



Norwegian Embassy
Jakarta

Stanford | Center for Human Rights
and International Justice



MODUL PELATIHAN PENERAPAN PRINSIP DAN KERANGKA HUKUM

HAK ASASI MANUSIA BAGI HAKIM PERADILAN UMUM



MODUL PELATIHAN PENERAPAN PRINSIP DAN KERANGKA HUKUM

**HAK ASASI MANUSIA
BAGI HAKIM PERADILAN UMUM**

Daftar Isi

Pengantar	1
Latar Belakang.....	2
Tujuan.....	3
Rencana Pembelajaran	3
Modul 1 – Hak Asasi Manusia Dalam Sejarah, Konsep Dan Peraturan	5
Tujuan Umum	6
Tujuan Khusus	6
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	6
Ringkasan Bahan Bacaan	7
A. Hak Asasi Manusia Sebagai Bagian Dari Kerangka Hukum Nasional.....	7
B. Konsep dan Prinsip Hak Asasi Manusia	10
1. Sejarah hak asasi manusia	10
2. Prinsip-prinsip hak asasi manusia	13
3. Tanggung jawab Negara	17
4. Perbuatan dan pembiaran	22
5. Pemulihan (<i>remedy</i>)	23
6. Pengurangan (<i>derogation</i>)	27
7. Pengurangan (<i>limitation/restriction</i>)	29
8. Hak Ekonomi Sosial Budaya: Pencapaian progresif, Justisiabilitas, Unsur-unsur hak	31
9. Afirmasi	35
C. Sumber Hukum HAM internasional.....	37
1. Perjanjian Internasional	37
2. Kebiasaan Internasional.....	38
3. Prinsip hukum umum	39
4. Sumber pendukung lainnya dalam penentuan aturan hukum.....	40
5. Upaya Lain Dalam Menentukan Standar Suatu Hukum Internasional	40
Daftar Bahan Bacaan	43
Modul 2 - Fungsi Pengadilan untuk Melindungi HAM pada Negara Hukum.....	45
Tujuan Umum	46
Tujuan Khusus	46
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	46
Ringkasan Bahan Bacaan	48
A. Pengantar.....	48
B. Peran dan Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Teori Negara Hukum	48

C. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Konsep Tanggung Jawab Negara sebagai (<i>Duty Bearer</i>)	52
D. Peradilan yang Independen dan Imparsial sebagai Hak Asasi Warga Negara	54
1. Peradilan yang Independen.....	54
2. Peradilan yang Imparsial	57
E. Tantangan Pengadilan dan Hakim dalam Memenuhi Tanggungjawab Melindungi HAM Warga Negara	61
1. Tantangan terhadap Independensi Pengadilan dan Hakim.....	62
2. Tantangan terhadap Imparsialitas Hakim.....	64
3. Personal Bias dan Unconscious Bias.....	66
4. Problem pada Kerangka Hukum yang Tersedia	70
5. Minimnya Akses ke Keadilan bagi Kelompok Rentan	74
Daftar Bahan Bacaan	78

Modul 3 - Peran Pengadilan Dalam Perlindungan HAM: Penerapan Prinsip Peradilan

Yang Adil dan Tidak Memihak (<i>Fair Trial</i>) dan Perlindungan HAM	80
Tujuan Umum	81
Tujuan Khusus	81
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	81
Ringkasan Bahan Bacaan	83
A. Konsep dan Pengaturan <i>Fair Trial</i> Dalam Kerangka Hukum HAM Internasional	83
B. Konsep dan Pengaturan <i>Fair Trial</i> Dalam Kerangka Hukum HAM Nasional	87
C. Prinsip <i>Fair Trial</i> dan Perlindungan Hak Para Pihak oleh Pengadilan.....	89
1. Konsep dan Prinsip <i>Fair Trial</i>	89
2. Hak-Hak <i>Fair Trial</i>	92
D. Tantangan Penerapan Prinsip <i>Fair Trial</i> di Indonesia	97
1. Penangkapan dan penahanan secara sewenang-wenang.....	97
2. Penyiksaan saat proses penahanan.....	98
3. Ketiadaan advokat yang berkualitas untuk pendampingan hukum	100
4. Ketiadaan waktu yang cukup untuk menyiapkan pembelaan	102
5. Ketiadaan penerjemah dalam proses persidangan	102
E. Mengidentifikasi dan Menerapkan Prinsip <i>Fair Trial</i> Sesuai Kebutuhan Khusus Kelompok Rentan	103
1. Perempuan sebagai Kelompok Rentan.....	104
2. Anak sebagai Kelompok Rentan	106
3. Penyandang Disabilitas sebagai Kelompok Rentan	109
4. Buruh sebagai Kelompok Rentan	110
Daftar Bahan Bacaan	111

Modul 4 – Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan	
(Freedom of Religion and Belief)	114
Tujuan Umum	115
Tujuan Khusus	115
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	115
Ringkasan Bahan Bacaan	117
A. Pengaturan Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan Dalam	
Ketentuan Internasional	117
1. Jaminan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan.....	117
2. Pembatasan yang diperbolehkan terkait Hak atas Kebebasan Beragama	
atau Berkeyakinan.....	122
3. Penerapan derogasi, limitasi, dan restriksi pada hak atas kebebasan	
beragama dan berkeyakinan.....	123
B. Pengaturan Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan Dalam	
Ketentuan Nasional	124
1. Jaminan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan.....	124
2. Derogasi dan pembatasan hak	125
C. Hak Asasi Manusia dan Masalah Penodaan Agama	129
D. Penodaan Agama (<i>Blasphemy</i>)	132
1. Konsepsi dan Definisi.....	132
2. Pengaturan blasphemy di berbagai Negara.....	136
3. Kasus-Kasus terkait dengan Blasphemy di Pengadilan HAM Eropa	141
Studi Kasus.....	148
Kasus 1: Pelecehan Agama Lain Yang Diketahui Direkam	148
Kasus 2: Video Menginjak dan Membakar Al-qur'an.....	149
Kasus 3: Transfusi Darah Yang Dilarang Agama	149
Kasus 4: Meminta Untuk Mengecilkan Volume Suara Pelaksanaan Ibadah	150
Kasus 5: Tata Cara Beribadah Yang Berbeda Dari Umumnya	151
Daftar Bahan Bacaan	153
Modul 5 - Hak atas Kebebasan Berekspresi (Freedom of Expression).....	156
Tujuan Umum	157
Tujuan Khusus	157
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	157
Ringkasan Bahan Bacaan	159
A. Pengantar Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi.....	159
1. Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi dalam	
Ketentuan Internasional dan Regional	159
2. Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi dalam	
Hukum Nasional	168

B. Pembatasan Kebebasan Berekspresi Dalam Ketentuan Internasional dan Nasional.....	180
1. Pembatasan yang diatur dalam Pasal 19 Ayat (3) ICCPR	180
2. Pembatasan yang diatur dalam Pasal 20 ICCPR.....	190
3. Pembatasan dalam instrumen hukum nasional	193
C. Praktik Kebebasan Berekspresi dalam Pengadilan HAM Regional, Pengadilan Domestik Negara Lain Yang Relevan, dan Pengadilan Indonesia.....	200
1. Amerika Serikat	200
2. Jerman	206
3. Indonesia.....	210
4. Pengadilan HAM Regional	217
Lampiran.....	226
Studi Kasus.....	236
Kasus 1: Menyanyikan dan Mengibarkan Bendera Sebuah Gerakan Kemerdekaan	236
Kasus 2: Kritik atas Penerbangan Yang Ditunda	237
Kasus 3: Kritik Terhadap Pengelola Apartemen	238
Kasus 4: Unggahan Polisi Calo	239
Kasus 5: Menagih Utang Lewat Karangan Bunga.....	240
Daftar Bahan Bacaan	242
Modul 6 - Menyeimbangkan Hak (Balancing Rights) Saat Mengadili Perkara	248
Tujuan Umum	249
Tujuan Khusus	249
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	249
Ringkasan Bahan Bacaan	251
A. Tujuan dan Arti Penting Balancing Rights untuk Keadilan dan Perlindungan HAM.....	251
B. Kerangka Konseptual: Balancing Rights dalam Kerangka HAM.....	252
1. Hubungan Balancing Rights dengan Derogasi, Limitasi, dan Restriksi HAM.....	253
2. Hubungan Balancing Rights dengan Marjin Appresiasi	254
C. Peran Hakim: Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan Melalui Putusan Hakim	255
1. Penerapan Norma-norma HAM dalam Putusan Pengadilan	256
2. Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan.....	258

D. Metode dan tahapan dalam Penerapan Keseimbangan.....	259
1. Interpretasi atas hak-hak asasi yang dijamin dan dilindungi.....	259
2. Pengujian tiga tahap (three part test)	262
E. Langkah-Langkah Menyeimbangkan Hak dalam Putusan	264
1. Melakukan identifikasi apakah suatu perbuatan pidana yang didakwakan bersinggungan atau berpotensi melanggar hak asasi terdakwa	264
2. Mengidentifikasi ketentuan-ketentuan HAM yang menjadi hak asasi terdakwa, utamanya terkait dengan tuduhan kepada terdakwa	265
3. Menguji fakta-fakta hukum yang ada dengan jaminan hak yang dilindungi dan melakukan penafsiran hukum hak-hak asasi yang dijamin	266
4. Memasukkan argumentasi HAM dalam putusan.....	266
Studi Kasus.....	269
Kasus 1: Kritik Terhadap Pejabat Publik	269
Kasus 2: Vaksin Anak	270
Kasus 3: Aliran Berbeda dan Penodaan Agama	272
Kasus 4: Puisi, Kebebasan Berekspresi, dan Penodaan Agama	274
Kasus 5: Kampanye Publik Tentang Bentuk Tubuh	276
Daftar Bahan Bacaan	278

1

PENGANTAR



Latar Belakang

Indonesia sebagai bagian dari komunitas internasional dan anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) memiliki kewajiban untuk melaksanakan hak asasi manusia. Diratifikasinya berbagai konvensi internasional hak asasi manusia juga menunjukkan komitmen Indonesia untuk menjalankan kewajiban yang tertuang di dalamnya. Kewajiban ini mengikat seluruh cabang kekuasaan negara yaitu eksekutif, legislatif dan yudikatif.

Dari sisi peraturan perundang-undangan, Undang Undang Dasar 1945 sebagai Konstitusi Indonesia telah diamandemen empat kali dimana pada amandemen kedua di tahun 2000 pasal-pasal yang secara eksplisit menjamin hak asasi manusia (HAM) telah ditambahkan kedalamnya. Pasal-pasal ini diantaranya menjamin hak atas hidup, hak atas pekerjaan, kebebasan beragama dan berkeyakinan, persamaan dihadapan hukum, serta hak-hak lainnya. Kemudian Indonesia juga sudah memberlakukan Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM, serta meratifikasi hampir semua konvensi internasional utama hak asasi manusia yaitu Konvensi Hak Sipil Politik, Konvensi Hak Sosial Ekonomi Budaya, Konvensi Hak Anak, Konvensi Penghapusan Diskriminasi Rasial, Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan, Konvensi Anti Penyiksaan, Konvensi Hak-hak Orang Dengan Disabilitas, Konvensi Perlindungan Pekerja Migran dan keluarganya.

Selain dalam peraturan dimana HAM secara eksplisit diatur, ketentuan mengenai HAM juga tersebar di berbagai peraturan lainnya mulai dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP), Kitab Undang-undang Acara Pidana (KUHAP), Undang-undang (UU) Ketenagakerjaan, UU Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis, UU Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga, UU Perlindungan Anak, dan UU lain serta peraturan perundangan-undangan lain.

Namun sayangnya dalam praktek kehidupan sehari-hari masih banyak terjadi pelanggaran HAM di berbagai daerah di Indonesia dan dalam berbagai area. Pengadilan sebagai pemegang kekuasaan yudikatif negara, sekaligus juga tempat dimana korban pelanggaran HAM bisa mendapatkan pemulihan (*remedy*) sangat penting untuk melengkapi para hakim dengan perspektif,

Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP) adalah lembaga yang fokus pada pembaruan dan penguatan institusi peradilan, serta telah melakukan berbagai upaya untuk mendorong pembaruan sistem dan kebijakan di bidang hukum dan peradilan sejak tahun 2000. Pada tanggal 16 - 20 Oktober 2020 dan 7 - 11 Juni 2021, LeIP dengan dukungan Kedutaan Besar Kerajaan Norwegia untuk Indonesia dan bekerjasama dengan Pusat Pendidikan dan Pelatihan (Pusdiklat) Teknis Mahkamah Agung telah mengadakan pelatihan penerapan prinsip-prinsip HAM kepada Hakim-hakim tingkat pertama pada peradilan umum. Guna mendukung tersedianya materi-materi pelatihan HAM untuk Hakim pada peradilan umum, LeIP dengan dukungan dari Kedutaan Besar Kerajaan Norwegia untuk Indonesia telah berhasil menyusun modul pelatihan “Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan” yang mengacu pada materi-materi pada pelatihan yang telah dilaksanakan sebelumnya. Harapannya, modul ini dapat berperan dalam peningkatan pengetahuan dan keterampilan Hakim peradilan umum untuk menerapkan prinsip-prinsip dan kerangka hukum HAM dalam pelaksanaan fungsinya memeriksa, mengadili, dan memutus perkara-perkara di pengadilan.

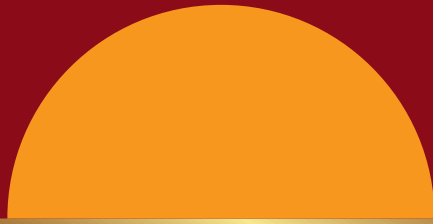
Tujuan

Tujuan dari penyusunan modul pelatihan ini adalah menyediakan sumber pengetahuan dan keterampilan terkait penerapan prinsip-prinsip dan kerangka hukum HAM yang dapat digunakan sebagai bahan pelatihan oleh Mahkamah Agung kepada para Hakim, khususnya Hakim pada peradilan umum, di Indonesia.

Rencana Pembelajaran

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Hak Asasi Manusia Dalam Konsep, Sejarah, dan Pengaturan	135 Menit (3 JPL)	- Pembelajaran mandiri; - Paparan materi di kelas; - Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator;
Peran Pengadilan Untuk Menegakkan HAM dalam Negara Hukum	180 Menit (4 JPL)	- Pembelajaran mandiri; - Paparan materi di kelas; - Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator;
Peran Pengadilan dalam Perlindungan HAM: Penerapan Prinsip <i>Fair Trial</i> dan Perlindungan HAM	270 Menit (6 JPL)	- Pembelajaran mandiri; - Paparan materi di kelas; - Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator;
Hak Atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan (<i>Freedom of Religion and Belief</i>)	360 Menit (8 JPL)	- Pembelajaran mandiri; - Paparan materi di kelas; - Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator; - Studi kasus; - Diskusi kelompok; - Presentasi kelompok;

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Hak atas Kebebasan Berekspresi (<i>Freedom of Expression</i>)	360 Menit (8 JPL)	• Pembelajaran mandiri; • Paparan materi di kelas; • Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator; • Studi kasus; • Diskusi kelompok; • Presentasi kelompok;
Menyeimbangkan Hak (<i>Balancing Rights</i>) Dalam Memeriksa dan Memutus Perkara	360 Menit (8 JPL)	• Pembelajaran mandiri; • Paparan materi di kelas; • Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator; • Studi kasus; • Diskusi kelompok; • Presentasi kelompok;



Modul 1

Hak Asasi Manusia Dalam Sejarah, Konsep dan Peraturan



Tujuan Umum

Peserta mendapatkan pemahaman mengenai konsep-konsep dasar HAM sehingga mempermudah pemahaman dan penyerapan materi-materi berikutnya.

Tujuan Khusus

1. Peserta memahami bahwa berbagai aturan hak asasi manusia internasional merupakan bagian dari hukum nasional;
2. Peserta memahami latar belakang lahirnya deklarasi HAM yang universal, dan memahami keberagaman penyusun deklarasi HAM;
3. Peserta memahami prinsip-prinsip utama HAM sehingga mampu menerapkannya dalam menilai pelanggaran berbagai hak dan dalam mempertimbangkan kasus;
4. Peserta memahami bahwa dalam konsep HAM, negara adalah pemangku kewajiban yang utama;
5. Peserta memahami kategori tanggung jawab negara dan bagaimana antar tanggung jawab saling berkaitan;
6. Peserta memahami bahwa dalam kondisi tertentu, Negara boleh mengurangi dan membatasi penikmatan HAM;
7. Peserta memahami apa saja syarat atau dalam kondisi bagaimana HAM dapat dikurangi dan dibatasi secara sah;
8. Peserta memahami perbedaan pengurangan (derogation) dan pembatasan (limitation);
9. Peserta memahami bahwa dalam HAM ada konsep afirmasi bagi kelompok rentan.

Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
▪ Pengaturan hak asasi manusia sebagai bagian dari kerangka hukum nasional; ▪ Sejarah, konsep dan prinsip hak asasi manusia; ▪ Tanggung jawab negara dalam hak asasi manusia; ▪ Pembatasan dan pengurangan HAM yang sah; ▪ Sumber hukum HAM internasional;	45 menit (1 JPL)	Pembelajaran mandiri (<i>e-learning</i>): • Membaca modul (40 menit); • Menyelesaikan pop quiz (5 menit);
	90 menit (2 JPL)	Pembelajaran kelas: • Pemaparan narasumber (30 menit); • Tanya Jawab (55 menit); • Menyelesaikan pop quiz (5 menit);

Bahan bacaan dalam modul ini terdiri dari bagian-bagian sebagai berikut:

- A. Hak Asasi Manusia Sebagai Bagian Dari Kerangka Hukum Nasional
- B. Konsep dan Prinsip Hak Asasi Manusia
 1. Sejarah hak asasi manusia
 2. Prinsip-prinsip hak asasi manusia
 3. Tanggung jawab negara
 4. Perbuatan dan pembiaran
 5. Pemulihan (*remedy*)
 6. Pengurangan (*doration*)
 7. Pembatasan (*limitation/restriction*)
 8. Hak Ekonomi Sosial Budaya: Pencapaian progresif, Justisiabilitas, Unsur-unsur hak
 9. Afirmasi
- C. Sumber Hukum HAM Internasional
 1. Perjanjian internasional
 2. Kebiasaan internasional
 3. Prinsip hukum umum
 4. Sumber pendukung lainnya dalam menentukan aturan hukum
 5. Upaya lain dalam menentukan standar suatu hukum internasional

Ringkasan Bahan Bacaan

A. Hak Asasi Manusia Sebagai Bagian Dari Kerangka Hukum Nasional

Sejak amandemen kedua Undang Undang Dasar (UUD) 1945 pada tahun 2000, konstitusi Indonesia memiliki bab dan pasal-pasal yang secara spesifik menjamin hak asasi manusia,¹ yaitu Bab XA yang berjudul Hak Asasi Manusia.

Sebelum amandemen UUD 1945, Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) membuat Ketetapan Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia (selanjutnya TAP MPR XVII) yang dalam pertimbangannya menyatakan:

- a. bahwa manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dianugerahi hak dasar yaitu hak asasi, untuk dapat mengembangkan diri pribadi, peranan dan sumbangan bagi kesejahteraan hidup manusia;

1 Sebelum amandemen, UUD 1945 telah menjamin beberapa hak seperti hak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak (Pasal 27), kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan (Pasal 28), kemerdekaan untuk memeluk agama dan beribadat menurut agama dan kepercayaan (Pasal 29)

- b. bahwa Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 telah mengamanatkan pengakuan, penghormatan, dan kehendak bagi pelaksanaan hak asasi manusia dalam penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara;
- c. bahwa bangsa Indonesia sebagai bagian masyarakat dunia patut menghormati hak asasi manusia yang termaktub dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa serta berbagai instrumen internasional lainnya mengenai hak-asasi manusia;

Pertimbangan TAP MPR diatas mengakui bahwa hak asasi manusia (HAM) merupakan milik setiap orang dan bahwa bangsa Indonesia menerima kewajiban untuk menghormati HAM berdasarkan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) dan instrumen internasional lainnya.

TAP MPR XVII juga berisi Pandangan Dan Sikap Bangsa Indonesia Terhadap Hak Asasi Manusia, yang pada bagian Pendahuluan paragraf keempat mengandung kalimat “Bangsa Indonesia menjunjung tinggi dan menerapkan hak asasi manusia sesuai dengan Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa.” Kalimat ini berarti kesesuaian hak asasi manusia dan Pancasila sebagai falsafah tidak perlu diperdebatkan lagi. Lebih jauh lagi, pada paragraf terakhir bagian Pendahuluan, termuat kalimat berikut:

Bangsa Indonesia bertekad ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial yang pada hakikatnya merupakan kewajiban setiap bangsa, sehingga bangsa Indonesia berpandangan bahwa hak asasi manusia tidak terpisahkan dengan kewajibannya.

Kalimat diatas juga mempertegas pandangan bangsa Indonesia bahwa kewajiban atas HAM merupakan bagian dari kewajiban bangsa ini. Maka pendapat bahwa hak asasi manusia merupakan sesuatu yang asing bagi bangsa ini merupakan pendapat yang bertentangan dengan Pancasila dan pandangan bangsa.

Dalam rangka melaksanakan TAP MPR XVII² dan sesuai dengan mandat Pasal 28I ayat (5), Pemerintah Indonesia menyusun dan memberlakukan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Pasal 7 ayat (2) UU HAM mengatur bahwa “Ketentuan hukum internasional yang telah diterima negara Republik Indonesia yang menyangkut hak asasi manusia menjadi hukum nasional.”

Pada perkembangannya dalam rangka mengukuhkan komitmen Indonesia dalam menjalankan kewajibannya terhadap HAM, Indonesia meratifikasi konvensi utama HAM berikut:

2 UU No. 39 Tahun 1999, Pertimbangan huruf (e).

Konvensi	Instrumen Ratifikasi
<i>Convention on the Elimination of Discrimination against Women</i> (CEDAW) – Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan	UU No. 7 Tahun 1984
<i>Convention on the Rights of the Child</i> (CRC) – Konvensi Hak-hak Anak	Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990
<i>Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment</i> (CAT) – Konvensi Anti Penyiksaan, dan Tindakan atau Hukuman Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Lainnya	UU No. 5 Tahun 1998
<i>Convention on the Elimination of Racial Discrimination</i> (CERD) – Konvensi Penghapusan Diskriminasi Rasial	UU No. 29 Tahun 1999
<i>International Convention on the Economic, Social and Cultural Rights</i> (ICCPR) – Konvensi Internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial, Budaya	UU No. 11 Tahun 2005
<i>International Convention on the Civil and Political Rights</i> (ICESCR) – Konvensi Internasional Hak-Hak Sipil Politik	UU No. 12 Tahun 2005
<i>Convention on the Rights of Persons with Disabilities</i> (CRPD) – Konvensi Hak-hak Penyandang Disabilitas	UU No. 19 Tahun 2011
<i>International Convention on The Protection of The Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families</i> (CMW) – Konvensi Internasional Mengenai Perlindungan Hak-Hak Seluruh Pekerja Migran Dan Anggota Keluarganya	UU No. 6 Tahun 2012

Komunitas internasional dan PBB mengidentifikasi sembilan konvensi sebagai konvensi utama HAM. Selain delapan konvensi diatas, yang belum diratifikasi oleh Indonesia adalah Konvensi Perlindungan Semua Orang dari Penghilangan Paksa (*International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* – CED) walaupun sudah ditandatangani pada tahun 2010.³

Selain UU HAM dan UU ratifikasi konvensi HAM, Indonesia juga memiliki UU yang bermuatan HAM diantaranya:

- UU No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana;
- UU No. 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyatakan Pendapat di Muka Umum;
- UU No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan;
- UU No. 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga;
- UU No. 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik;

3 Untuk daftar lengkap ratifikasi Indonesia dapat dilihat di https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=80&Lang=EN (terakhir diakses 12 September 2020)

- UU No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis;
- UU No. 32 Tahun 2009 tentang Lingkungan Hidup;
- UU No. 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum;
- UU No. 35 Tahun 2014 tentang Perubahan UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak;
- UU No. 18 Tahun 2017 tentang Perlindungan Pekerja Migran Indonesia.

Indonesia juga meratifikasi sejumlah konvensi dibawah Organisasi Buruh Internasional (ILO) yang bertujuan melindungi hak-hak pekerja, diantaranya:

- Konvensi ILO tentang Penghapusan Kerja Paksa;
- Konvensi ILO tentang Kebebasan Berserikat dan Perlindungan Hak untuk Berorganisasi;
- Konvensi ILO tentang Pelanggaran dan Tindakan Segera Penghapusan Bentuk-bentuk Pekerjaan Terburuk untuk Anak.

B. Konsep dan Prinsip Hak Asasi Manusia

Bagian ini akan menjelaskan mengenai sejarah hak asasi manusia secara singkat, prinsip-prinsip hak asasi manusia, dan beberapa konsep penting hak asasi manusia.

1. Sejarah hak asasi manusia⁴

Sejarah hak asasi manusia bisa ditelusuri dalam filosofi Yunani dan berbagai agama atau kepercayaan yang ada di dunia. Beberapa piagam yang mengkodifikasi hak dan kebebasan merupakan langkah-langkah penting menuju konsep hak asasi manusia. Yang pertama adalah *Magna Charta Libertatum* pada tahun 1215 di Inggris, *Golden Bull* Hungaria tahun 1222, *Erik Klippings Håndfaestning* tahun 1282, *Joyeuse Entrée* tahun 1356 di Belgia, *Union of Utrecht* tahun 1579 di Belanda, hingga *Bill of Rights* Inggris di tahun 1689. Dokumen-dokumen ini merinci hak-hak yang dapat diklaim dalam keadaan tertentu (contohnya, ancaman terhadap kebebasan beragama), namun belum mengandung konsep filosofis yang mencakup semua kebebasan individu. Kebebasan dilihat sebagai hak yang diberikan kepada individu-individu atau kelompok-kelompok berdasarkan peringkat atau status mereka.

Pada Era Pertengahan, konsep kebebasan secara bertahap dipisahkan dari status dan dilihat bukan sebagai privilese melainkan hak yang dimiliki semua orang. Pada era ini teolog dan ahli hukum Spanyol berperan penting, diantaranya Francisco de Vitoria dan Bartolomé de las Casas. Mereka berdua meletakkan fondasi doktrin pengakuan kebebasan dan martabat semua manusia dengan membela hak-hak personal penduduk asli (*indigenous*) yang hidup di wilayah koloni Kerajaan Spanyol.

4 Sebagian besar bagian ini disarikan dan diterjemahkan dari Magdalena Sepulveda and others, *Human Rights Reference Handbook* (3rd edn, University for Peace 2004) hal. 3 – 5, kecuali ketika ada rujukan pada sumber lain di catatan kaki.

Pada Era Pencerahan (Abad ke-18), konsep hak asasi manusia mulai muncul secara eksplisit. Manusia, laki-laki dan perempuan, mulai dilihat sebagai individu otonom, yang diberkahi oleh alam dengan sejumlah hak dasar yang tidak dapat direnggut (*inalienable*) yang dapat dituntut dari pemerintah dan juga harus dijaga oleh pemerintah. Hal ini senada dengan yang ditulis oleh Professor Louis Henkin:⁵

Hak-hak individual sebagai suatu ide politik diambil dari hukum alam dan keturunannya, hak-hak alami. Manifestasi modern dari ide ini dapat ditelusuri hingga John Locke, artikulasi populer dalam Deklarasi Kemerdekaan Amerika dan dalam Deklarasi Perancis tentang Hak-hak Manusia dan Penduduk, dan pada realisasi ide ini dalam Konstitusi Amerika Serikat dan *Bill of Rights*, juga dalam konstitusi dan perundang-undangan negara-negara modern.

Era Pencerahan menjadi penentu dalam perkembangan konsep HAM. Ide dari Hugo Grotius, salah satu bapak hukum internasional modern, Samuel von Pufendorf, dan John Locke menarik banyak perhatian di Eropa pada abad ke-18. JJ Rousseau menjabarkan mengenai konsep yang mendasari kekuasaan penguasa dan hak-hak warga negara sebagai sebuah kontrak sosial. Terminologi hak asasi manusia muncul pertama kalinya dalam *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Deklarasi Hak-hak Manusia dan Warga Negara) di tahun 1789. Deklarasi Kemerdekaan Amerika tanggal 4 Juli 1776 juga berdasarkan pada asumsi bahwa semua manusia setara, yang menyebutkan hak-hak yang tidak dapat direnggut yaitu hak untuk hidup, kebebasan dan pengejaran kebahagiaan.

Pada abad 18 dan 19 sejumlah orang sudah mempercayai bahwa warga negara memiliki hak untuk menuntut pemerintah untuk mencapai perbaikan kondisi hidup mereka. Konstitusi yang disusun di Eropa pada tahun 1800an mencakup hak-hak klasik, namun juga pasal-pasal yang memberikan kewajiban kepada pemerintah dalam bidang ketenagakerjaan, kesejahteraan, kesehatan publik dan pendidikan. Hak-hak sosial serupa juga tercantum dalam Konstitusi Mexico di tahun 1917, Konstitusi Uni Soviet tahun 1918, dan Konstitusi Jerman tahun 1919.

Pada abad ke-19, mulai muncul perselisihan antar negara mengenai perlindungan hak-hak minoritas di Eropa. Hal ini ditambah dengan persaingan antar negara industri, antara yang sudah memiliki hukum mengenai perburuhan dan yang belum – terkait dengan upah buruh, menimbulkan kebutuhan antar negara untuk berkonsultasi satu sama lain. Hal ini berujung pada Konvensi Bern di tahun 1906 yang melarang pekerjaan shift malam bagi perempuan. Konvensi ini dapat dilihat sebagai konvensi multilateral pertama yang bertujuan melindungi

5 Louis Henkin, *The Age of Rights 1* (1990) sebagaimana dikutip dalam Francisco Forrest Martin (eds), *International Human Rights & Humanitarian Law, Treaties, Cases & Analysis* (Cambridge 2006) hal. 2.

hak-hak sosial. Organisasi Buruh Internasional (ILO - *International Labour Organisation*) yang didirikan pada tahun 1919 kemudian memfasilitasi pembentukan banyak konvensi lainnya di bidang perburuhan.

Kekejaman Perang Dunia II mengakhiri pandangan tradisional bahwa negara memiliki kebebasan penuh untuk menentukan perlakuan terhadap warga negaranya. Penandatanganan Piagam PBB pada tanggal 26 Juni 1945 membawa hak asasi manusia ke dalam wilayah hukum internasional. Khususnya, semua anggota PBB setuju untuk mengambil langkah-langkah untuk melindungi hak asasi manusia (HAM). Piagam PBB mengandung sejumlah kalimat dan pasal spesifik yang merujuk pada HAM walaupun masih dalam jumlah sedikit, tersebar di beberapa bagian dan bahkan secara samar. Pengaturan ini ada pada: Paragraf kedua Pembukaan, Pasal 1 paragraf (3), Pasal 13 paragraf (1)(b), Pasal 55 dan 56, Pasal 62 paragraf (2) dan Pasal 68.⁶

Kurang dari dua tahun setelahnya, Komisi HAM PBB yang dibentuk di awal 1946, menyerahkan rancangan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM). DUHAM kemudian diadopsi Majelis Umum PBB di Paris tanggal 10 Desember 1948. Tanggal 10 Desember kemudian diperingati sebagai Hari Hak Asasi Manusia.

Negara anggota PBB yang ikut serta dalam voting adopsi DUHAM:⁷

Mendukung	Abstain
Burma, Kanada, Chile, Cina, Kolombia, Kosta Rika, Kuba, Denmark, Republik Dominika, Ekuador, Mesir, El Salvador, Etiopia, Perancis, Yunani, Guatemala, Haiti, Islandia, India, Iran, Iraq, Lebanon, Liberia, Luxembourg, Mexico, Belanda, Selandia Baru, Nikaragua, Norway, Pakistan, Panama, Paraguay, Peru, Filipina, Thailand, Swedia, Siria, Turki, Britania Raya, Amerika Serikat, Uruguay, Venezuela, Afganistan, Argentina, Australia, Belgia, Bolivia, Brazil.	Republik Sosialis Soviet Belarusia, Cekoslovakia, Polandia, Saudi Arabia, Ukraina, Afrika Selatan, Uni Soviet, Yugoslavia.

DUHAM merupakan dokumen pertama yang diadopsi oleh Majelis Umum PBB tanpa adanya penolakan. Apabila dilihat dari sebaran geografis dan politis negara-negara yang mendukung, dapat terlihat keterwakilan seluruh benua dan area di dunia serta berbagai ideologi negara.

⁶ Philip Alston dan Ryan Goodman, *International Human Rights* (Oxford University Press 2013) hal. 141.

⁷ UNGA, Continuation of the discussion on the draft universal declaration of human rights: Report of the Third Committee (A/777) (10 Desember 1948) <<http://undocs.org/A/PV.183>> terakhir diakses 11 September 2020

Antara tahun 1950an dan 1960an, semakin banyak negara menjadi anggota PBB. Dengan secara resmi menjadi anggota, maka negara-negara ini menerima kewajiban yang tercantum dalam Piagam PBB. Komitmen ini ditegaskan dalam Proklamasi Teheran tahun 1968, yang diadopsi dalam Konferensi Dunia tentang HAM Pertama. Komitmen ini juga diulang dalam Deklarasi dan Program Aksi Vienna yang diadopsi pada Konferensi Dunia tentang HAM Kedua tahun 1993.⁸

Pada perkembangannya, DUHAM didukung dengan sejumlah konvensi internasional. Dua yang paling signifikan adalah Konvensi Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (Kovenan Sipol) dan Konvensi Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, Budaya (Kovenan Ekosob). Kedua konvensi ini bersama dengan DUHAM sering disebut sebagai *International Bill of Human Rights*.

Indonesia menjadi negara anggota PBB sejak tanggal 28 September 1950. Pada tanggal 20 Januari 1965 Indonesia sempat menyatakan mengundurkan diri dari keanggotaan PBB namun kemudian pada 19 September 1966 menyatakan untuk kembali menjadi anggota, dan Indonesia kembali mendapat tempat dalam Majelis Umum PBB sebagai anggota aktif sejak 28 September 1966.⁹ Hal ini berarti pada saat pembahasan dan pengesahan DUHAM, Indonesia belum turut serta. Namun dengan kembali aktifnya Indonesia menjadi anggota PBB hingga kini, maka Indonesia terikat pada tanggung jawab HAM berdasarkan Piagam PBB, DUHAM, dan konvensi-konvensi utama hak asasi manusia maupun konvensi terkait HAM lainnya yang sudah diratifikasi.

2. Prinsip-prinsip hak asasi manusia

Dalam penerapannya, HAM memiliki beberapa prinsip yang dapat dijadikan acuan, yaitu: universal dan non-diskriminatif, tidak dapat direnggut (*inalienable*), tidak dapat dibagi (*indivisible*), saling bergantung (*interdependent*) dan saling terkait (*interrelated*).

a. Universal dan non-diskriminatif

Hak asasi manusia bersifat universal. Deklarasi PBB yang pertama mengenai HAM memastikan hal ini dengan memasukkan kata “universal” di dalam judulnya sehingga deklarasi tersebut bernama Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) sebagaimana kita kenal sekarang, dan yang kemudian mendasari konvensi-konvensi, dan instrumen HAM lainnya baik di tingkat internasional, regional dan nasional.

8 14-25 Juni 1993. Indonesia mengirimkan perwakilannya dalam Konferensi ini dan ikut membahas dokumen utama hasil konferensi. Lihat Majelis Umum PBB, A/CONF.157/2, 25 Juni 1993.

9 <https://www.un.org/en/member-states/#gotol>

Makna universalitas HAM ini dijelaskan dalam Pasal 2 DUHAM yang berbunyi:¹⁰

Setiap orang berhak atas semua hak dan kebebasan-kebebasan yang tercantum di dalam Pernyataan (Deklarasi) ini tanpa perkecualian apapun, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat yang berlainan, asal mula kebangsaan atau kemasyarakatan, hak milik, kelahiran ataupun kedudukan lain.

Di samping itu, tidak diperbolehkan melakukan perbedaan atas dasar kedudukan politik, hukum atau kedudukan internasional dari negara atau daerah dari mana seseorang berasal, baik dari negara yang merdeka, yang berbentuk wilayah-wilayah perwalian, jajahan atau yang berada di bawah batasan kedaulatan yang lain.

Senada dengan Pasal 2 DUHAM, dalam Pandangan dan Sikap Bangsa Indonesia terhadap Hak Asasi Manusia yang termuat dalam TAP MPR XVII dalam bagian D. Pemahaman HAM bagi Bangsa Indonesia, paragraf (2):

Setiap manusia diakui dan dihormati mempunyai hak asasi yang sama tanpa membedakan jenis kelamin, warna kulit, kebangsaan, agama, usia, pandangan politik, status sosial, dan bahasa serta status lain. Pengabaian atau perampasannya, mengakibatkan hilangnya harkat dan martabat sebagai manusia, sehingga kurang dapat mengembangkan diri dan peranannya secara utuh.

Prinsip ini diteguhkan lagi oleh Negara-negara anggota PBB dalam Konferensi Dunia tentang HAM pada tahun 1993, dalam bentuk Deklarasi dan Program Aksi Wina. Pasal 1, paragraf pertama dari Deklarasi berbunyi:

Konferensi Dunia Hak Asasi Manusia menegaskan kembali komitmen sungguh-sungguh dari semua Negara untuk memenuhi kewajiban mereka untuk mempromosikan penghormatan universal, dan kepatuhan dan perlindungan, semua hak asasi manusia dan kebebasan fundamental untuk semua sesuai dengan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, instrumen lain yang berkaitan untuk hak asasi manusia, dan hukum internasional. Sifat universal dari hak dan kebebasan ini tidak diragukan lagi.

Dalam UU HAM, diskriminasi definisikan sebagai setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tak langsung didasarkan pada pembedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik. yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan

10 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM), terjemahan OHCHR < <https://www.ohchr.org/en/udhr/pages/Language.aspx?LangID=inz> > terakhir diakses 13 September 2020. Kata dalam kurung adalah tambahan penulis.

dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya.¹¹

Sementara apabila merangkum dari beberapa konvensi internasional, diskriminasi dapat didefinisikan sebagai “perbedaan, pengecualian, pembatasan atau preferensi berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya yang memiliki tujuan atau efek meniadakan atau merusak pengakuan, kenikmatan atau pelaksanaan, pada pijakan yang sama, hak asasi manusia dan kebebasan fundamental dalam bidang politik, ekonomi, sosial, budaya atau bidang publik lainnya.”¹²

Non-diskriminasi selain sebagai prinsip juga diatur secara eksplisit dalam pasal-pasal dari instrumen HAM internasional dan nasional, diantaranya Pasal 2 dan 7 DUHAM, Pasal 2 ayat (1) dan 26 Kovenan Internasional Hak Sipil Politik (Kovenan Sipol), Pasal 2 ayat (2) Konvensi Internasional Hak Ekonomi Sosial Budaya (Kovenan Ekosob), bahkan untuk beberapa isu diatur dalam Konvensi secara khusus yaitu Konvensi Internasional Penghapusan Diskriminasi Rasial (ICERD) dan Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan (CEDAW).

Prinsip universal dan non-diskriminatif mensyaratkan satu sama lain untuk perwujudannya lainnya, bagaikan dua sisi mata koin yang sama. HAM kehilangan makna universalnya ketika penerapannya masih diskriminatif, dan sebaliknya, ketika HAM dapat dinikmati oleh setiap orang tanpa diskriminasi maka ia menjadi universal dengan sendirinya.

b. Tidak dapat direnggut (*inalienable*)

Prinsip HAM yang lain adalah tidak dapat direnggut. Kamus daring Oxford mendefinisikan “*inalienable*” sebagai kata sifat yang berarti ‘tidak dapat direnggut atau diambil’.¹³ Secara prinsip HAM tidak dapat diambil dari setiap individu. Terdapat pengecualian dari prinsip ini yaitu pada situasi darurat beberapa hak sipil dan politik dapat dikurangi, dan berdasarkan hukum beberapa hak dapat dibatasi. Pengurangan dan pembatasan hak harus memenuhi beberapa persyaratan kumulatif, yang akan dijelaskan dalam bagian berikut dari modul ini dan juga akan secara rinci dibahas dalam Modul 6.

11 Pasal 1 ayat (3) UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM.

12 Lihat Pasal 1 Konvensi Penghapusan Diskriminasi Rasial, Pasal 1 Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan, Pasal 2 ayat 1 Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik, Pasal 2 ayat 2 Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial, Budaya.

13 Lihat Oxford Learners' Dictionary (2020) <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/inalienable?q=inalienable> terakhir diakses 13 September 2020.

c. **Tidak dapat dibagi (indivisible)**

Pemahaman dan prinsip bahwa HAM adalah sekumpulan hak yang tidak dapat dibagi ditegaskan oleh Negara-negara anggota PBB dalam Deklarasi dan Program Aksi Wina 1993, di Pasal 5:

Anggapan atau konsep bahwa HAM dapat dibagi, yaitu antara hak sipil politik dan hak ekonomi sosial budaya, muncul ketika Komisi HAM PBB¹⁴ mulai menyusun kovenan HAM pasca diadopsinya DUHAM pada tahun 1950an. Saat itu terjadi perdebatan antara negara-negara dengan ideologi yang berbeda saat Perang Dingin sehingga akhirnya kovenan yang berisi kewajiban negara atas hak-hak sipil dan politik terpisah dari kovenan yang berisi hak-hak ekonomi, sosial dan budaya sebagaimana kita kenal sekarang.

Hak sipil dan politik banyak dipopulerkan sebagai “HAM generasi pertama” sementara hak ekonomi, sosial dan budaya sebagai “HAM generasi kedua”. Perbedaan penggolongan ini disebabkan anggapan bahwa hak sipil merupakan hak-hak yang menjamin kebebasan “dari negara” dan hak politik memberikan kebebasan demokratis atas akses “pada negara” dan keduanya dapat diklaim atau dinkmati segera dan dengan konkret. Sementara hak ekonomi, sosial, budaya merupakan hak-hak yang “didapatkan melalui negara” – yang pemenuhannya bergantung pada upaya aktif negara.¹⁵ Hak ekonomi sosial budaya juga memberi ruang bagi Negara untuk memenuhinya secara progresif (*progressive realisation*).¹⁶

Namun kedua penggolongan tersebut sudah kehilangan makna seiring perkembangan jaman. Saat ini di tingkat internasional maupun nasional telah didapat kesepakatan bahwa semua hak asasi setara, tidak dapat dibagi, dan saling terkait. Hal ini juga berdampak pada adanya pemahaman bahwa kewajiban negara atas HAM juga tidak berbeda antara hak sipil politik dan hak ekonomi, sosial, budaya.¹⁷ Kedua bidang hak inipun sama-sama memiliki unsur justisiabilitas, yang berarti pelanggaran atasnya dapat dituntut ke pengadilan baik domestik maupun internasional.

d. **Saling bergantung (*interdependent*) dan saling terkait (*interrelated*)**

Antar hak satu dan hak lain saling terkait dan saling bergantung. Ketika satu hak terlanggar, sangat besar kemungkinannya satu atau lebih hak lain juga ikut terlanggar. Contohnya, ketika terjadi penangkapan sewenang-wenang terhadap seseorang, maka haknya atas kebebasan berpindah terlanggar, demikian juga hak atas peradilan yang adil; kemungkinan haknya atas pekerjaan juga berpotensi terlanggar, dan ketika ia adalah pencari nafkah untuk keluarga maka hak anggota keluarganya atas kehidupan yang layak juga terdampak. Contoh

14 Sejak 2006 sudah digantikan oleh Dewan HAM (*Human Rights Council*).

15 Lihat Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights Commentary*, 2nd edition (Engel 2005) paragraf 3 halaman xx.

