasifikasi “penghasutan” (*incitement*), “ujaran kebencian yang melanggar hukum” (*unlawful hate speech*), dan “ujaran kebencian yang tidak melanggar hukum” (*lawful hate speech*).³¹⁵ Penting untuk menjadi catatan bahwa meskipun ada *hate speech* yang tidak dilarang, *hate speech* mungkin tetap merugikan (*harmful*).³¹⁶ Dokumen ini juga merujuk Piramida Ujaran Kebencian yang disusun oleh ARTICLE 19,³¹⁷ sebagai berikut:



³¹⁴ Komisi Tinggi HAM PBB, *The Rabat Plan of Action...*, *Op. Cit.*, para 20.

³¹⁵ Antonio Guterres..., *Op. Cit.*, hal 12.

³¹⁶ *Ibid.*, hal. 1.

³¹⁷ *Ibid.*, hal. 15. Lihat juga ARTICLE 19, *“Hate Speech” Explained – A Toolkit 2015 Edition*, (London: ARTICLE 19, 2015), hal. 18.

4.5.2. Penerapan Larangan Ujaran Kebencian Berdasarkan Komite Penghapusan Diskriminasi Rasial: Komunitas Yahudi Oslo dkk v. Norwegia

Senada dengan Pasal 20 KIHSP, Pasal 4 Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (ICERD) mengatur bahwa:

Negara-negara Pihak mengutuk semua propaganda dan organisasi-organisasi yang didasarkan pada pemikiran-pemikiran atau teori-teori supremasi suatu ras tertentu atau kelompok perorangan dari suatu warna kulit atau asal usul etnik tertentu atau yang berupaya melakukan pembenaran atau menciptakan segala bentuk, serta mengambil langkah-langkah positif secepatnya yang disusun untuk menghapuskan suatu hasutan atau tindakan-tindakan diskriminasi seperti itu dan untuk mencapai tujuan ini, dengan memperhatikan prinsip-prinsip yang terkandung di dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia serta hak yang tercantum secara jelas pada pasal 5 Konvensi ini antara lain:

- (a) Menyatakan bahwa segala bentuk penyebaran pemikiran-pemikiran yang berdasarkan atas supremasi ras atau kebencian, hasutan untuk melakukan diskriminasi rasial dari semua tindakan kekerasan atau hasutan melakukan kekerasan terhadap ras atau kelompok perorangan dari warna kulit atau asal usul etnik yang lain, serta pemberian bantuan terhadap kegiatan-kegiatan rasis, termasuk pendanaannya sebagai suatu tindak kejahatan yang diancam hukuman;
- (b) Menyatakan tidak sah dan melarang organisasi-organisasi dan kegiatan-kegiatan propaganda atau kegiatan lainnya yang terorganisir untuk mendukung dan menghasut diskriminasi rasial, serta menyatakan bahwa partisipasi dalam organisasi-organisasi atau kegiatan-kegiatan seperti itu sebagai tindak kejahatan yang diancam hukuman;
- (c) Melarang pejabat-pejabat kekuasaan umum atau lembaga-lembaga umum baik tingkat lokal maupun nasional untuk mendukung atau melakukan hasutan diskriminasi rasial.

Berdasarkan pasal 4 CERD ini, Komunitas Yahudi Oslo dkk membuat pengaduan individu kepada Komite mengenai tuduhan pelanggaran yang dilakukan oleh Norwegia. Para pengadu merasa menjadi korban ujaran kebencian yang ditujukan kepada komunitas Yahudi di Norwegia oleh Tuan Terje Sjolie, dan bahwa Pemerintah Norwegia gagal melindungi mereka sebagaimana di mandatkan dalam Pasal 4 CERD. Terje Sjolie adalah pemimpin aksi peringatan mengenang pemimpin Nazi, yang diadakan pada tanggal 19 Agustus 2000 di Askim, dekat Oslo. Aksi diikuti oleh sekitar 38 orang dan peserta aksi mengenakan seragam semi militer. Terje Sjolie melakukan pidato berisi diantaranya:

'Kita berkumpul di sini untuk menghormati pahlawan besar kita, Rudolf Hess, atas upaya beraninya untuk menyelamatkan Jerman dan Eropa dari Bolshevisme dan Yahudi selama Perang Dunia Kedua. Sementara kita berdiri di sini, lebih dari 15.000 Komunis dan Pecinta Yahudi berkumpul di Youngsroget dalam demonstrasi menentang kebebasan bicara dan ras kulit putih. Setiap hari para imigran merampok, memperkosa, dan membunuh orang Norwegia, setiap hari rakyat dan negara kita dijarah dan dihancurkan oleh orang-orang Yahudi, yang menyedot kekayaan negara kita dan menggantikannya dengan pikiran tidak bermoral dan tidak bermoral. Kita dilarang melakukan aksi di Oslo tiga kali, sementara Komunis bahkan tidak perlu meminta izin. Apakah ini kebebasan berbicara? Apakah ini demokrasi? ...

Führer Adolf Hitler dan Rudolf Hess kami yang terkasih duduk di penjara karena apa yang mereka percaya, kita tidak akan menyimpang dari prinsip dan upaya heroik mereka, sebaliknya kami akan mengikuti jejak mereka dan memperjuangkan apa yang kami yakini, yaitu Norwegia yang dibangun di atas Sosialisme Nasional ...'

Aksi diakhiri dengan salut ala Nazi berulang kali.³¹⁸ Setelah aksi ini, kekerasan terhadap penduduk kulit hitam dan oposisi politik meningkat termasuk pembunuhan terhadap Benjamin Hermansen, 15 tahun, anak dari perkawinan antar ras - ayahnya berasal dari Ghana dan ibunya Norwegia.

Atas aksi peringatan tersebut, Terje Sjolie dilaporkan ke polisi. Ia didakwa menggunakan pasal 135a KUHP Norwegia yang melarang ancaman, penghinaan, kebencian, persekusi, atau perbuatan merendahkan berbasis kepercayaan, ras, warna kulit, kebangsaan atau etnis. Tindak pidana ini diancam dengan denda atau penjara maksimal 2 tahun. Terje Sjolie dibebaskan oleh Pengadilan Tingkat Pertama, dinyatakan bersalah oleh Pengadilan Banding Borgarting, namun kemudian dibebaskan lagi oleh Mahkamah Agung (MA) Norwegia dengan pertimbangan bahwa menghukum persetujuan terhadap Nazism akan mencakup juga pelanggaran terhadap organisasinya dan hal ini akan melanggar kebebasan berekspresi. MA Norwegia juga memandang bahwa ujaran dari Sjolie tidak mengandung ancaman atau ajakan untuk melakukan sesuatu walaupun merendahkan dan menyinggung komunitas Yahudi. Komunitas Yahudi Oslo dkk tidak puas dengan putusan MA Norwegia ini kemudian membuat pengaduan kepada Komite CERD.

Komite CERD dalam pertimbangannya menyatakan diantaranya bahwa isi pidato Terje Sjolie mengandung ide-ide berlandaskan superioritas atau kebencian

³¹⁸ Komite Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (CERD), *The Jewish Community of Oslo et al. v. Norway*, CERD/C/67/D/30/2003, 22 Agustus 2005, par. 2.1 - 2.2.

rasial; dan kalimat untuk mengikuti 'jejak' dari Hitler dianggap sebagai hasutan setidaknya untuk melakukan diskriminasi rasial, apabila bukan hasutan untuk melakukan kekerasan.³¹⁹ Komite menyinggung bahwa pelarangan semua ide yang berlandaskan kebencian atau superioritas ras tidak sesuai dengan kebebasan berekspresi dan beropini dan untuk itu pidato Terje Sjolie tidak dapat dikategorikan sebagai ujaran yang dilindungi berdasarkan kebebasan berekspresi. Maka putusan MA Norwegia dalam kasus Terje Sjolie menimbulkan pelanggaran terhadap Pasal 4 ICERD. Komite merekomendasikan agar Norwegia mengambil langkah-langkah untuk memastikan hukum Norwegia tidak melindungi ujaran serupa berdasarkan kebebasan berekspresi.³²⁰

4.5.3. Penerapan Larangan Ujaran Kebencian Berdasarkan Pengadilan dan Komisi HAM Eropa

Dalam kasus *Glimmerveen dan Hagenbeek v. Belanda*, ujaran kebencian dipertimbangkan oleh Komisi HAM Eropa. Glimmerveen adalah presiden dari *Nederlandse Volks Unie* (N.V.U) sebuah partai politik yang didirikan pada tahun 1971 dengan salah satu prinsip dasarnya adalah kepentingan umum suatu negara akan dapat dicapai dengan cara terbaik apabila populasinya beretnis homogen dan tanpa percampuran ras.³²¹ Pada tahun 1977 Glimmerveen diputuskan bersalah oleh Pengadilan Regional Rotterdam dan dihukum penjara dua minggu atas kepemilikan dengan maksud menyebarkan selebaran yang dinilai menghasut diskriminasi rasial. Selebaran ini berisi ajakan diantaranya "Segera setelah *Nederlandse Volks Unie* memperoleh kekuatan politik di negara kita, partai ini akan menertibkan urusan negara, untuk memulainya, akan menghapus semua Suriname, Turki, dan mereka yang disebut pekerja tamu dari Belanda ..." ³²² Para pengadu yang diproses hukum di Belanda merasa haknya atas kebebasan berekspresi dilanggar. Komisi HAM Eropa dalam kasus ini menyatakan bahwa Pasal 10 Konvensi HAM Eropa yang melindungi kebebasan berekspresi tidak memperbolehkan penyebaran ide diskriminasi rasial maka tindakan Pemerintah Belanda yang memproses hukum pidana kedua pengadu sudah tepat.³²³

Dalam kasus *Norwood v. Inggris*, Norwood merasa hak atas kebebasan berekspresinya dilanggar karena ia diputus bersalah melakukan tindakan permusuhan terhadap kelompok agama tertentu oleh Pengadilan Inggris, karena memasang poster Partai Nasional Britania di jendelanya yang berisi gambar Menara Kembar *World Trade Center* terbakar (Peristiwa 9/11) dengan kata-kata "Islam keluar dari Britania -

³¹⁹ *Ibid*, par. 10.4.

³²⁰ *Ibid*, par. 12.

³²¹ Keputusan Komite HAM Eropa, *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, Application 8348/78 and 8406/78, (11 Oktober 1979), par. 2.

³²² *Ibid.*, par. 4

³²³ *Ibid.*

Lindungi Warga Britania". Pengadilan HAM Eropa memutuskan bahwa pengaduan Norwood tidak dapat diterima, karena serangan keras terhadap kelompok agama tertentu dan menghubungkan seluruh anggota kelompok dengan tindakan terorisme bertentangan dengan nilai-nilai yang dijunjung Konvensi HAM Eropa yaitu toleransi, perdamaian sosial dan non-diskriminasi. Pengadilan HAM Eropa juga menyatakan bahwa tindakan Norwood termasuk dalam penyalahgunaan hak, dan tidak dapat dilindungi berdasarkan kebebasan berekspresi.³²⁴

Kasus lainnya yang diputus oleh Pengadilan HAM Eropa adalah *Gunduz v. Turki*. Gunduz adalah anggota sekte Islam yang diundang ke sebuah acara TV nasional Turki dimana ia mengkritisi prinsip-prinsip demokrasi dan sekulerisme. Menurutnya lembaga sekuler adalah sama dengan "tidak beriman", dan secara terbuka menyerukan pengenalan hukum Syariah. Dia dihukum oleh Pengadilan Turki karena secara terbuka menghasut penduduk untuk membenci dan permusuhan berbasis perbedaan agama atau denominasi. Gunduz menuntut Turki dengan argumen pelanggaran terhadap hak atas kebebasan berekspresi. Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa telah terjadi pelanggaran atas kebebasan berekspresi Gunduz. Pengadilan beranggapan bahwa Gunduz mewakili ide-ide ekstremis sekte, yang sudah dikenal publik, telah mengambil bagian aktif dalam diskusi publik. Perdebatan pluralis itu berusaha menghadirkan sekte dan pandangannya yang tidak ortodoks, termasuk gagasan bahwa nilai-nilai demokrasi tidak sesuai dengan konsepnya tentang Islam. Topik tersebut telah menjadi bahan perdebatan luas di media Turki dan menyangkut masalah kepentingan umum. Pengadilan HAM Eropa menilai, pernyataan Pemohon tidak dapat dianggap sebagai ajakan untuk melakukan kekerasan atau sebagai ujaran kebencian atas dasar intoleransi beragama. Fakta bahwa seseorang membela syariah, tanpa menyerukan kekerasan untuk memperkenalkannya, tidak bisa dianggap sebagai ujaran kebencian.³²⁵

Dari kedua kasus ini, terlihat persamaan dari Komisi HAM Eropa dan Pengadilan HAM Eropa dimana penekanannya pada penghasutan kekerasan. Keduanya sama-sama menawarkan ide yang kontroversial dan tidak dapat diterima oleh masyarakat. Namun dalam kasus *Glimmerveen & Hagenbeek*, komisi HAM Eropa menilai ada unsur ajakan melakukan diskriminasi dan kekerasan terhadap kelompok Muslim yang minoritas di Belanda sehingga perbuatannya tergolong sebagai ujaran kebencian. Di sisi lain dalam kasus *Gunduz*, Pengadilan HAM Eropa melihat bahwa nilai yang dipromosikan oleh Gunduz memang ekstrim namun tidak mengandung ajakan melakukan kekerasan atau intoleransi beragama sehingga tidak bisa dianggap sebagai ujaran kebencian.

³²⁴ Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Norwood v. United Kingdom*, Application 23131/03 (16 November 2004).

³²⁵ Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Gunduz v. Turkey*, Application 35071/97, (14 Juni 2004).

4.5.4. Kualifikasi Kebencian dan Permusuhan sebagai Tindak Pidana

Hukum HAM internasional dan berbagai rujukan tentang ujaran kebencian dan permusuhan sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 19 dan 20 KIHSP telah memberikan batasan atau indikator tentang tingkat keparahan (*severity*) dari tindakan kebencian dan permusuhan yang dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana. Perumusan Pasal 28 (2) UU ITE tidak sesuai dengan batasan indikator-indikator tersebut yang berdampak pada penjeratan ekspresi-ekspresi yang sah, termasuk ekspresi atas kritik pada pejabat publik dan politisi.

Dengan demikian, tindak pidana atas kebencian dan permusuhan dalam Pasal 28 (2) UU ITE harus memperhatikan pembatasan sebagaimana diatur dalam Pasal 19 (3) dan 20 KIHSP dan kualifikasi sebagai tindak pidana yakni perbuatan dengan memenuhi unsur adanya hasutan (*incitement*) untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan. Selain itu bentuk informasi harus juga merupakan bagian dari kampanye atau hasutan untuk menimbulkan bahaya yang nyata.³²⁶

Sebagaimana diuraikan pada bagian awal, hukum-hukum HAM internasional telah memberikan landasan mengenai bentuk-bentuk ujaran kebencian dan permusuhan yang harus “dilarang” dan masuk dalam kategori tindak pidana, misalnya sebagaimana yang dirumuskan dalam *Rabat Plan of Action* tentang tiga tipe ekspresi: (i) bentuk ekspresi yang harus dinyatakan sebagai tindak pidana; (ii) bentuk ekspresi yang tidak dipidana, namun dapat dibenarkan untuk dilakukan tindakan perdata atau sanksi administratif; dan (iii) bentuk ekspresi yang tidak mempunyai dasar untuk mendapatkan sanksi pidana dan tindakan perdata, namun menimbulkan masalah terkait dengan toleransi, keadaban dan penghormatan pada keyakinan orang lain.”³²⁷ Merujuk pada tiga tipe tersebut, Pasal 28 ayat (2) UU ITE seharusnya memberikan batasan yang lebih jelas dan konkrit, diantaranya dengan menambahkan unsur-unsur kunci lainnya, yakni tindakan penyebaran informasi tersebut haruslah merupakan tindakan penghasutan untuk melakukan kebencian, diskriminasi dan kekerasan.

4.6. Analisa Penerapan Pasal dan Unsur oleh Pengadilan Indonesia

Penerapan dan penafsiran pasal 28 ayat (2) UU ITE, sebagaimana penafsiran unsur-unsur tindak pidana dalam UU ITE lainnya, para hakim seringkali kesulitan memberikan definisi yang tepat tentang unsur-unsur yang berhubungan dengan istilah-istilah teknis terkait teknologi dan sistem informasi elektronik. Sejumlah perkara yang diadili sebelum adanya perubahan UU ITE, definisi unsur-unsur

³²⁶ Komisi Tinggi HAM PBB, *The Rabat Plan of Action...*, *Loc. Cit.* Lihat juga Adhigama A. Budiman dkk..., *Op. Cit.*, hal. 139-140.

³²⁷ Komisi Tinggi HAM PBB, *Rabat Plan of Action...*, *Ibid.*, par 20.

tindak pidana-nya kemudian ditafsirkan dengan merujuk pada sumber-sumber yang kurang otoritatif, misalnya merujuk berdasarkan blog individu.³²⁸ Dalam perkembangannya, sejumlah istilah teknis tersebut kemudian dirujuk dari KBBI³²⁹ atau pendapat ahli dan kemudian menafsirkan makna unsur-unsur berdasarkan penjelasan dalam UU setelah adanya perubahan UU ITE.

4.6.1. Penafsiran atas niat atau kesengajaan yang sangat longgar

Dalam berbagai putusan yang dikaji, penafsiran dan penerapan unsur terkait dengan frasa “dengan sengaja” dan “ditujukan untuk” menimbulkan “rasa kebencian” dan atau “rasa permusuhan” sangat longgar, yang memungkinkan adanya penafsiran luas bahwa perbuatan terdakwa menimbulkan potensi adanya rasa kebencian dan permusuhan.

Sejumlah masalah dalam penafsiran tentang niat tersebut mencakup: **pertama**, maksud “dengan sengaja” merujuk pada perbuatan dalam bentuk pernyataan atau posting *content* yang media tertentu, sehingga kesengajaan disini lebih banyak ditujukan untuk perbuatan yang terkait dengan *content* atau pernyataan dalam bentuk menyebarkan informasi.

Kedua, kalimat “ditujukan untuk” merujuk pada adanya niat untuk “menimbulkan” rasa kebencian dan permusuhan. Penafsiran atas unsur ini masih bermasalah, utamanya karena banyak putusan yang memberikan kesimpulan terbuktinya tujuan menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan dari adanya komentar sebagai respon dari pernyataan atau *content* yang disebarkan terdakwa. Padahal, kondisi pro kontra dan pernyataan yang “provokatif” tidak serta merta merepresentasikan adanya dampak kebencian atau permusuhan yang obyektif, tetapi dapat juga dimaknai sebagai bagian dari debat dan respon yang dilakukan oleh publik.

Ketiga, niat atau tujuan dengan dampak timbulnya rasa kebencian dan permusuhan masih banyak disimpulkan dengan adanya persepsi bahwa perbuatan terdakwa benar-benar menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan tanpa dukungan bukti-bukti yang kuat. Hal ini utamanya ketika perkara terjadi karena adanya laporan kelompok tertentu yang merasa tersinggung atau terhina dari pernyataan atau konten yang disebarkan oleh Terdakwa dan pro kontranya, yang kemudian dianalisis dan disimpulkan Terdakwa mempunyai tujuan untuk menimbulkan kebencian dan permusuhan.

Keempat, unsur niat dan tujuan dalam sejumlah kasus tidak benar-benar

³²⁸ Putusan PN Muaro No. 45/PID.B/2012/PN.MR, hal. 43

³²⁹ Putusan PN Pandeglang No. 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl., hal. 67.

menunjukkan bahwa perbuatan terdakwa ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan. Dalam beberapa perkara, terdakwa mengakui bahwa perbuatannya tidak dimaksudkan untuk menimbulkan kebencian atau permusuhan serta telah meminta maaf. Misalnya dalam perkara dengan terdakwa Djahamao, yang diakui oleh telah meminta maaf dan tidak memiliki niat menyinggung umat Kristen atau Katolik karena hanya ingin berdiskusi, tetapi tetap dinyatakan bersalah dan dijatuhi hukuman.³³⁰ Dalam perkara dengan Terdakwa Bahari, ia telah menandatangani permintaan maaf dan kesepakatan dengan pihak yang merasa dirugikan yang disaksikan oleh otoritas setempat dan Babinsa.³³¹ Sementara dalam perkara Panggabean, adik Terdakwa telah meminta maaf melalui blog atas ekspresi yang dilakukan kakaknya.³³² Artinya, dari sejumlah kasus diatas tidak ada niat yang sungguh-sungguh dari terdakwa untuk melakukan perbuatan untuk menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan.

SKBUITE kemudian menegaskan bahwa Pasal 28 ayat (2) UUI TE melarang perbuatan yang mempunyai motif membangkitkan rasa kebencian dan/atau permusuhan atas dasar SARA. Dalam pembuktian, penegak hukum harus membuktikan motif membangkitkan yang ditandai dengan adanya konten mengajak, mempengaruhi, menggerakkan masyarakat, menghasut/mengadu domba dengan tujuan menimbulkan kebencian, dan/atau permusuhan. Meski demikian, SKB tersebut pada satu sisi memberikan penjelasan maksud “menimbulkan” dengan adanya elemen menghasut, namun pada sisi yang lain menyisakan ruang interpretasi yang justru lebih luas karena adanya kalimat seperti “mengajak”, “mempengaruhi”, “menggerakkan” dan “mengadu domba”.

4.6.2. Menyebarkan Informasi harus dimaknai sebagai “dimuka umum”

Pasal 28 ayat (2) UU ITE tidak secara spesifik memuat unsur “dimuka umum” yang menimbulkan kekhawatiran bahwa informasi yang disebar juga menysar dalam ruang-ruang yang lebih privat misalnya dalam grup-grup di platform sosial media yang terbatas dan privat. Dalam contoh salah satu kasus, Majelis hakim telah tepat menafsirkan bahwa maksud “menyebarkan informasi” ini haruslah berada dalam fora “dimuka umum”. Sebagai perbandingan dalam UU Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis, tindak pidana terkait dengan kebencian ini haruslah “di muka umum” ataupun “dimaksudkan untuk diketahui oleh umum”, sehingga bentuk-bentuk komunikasi privat, misalnya korespondensi pribadi yang tidak memenuhi aspek publik sesuai dengan tujuan perumusan soal ini seharusnya tidak dapat dipidana berdasarkan Pasal 28 ayat (2) UU ITE.³³³

³³⁰ Putusan Mahkamah Agung No. 3103 K/Pid.Sus/2018, hal 7.

³³¹ Hasil wawancara dengan Pendamping Hukum Alnoldy Bahari, Pratiwi Febry, S.H.

³³² Putusan PN Pekanbaru No.465/Pid.Sus/2017/PN.Pbr, hal. 21.

³³³ Adhigama A. Budiman dkk..., *Op. Cit.*, hal 81-82.

Penafsiran unsur ini telah juga diafirmasi dalam SKB UU ITE bahwa maksud “menyebarkan informasi” yang harus dilakukan “dimuka umum”. SKB ini lebih rinci menyatakan bahwa kriteria “menyebarkan” dapat dipersamakan dengan agar “diketahui umum” bisa berupa unggahan pada akun media sosial dengan pengaturan bisa diakses publik, atau menyiarkan sesuatu pada aplikasi grup percakapan dengan sifat terbuka dimana siapapun bisa bergabung dalam grup percakapan, lalu lintas isi atau informasi tidak ada yang mengendalikan, siapapun bisa *upload* dan berbagi (*share*) keluar, atau dengan kata lain tanpa adanya moderasi tertentu (*open group*).

Dari dua kasus yang diputus pasca SKB UU ITE, yaitu kasus terhadap terdakwa Wahidin yang diputus PN Banda Aceh dan terdakwa Wahyu Rasasi Putri yang diputus oleh PN Medan dan PT Medan, keduanya menyebarkan informasi dalam grup WhatsApp dengan anggota terbatas. Khusus dalam kasus Wahidin, video dirinya dikirimkan ke grup dengan anggota 28 orang. Anggota lain dari grup yang menyebarkan sehingga videonya viral ke media sosial lainnya. Sehingga seharusnya unsur menyebarkan informasi ini tidak terpenuhi. Namun sayangnya dalam kasus Wahidin, PN Banda Aceh menggunakan interpretasi bahwa unsur ini terpenuhi karena sub-unsur lainnya terpenuhi.

4.6.3. Unsur “Menimbulkan Rasa Kebencian atau Permusuhan” ditafsirkan secara luas

Secara umum, sepanjang perbuatan ujaran kebencian atau permusuhan tersebut mengandung “kebencian” yang membuat “provokasi” atau “meresahkan” yang ditafsirkan secara subyektif sehingga menyebabkan adanya gejala “permusuhan” masuk dalam kualifikasi kejahatan berdasarkan pasal 28 (2) UU ITE. Definisi tentang “menimbulkan”, “kebencian” dan “permusuhan” dalam Pasal 28 (2) UU ITE tidak memberikan kejelasan yang memadai yang berdampak pada penafsiran yang luas tentang maksud “menimbulkan”, “kebencian” dan “permusuhan” tersebut.

Adanya SKB UU ITE sedikit banyak memberikan pembatasan, misalnya terkait dengan pentingnya kejelasan motif atau niat pelaku dengan indikator pembuktian yang diperlukan. Kata “menimbulkan” berupaya disempitkan dengan indikator (atau “ditandai”) dengan adanya konten yang “mengajak, mempengaruhi, menggerakkan masyarakat, menghasut/mengadu domba dengan tujuan menimbulkan kebencian, dan/atau permusuhan”. Selain itu, SKB ini juga memberikan batasan bahwa penyampaian pendapat, pernyataan tidak setuju atau tidak suka pada individu atau kelompok masyarakat tidak termasuk perbuatan yang dilarang, kecuali yang disebarkan itu dapat dibuktikan ada upaya melakukan ajakan, mempengaruhi, dan/ atau menggerakkan masyarakat, menghasut/mengadu domba untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan berdasar isu sentimen perbedaan SARA.

Namun, pedoman dalam SKB UU ITE ini juga berpotensi bermasalah, yakni apakah indikator “mengajak, mempengaruhi, menggerakkan masyarakat, menghasut/mengadu domba” tersebut kemudian benar-benar menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan, atau dalam hal konten yang disebarakan memuat hal untuk mengajak, mempengaruhi, menggerakkan masyarakat, menghasut/mengadu domba” telah memenuhi kualifikasi “menimbulkan”. Selain itu, sejumlah kalimat juga menjadi semakin longgar ditafsirkan, misalnya kata “mempengaruhi” dan “menggerakkan”, yang dalam konteks penyebaran informasi di media sosial sangat tergantung dengan respon dari para pembacanya.

Dalam sejumlah perkara, penafsiran unsur “menimbulkan” ini justru dimaknai dengan adanya postingan di media sosial tertentu yang kemudian memunculkan komentar dan pro kontra atau bahkan hanya disandarkan pada adanya jumlah *follower* dari akun media sosial tempat terdakwa menyebarkan informasi. Artinya, pro kontra atas suatu pernyataan dimaknai sebagai situasi yang menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan tetapi bukan dimaknai sebagai arena debat dan wacana atas suatu isu tertentu. Bahkan kebencian terhadap pengujar sendiri juga dianggap sebagai terpenuhinya unsur ini.

4.6.4. Penafsiran “Golongan” yang sangat luas dan tidak terbatas

Frasa “antar golongan” dan pengertian “golongan” merupakan wilayah yang semakin membuka ruang interpretasi yang luas. Maksud “golongan” dalam Putusan MK dinyatakan bukan hanya agama, suku, dan ras, namun mempunyai makna lebih luas, yang mencakup agama, suku dan ras, dan meliputi semua entitas yang tidak terwakili atau terwadahi oleh istilah suku, agama dan ras.³³⁴ MK memberikan pertimbangan bahwa membatasi entitas lain sebagai bagian dari “golongan” diluar suku, ras dan agama justru akan meniadakan perlindungan hukum entitas-entitas lain tersebut dan berpotensi melanggar Pasal 27 ayat (2) dan Pasal 28 (D) ayat (1) UUD 1945.³³⁵

Adanya Keputusan MK yang memperluas makna “golongan” menjadikan suatu kelompok atau organisasi tertentu dapat mengklaim sebagai “golongan” sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 28 (2) UU ITE. SKB UU ITE kemudian memperkuat penafsiran “antar-golongan” ini dengan menyatakan bahwa frasa “antargolongan” adalah entitas golongan rakyat di luar suku, agama, dan ras sebagaimana pengertian antar golongan mengacu Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 76/PUU-XV/2017. Putusan MK sendiri menyebut bahwa pembentuk undang-undang untuk melihat adanya kelompok lain di luar SARA yang menjadi bagian dari

³³⁴ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 76/PUU/XV/2017, hal. 69.

³³⁵ *Ibid.*, hal. 68.

“antargolongan”.³³⁶

Dari pendekatan hukum pidana, jika makna “golongan” tidak diinterpretasikan dengan ketat dan hati-hati akan sangat melebar, dalam artian bahwa prinsip hukum pidana menyatakan bahwa perumusan suatu ketentuan pidana haruslah ketat (*lex stricta*). ketentuan hukum pidana juga harus bisa dipahami dan diprediksi maksudnya sehingga orang dapat mengetahui bahwa suatu perbuatan tertentu akan dapat dikenakan hukum pidana. Dalam hal sesuatu ketentuan hukum tidak dapat diprediksi dan dipahami secara jelas, maka ketentuan pidana tersebut sejatinya merupakan ketentuan yang multitafsir dan bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum pidana.

Pada konteks ini, para hakim mempunyai ruang penafsiran yang seharusnya dimanfaatkan untuk menafsirkan “antar-golongan” sesuai dengan maksud yang sebenarnya sehingga justru tidak meluas dan tidak ada batasan, yang mencederai prinsip-prinsip kejelasan dan prediktabilitas dalam hukum pidana. Maksud “antar-golongan” haruslah ditafsirkan atau berdasarkan pada identitas masyarakat atau warga negara, yang merupakan sesuatu yang melekat dan sulit diubah, bukan profesi³³⁷ atau organisasi tertentu atau bentuk “golongan” lain yang tidak begitu jelas.

Dalam beberapa perkara, sebagaimana telah diuraikan diatas, cakupan “golongan” termasuk juga kelompok partai politik, kepolisian, angkatan bersenjata, organisasi profesi kedokteran bahkan rezim pemerintah, dan kemudian menjadi dasar adanya pro dan kontra dan berdampak pada adanya rasa kebencian dan atau permusuhan. Contoh kasus ini menunjukkan bahwa cakupan “golongan” yang tidak definitif atau ditetapkan dengan indikator yang jelas justru berpotensi menjerat berbagai ekspresi politik yang mengkritik penguasa atau politisi sebagai perbuatan yang menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan dengan latar belakang golongan.

4.6.5. Pengujian tindak pidana ujaran kebencian dan permusuhan harus ketat

Berbagai putusan yang dianalisis menunjukkan bahwa pengujian atas adanya perbuatan penyebaran informasi yang menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan belum sepenuhnya dilakukan berdasarkan model pengujian yang ketat. Sebagai rekomendasi *Rabat Plan of Action*, harus ada pengujian dengan standar tinggi apakah suatu ekspresi ujaran kebencian dapat masuk dalam kategori tindak pidana, yakni dengan melihat faktor-faktor berikut:³³⁸

³³⁶ ICJR, “Pedoman Implementasi UU ITE Harus Menjadi Sinyal Penyelenggaraan Pembahasan Revisi UU ITE”, <https://icjr.or.id/pedoman-implementasi-uu-ite-harus-menjadi-sinyal-penyelenggaraan-pembahasan-revisi-uu-ite/>, diakses pada hari Selasa, 25 Mei 2021.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ Komisi Tinggi HAM PBB, *The Rabat Plan of Action...*, *Op. Cit.*, par. 29.

- a. "Konteks sosial dan politik yang lazim pada saat pidato dibuat dan disebarluaskan";
- b. Status pembicara, "khususnya posisi individu atau organisasi yang melakukan hasutan dalam konteks penonton kepada siapa pidato diarahkan";
- c. Niat, yang berarti bahwa "kelalaian dan kecerobohan tidak cukup untuk dianggap pelanggaran berdasarkan Pasal 20 KIHSP", yang menyatakan bahwa distribusi atau sirkulasi belaka tidak sama dengan advokasi atau hasutan;
- d. Isi dan bentuk pidato, khususnya "sejauh mana pidato itu provokatif dan langsung, serta bentuk, gaya, sifat argumen yang digunakan";
- e. Luas atau jangkauan ujaran, seperti "luas dan jumlah pendengarnya", termasuk apakah itu "selebaran tunggal atau disiarkan di media arus utama atau melalui internet, frekuensi, jumlah dan luasnya komunikasi, apakah audiens memiliki sarana untuk menindaklanjuti hasutan";
- f. Kemungkinannya, termasuk yang akan segera terjadi, yang berarti bahwa "beberapa tingkat risiko kerugian harus diidentifikasi", termasuk melalui penentuan (oleh pengadilan, sebagaimana disarankan dalam *Rabat Plan of Action*) mengenai "kemungkinan yang masuk akal bahwa pidato akan berhasil menghasut dilakukannya tindakan nyata terhadap kelompok sasaran".

Merujuk pada berbagai putusan terkait kebencian dan permusuhan, banyak dari para terdakwa yang perbuatannya jika diuji dengan kriteria di atas sangat jauh sebagai suatu pernyataan atau penyebaran konten yang mengandung ujaran kebencian atau permusuhan yang dapat dipidana. Dari keenam kriteria tentang konteks, status pihak yang menyebarkan informasi, niat, isi, jangkauan informasi yang disebar, atau adanya kemungkinan dampak yang timbul, sangat jarang dari putusan-putusan yang menilai ke semua indikator tersebut. Dampaknya, dengan mudah setiap ekspresi baik pernyataan maupun konten yang disebar melalui media internet dijerat dengan Pasal 28 (2) UU ITE.

4.6.6. Latar belakang kelompok yang dilindungi

Salah satu isu dalam Pasal 28 ayat (2) UU TE adalah mengenai pengertian "golongan" yang membuka kemungkinan sangat luas kelompok-kelompok yang hendak dilindungi. Pada satu sisi, keluasan kemungkinan cakupan maksud "golongan" ini bermanfaat untuk melindungi kelompok-kelompok diluar kategori suku, ras dan agama, atau identitas kelompok yang memang harus dilindungi misalnya keyakinan minoritas atau orientasi seksual. Namun, pada sisi yang lain keluasan cakupan ini akan berdampak upaya penggunaan makna "golongan" untuk mengklaim sebagai kelompok yang harus dilindungi oleh Pasal 28 ayat (2) UU ITE misalnya golongan "profesi", "organisasi", "kelompok politik", "kelompok pendukung politisi" atau kelompok lainnya dengan identitas yang tidak jelas.

Bahwa maksud dari kelompok yang dilindungi dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE seharusnya juga bukan mencakup perlindungan pada suatu bentuk ideologi tertentu, entitas negara atau kekuasaan negara, sehingga kelompok-kelompok tersebut tidak dapat menjadi dasar penerapan Pasal 28 ayat (2) tersebut. Isu ini muncul karena dalam sejumlah perkara, terdapat fakta ujaran kebencian diadili dengan Pasal 28 (2) padahal pernyataan atau *content* yang disebarakan terkait dengan pernyataan politik atau ketidaksukaan pada pemerintahan.³³⁹ Alih-alih pernyataan atau konten dimaknai sebagai wacana dan debat publik yang memang berkarakter adanya pro dan kontra, justru dijerat dengan tuduhan menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan.

Dalam hal menentukan “golongan” yang dilindungi, penting untuk mengembalikan kembali maksud dan tujuan perlindungan kelompok-kelompok dari ujaran kebencian, yang utamanya untuk melindungi kelompok rentan dan minoritas. Ada cukup banyak latar belakang kelompok yang perlu dilindungi, namun, dalam konteks hukum pidana, agar definisi “kelompok” ini tidak luas dan memasukkan “golongan” yang tidak jelas, maka penting untuk merujuk kembali pada pengertian golongan sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 156 KUHP dan perumusan “golongan” ini harus merujuk pada suatu “identitas” yang jelas dan tidak mudah berubah-ubah. Selain itu, melihat perkembangan kelompok-kelompok yang perlu dilindungi, penting juga untuk merujuk pada latar tentang kelompok-kelompok yang diidentifikasi pada dokumen *Strategy and Plan of Action on Hate Speech* 2019.³⁴⁰

4.6.7. Tidak adanya pertimbangan HAM yang tepat dalam putusan pengadilan

Pada dasarnya setiap orang bebas berekspresi dalam berbagai medium: ucapan, tulisan, gerakan, penampilan. Hal ini seharusnya menjadi pemahaman utama dari para penegak hukum, khususnya hakim. Untuk itu ketika ada proses hukum yang mencoba menggolongkan suatu bentuk ekspresi sebagai tindak pidana, hal ini harus dilihat dalam konteks pembatasan hak asasi manusia. Pertanyaan yang harus dijawab dalam memeriksa atau mempertimbangkan tuduhan pidana terkait ekspresi seseorang adalah apakah ekspresi tersebut dapat dibatasi, dan apakah pembatasan yang dilakukan sah atau tidak. Oleh sebab itu dalam setiap putusan kasus pidana terkait ekspresi perlu mempertimbangkan aturan HAM terkait dan menggunakan tes tiga tahap untuk menilai keabsahan pembatasan. Hal ini perlu dilihat kasus per kasus, bukan semata apabila tuduhan pidana berdasarkan undang-undang maka unsur “berdasarkan hukum” sudah pasti terpenuhi.

Dari kasus-kasus yang dipelajari di bab ini, tidak ditemukan pertimbangan HAM

³³⁹ Lihat Putusan PN Jakarta Selatan No. 370/Pid.Sus/2018/PN Jkt.Sel, Putusan PN Muaro No. 45/PID.B/2012/PN.MR., dan Putusan PN Jakarta Pusat No. 1521/Pid.Sus/2017/PN Jkt.Pst.

³⁴⁰ Antonio Guterres..., *Op. Cit.*, hal. 2.

yang tepat. Adanya unsur “tanpa hak” dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE tidak dimaknai dalam kerangka HAM. Contohnya, dalam kasus Alexander An, sudah ada rujukan ke pasal 29 DUHAM dan pasal 19 ayat (3) KIHSP namun para hakim menyimpulkan bahwa Pasal 28 ayat (2) sudah sesuai dengan hukum HAM internasional sehingga tetap menyimpulkan bahwa terdakwa bersalah. Munculnya rujukan ini juga kemungkinan besar dipengaruhi oleh pembelaan penasehat hukum dan *amicus curiae* dari lembaga HAM non-pemerintah.

4.6.8. Proses Pidana adalah upaya paling akhir

Dalam perspektif HAM, ekspresi-ekspresi di ranah *online* yang menimbulkan ketersinggungan atau dianggap sebagai tindakan “menyerang” disarankan untuk diselesaikan dalam forum yang sama tanpa harus mempidanakan pelaku. Artinya, sepanjang adanya upaya-upaya untuk memperbaiki kesalahan termasuk mengklarifikasi tuduhan maka hukum pidana harusnya difungsikan sebagai mekanisme paling akhir (*ultimum remedium*).

Bahwa perbuatan-perbuatan yang dianggap sebagai ujaran kebencian sebetulnya telah dibuka ruang untuk diselesaikan melalui forum-forum di luar proses peradilan pidana. Kepolisian RI telah mencoba melakukan pendekatan tersebut, diantaranya dengan menerbitkan SE Kapolri Nomor SE/06/2015 tentang Penanganan Ujaran Kebencian (*Hate Speech*). SE ini dalam butir angka (3)(a)(d) mengenai upaya preventif yang perlu dilakukan oleh anggota kepolisian adalah ketika menemukan perbuatan yang berpotensi mengarah pada tindak pidana ujaran kebencian wajib diantaranya mempertemukan pihak yang diduga melakukan ujaran kebencian dengan korban untuk mencari solusi perdamaian antar pihak.³⁴¹ Hanya ketika upaya preventif ini gagal menyelesaikan masalah, maka penegakan hukum dapat dilakukan dan proses peradilan pidana dapat dihindari.

Namun demikian, sejumlah kasus menunjukkan kondisi yang berbeda karena perkara terus berlanjut ke pengadilan meski pelaku meminta maaf kepada korban. Dalam perkara dengan Terdakwa Alnoldy Bahari, ia telah menandatangani permintaan maaf dan kesepakatan dengan pihak yang merasa dirugikan yang disaksikan oleh otoritas setempat dan Babinsa.³⁴² Sementara dalam perkara Panggabean, adik Terdakwa juga telah meminta maaf melalui blog atas ekspresi yang dilakukan kakaknya.³⁴³ Seharusnya kedua kasus tersebut dapat dihindari untuk masuk ke dalam proses peradilan pidana.

Dalam perspektif HAM, pengujian atas adanya pelanggaran HAM adalah terkait

³⁴¹ Lihat Surat Edaran Kapolri No. SE/06/2015 tentang Penanganan Ujaran Kebencian (*Hate Speech*), angka 3 huruf a dan d.

³⁴² Hasil wawancara dengan Pendamping Hukum Alnoldy Bahari, Pratiwi Febry S.H.

³⁴³ Putusan PN Pekanbaru No.465/Pid.Sus/2017/PN.Pbr, hal. 21.

dengan respon negara atas suatu peristiwa atau adanya tindakan tertentu. Ekspresi yang dianggap sebagai ujaran kebencian mempunyai berbagai kategori yang pendekatan atau respon Negara tidak melulu melalui jalur pidana, namun dapat dilakukan dengan tindakan administratif atau sanksi keperdataan atau bahkan negara tidak melakukan tindakan tertentu karena tingkat ujaran kebencian sebatas pada pernyataan yang tidak toleran. Respon negara juga perlu melihat proporsionalitas tindakan sehingga tidak menjadi respon yang ekseusif yang membahayakan kebebasan berekspresi.

4.6.9. Pertimbangan hakim pasca diterbitkannya SKB UU ITE

Dari ketiga kasus pasca diterbitkannya SKB UU ITE yang dipelajari, terlihat bahwa para hakim tidak mempertimbangkan sama sekali isi SKB dalam putusannya. Tidak dipertimbangkannya SKB UU ITE oleh para hakim dalam kasus-kasus ini, menunjukkan bahwa walaupun sudah ada upaya dari lembaga eksekutif untuk mengisi kekosongan panduan interpretasi pasal-pasal dalam UU ITE namun tidak otoritatif untuk dijadikan rujukan oleh para hakim.

Sepanjang yang dikutip dalam putusan, pembelaan yang diajukan oleh penasehat hukum juga tidak merujuk pada SKB UU ITE padahal apabila digunakan mungkin dapat menjadi pembelaan kuat bahwa para terdakwa tidak seharusnya dipidana.

4.7 Kesimpulan dan Rekomendasi

Berbagai perkara yang terkait dengan kebencian dan permusuhan dengan penerapan Pasal 28 ayat (2) UU ITE menunjukkan masih adanya berbagai tantangan yang membutuhkan perubahan pengaturan karena perumusan yang tidak ketat dan membuka ruang multi-interpretasi. Perumusan ini menjadikan mudahnya pembedaan ekspresi yang sah berdasarkan hukum HAM internasional sehingga akan menimbulkan dampak yang menakutkan dan mengancam kebebasan berekspresi. Sebagaimana dalam berbagai kajian lainnya terkait Pasal 28 ayat (2) UU ITE, Studi ini juga menemukan bahwa fakta bahwa penafsiran yang luas atas pasal tersebut telah menyasar berbagai ekspresi yang sah, baik dalam bentuk kritik maupun laporan jurnalistik.

Penerapan dan penafsiran Pasal 28 ayat (2) UU ITE terlihat sangat ekseusif, misalnya, atas nama ketertiban umum tindak pidana ujaran kebencian dan permusuhan tersebut diterapkan kepada individu atau kelompok minoritas yang dianggap menyerang, misalnya menyerang keyakinan dan agama, kelompok mayoritas, dan menyerang kekuasaan, atau menyerang kelompok yang seharusnya tidak meliputi unsur "golongan". Terlihat penerapan tindak pidana ujaran kebencian menitikberatkan pada pendekatan keamanan dan ketertiban atau berdasarkan

pada pemeliharaan kepentingan kelompok mayoritas atau maupun kekuasaan.

Penelitian ini juga menemukan fakta bahwa dalam sejumlah perkara, atas satu perbuatan yang sama oleh Penuntut Umum didakwa dengan dakwaan berbentuk alternatif yang memadankan Pasal 28 ayat (2) UU ITE dengan Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Padahal kedua pasal ini mengatur tindak pidana yang berbeda dengan unsur-unsur yang berbeda juga yang menunjukkan Penuntut Umum tidak memahami perbedaan kedua tindak pidana tersebut.

Dari sisi pengaturan dan interpretasi, penelitian ini merekomendasikan, yang sebagian besar sesuai dengan materi SKB UU ITE, namun dengan memberikan pendalaman rekomendasi sebagai berikut:

Pertama, paradigma pengaturan ujaran kebencian dan permusuhan perlu menitikberatkan pada paradigma perlindungan pada kelompok-kelompok yang minoritas dan rentan, sehingga tidak menjadi pengaturan yang justru digunakan untuk menjerat kelompok minoritas dengan tuduhan-tuduhan melakukan kebencian pada pemegang kekuasaan serta untuk membungkam kritik publik, termasuk penggunaan tuduhan melakukan ujaran kebencian untuk membungkam pandangan-pandangan yang berbeda-beda.

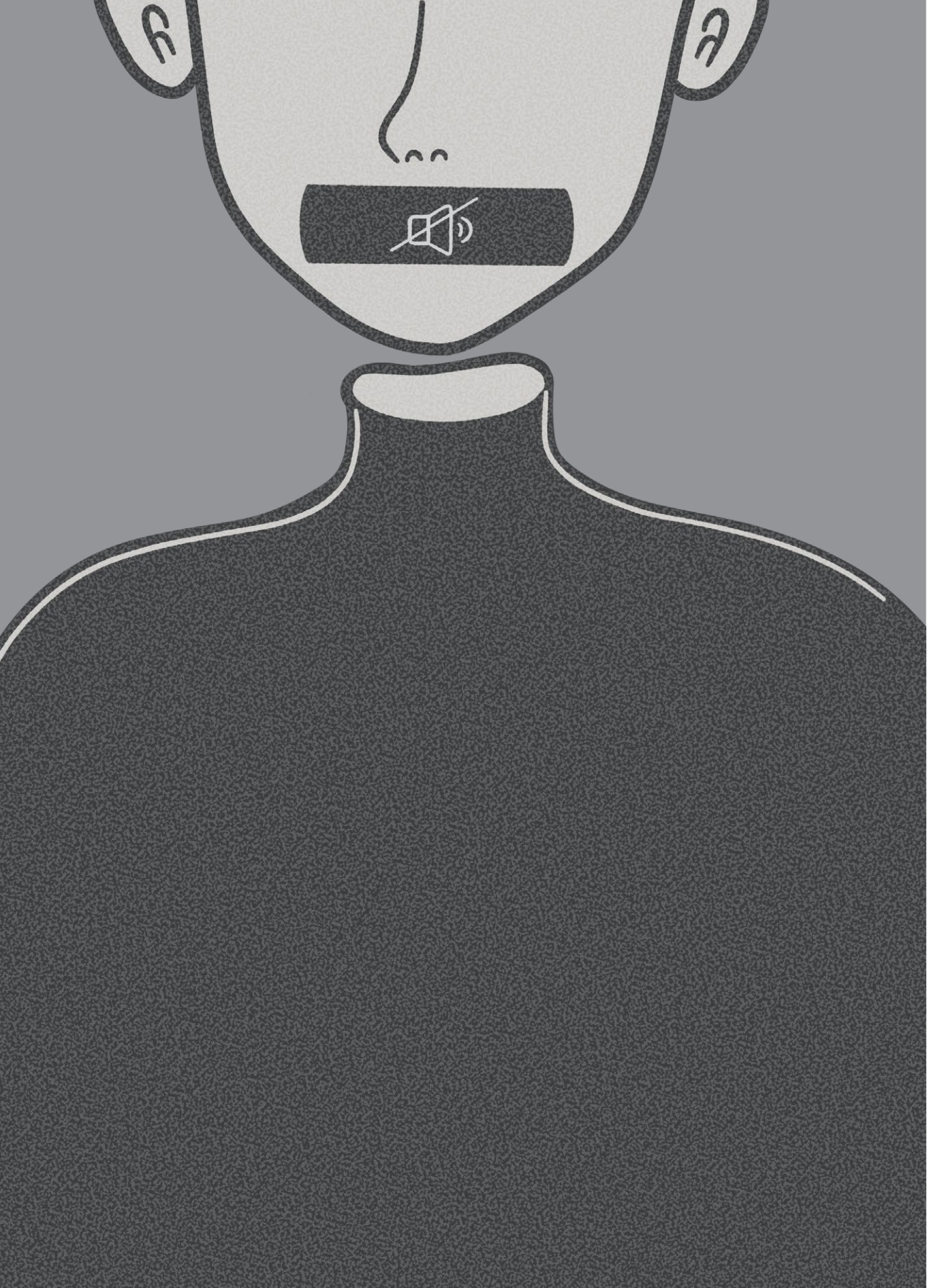
Kedua, pengaturan Pasal 28 ayat (2) ITE perlu direvisi untuk memberikan rumusan yang lebih jelas sesuai dengan kategori ujaran kebencian yang perlu diatur berdasarkan pada standar hukum HAM internasional, sehingga tidak mudah menjerat setiap ekspresi sebagai perbuatan menyebarkan informasi yang menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan. Perbaiki perumusan tersebut termasuk memberikan penjelasan yang lebih memadai perbuatan “kebencian” dan “permusuhan” yang dapat dipidana dan penjelasan tentang unsur-unsur tindak pidananya, serta menekankan pada **adanya unsur hasutan untuk melakukan diskriminasi, kekerasan atau permusuhan**. Posisi dan pengaruh si pengujar terhadap audiensnya juga perlu menjadi pertimbangan, sebagaimana yang disyaratkan dalam *Rabat Plan of Action*.

Ketiga, penafsiran atas Pasal 28 ayat (2) UU ITE perlu merujuk pada sejumlah ketentuan dalam SKB UU ITE sebagai pedoman, utamanya terkait dengan unsur “dengan sengaja” dan unsur “ditujukan untuk” lebih membuka ruang keterkaitan antara pembuktian unsur-unsur tersebut dengan motif pelaku, apakah benar-benar berniat untuk melakukan tindak pidana menyebarkan informasi yang menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan.