16 Pasal 2 ayat (1) Kovenan Internasional Hak Sosial, Ekonomi, Budaya.

17 *Ibid.*

lain, ketika kebebasan beragama atau berkeyakinan terlanggar maka seseorang berpotensi didiskriminasi dalam ranah kehidupan lainnya seperti dalam pekerjaan, hak atas identitas, hak untuk menikah dan membentuk keluarga.

3. Tanggung jawab Negara

Dalam konsep HAM, Negara adalah pengemban tanggung jawab yang utama. Hal ini berlaku untuk semua cabang kekuasaan negara: eksekutif, legislatif dan yudikatif, dan otoritas pemerintah atau publik lainnya. Tanggung jawab ini juga menjadi milik pemerintah di semua tingkatan, baik pusat, provinsi maupun daerah.¹⁸ Maka pengadilan sebagai perangkat negara juga wajib untuk mengemban tanggung jawab atas HAM. UUD 1945 Pasal 28 I ayat (4) mengatur: “perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah”. Maka kita akan bersama mendalami makna dan pelaksanaan dari tipologi tanggung jawab negara tersebut.

Dalam diskursus keilmuan HAM, teori tanggung jawab Negara pertama kali dikemukakan oleh Henry Shue dalam bukunya *Basic Rights*. Kemudian pemikiran ini dikembangkan oleh Asbjorn Eide pada saat ia mengemban mandat sebagai Pelapor Khusus PBB untuk hak atas pangan. Asbjorn Eide memperkenalkan tipologi tripartit berikut dalam laporan-laporannya sebagai Pelapor Khusus kepada Dewan HAM PBB (dahulu bernama Komisi PBB tentang HAM):¹⁹

- **Tanggung jawab untuk menghormati (*responsibility to respect*)**

Tanggung jawab untuk menghormati mensyaratkan Negara, dan maka semua organ dan aparatnya, untuk tidak melakukan apapun yang melanggar integritas individu atau menyalahi kebebasannya, termasuk kebebasan untuk memanfaatkan sumber daya yang tersedia bagi individu-individu ini dengan cara yang menurut mereka baik untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan dasar.²⁰

Dalam Komentar Umum Komite HAM PBB, disebutkan bahwa kewajiban untuk menghormati dan memastikan bahwa hak-hak yang terkandung dalam Konvensi Internasional Hak Sipil Politik langsung berlaku bagi semua negara pihak.²¹

Beberapa contoh dari perwujudan tanggung jawab ini adalah dengan menghargai kebebasan warga negara untuk memeluk agama dan kepercayaannya, untuk memilih pendidikan yang ingin dijalankan, memilih akan bertempat tinggal dimana.

18 Lihat Komite HAM 'Komentar Umum No. 31 Sifat Tanggung Jawab Hukum Umum Yang Berlaku Bagi Negara Pihak Kovenan' (29 Maret 2004) CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 Paragraf 4.

19 Henry Shue, *Basic Rights- Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* (Princeton University Press 1980); Lihat juga Commission on Human Rights, 'Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjorn Eide, Special Rapporteur' (Laporan mengenai hak atas pangan sebagai hak asasi manusia yang diserahkan oleh Tuan Asbjorn Eide, Pelapor Khusus) (7 Juli 1987) E/CN.4/Sub.2/1987/23.

20 Commission on Human Rights, *Ibid* paragraf 67.

21 Lihat Komite HAM, catatan kaki 17, Paragraf 5.

- **Tanggung jawab untuk melindungi (*responsibility to protect*)**

Tanggung jawab melindungi mensyaratkan tindakan-tindakan yang diperlukan dari Negara dan aparat-aparatnya untuk mencegah individu-individu atau kelompok-kelompok untuk tidak melanggar integritas, kebebasan bertindak, atau hak-hak asasi lainnya dari individu, termasuk mencegah tindakan yang melanggar penikmatan sumber daya.²²

Tindakan melindungi ini dapat berbentuk peraturan dan kebijakan yang mengakui HAM dan memberikan sanksi bagi yang melanggar HAM, dan memastikan adanya mekanisme dan aparat yang bertugas menjalankan peraturan dan sanksi.

- **Tanggung jawab untuk memenuhi (*responsibility to fulfill*)**

Tanggung jawab ini mewajibkan Negara mengambil tindakan yang diperlukan untuk memastikan setiap orang dalam yurisdiksinya memiliki kesempatan untuk mendapatkan pemenuhan dari kebutuhan-kebutuhannya yang diakui dalam instrumen-instrumen HAM, yang tidak dapat dipenuhi dengan upaya personal.²³

Maka tanggung jawab untuk memenuhi mensyaratkan Negara memfasilitasi warga negaranya agar dapat menikmati HAM. Misalnya untuk hak atas pendidikan, negara melakukannya dengan membangun sekolah, menyediakan pendidikan untuk guru. Contoh lainnya dari wujud tanggung jawab ini adalah pembangunan jalan, penelitian mengenai vaksin COVID-19, mendirikan rumah sakit, dll.

Kewajiban positif - negatif

Di awal rezim HAM tumbuh tipologi kewajiban negatif dan kewajiban positif. Kewajiban negatif dimaknai bahwa untuk hak-hak tertentu Negara memenuhi kewajiban dengan tidak mengganggu penikmatan hak – sering diasosiasikan dengan hak sipil politik. Kewajiban positif dimaknai sebagai negara harus melakukan sesuatu untuk memenuhi hak-hak tertentu maka golongan hak ini lebih memakan biaya karena membutuhkan pengeluaran anggaran negara – sering diasosiasikan dengan hak ekonomi sosial budaya. Sementara kewajiban positif dan negatif masih valid dan dapat digunakan, namun asosiasinya terhadap hak tertentu tidaklah valid. Misalnya, hak untuk bebas dari penyiksaan yang merupakan bagian dari hak sipil politik dapat terpenuhi ketika aparat negara tidak melakukannya. Namun di sisi lain hak ini tidak akan terwujud apabila tidak ada pendidikan bagi aparat negara seperti anggota kepolisian, jaksa dan hakim, untuk memahami tindakan apa saja yang termasuk penyiksaan dan bahwa tindakan-tindakan tersebut dilarang. Maka di sisi lain hak untuk bebas dari penyiksaan juga membutuhkan biaya untuk pemenuhannya. Contoh lain, hak atas pendidikan yang merupakan bagian dari hak ekosob nampak membutuhkan biaya

22 *Ibid*, paragraf 68.

23 *Ibid*, paragraf 69.

besar yang harus dikeluarkan negara untuk pemenuhannya diantaranya untuk membangun sekolah dan mendidik guru. Namun di sisi lain hak ini juga membutuhkan kewajiban negatif negara untuk tidak mencampuri pilihan orang tua untuk mendidik anaknya sesuai agama dan kepercayaan orang tua,²⁴ atau hak seseorang untuk menempuh pendidikan setinggi-tingginya dan sesuai minatnya.

Tipologi kewajiban negara berdasarkan Skema Alston Goodman

Philip Alston dan Ryan Goodman mengembangkan dan memodifikasi skema kewajiban negara ke dalam 5 tipe, yang dapat membantu kita untuk lebih memahami konsep pertanggungjawaban negara dari sudut pandang yang sedikit berbeda:²⁵

a. Menghormati hak

Kewajiban ini mewajibkan negara untuk memperlakukan setiap orang secara sama, menghormati martabat setiap individu dan maka tidak mencampuri atau mengurangi hak-hak mereka, baik yang berupa keamanan fisik atau hak atas proses hukum yang adil, perlindungan yang sama, kebebasan berpendapat atau partisipasi politik. Kewajiban menghormati ini seringkali dijelaskan sebagai kewajiban 'negatif' dimana negara dianggap tidak boleh ikut campur. Secara umum, kewajiban ini berarti untuk tidak memperparah situasi seseorang dengan menghalangi penikmatan hak yang sudah diakui.

Kepatuhan negara pada kewajiban ini dapat mencegah malapetaka terparah seperti genosida, pembunuhan masal, penyiksaan. Kewajiban menghormati ini mendasari seluruh rezim HAM dan terhubung dengan unsur 'anti malapetaka', bahwa rezim HAM muncul dan dibangun untuk mencegah kekejian masif yang terjadi di abad kedua puluh.

Kewajiban menghormati ini, bagi sebagian besar hak, menjangkau lebih dari negara tetapi juga individu dan aktor non-negara. Hak seseorang atas keamanan fisiknya atau untuk ikut memilih dalam pemilu, atau hak-hak lainnya, mengharuskan adanya kewajiban semua orang lain untuk tidak mengganggu hak ini dan juga negara untuk melarang gangguan atau pelanggaran.

b. Menciptakan sistem institusional yang penting untuk merealisasikan hak

Berbeda dengan tipe pertama diatas, tipe kewajiban ini dan seterusnya hanya berlaku untuk negara. Beberapa hak dapat terganggu atau tercabut bukan hanya disebabkan oleh intervensi langsung pemerintah (penyiksaan, mencegah seorang warga negara mengekspresikan suatu

24 Lihat Pasal 13 ayat (3) Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial, Budaya; lihat juga Komite Ekonomi Sosial Budaya 'Komentar Umum No. 13 Hak Atas Pendidikan' (8 Desember 1999) E/C.12/1999/10 paragraf 28.

25 Philip Alston dan Ryan Goodman, *International Human Rights* (Oxford University Press 2013) hal. 182-185.

ide atau ikut pemilu), namun juga kegagalan pemerintah dalam memberlakukan mekanisme institusional yang diperlukan untuk merealisasikan atau mempraktekkan hak.

Sebagai contoh, hak partisipasi politik. Hak seorang warga negara untuk memilih dalam pemilu tidak akan bermakna apabila pemerintah tidak menjaga mekanisme pemilihan yang adil yang memungkinkan tindakan memilih, penghitungan suara, dan seterusnya. Hak memilih disini, kemudian, membutuhkan biaya yang harus dikeluarkan oleh Pemerintah. Ini tidak semata “angkat tangan” dan tidak mencampuri. Dana publik harus dikeluarkan untuk menciptakan infrastruktur dimana realisasi praktis hak bergantung. Pengawasan publik harus diadakan untuk memastikan mekanisme pemilu berjalan adil dan jujur. Perbedaan positif-negatif ini di satu sisi memiliki manfaat, namun tidak cukup untuk menjelaskan kewajiban ini, termasuk tugas negara untuk menginstitusionalisasikan hak sebagaimana dijelaskan dalam tipe ketiga berikut.

c. Melindungi hak dan mencegah pelanggaran

Beberapa perjanjian internasional HAM menyebutkan secara eksplisit tugas negara untuk melindungi dari dan mencegah pelanggaran HAM. Contohnya Pasal 2 Kovenan Sipol yang memberikan korban pelanggaran HAM hak atas pemulihan. Sekali lagi sistem institusional diperlukan, yaitu untuk menaati perintah spesifik dari perjanjian internasional tersebut. Dalam hal Kovenan Sipol, perintah ini disebutkan dalam Pasal 2 mengenai kewajiban negara ‘untuk memastikan bagi semua individu’ hak-hak yang diakui. Negara kemudian harus melakukan hal-hal yang diperlukan untuk memastikan. Negara juga harus mengadakan polisi untuk melindungi orang dari pelanggaran hak mereka yang dilakukan oleh aktor negara dan non-negara (swasta). Negara perlu membentuk sistem normatif seperti hukum perdata atau pidana, dan juga institusi seperti pengadilan, penjara, prosedur perdata dan pidana, untuk mempertahankan sistem keadilan yang menyediakan pemulihan atas pelanggaran dan memberlakukan sanksi bagi pelanggar. Tugas untuk melindungi ini vital dalam perkembangan Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan (CEDAW) dan hak-hak perempuan, misalnya.

Sebagaimana kewajiban untuk menciptakan sistem institusional diatas, kewajiban negara untuk melindungi/mencegah pelanggaran membutuhkan anggaran negara. Hal ini membuktikan bahwa adanya perbedaan kewajiban negatif dan positif tidak bermanfaat.

Perlu dipahami bahwa konsep melindungi dan mencegah, walaupun terhubung dalam kategori ini namun dapat bermakna berbeda, tergantung konteks. Contohnya mendorong perubahan budaya mengenai kekerasan terhadap perempuan dapat membantu mencegah terjadinya kekerasan. Pencegahan dapat terwujud dalam jangka panjang dengan strategi selain kekuatan perlindungan sehari-hari seperti kepolisian.

d. Menyediakan barang dan pelayanan untuk memenuhi hak

Tugas negara disini utamanya untuk menyediakan sumber daya materi bagi pemegang hak, seperti perumahan atau pangan atau layanan kesehatan, dan hal lain yang diasosiasikan dengan Kovenan Ekosob. Dalam Komentar Umum No. 12: Hak atas Pangan, Komite Ekosob merinci lebih lanjut kewajiban untuk memenuhi. Menurut Komite, kewajiban memenuhi mengandung kewajiban untuk memfasilitasi (*to facilitate*) dan menyediakan (*to provide*).²⁶ Sumber daya yang disediakan oleh negara dapat secara langsung diberikan kepada individu pemegang hak seperti bantuan sosial atau subsidi perumahan, atau diberikan secara tidak langsung kepada penerima manfaat melalui subsidi bagi pengembang untuk membangun apartemen, misalnya. Berbeda dengan kewajiban untuk menghormati yang berarti tidak memperburuk keadaan pemegang hak, kewajiban ini secara umum berarti memperbaiki situasi pemegang hak.

Kewajiban negara untuk menggunakan dana publik untuk memenuhi tugas-tugasnya paling nyata dalam kategori ini. Kewajiban negara yang berkaitan dengan hak-hak kesejahteraan seringkali disebut sebagai kewajiban positif (*afirmatif*). Tidak seperti kategori 2 dan 3 diatas yang juga membutuhkan pengeluaran negara, kewajiban untuk menyediakan barang dan pelayanan ini merupakan inti, dan merupakan esensi dari hak individual. Kewajiban-kewajiban ini tidak hanya bersifat insidental yang diperlukan untuk mewujudkan hak-hak lainnya. Contohnya pengeluaran negara untuk kepolisian bersifat esensial untuk memenuhi kewajiban melindungi.

Di sisi lain, perwujudan hak ekosob tidak perlu bergantung pada penyediaan langsung atau tidak langsung oleh negara. Kebijakan yang sangat berbeda dapat mencapai tujuan pemuasan hak. Misalnya mengenai hak atas pangan, salah satu cara untuk mengatasi kemiskinan dan gizi buruk di daerah pedesaan dapat dilakukan dengan menjalankan pengalihan lahan dan reformasi agraria yang kemudian meningkatkan lapangan kerja dan penghasilan sehingga membuat rakyat dapat memenuhi kebutuhannya sendiri atas pangan. Maka kebijakan moneter atau fiskal yang dirancang untuk menurunkan pengangguran dan gizi buruk serta tunawisma dapat mengurangi kebutuhan pemberian langsung makanan atau dana. Kebijakan berkarakter semacam ini yang dilakukan oleh negara dapat menjadikan penyediaan dana atau barang secara langsung maupun tidak langsung sebagai pilihan terakhir atau bukan yang pertama.

e. Memajukan hak (to promote)

Kewajiban negara ini merujuk pada membawa perubahan keyakinan atau persepsi atau pemahaman publik mengenai suatu topik atau permasalahan, dengan tujuan mengatasi

26 Komite Ekosob 'Komentar Umum No. 12: Hak atas Pangan' (1999) paragraf 15.

permasalahan tersebut. Dalam konteks tertentu, pemajuan hak dapat berguna atau esensial agar hak tersebut dikenal oleh aktor-aktor non-negara. Sebagaimana kewajiban melindungi, kewajiban memajukan mensyaratkan negara untuk mengeluarkan dana dan mendirikan institusi yang diperlukan untuk memajukan penerimaan hak. Kewajiban negara untuk memajukan seringkali mencakup pendidikan publik. Misalnya, pendidikan sekolah atau kampanye publik yang ditujukan untuk mengubah sikap mengenai kekerasan terhadap perempuan atau anak. Pemajuan untuk mencapai perubahan budaya merupakan peran yang penting dalam kerangka Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan.

Pemajuan menekankan bahwa kategori kewajiban-kewajiban ini tidak berjalan sendiri-sendiri. **Seringkali antar kategori kewajiban ini saling terkait dan tumpang tindih.** Contohnya, pemenuhan kewajiban untuk memajukan pendidikan terhadap perempuan dapat berupa kewajiban untuk tidak hanya menyediakan pendidikan tetapi juga melindungi ketika pendidikan itu dinikmati oleh perempuan. Contoh lainnya, ketika negara memajukan dan menyebarkan pengetahuan mengenai konsekuensi buruk dari diskriminasi, hal ini dapat mengurangi rasisme atau kekerasan berbasis gender.

4. Perbuatan dan pembiaran

Berdasarkan teori Pertanggungjawaban Negara (*State Responsibility*) dalam hukum internasional, ketika negara melanggar kewajiban internasionalnya melalui suatu tindakan (*commission*) atau membiarkan terjadinya suatu tindakan (*omission*) maka timbul kewajiban untuk mereparasi kerugian yang disebabkan.

Sebagaimana sudah dipaparkan sebelumnya, kewajiban negara terhadap HAM menjadi kewajiban dari aktor-aktor negara di semua level dan bidang. Hal ini karena negara, dalam hal ini Indonesia, sudah berkomitmen sebagai negara anggota PBB, dengan menjadi negara pihak kovenan dan konvensi internasional tentang HAM yang kemudian dituangkan atau diberlakukan dalam hukum nasional.

UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM mendefinisikan pelanggaran hak asasi manusia sebagai berikut:

Pasal 1 butir 6

Pelanggaran hak asasi manusia adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh Undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

Komisi Hukum Internasional PBB (*International Law Commission*) pada tahun 2001 mengadopsi *Responsibility of States for Internationally Wrongful Act* (Pertanggungjawaban Negara atas Tindakan yang Salah secara Internasional)²⁷ yang berisi pasal-pasal mengenai tindakan yang dapat diatribusikan kepada negara. Tindakan tersebut adalah tindakan aktor negara, aktor non-negara yang menjalankan fungsi pemerintahan (misalnya kontraktor petugas penjara), aktor non-negara yang mendapat perintah atau dikontrol oleh negara, atau tindakan oleh aktor non-negara yang sebenarnya tidak dapat diatribusikan kepada negara namun diakui atau diadopsi negara sebagai tindakannya sendiri (diantaranya melalui pembiaran).

Spesifik mengenai pembiaran, hal ini berlaku untuk aktor negara dan non-negara. Terdapat yurisprudensi internasional mengenai tindakan aktor non-negara yang dapat diatribusikan kepada negara karena negara membiarkan tindakan tersebut, yaitu dalam kasus *Staf Diplomatik dan Konsular Amerika Serikat di Teheran (AS v Iran)* yang diadili oleh Mahkamah Internasional.²⁸ Dalam kasus ini terjadi penyerangan dan pendudukan Kedutaan Amerika Serikat di Teheran oleh militan bersenjata selama beberapa bulan. Staf diplomatik dan konsuler AS tersandera di dalam gedung selama pendudukan. Pemerintah Iran saat itu membiarkan hal ini, bahkan beberapa waktu kemudian mendukung hal ini.²⁹ Mahkamah Internasional yang mengadili kasus ini berpendapat bahwa pembiaran yang dilakukan pemerintah Iran melanggar Piagam PBB dan DUHAM karena telah terjadi pelanggaran kebebasan orang-orang yang disandera, dan juga karena para sandera hidup dalam kondisi sulit saat penyanderaan. Selain itu pembiaran ini juga melanggar hukum internasional diplomatik dan konsuler. Yurisprudensi ini melahirkan teori bahwa ketika negara membiarkan terjadinya suatu tindakan yang melanggar hukum internasional maka tindakan tersebut dapat diatribusikan kepada negara dan melahirkan tanggung jawab untuk memberikan pemulihan. Hal ini berlaku juga dalam hukum hak asasi manusia.

5. Pemulihan (*remedy*)

Ketika terjadi pelanggaran hak asasi, maka timbul kewajiban negara untuk memberikan pemulihan bagi korban. Kata 'pemulihan' mengandung dua konsep yang terpisah yaitu **pemulihan prosedural** dan **pemulihan substantif**. Pemulihan prosedural berarti proses dimana gugatan tentang HAM didengar dan diputuskan baik oleh pengadilan, badan administratif atau badan berwenang lainnya. Pemulihan substantif merujuk pada hasil dari proses, pertolongan yang diberikan kepada penggugat yang berhasil.³⁰ Pemulihan prosedural seringkali disebut dengan istilah akses pada keadilan (*access to justice*).

27 ILC, 'Yearbook of the International Law Commission Vol II Part Two' (2001).

28 *Case Concerning United States Diplomatic And Consular Staff in Tehran* (United States Of America v. Iran) (Judgment) [1980] ICJ Report 1980.

29 Ibid, paragraf 90.

30 Lihat Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (OUP, 2015) halaman 16.

Sementara pemulihan substantif seringkali disebut dengan istilah 'reparasi', yang dalam hukum internasional secara umum merujuk pada berbagai upaya yang dilakukan negara untuk memperbaiki akibat dari pelanggaran hukum internasional yang dilakukannya. Reparasi dapat termasuk semua tindakan yang mengganti kerugian yang diderita individu yang diakibatkan pelanggaran HAM, terdiri dari restitusi, kompensasi, kepuasan (*satisfaction*) dan jaminan ketidakberulangan (*non-repetition*). Reparasi juga terkadang digunakan untuk merujuk kompensasi moneter.³¹ Tipe reparasi yang diberikan akan tergantung dari kasusnya, namun terjadi pertumbuhan konsensus bahwa standar minimalnya adalah korban mendapatkan restitusi ketika dimungkinkan, ATAU apabila tidak maka kompensasi diberikan sebagai pengganti, DAN hak atas kebenaran demi pihak yang dirugikan dan juga masyarakat secara luas.

Hak untuk mendapatkan pemulihan diakui dan dijamin secara eksplisit di berbagai instrumen HAM internasional dan nasional. Beberapa diantaranya:

DUHAM, Pasal 8

Setiap orang memiliki hak atas pemulihan yang efektif oleh pengadilan nasional yang kompeten atas tindakan-tindakan yang melanggar hak-hak fundamental yang diberikan kepadanya berdasarkan konstitusi atau undang-undang.

Kovenan Internasional Hak-hak Sipil Politik, Pasal 2

Setiap Negara Pihak pada Kovenan ini berjanji:

- (a) Menjamin bahwa setiap orang yang hak-hak atau kebebasannya diakui dalam Kovenan ini dilanggar, akan memperoleh upaya pemulihan yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi;
- (b) **Menjamin, bahwa setiap orang yang menuntut upaya pemulihan tersebut harus ditentukan hak-haknya itu oleh lembaga peradilan, administratif, atau legislatif yang berwenang, atau oleh lembaga berwenang lainnya yang diatur oleh sistem hukum Negara tersebut, dan untuk mengembangkan segala kemungkinan upaya penyelesaian peradilan;**
 - I Menjamin, bahwa lembaga yang berwenang tersebut akan melaksanakan penyelesaian demikian apabila dikabulkan.

31 *Ibid.*

UU HAM, Pasal 101

Setiap orang, kelompok, organisasi politik, organisasi masyarakat, lembaga swadaya masyarakat, atau lembaga kemasyarakatan lainnya, berhak menyampaikan laporan atas terjadinya pelanggaran hak asasi manusia kepada Komnas HAM atau lembaga lain yang berwenang dalam rangka perlindungan, penegakan, dan pemajuan hak asasi manusia.

Konvensi Internasional Penghapusan Diskriminasi Rasial, Pasal 6

Negara-negara Pihak harus menjamin kepada setiap orang dalam yurisdiksinya perlindungan dan pemulihan yang efektif, melalui pengadilan nasional yang kompeten dan lembaga-lembaga Negara lainnya, terhadap segala tindakan diskriminasi rasial yang melanggar hak asasi manusianya dan kebebasan mendasar yang bertentangan dengan Konvensi ini, serta hak untuk mencari dari pengadilan yang adil dan perbaikan atau kepuasan yang memadai atas segala kerusakan yang diderita sebagai akibat dari diskriminasi tersebut.

Konvensi Anti Penyiksaan, Pasal 14 ayat (1)

Setiap Negara Pihak harus memastikan dalam sistem hukumnya bahwa korban dari suatu tindakan penyiksaan memperoleh ganti rugi dan memiliki hak yang dapat dilaksanakan atas kompensasi yang adil dan memadai, termasuk sarana untuk rehabilitasi semenyeluruh mungkin. Dalam hal kematian korban sebagai akibat dari tindakan penyiksaan, **tanggungannya berhak mendapatkan kompensasi.**

Konvensi Penghapusan Diskriminasi Terhadap Perempuan, Pasal 2 huruf I

Negara-negara peserta menegakkan diskriminasi terhadap perempuan dalam segala bentuknya dan bersepakat untuk menjalankan dengan segala cara yang tepat dan tanpa ditunda-tunda, kebijaksanaan menghapus diskriminasi terhadap perempuan, dan untuk tujuan ini berusaha :

c) Menegakkan perlindungan hukum terhadap hak-hak perempuan atas dasar yang sama dengan kaum laki-laki dan untuk menjamin melalui pengadilan nasional yang kompeten dan badan-badan pemerintah lainnya, perlindungan kaum perempuan yang efektif terhadap setiap tindakan diskriminasi;

Konvensi Hak Anak, Pasal 8 ayat (2)

Jika seorang anak secara aragra kehilangan beberapa atau semua elemen dari identitasnya, Negara-negara Pihak harus memberikan bantuan dan perlindungan yang sesuai, dengan maksud untuk mengembalikan identitasnya dengan cepat.

Konvensi Hak Anak, Pasal 39

Negara-negara Pihak harus mengambil semua langkah yang tepat untuk mempromosikan pemulihan fisik dan psikologis dan reintegrasi sosial anak korban: segala bentuk pengabaian, eksploitasi, atau pelecehan; penyiksaan atau bentuk lain dari perlakuan atau hukuman yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat; atau konflik bersenjata. Pemulihan dan reintegrasi semacam itu akan terjadi di lingkungan yang memupuk aragraph, harga diri, dan martabat anak itu.

Konvensi Perlindungan Hak-hak Buruh Migran,³² Pasal 83

Setiap Negara peserta pada Konvensi ini berjanji:

- a. untuk menjamin bahwa setiap orang yang hak dan kebebasannya yang diakui disini dilanggar, akan mendapatkan upaya penyelesaian yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi;
- b. untuk menjamin bahwa setiap orang yang mengusahakan upaya penyelesaian diperiksa dan diputuskan kasusnya oleh pejabat pengadilan, aragraphive atau legislatif yang berwenang atau oleh pejabat berwenang lainnya yang ditentukan oleh sistem hukum Negara itu, dan untuk mengembangkan kemungkinan-kemungkinan upaya penyelesaian yudikatif;
- c. untuk menjamin bahwa pejabat yang berwenang tersebut melaksanakan upaya-upaya penyelesaian apabila diputuskan untuk dikabulkan.

Walaupun Kovenan Ekosob tidak memiliki pasal khusus terkait pemulihan, namun Komite Ekonomi, Sosial, Budaya (Komite Ekosob) yang mengawasi pelaksanaan Kovenan dalam Komentar Umum No. 9: Aplikasi Domestik Kovenan menjelaskan bahwa, “tidak ada hak dalam Kovenan ini yang tidak dapat, di mayoritas sistem, dipertimbangkan sebagai memiliki setidaknya dimensi justisiabilitas yang signifikan”.³³ Hal ini berarti pelanggaran atas semua hak dalam Kovenan Ekosob dapat dituntut di pengadilan.

Tindakan negara dalam memberikan pemulihan tidak hanya berdampak pada korban atau penggugat individu, tetapi juga masyarakat secara luas. Maka pemulihan atas kesalahan publik harus dilihat sebagai melebihi ganti rugi bagi perseorangan, namun sebagai kebijakan publik dan upaya penting dalam memajukan kepatuhan pada norma HAM.³⁴

32 Konvensi ini mengandung beberapa pasal terkait pemulihan, tidak hanya pasal 83. Lihat juga pasal 15, 16 ayat (9), 18 ayat (6).

33 Komite Ekonomi Sosial Budaya ‘Komentar Umum No. 9: Pelaksanaan Domestik Kovenan’ (3 Desember 1998) E/C.12/1998/24, paragraf 10.

34 Lihat Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (OUP, 2015) halaman 61.

6. Pengurangan (*derogation*)

Setelah memahami bahwa hak sudah diakui dan dijamin berdasarkan hukum internasional dan hukum nasional, kita akan membahas mengenai kondisi-kondisi dimana hak bisa dikurangi (*derogation*) dan dibatasi (*limitation*). Pembatasan hak akan dibahas dalam bagian berikut setelah ini.

Beberapa instrumen HAM memungkinkan dilakukannya derogasi atau pengurangan hak oleh negara dalam kondisi tertentu. Sementara instrumen lain tidak memiliki pengaturan yang memungkinkan adanya derogasi. Misalnya dalam Kovenan Sipol derogasi dimungkinkan berdasarkan Pasal 4, sementara dalam Kovenan Ekosob dan Konvensi Hak Anak tidak ada pengaturan mengenai derogasi. UU HAM juga memiliki ketentuan mengenai derogasi dalam pasal 4.

Pasal 4 Kovenan Sipol berbunyi:

- a. Dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa dan keberadaannya, yang telah diumumkan secara resmi, Negara-negara Pihak Kovenan ini dapat mengambil langkah-langkah yang mengurangi kewajiban-kewajiban mereka berdasarkan Kovenan ini, sejauh memang sangat diperlukan dalam situasi darurat tersebut, sepanjang langkah-langkah tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban-kewajiban lainnya berdasarkan hukum internasional dan tidak mengandung diskriminasi semata-mata berdasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau asal-usul sosial.
- b. Pengurangan kewajiban atas pasal-pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16 dan 18 sama sekali tidak dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan ini.
- c. Setiap Negara Pihak Kovenan ini yang menggunakan hak untuk melakukan pengurangan tersebut harus segera memberitahukannya kepada Negara-negara Pihak lainnya melalui perantaraan Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa, mengenai ketentuan-ketentuan yang dikurangnya, dan mengenai alasan-alasan pemberlakuannya. Pemberitahuan lebih lanjut, harus dilakukan melalui perantara yang sama pada saat berakhirnya pengurangan tersebut.

Derogasi harus dilakukan sebagai suatu pengecualian dan bersifat sementara. Alasan dari adanya ketentuan mengenai derogasi adalah untuk menyeimbangkan antara hak kedaulatan suatu pemerintah untuk menjaga perdamaian dan ketertiban dalam situasi darurat publik, dan perlindungan hak-hak individual dari kesewenangan negara selama situasi darurat tersebut. Maka dalam situasi darurat negara diperbolehkan untuk menghentikan sementara pelaksanaan beberapa hak yang diperlukan untuk menanggapi situasi darurat tersebut, namun dengan tetap menaati ketentuan agar tidak terjadi kesewenangan selama pelaksanaan derogasi.³⁵

35 Magdalena Sepulveda and others, *Human Rights Reference Handbook* (3rd edn, University for Peace 2004) halaman 45.

Kriteria yang harus dipenuhi dalam derogasi adalah (kriteria-kriteria ini bersifat kumulatif):

- Terjadi perang atau situasi darurat yang mengancam kehidupan atau keberlanjutan suatu bangsa;
- Keadaan darurat ini harus diumumkan secara resmi;
- Upaya yang dilakukan tidak boleh melebihi batas ketat yang diperlukan berdasarkan situasi;
- Upaya yang dilakukan harus konsisten dengan kewajiban-kewajiban berdasarkan hukum internasional; dan
- Upaya yang dilakukan tidak boleh mendiskriminasi berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, aragr, agama atau latar belakang sosial;
- Tidak melanggar ketentuan *non-derogable rights* (hak-hak yang tidak boleh dikurangi).

Penjelasan lebih lanjut mengenai apa yang dimaksud keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa dan kriteria dari pemberlakuan situasi darurat dapat merujuk pada Prinsip-prinsip Siracusa,³⁶ yang merupakan sejumlah prinsip yang disusun oleh ahli-ahli hukum HAM internasional yang kemudian diedarkan sebagai dokumen resmi sesi sidang Komisi HAM pada tahun 1984. Prinsip-prinsip ini menginterpretasikan kriteria derogasi dan kriteria limitasi mengingat dalam Kovenan Sipol atau Komentar Umum tidak ada definisi atau penjelasan yang merinci hal-hal tersebut. Baru pada tahun 2001 Komite HAM mengeluarkan Komentar Umum No. 29 mengenai Keadaan Darurat yang berkaitan dengan pemberlakuan derogasi.

Yang dimaksud dengan ‘ancaman terhadap keberlanjutan hidup bangsa’ adalah:³⁷

- a) Mempengaruhi seluruh populasi dan seluruh atau sebagian wilayah negara, dan
- b) Mengancam integritas fisik populasi, kemerdekaan politik atau integritas teritorial negara atau keberadaan atau fungsi dasar institusi yang harus ada untuk memastikan dan melindungi hak-hak yang diakui dalam Kovenan.

Konflik internal dan kerusuhan yang bukan merupakan ancaman berat dan mendesak atas kehidupan bangsa tidak dapat dijadikan alasan pemberlakuan derogasi.³⁸

Yang termasuk dalam hak-hak yang tidak boleh dikurangi adalah:³⁹

- Hak untuk hidup.*
- Hak untuk tidak mendapatkan penyiksaan, perlakuan atau penghukuman yang tidak manusiawi atau merendahkan martabat.*

36 'The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights' (28 September 1984). Selanjutnya disebut Prinsip Siracusa.

37 Lihat Prinsip Siracusa, paragraf 39.

38 Prinsip Siracusa, paragraf 40; Lihat juga Komite HAM 'Komentar Umum No. 29: Keadaan Darurat (Pasal 4)' (31 Agustus 2001) CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (selanjutnya disebut Komentar Umum No. 29: Keadaan Darurat), paragraf 3.

39 Lihat Pasal 4 ICCPR; Lihat juga Komentar Umum Kovenan Sipol No. 29: Keadaan Darurat, paragraf 7. Yang bertanda (*) adalah hak-hak yang dapat diderogasi berdasarkan Pasal 4 UU HAM.

- Hak untuk tidak menjadi objek percobaan medis atau ilmiah tanpa persetujuan.
- Hak untuk tidak diperbudak, diperdagangkan sebagai budak, atau diperhambakan.
- Hak untuk tidak dipenjara karena tidak memenuhi kewajiban kontrak.
- Hak untuk tidak dihukum berdasarkan hukum retroaktif atau berlaku surut.*
- Hak untuk dihukum berdasarkan hukum yang berlaku saat kejahatan dilakukan kecuali apabila hukumannya lebih ringan.
- Hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum.*
- aragrap kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama (hanya untuk hak untuk beribadah dan memanifestasikan kepercayaan – *forum externuum*, yang akan dijabarkan mendalam di Modul 4).

7. Pengurangan (*limitation/restriction*)

Dalam kovenan atau konvensi internasional diatur bahwa hak yang diakui didalamnya dapat dibatasi. Istilah yang digunakan dapat berupa limitasi, restriksi atau pembatasan. Ketiganya memiliki makna yang sama. Restriksi atau limitasi dapat dilakukan hanya untuk menetapkan batas-batas hak yang dilindungi dan bukan sebagai alasan untuk mengganggu atau bahkan merusak hak tersebut. Secara umum, restriksi yang dilakukan harus proporsional dibandingkan dengan alasan diperlukannya restriksi.

Terdapat dua variasi pengaturan mengenai restriksi atau limitasi, yang pertama berupa pengaturan umum yang mencakup semua hak yang diakui dalam instrumen tersebut. Contoh pengaturan umum ini dapat dilihat dalam Pasal 28J UUD 1945, Pasal 70 dan 73 UU HAM dan Pasal 4 ICESCR. Berikut ini bunyi pasal 73 UU HAM:

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.

Pasal 4 ICESCR:

Negara Pihak pada Kovenan ini mengenai bahwa menikmati hak-hak yang dijamin oleh Negara sesuai dengan Kovenan ini, Negara hanya dapat mengenakan pembatasan hak-hak tersebut sesuai dengan ketentuan hukum yang sesuai dengan sifat hak-hak tersebut, dan semata-mata dilakukan hanya untuk meningkatkan kesejahteraan umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Variasi kedua pengaturan mengenai restriksi adalah melekat pada pasal mengenai hak tertentu. Contohnya dapat kita lihat dalam pasal-pasal tertentu di dalam Kovenan Sipol, salah satunya adalah Pasal 18 ayat (3) mengenai hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan. Sementara hak lain, misalnya hak untuk bebas dari perbudakan dan hak

untuk bebas dari penyiksaan, tidak memiliki aturan pembatasan. Berikut isi Pasal 18 ayat (3) Kovenan Sipol:

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

Untuk mencegah kesewenangan dari pembatasan, beberapa konvensi mengandung pasal yang melarang interpretasi atasnya digunakan sebagai alasan menghancurkan hak. Aturan ini dapat dilihat dalam Pasal 5 Kovenan Sipol dan Pasal 74 UU HAM.

Pasal 5 Kovenan Sipol

1. Tidak satupun dalam Kovenan ini yang dapat ditafsirkan sebagai memberi hak pada suatu Negara, kelompok atau perorangan untuk melakukan kegiatan yang ditujukan untuk menghancurkan hak-hak dan kebebasan-kebebasan yang diakui dalam Kovenan ini, atau untuk membatasinya lebih daripada yang telah ditetapkan dalam Kovenan ini.
2. Tidak diperkenankan adanya suatu pembatasan atau pengurangan hak-hak asasi manusia yang mendasar diakui atau yang ada di suatu Negara yang menjadi pihak dalam Kovenan ini menurut hukum, konvensi, peraturan atau kebiasaan, dengan alasan bahwa Kovenan ini tidak mengakui hak-hak tersebut, atau mengakuinya sebagai hak yang lebih rendah sifatnya.

Pasal 74

Tidak satu ketentuanpun dalam Undang-undang ini boleh diartikan bahwa Pemerintah, partai, golongan atau pihak manapun dibenarkan mengurangi, merusak. Atau menghapuskan hak asasi manusia atau kebebasan dasar yang diatur dalam Undang-undang ini.

Kedua pasal diatas merupakan contoh bahwa ada penegasan dalam kedua instrumen bahwa pembatasan tidak boleh merusak atau mengurangi hak. Pembatasanpun ada batas-batasnya. Alasan limitasi yang diperbolehkan adalah 'diatur berdasarkan hukum', 'dalam suatu masyarakat yang demokratis', DAN demi 'ketertiban umum', 'kesehatan publik', 'moral publik', 'keamanan nasional', 'keamanan publik', ATAU 'hak dan kebebasan orang lain'.

Maka ketentuan minimum dalam menerapkan pembatasan adalah:

- Pembatasan tidak boleh diinterpretasikan sedemikian rupa sehingga membahayakan esensi hak yang bersangkutan;
- Pembatasan harus ditafsirkan secara ketat mengenai dan dalam konteks hak tertentu;
- Pembatasan tersebut harus ditentukan oleh hukum dan sesuai dengan maksud dan tujuan aragraph hukum tersebut;
- Pembatasan harus berdasarkan hukum;
- Pembatasan tidak boleh diskriminatif;
- Pembatasan harus diperlukan (*necessary*); harus ada kebutuhan sosial yang mendesak, yang dinilai berdasarkan kasus per kasus. Bahwa hukum itu akan berguna saja tidaklah cukup; harus konsisten dengan hak dilindungi yang lainnya. Dalam beberapa perjanjian internasional, kondisi bahwa hal itu 'diperlukan' (dalam masyarakat demokratis) menjadi ketentuan tambahan; dan
- Pembatasan harus dapat dijustifikasi demi perlindungan sekumpulan kepentingan publik yang dibatasi secara ketat, yang biasanya mencakup satu atau lebih alasan berikut: keamanan nasional, keselamatan publik, ketertiban umum (*ordre public*), perlindungan aragraph atau moral , dan perlindungan hak dan kebebasan orang lain.

Definisi dari masing-masing alasan pembatasan yang diperbolehkan dirinci dalam Prinsip Siracusa, dan akan dijelaskan lebih lanjut dalam Modul 6.

Ketika terjadi perdebatan apakah suatu pembatasan sah atau tidak, beban pembuktian ada pada negara untuk membuktikan keabsahan pembatasan.⁴⁰ Hal ini juga berlaku ketika pembatasan diajukan ke pengadilan baik di tingkat arag, nasional, maupun internasional.

8. Hak Ekonomi Sosial Budaya: Pencapaian progresif, *Justisiabilitas*, Unsur-unsur hak

Terdapat kekhususan dalam Kovenan Ekosob dibandingkan dengan Kovenan Sipol. Salah satu contohnya, sebagaimana telah dibahas sebelumnya Kovenan Ekosob tidak memiliki pasal terkait derogasi. Kekhususan yang lain adalah mengenai pencapaian progresif, unsur-unsur hak yang dikembangkan oleh Komite Ekosob, dan konsep justisiabilitas hak ekosob.

40 Lihat Magdalena Sepulveda and others, *Human Rights Reference Handbook* (3rd edn, University for Peace 2004), halaman 44.

a. **Pencapaian progresif**

Pasal 2 ayat 1 Kovenan Ekosob mengatur:

Setiap Negara Pihak pada Kovenan ini berjanji **mengambil langkah-langkah**, baik sendiri maupun melalui bantuan dan kerjasama internasional, terutama bantuan teknik dan ekonomi dan **sejauh dimungkinkan sumber daya yang ada**, guna **mencapai secara progresif** realisasi sepenuhnya hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini dengan menggunakan semua upaya-upaya yang memadai, termasuk pembentukan langkah-langkah legislatif.

Dalam Komentar Umum No. 3: Sifat Kewajiban Negara Pihak, Komite Ekosob menjelaskan bahwa walaupun konsep pencapaian progresif merupakan pengakuan bahwa realisasi penuh dari semua hak-hak ekosob tidak akan bisa dicapai dalam waktu singkat, frasa 'pencapaian progresif' harus dilihat dalam konteks obyektif keseluruhan yaitu untuk menetapkan kewajiban bagi Negara untuk bergerak secepat mungkin menuju pencapaian hak-hak ini.⁴¹

Dalam Konvensi Hak Anak juga dijamin banyak hak ekonomi dan sosial bagi anak. Dalam konvensi ini tidak terkandung kata 'pencapaian progresif', yang ada kata 'sesuai kemampuannya' (merujuk pada negara). Hal ini menunjukkan bahwa yang spesial dari hak-hak ekosob adalah ketersediaan sumber daya atau kemampuan hanya diaplikasikan dalam konteks tertentu dan kurangnya kemampuan atau sumber daya bukan berarti menghapus kewajiban negara. Kewajiban negara tetap berlaku secara langsung sama dengan hak sipil.⁴² Yang dibedakan adalah level pencapaiannya.

Adanya ketentuan pencapaian progresif ini tentu mengandung ukuran berbeda bagi setiap negara mengingat perbedaan sumber daya yang dimiliki. Kewajiban yang segera berlaku bagi negara berdasarkan Pasal 2 berarti bahwa negara dengan sumber daya lebih mengemban tugas-tugas yang lebih tinggi levelnya dibanding negara yang sumber dayanya lebih terbatas. Perhitungannya didasarkan pada total sumber daya yang dimiliki negara, terlepas dari apakah sumber daya dikelola oleh pemerintah atau oleh swasta.⁴³

Walaupun ada klausul mengenai pencapaian progresif ini, terdapat hak-hak yang dapat berlaku segera. Beberapa contohnya:⁴⁴

41 Komite Ekosob 'Komentar Umum No. 3: Sifat Kewajiban Negara Pihak' (1990) paragraf 9; lihat juga Asbjorn Eide 'Economic, Social and Cultural Rights' (Martinus Nijhoff, 2001) halaman 22.

42 Asbjorn Eide, Ibid halaman 22.

43 Asbjorn Eide 'Economic, Social and Cultural Rights' (Martinus Nijhoff, 2001) halaman 27.

44 Komite Ekonomi Sosial Budaya 'Komentar Umum No. 9: Pelaksanaan Domestik Kovenan' (3 Desember 1998) E/C.12/1998/24, paragraf 10.

Pasal 3	persamaan laki-laki dan perempuan dalam penikmatan hak ekosob
Pasal 7(a)(i)	Upah yang adil dan imbalan yang sama untuk pekerjaan yang senilai tanpa perbedaan apapun, khususnya kepada perempuan yang dijamin kondisi kerja yang tidak lebih rendah daripada yang dinikmati laki-laki dengan upah yang sama untuk pekerjaan yang sama.
Pasal 8	Hak pekerja untuk berserikat dan melakukan mogok
Pasal 10.3	Langkah-langkah khusus untuk perlindungan dan bantuan bagi anak dan remaja, tanpa diskriminasi, dari eksploitasi ekonomi an sosial.
Pasal 13.2(a)	Hak atas pendidikan dasar yang diwajibkan dan cuma-cuma
Pasal 13.3	Hak orang tua untuk memilih tempat pendidikan bagi anak dan memastikan pendidikan agam dan moral anak sama dengan keyakinan mereka.
Pasal 13.4	Hak untuk mendirikan dan mengurus lembaga aragraph, sepanjang memenuhi standar minimum yang ditetapkan negara.

b. *Justisiabilitas*

Justisiabilitas berarti kemampuan hak untuk dituntut dihadapan pengadilan dan diterapkan ke dalam putusan oleh hakim. Dalam Komentar Umum No. 9: Implementasi Domestik, Komite menjelaskan mengenai justisiabilitas sebagai berikut:⁴⁵

Dalam kaitannya dengan hak sipil dan politik, pada umumnya ada pemahaman umum bahwa pemulihan yudisial untuk pelanggaran sangat penting. Sayangnya, anggapan yang berlawanan terlalu sering dibuat terkait dengan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya. Perbedaan ini tidak dijamin baik oleh sifat hak atau oleh ketentuan Kovenan yang relevan. Komite telah menjelaskan bahwa ia menganggap banyak ketentuan dalam Kovenan dapat diterapkan dengan segera. Dengan demikian, dalam Komentar Umum No. 3 disebutkan, sebagai contoh, pasal 3, 7 (a) (i), 8, 10.3, 13.2 (a), 13.3, 13.4 dan 15.3. Dalam hal ini, penting untuk membedakan antara justiciability (yang mengacu pada hal-hal yang diselesaikan oleh pengadilan) dan norma yang dapat dijalankan sendiri (dapat diterapkan oleh pengadilan tanpa penjelasan lebih lanjut). Meskipun pendekatan umum dari setiap sistem hukum perlu dipertimbangkan, tidak ada hak Kovenan yang, dalam sebagian besar sistem, tidak dapat dianggap memiliki setidaknya beberapa dimensi justisiabilitas yang penting. Kadang disarankan bahwa masalah yang melibatkan alokasi sumber daya harus diserahkan kepada otoritas politik daripada pengadilan. Sementara kompetensi masing-masing cabang pemerintahan harus dihormati, layak untuk diakui bahwa pengadilan pada umumnya sudah terlibat dalam berbagai masalah yang memiliki implikasi penting mengenai sumber daya. Penerapan klasifikasi yang kaku atas hak-hak ekonomi, sosial dan budaya yang menempatkan mereka, menurut definisi, di luar jangkauan pengadilan dengan

45 Ibid.

demikian akan menjadi sewenang-wenang dan tidak sesuai dengan prinsip bahwa dua perangkat hak asasi manusia tidak dapat dipisahkan dan saling bergantung. Ini juga akan secara drastis membatasi kapasitas pengadilan untuk melindungi hak-hak kelompok yang paling rentan dan kurang beruntung dalam masyarakat.

c. **Unsur-unsur penerapan hak**

Dalam perkembangan hak-hak ekosob, Komite Ekosob dalam Komentar Umum merinci unsur-unsur penerapan hak. Unsur-unsur ini dimuat dalam Komentar Umum No. 13: Hak atas pendidikan⁴⁶ dan Komentar Umum No. 14: Hak atas kesehatan.⁴⁷ Unsur-unsur tersebut adalah:

(a) *Availability* (Ketersediaan)

Fasilitas pemenuhan hak harus tersedia dalam jumlah yang mencukupi dalam yurisdiksi negara pihak. Dalam konteks hak atas pendidikan, ketersediaan bangunan, fasilitas sanitasi untuk kedua jenis kelamin, ketersediaan air minum yang bersih, guru yang terlatih, materi pengajaran merupakan contoh dari pemenuhan unsur ketersediaan ini. Sementara untuk hak atas kesehatan, ketersediaan tenaga medis yang terlatih, obat-obatan, rumah sakit, klinik atau bangunan terkait kesehatan lainnya.

(b) *Accessibility* (Aksesibilitas)

Aksesibilitas mensyaratkan dapat diaksesnya fasilitas, layanan atau barang oleh semua orang di dalam yurisdiksi negara tanpa diskriminasi. Aksesibilitas ini terbagi lagi menjadi 4 unsur yaitu,

- (i) non-diskriminasi: khususnya dengan memperhatikan kelompok rentan atau marginal dalam populasi, misalnya orang dengan disabilitas, masyarakat miskin, masyarakat adat.
- (ii) aksesibilitas fisik: fasilitas yang disediakan oleh negara untuk pemenuhan hak harus berada dalam jarak fisik yang aman untuk semua kelompok masyarakat, khususnya kelompok rentan atau marjinal. Termasuk misalnya penyediaan air bersih dan air layak minum bagi masyarakat di daerah pedalaman, dan akses bagi orang dengan disabilitas dalam gedung-gedung.
- (iii) Aksesibilitas ekonomi (keterjangkauan): layanan, fasilitas dan barang yang disediakan harus terjangkau bagi semua orang. Misalnya layanan kesehatan dan obat-obatan dengan harga yang terjangkau. Prinsip equity mensyaratkan agar keluarga yang lebih tidak mampu tidak lebih terbebani dengan biaya-biaya dibanding keluarga yang mampu secara ekonomi.

46 Lihat Komite Ekonomi Sosial Budaya 'Komentar Umum No. 13 Hak atas Pendidikan (Pasal 13 Kovenan)' (8 Desember 1999) E/C.12/1999/10, Paragraf 6.

47 Lihat Komite Ekonomi Sosial Budaya 'Komentar Umum No. 14 Hak Atas Kesehatan Dengan Standar Tertinggi Yang Dapat Dicapai' (11 Agustus 2000) E/C.12/2000/4, Paragraf 12.

- (iv) **Aksesibilitas informasi**
Merupakan hak untuk mencari, mendapat dan menyebarkan informasi dan ide terkait hak tertentu, tanpa melanggar hak atas privasi. Dalam konteks hak atas pendidikan misalnya, informasi mengenai sebaran sekolah dan cara mendaftar ke sekolah harus tersedia bagi semua. Dalam konteks hak atas kesehatan, hal ini berarti informasi mengenai waktu pengadaan layanan kesehatan harus tersedia misalnya.
- (c) **Acceptability** (Dapat diterima)
Semua fasilitas, layanan dan barang terkait hak tertentu harus menghormati budaya masyarakat, misalnya menghormati budaya setiap individu, kelompok minoritas, sensitif gender, menjaga kerahasiaan.
- (d) **Adaptability** (Dapat diadaptasikan) – hanya ada sebagai unsur hak atas pendidikan
Pendidikan harus fleksible sehingga dapat diadaptasikan pada kebutuhan masyarakat yang terus berubah dan dapat merespon kebutuhan peserta didik dengan konteks sosial dan budaya yang berbeda-beda.
- (e) **Quality** (Kualitas) – hanya ada dalam unsur hak atas kesehatan
Layanan, fasilitas dan barang yang disediakan dalam rangka pemenuhan hak harus berkualitas. Misalnya, obat-obatan yang disediakan belum kadaluarsa, layanan tenaga medis juga memenuhi standar kualitas yang ditetapkan.

Unsur-unsur ini dapat juga diterapkan untuk hak-hak lainnya dan tidak terbatas pada hak ekosob saja. Penerapan unsur-unsur ini dalam hak sipil dan politik khususnya hak atas peradilan yang adil dan hak atas pemulihan akan semakin memastikan pemenuhan hak.

9. Afirmasi

Dalam beberapa situasi, prinsip persamaan dan non-diskriminasi mengharuskan negara untuk melakukan tindakan afirmasi (*affirmative action*) untuk menghilangkan atau menghapus kondisi yang menyebabkan atau melanggengkan diskriminasi.⁴⁸ Tindakan ini berupa preferensi aragra, yang tidak dapat dianggap sebagai diskriminasi karena bertujuan mengatasi kerugian aragraph yang diderita kelompok tertentu, atau untuk melindungi kelompok rentan dan mendorong partisipasi yang sama. Kelompok rentan yang dimaksud dapat termasuk perempuan, minoritas, masyarakat adat, pengungsi, orang dengan disabilitas, masyarakat miskin, buruh dalam hal hak-hak ekonomi, sosial, budaya, orang

48 Lihat Komite HAM 'Komentar Umum No. 18: Non-diskriminasi' paragraf 10.

dengan orientasi seksual dan identitas gender minoritas, dan kelompok lain dalam situasi merugikan lainnya.

Ketentuan mengenai afirmasi diantaranya dapat dilihat dalam:

Pasal 4 Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan

1. Pengadopsian langkah-langkah khusus sementara oleh Negara-negara Pihak yang bertujuan untuk mempercepat kesetaraan *de facto* antara laki-laki dan perempuan tidak boleh dianggap sebagai diskriminasi sebagaimana didefinisikan dalam Konvensi ini, dan tidak dalam hal apapun memerlukan konsekuensi pemeliharaan standar yang tidak setara atau terpisah; langkah-langkah ini harus dihentikan jika tujuan persamaan kesempatan dan perlakuan telah tercapai.
2. Adopsi tindakan khusus oleh Negara Pihak, termasuk tindakan yang dimuat dalam Konvensi ini yang bertujuan untuk melindungi kehamilan tidak boleh dianggap diskriminatif.

Pasal 1 ayat (4) Konvensi Penghapusan Diskriminasi Rasial

Langkah-langkah khusus yang diambil dengan tujuan semata-mata untuk menjamin kemajuan yang memadai dari kelompok ras atau etnis atau individu tertentu yang membutuhkan perlindungan yang mungkin diperlukan untuk memastikan kelompok atau individu tersebut menikmati atau melaksanakan hak asasi manusia dan kebebasan dasar yang sama tidak akan dianggap sebagai diskriminasi rasial, asalkan, bahwa tindakan tersebut tidak, sebagai konsekuensinya, mengarah pada pemeliharaan hak-hak terpisah untuk kelompok ras yang berbeda dan bahwa tindakan tersebut tidak akan dilanjutkan setelah tujuan pengambilan langkah khusus tercapai.

Walaupun Kovenan Sipol tidak mengandung pasal khusus mengenai tindakan afirmasi atau langkah khusus, namun dalam Komentar Umum 18 tentang non-diskriminasi, Komite HAM mendefinisikan tindakan afirmasi dalam paragraf 10 sebagaimana dikutip diatas, diikuti dengan penjelasan berikut:

... Misalnya, dalam suatu negara yang kondisi umum sebagian penduduknya menghalangi atau mengganggu penikmatan hak asasi manusia, negara harus mengambil tindakan khusus untuk memperbaiki kondisi tersebut. Tindakan tersebut dapat melibatkan pemberian untuk beberapa waktu kepada sebagian populasi yang diperhatikan perlakuan preferensial dalam hal-hal tertentu dibandingkan dengan populasi lainnya. Selama tindakan tersebut diperlukan untuk mengoreksi diskriminasi, itu adalah kasus pembedaan yang sah menurut Kovenan.

Penting untuk ditekankan bahwa tindakan afirmasi bersifat sementara dan harus dihentikan ketika tujuan persamaan telah tercapai.

C. Sumber Hukum HAM internasional

Semua materi yang sudah dijelaskan diatas merupakan materi dasar yang tentunya belum mencakup seluruh materi HAM yang ada. Pendalaman mengenai beberapa isu spesifik HAM akan dilakukan dalam modul-modul berikutnya, namun inipun tidak mencakup semua hak dan semua isu. Sementara dalam pekerjaan peserta sehari-hari sebagai hakim tidak menutup kemungkinan akan menghadapi kasus-kasus yang mengandung dimensi HAM atau topik HAM yang belum dibahas dalam modul maupun pelatihan. Untuk itu penting bagi peserta untuk mengetahui kemana harus mencari rujukan mengenai hak tertentu, bagaimana sebenarnya penjelasan mengenai pasal tertentu dalam konvenan atau konvensi, dan sebagainya. Maka materi sumber hukum HAM internasional penting untuk dibahas secara singkat, dengan tujuan peserta dapat mengidentifikasi aragraph atau dokumen HAM yang dapat dijadikan rujukan dalam memeriksa, mempertimbangkan dan mengadili kasus-kasus, dengan kekuatan hukum masing-masing.

Terdapat banyak sumber hukum internasional dengan sifat komitmen atau keterikatan yang berbeda-beda. Secara internasional, sumber-sumber hukum internasional dirumuskan dalam **Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional**, yaitu:

- a. Konvensi internasional, baik yang sifatnya umum, maupun khusus;
- b. Kebiasaan internasional, sebagai bukti praktik umum yang diterima sebagai hukum;
- c. Prinsip hukum umum (*general principles of law*) yang diakui oleh negara-negara beradab;
- d. Sumber pendukung lainnya untuk melihat penerapan aturan hukum internasional, seperti putusan-putusan pengadilan dan tulisan para sarjana yang berkualitas tinggi.

1. Perjanjian Internasional

Perjanjian internasional adalah perjanjian yang ditandatangani antar negara. Konvensi bersifat mengikat secara hukum dan memberlakukan kewajiban bersama pada negara-negara yang menjadi pihak dalam perjanjian tertentu (*negara pihak atau state parties*). Meskipun sumber hukum internasional tidak bersifat hierarkis, namun perjanjian (konvensi) memiliki adalah sumber hukum yang diutamakan dari sumber hukum internasional lainnya. Perjanjian internasional dapat berjudul Kovenan, Konvensi, *Treaty*, Protokol.

Kekhususan utama dari konvensi terkait hak asasi manusia adalah memaksakan kewajiban kepada negara-negara pihak tentang cara mereka memperlakukan semua individu dalam yurisdiksi mereka. Saat ini, terdapat lebih dari 40 (empat puluh) konvensi internasional utama yang telah diadopsi untuk perlindungan hak asasi manusia, baik di tingkat universal (dalam kerangka Perserikatan Bangsa-Bangsa dan badan-badan khususnya, misalnya, ILO dan UNESCO), maupun di bawah naungan organisasi regional, seperti Dewan Eropa/ Council of Europe (CoE) , Organisasi Negara-negara Amerika/Organization of American

States (OAS) dan Uni Afrika/Africa Union (AU). Organisasi-organisasi ini telah memberikan kontribusi yang besar pada kodifikasi hukum hak asasi manusia yang komprehensif dan konsisten.

Perjanjian internasional dimana Indonesia menjadi pihak dan sudah meratifikasi mengikat Indonesia secara hukum, dan kewajiban-kewajiban di dalamnya otomatis menjadi kewajiban semua perangkat Negara, termasuk pengadilan sebagaimana dijelaskan diatas dalam bagian kewajiban negara.

Kovenan Sipol dan Kovenan Ekosob adalah instrumen hak asasi manusia internasional yang utama. Untuk Kovenan Sipol, aturan ini utamanya berisi terkait hak sipil dan politik. Badan pengawasnya adalah Komite Hak Asasi Manusia. Komite memberikan pengawasan dalam bentuk peninjauan laporan negara pihak pada Kovenan, serta keputusan tentang pengaduan antar negara. Individu yang dituduh melanggar hak-hak mereka berdasarkan Kovenan juga dapat mengajukan tuntutan terhadap negara kepada Komite sepanjang negara yang bersangkutan merupakan pihak dalam Protokol Opsional Pertama. Indonesia tidak meratifikasi Protokol Opsional Pertama ini. Sedangkan, ICESCR terdiri dari katalog hak-hak ekonomi, sosial dan budaya dalam derajat yang sama sebagai bagian 'sosial' dari DUHAM. Pengawasan diberikan dalam bentuk pelaporan oleh negara pihak pada Kovenan dan peninjauan laporan negara telah dipercayakan oleh Dewan Ekonomi dan Sosial PBB/ *UN Economic and Social Council* (ECOSOC) kepada Komite Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya. Sama seperti Kovenan Sipol dan Kovenan Ekosob, perjanjian internasional utama HAM lainnya juga memiliki komite pengawas masing-masing. Komite-komite ini memberikan penjelasan mengenai konteks dan lingkup pasal tertentu dalam kovenan/konvensi yang disebut dengan Komentar Umum atau Rekomendasi Umum (khusus CEDAW).

2. Kebiasaan Internasional

Hukum kebiasaan internasional memainkan peran penting dalam hukum hak asasi manusia internasional. Statuta Mahkamah Internasional mengacu "kebiasaan internasional" pada "praktek umum yang diterima sebagai hukum". Untuk menjadi hukum kebiasaan internasional, "praktik umum" tersebut perlu merepresentasikan konsensus yang luas dari segi isi dan penerapannya, yang bersumber dari pengertian bahwa praktik tersebut bersifat wajib. Hukum kebiasaan mengikat semua negara, kecuali negara yang keberatan selama pembentukan hukum tersebut, baik mereka telah meratifikasi perjanjian yang relevan atau belum.

Salah satu ciri penting dari hukum kebiasaan internasional adalah dapat mengarah pada yurisdiksi atau penerapan universal dalam keadaan tertentu, sehingga pengadilan nasional mana pun dapat mengadili tuntutan ekstra-teritorial yang diajukan berdasarkan hukum

internasional. Selain itu, terdapat juga tingkat kebiasaan internasional yang lebih tinggi, yaitu norma *jus cogens*, atau norma hukum internasional yang tidak dapat dilanggar, yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional secara keseluruhan dan tidak diizinkan adanya pengurangan. Menurut Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian/*Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT), perjanjian apa pun yang bertentangan dengan *jus cogens* otomatis dianggap tidak berlaku (*void*).

Banyak ahli berpendapat bahwa beberapa standar yang ditetapkan dalam DUHAM telah menjadi bagian dari hukum kebiasaan internasional sebagai hasil dari praktik. Oleh karena itu, standar-standar tersebut akan mengikat semua negara. Dalam ranah hukum hak asasi manusia, perbedaan antara konsep hukum kebiasaan, hukum perjanjian, dan asas hukum umum seringkali tidak jelas

Beberapa contoh hak yang sudah dianggap sebagai kebiasaan internasional adalah hak untuk tidak diperbudak, hak untuk tidak mendapat penyiksaan dan untuk tidak mendapat perlakuan atau penghukuman yang tidak manusiawi dan merendahkan martabat. Kedua hak ini sudah mencapai status *jus cogens*. Selain itu hak untuk tidak ditangkap dan ditahan sewenang-wenang, hak atas praduga tidak bersalah, hak atas peradilan yang adil juga merupakan contoh kebiasaan internasional sehingga reservasi (tidak mengakui pasal tertentu dalam suatu perjanjian internasional) atas pasal yang mengandung hak-hak ini tidak diperbolehkan.

3. Prinsip hukum umum

Dalam penerapan hukum nasional dan internasional, digunakan prinsip-prinsip umum atau pedoman. Di tingkat internasional, asas-asas umum hukum menempati tempat penting dalam kasus-hukum tentang hak asasi manusia. Contoh yang jelas adalah prinsip proporsionalitas, yang penting bagi mekanisme pengawasan hak asasi manusia dalam menilai apakah campur tangan hak asasi manusia dapat dibenarkan. Tujuan digunakannya prinsip umum ini adalah karena tidak ada undang-undang yang mampu memberikan jawaban atas setiap pertanyaan dan untuk setiap kemungkinan situasi yang muncul. Oleh karena itu, diperlukan sebuah aturan hukum atau prinsip yang memungkinkan para pembuat keputusan dan anggota eksekutif dan yudikatif untuk menyelesaikan masalah yang ada.

Prinsip-prinsip umum hukum memainkan 2 (dua) peranan penting. Di satu sisi, prinsip-prinsip tersebut memberikan pedoman bagi hakim, khususnya dalam memutus kasus-kasus individu. Di sisi lain, mereka membatasi kekuasaan diskresioner para hakim dan anggota eksekutif dalam pengambilan keputusan untuk kasus-kasus individu.

4. Sumber pendukung lainnya dalam penentuan aturan hukum

Menurut Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional, putusan pengadilan dan pembahasan-pembahasan dalam tulisan para sarjana yang berkualitas adalah “sarana tambahan untuk penentuan aturan hukum”. Oleh karena itu, secara tegas, mereka bukanlah sumber formal, tetapi dianggap sebagai bukti atas status hukum suatu ketentuan. Mengenai putusan pengadilan, Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional tidak membatasi pada putusan pengadilan internasional (seperti putusan Mahkamah Internasional, Putusan Badan Komite Pengawas Perjanjian HAM PBB, Pengadilan Antar-Amerika, Pengadilan Eropa, Pengadilan HAM Afrika). Putusan pengadilan nasional yang berkaitan dengan hak asasi manusia juga merupakan sumber hukum tambahan.

Tulisan para sarjana juga berkontribusi pada pengembangan dan analisis hukum hak asasi manusia, walaupun dampaknya tidak secara langsung dirasakan apabila dibandingkan dengan pengaturan standar formal organ internasional. Namun demikian, tulisan-tulisan tersebut berpengaruh karena telah dibuat oleh para sarjana dan ahli yang bekerja di bidang hak asasi manusia, misalnya, dalam Sub Komisi PBB untuk Promosi dan Perlindungan Hak Asasi Manusia, Prinsip Siracusa, Panduan Maastricht mengenai Pelanggaran Hak Ekosob, serta oleh LSM yang sangat dihormati, seperti *Amnesty International* dan *International Commission of Jurists* (ICJ).

5. Upaya Lain Dalam Menentukan Standar Suatu Hukum Internasional

Beberapa instrumen atau keputusan dari organisasi internasional dan badan pengawas hak asasi manusia, meskipun tidak mengikat negara pihak itu sendiri, namun memiliki bobot hukum yang cukup besar. Banyak organisasi internasional membuat keputusan yang menyangkut hak asasi manusia dan dengan demikian memperkuat standar hak asasi manusia internasional. Instrumen hak asasi manusia yang tidak mengikat seperti itu disebut “*soft law*”, dan dapat membentuk praktik di suatu negara, serta menetapkan dan mencerminkan kesepakatan antara negara dan para ahli tentang interpretasi terhadap standar tertentu.

Setiap tahun, Majelis Umum PBB dan Komisi Hak Asasi Manusia PBB mengadopsi lebih dari 100 resolusi dan keputusan yang berhubungan dengan hak asasi manusia. Beberapa dari resolusi ini, terkadang disebut deklarasi, mengadopsi standar khusus tentang hak asasi manusia tertentu yang melengkapi standar perjanjian/*treaty* yang ada. Banyak deklarasi yang diadopsi oleh UNGA kemudian memunculkan negosiasi yang mengarah pada standar perjanjian/*treaty*. Tidak semua resolusi dan keputusan mengarah pada pengaturan standar karena banyak juga yang berurusan dengan situasi konkret di mana kepentingan politik yang berbeda lebih berperan, misalnya, mengenai situasi Rohingya di Myanmar dan di tempat pengungsian.

Komite pengawas perjanjian HAM PBB (*treaty bodies*) dibentuk untuk menafsirkan perjanjian internasional, membuat rekomendasi, dan membuat keputusan atas kasus-kasus yang dibawa ke hadapan mereka. Keputusan, pendapat dan rekomendasi ini mungkin tidak mengikat secara hukum, tetapi dampaknya terhadap hukum (standar) hak asasi manusia internasional cukup signifikan.

Komite-komite ini sering kali menyusun apa yang disebut Komentar Umum (*General Comment*) atau Rekomendasi Umum (*General Recommendation* – khusus CEDAW), yang menguraikan berbagai pasal dan ketentuan instrumen hak asasi manusia. Tujuan dari komentar atau rekomendasi umum ini adalah untuk membantu negara pihak dalam memenuhi kewajiban mereka. Komite Hak Asasi Manusia dan Komite Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya sangat dihormati karena praktik mereka dalam hal ini.

Komentar atau rekomendasi umum ini mencerminkan perkembangan dalam masing-masing Komite sehubungan dengan interpretasi ketentuan tertentu dan bertujuan untuk memberikan panduan otoritatif kepada negara pihak. Komentar atau Rekomendasi Umum adalah alat yang berguna untuk memperjelas isi normatif Kovenan karena sifatnya umum dan memberikan gambaran abstrak tentang ruang lingkup kewajiban. Komentar/Rekomendasi Umum memungkinkan Komite untuk mengumumkan penafsiran mereka tentang berbagai ketentuan Kovenan dan penafsiran ruang lingkup normatif Kovenan yang ditetapkan dalam komentar atau rekomendasi umum. Dengan demikian, komentar dan rekomendasi umum tersebut memiliki pengaruh yang signifikan terhadap perilaku negara pihak.

Laporan-laporan dari Pemegang Mandat Prosedur Khusus PBB mengenai topik atau isu HAM tertentu juga termasuk dalam kategori ini. Pemegang mandat ini disebut sebagai Pelapor Khusus (*Special Rapporteur*), Ahli Independen (*Independent Expert*), atau Kelompok Kerja (*Working Group*) ketika lebih dari satu orang.

Pertanyaan Reflektif

1. Apa saja undang-undang yang melindungi hak asasi manusia selain UU No. 39/1999? Bisakah Anda menyebutkan 5 diantaranya?
2. Bagaimana keterkaitan pasal 28C UUD 1945 dengan kegiatan pembela HAM? Dapatkah pasal ini dijadikan dasar untuk perlindungan pembela HAM?
3. Navanethem Pillay, mantan Komisioner Tinggi HAM PBB, pada tahun 2008 menulis mengenai universalitas HAM yang berisi dua aragraph berikut:⁴⁹

Namun, universalitas hak asasi manusia sering dipertanyakan, lebih sering oleh pengemban tugas daripada pemegang hak. Skeptisisme semacam itu sering kali tidak mencerminkan keberatan konseptual yang terus terang terhadap tantangan universalitas, tetapi lebih merupakan sarana bagi beberapa negara untuk menghindari dampak dari seluruh rangkaian hak asasi manusia. Namun, saya yakin bahwa semua orang memiliki gagasan dasar yang sama tentang apa yang dibutuhkan untuk menjalani hidup yang bermartabat, bebas dari keinginan dan ketakutan. Sementara promosi dan implementasi standar hak asasi manusia menuntut kesadaran akan konteks, universalitas dari nilai-nilai esensial dan aspirasi yang terkandung dalam komitmen ini tidak diragukan lagi.

Serangan terhadap universalitas hak seringkali menjadi penghalang implementasi hak asasi manusia. Beberapa kritikus berpendapat bahwa Deklarasi Universal bertindak terlalu jauh dalam mempromosikan kebebasan dan nilai-nilai tradisi liberal. Yang lain berpendapat bahwa para perumusny tidak melangkah cukup jauh dan bahwa kebebasan menempati tingkat yang lebih tinggi daripada kesejahteraan materi. Yang benar adalah bahwa Deklarasi ini tidak hanya sebatas dengan beberapa kebiasaan dan asing dengan budaya lain; Berbicara kepada kemanusiaan kita bersama, prinsip-prinsipnya diambil dari banyak tradisi yang beragam dan membuatnya lebih kuat melalui kodifikasi yang seragam. Perlunya implementasi universal

Bagaimana komentar Anda mengenai kutipan diatas? Sejauh mana Anda setuju atau tidak setuju?

4. Bandingkan Pasal 70 dan 73 dalam UU HAM. Pasal 73 mengandung 'kesusilaan' sebagai alasan pembatasan sementara pasal 70 tidak. Apakah menurut Anda kesusilaan perlu dijadikan salah satu alasan pembatasan hak?

49 Navanethem Pillay "Are Human Rights Universal?" (2008) <<https://www.un.org/en/chronicle/article/are-human-rights-universal>> terakhir diakses 13 September 2020

Daftar Bahan Bacaan

Peraturan Perundang-Undangan

1. Ketetapan MPR-RI Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia
2. Undang-Undang Negara Republik Indonesia 1945
3. Undang-Undang Republik Indonesia No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

Instrumen HAM Internasional

1. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM).
2. Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial, Budaya.
3. Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik.
4. Konvensi Penghapusan Diskriminasi Rasial.
5. Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan.
6. The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (1984).
7. Komite Ekonomi Sosial Budaya 'Komentar Umum No. 13 Hak atas Pendidikan (Pasal 13 Kovenan)' (8 Desember 1999) E/C.12/1999/10.
8. Komite Ekonomi Sosial Budaya, 'Komentar Umum No. 14 Hak Atas Kesehatan Dengan Standar Tertinggi Yang Dapat Dicapai' (11 Agustus 2000) E/C.12/2000/4.
9. Komite Ekonomi Sosial Budaya, 'Komentar Umum No. 9: Pelaksanaan Domestik Kovenan' (3 Desember 1998) E/C.12/1998/24.
10. Komite Ekonomi Sosial Budaya, 'Komentar Umum No. 9: Pelaksanaan Domestik Kovenan' (3 Desember 1998) E/C.12/1998/24.
11. Komite Ekonomi Sosial Budaya, Komentar Umum No. 12: Hak atas Pangan (1999).
12. Komite Ekosob, 'Komentar Umum No. 3: Sifat Kewajiban Negara Pihak' (1990)
13. Komite HAM 'Komentar Umum No. 18: Non-diskriminasi'.
14. Komite HAM, 'Komentar Umum No. 29: Keadaan Darurat (Pasal 4)' (31 Agustus 2001) CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.
15. Komite HAM, Komentar Umum No. 31 Sifat Tanggung Jawab Hukum Umum yang Berlaku Bagi Negara Pihak Konvensi' (2004).

Buku

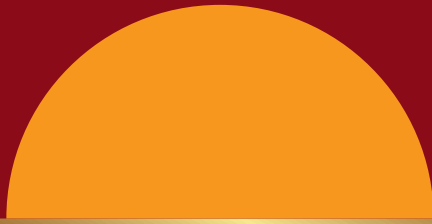
1. Philip Alston & R. Goodman, *International Human Rights* (Oxford University Press 2013).
2. Asbjorn Eide, 'Economic, Social and Cultural Rights' (Martinus Nijhoff, 2001).
3. Asbjorn Eide, 'Report on the right to adequate food as a human right', (Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/1987/23).
4. Louis Henkin, *The Age of Rights 1* (1990).
5. ILC, 'Yearbook of the International Law Commission Vol II Part Two' (2001).
6. Francisco Forrest Martin (eds), *International Human Rights & Humanitarian Law, Treaties, Cases & Analysis* (Cambridge 2006).
7. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights Commentary*, 2nd edition (Engel 2005).
8. Magdalena Sepulveda et.al, *Human Rights Reference Handbook* (3rd edn, University for Peace 2004).
9. Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (OUP, 2015).
10. Henry Shue, *Basic Rights- Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* (Princeton University Press 1980)

Putusan atau Kasus

Case Concerning United States Diplomatic And Consular Staff in Tehran (United States Of America v. Iran) (Judgment) [1980] ICJ Report 1980.

Internet

1. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=80&Lang=EN (terakhir diakses 12 September 2020).
2. <https://www.ohchr.org/en/udhr/pages/Language.aspx?LangID=inz>
3. <https://www.un.org/en/member-states/#gotol>
4. Navanethem Pillay "Are Human Rights Universal?" (2008) <<https://www.un.org/en/chronicle/article/are-human-rights-universal>> (terakhir diakses 13 September 2020).
5. Oxford Learners' Dictionary (2020) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/inalienable?q=inalienable>> (terakhir diakses 13 September 2020).
6. UNGA, Continuation of the discussion on the draft universal declaration of human rights: Report of the Third Committee (A/777) (10 Desember 1948) <<http://undocs.org/A/PV.183>> (terakhir diakses 11 September 2020).



Modul 2

Fungsi Pengadilan untuk Melindungi HAM pada Negara Hukum



Tujuan Umum

Peserta memahami peran dan fungsi pengadilan—serta Hakim sebagai representasi pengadilan, dalam perlindungan HAM warga negara menurut konsep negara hukum.

Tujuan Khusus

1. Peserta memahami asal mula munculnya peran/fungsi pengadilan dalam perlindungan hak asasi manusia menurut konsep negara hukum
2. Peserta memahami peran pengadilan dalam pemenuhan HAM menurut konsep tanggung jawab negara sebagai *duty bearer*
3. Peserta memahami pentingnya independensi dan imparsialitas peradilan dalam pemenuhan HAM
4. Peserta mengenali tantangan bagi hakim untuk mewujudkan peradilan yang berwibawa, independen dan imparsial untuk dapat memberikan perlindungan HAM bagi para pihak secara lebih efektif
5. Peserta memahami peluang serta sikap dan tindakan yang diharapkan dari seorang Hakim dalam menghadapi tantangan yang mungkin muncul untuk melindungi HAM para pihak

Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Peran dan Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Teori Negara Hukum	45 Menit (1 JPL)	Pembelajaran mandiri (<i>e-learning</i>): • Membaca modul (30 menit); • Menonton video presentasi (10 menit); • Menyelesaikan pop quiz (5 menit);
Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Konsep Tanggung Jawab Negara sebagai (<i>Duty Bearer</i>)		
Peradilan yang Independen dan Imparsial sebagai Hak Asasi Warga Negara		
Tantangan Pengadilan dan Hakim dalam Memenuhi Tanggungjawab Melindungi HAM • Tantangan terhadap Independensi Pengadilan dan Hakim; • Tantangan terhadap Imparsialitas Hakim • <i>Personal Bias</i> dan <i>Unconscious Bias</i>; • Problem pada Kerangka Hukum yang Tersedia; • Minimnya Akses ke Keadilan bagi Kelompok Rentan;	135 Menit (3 JPL)	Pembelajaran kelas: • Pemaparan narasumber (30 menit); • Tanya Jawab (55 menit); • Menyelesaikan pop quiz (5 menit);

Bahan bacaan dalam modul ini terdiri dari bagian-bagian sebagai berikut:

- A. Pengantar;
- B. Peran dan Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Teori Negara Hukum;
- C. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Konsep Tanggung Jawab Negara sebagai (*Duty Bearer*);
- D. Peradilan yang Independen dan Imparsial sebagai Hak Asasi Warga Negara;
- E. Tantangan Pengadilan dan Hakim dalam Memenuhi Tanggungjawab Melindungi HAM;
 - 1. Tantangan terhadap Independensi Pengadilan dan Hakim
 - 2. Tantangan terhadap Imparsialitas Hakim
 - 3. *Personal Bias* dan *Unconscious Bias*
 - 4. Problem pada Kerangka Hukum yang Tersedia
 - 5. Minimnya Akses ke Keadilan bagi Kelompok Rentan

Ringkasan Bahan Bacaan

A. Pengantar

Pengadilan adalah institusi yang sangat penting dalam perlindungan HAM. Pengadilan dibentuk semata-mata untuk memberikan pemenuhan dan perlindungan hak warga negara atau subyek hukum lainnya dalam permasalahan atau sengketa hukum.

Tugas sehari-sehari menangani perkara-perkara yang diajukan ke pengadilan tentu sudah membuat Hakim terpapar langsung dengan kenyataan-kenyataan yang mendukung pernyataan dalam kedua kalimat tersebut. Meskipun demikian, sesuai dengan tujuan dari pelatihan yaitu untuk memperkuat pemahaman hakim atas kerangka-kerangka konseptual mengenai peran pengadilan dan hakim dalam perlindungan HAM, Modul ke-2 ini berupaya menjelaskan asal mula atau alasan kelahiran peran yang melekat pada pengadilan tersebut.

Selanjutnya, bagian-bagian dalam Modul ini akan memandu peserta untuk meninjau dan mempelajari kembali prasyarat atau kondisi yang diharapkan ada untuk mendukung pengadilan dapat menjalankan perannya secara efektif, dan tantangan yang mungkin dihadapi hakim dan pengadilan dalam menjalankan peran tersebut. Baik tantangan yang mungkin berasal dari internal maupun eksternal pengadilan.

B. Peran dan Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Teori Negara Hukum

Pengadilan merupakan bagian utama dalam sistem demokrasi dan *rule of law* (selanjutnya dalam Modul ini kadang disebut bergantian dengan negara hukum). Banyak ahli berpandangan kelahiran HAM adalah reaksi atas ditinggalkannya sistem ketatanegaraan dan pemerintahan teokratis menjadi pemerintahan demokratis dengan konstitusionalisme yang menyertainya.⁵⁰

Eko Riyadi memaparkan bahwa sistem ketatanegaraan dan pemerintahan teokratis mulai ditinggalkan ketika muncul gerakan pembebasan melawan kekuasaan raja-raja yang memperluas kekuasaannya dan memisahkan diri dari kekuasaan bersama gereja.⁵¹ Upaya perluasan kekuasaan dan keluarnya raja dari teritori yang sebelumnya dikuasai bersama gereja menimbulkan pertanyaan tentang legitimasi kekuasaan raja. Dalam sistem teokratis, legitimasi kekuasaan raja (bersama-sama gereja) bersumber dari ketuhanan (teokrasi). Dengan meluas dan terpisahnya kekuasaan raja dari gereja, menimbulkan pertanyaan tentang dasar kekuasaan raja.⁵²

50 Eko Riyadi, *Hukum Hak Asasi Manusia: Perspektif Internasional, Regional dan Nasional*, (Depok: Rajawali Pers, 2018), hlm. 10.

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

Diragukannya legitimasi kekuasaan raja tersebut kemudian melahirkan konsep demokrasi. Konsep ini menyatakan raja berkuasa karena rakyat menyerahkan penguasaan pengelolaan perlindungan hak asasi manusia kepada raja atau pemerintah. Dalam prinsip demokrasi, raja bukan wakil Tuhan atau bukan berkuasa karena Tuhan. Tetapi, ia berkuasa karena menerima penyerahan kekuasaan dari rakyat untuk melindungi hak-hak mereka. Dengan demikian, bisa dikatakan kesadaran awal tentang gagasan HAM dan perlindungannya muncul sebagai akibat terjadinya sekularisasi kekuasaan.⁵³

Uraian Riyadi⁵⁴ tersebut tampaknya berupaya menjelaskan pendapat Moh. Mahfud MD yang menyatakan bahwa konsep HAM muncul dan berkembang di Eropa Barat sejak awal abad pertengahan bersamaan dengan munculnya paham kebangsaan yang melahirkan negara-negara modern dan sekuler.⁵⁵

Gagasan ini muncul sebagai alternatif untuk merombak sistem ketatanegaraan yang sentralistik, di mana kekuasaan negara terletak di tangan penguasa secara absolut menimbulkan konflik antara penguasa dan rakyatnya, atau, antara kekuasaan pemerintah dengan kebebasan warga negara.⁵⁶

Meninjau penjelasan Jimly Asshiddiqie⁵⁷ tentang gagasan negara hukum, kekuasaan negara yang absolut di tangan raja juga sudah dikritisi oleh Plato dari jaman Yunani kuno. Gagasan ini muncul dalam buku Plato berjudul "*Nomoi*" yang diterjemahkan dalam bahasa Inggris dengan judul "*the Laws*". *Nomocracy* berasal dari perkataan '*nomos*' yang berarti 'norma' dan '*cratos*' yang berarti 'kekuasaan' dalam bahasa Yunani. Dari makna yang terkandung dalam kedua kata tersebut, dapat disimpulkan ide penyelenggaraan kekuasaan di mana norma atau hukum menjadi penentunya. Atau, istilah dapat dimaknai dengan kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi.⁵⁸

Gagasan Plato tersebut lahir dari observasinya bahwa tidak ada manusia yang kebal dari godaan kekuasaan.⁵⁹ Oleh karena itu, dia merekomendasikan konstitusi campuran dan 'nomokrasi' sebagai sistem bernegara yang lebih tepat daripada monarki. Manusia harus menjadi hamba hukum, bukan tuan satu sama lain.⁶⁰

53 *Ibid*, hlm. 11.

54 *Ibid*.

55 *Ibid*, hlm. 10.

56 *Ibid*, hlm. 10.

57 Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Negara Hukum Indonesia*, makalah disampaikan dalam forum Dialog Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, November 2011, diakses dari http://www.Jimly.Com/Makalah/Namafile/57/Konsep_Negara_Hukum_Indonesia.Pdf pada 8 September 2020.

58 *Ibid*.

59 Stanford Center for the Study of Language and Information, *Plato's Ethic: an Overview*, diakses dari <https://plato.stanford.edu/entries/plato-ethics/> pada 1 Oktober 2020.

60 *Ibid*.

Selanjutnya, Prof. Asshiddiqie menjelaskan bahwa di masa yang lebih modern konsep negara hukum di Eropa kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, dan Fichte, dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu '*rechtsstaat*'.⁶¹ Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika, konsep negara hukum dikembangkan oleh A.V. Dicey yang menggunakan sebutan '*the rule of law*'.

Menurut Stahl, konsep negara hukum yang disebutnya dengan istilah '*rechtsstaat*' memiliki 4 (empat) unsur penting, yaitu:

1. Perlindungan hak asasi manusia;
2. Pembagian kekuasaan;
3. Pemerintahan berdasarkan undang-undang;
4. Peradilan tata usaha Negara.

Sementara itu, A.V. Dicey menguraikan adanya tiga ciri penting suatu negara hukum yang disebutnya dengan istilah '*the rule of law*', yaitu:

1. Supremasi hukum (*supremacy of law*);
2. Kesetaraan di hadapan hukum (*equality before the law*);
3. Adanya prinsip-prinsip umum dalam konstitusi yang disarikan dari putusan-putusan pengadilan yang memberikan perlindungan HAM (*predominance of legal spirit*).

Selanjutnya, Padmo Wahjono sebagaimana dikutip oleh I Dewa Gede Atmadja dkk (2015)⁶² mengemukakan persyaratan teoritis bagi negara yang berdasar hukum harus terpenuhi dengan keberadaan: (i) ada suatu pola untuk menghormati dan melindungi hak-hak kemanusiaan, (ii) ada suatu mekanisme kelembagaan yang demokratis, (iii) ada suatu sistem tertib hukum, dan (iv) ada kekuasaan kehakiman yang merdeka.

Unsur-unsur negara hukum yang lebih kontemporer bisa merujuk kesimpulan Geert Corstens⁶³ dari laporan *European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission)* yang berusaha mencari titik temu dari gagasan '*Rule of Law*', '*Rechtsstaat*' and '*État de droit*.' Dari laporan tersebut, Corstens menyimpulkan bahwa dari gagasan-gagasan tersebut ditemukan konsensus dari konsep makna negara hukum yang meliputi unsur kepastian hukum, akses terhadap keadilan yang diperoleh dari pengadilan yang independent dan imparial, serta penghormatan terhadap hak asasi manusia.⁶⁴ Secara umum konsep *Rule of Law* meliputi tiga gagasan utama, yaitu pembagian kekuasaan atau *separation of power* atau *trias politika*; kedua, perlindungan hak asasi manusia; dan terakhir supremasi hukum dan bukan supremasi individu.⁶⁵

61 Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit.*

62 I Dewa Gede Atmadja Dkk (2015), Hal. 127.

63 Geert Corstens adalah Ketua Mahkamah Agung Belanda (2008-2014) dan mantan Ketua Jaringan Ketua Mahkamah Agung Uni Eropa.