Keempat. pembuktian unsur-unsur Pasal 28 ayat (2) perlu dilakukan dengan mendalam dengan menggunakan indikator-indikator yang jelas, termasuk dalam

mendefinisikan maksud “kebencian” dan “permusuhan” dengan memastikan dari pernyataan atau konten ujaran kebencian dan permusuhan. Indikator tingkat keparahan ini dapat merujuk pada indikator yang telah disusun dalam dokumen *Rabat Plan of Action*.

Kelima, penafsiran atas unsur “golongan” dalam Pasal 28 (2) UU ITE harus dimaknai sebagai identitas kelompok yang tidak bisa diubah, diantaranya suku, ras, agama, dengan merujuk ke makna semula “golongan” berdasarkan Pasal 156 KUHP. Selain itu merujuk perkembangan, sejumlah golongan yang bisa dikategorikan untuk dilindungi adalah etnis, gender, orientasi seksual sebagaimana diuraikan dalam dokumen PBB tentang *Strategy and Plan of Action on Hate Speech*.





BAB V

**EKSPRESI POLITIK
DAN KEJAHATAN
TERHADAP KEAMANAN
NEGARA**

Pada bagian sebelumnya, telah dibahas berbagai ekspresi yang dilakukan dalam konteks penghinaan, baik terhadap individu, maupun badan hukum/korporasi, dan ekspresi yang terkait dengan ujaran kebencian. Namun, hak atas kebebasan berekspresi pada dasarnya mencakup pula ekspresi-ekspresi selain penghinaan dan ujaran kebencian sebagai ekspresi yang lebih lazim dibicarakan secara umum, yakni ekspresi politik. Dalam praktik di Indonesia, pelaksanaan ekspresi politik tersebut seringkali bersinggungan dengan ketentuan pidana, yaitu kejahatan terhadap keamanan negara. Hal ini terlihat dari beberapa putusan yang menunjukkan pemidanaan terhadap ekspresi-ekspresi politik dengan pasal “makar”, khususnya yang diatur dalam Pasal 104 dan 106 KUHP.

Untuk itu, bagian ini akan menjabarkan analisis terhadap penafsiran hakim-hakim dalam putusan-putusan terkait tindak pidana “makar” tersebut untuk menguji apakah penafsiran-penafsiran yang digunakan sudah sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang ada. Analisis ini akan dijelaskan menurut ketentuan-ketentuan hukum pidana di Indonesia dan ketentuan-ketentuan HAM yang berlaku secara universal, termasuk di Indonesia. Dari sisi hukum pidana, analisis akan dilakukan dengan menjabarkan definisi “makar” menurut sejarah pengaturannya dan konsep pasal-pasal lain yang terkait dengan tindak pidana makar, yaitu Pasal 87 KUHP yang membahas permulaan pelaksanaan tindak pidana “makar”, dan Pasal 110 KUHP yang membahas permufakatan jahat untuk tindak pidana “makar. Sedangkan, analisis dalam konteks HAM akan dilakukan dengan menjelaskan pelaksanaan ekspresi politik berdasarkan ketentuan-ketentuan terkait hak atas kebebasan berekspresi (*freedom of expression*) dan hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*).

5.1. Ekspresi Politik Dalam Hak Asasi Manusia (HAM)

Pada bagian sebelumnya, telah dibahas berbagai ekspresi yang dilakukan dalam konteks penghinaan, baik terhadap individu, maupun badan hukum/korporasi, dan ekspresi yang terkait dengan ujaran kebencian. Hak atas kebebasan berekspresi pada dasarnya mencakup ekspresi-ekspresi selain penghinaan dan ujaran kebencian sebagai ekspresi yang lebih lazim dibicarakan secara umum, yakni ekspresi politik. Komentar Umum No. 34 KIHSP menegaskan bahwa opini terkait politik dan ekspresi dalam bentuk diskursus politik merupakan opini dan ekspresi yang dilindungi menurut Pasal 19 KIHSP.³⁴⁴ Pengadilan HAM Eropa, dalam kasus *Steel and Morris V. The United Kingdom*, menyatakan bahwa ekspresi politik, termasuk ekspresi tentang hal-hal yang menjadi kepentingan dan perhatian publik, membutuhkan perlindungan tingkat tinggi menurut Pasal 10 Konvensi HAM Eropa

³⁴⁴ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 9 dan 11.

yang mengatur tentang hak atas kebebasan berekspresi.³⁴⁵ Negara-negara di Benua Amerika, sebagaimana dinyatakan oleh Edison Lanza, *Special Rapporteur for Freedom of Expression on Inter-American Commission on Human Rights (IAHCR)*, dalam Laporan Tahun 2016 menyatakan bahwa *political speech* adalah salah satu jenis ekspresi yang menerima perlindungan khusus menurut Pasal 13 Konvensi HAM Amerika mengingat pentingnya ekspresi tersebut untuk pelaksanaan semua hak asasi manusia lainnya untuk melestarikan demokrasi.³⁴⁶

Berbagai ketentuan HAM, baik yang sifatnya nasional, regional, maupun internasional, tidak mendefinisikan atau memberi batasan konsep mengenai ekspresi politik. Tom Lewis dan Peter Cumper mendefinisikan ekspresi politik sebagai kebebasan untuk mengkomunikasikan sebuah pesan dari seseorang dengan pilihan cara orang tersebut.³⁴⁷ Alcides Velasquez dan Hernando Rojas memberikan konsep mengenai ekspresi politik sebagai bentuk komunikasi yang mengekspresikan pendapat tertentu mengenai peristiwa atau proses politik yang sedang terjadi atau menyebarkan informasi yang relevan dengan peristiwa atau proses politik tersebut.³⁴⁸ Sementara Michelle Vosloo menyatakan, ekspresi politik mencakup semua bentuk ekspresi yang peduli dengan kepentingan kelompok tertentu, pemerintahan, politik, atau negara, yang menggerakkan pemikiran publik, memprovokasi kontroversi publik, atau mengubah pikiran publik.³⁴⁹ Elena Gladkikh, dengan mengutip pendapat Katharine Galber, menyatakan bahwa "*political speech*" atau ekspresi politik adalah ucapan/ekspresi terkait permasalahan publik, kritik terhadap pejabat dan kebijakan pemerintah, dan debat tentang masalah publik, termasuk serangan terhadap perilaku pembuat kebijakan, peradilan, dan pejabat lainnya.³⁵⁰ Peter John Chen, dengan mengadopsi konsep "*public sphere*" dari Jürgen Habermas yang melihat perkembangan keterlibatan dan debat publik dalam penyebaran informasi dan memandang kebenaran dapat diperoleh melalui partisipasi aktif publik dalam debat, menyatakan bahwa "*public sphere*" adalah

³⁴⁵ Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Steel and Morris V. The United Kingdom*, (Application no. 68416/01), 15 Februari 2005, par. 88. "*The Court has long held that "political expression", including expression on matters of public interest and concern, requires a high level of protection under Article 10*".

³⁴⁶ Edison Lanza, "*Annual Report of The Office of The Special Rapporteur For Freedom of Expression*", dalam *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2016*, vol. II, Chapter V: *National Case Law on Freedom of Expression*, par. 61.

³⁴⁷ Tom Lewis dan dan Peter Cumper, *Balancing freedom of political expression against freedom of political opportunity: the courts and the UK's broadcasting ban on political advertising*, dalam *Public Law*, pp. 89-111, (Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 2009).

³⁴⁸ Alcides Velasquez dan Hernando Rojas, *Political Expression on Social Media: The Role of Communication Competence and Expected Outcomes*, dalam *Social Media + Society*, January-March 2017, pp. 1 -13, (California: SAGE Publishing, 2017), hal. 2.

³⁴⁹ Michelle Vosloo, "When Political Expression Turns into Hate Speech: Is limitation through legislative criminalisation the answer?", *Tesis*, University of South Africa, Pretoria, 2011, hal. 12.

³⁵⁰ Elena Gladkikh, "Standing Up for the Right to Free Political Expression: the ECtHR Jurisprudence, Lessons for Russia", *Tesis*, Central European University, Budapest, 2013, hal. 6.

sebuah proses ekspresi politik karena publik saling bertukar pandangan dan pendapat mengenai masalah-masalah pemerintahan.³⁵¹

Berdasarkan berbagai pemaknaan diatas, **ekspresi politik merupakan suatu ekspresi yang dilakukan untuk menyampaikan pesan, pendapat, atau pikiran mengenai suatu permasalahan publik, peristiwa politik, kepentingan kelompok tertentu, kebijakan pemerintahan, perilaku pejabat publik dan sebagainya dengan tujuan untuk memberikan informasi kepada publik dan/atau menggerakkan pandangan/pemikiran publik mengenai pesan, pendapat, pikiran, dan/atau informasi yang disampaikan.** Bentuk-bentuk dari ekspresi politik tersebut sendiri setidaknya-tidaknnya meliputi kritik, pernyataan ketidaksetujuan, atau penolakan terkait suatu kebijakan negara, atau kritik terhadap pejabat publik dan politisi.³⁵² Dalam kasus-kasus konkrit, beberapa bentuk ekspresi yang telah diakui oleh pengadilan-pengadilan antara lain: penggunaan kalimat tertentu, seperti penggunaan kalimat *'the voice of the people is the voice of god'* yang dianggap sebagai ekspresi politik yang umum di Peru dan di tempat lain di Amerika Latin,³⁵³ cara berpakaian tertentu,³⁵⁴ seperti mengenakan simbol "Easter Lily" di Irlandia³⁵⁵ dan "Red Star" di Hungaria,³⁵⁶ mengajak untuk memboikot suatu pemilihan umum³⁵⁷, menyanyikan suatu lagu, seperti lagu berjudul "Kem Skjøt Siv

³⁵¹ Peter John Chen, *Australian Politics in a Digital Age*, Chapter III: Social Media, (Canberra: ANU Press, 2013), hal. 71.

³⁵² Elena Gladkikh..., *Op. Cit.*, hal. 10-13. Hal ini seperti yang terjadi pada banyak orang kulit hitam di Amerika Serikat yang seringkali mengeluarkan ekspresi yang berakar pada sarkasme, ironi, dan sinisme, yang didorong oleh sentimen bahwa arena politik Amerika tidak pernah sepenuhnya merangkul orang Afrika-Amerika sebagai warga negara dan menjadi bagian sentral dari politik Amerika. Ekspresi ini sendiri seringkali muncul di tempat potong rambut, salon kecantikan, bar, dan ruang lain yang merupakan ruang publik bagi orang kulit hitam Amerika. Lihat Alford A. Young, Jr., *The Black Masculinities of Barack Obama: Some Implications for African American Men*, dalam *Daedalus*, Spring 2011, Vol. 140, No. 2, Race, Inequality & Culture, volume 2 (Spring 2011), pp. 206-214, (Massachusetts: MIT Press, 2011). Hal. 211.

³⁵³ Pellegrino A. Luciano, *Where are the Edges of a Protected Area? Political Dispossession in Machu Picchu, Peru*, dalam *Conservation & Society*, 2011, Vol. 9, No. 1 (2011) pp. 35-41, (India: Ashoka Trust for Research in Ecology and the Environment and Wolters Kluwer India Pvt. Ltd., 2011), hal. 40. Dapat diakses di https://www.jstor.org/stable/pdf/26393123.pdf?ab_segments=0%252Fbasic_search_solr_cloud%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3A5156e64b750d88a9e6462d9900d0903d.

³⁵⁴ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Stevens v. the United Kingdom*, Application no. 11674/85, 3 Maret 1986, hal. 245, Keputusan Komite HAM Eropa, *Karav. the United Kingdom*, Application no. 36528/97, 22 October 1998, *unreported*, dan Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Smith and Grady v. the United Kingdom* (dec.), Application nos. 33985/96 and 33986/96, 23 Februari 1999.

³⁵⁵ Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Donaldson v. the United Kingdom*, Application No. 56975/09, 25 Januari 2011, par. 20. *"It found that the applicant's decision to wear an Easter Lily (a symbol to commemorate the Irish republican combatants who died during, or were executed after, the 1916 Easter Rising in Ireland) had to be regarded as a way of expressing his political views."*

³⁵⁶ Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Vajnai v. Hungary*, Application no. 33629/06, 8 Juli 2008, par. 56. *"As to the link between the prohibition of the red star and its offensive, underlying, totalitarian ideology, the Court stresses that the potential propagation of that ideology, obnoxious as it may be, cannot be the sole reason to limit it by way of a criminal sanction...For the Court, this indiscriminate feature of the prohibition corroborates the finding that it is unacceptably broad."*

³⁵⁷ Komite HAM PBB, *Svetik v Belarus*, CCPR/C/81/D/927/2000 (Jurisprudence), 25 Agustus 2004. Lihat juga Komenta Umum No. 34 ICCPR..., *Op. Cit.*, par. 28.

Jensen" (Who Shot Siv Jensen) milik penyanyi hip hop Norwegia, Lars Vaulars,³⁵⁸ dan pembakaran bendera nasional di Selandia baru³⁵⁹ dan Amerika Serikat.³⁶⁰

Ekspresi politik dapat dilakukan dalam berbagai tindakan, baik yang bersifat luring maupun daring (*online*).³⁶¹ Beberapa ekspresi *offline* antara lain: menghadiri audiensi publik atau pertemuan di tempat umum,³⁶² mengirimkan surat kepada pejabat publik,³⁶³ menyampaikan protes di muka umum,³⁶⁴ melakukan advokasi dan musyawarah,³⁶⁵ melakukan dan/atau mengikuti diskusi terbuka³⁶⁶, berpartisipasi dalam demonstrasi yang dilakukan secara damai³⁶⁷ dan sebagainya. Sedangkan salah satu bentuk ekspresi yang bersifat *online* adalah berpartisipasi dalam kampanye publik di media sosial³⁶⁸. Komentar Umum No. 34 KIHSP mengatur bahwa

³⁵⁸ Torgeir Uberg Nærland, "Rhythm, rhyme and reason: hip hop expressivity as political discourse", dalam *Popular Music* Vol. 33, No. 3 (October 2014), pp. 473-49, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), hal. 488.

³⁵⁹ Lihat Putusan Mahkamah Agung Selandia Baru, *R v Morse* [2009] NZCA 623, [2010] 2 NZLR 625 (CA). "Justice Arnold, for the majority, concluded that the conviction for offensive behaviour was proper, even though Valerie Morse was exercising her right to free speech, protected by the BoRA, and that right includes such conduct as burning a New Zealand flag."

³⁶⁰ Lihat Putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). Dapat diakses di https://www.uscourts.gov/sites/default/files/free-speech-flag-burning_1.pdf. "The majority of the Court, according to Justice William Brennan, agreed with Johnson and held that flag burning constitutes a form of "symbolic speech" that is protected by the First Amendment. The majority noted that freedom of speech protects actions that society may find very offensive, but society's outrage alone is not justification for suppressing free speech."

³⁶¹ Homero Gil de Zúñiga, Logan Molyneux, dan Pei Zheng, *Social Media, Political Expression, and Political Participation: Panel Analysis of Lagged and Concurrent Relationships*, dalam *Journal of Communication*, vol. 64, pp. 612-634, (Washington: International Communication Association, 2014), hal. 615.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Elena Gladkikh..., *Op. Cit.*, hal. 15-18.

³⁶⁵ Michelle Vosloo..., *Op. Cit.*, hal. 12.

³⁶⁶ Putusan Pengadilan Tinggi Administrasi England and New South Wales, *R (Calver) v Adjudication Panel for Wales*, EWHC 1172, 2012. Lihat Standard Commission for Scotland, "Freedom Of Expression - Advice Note On The Application Of article 10 Of The ECHR And the Model Code Of Conduct", <https://www.standardscommissionscotland.org.uk/uploads/files/1540368919171005FINALMembersAdviceNoteonApplicationofArticle10ofECHR.pdf>, diakses pada Senin, 8 Maret 2021. "The Court further noted that 'political expression' had to be interpreted widely and it included open discussion on political issues including public administration and public concern, including comments about the adequacy or inadequacy of the performance of public duties by others". Lihat juga Putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat, *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 14 (1976). Lihat Joseph T. Poulsen, "Compelled Speech—Connecticut and Massachusetts: Inadvertently Inviting Suppression of Dissent Political Expression", dalam 38 W. NewEng. L. Rev. 89, (Springfield: Western New England University, 2016), <http://digitalcommons.law.wne.edu/lawreview/vol38/iss1/3>, diakses pada Senin, 8 Maret 2021. "Discussion of public issues and debate on the qualifications of candidate."

³⁶⁷ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Steel and Others v. the United Kingdom*, Application No. 24838/94, 23 September 1998 dan *Hashman and Harrup v. the United Kingdom*, Application No. 25594/94, 25 November 1999, par. 28. Lihat juga Commonwealth Forum of National Human Rights Institution, "Freedom of Expression, Association and Peaceful Assembly", <https://cfnhri.org/human-rights-topics/freedom-of-expression-association-and-peaceful-assembly/>, dan Amnesty International, "Freedom of Expression", <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/freedom-of-expression/>, diakses pada Senin, 8 Maret 2021.

³⁶⁸ Homero Gil de Zúñiga, Logan Molyneux, dan Pei Zheng..., *Loc. Cit.*

“ekspresi” yang dilindungi, termasuk ekspresi politik, tidak hanya berupa ekspresi dalam bentuk ucapan atau lisan, melainkan seluruh bentuk ekspresi, yaitu bahasa lisan, tulisan dan isyarat, dan ekspresi non-verbal seperti gambar dan objek seni, dan cara untuk menyampaikan ekspresi tersebut, seperti melalui buku, surat kabar, pamflet, poster, spanduk, pakaian dan pengajuan kasus hukum, termasuk dalam bentuk ekspresi audio-visual serta elektronik dan berbasis internet.³⁶⁹ Namun, ekspresi yang dilindungi tersebut tidak hanya ekspresi yang diterima dengan baik, dianggap tidak menyinggung atau sebagai masalah ketidakpedulian, tetapi juga ekspresi yang menyinggung, mengejutkan, atau mengganggu.³⁷⁰ Oleh karena itu, negara harus mentoleransi ekspresi berupa serangan yang tajam, keras, pedas, dan terkadang tidak menyenangkan terhadap pejabat pemerintah dan publik³⁷¹, bahkan jika itu bisa dianggap provokatif atau menghina.³⁷²

5.2. Ekspresi Politik Dalam Hukum Pidana Indonesia

5.2.1. Ekspresi Politik dan Tindak Pidana “Makar”

Dalam praktik di Indonesia, pelaksanaan bentuk ekspresi politik atau tindakan yang memenuhi definisi ekspresi politik, khususnya menyampaikan pandangan/tuntutan politik tertentu dan berpartisipasi dalam pertemuan yang memiliki agenda politik, seringkali bersinggungan dengan ketentuan pidana di Indonesia, yaitu kejahatan terhadap negara dan keamanan negara. sebagai contoh dalam perkara dengan terdakwa Willian Lawalata alias Ebeng yang menyampaikan pandangan politiknya untuk menuntut kemerdekaan bagi Republik Maluku Selatan (RMS) dari Republik Indonesia dengan membuat spanduk untuk upacara hari ulang tahun RMS dan terdakwa kemudian dipidana karena melakukan makar dalam Pasal 106 KUHP dan dijatuhi penjara 3 tahun 6 bulan.³⁷³ Kasus lainnya adalah perkara dengan terdakwa Arina Elopere alias Wenebita Gwijangge yang menyampaikan pandangan politiknya untuk menuntut kemerdekaan bagi Papua dengan memegang bendera bintang

³⁶⁹ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 12. Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Oberschlick v. Austria*, Application no. 11662/85, 23 May 1991, par. 57 dan *Jersild v. Denmark*, Application no.15890/89, 23 September 1994, par. 31. “*The protection of Article 10 extends not only to the substance of the ideas and information expressed but also to the form in which they are conveyed*”. Lihat juga Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Gough V. The United Kingdom*, Application no. 49327/11, 28 Oktober 2014, par. 147. “*The term “expression” had been widely construed by the Court to cover various different forms of expression, including expression in words, in pictures, by video and through conduct intended to convey an idea or information*”.

³⁷⁰ Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Handyside v the United Kingdom*, Application No. 5493/72, 7 Desember 1976, par. 49. “*Subject to paragraph 2 of Article 10 [of the European Convention on Human Rights], it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb*”. Lihat juga Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Castells v. Spain*, Application No. 11798/85, 23 April 1992, par. 42.

³⁷¹ Putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat, *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

³⁷² Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Özgür Gündem v Turkey*, Application no. 23144/93, 16 Maret 2000, par. 43.

³⁷³ Putusan PN Ambon No. 307/Pid.B/2014/PN.Amb.

kejora (yang lazim dikenal sebagai bendera kemerdekaan Papua) dan menghias wajahnya dengan motif bintang kejora dalam aksi di depan Istana Negara terkait penyerangan Asrama Mahasiswa Papua dan teriakan “monyet” kepada mahasiswa Papua di Surabaya. Arina Elopere kemudian dipidana atas tindak pidana makar dalam Pasal 106 KUHP dan dihukum 9 bulan penjara.³⁷⁴ Selain itu, dalam perkara dengan terdakwa Hermawan Susanto alias Wawan yang menyampaikan pandangan politiknya dalam aksi demonstrasi di depan Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) dengan seorang diri meneriakkan “dari poso nih, siap penggal kepala Jokowi (Presiden Joko Widodo), demi Allah...”, juga dipidana dengan pasal makar dalam Pasal 104 KUHP dan dihukum penjara selama 10 bulan 5 hari.³⁷⁵

Berbagai perkara di atas menunjukkan pentingnya mendalami bagaimana para Hakim di Pengadilan Indonesia menafsirkan unsur-unsur kejahatan dalam pasal tindak pidana kejahatan terhadap negara dan keamanan negara, khususnya tindak pidana “makar” dalam menjatuhkan pidana atas ekspresi politik.

Sebagai catatan, KUHP mengatur beberapa tindak pidana pada Bab tentang “kejahatan terhadap negara dan keamanan negara”, yaitu dari Pasal 104-129 KUHP. Namun, pembahasan pada bagian ini berfokus pada tindak pidana “makar” yang diatur dalam:

- Pasal 104 KUHP tentang makar untuk membunuh atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah;
- Pasal 106 KUHP tentang makar untuk membuat seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara; dan
- Pasal 110 KUHP tentang pemufakatan jahat dan mempersiapkan/memperlancar kejahatan yang beberapa diantaranya adalah tindak pidana “makar” yang diatur dalam Pasal 104 dan 106 KUHP.

Bahwa ekspresi politik pada dasarnya dapat pula berbentuk kritik terhadap pejabat publik dan pemerintah, yang dapat pula berujung pada kasus pidana, misalnya dengan delik penghinaan. Namun, karena hal tersebut sudah dibahas pada bagian sebelumnya maka pembahasan pada bagian ini khusus membahas ekspresi politik dalam konteks kejahatan makar.

5.2.2. Tren Pidanaan Ekspresi Politik Dengan Pasal Tindak Pidana Makar

Berbagai Putusan Pengadilan Indonesia telah menghukum ekspresi politik dengan pasal “makar”, diantaranya dalam 33 Putusan Pengadilan, baik tingkat pertama,

³⁷⁴ Putusan PN Jakarta Pusat No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.

³⁷⁵ Putusan PN Jakarta Pusat No. 1116/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.

maupun kasasi, dalam perkara tindak pidana makar pada tahun 2003-2020.³⁷⁶ Dari 33 putusan tersebut, terdapat 49 terdakwa tindak pidana makar yang dijabarkan dengan komposisi 47 terdakwa dipidana dengan pasal makar, yaitu 1 terdakwa yang dihukum dengan Pasal 104 KUHP, 32 terdakwa yang dihukum dengan Pasal 106 KUHP, dan 14 terdakwa dihukum dengan Pasal 110 KUHP, serta 2 orang terdakwa diputus bebas oleh pengadilan. Dari segi bentuk ekspresi politik yang dilakukan, 1 terdakwa yang dihukum dengan Pasal 104 KUHP yakni melakukan perbuatan berupa pernyataan dirinya seorang diri yang siap memenggal kepala presiden.

Pada terdakwa yang dihukum dengan Pasal 106 dan 110 KUHP secara umum melakukan perbuatan-perbuatan sebagaimana diuraikan dalam tabel dibawah ini.

Bentuk Ekspresi Politik Yang Dipidana Atas Tindak Pidana Makar Dengan Pasal 106 dan Pasal 110 KUHP

Pasal 106 KUHP	Pasal 110 KUHP
1. Menyiapkan bendera lambang kemerdekaan untuk dikibarkan	1. Menghadiri pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera lambang kemerdekaan
2. Merencanakan pengibaran bendera lambang kemerdekaan	2. Menghadiri pertemuan pencarian dana untuk Gerakan kemerdekaan
3. Menghadiri upacara peringatan ulang tahun gerakan kemerdekaan/pengibaran bendera lambang kemerdekaan	3. Mengirimkan pesan singkat tentang rencana pengibaran bendera lambang kemerdekaan
4. Memegang dan/atau mengibarkan bendera lambang kemerdekaan	4. Mengibarkan dan/atau membenteng bendera lambang kemerdekaan
5. Menyampaikan orasi politik menuntut kemerdekaan	

³⁷⁶ Berbagai putusan tersebut diakses dari situs resmi putusan Mahkamah Agung. Sebagai catatan, terdapat lebih dari 33 putusan terkait tindak pidana makar di Indonesia dan terdapat beberapa perkara dengan peristiwa yang sama dengan perkara-perkara yang dijabarkan berikut ini, yang pelakunya menjadi terdakwa dalam persidangan yang terpisah. Namun, karena tujuan penulisan bagian ini lebih menekankan pada penjabaran varian bentuk perbuatan ekspresi politik yang dipidana dengan tindak pidana makar, maka tidak semua putusan tersebut dijabarkan dalam bagian ini dan untuk putusan-putusan dengan peristiwa yang sama, hanya diambil beberapa putusan atas terdakwa dalam peristiwa tersebut.

Pasal 106 KUHP	Pasal 110 KUHP
6. Melakukan tindakan tertentu sebagai bentuk partisipasi dalam upacara peringatan ulang tahun gerakan kemerdekaan (seperti bernyanyi, menari, meniup terompet, meneriakkan yel-yel kemerdekaan, menggunakan spanduk, pamflet, atau lainnya terkait kemerdekaan, mengetik, membuat, mencetak, dan/atau membagi-bagikan panduan atau spanduk)	
7. Mendaftarkan diri sebagai pasukan bersenjata dari Gerakan yang menuntut kemerdekaan	
8. Melaksanakan pertemuan untuk menyusun profil negara yang dituntut untuk dimerdekakan	
9. Menjadi koordinator demonstrasi tuntutan kemerdekaan	

Dari tabel di atas, pengadilan terlihat tidak konsisten dalam menggunakan pasal pidana terhadap ekspresi politik berupa pengibaran bendera lambang kemerdekaan. Dalam Putusan No. 1977 K/Pid/ 2008, 2157 K/Pid.Sus/2010, 299/Pid.B/2014/PN.Amb, 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST, dan 56/Pid.B/2020/PN.Ffk, pengadilan menyatakan bahwa ekspresi tersebut merupakan suatu bentuk tindak pidana makar dan menghukum para terdakwa dalam perkara-perkara tersebut dengan Pasal 104 KUHP. Namun, dalam Putusan No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb dan 212/Pid.B/2020/PN.Amb, pengadilan menyatakan bahwa ekspresi tersebut merupakan suatu bentuk permufakatan jahat untuk melakukan makar dan menghukum para terdakwa dalam perkara-perkara tersebut dengan Pasal 110 Ayat (1) KUHP. Hal ini menunjukkan para Hakim di pengadilan Indonesia belum memiliki pandangan yang sama dalam menghukum perbuatan pengibaran bendera kemerdekaan dengan pasal makar.

Bahwa terdapat 3 putusan lain, Putusan No. 802 K/Pid/2014, 804 K/Pid/2014, dan 806 K/Pid/2014, yang menghukum tindakan pengibaran bendera lambang kemerdekaan dengan Pasal 110 ayat (1) KUHP. Namun, penggunaan pasal tersebut tidak dapat dipandang sebagai pilihan Hakim karena penuntut umum hanya mendakwakan Pasal 110 KUHP dan tidak memasukkan Pasal 106 KUHP dalam dakwaannya. Dengan adanya kewajiban bagi Hakim untuk memutus perkara

berdasarkan dakwaan penuntut umum,³⁷⁷ maka Hakim harus menggunakan Pasal 110 KUHP, walaupun terdapat potensi Hakim merasa bahwa seharusnya para terdakwa dipidana dengan Pasal 106 KUHP. Kondisi ini berbeda dengan putusan No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb dan 212/Pid.B/2020/PN.Amb, bahwa penuntut umum mendakwakan Pasal 106 KUHP secara alternatif dengan Pasal 110 KUHP dan Hakim lebih memilih menggunakan Pasal 110 ayat (1) KUHP. Hal ini menunjukkan bahwa penegak hukum selain Hakim juga belum memiliki pandangan yang sama dalam memproses hukum perbuatan pengibaran bendera lambang kemerdekaan.

5.2.2.1. Interpretasi Hakim Atas Unsur “Makar” Dalam Menghukum Ekspresi Politik

Penerapan dan interpretasi hakim atas tindak pidana “makar” dalam bagian ini berfokus pada 18 putusan (dari 33 putusan) yang memuat interpretasi hakim atas unsur “makar”. Bahwa tidak semua interpretasi hakim dalam perkara-perkara yang diteliti dijabarkan karena beberapa putusan tersebut adalah putusan kasasi yang hanya mempertimbangkan bahwa “*judex facti* (pengadilan tingkat pertama atau banding) tidak salah menerapkan hukum”,³⁷⁸ serta putusan *judex facti* yang dimaksud tidak tersedia, baik di situs resmi putusan MA maupun di internet sehingga tidak terdapat informasi mengenai interpretasi hakim atas unsur “makar” dalam perkara-perkara tersebut.

Selain putusan-putusan di atas, terdapat putusan yang tidak menafsirkan unsur “makar” tetapi secara langsung menyatakan bahwa perbuatan terdakwa adalah tindak pidana makar. Hal ini terjadi pada putusan kasasi yang putusan tingkat pertamanya membebaskan terdakwa dari tindak pidana makar. Namun, putusan tingkat pertama tersebut tidak tersedia dan tidak berhasil diperoleh sehingga tidak dapat dijabarkan lebih lanjut dalam bagian ini. Setidaknya, terdapat 2 (dua) putusan kasasi terkait hal tersebut, antara lain:

- a. Putusan MA No. 1151 K/Pid/2005 dengan terdakwa Chrtistine E.S. Kakisina/ Manuputty alias Mei. Dalam putusan ini, MA menyatakan Majelis Hakim PN Ambon telah salah menerapkan hukum dengan membebaskan terdakwa dari dakwaan tindak pidana makar. MA berpendapat bahwa perbuatan terdakwa yang menerima telepon dari tokoh RMS, menghadiri upacara pengibaran bendera RMS, berkumpul dan berdoa Bersama untuk tujuan perjuangan RMS,

³⁷⁷ Pasal 182 Ayat (4) dan Pasal 193 Ayat (1) Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

³⁷⁸ Misalnya dalam perkara dengan terdakwa Michael Pattisnay, yang diputus bebas oleh PN Ambon melalui Putusan No. 284/Pid.B/2008/PN.Ab atas perbuatan menyiapkan bahan untuk membuat bendera RMS untuk kemudian dibentangkan ketika peringatan Hari Keluarga Nasional. Pada tingkat kasasi, MA melalui Putusan No. 1889 K/Pid/2009 hanya menyatakan bahwa PN Ambon tidak salah dalam menerapkan hukum.

dan menyuruh orang lain untuk mempersiapkan makanan dan minuman untuk upacara pengibaran bendera RMS telah memenuhi unsur kejahatan dalam pasal tindak pidana makar, sebagaimana diatur Pasal 106 *jo.* Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP. Oleh karena itu, MA membatalkan putusan PN Ambon No. 99/Pid.B/2004/PN.Ab dan menghukum terdakwa dengan pidana penjara 2 tahun 6 bulan;

- b. Putusan MA No. 1977 K/Pid/2008 dengan terdakwa Yakobus Pigai dan Polce Magai. Pada tingkat pertama, PN Timika membebaskan Yakobus Pigai dari pasal tindak pidana makar. Namun, pada tingkat kasasi, MA menyatakan perbuatan Yakobus Pigai yang mengirimkan pesan singkat untuk mengibarkan bendera Bintang Kejora, merekam pengibaran bendera, dan bernyanyi serta menari untuk menjaga agar bendera tidak diturunkan dalam peringatan kemerdekaan Papua Barat, telah memenuhi unsur pasal tindak pidana makar, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 106 *jo.* Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP. Oleh karena itu, MA mengubah putusan PN Timika No. 13/Pid.B/2007/PN.Tmk dengan menghukum Yakobus Pigai dengan pidana penjara 5 tahun.

Bahwa terdapat sejumlah putusan yang tidak dapat dijabarkan lebih lanjut, yaitu putusan yang tidak memuat penafsiran unsur “makar” namun Hakim hanya memperberat hukuman terdakwa dengan mempertimbangkan sifat perbuatan dan peran terdakwa. Sebagai contoh dalam Putusan MA No. 574 K/Pid/2012 dengan terdakwa Sehu Blesman alias Melki Bleskadit, MA menaikkan hukuman terdakwa dari 2 tahun penjara menjadi 5 tahun penjara dengan alasan perbuatan terdakwa sangat berbahaya bagi keutuhan NKRI dan sejak 2002 sudah menjadi Sekretaris Jenderal Organisasi Negara Melanesia Barat serta aktif melaksanakan peringatan ulang tahun organisasi. Hal yang sama terjadi pada Putusan MA No. 802 K/Pid/2014 dengan terdakwa Oktovianus Warnares alias Otis, MA menaikkan hukuman terdakwa dari 5 tahun penjara menjadi 7 tahun penjara karena perbuatan terdakwa yang membangunkan 109 orang peserta Pendidikan dan pelatihan (diklat) prajabatan di Kantor Badan Diklat Kabupaten Biak Numfor dianggap mengganggu ketentraman orang lain dan akibat tindakan terdakwa, aparat TNI harus bertindak dan terdapat ada 1 orang peserta diklat yang terkena peluru nyasar dari aparat TNI.

Berdasarkan hal tersebut, terdapat 18 putusan yang memuat interpretasi hakim atas unsur “makar”, yakni:

- 1) Putusan PN Wamena No. 38/Pid.B/2011/PN.Wmn
- 2) Putusan PN Jayapura No. 294/Pid.B/2012/PN.Jpr
- 3) Putusan PN Sorong No. 116/Pid.B/2013/PN.SRG
- 4) Putusan PN Sorong No. 117/Pid.B/2013/PN.SRG
- 5) Putusan PN Sorong No. 118/Pid.B/2013/PN.SRG
- 6) Putusan PN Sorong No. 119/Pid.B/2013/PN.SRG
- 7) Putusan PN Ambon No. 291/Pid.B/2014/PN.Amb

- 8) Putusan PN Ambon No. 297/Pid.B/2014/PN.Amb
- 9) Putusan PN Ambon No. 299/Pid.B/2014/PN.Amb
- 10) Putusan PN Ambon No. 300/Pid.B/2014/PN.Amb
- 11) Putusan PN Ambon No. 307/Pid.B/2014/PN.Amb
- 12) Putusan PN Wamena No. 121/Pid.B/2018/PN.Wmn
- 13) Putusan PN Jakarta Pusat No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST
- 14) Putusan PN Ambon No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb
- 15) Putusan PN Ambon No. 212/Pid.B/2020/PN.Amb
- 16) Putusan PN Fakfak No. 56/Pid.B/2020/PN.Ffk
- 17) Putusan PN Balikpapan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp
- 18) Putusan PN Balikpapan No. 34/Pid.B/2020/PN.Bpp

Dari 18 putusan, mayoritas putusan (15 putusan)³⁷⁹ menafsirkan unsur “makar” dengan menggunakan Pasal 87 KUHP, yang berbunyi *“Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53”*. Sedangkan, Pasal 53 KUHP yang dimaksud berbunyi:

“Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dan adanya permulaan pelaksanaan, dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri.”

Selain mengacu Pasal 87 KUHP, para hakim juga menafsirkan unsur “makar” dengan merujuk kepada pendapat para ahli hukum pidana, diantaranya sebagai berikut:

- 1) Wirjono Prodjodikoro, yang menyatakan bahwa kata “makar” sebagai terjemahan *“aanslag”* yang berarti serangan;³⁸⁰
- 2) P. A. F. Lamintang, yang menyatakan bahwa *“aanslag”* itu hendaknya jangan selalu diartikan sebagai suatu tindakan kekerasan, karena rumusan tindak pidana yang diatur dalam Pasal 106 KUHP tersebut sebenarnya yaitu setiap tindakan yang dilakukan untuk merugikan kepentingan hukum negara berupa utuhnya wilayah negara;³⁸¹
- 3) R. Soesilo, yang menyatakan bahwa “makar” adalah terjemahan dari perkataan *“aanslag”* dalam bahasa Belanda yang diterjemahkan dalam bahasa Indonesia diartikan sebagai “serangan”. *“Aanslag”* tidak selalu diartikan sebagai suatu tindakan kekerasan karena rumusan yang diatur dalam Pasal 106 KUHP tersebut sebenarnya adalah mengenai tindakan orang yang merugikan kepentingan

³⁷⁹ Ketiga putusan yang tidak merujuk pada Pasal 87 KUHP adalah Putusan PN Jayapura No. 294/Pid.B/2012/PN.Jpr, Putusan PN Ambon No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb, dan Putusan PN Ambon No. 212/Pid.B/2020/PN.Amb.

³⁸⁰ Putusan PN Wamena No. 38/Pid.B/2011/PN.Wmn, hal. 31.

³⁸¹ *Ibid.* Lihat juga Putusan PN Ambon No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb, hal. 60 dan Putusan PN Ambon No. 212/Pid.B/2020/PN.Amb, hal. 76.

hukum dari Negara berupa “Keutuhan Wilayah Negara”.³⁸² R. Soesilo juga mengatakan bahwa objek dalam penyerangan tersebut adalah kedaulatan atas wilayah atau daerah Negara. Kedaulatan ini dapat dirusak dengan 2 (dua) cara, yaitu: a). menaklukkan daerah Negara seluruhnya atau sebagian dibawah pemerintahan Negara asing, yang berarti menyerahkan daerah itu seluruhnya atau Sebagian kepada kekuasaan Negara asing; atau b). memisahkan sebagian dari daerah Negara itu yang berarti membuat bagian daerah itu menjadi suatu Negara yang berdaulat sendiri.³⁸³ Selain itu, pendapat R. Soesilo lainnya yang dirujuk adalah bahwa makar biasanya dilakukan dengan perbuatan kekerasan. Apabila orang baru melakukan perbuatan persiapan (*voorbereidings handeling*) maka orang tersebut belum dapat dihukum, sehingga agar orang tersebut dapat dihukum maka harus sudah melakukan perbuatan pelaksanaan (*uitvoeringshandeling*). Untuk makar, tidak perlu harus ada perencanaan lebih dahulu, sudah cukup apabila unsur sengaja telah ada;³⁸⁴

- 4) H. A. K. Moch. Anwar, yang menyatakan bahwa tujuan dari perbuatan makar harus diarahkan kepada menaklukkan daerah Negara seluruh atau sebahagian ke bawah pemerintahan asing dan memisahkan sebahagian dari daerah Negara;³⁸⁵
- 5) E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, yang menyatakan bahwa untuk adanya makar, tidak perlu dipersoalkan apakah yang diniatkan itu berhasil atau tidak berhasil serta pembatalan niat secara sukarela dalam soal makar tidak meniadakan pidana;³⁸⁶

Dari putusan-putusan tersebut, terdapat 4 putusan yang merujuk pada Putusan MK No. 7/PUU-XV/2017,³⁸⁷ atas permohonan pengujian dan meminta MK menafsirkan kata “makar” dalam Pasal 87, Pasal 104, 106, 107, 139a, 139b, dan 140 sebagai “*aanslag*” atau “serangan”. MK menolak permohonan tersebut dengan inti pertimbangan bahwa delik “makar” cukup diisyaratkan adanya niat dan perbuatan permulaan pelaksanaan, sehingga dengan terpenuhinya syarat itu, terhadap pelaku telah dapat dilakukan penindakan penegakkan hukum tanpa perlu adanya perbuatan yang nyata-nyata sebagai serangan.

Selain merujuk pada hal-hal di atas, terdapat hakim-hakim yang merujuk definisi “makar” dari bidang keilmuan selain hukum pidana sebagai salah satu pertimbangan dalam putusannya. Hal ini terlihat dari 4 putusan yang merujuk putusan MK No.

³⁸² Putusan PN Sorong No. 116/Pid.B/2013/PN.SRG, hal. 78, Putusan PN Sorong No. 117/Pid.B/2013/PN.SRG, hal. 76, Putusan PN Sorong No. 118/Pid.B/2013/PN.SRG, hal. 79, dan Putusan PN Sorong No. 119/Pid.B/2013/PN.SRG, hal. 76.

³⁸³ Putusan PN Ambon No. 297/Pid.B/2014/PN.Amb, hal. 27.

³⁸⁴ Putusan PN Balikpapan No. 34/Pid.B/2020/PN.Bpp, hal. 60.

³⁸⁵ Putusan PN Jayapura No. 294/Pid.B/2012/PN.Jpr, hal. 35.

³⁸⁶ Putusan PN Fakfak No. 56/Pid.B/2020/PN.Ffk, hal. 38.

³⁸⁷ Empat putusan tersebut adalah Putusan PN Jakarta Pusat No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST, Putusan PN Fakfak No. 56/Pid.B/2020/PN.Ffk, Putusan PN Balikpapan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp, dan Putusan PN Balikpapan No. 34/Pid.B/2020/PN.Bpp.

7/PUU-XV/2017 di atas yang juga merujuk definisi “makar” menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), yaitu akal busuk; 1. tipu muslihat; 2. perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang; 3. Perbuatan (usaha) menjatuhkan pemerintah yang sah.

Definisi “makar” juga diinterpretasikan dengan merujuk pada pendapat ahli di bidang selain hukum pidana. Sebagai contoh dalam Putusan PN Balikpapan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp, Hakim merujuk pendapat ahli sebagai berikut:³⁸⁸

- 1) Ahli hukum tata negara, Muhammad Ruliyandi, yang menjelaskan bahwa dalam perkembangan perspektif *best practice* praktik hukum tata negara di Indonesia, “makar” dapat diartikan sebagai sikap perlawanan terhadap keadaan sistem fundamental yang diatur dalam konstitusi (*in het staatsrecht is een contitutie de grondslag van een staat*) dalam suatu negara dengan cara berkeinginan untuk melakukan suatu perubahan sistem atau suatu pergerakan yang diawali dengan suatu niat perencanaan dan adanya perbuatan permulaan yang berpotensi mengancam keutuhan bangsa, baik seluruhnya, maupun sebagian, mengancam fondasi sendi-sendi bangunan negara, dan menghambat jalannya suatu penyelenggaraan pemerintahan yang konstitusional dengan tujuan terciptanya kondisi porak poranda dan memberikan dampak kerugian bagi segenap rakyat Indonesia;
- 2) Ahli bahasa Indonesia, Aprinus Salam, yang menyatakan bahwa “makar” dimaksudkan sebagai satu aksi pemikiran, tindakan dan/atau perbuatan, baik dalam bentuk kata-kata dan kalimat, maupun berbagai aktivitas lainnya, yang dianggap atau dinilai bertentangan dengan hukum, dan merongrong kekuasaan resmi pemerintah tertentu. Pengertian makar dapat juga dikaitkan dengan perbuatan, tindakan, dan ataupun berbagai bentuk pernyataan yang dimaksudkan/ ditujukan untuk melawan negara dan peristiwa makar atau resistensi tersebut ada yang bersifat fisik (dengan melakukan berbagai kekerasan), ada peristiwa yang bersifat aksi-aksi simbolik, baik dengan gerakan-gerakan simbolik tertentu, atau dengan mengeluarkan pernyataan-pernyataan kewacanaan.

Secara umum, para hakim dalam putusan-putusan di atas menafsirkan unsur “makar” sebagai berikut:

1. Untuk membuktikan unsur “makar”, tidak perlu ada suatu perbuatan yang bersifat menyerang, namun cukup apabila telah terdapat niat dan permulaan pelaksanaan dari suatu perbuatan yang bertujuan untuk memisahkan sebagian wilayah dari Republik Indonesia;
2. Kalaupun “makar” diartikan sebagai “serangan”, maka “serangan” tersebut tidak selalu diartikan sebagai kekerasan secara fisik, tetapi cukup apabila sifat serangan tersebut dilakukan dengan suatu tindakan yang nyata-nyata

³⁸⁸ Putusan PN Balikpapan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp, hal. 70-71.

mengancam atau merongrong keutuhan wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia;

3. "Makar" dapat dilakukan dengan cara kekerasan dan dengan cara damai.

5.3. Pasal "Makar" Dalam Hukum Pidana

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, terdapat 18 putusan (dari 33 putusan pengadilan yang dianalisis) memuat interpretasi hakim atas unsur "makar" dengan mayoritas hakim dalam putusan tersebut menafsirkan unsur "makar" pada Pasal 87 KUHP. Selain itu, para hakim juga menafsirkan unsur "makar" dengan merujuk pendapat ahli pidana, putusan MK No. 7/PUU-XV/2017, Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) dan pendapat ahli di bidang hukum tata negara dan ahli Bahasa Indonesia. Namun, pada dasarnya, penafsiran-penafsiran tersebut tidak sejalan dengan konsep tindak pidana "makar" dan pasal-pasal lain yang terkait dengan tindak pidana makar, yaitu konsep "permulaan pelaksanaan" dan "permufakatan jahat" untuk melakukan "makar" sebagaimana diatur dalam Pasal 87 dan 110 KUHP. Oleh karena itu, seharusnya penafsiran-penafsiran tersebut tidak dapat digunakan sebagai dasar untuk menghukum para terdakwa dalam perkara-perkara tindak pidana "makar" tersebut. Bagian ini akan mengurai hal-hal tersebut dengan menjabarkan definisi "makar" menurut sejarah pengaturannya dan konsep pasal-pasal lain yang terkait dengan tindak pidana makar, yaitu Pasal 87 KUHP yang membahas permulaan pelaksanaan tindak pidana "makar", dan Pasal 110 KUHP yang membahas permufakatan jahat untuk tindak pidana "makar".

5.3.1. "Makar" bukanlah kualifikasi (jenis) tindak pidana dalam Pasal 104 dan 106 KUHP

Sebelum melanjutkan pembahasan, adapun bunyi masing-masing pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 104 KUHP

Makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

Pasal 106 KUHP

Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun

Dari rumusan pasal di atas, “makar” merupakan salah satu unsur tindak pidana yang diatur dalam Pasal 104 dan 106 KUHP dan bukanlah kualifikasi atau nama jenis delik/tindak pidana yang diatur dalam pasal-pasal tersebut. Hal tersebut berbeda dengan rumusan pasal-pasal lain yang memang mengkualifikasikan seluruh unsur tindak pidana dalam suatu pasal menjadi suatu jenis tindak pidana tertentu, misalnya Pasal 310 Ayat (1), Pasal 338, dan Pasal 362 KUHP. Untuk melihat perbedaan tersebut, adapun bunyi pasal-pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 310 Ayat (1) KUHP

Barang siapa sengaja menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal, yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum, **diancam karena pencemaran...**

Pasal 338 KUHP

Barang siapa dengan sengaja merampas nyawa orang lain, **diancam karena pembunuhan...**

Pasal 362 KUHP

Barang siapa mengambil barang sesuatu, yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain, dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum, **diancam karena pencurian...**

Adanya frasa “diancam karena” dalam pasal-pasal tersebut menunjukkan bahwa seluruh unsur dalam pasal tersebut dikualifikasikan dalam suatu jenis tindak pidana tertentu. Namun, kondisi tersebut berbeda dengan rumusan Pasal 104 dan 106 KUHP yang tidak memuat rumusan “diancam dengan makar” sehingga seluruh unsur dalam pasal-pasal tersebut tidak dapat dikualifikasikan sebagai “tindak pidana makar”.

Berdasarkan hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa Pasal 104 dan Pasal 106 KUHP tidak dapat disebut sebagai “pasal tindak pidana makar”. Kata “makar” hanya dirumuskan sebagai salah satu unsur dalam Pasal 104 dan 106 KUHP, yang setara dengan unsur-unsur lainnya, yaitu unsur “dengan maksud” dan unsur “membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah” (dalam Pasal 104 KUHP) serta unsur “supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara” (dalam Pasal 106 KUHP). Mengacu pada rumusan Pasal 104 dan 106 KUHP, terlihat bahwa kata “makar” pada dasarnya dirumuskan untuk menggambarkan suatu perbuatan tertentu, sehingga pasal-pasal tersebut harus dibaca sebagai “suatu perbuatan tertentu (dalam konteks makar) dengan maksud membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan

Presiden atau Wakil Presiden memerintah/ supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara". Dengan konstruksi tersebut, maka kata "makar" itu sendiri harus didefinisikan untuk mengetahui perbuatan seperti apa yang dapat dikatakan sebagai "makar", atau dengan kata lain, perbuatan seperti apa yang sebenarnya diwakili oleh kata "makar" dalam Pasal 104 dan 106 KUHP.

5.3.2. Definisi unsur "makar"

Pada dasarnya, kata "makar" bukan merupakan kata asli dalam Bahasa Indonesia. Kata "makar" sendiri berasal dari bahasa Arab, yang diartikan sebagai "tipu daya".³⁸⁹ Definisi ini pula yang kemudian dirumuskan sebagai salah satu definisi "makar" menurut KBBI, yaitu "akal busuk, tipu muslihat", bersama dengan 2 (dua) definisi lainnya, yaitu "perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang" dan "perbuatan (usaha) menjatuhkan pemerintah yang sah".³⁹⁰

Definisi menurut KBBI tersebut sebenarnya tidak dapat digunakan untuk menafsirkan kata "makar" di dalam Pasal 104 dan 106 KUHP. Hal ini dikarenakan penggunaan definisi tersebut untuk mengganti kata "makar" dalam Pasal 104 dan 106 KUHP akan menimbulkan ketidakjelasan perbuatan yang dilarang menurut pasal-pasal tersebut, khususnya untuk definisi "perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang/menjatuhkan pemerintah yang sah". Apabila kata "makar" diganti dengan definisi menurut KBBI tersebut, maka rumusan Pasal 104 dan 106 KUHP harus dibaca sebagai:

Pasal 104 KUHP

Perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang/menjatuhkan pemerintah yang sah dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah...

Pasal 106 KUHP

Perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang/menjatuhkan pemerintah yang sah dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara...

³⁸⁹ Hal ini seperti yang tercantum pada Al-qur'an dalam Surat Ali-Imran Ayat 54 yang berbunyi: "Wamakaruu wamakarallah, wallahu khairul makiriin" (mereka membuat tipu daya, Allah membalas tipu daya mereka, dan Allah sebaik-baik pembalas tipu daya). Lihat Muhammad Yasin, "Bahasa Hukum: 'Makar' Alias Aanslag dalam Pasal 104 KUHP", <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5cda38ed1e155/bahasa-hukum--makar-alias-iaanslag-i-dalam-pasal-104-kuhp/>, diakses pada Rabu, 14 April 2021.

³⁹⁰ Pusat Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ke-4*, (Jakarta: Departemen Pendidikan Nasional, 2008), hal. 972.

Dari rumusan pasal-pasal tersebut, terlihat bahwa terdapat 2 (dua) tujuan dari unsur “perbuatan (usaha)” yang tergambar dari frase “dengan maksud”, yaitu “hendak menyerang (membunuh) orang/menjatuhkan pemerintah yang sah” dan “membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah” (dalam konteks Pasal 104 KUHP) serta “supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara” (dalam konteks Pasal 106 KUHP). Dengan rumusan tersebut, maka seseorang baru dapat dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP apabila melakukan perbuatan yang dimaksudkan untuk mencapai 2 (dua) tujuan tersebut.

Permasalahannya, rumusan tersebut menyebabkan adanya pengulangan penyebutan 2 (dua) tujuan yang menimbulkan ketidakjelasan perbuatan apa yang diatur dalam pasal-pasal tersebut. Hal ini terlihat apabila definisi makar berupa “hendak menyerang (membunuh) orang” diterapkan pada Pasal 104 KUHP sehingga pasal tersebut berbunyi “perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang dengan maksud membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah”. Apabila “orang” dalam rumusan tersebut dikontekskan kepada makar, yang dalam Pasal 104 KUHP berarti “Presiden” atau “Wakil Presiden”, maka bunyi pasal tersebut menjadi “perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) Presiden atau Wakil Presiden dengan maksud membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah”. Dari rumusan tersebut, terlihat bahwa terjadi pengulangan frase “dengan maksud membunuh Presiden atau Wakil Presiden” sehingga menimbulkan ketidakjelasan perbuatan seperti apa yang dapat dianggap sebagai “dengan maksud membunuh Presiden atau Wakil Presiden untuk membunuh Presiden atau Wakil Presiden”. Oleh karena itu, definisi “makar” menurut KBBI tersebut seharusnya tidak dapat digunakan untuk mendefinisikan kata “makar” dalam Pasal 104 KUHP karena akan menimbulkan ketidakjelasan perbuatan yang dapat dipidana dengan pasal tersebut.

Selain itu, rumusan di atas mengesankan adanya tujuan yang ingin dicapai terlebih dahulu dari perbuatan yang dilakukan untuk mencapai tujuan lainnya, sehingga mengaburkan tujuan yang ingin dilarang. Hal ini terlihat apabila definisi makar berupa “hendak menyerang (membunuh) orang” atau “menjatuhkan pemerintah yang sah” diterapkan pada Pasal 106 KUHP sehingga pasal tersebut berbunyi “perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang/hendak menjatuhkan pemerintah yang sah dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara”. Rumusan tersebut mengesankan bahwa maksud pelaku untuk melakukan

perbuatan adalah menjatuhkan pemerintah yang sah atau membunuh orang, yang kemudian dari kondisi tersebut, ia menghendaki seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara. Dengan kata lain, pelaku harus mencapai tujuannya untuk membunuh orang atau menjatuhkan pemerintah yang sah terlebih dahulu untuk kemudian membuat seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara dari perbuatan yang dilakukannya. Dalam kondisi tersebut, maka terdapat ketidakjelasan tujuan mana yang sebenarnya harus dimiliki pelaku dalam perbuatannya dan apakah pelaku yang melakukan suatu perbuatan dengan tujuan untuk membuat seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara harus membunuh orang atau menjatuhkan pemerintah yang sah terlebih dahulu agar dapat dipidana dengan Pasal 106 KUHP.

Berdasarkan hal-hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa definisi “makar” menurut KBBI berupa “perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang” dan “perbuatan (usaha) dengan maksud menjatuhkan pemerintah yang sah” tidak dapat diterapkan untuk mendefinisikan kata “makar” dalam Pasal 104 dan 106 KUHP. Apabila dicermati, besar kemungkinan bahwa definisi “makar” dalam KBBI tersebut justru diperoleh dari penerapan pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar” dalam rumusannya, seperti definisi “perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang” yang rumusannya mirip dengan unsur-unsur dalam Pasal 104 KUHP. Namun, tampaknya penyusun KBBI menganggap bahwa “makar” adalah kualifikasi atau jenis tindak pidana dalam pasal-pasal tersebut, atau dengan kata lain, menganggap pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar” adalah “pasal tindak pidana makar”, sehingga merumuskan definisi “makar” dengan mencantumkan seluruh unsur dalam pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar”, seperti Pasal 104 dan 106 KUHP. Padahal, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, “makar” bukanlah kualifikasi atau jenis tindak pidana, melainkan hanya salah satu unsur dalam pasal-pasal tersebut, sehingga definisi “makar” harus dirumuskan berdasarkan arti kata “makar” itu sendiri, bukan merujuk pada seluruh unsur dalam pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar”.

Perlu diketahui bahwa KUHP yang berlaku saat ini merupakan produk hukum pemerintah Belanda dengan nama asli *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* (WvS-NI) yang dirumuskan dalam bahasa belanda.³⁹¹ Peraturan tersebut

³⁹¹ WvS-NI ini mulai diberlakukan di Indonesia pada tanggal 1 Januari 1918 berdasarkan *Koninklijk Besluit* (Titah Raja) No. 33 tertanggal 15 Oktober 1915 melalui *Staatblad* No. 732 Tahun 1915. Lihat Dani Pratama Huzaini, “Ada Kekeliruan Pemahaman tentang Makar”, <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5cdcd93351aa6/ada-kekeliruan-pemahaman-tentang-makar>, diakses pada Rabu, 14 April 2021. Setelah Indonesia merdeka, melalui Pasal II aturan peralihan Undang-undang Dasar *jo.* Peraturan Presiden No. 2 Tahun 1945, pemerintah Indonesia menyatakan bahwa seluruh peraturan yang ada sebelum tanggal 17 Agustus 1945 masih tetap berlaku sepanjang belum terdapat produk hukum baru yang menggantikan peraturan tersebut dan tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar.

kemudian berganti nama menjadi "*Wetboek van Strafrecht*/Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) dan berlaku di Pulau Jawa dan Madura berdasarkan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946³⁹² serta mulai berlaku di seluruh wilayah Indonesia berdasarkan Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958.³⁹³ Namun, hingga saat ini, WvS-NI tersebut tidak pernah diterjemahkan secara resmi oleh pemerintah Indonesia dan KUHP dalam bahasa Indonesia yang beredar saat ini merupakan terjemahan tidak resmi dari para pakar hukum pidana.³⁹⁴ Memang, baik UU No. 1 Tahun 1946, maupun UU No. 73 Tahun 1958, mengatur beberapa penyesuaian pengaturan dalam WvS-NI untuk diberlakukan pada KUHP. Namun, khusus untuk pasal-pasal yang saat ini mencantumkan kata "makar" dalam rumusannya, penyesuaian pengaturan yang terjadi hanyalah mengubah frase "*den Koning, de regeerende koningin of den Regent*" (raja, raja yang memerintah, atau penggantinya) pada Pasal 104 KUHP menjadi "*den President of den Vice-President*" (Presiden dan Wakil Presiden)³⁹⁵, sehingga rumusan Pasal 104 KUHP menjadi seperti yang telah disebutkan di atas, menghapus Pasal 105 KUHP³⁹⁶, dan menyesuaikan rumusan Pasal 110 ayat (1) dan (2), Pasal 164, dan Pasal 165 KUHP yang terdampak dengan hapusnya Pasal 105 KUHP tersebut.³⁹⁷ Dengan demikian, selain penyesuaian-penyesuaian tersebut, rumusan pasal-pasal yang saat ini mencantumkan kata "makar" masih menggunakan dan harus mengacu pada rumusan pasal-pasal tersebut dalam WvS-NI, termasuk konteks kata "makar" itu sendiri.

Dalam rumusan aslinya menurut WvS-NI, setelah disesuaikan dengan peraturan-peraturan di atas, Pasal 104 KUHP tersebut berbunyi:³⁹⁸

Pasal 104 WvS-NI

De aanslag ondernomen met het oogmerk om den President of den Vice-President van het leven of de vrijheid te berooven of tot regeeren ongeschikt te maken wordt gestraft met de doodstraf of levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig Jaren.

³⁹² Undang-undang No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, Pasal 6 Ayat (1), (2), dan 17. Ketentuan ini menyebutkan bahwa peraturan hukum pidana yang berlaku di Indonesia adalah peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942 (Lihat Pasal 1). Perlu diketahui bahwa 8 Maret 1942 adalah hari terjadinya perjanjian Kalijati di mana pemerintah Belanda menyerahkan Indonesia kepada pemerintah Jepang (Lihat Dani Pratama Huzaini..., *Loc. Cit.*). Dengan kondisi tersebut, maka maksud dari UU No. 1 Tahun 1946 adalah memberlakukan peraturan hukum pidana yang berlaku saat pemerintah belanda masih menguasai Indonesia, yaitu WvS-NI.

³⁹³ UU No. 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-undang No. 1 Tahun 1946 Republik Indonesia tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Pasal I.

³⁹⁴ Dani Pratama Huzaini..., *Loc. Cit.*

³⁹⁵ UU No. 1 Tahun 1946..., *Op. Cit.*, Pasal 8 angka 12.

³⁹⁶ *Ibid.*, Pasal 8 angka 13.

³⁹⁷ *Ibid.*, Pasal 8 angka 14, 35, dan 36.

³⁹⁸ Widati Wulandari dan Tristam P. Moeliono, *Problematika Pengertian Aanslag-Aanslag tot en feit: Perbandingan Makar dalam KUHP, WvSNI dan Sr.*, dalam "PADJADJARAN" Jurnal Ilmu Hukum Volume 4 Nomor 3 Tahun 2017, (Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, 2017), hal. 483.

Rumusan pasal ini serupa dengan rumusan pasal yang mengatur tindak pidana dalam Pasal 104 KUHP tersebut menurut ketentuan hukum pidana yang berlaku di Belanda, yaitu Pasal 92 *Wetboek van Strafrecht* (Sr.) yang berbunyi:³⁹⁹

Pasal 92 Sr.

De aanslag ondernomen met het oogmerk om de Koning, de regerende Koningin of de Regent van het leven of de vrijheid te beroven of tot regeren ongeschikt te maken, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Sedangkan, rumusan asli Pasal 106 KUHP menurut WvS-NI adalah sebagai berikut:⁴⁰⁰

Pasal 106 WvS-NI

De aanslag ondernomen met het oogmerk om het grondgebied van den staat geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan af te scheiden, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren.

Sama halnya dengan Pasal 104 KUHP, rumusan pasal ini serupa dengan rumusan pasal yang mengatur tindak pidana dalam Pasal 106 KUHP tersebut menurut ketentuan hukum pidana Belanda, yaitu Pasal 93 Sr. yang berbunyi:⁴⁰¹

Pasal 93 Sr.

De aanslag ondernomen met het oogmerk om het Rijk geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan af te scheiden, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Pada dasarnya, WvS-NI tidak merumuskan definisi atau batasan konsep "aanslag" tersebut. Namun, dalam WvS-NI terjemahan R. Boedihardjo yang diterbitkan tahun 1920 atau tidak lama setelah WvS-NI disahkan, kata "aanslag" tersebut disandingkan dengan kata "penjerangan".⁴⁰² Menurut Lamintang, kata "aanslag" dalam bahasa Belanda memiliki banyak arti, yang dalam konteks penerapan Pasal 104 KUHP, memiliki definisi sebagai *aanval* (serangan) atau *misdadige aanrading*

³⁹⁹ *Ibid.*, hal. 484.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² R. Boedihardjo, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie: Kitab Hoekoem Oentoek Tanah Hindia Belanda*, (Kediri: Toko Soerabaja, 1920), hal. 34. Hal ini terlihat dari rumusan Pasal 104 WvS-NI menurut dokumen tersebut yang berbunyi "**Aanslag (penjerangan)** jang diperboewat dengan maksoed akan mengambil djiwa atau kemerdekaannya atau akan bikin tiada njakad pemerintah, Radja, Radja perempoewan jang lagi pegang pemerintah atau Regent, (wali)...".

(penyerangan dengan maksud tidak baik).⁴⁰³ Hal ini sejalan dengan pendapat Wirjono Prodjodikoro⁴⁰⁴ dan R. Soesilo⁴⁰⁵ yang mengartikan *aanslag* sebagai “serangan”, seperti yang tercantum pada putusan-putusan yang dijabarkan pada bab sebelumnya. Dengan demikian, maka kata “makar” dalam KUHP harus dibaca sebagai “*aanslag*” dalam definisi “serangan”, sehingga Pasal 104 dan 106 KUHP berbunyi:

Pasal 104 KUHP

Serangan (*aanslag*) dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah...

Pasal 106 KUHP

Serangan (*aanslag*) dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara...

Dari jabaran di atas, terlihat bahwa definisi “makar” menurut bahasa Arab dan KBBI, yaitu tipu daya, akal busuk, atau tipu muslihat, tidak dapat diterapkan untuk mengartikan kata “makar” dalam KUHP karena definisi-definisi tersebut tidak menggambarkan “serangan” sebagai definisi langsung dari kata “*aanslag*” menurut WvS-NI. Bahkan, pencantuman kata “makar” yang berasal dari bahasa arab untuk menggantikan kata “*aanslag*” dalam KUHP merupakan hal yang tidak tepat karena kata “makar” tersebut memiliki arti yang berbeda dengan kata “*aanslag*” sehingga tidak dapat mewakili kata “*aanslag*” dalam KUHP. Terkait hal tersebut, perlu diketahui bahwa WvS-NI tidak pernah diterjemahkan secara resmi oleh pemerintah Indonesia dan KUHP dalam bahasa Indonesia yang beredar saat ini merupakan terjemahan tidak resmi dari para pakar hukum pidana.⁴⁰⁶ Dengan demikian, besar kemungkinan bahwa pencantuman kata “makar” sebagai pengganti kata “*aanslag*” dalam KUHP, yang baru dimulai pada tahun 1920,⁴⁰⁷ bukan merupakan keputusan pemerintah Indonesia, melainkan terjemahan bebas dari para pakar hukum pidana tersebut. Oleh karena itu, seluruh istilah dan/atau rumusan pasal dalam KUHP saat ini seharusnya merujuk kembali ke dokumen aslinya, yaitu WvS-NI, termasuk kata “makar” dalam KUHP saat ini yang definisinya harus merujuk pada kata aslinya yaitu “*aanslag*” dalam arti “serangan”.

⁴⁰³ P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 7.

⁴⁰⁴ Widati Wulandari dan Tristam P. Moeliono..., *Op. Cit.*, hal. 479.

⁴⁰⁵ R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal 108-109. Lihat rumusan Pasal 104 dan 106 KUHP.

⁴⁰⁶ Dani Pratama Huzaini..., *Loc. Cit.*

⁴⁰⁷ Hasil wawancara Tirto dengan Arsil (peneliti senior LeIP). Lihat Dieqy Hasbi Widhana, "Istilah Makar Digunakan dengan Salah Kaprah", <https://tirto.id/istilah-makar-digunakan-dengan-salah-kaprah-b7GJ>, diakses pada Rabu, 14 April 2021.

5.3.3. Konsep/batasan aanslag (serangan) dalam KUHP

Baik WvS Belanda, maupun WvS-NI (KUHP), tidak menjabarkan konsep atau batasan dari *aanslag* atau serangan tersebut. Konsep atau batasan *aanslag* tersebut kemudian dibahas dan dicantumkan dalam *Memorie van Toelichting* (MvT), atau “Risalah Pembahasan”, dan *Memorie van Antwood* (MvA), atau Memori Jawaban, dari WvS Belanda dan WvS-NI.⁴⁰⁸ Menurut dokumen-dokumen tersebut, dalam pembahasan rumusan Pasal 94 Sr./Pasal 104 WvS-NI, *Raad van State* mempertanyakan dan mengajukan keberatan tentang penggunaan istilah “*aanslag*” karena kata tersebut dinilai terlalu kabur/tidak jelas sehingga dapat mengakibatkan ketidakpastian hukum.⁴⁰⁹ Pemerintah, melalui Menteri Kehakiman, kemudian menjawab bahwa kata “*aanslag*” tidak perlu diperjelas atau diberikan keterangan tambahan karena maksud kata tersebut bukan lah serangan yang tidak jelas (tertentu), melainkan serangan yang tertuju pada orang tertentu. Menteri Kehakiman menambahkan bahwa kata “*aanslag*” tersebut mencakup *elke daad van geweld met inbegrip van de poging* (setiap tindak kekerasan, termasuk ke dalamnya percobaan untuk itu).⁴¹⁰ Artinya, dengan konteks “*aanslag*” sebagai sebuah serangan, dapat disimpulkan bahwa dokumen tersebut menentukan konsep “*aanslag*” sebagai “serangan dalam bentuk kekerasan, termasuk percobaan untuk melakukan serangan berbentuk kekerasan tersebut”.

Konsep “*aanslag*” tersebut sejalan dengan penafsiran secara gramatikal dari kata “*aanslag*” itu sendiri. Dalam Bahasa Inggris, kata “*aanslag*” sebagai “*gewelddadige aanval*” dipadankan dengan kata “*assault*”⁴¹¹, yang memiliki definisi “*a violent attack*”⁴¹² (serangan dengan kekerasan). Selain itu, kata “*aanslag*” juga dipadankan dengan kata “*onslaught*”⁴¹³ dalam Bahasa Inggris yang berarti “*a violent and forceful attack*”⁴¹⁴ (serangan dengan kekerasan dan paksaan). Konsep serupa juga diperoleh apabila merujuk pada ketentuan pidana di negara-negara lain yang mengatur

⁴⁰⁸ Mr. H. J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel; Tweede Druk, Book II*, (Haarlem: H.D. Tjeenk Willink, 1891), hal. 11-15.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, hal. 14-15. Hal ini disampaikan melalui dokumen *Verslag van de Tweede Kamer met Regeringsantwoord* (Laporan Parlemen dan Jawaban Pemerintah). Lihat juga Widati Wulandari dan Tristam P. Moeliono..., *Op. Cit.*, hal. 482.

⁴¹⁰ *Ibid.* Lihat juga P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 10.

⁴¹¹ Hasil pencarian definisi “*aanslag*” pada <https://www.mijnwoordenboek.nl/vertaal/NL/EN/aanslag>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

⁴¹² Hasil pencarian arti kata “*assault*” pada <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/assault>, diakses pada Kamis, 15 April 2021. Dalam kamus Merriam-Webster, kata “*assault*” diartikan sebagai “*a violent physical or verbal attack*” (serangan dengan kekerasan fisik dan verbal). Lihat <https://www.merriam-webster.com/dictionary/assault>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

⁴¹³ Hasil pencarian definisi “*aanslag*” pada <http://www.etymologiebank.nl/trefwoord/aanslag>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

⁴¹⁴ Hasil pencarian arti kata “*onslaught*” pada <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/onslaught>, diakses pada Kamis, 15 April 2021. Dalam kamus Merriam-Webster, kata “*onslaught*” diartikan sebagai “*an especially fierce attack*” (serangan yang sengit). Lihat <https://www.merriam-webster.com/dictionary/onslaught>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

perbuatan yang sama dengan pasal-pasal yang mencantumkan kata “*aanslag*” pada rumusannya dalam WvS Belanda dan WvS-NI. Misalnya, aturan pidana di Belgia⁴¹⁵ dan Perancis⁴¹⁶ yang menggunakan kata “*l’attentat/attentat*”, yang diterjemahkan ke dalam Bahasa Inggris sebagai “*attack*” (serangan) dan memiliki konsep sebagai “*action criminelle violente*”⁴¹⁷ (tindakan kriminal dengan kekerasan) atau “*an attempt to commit a crime of violence*”⁴¹⁸ (upaya melakukan kejahatan dengan kekerasan), dan aturan pidana Jerman yang menggunakan kata “*gewalt*”⁴¹⁹, yang apabila diterjemahkan ke Bahasa Inggris menjadi “*violence*” (kekerasan) dengan syarat adanya “*physical coercion*” (paksaan fisik)⁴²⁰. Berdasarkan hal-hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa bahwa konsep kata “*aanslag*” secara gramatikal berarti “serangan yang dilakukan dengan kekerasan atau paksaan”.

Namun, beberapa sarjana hukum pidana memiliki pandangan berbeda terkait konsep “*aanslag*” tersebut. Lamintang menyatakan bahwa kata “serangan/*aanslag*” hendaklah tidak selalu diartikan sebagai suatu tindak kekerasan karena maksud sebenarnya kata tersebut adalah segala tindakan yang dilakukan untuk merugikan kepentingan hukum atas nyawa (*leven*) dan tubuh (*lijf*) dari kepala negara dan wakil kepala negara (dalam konteks Pasal 104 KUHP) dan kepentingan hukum negara berupa utuhnya wilayah negara (dalam konteks Pasal 106 KUHP).⁴²¹ Pandangan yang sama juga diungkapkan oleh Noyon dan Langemeijer yang menyatakan bahwa walaupun kebanyakan *aanslag* merupakan tindak kekerasan atau setidaknya percobaan untuk melakukan kekerasan, namun *aanslag* tidak selalu harus diartikan

⁴¹⁵ Dalam aturan pidana Belgia, ketentuan yang serupa dengan Pasal 104 KUHP adalah Pasal 101 KUHP Belgia yang berbunyi “*L’attentat contre la vie ou contre la personne du Roi sera puni (de la réclusion à perpétuité)...*”. Lihat KUHP Belgia, https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6e/BELG_CC_fr.pdf, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

⁴¹⁶ Dalam aturan pidana Perancis, ketentuan yang serupa dengan Pasal 106 KUHP adalah Pasal 412-1 KUHP Perancis yang berbunyi “*Constitue un attentat le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l’intégrité du territoire national...*”. Lihat KUHP Perancis, https://legislationline.org/sites/default/files/documents/50/France_CC_am012020_fr.pdf, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

⁴¹⁷ Hasil pencarian definisi “*attentat*” pada <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/french-english/attentat>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

⁴¹⁸ Hasil pencarian definisi “*attentat*” pada <https://www.merriam-webster.com/dictionary/attentat>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

⁴¹⁹ Dalam aturan pidana Jerman, ketentuan yang serupa dengan Pasal 104 KUHP adalah Pasal 106 Strafgesetzbuch (StGB)/KUHP Jerman yang berbunyi “*Wer den Bundespräsidenten...rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel nötigt, seine Befugnisse nicht oder in einem bestimmten Sinne auszuüben...*”. Sedangkan, ketentuan yang serupa dengan Pasal 106 KUHP adalah Pasal 82 Ayat (1) angka 1 Strafgesetzbuch (StGB) yang berbunyi “*Wer es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt das Gebiet eines Landes ganz oder zum Teil einem anderen Land der Bundesrepublik Deutschland einzuverleiben oder einen Teil eines Landes von diesem abzutrennen...*”. Lihat KUHP Jerman, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html>, diakses pada Kamis, 15 April 2021. Dalam versi bahasa Inggris, kata “*gewalt*” tersebut dirumuskan dengan kata “*force*” (paksaan). Lihat KUHP Jerman versi Bahasa Inggris, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0881, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

⁴²⁰ Lihat definisi “*gewalt*” pada <https://www.iurastudent.de/definition/gewalt>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

⁴²¹ P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 8-9 dan 42.

sebagai tindakan kekerasan karena terdapat pula praktik di mana *aanslag* tersebut dapat dilakukan tanpa kekerasan, misalnya *aanslag* untuk mengubah bentuk pemerintahan yang sah.⁴²² Pandangan serupa juga dinyatakan Simons bahwa kata "*aanslag*" juga harus diartikan sebagai tindakan yang dilakukan dengan maksud untuk mencapai salah satu akibat dalam rumusan pasal yang mencantumkan kata "*aanslag*".⁴²³ Dari pandangan-pandangan tersebut, dapat disimpulkan bahwa para sarjana hukum pidana memberikan konsep "*aanslag*" yang tidak hanya sebatas "serangan dengan kekerasan", tetapi juga segala serangan/perbuatan yang dilakukan untuk mencapai salah satu akibat yang disebutkan dalam pasal-pasal yang mencantumkan kata "*aanslag*" guna merugikan kepentingan-kepentingan hukum tertentu.

Perlu diketahui bahwa KUHP juga merumuskan pasal lain yang mengatur tentang penyerangan kepada tubuh kepala negara, yaitu Pasal 131 KUHP, yang berbunyi "*Tiap-tiap penyerangan terhadap diri presiden atau Wakil Presiden, yang tidak termasuk dalam ketentuan pidana lain yang lebih berat*". Dalam sejarahnya, kata "penyerangan" dalam pasal tersebut juga dirumuskan dengan kata "*aanslag*".⁴²⁴ Namun, dalam pembahasan rumusan pasal ini, diputuskan bahwa kata "*aanslag*" pada pasal tersebut memiliki arti yang berbeda dengan kata *aanslag* pada Pasal 79 Sr. (Pasal 87 KUHP) yang berhubungan dengan kata "*aanslag*" pada Pasal 92 Sr. (Pasal 104 KUHP) dan Pasal 93 Sr. (Pasal 106 KUHP), sehingga kata "*aanslag*" kemudian diputuskan untuk diganti menjadi "*feitelijke aanranding*" (*factual or direct assault*/serangan nyata atau langsung).⁴²⁵

Konsep penyerangan dalam kata "*aanslag*" memiliki derajat yang lebih berat daripada dalam kata "*feitelijke aanranding*". Hal ini tergambar dari ketentuan dalam Pasal 131 KUHP yang menyebutkan "*tiap-tiap penyerangan...yang tidak termasuk dalam ketentuan pidana lain yang lebih berat*". Pada faktanya, Pasal 131 KUHP memiliki ancaman pidana penjara maksimal 8 (delapan) tahun, yang lebih ringan daripada ancaman pidana maksimal dalam pasal-pasal yang mencantumkan kata "*aanslag*", seperti Pasal 104 KUHP dengan ancaman pidana maksimal berupa pidana mati, penjara seumur hidup, atau penjara maksimal 20 (dua puluh) tahun dan Pasal 106 KUHP dengan pidana penjara maksimal seumur hidup atau penjara maksimal 20 (dua puluh) tahun. Oleh karena itu, konsep "serangan" dalam kata "*aanslag*" harus diartikan lebih berat daripada konsep serangan biasa secara langsung yang dirumuskan dengan kata "*feitelijke aanranding*" dan tidak dapat disamakan dengan setiap bentuk serangan dan perbuatan seperti menurut para

⁴²² *Ibid.*, hal. 10.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Ketentuan pada awalnya diatur dalam Pasal 199. Lihat Mr. H. J. Smidt..., *Op. Cit.*, pembahasan Pasal 110.

⁴²⁵ *Ibid.*

sarjana hukum pidana.

Pendapat para sarjana tersebut tidak sepenuhnya keliru karena terdapat tindakan selain “serangan dengan kekerasan/paksaan” yang dapat dikategorikan sebagai *aanslag*, seperti yang disampaikan Johan Marius Lintz.⁴²⁶ Namun, tidak jelasnya batasan tindakan-tindakan lain tersebut berpotensi membuat serangan-serangan yang seharusnya dikategorikan sebagai *feitijke aanranding* menjadi disebut sebagai *aanslag*. Johan Marius Lintz menjelaskan bahwa *aanslag* dalam Pasal 92 Sr. (Pasal 104 KUHP) dan Pasal 93 Sr. (Pasal 106 KUHP) tidak hanya mencakup serangan dengan kekerasan (*geweld*), tetapi juga serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan (*een geweld gelijk te stellen handelingen*), seperti menempatkan seseorang dalam keadaan tidak sadar (pingsan) atau tidak berdaya (yang diatur dalam Pasal 81 Sr./89 KUHP), memberikan ancaman (yang bersifat fisik), mengurung (*incarceration*) seseorang, dan memberikan racun.⁴²⁷ Dengan demikian, kata “*aanslag*” dalam Pasal 104 dan 106 KUHP harus diartikan sebagai “serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”.

5.3.4. Unsur “kesengajaan” dalam Pasal 104 dan 106 KUHP

Salah satu unsur tindak pidana dalam Pasal 104 dan 106 KUHP adalah “dengan maksud/*met het oogmerk*”. Frase tersebut pada dasarnya merupakan salah satu istilah yang digunakan untuk menggambarkan adanya kesengajaan (*opzet/dolus*).⁴²⁸ Terkait kesengajaan, dalam MvT, kesengajaan didefinisikan sebagai “melakukan tindakan yang terlarang secara dikehendaki dan diketahui” (*het teweegbrengen van verboden handeling willens en wetens*).⁴²⁹ Sedangkan, menurut MvA, kesengajaan diartikan sebagai “tujuan (yang disadari) dari kehendak untuk melakukan suatu kejahatan tertentu” (*de bewuste richting van de wil op een bepaald misdrijf*).⁴³⁰ Konsep kesengajaan ini juga telah diakui dalam putusan-putusan

⁴²⁶ Johan Marius Lintz, *De plaats van de Wet terroristische misdrijven in het materiële strafrecht (The Position of the Terrorist Offences Act in Dutch Substantive Criminal Law)*, (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007), hal. 299. *In het kader van zowel de bespreking van art. 92 Sr als die van art. 93 Sr werd hiervoor opgemerkt dat een aanslag niet noodzakelijkerwijs in geweldpleging behoeft te bestaan*. Terjemahan bebas “Dalam konteks pembahasan Pasal 92 dan 93 Sr., “serangan/*aanslag*” yang dilakukan tidak perlu harus mengandung tindakan kekerasan”.

⁴²⁷ *Ibid.*, hal. 298 dan 301. *...de aanslag van art. 92 Sr wellicht nog het best kunnen worden gebracht onder de noemer geweld of aan geweld gelijk te stellen handelingen* (terjemahan bebas “serangan/*aanslag* dalam Pasal 92 Sr. mungkin paling baik dikelompokkan di bawah judul kekerasan atau tindakan yang setara dengan kekerasan”). Lihat hal. 298. *... aanslag in de zin van de art. 93 en 94 Sr slechts daden van geweld of daden die met geweld gelijkgesteld kunnen worden* (terjemahan bebas “serangan/*aanslag* dalam Pasal 93 dan 94 Sr. hanyalah tindakan dengan kekerasan atau tindakan yang dapat dipersamakan dengan kekerasan”). Lihat hal. 301.

⁴²⁸ E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, (Jakarta: Storia Grafika, 2012), hal. 182.

⁴²⁹ P. A. F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011), hal. 281.

⁴³⁰ *Ibid.*

(*arrest*) Hoge Raad yang menyebutkan bahwa kesengajaan terdiri dari *willens* atau mengendaki, yang diartikan sebagai “kehendak untuk melakukan suatu perbuatan tertentu”, dan *wetens* atau mengetahui, yang diartikan sebagai “mengetahui atau dapat mengetahui bahwa perbuatan tersebut dapat menimbulkan akibat yang dikehendaki”.⁴³¹

Secara umum, dalam doktrin hukum pidana, kesengajaan (*opzet/dolus*) dikenal dalam 3 (tiga) bentuk, yaitu:⁴³² a) *opzet als oogmerk* (kesengajaan dengan tujuan/maksud); b) *opzet bij zekerheids-bewustzijn* (kesengajaan dengan keinsyafan kepastian); dan c) *opzet bij mogelijkheids-bewustzijn* (kesengajaan dengan keinsyafan kemungkinan). Namun, dalam konteks pasal-pasal yang mencatumkan kata “*aanslag*”, khususnya Pasal 104 dan 106 KUHP, Lamintang menyatakan bahwa kesengajaan dalam pasal-pasal tersebut harus diartikan terbatas pada *opzet als oogmerk* atau kesengajaan dengan maksud/tujuan.⁴³³ Hal ini dikarenakan unsur “dengan maksud/*met het oogmerk*” dalam pasal-pasal tersebut menunjukkan bahwa pembentuk WvS mensyaratkan adanya maksud/tujuan pribadi dari pelaku untuk menimbulkan akibat-akibat yang dirumuskan dalam pasal-pasal tersebut. Pandangan ini sejalan dengan konsep *opzet als oogmerk* menurut Kanter dan Sianturi di mana pelaku tindak pidana dikatakan memiliki kesengajaan dengan tujuan/maksud (*opzet als oogmerk*) apabila terjadinya tindakan yang dilakukan atau akibat yang ditimbulkan dari tindakan pelaku merupakan perwujudan dari maksud atau tujuan pelaku.⁴³⁴ Terkait pasal-pasal yang mencatumkan frase “*dengan maksud*”, termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP, Kanter dan Sianturi menambahkan bahwa frase tersebut merupakan istilah pengganti dari “dengan sengaja” yang menunjukkan bahwa kehendak pelaku harus ditujukan atau dimaksudkan untuk menimbulkan akibat dalam pasal-pasal tersebut, walaupun akibat tersebut tidak harus terwujud untuk dapat menyatakan bahwa kejahatan telah selesai secara sempurna.⁴³⁵

Berdasarkan hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa penilaian atas kesengajaan pelaku yang diduga melakukan tindak pidana menurut Pasal 104 dan 106 KUHP tidak dapat menggunakan ajaran kesengajaan selain *opzet als oogmerk* atau kesengajaan dengan maksud/tujuan. Artinya, seseorang hanya dapat dikatakan memiliki kesengajaan melakukan tindak pidana dalam Pasal 104 atau 106 KUHP apabila *aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) yang dilakukannya benar-benar dimaksudkan atau ditujukan untuk membunuh, merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah (dalam konteks Pasal 104 KUHP) atau supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh

⁴³¹ *Ibid.*, hal. 286.

⁴³² *Ibid.*, hal. 309.

⁴³³ P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 22 dan 44.

⁴³⁴ E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi..., *Op. Cit.*, hal. 172.

⁴³⁵ *Ibid.*, hal. 175.

ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara (dalam konteks Pasal 106 KUHP). Namun, akibat-akibat tersebut tidak harus terjadi terlebih dahulu agar pelaku dapat dipidana, melainkan cukup apabila ia terbukti telah melakukan *aanslag* dan *aanslag* tersebut terbukti dilakukan dengan maksud atau tujuan untuk menimbulkan akibat-akibat dimaksud.

5.3.5. Konsep “permulaan pelaksanaan untuk makar” dalam Pasal 87 KUHP

Seperti yang telah dijabarkan pada bab sebelumnya, mayoritas hakim dalam putusan pengadilan yang telah dianalisis menggunakan Pasal 87 KUHP untuk mendefinisikan unsur “makar”, yang hanya mensyaratkan adanya niat yang telah terwujud dari permulaan pelaksanaan. Hal yang sama juga terjadi pada Hakim Mahkamah Konstitusi (MK), sebagaimana terlihat dalam Putusan MK No. 7/PUU-XV/2017, yang menolak untuk menafsirkan kata “makar” sebagai “*aanslag*” atau “serangan” dan menyatakan bahwa delik “makar” cukup diisyaratkan adanya niat dan perbuatan permulaan pelaksanaan, sehingga dengan terpenuhinya syarat itu, pelaku telah dapat ditindak secara hukum tanpa perlu adanya perbuatan yang nyata-nyata sebagai serangan. Pandangan ini dianut pula oleh para sarjana hukum pidana, seperti Simons, van Bemmelen, dan van Hattum, yang pada intinya menyatakan bahwa adanya suatu permulaan pelaksanaan mutlak diperlukan untuk menyatakan telah adanya makar (dalam teks asli disebut dengan “*aanslag*”).⁴³⁶

Pada prinsipnya, pendapat-pendapat tersebut dapat diterima mengingat Pasal 87 KUHP mengatur bahwa “*Dikatakan ada makar (aanslag) untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53*”. Artinya, perbuatan makar (*aanslag*) memang tidak perlu benar-benar selesai untuk dapat dipidana dengan pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar/*aanslag*”, melainkan cukup apabila terdapat niat dan permulaan pelaksanaan dari niat tersebut untuk melakukan *aanslag*. Hal ini senada dengan pendapat van Bemmelen yang pada intinya menyatakan bahwa pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar (*aanslag*)” berlaku bagi setiap orang yang melakukan *aanslag*, baik yang gagal, maupun selesai dilakukan.⁴³⁷ Bahkan, van Bemmelen menambahkan bahwa pelaku yang telah melakukan permulaan pelaksanaan untuk *aanslag* tetap dapat dipidana walaupun tidak selesainya atau gagalnya perbuatan *aanslag* tersebut dikarenakan pelaku membatalkan niatnya secara sukarela.⁴³⁸ Pendapat serupa dinyatakan oleh Simons dimana suatu *aanslag* menurut Pasal 87 KUHP tetap ada walaupun terdakwa dengan sukarela telah membatalkan maksudnya untuk menyelesaikan tindak pidana yang

⁴³⁶ P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 9-10.

⁴³⁷ *Ibid.*, hal. 13.

⁴³⁸ *Ibid.*, hal. 15.

bersangkutan.⁴³⁹ Hal inilah yang menurut para sarjana hukum pidana tersebut merupakan perbedaan antara konsep percobaan tindak pidana (*poging*) yang diatur dalam Pasal 53 KUHP dengan konsep *aanslag* menurut Pasal 87 KUHP dimana Pasal 53 KUHP mensyaratkan tidak terjadinya tindak pidana haruslah dikarenakan kondisi-kondisi di luar kemauan pelaku. Atas hal tersebut, Lamintang dan van Bemmelen kemudian menyatakan bahwa tidak mungkin terdapat suatu percobaan untuk melakukan suatu *aanslag* karena adanya permulaan pelaksanaan sudah cukup untuk menyatakan tindakan *aanslag* telah selesai,⁴⁴⁰ walaupun tindakan *aanslag* tersebut tidak terjadi, baik karena kesukarelaan pelaku, maupun karena kondisi-kondisi di luar kemauan pelaku.

Namun, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, perlu diingat bahwa “makar/*aanslag*” bukan merupakan kualifikasi atau jenis tindak pidana yang diatur dalam pasal-pasal yang mencatumkan kata “makar.*aanslag*”, melainkan hanya salah satu unsur tindak pidana/kejahatan dalam pasal-pasal tersebut. Oleh karena itu, Pasal 87 KUHP hanya menjelaskan konsep unsur “*aanslag*” dalam pasal-pasal yang mencatumkan kata “makar/*aanslag*”, bukan menjelaskan konsep tindak pidana yang diatur secara keseluruhan pada pasal-pasal tersebut. Lebih dari itu, Pasal 87 KUHP pada dasarnya bukan merupakan definisi dari kata “*aanslag*”, melainkan perluasan dari tindakan *aanslag* tersebut berupa konsep “*aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) yang tidak selesai” yang mensyaratkan adanya permulaan pelaksanaan. Artinya, kata “makar/*aanslag*” dalam pasal-pasal dalam Bab Kejahatan Terhadap Negara dan Keamanan Negara harus tetap ditafsirkan sebagai “serangan dengan kekerasan atau paksaan” dan tidak dapat digantikan dengan rumusan Pasal 87 KUHP, sehingga **“permulaan pelaksanaan” dalam Pasal 87 KUHP bukan lah “permulaan pelaksanaan” dari perbuatan apapun dengan maksud menimbulkan akibat-akibat dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar/*aanslag*”, melainkan “permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan atau paksaan”.**

Penggunaan Pasal 87 KUHP sebagai definisi atau pengganti unsur “makar/*aanslag*” tidak hanya berdampak pada kesalahan penafsiran unsur tersebut dalam kasus-kasus yang telah dijabarkan sebelumnya. Perlu diketahui, pada tanggal 27 Februari 1982, Departemen Kehakiman (saat ini Kementerian Hukum dan HAM) Indonesia merilis KUHP versi Bahasa Inggris untuk mempermudah masyarakat internasional mengetahui ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku di Indonesia.⁴⁴¹ Dalam dokumen tersebut, kata “makar/*aanslag*” dalam Pasal 104 dan 106 KUHP diterjemahkan menjadi “*attempt*” yang artinya lebih dekat dengan “upaya” atau

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ *Ibid.*, hal. 16.

⁴⁴¹ Lihat Directorate General of Law and Legislation Indonesia, *Penal Code Indonesia*, dapat diakses di <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/id/id039en.pdf>, diakses pada Kamis, 9 Desember 2021.

“percobaan”.⁴⁴² Dengan begitu, bunyi pasal-pasal tersebut apabila diterjemahkan kembali ke Bahasa Indonesia menjadi “upaya/percobaan dengan tujuan (*intention*) untuk membunuh, merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah (Pasal 104 KUHP) atau supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara (Pasal 106 KUHP)”.

Penerjemahan tersebut bertentangan dengan konsep “makar/*aanslag*” itu sendiri. Penggunaan kata “*attempt*” dalam terjemahan tersebut mengakibatkan hilangnya keharusan adanya tindakan khusus berupa serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik agar dapat disebut sebagai “makar/*aanslag*” dan tindakan yang dapat dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP menjadi segala jenis tindakan atau upaya untuk menimbulkan akibat dalam pasal-pasal tersebut. Kondisi ini semakin diperparah dengan terjemahan Pasal 87 KUHP di mana frase “*Dikatakan ada makar (aanslag) untuk melakukan suatu perbuatan...*” diterjemahkan menjadi “*attempt to commit an act*”,⁴⁴³ sehingga konsep percobaan dalam Pasal 87 KUHP versi Bahasa Inggris tidak lagi “percobaan untuk makar/*aanslag*”, melainkan “percobaan untuk melakukan suatu tindakan (*act*)” apapun yang tidak terbatas pada *aanslag* itu sendiri. Besar kemungkinan, kondisi ini disebabkan oleh penggunaan Pasal 87 KUHP yang pada dasarnya mengatur tentang “percobaan untuk makar/*aanslag*” sebagai definisi dari kata “makar/*aanslag*” itu sendiri, sehingga unsur “makar/*aanslag*” dalam Pasal 104 dan 106 KUHP dianggap sama dengan “percobaan” dalam Pasal 87 KUHP dan kata “makar/*aanslag*” diterjemahkan secara langsung menjadi “*attempt* (percobaan/upaya)” dalam Bahasa Inggris. Dari jabaran tersebut, terlihat bahwa penggunaan Pasal 87 KUHP sebagai definisi atau pengganti unsur “makar/*aanslag*” tidak hanya berdampak pada kesalahan penafsiran unsur tersebut dalam praktik peradilan, tetapi juga kesalahan penerjemahan KUHP ke dalam Bahasa asing.

Pasal 87 KUHP juga mengatur tentang konsep/batasan “permulaan pelaksanaan dari *aanslag*” dengan merujuk pada konsep permulaan pelaksanaan dalam ketentuan Pasal 53 KUHP mengenai percobaan tindak pidana (*poging*). Terkait hal ini, R. Soesilo menyatakan bahwa *aanslag* yang diatur dalam Pasal 87 KUHP hanyalah berupa “perbuatan pelaksanaan” dan bukan “perbuatan persiapan”, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 53 KUHP.⁴⁴⁴ R. Soesilo menambahkan bahwa seseorang yang masih melakukan “perbuatan persiapan” (*voorbereidings-handeling*)

⁴⁴² *Ibid.* Article 104 “**The attempt** undertaken with intent to deprive the President or Vice President of his life or his liberty or to render him unfit to govern, shall be punished by capital punishment or life imprisonment or a maximum imprisonment of twenty years”. Article 106 “**The attempt** undertaken with intent to bring the territory of the state wholly or partially under foreign domination or to separate part thereof, shall be punished by life imprisonment or a maximum imprisonment of twenty years”.

⁴⁴³ *Ibid.* Article 87 “**Attempt to commit an act** exist as soon as the intent of perpetrator has revealed itself by a commencement of performance in the sense of Article 53”.

⁴⁴⁴ R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal. 97. Lihat penjelasan Pasal 87 KUHP.

dari *aanslag* tidak dapat dipidana dengan Pasal 87 KUHP dan hanya dapat dipidana dengan pasal tersebut apabila orang tersebut sudah mulai melakukan “perbuatan pelaksanaan” (*uitvoeringshandeling*) dari *aanslag*.⁴⁴⁵ Hal ini senada dengan pendapat Noyon dan Langemeijer yang menyatakan bahwa syarat minimum adanya *aanslag* menurut Pasal 87 KUHP bukan lah suatu tindakan yang baru merupakan “persiapan pelaksanaan”, melainkan tindakan yang telah terwujud dalam suatu permulaan dari tindakan pelaksanaan untuk menyelesaikan tindak pidana yang ingin dilakukan.⁴⁴⁶

Kemudian, muncul pertanyaan mengenai perbuatan yang dapat disebut sebagai “permulaan pelaksanaan” dalam Pasal 53 KUHP. MvT menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan “permulaan pelaksanaan/*uitvoeringshandeling*” adalah tindakan-tindakan yang mempunyai hubungan sedemikian langsung dengan kejahatan yang dimaksud untuk dilakukan dan telah dimulai dengan pelaksanaannya.⁴⁴⁷ Dalam praktik, Hoge Raad dan pengadilan di Indonesia dalam putusan-putusannya pada intinya menyatakan bahwa “permulaan pelaksanaan” harus dihubungkan dengan “*uitvoering van het misdrijf*” atau pelaksanaan kejahatan tersebut sendiri, sehingga harus diartikan sebagai “permulaan pelaksanaan dari perbuatan untuk melakukan kejahatan”.⁴⁴⁸ Konsep tersebut sejalan dengan pendapat van Bemmelen yang menyatakan bahwa “permulaan pelaksanaan” harus dianggap ada ketika pelaku telah menciptakan keadaan-keadaan, yang menurut pengalaman manusia, dapat menyebabkan terjadinya tindak pidana tanpa harus ada lebih banyak tindakan lain.⁴⁴⁹ Hal ini senada dengan pandangan Pompe yang menyatakan bahwa “tindakan pelaksanaan” atau permulaan pelaksanaan dianggap ada ketika terdapat perbuatan yang memungkinkan suatu tindak pidana selesai dilakukan.⁴⁵⁰ Pandangan yang sama disampaikan oleh Kanter dan Sianturi di mana “permulaan pelaksanaan” telah ada apabila niat pelaku sudah ternyata dalam tindakan yang menurut penilaian wajar sudah mendekati kenyataan akan terwujudnya penyelesaian kejahatan itu.⁴⁵¹

Berdasarkan penjabaran tersebut, dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

1) Rumusan Pasal 87 KUHP bukan merupakan definisi dari kata “makar/*aanslag*”

⁴⁴⁵ *Ibid.*, hal 108-109. Lihat penjelasan Pasal 104 dan 106 KUHP.

⁴⁴⁶ P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 11.

⁴⁴⁷ P. A. F. Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 553. Lihat juga Mr. H. J. Smidt..., *Op. Cit.*, hal. 420-421.

⁴⁴⁸ E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi..., *Op. Cit.*, hal. 320. Lihat *arrest* (putusan) Hoge Raad tanggal 13 Desember 1899, W. 7382 pada Mr. J. E. Jonkers, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda*, (Jakarta: Bina Aksara, 1987), hal. 161, R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal. 70 dan J. Remmelink, *Pengantar Hukum Pidana Material 1: Inleiding Tot De Studei Van Het Nederlandse Strafrecht*, (Yogyakarta: Maharsa, 2014), hal. 359. Lihat juga *arrest* Hoge Raad tanggal 7 Mei 1906, W. 8372 pada P. A. F. Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 564, *arrest* Hoge Raad tanggal 16 April 1946, NJ 1946, 328 pada J. Remmelink..., *Op. Cit.*, hal. 363, dan putusan *Raad van Justitie* (R.v. J) Medan tanggal 15 Juli 1938 pada Mr. J. E. Jonkers..., *Op. Cit.*, hal. 163 dan penjelasan Pasal 53 KUHP dalam R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal. 71.

⁴⁴⁹ P. A. F. Lamintang..., *Ibid.*, hal. 569-570.

⁴⁵⁰ E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi..., *Op. Cit.*, hal. 322.

⁴⁵¹ *Ibid.*, hal. 322-323.

dalam pasal-pasal KUHP pada Bab Kejahatan Terhadap Negara dan Keamanan Negara. Pasal 87 KUHP merupakan perluasan dari tindakan *aanslag* dalam pasal-pasal tersebut sebagai konsep "*aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) yang tidak selesai" yang mensyaratkan adanya permulaan pelaksanaan;

- 2) Kata "*makar/aanslag*" dalam pasal-pasal KUHP pada Bab Kejahatan Terhadap Negara dan Keamanan Negara harus tetap ditafsirkan sebagai "serangan dengan kekerasan atau paksaan" dalam konteks "serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang selesai";
- 3) Konsep "permulaan pelaksanaan" dalam Pasal 87 KUHP bukan lah "permulaan pelaksanaan" dari perbuatan apapun dengan maksud menimbulkan akibat-akibat dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur "*makar/aanslag*", melainkan "permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan atau paksaan (*aanslag*) yang dilakukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang diatur dalam pasal-pasal tersebut;
- 4) Tindakan "permulaan pelaksanaan" dapat dianggap ada apabila niat pelaku sudah ternyata dalam tindakan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya tindak pidana. Oleh karena itu, tindakan "permulaan pelaksanaan dari *aanslag*" yang dapat dipidana dengan merujuk pada Pasal 87 KUHP adalah tindakan-tindakan pelaku yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya *aanslag* atau serangan dengan kekerasan atau paksaan.