64 European Commission for Democracy Through Law (The Venice Commission), 2011, sebagaimana dikutip oleh Geert Corstens dalam "*Human Rights and the Rule of Law*," kuliah umum di Centre for Judicial Cooperation-European University Institute, Florence, Italia, 24 Oktober 2014, Hal. 1.

65 Geert Corstens, 2014.

Definisi kontemporer lain tentang negara hukum ditawarkan oleh *World Justice Project* yang juga disetujui oleh Corstens,⁶⁶ yang menyatakan bahwa “*The rule of law is a system in which no one, including government, is above the law; where laws protect fundamental rights; and where justice is accessible to all*” (*Rule of law* adalah sebuah sistem, dimana tidak ada satu pihak pun, termasuk Pemerintah, yang berada di atas hukum; dimana hukum melindungi hak asasi manusia; dan keadilan dapat dijangkau oleh semua). Lebih jauh juga disebutkan bahwa, “*the rule of law is the underlying framework of rules and rights that make prosperous and fair societies possible*” (*Rule of Law* adalah kerangka mendasar dari hukum dan hak yang memungkinkan terwujudnya kesejahteraan dan masyarakat yang berkeadilan).

Dari keseluruhan rangkaian penjelasan mengenai unsur dan definisi negara hukum di atas, mulai dari masa klasik-modern hingga masa kontemporer, ada dua elemen yang selalu muncul yang menunjukkan peran dan fungsi pengadilan. Yaitu:

1. Perlindungan terhadap hak-hak individu;
2. Adanya proses peradilan yang setara dan imparial yang dijalankan oleh pengadilan yang independen yang bisa diakses setiap warga negara yang ingin memulihkan dan menikmati hak-haknya yang mungkin dilanggar oleh pihak lain—termasuk jika dilanggar oleh negara.

Selain kedua elemen tersebut, terdapat elemen hukum dan undang-undang yang memuat jaminan hak-hak individu serta pembatasan dan pembagian kekuasaan dalam penyelenggaraan negara, yang umumnya dimuat dalam konstitusi.⁶⁷

Sebagai penutup sekaligus kesimpulan dari penjelasan di bagian ini, dapat digunakan pernyataan Geert Corstens⁶⁸ diterjemahkan sebagai berikut:

Kata-kata hukum, kata-kata yang mengabadikan hak asasi manusia dalam hukum, memperoleh makna praktis dan dapat ditegakkan secara hukum hanya jika ada struktur pemerintahan yang tepat, termasuk peradilan yang independen, untuk memastikan berdaulatnya hukum.

[The words of the law, the words enshrining human rights in the law, acquire practical meaning and become legally enforceable only if there is a proper government structure, including an independent judiciary, to ensure the rule of law].

Pernyataan Corstens ini juga relevan ketika kita mencari penjelasan mengenai peran dan fungsi pengadilan dengan menggunakan pemahaman atas konsep negara sebagai *duty bearer* yang dikenal dalam diskursus HAM sebagai berikut.

⁶⁶ Geert Corstens, *Ibid*, Hal. 2.

⁶⁷ Riyadi, *Op. Cit.*

⁶⁸ Geert Corstens, *Op. Cit.*, Hal. 1.

C. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Konsep Tanggung Jawab Negara sebagai (Duty Bearer)

Selain menggunakan tinjauan atas konsep negara hukum, penjelasan atas peran dan fungsi pengadilan dalam perlindungan HAM juga dapat dilakukan dengan pendekatan menggunakan konsep negara sebagai *duty bearer*. Konsep yang berkembang dalam diskursus HAM ini menyatakan bahwa individu atau warga negara adalah pemegang hak (*rights holder*) dan negara adalah pemegang kewajiban (*duties bearer*). Pengadilan dalam hal ini sebagai cabang dari kekuasaan negara juga mengemban posisi sebagai pengemban kewajiban dalam hak asasi manusia dalam fungsi utamanya memeriksa dan mengadili perkara.

Konsep tanggungjawab negara sebagai *duty bearer* dalam perlindungan HAM telah dijelaskan selengkapnya pada Modul 1. Bagian ini akan mengulas bagaimana proyeksi peran pengadilan dalam konteks menghormati, melindungi, dan memenuhi HAM sebagaimana disebutkan dalam konsep tersebut.

Sama halnya dengan cabang-cabang kekuasaan lainnya, pengadilan juga mengemban tanggung jawab untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhi (*to fulfill*) HAM. Namun berbeda dengan cabang-cabang kekuasaan lain yang bisa memenuhi tanggungjawabnya secara proaktif, langsung dan aktif, pengadilan baru dapat menjalankan tanggungjawabnya ketika suatu permasalahan hukum diajukan kepadanya untuk diperiksa dan diadili.

Dalam tanggungjawab untuk menghormati hak kebebasan berpendapat warga negara. Lembaga legislatif bertugas untuk merumuskan undang-undang yang menjamin dengan tegas dan jelas hak warga negara untuk bebas berpendapat dan mengemukakan pemikiran-pemikirannya. Di sisi lain, lembaga eksekutif berkewajiban menahan diri untuk melakukan tindakan-tindakan yang sekiranya dapat mengurangi hak-hak warga negara untuk menjalankan dan menikmati hak-haknya tersebut. Pengadilan dalam hal ini bertugas untuk mencegah atau mengoreksi tindakan-tindakan pemerintah yang bisa dipandang sebagai tindakan yang mengurangi atau melanggar hak kebebasan berpendapat tersebut ketika ada perkara yang diajukan kepadanya.

Sebagai ilustrasi yang bisa digunakan sebagai contoh kasus untuk memproyeksikan peran dan tanggungjawab pengadilan untuk menghormati, melindungi dan memenuhi HAM adalah diskusi publik dengan topik pemecatan Presiden yang pernah akan dilaksanakan oleh Universitas Gadjah Mada pada Mei 2020 namun kemudian gagal dilaksanakan karena

ancaman keamanan terhadap penyelenggara dan narasumber diskusi publik.⁶⁹ Akibat reaksi dan ancaman keamanan tersebut, judul diskusi yang sebelumnya adalah '*Persoalan Pemecatan Presiden di Tengah Pandemi Ditinjau dari Sistem Ketatanegaraan*' juga diganti menjadi '*Meluruskan Persoalan Pemberhentian Presiden Ditinjau dari Sistem Ketatanegaraan*'.⁷⁰

Peristiwa ini sangat menarik untuk menjadi studi kasus karena mengandung kemungkinan-kemungkinan perkara hukum yang memproyeksikan tanggungjawab pengadilan sebagai perwakilan negara dalam perlindungan HAM. Misalnya:

- a. Jika Penuntut Umum kemudian menuntut penyelenggara dan narasumber dalam diskusi ini ke pengadilan dengan dakwaan melakukan makar.
Pengadilan harus menjawab, misalnya, apakah dakwaan Penuntut Umum itu bisa dibenarkan dan tuntutananya bisa dikabulkan? Apakah jika dikabulkan bisa diartikan bahwa negara telah mengurangi atau melanggar hak atas penyelenggara diskusi dan narasumber untuk berpikir dan mengungkapkan pendapatnya?
- b. Jika penyelenggara diskusi dan narasumber melaporkan teror dan ancaman keamanan yang diterimanya kepada Kepolisian dan kemudian Kepolisian tidak menindaklanjuti laporan tersebut, bisakah mereka menggugat Kepolisian dengan gugatan perbuatan melawan hukum atas sikapnya tersebut? Apakah jika para penggugat mengajukan dalil bahwa Kepolisian mengabaikan resiko keamanan mereka sehingga mengakibatkan para penggugat tidak dapat menikmati hak mereka untuk berpikir dan mengekspresikan pendapatnya sebagai warga negara maka dalil tersebut bisa diterima oleh Hakim?

Dalam ilustrasi perkara hukum pada *huruf a*, putusan pengadilan akan bersentuhan dengan pertimbangan tanggungjawab negara untuk menghormati (*to respect*) hak kebebasan berpikir dan berpendapat yang dimiliki oleh narasumber. Sementara pada ilustrasi perkara hukum yang diuraikan dalam *huruf b*, putusan pengadilan akan bersentuhan dengan pertimbangan tanggung jawab negara (dalam hal ini Kepolisian) untuk melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfill*) hak penyelenggara diskusi dan narasumber untuk bebas berpikir dan mengungkapkan pendapatnya.

Sebagaimana terlihat dari pertanyaan-pertanyaan yang muncul untuk masing-masing ilustrasi perkara di atas, Hakim akan secara terus menerus dalam posisi menimbang berbagai dilema yang lahir dari tarik menarik hak-hak dan kepentingan para pihak di pengadilan.

Sebagai contoh, jika Hakim memutuskan penyelenggara diskusi tersebut bersalah atas perbuatan makar, apakah hal tersebut bisa menjadi bentuk pengurangan (*derogation*) hak mereka sebagai warga negara? Jika dipandang sebagai bentuk pengurangan, apakah

69 Lihat antara lain, <https://akurat.co/news/id-1128325-read-guru-besar-iii-diteror-orang-tak-dikenal-diduga-gegara-diskusi-pemecatan-presiden>

70 *Ibid.*

dalam perkara ini putusan tersebut (yang menyatakan mereka bersalah) dapat dibenarkan menurut perspektif perlindungan HAM?⁷¹

Penjelasan lebih rinci mengenai konsep, persyaratan dan mekanisme pengurangan (*derogation*) dan pembatasan (*limitation*) HAM diuraikan pada modul-modul selanjutnya dalam pelatihan ini. Terutama pada Modul 4, Modul 5 dan Modul 6.

D. Peradilan yang Independen dan Imparsial sebagai Hak Asasi Warga Negara

1. Peradilan yang Independen

Sebagaimana dijelaskan di pada Bagian I tentang Peran dan Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Teori Negara Hukum, perwujudan *Rule of Law* atau Negara Hukum menginginkan adanya pemisahan atau pembagian kekuasaan negara. Doktrin pemisahan kekuasaan awalnya dikemukakan oleh John Locke dan kemudian dikembangkan oleh Montesquieu dan kemudian pemikir-pemikir hukum selanjutnya. Konsep pemisah kekuasaan antara Locke dan Montesquieu memiliki perbedaan penting dalam hal penempatan kekuasaan mengadili (yudikatif).

Locke membagi kekuasaan negara menjadi 3 (tiga) yaitu kekuasaan untuk membuat undang-undang (legislatif), kekuasaan melaksanakan undang-undang (eksekutif), dan kekuasaan untuk menjaga keamanan negara dari ancaman yang berasal dari luar (federatif). Locke memandang tugas mengadili merupakan bagian dari pelaksanaan undang-undang, sehingga ditempatkan dalam cabang kekuasaan eksekutif.⁷² Sementara itu, menurut Montesquieu kekuasaan ketiga adalah yudikatif. Montesquieu menghendaki pemisahan yang tajam antara kekuasaan pengadilan dan eksekutif. Pemikirannya ini didasari fenomena sejarah kekaisaran Romawi yang sebagian besar kaisar-kaisarnya bertindak diktator karena merangkap sebagai hakim.⁷³ Kaisar-kaisar yang diktator ini di antaranya misalnya membenarkan penjarahan terhadap harta penduduk.⁷⁴ Oleh karena itu, ide dasar pembagian kekuasaan oleh Montesquieu adalah demi perlindungan dan kebebasan hak-hak warga masyarakat.⁷⁵ Pembagian kekuasaan mutlak diadakan sebab dengan adanya pemisahan tersebut, barulah dapat dijamin adanya kebebasan dari masing-masing kekuasaan atau campur tangan dari kekuasaan yang satu terhadap kekuasaan yang lain.⁷⁶

71 Penjelasan tentang teori pengurangan (dan pembatasan) HAM, antara lain dapat dilihat dalam Eko Riyadi (2018) halaman 50-65, dan Modul 6 pelatihan ini.

72 Bahder Johan Nasution. Negara Hukum Dan Hak Asasi Manusia. Bandung: Cv Mandar Maju, 2011. Hal. 60.

73 *Ibid.* Hal. 61.

74 *Ibid.* Hal. 61.

75 *Ibid.* Hal. 67.

76 *Ibid.*

Kebebasan atau independensi pengadilan menyebabkan pengadilan mampu menjadi penyeimbang dan pembatas dari lembaga-lembaga negara dalam cabang kekuasaan yang lain. Terutama, ketika pengadilan harus menguji atau mengadili tindakan-tindakan yang dilakukan oleh pemerintah dalam penyelenggaraan negara (secara umum dalam pengambilan kebijakan), atau terhadap seseorang atau sekelompok warga negara. Penjelasan ini memberikan dasar kesadaran penting bahwa independensi peradilan atau independensi hakim yang merepresentasikan kekuasaan pengadilan, bukan diatur untuk kepentingan hakim atau pengadilan. Melainkan untuk kepentingan memastikan terlindungnya hak-hak warga negara, sebagaimana disebutkan dalam instrumen dan dokumen-dokumen HAM berikut ini.

1. **Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (Universal Declaration of Human Rights)** tahun 1948 yang diadopsi oleh Majelis Umum PBB juga menggarisbawahi prinsip independensi peradilan. Deklarasi ini merupakan tonggak penting dalam sejarah gerakan HAM. Deklarasi menyebutkan: “Setiap orang berhak atas kesetaraan penuh atas persidangan yang adil dan terbuka oleh pengadilan yang independen dan tidak memihak, dalam menentukan hak-hak dan kewajibannya dan dari tuntutan pidana terhadapnya”
2. **Prinsip-prinsip Dasar PBB tentang Independensi Peradilan (UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary)** menyatakan bahwa negara-negara anggota harus menjamin independensi peradilan, dan konstitusi dan hukum negara-negara tersebut harus menegaskan jaminan independensi peradilan. Prinsip-prinsip Dasar PBB juga menyatakan bahwa hakim harus “memutuskan suatu masalah yang dihadapkan kepada mereka secara tidak memihak, berdasarkan fakta dan sesuai dengan hukum, tanpa batasan, pengaruh yang tidak tepat, bujukan, tekanan, ancaman atau gangguan, langsung atau tidak langsung, dari setiap pertalian atau untuk alasan apa pun.” Selanjutnya Prinsip-prinsip Dasar menyatakan bahwa setiap orang harus “memiliki hak untuk diadili oleh pengadilan atau tribunal dengan menggunakan prosedur hukum yang berlaku” dan bahwa prinsip independensi peradilan “memberikan hak dan mewajibkan pengadilan untuk memastikan bahwa proses peradilan dilaksanakan dengan adil dan bahwa hak-hak para pihak dihormati.”
3. **Kesimpulan dari Konferensi Internasional Para Ahli Hukum (International Conference of Jurists)**, yang diadakan di Bangkok pada 1968 menyatakan bahwa: “Perlindungan tertinggi untuk individu dalam masyarakat yang dijamin oleh *Rule of Law* bergantung pada keberadaan peradilan yang tercerahkan, mandiri dan berani, dan pada ketentuan yang memadai untuk menjamin administrasi peradilan yang cepat dan efektif.”

4. **Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (International Covenant on Civil and Political Rights) 1966** mencantumkan tentang independensi peradilan sebagai berikut: “Semua orang harus berkedudukan sama di hadapan pengadilan dan tribunal. Dalam menentukan setiap tuntutan pidana terhadapnya, atau hak dan kewajibannya dalam gugatan hukum, setiap orang berhak memperoleh persidangan yang adil dan terbuka oleh pengadilan yang kompeten, independen dan tidak memihak yang didirikan oleh hukum.”
5. **Konferensi Dunia (The World Conference)** yang merupakan awal dari munculnya **Deklarasi Universal Independensi Peradilan (the Universal Declaration on the Independence of Judiciary)** yang diselenggarakan di Montreal pada 1983 menegaskan bahwa independensi peradilan adalah prasyarat fundamental bagi perlindungan masyarakat dan penegakan supremasi hukum. Salah satu dari tujuan dan fungsi pengadilan menurut Pasal 2.01 dari Deklarasi Universal adalah untuk mendorong, sesuai dengan batasan fungsi peradilan, *One of the objectives and functions of the judiciary in accordance with Article 2.01 of the Universal Declaration on the Independence of Judiciary is to promote, within limits of the judicial function, ketaatan dan pencapaian prinsip-prinsip hak asasi manusia.* Deklarasi dalam pasal 2.45 menetapkan bahwa para hakim harus memahami konvensi internasional dan instrumen lain yang mengatur norma-norma hak asasi manusia dan akan berusaha sejauh mungkin untuk menerapkannya, dalam batas yang ditentukan oleh konstitusi dan hukum nasional mereka.
6. **UU Hak Asasi Manusia No. 39/1999**, yang dalam Pasal 5 ayat (2) menyatakan bahwa “Setiap orang berhak mendapat bantuan dan perlindungan yang adil dari pengadilan yang obyektif dan tidak berpihak;” serta dalam Pasal 17 yang menyatakan bahwa, “Setiap orang, tanpa diskriminasi, berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengajuan dan gugatan, baik dalam perkara pidana, perdata, maupun administrasi serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang obyektif oleh hakim yang jujur dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar”

Menurut berbagai instrumen dan referensi internasional, aspek-aspek yang menjadi persyaratan independensi peradilan antara lain meliputi:

- a. Ketentuan mengenai prosedur dan kualifikasi untuk pengangkatan hakim yang diatur dalam undang-undang,
- b. Jaminan yang berkaitan dengan masa kerja, usia pensiun wajib dan alasan-alasan berakhirnya masa jabatan hakim,
- c. Pengaturan tentang proses promosi, mutasi, penangguhan dan penghentian fungsi Hakim, dan
- d. Independensi peradilan dari campur tangan politik oleh badan eksekutif dan legislatif.

Meninjau aspek-aspek yang dipersyaratkan tersebut, terlihat bahwa hal independensi peradilan terutama menyangkut ketentuan jabatan hakim dan kelembagaan pengadilan. Atas hal-hal tersebut, penting diperhatikan bahwa pemenuhan aspek-aspek persyaratan tersebut bukan semata-mata tanggungjawab pengadilan. Justru, sebagian besar pemenuhan aspek tersebut merupakan tanggungjawab dari lembaga-lembaga negara dalam cabang-cabang kekuasaan lain. Hal ini sejalan dengan yang tekankan oleh Komisi HAM PBB sebagai berikut.

Negara harus mengambil langkah-langkah khusus yang menjamin independensi peradilan, melindungi hakim dari segala bentuk pengaruh politik dalam pengambilan keputusan mereka melalui konstitusi atau adopsi undang-undang yang menetapkan prosedur yang jelas dan kriteria yang obyektif untuk pengangkatan, penggajian, masa jabatan, promosi, penangguhan dan pemecatan anggota pengadilan dan sanksi disipliner dijatuhkan terhadap mereka. Situasi di mana fungsi dan kompetensi peradilan dan eksekutif tidak dapat dibedakan dengan jelas atau di mana eksekutif dapat mengontrol atau mengarahkan eksekutif tidak sesuai dengan gagasan pengadilan independen. Penting untuk melindungi hakim dari konflik kepentingan dan intimidasi. Untuk menjaga independensi mereka, status hakim, termasuk masa jabatan mereka, independensi mereka, keamanan, gaji yang memadai, kondisi layanan, pensiun dan usia pensiun harus dijamin secara memadai oleh undang-undang.⁷⁷

2. Peradilan yang Imparsial

Meninjau instrumen dan dokumen HAM yang diuraikan di atas, selain independensi ada karakter/fitur lain yang dituntut dari pengadilan untuk dapat memenuhi fungsinya memberikan perlindungan HAM, yaitu imparsialitas atau tidak memihak.

Untuk memahami konsep imparsialitas secara sederhana, menarik untuk melihat makna dari kata imparsial dalam beberapa kamus—seperti dikutip oleh Mikuli.⁷⁸

- Menurut kamus Collins, istilah ‘imparsial’ berarti ‘tidak berprasangka buruk terhadap atau terhadap pihak atau pihak tertentu; adil; tidak bias’.
- Definisi serupa diberikan dalam kamus Cambridge dan Oxford, yang menurutnya artinya masing-masing adalah, ‘tidak mendukung pihak mana pun yang terlibat dalam suatu argumen’ dan ‘memperlakukan semua orang atau segala sesuatu secara setara, bukan bias’ (The Cambridge Advanced Learners’s Dictionary & Thesaurus; The Oxford English Dictionary, hal. 362).

77 UN Human Rights Committee, *General Comments 32 on Article 14 ICPPR*, Jenewa: UN, 2007. Par. 20 dan 21.

78 Piotr Mikuli. *Impartiality of The Judiciary*. Oxford Constitutional Law: 2017. Diperoleh Dari <https://Oxcon.Ouplaw.Com/View/10.1093/Law-Mpeccol/Law-Mpeccol-E338?Print=Pdf> diakses 10 September 2020. Mikuli adalah Ketua Departemen Hukum Konstitusi Komparatif, Universitas Jagiellonian, Polandia.

- *Webster's Third New International Dictionary* mendefinisikan 'imparsial' sebagai 'tidak memihak satu sama lain' dan 'imparsialitas' sebagai kualitas atau keadaan tidak memihak, yaitu kebebasan dari bias atau favoritisme (halaman 1131).

Makna dasar dari kata imparsial dan imparsialitas pada kamus-kamus tersebut sangat dekat kaitannya dengan dua prinsip HAM yang berkaitan dengan bagaimana setiap manusia harus diperlakukan, yaitu prinsip kesetaraan dan non-diskriminatif.

Mikuli menjelaskan bahwa para ahli mendefinisikan imparsialitas atau ketidakberpihakan sebagai karakter pengadilan yang tidak tertarik/tidak berkepentingan terhadap pihak-pihak yang bersengketa serta penyebab sengketanya dalam proses peradilan.⁷⁹ Sedangkan independensi atau kemerdekaan dipahami sebagai kondisi 'bebas dari tekanan dari pemerintah, badan yang membiayai, militer, sumber kekuatan negara lainnya atau pengaruh tidak pantas lainnya.' Independensi peradilan berkaitan dengan pemisahan organisasi pengadilan dari cabang pemerintahan lainnya, serta adanya jaminan tertentu dari unsur politis dalam proses penunjukan yudisial. Sementara, ketidakberpihakan sering mengacu pada keadaan pikiran atau sikap hakim ketika mengadili perkara-perkara yang dihadapinya.⁸⁰ Imparsialitas menurut Mikuli adalah turunan dari independensi peradilan. Bisa diartikan bahwa imparsialitas baru akan muncul ketika independensi peradilan telah ada terlebih dulu.

Meskipun demikian, bukan berarti imparsialitas akan serta merta muncul ketika ada peradilan independen dari cabang kekuasaan lain, yaitu eksekutif dan legislatif. Karena setelah independensi terwujud, imparsialitas pengadilan masih akan tergantung pada imparsialitas hakim. MacDonald dan Kong⁸¹ mengungkapkan bahwa '(bisa jadi) peradilan pada prinsipnya mungkin independen, tetapi dalam kasus tertentu, seorang hakim mungkin tidak imparsial — artinya, dapat menunjukkan favoritisme terhadap satu pihak'. Dalam konteks ini, mereka menyebutkan contoh perusahaan yang mungkin memiliki sumber daya untuk mempengaruhi keputusan pengadilan secara tidak tepat.

Geyh sebagaimana dikutip oleh Mikuli menyatakan bahwa imparsialitas pengadilan dapat diamati melalui 3 (tiga) dimensi, yaitu dimensi prosedural, etis, dan politik. Dimensi pertama bisa diamati dari bagaimana keadilan prosedural bisa dipastikan bagi para pihak dalam proses litigasi. Dimensi kedua bisa diamati dari bagaimana hakim berperilaku terhormat dan etis, baik ketika sedang menjalankan tugasnya sebagai hakim maupun di luar konteks pelaksanaan tugasnya. Dimensi ketiga diamati dari bagaimana pengadilan menjaga kepercayaan publik terhadap pengadilan.

79 *Ibid.*

80 Mikuli. *Ibid.*

81 Dikutip Oleh Mikuli, *Ibid*, 2017.

Meninjau konsep-konsep yang menjelaskan imparialitas pengadilan di atas, terlihat bahwa alam berpikir dan perilaku hakim sangat menentukan tercapainya imparialitas yang diharapkan dari pengadilan. Hal ini bisa dikaitkan dengan lahirnya prinsip-prinsip hukum acara yang memandu agar hakim dapat tampak bersikap imparial/netral, dalam persidangan. Misalnya, prinsip *audi et alteram partem* dalam hukum acara perdata. Di masa yang lebih modern, kemudian juga muncul instrumen-instrumen universal yang mengatur soal perilaku hakim agar imparial. Misalnya, Bangalore Principles of Judicial Conduct (terakhir diperbarui tahun 2002).

Dalam Bangalore Principles, ketidakberpihakan diperlakukan sebagai salah satu nilai penting bagi peradilan selain dari integritas, kepatutan, kesetaraan, dan kompetensi/ketekunan. Dokumen tersebut menyatakan bahwa ketidakberpihakan 'berlaku tidak hanya untuk keputusan itu sendiri tetapi juga untuk proses di mana keputusan itu dibuat.' Bangalore Principle juga menekankan perlunya untuk mengamati kondisi-kondisi yang dibutuhkan untuk mewujudkan ketidakberpihakan hakim. Misalnya, memastikan hakim melaksanakan tugasnya tanpa memperoleh bantuan dari pihak lain, bias, atau prasangka. Terakhir, dokumen ini juga menyoroti situasi di luar pengadilan, di mana ditekankan, 'hakim harus memastikan bahwa perilakunya, baik di dalam maupun di luar pengadilan, memelihara dan meningkatkan kepercayaan publik, profesi hukum dan para pihak penggugat terhadap ketidakberpihakan hakim dan peradilan' (paragraf 2.2).

Tuntutan atas imparialitas hakim dalam proses peradilan menyebabkan munculnya keharusan bagi hakim dan pemegang jabatan yudisial lain untuk dikecualikan atau mengecualikan dari dari memutuskan suatu kasus dalam situasi di mana yang mereka diduga memiliki kepentingan. Misalnya, ketika kasus tersebut menyangkut diri mereka secara langsung, melibatkan pasangan hakim, kerabat berdasarkan garis keturunan, atau pihak lain yang terhubung dengan hakim karena kedekatan. Hakim juga harus dikecualikan atau mengecualikan dirinya dari kasus di mana hakim masih menjadi bagian dari pengadilan yang mengadili perkara itu sebelumnya, atau pernah memberikan nasihat hukum kepada salah satu pihak, baik resmi maupun tidak resmi.

Di Indonesia, ketentuan ini diatur antara lain dalam Pasal 17 ayat(5) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan, "Seorang hakim atau panitera wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila ia mempunyai kepentingan langsung atau tidak langsung dengan perkara yang sedang diperiksa, baik atas kehendaknya sendiri maupun atas permintaan pihak yang berperkara." Aturan mengenai larangan konflik kepentingan ini juga dimuat dalam Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim⁸². Dalam Kode Etik dan PPH tersebut dijelaskan bahwa Hakim dalam menangani

82 Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia Dan Ketua Komisi Yudisial Republik Indonesia Nomor: 047/KMA/SKB/IV/2009 dan Nomor: 02/SKB/P.KY/IV/2009 tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim.

suatu perkara harus menghindari adanya konflik kepentingan, yang salah satunya adalah konflik kepentingan yang berhubungan dengan pribadi dan keluarga. Pada Angka 5 butir 5.2.1 Kode Etik dan PPH dikatakan bahwa Hakim tidak boleh mengadili suatu perkara apabila memiliki konflik kepentingan, baik karena hubungan pribadi dan keluarga, atau hubungan-hubungan lain yang beralasan (*reasonable*) patut diduga mengandung konflik kepentingan. Terlanggarnya ketentuan mengenai konflik kepentingan hakim dalam perkara yang diadilinya dapat dipandang sebagai cacat formal dan menyebabkan putusan dapat dinyatakan batal demi hukum dan tidak dipercayai oleh para pihak.

Akibat yang fatal dari terlanggarnya ketentuan mengenai konflik kepentingan hakim atas perkara yang ditanganinya menyebabkan instrumen-instrumen yang mengatur perilaku hakim juga menetapkan kewajiban bagi hakim untuk mengungkapkan hal-hal yang diketahuinya yang mungkin dapat menimbulkan bias ketika ia mengadili perkara tersebut. Oleh karena itu, seorang Hakim dituntut untuk senantiasa mawas diri dan berefleksi atas kemungkinan-kemungkinan di mana ia mungkin memiliki kepentingan atas perkara yang akan atau sedang diadili olehnya.

Dapat disimpulkan bahwa ketidakberpihakan, sekali lagi, berkaitan erat dengan pola pikir dan cerminannya dalam perilaku hakim. Sebagaimana diungkapkan Gonera yang dikutip oleh Mikuli⁸³, karakter pribadi hakim yang kuat dan teguh adalah yang paling diharapkan. Hal ini meliputi antara lain menjaga perilaku agar senantiasa memenuhi etika, baik dalam lingkup tugas sebagai hakim maupun saat tidak bertugas, keberanian moral menjalankan independensi peradilan, kecerdasan, kebijaksanaan, kecermatan dalam berbahasa, kemampuan untuk berefleksi secara luas, keyakinan dalam pengambilan keputusan, rasa keadilan, dan hati nurani yang sensitif.⁸⁴ Tuntutan tersebut sungguh berat dan merupakan kualitas yang tidak mudah ditemukan dalam diri banyak orang. Namun inilah yang menyebabkan *nobility* menjadi karakter utama yang dilekatkan pada profesi hakim, dan hakim disapa dengan sebutan Yang Mulia dalam persidangan dan acara-acara yang bersifat formal.

Sebagaimana diungkapkan oleh Leandro Despouy, Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers for United Nations' Human Right Council (Pelapor Khusus Independensi Hakim dan Pengacara untuk Komite HAM PBB):

"Prinsip ketidakberpihakan dan independensi adalah ciri-ciri dasar rasional dari legitimasi dan fungsi peradilan di setiap negara bagian. ... Ketidakhadiran mereka mengarah pada pengingkaran keadilan dan membuat kredibilitas proses peradilan meragukan."

83 Piotr Mikuli. *Op. Cit.* 2017.

84 *Ibid.*

["The principles of impartiality and independence are the hallmarks of the rationale and the legitimacy of the judicial function in every State. ... Their absence leads to a denial of justice and makes the credibility of the judicial process dubious."]⁸⁵

E. Tantangan Pengadilan dan Hakim dalam Memenuhi Tanggungjawab Melindungi HAM Warga Negara

Bagian sebelumnya dari modul ini menjelaskan independensi dan imparialitas sebagai syarat penting pengadilan dan hakim dapat melaksanakan fungsi yang diharapkan dalam perlindungan HAM warga negara. Oleh karena itu, "ancaman" dan tantangan terhadap independensi dan imparialitas pengadilan dan hakim juga dapat dipandang sebagai ancaman dan tantangan dalam upaya perlindungan HAM oleh pengadilan.

Independensi dan imparialitas adalah prasyarat penting bagi Pengadilan dan Hakim untuk bisa menjalankan proses persidangan dan memutus perkara secara *fair*. Meskipun demikian, terpenuhinya prasyarat independensi dan imparialitas bukan serta merta berarti lingkungan ideal bagi perlindungan HAM di pengadilan bisa langsung terbentuk. Ada satu prasyarat lagi yang perlu dipenuhi, yaitu, perspektif dan pengetahuan hakim yang memadai mengenai prinsip-prinsip HAM dan cara-cara yang bisa digunakan oleh hakim—berdasarkan kewenangan yang dimilikinya, untuk mengakomodasi prinsip-prinsip tersebut. Prasyarat yang ketiga inilah yang hendak dipenuhi oleh Mahkamah Agung melalui penyelenggaraan pelatihan ini.

Sebagai contoh, dalam diskusi-diskusi mengenai penegakan dan perlindungan HAM di Indonesia, seringkali muncul pandangan-pandangan baik eksplisit maupun implisit, yang menunjukkan keberatan atas upaya positif untuk mewujudkan mekanisme perlindungan HAM yang lebih kuat dengan menggunakan argumentasi bahwa HAM adalah konsep yang asing berasal dari barat, dan bukan bagian dari nilai-nilai dan budaya nasional Indonesia. Pandangan ini biasanya muncul dalam pembahasan mekanisme perlindungan HAM bagi kelompok-kelompok minoritas di masyarakat.

Pembahasan pada Sesi I dari modul ini disediakan untuk memberikan penjelasan yang cukup bagi para Hakim untuk menunjukkan bahwa HAM adalah prinsip-prinsip universal dan perumusannya dalam instrumen-instrumen internasional adalah bentuk konsensus dari negara-negara yang mewakili beragam nilai-nilai yang ada di dunia. Nilai-nilai yang berasal dari budaya, keyakinan dan agama yang eksis di tingkat lokal dan regional. Oleh karena itu, pandangan bahwa HAM adalah nilai-nilai asing yang bertentangan dengan nilai dan budaya nasional adalah mitos dan tidak memiliki bukti yang cukup.

85 Leandro Despouy, *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers*, Par.15

Bagian ke-IV dalam Modul 2 ini akan mengidentifikasi tantangan-tantangan yang mungkin dihadapi oleh Hakim sebagai representasi kekuasaan pengadilan dalam memenuhi tanggungjawab melindungi HAM warga negara.

1. Tantangan terhadap Independensi Pengadilan dan Hakim

Sebagaimana diuraikan pada Bagian ke-II, independensi hakim dimaknai sebagai kebebasan hakim untuk memutus perkara terlepas dari pengaruh-pengaruh lembaga yang berada di luar pengadilan. Hakim di Indonesia saat ini dapat dikatakan sudah menikmati independensi yang lebih baik dibandingkan sebelum masa reformasi.⁸⁶ Terutama, dalam konteks berkurangnya potensi gangguan (intervensi) dari cabang kekuasaan lain seperti eksekutif dan legislatif. Perubahan ini salah satunya merupakan dampak dari diterapkannya sistem satu atap dalam pengelolaan organisasi pengadilan sejak tahun 2004.

Meskipun potensi gangguan independensi pengadilan yang berasal dari cabang-cabang kekuasaan lain saat ini sudah jauh berkurang, potensi gangguan dari sumber lain masih cukup terbuka. Di antaranya adalah tekanan kepada pengadilan yang muncul dari kritisisme publik terutama melalui media⁸⁷ atau tekanan publik secara langsung kepada Hakim dalam perkara-perkara tertentu. Tekanan yang berasal dari media atau publik ini lazim muncul dalam perkara-perkara yang memiliki substansi yang berkaitan dengan isu-isu HAM yang kontroversial, atau yang berkaitan dengan identitas kelompok mayoritas dalam masyarakat. Sebagai contoh misalnya, adalah dalam perkara penodaan agama yang didakwakan pada mantan Gubernur DKI Jakarta, Basuki Tjahaja Purnama, tahun 2017 lalu yang mendapat sorotan ekstensif dari media sekaligus ungkapan/ekspresi pendapat publik yang besar yang disampaikan secara langsung ke pengadilan dalam setiap persidangan.

Pemberitaan yang ekstensif terhadap suatu kasus di media dapat menjadi gangguan karena pada umumnya media lebih mengutamakan nilai sensasional dari suatu perkara, dan dengan demikian mengancam pertimbangan obyektif atas persoalan faktual dan hukum yang muncul untuk pengambilan putusan oleh pengadilan.⁸⁸ Oleh karena itu, barangkali sudah menjadi anjuran umum di kalangan hakim sendiri agar para hakim menjaga diri atau menghindari untuk melihat, membaca atau mendengar liputan media dalam berbagai bentuk atas perkara yang sedang diadilinya.

86 Dr Franziska Rinke, Dr Mónica Castillejos-Aragón dan Aishwarya Natarajan. *Judicial Independence: Under Threat?* Makalah disampaikan pada *Judicial Independence Project and the Global Conference 2018*. Strasbourg: 2018. Hal. 10. Diakses dari <https://www.kas.de/documents/280457/280506/Publication+Judicial+Independence+Under+Threat.pdf/0c86a373-7d25-f7ad-c66e-7d84a99a095a?version=1.0&t=1557749330341> pada 28 September 2020.

87 International Bar Association. *Minimum Standards of Judicial Independence*. Diadopsi 1982.

88 Honorable Sir Anthony Mason AC KBE. *The Courts and Public Opinion*. Kuliah umum perdana, the National Institute of Government and Law's. Parliament House, Canberra: 20 March 2002. Hal. 31. Diakses dari <http://www.austlii.edu.au/au/journals/NSWBarAssocNews/2002/11.pdf> pada 12 September 2020.

Distorsi yang muncul dalam pemberitaan di media, sampai batas tertentu bukan hanya mengganggu Hakim yang menangani perkara. Namun juga bisa merusak kepercayaan publik kepada pengadilan. Sir Anthony Mason AC KBE, mantan Chief Justice High Court of Australia (1972-1987), menyatakan bahwa di tahap seperti itu, Jaksa Agung harus dengan tegas dan yakin melindungi pengadilan dari kritik yang tidak bertanggungjawab.⁸⁹

Sementara itu, gangguan-gangguan yang berasal dari ungkapan/ekspresi publik yang luas—terutama yang menunjukkan preferensi tertentu terhadap bagaimana Hakim akan memutus perkara, pada batas tertentu juga memberikan gangguan kepada Hakim dan pengadilan. Tidak dapat dipungkiri jika pengadilan dan Hakim bisa memiliki kekuatiran bahwa jika putusan yang diambil tidak sesuai dengan preferensi publik, maka hal itu akan mempengaruhi kepercayaan publik kepada pengadilan. Atau dalam bentuk lain, tekanan kelompok tertentu yang mengatasnamakan publik juga dapat menimbulkan kekuatiran Hakim atas keamanan pribadi dirinya dan keluarganya.

Dalam konteks Indonesia di mana Hakim/Majelis Hakim atas suatu perkara ditentukan oleh Ketua Pengadilan, Ketua Pengadilan diharapkan juga memiliki sensitivitas atas potensi tekanan atau gangguan yang mungkin muncul dalam perkara tersebut. Ketua Pengadilan diharapkan melakukan tindakan pencegahan dan antisipasi yang dibutuhkan untuk menimbulkan rasa aman bagi hakim untuk memutus perkara tersebut secara objektif, bebas dari tekanan apapun.

Pada beberapa kasus, bisa saja pengadilan tidak memiliki sumber daya yang cukup untuk melakukan langkah-langkah antisipatif tersebut. Dalam situasi seperti ini, Ketua Pengadilan diharapkan melakukan komunikasi lebih lanjut dengan instansi di luar pengadilan yang memiliki peran dan tanggungjawab terkait tekanan-tekanan yang muncul dan dihadapi oleh hakim. Baik secara langsung, maupun dengan melaporkannya terlebih dulu kepada pengadilan tinggi dan Mahkamah Agung.

Permintaan ataupun “tuntutan” pengadilan untuk memperoleh dukungan yang dibutuhkan untuk dapat menjalankan proses peradilan yang independen dan imparsial kepada lembaga-lembaga negara yang berada pada cabang kekuasaan lain adalah tindakan yang sah dan valid sepenuhnya. Butir ke-7 dari Prinsip Pertama “Basic Principles on the Independence of the Judiciary” menyatakan bahwa “merupakan tugas setiap negara anggota untuk menyediakan sumber daya yang memadai untuk memungkinkan peradilan menjalankan fungsinya dengan benar.”⁹⁰ Pengetahuan akan kondisi keterbatasan yang mungkin juga dialami oleh lembaga negara lain seharusnya tidak menyurutkan pengadilan untuk menyampaikan “tuntutan” atas pemenuhan kebutuhan tersebut demi berjalannya fungsi peradilan dengan baik.

89 Sir Anthony Mason AC KB. *Ibid.*

90 United Nations. *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*. Milan, 1985.

2. Tantangan terhadap Imparsialitas Hakim

Sebagaimana telah dijelaskan pada bagian sebelumnya, imparsialitas pengadilan dipengaruhi terutama oleh alam pikiran (*state of mind*) dan perilaku hakim. Apa yang terjadi dalam alam pikiran hakim tentu adalah hasil atau dipicu oleh kejadian-kejadian dan keadaan-keadaan yang dialaminya. Oleh karena itu, baik dalam Kode Etik dan PPH dan referensi internasional yang tersedia, norma-norma yang dimuat pada umumnya adalah larangan bagi hakim untuk melakukan tindakan-tindakan yang jika dilakukan, akan menempatkan dirinya sulit bersikap imparsial, atau, dapat dipandang tidak imparsial oleh publik. Dalam *the Bangalore Principles of Judicial Conduct* (2002), situasi-situasi yang perlu diwaspadai dalam menjaga imparsialitas hakim terdapat pada penjelasan dari nilai ke-2, yaitu imparsialitas (*impartiality*), dan nilai ke-4, yaitu kepantasan (*propriateness*).

Secara umum, situasi atau perbuatan yang beresiko membuat hakim sulit bersikap imparsial atau dapat dipandang tidak imparsial dapat dikelompokkan menjadi tiga. Pertama, adalah hubungan-hubungan yang dimiliki oleh Hakim yang menyebabkan hakim memiliki keterkaitan dengan substansi perkara atau pihak-pihak dalam perkara yang ditanganinya. Kedua, adalah bagaimana perilaku hakim dalam proses penanganan perkara—terutama, namun tidak terbatas pada, perilaku hakim dalam berkomunikasi dengan para pihak dalam persidangan. Ketiga, adalah kegiatan atau pekerjaan yang dilakukan oleh hakim di luar tugas-tugasnya di pengadilan.

Beberapa pihak mengungkapkan bahwa tantangan yang lebih sulit untuk menjaga imparsialitas hakim/pengadilan adalah pada area yang terkait dengan kegiatan ekstra-yudisial yang dilakukan oleh hakim.⁹¹ Kegiatan-kegiatan tersebut, jika tidak hati-hati pada umumnya beresiko membuat hakim dipandang bias, menimbulkan konflik kepentingan, atau prasangka (penilaian dini) atas suatu permasalahan hukum.⁹² Pandangan tersebut cukup sejalan jika dibandingkan—misalnya, dengan konten dari Kode Etik dan PPH Hakim yang sebagian besar justru mengatur kewajiban dan larangan yang berkaitan dengan perilaku, kondisi dan situasi di luar tugas-tugas hakim di pengadilan.

Hubungan-hubungan yang dimiliki oleh hakim adalah faktor yang menyebabkan timbulnya potensi konflik kepentingan. Secara universal, hakim yang mengetahui bahwa dirinya berpotensi mengalami konflik kepentingan memiliki kewajiban untuk mengundurkan diri dari tugasnya mengadili perkara tersebut. Kewajiban ini juga dimuat dalam Kode Etik dan PPH pada butir 5.3. Ketua Pengadilan yang memiliki kewenangan untuk mendistribusikan perkara di antara hakim-hakim di pengadilan diharapkan memiliki pengetahuan dan kewaspadaan dalam batas tertentu atas potensi konflik kepentingan yang mungkin dialami hakim dalam suatu perkara.