5.3.6. Konsep "permufakatan jahat" dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP

Selain ketentuan mengenai "permulaan pelaksanaan" di atas, KUHP juga merumuskan perbuatan-perbuatan lain yang berhubungan dengan pasal-pasal yang mencantumkan kata "*makar/aanslag*". Salah satunya adalah "permufakatan jahat" untuk melakukan tindak pidana dalam Pasal 104, 106, 107, dan 108 KUHP, sebagaimana diatur dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP. KUHP sendiri sudah menjelaskan maksud "permufakatan jahat" tersebut dalam Pasal 88 KUHP, yang berbunyi "*Dikatakan ada permufakatan jahat, apabila dua orang atau lebih telah sepakat akan melakukan kejahatan*". Artinya, seseorang dapat dipidana dengan Pasal 110 ayat (1) KUHP apabila ia telah sepakat dengan orang lain untuk melakukan tindak pidana atau "perbuatan jahat" menurut Pasal 104, 106, 107, dan 108 KUHP.

Apabila dicermati, khususnya Pasal 104 dan 106 KUHP yang menjadi pokok pembahasan, pada dasarnya pasal-pasal tersebut mengatur perbuatan jahat berupa adanya tindakan *aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) yang dilakukan dengan maksud atau tujuan menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut, yaitu membunuh, merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah (Pasal 104

KUHP) dan supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara (Pasal 106 KUHP). Artinya, akibat-akibat tersebut dirumuskan sebagai tujuan langsung dari tindakan *aanslag* yang dilakukan, bukan sebagai akibat yang harus terjadi terlebih dahulu agar pelaku dapat dipidana. Hal ini sejalan dengan pembahasan sebelumnya mengenai “kesengajaan”, khususnya dalam konteks Pasal 104 dan 106 KUHP, bahwa akibat-akibat dalam pasal-pasal tersebut tidak harus terjadi terlebih dahulu agar pelaku dapat dipidana, melainkan cukup apabila ia terbukti telah melakukan *aanslag* dan *aanslag* tersebut terbukti dilakukan dengan maksud atau tujuan untuk menimbulkan akibat-akibat yang dimaksud.

Berdasarkan hal tersebut, terlihat bahwa konsep “permufakatan jahat” dalam melakukan tindak pidana menurut Pasal 104 dan 106 KUHP harus merujuk pada tindakan “*aanslag*” dalam pasal-pasal tersebut, sehingga Pasal 110 ayat (1) KUHP, dalam kaitannya dengan Pasal 104 dan 106 KUHP, harus dibaca sebagai “adanya kesepakatan 2 (dua) orang atau lebih untuk melakukan *aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) di mana *aanslag* tersebut dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam Pasal 104 dan 106 KUHP”. Hal serupa berlaku pula untuk Pasal 107 dan 108 KUHP dimana “permufakatan jahat” dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP harus merujuk pada perbuatan jahat yang diatur dalam pasal-pasal tersebut. Konsep “permufakatan jahat” yang merujuk pada tindakan “*aanslag*” pada dasarnya harus diterapkan pula pada perbuatan mempersiapkan atau memperlancar kejahatan yang diatur dalam Pasal 110 ayat (2) KUHP, karena perbuatan tersebut sama dengan “permufakatan jahat” sebagai perbuatan yang berhubungan dengan Pasal 104 dan 106 KUHP. Dengan demikian, dalam kaitannya dengan Pasal 104 dan 106 KUHP, Pasal 110 ayat (2) KUHP harus diartikan sebagai “tindakan mempersiapkan atau memperlancar *aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) di mana *aanslag* tersebut dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam Pasal 104 dan 106 KUHP”.

Dari jabaran-jabaran di atas, dapat disimpulkan bahwa, menurut hukum pidana Indonesia, seseorang yang memiliki maksud/tujuan: 1) untuk membunuh, merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden/Wakil Presiden memerintah; dan 2) supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara, hanya dapat dipidana apabila melakukan tindakan-tindakan sebagai berikut:

- 1) Melakukan *aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) di mana *aanslag* tersebut dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam Pasal 104 dan 106 KUHP. Tindakan ini disebut sebagai “*aanslag* selesai” dan dapat dipidana dengan Pasal 104 atau 106 KUHP;

- 2) Melakukan permulaan pelaksanaan dari suatu *aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) yang dilakukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang diatur dalam Pasal 104 dan 106 KUHP. Tindakan ini baru dapat dipidana apabila pelaku sudah melakukan perbuatan-perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya *aanslag* atau serangan dengan kekerasan atau paksaan. Tindakan ini disebut juga sebagai "*aanslag* tidak selesai" dan dapat dipidana dengan Pasal 104 atau 106 KUHP *jo.* Pasal 87 KUHP;
- 3) Melakukan permufakatan jahat dalam bentuk bersepakat dengan orang lain untuk melakukan *aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) di mana *aanslag* tersebut dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam Pasal 104 dan 106 KUHP. Tindakan ini dapat dipidana dengan Pasal 104 atau 106 KUHP *jo.* Pasal 110 ayat (1) KUHP; dan
- 4) Melakukan tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar suatu *aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) di mana *aanslag* tersebut dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam Pasal 104 dan 106 KUHP. Tindakan ini dapat dipidana dengan Pasal 104 atau 106 KUHP *jo.* Pasal 110 ayat (2) KUHP.

5.4. Pembatasan Ekspresi Politik Menurut Ketentuan dan Praktik Peradilan Hak Asasi Manusia

Pada bab sebelumnya, telah dijelaskan bahwa pasal-pasal yang biasa digunakan untuk menghukum ekspresi-ekspresi politik, yaitu Pasal 104 dan 106 KUHP, dirumuskan dalam bab tentang "Kejahatan Terhadap Keamanan Negara" dalam KUHP. Menurut Komentar Umum No. 34 KIHSP, penerapan pasal-pasal pidana terkait keamanan negara/nasional (*national security*) terhadap suatu ekspresi harus dilakukan secara sangat hati-hati dan harus sejalan dengan syarat-syarat pembatasan hak kebebasan berekspresi yang diatur dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP⁴⁵². Dengan demikian, pasal-pasal di atas seharusnya hanya dapat diterapkan apabila perbuatan-perbuatan ekspresi politik telah memenuhi syarat-syarat sebagai ekspresi yang dapat dibatasi secara sah menurut Pasal 19 ayat (3) KIHSP.

Seperti yang juga telah dijabarkan pada bab II, selain harus diatur dalam ketentuan hukum (*prescribed by law*), Pasal 19 ayat (3) KIHSP menentukan bahwa pembatasan hak atas kebebasan berekspresi (*freedom of expression*) hanya dapat dilakukan untuk tujuan-tujuan tertentu, yaitu menghormati hak atau reputasi orang lain, melindungi keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan, atau moral publik.⁴⁵³ Dalam beberapa keputusannya, Komite HAM PBB menyebutkan bahwa kedua syarat tersebut harus terpenuhi secara kumulatif agar suatu pembatasan hak kebebasan

⁴⁵² Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 30.

⁴⁵³ Hal ini juga merupakan bagian dari pengujian tiga tahap (*three-part test*) sebagai model yang digunakan berbagai institusi HAM, termasuk Komite HAM PBB dan Pengadilan HAM Eropa (*European Court of Human Rights*). Lihat Bab II.

berekspresi menjadi sah.⁴⁵⁴ Komentar Umum No. 34 KIHSP menambahkan bahwa pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan untuk tujuan yang sesuai dengan peruntukannya dan harus secara langsung berkaitan dengan kebutuhan khusus yang melahirkan pembatasan itu sendiri.⁴⁵⁵ Terkait Pasal 104 dan 106 KUHP, dikarenakan pasal-pasal tersebut dirumuskan dalam bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara”, dapat disimpulkan bahwa pasal-pasal tersebut pada dasarnya diperuntukkan untuk “melindungi kepentingan keamanan negara/nasional”, yang merupakan salah satu tujuan pembatasan yang sah menurut Pasal 19 ayat (3) KIHSP. Dengan demikian, setiap ekspresi, termasuk ekspresi politik, hanya dapat dibatasi dan dihukum dengan Pasal 104 dan 106 KUHP apabila ekspresi tersebut dilakukan dengan tujuan mengancam atau bertentangan dengan keamanan negara/nasional (*national security*).

Pembahasan mengenai ekspresi politik pada dasarnya tidak hanya terkait dengan hak atas kebebasan berekspresi, tetapi harus pula dikaitkan dengan hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*) yang diatur dalam Pasal 21 KIHSP. Hal ini ditegaskan dalam Komentar Umum No. 37 KIHSP bahwa ketentuan-ketentuan yang berlaku terhadap suatu ekspresi dalam hak kebebasan berekspresi harus diterapkan pula untuk segala bentuk ekspresi dalam sebuah *assembly*.⁴⁵⁶ Terlebih, sebagian besar putusan terkait Pasal 106 KUHP yang telah dijelaskan sebelumnya menghukum ekspresi politik yang dilakukan oleh orang-orang dalam suatu pertemuan, aksi, atau demonstrasi, yang merupakan pertemuan-pertemuan yang dilindungi dalam hak atas kebebasan untuk berkumpul secara damai.⁴⁵⁷ Terkait hal ini, *Venice Commission* menjelaskan bahwa hak atas kebebasan berkumpul secara damai memiliki hubungan dengan hak atas kebebasan berekspresi dari penyelenggara dan peserta dari suatu *assembly*.⁴⁵⁸ Dengan demikian, pembahasan ekspresi politik yang disampaikan dalam sebuah *assembly* (pertemuan atau perkumpulan) harus ditinjau pula dari sisi hak atas kebebasan berkumpul secara damai dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan terkait hak kebebasan berekspresi.

Sama halnya dengan hak kebebasan berekspresi, Pasal 21 KIHSP mengatur bahwa hak atas kebebasan berkumpul secara damai juga dapat dibatasi, yang salah satu alasannya adalah keamanan negara/nasional (*national security*). Dalam jabaran

⁴⁵⁴ Lihat Komite HAM PBB, *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada*, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 (1993), par. 11.4. Lihat juga Komite HAM PBB, *Rafael Marques De Morais V. Angola*, Communication o.. 1128/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1128/2002 (2005), par. 6.8.

⁴⁵⁵ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 22.

⁴⁵⁶ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 37 ICCPR, “Pasal 21: Hak Untuk Berkumpul Secara Damai”*, CCPR/C/GC/37, 27 Juli 2020, par. 49.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, par. 6. Lihat juga *Venice Commission, Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, 8 Juli 2019, par. 44.

⁴⁵⁸ *Venice Commission...*, *Ibid.*, par. 4.

sebelumnya, salah satu bentuk pembatasan hak dengan alasan tersebut dalam rezim hak kebebasan berekspresi adalah penerapan pasal 104 dan 106 KUHP pada ekspresi-ekspresi politik. Oleh karena itu, dengan adanya keharusan mengacu pada ketentuan-ketentuan terkait hak kebebasan berekspresi, dapat disimpulkan bahwa pemidanaan ekspresi politik dalam sebuah *assembly* dengan pasal-pasal tersebut harus dilihat dalam konteks pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dengan alasan keamanan negara/nasional (*national security*).

Hak atas kebebasan berkumpul secara damai sendiri memiliki hubungan langsung yang erat dengan hak kebebasan berekspresi. Komentar umum No. 37 KIHSP menyebutkan bahwa terpenuhinya perlindungan hak atas kebebasan berkumpul secara damai bergantung pada terlindunginya hak-hak lain, salah satunya adalah hak kebebasan berekspresi.⁴⁵⁹ Beberapa putusan Pengadilan HAM Eropa menyebutkan bahwa hak atas kebebasan berkumpul secara damai merupakan *lex specialis* dari hak kebebasan berekspresi.⁴⁶⁰ Bahkan, Pelapor Khusus (*Special Rapporteur*) Komite HAM PBB untuk hak atas kebebasan berekspresi, Frank La Rue, dengan merujuk pada resolusi *Human Rights Council 12/16*, menyebutkan bahwa demonstrasi yang damai merupakan bagian dari ekspresi itu sendiri sebagai salah satu bentuk ekspresi yang tidak dapat dibatasi.⁴⁶¹ Oleh karena itu, pembahasan mengenai hak atas kebebasan berkumpul secara damai masih memiliki keterkaitan dengan hak kebebasan berekspresi yang menjadi inti pembahasan dalam penelitian ini.

5.4.1. Konsep “keamanan nasional (*national security*)” sebagai pembatasan hak kebebasan berekspresi yang sah

Pada dasarnya, KIHSP dan Komentar Umum No. 34 KIHSP tidak menjabarkan lebih lanjut konsep atau batasan “keamanan nasional” sebagai alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi menurut Pasal 19 Ayat (3) KIHSP. Komentar Umum No. 34 KIHSP hanya menjelaskan kondisi-kondisi tertentu yang tidak memenuhi syarat pembatasan dalam Pasal 19 Ayat (3) KIHSP sehingga alasan “keamanan nasional” tersebut juga tidak dapat digunakan, yaitu:⁴⁶²

- 1) Menggunakan ketentuan-ketentuan pidana terkait keamanan negara/nasional untuk menekan atau menahan informasi publik, yang merupakan kepentingan publik yang sah dan tidak merugikan keamanan nasional;

⁴⁵⁹ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 37 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 9.

⁴⁶⁰ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Ezelin v. France*, (Application no. 11800/85), 26 April 1991, par. 35. Lihat juga Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Navalnyy v. Russia*, (Applications nos. 29580/12 and 4 others), 15 November 2018, par. 101.

⁴⁶¹ Lihat United Nations, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Mr. Frank La Rue, A/HRC/14/23, 20 April 2010, par. 81. Lihat juga United Nations, Human Rights Council Resolution 12/16, *Promotion And Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social And Cultural Rights, Including The Right To Development*, A/HRC/RES/12/16 12 October 2009, par. 5 huruf p.

⁴⁶² Lihat Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 30.

- 2) Menuntut (melakukan proses hukum) terhadap jurnalis, peneliti, aktivis lingkungan, pembela hak asasi manusia, atau pihak lain, karena telah menyebarkan informasi publik tersebut;
- 3) Merumuskan informasi yang berkaitan dengan sektor komersial, perbankan dan kemajuan ilmiah dalam ketentuan pidana terkait keamanan negara/nasional;
- 4) Salah satu bentuk pembatasan yang tidak dapat menggunakan alasan "keamanan nasional" adalah larangan untuk mengeluarkan pernyataan yang mendukung sengketa perburuhan, termasuk untuk mengadakan pemogokan nasional.

Konsep "keamanan nasional" tersebut kemudian dijabarkan dalam Prinsip Siracusa, yang telah dijelaskan sebelumnya pada bab II. Selain itu, konsep tersebut juga dijabarkan pada Prinsip Johannesburg yang menyatakan bahwa setiap pembatasan ekspresi dan informasi oleh pemerintah dengan alasan keamanan nasional harus dilakukan dengan tujuan asli dan dampak yang dapat dibuktikan untuk melindungi kepentingan keamanan nasional yang sah.⁴⁶³ Hal-hal terkait "keamanan nasional" sebagai pembatasan hak, termasuk hak atas kebebasan berekspresi, menurut dokumen-dokumen tersebut adalah sebagai berikut:⁴⁶⁴

- Pembatasan hak dengan alasan keamanan nasional **dapat dibenarkan** apabila:
 - Terdapat pelanggaran HAM yang sistematis;
 - Dilakukan untuk melindungi eksistensi atau keberadaan suatu bangsa/negara, integritas teritorial, atau kemerdekaan politik, dari penggunaan suatu serangan (*force*) atau ancaman serangan (*threat of force*);
 - Dilakukan sebagai bentuk respon dari adanya penggunaan serangan atau ancaman serangan, baik dari sumber eksternal, seperti ancaman militer, atau sumber internal, seperti hasutan untuk menggulingkan pemerintah dengan kekerasan;
 - Telah ada mekanisme perlindungan dan pemulihan (*remedy*) yang efektif apabila terjadi kesewenang-wenangan dalam pelaksanaan pembatasan tersebut;
 - Pemerintah dapat membuktikan bahwa suatu ekspresi dimaksudkan untuk mendorong terjadinya kekerasan, ekspresi tersebut dapat memicu terjadinya kekerasan, **dan** terdapat hubungan langsung antara ekspresi tersebut dengan kemungkinan atau terjadinya kekerasan.
- Pembatasan hak dengan alasan keamanan nasional **tidak dapat dibenarkan** apabila:

⁴⁶³ Lihat ARTICLE 19, *The Johannesburg Principles...*, Op. Cit., prinsip 1.2. *Any restriction on expression or information that a government seeks to justify on grounds of national security must have the genuine purpose and demonstrable effect of protecting a legitimate national security interest.*

⁴⁶⁴ Komisi HAM PBB, *Prinsip-prinsip Siracusa...*, Op. Cit., par. 29-32 dan ARTICLE 19, *The Johannesburg Principle...Ibid.*, prinsip 2, 6, dan 7.

- Dilakukan untuk memaksakan pembatasan yang tidak jelas atau sewenang-wenang;
- Dilakukan untuk melindungi kepentingan yang tidak terkait dengan keamanan nasional, termasuk, misalnya, untuk melindungi pemerintah dari rasa malu atau pengungkapan kesalahan pemerintah, menyembunyikan informasi tentang pelaksanaan fungsi lembaga-lembaga publik, menerapkan suatu ideologi tertentu secara paksa, atau menekan keributan-keributan di bidang industri;
- Dilakukan untuk mencegah ancaman terhadap hukum dan ketertiban yang sifatnya lokal atau relatif terisolasi;
- Dilakukan untuk menekan oposisi atau kritikan terhadap penggunaan alasan dan/atau pelaksanaan pembatasan hak tersebut atau untuk menjalankan praktek represif terhadap warga negara;
- Dilakukan terhadap ekspresi (yang tidak terbatas pada ekspresi-ekspresi) sebagai berikut:
 - ▶ Dilakukan secara damai;
 - ▶ Mengadvokasikan perubahan kebijakan pemerintah atau pemerintah itu sendiri tanpa menggunakan kekerasan;
 - ▶ Merupakan kritik atau penghinaan terhadap bangsa, negara, lambang, pemerintah, lembaga, atau pejabat publiknya;
 - ▶ Merupakan kritik atau penghinaan terhadap bangsa asing, negara, lambang, pemerintah, lembaga, atau pejabat publiknya;
 - ▶ Merupakan keberatan atau pembelaan atas keberatan atas dasar agama, hati nurani, atau kepercayaan;
 - ▶ Merupakan keberatan atau pembelaan atas keberatan terhadap wajib atau dinas militer, konflik tertentu, atau ancaman atau penggunaan serangan/kekuatan (*force*) untuk menyelesaikan perselisihan internasional;
 - ▶ Ditujukan untuk menginformasikan dugaan pelanggaran standar hak asasi manusia atau hukum humaniter internasional;
 - ▶ Dilakukan dalam bahasa tertentu, termasuk bahasa kelompok minoritas.

Selain dokumen-dokumen diatas, Pelapor Khusus (*Special Rapporteur*) Komite HAM PBB untuk hak atas kebebasan berekspresi, Abid Hussain, menyatakan bahwa hak atas kebebasan berekspresi dan informasi hanya dapat dibatasi dengan alasan "keamanan nasional" dalam kasus-kasus yang sangat serius di mana terdapat serangan politik atau militer secara langsung kepada seluruh (wilayah) bangsa.⁴⁶⁵ Hal senada juga diungkapkan oleh Alexandre Charles Kiss yang menyatakan

⁴⁶⁵ Komite HAM PBB, *Report of the Special Rapporteur, Mr. Abid Hussain, pursuant to Commission on Human Rights resolution 1993/45, E/CN.4/1995/32* (14 December 1994), par. 48. "For the purpose of protecting national security, the right to freedom of expression and information can be restricted only in the most serious cases of a direct political or military threat to the entire nation."

bahwa pembatasan hak atas kebebasan berekspresi tidak dapat didasarkan pada “keamanan nasional” apabila pembatasan tersebut ditujukan semata-mata untuk menghindari kerusuhan, bentuk-bentuk gangguan lain, atau menggagalkan gerakan revolusioner yang tidak mengancam kehidupan seluruh bangsa.⁴⁶⁶ Lebih lanjut, seperti yang dikutip oleh *Special Rapporteur* Komite HAM PBB lainnya untuk hak atas kebebasan berekspresi, David Kaye, Alexandre Charles Kiss menyatakan bahwa penggunaan alasan “keamanan nasional” harus dibatasi pada situasi di mana kepentingan seluruh bangsa dipertaruhkan dan mengecualikan pembatasan tersebut demi kepentingan pemerintah, rezim atau kelompok kekuasaan tertentu.⁴⁶⁷ Dari pendapat-pendapat tersebut, dapat disimpulkan bahwa alasan “keamanan nasional” hanya dapat digunakan untuk membatasi hak atas kebebasan berekspresi guna melindungi kepentingan suatu bangsa dari serangan tertentu kepada wilayah bangsa tersebut.

5.4.2. Praktik pembatasan hak kebebasan berekspresi dengan alasan “keamanan nasional” menurut Peradilan HAM Eropa

Dalam praktiknya, terdapat beberapa putusan peradilan HAM Eropa yang membahas “keamanan nasional” sebagai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi yang sah. Sebelum melanjutkan pembahasan, apabila dicermati, Pasal 106 KUHP pada dasarnya mengatur tentang tindak pidana yang dapat menyebabkan terpisahnya suatu wilayah dari wilayah Indonesia, atau dengan kata lain, tindak pidana yang mengancam keutuhan wilayah teritorial Indonesia. Sedangkan, seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, integritas atau keutuhan wilayah teritorial merupakan salah satu tujuan dari pembatasan atas alasan keamanan nasional menurut ketentuan-ketentuan HAM. Oleh karena itu, dikarenakan bagian ini bertujuan untuk menguji penerapan Pasal 106 KUHP, maka penjabaran pada bagian ini hanya akan berfokus pada putusan peradilan HAM Eropa dalam kasus-kasus yang terkait dengan isu “integritas/keutuhan teritorial” suatu negara.

5.4.2.1. Kasus *Sürek and Özdemir v. Turkey*⁴⁶⁸

Kasus ini bermula ketika Kamil Tekin Sürek dan Yücel Özdemir, yang merupakan pimpinan dan editor terbitan mingguan “Haberde Yorumda Gerçek” (*The Truth of News and Comments*), mempublikasikan beberapa hal melalui media tersebut di Istanbul, yaitu:

⁴⁶⁶ Nihal Jayawickrama... *Op. Cit.*, hal. 157.

⁴⁶⁷ Majelis Umum PBB, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, David Kaye, A/71/373 (6 September 2016), par. 18. “National security”, *undefined in the Covenant, should be limited in application to situations in which the interest of the whole nation is at stake, which would thereby exclude restrictions in the sole interest of a Government, regime or power group*”.

⁴⁶⁸ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Sürek and Özdemir V. Turkey*, (Applications nos. 23927/94 and 24277/94), 8 Juli 1999.

- 2 (dua) hasil wawancara dengan pimpinan *Kurdistan Workers' Party* (PKK), sebuah organisasi yang dinyatakan sebagai "organisasi teroris" oleh pemerintah Turki, yang menyebutkan tentang kekerasan pemerintah Turki terhadap orang-orang Kurdish dengan tujuan untuk memaksa wilayah Kurdistan tetap menjadi bagian teritorial Turki. Hasil wawancara tersebut juga menyebutkan bahwa tujuan perjuangan PKK adalah agar orang-orang Kurdish memiliki hak atas wilayah dan identitasnya dan Kurdistan menjadi negara yang terpisah dari Turki;
 - Pernyataan bersama 4 (empat) partai di Turki⁴⁶⁹, yang pada intinya menyerukan agar pemerintah Turki menarik pasukan militernya dari wilayah Kurdistan dan memberikan hak kepada orang-orang Kurdish untuk menentukan masa depannya sendiri, termasuk untuk mendirikan negara yang terpisah dari Turki.
- Pengadilan domestik Turki kemudian menghukum Sürek dan Özdemir dengan pertimbangan bahwa publikasi-publikasi tersebut berisi "deklarasi organisasi teroris" dengan memuji kegiatan teroris Kurdish dan "menyebarkan propaganda yang menentang keutuhan Negara" dengan menyebutkan bahwa orang-orang Kurdish harus membentuk Negara yang terpisah dari Turki, yang dilarang berdasarkan Pasal 6 dan 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*.⁴⁷⁰

Di Pengadilan HAM Eropa, Sürek dan Özdemir pada intinya menyatakan bahwa hukuman tersebut melanggar hak-hak mereka, salah satunya adalah hak atas kebebasan berekspresi, dan dijatuhkan secara tidak proporsional.⁴⁷¹ Di sisi lain, pemerintah Turki pada intinya berpendapat bahwa hukuman tersebut telah sesuai dengan prinsip pembatasan hak atas kebebasan berekspresi karena telah diatur dalam hukum nasional, yaitu Pasal 6 dan 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*, yang dibentuk untuk melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), dijatuhkan untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut, dan telah proporsional.⁴⁷² Atas argumen-argumen tersebut, Pengadilan HAM Eropa pada

⁴⁶⁹ 4 (empat) partai tersebut adalah *The Central Committees of the Revolutionary Communist Party of Turkey* (TDKP), *the Communist Labour Party of Turkey* (TKEP), *the Turkish Organisation for the Liberation of Northern Kurdistan* (TKKKÖ), dan *the Communist Party/Marxist-Leninist Movement of Turkey* (TKP/ML Hareketi). 4 (empat) partai tersebut dicap sebagai "organisasi teroris" oleh pemerintah Turki.

⁴⁷⁰ Sürek dijatuhi pidana denda sebesar 100.000 Lira Turki atas Pasal 6 dan 200.000 Lira Turki atas Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*. Sedangkan, Özdemir dihukum denda sebesar 50.000 Lira Turki atas Pasal 6 dan penjara selama 6 bulan dan denda sebesar 100.000 Lira Turki atas Pasal 8.

⁴⁷¹ Sürek dan Özdemir menjelaskan bahwa mereka tidak memiliki hubungan dengan PKK, tidak memuji atau mempromosikan kegiatan teroris oleh PKK, dan publikasi-publikasi tersebut diterbitkan berdasarkan prinsip-prinsip jurnalisme yang objektif. Selain itu, Sürek dan Özdemir juga menyatakan bahwa hukuman tersebut tidak proporsional karena Sürek tidak memiliki tanggung jawab editorial terhadap publikasi-publikasi tersebut dan Özdemir merasa bahwa ia dihukum hanya karena keputusannya menerbitkan publikasi-publikasi tersebut.

⁴⁷² Pemerintah Turki menyatakan bahwa Sürek dan Özdemir telah menyebarkan propaganda kelompok separatis atau teroris, sehingga hukuman tersebut dijatuhkan untuk melindungi kepentingan negara sebagai tujuan pembentukan pasal-pasal tersebut. Selain itu, Pemerintah Turki juga menyatakan bahwa tindakan Sürek dan Özdemir secara terbuka mendorong kekerasan serta memprovokasi permusuhan dan kebencian di antara berbagai kelompok dalam masyarakat Turki, sehingga hukuman tersebut sudah proporsional karena sesuai dengan "*margin of appreciation*".

intinya berpendapat bahwa:

- Hukuman tersebut merupakan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi Sürek dan Özdemir;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat "*prescribed by law*" karena telah didasari pada aturan hukum nasional, yaitu Pasal 6 dan 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat "*legitimate aim*" karena aturan yang menjadi dasar hukuman tersebut dibentuk dengan tujuan melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), serta hukuman kepada Sürek dan Özdemir merupakan pembatasan hak untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut;
- Hukuman tersebut tidak memenuhi syarat "*necessary in democratic society*" dengan alasan-alasan sebagai berikut:
 - Kata-kata dalam wawancara dan pernyataan bersama tersebut tidak bersifat "menghasut atau dapat memicu untuk melakukan kekerasan atau menimbulkan kebencian";
 - Publikasi-publikasi tersebut merupakan konten yang layak diberitakan guna memungkinkan publik untuk mengetahui pandangan oposisi terhadap kebijakan pemerintah;
 - Pengadilan domestik dinilai telah gagal memberikan perhatian yang memadai terkait hak publik untuk mengetahui perspektif yang berbeda tentang situasi di wilayah orang-orang Kurdish, terlepas dari tidak menyenangkannya perspektif berbeda tersebut bagi pihak yang berwenang;
 - Alasan dalam menghukum Sürek dan Özdemir tidak memadai (*sufficient*) sebagai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi, walaupun relevan dengan pembatasan tersebut.

Atas pertimbangan-pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa hukuman tersebut merupakan pembatasan yang tidak sah sehingga melanggar hak atas kebebasan berekspresi Sürek dan Özdemir.

5.4.2.2. Kasus *Özgür Gündem v. Turkey*⁴⁷³

Kasus ini bermula ketika kepolisian Turki menggeledah kantor Özgür Gündem, sebuah perusahaan surat kabar harian, di Istanbul dan menemukan beberapa bukti yang menunjukkan keterlibatan beberapa pegawai Özgür Gündem dengan organisasi PKK. Kepolisian Turki juga menyita terbitan-terbitan Özgür Gündem, termasuk 12 (dua belas) artikel mengenai laporan tentang masalah ekonomi atau sosial (seperti proyek bendungan dan kesehatan masyarakat), komentar tentang perkembangan sejarah di wilayah tenggara Turki (wilayah Kurdistan),

⁴⁷³ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Özgür Gündem v. Turkey...*, Loc. Cit.

pernyataan yang mengutuk penyiksaan dan pembantaian di Turki, menyerukan solusi demokratis, dan laporan dugaan perusakan desa-desa di bagian tenggara Turki. Pengadilan domestik Turki menilai 12 artikel tersebut sebagai bentuk “penyebarluasan propaganda yang menentang keutuhan Negara”, yang diatur dalam Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*, dan menghukum pihak-pihak Özgür Gündem.

Di Pengadilan HAM Eropa, pihak Özgür Gündem pada intinya menyatakan bahwa penggeledahan dan hukuman tersebut telah melanggar hak-hak mereka, salah satunya adalah hak atas kebebasan berekspresi. Sebaliknya, pemerintah Turki pada intinya berpendapat bahwa hukuman tersebut telah sesuai dengan prinsip pembatasan hak atas kebebasan berekspresi karena telah diatur dalam hukum nasional, yaitu Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*, yang dibentuk untuk melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), dijatuhkan untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut, dan telah proporsional. Atas argumen-argumen tersebut, Pengadilan HAM Eropa pada intinya berpendapat bahwa:

- Tindakan penggeledahan dan hukuman terhadap pihak-pihak Özgür Gündem merupakan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi;
- Sama dengan kasus *Süreka and Özdemir v. Turkey*, tindakan pembatasan tersebut telah memenuhi syarat “*prescribed by law*” karena telah didasari pada aturan hukum nasional, yaitu Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*, dan telah memenuhi syarat “*legitimate aim*” karena aturan yang menjadi dasar hukuman tersebut dibentuk dengan tujuan melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), serta tindakan-tindakan tersebut dipandang sebagai upaya untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut;
- Tindakan penggeledahan tersebut tidak memenuhi syarat “*necessary in democratic society*” karena tidak terdapat justifikasi terkait penggeledahan tersebut dan tidak terdapat penjelasan mengenai penahanan yang dilakukan terhadap semua orang yang berada di kantor Özgür Gündem, termasuk juru masak, petugas kebersihan, teknisi mesin pemanas, dan 40 (empat puluh) orang bukan merupakan pegawai Özgür Gündem, oleh pemerintah Turki;
- Hukuman tersebut tidak memenuhi syarat “*necessary in democratic society*” dengan alasan-alasan sebagai berikut:
 - Penggunaan istilah “Kurdistan” dalam artikel-artikel tersebut, yang menyiratkan bahwa wilayah tersebut seharusnya atau memang terpisah dari wilayah Turki, dan klaim pihak-pihak tertentu yang menyuarakan hal tersebut, mungkin bersifat sangat provokatif kepada pemerintah. Namun, publik memiliki hak untuk mengetahui perspektif yang berbeda tentang situasi di wilayah tenggara Turki (wilayah orang-orang Kurdish), terlepas dari tidak menyenangkannya perspektif tersebut bagi pihak berwenang;

- Terlepas dari latar belakang adanya gangguan (keamanan) serius di wilayah tersebut, ekspresi yang tampaknya mendukung gagasan pemisahan entitas Kurdi harus dianggap memperburuk situasi;
- Walaupun begitu, kadang-kadang penggunaan istilah yang beragam dan bersifat menghina tidak beralasan untuk dianggap sebagai “menganjurkan atau menghasut penggunaan kekerasan”.

Atas pertimbangan-pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa tindakan penggeledahan dan hukuman tersebut merupakan pembatasan yang tidak proporsional dan tidak dapat dibenarkan sebagai upaya untuk mencapai tujuan yang sah, sehingga melanggar hak atas kebebasan berekspresi Özgür Gündem.

5.4.2.3. Kasus *Sürek v. Turkey (No. 3)*⁴⁷⁴

Kasus ini bermula ketika terbitan mingguan “Haberde Yorumda Gerçek” (*The Truth of News and Comments*) mempublikasikan tulisan berjudul “*In Botan the poor peasants are expropriating the landlords!*” yang berisi tentang perjuangan PKK dalam pembebasan wilayah “Kurdistan” di bagian tenggara Turki dari teritorial negara Turki, termasuk penguasaan lahan oleh PKK di pedesaan dan organisasi H.E.P di perkotaan. Tulisan tersebut juga menyebutkan bahwa PKK menolak tanah-tanah tersebut diserahkan dan didistribusikan secara langsung oleh pemerintah Turki karena seharusnya diserahkan terlebih dahulu kepada orang-orang Kurdish. Atas tulisan tersebut, pengadilan domestik Turki menghukum Kamil Tekin Sürek⁴⁷⁵, pimpinan terbitan tersebut, dengan pertimbangan bahwa penggunaan kata “Kurdistan” dalam tulisan tersebut untuk menunjukkan bagian tertentu wilayah Turki dan penyebutan tindakan PKK sebagai “perjuangan pembebasan nasional” merupakan bentuk “penyebarluasan propaganda yang menentang keutuhan Negara”, yang diatur dalam Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*.

Di Pengadilan HAM Eropa, Sürek pada intinya menyatakan bahwa hukuman tersebut melanggar hak-haknya, salah satunya adalah hak atas kebebasan berekspresi.⁴⁷⁶ Sama dengan perkara-perkara yang dijabarkan sebelumnya, pemerintah Turki pada intinya berpendapat bahwa hukuman tersebut telah sesuai dengan prinsip

⁴⁷⁴ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Sürek v. Turkey (No. 3)*, (Application no. 24735/94), 8 Juli 1999.

⁴⁷⁵ Pada awalnya, Sürek dihukum pidana denda sebesar 100.000.000 Lira Turki. Namun, dengan mempertimbangkan perilaku baik Sürek selama persidangan, pengadilan kemudian mengurangi denda tersebut menjadi TRL 83.333.333 Lira Turki.

⁴⁷⁶ Sürek menyatakan bahwa dirinya tidak memiliki tanggung jawab editorial terhadap tulisan tersebut dan tulisan itu sendiri merupakan berita yang objektif untuk memberikan informasi kepada publik, baik dari sisi pemerintah, maupun PKK, mengenai reformasi pertanahan dan kondisi pengangguran di bagian tenggara Turki, tanpa mengekspresikan dukungan apapun pada kegiatan terorisme. Sürek menambahkan bahwa baik tulisan tersebut, maupun dirinya, tidak memiliki hubungan dengan PKK.

pembatasan hak atas kebebasan berekspresi karena telah diatur dalam hukum nasional, yaitu Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*, yang dibentuk untuk melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), dijatuhkan untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut, dan telah proporsional.⁴⁷⁷ Atas argumen-argumen tersebut, Pengadilan HAM Eropa pada intinya berpendapat bahwa:

- Hukuman tersebut merupakan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi Sürek dan Özdemir;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat "*prescribed by law*" karena telah didasari pada aturan hukum nasional, yaitu Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat "*legitimate aim*" karena aturan yang menjadi dasar hukuman tersebut dibentuk dengan tujuan melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), serta hukuman kepada Sürek dan Özdemir merupakan pembatasan hak untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat "*necessary in democratic society*" dengan alasan-alasan sebagai berikut:
 - Pada dasarnya, penggunaan istilah "Kurdistan" untuk menunjukkan bagian tertentu wilayah Turki dan penyebutan tindakan PKK sebagai "perjuangan pembebasan nasional" dalam tulisan tersebut tidak memadai menjadi alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi, walaupun relevan dengan tujuan pembatasan tersebut;
 - Di sisi lain, dengan mendeskripsikan kata "*struggle*" dengan "*war directed against the forces of the Republic of Turkey*", maka kalimat "*we want to wage a total liberation struggle*" dalam artikel tersebut dipandang sebagai seruan untuk menggunakan kekuatan bersenjata sebagai cara untuk memperoleh kemerdekaan Kurdistan. Hal ini menyebabkan artikel tersebut harus dinilai "dapat menghasut terjadinya kekerasan" di wilayah tersebut, walaupun penggunaan kekerasan tersebut dilakukan dalam konteks pembelaan diri yang diperlukan. Pengadilan menekankan bahwa seruan tersebut tetaplah merupakan hasutan untuk melakukan kekerasan;
 - Dengan demikian, hukuman yang dijatuhkan telah beralasan untuk dianggap sebagai jawaban atas "*pressing social need*" dan pemerintah Turki telah memberikan alasan yang "relevan dan memadai" dalam menjatuhkan hukuman tersebut, sehingga telah proporsional dengan tujuan pembatasan yang sah (*legitimate aim*).

⁴⁷⁷ Pemerintah Turki menyatakan bahwa Sürek sebagai pimpinan terbitan berkontribusi atas dipublikasikannya tulisan tersebut, yang secara terbuka mendorong kekerasan serta memprovokasi permusuhan dan kebencian di antara berbagai kelompok dalam masyarakat Turki. Pemerintah Turki juga menyebutkan bahwa hukuman tersebut sudah proporsional karena sesuai dengan "*margin of appreciation*".

Atas pertimbangan-pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa hukuman tersebut bukan merupakan pelanggaran atas hak atas kebebasan berekspresi.

5.4.2.4. Kasus *Karataş v. Turkey*⁴⁷⁸

Kasus ini bermula ketika Hüseyin Karataş yang merupakan orang Kurdish mempublikasikan puisi berjudul *"The song of a rebellion – Dersim"* (Dersim – Bir İsyanın Türküsü) di Istanbul, yang menceritakan tentang kondisi orang-orang Kurdish di wilayah Kurdistan. Atas puisi tersebut, pengadilan domestik Turki menghukum Karataş⁴⁷⁹ karena dinilai telah "menyebarkan propaganda yang menentang keutuhan Negara", yang diatur dalam Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*, dengan menggunakan kata "Kurdistan" dalam puisi tersebut untuk merujuk pada wilayah tertentu di Turki. Selain itu, Karataş juga dinilai telah menggelorifikasi gerakan pemberontakan di wilayah tersebut dengan mengidentifikasi pemberontakan itu sebagai perjuangan Kurdi untuk memperoleh kemerdekaan, di mana pengadilan domestik mempertimbangkan hal tersebut sebagai propaganda separatis yang merusak persatuan bangsa Turki dan keutuhan wilayah teritorial Negara Turki.

Di pengadilan HAM Eropa, Karataş pada intinya menyatakan bahwa hukuman tersebut melanggar hak-haknya, salah satunya adalah hak atas kebebasan berekspresi.⁴⁸⁰ Pemerintah Turki pada intinya berpendapat bahwa hukuman tersebut telah sesuai dengan prinsip pembatasan hak atas kebebasan berekspresi karena telah diatur dalam hukum nasional, yaitu Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*, yang dibentuk untuk melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), dijatuhkan untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut, dan telah proporsional.⁴⁸¹ Atas argumen-argumen tersebut, Pengadilan HAM Eropa pada intinya berpendapat bahwa:

- Hukuman tersebut merupakan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi Karataş;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat *"prescribed by law"* karena telah didasari pada aturan hukum nasional, yaitu Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*;

⁴⁷⁸ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Karataş v. Turkey*, (Application no. 23168/94), 8 Juli 1999.

⁴⁷⁹ Pengadilan domestik Turki menghukum Karataş dengan pidana penjara selama 1 tahun 1 bulan 10 hari serta denda sebesar 111.111.110 Lira Turki yang harus dibayar secara bertahap selama 10 bulan.

⁴⁸⁰ Karataş menyatakan bahwa puisi tersebut merupakan ungkapan pikiran, kemarahan, perasaan dan kegembiraannya melalui bahasa yang penuh warna dan mengandung beberapa hiperbola.

⁴⁸¹ Pemerintah Turki menyatakan bahwa puisi milik Karataş dapat dinilai sebagai propaganda kelompok separatis, yaitu PKK, di wilayah tenggara Turki. Pemerintah Turki juga menyebutkan bahwa hukuman tersebut sudah proporsional karena sesuai dengan *"margin of appreciation"*.

- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat "*legitimate aim*" karena aturan yang menjadi dasar hukuman tersebut dibentuk dengan tujuan melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), serta hukuman kepada Karataş merupakan pembatasan hak untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut;
- Hukuman tersebut tidak memenuhi syarat "*necessary in democratic society*" dengan alasan-alasan sebagai berikut:
 - Pada dasarnya, puisi milik Karataş dapat ditafsirkan sebagai hasutan untuk menimbulkan kebencian, pemberontakan dan penggunaan kekerasan kepada pembaca. Hal ini dikarenakan puisi tersebut menyerukan pengorbanan diri untuk "Kurdistan" dan termasuk beberapa bagian yang sangat agresif yang ditujukan pada otoritas Turki dengan bahasa-bahasa kiasan (metafora);
 - Puisi tersebut adalah salah satu bentuk ekspresi artistik yang juga merupakan bagian dari hak atas kebebasan berekspresi. Hal ini dikarenakan perlindungan atas hak kebebasan berekspresi tidak hanya terkait substansi gagasan dan informasi yang diungkapkan, tetapi juga bentuk penyampaiannya;
 - Karataş adalah individu pribadi yang mengungkapkan pandangannya melalui puisi, yang menurut definisi ditujukan kepada khalayak yang sangat kecil, daripada melalui media massa, sehingga membatasi/mengurangi dampak yang potensial terjadi pada keamanan nasional, ketertiban umum, dan keutuhan wilayah, walaupun beberapa bagian dari puisi tersebut bernada sangat agresif dalam dan menyerukan penggunaan kekerasan;
 - Dengan bentuk sebagai ekspresi artistik dan terbatasnya potensi dampak yang akan terjadi, puisi tersebut lebih dipandang sebagai ekspresi kesedihan yang mendalam dalam menghadapi situasi politik yang sulit daripada ajakan untuk melakukan pemberontakan.

Atas pertimbangan-pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa hukuman tersebut merupakan pembatasan yang tidak proporsional dan tidak dapat dibenarkan sebagai upaya untuk mencapai tujuan yang sah, sehingga melanggar hak atas kebebasan berekspresi Karataş.

5.4.2.5. Kasus *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*⁴⁸²

Kasus ini bermula ketika perusahaan penerbit (*publishing house*) milik Mehemet Selim Okçuoğlu menerbitkan buku karya Fikret Başkaya, seorang professor di bidang ekonomi dan jurnalis, yang berjudul "*Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma-*

⁴⁸² Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*, (Applications nos. 23536/94 and 24408/94), 8 Juli 1999.

Paradigmanın İflası/Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş (Westernisation, Modernisation, Development – Collapse of a Paradigm/An Introduction to the Critique of the Official Ideology)". Salah satu bagian buku tersebut membahas dampak dari masalah-masalah warga Kurdish pada perang kemerdekaan nasional Turki tahun 1919-1922, masalah kolonisasi wilayah Kurdistan, dan kebijakan rasial yang terjadi pada warga Kurdish. Atas hal tersebut, pengadilan domestik Turki menghukum Başkaya dan Okçuoğlu⁴⁸³ karena telah mengidentifikasi wilayah tertentu dari Republik Turki sebagai "Kurdistan" dan menyatakan Republik Turki telah menentukan wilayah tersebut sebagai "jajahan (*colony*)", yang dinilai sebagai bentuk "penyebarluasan propaganda yang menentang keutuhan Negara", yang dilarang dalam Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*.

Di Pengadilan HAM Eropa, Başkaya dan Okçuoğlu pada intinya menyatakan bahwa hukuman tersebut melanggar hak-hak mereka, salah satunya adalah hak atas kebebasan berekspresi, dan dijatuhkan secara tidak proporsional.⁴⁸⁴ Di sisi lain, pemerintah Turki pada intinya berpendapat bahwa hukuman tersebut telah sesuai dengan prinsip pembatasan hak atas kebebasan berekspresi karena telah diatur dalam hukum nasional, yaitu Pasal 6 dan 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*, yang dibentuk untuk melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), dijatuhkan untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut, dan telah proporsional.⁴⁸⁵ Atas argumen-argumen tersebut, Pengadilan HAM Eropa pada intinya berpendapat bahwa:

- Hukuman tersebut merupakan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi Başkaya dan Okçuoğlu;

⁴⁸³ Pada awalnya, Başkaya dihukum penjara selama 2 tahun dan denda sebesar 50.000.000 Lira Turki dan Okçuoğlu dihukum penjara selama 6 bulan dan denda sebesar 50.000.000 Lira Turki. Namun, dengan mempertimbangkan perilaku baik selama persidangan, pengadilan domestik Turki mengurangi hukuman Başkaya menjadi penjara selama 1 tahun 8 bulan dan denda sebesar 41.666.666 Lira Turki serta hukuman Okçuoğlu menjadi 5 bulan penjara dan denda sebesar 41.666.666 Lira Turki.

⁴⁸⁴ Başkaya dan Okçuoğlu menyatakan bahwa buku tersebut berisi analisis akademis, dan pendapat pribadi penulis tentang masalah-masalah warga Kurdi dan disajikan dalam istilah yang relatif moderat tanpa mengaitkan diri penulis dengan penggunaan kekerasan dalam konteks perjuangan separatis Kurdi. Hukuman tersebut dinilai sebagai ancaman yang berpotensi membuat mereka atau orang lain enggan mengungkapkan atau menerbitkan ide-ide serupa di masa depan. Selain itu, Başkaya dan Okçuoğlu menyatakan bahwa proses peradilan bukanlah forum yang tepat untuk membahas kajian-kajian ilmiah yang diterbitkan dalam sebuah buku, yang lebih baik diserahkan kepada para intelektual, akademisi atau pembaca pada umumnya. Başkaya dan Okçuoğlu juga berpandangan bahwa mereka telah dihukum karena menerbitkan sebuah penelitian yang tidak mencerminkan "ideologi resmi" Negara, tetapi pendapat dan upaya penulis untuk mengungkap kebenaran tentang materi yang dibahas dalam buku tersebut.

⁴⁸⁵ Pemerintah Turki menyatakan bahwa bagian dari buku tersebut yang menggambarkan Turki sebagai kekuatan kolonialisme yang menindas Kurdistan mengesankan bahwa penulis berusaha untuk membenarkan aksi terorisme oleh PKK yang bertujuan untuk menciptakan sebuah Negara baru di wilayah Turki. Dengan kata lain, dengan memberikan dukungan moral bagi kampanye teror PKK, buku tersebut dapat dipandang sebagai tindakan "menghasut untuk melakukan kekerasan". Pemerintah Turki juga menyatakan bahwa hukuman tersebut telah mencapai keseimbangan yang adil antara hak kebebasan berekspresi dan hak masyarakat untuk dilindungi dari tindakan kelompok bersenjata, sehingga hukuman tersebut sudah proporsional karena sesuai dengan "*margin of appreciation*".

- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat *"prescribed by law"* karena telah didasari pada aturan hukum nasional, yaitu Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat *"legitimate aim"* karena aturan yang menjadi dasar hukuman tersebut dibentuk dengan tujuan melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, kesatuan bangsa, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), serta hukuman kepada Başkaya dan Okçuoğlu merupakan pembatasan hak untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut;
- Hukuman tersebut tidak memenuhi syarat *"necessary in democratic society"* dengan alasan-alasan sebagai berikut:
 - Walaupun bagian-bagian dari buku yang dipermasalahkan berisi pernyataan dengan kata-kata yang kuat yang dapat dilihat sebagai ekspresi dukungan untuk separatisme Kurdi, pandangan-pandangan tersebut tidak dapat dikatakan "menghasut untuk melakukan kekerasan" dan tidak dapat pula ditafsirkan sebagai "pemicu untuk melakukan kekerasan";
 - Pengadilan domestik gagal memberikan perhatian yang memadai terhadap kebebasan berekspresi akademis dan hak publik untuk mengetahui perspektif berbeda tentang situasi di wilayah tenggara Turki, terlepas dari tidak menyenangkannya perspektif itu bagi pihak yang berwenang;
 - Alasan dalam menghukum Başkaya dan Okçuoğlu tidak memadai (*sufficient*) sebagai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi, walaupun relevan dengan pembatasan tersebut.

Atas pertimbangan-pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa hukuman tersebut merupakan pembatasan yang tidak sah sehingga melanggar hak atas kebebasan berekspresi Başkaya dan Okçuoğlu.

5.4.2.6. Kasus *Maraşlı v. Turkey*⁴⁸⁶

Kasus ini bermula ketika Recep Maraşlı menulis artikel berjudul *"Kurdistan: will it become a common colony of Europe?"* pada surat kabar mingguan di Istanbul, "Newroz". Artikel tersebut pada intinya berisi penilaian kritis tentang kemungkinan perkembangan politik terkait masalah integrasi Turki ke dalam Uni Eropa dapat berpengaruh pada permasalahan warga Kurdi. Pengadilan domestik Turki menghukum Maraşlı⁴⁸⁷ karena penggunaan kata "Kurdistan" dalam artikel tersebut untuk mengidentifikasi wilayah tertentu dari Republik Turki merupakan bentuk propaganda kelompok separatis, sehingga artikel tersebut dinilai sebagai bentuk

⁴⁸⁶ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Maraşlı v. Turkey*, (Application No. 40077/98), 9 November 2004.

⁴⁸⁷ Pengadilan domestik Turki menghukum Maraşlı dengan penjara selama 1 tahun 8 bulan 10 hari dan denda sebesar 111.111.111 Lira Turki (setara dengan 847 Euro), yang dibayar secara bertahap selama 12 bulan.

“penyebarluasan propaganda yang menentang keutuhan Negara” yang dilarang dalam Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*.