91 *Australasian Institute of the Judicial Administration Incorporated. Guide to Judicial Conduct (Published for the Council of Chief Justices of Australia and New Zealand). Melbourne, 2017. Hal. 6.*

92 *Ibid. Hal. 6.*

Sebagian besar hubungan-hubungan yang menyebabkan potensi konflik kepentingan pada hakim telah dirumuskan cukup jelas dalam butir 5.2. Kode Etik dan PPH. Namun sesuai dengan karakter dari norma etik yang seringkali bersifat relatif atau bergantung pada konteks, adakalanya muncul situasi yang bersifat ambigu dan menimbulkan keraguan pada hakim. Misalnya saja, hubungan-hubungan yang disebutkan dalam Kode Etik dan PPH butir 5.2.1 ayat (2), butir 5.2.2. ayat (3), butir 5.2.3 ayat (1), serta 5.2.4.

Menghadapi situasi yang menimbulkan keraguan mengenai potensi konflik kepentingan yang dihadapi, hakim dapat secara informal mendiskusikannya dengan kolega sesama hakim (misalnya Ketua Majelis atau hakim yang lebih senior).⁹³ Selain itu, menurut Kode Etik dan PPH, hakim wajib meminta pertimbangan Ketua Pengadilan (butir 5.3.2). Keputusan untuk mengundurkan diri dengan alasan adanya potensi konflik kepentingan perlu dibuat sesegera mungkin untuk menghindari terjadinya penundaan penyelesaian perkara oleh pengadilan, atau timbulnya pandangan bahwa proses peradilan tidak dijalankan secara jujur dan tidak memihak.⁹⁴ Oleh karena itu, disarankan hakim senantiasa memberikan perhatian pada pihak-pihak berperkara serta substansi/permasalahan hukum yang diajukan oleh para pihak sejak awal menerima penunjukkan dari Ketua Pengadilan, dan melakukan *self-checking* apakah ia memiliki potensi konflik kepentingan dalam perkara tersebut.

Cynthia Gray, mantan Direktur *Center for Judicial Ethics* pada *American Judicature Society* mengungkapkan bahwa bagaimana hakim bersikap di ruang sidang penting karena beberapa hal sebagai berikut:⁹⁵

- Jika seorang hakim bersikap sopan, bermartabat, dan sabar selama menjalankan persidangan, pihak yang berperkara akan memiliki keyakinan bahwa putusan hakim yang akan dibuat untuk perkara tersebut, dibuat dengan integritas dan tidakberpihakan;
- Jika seorang hakim bersikap seperti yang diharapkan di ruang sidang, hakim akan dengan mudah tampil “lebih tinggi” dalam kekacauan atau ketegangan yang mungkin muncul dalam persidangan, dan hakim memberikan contoh yang akan mendorong para pihak untuk bersikap profesional dan “beradab”;
- Jika hakim mencaci maki mereka yang hadir di ruang sidang, hakim menyalahgunakan kekuasaan kehakiman karena penggugat, pengacara, dan orang lain dalam persidangan dilarang untuk bersikap serupa;
- Jika hakim temperamental atau sarkastik, penggugat dan pengacara mungkin terbebani atau menjadi tidak leluasa untuk menyampaikan/mempresentasikan kasus mereka dalam persidangan.

93 *Ibid.* Hal. 17

94 *Ibid.* Hal. 17 dan Kode Etik dan PPH butir 5.3.1.

95 Cynthia Gray. *Ethical Standards for Judges*. American Judicature Society: Chicago, 2009. Hal. 3-4.

Kode Etik dan PPH Hakim memberikan panduan secara umum mengenai bagaimana hakim harus bersikap di persidangan terutama pada butir 1.1. ayat (2), ayat (4), ayat (5), ayat (6) dan ayat (7). Untuk memberikan ilustrasi lebih konkret dalam kejadian nyata dari gambaran-gambaran umum yang disebutkan dalam butir-butir tersebut, Hakim bisa mencari referensi lain yang tersedia. Artikel yang ditulis oleh Cynthia Gray (2009) di atas, serta bab keempat dari *Guide to Judicial Conduct* yang dipublikasikan oleh *Australasian Institute of the Judicial Administration Incorporated* (2017) adalah contoh referensi yang memberikan ilustrasi konkret tersebut.

Sebagai contoh, meskipun sikap dan perilaku yang tidak dikehendaki dari hakim di dalam ruang sidang bisa muncul dalam beragam bentuk, menurut Gray, ada beberapa sikap dan perilaku yang paling sering muncul dalam kasus-kasus pendisiplinan hakim. Yaitu, perilaku kasar, menghina dan kejam, komentar bias, penyalahgunaan kekuasaan untuk menindak para pihak dengan *basis contempt of court*, perlakuan (buruk) terhadap staf pengadilan, termasuk pelecehan seksual.⁹⁶ Ilustrasi lebih detail dan konkret selengkapnyanya dari masing-masing perilaku yang tersebut dapat dilihat pada artikel Gray.

Mempertimbangkan meluasnya penggunaan media sosial dalam masyarakat tidak terkecuali hakim, menjadikan bagian ini juga relevan untuk meninjau resiko yang dapat muncul dari penggunaan media sosial oleh Hakim. Penjabaran nilai imparisialitas pada *the Bangalore Principles of Judicial Conduct* dan Kode Etik PPH juga menekankan bahwa hakim harus memastikan bahwa perilakunya baik di dalam maupun di luar pengadilan memelihara dan meningkatkan kewibawaan pengadilan.⁹⁷ Oleh karena itu, penting bagi Hakim untuk senantiasa mempertimbangkan pengaruh dari aktivitasnya menggunakan media sosial terhadap citra dirinya secara personal, maupun pengadilan secara kelembagaan. Penting bagi Hakim untuk senantiasa memeriksa apakah aktivitas yang akan dilakukannya di media sosial akan berkontribusi terhadap peningkatan kewibawaan dan kepercayaan publik kepada pengadilan? Atau sebaliknya.⁹⁸

3. Personal Bias dan Unconscious Bias

Personal bias adalah hal yang dilarang muncul dan diminta untuk dihindari oleh hakim agar bisa bersikap imparisial dan objektif dalam mengadili suatu perkara. Namun secara alami setiap manusia memiliki bias.⁹⁹ Bagian ini berupaya menjelaskan personal bias secara

⁹⁶ *Ibid.* Hal. 4.

⁹⁷ Judicial Integrity Group, *Bangalore Principles of Judicial Conduct*, Par. 2.2.

⁹⁸ Sebagai panduan penggunaan media sosial oleh hakim, antara lain dapat dilihat, United Nations Office on Drugs and Crimes, *Use of Social Media by Judges: Discussion Guide for the Expert Group Meeting*. Vienna, 2018, diakses dari https://www.venice.coe.int/files/un_social_media/unodc.pdf pada 26 Agustus 2020.

⁹⁹ Lindsay Northon. *Become Aware of Personal Bias, and You'll Improve Ethical Practice*. Society for Human Resource Management, 2016. Diakses dari <https://www.shrm.org/resourcesandtools/hr-topics/behavioral-competencies/ethical-practice/pages/become-aware-of-personal-bias-and-improve-ethical-practice> pada 20 September 2020. Hal. 3, dan Uta Frith. *Unconscious Bias*. London: the Royal Society, 2015. Diakses dari <https://royalsociety.org/~media/policy/Publications/2015/unconscious-bias-briefing-2015.pdf>. Hal. 2.

khusus, karena sifatnya yang unik. Kebanyakan orang tidak menyadari dan tidak merasa bahwa dirinya memiliki bias sebagaimana orang-orang lainnya.¹⁰⁰

Pengertian bias menurut *Black's Law Dictionary 147* (edisi ke-5, 1979) yang dikutip oleh Donald C. Nugent¹⁰¹ adalah:

- Sebuah kecenderungan; bengkok; purbasangka; opini yang terbentuk sebelumnya; kecenderungan untuk memutuskan penyebab atau masalah dengan cara tertentu, yang tidak membuat pikiran terbuka secara sempurna untuk (memperoleh) keyakinan;
- Miring ke satu sisi;
- Kondisi pikiran, yang mempengaruhi penilaian dan membuat hakim tidak dapat menjalankan fungsinya secara tidak memihak dalam kasus tertentu;
- Seperti yang digunakan dalam undang-undang tentang diskualifikasi hakim, mengacu pada sikap mental atau watak hakim terhadap pihak yang terlibat dalam proses pengadilan, dan bukan pada pandangan apa pun yang mungkin dia miliki tentang subjek yang terlibat.

Dalam artikelnya yang berjudul *Judicial Bias*, Nugent memaknai *bias* sebagai kecenderungan, sesuatu yang lebih disukai, yang mengganggu ketidakberpihakan.¹⁰²

Personal bias dapat diartikan sebagai kecenderungan, preferensi, favoritisme yang berpotensi menimbulkan keberpihakan yang disebabkan pengaruh-pengaruh yang bersifat internal atau personal, seperti usia, generasi, agama, nilai-nilai, pola asuh, temperamen, dan kondisi fisik hakim.¹⁰³ Sementara *unconscious bias* adalah ketika kita membuat penilaian atau keputusan berdasarkan pengalaman kita sebelumnya, pola pikir mendalam pribadi kita, asumsi atau interpretasi, dan kita tidak sadar bahwa kita sedang melakukannya.¹⁰⁴ Masing-masing dari kita cenderung percaya bahwa kita lebih adil, dan tidak berprasangka buruk dibandingkan orang kebanyakan.

Dalam menjalankan profesinya, para hakim diharapkan cermat dalam mengecualikan bias pribadi saat membuat keputusan.¹⁰⁵ Mereka selalu dituntut untuk menunjukkan bahwa penafsiran hukum yang mereka lakukan, atau putusan yang mereka ambil dalam suatu perkara bukanlah sekedar pandangan subyektif mereka. Hakim dituntut untuk netral, tanpa manifesto (pandangan/ideologi politik).¹⁰⁶ Sebagaimana dinyatakan oleh Edmund Burke

100 Donald C. Nugent. *Judicial Bias*. 42 *Cleveland State University Law Review*. Ohio: 1994. Diakses dari <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol42/iss1/10/> pada 20 September 2020.

101 *Ibid.* Catatan kaki pada Hal. 2.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.* Hal. 6.

104 Uta Frith. *Unconscious Bias*. London: the Royal Society, 2015. Diakses dari <https://royalsociety.org/~media/policy/Publications/2015/unconscious-bias-briefing-2015.pdf>. Hal. 2.

105 Nugent. *Op. Cit.* Hal. 5.

106 Lihat misalnya, bagian III dari Corstens (2014).

dan dikutip oleh Nugent¹⁰⁷, bahwa yang diharapkan dari hakim dan pengadilan adalah *cold neutrality*.

Barangkali disebabkan oleh tuntutan tersebut, hanya sedikit hakim yang bersedia mengakui bahwa mereka memiliki bias yang mengganggu ketidakberpihakan mereka.¹⁰⁸ Padahal ilmu pengetahuan menunjukkan secara alami seseorang pasti memiliki *personal bias*. Uta Frith, seorang psikolog perkembangan berkebangsaan Jerman yang bekerja di *Institute of Cognitive Neuroscience* di *University College London* mengungkapkan, setiap orang pada umumnya berpikir bahwa dirinya berpikiran terbuka dan objektif.¹⁰⁹ Namun penelitian menunjukkan yang dilakukan pada semua kelompok sosial menunjukkan hasil yang konsisten, bahwa sebenarnya tidak demikian.¹¹⁰ Manusia sangat dipengaruhi dengan cara yang benar-benar tersembunyi dari pikiran sadar kita dalam hal cara kita memandang dan mengevaluasi orang lain dan diri kita sendiri.¹¹¹ Kesimpulan ini sudah tentu juga berlaku bagi hakim.

Sebuah test yang diciptakan oleh Anthony G. Greenwald pada 1998 yang disebut sebagai *Implicit Association Test* (IAT) dan dikutip oleh Frith¹¹² menunjukkan ada hubungan langsung antara bias bawah sadar dan perilaku aktual. Manusia cenderung memiliki prasangka bawah sadar tentang kompetensi, minat, dan perilaku orang. Terutama ketika di bawah tekanan waktu atau tekanan lain, bias tersembunyi kita secara otomatis mengambil peran dan mengambil alih kendali tindakan atau penilaian kita.

Bagi hakim, munculnya *unconscious bias* dalam proses penilaian dan analisis ketika memutus perkara tentu membawa resiko yang lebih besar dibanding jika bias muncul dalam proses kerja profesi lainnya. Bayangkan misalnya, ketika hakim melakukan penilaian fakta, penafsiran hukum dan mengambil putusan dalam suatu perkara pidana yang ancaman hukumannya bagi terdakwa adalah hukuman mati atau hukuman seumur hidup, dengan dipengaruhi oleh *unconscious bias* yang dimilikinya.

Jika *personal* dan *unconscious bias* adalah hal yang alami sementara hakim dituntut untuk selalu menjaga netralitasnya agar dapat bersikap imparial, apa yang seharusnya dilakukan?

107 Nugent. *Op. Cit.* Hal. 5.

108 *Ibid.*

109 Uta Frith. *Op. Cit.* Hal. 2.

110 *Ibid.*

111 *Ibid.*

112 *Ibid.* Hal. 3.

Dari pendekatan psikologi, Frith¹¹³ menganjurkan hal-hal sebagai berikut:

1. Seperti temuan dari *Implicit Association Test* (IAT) di atas, *unconscious bias* cenderung muncul lebih cepat dari pertimbangan sadar manusia. Oleh karena itu penting menyadari dan mengakui keberadaan *unconscious bias* yang ada pada diri kita. Begitu kita menerima bahwa kita semua secara alami akan menggunakan jalan pintas mental bawah sadar, maka kita dapat meluangkan waktu untuk mempertimbangkannya dan merenungkan apakah proses berpikir implisit semacam itu secara tidak tepat memengaruhi objektivitas pengambilan keputusan kita;
2. Secara natural, manusia secara tidak sadar mendiskriminasi dengan lebih mendukung hal-hal yang terasa 'alami' dan 'benar' dibandingkan dengan hal-hal kurang familiar baginya. Tentu saja hal yang kurang familiar bagi kita belum tentu salah dan justru bisa jadi benar (atau lebih tepat). Oleh karena itu, hakim idealnya justru perlu lebih waspada (*alert*) ketika menemui hal-hal yang bersifat asing bagi dirinya. Misalnya berkaitan dengan hubungan-hubungan sosial atau identitas yang melekat pada para pihak yang berperkara;
3. Untuk mengurangi diskriminasi yang muncul di alam bawah sadar sebagaimana dimaksud pada angka 2 di atas, penting untuk selalu memotivasi diri dan meningkatkan pengetahuan tentang kelompok-kelompok lain di luar kelompok-kelompok di mana kita sudah pernah menjadi bagiannya;
4. Manusia tidak pernah bisa mengakses proses kognitif (proses mental yang terlibat dalam memperoleh pengetahuan dan pemahaman) bawah sadarnya. Tetapi sebagai Hakim, peserta bisa mencapai keadilan lebih dan meningkatkan kualitas pengambilan keputusan jika memiliki komitmen untuk mempertanyakan stereotip budaya (cara menggeneralisir yang berlebihan terhadap sekelompok orang dikaitkan dengan budaya yang melekat pada identitasnya). Proses ini adalah bagian dari kewaspadaan dalam proses pengambilan keputusan dengan cara memperlambat prosesnya sendiri;
5. Manusia sulit melihat bias pada dirinya sendiri dibanding bias yang mungkin muncul pada orang lain. Karena itu penting untuk meminta orang lain untuk saling membantu dalam mendeteksi bias yang mungkin muncul dalam penilaian kita. Proses musyawarah majelis hakim sudah pasti bisa menjadi kesempatan yang baik untuk menguji bias yang mungkin kita miliki.

113 Ibid. Hal. 3-4.

Bandingkan anjuran Frith di atas dengan pernyataan Corstens (2013) tentang bagaimana hakim menjaga netralitas dan imparsialitasnya.

Dia [Hakim] mengizinkan kasus yang diajukan di hadapannya untuk mengendap. Dia mendengarkan, membaca, mencoba menilai dampak penuh dari argument-argumen yang dikemukakan, menanyakan apakah mungkin ada argumen lain. Dan kemudian dia mencapai sebuah putusan, dengan segala pertimbangan untuk apa yang telah dikemukakan.

*[He allows the case put before him to sink in. He listens, reads, tries to appreciate the full impact of the arguments adduced, asks whether there are possibly any other arguments. And then he reaches a decision, with all due respect for what has been put forward].*¹¹⁴

4. Problem pada Kerangka Hukum yang Tersedia

Sesuai dengan tugas dan kewenangannya, Hakim menjalankan peran menegakkan dan melindungi HAM warga negara lewat perkara-perkara yang diputus olehnya di pengadilan. Memeriksa dan memutus suatu perkara oleh Hakim di Indonesia pada dasarnya adalah kegiatan menerapkan undang-undang. Hal ini disebabkan Indonesia mewarisi tradisi hukum kontinental dari masa colonial. Oleh karenanya, sumber hukum utama bagi Hakim dalam mengadili peristiwa atau perbuatan hukum para pihak dalam suatu perkara, adalah undang-undang.¹¹⁵ Para pihak—baik dalam perkara perdata dan pidana, mengajukan tuntutan/permasalahan hukumnya ke pengadilan dengan merujuk undang-undang yang menurutnya berlaku atas permasalahan hukum tersebut.

Permasalahannya, undang-undang tidak selalu sempurna dan tidak mampu mengatur segala kegiatan kehidupan manusia di setiap periode waktu secara tuntas.¹¹⁶ Oleh karena itu, menjadi tugas hakim untuk menemukan hukumnya¹¹⁷, untuk menjelaskan dan melengkapi undang-undang.¹¹⁸ Pandangan bahwa hakim hanyalah corong undang-undang sudah lama ditinggalkan. Sejak sekitar 1850 banyak kalangan condong pada peranan hakim dalam pembentukan hukum.¹¹⁹ Hakim bukan lagi corong undang-undang, tetapi pembentuk hukum yang memberi bentuk pada isi undang-undang dan menyesuaikannya dengan kebutuhan hukum.¹²⁰

114 Dr. Geert Corstens, 22 March, 2013, Erasmus Huis, Jakarta, p. 3

115 Dainow, Joseph. *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, No. 3 (1966-1967). Hal. 424.

116 Prof. Sudikno Mertokusumo dan Prof. A. Pitlo. Bab-Bab tentang Penemuan Hukum. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2013. Hal. 3.

117 *Ibid.* Hal. 4.

118 *Ibid.* Hal. 9.

119 Di antaranya menurut van Eikeme Hommes, Oskar Bulow dan Eugen Erlich, sebagaimana dikutip oleh Prof Sudikno Mertokusumo dan Prof A. Pitlo. *Ibid.* Hal. 7-8.

120 *Ibid.* Hal. 7.

Sebelum menguraikan lebih lanjut, penting untuk mengingatkan kembali bahwa modul dalam pelatihan ini disiapkan dengan pemahaman bahwa tugas dan fungsi pengadilan memberikan perlindungan HAM pada warga negara dilakukan pada semua jenis perkara yang diajukan masyarakat pada pengadilan—sebagaimana telah disinggung sebelumnya pada Bagian B Modul ini. Setiap perkara yang diajukan ke pengadilan pada prinsipnya adalah pertentangan atau kompetisi antara hak atau kepentingan para pihak. Hak atau kepentingan individu dengan individu dalam perkara perdata. Atau, hak atau kepentingan individu dengan publik (mungkin juga dengan individu lain) dalam perkara pidana.

Tugas Hakim menurut Prof Sudikno Mertokusumo dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara terdiri dari tiga tahapan tindakan, yaitu menkonstatir, mengkualifikasi dan mengkonstituir.¹²¹ Mengkonstatir adalah proses hakim menentukan kebenaran ada tidaknya suatu peristiwa yang didalilkan para pihak berdasarkan bukti-bukti yang diajukan di persidangan. Peristiwa yang benar-benar terjadi menurut hakim dalam kegiatan konstatir ini, disebut sebagai peristiwa konkret.

Tugas hakim selanjutnya adalah mengkualifisir peristiwa konkret tersebut, yaitu menentukan hubungan hukum yang ada dalam peristiwa tersebut dan menemukan hukum yang berlaku atas peristiwa tersebut. Mengkualifisir, singkatnya adalah mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa konkret ke dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum.¹²² Misalnya, penggelapan atau penipuan untuk perkara pidana. Atau, apakah suatu peristiwa konkret adalah peralihan hak atau perbuatan melawan hukum dalam perkara perdata.

Tahapan selanjutnya yang harus dilakukan hakim adalah mengkonstituir. Pada tahap ini, hakim menetapkan hukum atas peristiwa konkret tersebut dan memberi keadilan kepada para pihak dalam perkara.¹²³ Jika peristiwanya sudah terbukti dan peraturan hukumnya jelas dan tegas, maka penerapan hukumnya akan mudah¹²⁴ barangkali hakim hanya perlu melakukan bentuk silogisme saja. Yaitu, di mana rumusan undang-undang ditempatkan sebagai premis mayor, dan peristiwa konkret merupakan premis minor, dan putusan hakim merupakan konklusi atau kesimpulan logisnya.¹²⁵

Tantangan muncul ketika peraturan hukum yang tersedia problematis. Problem dalam peraturan hukum sebagaimana disebutkan oleh Ahmad Rifai (2018) muncul dalam beberapa sebagai berikut.¹²⁶ Untuk kepentingan memudahkan penjelasan dalam modul

121 Sudikno Mertokusumo sebagaimana dikutip oleh Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*. Jakarta: Sinar Grafika, 2018. Hal. 54.

122 *Ibid.* Hal. 55.

123 *Ibid.* Hal. 56.

124 *Ibid.* Hal. 55.

125 Mertokusumo, Pitlo. *Op. Cit.* Hal. 6.

126 Rifai. *Op. Cit.* Hal. 56.

ini, permasalahan-permasalahan tersebut dikelompokkan dalam tiga kelompok sebagai berikut:

- a. Peraturannya sudah ada, tetapi tidak cukup jelas untuk diterapkan pada peristiwa konkret dalam perkara yang ada.
- b. Peraturannya sudah ada, tetapi mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vage normen*), konflik antar norma hukum (*antinomy normen*), dan ketidakpastian.
- c. Peraturannya tidak ada sehingga terjadi kekosongan hukum (*recht vacuum*).

Dalam konteks perlindungan HAM, problem paling menantang mungkin adalah ketika menemui peraturan yang mengandung konflik antar norma—yaitu dengan prinsip-prinsip universal HAM.

Ketika menemui problematika perundang-undangan sebagaimana disebutkan di atas, maka hakim harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).¹²⁷ Sudikno Mertokusumo dan Pitlo menyebutkan dua metode yang dapat digunakan oleh Hakim untuk melakukan penemuan hukum. Yaitu dengan menggunakan metode interpretasi atau penafsiran, dan kedua, dengan menggunakan metode argumentasi.¹²⁸ Interpretasi atau penafsiran merupakan metode penemuan hukum untuk menjelaskan teks undang-undang agar ruang lingkup kaedah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Interpretasi digunakan dalam hal suatu peraturan sudah ada tetapi belum cukup jelas untuk diterapkan pada suatu peristiwa. Metode interpretasi yang ditemukan dari putusan-putusan hakim di antaranya adalah: (1) menurut bahasa (gramatikal); (2) secara teleologis atau sosiologis; (3) secara sistematis atau logis; (4) secara historis; (5) menurut perbandingan hukum (komparatif); dan, (6) secara futuristis.¹²⁹

Sebaliknya, selain kondisi sebagaimana dimaksud dalam penggunaan interpretasi di atas, dapat terjadi juga hakim harus memeriksa dan mengadili perkara yang tidak ada peraturannya yang khusus. Di sini hakim menghadapi kekosongan atau ketidaklengkapan undang-undang atau suatu permasalahan hukum. Hakim tentu tidak boleh menolak perkara dengan alasan belum ada dasar hukumnya, sesuai prinsip *ius curia novit*. Untuk mengisi kekosongan tersebut, dapat digunakan penemuan hukum (banyak ahli menyebutnya juga sebagai konstruksi hukum) dengan metode argumentasi yang terdiri dari (1) *argumentum per analogiam*, (2) penyempitan hukum, dan (3) *argumentum a contrario*.

Untuk menjawab problem peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud oleh Ahmad Rifai, penjelasan soal penemuan hukum yang disampaikan oleh Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo tidak menunjuk secara langsung metode yang dapat digunakan

127 Mertokusumo, Pitlo. *Op. Cit.* Hal. 4.

128 *Ibid.* Hal. 13 dan 21.

129 *Ibid.* Hal. 14.

untuk situasi yang disebutkan dalam *huruf b*. Yaitu, ketika atas suatu peraturan konkret hakim menemukan bahwa peraturan atau hukumnya sudah ada, tetapi mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vague normen*), konflik antar norma hukum (*antinomy normen*), dan ketidakpastian.

Dengan mempertimbangkan bahwa pada dasarnya dalam situasi yang disebut pada *huruf b* tersebut telah ada undang-undangnya, mengikuti panduan yang dianjurkan oleh Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, maka yang perlu dilakukan pertama-tama oleh hakim tentu adalah penafsiran hukum. Ketika peraturan yang dimuat dalam undang-undang memiliki makna ganda atau kabur, untuk memperjelas dan menentukan maknanya yang paling tepat—atau yang ingin diambilnya sebagai putusannya, hakim dapat menggunakan setiap metode interpretasi yang disebutkan oleh Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. Jika betul-betul diperlukan mencoba semua metode yang dianjurkan. Kecil sekali kemungkinannya hakim tidak dapat mencapai kejelasan makna yang diharapkan, setelah menggunakan metode-metode penafsiran tersebut. Terutama, ketika hakim menggunakan metode interpretasi teleologis atau sosiologis, interpretasi komparatif, dan interpretasi futuristis, yang memberikan ruang yang lebih luas bagi hakim untuk menafsirkan undang-undang dibanding interpretasi gramatikal.¹³⁰

Sementara itu, ketika hakim menjumpai konflik/pertentangan norma hukum dalam peraturan perundang-undangan, maka berlakulah asas-asas penyelesaian konflik (asas preferensi) sebagaimana dinyatakan Jazim Hamidi (2005) dan dikutip oleh Ahmad Rifai (2018),¹³¹ yaitu:

1. *Lex posterior derogat legi priori*;
2. *Lex specialis derogat legi generali*;
3. *Lex superior derogat legi inferiori*.

Dalam diskursus perlindungan HAM, apa yang diharapkan bisa dicapai oleh setiap hakim adalah penafsiran hukum yang selaras dengan prinsip-prinsip HAM, yang disebut sebagai *human right compatible interpretation*. Beberapa negara seperti Inggris¹³² dan Australia¹³³ telah memasukkan pendekatan ini dalam hukum positif mereka. Di Indonesia, pendekatan penafsiran hukum tersebut diadopsi oleh Mahkamah Agung dalam Pasal 6 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2017 tentang Pedoman Mengadili Perkara Perempuan Berhadapan dengan Hukum.

130 Untuk mengingat kembali pengertian dari masing-masing metode interpretasi yang disebutkan pada bagian ini, peserta dapat membaca Mertokusumo, Pitlo. *Op. Cit.* Hal. 14-21.

131 Rifai. *Op. Cit.* Hal. 90.

132 The National Council for Civil Liberties. *A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act*. London: Liberty, 2010. Hal. 7. Diakses dari <https://www.refworld.org/pdfid/4ed640552.pdf> pada 27 September 2020.

133 Australian Capital Territory, *Human Rights Act*, Pasal 30. diakses dari <https://www.legislation.act.gov.au/a/2004-5> pada 27 September 2020.

Meninjau uraian pada bagian ini, dapat disimpulkan bahwa metode dan asas-asas yang dapat digunakan hakim dalam membangun konstruksi penafsiran atau penemuan hukum yang selaras dengan prinsip-prinsip HAM di Indonesia sudah sangat memadai. Terlebih lagi jika memperhatikan bahwa telah terdapat sejumlah undang-undang dalam kerangka hukum nasional yang menyediakan dasar hukum yang cukup luas untuk melakukan penafsiran yang lebih jelas dan tegas tentang perlindungan HAM sebagaimana diuraikan dalam Modul 1.

Sebagai penutup bagian ini, penting disampaikan bahwa selain menguasai metode dan asas-asas dalam penafsiran dan penemuan hukum, agar Hakim dapat membentuk hukum yang memberikan perlindungan HAM dalam putusannya, penting bagi hakim untuk mengenali kelompok-kelompok rentan dalam masyarakat serta memahami isu-isu kontroversial dalam perlindungan HAM. Pengenalan terhadap anggota-anggota kelompok rentan serta prinsip HAM yang paling khas untuk masing-masing kelompok dijelaskan pada Modul 1. Sementara, pengenalan secara khusus terhadap contoh hak yang sering menjadi kontroversi dalam penerapannya di Indonesia, dijelaskan dalam Modul 5 dan Modul 6 pelatihan ini. Yaitu, mengenai metode spesifik dalam menafsirkan dan menemukan hukum dalam perkara-perkara yang berkaitan dengan kebebasan berekspresi dan berkeyakinan.

5. Minimnya Akses ke Keadilan bagi Kelompok Rentan

Akses keadilan adalah salah satu unsur negara hukum dalam konsep yang lebih kontemporer sebagaimana diungkapkan oleh Geert Corstens setelah meninjau uraian berbagai makna dan konsep negara hukum oleh European Commission for Democracy Through Law (*Venice Commission*).¹³⁴ Menurut Valesca Lima dan Miriam Gomez (2020), akses terhadap keadilan adalah prinsip dasar dalam konsep negara hukum.¹³⁵ Akses terhadap keadilan menurut mereka merupakan hak fundamental karena hak inilah yang memungkinkan individu atau warga negara menggunakan instrumen-instrumen dan mekanisme hukum untuk melindungi hak mereka.¹³⁶

Despouy (2008) sebagaimana dikutip oleh Lima dan Gomez (2020) menyatakan kekayaan dan kompleksitas konsep akses terhadap keadilan terletak pada kenyataan bahwa, akses terhadap keadilan merupakan hak sekaligus sarana pemulihan atas hak yang telah diabaikan atau dilanggar. Akses terhadap keadilan berperan sebagai komponen yang sangat diperlukan dari hak-hak khusus, seperti hak atas kebebasan dan keselamatan pribadi. Ia juga terkait erat dengan hak untuk memperoleh perlindungan yudisial yang efektif (peradilan atau

134 Lihat kembali Bagian I dari Modul 2 ini.

135 Lima, Valesca; Gomez, Miriam. *Access to Justice: Promoting the Legal System as Human Right*. Bab dalam *Encyclopaedia of the UN Sustainable Development Goals*. Edition: 1st. Springer Publishing. Hal. 1. Diakses dari https://www.researchgate.net/publication/338423278_Access_to_Justice_Promoting_the_Legal_System_as_a_Human_Right pada 27 September 2020.

136 *Ibid*.

proses hukum adil), hak atas pemulihan hak yang efektif, dan hak atas kesetaraan.¹³⁷

Pentingnya akses terhadap keadilan ditunjukkan dengan dimuatnya hak ini dalam beberapa instrumen internasional, di antaranya:

- Pasal 7 dan Pasal 8 Deklarasi Universal Hak-Hak Asasi Manusia;
- Pasal 2.1., Pasal 14 dan Pasal 26 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik;
- Bagian pembukaan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Kebudayaan;
- Pasal 15 Konvensi Internasional tentang Penghapusan segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan;
- Pasal 6 Konvensi Internasional tentang Penghapusan segala Bentuk Diskriminasi Rasial;
- Pasal 18 Konvensi Internasional tentang Perlindungan Hak semua Pekerja Migran dan Anggota Keluarganya;
- Pasal 13 Konvensi Internasional tentang Hak-Hak Penyandang Disabilitas.

Dalam kerangka hukum nasional, akses terhadap keadilan diatur dalam Pasal 17 UU No. 39/1999 tentang HAM yang berbunyi “Setiap orang, tanpa diskriminasi, berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengaduan, dan gugatan, baik dalam perkara pidana, perdata, maupun administrasi serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang obyektif oleh hakim yang jujur dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar.”

Akses terhadap keadilan seringkali terhalang oleh faktor ekonomi, struktural, dan kelembagaan. Dalam banyak situasi, kerumitan dan biaya proses hukum, serta kendala geografis serta fisik, menghalangi kelompok miskin dan terpinggirkan untuk mengakses sistem peradilan.¹³⁸ Kemiskinan bukan hanya sekedar soal kekurangan barang dan kesempatan material seperti pekerjaan dan kepemilikan aset produktif dan tabungan. Tetapi juga bermakna kurangnya aset tidak berwujud dan barang sosial, seperti identitas hukum, kesehatan yang baik, integritas fisik, kebebasan dari rasa takut dan kekerasan, kapasitas organisasi, kemampuan untuk menggunakan pengaruh politik, dan kemampuan untuk menuntut hak dan hidup dalam penghormatan dan martabat.¹³⁹ Konsep kemiskinan menurut Lima dan Gomez tersebut juga dialami oleh kelompok-kelompok yang terpinggirkan (sering disebut sebagai *marginalized group*) dalam masyarakat. Yaitu perempuan, kelompok minoritas etnis dan agama, penyandang disabilitas, masyarakat adat dan anak.

137 *Ibid.* Hal. 3.

138 *Ibid.* Hal. 7.

139 *Ibid.* Hal. 6.

Orang-orang yang mengalami hambatan lebih besar dari bagian kelompok masyarakat lainnya tersebut, dalam diskursus HAM disebut sebagai kelompok rentan. Untuk mengoreksi situasi yang tidak setara yang dialami oleh anggota-anggota kelompok rentan dalam mengakses hak-haknya, dikenal perlakuan dan tindakan yang lebih bagi mereka yang bersifat khusus dan sementara, yang disebut tindakan afirmas (*affirmative actions*).¹⁴⁰ Tujuan dari tindakan ini adalah untuk mendorong dan mempercepat kelompok anggota-anggota kelompok rentan ini mengejar kemajuan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan lainnya. Perlakuan khusus bagi kelompok rentan ini sudah diatur dalam Pasal 5 ayat (3) UU No. 39/1999 tentang HAM, yang menyebutkan, “Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya.”

Penjelasan lebih lanjut soal karakter kerentanan masing-masing kelompok dan prinsip-prinsip HAM yang khas dikaitkan dengan kerentanan masing-masing, akan diuraikan pada Modul 3 dari pelatihan ini. Tujuan dari penjelasan pada bagian ini adalah mengingatkan kembali peran dan kewajiban hakim mendukung terpenuhinya hak atas akses keadilan para pihak dalam pelaksanaan tugasnya menyelenggarakan proses peradilan di pengadilan. Tidak terpenuhinya hak para pihak atas akses keadilan ini dapat mengakibatkan tidak memenuhi syaratnya hasil dari proses peradilan, atau bahkan menyebabkan *miscarriage of justice*. Kualitas proses peradilan yang diragukan atau terjadinya *miscarriage of justice* sudah tentu akan menurunkan kepercayaan publik kepada pengadilan.

Kewajiban hakim untuk memperhatikan dan mendukung hak para pihak atas akses keadilan antara lain disebutkan oleh Judicial Integrity Group dalam Measures for the Effective Implementation of the Bangalore Principles of Judicial Conduct (2010) pada paragraf 5.1. sampai dengan 5.3. berikut:

- Akses terhadap keadilan merupakan hal yang sangat penting bagi supremasi hukum. Peradilan harus, dalam batas kekuasaannya, mengadopsi prosedur untuk memfasilitasi dan mempromosikan akses tersebut;
- Ketika tidak ada bantuan hukum yang memadai untuk publik, mahalnya biaya perwakilan hukum swasta membuat peradilan perlu mempertimbangkan, jika sesuai dan diinginkan, mendorong digunakan dan disediakannya layanan pro bono untuk para pihak, penunjukan *amici curiae* (teman pengadilan), penyelesaian sengketa alternatif, dan prosedur penyelesaian sengketa lain di masyarakat, untuk melindungi kepentingan yang tidak terwakili dengan memadai dalam proses pengadilan; serta pemberian izin kepada orang yang tidak memenuhi syarat (termasuk paralegal) untuk mewakili pihak di depan pengadilan;
- Peradilan harus menerapkan teknik manajemen kasus modern untuk memastikan perilaku yang adil, tertib dan cepat serta kesimpulan dari proses pengadilan.

140 Jimly Asshidiqie, *Op. Cit.*, hal. 9.

Komite HAM PBB dalam *General Comments No. 32* (2007) menekankan pentingnya setiap pihak dalam proses peradilan untuk dapat mengikuti prosesnya dalam makna yang penuh (*meaningful way*). Oleh karena itu negara harus bertanggungjawab untuk menyediakan bantuan hukum gratis bagi orang yang tidak mampu, pengurangan atau penghilangan biaya beracara di pengadilan, dan penyediaan penerjemah yang dibutuhkan para pihak.¹⁴¹ Penekanan yang disampaikan Komite HAM PBB pada 2007 tersebut, hingga saat ini masih kontekstual di Indonesia. Misalnya, akses bantuan hukum yang bisa diakses oleh masyarakat tidak mampu di Indonesia hingga saat ini masih sangat terbatas. Pada saat Modul ini disusun, dari 514 Kabupaten/Kota yang ada di Indonesia, menurut Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), hanya 42% di antaranya yang sudah memiliki organisasi-organisasi bantuan hukum yang terakreditasi dan bisa mengakses anggaran bantuan hukum BPHN.¹⁴² Jumlah Kabupaten/Kota yang belum memiliki OBH terakreditasi masih lebih besar dari yang sudah memiliki OBH terakreditasi.

Meninjau kondisi bantuan hukum yang masih sangat terbatas itu, tidak mengherankan jika sangat sedikit para pihak terutama terdakwa dalam perkara-perkara pidana yang tidak didampingi penasihat hukum dalam proses peradilan. Dalam situasi ini, hakim diharapkan dapat melaksanakan anjuran-anjuran yang diungkapkan oleh Judicial Integrity Grup di atas. Yaitu membantu Terdakwa untuk mendapatkan layanan bantuan hukum secara pro bono. Jika betul-betul tidak memungkinkan menemukan layanan bantuan hukum pro bono di pengadilan, hakim perlu berupaya membantu terdakwa dalam memahami hak-haknya serta tahapan dan proses persidangan yang harus dijalaninya.

Meskipun demikian, untuk perkara-perkara di mana menurut undang-undang Terdakwa harus didampingi penasihat hukum, atau dalam hal Terdakwa didakwa dengan pasal yang ancaman hukumannya sangat berat yaitu penjara seumur hidup atau hukuman mati, hakim wajib memastikan Terdakwa telah menikmati akses terhadap keadilan yang baik sepanjang proses peradilan yang dijalaninya, atau, bahwa seluruh prinsip fair trial telah dilaksanakan, termasuk oleh Penyidik dan Penuntut Umum dalam proses sebelumnya.

Jika Hakim menyadari ada masalah akses terhadap keadilan yang dialami salah satu pihak, idealnya hakim merasa terganggu atas kondisi tersebut karena hal itu menunjukkan ancaman terhadap kualitas keadilan dari perkara yang sedang diadilinya. Dan itu berarti resiko hilangnya kepercayaan publik dan menurunnya wibawa pengadilan di masyarakat.

141 UN Human Rights Committee, *Op. Cit.*, Par. 10.

142 Diskusi Biro Perencanaan dan Organisasi MA serta Tim Asistensi Pembaruan MA, dengan Kepala Subbid Program Bantuan Hukum Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), 21 September 2020.

Daftar Bahan Bacaan

Peraturan Perundang-Undangan

Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia Dan Ketua Komisi Yudisial Republik Indonesia Nomor: 047/KMA/SKB/IV/2009 dan Nomor: 02/SKB/P.KY/IV/2009 tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim.

Instrumen dan Referensi HAM Internasional

1. Judicial Integrity Group. *Bangalore Principles of Judicial Conduct*. 2002.
2. United Nations Human Rights Committee. *General Comments 32 on Article 14 ICPPR*. Jenewa. 2007.
3. Leandro Despouy. *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers*. United Nations Human Rights Committee. 2007.
4. International Bar Association. *Minimum Standards of Judicial Independence*. Diadopsi 1982.
5. United Nations. *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*. Milan, 1985.
6. Australian Institute of the Judicial Administration Incorporated. *Guide to Judicial Conduct (Published for the Council of Chief Justices of Australia and New Zealand)*. Melbourne, 2017.
7. United Nations Office on Drugs and Crimes. *Use of Social Media by Judges: Discussion Guide for the Expert Group Meeting*. Vienna. 2018. https://www.venice.coe.int/files/un_social_media/unodc.pdf Diakses 26 Agustus 2020.

Buku

1. Eko Riyadi. *Hukum Hak Asasi Manusia: Perspektif Internasional, Regional dan Nasional*. Depok: Rajawali Pers. 2018.
2. Bahder Johan Nasution. *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*. Bandung: CVMandar Maju. 2011.
3. Prof. Sudikno Mertokusumo dan Prof. A. Pitlo. *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*. Bandung. Citra Aditya Bakti. 2013.
4. Ahmad Rifai. *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*. Jakarta: Sinar Grafika, 2018.

Bab dalam Buku

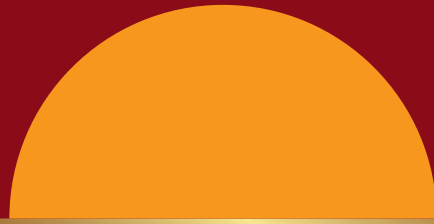
Lima, Valesca; Gomez, Miriam. *Access to Justice: Promoting the Legal System as Human Right. Bab dalam Encyclopaedia of the UN Sustainable Development Goals*. Edition: 1st. Springer Publishing. https://www.researchgate.net/publication/338423278_Access_to_Justice_Promoting_the_Legal_System_as_a_Human_Right Diakses 27 September 2020.

Artikel/Pidato

1. Jimly Asshiddiqie. *Gagasan Negara Hukum Indonesia*, makalah disampaikan dalam forum Dialog Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, November 2011 http://www.Jimly.Com/Makalah/Namafile/57/Konsep_Negara_Hukum_Indonesia.Pdf. Diakses 8 September 2020.
2. Stanford Center for the Study of Language and Information, *Plato's Ethic: An Overview*. <https://plato.stanford.edu/entries/plato-ethics/> Diakses 1 Oktober 2020.
3. Geert Corstens. *Human Rights and the Rule of Law*. Centre for Judicial Cooperation-European University Institute. Florence, 24 Oktober 2014.
4. Piotr Mikuli. *Impartiality of the Judiciary*. Oxford Constitutional Law. 2017. <https://Oxcon.Ouplaw.Com/View/10.1093/Law-Mpeccol/Law-Mpeccol-E338?Print=Pdf>. Diakses 10 September 2020.
5. Dr. Franziska Rinke, Dr Mónica Castillejos-Aragón dan Aishwarya Natarajan. *Judicial Independence: Under Threat?* <https://www.kas.de/documents/280457/280506/Publication+Judicial+Independence+Under+Threat.pdf/0c86a373-7d25-f7ad-c66e-7d84a99a095a?version=1.0&t=1557749330341>. Diakses 28 September 2020.
6. Cynthia Gray. *Ethical Standards for Judges*. American Judicature Society: Chicago, 2009.
7. Lindsay Northon. *Become Aware of Personal Bias, and You'll Improve Ethical Practice*. Society for Human Resource Management. 2016. <https://www.shrm.org/resourcesandtools/hr-topics/behavioral-competencies/ethical-practice/pages/become-aware-of-personal-bias-and-improve-ethical-practice> diakses pada 20 September 2020.
8. Uta Frith. *Unconscious Bias*. London, the Royal Society. 2015. <https://royalsociety.org/~media/policy/Publications/2015/unconscious-bias-briefing-2015.pdf>.
9. Donald C. Nugent. *Judicial Bias*. Cleveland State University Law Review. Ohio.1994. <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol42/iss1/10/>. Diakses 20 September 2020.
10. Dainow, Joseph. *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, No. 3 (1966-1967)
11. The National Council for Civil Liberties. *A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act*. London. Liberty, 2010. <https://www.refworld.org/pdfid/4ed640552.pdf> Diakses 27 September 2020.