Sama dengan kasus-kasus lainnya terkait masalah warga Kurdish, di Pengadilan HAM Eropa, Maraşlı pada intinya menyatakan bahwa hukuman tersebut melanggar hak-haknya, salah satunya adalah hak atas kebebasan berekspresi, sedangkan pemerintah Turki pada intinya bahwa hukuman tersebut telah sesuai dengan prinsip pembatasan hak atas kebebasan berekspresi. Pengadilan HAM Eropa pada intinya berpendapat bahwa:

- Hukuman tersebut merupakan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi Maraşlı;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat “*prescribed by law*” karena telah didasari pada aturan hukum nasional, yaitu Pasal 8 *the Prevention of Terrorism Act 1991*;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat “*legitimate aim*” karena aturan yang menjadi dasar hukuman tersebut dibentuk dengan tujuan melindungi keutuhan wilayah (territorial);
- Hukuman tersebut tidak memenuhi syarat “*necessary in democratic society*” dengan alasan-alasan sebagai berikut:
 - Pengadilan domestik Turki tidak memberikan pertimbangan yang memadai sebagai pembenaran dalam membatasi hak kebebasan berekspresi Maraşlı melalui hukuman yang dijatuhkan;
 - Walaupun bagian-bagian tertentu dari artikel tersebut melukiskan gambaran yang sangat negatif tentang Negara Turki dan dengan demikian memberikan narasi yang bernada permusuhan, artikel tersebut tidak mendorong terjadinya kekerasan, perlawanan bersenjata, atau pemberontakan, serta bukan merupakan suatu ujaran kebencian;
 - Adanya dorongan atau ajakan untuk melakukan kekerasan, perlawanan bersenjata, atau pemberontakan, serta adanya ujaran kebencian merupakan pertimbangan penting dalam menilai syarat “*necessary in democratic society*” dalam pembatasan hak kebebasan berekspresi.

Atas pertimbangan-pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa hukuman tersebut merupakan pembatasan yang tidak sah sehingga melanggar hak atas kebebasan berekspresi Maraşlı.

5.4.2.7. Kasus *Dmitriyevskiy v. Russia*⁴⁸⁸

Kasus ini bermula ketika Stanislav Mikhaylovich Dmitriyevskiy selaku Kepala Editor terbitan bulanan “*Pravo-Zashchita (Protection of Rights)*” mengambil 2 (dua)

⁴⁸⁸ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Dmitriyevskiy v. Russia*, (Application no. 42168/06), 3 Oktober 2017.

artikel dari internet, yang berisi tulisan Akhmed Zakayev (Wakil Perdana Menteri Pemerintahan Republik Chechnya Ichkeria) kepada masyarakat Rusia dan tulisan Aslan Mashkadov (Presiden Republik Chechnya Ichkeria 1997-2005) kepada parlemen Uni Eropa, yang kemudian diterbitkan dalam terbitan tersebut. Tulisan-tulisan tersebut berisi tentang penderitaan-penderitaan masyarakat Republik Chechnya Ichkeria akibat tindakan pemerintah Rusia, termasuk dideportasinya masyarakat Republik Chechnya Ichkeria ke daerah Asia Tengah dan Kazakhstan oleh Stalin tahun 1944, dan seruan kepada masyarakat Rusia untuk berperan dalam menghentikan penderitaan masyarakat Republik Chechnya Ichkeria dengan tidak memilih kembali Presiden Vladimir Putin. Atas hal tersebut, pengadilan domestik Rusia menghukum Dmitriyevskiy karena dinilai telah melakukan “tindakan yang bertujuan menghasut kebencian dan permusuhan serta merendahkan martabat individu atau kelompok individu berdasarkan etnis, suku, sikap terhadap agama, dan keanggotaan suatu kelompok sosial, melalui media massa”, yang dilarang berdasarkan Pasal 282 Ayat (2) KUHP Rusia.

Di pengadilan HAM Eropa, Dmitriyevskiy pada intinya menyatakan bahwa hukuman tersebut melanggar hak-haknya, salah satunya adalah hak atas kebebasan berekspresi.⁴⁸⁹ Pemerintah Rusia pada intinya berpendapat bahwa hukuman tersebut telah sesuai dengan prinsip pembatasan hak atas kebebasan berekspresi karena telah diatur dalam hukum nasional, yaitu Pasal 282 Ayat (2) KUHP Rusia, yang dibentuk untuk melindungi hak dan kepentingan populasi multinasional Rusia, menjaga ketertiban umum, dan mencegah kemungkinan tindakan melanggar hukum, serta telah proporsional.⁴⁹⁰ Atas argumen-argumen tersebut, Pengadilan HAM Eropa pada intinya berpendapat bahwa:

⁴⁸⁹ Dmitriyevskiy menyatakan bahwa hukuman tersebut tidak memenuhi syarat “*prescribe by law*” karena merupakan hasil penerapan Pasal 282 Ayat (1) KUHP Rusia yang tidak tepat. Hal ini dikarenakan ia menilai pengadilan tidak menunjukkan hubungan perbuatannya dengan pasal yang digunakan karena tidak menentukan “kelompok” mana yang dilindungi oleh pasal tersebut serta tidak menjelaskan perbuatan mana yang dinilai sebagai “tindakan yang bertujuan menghasut kebencian dan permusuhan serta merendahkan martabat”. Terlebih, tidak terdapat satu saksi pun yang menganggap dirinya terhina atas artikel-artikel tersebut berdasarkan ras, asal etnis, atau keanggotaannya dalam suatu kelompok sosial. Ia juga menyatakan bahwa hukuman tersebut tidak ditujukan untuk pembatasan yang sah dengan alasan bahwa hukuman tersebut dijatuhkan karena dirinya menerbitkan artikel yang sangat kritis terhadap politisi ternama di Rusia, termasuk Presiden dan kelompok politiknya, dan mencegah dirinya untuk menggunakan haknya untuk kebebasan berekspresi. Selain itu, Dmitriyevskiy menyatakan bahwa hukuman tersebut tidak proporsional karena perlindungan hak kebebasan berekspresi termasuk pula informasi dan ide-ide yang mengejutkan, menyerang, dan mengganggu, dan mereka yang dikritik harus mentolerir dan menerima ide-ide tersebut, bahkan jika mereka bertentangan dengan pandangan politik, kegiatan, keyakinan dan sebagainya.

⁴⁹⁰ Pemerintah Rusia menyatakan bahwa artikel-artikel tersebut telah menghasut kebencian dan permusuhan serta merendahkan martabat individu atau kelompok individu berdasarkan etnis, suku, sikap terhadap agama, dan keanggotaan suatu kelompok sosial dan Dmitriyevskiy mempublikasikan artikel-artikel tersebut dengan kewenangannya sebagai pimpinan editor. Pemerintah Rusia juga menyatakan bahwa hukuman tersebut diperlukan dalam masyarakat demokratis dan mengejar tujuan yang sah untuk “melindungi hak dan kepentingan populasi multinasional Rusia, menjaga ketertiban umum dan mencegah kemungkinan tindakan melanggar hukum” yang mungkin dipicu oleh artikel-artikel tersebut, terlebih dengan mempertimbangkan situasi dan sensitivitas hubungan Rusia dan Republik Chechnya Ichkeria.

- Hukuman tersebut merupakan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi Dmitriyevskiy;
- Untuk memenuhi syarat "*prescribe by law*", ketentuan hukum yang digunakan sebagai pembatasan tidak hanya harus diatur dalam hukum nasional, tetapi juga harus memenuhi kualitas tertentu, seperti:
 - Harus dapat diakses oleh publik dan dapat diperkirakan dampaknya, yang dirumuskan dengan cukup presisi agar memungkinkan orang-orang mengetahui tindakan yang diatur beserta konsekuensinya;
 - Apabila ketentuan tersebut harus dirumuskan secara umum agar dapat mengikuti perkembangan zaman dan penerapannya diserahkan pada praktik, maka kualitas hukum tercapai jika ketentuan tersebut ditafsirkan dan diterapkan secara ketat dan konsisten oleh pengadilan domestik.
- Walaupun pengadilan domestik dan pemerintah Rusia tidak merujuk hukuman tersebut pada praktik peradilan yang menafsirkan cakupan Pasal 282 Ayat (2) KUHP Rusia, termasuk tindakan apa yang dapat dihukum dengan pasal tersebut, Pengadilan HAM Eropa menilai bahwa hukuman tersebut **mungkin** telah memenuhi syarat "*prescribed by law*" karena telah didasari pada aturan hukum nasional, yaitu Pasal 282 Ayat (2) KUHP Rusia;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat "*legitimate aim*" karena aturan yang menjadi dasar hukuman tersebut dibentuk dengan tujuan melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), serta hukuman kepada Dmitriyevskiy merupakan pembatasan hak untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut, terlebih dengan situasi keamanan di Republik Chechnya Ichkeria;
- Hukuman tersebut tidak memenuhi syarat "*necessary in democratic society*" dengan alasan-alasan sebagai berikut:
 - Secara keseluruhan, artikel-artikel tersebut tidak dapat dianggap sebagai ajakan untuk menggunakan kekerasan, atau mendorong dilakukannya kekerasan dengan mengobarkan emosi, prasangka yang tertanam, atau kebencian yang irasional. Artikel tersebut dipandang sebagai kritik terhadap Pemerintah Rusia dan tindakan mereka di Republik Chechnya Ichkeria;
 - Walaupun berisi pernyataan yang sangat kritis terhadap tindakan Rusia di Republik Chechnya Ichkeria, artikel-artikel tersebut tidak menyerukan perlawanan bersenjata atau penggunaan kekuatan bersenjata sebagai sarana untuk mencapai kemerdekaan nasional bagi Republik Chechnya Ichkeria atau untuk menggunakan serangan teroris;
 - Artikel-artikel tersebut tidak memberi pesan kepada pembaca bahwa jalan kekerasan adalah tindakan pembelaan diri yang diperlukan dan dibenarkan dalam menghadapi penyerang;
 - Artikel-artikel tersebut diragukan memiliki dampak berbahaya untuk merusak integritas teritorial karena hanya diterbitkan di wilayah tertentu yang peredarannya terbatas, sehingga secara signifikan mengurangi

potensi timbulnya dampak terhadap keamanan nasional, keselamatan publik, atau ketertiban umum.

Atas pertimbangan-pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa hukuman tersebut merupakan pembatasan yang tidak sah sehingga melanggar hak atas kebebasan berekspresi Dmitriyevskiy.

5.4.2.8. Kasus *Stomakhin v. Russia*⁴⁹¹

Kasus ini bermula ketika terbitan bulanan, *Radikalnaya Politika* ("*Radical Politics*"), menerbitkan beberapa artikel yang mengkritik tindakan-tindakan pemerintah Rusia di bawah pemerintahan Presiden Vladimir Putin di wilayah Republik Chechnya Ichkeria yang menimbulkan penderitaan-penderitaan bagi penduduk wilayah tersebut dan meninggalnya beberapa tokoh penting Republik Chechnya Ichkeria. Atas artikel-artikel tersebut, Pengadilan domestik Rusia menghukum pemilik dan editor *Radikalnaya Politika*, Boris Vladimirovich Stomakhin,⁴⁹² karena artikel-artikel tersebut dianggap telah "secara terbuka menyerukan kegiatan ekstremis melalui media massa" (Pasal 280 Ayat (2) KUHP Rusia) dan telah melakukan "tindakan yang bertujuan menghasut kebencian dan permusuhan serta merendahkan martabat individu atau kelompok individu berdasarkan etnis, suku, sikap terhadap agama, dan keanggotaan suatu kelompok sosial, melalui media massa" (Pasal 282 Ayat (1) KUHP Rusia). Hal ini dikarenakan artikel-artikel tersebut:

- Menggunakan kata-kata dan ekspresi yang bertujuan untuk menciptakan opini publik yang membenarkan kekerasan-kekerasan yang dilakukan oleh pasukan Republik Chechnya Ichkeria, termasuk kepada pasukan Rusia;
- Menggunakan bahasa yang menghina Rusia sebagai Negara, rezim politik di negara tersebut, serta angkatan bersenjata Rusia; dan
- Menyebut tindakan Rusia di Republik Chechnya sebagai penjajahan (agresi) dan telah menganggap Angkatan Darat Rusia sebagai kekuatan penjajah.

Di pengadilan HAM Eropa, Stomakhin pada intinya menyatakan bahwa hukuman tersebut melanggar hak-haknya, salah satunya adalah hak atas kebebasan berekspresi, dan tidak proporsional.⁴⁹³ Pemerintah Rusia pada intinya berpendapat bahwa hukuman tersebut telah sesuai dengan prinsip pembatasan hak atas kebebasan berekspresi karena telah diatur dalam hukum nasional, yaitu Pasal 280 Ayat (2) dan 282 Ayat (1) KUHP Rusia, yang dibentuk untuk melindungi kepentingan

⁴⁹¹ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Stomakhin v. Russia*, (Application no. 52273/07), 9 Mei 2018.

⁴⁹² Pengadilan domestik Rusia menghukum Stomakhin dengan pidana penjara selama 5 (lima) tahun dan melarang Stomakhin berpraktik sebagai jurnalis selama 3 (tiga) tahun.

⁴⁹³ Stomakhin menyatakan bahwa hukuman tersebut tidak proporsional karena terbitan miliknya hanya ia cetak sendiri dan diedarkan secara terbatas, sehingga artikel-artikel tersebut tidak menimbulkan bahaya bagi publik dan seharusnya tidak menimbulkan hukuman yang begitu berat bagi dirinya.

negara seperti keutuhan teritorial, keamanan nasional, dan ketertiban umum, dijatuhkan untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut, dan telah proporsional.⁴⁹⁴ Atas argumen-argumen tersebut, Pengadilan HAM Eropa pada intinya berpendapat bahwa:

- Hukuman tersebut merupakan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi Stomakhin;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat "*prescribed by law*" karena telah didasari pada aturan hukum nasional, yaitu Pasal 280 Ayat (2) dan 282 Ayat (2) KUHP Rusia;
- Hukuman tersebut telah memenuhi syarat "*legitimate aim*" karena aturan yang menjadi dasar hukuman tersebut dibentuk dengan tujuan melindungi kepentingan negara seperti keutuhan teritorial, keamanan nasional, dan mencegah kejahatan dan kekacauan (*disorder*), serta hukuman kepada Stomakhin merupakan pembatasan hak untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut, terlebih dengan situasi keamanan di Republik Chechnya Ichkeria;
- Hukuman tersebut tidak memenuhi syarat "*necessary in democratic society*" dengan alasan-alasan sebagai berikut:
 - Untuk memenuhi syarat "*necessary in democratic society*", pemerintah harus menunjukkan alasan yang "relevan dan memadai" bahwa pembatasan dilakukan karena adanya "kebutuhan yang mendesak (*pressing social need*)" **dan** diterapkan secara proporsional untuk mencapai tujuan pembatasan yang sah;
 - Pemerintah Rusia telah menunjukkan alasan yang "relevan dan memadai" terkait adanya *pressing social need* dalam penjatuhan hukuman tersebut karena beberapa artikel tersebut mempromosikan, membenarkan, serta mengagungkan terorisme dan kekerasan dengan cara:
 - ▶ Mengkomunikasikan kepada pembaca tentang gagasan bahwa tindakan kekerasan dan terorisme diperlukan sebagai tindakan pembelaan diri yang dibenarkan dalam menghadapi penyerang; dan
 - ▶ Menyetujui tindakan kekerasan dan terorisme sebagai bentuk perjuangan atau secara terbuka memuji serangan teroris yang telah membunuh puluhan warga sipil.
 - Faktor penting dalam menilai proporsionalitas suatu pembatasan hak kebebasan berekspresi adalah dampak potensial dari jenis media yang digunakan ekspresi tersebut. Dalam hal ini, hukuman tersebut dinilai tidak proporsional karena terbitan yang memuat artikel-artikel tersebut dicetak sendiri oleh Stomakhin dalam jumlah yang sangat sedikit dan diedarkan hanya kepada pihak-pihak tertentu, sehingga dampaknya dinilai tidak signifikan dan mengurangi dampak potensial dari artikel-artikel tersebut

⁴⁹⁴ Pemerintah Rusia menyatakan bahwa artikel-artikel tersebut berisi seruan publik untuk melakukan tindakan ekstremis dan jelas-jelas bertujuan untuk menimbulkan kebencian, permusuhan, dan penghinaan terhadap harkat dan martabat manusia seseorang atau sekelompok orang atas dasar suku bangsa, sikap terhadap agama, dan keanggotaan suatu kelompok sosial.

terhadap hak-hak orang lain, keamanan nasional, keamanan publik, atau ketertiban umum.

Atas pertimbangan-pertimbangan tersebut, Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa hukuman tersebut merupakan pembatasan yang tidak sah sehingga melanggar hak atas kebebasan berekspresi Stomakhin.

Dari jbaran kasus-kasus di atas, dapat disimpulkan beberapa hal terkait pembatasan hak kebebasan berekspresi menurut praktik di Pengadilan HAM Eropa, khususnya apabila dikaitkan dengan alasan “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”, antara lain:

- Untuk memenuhi syarat “*prescribe by law*”, maka pembatasan hak kebebasan berekspresi harus memenuhi kondisi-kondisi sebagai berikut:
 - Diatur dalam ketentuan hukum nasional;
 - Ketentuan hukum nasional tersebut harus dapat diakses oleh publik;
 - Ketentuan hukum nasional tersebut harus dirumuskan dengan cukup presisi agar memungkinkan orang-orang mengetahui tindakan yang diatur beserta konsekuensinya;
 - Apabila ketentuan tersebut harus dirumuskan secara umum agar dapat mengikuti perkembangan zaman dan penerapannya diserahkan pada praktik, maka ketentuan tersebut ditafsirkan dan diterapkan secara ketat serta konsisten oleh pengadilan domestik;
- Untuk memenuhi syarat “*legitimate aim*” berupa “melindungi keamanan nasional (*to protect legitimate national security interest*)”, maka:
 - Pembentukan ketentuan hukum nasional yang digunakan sebagai pembatasan harus ditujukan untuk “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”;
 - Penggunaan ketentuan hukum nasional tersebut harus dimaksudkan untuk mencapai tujuan pembentukannya, yaitu untuk “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”;
- Untuk memenuhi syarat “*necessary in a democratic society*”, maka:
 - Ekspresi yang dibatasi harus bersifat membahayakan “keamanan nasional”, termasuk “keutuhan wilayah teritorial”;
 - Pembatasan harus dilakukan berdasarkan alasan yang “relevan dan memadai” terkait adanya “kebutuhan yang mendesak (*pressing social need*)” **dan** diterapkan secara proporsional untuk “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”. Terkait hal tersebut, berlaku ketentuan-ketentuan sebagai berikut:
 - ▶ “Kebutuhan yang mendesak” atau *pressing social need* dianggap “relevan dan memadai” apabila ekspresi tersebut berisi dorongan, ajakan, atau hasutan untuk melakukan kekerasan, perlawanan bersenjata, atau pemberontakan, termasuk sebagai bentuk pembelaan diri, dan/atau

ekspresi tersebut mengandung ujaran kebencian;

- ▶ Apabila ekspresi tersebut tidak mengandung dorongan, ajakan, hasutan, atau ujaran kebencian tersebut, walaupun menggunakan kata-kata atau gambaran yang bersifat menyerang, maka tidak terdapat alasan yang “relevan dan memadai” untuk menunjukkan adanya “kebutuhan yang mendesak” dan ekspresi tersebut tidak dapat dibatasi. Dengan kata lain, apabila telah terdapat pembatasan terhadap ekspresi tersebut, termasuk dengan suatu hukuman, maka pembatasan tersebut merupakan pembatasan yang tidak sah;
- ▶ Salah satu penilaian atas proporsionalitas pembatasan hak kebebasan berekspresi adalah jenis media atau cara yang digunakan untuk menyampaikan ekspresi tersebut beserta potensi dampak penggunaan media tersebut terhadap “keamanan nasional”, termasuk “keutuhan wilayah teritorial”;
- ▶ Apabila ekspresi tersebut menggunakan suatu media atau cara tertentu yang dinilai tidak signifikan sehingga mengurangi potensi timbulnya dampak terhadap “keamanan nasional”, termasuk “keutuhan wilayah teritorial”, seperti dilakukan di suatu tempat tertentu atau pada media yang peredarannya terbatas, maka pembatasan terhadap ekspresi tersebut tidak proporsional untuk tujuan “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”. Dengan kata lain, apabila telah terdapat pembatasan terhadap ekspresi tersebut, termasuk dengan suatu hukuman, maka pembatasan tersebut merupakan pembatasan yang tidak sah;
 - Pembatasan tersebut tidak menghilangkan hak publik untuk mengetahui perspektif berbeda tentang situasi, kondisi, atau kebijakan tertentu, terlepas dari tidak menyenangkannya perspektif itu bagi pihak yang berwenang;
- Perlindungan atas hak kebebasan berekspresi tidak hanya terkait substansi gagasan dan informasi yang diungkapkan, tetapi juga bentuk penyampaian ekspresi tersebut, misalnya melalui tulisan, buku, ekspresi artistik seperti puisi, dll.

5.4.3. Ekspresi politik dalam hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*)

Selain dikaitkan dengan hak kebebasan berekspresi, pembahasan mengenai ekspresi politik harus pula dikaitkan dengan hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*) yang diatur dalam Pasal 21 KIHSP. Pada dasarnya, ketentuan tersebut tidak menjabarkan secara rinci mengenai ruang lingkup perlindungan hak atas kebebasan berkumpul secara damai. Penjabaran rinci tersebut kemudian diatur dalam Komentar Umum No. 37 KIHSP yang khusus membahas hak atas kebebasan berkumpul secara damai. Selain itu,

terdapat pula beberapa putusan Pengadilan HAM Eropa yang membahas masalah-masalah terkait penerapan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dalam praktik. Untuk itu, bagian ini akan menjabarkan hak atas kebebasan berkumpul secara damai, khususnya yang terkait dengan pelaksanaan ekspresi politik dalam sebuah *assembly*, menurut Komentar Umum No. 37 KIHSP dan putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa tersebut.

Secara prinsip, Komentar Umum No. 37 KIHSP mengatur bahwa hak atas kebebasan berkumpul secara damai hanya melindungi pertemuan yang tidak mengandung kekerasan (*non-violent gathering*) oleh orang-orang dalam pertemuan tersebut.⁴⁹⁵ Hal ini senada dengan beberapa putusan Pengadilan HAM Eropa yang menyebutkan bahwa hak atas kebebasan berkumpul secara damai hanya melindungi “perkumpulan atau pertemuan yang damai/*peaceful assembly*” dan tidak mencakup pertemuan, misalnya demonstrasi, di mana penyelenggara dan peserta pertemuan tersebut memiliki niat untuk melakukan kekerasan.⁴⁹⁶ Pengadilan HAM Eropa menambahkan bahwa jaminan perlindungan hak atas kebebasan berkumpul secara damai berlaku untuk semua pertemuan/perkumpulan, kecuali penyelenggara dan peserta pertemuan/perkumpulan tersebut memiliki niat untuk melakukan kekerasan, menghasut untuk melakukan kekerasan, atau menolak nilai-nilai dasar masyarakat demokratis.⁴⁹⁷

Komentar Umum No. 37 KIHSP kemudian menjelaskan bahwa diperlukan 2 (dua) tahap pemeriksaan untuk menentukan apakah partisipasi seseorang dalam suatu pertemuan/perkumpulan dilindungi oleh hak atas kebebasan berkumpul secara damai, yaitu menentukan apakah pertemuan/perkumpulan yang diikuti memiliki sifat “damai” (*peaceful assembly*) dan menentukan apakah terdapat pembatasan yang dapat diterapkan pada pertemuan/perkumpulan tersebut atau apakah pembatasan yang dilakukan merupakan pembatasan yang sah.⁴⁹⁸ Adapun jabaran dari masing-masing pemeriksaan tersebut adalah sebagai berikut:

5.4.3.1. Syarat suatu pertemuan/perkumpulan disebut sebagai “peaceful assembly”

Komentar Umum No. 37 KIHSP menjelaskan syarat tersebut dengan menjabarkan konsep pertemuan/perkumpulan yang dapat disebut sebagai “*assembly*” dan “*peaceful*”. Konsep “*assembly*” adalah pertemuan yang melibatkan lebih dari 1 (satu)

⁴⁹⁵ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 37 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 4.

⁴⁹⁶ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, (Applications nos. 29221/95 and 29225/95), 2 Oktober 2001, par. 77; *Navalnyy v. Russia*, (Applications nos. 29580/12 and 4 others), 15 November 2018, par. 98; dan *Primov and Others v. Russia*, (Application no. 17391/06), 12 June 2014, par. 155.

⁴⁹⁷ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Navalnyy v. Russia...*, *Op. Cit.*, par. 9

⁴⁹⁸ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 37 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 11.

orang, baik bersifat pertemuan fisik, maupun secara virtual (*online*), dengan tujuan untuk mengekspresikan diri, menyampaikan posisi pada masalah tertentu, atau bertukar ide.⁴⁹⁹ Selain pertemuan yang terencana, konsep ini juga melindungi pertemuan yang spontan sebagai respon dari sebuah peristiwa, termasuk pertemuan yang mengekspresikan hal yang berlawanan dengan pertemuan lainnya di waktu dan tempat yang sama (*counter-assemblies*).⁵⁰⁰

Sedangkan, konsep "*peaceful*" adalah pertemuan/perkumpulan yang tidak melibatkan tindakan kekerasan berupa penggunaan kekuatan fisik oleh peserta terhadap orang lain yang dapat menyebabkan luka/cidera, kematian, atau kerusakan serius pada properti⁵⁰¹, walaupun pertemuan tersebut tidak memenuhi syarat-syarat diadakannya suatu pertemuan menurut hukum nasional.⁵⁰² Untuk menentukan bahwa suatu pertemuan/perkumpulan tidak bersifat "*peaceful*", maka kekerasan tersebut harus berasal dari peserta pertemuan/perkumpulan tersebut. Adanya tindakan kekerasan yang dilakukan oleh provokator yang bertindak atas nama peserta atau pihak yang berwenang kepada peserta tidak otomatis membuat pertemuan/perkumpulan tersebut dianggap tidak "*peaceful*".⁵⁰³ ARTICLE 19 menyampaikan bahwa konsep "*peaceful*" mencakup demonstrasi yang bertujuan damai, namun mengarah pada kekerasan atau kekacauan yang dilakukan oleh pihak lain.⁵⁰⁴ Terkait hal tersebut, Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa ketika peserta pertemuan/perkumpulan terlibat aksi kekerasan dengan pihak yang berwenang, diperlukan pemeriksaan tertentu untuk mengetahui pihak yang memulai kekerasan tersebut⁵⁰⁵ guna menentukan apakah pertemuan/perkumpulan tersebut dapat disebut "*peaceful*".

Komentar Umum No. 37 KIHSP kemudian menambahkan bahwa tindakan kekerasan yang dilakukan oleh beberapa peserta dalam suatu pertemuan/perkumpulan tidak boleh dikaitkan dengan peserta lain, penyelenggara, atau pertemuan/perkumpulan itu sendiri.⁵⁰⁶ ARTICLE 19 menjelaskan bahwa seorang peserta suatu pertemuan/perkumpulan dapat terus menikmati hak untuk berkumpul secara damai jika ia

⁴⁹⁹ *Ibid.*, par. 12 dan 13.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, par. 14.

⁵⁰¹ *Ibid.*, par. 15.

⁵⁰² *Ibid.*, par. 16.

⁵⁰³ *Ibid.*, par. 18.

⁵⁰⁴ ARTICLE 19, *The ARTICLE 19 Freedom of Expression Handbook: International and Comparative Law, Standards and Procedures*, (London: ARTICLE 19, 1993), hal. 96

⁵⁰⁵ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Primov and Others v. Russia...*, *Op. Cit.*, par. 157. Dalam perkara ini, Pengadilan HAM Eropa berkesimpulan bahwa tindakan kekerasan dimulai oleh peserta demonstrasi dengan melempar batu ke arah petugas Kepolisian dan menyerang mereka dengan batang besi, kayu, tongkat dan pisau yang menyebabkan terlukanya beberapa orang petugas Kepolisian. Dengan fakta tersebut, Pengadilan HAM Eropa memutuskan bahwa penggunaan senjata api oleh petugas polisi sebagai reaksi dari serangan peserta demonstrasi tidak melanggar hak atas kebebasan berkumpul secara damai. Lihat par. 158, 159, dan 163.

⁵⁰⁶ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 37 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 17.

tetap damai meskipun peserta lainnya terlibat dalam kekerasan atau tindakan lain yang dapat dihukum.⁵⁰⁷ Hal ini senada dengan putusan Pengadilan HAM Eropa yang menyatakan bahwa seorang peserta suatu pertemuan/perkumpulan tidak berhenti menikmati hak untuk berkumpul secara damai sebagai akibat dari kekerasan atau tindakan lain yang dapat dihukum yang dilakukan oleh peserta lain selama demonstrasi, jika peserta tersebut tetap damai (tidak ikut melakukan kekerasan) dalam niat atau perilakunya sendiri.⁵⁰⁸

Konsep tersebut juga berlaku dalam hubungan antara tindakan kekerasan yang dilakukan peserta suatu pertemuan/perkumpulan dengan sifat "*peaceful*" dari pertemuan/perkumpulan tersebut. Komentar Umum No. 37 KIHSP menyebutkan bahwa tindakan kekerasan yang dilakukan oleh peserta suatu pertemuan/perkumpulan tidak serta merta membuat pertemuan/perkumpulan tersebut menjadi tidak "*peaceful*".⁵⁰⁹ Walaupun begitu, apabila kekerasan tersebut secara nyata terjadi secara meluas dalam pertemuan/perkumpulan, maka partisipasi dalam pertemuan/perkumpulan tersebut tidak lagi dilindungi oleh hak atas kebebasan berkumpul secara damai. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa beberapa peserta dalam suatu pertemuan/perkumpulan dapat dianggap tetap memiliki hak atas kebebasan berkumpul secara damai dan pertemuan/perkumpulan tetap dapat dianggap "*peaceful*" walaupun terdapat peserta yang melakukan kekerasan dan tidak lagi memiliki hak tersebut.

Lebih lanjut, Komentar Umum No. 37 KIHSP mengatur bahwa perilaku seorang peserta pertemuan/perkumpulan dapat dianggap sebagai kekerasan apabila pihak yang berwenang dapat memberikan bukti yang dapat dipercaya bahwa:⁵¹⁰

- Peserta tersebut menghasut orang lain untuk menggunakan kekerasan sebelum atau selama pertemuan/perkumpulan berlangsung dan tindakan tersebut berpotensi menyebabkan kekerasan;
- Peserta tersebut memiliki niat untuk melakukan kekerasan dan berencana untuk mewujudkan kekerasan tersebut; atau
- Peserta tersebut melakukan beberapa perbuatan yang dapat membuat kekerasan itu terjadi.

⁵⁰⁷ ARTICLE 19, *The ARTICLE 19 Freedom of Expression Handbook...*, *Loc. Cit.*

⁵⁰⁸ Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Primov and Others v. Russia...*, *Op. Cit.*, par. 155. Dalam perkara ini, Pengadilan HAM Eropa berkesimpulan bahwa para pemohon tidak terlibat dalam peristiwa kekerasan pada tanggal 25 April 2006 di Miskindzha, yang dilakukan oleh peserta lain dalam demonstrasi yang sama. Oleh karena itu, Pengadilan HAM Eropa menentukan bahwa para pemohon tidak dapat dimintai pertanggungjawaban atas peristiwa kekerasan tersebut, walaupun tetap bertanggung jawab untuk peristiwa kekerasan lainnya di mana para pemohon terlibat dalam kekerasan tersebut. Lihat par. 161.

⁵⁰⁹ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 37 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 19.

⁵¹⁰ *Ibid*,

5.4.3.2. Syarat pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai yang sah

Salah satu tujuan pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai menurut Pasal 21 KIHSP adalah diperlukan dalam masyarakat demokratis (*necessary in democratic society*) untuk melindungi keamanan negara/nasional (*national security*). Selain itu, dengan mengacu pada ketentuan-ketentuan terkait hak kebebasan berekspresi, salah satu bentuk pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dengan alasan tersebut adalah penerapan Pasal 104 dan 106 KUHP pada ekspresi politik dalam sebuah *assembly*. Dikarenakan bab ini bertujuan untuk menganalisa pembedaan ekspresi politik dengan Pasal 104 dan 106 KUHP, maka bagian ini hanya akan menjabarkan syarat pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dengan tujuan melindungi keamanan negara/nasional (*national security*).

Komentar Umum No. 37 KIHSP menyebutkan bahwa pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dengan alasan keamanan negara/nasional (*national security*) hanya dapat dilakukan apabila diperlukan untuk menjaga kemampuan Negara dalam melindungi keberadaan bangsa, keutuhan wilayah teritorial, atau kebebasan politik negara dari penggunaan suatu serangan (*force*) atau ancaman serangan yang dapat terlihat secara nyata.⁵¹¹ Ketentuan tersebut juga mengatur bahwa alasan keamanan negara/nasional tidak dapat digunakan apabila memburuknya keamanan negara/nasional itu sendiri disebabkan oleh penindasan hak asasi manusia. Selain itu, Komentar Umum No. 37 KIHSP menegaskan bahwa pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai, termasuk dengan alasan keamanan negara/nasional, tidak dapat digunakan, baik secara implisit, maupun eksplisit, dengan tujuan untuk:⁵¹²

- 1) Membungkam ekspresi pihak yang berseberangan secara politik dengan pemerintah;⁵¹³
- 2) Membungkam seruan terhadap pemerintah, termasuk untuk mengubah pemerintahan yang demokratis, konstitusi, sistem politik, atau untuk

⁵¹¹ *Ibid.*, par. 42. Lihat juga Venice Commission..., *Op. Cit.*, par. 137. "Restrictions on the right to freedom of assembly based on national security should be imposed only to protect the existence of the nation or its territorial integrity or political independence against violence, or the tangible threat of force...".

⁵¹² Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 37 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 49.

⁵¹³ Lihat juga Venice Commission..., *Op. Cit.*, par. 137. "A State responsible for such violations cannot invoke national security as a justification for suppressing political dissent or opposition of any kind...".

menentukan nasib sendiri (*self-determination*);⁵¹⁴

- 3) Melarang penghinaan terhadap kehormatan dan reputasi pejabat atau organ Negara.

Terkait dengan seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*) dalam suatu pertemuan/perkumpulan, Pengadilan HAM Eropa pernah memutuskan terkait hal tersebut dalam kasus *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*.⁵¹⁵ Dalam kasus tersebut, pemerintah Bulgaria melarang pelaksanaan beberapa aksi yang akan dilakukan *The United Macedonian Organisation Ilinden* dengan alasan bahwa aksi tersebut membahayakan keutuhan wilayah teritorial Bulgaria karena berusaha memisahkan wilayah Pirin Macedonia dari teritori Bulgaria. Sedangkan, Boris Stankov selaku pemohon dalam kasus tersebut menyatakan bahwa aksi atau pertemuan tersebut akan dilakukan secara damai "*peaceful*" dengan tujuan untuk memperingati peristiwa sejarah Macedonia.

Dalam pertimbangannya, Pengadilan HAM Eropa menyampaikan bahwa fakta adanya sekelompok orang yang menyerukan otonomi atau bahkan meminta pemisahan sebagian wilayah negara, sehingga menuntut perubahan konstitusional dan teritorial yang mendasar, tidak secara otomatis membenarkan pelarangan aksi atau pertemuan tersebut. Pengadilan HAM Eropa menambahkan bahwa tindakan menuntut perubahan teritorial dalam suatu pernyataan atau demonstrasi tidak secara otomatis menjadi ancaman bagi keutuhan wilayah teritorial dan keamanan nasional negara. Pengadilan HAM Eropa juga menegaskan bahwa dalam masyarakat demokratis berdasarkan supremasi hukum, ide-ide politik yang menentang tatanan yang ada, yang realisasinya di advokasikan dengan cara damai, harus diberikan kesempatan yang tepat untuk berekspresi melalui pelaksanaan hak atas kebebasan berkumpul secara damai serta dengan cara lain yang sah. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa alasan keamanan negara/nasional, khususnya keutuhan wilayah teritorial, tidak dapat menjadi dasar pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dari suatu pertemuan/perkumpulan yang menyerukan/meminta penentuan nasib sendiri (*self-determination*) berupa tuntutan pemisahan sebagian wilayah

⁵¹⁴ Pada dasarnya, penentuan nasib sendiri (*self-determination*) merupakan hak yang dilindungi dalam Pasal 1 ICCPR. Menurut Resolusi Majelis Umum (*General Assembly*) PBB 1541(XV), pelaksanaan hak ini dapat dilakukan dengan 3 (tiga) cara, yaitu menyatakan suatu wilayah sebagai negara berdaulat yang merdeka, suatu wilayah bebas atau tidak memiliki hubungan dengan suatu negara merdeka, atau suatu wilayah bergabung dengan suatu negara merdeka. Pada awalnya, hak untuk menentukan nasib sendiri hanya berlaku pada wilayah negara jajahan. Namun, hak ini kemudian diakui berlaku pula pada negara-negara yang tidak memiliki konteks jajahan, seperti ketika Jerman Barat dan Jerman Timur bersatu pada tahun 1990 dan ketika Yugoslavia berpisah dengan wilayah teritorial Uni Soviet, di mana disebutkan bahwa hal-hal tersebut terjadi karena penerapan hak untuk menentukan nasib sendiri. Lihat Robert McCorquodale, "*Self-Determination: A Human Rights Approach*", dalam *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, no. 4, 1994, hal. 859-861.

⁵¹⁵ Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria...*, *Op. Cit.*, par. 95-97.

negara, sepanjang seruan tersebut disampaikan/di advokasikan secara damai (*peaceful*).

Lebih lanjut, Komentar Umum No. 37 KIHSP menyebutkan bahwa penggunaan bendera, seragam, tanda, dan spanduk dalam sebuah pertemuan/perkumpulan harus dianggap sebagai bentuk ekspresi yang sah dan tidak boleh dibatasi, bahkan apabila simbol tersebut adalah pengingat masa lalu yang menyakitkan.⁵¹⁶ Hal ini senada dengan pertimbangan Pengadilan HAM Eropa dalam kasus *Müdür Duman v. Turkey* yang pada intinya menyatakan bahwa tampilan simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik, seperti bendera, yang mampu mengekspresikan ide atau mewakili pihak yang menggunakan simbol tersebut, merupakan bentuk ekspresi yang sah dan dilindungi.⁵¹⁷ Namun, Komentar Umum No. 37 KIHSP mengatur bahwa penggunaan simbol-simbol tersebut dapat dibatasi apabila simbol-simbol tersebut terkait secara langsung dengan tindakan menghasut orang lain untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan.⁵¹⁸ Dengan demikian, selama simbol-simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik seperti bendera, seragam, tanda, dan spanduk tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan, maka penggunaan simbol-simbol tersebut harus dianggap sebagai ekspresi yang sah dan tidak dapat dibatasi.

Dari jabaran-jabaran tersebut, dapat disimpulkan beberapa hal terkait hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*), khususnya yang berhubungan dengan penggunaan ekspresi politik dalam suatu pertemuan/perkumpulan (*assembly*) dan pembatasan hak tersebut dengan alasan keamanan negara/nasional (*national security*), antara lain:

- Hak atas kebebasan berkumpul secara damai hanya melindungi suatu pertemuan/perkumpulan, termasuk orang-orang di dalamnya, yang damai (*peaceful*) dan tidak mengandung kekerasan (*non-violent gathering*). Perlindungan hak atas kebebasan berkumpul secara damai tidak berlaku apabila penyelenggara dan peserta suatu pertemuan/perkumpulan memiliki niat untuk melakukan kekerasan, menghasut untuk melakukan kekerasan, atau menolak nilai-nilai dasar masyarakat demokratis;
- Terdapat 2 (dua) tahap pemeriksaan untuk menentukan apakah partisipasi seseorang dalam suatu pertemuan/perkumpulan dilindungi oleh hak atas kebebasan berkumpul secara damai, yaitu:
 - Menentukan apakah pertemuan/perkumpulan yang diikuti memiliki sifat "damai" (*peaceful assembly*); dan

⁵¹⁶ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 37 ICCPR...*, *Op. Cit.*, par. 51.

⁵¹⁷ Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Müdür Duman v. Turkey*, (Application no. 15450/03), 6 Oktober 2015

⁵¹⁸ Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 37 ICCPR...*, *Loc. Cit.*

- Menentukan apakah terdapat pembatasan yang dapat diterapkan pada pertemuan/perkumpulan tersebut atau apakah pembatasan yang dilakukan merupakan pembatasan yang sah;
- Penentuan suatu pertemuan/perkumpulan bersifat *peaceful assembly* dilakukan dengan memperhatikan hal-hal sebagai berikut:
 - Untuk dapat dikategorikan sebagai "*assembly*", maka suatu pertemuan/perkumpulan harus melibatkan lebih dari 1 (satu) orang, baik berupa pertemuan fisik, maupun secara virtual (*online*), baik yang terencana, maupun bersifat spontan, dengan tujuan untuk mengekspresikan diri, menyampaikan posisi pada masalah tertentu, atau bertukar ide;
 - Untuk dapat dikategorikan sebagai "*peaceful*", maka suatu pertemuan/perkumpulan tidak boleh melibatkan tindakan kekerasan berupa penggunaan kekuatan fisik oleh peserta terhadap orang lain yang dapat menyebabkan luka/cidera, kematian, atau kerusakan serius pada barang;
 - Dalam hal peserta pertemuan/perkumpulan terlibat aksi kekerasan dengan pihak yang berwenang, pertemuan/perkumpulan tersebut tetap dianggap "*peaceful*" sepanjang kekerasan tersebut tidak berasal dari peserta pertemuan/perkumpulan tersebut. Untuk itu, diperlukan pemeriksaan tertentu untuk mengetahui pihak yang memulai kekerasan tersebut guna menentukan apakah pertemuan/perkumpulan tersebut dapat disebut "*peaceful*";
 - Dalam hal pihak yang berwenang ingin menyatakan bahwa seorang peserta pertemuan/perkumpulan melakukan kekerasan, maka pihak berwenang tersebut harus menunjukkan bukti yang dapat dipercaya bahwa:
 - ▶ Peserta tersebut menghasut orang lain untuk menggunakan kekerasan sebelum atau selama pertemuan/perkumpulan berlangsung dan tindakan tersebut berpotensi menyebabkan kekerasan;
 - ▶ Peserta tersebut memiliki niat untuk melakukan kekerasan dan berencana untuk mewujudkan kekerasan tersebut; atau
 - ▶ Peserta tersebut melakukan beberapa perbuatan yang dapat membuat kekerasan itu terjadi;
 - Dalam hal terdapat tindakan kekerasan dari sebagian peserta dalam suatu pertemuan/perkumpulan, maka:
 - ▶ Tindakan kekerasan tersebut tidak boleh dikaitkan dengan peserta lain, penyelenggara, atau pertemuan/perkumpulan itu sendiri;
 - ▶ Peserta yang tidak ikut melakukan kekerasan dan tetap bersikap damai harus dianggap tetap memiliki hak untuk berkumpul secara damai dan tidak dapat dimintai tanggung jawab atas kekerasan tersebut atau tindakan lain yang dapat dihukum yang dilakukan oleh peserta lain;
 - ▶ Pertemuan/perkumpulan tersebut tidak dapat serta merta dinilai tidak "*peaceful*", kecuali kekerasan tersebut secara nyata terjadi secara

- meluas dalam pertemuan/perkumpulan, sehingga partisipasi dalam pertemuan/perkumpulan tersebut tidak lagi dilindungi oleh hak atas kebebasan berkumpul secara damai;
- Dalam hal tindakan kekerasan tersebut dilakukan oleh provokator yang bertindak atas nama peserta atau pihak yang berwenang kepada peserta, maka pertemuan/perkumpulan tersebut tidak otomatis dianggap tidak "*peaceful*";
 - Penentuan apakah suatu pertemuan/perkumpulan dapat dibatasi, khususnya dengan alasan keamanan negara/nasional, dilakukan dengan memperhatikan hal-hal sebagai berikut:
 - Pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan apabila diperlukan untuk menjaga kemampuan Negara dalam melindungi keberadaan bangsa, keutuhan wilayah teritorial, atau kebebasan politik negara dari penggunaan suatu serangan (*force*) atau ancaman serangan yang dapat terlihat secara nyata;
 - Alasan keamanan negara/nasional tidak dapat digunakan apabila memburuknya keamanan negara/nasional itu sendiri disebabkan oleh penindasan hak asasi manusia;
 - Pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai, termasuk dengan alasan keamanan negara/nasional, tidak dapat digunakan, baik secara implisit, maupun eksplisit, dengan tujuan untuk:
 - ▶ Membungkam ekspresi pihak yang berseberangan secara politik dengan pemerintah;
 - ▶ Membungkam seruan terhadap pemerintah, termasuk untuk mengubah pemerintahan yang demokratis, konstitusi, sistem politik, atau untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*);
 - ▶ Melarang penghinaan terhadap kehormatan dan reputasi pejabat atau organ Negara;
 - Terkait dengan seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*), alasan keamanan negara/nasional, khususnya keutuhan wilayah teritorial, tidak dapat menjadi dasar pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dari suatu pertemuan/perkumpulan yang menyerukan/meminta penentuan nasib sendiri (*self-determination*) berupa tuntutan pemisahan sebagian wilayah negara, sepanjang seruan tersebut disampaikan/diadvokasikan secara damai (*peaceful*);
 - Penggunaan simbol-simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik, seperti bendera, seragam, tanda, dan spanduk, oleh peserta dalam suatu pertemuan/perkumpulan (*assembly*) harus dianggap sebagai ekspresi yang sah dan tidak dapat dibatasi sepanjang tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan.

5.5. Analisis Terhadap Putusan-putusan Dengan Kata “Makar”

Pada bagian sebelumnya telah dijelaskan mengenai konsep tindak pidana “makar” dan ekspresi politik, baik menurut hak atas kebebasan berekspresi (*freedom of expression*), maupun hak atas kebebasan untuk berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*), termasuk ketentuan-ketentuan terkait pembatasan hak-hak tersebut. Selain itu, telah ditegaskan pula bahwa penerapan Pasal 104 dan 106 KUHP merupakan salah satu bentuk pembatasan hak dengan alasan melindungi keamanan negara/nasional (*national security*). Bagian ini akan fokus menganalisis penerapan pasal-pasal tersebut pada ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan pada bab sebelumnya menurut konsep “makar” dalam hukum pidana dan pembatasan hak dengan alasan keamanan negara/nasional menurut ketentuan-ketentuan hak asasi manusia.

Secara umum, Pasal 104 dan 106 KUHP pada dasarnya tidak dapat diterapkan pada ekspresi politik dalam perkara-perkara tersebut karena tidak sesuai dengan konsep “makar” dan tidak memenuhi syarat-syarat pembatasan suatu ekspresi dengan alasan “melindungi keamanan negara/nasional”. Adapun jabaran dari hal tersebut adalah sebagai berikut:

5.5.1. Tidak terdapat serangan/ancaman serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (*force attack*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik pada ekspresi-ekspresi politik yang dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP

Seperti yang dijelaskan sebelumnya, kata “makar” berasal dari kata “*aanslag*” yang mensyaratkan adanya suatu serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Dengan bentuk kesengajaan berupa kesengajaan dengan tujuan (*opzet als oogmerk*), Pasal 104 dan 106 KUHP seharusnya hanya dapat diterapkan apabila terdapat suatu *aanslag* (serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik) yang benar-benar dilakukan dengan tujuan untuk membunuh, merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah (dalam konteks Pasal 104 KUHP) atau supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara (dalam konteks Pasal 106 KUHP). Konsep yang sama berlaku pula untuk perbuatan-perbuatan permulaan pelaksanaan (Pasal 87 KUHP), pemukatan jahat (Pasal 110 Ayat (1) KUHP), dan tindakan persiapan untuk mempermudah (Pasal 110 Ayat (2) KUHP) terjadinya “makar”, yang harus memiliki hubungan langsung dengan terjadinya serangan yang bersifat kekerasan atau paksaan (*force*) atau yang berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik tersebut. Dengan demikian,

konsep penggunaan pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar” mensyaratkan adanya serangan dengan kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, perbuatan-perbuatan berupa permulaan pelaksanaan dan pemufakatan jahat untuk mewujudkan serangan atau tindakan yang dapat mempermudah terjadinya serangan dengan kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik tersebut.

Secara prinsip, konsep tersebut serupa dengan syarat pembatasan hak menurut ketentuan-ketentuan hak asasi manusia. Sebelumnya, komentar Umum No. 34 dan 37 KIHSP serta *Siracusa Principle* telah mengatur bahwa salah satu tujuan yang sah (*legitimate aim*) dari pembatasan hak dengan alasan keamanan negara/nasional adalah melindungi keutuhan wilayah teritorial (*territorial integrity*) negara dari penggunaan serangan atau ancaman serangan. Salah satu syarat pembatasan hak yang diatur dalam ketentuan-ketentuan tersebut adalah *necessary in democratic society* untuk melindungi tujuan pembatasan hak yang sah. Dalam konteks tujuan untuk perlindungan keamanan negara/nasional (*to legitimate national security interest*), ekspresi yang dibatasi harus bersifat membahayakan “keamanan nasional”, termasuk “keutuhan wilayah teritorial”, yang artinya serangan atau ancaman serangan tersebut telah terjadi secara nyata. Hal ini ditegaskan pula dalam *Johannesburg Principles* yang menyatakan bahwa pembatasan hak dengan alasan keamanan nasional dapat dibenarkan apabila dilakukan sebagai bentuk respon dari adanya penggunaan serangan atau ancaman serangan, salah satunya terhadap keutuhan wilayah teritorial. Oleh karena itu, penerapan Pasal 104 dan 106 KUHP yang merupakan pembatasan hak dengan alasan keamanan negara/nasional juga harus mengacu pada konsep harus adanya serangan atau ancaman serangan tersebut.

Berdasarkan hal-hal tersebut, terlihat bahwa penerapan pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar” (termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP) menurut hukum pidana dan ketentuan HAM terkait pembatasan hak dengan alasan keamanan nasional sama-sama mensyaratkan terjadinya suatu serangan yang bersifat kekerasan atau paksaan (*force*) atau ancaman dari serangan tersebut. Untuk “ancaman serangan”, pada dasarnya hal tersebut dapat mencakup pula perbuatan-perbuatan berupa permulaan pelaksanaan dan pemufakatan jahat untuk mewujudkan serangan atau tindakan yang dapat mempermudah terjadinya serangan dalam konteks hukum pidana. Hal ini dikarenakan perbuatan-perbuatan tersebut dilakukan sebelum serangan yang disyaratkan terjadi dan berhubungan langsung dengan serangan tersebut. Oleh karena itu, dapat disimpulkan bahwa **Pasal 104 dan 106 KUHP hanya dapat diterapkan apabila terdapat serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (termasuk serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik) atau ancaman dari**

serangan tersebut, seperti permulaan pelaksanaan dan pemufakatan jahat untuk mewujudkan serangan atau tindakan yang dapat mempermudah terjadinya serangan tersebut, yang ditujukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut.

Faktanya, tidak terdapat serangan yang bersifat kekerasan/paksaan, serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, atau ancaman dari serangan-serangan tersebut pada ekspresi-ekspresi politik yang dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP. Dari jabaran pada bab sebelumnya, terlihat bahwa ekspresi-ekspresi politik yang dipidana dengan pasal-pasal tersebut adalah: 1). memberikan pernyataan seorang diri yang siap memenggal kepala presiden; 2). mempersiapkan rencana pawai arak-arakan memperingati ulang tahun Republik Maluku Selatan (RMS) dan mengetik, mencetak, serta membagikan panduan pawai tersebut; dan 3). menggunakan bendera Bintang Kejora, meneriakkan yel-yel dan seruan yang meminta pemisahan Papua dari NKRI.

Apabila dicermati, tidak satupun dari ekspresi-ekspresi tersebut berbentuk serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Untuk perbuatan nomor 1, memang pernyataan tersebut berisi kata-kata yang menggambarkan suatu serangan dengan kekerasan kepada presiden. Namun, suatu kata-kata tentu tidak dapat dipandang sebagai “serangan dengan kekerasan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik” dan terdakwa sendiri tidak pernah benar-benar melakukan atau berupaya melakukan serangan untuk memenggal kepala presiden seperti yang ia ucapkan, sehingga tidak ada serangan dengan kekerasan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik kepada presiden yang terjadi. Dengan demikian, pengadilan seharusnya tidak dapat menghukum terdakwa dengan Pasal 104 KUHP.

Selain itu, walaupun pernyataan tersebut hendak disebut sebagai “permulaan pelaksanaan” atau “tindakan yang mempermudah” terjadinya serangan dengan kekerasan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, maka pernyataan tersebut tentu harus diukur secara kualitatif apakah secara wajar dapat menyebabkan terjadinya serangan dengan kekerasan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, atau dapat dilihat sebagai ancaman terjadinya serangan-serangan tersebut kepada presiden, dengan memperhatikan kondisi terdakwa ketika mengucapkan pernyataan tersebut. Faktanya, dalam kasus tersebut, terdakwa memberikan pernyataan tersebut seorang diri dan tidak terdapat alat atau sarana yang wajar atau benar-benar dapat menyebabkan terjadinya serangan dengan kekerasan serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, khususnya untuk memenggal kepala presiden. Secara logis, kondisi-kondisi

tersebut tentu tidak cukup untuk menimbulkan suatu serangan dengan kekerasan serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik kepada presiden karena hampir tidak mungkin terdakwa seorang diri dan tanpa menggunakan alat atau sarana tertentu dapat menyerang presiden. Dengan demikian, perbuatan terdakwa tidak cukup wajar untuk menimbulkan serangan tersebut dengan segala kondisi yang dimiliki oleh terdakwa, sehingga tidak dapat dianggap sebagai permulaan pelaksanaan dalam Pasal 87 KUHP atau tindakan yang mempermudah terjadinya suatu serangan dengan kekerasan dalam Pasal 110 ayat (2) KUHP.

Untuk perbuatan nomor 2 dan 3, tindakan-tindakan tersebut juga tidak dapat disebut sebagai "serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik" karena hanya dilakukan dengan pawai dan orasi dalam sebuah aksi tanpa disertai aksi lain atau ajakan untuk melakukan serangan tersebut. Bahkan, ekspresi-ekspresi tersebut tidak menunjukkan adanya ancaman akan terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik karena hanya ditujukan untuk memperingati ulang tahun suatu gerakan kemerdekaan dan menyerukan kemerdekaan wilayahnya dari Indonesia. Oleh karena itu, selain tidak dapat dipandang sebagai sebuah serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, ekspresi-ekspresi tersebut tidak dapat dilihat sebagai perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya, kesepakatan untuk melakukan, atau tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar terjadinya sebuah serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Dengan demikian, perbuatan-perbuatan tersebut seharusnya tidak dapat dipidana dengan Pasal 106 KUHP, termasuk dengan Pasal 87 KUHP sebagai permulaan pelaksanaan, Pasal 110 ayat (1) KUHP sebagai permufakatan jahat, dan Pasal 110 ayat (2) KUHP sebagai tindakan persiapan untuk melakukan "makar" (*aanslag*) karena niat dilakukannya ekspresi tersebut bukan lah untuk melakukan sebuah serangan.

Kondisi serupa juga terjadi pada ekspresi-ekspresi politik yang dihukum dengan Pasal 106 KUHP yang dihubungkan dengan Pasal 87, 110 ayat (1), dan 110 ayat (2) KUHP, antara lain: 1). merencanakan dan berpartisipasi dalam upacara peringatan ulang tahun gerakan kemerdekaan; 2). merencanakan, mengumpulkan orang, menyebarkan berita, dan berpartisipasi dalam pengibaran bendera simbol kemerdekaan; dan 3). menghadiri pertemuan pencarian dana untuk gerakan kemerdekaan dan menyusun profil negara yang dituntut untuk dimerdekakan. Apabila dicermati, tidak satupun ekspresi-ekspresi tersebut dapat disebut sebagai "ancaman serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa

tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik” karena hanya dilakukan dalam bentuk kegiatan atau tindakan yang terkait dengan suatu gerakan kemerdekaan yang tidak berhubungan dengan terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, seperti perencanaan dan kesepakatan untuk melakukan atau mempermudah terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Dengan demikian, maka ekspresi-ekspresi tersebut tidak dapat dilihat sebagai perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya, kesepakatan untuk melakukan, atau tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar terjadinya sebuah serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, sehingga seharusnya tidak dipidana dengan Pasal 106 KUHP yang dihubungkan dengan Pasal 87, 110 ayat (1), dan 110 ayat (2) KUHP.

Berdasarkan hal-hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa tidak terdapat serangan atau ancaman dari serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik dalam ekspresi-ekspresi politik yang telah dijabarkan. Dengan begitu, ekspresi-ekspresi tersebut tidak dapat disebut sebagai “makar” (*aanslag*) sehingga seharusnya tidak dapat dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP, termasuk yang dihubungkan dengan Pasal 87, 110 ayat (1), dan 110 ayat (2) KUHP. Selain itu, tidak adanya serangan atau ancaman serangan itu menunjukkan bahwa penerapan pasal-pasal tersebut terhadap ekspresi-ekspresi yang dijabarkan merupakan pembatasan hak yang tidak sah karena tidak memenuhi syarat pembatasan hak berupa *necessary in democratic society* untuk tujuan melindungi keamanan negara/nasional (*to legitimate national security interest*) berupa keutuhan wilayah teritorial yang mensyaratkan adanya serangan atau ancaman serangan.

5.5.2. Penafsiran kata “*aanslag*” menjadi kata “makar” membuat pasal-pasal yang memuat kata “makar” tidak memenuhi syarat pembatasan “*prescribe by law*”

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, untuk memenuhi syarat “*prescribe by law*”, pembatasan hak kebebasan berekspresi harus diatur dalam ketentuan hukum nasional yang dapat diakses oleh publik dan dirumuskan dengan cukup presisi agar memungkinkan orang-orang mengetahui tindakan yang diatur beserta konsekuensinya. Sebagai ketentuan yang mengatur pembatasan tersebut, Pasal 104 dan 106 KUHP pada dasarnya merupakan ketentuan hukum nasional yang dapat diakses oleh publik. Namun, pasal-pasal tersebut tidak dirumuskan dengan cukup presisi sehingga tidak memungkinkan orang-orang untuk mengetahui perbuatan-perbuatan yang sebenarnya dilarang menurut ketentuan-ketentuan tersebut.

Pada pembahasan poin sebelumnya, telah dijelaskan bahwa Pasal 104 dan 106 KUHP digunakan untuk menghukum berbagai bentuk ekspresi yang tidak mengandung serangan atau ancaman dari serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Padahal, unsur “makar” dalam pasal-pasal tersebut berasal dari kata “*aanslag*” atau serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, sehingga perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana dengan pasal-pasal tersebut harus berupa serangan dengan kekerasan/paksaan atau tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Hal ini pada dasarnya dikarenakan KUHP tidak mendefinisikan unsur “makar” tersebut, termasuk tidak merujuk kata “makar” tersebut kepada asal katanya, yaitu *aanslag*, sehingga tidak terdapat konsep atau batasan yang jelas mengenai perbuatan yang dapat disebut memenuhi unsur “makar” tersebut. Kondisi ini menyebabkan para hakim menafsirkan unsur “makar” dengan sangat luas sehingga turut mengkategorikan perbuatan-perbuatan yang tidak mengandung serangan atau ancaman dari serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik sebagai perbuatan yang memenuhi unsur “makar” tersebut, yang mana hal tersebut pada dasarnya bertentangan dengan definisi menurut asal usul kata “makar” itu sendiri sebagai *aanslag*.

Lebih dari itu, kesalahan penafsiran unsur *aanslag* menjadi “makar” tersebut menyebabkan pengadilan tidak konsisten dalam menerapkan 106 KUHP. Padahal, konsistensi penerapan suatu ketentuan pembatasan hak yang bersifat umum merupakan syarat lain dari terpenuhinya syarat “*prescribed by law*”. Hal ini terlihat dari bagaimana pengadilan menentukan pasal yang digunakan untuk menghukum perbuatan “mempersiapkan, merencanakan, dan berpartisipasi dalam upacara peringatan hari ulang tahun gerakan kemerdekaan”. Dalam beberapa perkara, pengadilan menghukum perbuatan tersebut dengan Pasal 106 KUHP⁵¹⁹, yang dapat diartikan bahwa perbuatan tersebut dipandang sebagai tindakan “makar” yang selesai oleh pengadilan. Namun, dalam beberapa perkara lain, pengadilan menentukan perbuatan-perbuatan tersebut masih merupakan “permulaan pelaksanaan” untuk melakukan tindakan “makar” dan menghukum perbuatan tersebut dengan Pasal 106 yang dihubungkan dengan Pasal 87 KUHP.⁵²⁰ Artinya, dalam perkara-perkara lain tersebut, pengadilan mengkategorikan perbuatan tersebut sebagai tindakan “makar” yang belum selesai, yang berbeda dari putusan-putusan sebelumnya. Kondisi serupa terjadi pada perbuatan “menggunakan atau mengibarkan bendera suatu gerakan kemerdekaan” di mana, dalam beberapa

⁵¹⁹ Lihat Putusan PN Ambon No. 299/Pid.B/2014/PN.Amb dan 300/Pid.B/2014/PN.Amb.

⁵²⁰ Lihat Putusan PN Ambon No. 291/Pid.B/2014/PN.Amb, 297/Pid.B/2014/PN.Amb, dan 307/Pid.B/2014/PN.Amb.

perkara, pengadilan menentukan perbuatan tersebut sebagai tindakan “makar” yang selesai⁵²¹, sedangkan dalam perkara lain, pengadilan menentukan bahwa perbuatan tersebut masih berupa “permulaan pelaksanaan” dari tindakan “makar”, atau tindakan “makar” yang belum selesai.⁵²²

Berdasarkan hal-hal tersebut, terlihat bahwa penafsiran kata “*aanslag*” pada Pasal 104 dan 106 KUHP menjadi kata “makar” menyebabkan tidak jelasnya konsep atau batasan perbuatan “makar” itu sendiri. Akibatnya, pengadilan menghukum berbagai bentuk ekspresi yang tidak mengandung serangan atau ancaman dari serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik dengan pasal-pasal tersebut yang pada dasarnya mensyaratkan adanya serangan atau ancaman serangan. Lebih dari itu, tidak tepatnya penafsiran tersebut membuat pengadilan tidak konsisten dalam menggunakan pasal-pasal tersebut pada bentuk ekspresi yang sama. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa penafsiran kata “*aanslag*” pada Pasal 104 dan 106 KUHP menjadi kata “makar” menyebabkan pasal-pasal tersebut tidak memenuhi syarat pembatasan hak berupa “*prescribed by law*”.

Pada poin sebelumnya telah dijelaskan bahwa unsur “makar” seharusnya merujuk pada asal katanya, yaitu “*aanslag*” atau serangan yang bersifat kekerasan atau paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan. Hal tersebut pada dasarnya sesuai dengan ketentuan HAM terkait pembatasan hak dengan alasan keamanan negara/nasional (*national security*) yang mengharuskan adanya suatu serangan atau ancaman serangan. Oleh karena itu, agar rumusan pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”, termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP, menjadi presisi dan memenuhi syarat “*prescribed by law*” sekaligus sesuai dengan konsep hukum pidana dan memenuhi syarat pembatasan hak yang sah dengan tujuan (*legitimate aim*) keamanan negara/nasional (*national security*), maka ketentuan-ketentuan tersebut harus diatur, setidaknya-tidaknya ditafsirkan, sebagai berikut:

- Seluruh kata “makar” harus diartikan sebagai “serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”. Dengan demikian, perbuatan yang dapat dipidana dengan pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”, seperti Pasal 104 dan 106 KUHP, adalah serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut;
- Konsep “permulaan pelaksanaan” dari tindakan “makar” dalam Pasal 87 KUHP

⁵²¹ Lihat Putusan PN Jakarta Pusat No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST dan Putusan Pengadilan PN Balikpapan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp.

⁵²² Lihat Putusan PN Fakfak No. 56/Pid.B/2020/PN.Ffk.

harus diartikan sebagai “permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”, yang dapat pula disebut sebagai “ancaman serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan”. Dengan demikian, perbuatan yang dapat dipidana dengan mengacu pada Pasal 87 KUHP adalah perbuatan-perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;

- Konsep “permufakatan jahat” untuk melakukan “makar” dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP harus diartikan sebagai “permufakatan jahat untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”, yang dapat pula disebut sebagai “ancaman serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”. Dengan demikian, perbuatan yang dapat dipidana dengan mengacu pada Pasal 110 ayat (1) KUHP adalah adanya kesepakatan antara 2 (dua) pihak atau lebih untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
- Konsep “tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar” suatu tindakan “makar” dalam Pasal 110 ayat (2) KUHP harus diartikan sebagai tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;

5.5.3. Ekspresi politik yang dilakukan merupakan bentuk-bentuk ekspresi yang sah

Selain menganalisis ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan menurut hukum pidana dan ketentuan pembatasan HAM, ekspresi-ekspresi tersebut juga harus diuji menurut bentuknya guna menentukan apakah ekspresi-ekspresi tersebut merupakan bentuk ekspresi yang sah. Secara umum, seluruh ekspresi politik yang dijabarkan merupakan bentuk ekspresi yang sah karena merupakan seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*) yang dilakukan secara damai, ekspresi yang dilakukan oleh orang yang tidak bertanggung jawab atas kekerasan yang dilakukan suatu pertemuan/perkumpulan (*assembly*), dan ekspresi yang

menggunakan simbol-simbol yang sah. Adapun jabaran mengenai hal tersebut adalah sebagai berikut:

5.5.3.1. Ekspresi yang dilakukan merupakan seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*) yang dilakukan secara damai

Dari ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan, terlihat bahwa seluruh ekspresi tersebut merupakan seruan untuk melepaskan suatu wilayah dari wilayah teritorial Indonesia, baik yang dilakukan oleh gerakan Republik Maluku Selatan (RMS), maupun gerakan yang meminta kemerdekaan bagi Papua. Menurut Resolusi Majelis Umum (*General Assembly*) PBB 1541(XV), tindakan-tindakan tersebut merupakan pelaksanaan hak untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*).⁵²³ Seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya, seruan untuk menentukan nasib sendiri merupakan ekspresi yang dilindungi sepanjang dilakukan secara damai (*peaceful*), yaitu tidak melibatkan tindakan kekerasan berupa penggunaan kekuatan fisik oleh peserta terhadap orang lain yang dapat menyebabkan luka/cidera, kematian, atau kerusakan serius pada barang.

Apabila dicermati, sebagian besar ekspresi tersebut tidak melibatkan tindakan kekerasan apapun, baik kepada orang lain, maupun kepada barang. Hal ini terlihat dari cara melakukan ekspresi-ekspresi tersebut yang hanya berupa mengikuti pertemuan-pertemuan terkait gerakan kemerdekaan, melakukan persiapan dan berpartisipasi dalam perayaan hari ulang tahun kemerdekaan, serta melakukan orasi politik dalam sebuah aksi di mana tidak terdapat tindakan lain atau ajakan untuk melakukan serangan atau tindakan kekerasan. Dengan demikian, ekspresi-ekspresi politik tersebut seharusnya dianggap sah dan tidak dapat dibatasi dengan penerapan Pasal 106 KUHP.

5.5.3.2. Terdakwa bukan pihak bertanggung jawab atas kekerasan yang dilakukan oleh peserta pertemuan/perkumpulan (*assembly*)

Dalam kasus-kasus yang telah dijabarkan, terdapat aksi demonstrasi yang melibatkan kekerasan antara peserta dan pihak berwenang yang mengamankan aksi tersebut, yaitu dalam perkara dengan putusan 30/Pid.B/2020/PN.Bpp. Dari fakta persidangan, terbukti bahwa tindakan kekerasan tersebut dimulai oleh tindakan peserta aksi yang melakukan perusakan dan pembakaran fasilitas umum, kantor-kantor milik pemerintah, dan bangunan serta kendaraan masyarakat, yang pada akhirnya tindakan tersebut meluas ke seluruh pelaksanaan aksi demonstrasi tersebut. Dengan fakta-fakta tersebut, merujuk pada ketentuan hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*peaceful assembly*) yang sudah dijelaskan,

⁵²³ Majelis Umum PBB, *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, General Assembly Resolution 1514 (XV), (14 Desember 1960), par. 2.

aksi demonstrasi tersebut tidak dapat disebut sebagai *peaceful assembly* karena melibatkan tindakan kekerasan yang dimulai oleh peserta pertemuan/perkumpulan dan kekerasan tersebut meluas ke seluruh pertemuan/perkumpulan tersebut, sehingga pelaksanaan aksi demonstrasi tersebut dapat dibatasi, termasuk dengan menjatuhkan hukuman pidana.

Namun, dari putusan tersebut, terlihat bahwa terdakwa dipidana hanya karena posisinya sebagai penanggung jawab dan koordinator aksi yang berlangsung ricuh tersebut, bukan sebagai salah satu peserta yang melakukan kekerasan. Tidak terdapat fakta persidangan yang menyebutkan bahwa terdakwa merupakan pelaku tindakan kekerasan atau ikut melakukan tindakan kekerasan yang dilakukan peserta aksi lain. Padahal, ketentuan lain dalam hak atas kebebasan berkumpul secara damai menyebutkan bahwa tindakan kekerasan yang dilakukan oleh peserta aksi tidak boleh dikaitkan dengan pihak lain, salah satunya adalah penyelenggara atau penanggung jawab aksi itu sendiri. Peserta yang tidak ikut melakukan kekerasan dan tetap bersikap damai harus dianggap tetap memiliki hak untuk berkumpul secara damai dan tidak dapat dimintai tanggung jawab atas kekerasan tersebut atau tindakan lain yang dapat dihukum yang dilakukan oleh peserta lain. Dengan demikian, terdakwa dalam kasus ini tidak dapat dimintai pertanggung jawaban atas tindakan kekerasan yang terjadi dalam aksi tersebut, sehingga tidak dapat dipidana dengan Pasal 106 KUHP.

Terkait sifat *peaceful* dari aksi tersebut, pada dasarnya, terdapat peristiwa penting dalam perkara ini guna menentukan apakah aksi tersebut bersifat *peaceful*, namun tidak dibuktikan dalam persidangan. Dalam surat dakwaan, Penuntut Umum telah menjabarkan bahwa terdakwa bersama rekan-rekannya menyatakan aksi kekerasan yang terjadi dilakukan oleh pihak-pihak di luar peserta aksi dan tidak bertanggung jawab atas aksi tersebut. Sayangnya, hal tersebut tidak dibuktikan lebih lanjut dalam persidangan dan pengadilan hanya mengakui secara langsung bahwa tindakan kekerasan tersebut dilakukan oleh peserta aksi yang dikoordinasi terdakwa. Padahal, fakta mengenai apakah pihak yang melakukan tindakan kekerasan tersebut merupakan bagian dari peserta aksi atau bukan merupakan fakta penting untuk menentukan apakah aksi tersebut tetap memiliki sifat *peaceful* sehingga pembatasan terhadap hak-hak dalam aksi tersebut dapat diuji, termasuk penghukuman kepada terdakwa. Hal ini berkaitan dengan ketentuan dalam hak atas kebebasan berkumpul secara damai yang menyebutkan bahwa tindakan kekerasan tersebut dilakukan oleh provokator yang bertindak atas nama peserta tidak membuat suatu pertemuan/perkumpulan secara otomatis dianggap tidak "*peaceful*".

Dengan demikian, apabila dalam perkara tersebut terbukti bahwa pelaku tindak kekerasan tersebut bukan merupakan peserta aksi, melainkan provokator yang

mengatasnamakan peserta aksi, maka aksi demonstrasi tersebut harus tetap dianggap *peaceful* walaupun terdapat tindakan kekerasan. Dalam kondisi tersebut, selain tidak dapat dipidana karena tidak ikut melakukan tindakan kekerasan, seharusnya terdakwa juga tidak dapat dipidana dengan dasar kekerasan yang terjadi karena aksi demonstrasi tersebut harus tetap dianggap sebagai *peaceful assembly* yang dilindungi Pasal 21 ICCPR. Terlebih, terdapat fakta persidangan yang menunjukkan bahwa terdakwa bersama rekan-rekannya sebagai penanggung jawab aksi telah membuat dan menyebarkan selebaran untuk melakukan aksi damai dan larangan membawa senjata tajam sebelum aksi tersebut dilaksanakan, yang menunjukkan bahwa tidak terdapat intensi dari terdakwa untuk melibatkan tindakan kekerasan dalam aksi tersebut. Namun, tidak adanya pembuktian mengenai hubungan pihak yang melakukan tindakan kekerasan dengan peserta aksi membuat pembuktian sifat *peaceful* dari aksi demonstrasi tersebut menjadi sumir dan tidak dapat dilakukan secara maksimal. Walaupun begitu, terdakwa dalam kasus ini tidak dapat dimintai pertanggung jawaban atas tindakan kekerasan yang terjadi dalam aksi tersebut karena tidak ikut melakukan tindakan kekerasan tersebut, sehingga seharusnya tidak dipidana dengan Pasal 106 KUHP.

5.5.3.3. Ekspresi menggunakan simbol-simbol yang sah

Dari ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan, terdapat beberapa perkara yang menghukum rencana penggunaan dan pengibaran bendera suatu gerakan kemerdekaan dengan Pasal 106 KUHP.⁵²⁴ Pada poin sebelumnya, telah disebutkan bahwa menurut Komentar Umum No. 37 KIHSP, penggunaan simbol-simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik, seperti bendera, seragam, tanda, dan spanduk, harus dianggap sebagai ekspresi yang sah dan tidak dapat dibatasi sepanjang tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan. Faktanya, tidak terdapat fakta dalam persidangan bahwa penggunaan bendera dalam perkara-perkara tersebut ditujukan untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan, melainkan hanya sebagai bentuk ekspresi dalam menyerukan atau meminta penentuan nasib sendiri dalam sebuah pawai peringatan ulang tahun gerakan kemerdekaan dan aksi demonstrasi. Dengan demikian, penggunaan bendera dalam kasus-kasus tersebut harus tetap dianggap sebagai ekspresi yang sah menurut Komentar Umum No. 37 KIHSP dan seharusnya tidak dapat dipidana dengan Pasal 106 KUHP.

⁵²⁴ Lihat Putusan PN Sorong No. 116/Pid.B/2013/PN.SRG, 117/Pid.B/2013/PN.SRG, 118/Pid.B/2013/PN.SRG, dan 119/Pid.B/2013/PN.SRG; Putusan PN Wamena No. 121/Pid.B/2018/PN.Wmn.; Putusan PN Jayapura No. 294/Pid.B/2012/PN.Jpr; Putusan PN Ambon No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb dan 212/Pid.B/2020/PN.Amb; Putusan PN Jakarta Pusat No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.; dan Putusan PN Balikpapan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp.

Terdapat 1 (satu) perkara di mana penggunaan bendera tersebut dapat dianggap memiliki titik singgung dengan tindakan kekerasan, yaitu perkara dalam putusan No. 56/Pid.B/2020/PN.Ffk. Dalam perkara tersebut, terdakwa bersama rekan-rekannya mengibarkan bendera bintang kejora sepanjang jalan dari kampung Pikpik menuju Kota fakfak dan diketahui membawa senjata tajam ketika ditangkap. Perlu diketahui, Komentar Umum No. 37 KIHSP telah mengatur bahwa tindakan seseorang membawa benda-benda yang merupakan atau dianggap sebagai senjata dalam suatu pertemuan/perkumpulan belum tentu cukup untuk dianggap sebagai tindakan kekerasan oleh orang tersebut, kecuali pihak yang berwenang dapat menunjukkan bahwa terdapat niat untuk melakukan kekerasan dengan benda tersebut. Faktanya, tidak terdapat fakta dalam persidangan perkara tersebut bahwa terdakwa menggunakan atau berusaha menggunakan senjata tajam yang dibawa untuk melakukan kekerasan, baik ketika mengibarkan bendera, maupun ketika ditangkap oleh pihak yang berwenang. Dengan demikian, perbuatan membawa senjata tersebut tidak memiliki hubungan dengan pengibaran bendera yang dilakukan, sehingga tidak terdapat tindakan kekerasan apapun dalam aksi pengibaran bendera tersebut dan perbuatan tersebut tidak dapat dipidana dengan Pasal 106 KUHP.

Berdasarkan jabaran-jabaran di atas, dapat disimpulkan bahwa pemidanaan terhadap ekspresi-ekspresi politik dengan pasal-pasal kejahatan terhadap keamanan negara di Indonesia, khususnya Pasal 104 dan 106 KUHP, merupakan tindakan yang tidak sesuai dengan ajaran hukum pidana terkait pasal-pasal tersebut dan konsep pembatasan hak atas kebebasan berekspresi menurut ketentuan HAM. Apabila praktik ini terus berlanjut, maka pemidanaan terhadap ekspresi-ekspresi tersebut sangat berpotensi untuk tidak lagi hanya dilihat sebagai kesalahan dalam proses penegakan hukum, tetapi juga sebagai suatu tekanan atau pembungkaman terhadap pelaksanaan ekspresi politik berupa penyampaian pendapat atau pandangan yang berbeda dengan negara/pemerintah mengingat mayoritas pelaksanaan ekspresi politik tersebut meminta pemisahan suatu wilayah dari teritori Indonesia, yang berbeda dengan pandangan negara/pemerintah Indonesia untuk mempertahankan keutuhan teritori Indonesia. Padahal, baik Siracusa Principle, Johannesburg Principle, dan Komentar Umum No. 37 KIHSP, sudah melarang pembatasan suatu ekspresi atas dasar keamanan negara/nasional dengan tujuan untuk menekan atau membungkam pandangan/pendapat yang berbeda dengan sikap politik negara/pemerintah. Untuk itu, praktik pemidanaan atas ekspresi politik yang tidak mengandung serangan (atau ancaman serangan) berupa paksaan/kekerasan atau tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik harus segera dihentikan agar tidak semakin banyak orang yang dipidana dengan penerapan pasal yang tidak tepat.

5.6. Kesimpulan dan Rekomendasi

Berdasarkan jabaran-jabaran tersebut, dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

- **Ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan pada dasarnya tidak dapat dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP.** Hal ini dikarenakan tidak terdapat “serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik” atau “ancaman (permulaan pelaksanaan, permufakatan jahat, atau tindakan mempersiapkan atau mempermudah suatu serangan) serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik” dalam pelaksanaan ekspresi-ekspresi politik tersebut, sehingga tidak memenuhi unsur “*makar/aanslag*” dalam Pasal 104 dan 106 KUHP;
- **Penerapan Pasal 104 dan 106 KUHP terhadap ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan merupakan pembatasan hak yang tidak sah** karena tidak memenuhi syarat-syarat pembatasan sebagai berikut:
 - Pasal 104 dan 106 KUHP tidak memenuhi syarat “*prescribed by law*”. Hal ini disebabkan kata “makar” pada pasal-pasal tersebut tidak mengacu kepada kata aslinya yaitu “*aanslag*” sehingga pasal-pasal tersebut tidak merumuskan secara presisi tindakan yang dapat disebut sebagai “makar”. Akibatnya, pengadilan menafsirkan pasal-pasal tersebut dengan sangat luas sehingga turut menghukum ekspresi-ekspresi yang tidak memenuhi unsur tersebut karena tidak dilakukan serangan atau ancaman serangan. Selain itu, kondisi tersebut menyebabkan pengadilan tidak menerapkan pasal-pasal tersebut secara tidak konsisten untuk bentuk ekspresi yang sama;
 - Penerapan Pasal 104 dan 106 KUHP tidak memenuhi syarat “diperlukan dalam masyarakat yang demokratis untuk melindungi keamanan nasional (*necessary in democratic society to legitimate national security interest*)”. Hal ini disebabkan pasal-pasal tersebut diterapkan pada ekspresi-ekspresi politik yang tidak dilakukan dengan serangan atau ancaman serangan. Padahal, pembatasan dengan syarat tersebut hanya dapat dilakukan terhadap serangan atau ancaman serangan terhadap keamanan nasional, salah satunya adalah keutuhan wilayah teritorial, yang berkaitan langsung dengan tujuan pengaturan Pasal 104 dan 106 KUHP tersebut;
- **Agar rumusan pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”, termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP, memenuhi syarat pembatasan hak yang sah (“*prescribed by law*” dan “*necessary in democratic society to legitimate national security interest*”) sekaligus sesuai dengan konsep hukum pidana,** maka ketentuan-ketentuan tersebut harus diatur, setidaknya ditafsirkan,

sebagai berikut:

- Seluruh kata “makar” harus diartikan sebagai “serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”. Dengan demikian, perbuatan yang dapat dipidana dengan pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”, seperti Pasal 104 dan 106 KUHP, adalah serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut;
 - Konsep “permulaan pelaksanaan” dari tindakan “makar” dalam Pasal 87 KUHP harus diartikan sebagai “permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”, yang dapat pula disebut sebagai “ancaman serangan dengan kekerasan atau paksaan”. Dengan demikian, perbuatan yang dapat dipidana dengan mengacu pada Pasal 87 KUHP adalah perbuatan-perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
 - Konsep “permufakatan jahat” untuk melakukan “makar” dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP harus diartikan sebagai “permufakatan jahat untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”, yang dapat pula disebut sebagai “ancaman serangan dengan kekerasan atau paksaan”. Dengan demikian, perbuatan yang dapat dipidana dengan mengacu pada Pasal 110 ayat (1) KUHP adalah adanya kesepakatan diantara 2 (dua) pihak atau lebih untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
 - Konsep “tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar” suatu tindakan “makar” dalam Pasal 110 ayat (2) KUHP harus diartikan sebagai tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”.
- **Ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan merupakan ekspresi yang sah dan tidak dapat dibatasi** karena hal-hal sebagai berikut:

- Ekspresi politik yang dilakukan adalah seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*) yang dilakukan secara damai, yang dilindungi oleh Pasal 21 KIHSP;
 - Dalam aksi demonstrasi meminta penentuan nasib sendiri yang melibatkan tindakan kekerasan, terdakwa tidak ikut melakukan tindakan kekerasan tersebut, sehingga partisipasinya dalam aksi demonstrasi tersebut tetap dilindungi dengan Pasal 21 KIHSP;
 - Ekspresi politik yang dilakukan menggunakan simbol-simbol yang sah karena tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan kekerasan. Adanya terdakwa yang membawa senjata tajam ketika menggunakan simbol berupa bendera tidak membuat penggunaan bendera tersebut bersifat suatu kekerasan dan harus tetap dianggap sebagai ekspresi yang sah sepanjang tidak terdapat bukti bahwa tindakan membawa senjata tajam tersebut memiliki hubungan dengan pengibaran bendera yang dilakukan atau senjata tajam tersebut tidak digunakan atau berusaha digunakan untuk melakukan suatu kekerasan.
- **Praktik pidana atas ekspresi politik yang tidak mengandung serangan (atau ancaman serangan) berupa paksaan/kekerasan atau tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik dan/atau yang berbentuk ekspresi yang sah harus segera dihentikan** karena tidak sesuai dengan ajaran hukum pidana terkait pasal-pasal tersebut dan konsep pembatasan hak atas kebebasan berekspresi menurut ketentuan HAM, serta sangat berpotensi untuk tidak lagi hanya dilihat sebagai kesalahan dalam proses penegakan hukum, tetapi juga sebagai suatu tekanan atau pembungkaman terhadap pelaksanaan ekspresi politik berupa penyampaian pendapat atau pandangan yang berbeda dengan negara/pemerintah.

Berdasarkan uraian dan analisis diatas, rekomendasi-rekomendasi yang dapat disampaikan adalah sebagai berikut:

1) **Mahkamah Agung dan seluruh badan peradilan di bawahnya**

- Menafsirkan unsur “makar” dalam pasal-pasal pada bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara” sebagai *anslag*, yaitu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Dengan demikian, Mahkamah Agung dan seluruh badan peradilan di bawahnya seharusnya hanya dapat menjatuhkan pidana berdasarkan pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”, termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP, apabila terdakwa terbukti melakukan perbuatan, termasuk ekspresi politik, yang bersifat serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, yang dimaksudkan atau ditujukan untuk

menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut;

- Tidak menggunakan Pasal 87 KUHP sebagai definisi dari unsur “makar” dan menafsirkan Pasal 87 KUHP tersebut sebagai “permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik (*aanslag*)”. Dengan demikian, Mahkamah Agung dan seluruh badan peradilan di bawahnya seharusnya hanya dapat menjatuhkan pidana berdasarkan pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”, termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP, yang di-*juncto* dengan Pasal 87 KUHP apabila terbukti perbuatan terdakwa (termasuk ekspresi politik) merupakan perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
- Menafsirkan konsep “permufakatan jahat” untuk melakukan “makar” dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP sebagai “permufakatan jahat untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik (*aanslag*)”. Dengan demikian, Mahkamah Agung dan seluruh badan peradilan di bawahnya seharusnya hanya dapat menjatuhkan pidana berdasarkan Pasal 110 ayat (1) KUHP apabila terbukti perbuatan terdakwa (termasuk ekspresi politik) merupakan kesepakatan dengan pihak lain untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
- Menafsirkan konsep “tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar” suatu tindakan “makar” dalam Pasal 110 ayat (2) KUHP sebagai “tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik (*aanslag*)”. Dengan demikian, Mahkamah Agung dan seluruh badan peradilan di bawahnya seharusnya hanya dapat menjatuhkan pidana berdasarkan Pasal 110 ayat (2) KUHP apabila terbukti perbuatan terdakwa (termasuk ekspresi politik) merupakan tindakan yang dilakukan untuk mempersiapkan atau memperlancar suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
- Untuk perbuatan-perbuatan tertentu sebagai berikut, Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya seharusnya:

- Tidak menjatuhkan pidana terhadap orang yang melakukan ekspresi politik berupa seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*), baik dengan Pasal 106, 87, 110 ayat (1) dan (2) KUHP, maupun pasal pidana lainnya, sepanjang ekspresi tersebut dilakukan secara damai;
- Tidak menjatuhkan pidana terhadap peserta aksi demonstrasi meminta penentuan nasib sendiri yang melibatkan tindakan kekerasan, baik dengan Pasal 106, 87, 110 ayat (1) dan (2) KUHP, maupun pasal pidana lainnya, sepanjang peserta tersebut tidak ikut melakukan tindakan kekerasan tersebut;
- Tidak menjatuhkan pidana terhadap orang yang menggunakan simbol-simbol yang sah, seperti bendera atau simbol lainnya dari suatu gerakan, baik dengan Pasal 106, 87, 110 Ayat (1) dan (2) KUHP, maupun pasal pidana lainnya, sepanjang simbol tersebut tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan kekerasan. Hal ini berlaku pula apabila terdapat orang yang membawa senjata tajam ketika menggunakan simbol yang sah tersebut, namun tidak terdapat bukti bahwa tindakan membawa senjata tajam tersebut memiliki hubungan dengan penggunaan simbol atau senjata tajam tersebut digunakan atau berusaha digunakan untuk melakukan/menghasur orang lain untuk melakukan suatu kekerasan;

2) **Kejaksaan Agung dan seluruh kejaksaan di bawahnya**

- Menafsirkan unsur “makar” dalam pasal-pasal pada bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara” sebagai *aanslag*, yaitu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Dengan demikian, Kejaksaan Agung dan seluruh Kejaksaan di bawahnya seharusnya hanya dapat melimpahkan berkas perkara ke pengadilan dan/atau melakukan penuntutan berdasarkan pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”, termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP, apabila terdakwa terbukti melakukan perbuatan, termasuk ekspresi politik, yang bersifat serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut;
- Tidak menggunakan Pasal 87 KUHP sebagai definisi dari unsur “makar” dan menafsirkan Pasal 87 KUHP tersebut sebagai “permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik (*aanslag*)”. Dengan demikian, Kejaksaan Agung dan seluruh Kejaksaan di bawahnya seharusnya hanya dapat melimpahkan berkas perkara ke pengadilan dan/atau melakukan penuntutan berdasarkan pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”, termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP, yang *di-juncto* dengan

Pasal 87 KUHP apabila terbukti perbuatan terdakwa (termasuk ekspresi politik) merupakan perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;

- Menafsirkan konsep “permufakatan jahat” untuk melakukan “makar” dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP sebagai “permufakatan jahat untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik (*aanslag*)”. Dengan demikian, Kejaksaan Agung dan seluruh Kejaksaan di bawahnya seharusnya hanya dapat melimpahkan berkas perkara ke pengadilan dan/atau melakukan penuntutan berdasarkan Pasal 110 ayat (1) KUHP apabila terbukti perbuatan terdakwa (termasuk ekspresi politik) merupakan kesepakatan dengan pihak lain untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”
- Menafsirkan konsep “tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar” suatu tindakan “makar” dalam Pasal 110 ayat (2) KUHP sebagai “tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik (*aanslag*)”. Dengan demikian, Kejaksaan Agung dan seluruh Kejaksaan di bawahnya seharusnya hanya dapat melimpahkan berkas perkara ke pengadilan dan/atau melakukan penuntutan berdasarkan Pasal 110 ayat (2) KUHP apabila terbukti perbuatan terdakwa (termasuk ekspresi politik) merupakan tindakan yang dilakukan untuk mempersiapkan atau memperlancar suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
- Untuk perbuatan-perbuatan tertentu sebagai berikut, Kejaksaan Agung dan seluruh Kejaksaan di bawahnya seharusnya:
 - Tidak melimpahkan berkas perkara ke pengadilan dan/atau melakukan penuntutan terhadap orang yang melakukan ekspresi politik berupa seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*), baik dengan Pasal 106, 87, 110 ayat (1) dan (2) KUHP, maupun pasal pidana lainnya, sepanjang ekspresi tersebut dilakukan secara damai;
 - Tidak melimpahkan berkas perkara ke pengadilan dan/atau melakukan penuntutan terhadap peserta aksi demonstrasi meminta penentuan

nasib sendiri yang melibatkan tindakan kekerasan, baik dengan Pasal 106, 87, 110 ayat (1) dan (2) KUHP, maupun pasal pidana lainnya, sepanjang peserta tersebut tidak ikut melakukan tindakan kekerasan tersebut;

- Tidak melimpahkan berkas perkara ke pengadilan dan/atau melakukan penuntutan terhadap orang yang menggunakan simbol-simbol yang sah, seperti bendera atau simbol lainnya dari suatu gerakan, baik dengan Pasal 106, 87, 110 ayat (1) dan (2) KUHP, maupun pasal pidana lainnya, sepanjang simbol tersebut tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan kekerasan. Hal ini berlaku pula apabila terdapat orang yang membawa senjata tajam ketika menggunakan simbol yang sah tersebut, namun tidak terdapat bukti bahwa tindakan membawa senjata tajam tersebut memiliki hubungan dengan penggunaan simbol atau senjata tajam tersebut digunakan atau berusaha digunakan untuk melakukan/menghasur orang lain untuk melakukan suatu kekerasan;

3) Pembentuk undang-undang

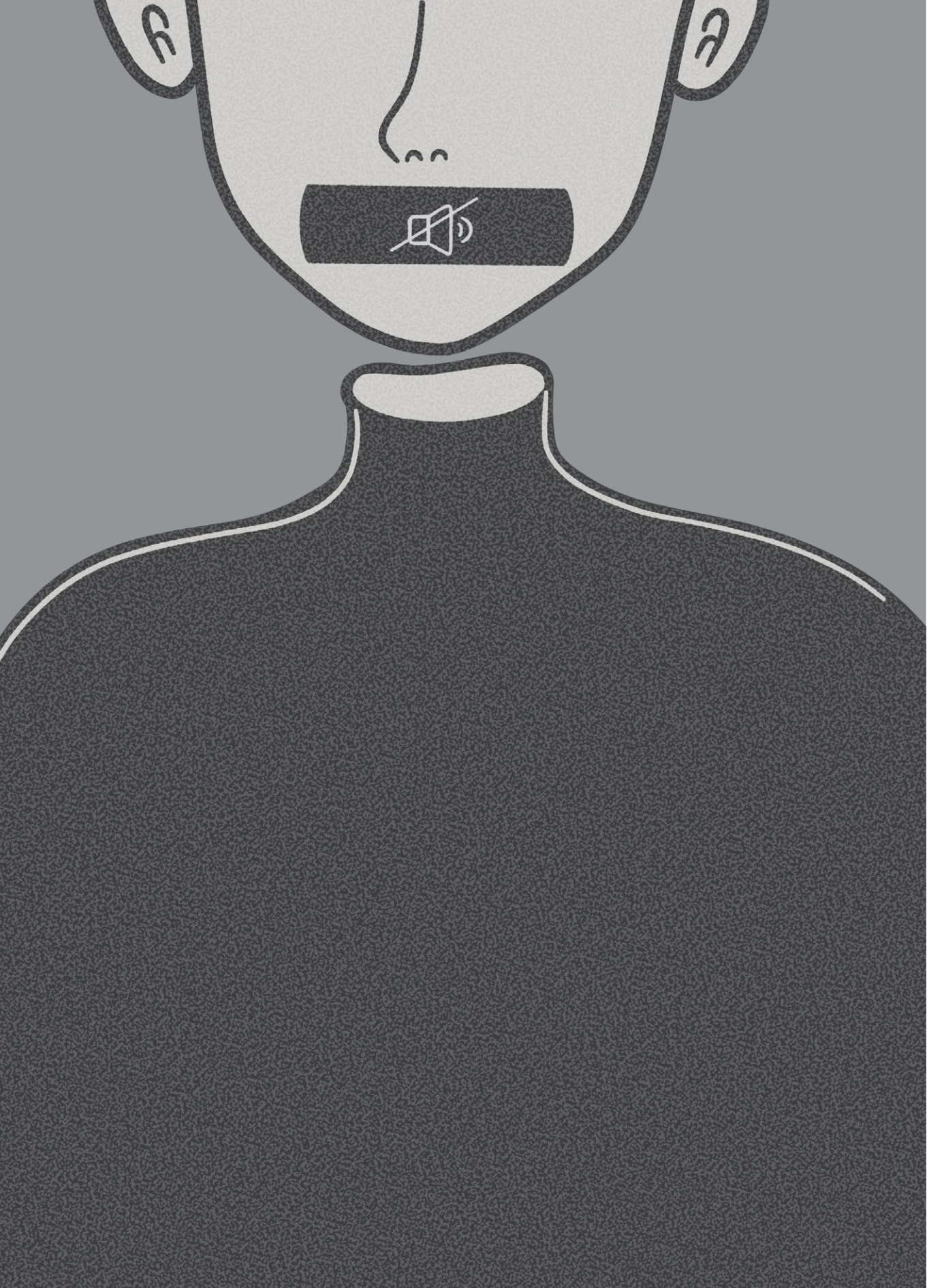
- Mengubah kata “makar” dalam pasal-pasal pada bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara”, baik melalui peraturan perundang-undangan yang mengubah KUHP saat ini, maupun peraturan perundang-undangan pidana yang baru, atau setidaknya mengatur dengan tegas penjelasan dari kata “makar” dalam KUHP saat ini, menjadi “serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”. Dengan demikian, maka bunyi Pasal 104 dan 106 KUHP, atau pasal dalam peraturan perundang-undangan pidana baru yang bunyinya sama, adalah sebagai berikut:
 - **Pasal 104 KUHP**
Serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana...
 - **Pasal 106 KUHP**
Serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana...
- Dalam hal cara yang dipilih adalah mengatur penjelasan dari kata “makar” dalam KUHP saat ini, maka bunyi penjelasan tersebut adalah sebagai berikut:

“Yang dimaksud dengan “makar” dalam pasal-pasal pada bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara” adalah **serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik.**”

- Menyesuaikan Pasal 87 KUHP atau pasal lain dalam peraturan perundang-undangan pidana baru yang bunyinya sama dengan perubahan kata “makar” tersebut dan konsep “permulaan pelaksanaan” dalam pasal tersebut sebagai “permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik (*aanslag*)”, sehingga bunyi pasal tersebut adalah sebagai berikut:

“Dikatakan ada **serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik**, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan (seperti dimaksud dalam pasal 53) **untuk melakukan serangan tersebut.**”

- Mengatur dengan tegas bahwa pasal-pasal pada bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara” tidak dapat diterapkan, setidaknya-tidaknya kepada pihak-pihak antara lain:
 - Orang yang menyerukan penentuan nasib sendiri (*self-determination*) secara damai;
 - Peserta aksi demonstrasi meminta penentuan nasib sendiri (*self-determination*) yang tidak ikut melakukan tindakan kekerasan yang terjadi pada aksi demonstrasi tersebut;
 - Orang yang menggunakan simbol-simbol tertentu, seperti bendera atau simbol lainnya dari suatu gerakan, sepanjang terbukti bahwa simbol tersebut tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan kekerasan, termasuk orang yang membawa senjata tajam ketika menggunakan simbol-simbol tersebut sepanjang tidak terdapat bukti bahwa tindakan membawa senjata tajam itu memiliki hubungan dengan penggunaan simbol tersebut.





BAB VI

KESIMPULAN DAN REKOMENDASI

Penelitian ini telah menganalisis berbagai ketentuan pidana terkait dengan ekspresi serta analisis berbagai putusan pengadilan dengan pendekatan standar dan norma HAM tentang kebebasan berekspresi. Pada Bab-Bab sebelumnya, utamanya Bab III dan Bab IV dan Bab V telah diuraikan kesimpulan dan rekomendasi yang spesifik. Kesimpulan dan Rekomendasi dalam Bab VI ini adalah kesimpulan dan rekomendasi umum, yang terangkum sebagai berikut:

1. Kebebasan beropini dan berekspresi adalah kondisi yang sangat diperlukan untuk perkembangan manusia, sangat penting untuk masyarakat serta menjadi dasar dalam masyarakat yang bebas dan demokratis. Kebebasan berekspresi juga merupakan kondisi penting untuk pemenuhan (*realization*) prinsip transparansi dan akuntabilitas yang penting untuk pemajuan perlindungan HAM, serta menjadi basis atas penikmatan penuh hak-hak asasi manusia lainnya.
2. Hukum HAM internasional sangat kuat mengakui dan menjamin hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi. Hak tersebut mencakup berbagai hak yang luas yakni hak untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari media yang digunakan, baik secara lisan, tertulis, atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya. Bentuk-bentuk ekspresi diantaranya ekspresi secara umum, ekspresi politik, ekspresi keagamaan, ekspresi simbolik, dan ekspresi seni. Berbagai bentuk ekspresi tertentu juga sangat kuat dilindungi, misalnya ekspresi berupa kritik kepada pejabat atau badan-badan publik. Semua pejabat publik, termasuk yang orang-orang memegang jabatan politik yang tinggi seperti kepala negara merupakan subyek yang sah untuk dikritik.
3. Kebebasan berekspresi merupakan hak yang dapat dibatasi dengan syarat-syarat pembatasan yang dibolehkan (*permissible limitations/ restrictions*). Segala bentuk pembatasan agar dapat dikatakan sah (*justified*) harus memenuhi tiga tahap pengujian (*three part test*) yakni secara khusus diatur dalam UU, pembatasan untuk tujuan yang diperbolehkan, dan pembatasan harus proporsional dan memang diperlukan (*necessity*) dalam masyarakat demokratis. Segala bentuk pembatasan kebebasan berekspresi tidak boleh membahayakan penikmatan hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi itu sendiri.
4. Sejalan dengan hukum HAM internasional, peraturan perundang-undangan Indonesia juga mengakui dan menjamin hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi. Hak tersebut merupakan hak fundamental (*fundamental rights*) dan dijamin dalam Konstitusi Indonesia, UUD 1945 dan berbagai perundang-undangan di Indonesia lainnya di antaranya UU HAM, UU Pers dan KIHSP (UU No. 12 Tahun 2005).