Berita

<https://akurat.co/news/id-1128325-read-guru-besar-iii-diteror-orang-tak-dikenal-diduga-gegara-diskusi-pemecatan-presiden>



Modul 3

Peran Pengadilan Dalam Perlindungan HAM: Penerapan Prinsip Peradilan Yang Adil dan Tidak Memihak (*Fair Trial*) dan Perlindungan HAM



Tujuan Umum

Peserta memahami konsep dan pengaturan hak atas peradilan yang adil dan tidak memihak (*fair trial*) dan menerapkan prinsip *fair trial* dalam memeriksa dan memutus perkara.

Tujuan Khusus

1. Peserta mampu memahami hak atas peradilan yang adil dan tidak memihak (*fair trial*) dalam kerangka hukum HAM internasional dan kerangka hukum HAM nasional.
2. Peserta mampu memahami filosofi/tujuan dari keberadaan prinsip *fair trial* dalam sistem peradilan pidana.
3. Peserta mampu memahami kesenjangan pengaturan *fair trial* dalam kerangka hukum nasional dengan standar hukum internasional
4. Peserta mampu memahami dampak yang bisa terjadi terhadap hak para pihak ketika sistem peradilan tidak memenuhi prinsip *fair trial*.
5. Peserta mampu memahami peran yang harus dilaksanakan Hakim untuk mencegah pelanggaran hak para pihak melalui penegakkan prinsip *fair trial*.
6. Peserta mampu mengidentifikasi kelompok rentan dalam persidangan dan dapat menerapkan prinsip *fair trial* sesuai kebutuhan kelompok rentan

Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Modul 3 - Peran Pengadilan Dalam Perlindungan HAM: Penerapan Prinsip Peradilan Yang Adil Dan Tidak Memihak (<i>Fair Trial</i>) Dan Perlindungan HAM	45 Menit (1 JPL)	Pembelajaran mandiri (<i>e-learning</i>): • Membaca modul (30 menit) • Menonton video presentasi (10 menit) • Menyelesaikan pop quiz (5 menit)
Konsep dan pengaturan <i>fair trial</i> dalam kerangka hukum HAM internasional	45 Menit (1 JPL)	Pembelajaran kelas: • Pemaparan narasumber (15 menit) • Tanya Jawab (30 menit)
Konsep dan pengaturan <i>fair trial</i> dalam kerangka hukum HAM nasional		
Prinsip <i>fair trial</i> dan perlindungan hak para pihak oleh pengadilan		

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Tantangan penerapan prinsip <i>fair trial</i> di Indonesia	90 Menit (2 JPL)	Pembelajaran kelas: • Pemaparan/pemantik diskusi (15 menit) • Diskusi interaktif (60 menit) • Tanggapan dan refleksi (15 menit)
Mengidentifikasi dan menerapkan prinsip <i>fair trial</i> sesuai kebutuhan khusus kelompok rentan	90 Menit (2 JPL)	Pembelajaran kelas: • Pemaparan/pemantik diskusi (15 menit) • Diskusi interaktif (60 menit) • Tanggapan dan refleksi (15 menit)

Bahan bacaan dalam modul ini terdiri dari bagian-bagian sebagai berikut:

- A. Konsep dan Pengaturan *Fair Trial* Dalam Kerangka Hukum HAM Internasional;
- B. Konsep dan Pengaturan *Fair Trial* Dalam Kerangka Hukum HAM Nasional;
- C. Prinsip *Fair Trial* dan Perlindungan Hak Para Pihak Oleh Pengadilan;
 1. Konsep dan prinsip *fair trial*
 2. Hak-hak *fair trial*
- D. Tantangan Penerapan Prinsip *Fair Trial* di Indonesia;
 1. Penangkapan dan penahanan secara sewenang-wenang
 2. Penyiksaan saat proses penahanan
 3. Ketiadaan advokat yang berkualitas untuk pendampingan hukum
 4. Ketiadaan waktu yang cukup untuk menyiapkan pembelaan
 5. Ketiadaan penerjemah dalam proses persidangan
- E. Mengidentifikasi dan Menerapkan Prinsip *Fair Trial* Sesuai Kebutuhan Khusus Kelompok Rentan;
 1. Perempuan sebagai kelompok rentan
 2. Anak sebagai kelompok rentan
 3. Penyandang disabilitas sebagai kelompok rentan
 4. Buruh sebagai kelompok rentan

Ringkasan Bahan Bacaan

A. Konsep dan Pengaturan Fair Trial Dalam Kerangka Hukum HAM Internasional

Hak atas peradilan yang adil dan tidak memihak (*fair trial*) diatur dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) dan Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (*The International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR*).

Pasal 10 DUHAM:

“Setiap orang, dalam persamaan yang penuh, berhak atas peradilan yang adil dan terbuka oleh pengadilan yang bebas dan tidak memihak, dalam menetapkan hak dan kewajiban-kewajibannya serta dalam setiap tuntutan pidana yang dijatuhkan kepadanya.”

Pasal dalam DUHAM lainnya yang terkait dengan hak *fair trial* adalah Pasal 6, 7, 8, dan 11.

Pasal 6 DUHAM

“Setiap orang berhak atas pengakuan di depan hukum sebagai manusia pribadi di mana saja ia berada.”

Pasal 7 DUHAM

“Semua orang sama di depan hukum dan berhak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi. Semua berhak atas perlindungan yang sama terhadap setiap bentuk diskriminasi yang bertentangan dengan Deklarasi ini, dan terhadap segala hasutan yang mengarah pada diskriminasi semacam ini.”

Pasal 8 DUHAM

“Setiap orang berhak atas pemulihan yang efektif dari pengadilan nasional yang kompeten untuk tindakan-tindakan yang melanggar hak-hak dasar yang diberikan kepadanya oleh undang-undang dasar atau hukum.”

Pasal 11 DUHAM

“(1) Setiap orang yang dituntut karena disangka melakukan suatu tindak pidana dianggap tidak bersalah, sampai dibuktikan kesalahannya menurut hukum dalam suatu pengadilan yang terbuka, di mana dia memperoleh semua jaminan yang diperlukan untuk pembelaannya.”

“(2) Tidak seorang pun boleh dipersalahkan melakukan tindak pidana karena perbuatan atau kelalaian yang tidak merupakan suatu tindak pidana menurut undang-undang

nasional atau internasional, ketika perbuatan tersebut dilakukan. Juga tidak diperkenankan menjatuhkan hukuman yang lebih berat daripada hukum yang seharusnya dikenakan ketika pelanggaran pidana itu dilakukan.”

Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (selanjutnya disebut dengan Kovenan Sipil dan Politik) telah diratifikasi oleh Indonesia melalui Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik).

Pasal 14 Kovenan Sipil dan Politik

1. *Semua orang mempunyai kedudukan yang sama di hadapan pengadilan dan badan peradilan. Dalam menentukan tuduhan pidana terhadapnya, atau dalam menentukan segala hak dan kewajibannya dalam suatu gugatan, setiap orang berhak atas pemeriksaan yang adil dan terbuka untuk umum, oleh suatu badan peradilan yang berwenang, bebas dan tidak berpihak dan dibentuk menurut hukum. Media dan masyarakat dapat dilarang untuk mengikuti seluruh atau sebagian sidang karena alasan moral, ketertiban umum atau keamanan nasional dalam suatu masyarakat yang demokratis atau apabila benar-benar diperlukan menurut pendapat pengadilan dalam keadaan khusus, dimana publikasi justru akan merugikan kepentingan keadilan sendiri; namun setiap keputusan yang diambil dalam perkara pidana maupun perdata harus diucapkan dalam sidang yang terbuka, kecuali bilamana kepentingan anak-anak menentukan sebaliknya, atau apabila persidangan tersebut berkenaan dengan perselisihan perkawinan atau perwalian anak-anak;*
2. *Setiap orang yang dituduh melakukan kejahatan berhak dianggap tidak bersalah sampai kesalahannya dibuktikan menurut hukum;*
3. *Dalam menentukan tindak pidana yang dituduhkan padanya, setiap orang berhak atas jaminan-jaminan minimal berikut ini, dalam persamaan yang penuh:*
 - a) *Untuk diberitahukan secepatnya dan secara rinci dalam bahasa yang dapat dimengertinya, tentang sifat dan alasan tuduhan yang dikenakan terhadapnya;*
 - b) *Untuk diberi waktu dan fasilitas yang memadai untuk mempersiapkan pembelaan dan berhubungan dengan advokat yang dipilihnya sendiri;*
 - c) *Untuk diadili tanpa penundaan yang tidak semestinya;*
 - d) *Untuk diadili dengan kehadirannya, dan untuk membela diri secara langsung atau melalui pembela yang dipilihnya sendiri, untuk diberitahukan tentang hak ini bila ia tidak mempunyai pembela; dan untuk mendapatkan bantuan hukum demi kepentingan keadilan, dan tanpa membayar jika ia tidak memiliki dana yang cukup untuk membayarnya;*

- e) Untuk memeriksa atau meminta diperiksanya saksi-saksi yang memberatkannya dan meminta dihadirkan dan diperiksanya saksi-saksi yang meringankannya, dengan syarat-syarat yang sama dengan saksi-saksi yang memberatkannya;
 - f) Untuk mendapatkan bantuan cuma-cuma dari penerjemah apabila ia tidak mengerti atau tidak dapat berbicara dalam bahasa yang digunakan di pengadilan;
 - g) Untuk tidak dipaksa memberikan kesaksian yang memberatkan dirinya, atau dipaksa mengaku bersalah.
4. Dalam kasus orang di bawah umur, prosedur yang dipakai harus mempertimbangkan usia mereka dan keinginan untuk meningkatkan rehabilitasi bagi mereka;
 5. Setiap orang yang dijatuhi hukuman berhak atas peninjauan kembali terhadap keputusannya atau hukumannya oleh pengadilan yang lebih tinggi, sesuai dengan hukum;
 6. Apabila seseorang telah dijatuhi hukuman dengan keputusan hukum yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap, dan apabila kemudian ternyata diputuskan sebaliknya atau diampuni berdasarkan suatu fakta baru, atau fakta yang baru saja ditemukan menunjukkan secara meyakinkan bahwa telah terjadi kesalahan dalam penegakan keadilan. Maka orang yang telah menderita hukuman sebagai akibat dari keputusan tersebut harus diberi ganti rugi menurut hukum, kecuali jika dibuktikan bahwa tidak terungkapnya fakta yang tidak diketahui itu, sepenuhnya atau untuk sebagian disebabkan karena dirinya sendiri;
 7. Tidak seorang pun dapat diadili atau dihukum kembali untuk tindak pidana yang pernah dilakukan, untuk mana ia telah dihukum atau dibebaskan, sesuai dengan hukum dan hukum acara pidana di masing-masing negara.

Pasal 9 Kovenan Sipil dan Politik

1. Setiap orang berhak atas kebebasan dan keamanan pribadi. Tidak seorang pun dapat ditangkap atau ditahan secara sewenang-wenang. Tidak seorang pun dapat dirampas kebebasannya kecuali berdasarkan alasan-alasan yang sah, sesuai dengan prosedur yang ditetapkan oleh hukum;
2. Setiap orang yang ditangkap wajib diberitahu pada saat penangkapannya dan harus sesegera mungkin diberitahu mengenai tuduhan yang dikenakan terhadapnya;
3. Setiap orang yang ditahan atau ditahan berdasarkan tuduhan pidana, wajib segera dihadapkan ke depan pengadilan atau pejabat lain yang diberi kewenangan oleh hukum untuk menjalankan kekuasaan peradilan, dan berhak untuk diadili dalam jangka waktu yang wajar, atau dibebaskan. Bukan merupakan suatu ketentuan umum, bahwa orang yang menunggu diadili harus ditahan, tetapi pembebasan dapat diberikan atas dasar jaminan untuk hadir pada waktu sidang, pada setiap tahap pengadilan dan pada pelaksanaan putusan, apabila diputuskan demikian;

4. *Siapun yang dirampas kebebasannya dengan cara penangkapan atau penahanan, berhak untuk disidangkan di depan pengadilan, yang bertujuan agar pengadilan tanpa menunda-nunda dapat menentukan keabsahan penangkapannya, dan memerintahkan pembebasannya apabila penahanan tidak sah menurut hukum;*
5. *Setiap orang yang telah menjadi korban penangkapan atau penahanan yang tidak sah, berhak untuk mendapat ganti kerugian yang harus dilaksanakan.*

Pasal 26 Kovenan Sipil dan Politik

“Semua orang berkedudukan sama di hadapan hukum dan berhak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi apapun. Dalam hal ini hukum harus melarang diskriminasi apapun, dan menjamin perlindungan yang sama dan efektif bagi semua orang terhadap diskriminasi atas dasar apapun seperti ras, warna, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lain.”

Kerangka hukum HAM internasional lain yang terkait dengan *fair trial* adalah Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia (*The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*). Indonesia telah meratifikasi konvensi ini melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia).

Secara materi muatan, Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia (Konvensi Anti Penyiksaan) terdiri dari 3 (tiga) bagian dengan 30 (tiga puluh) pasal yang secara garis besar memuat:

- a. Definisi penyiksaan dan kewajiban negara pihak untuk mencegah penyiksaan;
- b. Kewajiban monitoring dan pelaporan; dan
- c. Keberlakuan dari Konvensi ini.

B. Konsep dan Pengaturan Fair Trial Dalam Kerangka Hukum HAM Nasional

Hak atas peradilan yang adil dan tidak memihak (*fair trial*) merupakan hak-hak konstitusional sebagaimana diatur dalam UUD NRI 1945.

Pasal 27 ayat (1)

“Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.”

Pasal 28D ayat (1)

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”

Pasal 28G ayat (2)

“Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia.....”

Dalam pasal lain di UUD NRI 1945, hak atas peradilan yang adil dan tidak memihak (*fair trial*) termasuk dalam hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, yang dalam hukum HAM internasional, hak-hak yang tidak dapat dikurangi tersebut dikenal sebagai ‘*non-derogable rights*’.¹⁴³ Hal ini dinyatakan dalam Pasal 28I Ayat (1):

“Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun.”

Hak-hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun ini juga tertuang dalam UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Pasal 4 undang undang tersebut menyatakan:

“Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun.”

143 PBB, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, hal. 171, Pasal 2 ayat (2).

Kerangka hukum nasional di bawah UUD NRI yang mengatur mengenai *fair trial* antara lain:

- a. Undang-undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana – KUHP);
- b. Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU Hak Asasi Manusia);
- c. Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman);
- d. Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik).¹⁴⁴
- e. Undang-Undang No. 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia) (Konvensi Anti Penyiksaan).¹⁴⁵

Dalam perkembangan saat ini, prinsip-prinsip *fair trial* dalam peradilan pidana di Indonesia mencakup:¹⁴⁶

- (1) Peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan [Pasal 4 ayat (2) UU Kekuasaan Kehakiman];
- (2) Independensi peradilan [Pasal 3 ayat (1) (2) UU Kekuasaan Kehakiman];
- (3) Persamaan kedudukan di depan hukum [Pasal 4 (1) UU Kekuasaan Kehakiman];
- (4) Asas legalitas [Pasal 6 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman];
- (5) Mendapat bantuan dan perlindungan yang adil dari pengadilan yang obyektif dan tidak berpihak [Pasal 5 ayat (2) UU Hak Asasi Manusia];
- (6) Memperoleh keadilan tanpa diskriminasi dan proses peradilan yang bebas dan tidak memihak [Pasal 17 UU Hak Asasi Manusia];
- (7) Diperiksa, diajukan ke persidangan dan diadili [Pasal 6 (2) UU Kekuasaan Kehakiman; Pasal 50 KUHP];
- (8) Diberitahukan dengan jelas dan dengan bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang disangkakan dan didakwakan kepadanya [Pasal 51 KUHP];
- (9) Memberikan keterangan secara bebas kepada penyidik atau hakim [Pasal 52 KUHP];
- (10) Mendapatkan bantuan juru bahasa, dan penyandang disabilitas berhak untuk mendapatkan penerjemah [Pasal 53 KUHP];
- (11) Mendapat penasihat hukum selama dalam waktu dan setiap tingkat proses pemeriksaan [Pasal 54 KUHP];

144 Lihat penjelasan Kovenan Sipil Politik pada Bagian 1 “Konsep dan Pengaturan Fair Trial Dalam Kerangka Hukum HAM Internasional”.

145 Lihat penjelasan Konvensi Anti Penyiksaan pada Bagian 1 “Konsep dan Pengaturan Fair Trial Dalam Kerangka Hukum HAM Internasional”.

146 Uli Parulian Sihombing, *Peradilan yang Adil dalam Kasus-Kasus Penodaan Agama*, 31 Mei 2018.

- (12) Memilih penasihat hukum [Pasal 55 KUHP];
- (13) Kewajiban menunjuk advokat untuk tersangka/terdakwa yang diancam pidana hukuman mati atau ancaman hukuman di atas lima belas tahun atau bagi yang tidak mampu yang diancam hukuman lima tahun atau lebih [Pasal 56 KUHP];
- (14) Menghubungi advokatnya, dan untuk tersangka/terdakwa orang asing berhak menghubungi dan berbicara dengan perwakilan negaranya [Pasal 57 ayat (1) dan (2) KUHP];
- (15) Menghubungi dan menerima dokter pribadinya untuk kepentingan kesehatan baik yang ada hubungannya dengan proses perkara atau tidak [Pasal 58 ayat (1) KUHP];
- (16) Diberitahukan tentang penahanan atas dirinya oleh pejabat yang berwenang, pada semua tingkat pemeriksaan, kepada keluarganya atau orang lain yang serumah dengan tersangka/terdakwa atau orang lain yang bantuannya dibutuhkan oleh tersangka atau terdakwa untuk mendapatkan bantuan hukum atau jaminan bagi penangguhannya [Pasal 59 ayat (1) KUHP];
- (17) Mendapat kunjungan dari keluarganya [Pasal 60 KUHP];
- (18) Mendapatkan bantuan hukum atau jaminan penangguhan penahanan [Pasal 61 KUHP];
- (19) Melakukan surat menyurat dengan advokatnya [Pasal 62 KUHP];
- (20) Mendapatkan kunjungan dari rohaniawan [Pasal 63 KUHP];
- (21) Diadili dalam sidang terbuka untuk umum [Pasal 64 KUHP];
- (22) Mengajukan saksi yang memberikan keterangan yang menguntungkan dirinya [Pasal 65 KUHP];
- (23) Tersangka/terdakwa tidak dibebani kewajiban pembuktian [Pasal 66 KUHP];
- (24) Berhak untuk mengajukan upaya hukum [Pasal 67 KUHP];
- (25) Menuntut ganti kerugian dan rehabilitasi [Pasal 68 KUHP].

C. Prinsip Fair Trial dan Perlindungan Hak Para Pihak oleh Pengadilan

1. Konsep dan Prinsip Fair Trial

Secara etimologi, terminologi *fair trial* berasal dari frasa "*fair justice trial*",¹⁴⁷ sehingga juga tepat apabila dipadankan dengan asas *equality before the law* (perlakuan dan hak yang sama di hadapan hukum)¹⁴⁸ karena pembahasan *fair trial* tidak bisa dilepaskan dari masalah kepastian hukum (legal certainty) dan penerapan asas praduga tidak bersalah (*presumption of innocence*).¹⁴⁹

147 Ismail Hasani, ed., *Fair Trial dalam Sistem Peradilan Pidana Terpadu di Indonesia: Studi pada Institusi Kepolisian dan Lembaga Pemasyarakatan*, Pustaka Masyarakat Setara, Jakarta, 2016, hal 29.

148 Otto Cornelius Kaligis, *Perlindungan Hukum atas Hak Asasi Tersangka, Terdakwa dan Terpidana*, Alumni, Bandung, 2006, hal 105.

149 Hasani, *op.cit.*, hal. 29.

Hak atas peradilan yang adil dan tidak memihak (*fair trial*) adalah jaminan bagi perlindungan hak bagi setiap orang dalam proses peradilan, perlindungan HAM dan penegakan *rule of law*. Hak atas peradilan yang adil dan tidak memihak bertujuan untuk memastikan setiap orang dalam proses peradilan pidana diperiksa dengan adil. Hak-hak tersebut telah diatur dalam hukum nasional¹⁵⁰ dan juga dinyatakan dalam berbagai hukum internasional.¹⁵¹

Fair trial adalah suatu konsep yang memastikan lembaga peradilan tidak melakukan penghukuman pada orang-orang yang dituduh melakukan kejahatan, kecuali dilakukan atas proses-proses yang adil dan tidak memihak. Pemerintah mempunyai kewenangan untuk menegakkan hukum, termasuk memastikan pelaku kejahatan diadili dan dijatuhi hukuman. Namun, proses penegakan hukum hanya akan sah (*justified*) jika dilakukan dengan adanya *fair trial*.

Fair trial akan memastikan bahwa setiap orang yang dituduh melakukan kejahatan memahami tuduhan-tuduhan kepada mereka dan memastikan bahwa para tertuduh, dan juga publik, meyakini sistem peradilan pidana di negara mereka. Secara umum, *fair trial* sangat penting dalam perlindungan hak-hak dan menjamin *rule of law*.

Konsep *fair trial* telah dibangun sejak ribuan tahun yang lalu. Pada 2015, Magna Charta merupakan salah satu langkah awal yang memberikan hak-hak *fair trial* kepada orang-orang yang dituduh melakukan kejahatan (oleh *jury*). Setelah Perang Dunia Kedua, konsep *fair trial* semakin berkembang dan menjadi bagian penting dari HAM, sejalan dengan dibentuknya DUHAM dan Kovenan Sipil dan Politik, serta berbagai instrumen HAM internasional lainnya.

Hak atas *fair trial* kemudian menjadi norma-norma dalam hukum HAM internasional yang ditujukan untuk melindungi orang-orang dari perampasan kemerdekaan yang tidak sah dan sewenang-wenang. Hak-hak ini berkembang dalam berbagai instrumen HAM regional serta terdapat dalam konstitusi dan peraturan perundang-undangan berbagai negara.

Meskipun dalam masing-masing negara mempunyai aturan dan mekanisme terkait dengan *fair trial*, terdapat prinsip-prinsip dasar tentang hak atas *fair trial* tersebut. Untuk menilai prinsip-prinsip *fair trial* dan penerapannya di suatu negara, perlu merujuk pada norma-norma hukum yang jelas, yakni: (1) norma-norma hukum yang ada dalam suatu negara; (2) perjanjian HAM internasional (*human rights treaties*) dan perjanjian internasional lainnya di mana negara tersebut menjadi negara pihak; dan (3) norma-norma hukum kebiasaan internasional (*international customary law*).

150 Indonesia, UUD NRI 1945, Pasal 27 ayat (1) & Pasal 28D ayat (1) dan UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana.

151 PBB, Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, Pasal 14, 9, dan 26.

Marjono Reksodiputro mencatat ada 10 (sepuluh) asas penting *fair trial* di dalam penjelasan KUHP, yaitu:

(1) Asas umum:

- a. Asas perlakuan yang sama di depan hukum tanpa diskriminasi apapun;
- b. Praduga tidak bersalah;
- c. Hak untuk memperoleh kompensasi;
- d. Hak untuk mendapatkan bantuan hukum;
- e. Hak kehadiran terdakwa di muka pengadilan;
- f. Peradilan yang bebas dan dilakukan dengan cepat dan sederhana;
- g. Peradilan yang terbuka untuk umum.

(2) Asas khusus:

- a) Pelanggaran atas hak-hak individu (penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan) harus didasarkan pada undang-undang dan dilakukan dengan surat perintah;
- b) Hak untuk seorang tersangka untuk diberitahu tentang persangkaan dan pendakwaan terhadapnya; dan
- c) Kewajiban pengadilan untuk mengendalikan pelaksanaan putusan-putusannya.

Prinsip non-diskriminasi juga terdapat di dalam KUHP, khususnya bagian penjelasan dan pertimbangan menimbang. Tetapi prinsip praduga tidak bersalah tidak secara jelas diatur di dalam KUHP dan hanya berdasarkan penafsiran dari Pasal 66 KUHP, yaitu: "Tersangka/terdakwa tidak dibebani dengan pembuktian." Padahal, asas praduga tidak bersalah bukanlah kewajiban pembuktian, melainkan perlindungan warga negara melalui proses hukum yang adil dari tindakan sewenang-wenang oleh pejabat. Pengadilan lah yang berhak menentukan salah tidaknya terdakwa dan terdakwa diberi jaminan-jaminan untuk membela dirinya sepenuhnya.

Hak untuk memperoleh kompensasi/ganti rugi timbul sebagai akibat proses penahanan dan/atau penangkapan tidak sah berdasarkan putusan pengadilan. Tersangka/terdakwa berhak atas kompensasi/ganti rugi sebagai akibat dari proses peradilan yang sesat. Hak untuk memperoleh bantuan hukum di dalam KUHP, khususnya Pasal 56 ayat (1) KUHP, hanyalah mengatur penunjukan advokat untuk tersangka/terdakwa yang diancam hukuman mati/hukuman pidana lima belas tahun atau lebih, atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam pidana 5 (lima) tahun atau lebih. KUHP tidak menjamin efektifitas bantuan hukum dan juga kualitas advokat yang memberikan bantuan hukum.

Terdakwa harus dihadirkan di persidangan yang terbuka untuk umum, kecuali perkara-perkara pidana tertentu. Terdakwa juga harus mendapat akses untuk memperoleh putusan-putusan pengadilan. Peradilan juga harus dilaksanakan secara cepat dan sederhana (*speedy trial*) untuk menghindari terjadinya penundaan persidangan yang tidak layak (*undue delay*).

Selain KUHAP, ada juga yurisprudensi MA yang mengatur jaminan *fair trial*. Menurut Yurisprudensi MA Nomor 1565 K/Pid/1991, tanggal 16 September 1993, apabila penyidik tidak menunjuk advokat bagi tersangka sejak awal penyidikan, tuntutan penuntut umum dinyatakan tidak dapat diterima, dan apabila tersangka/terdakwa tidak didampingi oleh advokat maka sesuai dengan Miranda Rules, pemeriksaan tidak sah (*illegal*) atau batal demi hukum (*null and void*).¹⁵²

2. Hak-Hak *Fair Trial*

Perlindungan terhadap hak-hak *fair trial* harus diperhatikan dari mulai tahap penyelidikan terhadap terdakwa hingga proses pembacaan putusan, termasuk juga upaya hukum. Standar *fair trial*, sebagaimana telah diatur dalam Pasal 14 Kovenan Sipil dan Politik¹⁵³, dapat dibagi ke dalam 3 (tiga) kategori yang dapat digunakan untuk mengidentifikasi hak apa yang perlu diperhatikan selama periode waktu yang berbeda dari proses persidangan sebagaimana dalam tabel berikut:¹⁵⁴

152 Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP (Penyidikan dan Penuntutan)* Edisi Kedua, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), hal. 339.

153 Lihat juga Komentar Umum No. 32 terhadap Pasal 14 Kovenan Sipil dan Politik.

154 Lawyers Committee for Human Rights, *What is Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice*, Maret 2000, Amerika Serikat, hal 4-22.

Hak-Hak Atas Peradilan yang Adil dan Tidak Memihak (Fair Trial)

Hak Sebelum Persidangan	Hak Saat Persidangan	Hak Setelah Persidangan
1. Hak untuk tidak ditangkap dan ditahan secara sewenang-wenang; 2. Hak untuk mengetahui alasan ditangkap; 3. Hak untuk mendapat penasihat hukum sebelum persidangan; 4. Hak untuk hadir di persidangan untuk menantang keabsahan penangkapan dan penahanannya; 5. Hak untuk tidak disiksa dan mendapat kondisi yang manusiawi pada saat penahanan pra-persidangan; 6. Hak untuk tidak diisolasi dari dunia luar (<i>incommunicado</i>) saat ditahan.	1. Hak mendapat akses ke persidangan dan memiliki kesetaraan di mata hukum; 2. Hak untuk mendapatkan persidangan yang adil; 3. Hak persidangan yang terbuka untuk umum; 4. Hak untuk diadili oleh tribunal yang kompeten, independen, dan imparsial; 5. Hak untuk dianggap tidak bersalah hingga terbukti bersalah; 6. Hak mendapatkan informasi secara cepat dan mendetail dalam bahasa yang dipahami mengenai sifat dan penyebab tuntutan atas mereka; 7. Hak atas waktu yang cukup dan fasilitas untuk menyiapkan pembelaan; 8. Hak untuk diadili tanpa penundaan; 9. Hak untuk membela, baik pembelaan diri atau melalui penasihat hukum; 10. Hak memeriksa saksi penuntutan dan menghadirkan saksi untuk membela diri; 11. Hak untuk mendapat fasilitas penerjemah; 12. Hak untuk tidak dipaksa bersaksi atas diri sendiri atau mengaku bersalah (<i>self-incrimination</i>); 13. Hak untuk dikenakan tindak kriminal secara retroaktif; 14. Hak untuk tidak dituntut atas kejahatan yang telah dituntutkan sebelumnya (<i>nebis in idem/double jeopardy</i>).	1. Hak naik banding ke pengadilan yang lebih tinggi; 2. Hak mendapatkan kompensasi atas penerapan hukum yang salah.

Berikut ini adalah penjelasan atas sejumlah hak-hak *fair trial*:

1. Hak atas persamaan di depan pengadilan dan akses ke pengadilan

Pasal 26 Kovenan Sipil dan Politik menyatakan *“semua orang berkedudukan sama di hadapan hukum dan berhak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi apapun.”*

Hak khusus terkait dengan persamaan di muka hukum adalah prinsip fundamental dari *fair trial*, yang dapat ditemukan dalam Pasal 14 ayat (1) Kovenan Sipil dan Politik, di mana semua orang mempunyai kedudukan yang sama di hadapan pengadilan.

2. Hak atas peradilan yang terbuka

Suatu pemeriksaan harus terbuka untuk masyarakat umum, termasuk pers, dan tidak boleh dibatasi hanya untuk suatu kelompok khusus saja. Harus diperhatikan bahwa dalam kasus di mana masyarakat tidak dilibatkan dalam pengadilan, maka putusan harus dinyatakan kepada publik dengan pengecualian yang didefinisikan secara tegas.

3. Hak atas untuk diperiksa secara independen oleh tribunal/majelis yang kompeten dan imparialitas pengadilan yang dibentuk berdasarkan hukum

Pasal 14 ayat (1) Kovenan Sipil dan Politik menyatakan dalam menentukan tuduhan pidana terhadapnya, atau dalam menentukan segala hak dan kewajibannya dalam suatu gugatan, setiap orang berhak atas pemeriksaan yang adil dan terbuka untuk umum, oleh suatu badan peradilan yang berwenang, bebas, tidak berpihak, dan dibentuk menurut hukum.

4. Hak atas praduga tidak bersalah

Hak untuk tidak dinyatakan bersalah sampai terbukti bersalah merupakan prinsip di mana kondisi perlakuan terhadap tersangka atau terdakwa dalam masa penyelidikan dan persidangan sampai pada dan termasuk dalam putusan akhir. Hak ini tercantum dalam Pasal 14 ayat (2) Kovenan Sipil dan Politik yang menyatakan: *“Setiap orang yang dituduh melakukan kejahatan berhak dianggap tidak bersalah sampai kesalahannya dibuktikan menurut hukum.”*

Pasal 11 ayat (1) DUHAM menyatakan *“Setiap orang yang dituntut karena disangka melakukan suatu tindak pidana dianggap tidak bersalah, sampai dibuktikan kesalahannya menurut hukum dalam suatu pengadilan yang terbuka, di mana dia memperoleh semua jaminan yang diperlukan untuk pembelaannya”*.

5. Hak untuk diperlakukan secara manusiawi dan hak untuk bebas dari penyiksaan

Hak untuk diperlakukan secara manusiawi dan hak untuk bebas dari penyiksaan adalah hak yang dijamin dalam banyak instrumen HAM, di antaranya Pasal 7 Kovenan Sipil dan Politik yang menyatakan: *“Tidak seorang pun yang dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji; tidak manusiawi; atau merendahkan martabat.”* Pada

khususnya, tidak seorang pun dapat dijadikan obyek eksperimen medis atau ilmiah tanpa persetujuan yang diberikan secara bebas. Hak untuk bebas dari penyiksaan merupakan salah satu hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non-derogable rights*) sebagaimana dijamin dalam hukum nasional dan internasional.

6. Hak untuk tidak menunda persidangan

Jaminan ini tidak hanya berkaitan dengan waktu pelaksanaan pengadilan, tetapi juga dengan waktu di mana pengadilan harus berakhir dan putusan dihasilkan. Semua tahap harus dilakukan “tanpa penundaan yang tidak semestinya.” Untuk membuat hak ini menjadi efektif, maka harus tersedia suatu prosedur guna menjamin bahwa pengadilan dapat berlangsung “tanpa penundaan yang tidak semestinya,” baik di tahap pertama maupun pada saat banding.

7. Hak untuk diberitahukan tuduhan/dakwaan secara cepat di dalam bahasa yang jelas dan dimengerti oleh terdakwa/tersangka

Pasal 14 ayat (3) huruf a Kovenan Sipil dan Politik menyatakan “*dalam menentukan tindak pidana yang dituduhkan padanya, setiap orang berhak untuk diberitahukan secepatnya dan secara rinci dalam bahasa yang dapat dimengertinya, tentang sifat dan alasan tuduhan yang dikenakan terhadapnya.*” Berdasarkan Komentar Umum¹⁵⁵ No. 13 tentang Pasal 14 Kovenan Sipil dan Politik, hak untuk diinformasikan dalam Pasal 14 ayat (3) huruf a berlaku untuk semua tindak pidana yang dituduhkan, termasuk bagi orang-orang yang tidak ditahan. Sedangkan istilah untuk “segera” diberitahukan tentang tuduhan yang dikenakan mensyaratkan agar informasi diberikan dengan cara yang digambarkan dalam ayat tersebut segera setelah tuduhan dibuat oleh pihak yang berwenang. Dalam pandangan Komite, hak ini harus diberikan dalam hal penyelidikan oleh pengadilan atau penyelidikan oleh pihak yang berwenang melakukan penuntutan ketika mereka memutuskan untuk mengambil langkah-langkah prosedural terhadap seseorang yang diduga melakukan suatu tindak kejahatan, atau secara publik menyatakan bahwa orang tersebut diduga melakukan suatu tindak kejahatan. Persyaratan khusus sub-ayat 3 (a) dapat dipenuhi dengan menyatakan tuduhan tersebut baik secara langsung maupun dalam bentuk tulisan, dengan kondisi bahwa informasi tersebut menyatakan tentang hukum dan dasar dari fakta-fakta yang dituduhkan tersebut.

8. Hak untuk mempunyai waktu dan fasilitas layak untuk mempersiapkan pembelaan dan berkomunikasi dengan advokat;

Pasal 14 ayat (3) huruf b Kovenan Sipil dan Politik menyatakan: “*untuk diberi waktu dan fasilitas yang memadai untuk mempersiapkan pembelaan dan berhubungan dengan*

155 Komentar Umum (*General Comment*) merupakan interpretasi otoritatif yang berlaku seperti panduan, berisi cakupan, karakteristik dan cara membaca isi konvensi. Dikeluarkan oleh badan atau komite PBB yang membidangi hak-hak terkait.

advokat yang dipilihnya sendiri.” Hal yang dimaksudkan dengan “waktu yang memadai” tergantung pada kondisi setiap kasus, tetapi fasilitas yang diberikan harus termasuk akses ke dokumen-dokumen dan bukti-bukti lain yang diperlukan tersangka/terdakwa untuk menyiapkan kasusnya, serta kesempatan untuk berhubungan dan berkomunikasi dengan penasihat hukumnya. Ketika tersangka/terdakwa tidak ingin membela dirinya sendiri atau tidak ingin meminta seseorang atau suatu asosiasi untuk membelanya yang dipilihnya sendiri, maka ia harus disediakan alternatif akses terhadap seorang advokat. Kemudian, sub-ayat ini mensyaratkan penasihat hukum untuk dapat melakukan komunikasi dengan tersangka/terdakwa dalam kondisi yang memberikan penghormatan penuh terhadap kerahasiaan komunikasi tersebut. Para advokat harus dapat memberikan pendampingan dan mewakili klien mereka sesuai dengan standar-standar dan keputusan-keputusan profesional mereka tanpa pembatasan; pengaruh; tekanan; atau intervensi yang tidak diperlukan dari pihak mana pun.

9. Jaminan dan perlindungan terhadap hak-hak tersangka dan terdakwa lainnya (memperoleh bantuan penerjemah, mendapatkan pendampingan hukum, pembelaan secara mandiri dan atau dari Advokat, bebas dari pertanyaan menjerat dan hak diam, serta tidak memberikan kesaksian yang memberatkan dirinya)

Jika tersangka/terdakwa tidak mengerti atau tidak bisa berbicara dalam bahasa yang digunakan di pengadilan, maka ia berhak untuk mendapatkan bantuan penerjemah secara cuma-cuma. Hak atas penasihat hukum terdapat dalam Pasal 14 ayat (3) (d) yang menyatakan: “untuk diadili dengan kehadirannya, dan untuk membela diri secara langsung atau melalui pembela yang dipilihnya sendiri, untuk diberitahukan tentang hak ini bila ia tidak mempunyai pembela; dan untuk mendapatkan bantuan hukum demi kepentingan keadilan, dan tanpa membayar jika ia tidak memiliki dana yang cukup untuk membayarnya.” Tersangka/terdakwa tidak dapat dipaksa agar memberikan kesaksian yang memberatkan dirinya, atau dipaksa mengakui kesalahannya. Dalam mempertimbangkan jaminan ini, ketentuan-ketentuan Pasal 7 dan Pasal 10 ayat (1), harus diingat kembali. Guna memaksa tersangka/terdakwa untuk mengakui kesalahannya atau memberikan kesaksian yang memberatkan dirinya, seringkali digunakan metode-metode yang melanggar ketentuan-ketentuan tersebut. Hukum harus menentukan bahwa bukti-bukti yang diperoleh dengan cara-cara tersebut atau bentuk-bentuk lain pemaksaan sepenuhnya tidak dapat diterima.

10. Hak untuk menguji saksi yang memberatkan terdakwa/tersangka, hak untuk menghadirkan saksi di depan persidangan, dan hak untuk banding

Tersangka/terdakwa berhak untuk memeriksa, atau meminta diperiksanya saksi-saksi yang memberatkan dan meminta dihadirkan dan diperiksanya saksi-saksi yang meringankan, dengan syarat-syarat yang sama seperti saksi-saksi yang

memberatkannya. Ketentuan ini dimaksudkan untuk menjamin bahwa tersangka/terdakwa memilih kekuatan hukum yang sama dalam hal memaksa kehadiran saksi-saksi dan memeriksa atau memeriksa-silang saksi-saksi jaksa penuntut. Setiap orang yang dijatuhi hukuman pidana berhak atas peninjauan kembali terhadap keputusan atau hukumannya oleh pengadilan yang lebih tinggi, sesuai dengan hukum. Perhatian khusus diberikan pada istilah lain dari kata “kejahatan” yang menunjukkan bahwa jaminan ini tidak sepenuhnya terbatas pada kejahatan yang paling serius.

D. Tantangan Penerapan Prinsip Fair Trial di Indonesia

Bagian-bagian sebelumnya pada Modul ini telah menjelaskan bahwa prinsip-prinsip dan hak-hak *fair trial* telah diatur dalam berbagai kerangka hukum HAM internasional yang kemudian diratifikasi oleh Indonesia dan diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan Indonesia. Namun, peraturan perundang-undangan Indonesia yang mengatur tentang *fair trial* masih memiliki kesenjangan dalam pengaturan dengan kerangka hukum HAM internasional. Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dinilai masih belum cukup memadai dalam menjamin hak-hak *fair trial* meskipun secara umum telah banyak mengatur tentang asas-asas *fair trial*. Lebih lanjut, implementasi *fair trial* di Indonesia masih jauh dari standar instrumen HAM internasional maupun instrumen HAM nasional. Dalam bagian ini, akan dijelaskan beberapa tantangan atau masalah dalam penerapan prinsip-prinsip *fair trial* di Indonesia yang terbagi dalam 5 (lima) hal:

1. Penangkapan dan penahanan secara sewenang-wenang

KUHAP mengatur bahwa penangkapan dan penahanan hanya boleh dilakukan dengan adanya landasan hukum dan benar-benar diletakkan pada proporsi “demi untuk kepentingan pemeriksaan”.¹⁵⁶ Penangkapan hanya dapat dilakukan terhadap seseorang yang diduga keras melakukan tindak pidana dengan berdasarkan bukti permulaan yang cukup. Selanjutnya, perintah penangkapan tidak dapat dilakukan dengan sewenang-wenang, tetapi ditujukan kepada mereka yang betul-betul melakukan tindak pidana.¹⁵⁷ Pihak yang dapat melakukan penangkapan hanya Petugas Kepolisian Negara Republik Indonesia (POLRI), sebagai pejabat yang berwenang untuk itu, dengan memperlihatkan surat tugas dan surat perintah penangkapan.¹⁵⁸ Hak untuk tidak ditangkap dan ditahan secara sewenang-wenang merupakan hak *fair trial* yang dikategorikan sebagai hak sebelum persidangan. Larangan kesewenang-wenangan tersebut berfungsi untuk memastikan bahwa hukum itu sendiri tidak sewenang-wenang dan perampasan kemerdekaan yang diizinkan oleh hukum itu harus secara nyata bersifat proporsional, adil, tidak diskriminatif.¹⁵⁹

156 Harahap, *Penyidikan dan Penuntutan*, op.cit., hal. 157.

157 Penjelasan Pasal 17 KUHAP.

158 Pasal 18 ayat (1) KUHAP.

159 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Arlington V.A., Strasbourg, 1993, hal 173.

Pada tahun 2019, YLBHI mencatat sebanyak 88 kasus penangkapan sewenang-wenang dengan korban mencapai 1084 orang.¹⁶⁰ Contoh nyata penangkapan sewenang-wenang adalah orang yang ditangkap tanpa surat perintah penangkapan dan tidak mengetahui alasan penangkapan dan penahanan dengan jelas. Hal ini terjadi pada kasus Zulfiqar Ali, Warga Negara Pakistan, yang diduga bertanggung jawab atas keberadaan narkoba jenis heroin seberat 300 gram yang ditemukan Kepolisian Resort Bandara Soekarno-Hatta saat dibawa Singh, Warga Negara India, yang singgah di Indonesia melalui terminal 1B. Singh mengaku membawa heroin menuju Malang atas perintah Zulfiqar. Berbekal pengakuan itu, polisi menangkap Zulfiqar. Saat penangkapan, polisi tak menemukan satu pun barang bukti narkoba dari kediaman Zulfiqar dan istrinya. Tiga bulan kemudian, polisi menangkap Zulfiqar di rumahnya tanpa memperlihatkan surat penangkapan atau disaksikan pengurus RT dan RW setempat.¹⁶¹ Selama menjalani proses penyidikan ini, Zulfiqar bukan didampingi penerjemah yang bisa berbahasa Urdu melainkan polisi yang bisa berbahasa Inggris. Bahkan polisi ini yang menjadi saksi yang memberatkannya di pengadilan.¹⁶² Penangkapan dan penahanan yang sewenang-wenang terhadap Zulfiqar jelas melanggar Pasal 9 ayat (1), Pasal 9 ayat (2), dan Pasal 14 ayat (3) huruf a Kovenan Sipil dan Politik.

Seluruh alasan penangkapan dan penjelasan tentang hak-hak tersangka lainnya harus diberikan dalam bahasa yang dipahami oleh tersangka. Oleh karena itu, tersangka memiliki hak untuk penerjemah yang kompeten dalam hal bahwa dia tidak mengerti bahasa lokal. Hak ini berlaku untuk semua proses hukum sebelum persidangan.¹⁶³

2. Penyiksaan saat proses penahanan

Penyiksaan dalam Pasal 1 ayat (1) Konvensi Anti Penyiksaan mencakup setiap tindakan yang menyebabkan rasa sakit atau penderitaan yang parah, baik fisik maupun mental, yang secara sengaja diberikan pada seseorang untuk tujuan: (i) memperoleh informasi atau pengakuan; (ii) menghukumnya atas tindakan yang telah dilakukan atau diduga telah dilakukan; atau (iii) mengintimidasi atau memaksa karena alasan apa pun berdasarkan diskriminasi dalam bentuk apa pun atas dorongan atau dengan persetujuan dari pejabat publik atau orang lain yang bertindak dalam kapasitas resmi.¹⁶⁴

160 "YLBHI Catat 169 Kasus Pelanggaran Fair Trial di 2019", Beritasatu.com, 15 Januari 2019, <https://www.beritasatu.com/feri-awan-hidayat/nasional/595505/ylbhi-catat-169-kasus-pelanggaran-fair-trial-di-2019>, diakses pada 21 September 2020.

161 "Menunggu Eksekusi di Kursi Roda", Tirto.id, 5 September 2016, <https://tirto.id/bGG8>, diakses pada 21 September 2020.

162 Al Araf, dkk., *Unfair Trial: Analisis Kasus Terpidana Mati di Indonesia, Imparsial dan Koalisi untuk Hapus Hukuman Mati (HATI)*, 2016, hlm. 24.

163 Komentar Umum No.13 Paragraf 8.

164 Dikutip dari Institute for Criminal Justice Reform, *Hukuman Mati dan Penerapan Fair Trial di Indonesia*, Jakarta, Januari 2019, hal. 42.

Pada tahun 2019, YLBHI mencatat 56 kasus pelanggaran terhadap hak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan atau hukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, dan merendahkan martabat manusia dengan korban mencapai 542 orang.¹⁶⁵ Pada akhirnya, penyiksaan terhadap tersangka/terdakwa menjadi hal yang lazim dilakukan aparat penegak hukum, dan dianggap wajar oleh pemerintah dan masyarakat.¹⁶⁶ Penyiksaan biasa digunakan agar tersangka/terdakwa mengakui kesalahannya atau memberikan kesaksian yang memberatkan dirinya.

Dalam kasus Ruben Pata Sambo, terpidana mati kasus pembunuhan, ia mengalami penyiksaan saat proses penahanan mulai dari ditelanjangi, jempol kaki dijepit dengan kaki meja, dipukul di rahang bagian kanan hingga sebuah giginya tanggal, dipukul di bagian rusuk, dan luka lebam di sekujur tubuh. Ia dipaksa mengaku sebagai pembunuh. Pelaku sebenarnya pada tahun 2006 menyebutkan bahwa Ruben bukan pembunuh tetapi Ruben tetap divonis mati.¹⁶⁷ Martinus Pata, anak dari Ruben Pata Sambo, yang sudah dibebaskan dari tuduhan pembunuhan dalam kasus yang sama sejak 2012, menyatakan bahwa saat proses penahanan, ia ditampar sampai bengkak, disundut rokok, dilukai, diancam mau dicabut kukunya.¹⁶⁸ Ruben pun menyatakan bahwa Polisi menyiksa ia agar ia mengakui pembunuhan. Hakim pun mengakui menjatuhkan hukuman karena desakan dari warga yang menuntut hukuman mati.¹⁶⁹ Kasus penyiksaan lainnya adalah Humphrey Ejike Jefferson, terpidana kasus narkoba yang dieksekusi mati pada Juli 2016. Humphrey mengalami penyiksaan saat interrogasi dan dipaksa menandatangani surat yang menyatakan bahwa heroin yang ditemukan adalah miliknya.

Penyiksaan dalam proses penahanan jelas melanggar Pasal 7 dan Pasal 10 Kovenan Sipil Politik. Polisi yang melakukan penyiksaan selain melanggar ketentuan KUHAP, juga melanggar Peraturan Kapolri Nomor 8 Tahun 2009 tentang Implementasi Prinsip dan Standar Hak Asasi Manusia dalam Penyelenggaraan Tugas Kepolisian Negara Republik Indonesia yang mengatur larangan bagi setiap Polisi untuk melakukan intimidasi, ancaman, siksaan fisik, psikis maupun seksual untuk mendapatkan informasi, keterangan dan atau pengakuan secara tersendiri.

165 "YLBHI Catat 169 Kasus Pelanggaran Fair Trial di 2019", Beritasatu.com, 15 Januari 2019, <https://www.beritasatu.com/feri-awan-hidayat/nasional/595505/ylbhi-catat-169-kasus-pelanggaran-fair-trial-di-2019>, diakses pada 21 September 2020.

166 "LBH Jakarta: Penyiksaan Lazim Dilakukan Aparat Penegak Hukum", Tirto.id, 24 April 2018, <https://tirto.id/cJld>, diakses pada 28 September 2020.

167 "Kontras Ungkap Kejanggalan Vonis Mati Ruben dan Markus Sambo", liputan6.com, 20 Juni 2013, <https://www.liputan6.com/news/read/618224/kontras-ungkap-kejanggalan-vonis-mati-ruben-dan-markus-sambo>, diakses pada 22 September 2020.

168 "Martinus Pata: Saya Ditampar, Disundut Rokok, Diancam Cabut Kuku", liputan6.com, 19 Juni 2013, <https://www.liputan6.com/news/read/617089/martinus-pata-saya-ditampar-disundut-rokok-diancam-cabut-kuku>, diakses pada 22 September 2020.

169 "Belasan Tahun Digantung Hukuman Mati", 21 November 2018, <https://www.law-justice.co/artikel/38668/belasan-tahun-digantung-hukuman-mati/>, diakses pada 29 September 2020.

Pasal 10 Kovenan Sipil dan Politik menekankan pada adanya tindakan tertentu oleh negara untuk menjamin ketaatan mereka terhadap standar minimum yang berkaitan dengan kondisi penahanan dan pelaksanaan hak-hak tahanan yang telah dirampas kebebasannya.¹⁷⁰

3. Ketiadaan advokat yang berkualitas untuk pendampingan hukum

Ketersediaan atau tidak adanya bantuan hukum sering menentukan apakah seseorang dapat atau tidak dapat mengakses proses yang relevan atau berpartisipasi di dalamnya dengan cara yang berarti.¹⁷¹

Terkait pendampingan advokat, dalam implementasi terjadi beberapa hal berikut: (1) ketiadaan advokat pada kasus dengan tersangka/terdakwa yang wajib didampingi advokat sesuai Pasal 54-56 KUHP dan (2) advokat yang mendampingi tidak memiliki kualitas yang baik untuk melakukan pendampingan hukum. Dalam banyak kasus ditemukan pendampingan oleh advokat hanya berlangsung ketika sudah memasuki proses di muka persidangan.¹⁷² Pendampingan secara formalitas ada tetapi tidak dilakukan secara terus-menerus dan berkualitas. Dalam banyak kasus masih ditemukan hak untuk didampingi oleh penasehat hukum tidak tersosialisasikan dengan baik kepada terdakwa.¹⁷³

Kasus ketiadaan Advokat yang berkualitas sangat diwakili oleh kasus Yusman Telaumbanua, Mantan Terpidana mati kasus pembunuhan. Advokat yang mendampingi Yusman justru meminta Majelis Hakim menjatuhkan hukuman mati kepada Yusman.¹⁷⁴ Kasus-kasus ini jelas menunjukkan pelanggaran terhadap Pasal 14 ayat (3) huruf d Kovenan Sipil dan Politik.

Dalam masa pandemi COVID-19, pelaksanaan sidang pidana secara daring menyebabkan hambatan pada pendampingan hukum advokat bagi tersangka/terdakwa. Hasil survei yang dilakukan LelP kepada Advokat pada Mei 2020 (Responden 92 Advokat). Untuk mengetahui pelaksanaan pemeriksaan Saksi dan Terdakwa dalam Rutan/Lapas pada masa pandemi COVID-19 berdasarkan prinsip-prinsip *fair trial*.

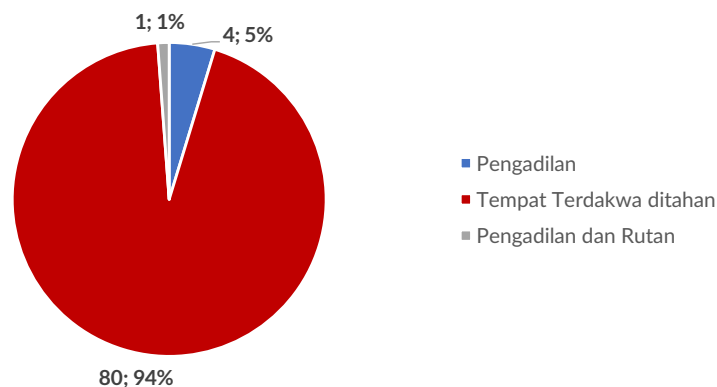
170 Institute for Criminal Justice Reform, *op.cit.*, hal. 43.

171 Komentar Umum No. 32 paragraf 10.

172 Institute for Criminal Justice Reform, *Laporan Penilaian Prinsip Fair Trial Di Indonesia 2018*, Jakarta, Januari 2019, hal. 15.

173 *Ibid.*, hal. 18.

174 "Vonis Mati Untuk Bocah Telaumbanua", *Tirto.id*, 9 Juli 2018, <https://tirto.id/vonis-mati-untuk-bocah-telaumbanua-cKi5>, diakses pada 28 September 2020.



Gambar 1. Respon advokat terkait tempat terdakwa bersidang secara daring

Dari 92 responden advokat, 85 responden menjawab pertanyaan tersebut. 90% dari responden, yaitu 80 orang menjawab Terdakwa mengikuti sidang daring dari tempat Terdakwa ditahan. 5% dari responden, yaitu 4 orang menyatakan terdakwa mengikuti sidang daring dari pengadilan. 1% dari responden, yaitu 1 orang menyatakan bahwa terdakwa mengikuti sidang daring di Pengadilan kemudian selanjutnya dari tempat ditahan.



Gambar 2. Respon advokat terkait tempat terdakwa dan advokat saat bersidang secara daring

81% dari responden advokat menyatakan pada saat sidang daring, terdakwa dan advokat berada di gedung/lokasi yang berbeda. 1% dari responden menyatakan pada saat sidang daring, terdakwa dan advokat berada di gedung/lokasi yang sama tetapi di ruangan berbeda. Sedangkan 18% dari responden menyatakan pada saat sidang daring, terdakwa dan Advokat berada di ruangan yang sama.

Data 81% responden yang menyatakan bahwa pada saat sidang daring, terdakwa dan advokat berada di gedung/lokasi yang berbeda akan mengakibatkan hambatan komunikasi antara terdakwa dan advokat pada saat persidangan daring. Padahal hak tersangka/terdakwa untuk berkomunikasi dengan advokat mensyaratkan bahwa tersangka/terdakwa mendapatkan akses segera ke advokatnya.¹⁷⁵

175 Komentor Umum No. 32 paragraf 34.

4. **Ketiadaan waktu yang cukup untuk menyiapkan pembelaan**

Ketiadaan waktu yang cukup untuk menyiapkan pembelaan terjadi pada kasus Santa, terpidana mati kasus narkoba, di mana advokatnya hanya diberikan waktu 30 menit untuk menyiapkan pembelaan, padahal Santa dituntut dengan hukuman mati.¹⁷⁶ Kondisi ini jelas melanggar Pasal 14 ayat (3) huruf b Kovenan Sipil dan Politik. Salah satu kriteria terpenting dalam mengevaluasi keadilan pengadilan adalah ketaatan pada prinsip “*equality of arms*” (keadilan dalam mempersiapkan persidangan), baik untuk melakukan penuntutan maupun pembelaan oleh terdakwa. Seluruh pihak harus diberikan waktu yang cukup untuk mempersiapkan persidangan, tanpa adanya diskriminasi atas dasar apa pun.¹⁷⁷

5. **Ketiadaan penerjemah dalam proses persidangan**

Keberadaan penerjemah yang kompeten merupakan hak tersangka/terdakwa jika mereka tidak memahami bahasa yang digunakan dalam proses peradilan yang dijalani. Hal ini terkait dengan seseorang yang dituduh melakukan kejahatan berhak untuk memahami tuduhan-tuduhan yang ditujukan kepada mereka dengan bahasa yang mereka pahami. Bantuan gratis dari sebuah penerjemah merupakan hak yang sangat penting dalam kasus-kasus di mana ketidaktahuan tentang bahasa yang digunakan oleh pengadilan atau kesulitan dalam memahami dapat menjadi hambatan utama bagi hak membela diri dan itu juga merupakan hak yang berlaku untuk warga negara asing maupun warga negara itu sendiri.¹⁷⁸

Kasus-kasus yang menunjukkan pelanggaran *fair trial* berupa ketiadaan penerjemah adalah kasus Yusman Telaumbanua, mantan terpidana mati kasus pembunuhan, yang tidak mendapat penerjemah Bahasa Nias saat proses penyidikan. Saat itu Yusman belum bisa berbahasa Indonesia dengan baik. Selanjutnya adalah Mary Jane Fiesta Veloso, Warga Negara Filipina terpidana mati kasus narkoba. Ia tidak mendapat penerjemah Bahasa Tagalog saat penyidikan sampai persidangan. Mary Jane diberikan penerjemah Bahasa Inggris, bahasa yang tidak dikuasai olehnya. Kasus-kasus ini menunjukkan pelanggaran pada Pasal 14 ayat (3) huruf f Kovenan Sipil dan Politik.

176 “Kisah 30 Menit Melawan Peradilan yang Tak Adil pada Kasus Santa”, era.id, 11 Oktober 2019, <https://era.id/afair/24670/kisah-30-menit-melawan-peradilan-yang-tak-adil-pada-kasus-santa>, diakses pada 22 September 2020.

177 Amnesty International, *Flawed Justice, Unfair Trial and Death Penalty in Indonesia*, London, 2015, hal. 105.

178 Komentar Umum No. 13 paragraf 13.

E. Mengidentifikasi dan Menerapkan Prinsip Fair Trial Sesuai Kebutuhan Khusus Kelompok Rentan

Pasal 5 (3) UU Hak Asasi Manusia secara khusus menyebutkan bahwa “*Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya.*” Pengertian kelompok rentan tidak dirumuskan secara eksplisit dalam peraturan perundang-undangan, seperti tercantum dalam Pasal 5 ayat (3) UU Hak Asasi Manusia. Namun, dalam Penjelasan pasal tersebut disebutkan bahwa yang dimaksud dengan kelompok masyarakat yang rentan, antara lain, adalah **orang lanjut usia, anak-anak, fakir miskin, wanita hamil dan penyandang cacat**. Dalam Rencana Aksi Nasional (RAN) HAM Indonesia tahun 2015-2019¹⁷⁹ ruang lingkup kelompok rentan meliputi: **penyandang disabilitas, kelompok lanjut usia, fakir miskin, perempuan, anak, pengungsi, masyarakat adat, dan pekerja migran**.

Sedangkan menurut *Human Rights Reference* disebutkan, bahwa yang tergolong ke dalam Kelompok Rentan adalah:

- a. *Refugees*,
- b. *Internally Displaced Persons (IDPs)*;
- c. *National Minorities*,
- d. *Migrant Workers*;
- e. *Indigenous Peoples*;
- f. *Children*; dan
- g. *Women*.

Penghormatan, perlindungan, pemenuhan, penegakan, dan pemajuan Hak Asasi Manusia oleh Negara harus dapat diakses oleh seluruh lapisan masyarakat di Indonesia. Termasuk perlakuan dan perlindungan khusus bagi kelompok rentan. Dengan kondisinya tersebut kelompok rentan lebih beresiko terlanggar hak-haknya dan lebih mudah menjadi korban. Oleh karena itu, mereka memerlukan perlindungan yang lebih dibandingkan mayoritas masyarakat pada umumnya. Kekhususan kelompok rentan, misalnya bayi dan anak-anak, kondisi fisiknya lebih lemah dibandingkan orang dewasa, masih tergantung pada orang lain, berada dalam proses pertumbuhan/perkembangan, memiliki kebutuhan lebih, sesuai dengan kondisinya sebagai makhluk rentan.

179 RANHAM 2015-2019 dapat dilihat pada lampiran Peraturan Presiden Nomor 75 Tahun 2015 tentang Rencana Aksi Nasional Tahun 2015-2019.

Setiap kali menangani perkara, para hakim tentunya sudah terlatih untuk mempelajari pihak-pihak yang terlibat dalam perkara tersebut. Penerapan konsep HAM hadir untuk memastikan bahwa hakim juga dapat dengan piawai memahami bahwa terdapat pihak yang karena posisi rentannya, memerlukan perlakuan khusus agar mereka memiliki kesempatan yang sama di hadapan Pengadilan.¹⁸⁰

1. Perempuan sebagai Kelompok Rentan

Perempuan termasuk dalam kelompok rentan karena lebih berisiko terlanggar hak-haknya dan lebih mudah menjadi korban sehingga memerlukan perlindungan yang lebih dibandingkan mayoritas masyarakat pada umumnya. Perempuan memiliki hambatan yang lebih besar dalam kehidupan politik, sosial, ekonomi dan kebudayaan di lingkungan masyarakat. Pada situasi kemiskinan, perempuan menduduki posisi paling kurang memiliki akses terhadap pangan, kesehatan, pendidikan, pelatihan dan kesempatan dalam lapangan kerja dan kebutuhan lainnya.¹⁸¹ Mengacu pada Strategi Nasional Akses Pada Keadilan 2016-2019, Perempuan dan Anak dinyatakan memiliki hambatan dalam mengakses keadilan, yang salah satunya disebabkan oleh keterbatasan kemampuan perempuan dan anak untuk melapor, terbatasnya pengetahuan akan hukum formal, ketiadaan bantuan hukum yang memadai serta biaya yang dikeluarkan sepanjang proses.¹⁸²

Acuan utama hak perempuan dalam instrumen hukum internasional tercantum di dalam *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women* – CEDAW (Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita). Indonesia meratifikasi CEDAW melalui Undang-Undang No. 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan).

CEDAW memuat nilai dasar penghapusan diskriminasi terhadap perempuan dan kewajiban penghapusan diskriminasi dalam berbagai bidang, termasuk bidang politik, ekonomi, hingga hukum. CEDAW juga menangkap prinsip non-diskriminasi, prinsip perlindungan, dan kesamaan di muka hukum. CEDAW memperkuat hak perempuan untuk memiliki identitas hukum, perlindungan yang setara di hadapan hukum, dan mendapatkan pemulihan yang segera dan efektif, termasuk akses yang setara ke pengadilan.

180 Bappenas, *Strategi Nasional Akses Pada Keadilan 2016-2019*, dapat diunduh di [https://www.undp.org/content/dam/indonesia/2016/press-doc/buku%20SNK%20rev\(2\)%20-4-5-16.pdf](https://www.undp.org/content/dam/indonesia/2016/press-doc/buku%20SNK%20rev(2)%20-4-5-16.pdf)

181 Sri Wiyanti Eddyono, *Hak Asasi Perempuan dan Konvensi CEDAW*, 2007.

182 *Ibid.*, hal. 22

Terdapat 3 (tiga) prinsip yang mendasari CEDAW, yaitu:

- (1) Prinsip non-diskriminasi, artinya tidak ada *“perbedaan, pengucilan atau pembatasan yang dibuat atas dasar jenis kelamin, yang mempunyai pengaruh atau tujuan untuk mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau penggunaan hak-hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan pokok di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, sipil atau apapun lainnya oleh kaum perempuan, terlepas dari status perkawinan mereka, atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan”*(Pasal 1 CEDAW).
- (2) Prinsip persamaan, artinya memastikan bahwa perempuan memiliki kesempatan yang sama untuk mengakses berbagai kebutuhan dasar dan juga dalam bermasyarakat. Namun pada kenyataannya, perempuan pada umumnya tidak berada di posisi awal yang sama dengan laki-laki, sehingga untuk mencapai kesempatan yang sama, negara memiliki kewajiban untuk memberikan perlakuan khusus agar tidak terjadi kesenjangan kesempatan antara laki-laki dan perempuan. Perlakuan khusus ini yang dikenal dengan istilah *affirmative action*.¹⁸³
- (3) Prinsip kewajiban negara, artinya negara lah yang paling utama memiliki kewajiban untuk mengambil semua langkah yang tepat untuk menjamin hak-hak perempuan terpenuhi baik di bidang hukum, politik, sosial, ekonomi, dan budaya.

Dalam konteks penanganan terhadap perempuan di peradilan, Mahkamah Agung telah menerbitkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) No. 3 tahun 2017 tentang Pedoman Mengadili Perkara Perempuan Berhadapan dengan Hukum. Penerbitan Perma ini merupakan perwujudan dari upaya sektor peradilan untuk mengimplementasikan hak konstitusional berdasarkan UUD NRI 1945, Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik, dan CEDAW. Mengacu pada PERMA 3/2017, hakim mengadili perkara perempuan berdasarkan asas (Pasal 2):

- a. penghargaan atas harkat dan martabat manusia;
- b. non diskriminasi;
- c. kesetaraan gender;
- d. persamaan di depan hukum;
- e. keadilan;
- f. kemanfaatan; dan
- g. kepastian hukum.

Dalam memeriksa perkara perempuan, hakim perlu memperhatikan hal-hal sebagai berikut (Pasal 4 PERMA):

- a. ketidaksetaraan status sosial antara para pihak yang berperkara;
- b. ketidaksetaraan perlindungan hukum yang berdampak pada akses keadilan
- c. diskriminasi;

183 Eddyono, *Op. cit.*

- d. dampak psikis yang dialami korban;
- e. ketidakberdayaan fisik dan psikis korban;
- f. relasi kuasa yang mengakibatkan korban/saksi tidak berdaya;
- g. riwayat kekerasan dari korban/saksi.

Meskipun Pasal 4 sarat dengan kepentingan perempuan sebagai korban dan saksi, pada dasarnya aspek di atas sangat relevan untuk diterapkan terhadap perkara yang melibatkan perempuan sebagai pelaku tindak pidana.

Hal-hal lain yang diatur di dalam PERMA ini juga sangat baik untuk diterapkan terhadap perkara yang melibatkan anak dan kelompok rentan lainnya, seperti: larangan bagi hakim untuk mengeluarkan pernyataan yang diskriminatif dan merendahkan serta bentuk larangan lainnya (Pasal 5); menggali nilai-nilai hukum dengan perspektif gender serta memperhatikan instrumen internasional yang relevan (Pasal 6); membuka peluang bagi perempuan untuk mendapatkan pendampingan sesuai dengan kebutuhan khususnya (Pasal 9); menggunakan sarana komunikasi audio visual jarak jauh sesuai dengan kebutuhan khusus para pihak (Pasal 10).

Mengacu pada laporan ODI & SMERU Institute, ketimpangan sosial terhadap perempuan berpengaruh terhadap akses perempuan dari sisi perekonomian, dan perempuan tidak dijadikan prioritas untuk mendapatkan akses ke pendidikan. Terkait isu yang terdekat terhadap perempuan seperti akses kesehatan dan melahirkan, umumnya juga keputusan diambil bukan oleh perempuan itu sendiri.¹⁸⁴

2. Anak sebagai Kelompok Rentan

Mengacu pada Strategi Nasional Akses Pada Keadilan 2016-2019, Perempuan dan Anak dinyatakan memiliki hambatan dalam mengakses keadilan, yang salah satunya disebabkan oleh keterbatasan kemampuan perempuan dan anak untuk melapor, terbatasnya pengetahuan akan hukum formal, ketiadaan bantuan hukum yang memadai serta biaya yang dikeluarkan sepanjang proses.¹⁸⁵

Konvensi Hak Anak (KHA) telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia melalui Keputusan Presiden No. 36 tahun 1990. Secara umum KHA memuat kebutuhan untuk memastikan kepentingan terbaik bagi anak, yang juga tercantum di dalam Undang-Undang No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (yang kemudian direvisi menjadi UU No. 35 Tahun 2014) dan UU Hak Asasi Manusia. Mengacu pada UU Perlindungan Anak, pengertian Anak mengacu pada siapapun yang berusia di bawah 18 tahun.

¹⁸⁴ Arif, S., Syukri, M., Holmes, R., dan Febriany, V., *Gendered Risks, Poverty, and Vulnerability: Case Study of the Raskin Food Subsidy Programme in Indonesia*, UK: ODI & Smeru Institute (October 2010).

¹⁸⁵ *Ibid.*, hal. 22

Merujuk pada Konvensi Hak Anak, terdapat beberapa **prinsip yang perlu diperhatikan oleh hakim ketika memutuskan perkara yang melibatkan anak:**

a. **Prinsip non-diskriminasi (Pasal 2 KHA);**

Diskriminasi dapat diartikan sebagai menangani individu atau kelompok tertentu secara berbeda karena latar belakang mereka (bisa karena perbedaan usia, kemampuan, identitas sosial, jenis kelamin, maupun kebutuhan khusus lainnya). Terkadang perbedaan ini berdampak pada tereksklusinya kelompok tersebut untuk bisa mengakses peradilan. Bersikap non-diskriminasi berarti menghormati nilai-nilai anak sebagai individu, apa yang ia inginkan, apa yang ia percaya, pendapatnya, penilaiannya serta keputusannya.

b. **Prinsip kepentingan terbaik anak (the best interest of the child) (Pasal 3 KHA);**

Prinsip kepentingan terbaik bagi anak dianggap sebagai prinsip utama yang memandu penerapan dari pasal-pasal terkait dalam Konvensi Hak Anak (*UN Convention on the Rights of the Child*).¹⁸⁶ Dalam beberapa situasi, kepentingan terbaik bagi anak bisa saja tidak sejalan dengan kepentingan “orang dewasa” yang terlibat dalam perkara, dan bahkan saling bertentangan. Dalam situasi ini, maka hakim perlu secara berhati-hati memetakan berbagai kepentingan tersebut, serta memastikan bahwa kepentingan anak juga menjadi pertimbangan utama. Untuk memenuhi prinsip ini, hakim perlu memperhatikan proses peradilan dan keputusan yang diambil dengan: dampak dari setiap keputusan terhadap pemenuhan hak anak, kesejahteraan anak, tumbuh kembang anak, serta keinginan anak.

187

c. **Prinsip do no harm.**

Prinsip ini mewajibkan seseorang, termasuk hakim untuk mengambil langkah-langkah wajar untuk meminimalkan akibat negatif yang berpotensi muncul sebagai hasil dari putusan/penetapan hakim. Putusan/penetapan hakim perlu memperhatikan ukuran manfaat dan risiko terhadap anak. Untuk menerapkan prinsip ini, maka hakim perlu memperhatikan: apakah pelibatan anak dalam peradilan dan keputusan yang dibuat berisiko membahayakan keamanan dan tumbuh kembang anak, langkah apa yang diperlukan untuk mencegah atau meminimalisir risiko tersebut tersebut, serta pihak mana yang dapat dihubungi untuk merujuk anak agar terjamin hak dan kebutuhannya.

d. **Prinsip keadilan;**

Prinsip ini menekankan pentingnya keadilan dan kesetaraan dalam memutuskan perkara yang melibatkan anak. Hal ini juga memperhatikan manfaat dan risiko dari putusan/penetapan perkara.

186 Daja Wenke, *Guidelines Promoting the Human Rights and the Best Interests of the Child in Transnational Child Protection Cases*, (Stockholm: Council of Baltic Sea States Secretariat, 2015), hal. 20.

187 Save the Children, *Training Manual: Incorporating Core Guiding Principles into Child Protection*, dapat diakses di <https://resourcecentre.savethechildren.net/node/5400/pdf/5400.pdf>

e. **Prinsip partisipasi sukarela;**

Prinsip ini memerlukan kemampuan hakim dalam menyampaikan informasi yang mudah dimengerti anak dan wali/pendampingnya terkait perkara yang sedang dihadapi, serta memastikan anak secara sukarela menyampaikan pandangannya sesuai dengan usia dan kapasitas Anak (Pasal 12 KHA). Informasi termasuk juga risiko yang mungkin dapat dialami oleh anak dan pendamping terhadap berbagai skenario penetapan/putusan.

f. **Prinsip privasi dan kerahasiaan (Pasal 16 KHA).**

Anak memiliki hak atas privasi dan kerahasiaan yang berarti anak juga memiliki hak untuk memilih informasi apa yang bisa dibagikan atau tidak berkaitan dengan perkara yang dialaminya. Termasuk di dalamnya informasi identitas seperti nama, alamat, tanggal lahir, foto, video, dan data biologis (hubungan keluarga, dan lain-lain).

Saat seseorang yang berwenang (termasuk hakim) menilai kepentingan terbaik bagi seorang anak, mereka perlu menguraikan konsep ini ke dalam kerangka yang lebih konkrit, yaitu sebagai berikut:¹⁸⁸

- a. pandangan dan aspirasi anak;
- b. identitas anak, termasuk usia dan jenis kelamin, sejarah dan latar belakang pribadi;
- c. perawatan, perlindungan dan keselamatan anak;
- d. kesejahteraan anak;
- e. lingkungan keluarga, hubungan keluarga dan kontak;
- f. kontak sosial anak dengan teman sebaya dan orang dewasa;
- g. situasi kerentanan, yaitu risiko yang dihadapi anak dan sumber-sumber perlindungan, ketahanan dan pemberdayaan;
- h. keterampilan anak dan kapasitas yang berkembang;
- i. hak dan kebutuhan yang berkaitan dengan kesehatan dan pendidikan;
- j. perkembangan anak dan transisi diri secara bertahap ke masa dewasa dan kehidupan yang mandiri;
- k. kebutuhan khusus apapun dari anak tersebut.

Badan Perencanaan Pembangunan Nasional menyampaikan 3 (tiga) permasalahan mendasar terhambatnya pemenuhan hak anak, yaitu: (1) akses yang tidak setara, baik karena faktor desentralisasi, kendala geografis, kemiskinan dan terbatasnya fasilitas; (2) sistem yang tidak responsif dalam memenuhi kebutuhan anak yang khusus dan beragam; dan (3) penyisihan sosial yang menyingkirkan anak-anak dari kelompok dengan identitas tertentu.¹⁸⁹

188 Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 14 (2013), Chapter V.A.1 and par. 44.* sebagaimana dikutip dalam Wenke, *Op. cit.*

189 Bappenas, *Laporan Background Study RPJMN 2020-2024 Bidang Perlindungan Anak*, 2019.

3. Penyandang Disabilitas sebagai Kelompok Rentan

Sebagian besar penyandang disabilitas di Indonesia hidup dalam kondisi rentan, terbelakang, dan/atau miskin disebabkan masih adanya pembatasan, hambatan, kesulitan, dan pengurangan atau penghilangan hak penyandang disabilitas.

Indonesia telah meratifikasi *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (CRPD) melalui UU No. 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Konvensi Mengenai Hak-Hak Penyandang Disabilitas).

CRPD hadir untuk memastikan semua penyandang disabilitas dapat menikmati semua hak dasar manusia dan kebebasan yang fundamental. Persatuan Bangsa Bangsa (PBB) menggambarkan CRPD sebagai gerakan baru untuk mengubah sudut pandang dari yang melihat penyandang disabilitas sebagai “objek” amal, perawatan medis dan perlindungan sosial menjadi sudut pandang yang melihat penyandang disabilitas sebagai “subjek” yang mempunyai hak, mampu untuk membuat keputusan dalam kehidupan mereka, serta menjadi anggota masyarakat yang aktif.

8 (delapan) asas-asas dalam CRPD adalah:

- a. Menghormati martabat yang melekat, otonomi individu termasuk kebebasan untuk membuat pilihan sendiri, dan kebebasan orang;
- b. Non-diskriminasi;
- c. Partisipasi dan inklusi penuh dan efektif dalam masyarakat;
- d. Menghormati perbedaan dan penerimaan orang-orang penyandang disabilitas sebagai bagian dari keragaman manusia dan kemanusiaan;
- e. Kesetaraan kesempatan;
- f. Aksesibilitas;
- g. Kesetaraan antara pria dan wanita;
- h. Menghormati kapasitas anak-anak disabilitas yang terus berkembang dan penghormatan terhadap hak anak-anak penyandang disabilitas untuk menjaga identitas mereka.

Pasal 1 angka 1 UU No. 8 Tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas (UU Penyandang Disabilitas) menyatakan bahwa:

“Penyandang Disabilitas adalah setiap orang yang mengalami keterbatasan fisik, intelektual, mental, dan/atau sensorik dalam jangka waktu lama yang dalam berinteraksi dengan lingkungan dapat mengalami hambatan dan kesulitan untuk berpartisipasi secara penuh dan efektif dengan warga negara lainnya berdasarkan kesamaan hak.”

Pasal 2 UU Penyandang Disabilitas menyatakan bahwa pelaksanaan dan Pemenuhan hak penyandang disabilitas adalah:

- a. Penghormatan terhadap martabat;
- b. Otonomi individu;
- c. Tanpa diskriminasi;
- d. Partisipasi penuh;
- e. Keragaman manusia dan kemanusiaan;
- f. Kesamaan kesempatan;
- g. Kesetaraan;
- h. Aksesibilitas;
- i. Kapasitas yang terus berkembang dan identitas anak;
- j. Inklusif; dan
- k. Perlakuan khusus dan perlindungan lebih.

4. Buruh sebagai Kelompok Rentan

Bagian dari kelompok rentan lainnya dalam masyarakat yang berpotensi hadir di pengadilan sebagai pencari keadilan adalah kelompok buruh. Meskipun dalam kerangka hukum nasional Indonesia telah terdapat beberapa undang-undang khusus¹⁹⁰, tetapi temuan dari penelitian Lembaga Bantuan Hukum Jakarta atas sejumlah putusan pengadilan perselisihan hubungan industrial, masih terdapat cukup banyak tantangan untuk memberikan perlindungan yang layak bagi buruh di Indonesia.¹⁹¹

Objek sengketa perburuhan yang umum ditemui menurut LBH Jakarta adalah:

1. Tentang mogok tidak sah;
2. Tentang upah yang diberikan kepada pekerja saat menjalankan proses pemutusan hubungan kerja (upah proses);
3. Pemutusan hubungan kerja dengan alasan efisiensi;
4. Tentang pemutusan hubungan kerja karena alasan kesalahan berat;
5. Tentang perlindungan terhadap hak perempuan;
6. Hak berserikat dan dugaan pemberangusan serikat buruh/serikat pekerja (*union busting*);

190 Dasar hukum nasional perburuhan: UU Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan, UU Nomor 21 Tahun 2000 tentang Serikat Pekerja/Serikat Buruh, dan UU Nomor 2 Tahun 2004 tentang Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial

191 Asfinawati dan Hidayat, N. *Manual Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial: Panduan Beracara di Pengadilan Hubungan Industrial*. Jakarta, 2006.

Sebagai bagian dari kelompok rentan, tantangan buruh dalam mengakses penyelesaian sengketa di pengadilan dapat berupa:

- Keterbatasan atau ketidakmampuan untuk membayar biaya perkara;
- Keterbatasan atau ketidakmampuan untuk mendapatkan wakil yang kompeten untuk beracara di pengadilan;
- Kesulitan menyediakan waktu untuk hadir di persidangan karena peraturan kehadiran yang ketat dari perusahaan tempatnya bekerja, yang notabene juga lawannya dalam sengketa perburuhan, dan
- Ketergantungan atas upah kerja selama proses penyelesaian sengketa dengan perusahaan.

Daftar Bahan Bacaan

Peraturan

1. Undang-Undang Dasar 1945. Bab XA tentang Hak asasi Manusia
2. Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia
3. Undang-Undang No. 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan)
4. Undang-Undang No. 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Marabat Manusia)
5. Undang-Undang No. 19 Tahun 2011 tentang Pengesahan *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Konvensi Mengenai Hak-Hak Penyandang Disabilitas)
6. Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik)
7. Undang-undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
8. Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman
9. Undang-undang No. 8 Tahun 2016 tentang Penyandang Disabilitas
10. Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tentang Konvensi Hak Anak/*Convention on the Rights on the Child* (CRC)
11. Strategi Nasional Akses Keadilan (STRANAS) Tahun 2009

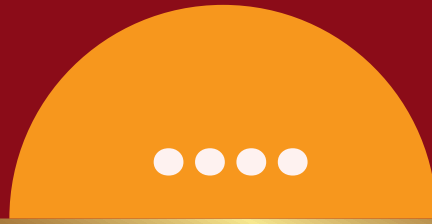
Instrumen HAM Internasional:

1. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia.
2. *The International Convention on Civil and Political Rights* – ICCPR (Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik)
3. *The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, dan Merendahkan Martabat Manusia)
4. *Convention on the Rights on the Child* – CRC (Konvensi Hak Anak)
5. *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* – CEDAW (Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan)
6. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* – CRPD (Konvensi Mengenai Hak-Hak Penyandang Disabilitas)
7. *General Comment No. 13 Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial* (Komentar Umum No. 13). Tahun 1994.
8. *General Comment No. 32 Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial* (Komentar Umum No. 32). Tahun 2007.

Buku/Artikel:

1. Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, Arlington V.A., Strasbourg, 1993.
2. Amnesty International, *Flawed Justice, Unfair Trial and Death Penalty in Indonesia*, London, 2015.
3. Amnesty International, *Fair Trial Manual: First Edition*, 1998.
4. Amnesty International, *Fair Trial Manual: Second Edition*, 2014.
5. Lawyers Committee for Human Rights, *What is Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice*, Amerika Serikat, Maret 2000.
6. Uli Parulian Sihombing, *Peradilan yang Adil di dalam Kasus-Kasus Penodaan Agama*, Makalah, 2018.
7. *Komentar Umum Kovenan Internasional: Hak Sipil dan Politik & Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, Jakarta, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2009.
8. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP (Penyidikan dan Penuntutan)*. Edisi Kedua, Jakarta: Sinar Grafika, 2014.
9. Asfinawati dan Nurkholis Hidayat, *Manual Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial: Panduan Beracara di Pengadilan Hubungan Industrial*. Jakarta, Lembaga Bantuan Hukum: 2006

10. Institute for Criminal Justice Reform, Laporan Penilaian Penerapan Fair Trial di Indonesia Tahun 2018, Jakarta, 2019.
11. Institute for Criminal Justice Reform, Hukuman Mati dan Penerapan Fair Trial di Indonesia, Jakarta, 2019.
12. Al Araf, dkk., Unfair Trial: Analisis Kasus Terpidana Mati di Indonesia, Imparsial dan Koalisi untuk Hapus Hukuman Mati (HATI), Jakarta 2016.
13. Ismail Hasani, ed., Fair Trial dalam Sistem Peradilan Pidana Terpadu di Indonesia: Studi pada Institusi Kepolisian dan Lembaga Pemasyarakatan, Pustaka Masyarakat Setara, Jakarta, 2016.
14. Otto Cornelius Kaligis, Perlindungan Hukum atas Hak Asasi Tersangka, Terdakwa dan Terpidana, Alumni, Bandung, 2006.



Modul 4

Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan (*Freedom of Religion and Belief*)



Tujuan Umum

Peserta memahami konsep dan pengaturan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan serta mampu menerapkan konsep dan pengaturan tersebut dalam memeriksa dan mengadili perkara-perkara yang berdimensi hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan

Tujuan Khusus

1. Peserta memahami tentang pengaturan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan dalam ketentuan Internasional dan Nasional;
2. Peserta mampu menjelaskan posisi dan sikap hakim dalam kasus-kasus terkait dengan perlindungan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan;
3. Peserta memahami prinsip-prinsip pembatasan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan yang diperbolehkan menurut ketentuan nasional dan internasional;
4. Peserta mengetahui penerapan dalam kasus-kasus nyata di pengadilan terkait hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan, baik di dalam maupun luar negeri;
5. Peserta memiliki keterampilan untuk menerapkan prinsip-prinsip terkait hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan dalam putusan;

Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Pengaturan Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan Dalam Ketentuan Internasional dan Nasional	45 Menit (1 JPL)	Pembelajaran mandiri (<i>e-learning</i>): • Membaca modul (30 menit) • Menonton video presentasi (10 menit) • Menyelesaikan pop quiz (5 menit)
Pembatasan Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan dalam Ketentuan Internasional dan Nasional		
Penerapan Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan Dalam Putusan-putusan Pengadilan	135 Menit (3 JPL)	Pembelajaran kelas: • Pemaparan narasumber (30 menit) • Tanya Jawab (55 menit) • Menyelesaikan pop quiz (5 menit)

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Studi Kasus	180 Menit (4 JPL)	Studi kasus: • Pengantar dan pembagian kelompok - Peserta dibagi dalam 5 Kelompok (10 menit) • Peserta mengerjakan studi kasus (45 menit) • Presentasi Masing-Masing Kelompok (5 X 20 menit = 100 menit) • Tanggapan Narasumber/ Fasilitator (15 menit) • Penutup (10 menit)

Bahan bacaan dalam modul ini terdiri dari bagian-bagian sebagai berikut:

- A. Pengantar
- B. Pengaturan Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan Dalam Ketentuan Internasional
 1. Jaminan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan
 2. Pembatasan yang diperbolehkan terkait hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan
 3. Penerapan derogasi, limitasi, dan restriksi pada hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan
- C. Pengaturan Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan Dalam Ketentuan Nasional
 1. Jaminan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan
 2. Derogasi dan pembatasan hak
- D. Hak Asasi Manusia dan Masalah Penodaan Agama
- E. Penodaan Agama (*Blasphemy*)
 1. Konsepsi dan definisi
 2. Pengaturan *blasphemy* di berbagai Negara
 3. Kasus-Kasus terkait dengan *blasphemy* di Pengadilan HAM Eropa

Ringkasan Bahan Bacaan

A. Pengaturan Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan Dalam Ketentuan Internasional

1. Jaminan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan

Hukum HAM internasional dan regional telah mengatur berbagai ketentuan tentang hak atas kebebasan berfikir, beragama atau berkeyakinan. Hak-hak tersebut diantaranya diatur dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) dan Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (KIHSP).

Pasal 18 DUHAM:

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

Pasal 18 KIHSP:

- (1) Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, keyakinan dan beragama. Hak ini mencakup kebebasan untuk menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, pentaatan, pengamalan, dan pengajaran.
- (2) Tidak seorang pun dapat dipaksa sehingga terganggu kebebasannya untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya.
- (3) Kebebasan menjalankan dan menentukan agama atau kepercayaan seseorang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak-hak dan kebebasan mendasar orang lain.
- (4) Negara Pihak dalam Kovenan ini berjanji untuk menghormati kebebasan orang tua dan apabila diakui, wali hukum yang sah, untuk memastikan bahwa pendidikan agama dan moral bagi anak-anak mereka sesuai dengan keyakinan mereka sendiri.