5. Hukum pidana pada satu sisi merupakan instrumen untuk melindungi hak-hak asasi (*protect rights*) termasuk melindungi ekspresi dan pada sisi yang lain adalah instrumen membatasi perbuatan tertentu. Posisi hukum pidana dalam HAM adalah saling berkaitan dan melengkapi karena adanya berbagai prinsip dan nilai yang sama antar keduanya, misalnya prinsip proporsionalitas, keperluan (*necessity*), serta prinsip-prinsip kebenaran dan keadilan (*fairness*). Pengaturan dan penerapan hukum-hukum pidana memerlukan keseimbangan dalam konteks fungsi publiknya, yakni memberikan panduan atau kejelasan pada warga negara tentang perbuatan yang dilarang oleh hukum serta menjaga ketertiban publik dalam masyarakat yang demokratis.
6. Ketentuan-ketentuan pidana dalam KUHP merupakan ketentuan yang bersifat membatasi perbuatan tertentu yang bersinggungan dengan penikmatan HAM (*enjoyment of rights*), termasuk ekspresi warga negara. Tindak pidana tentang penghinaan, ujaran kebencian dan permusuhan, dan makar adalah ketentuan-ketentuan pidana yang pada satu sisi dimaksudkan untuk melindungi hak dan kepentingan tertentu namun pada sisi lain berpotensi melanggar hak-hak asasi yang telah diakui dan dijamin jika diterapkan secara sewenang-wenang.
7. Analisis atas ketentuan-ketentuan pidana terkait penghinaan, ujaran kebencian dan permusuhan serta kejahatan terhadap keamanan negara dalam KUHP dan UU ITE menunjukkan:
 - a. Sebagian besar merupakan ketentuan yang masih menggunakan paradigma masa lalu, yang lebih berfokus atau bertujuan untuk menjaga ketertiban umum dan menjaga kekuasaan publik serta alat kontrol bagi publik. Produk hukum yang baru yang lahir paska reformasi, misalnya ketentuan-ketentuan dalam UU ITE, juga masih kuat dirumuskan dengan paradigma dan tujuan yang sama dengan pengaturan di KUHP.
 - b. Keseluruhan ketentuan pidana yang dianalisis, yakni Pasal 310, Pasal 311, Pasal 136, dan Pasal 157 KUHP; Pasal 27 ayat (3) dan Pasal 28 ayat (2) UU ITE; dan Pasal 104 dan Pasal 106 KUHP, mempunyai kelemahan-kelemahan sebagai berikut:
 - 1) ketentuan dirumuskan tidak cukup jelas dan dirumuskan secara luas tanpa ada penjelasan yang memadai dan hal ini bertentangan dengan prinsip kejelasan (*lex certa*) dalam hukum pidana. Hal ini misalnya mengenai pengertian unsur-unsur tindak pidana terkait penghinaan (Pasal 27 ayat 3 UU ITE), frasa menimbulkan rasa kebencian dan frasa “menyebarkan informasi” (Pasal 28 ayat 2 UU ITE) yang dapat diinterpretasikan secara luas baik dalam konteks “menyebarkan” atau “diseminasi”. Adanya SKB UU ITE, patut diapresiasi karena memberikan cakupan dan penjelasan tambahan dan panduan perumusan yang

- lebih ketat pada Pasal 27 ayat (3) UU ITE dan Pasal 28 (2) UU ITE.
- 2) adanya kesalahan penerjemahan dalam KUHP Indonesia dari definisi asli dari KUHP Belanda yang berpengaruh atas penerapannya, yakni terkait kata "Makar", yang sekarang ini dipahami sebagai "treason", yang dalam KUHP Belanda berasal dari kata "aanslag" atau serangan yang bersifat berat atau mengandung unsur-unsur kekerasan. Kesalahan penerjemahan ini menimbulkan dampak pada penafsiran kata "makar" yang luas dan multi-interpretasi.
 - 3) sejumlah ketentuan diatur dan dirumuskan sangat subyektif untuk merespon perbuatan tertentu dan mendasarkan pada dampak yang subyektif misalnya perasaan dihina atau diserang martabat atau nama baiknya serta perumusan yang menekankan pada dampak subjektif bahwa perbuatan tertentu menimbulkan kebencian atau permusuhan.
- c. Berbagai permasalahan dalam perumusan tindak pidana tersebut berdampak pada sulitnya membedakan antara ekspresi yang memang dapat dibatasi secara sah (*legitimate limitation*) menggunakan hukum pidana dengan ekspresi yang seharusnya dilindungi dan tidak dapat dipidana atau seharusnya ditangani dengan dengan langkah-langkah non-pidana.
8. Analisis atas putusan dalam perkara pidana penghinaan, ujaran kebencian dan permusuhan serta tindak pidana kejahatan terhadap keamanan negara khususnya yang memuat kata "makar" menunjukkan berbagai permasalahan, yakni:
- a. Interpretasi atau penafsiran unsur-unsur tindak pidana yang kurang tepat, yang diantaranya bersumber dari perumusan pengaturan yang tidak jelas, longgar dan multi-interpretasi. Dalam hal adanya panduan atas interpretasi yang lebih jelas, misalnya dalam Pedoman SKB tentang UU ITE, juga belum diterapkan dengan tepat. Dalam konteks interpretasi, juga tidak ada interpretasi yang seragam dalam sistem peradilan pidana karena yurisprudensi dari pengadilan tertinggi tidak bersifat mengikat baik pada putusan pengadilan yang sama atau pengadilan yang lebih rendah.
 - b. Pengadilan seringkali tidak mempertimbangkan perlindungan HAM, utamanya terkait dengan hak terdakwa untuk berekspresi. Dalam hal terdapat pembelaan terdakwa bahwa bahwa perbuatan mereka merupakan bentuk dari pelaksanaan kebebasan berekspresi, tidak cukup dipertimbangkan oleh majelis hakim. Dalam sejumlah kasus, misalnya kasus "makar", hakim mengakui bahwa Terdakwa mempunyai kebebasan berekspresi, namun dalam putusan tidak diberikan pertimbangan yang memadai dalam menilai pentingnya kebebasan berekspresi.
 - c. Putusan juga seringkali tidak cukup memberikan landasan argumentasi yang seimbang antara kepentingan melindungi keamanan nasional

dengan kepentingan perlindungan kebebasan berekspresi sebagai hak konstitusional yang penting dalam masyarakat yang demokratis sebagaimana mandat konstitusi. Dalam berbagai putusan, hak atas kebebasan berekspresi belum dilihat sebagai hak yang fundamental dan harus dilindungi ketika bersinggungan dengan perlindungan kepentingan-kepentingan lain.

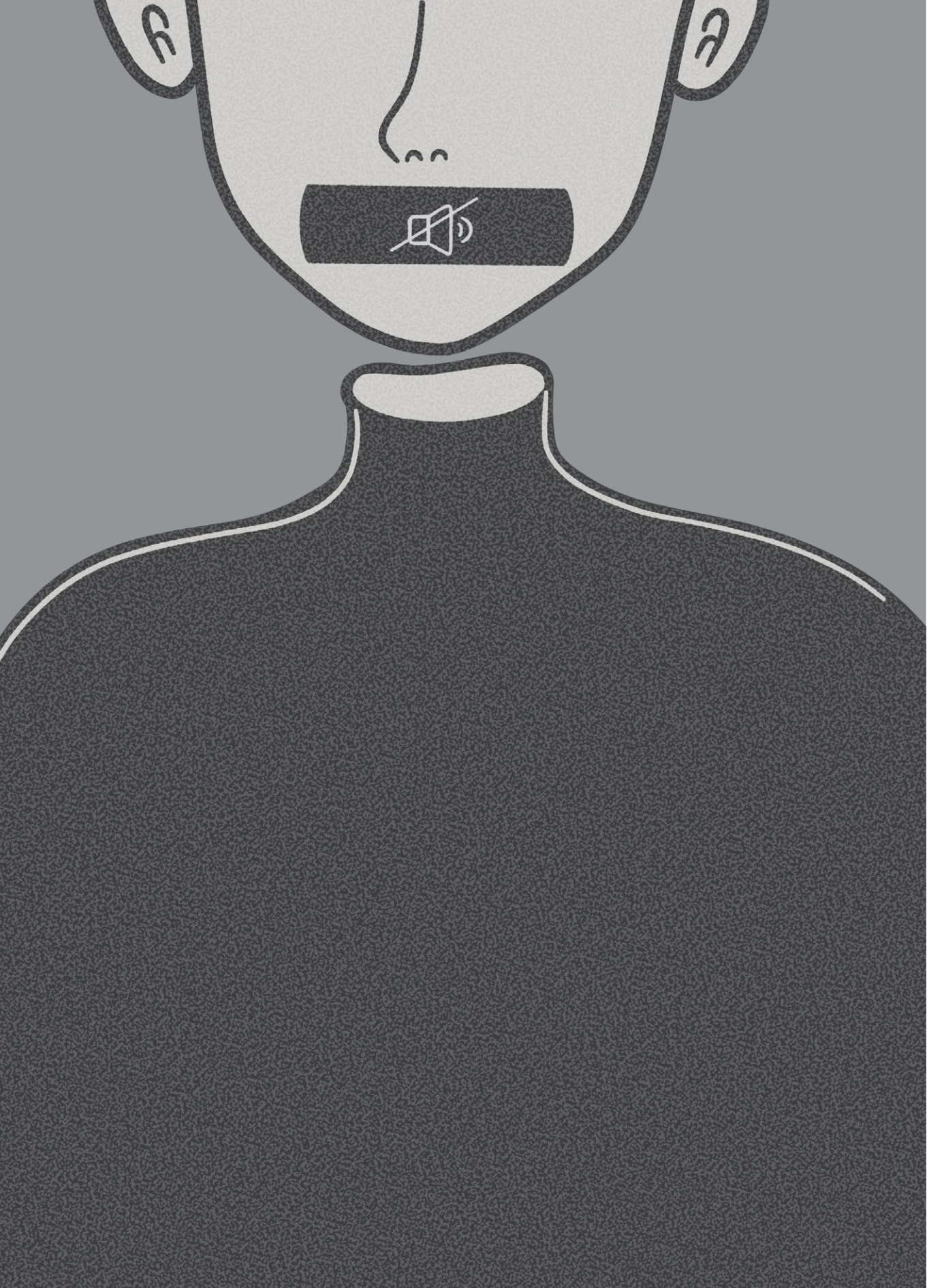
- d. Dalam hal pembelaan atas kebebasan berekspresi dipertimbangkan, argumen dan pertimbangan tentang kebebasan berekspresi tersebut seringkali tidak memadai serta tidak sesuai dengan norma dan standar jaminan hak atas kebebasan berekspresi. Penafsiran atas apakah suatu ekspresi harus dilindungi atau suatu ekspresi dapat dibatasi belum menggunakan standar dan norma pembatasan atau indikator pengujian, misalnya menggunakan model *three part test*. Hal ini misalnya ketentuan tentang penghinaan, yang dimaksudkan untuk melindungi reputasi orang lain (meski standar HAM internasional menyarankan kasus-kasus penghinaan tidak dikenai pidana) justru digunakan untuk melindungi reputasi pejabat publik dan badan/institusi negara terlebih institusi-institusi tersebut adalah institusi negara seperti presiden dan kepolisian serta melindungi institusi bisnis seperti korporasi.
9. Analisis terhadap putusan juga menunjukkan bahwa terdapat masalah dengan kompetensi penegak hukum, termasuk para hakim. Dua isu terkait kompetensi tersebut, yaitu kompetensi dalam membangun dasar-dasar hukum (*legal reasoning*) dalam putusan pengadilan dan minimnya pengetahuan dan pemahaman tentang norma dan standar hak asasi manusia dalam instrumen-instrumen hukum HAM baik internasional maupun nasional (*legal sources*).

Rekomendasi: [Uraian detail dapat dilihat dalam Lampiran 1]

1. Hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi yang telah diakui dan dijamin dalam peraturan perundangan Indonesia dan hukum HAM internasional haruslah dipahami sebagai hak yang fundamental yang sangat penting dalam pembangunan bangsa, kehidupan sosial, berjalannya demokrasi di Indonesia. Hak ini harus diberikan perlindungan yang tinggi, termasuk dalam hal terjadi kontestasi perlindungan antar hak dalam proses peradilan pidana.
2. Peraturan perundang-undangan Indonesia yang mengakui dan menjamin hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi mempunyai kedudukan yang sangat kuat, utamanya bahwa hak ini diakui dan dijamin dalam UUD 1945 yang merupakan hak konstitusional. Dalam hal suatu ekspresi dituduh sebagai tindak pidana maka ketentuan-ketentuan hukum yang mengakui dan menjamin hak atas kebebasan berekspresi haruslah dipertimbangkan atau diposisikan setara dengan ketentuan-ketentuan hukum pidana.

3. Interpretasi atas cakupan dan batasan kebebasan berekspresi dalam proses proses penegakan hukum dan peradilan pidana haruslah sesuai dengan standar norma-norma HAM internasional tentang kebebasan berekspresi. Majelis hakim dan penegak hukum lainnya perlu menerapkan metode uji tiga tahap, yang dirumuskan berdasarkan Pasal 19 KIHSP, untuk menilai apakah suatu ekspresi merupakan ekspresi yang sah (*legitimate*), lebih tinggi untuk dilindungi, atau merupakan ekspresi yang patut dikenakan hukuman pidana. Pengujian ini juga termasuk dalam menerapkan bentuk hukuman yang proporsional dengan kesalahan terdakwa dengan mempertimbangkan dampaknya pada aspek perlindungan ekspresi warga negara.
4. Penerapan perlindungan kebebasan berekspresi dalam proses peradilan pidana harus dilakukan dengan secara seimbang sejalan dengan pertimbangan terkait dengan penerapan unsur-unsur tindak pidana. Dalam hal terdakwa menyatakan bahwa perbuatan mereka adalah pelaksanaan kebebasan berekspresi, maka majelis hakim dan penegak hukum lainnya juga perlu secara seksama memperhatikan perlindungan atas hak berekspresi tersebut.
5. Terkait dengan pengaturan, perlu ada perubahan dan pencabutan atas sejumlah pengaturan dalam pasal-pasal terkait dengan penghinaan, ujaran kebencian dan permusuhan serta tindak pidana makar:
 - a. Orientasi hukum pidana perlu disesuaikan dengan perkembangan iklim demokrasi dan perlindungan hak asasi manusia serta hukum pidana modern. Paradigma lama hukum pidana yang lebih berfokus pada menjaga “ketertiban umum” dan menjaga kekuasaan publik serta alat kontrol bagi publik haruslah ditinggalkan dan merumuskan ketentuan hukum pidana yang melindungi hak-hak warga negara, mendukung perkembangan manusia dan memfasilitasi kehidupan demokrasi dan perlindungan HAM.
 - b. Tindak pidana penghinaan, ujaran kebencian dan permusuhan serta tindak pidana makar perlu dirumuskan ulang dengan perumusan yang lebih jelas dan ketat untuk menghindari penafsiran yang longgar dan luas, yang berdampak pada pelanggaran kebebasan berekspresi. Hal ini misalnya dalam memperketat perumusan ketentuan pidana yang tidak sekedar memfasilitasi perasaan dihina atau diserang martabat atau nama baik atau perasaan yang menimbulkan kebencian atau permusuhan. Setiap unsur tindak pidana juga perlu diberikan penjelasan yang memadai untuk memastikan penerapannya tidak eksekutif dan melanggar kebebasan berekspresi. Selain itu, penyelesaian kasus-kasus terkait dengan kebebasan berekspresi perlu dilakukan dengan alternatif penyelesaian non-pidana dan menjauhkan atau menghindarkan penggunaan sanksi-sanksi pemenjaraan.

- c. Pencabutan pasal juga dilakukan terhadap Pasal 27 (3) UU ITE karena secara esensi serupa dengan pengaturan dalam KUHP.
6. Terkait dengan penerapan dan penafsiran unsur-unsur tindak pidana:
 - a. Interpretasi atau penafsiran unsur-unsur tindak pidana harus lebih akurat dan ketat yang disertai dengan argumen hukum yang memadai. Di tengah ketiadaan keseragaman penafsiran unsur tindak pidana, hakim mempunyai kewenangan yang cukup besar dalam melakukan penafsiran namun tetap berpedoman pada maksud dari ketentuan yang ada dan dalam batas-batas ketentuan pidana yang dirumuskan.
 - b. Interpretasi unsur-unsur tindak pidana, dalam hal berkaitan dengan isu kebebasan berekspresi, haruslah disandingkan dengan interpretasi atas cakupan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi. Hal ini misalnya suatu ekspresi yang dianggap sebagai penghinaan haruslah diuji dengan seksama, misalnya apakah ada kepentingan publik dan siapa target ekspresi tersebut. Standar dan norma HAM mengatur, salah satunya, bahwa tidak dapat dianggap sebagai penghinaan jika merupakan opini atau kritik terhadap pejabat publik dan badan-badan publik. Demikian pula dengan tuduhan melakukan makar, harus diuji apakah perbuatan tersebut terkait dengan pelaksanaan dari ekspresi politik yang seharusnya justru dilindungi.
 7. Terkait dengan interpretasi dan penerapan norma-norma HAM, majelis hakim dan penegak hukum lainnya perlu secara memadai menguraikan argumen perlindungan hak yang dalam konteks ini adalah hak atas kebebasan berekspresi, dengan:
 - a. Menggunakan rujukan norma-norma HAM dalam hukum nasional dan hukum HAM internasional baik dalam bentuk *hard laws* dan *soft laws*.
 - b. Menggunakan metode pengujian tiga tahap (*three part test*), yakni: (1) apakah pembatasan kebebasan berekspresi diatur dalam UU; (2) apakah pembatasan mempunyai salah satu tujuan yang sah berdasarkan pembatasan yang diperbolehkan; (3) apakah pembatasan diperlukan dalam masyarakat yang demokratis dan dilakukan secara proporsional.
 8. Peningkatan dengan kompetensi penegak hukum, termasuk para hakim, yakni terkait dengan kompetensi dalam membangun dasar-dasar hukum (*legal reasoning*) dan kompetensi terkait dengan pengetahuan dan pemahaman norma dan standar HAM baik yang diatur dalam hukum nasional maupun dalam hukum HAM internasional.





DAFTAR PUSTAKA

A. Buku/Jurnal/Laporan

- _____. (1921). *Kitab Oendang-Oendang Hukuman bagi Hindia Belanda*. Weltevreden: Balai Poestaka
- Anggara. (2017). *Indonesia's Legal Framework on Defamation Law*. Indonesia Criminal Law Update, Issue No. 3/2017. Jakarta: ICJR
- Anggara dkk. (2016). *Menimbang Ulang Pasal 27 ayat (3) UU ITE dalam Putusan Pengadilan*. Jakarta: ICJR
- Arsil (Ed.). (2021). *Terjemahan Beberapa Bagian Risalah Pembahasan Wetboek van Strafrecht dan Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsche Indië, (KUHP Belanda dan KUHP Indonesia)*. Jakarta: ICJR
- ARTICLE 19. (1993). *The ARTICLE 19 Freedom of Expression Handbook: International and Comparative Law, Standards and Procedures*. London: ARTICLE 19
- ARTICLE 19. (2015). *Hate Speech" Explained – A Toolkit 2015 Edition*. London: ARTICLE 19
- ARTICLE 19. (2017). *Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation, Policy Brief*. London: ARTICLE 19
- Basuki, Tobias dkk. (2018). *Unintended Consequences: Dampak Sosial dan Politik UU Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) 2008*. Jakarta: Centre for Strategic and International Studies
- Boediharjo. R. (1920). *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indië: Kitab Hoekoem Oentoek Tanah Hindia Belanda*. Kediri: Toko Soerabaja
- Broecker, Christen. (2010). *Turning Critics into Criminals*. New York: Human Rights Watch
- Brown, Alexander. (2020). *Models of Governance of Online Hate Speech: On the emergence of collaborative governance and the challenges of giving redress to targets of online hate speech within a human rights framework in Europe*. Strasbourg: Council of Europe
- Budiman, Adhigama A. dkk. (2021). *Studi Tentang Penerapan UU ITE di Indonesia: Mengatur Ulang Kebijakan Pidana di Ruang Siber*. Jakarta: ICJR
- Bychawska – Siniarska, Dominika. (2017). *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights A Handbook for legal practitioners* Strasbourg: Council of Europe
- Chen, Peter John. (2013). *Australian Politics in a Digital Age, Chapter III: Social Media*. Canberra: ANU Press
- De Zúñiga, Homero Gil, Logan Molyneux, dan Pei Zheng. (2014). *Social Media, Political Expression, and Political Participation: Panel Analysis of Lagged and Concurrent Relationships*. Journal of Communication, vol. 64, pp. 612–634. Washington: International Communication Association
- Descheemaeker, Eric. (2011). *A Man of Bad Character has Not So Much to Lose': Truth as a Defence in the South African Law of Defamation*. Edinburgh: University of Edinburgh School of Law

- Djafar, Alamsyah M. dan Faida Mardika. (2020). *Meredam Kebencian: Satu Dekade Pemantauan Siar Kebencian keagamaan di Indonesia*. Jakarta: Wahid Foundation
- Djafar, Wahyudi dan Zainal Abidin. (2014). *Membelenggu Ekspresi: Studi Kasus mengenai Praktik Pemblokiran/Penyaringan Konten Internet dan Kriminalisasi Pengguna Internet di Indonesia*. Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat
- Gladkikh, Elena. (2013). *Standing Up for the Right to Free Political Expression: the ECtHR Jurisprudence, Lessons for Russia*. Tesis. Central European University, Budapest
- Hamzah, Andi. (2015). *Delik-Delik Tertentu (Speciale Delicten) dalam KUHP*. Jakarta: Sinar Grafika
- Imparsial. (2015). *Penebaran Kebencian: Studi Pengaturan Penebaran Kebencian di Indonesia*. Jakarta: Imparsial
- Jayawickrama, Nihal. (2017). *The Judicial Application of Human Rights Law National, Regional and International Jurisprudence Second Edition*. Cambridge: Cambridge University Press
- Jonkers, Mr. J. E. (1987). *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda*. Jakarta: Bina Aksara
- Kaang, Myungkoo dkk. (ed). (2020). *Hate Speech in Asia and Europe: Beyond Hate and Fear*. Oxford: Routledge
- Kanter, E. Y. dan S. R. Sianturi. (2012). *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Jakarta: Stora Grafika
- Lamintang, P. A. F. (2011). *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*. Bandung: Citra Aditya Bakti
- Lamintang, P.A.F. dan Theo Lamintang. (2010). *Delik-Delik Khusus Kejahatan terhadap Kepentingan Hukum Negara*. Jakarta: Sinar Grafika
- LelP. (2018). *Penafsiran Terhadap Pasal 156A Huruf a KUHP tentang Penodaan Agama (Analisis Hukum dan Hak Asasi Manusia)*. Jakarta: LelP
- Lewis, Tom dan Peter Cumper. (2009). *Balancing freedom of political expression against freedom of political opportunity: the courts and the UK's broadcasting ban on political advertising*, Public Law, pp. 89-111. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell
- Lintz, Johan Marius. (2007). *De plaats van de Wet terroristische misdrijven in het materiële strafrecht (The Position of the Terrorist Offences Act in Dutch Substantive Criminal Law)*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers
- Luciano, Pellegrino A. (2011). *Where are the Edges of a Protected Area? Political Dispossession in Machu Picchu, Peru*. Conservation & Society, 2011, Vol. 9, No. 1 (2011) pp. 35-41. India: Ashoka Trust for Research in Ecology and the Environment and Wolters Kluwer India Pvt. Ltd.
- Mahkamah Agung Republik Indonesia. (2013). *Klapper Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1969-1984*. Jakarta: Mahkamah Agung

- Republik Indonesia
- Marino, Catalina Botero. (2010). *The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression*. Washington D.C.: Inter-American Commission on Human Rights
- McCorquodale, Robert. (1994). *Self-Determination: A Human Rights Approach*. The International and Comparative Law Quarterly, vol. 43, no. 4. Cambridge: Cambridge University Press
- Moeljatno. (2007). *KUHP Kitab Undang-undang Hukum Pidana*. Jakarta: Bumi Aksara
- Nærland, Torgeir Uberg. (2014). *Rhythm, rhyme and reason: hip hop expressivity as political discourse*. Popular Music Vol. 33, No. 3 (October 2014), pp. 473-49. Cambridge: Cambridge University Press
- Nowak, Manfred. (2005). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2nd ed*. Kehl: N. P. Engel
- Poulsen, Joseph T. (2016). *Compelled Speech—Connecticut and Massachusetts: Inadvertently Inviting Suppression of Dissent Political Expression*. 38 W. NewEng. L. Rev. 89. Springfield: Western New England University
- Pusat Bahasa. (2008). *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ke-4*. Jakarta: Departemen Pendidikan Nasional
- Remmelink, J. (2014). *Pengantar Hukum Pidana Material 1: Inleiding Tot De Studei Van Het Nederlandse Strafrecht*. Yogyakarta: Maharsa
- SAFEnet. (2022). *Laporan Situasi Hak-hak Digital Indonesia 2021 Pandemi Memang Terkendali Tapi Represi Digital Terus Berlanjut*. Denpasar: SAFEnet
- SAFEnet. (2022). *Laporan Riset: Ujaran Kebencian di Ranah Digital: Korban, Pelaku dan Metode Penanganan, Studi Kasus Empat Wilayah di Indonesia*. Denpasar: SAFEnet
- Sianturi, S. R. (1983). *Tindak Pidana di KUHP Beserta Uraiannya*. Jakarta: Alumni
- Smet, Stijn. (2010). *Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict*. American University International Law Review, vol. 26, no. 1. Washington D.C.: Washington College of Law American University
- Smidt, Mr. H. J. (1891). *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel; Tweede Druk, Book II*. Haarlem: H.D. Tjeenk Willink
- Soesilo, R. (2013). *KUHP serta Komenta-komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*. Bogor: Politeia
- Van Kempen, P.H.P.H.M.C. (ed). (2014). *Criminal Law and Human Rights, 2nd ed*. Farnham: Ashgate Publising Limited, 2014
- Velasquez, Alcides dan Hernando Rojas. (2017). *Political Expression on Social Media: The Role of Communication Competence and Expected Outcomes*. Social Media + Society, Januari-Maret, pp. 1 –13. California: SAGE Publishing
- Vosloo. Michelle. (2011). *When Political Expression Turns into Hate Speech: Is limitation through legislative criminalisation the answer?. Tesis*. University of South Africa, Pretoria

- Wulandari, Widati dan Tristam P. Moeliono. (2017). *Problematika Pengertian Aanslag-Aanslag tot en feit: Perbandingan Makar dalam KUHP, WvSNI dan Sr.. "PADJADJARAN"* Jurnal Ilmu Hukum Volume 4 Nomor 3 Tahun 2017. Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran
- Young jr, Alford A. (2011). *The Black Masculinities of Barack Obama: Some Implications for African American Men*. Daedalus, Spring 2011, Vol. 140, No. 2, Race, Inequality & Culture, volume 2 (Spring 2011), pp. 206-214. Massachusetts: MIT Press

B. Peraturan Perundang-undangan

I. Indonesia

- Indonesia, *Undang-undang Dasar 1945*
Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)
- Indonesia, *Undang-undang No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana*.
- Indonesia, *Undang-undang No. 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 Republik Indonesia Tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia Dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*
- Indonesia, *Ketetapan MPR RI No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia*
- Indonesia, *Undang-undang PNPS No. 1 Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama*
- Indonesia, *Keputusan Presiden No. 85 Tahun 1998 tentang Pemberian Amnesti dan Abolisi Kepada Beberapa Terpidana Yang Terlibat Dalam Tindak Pidana Tertentu*
- Indonesia, *Undang-undang No. 2 Tahun 1999 tentang Partai Politik*
- Indonesia, *Undang-undang No. 3 Tahun 1999 tentang Pemilu*
- Indonesia, *Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia*
- Indonesia, *Undang-undang No. 40 Tahun 1999 tentang Pers*
- Indonesia, *Undang-undang No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik*.
- Indonesia, *Undang-undang No. 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik*
- Indonesia, *Undang-undang No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis*
- Indonesia, *Undang-undang No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi*
- Indonesia, *Undang-undang No. 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, serta Lagu Kebangsaan*
- Indonesia, *Undang-undang No. 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No. 2 Tahun 2017*

- Indonesia, *Undang-undang No. 7 Tahun 2017 tentang Pemilihan Umum*
- Indonesia, *Surat Keputusan Bersama (SKB) Menteri Komunikasi dan Informatika Republik Indonesia No. 229 Tahun 2021, Jaksa Agung Republik Indonesia, No. 154 Tahun 2021, dan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia No. KB/2/VI/2021 tentang Pedoman Implementasi atas Pasal Tertentu dalam UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah dengan UU No. 19 Tahun 2016*
- Kementerian Komunikasi dan Informatika, Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, diakses melalui <http://jamalwiwoho.com/wp-content/uploads/2010/10/NA-RUU-ITE.pdf>
- Kepolisian RI, *Surat Edaran Kapolri No. SE/06/2015 tentang Penanganan Ujaran Kebencian (Hate Speech)*

II. **Negara Lain**

- Belgia. *Code Penal (KUHP Belgia)*. diakses dari https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6e/BELG_CC_fr.pdf
- Jerman. *Strafgesetzbuch - StGB (KUHP Jerman)*. diakses dari <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html>. Versi Bahasa Inggris dapat diakses melalui https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0881
- Perancis. *Code Pénal (KUHP Perancis)*. diakses dari https://legislationline.org/sites/default/files/documents/50/France_CC_am012020_fr.pdf

C. **Instrumen HAM Internasional dan Dokumen PBB**

- ARTICLE 19. (1996). *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*. London: ARTICLE 19
- ARTICLE 19. (2009). *The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*. London: ARTICLE 19
- Dewan HAM PBB. (2010). *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Mr. Frank La Rue*. A/HRC/14/23
- Dewan HAM PBB. (2009). *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development*. Human Rights Council Resolution 12/16. A/HRC/RES/12/16
- Dewan HAM PBB. (2015). *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. David Kaye*. A/HRC/29/32
- Dewan HAM PBB. (2014). *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*. Human Rights Council Resolution 26/13. A/HRC/

- RES/26/13
- Dewan HAM PBB. (2016). *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*. Human Rights Council Resolution 32/13. A/HRC/RES/32/13
- Dewan HAM PBB. (2017). *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye*. A/HRC/35/22
- Dewan HAM PBB. (2018). *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye*. A/HRC/38/35: 6
- Guterres, Antonio. (2019). *The United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presence*
- Komisi HAM PBB. (1984). *The Siracusa Principles on The Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights/Prinsip-prinsip Siracusa tentang Peraturan Pembatasan dan Derogasi dalam ICCPR*. E/CN.4/1985/4
- Komite HAM PBB. (1994). *Report of the Special Rapporteur, Mr. Abid Hussain, pursuant to Commission on Human Rights resolution 1993/45*. E/CN.4/1995/32
- Komite HAM PBB. (2011). *General Comment No. 34 "Article 19: Freedom of Opinion and Expression"/Komentar Umum No. 34 ICCPR, "Pasal 19: Kebebasan Atas Beropini dan Berkespres"*. CCPR/C/GC/34
- Komite HAM PBB. (2020). *General Comment No. 37 "Article 21: Rights of Peaceful Assembly"/Komentar Umum No. 37, "Pasal 21: Hak Untuk Berkumpul Secara Damai"*, CCPR/C/GC/37
- Komisi Tinggi HAM PBB. (2013). *The Rabat Plan of Action on the Prohibition of Advocacy of National, Racial or Religious Hatred That Constitutes Incitement to Discrimination, Hostility or Violence*. A/HRC/22/17/Add.4
- Lanza, Edison. (2016). *Annual Report of The Office of The Special Rapporteur for Freedom of Expression, dalam Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2016, vol. II*
- Majelis Umum PBB. (1948). *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)/Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM)*. General Assembly resolution 217 A
- Majelis Umum PBB. (1960). *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, General Assembly Resolution 1514 (XV)
- Majelis Umum PBB. (1966). *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)/Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (KIHSP)*. General Assembly resolution 2200A (XXI)
- Majelis Umum PBB. (2014) *The right to privacy in the digital age*, General Assembly Resolution 68/167. A/RES/68/167
- Majelis Umum PBB. (2019). *The promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/74/486

- Sekretaris Jenderal PBB. (2020). *Secretary-General Denounces 'Tsunami' of Xenophobia Unleashed amid COVID-19, Calling for All-Out Effort against Hate Speech*. Press Release: 8 May 2020
- Venice Commission. (2019). *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*

D. Putusan/Keputusan

I. *Putusan Pengadilan Indonesia*

Mahkamah Konstitusi

- Mahkamah Konstitusi RI, *Putusan No. 013-022/PUU-IV/2006*
- Mahkamah Konstitusi RI, *Putusan No. 6/PUU-V/2007*
- Mahkamah Konstitusi RI, *Putusan No. 50/PUU-VI/2008*
- Mahkamah Konstitusi RI, *Putusan No. 31/PUU-XIII/2015*
- Mahkamah Konstitusi RI, *Putusan No. 76/PUU-XV/2017*

Pengadilan Tingkat Pertama

- Pengadilan Negeri Ambon, *Putusan No. 284/Pid.B/2008/PN.Ab*
- Pengadilan Negeri Ambon, *Putusan No. 291/Pid.B/2014/PN.Amb*
- Pengadilan Negeri Ambon, *Putusan No. 297/Pid.B/2014/PN.Amb*
- Pengadilan Negeri Ambon, *Putusan No. 299/Pid.B/2014/PN.Amb*
- Pengadilan Negeri Ambon, *Putusan No. 300/Pid.B/2014/PN.Amb*
- Pengadilan Negeri Ambon, *Putusan No. 307/Pid.B/2014/PN.Amb*
- Pengadilan Negeri Ambon, *Putusan No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb*
- Pengadilan Negeri Ambon, *Putusan No. 212/Pid.B/2020/PN.Amb*
- Pengadilan Negeri Banda Aceh, *Putusan No. 248/Pid.Sus/2021/PN Bna*
- Pengadilan Negeri Balikpapan, *Putusan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp*
- Pengadilan Negeri Balikpapan, *Putusan No. 34/Pid.B/2020/PN.Bpp*
- Pengadilan Negeri Batam, *Putusan No. 36/ Pid.Sus/2021/PN Btm.*
- Pengadilan Negeri Cianjur, *Putusan No. 182/PID.Sus /2015/PN.Cjr*
- Pengadilan Negeri Denpasar, *Putusan No. 732/Pid.B/2013/PN.Dps.*
- Pengadilan Negeri Denpasar, *Putusan No. 828/Pid. Sus/2020/PN.Dps.*
- Pengadilan Negeri Fakfak, *Putusan No. 56/Pid.B/2020/PN.Ffk.*
- Pengadilan Negeri Gorontalo, *Putusan No. 199/Pid.B/2013/PN.Gtlo*
- Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, *Putusan No. 1521/Pid.Sus/2017/PN Jkt.Pst.*
- Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, *Putusan No. 84/PID.Sus/2019/PN. Jkt.Pst.*
- Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, *Putusan No. 1116/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.*
- Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, *Putusan No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.*
- Pengadilan Negeri Jakarta Selatan, *Putusan No. 370/Pid.Sus/2018/PN.Jkt.Sel.*
- Pengadilan Negeri Jayapura, *Putusan No. 294/Pid.B/2012/PN.Jpr*
- Pengadilan Negeri Kalabahi, *Putusan No. 39/Pid.Sus/2018/PN Klb*
- Pengadilan Negeri Kalabahi, *Putusan No. 40/Pid.Sus/2018/PN Klb*

Pengadilan Negeri Kebumen, *Putusan No. 223/Pid.Sus/2018/PN Kbm*
 Pengadilan Negeri Kuala Simpang, *Putusan No. 288/Pid.B/2010/PN.Ksp.*
 Pengadilan Negeri Kualasimpang, *Putusan No. 380/Pid.Sus/2018/PN.Ksp.*
 Pengadilan Negeri Luwuk, *Putusan No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk.*
 Pengadilan Negeri Mataram, *Putusan No. 393/Pid.B/2018/PN Mtr*
 Pengadilan Negeri Medan, *Putusan No. 151/Pid.Sus/2021/PN.Mdn.*
 Pengadilan Negeri Medan, *Putusan No. 1845/Pid.Sus/2021/PN Mdn.*
 Pengadilan Negeri Muaro, *Putusan No. 32/Pid.B/2016/PN Mrj*
 Pengadilan Negeri Muaro, *Putusan No. 45/PID.B/2012/PN.MR.*
 Pengadilan Negeri Pandeglang, *Putusan No. 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl*
 Pengadilan Negeri Pangkalpinang, *Putusan No. 231/Pid.Sus/2018/PN Pgp.*
 Pengadilan Negeri Pekalongan, *Putusan No. 259/Pid.Sus/2019/PN Pkl.*
 Pengadilan Negeri Pekan Baru, *Putusan No.465/Pid.Sus/2017/PN.Pbr.*
 Pengadilan Negeri Poso, *Putusan No. 262/Pid.Sus/2017/PN Pso*
 Pengadilan Negeri Rote Ndao, *Putusan No. 36/Pid.B/2008/PN.RND.*
 Pengadilan Negeri Sanggau, *Putusan No. 336/Pid.B/2016/PN Sag*
 Pengadilan Negeri Sorong, *Putusan No. 116/Pid.B/2013/PN.SRG*
 Pengadilan Negeri Sorong, *Putusan No. 117/Pid.B/2013/PN.SRG*
 Pengadilan Negeri Sorong, *Putusan No. 118/Pid.B/2013/PN.SRG*
 Pengadilan Negeri Sorong, *Putusan No. 119/Pid.B/2013/PN.SRG*
 Pengadilan Negeri Sukoharjo, *Putusan No. 87/Pid.Sus/2019/PN Skh.*
 Pengadilan Negeri Surabaya, *Putusan No. 3120/Pid.Sus/2018/PN Sby*
 Pengadilan Negeri Wamena, *Putusan No. 38/Pid.B/2011/PN.Wmn*
 Pengadilan Negeri Wamena, *Putusan No. 121/Pid.B/2018/PN.Wmn*
 Pengadilan Negeri Yogyakarta, *Putusan No. 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk*

Pengadilan Tingkat Banding

Pengadilan Tinggi Banten, *Putusan No. 26/PID/2018/PT.BTN.*
 Pengadilan Tinggi Kupang, *Putusan No. 65/PID/2018/PT.KPG*
 Pengadilan Tinggi Kupang, *Putusan No. 66/PID/2018/PT KPG.*
 Pengadilan Tinggi Medan, *Putusan No. 1259/Pid.Sus/2021/PT Mdn.*
 Pengadilan Tinggi Padang, *Putusan No. 137/PID/2012/PT.PDG.*
 Pengadilan Tinggi Pekan Baru, *Putusan No. 210/Pid.Sus/2017/PT PBR.*

Mahkamah Agung

Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 68 K/Kr/1973*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 1151 K/Pid/2005*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 1977K/Pid/2008*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 1889 K/Pid/2009*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 2157 K/Pid.Sus/2010*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 574 K/Pid/2012*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 2112 K/Pid.Sus/2012*

Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 802 K/Pid/2014*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 804 K/Pid/2014*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 806 K/Pid/2014*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 500 K/Pid.Sus/2016*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 1252 K/PID/2016*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 963 K/Pid/2017*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 1886 K/PID.SUS/2018*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 1940 K/Pid.Sus/2018*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 3086 K/Pid.Sus/2018*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 3103 K/Pid.Sus/2018*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 3215 K/Pid.Sus/2018*
 Mahkamah Agung RI, *Putusan No. 225 PK/PID.SUS/2011*

II. Putusan Pengadilan Negara Lain

Mahkamah Agung Amerika Serikat, *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964)
 Mahkamah Agung Amerika Serikat, *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 14 (1976)
 Mahkamah Agung Amerika Serikat, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)
 Mahkamah Agung Selandia Baru, *R v Morse [2009] NZCA 623, [2010] 2 NZLR 625 (CA)*
 Pengadilan Tinggi Administrasi England and New South Wales, *R (Calver) v Adjudication Panel for Wales*, EWHC 1172, 2012

III. Putusan Pengadilan HAM Regional

Pengadilan HAM Eropa

Pengadilan HAM Eropa. (1976). *Handyside v the United Kingdom*. (Application No. 5493/72)
 Pengadilan HAM Eropa. (1986). *Stevens v. the United Kingdom*, (Application no. 11674/85)
 Pengadilan HAM Eropa. (1991). *Ezlin v. France*, (Application no. 11800/85)
 Pengadilan HAM Eropa. (1991). *Oberschlick v. Austria*. (Application no. 11662/85)
 Pengadilan HAM Eropa. (1992). *Castells v. Spain*. (Application no. 11798/85)
 Pengadilan HAM Eropa. (1994). *Jersild v. Denmark*. (Application no.15890/89)
 Pengadilan HAM Eropa. (1998). *Steel and Others v. the United Kingdom*. (Application no. 24838/94)
 Pengadilan HAM Eropa. (1999). *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*. (Applications nos. 23536/94 and 24408/94)
 Pengadilan HAM Eropa. (1999). *Hashman and Harrup v. the United Kingdom*. (Application no. 25594/94)

- Pengadilan HAM Eropa. (1999). *Karataş v. Turkey*. (Application no. 23168/94)
- Pengadilan HAM Eropa. (1999). *Smith and Grady v. the United Kingdom (dec.)*. (Application nos. 33985/96 and 33986/96)
- Pengadilan HAM Eropa. (1999). *Sürek v. Turkey (No. 3)*. (Application no. 24735/94)
- Pengadilan HAM Eropa. (1999). *Sürek and Özdemir V. Turkey*. (Applications nos. 23927/94 and 24277/94)
- Pengadilan HAM Eropa. (2000). *Özgür Gündem v Turkey*. (Application no. 23144/93)
- Pengadilan HAM Eropa. (2001). *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*. (Applications nos. 29221/95 and 29225/95)
- Pengadilan HAM Eropa. (2004). *Gunduz v. Turkey, (Application 35071/97)*
- Pengadilan HAM Eropa. (2004). *Maraşlı v. Turkey*. (Application no. 40077/98)
- Pengadilan HAM Eropa. (2004). *Norwood v. United Kingdom*. (Application 23131/03)
- Pengadilan HAM Eropa. (2005). *Steel and Morris V. The United Kingdom*, (Application no. 68416/01)
- Pengadilan HAM Eropa. (2008). *Vajnai v. Hungary*, (Application no. 33629/06)
- Pengadilan HAM Eropa. (2011). *Donaldson v. the United Kingdom*. (Application No. 56975/09)
- Pengadilan HAM Eropa. (2012). *Von Hannover v. Germany (No. 2)*, (Applications nos. 40660/08 and 60641/08)
- Pengadilan HAM Eropa. (2014). *Gough V. The United Kingdom*. (Application no. 49327/11)
- Pengadilan HAM Eropa. (2014). *Primov and Others v. Russia*, (Application no. 17391/06)
- Pengadilan HAM Eropa. (2014). *Tešić v. Serbia*. (Applications nos. 4678/07 and 50591/12)
- Pengadilan HAM Eropa. (2015). *Müdür Duman v. Turkey*. (Application no. 15450/03)
- Pengadilan HAM Eropa. (2017). *Dmitriyevskiy v. Russia*. (Application no. 42168/06)
- Pengadilan HAM Eropa. (2017). *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina*. (Application no. 17224/11)
- Pengadilan HAM Eropa. (2018). *GRA Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland*. (Application no. 18597/13)
- Pengadilan HAM Eropa. (2018). *Navalnyy v. Russia*. (Applications nos. 29580/12 and 4 others)
- Pengadilan HAM Eropa. (2018). *Stomakhin v. Russia*. (Application no. 52273/07)

Pengadilan HAM Inter-Amerika

Pengadilan HAM Inter-Amerika. (2004). *Herrera Ulloa v. Costa Rica*

Pengadilan HAM Inter-Amerika. (2009). *Uson Ramirez v. Venezuela*

Pengadilan HAM Afrika

Pengadilan HAM Afrika. (2014). *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*, (Application no. 004/2013)

Pengadilan HAM Afrika. (2017). *Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda*. (Application no. 003/2014)

IV. Keputusan Komite HAM PBB/Eropa

Komite HAM Eropa. (1979). *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, Application 8348/78 and 8406/78

Komite HAM Eropa. (1988). *Kara v. the United Kingdom*, Application no. 36528/97

Komite HAM PBB. (1993). *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada*. Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1

Komite HAM PBB. (1996). *Robert Faurisson v. France*. Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993

Komite HAM PBB. (2000). *Malcolm Ross v. Canada*. Communication No. 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997

Komite HAM PBB. (2000). *Ross v. Canada*. Communication No. 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997

Komite HAM PBB. (2004). *Shin v. Republic of Korea*. Communication No. 926/2000, CCPR/C/80/D/926/2000

Komite HAM PBB. (2004). *Svetik v Belarus*. Communication No. 927/2000, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/927/2000

Komite HAM PBB. (2005). *Rafael Marques De Morais v. Angola*, Communication No. 1128/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1128/2002

Komite HAM PBB. (2007). *Philip Afuson Njaru v. Cameroon*. Communication No. 1353/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1353/2005

Komite HAM PBB. (2008). *Dissanayake v. Sri Lanka*. Communication no. 1373/2005, U.N. Doc. CCPR/C/93/D/1373/2005

Komite HAM PBB. (2014). *Koktish v. Belarus*. Communication No. 1985/2010, U.N. Doc. CCPR/C/111/D/1985/2010

Komite HAM PBB. (2016). *Kouider Kerrouche v. Algeria*, Communication No. 2128/2012, U.N. Doc. CCPR/C/118/D/2128/2012

V. **Keputusan Komite Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (CERD)**

Komite Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (CERD). (2005). *The Jewish Community of Oslo et al. v. Norway*. CERD/C/67/D/30/2003

E. Internet

_____. *Gara-Gara Kasus Prita, Konsumen Indonesia Jadi Takut Komplain*. Diakses dari <https://finance.detik.com/berita-ekonomi-bisnis/d-2221640/gara-gara-kasus-prita-konsumen-indonesia-jadi-takut-komplain?f9911023=>

_____. *UU ITE Plus Buzzer, Ancaman Kebebasan Berpendapat Era Jokowi*. Diakses dari <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20210217152444-20-607439/uu-ite-plus-buzzer-ancaman-kebebasan-berpendapat-era-jokowi>.

Alam, Bachtiarudin. *Sepanjang 2020, Polda Metro Garap 443 Kasus Hoaks & 1.448 Akun Medsos di Take Down*. Diakses dari <https://www.merdeka.com/peristiwa/sepanjang-2020-polda-metro-garap-443-kasus-hoaks-amp-1448-akun-medsos-di-take-down.html>

Amnesty International. *Freedom of Expression*. Diakses dari <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/freedom-of-expression/>

ARTICLE 19. *Defamation and Freedom of Expression: A summary*. Diakses dari <https://www.article19.org/resources/defamation-and-freedom-of-expression-a-summary/>

ARTICLE 19. *Joint Declaration on Freedom of Expression and Responses to Conflict Situation*. Diakses dari <https://www.refworld.org/docid/556578a64.html>

Badan Pusat Statistik. *Indeks Demokrasi Indonesia (IDI) Menurut Indikator 2009-2017*. Diakses dari <https://www.bps.go.id/dynamictable/2017/12/21/1276/indeks-demokrasi-indonesia-idi-menurut-indikator-2009-2016>

Batubara, Putranegara. *Satgas Nemangkawi Tangkap Pelaku Ujaran Kebencian di Media Sosial*. Diakses dari <https://news.okezone.com/read/2021/05/25/340/2415553/satgas-nemangkawi-tangkap-pelaku-ujaran-kebencian-di-media-sosial>

Commonwealth Forum of National Human Rights Institution. *Freedom of Expression, Association and Peaceful Assembly*. Diakses dari <https://cfnhri.org/human-rights-topics/freedom-of-expression-association-and-peaceful-assembly/>

Direktorat Jenderal Hukum dan Peraturan Perundang-undangan. *Penal Code Indonesia*. Diakses dari <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/id/id039en.pdf>

Erdianto, Kristian. *UU ITE Sering Digunakan Untuk Bungkam Kritik*. Diakses dari <https://nasional.kompas.com/read/2016/02/18/20230251/UU.ITE.Sering.Digunakan.untuk.Bungkam.Kritik?page=all>

Erdianto, Kristian (Ed.). *Selama 2019, Korban Kriminalisasi UU ITE Terbanyak*

- dari Jurnalis dan Media*. Diakses dari <https://nasional.kompas.com/read/2020/11/13/19153851/selama-2019-korban-kriminalisasi-uu-ite-terbanyak-dari-jurnalis-dan-media>
- Freedom House. *Freedom on the Net 2019: Indonesia*. Diakses dari <https://freedomhouse.org/country/indonesia/freedom-net/2019>
- Huzaini, Dani Pratama. *Ada Kekeliruan Pemahaman tentang Makar*. Diakses dari <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5cdcd93351aa6/ada-kekeliruan-pemahaman-tentang-makar>
- ICJR. *Pedoman Implementasi UU ITE Harus Menjadi Sinyal Penyelenggaraan Pembahasan Revisi UU ITE*. Diakses dari <https://icjr.or.id/pedoman-implementasi-uu-ite-harus-menjadi-sinyal-penyelenggaraan-pembahasan-revisi-uu-ite/>
- ICJR. *[Rilis DECRIM & ICJR] SKB UU ITE: Apa Kata Pemerintah, Ahli, Peneliti, dan Jurnalis?*. Diakses dari <https://icjr.or.id/rilis-decrim-icjr-skb-uu-ite-apa-kata-pemerintah-ahli-peneliti-dan-jurnalis/>
- KontraS, *Dimana Benteng Keadilan Dalam Kasus Khoe Seng-Seng?*. Diakses dari <https://kontras.org/2012/03/04/dimana-benteng-keadilan-dalam-kasus-khoe-seng-seng/>.
- Krisiandi (Ed.). *Catatan SAFEnet: 8 Kasus Jurnalis Terjerat UU ITE Sepanjang 2019*. Diakses dari <https://nasional.kompas.com/read/2020/11/14/05050021/catatan-safenet--8-kasus-jurnalis-terjerat-uu-ite-sepanjang-2019>.
- Meilina, Diamanty (Ed.). *SKB Pedoman UU ITE Resmi Ditandatangani, Ini Isinya*. Diakses dari <https://nasional.kompas.com/read/2021/06/23/19085041/skb-pedoman-uu-ite-resmi-ditandatangani-ini-isinya?page=all>.
- Nugraha, Aulia Rahman. *Studi: Kebebasan Internet di Indonesia Menurun*. Diakses dari <https://kumparan.com/kumparantech/studi-kebebasan-internet-di-indonesia-menurun-1sCYz3cV1FX>
- Prabowo, Haris. *Banjir Kasus Pasal Karet UU ITE Sepanjang 2019*. Diakses dari <https://tirto.id/banjir-kasus-pasal-karet-uu-ite-sepanjang-2019-eo4V>
- Sahara, Wahyuni (Ed.). *Awal Mula Saiful Mahdi Dijerat UU ITE hingga Dapat Amnesti dari Jokowi*. Diakses dari <https://nasional.kompas.com/read/2021/10/06/15463521/awal-mula-saiful-mahdi-dijerat-uu-ite-hingga-dapat-amnesti-dari-jokowi?page=all>.
- Sandi, Muhammad Refi. *Kominfo Klaim Sudah Take Down 3.640 Akun Terkait Ujaran Kebencian*. Diakses dari <https://nasional.okezone.com/read/2021/04/27/337/2401507/kominfo-klaim-sudah-take-down-3-640-akun-terkait-ujaran-kebencian>
- Setiawan, Dikky (Ed.). *Pengurus ICW Jadi Tersangka Pencemaran Nama Baik*. Diakses dari <https://nasional.kontan.co.id/news/pengurus-icw-jadi-tersangka-pencemaran-nama-baik>.
- Standard Commission for Scotland. *Freedom Of Expression - Advice Note On The Application of Article 10 Of The ECHR And the Model Code Of Conduct*. Diakses dari <https://www>.

standardscommissionscotland.org.uk/uploads/files/15368919171005_FINALMembersAdviceNoteonApplicationofArticle10ofECHR.pdf

Suparman, Fana F. *ICJR Klaim UU ITE Berdampak Buruk pada Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi*. Diakses dari <https://www.beritasatu.com/nasional/744399/icjr-klaim-uu-ite-berdampak-buruk-pada-kebebasan-berpendapat-dan-berekspresi>.

Yasin, Muhammad. *Bahasa Hukum: 'Makar' Alias Aanslag dalam Pasal 104 KUHP*. Diakses dari <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5cda38ed1e155/bahasa-hukum--makar-alias-iaanslag-i-dalam-pasal-104-kuhp/>

F. Sumber-sumber Lainnya

Kamus Merriam-Webster Daring, <https://www.merriam-webster.com>

Kamus Besar Bahasa Indonesia Daring, <https://kbbi.kemdikbud.go.id>

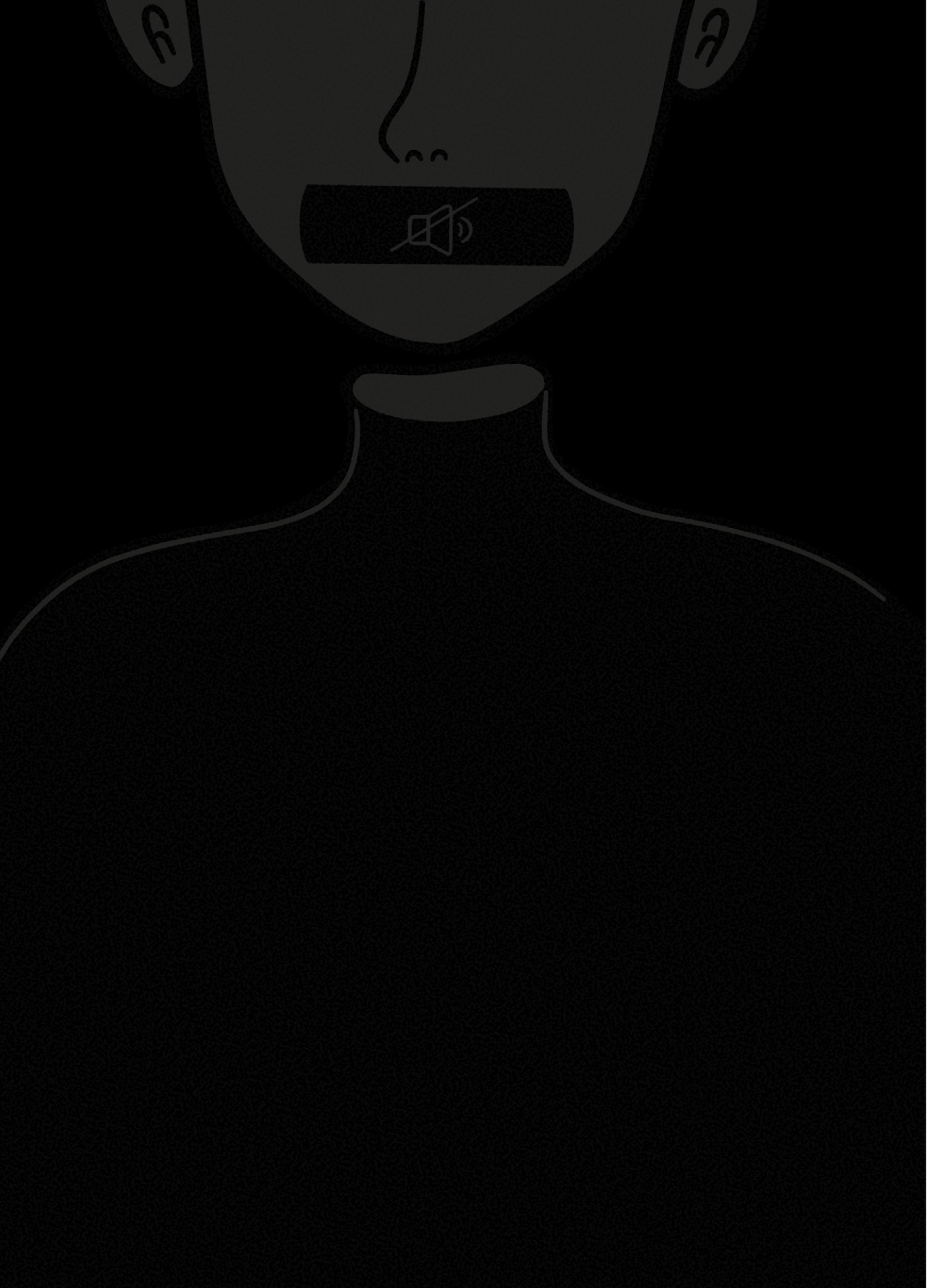
Kamus Cambridge Daring, <https://dictionary.cambridge.org>

Kamus kata Bahasa Belanda Daring, <https://www.mijnwoordenboek.nl>

Kamus kata Bahasa Belanda Daring, <https://etymologiebank.nl>

Hasil wawancara dengan Pendamping Hukum Alnoldy Bahari, Pratiwi Febry S.H.

Hasil wawancara dengan peneliti seni





LAMPIRAN- LAMPIRAN

Lampiran 1. Tabel Rekomendasi Pengaturan Pasal-pasal Pidana Terkait Ekspresi

Tindak Pidana	Ketentuan	Rekomendasi Umum	Rekomendasi Penafsiran	Rekomendasi Perbaikan
Penghinaan	Pasal 207	Dicabut Ditafsirkan lebih ketat dan akurat	<ol style="list-style-type: none"> 1. Unsur "menghina" wajib diterjemahkan sebagai "menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal." Elemen penting adalah adanya tuduhan dari terdakwa sehingga penggunaan Pasal 207 KUHP menjadi sejalan dengan konstruksi pencemaran dalam Pasal 310 KUHP. Selain itu, hal ini memperjelas perbedaan Pasal 207 KUHP dengan Pasal 315 KUHP mengenai penghinaan ringan yang tidak mensyaratkan adanya elemen tuduhan; Penerapan unsur "menyerang kehormatan atau nama baik" harus melihat konteks peristiwa yang melingkupi terjadinya penghinaan terhadap penguasa. Penggunaan interpretasi gramatikal semata atas perbuatan terdakwa tidak dapat digunakan untuk mempidanakan terdakwa; 2. Unsur "menuduhkan sesuatu hal" harus diartikan menyampaikan tuduhan hanya dalam konteks pelaksanaan tugas dan fungsi penguasa tersebut sebagai bagian dari pemerintah. Tuduhan yang berkaitan dengan kehidupan pribadi penguasa seharusnya diterapkan Pasal 310 KUHP atau Pasal 311 KUHP apabila dilakukan pada ranah <i>offline</i> atau Pasal 27 ayat (3) UU ITE apabila dilakukan pada ranah <i>online</i>; 3. Badan umum, dari sudut pandang manapun, tidak dapat disamakan dengan individu dan oleh sebab itu tidak dapat memiliki reputasi. Maka, Pasal 207 KUHP tidak dapat diterapkan dalam penghinaan kepada badan umum. 4. Delik dalam Pasal 207 KUHP harus diperlakukan sebagai delik aduan. 5. Dalam hal terjadi konflik antara hak yang dilindungi dan hak yang tidak dilindungi oleh KIHSP maka pengakuan dan pertimbangan seharusnya diberikan kepada fakta bahwa KIHSP berusaha untuk melindungi hak-hak dan kebebasan yang paling mendasar (<i>the most fundamental rights and freedoms</i>). Dalam konteks ini, kebebasan berekspresi merupakan kebebasan fundamental yang mempunyai bobot perlindungan yang sangat tinggi sehingga penting bagi Pengadilan untuk secara kuat memberikan pertimbangan terkait pentingnya perlindungan kebebasan berekspresi sebelum memberikan putusan pidana dalam perkara-perkara penghinaan 6. 	

Tindak Pidana	Ketentuan	Rekomendasi Umum	Rekomendasi Penafsiran	Rekomendasi Perbaikan
Penghinaan			<p>Rujukan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Pasal 28E ayat (3) dan Pasal 28F UUD 1945 2. Pasal 14 dan Pasal 23 ayat (2) UU HAM 3. Putusan MK No. 013-022/PUU-IV/2006 4. Pasal 19 KIHSP 5. Komentari Umum No. 34 Komite HAM PBB 6. Prinsip-Prinsip Siracusa 	
Penghinaan	<p>Pasal 310 ayat (1) KUHP (berlaku juga untuk Pasal 310 ayat (2) dan Pasal 311 KUHP sebagai delik pemberatan dari Pasal 310 ayat (1) KUHP)</p>	<p>Ditafsirkan lebih ketat dan akurat</p>	<p>Unsur “dengan sengaja” wajib ditafsirkan dalam konteks kesengajaan sebagai tujuan (<i>oogmerk</i>);</p> <p>Unsur “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal” harus dibuktikan bersamaan dengan unsur “dengan sengaja” dan pembuktian keduanya harus diperlakukan dalam satu rangkaian perbuatan;</p> <p>Unsur “seseorang” dalam rumusan harus dipahami sebagai individu manusia dan bukan korporasi atau badan hukum;</p> <p>Penerapan unsur “yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum” harus diperlakukan sama seperti membuktikan unsur kesengajaan, namun dalam hal ini dikaitkan khusus dengan adanya maksud agar tuduhan terdakwa menjadi diketahui umum;</p> <p>Penerapan unsur “menyerang kehormatan atau nama baik” harus melihat konteks peristiwa yang melingkupi terjadinya pencemaran atau fitnah. Penggunaan interpretasi gramatikal semata atas perbuatan terdakwa tidak dapat digunakan untuk mempidanakan terdakwa.</p> <p>Dalam hal terdakwa terbukti bersalah, pengadilan juga harus mempertimbangkan tingkat keperluan dan proporsionalitas penjatuhan pidana kepada terdakwa. Sedapat mungkin, pidana penjara tidak dijatuhkan dan diganti oleh bentuk pidana lain. Argumentasi dan pertimbangan tentang ini memang bergantung kepada karakteristik kasus masing-masing. Namun, situasi tertentu yang dapat menjadi pertimbangan di antaranya:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Apabila terdakwa sudah membuat klarifikasi atau belum menarik kembali tuduhannya (baik lisan maupun tertulis) lewat medium yang sama di mana ia menyampaikan tuduhannya, maka pidana penjara seharusnya dihindarkan. 	

Tindak Pidana	Ketentuan	Rekomendasi Umum	Rekomendasi Penafsiran	Rekomendasi Perbaikan
Penghinaan			<p>b. Apabila terdakwa belum membuat klarifikasi atau belum menarik kembali tuduhannya (baik lisan maupun tertulis), maka pidanaaan dapat dihindarkan dengan menerapkan Pasal 14a KUHP dan/atau Pasal 14c KUHP sehingga pengadilan dapat menjatuhkan syarat umum dan khusus bagi terdakwa untuk membuat klarifikasi atau menarik kembali tuduhannya atau bentuk syarat khusus lainnya.</p> <p>Rujukan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Pasal 28E ayat (3) dan Pasal 28F UUD 1945 2. Pasal 14 dan Pasal 23 ayat (2) UU HAM 3. <i>Memorie van Toelichting</i> Bab XVI Penghinaan KUHP 4. Pasal 19 KIHSP 5. Komentor Umum No. 34 Komite HAM PBB 6. Prinsip-Prinsip Siracusa 	
Penghinaan	Pasal 27 ayat (3) UU ITE	Dicabut	<ol style="list-style-type: none"> 1. Penafsiran unsur-unsur tindak pidana harus merujuk pada penafsiran pada Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP serta merujuk pada panduan dalam SKB UU ITE untuk Pasal 27 (3) UU ITE; 2. Maksud unsur "dengan sengaja" adalah kesengajaan dengan tujuan atau adanya <i>animus juridici</i>; 3. Maksud unsur "mendistribusikan", "mentransmisikan", dan membuat dapat diakses" ditafsirkan sebagai unsur "untuk diketahui umum"; 4. Maksud unsur "mengandung muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik", ditafsirkan sebagaimana maksud Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP 5. Tidak dapat dikatakan sebagai pencemaran jika merupakan opini, pendapat atau kritik pada pejabat publik dan badan-badan publik, serta badan hukum misalnya perusahaan. <p>Rujukan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Pasal 28E ayat (3) dan Pasal 28F UUD 1945 2. Pasal 14 dan Pasal 23 ayat (2) UU HAM 3. SKB UU ITE 4. Pasal 19 KIHSP 5. Komentor Umum No. 34 Komite HAM PBB 6. Prinsip-Prinsip Siracusa 	

Tindak Pidana	Ketentuan	Rekomendasi Umum	Rekomendasi Penafsiran	Rekomendasi Perbaikan
Ujaran Kebencian dan Permusuhan	Pasal 28 ayat (2) UU ITE	Ditafsirkan lebih ketat dan akurat	<ol style="list-style-type: none"> 1. Frasa “menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan” harus dimaknai adanya ajakan atau hasutan untuk melakukan diskriminasi, kekerasan atau permusuhan. Dalam menafsirkan unsur ini posisi dan pengaruh si pengujar terhadap audiensnya juga perlu menjadi pertimbangan, sebagaimana yang disyaratkan dalam <i>Rabat Plan of Action</i>. 2. Unsur “dengan sengaja” dan unsur “ditujukan untuk” harus ditafsirkan dalam konteks keterkaitan dengan motif pelaku, apakah benar-benar memiliki niat (<i>mens rea</i>) untuk melakukan tindak pidana menyebarkan informasi yang menimbulkan rasa kebencian dan permusuhan 3. Redaksional “golongan” dalam “antargolongan” harus dimaknai sebagai identitas kelompok yang tidak bisa diubah, di antaranya suku, ras, agama, dengan merujuk ke makna semula “golongan” berdasarkan Pasal 156 KUHP. Selain itu, merujuk perkembangan, makna “golongan” juga bisa mencakup kelompok rentan yang perlu untuk dilindungi berdasarkan etnis, gender, orientasi seksual sebagaimana diuraikan dalam dokumen PBB tentang <i>Strategy and Plan of Action on Hate Speech</i> 	<p>Rujukan instrumen HAM:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. UUD 1945 Pasal 28E ayat (2) dan Pasal 28F 2. Pasal 29 DUHAM 3. Pasal 19 ayat (3) KIHSP 4. Pasal 20 ayat (2) KIHSP 5. Pasal 14 UU HAM 6. Pasal 55 UU HAM 7. <i>Rabat Plan of Actions</i> 8. Prinsip-prinsip Siracusa 9. <i>United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech</i>

Tindak Pidana	Ketentuan	Rekomendasi Umum	Rekomendasi Penafsiran	Rekomendasi Perbaikan
Makar	Seluruh pasal yang mencantumkan unsur "makar", setidaknya tidaknya Pasal 104 dan 106 KUHP	Perbaikan pengaturan	<p>Unsur "makar" diubah menjadi "serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik"</p> <p>Rujukan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Memorie van Toelichting</i> (MVT) dari Pasal 104 dan 106 KUHP; 2. Pasal 28E Ayat (3) UUD 1945; 3. Pasal 23 Ayat (2) UU No. 39 Tahun 1999; 4. Pasal 19 Ayat (3) KIHSP; 5. Komentari Umum No. 34 Komite HAM PBB; 6. Prinsip-prinsip Siracusa; 7. Prinsip-prinsip Johannesburg. 	<p>Pasal 104 KUHP: Serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan yang dapat dipersamakan dengan kekerasan secara fisik dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden dan/atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun</p> <p>Pasal 106 KUHP: Serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan yang dapat dipersamakan dengan kekerasan secara fisik dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun</p>

Tindak Pidana	Ketentuan	Rekomendasi Umum	Rekomendasi Penafsiran	Rekomendasi Perbaikan
Makar	Pasal 87 KUHP	Perbaikan Pengaturan	<p>1. Mengganti kata “makar” dengan “serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”;</p> <p>2. Menambahkan unsur “untuk melakukan serangan tersebut” untuk menggambarkan hubungan antara niat dan permulaan pelaksanaan dengan serangan/<i>anslag</i> yang dilakukan.</p> <p>Rujukan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Memorie van Toelichting</i> (MvT) dari Pasal 104 dan 106 KUHP; 2. Pasal 28E Ayat (3) UUD 1945; 3. Pasal 23 Ayat (2) UU No. 39 Tahun 1999; 4. Pasal 19 Ayat (3) KIHSP; 5. Komentari Umum No. 34 Komite HAM PBB; 6. Prinsip-prinsip Siracusa; 7. Prinsip-prinsip Johannesburg 	<p>Pasal 87 KUHP: “Dikatakan ada serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan (seperti dimaksud dalam pasal 53) untuk melakukan serangan tersebut.”</p>
Makar	Pasal 110 Ayat (1) KUHP	Ditafsirkan lebih ketat dan akurat	<p>Menafsirkan konsep “perbuatan jahat” untuk melakukan “makar” dalam Pasal 110 Ayat (1) KUHP sebagai “perbuatan jahat untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik (<i>anslag</i>)”</p> <p>Rujukan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Memorie van Toelichting</i> (MvT) dari Pasal 104 dan 106 KUHP; 2. Pasal 28E Ayat (3) UUD 1945; 3. Pasal 23 Ayat (2) UU No. 39 Tahun 1999; 4. Pasal 19 Ayat (3) KIHSP; 5. Komentari Umum No. 34 Komite HAM PBB; 6. Prinsip-prinsip Siracusa; 7. Prinsip-prinsip Johannesburg 	

Tindak Pidana	Ketentuan	Rekomendasi Umum	Rekomendasi Penafsiran	Rekomendasi Perbaikan
Makar	Pasal 110 Ayat (2) KUHP	Ditafsirkan lebih ketat dan akurat	Menafsirkan konsep "tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar" suatu tindakan "makar" dalam Pasal 110 Ayat (2) KUHP sebagai "tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik (<i>aanslag</i>)"	
Makar			<p>Rujukan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Memorie van Toelichting</i> (MVT) dari Pasal 104 dan 106 KUHP; 2. Pasal 28E Ayat (3) UUD 1945; 3. Pasal 23 Ayat (2) UU No. 39 Tahun 1999; 4. Pasal 19 Ayat (3) KIHSP; 5. Komentari Umum No. 34 Komite HAM PBB; 6. Prinsip-prinsip Siracusa; 7. Prinsip-prinsip Johannesburg. 	

Lampiran 2. Tabel Putusan Ekspresi Politik dan Kejahatan Terhadap Negara dan Keamanan Negara

Nomor Perkara	Nama Terdakwa	Perbuatan Terdakwa	Pasal Pemidanaan		Hukuman	Inti Pertimbangan Hakim
819 K/Pid/2003	Stefi Likumahuwa	Menyiapkan bendera Republik Maluku Selatan (RMS) untuk kemudian dikibarkan pada HUT Proklamasi Kemerdekaan RMS	106 jo. 55 Ayat (1) ke-1 jo. 53 KUHP	3 tahun	Judex Facti tidak salah memutus	
	Adrian Tomaso					
1151 K/Pid/2005	Christine E.S. Kakisina/Manuputty alias Mei	1. Menerima telepon dari tokoh RMS; 2. Menghadiri upacara pengibaran bendera RMS; 3. Berkumpul dan berdoa bersama untuk tujuan perjuangan RMS; 4. Menyuruh mempersiapkan makanan dan minuman untuk upacara	106 jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP	2 tahun 6 bulan	Perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur "Makar"	
1693 K/Pid/2005	Yusak Pakage	Mengikuti rapat dan menyatakan akan mengajak masyarakat untuk ikut dalam acara pengibaran bendera Bintang Kejora yang bukan bendera Negara Kesatuan Republik Indonesia	110 Ayat (1) jo. 106 KUHP	10 tahun	Judex Facti tidak salah memutus	
1694 K/Pid/2005	Moses Holago	Menghadiri rapat pencarian dana untuk memisahkan Provinsi Papua dari Indonesia dan pembentukan struktur pemerintahan Papua Barat	110 Ayat (1) jo. 106 KUHP	4 tahun	Permohonan lewat batas waktu	
1827 K/Pid/2007	Semuel Waileruny	Mengirimkan pesan singkat tentang rencana pengibaran bendera RMS pada HUT Kemerdekaan RMS	110 Ayat (2) angka 4	3 tahun	Judex Facti tidak salah memutus	
1977 K/Pid/2008	Yakobus Pigai	Mengirimkan pesan singkat untuk mengibarkan bendera Bintang Kejora, merekam pengibaran bendera, dan bernyanyi serta menari untuk menjaga agar bendera tidak diturunkan dalam peringatan kemerdekaan Papua Barat	106 jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP	5 tahun	Pengiriman pesan singkat dan perekaman tersebut membuktikan bahwa terdakwa terlibat dalam pengibaran bendera Bintang Kejora	

Nomor Perkara	Nama Terdakwa		Perbuatan Terdakwa		Pasal Pemidanaan		Hukuman		Inti Pertimbangan Hakim	
1889 K/Pid/2009	Polce Magai	Michael Pattisinay	Mengibarkan bendera Bintang Kejora dan bernyanyi serta menari untuk menjaga agar bendera tidak diturunkan dalam peringatan kemerdekaan Papua Barat	Menyiapkan bahan untuk membuat bendera RMS untuk kemudian dibentangkan ketika peringatan Hari Keluarga Nasional	-		3 tahun	Judex Facti tidak salah memutus		
2157 K/Pid. Sus/2010	Septinus Rumere alis Sept		Mengibarkan bendera Bintang Kejora di halaman rumahnya sendiri		106 KUHP	2 tahun	Judex Facti tidak salah memutus			
2212 K/Pid/2010	Luther Wrait		1. Mengatur dan mengajak massa untuk membentangkan pamflet / spanduk ketika berlangsungnya kegiatan unjuk rasa dan orasi serta pengibaran bendera Bintang Kejora; 2. Meneriakan yel-yel merdeka yang dikaitkan dengan spanduk atau pamflet yang berisi separatisme		106 jo. 56 ke-1 KUHP	2 tahun	Judex Facti tidak salah memutus			
38/Pid.B/2011/PN.Wrnn	Obeth Kosay Toebaga Kilungga alias Yahya Kilungga Wombi Tabuni Wiki Megaa Ali Yikwa alias Ali Wenda Meki Tabuni		Mendaftarkan diri menjadi anggota Tim 1000-TPN/OPM yang tujuan dari pembentukan Tim 1000-TPN/OPM tersebut adalah untuk mendatangi Presiden Republik Indonesia dalam rangka meminta kemerdekaan Provinsi Papua dari Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) serta melepaskan diri dari bagian Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI);		106 jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP	8 Tahun	Niat dan permulaan pelaksana telah ada yang diwujudkan dalam pembentukan TIM 1000 TPM/OPM yang dipimpin oleh Dani Tani Tabuni yang bertujuan untuk pergi ke Jakarta bertemu dengan Presiden Republik Indonesia untuk meminta merdeka dan memisahkan diri dari Negara Kesatuan Republik Indonesia yang keanggotanya mencapai 500 orang, dimana setiap orang yang mendaftarkan diri dan menyerahkan pas foto untuk dibuahkan kartu tanda pengenal; sehingga unsur Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian wilayah negara dari yang lain telah terpenuhi;			

Nomor Perkara	Nama Terdakwa		Perbuatan Terdakwa	Pasal Pemidanaan	Hukuman		Inti Pertimbangan Hakim
294/ Pid.B/2012/ PN.Jpr	Darius Kogoya		Mengibarkan bendera Bintang Kejora	106 KUHP jo. 55 ayat (1) ke-1 jo. Pasal 53 ayat (1) KUHP	3 tahun	2 tahun 6 bulan	<p>1. Tindakan melaksanakan ibadah serta tari-tarian adat WAETA yaitu berkeliling-keiling serta tangan ke atas sambil menyanyi dan teriak-teriak menyuarakan kata "Merdeka-merdeka" adalah tindakan makar (aanslag) nyata. Apa yang dilakukan oleh terdakwa dengan mengibarkan bendera bintang kejora di lapangan Theys Eluay dan telah diakui bahwa bendera bintang kejora tersebut telah dijadikan sebagai lambang dari Organisasi Papua Merdeka dapat memenuhi unsur Pasal 106 KUHP;</p> <p>2. Kegiatan pengibar bendera bintang kejora yang dilakukan oleh para terdakwa tersebut tidak terlaksana bukan karena kehendak para terdakwa melainkan karena tindakan aparat Kepolisian yang menghentikan tindakan para terdakwa dengan menangkap para terdakwa, sehingga memenuhi "percobaan"</p>
		Timur Wakerwa			5 tahun		
574 K/Pid/2012	Sehu Blesman alias Melki Bleskadit		Menyampaikan orasi politik tentang kemerdekaan Negara Republik Melanesia Barat atau Papua Barat pada hari perayaan HUT Kemerdekaan Negara Republik Melanesia Barat atau Papua Barat	106 jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP	5 tahun	Judex Facti tidak salah memutus	
	Selpius Bobi						
	August Makbrawen Sananay Kraar						
	Dominikus Sorabut Edison Kladius Waromi Forkorius Yaboisembut						
1059 K/ Pid/2012			Melaksanakan Kongres III Rakyat Papua dan menyusun profil Negara Papua Barat	106 jo. 55 Ayat (1) ke-1 jo. 53 KUHP	3 tahun		

Nomor Perkara	Nama Terdakwa	Perbuatan Terdakwa	Pasal Pemidanaan	Hukuman	Inti Pertimbangan Hakim
116/ Pid.B/2013/ PN.SRG	Obet Kremadi alias Obed Kamestar	Menghadiri pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera Bintang Kejora	110 Ayat (1) jo. 106 KUHP	1 tahun 6 bulan	<p>1. Hadimya terdakwa dalam pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera Bintang Kejora telah memenuhi unsur "pemufakatan jahat" dan merupakan bentuk permulaan pelaksanaan dari "Makar";</p> <p>2. "Makar" adalah terjemahan dari kata "aanslag" yang diterjemahkan sebagai "serangan". "Aanslag tidak selalu diartikan menggunakan kekerasan secara fisik, tetapi telah cukup apabila sifat serangan tersebut dilakukan dengan suatu tindakan yang nyata-nyata mengancam atau merongrong keutuhan wilayah NKRI;</p> <p>3. Apabila rencana tersebut berhasil, pengibaran bendera tersebut jelas-jelas telah menyerang kedaulatan dan keutuhan wilayah NKRI karena tujuan pengibaran bendera tersebut adalah proklamasi kemerdekaan negara federal Papua Barat.</p>
117/ Pid.B/2013/ PN.SRG	Antonius Saruf	Menghadiri pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera Bintang Kejora	110 Ayat (1) jo. 106 KUHP	1 tahun 6 bulan	<p>1. Hadimya terdakwa dalam pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera Bintang Kejora telah memenuhi unsur "pemufakatan jahat" dan merupakan bentuk permulaan pelaksanaan dari "Makar";</p> <p>2. "Makar" adalah terjemahan dari kata "aanslag" yang diterjemahkan sebagai "serangan". "Aanslag tidak selalu diartikan menggunakan kekerasan secara fisik, tetapi telah cukup apabila sifat serangan tersebut dilakukan dengan suatu tindakan yang nyata-nyata mengancam atau merongrong keutuhan wilayah NKRI;</p> <p>3. Apabila rencana tersebut berhasil, pengibaran bendera tersebut jelas-jelas telah menyerang kedaulatan dan keutuhan wilayah NKRI karena tujuan pengibaran bendera tersebut adalah proklamasi kemerdekaan negara federal Papua Barat.</p>

Nomor Perkara	Nama Terdakwa	Perbuatan Terdakwa	Pasal Pemidanaan	Hukuman	Inti Pertimbangan Hakim
118/ Pid.B/2013/ PN.SRG	Hengky Mangamis	Menghadiri pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera Bintang Kejora	110 Ayat (1) jo. 106 KUHP	1 tahun 6 bulan	<p>1. Hadimya terdakwa dalam pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera Bintang Kejora telah memenuhi unsur "pemufakatan jahat" dan merupakan bentuk permulaan pelaksanaan dari "Makar";</p> <p>2. "Makar" adalah terjemahan dari kata "aanslag" yang diterjemahkan sebagai "serangan". "Aanslag tidak selalu diartikan menggunakan kekerasan secara fisik, tetapi telah cukup apabila sifat serangan tersebut dilakukan dengan suatu tindakan yang nyata-nyata mengancam atau merongrong keutuhan wilayah NKRI;</p> <p>3. Apabila rencana tersebut berhasil, pengibaran bendera tersebut jelas-jelas telah menyerang kedaulatan dan keutuhan wilayah NKRI karena tujuan pengibaran bendera tersebut adalah proklamasi kemerdekaan negara Federal Papua Barat.</p>
119/ Pid.B/2013/ PN.SRG	Yordan Magablo	Menghadiri pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera Bintang Kejora	110 Ayat (1) jo. 106 KUHP	1 tahun 6 bulan	<p>1. Hadimya terdakwa dalam pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera Bintang Kejora telah memenuhi unsur "pemufakatan jahat" dan merupakan bentuk permulaan pelaksanaan dari "Makar";</p> <p>2. "Makar" adalah terjemahan dari kata "aanslag" yang diterjemahkan sebagai "serangan". "Aanslag tidak selalu diartikan menggunakan kekerasan secara fisik, tetapi telah cukup apabila sifat serangan tersebut dilakukan dengan suatu tindakan yang nyata-nyata mengancam atau merongrong keutuhan wilayah NKRI;</p> <p>3. Apabila rencana tersebut berhasil, pengibaran bendera tersebut jelas-jelas telah menyerang kedaulatan dan keutuhan wilayah NKRI karena tujuan pengibaran bendera tersebut adalah proklamasi kemerdekaan negara federal Papua Barat.</p>

Nomor Perkara	Nama Terdakwa	Perbuatan Terdakwa	Pasal Pemidanaan	Hukuman	Inti Pertimbangan Hakim
291/ Pid.B/2014/ PN.Amb	Ferdinand Petty alias Enang	Merencanakan dan menghadiri upacara hari ulang tahun RMS	106 jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP	1 tahun	<p>1. Perbuatan terdakwa yang merencanakan diadakannya upacara hari ulang tahun RMS adalah permufakatan jahat untuk Makar;</p> <p>2. Perbuatan Terdakwa untuk mendirikan Negara RMS dalam Wilayah NKRI dengan tujuan terlepas dari NKRI dan menjadi Negara berdaulat dan berdiri sendiri, tetapi tidak sesempurnanya maksud dan tujuan tersebut bukan karena kemauannya sendiri, dengan demikian telah ada permulaan pelaksanaan, dengan demikian pasal 87 KUHP jo pasal 53 KUHP perbuatan makar telah terpenuhi sebagaimana pasal 106 KUHP.</p>
297/ Pid.B/2014/ PN.Amd	Paul Lodwyk Krikhoff alias Obgker	Meniup terompet untuk perayaan upacara hari ulang tahun RMS	106 jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP	3 Tahun 6 Bulan	<p>Perbuatan terdakwa meniupkan terompet dengan menyanyikan lagu-lagu Rohani serta dilanjutkan dengan kegiatan pawai/konvoi arak-arakan dengan pendukung kepada warga masyarakat simpatisan RMS adalah upaya provokatif dari Terdakwa yang mana telah dipersiapkan sebelumnya untuk dilaksanakan kegiatan tersebut tentang adanya keinginan untuk mendapatkan simpati dan selanjutnya memberi dukungan untuk mewujudkan niat Terdakwa dan memisahkan diri dari Negara Kesatuan Republik Indonesia</p>
299/ Pid.B/2014/ PN.Amb	Buije Manuhutu alias Abut	Menghadiri upacara hari ulang tahun RMS dan memegang bendera RMS	106 jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP	1 tahun	<p>1. Perbuatan makar bisa dikatakan telah terjadi jika telah ada niat serta adanya adanya permulaan pelaksanaan dengan tujuan agar seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara, juga didalam Perbuatan Makar tidaklah perlu dengan menggunakan kekerasan bersenjata atau identik dengan kekerasan;</p>

Nomor Perkara	Nama Terdakwa	Perbuatan Terdakwa	Pasal Pemidanaan	Hukuman	Inti Pertimbangan Hakim
299/ Pid.B/2014/ PN.Amb	Butje Manuhutu alias Abut	Menghadiri upacara hari ulang tahun RMS dan memegang bendera RMS	106 jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP	1 tahun	2. Terdakwa yang mempersiapkan rencana Pawai arak-arakan untuk menyambut Hari Ulang Tahun RMS (Republik Maluku Selatan) ke 64 merupakan tindak lanjut dari perintah dr. ALEX MANUPUTTY Pimpinan RMS di pengasingan, dan diajak oleh saksi SIMON SAIYA Alias MON adalah merupakan bagian dari perjuangan Terdakwa untuk dapat terwujudnya RMS sebagai suatu negara yang berdaulat

Lampiran 3. Tabel Penafsiran Hakim Atas Unsur "Makar" Beserta Pertimbangannya Terhadap Perbuatan Terdakwa

Nomor Putusan	Definisi "Makar"	Pertimbangan Atas Perbuatan Terdakwa	Jenis Perbuatan Terdakwa
38/Pid.B/2011/ PN.Wmn	Unsur terpenting dari makar untuk melakukan suatu perbuatan, yaitu adanya niat dan permulaan pelaksanaan.	Niat dan permulaan pelaksana telah ada yang diwujudkan dalam pembentukan TIM 1000 TPM/OPM yang dipimpin oleh Dani Tani Tabuni yang bertujuan untuk pergi ke Jakarta bertemu dengan Presiden Republik Indonesia untuk meminta merdeka dan memisahkan diri dari Negara Kesatuan Republik Indonesia yang keanggotanya mencapai 500 orang, dimana setiap orang yang mendaftarkan diri dan menyerahkan pas foto untuk dibuahkan kartu tanda pengenalan.	Permulaan Pelaksanaan
<ul style="list-style-type: none"> • 116/ Pid.B/2013/ PN.SRG • 117/ Pid.B/2013/ PN.SRG • 118/ Pid.B/2013/ PN.SRG • 119/ Pid.B/2013/ PN.SRG 	<p>Dalam perbuatan makar, yang terpenting adalah si pelaku mempunyai tujuan atas perbuatannya, sekalipun tujuan yang hendak dicapai tersebut tidak terpenuhi. Bukan hasil atau akibat yang ditimbulkan yang menjadikan si pelaku dapat dihukum, tetapi adanya maksud atau tujuan khusus itulah yang menjadikan si pelaku dapat dihukum.</p> <p>Unsur "makar" ini tidak terlepas dari pertimbangan unsur sebelumnya yakni "Perbuatan jahat", artinya dalam pertimbangan unsur ini tidak perlu "makar" itu sendiri telah terpenuhi, melainkan cukup dengan terwujudnya niat terdakwa dengan melaksanakan permufakatan jahat untuk melakukan "makar".</p>	<p>Hadirnya terdakwa dalam pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera Bintang Kejora telah memenuhi unsur "pemufakatan jahat" dan merupakan bentuk permulaan pelaksanaan dari "Makar". Apabila rencana tersebut berhasil, pengibaran bendera tersebut jelas-jelas telah menyerang kedaulatan dan keutuhan wilayah NKRI karena tujuan pengibaran bendera tersebut adalah proklamasi kemerdekaan negara federal Papua Barat.</p>	Permufakatan jahat
291/Pid.B/2014/ PN.Amb	Perbuatan makar bisa dikatakan telah terjadi jika telah ada niat serta adanya permulaan pelaksanaan dengan tujuan agar seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara. Perbuatan seseorang atau sekelompok orang yang mempunyai idealisme lain di luar idealisme kedaulatan Negara, seperti melepaskan suatu wilayah dari Republik Indonesia, walaupun tidak melalui tindakan kekerasan bersenjata, adalah tindakan makar. Selain itu, dalam perbuatan makar, tidaklah perlu dengan menggunakan kekerasan bersenjata atau identik dengan kekerasan. Makar dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu dengan cara kekerasan dan dengan cara damai.	<p>Perbuatan terdakwa yang merencanakan diadakannya upacara hari ulang tahun RMS adalah permufakatan jahat untuk Makar. Tidak selesainya perbuatan terdakwa untuk mendirikan Negara RMS dalam Wilayah NKRI dengan tujuan terlepas dari NKRI dan menjadi Negara berdaulat dan berdiri sendiri, bukan karena kemauannya sendiri. Dengan demikian, telah ada permulaan pelaksanaan untuk melakukan makar.</p>	Permulaan pelaksanaan
307/Pid.B/2014/ PN.Amb		<p>Perbuatan terdakwa yang membuat spanduk untuk perayaan Hari Ulang Tahun RMS merupakan bentuk permulaan pelaksanaan makar.</p>	Permulaan pelaksanaan

Nomor Putusan	Definisi "Makar"	Pertimbangan Atas Perbuatan Terdakwa	Jenis Perbuatan Terdakwa
297/Pid.B/2014/ PN.Amb	Agar perbuatan terdakwa dapat dihukum, maka harus dipenuhi syarat bahwa niat untuk menalukkan daerah negara sama sekali atau sebahagiannya ke bawah pemerintahan asing atau niat untuk memisahkan sebagian dari daerah negara itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan.	Perbuatan terdakwa menipuikan terompot dengan menyanyikan lagu-lagu Rohani serta dilanjutkan dengan kegiatan pawai/konvoi arak-arakan dengan pendukung kepada warga masyarakat simpatisan RMS adalah upaya provokatif dari Terdakwa yang mana telah dipersiapkan sebelumnya untuk dilaksanakan kegiatan tersebut tentang adanya keinginan untuk mendapatkan simpati dan selanjutnya memberi dukungan untuk mewujudkan niat Terdakwa dan memisahkan diri dari Negara Kesatuan Republik Indonesia.	Permulaan pelaksanaan
299/Pid.B/2014/ PN.Amb	Perbuatan makar bisa dikatakan telah terjadi jika telah ada niat serta adanya adanya permulaan pelaksanaan dengan tujuan agar seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara. Selain itu, dalam perbuatan makar, tidaklah perlu dengan menggunakan kekerasan bersenjata atau identik dengan kekerasan.	Perbuatan terdakwa, yang berkedudukan sebagai "Marinyo" atau hubungan Masyarakat dalam RMS, yang mempersiapkan rencana Pawai arak-arakan untuk menyambut Hari Ulang Tahun RMS, merupakan bagian dari perjuangan terdakwa untuk dapat terwujudnya RMS sebagai suatu negara yang berdaulat. Dengan melihat maksud dari Terdakwa serta sudah ada tindak lanjut perbuatan, maka Majelis Hakim berkesimpulan unsur makar telah terpenuhi.	Makar
300/Pid.B/2014/ PN.Amb		Perbuatan terdakwa mengetik, mencetak, dan membagikan panduan pawai untuk pelaksanaan upacara hari ulang tahun RMS secara jelas adalah tindakan ikut serta dalam perjuangan dalam mewujudkan Pemerintahan RMS di Wilayah maluku, sehingga unsur "makar" terpenuhi.	Makar
121/Pid.B/2018/ PN.Wmn	Dari sisi hukum pidana, pengertian makar adalah bentuk kejahatan yang dapat mengganggu keamanan Negara. Usaha untuk mengambil alih sebagian atau seluruh wilayah sebuah Negara dan mejadikannya dibawah pemerintah asing atau pemisahan sebagian wilayah sudah termasuk dalam perbuatan makar. Perbuatan makar itu ada, setelah maksud dari pelaku menjadi nyata dengan permulaan dari pelaksanaan. Tindak pidana makar tidak perlu bukti nyata tentang pemisahan sebagian wilayah dari NKRI, tetapi cukup didukung bukti tentang adanya niat atau permulaan pelaksanaan untuk membuat sebagian wilayah NKRI terpisah atau mewujudkan sebagian wilayah negara berdiri sendiri dan terlepas dari NKRI.	Perbuatan para terdakwa yang akan melakukan acara syukuran atas dilantiknya terdakwa I sebagai Panglima tinggi Kordap XI Yalimo kemudian akan dilanjutkan dengan pengibaran bendera Bintang Kejora telah menunjukkan adanya kesengajaan yang dilakukan oleh para terdakwa. Makar tidak mengadopsi ketentuan ancaman pidana dalam percobaan sehingga tidak selesainya suatu delik tertentu yang dituju oleh makar adalah dipidana sama dengan selesainya delik. Dengan demikian terdapat atau tidaknya Negara Papua Merdeka / West Papua, tidaklah dapat menghapuskan sifat melawan hukum dari perbuatan yang dilakukan oleh para terdakwa.	Permulaan pelaksanaan

Nomor Putusan	Definisi "Makar"	Pertimbangan Atas Perbuatan Terdakwa	Jenis Perbuatan Terdakwa
294/Pid.B/2012/PN.Jpr	Makar atau <i>aanslag</i> adalah tindakan yang bermaksud untuk menggulingkan pemerintahan yang sah atau tindakan yang bermaksud untuk menyerahkan sebagian atau seluruhnya wilayah Negara kepada pemerintahan lain atau tindakan yang ingin memisahkan seluruh atau sebahagian wilayah dari Negara asal. Tindakan melaksanakan ibadah serta tari-tarian adat WAETA yaitu berkeliling-keliling serta tangan ke atas sambil menyanyi dan teriak-teriak menyuarakan kata "Merdeka-merdeka" adalah tindakan makar (<i>aanslag</i>) nyata.	Apa yang dilakukan oleh terdakwa dengan mengibarkan bendera bintang kejora di lapangan Theys Eluay dan telah diakui bahwa bendera bintang kejora tersebut telah dijadikan sebagai lambang dari Organisasi Papua Merdeka dapat memenuhi unsur Pasal 106 KUHP. Kegiatan pengibar bendera bintang kejora tersebut tidak terlaksana bukan karena kehendak para terdakwa melainkan karena tindakan aparat Kepolisian yang menghentikan tindakan para terdakwa dengan menangkap para terdakwa, sehingga memenuhi "percobaan".	Percobaan/ Permulaan pelaksanaan
211/Pid.B/2020/PN.Amb	Makar atau <i>aanslag</i> hendaknya jangan selalu harus diartikan sebagai suatu tindak pidana kekerasan, karena yang dimaksudkan dengan kata "makar" dalam pasal 106 KUHP itu sebenarnya adalah setiap tindakan yang dilakukan orang untuk merugikan kepentingan hukum Negara, berupa utuhnya wilayah Negara.	Perbuatan Terdakwa yang mengumpulkan orang, menyebarkan berita, dan menaikkan bendera itu sudah lebih dari pemufakatan jahat karena sudah masuk pada permulaan pelaksanaan. Perbuatan terdakwa datang ke Polda Maluku dengan tujuan untuk meminta pengembalian kedaulatan RMS yaitu dari Maluku sampai Maluku tenggara jauh merupakan tindakan yang merugikan kepentingan hukum Negara dan mengancam keutuhan Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia serta menunjukkan Terdakwa secara sadar mengetahui dan menghendaki untuk memisahkan Maluku dari wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia.	Permulaan Pelaksanaan
1305/ Pid.B/2019/ PN.JKT.PST	Makar tidak perlu dipandang sebagai bentuk serangan secara fisik dengan menggunakan senjata dan/atau tekanan psikis/terror, tetapi bentuk sikap perilaku yang menentang dan tidak mengakui keutuhan NKRI secara verbal dan simbol.	Perbuatan Terdakwa dalam aksi di depan Istana Negara pada tanggal 28 Agustus 2019 adalah tergolong perbuatan makar. Penggunaan bendera Bintang Kejora merupakan ungkapan pengakuan yang keluar dari kesepakatan bangsa Indonesia yang seharusnya berbendera Merah Putih, bernyanyi serta meneriakkan yel-yel tentang "Papua Merdeka" dan "Papua Bukan Merah Putih", serta meneriakkan "Referendum dan Papua Merdeka" secara bersamaan dengan para massa aksi, menunjukkan niat terdakwa untuk memisahkan Papua dari NKRI.	Makar
56/Pid.B/2020/ PN.Ffk	Perbuatan makar tidak perlu dipandang sebagai bentuk serangan secara fisik dengan menggunakan senjata dan/atau tekanan psikis/terror, tetapi bentuk sikap perilaku yang menentang dan tidak mengakui keutuhan NKRI secara verbal dan simbol.	Perbuatan Terdakwa bergabung sebagai Anggota TPNPB (Tentara Pembebasan Nasional Papua Barat), mengikuti rapat-rapat yang diselenggarakan yang berhubungan dengan OPM, sepanjang jalan dari kampung Pikpik menuju Kota fakfak membawa bendera bintang kejora dan senjata tajam sambil meneriakkan "Papua Merdeka" adalah rangkaian tindakan permulaan pelaksanaan dari perbuatan makar itu sendiri.	Permulaan pelaksanaan

Nomor Putusan	Definisi "Makar"	Pertimbangan Atas Perbuatan Terdakwa	Jenis Perbuatan Terdakwa
30/Pid.B/2020/PN.Bpp	Tidak membuat penafsiran. Hanya mengutip Pasal 87 KUHP, KBBI, dan Putusan MK No. 7 /PUU-XV/20017.	<p>Terdakwa adalah salah satu koordinator dan penanggung jawab aksi di mana dalam aksi tersebut terjadi tindakan anarkis, termasuk mengibarkan bendera Bintang Kejora dan menurunkan bendera merah putih. Padahal, terdakwa membuat selebaran yang berisi: dilarang membawa benda-benda tajam. dilarang melakukan tindakan anarkis, dan semua BEM universitas wajib menjaga keamanan, dan memberikan tersebut kepada Srir. DOLVIUS ISAGE untuk dibagikan kepada masing-masing korlap wilayah dan masyarakat dengan tujuan untuk mengikuti aksi demo jilid 2;</p> <p>Berdasarkan TAP MPR 8/1998 yang mencabut TAP MPR 4/1993 Tentang Referendum dan UU 6/1999 yang mencabut UU 5/1985 Tentang Referendum, maka Ruang untuk Referendum dalam Hukum Positif di Indonesia sudah tidak ada lagi.</p>	Makar
34/Pid.B/2020/PN.Bpp	<ul style="list-style-type: none"> Tindak pidana makar dianggap telah terjadi (<i>voltooid delict</i>) sebelum perbuatan tersebut benar-benar terjadi. Tindak pidana makar cukup memenuhi unsur niat/maksud (<i>voornemen</i>) dan unsur permulaan pelaksanaan. Pengertian niat dalam <i>Memorie van Toelichting</i> (MVT) adalah kehendak yang disadari yang ditujukan untuk melakukan kejahatan tertentu. Sedangkan, permulaan pelaksanaan adalah apabila dari perbuatan itulah terbukti kehendak yang kuat dari si pelaku untuk melaksanakan perbuatannya; Perbuatan makar tidak identik dengan dengan kekerasan (<i>geweld</i>). Perbuatan makar adalah berupa segala macam bentuk perbuatan dengan maksud untuk sebagian atau seluruh wilayah Republik Indonesia jatuh ketangan musuh atau wilayahnya terpisahkan dengan wilayah kesatuan Negara Republik Indonesia. Wujud perbuatan itu bisa bermacam-macam sepanjang berupa perbuatan pelaksanaan dalam rangka mencapai maksud tertentu; 	<p>Terdakwa dan rekan Terdakwa dengan niat yang nyata yang didorongkan atas keinginan bersama yang menolak rasisme, tetapi juga meminta referendum atau penentuan nasib sendiri bagi bangsa Papua, dengan meriakkkan semangat yel- yel Papua yang dijawab massa demo Merdeka dalam suatu orasi demo yang kemudian dinyatakan atau dituangkan dalam pernyataan sikap bersama sebagai permulaan pelaksanaan, hingga menempatkan resolusi Majelis Umum PBB nomor 1514 sebagai hak penentuan nasib sendiri bagi bangsa Papua;</p>	Makar

Nomor Putusan	Definisi “Makar”	Pertimbangan Atas Perbuatan Terdakwa	Jenis Perbuatan Terdakwa
34/Pid.B/2020/PN.Bjpp	<ul style="list-style-type: none"> Ekspresi politik yang sifatnya ajakan referendum bukanlah sebagai ekspresi politik biasa, melainkan adalah sebagai bentuk upaya makar dan provokasi yang inkonstitusional. Hal ini dikarenakan Tap MPR8/1998 telah mencabut TAP MPR 4/1993 tentang Referendum, dan UU 6/1999 mencabut UU 5/1985 tentang Referendum, sehingga konstitusi maupun perundang-undangan Indonesia tidak mengakui dan mengenali Referendum. Dengan demikian, ruang untuk referendum dalam hukum positif di Indonesia sudah tidak ada dan ajakan Referendum adalah melanggar pasal 106 KUHP yaitu makar dengan maksud untuk memisahkan sebagian dari wilayah NKRI; 	<p>Terdakwa dan rekan Terdakwa dengan niat yang nyata yang didorongkan atas keinginan bersama yang menolak rasisme, tetapi juga meminta referendum atau penentuan nasib sendiri bagi bangsa Papua, dengan meneriakkan semangat yel- yel Papua yang dijawab massa demo Merdeka dalam suatu orasi demo yang kemudian dinyatakan atau dituangkan dalam pernyataan sikap bersama sebagai permulaan pelaksanaan, hingga menempatkan resolusi Majelis Umum PBB nomor 1514 sebagai hak penentuan nasib sendiri bagi bangsa Papua;</p>	Makar