Berdasarkan ketentuan tersebut, cakupan kebebasan berfikir, keyakinan dan beragama adalah: (i) kebebasan untuk menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, termasuk kebebasan berganti agama atau keyakinannya; (ii) kebebasan untuk menyatakan agama atau kepercayaan dengan cara mengajarkannya, melakukannya, beribadat dan mentaatinya, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain, di muka umum maupun sendiri; dan (iii) kebebasan menjalankan (*manifest*) agama, yang hanya dapat dibatasi oleh ketentuan yang berdasarkan hukum (UU), dan yang diperlukan untuk melindungi: (a) keamanan, (b) ketertiban umum; (c) kesehatan publik; (d) moral masyarakat, atau (e) hak-hak dan kebebasan mendasar orang lain. Konsepsi kebebasan beragama/berkeyakinan membedakan antara: (i) kebebasan untuk menyakini ajaran tertentu sebagai agama/keyakinan yang merupakan kebebasan internal (*forum internum*), yang tidak bisa diganggu gugat dan masuk kategori *non-derogable right*; dan (2) kebebasan untuk menjalankan agama/keyakinan dalam kategori kebebasan yang eksternal (*forum externum*), yang dapat dibatasi dengan kriteria tertentu.

Penegasan tentang makna kebebasan beragama/berkeyakinan terdapat dalam Komentar Umum No. 22 Komite HAM tentang Pasal 18 Kovenan Sipol.¹⁹² Tiga poin pertama dalam Komentar Umum tersebut menguraikan cakupan kebebasan beragama/berkeyakinan, yakni:

- (1) Hak atas berpikir, berkeyakinan, dan beragama (yang termasuk kebebasan untuk menganut kepercayaan) dalam Pasal 18.1 bersifat luas dan mendalam; hak ini mencakup kebebasan berpikir mengenai segala hal, kepercayaan pribadi, dan komitmen terhadap agama atau kepercayaan, baik yang dilakukan secara individual maupun bersama-sama dengan orang lain. Komite meminta perhatian Negara-negara Pihak pada kenyataan bahwa kebebasan berpikir dan kebebasan berkeyakinan sama-sama dilindungi seperti halnya kebebasan beragama dan berkepercayaan. Karakter mendasar dari kebebasan-kebebasan ini juga dicerminkan pada kenyataan bahwa ketentuan ini tidak dapat dikurangi bahkan pada saat darurat publik, sebagaimana dinyatakan di Pasal 4 (2) dalam Kovenan (KIHSP).
- (2) Pasal 18 melindungi kepercayaan-kepercayaan tauhid, nontauhid, dan ateisme, serta hak untuk tidak menganut agama atau kepercayaan apa pun. Istilah “kepercayaan” dan “agama” harus dipahami secara luas. Pasal 18 tidak membatasi penerapannya hanya pada agama-agama tradisional atau agama-agama dan kepercayaan-kepercayaan yang memiliki karakteristik institusional atau praktik-praktik yang serupa dalam agama-agama tradisional tersebut. Oleh karenanya, Komite prihatin akan adanya kecenderungan diskriminasi terhadap suatu agama atau kepercayaan atas dasar apa pun, termasuk berdasarkan kenyataan bahwa agama atau kepercayaan tersebut baru saja dibentuk, atau bahwa agama tersebut mewakili suatu kelompok agama minoritas dalam komunitas dengan agama mayoritas tertentu yang mungkin menjadi subyek permusuhan.

192 Komite HAM PBB, *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30 Juli 1994.

- (3) Pasal 18 membedakan kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama atau berkepercayaan dari kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaannya. Pasal ini tidak mengizinkan adanya pembatasan apa pun terhadap kebebasan berpikir dan berkeyakinan atau terhadap kebebasan untuk menganut atau menerima suatu agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya. Kebebasan-kebebasan ini dilindungi tanpa pengecualian, sebagaimana halnya hak setiap orang untuk mempunyai pendapat tanpa diganggu di Pasal 19 (1) KIHSP. Sesuai dengan Pasal 18 (2) dan Pasal 17 (KIHSP), tidak seorang pun dapat dipaksa untuk mengungkapkan pikiran atau kesetiaannya terhadap suatu agama atau kepercayaan.

Komentar Umum tersebut juga menegaskan larangan melakukan pemaksaan untuk menganut, menerima keyakinan mereka, mengganti atau menolak agama atau keyakinan tertentu, termasuk melarang menggunakan ancaman kekerasan fisik atau sanksi hukum. Hal ini dinyatakan dalam Paragraf 5 Komentar Umum:

“Komite mengamati bahwa kebebasan untuk “menganut atau menerima” suatu agama atau kepercayaan juga mencakup kebebasan untuk memilih agama atau kepercayaan, termasuk hak untuk mengganti agama atau kepercayaan yang dianutnya dengan agama atau kepercayaan yang lain, atau untuk mengadopsi pandangan ateisme, serta hak untuk mempertahankan suatu agama atau kepercayaan. Pasal 18 (2) melarang pemaksaan yang dapat melanggar hak untuk menganut atau menerima suatu agama atau kepercayaan, termasuk penggunaan ancaman kekerasan fisik atau sanksi hukum guna memaksa orang-orang yang percaya atau tidak percaya untuk menaati kepercayaan dan penganut agama mereka, untuk menolak agama atau kepercayaan mereka, atau untuk mengganti agama atau kepercayaan mereka. Kebijakan-kebijakan atau praktik-praktik yang memiliki tujuan atau dampak yang sama, seperti misalnya, kebijakan atau praktik yang membatasi akses terhadap pendidikan, pelayanan kesehatan, pekerjaan, atau hak-hak yang dijamin oleh pasal 25 dan ketentuan-ketentuan lain dalam Kovenan, juga tidak sesuai dengan Pasal 18.2. Perlindungan yang sama diberikan pada penganut semua kepercayaan yang bersifat nonagama.”

Selain itu, PBB juga membentuk Deklarasi Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama tahun 1981 (*Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief*).¹⁹³ Deklarasi ini berisi tentang pengaturan kebebasan beragama atau berkeyakinan secara lebih rinci.

193 Majelis Umum PBB, *Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief*, A/RES/36/55, 25 November 1981.

Dari ketentuan tersebut, KIHSP selain menjamin perlindungan hak juga mengatur pembatasan yang diperbolehkan (*permissible restrictions/limitations*) terhadap hak-hak tertentu. Pasal 20 KIHSP ini juga mengatur larangan melakukan segala bentuk propaganda perang dan segala tindakan (advokasi) untuk menganjurkan kebencian atas dasar kebangsaan, ras atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan.

Di tingkat regional terdapat pengaturan yang mirip terkait hak kebebasan beragama/berkeyakinan, berpendapat dan berekspresi.¹⁹⁴ Di Eropa, hak-hak tersebut diatur dalam Pasal 9 dan Pasal 10 Konvensi HAM Eropa tentang Perlindungan Hak Asas Manusia dan Kebebasan Dasar (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*). Kedua Pasal tersebut mengatur perlindungan hak dan sekaligus merumuskan pembatasan yang dibolehkan dalam pelaksanaan hak. Ketentuan-ketentuan tersebut juga merupakan regulasi yang sering digunakan dalam membahas hubungan *blasphemy* dan HAM, khususnya dalam sengketa di Pengadilan HAM Eropa (*European Human Rights Court*).

Selain itu, Kawasan Eropa juga membentuk Panduan Eropa tentang Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan (**European Guidelines on Freedom of Religion or Belief**), untuk **memajukan dan melindungi kebebasan beragama atau berkeyakinan**. Panduan ini diantaranya membahas: (i) adanya bentuk-bentuk media yang baru menyediakan ruang secara cepat untuk menanggapi bagi orang-orang yang merasa diserang karena kritisisme dan penolakan atas agama atau keyakinan mereka; (ii) dalam kasus apapun, hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan, sesuai dengan standar internasional yang terkait, tidak mencakup hak untuk memiliki agama atau keyakinan yang bebas dari kritik dan ejekan.¹⁹⁵ Panduan ini juga merekomendasikan dekriminalisasi (penghapusan pidana) terkait perbuatan-perbuatan *blasphemy* serta mengupayakan menghapuskan penggunaan hukuman mati, hukuman badan, atau perampasan kebebasan sebagai bentuk-bentuk hukuman atas perbuatan *blasphemy*.

194 Instrumen HAM regional yang dimaksud adalah *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, *American Convention on Human Rights*, *African Charter of Human and People's Rights*, dan *Arab Charter on Human Rights*.

195 Council of the European, *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief*, 24 Juni 2013, Para 32, dalam <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/137585.pdf>, diakses pada 7 November 2017.

Secara ringkas, dalam perspektif HAM hak kebebasan beragama atau berkeyakinan dapat disarikan ke dalam delapan komponen, yaitu:¹⁹⁶

1. **Kebebasan Internal.** Setiap orang mempunyai kebebasan berpikir, berkeyakinan, dan beragama. Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri termasuk untuk berpindah agama atau kepercayaannya.
2. **Kebebasan Eksternal.** Setiap orang memiliki kebebasan, secara individu atau di dalam masyarakat, secara publik atau pribadi, untuk memanifestasikan agama atau kepercayaannya di dalam pengajaran, pengalamannya dan peribadahnya.
3. **Tidak ada Paksaan.** Tidak seorang pun dapat menjadi subyek pemaksaan yang akan mengurangi kebebasannya untuk memiliki atau mengadopsi suatu agama atau kepercayaan yang menjadi pilihannya.
4. **Tidak Diskriminatif.** Negara berkewajiban untuk menghormati dan menjamin kebebasan beragama atau berkepercayaan semua individu di dalam wilayah kekuasaan tanpa membedakan suku, warna kulit, jenis kelamin, bahasa dan keyakinan, politik atau pendapat, penduduk asli atau pendatang, asal-usul.
5. **Hak dari Orang Tua dan Wali.** Negara berkewajiban untuk menghormati kebebasan orang tua, dan wali yang sah (jika ada) untuk menjamin bahwa pendidikan agama dan moral bagi anak-anaknya sesuai dengan keyakinannya sendiri.
6. **Kebebasan Lembaga dan Status Legal.** Aspek yang vital dari kebebasan beragama atau berkeyakinan, bagi komunitas keagamaan untuk berorganisasi atau berserikat sebagai komunitas. Oleh karena itu, komunitas keagamaan mempunyai kebebasan dalam beragama atau berkeyakinan, termasuk di dalamnya hak kemandirian di dalam pengaturan organisasinya.
7. **Pembatasan yang diijinkan pada Kebebasan Eksternal.** Kebebasan untuk memanifestasikan keagamaan atau keyakinan seseorang hanya dapat dibatasi oleh undang-undang dan kepentingan melindungi keselamatan dan ketertiban publik, kesehatan atau kesusilaan umum atau hak-hak dasar orang lain.
8. **Non-Derogability.** Negara tidak boleh mengurangi kebebasan beragama atau berkeyakinan dalam keadaan apa pun.¹⁹⁷

196 Kedelapan komponen ini disarikan dari berbagai instrument internasional yang memuat tentang kebebasan beragama atau berkeyakinan seperti Deklarasi Universal Hak-Hak Asasi Manusia, pasal 18; Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik pasal 18.1 s.d. 18.4. dll. Lihat, Tore Lindholm, W. Cole Durham, Jr. Bahia G. Tahzib-Lie (ed), *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Netherland, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. xxxvii-xxxix. Lihat juga Chandra Setiawan dan Asep Mulyana (ed), *op.cit.*, 3-4.

197 Sumber: Makalah Siti Musdah Mulia, disampaikan pada pada Lokakarya Nasional Komnas HAM "Penegakan HAM dalam 10 Tahun Reformasi", di Hotel Borobudur Jakarta, 8 – 11 Juli 2008, hal. 9-11

2. Pembatasan yang diperbolehkan terkait Hak atas Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan¹⁹⁸

Pasal 18 ayat (3) Kovenan Sipol mengatur tentang pembatasan yang diperbolehkan. Pengaturan dalam pasal 18 KIHSP menjamin kebebasan beragama atau berkeyakinan, namun pelaksanaan (manifestasi) hak-hak tersebut dapat dibatasi dengan adanya sejumlah kondisi dan syarat. Pasal 18 ayat (3) KIHSP menyatakan:

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

Oleh karenanya, Pemerintah dapat mengatur/membatasi kebebasan untuk menjalankan agama atau kepercayaan melalui undang-undang. Elemen-elemen yang dapat dimuat di dalam pengaturan tersebut antara lain:

1. *Restriction for the Protection of Public Safety* (Pembatasan untuk Melindungi Masyarakat). Pembatasan kebebasan memmanifestasikan agama di ruang publik dapat dilakukan pemerintah seperti pada musyawarah keagamaan, prosesi keagamaan dan upacara kematian dalam rangka melindungi kebebasan individu-individu (hidup, integritas, atau kesehatan) atau kepemilikan.
2. *Restriction for the Protection of Public Order* (Pembatasan untuk Melindungi Ketertiban Masyarakat). Pembatasan kebebasan memmanifestasikan agama dengan maksud menjaga ketertiban umum, antara lain keharusan mendaftar badan hukum organisasi keagamaan masyarakat, mendapatkan ijin untuk melakukan rapat umum, mendirikan tempat ibadah yang diperuntukan umum. Pembatasan kebebasan menjalankan agama bagi narapidana.
3. *Restriction for the Protection of Public Health* (Pembatasan untuk Melindungi Kesehatan Masyarakat). Pembatasan yang diijikan berkaitan dengan kesehatan publik dimaksudkan untuk memberi kesempatan kepada pemerintah melakukan intervensi guna mencegah epidemik/pandemik atau penyakit lainnya. Pemerintah diwajibkan melakukan vaksinasi, pemerintah dapat mewajibkan masyarakat menjadi anggota askes guna mencegah penularan penyakit. Bagaimana pemerintah harus bersikap seandainya ada ajaran agama tertentu yang melarang diadakan transfuse darah atau melarang penggunaan helm pelindung kepala?. Contoh yang agak ekstrim adalah praktik mutilasi terhadap kelamin perempuan dalam adapt-istiadat tertentu di Afrika.

198 Sumber: Makalah Siti Musdah Mulia, disampaikan pada pada Lokakarya Nasional Komnas HAM “Penegakan HAM dalam 10 Tahun Reformasi”, di Hotel Borobudur Jakarta, 8 – 11 Juli 2008, hal. 8-9.

4. *Restriction for the Protection of Morals* (Pembatasan untuk Melindungi Moral Masyarakat). Untuk justifikasi kebebasan memenifestasikan agama atau kepercayaan yang terkait dengan moral dapat menimbulkan kontroversi. Konsep moral merupakan turunan dari berbagai tradisi keagamaan, filsafat, dan social. Oleh karena itu, pembatasan yang terkait dengan prinsip-prinsip moral tidak dapat diambil hanya dari tradisi atau agama saja. Misalnya pembatasan dapat dilakukan oleh Undang-Undang untuk melarang seseorang disembelih guna kelengkapan ritual aliran agama tertentu.
5. *Restriction for the Protection of The (Fundamental) Rights and Freedom of Others.* (Pembatasan untuk Melindungi Kebebasan Mendasar dan Kebebasan Orang Lain)
 - 5.1 *Proselytism* (Penyebaran Agama). Dengan adanya hukuman terhadap tindakan *proselytism*, pemerintah mencampuri kebebasan seseorang di dalam memanifestasikan agama mereka melalui aktivitas-aktivitas misionaris dalam rangka melindungi agar kebebasan orang lain untuk tidak dikonversikan.
 - 5.2 Pemerintah berkewajiban membatasi manifestasi dari agama atau kepercayaan yang membahayakan hak-hak fundamental dari orang lain, khususnya hak untuk hidup, kebebasan, integritas fisik dari kekerasan, pribadi, perkawinan, kepemilikan, kesehatan, pendidikan, persamaan, melarang perbudakan, kekejaman dan juga hak kaum minoritas.¹⁹⁹

[Lebih jauh tentang Pembatasan Hak Atas Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan, Lihat Buku: Membatasi Tanpa Melanggar: Hak Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan [<https://crcs.ugm.ac.id/mtt/>]]

3. Penerapan derogasi, limitasi, dan restriksi pada hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan

Konsepsi keseimbangan hak terkait erat dengan prinsip-prinsip penyimpangan, pembatasan atau restriksi yang diperbolehkan. Sistem keseimbangan dan pembatasan hak diantaranya didasarkan pada prinsip persamaan/kesetaraan, non diskriminasi, perlindungan hak-hak orang lain, proporsionalitas, tidak merugikan (*no harm*), diatur oleh hukum, yang kesemuanya dimaksudkan untuk kepentingan yang lebih umum (*general interest*) dan diperlukan dalam negara yang demokratis.

Bahwa suatu penikmatan hak (*enjoyment of rights*) tertentu dapat dilakukan derogasi atau limitasi, namun dengan kondisi dan prasyarat yang berbeda-beda. Sebagai contoh, dalam konteks pengurangan-pengurangan (*derogations*) atau pembatasan (*limitations*) ekspresi keagamaan karena adanya pandemi Covid-19, haruslah dengan dengan standar-standar pengaturan tentang pengurangan dan pembatasan yang diperbolehkan. Dalam

199 *Ibid.*

hal pemerintah menetapkan pengurangan hak-hak terkait dengan ekspresi keagamaan, harus ada penetapan keadaan darurat yang berdasarkan pada adanya kondisi yang eksepsional, dengan jangka waktu tertentu (*temporer*), proporsional, tidak diskriminatif, dan penerapannya sejalan dengan norma-norma HAM internasional.

Sementara jika dasar kebijakan yang dibentuk adalah pembatasan pada hak-hak tertentu, maka harus berdasarkan pada pembatasan-pembatasan spesifik dari pasal terkait (misalnya pembatasan kebebasan beragama atau berkeyakinan dalam Pasal 18 ayat (3) KIHSP). Hal ini berbeda dengan pengurangan/penyimpangan atas hak (*derogation*), yakni pembatasan ini tidak memerlukan adanya justifikasi kedaruratan (*emergency*), dapat diterapkan pembatasan yang permanen dan tujuan pembatasan ini ditujukan untuk menyeimbangkan kepentingan (*balancing interest*) antara kepentingan publik dengan kepentingan atau hak-hak individu atau kelompok tertentu

B. Pengaturan Hak atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan Dalam Ketentuan Nasional

1. Jaminan hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan

Hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan merupakan hak-hak konstitusional sebagaimana diatur di UUD 1945.

Pasal 28E ayat (1) dan (2):

“Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali”

“Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya”

Pasal 29 ayat (2):

“Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu”

Pasal 28E ayat (3):

“Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat”

Dalam pasal lain di UUD 1945, hak atas kemerdekaan pikiran dan hati nurani, serta hak beragama termasuk dalam hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, yang

dalam hukum HAM internasional, hak-hak yang tidak dapat dikurangi tersebut dikenal sebagai 'non-derogable rights'.²⁰⁰ Hal ini dinyatakan dalam Pasal 28I Ayat (1):

"Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, **hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama**, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun."

Hak-hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun ini juga tertuang dalam UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Pasal 4 UU tersebut menyatakan:

"Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, **hak beragama**, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun."

2. Derogasi dan pembatasan hak

Dalam hukum Indonesia, selain menjamin berbagai hak asasi manusia, juga mengatur tentang pengurangan (*derogations*) dan pembatasan (*limitations*) atas penikmatan hak. Konsepsi pengurangan dan pembatasan dalam kedua ketentuan tersebut dibentuk dengan merujuk pada instrumen HAM internasional. Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 dan Pasal 73 UU No. 39 Tahun 1999 adalah ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang pengurangan dan pembatasan hak-hak yang diakui.

Pasal 28J ayat (2) UUD 1945:

"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."

Pasal 73 UU No. 39 Tahun 1999:

"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."

200 PBB, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, hlm. 171, Pasal 2 ayat (2).

Pengaturan Hak yang Tidak Dapat Dikurangi/Dibatasi dalam Situasi Apapun dan Pembatasan HAM dalam Hukum Indonesia	
Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.	Pasal 28I ayat (1) UUD 1945
Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan UU 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 yang demokratis.	Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945
Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak-hak manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun	Pasal 4 UU No. 39 Tahun 1999
Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan UU 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 70 UU No. 39 tahun 1999
Hak dan kebebasan yang diatur dalam UU ini hanya dapat dibatasi oleh dan berdasarkan UU, semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan dasar orang lain, kesusilaan, ketertiban umum dan kepentingan bangsa.	Pasal 73 UU No. 39 Tahun 1999

Namun, pembatasan dalam konteks hukum nasional ini dirumuskan secara umum dan bukan untuk pembatasan terhadap hak-hak yang diatur secara spesifik. Ketentuan pembatasan HAM tersebut terdapat dalam UUD 1945 dan UU No. 39 Tahun 1999, dan sejumlah regulasi sektoral yang mengatur masalah tertentu dengan substansinya merupakan pembatasan HAM. Oleh karenanya, bentuk pembatasan yang dirumuskan

dalam hukum nasional, mempunyai sejumlah kelemahan dan perumusan pembatasan memunculkan sejumlah permasalahan. Permasalahan pengaturan tentang pembatasan ini mengakibatkan penerapan tentang ketentuan-ketentuan pembatasan sering disalahartikan atau didefinisikan dengan tidak sesuai dengan standar hukum HAM internasional.

Secara ringkas, kelemahan pengaturan tentang pembatasan hak dalam hukum nasional adalah sebagai berikut:

Pertama, terdapat hak-hak yang dijamin Pasal 28I UUD 1945 sebagai hak-hak yang “tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”, yang seharusnya menjadi penegas sebagai hak-hak yang bersifat “non derogable”. Namun, masih terjadi perdebatan tentang hubungan pasal 28I dengan pasal “pembatasan” sebagaimana disebut dalam pasal 28J ayat (2). Seharusnya hak-hak yang dinyatakan dalam pasal 28I tersebut tidak dapat dikurangi atau dibatasi menurut pasal 28J (2). Mahkamah Konstitusi (MK), yang seharusnya memberikan tafsir atas perbedaan ini, tidak konsisten dalam sejumlah keputusannya.²⁰¹ Ketidakjelasan tentang hak-hak yang seharusnya tidak boleh atau dapat dibatasi dalam keadaan apapun (*non derogable rights*), sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945. Hak-hak dalam pasal tersebut sering ditafsirkan secara berbeda, dan menjadi subyek pembatasan yang dilakukan berdasarkan ketentuan dalam Pasal 28J UUD 1945. Merujuk pada Pasal 4 ayat (1) Kovenan Sipol, hak-hak dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 seharusnya merupakan hak-hak yang tidak boleh dibatasi atau dikurangi pemenuhannya dalam keadaan apapun.

Kedua, pembatasan dalam hukum nasional diatur dengan memasukkan sejumlah syarat yang tidak diatur dalam hukum HAM internasional, misalnya pembatasan karena pertimbangan ‘nilai-nilai agama’ dan ‘kesusilaan’. Dua syarat pembatasan tersebut, selain tidak diatur dalam hukum HAM internasional, juga tidak mempunyai indikator yang jelas. Akibatnya, penggunaan syarat pembatasan atas ‘nilai-nilai agama’ dan ‘kesusilaan’ sering diinterpretasikan secara luas, dan digunakan sebagai alasan pembatasan yang melanggar HAM. Selain itu, penggunaannya seringkali didasarkan pada suatu nilai atau keyakinan yang tunggal atau dilakukan berdasarkan kehendak kelompok mayoritas, dan hal ini bertentangan dengan prinsip keberagaman/pluralitas, mengabaikan pandangan kelompok-kelompok minoritas, sehingga justru menyebabkan atau berpotensi terjadinya pelanggaran HAM.

201 Lihat misalnya putusan MK terkait dengan pasal 28 I UUD 1945, pada satu putusan menyatakan bahwa pasal 28 I tidak tunduk pada pasal 28 J, namun dalam putusan yang lain pasal 28 I tunduk pada pembatasan dalam pasal 28 J.

Ketiga, ketiadaan indikator atau rumusan yang sama dalam menjabarkan sejumlah syarat pembatasan yang diatur dalam UUD 1945 maupun UU. Ketiadaan indikator tersebut mengakibatkan dalam perumusan berbagai regulasi dilakukan tanpa melihat ketentuan dan rujukan sesuai dengan hukum HAM internasional. Dampaknya, seringkali dalam berbagai penyusunan peraturan perundang-undangan terdapat ketentuan-ketentuan yang melanggar HAM.

Mengantisipasi hal ini, penjabaran atas berbagai ketentuan tentang pembatasan HAM dalam regulasi Indonesia seharusnya merujuk pada berbagai ketentuan dalam instrumen HAM internasional, prinsip-prinsip yang dikembangkan oleh PBB, maupun berbagai keputusan Pengadilan HAM regional, yang telah memberikan preseden tentang penafsiran atas syarat-syarat pembatasan. Dengan merujuk pada sejumlah rumusan dalam hukum HAM internasional tersebut, selain memberikan perlindungan yang nyata atas hak-hak yang dijamin, juga mengimplementasikan kewajiban untuk menyesuaikan hukum nasional dengan hak-hak yang dijamin dalam perjanjian HAM internasional yang telah diterima oleh Indonesia.

Merujuk pada ketentuan dalam Kovenan Sipol negara-negara pihak dalam mengurangi kewajiban negara dilakukan berdasarkan adanya “keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa”, “sepanjang diperlukan”, “tidak bertentangan dengan kewajiban-kewajiban lainnya berdasarkan hukum internasional”, serta “tidak mengandung diskriminasi semata-mata berdasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau asal-usul sosial.”²⁰² Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik secara tegas menyatakan bahwa pengurangan kewajiban pemenuhan hak tidak diperkenankan terhadap hak-hak yang diatur dalam Pasal 6 (hak atas hidup), Pasal 7 (hak untuk bebas dari penyiksaan), Pasal 8 (hak bebas dari perbudakan), pasal 11 (hak untuk tidak dipenjarakan berdasarkan perjanjian perdata), Pasal 15 (hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut), Pasal 16 (hak atas pengakuan pribadi dihadapan hukum) dan Pasal 18 (hak atas kebebasan beragama).²⁰³ Kedua, pembatasan tersebut dilakukan berdasarkan pada pertimbangan untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, ketertiban umum, dalam suatu masyarakat yang demokratis.

Merujuk adanya kewajiban internasional Indonesia sebagai negara pihak dalam perjanjian HAM internasional, tafsir atas pembatasan harusnya sesuai dengan ‘pendekatan’ dalam instrumen HAM internasional. Sebagai contoh, hak-hak terkait dengan kebebasan berfikir, beragama/berkeyakinan, dan hak atas kebebasan berekspresi, sebagai hak-hak yang

202 *Ibid.*, Pasal 4 (1).

203 *Ibid.*

diatur dalam KIHSP, pembatasan terhadap hak-hak tersebut merupakan pembatasan yang bersifat khusus dengan kriteria yang khusus. Pembatasan harus sejalan dengan konsepsi pembatasan dalam hukum HAM internasional yakni membedakan pembatasan yang terkait dengan ‘forum internum’ dan ‘forum externum’ dalam konteks kebebasan beragama atau berkeyakinan. Bahwa hak atas kebebasan berfikir (berhati nurani) dan kebebasan beragama/berkeyakinan merupakan hak-hak yang diatur dalam Pasal 18 KIHSP yang terkait dengan “forum internum”, tidak dapat dikurangi dalam situasi apapun.

C. Hak Asasi Manusia dan Masalah Penodaan Agama

Merujuk berbagai pengaturan dalam instrumen HAM internasional, persinggungan antara perlindungan HAM dan *blasphemy* setidaknya mencakup dua hal: pertama, tindakan-tindakan yang dianggap *blasphemy* seringkali merupakan tindakan berupa pendapat, ekspresi atau pandangan tertentu tentang agama atau keyakinan. *Kedua*, adanya pembatasan dalam manifestasi kebebasan beragama/berkeyakinan dan berekspresi memungkinkan adanya kontestasi tentang alasan-alasan pembeda (justifikasi) atas suatu pembatasan terhadap ekspresi terkait dengan keagamaan/keyakinan.

PPB telah memberikan penjelasan tentang permasalahan tersebut, misalnya terkait penafsiran Pasal 19 KIHSP sebagaimana dalam Komentar Umum No. 10 Komite HAM PBB, yang menyatakan setiap pembatasan kebebasan berekspresi diperbolehkan (*justified*) berdasarkan Pasal 19 ayat (3) KIHSP, sepanjang tidak merusak hak itu sendiri (*may not put in jeopardy the right itself*). Sementara merujuk Komentar Umum No. 34, hukum *blasphemy* tidak sejalan dengan KIHSP, kecuali dibatasi secara ketat untuk mencegah hasutan yang mengarah pada diskriminasi, permusuhan dan kekerasan (*except if strictly limited to curtailing incitement to “discrimination, hostility or violence”*).

Laporan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Beragama dan Pelapor Khusus untuk Bentuk-Bentuk Terkini Rasisme, Diskriminasi Rasial, Xenophobia, dan Intoleransi juga menyebut, penghinaan terhadap agama mungkin menyerang orang atau melukai perasaan mereka (pemeluknya), namun tindakan tersebut tidak secara langsung melanggar hak kebebasan beragama mereka.²⁰⁴ Hukum internasional tidak memperbolehkan adanya pembatasan atas pendapat atau keyakinan yang berbeda dari keyakinan keagamaan mayoritas penduduk atau keyakinan yang diakui negara.²⁰⁵ Pembatasan hak harus merupakan tindakan yang

204 Majelis Umum PBB, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Asma Jahangir, and the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diène, further to Human Rights Council decision 1/107 on incitement to racial and religious hatred and the promotion of tolerance*, A/HRC/2/3, 20 September 2006, para 37.

205 Komisi HAM PBB, *Report Submitted by Mr. Abdelfattah Amor, Special Rapporteur, in Accordance with Commission on Human Rights Resolution 1995/23: Addendum*, 2 Januari 2 1996, para 82, dalam http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=780, diakses pada 7 November 2017.

diperlukan (*necessary*), harus diterapkan dengan layak (*appropriate*), berguna (*useful*) dan masuk akal (*reasonable*). Kata “diperlukan” mengindikasikan bahwa setiap pembatasan haruslah “proporsional dengan nilai-nilai hak yang dilindungi” (*proportional to the value which the restriction serves to protect*).

Dalam wacana HAM, terdapat kecenderungan penghapusan hukum-hukum *blasphemy* karena masih ada perdebatan tentang penggunaan hukum *blasphemy* dan hubungannya dengan pembatasan yang diperbolehkan. Argumen penghapusan didasarkan pada tidak adanya konsensus internasional tentang bentuk atau tindakan tentang cakupan *blasphemy*, dan pengaturan tentang hukum-hukum tentang *blasphemy* di berbagai negara seringkali didefinisikan secara luas, tidak jelas dan tidak pasti. Hukum *blasphemy* juga sering dilaksanakan dengan manipulasi dan sewenang-wenang serta sebagai sarana persekusi.²⁰⁶ Para pakar HAM menjelaskan, hukum-hukum *blasphemy* telah memunculkan ketegangan keagamaan dan menyepakati bahwa pembatasan tentang kebebasan berekspresi yang diperbolehkan tidak termasuk sebagai perlindungan terhadap kritik atas sistem keagamaan atau keyakinan.²⁰⁷

Dalam Pernyataan Bersama Tahun 2009, Tiga Pelapor Khusus PBB menyatakan adanya kesulitan memberikan definisi yang obyektif atas maksud ‘penghinaan agama’ di level internasional. Sementara di level nasional, hukum *blasphemy* menjadi ‘counter-productive’ dan seringkali diberlakukan secara diskriminatif, misalnya untuk melakukan persekusi terhadap kelompok minoritas, kelompok yang berbeda, serta kelompok atheis dan non-atheis.²⁰⁸ Frank La Rue, mantan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berekspresi, dalam Laporan Tahun 2010 menyarankan negara untuk memastikan bahwa setiap pembatasan harus jelas dan tidak ambigu, sesuai dengan hukum HAM dan secara berkala meninjau kembali apakah pembatasan tersebut masih relevan atau tidak, karena hukum *blasphemy* seringkali dirumuskan dengan samar/tidak jelas, ambigu, dan tidak sesuai dengan prinsip-prinsip pembatasan. Heiner Bielefeldt, mantan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan, berpandangan lebih tegas dengan menyatakan negara-negara harusnya menghapuskan hukum pidana yang memberikan sanksi atas *blasphemy*, *apostasy*, *proselytism*, karena sanksi-sanksi tersebut akan menghalangi orang-orang dengan agama minoritas menikmati hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan mereka secara penuh.

206 Freedom House, “*The Impact of Blasphemy Laws on Human Rights: Indonesia*”, Policing Brief, Freedom House Special Report, hlm. 3.

207 Kantor Komisi Tinggi HAM PBB, *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*, Expert Workshops, 5 Oktober 2012, Para 19.

208 Pernyataan bersama Githu Muigai, Pelapor Khusus PBB untuk *contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*, Asma Jahangir, Pelapor Khusus PBB untuk *freedom of religion or belief* dan Frank La Rue, Pelapor Khusus PBB untuk *the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 22 April 2009, dalam <http://www2.ohchr.org/English/issues/religion/docs/SRjointstatement22april09.pdf>, diakses pada 4 November 2017.

Di tingkat regional, *The Council of Europe's European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI) pada 2007 menyatakan hukum nasional hanya perlu memberikan sanksi kepada hal-hal yang terkait dengan agama yang secara sengaja dan sangat parah mengganggu keamanan publik dan berpotensi memunculkan kekerasan publik. Selanjutnya, dalam Laporan tentang Hubungan antara Kebebasan Berekspresi dan Kebebasan Beragama 2008, memberikan rekomendasi bahwa “tindakan-tindakan yang dianggap *blasphemy* harus dihapuskan dan tidak perlu diperkenalkan kembali.”²⁰⁹

Kritik atas pemberlakuan hukum *blasphemy* dan hubungannya dengan HAM terus terjadi. *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred* 2012 menyebut, negara-negara yang masih mempunyai pengaturan *blasphemy* harus menghapuskan hukum-hukum tersebut karena adanya dampak yang mencekik (*stifling*) terhadap penikmatan kebebasan beragama atau berkeyakinan serta pengaruhnya terhadap dialog dan debat tentang agama yang sehat. Dokumen ini juga menyatakan hukum *blasphemy* tidak produktif dan adanya banyak contoh hukum *blasphemy* dilakukan untuk mempersekusi kelompok minoritas.²¹⁰ Pada 2017, Dewan HAM PBB mengeluarkan Resolusi yang meminta negara-negara untuk mengakhiri hukuman mati bagi orang-orang yang dituduh melakukan *blasphemy*, *apostasy*, hubungan sejenis dan *adultery*.²¹¹ Resolusi ini sebagai kelanjutan dari Laporan Sekjen PBB tentang Hukuman Mati dan Diskriminasi, yang membahas tentang dampak-dampak hukuman mati yang tidak proporsional terhadap orang-orang yang mengalami diskriminasi.²¹²

Dalam perkembangannya, Organisasi Konferensi Negara-Negara Islam (OKI), mendorong semua pemerintahan untuk mengeluarkan regulasi untuk membatasi tindakan-tindakan yang mengarah pada penghasutan (*incitement*) dan kebencian yang berbasiskan agama.²¹³ Wacana untuk menghukum tindakan *blasphemy* atau *religious defamation* bergeser ke arah wacana untuk memerangi intoleransi. Hal ini terlihat dari diadopsinya Resolusi 16/18 tentang *Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief* (Memerangi Intoleransi, Stereotip Negatif dan Stigmatisasi, dan Diskriminasi, Menghasut Kekerasan, dan Kekerasan terhadap Orang berdasarkan Agama atau Keyakinan) 2011.²¹⁴ Resolusi ini

209 Venice Commission, *Report on the relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: the issue of regulation and prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred*, Sesi Umum ke 76, 17-18 Oktober 2008, para 89 (c).

210 Kantor Komisi Tinggi HAM PBB, *op.cit.*, para 19.

211 Majelis Umum PBB, A/HRC/36/L.6, 22 September 2017, poin 6.

212 Dewan HAM PBB, *Capital punishment and the implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty: Yearly supplement of the Secretary-General to his quinquennial report on capital punishment*, 16 Juli 2016, A/HRC/30/18, dalam <http://www.refworld.org/docid/55d2fa994.html>, diakses pada 7 November 2017.

213 Kyle Wideltz, *A Global Blasphemy Law: Protecting Believers at the Expense of Free Speech*, *Pepperdine Policy Review*, 6(2), 2013, hlm. 12-13.

214 Resolusi ini diusulkan oleh negara-negara Organisasi Kerjasama Islam (OKI), dan disepakati oleh Dewan HAM PBB pada tahun 2011. Lihat Zainal Abidin Bagir, *Kerukunan dan Penodaan Agama, Alternative Penanganan Masalah*, Center for Religious and Cross-Cultural Studies (CRCS), Laporan Kehidupan Beragama di Indonesia, Edisi II, Desember 2017, hlm. 13.

menunjukkan adanya kemungkinan untuk mengatasi intoleransi tanpa harus melanggar kebebasan berpendapat.²¹⁵ Zainal Abidin Bagir menjelaskan, resolusi ini tidak ditargetkan menjadi hukum mengikat yang akan memberi sanksi pidana, namun menggunakan metode non-hukum, diantaranya dialog dan pendidikan untuk mengatasi intoleransi, sejauh ia tidak diwujudkan dalam hasutan untuk kebencian atau tindakan kekerasan.²¹⁶

D. Penodaan Agama (*Blasphemy*)²¹⁷

1. Konsepsi dan Definisi

Dalam diskursus tentang kebebasan pemikiran, kesadaran dan beragama, terdapat 2 (dua) konsep yang seringkali diperdebatkan, yakni tentang penghujatan terhadap Tuhan (dalam bahasa Inggris: *blasphemy*) dan penodaan terhadap agama (dalam Bahasa Inggris: *defamation of religion*). Kedua konsep ini serupa, dalam konteks bahwa mereka melindungi integritas agama atau entitas ilahi tertentu.

Black's Law Dictionary mendefinisikan kata "*blasphemy*" dari dua tradisi anglo-saxon utama, yakni Inggris dan Amerika Serikat. Secara umum, *blasphemy* didefinisikan sebagai "*Consisting in speaking evil of the Deity with an impious purpose to derogate from the divine majesty, and to alienate the minds of others from the love and reverence of God*" (mencakup membicarakan secara buruk entitas ilahi dengan tujuan tak beriman untuk mengurangi keagungan ilahi dan menjauhkan pemikiran orang lain dari cinta dan penghormatan terhadap Tuhan).²¹⁸ Dalam yurisprudensi Amerika Serikat, *blasphemy* diartikan sebagai "*Any oral or written reproach maliciously cast upon God, His name, attributes, or religion*" (Celaan secara verbal atau tertulis apapun yang dengan kedengkian terhadap Tuhan, namaNya, sifat-sifatNya, atau agama).²¹⁹

Akar kata *blasphemy* berasal dari Bahasa Yunani "*blasphemia*" yang berarti "malicious statement" atau "berbicara jahat".²²⁰ Makna *blasphemy* sangat luas tergantung dari konsepsi masing-masing agama, misalnya penodaan agama diartikan secara luas yang menunjukkan rasa tidak hormat kepada Tuhan, meragukan kekuasaannya serta tidak mematuhi perintah Tuhan.²²¹ Neville Cox menjelaskan, istilah *blasphemy* dalam "Perjanjian Lama" berasal dari

215 Widelitz, *op.cit.*, hlm. 12.

216 *Ibid.* Lihat juga Resolusi tentang *Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence, and violence against persons based on religion or belief*, poin 6, dalam A/HRC/RES/16/18, 12 April 2011, diakses pada 7 November 2017.

217 Penelitian tentang Penafsiran terhadap Pasal 156a Huruf a KUHP tentang Penodaan Agama (Analisis Hukum dan Hak Asasi Manusia), LeIP dan Handa Center, 2018

218 Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, Edisi 4 (Revisi), hlm. 216, dalam <http://heimatundrecht.de/sites/default/files/dokumente/Black%27sLaw4th.pdf>, diakses pada 4 Oktober 2017.

219 *Ibid.*

220 Riaz Hassan, "*Expressions of religiosity and blasphemy in modern societies*", dalam <http://press-files.anu.edu.au/downloads/press/p35161/pdf/chapter11.pdf>, diakses pada 4 Oktober 2017.

221 L.W. Levy, *Blasphemy: Verbal Offences against the Sacred From Moses to Salman Rusdhie*, Knopf, 1993, hlm. 3.

kata-kata “*Naat*” dan “*Naqab*” yang berarti “menusuk” atau “menyengat”, dan kata “*Gadaph*” yang berarti “memotong” atau “mencerca”, yang menunjukkan bahwa dalam tradisi Yahudi (dan mungkin kekristenan), *blasphemy* melibatkan serangan yang menyebabkan rasa sakit. Demikian pula dalam pemikiran Islam, *blasphemy* melibatkan serangan yang menghina atau bermusuhan (*Sabb*) baik terhadap Tuhan (*Sabb Allah*) atau Nabi Muhammad (*Sabb al-Rasul*) atau pada hal-hal suci lainnya.²²² Dengan kata lain, seperti yang dijelaskan David A. Robertson, konsep *blasphemy* yang berasal dari agama-agama monoteistik seperti Yahudi, Kristen dan Islam tersebut mencakup larangan terhadap seseorang atau kelompok untuk memfitnah Tuhan atau hal-hal suci, termasuk para Nabi dan orang-orang suci dalam agama-agama tersebut.²²³

Konsep awal hukum *blasphemy* berkembang dari konsep *blasphemy* sebagaimana yang dijabarkan di atas, dan mencakup tindakan-tindakan yang menghina secara langsung terhadap Tuhan atau sesuatu yang dianggap Ilahi.²²⁴ Oleh karena itu, semua kasus *blasphemy* melibatkan perbuatan yang ditujukan kepada Tuhan, bukan kepada orang-orang yang percaya kepada Tuhan tersebut.²²⁵ Tindakan-tindakan yang dilarang dalam hukum *blasphemy* di seluruh dunia mencakup, antara lain penghancuran kitab suci, pernyataan yang mempertanyakan keyakinan agama, hingga penggambaran yang dianggap tidak menghormati Tuhan atau tokoh suci.²²⁶ Komisi Budaya, Ilmu Pengetahuan dan Pendidikan Venice Commission juga mendefinisikan *blasphemy* sebagai “*the offence of insulting or showing contempt or lack of reverence for God and, by extension, towards anything considered sacred*” (pelanggaran yang adalah penghinaan atau menunjukkan kebencian atau ketiadaan penghormatan terhadap Tuhan, dan, sebagai perpanjangan dari hal tersebut, terhadap apapun yang dianggap suci).²²⁷ Forum tentang Agama dan Kehidupan Publik Pew Research Center juga mendefinisikan *blasphemy* sebagai “*remarks or actions contemptuous of God or the divine*” (ucapan atau tindakan yang menghina Tuhan atau entitas Ilahi).²²⁸

222 Neville Cox, “*The Development of Irish Blasphemy law*”, dalam <https://www.constitution.ie/AttachmentDownload.ashx?mid=54533e30-c843-e311-8571-005056a32ee4>, diakses pada 4 Oktober 2017.

223 Haidar Adam, “*Blasphemy Law in Muslim-Majority Countries: religion-state relationship and rights based approaches in Pakistan, Indonesia and Turkey*”, dalam http://www.etd.ceu.edu/2015/adam_haidar.pdf, diakses pada 4 Oktober 2017.

224 *Ibid.*

225 Cox, *loc.cit.*

226 Evelyn M. Aswad, Rashad Hussain dan M. Arsalan Suleman, “*Why the United States Cannot Agree to Disagree on Blasphemy Laws*”, dalam <https://www.bu.edu/ilj/files/2014/05/Aswad-US-and-Blaspemy.pdf>, diakses pada 4 Oktober 2017.

227 Venice Commission, *Blasphemy, insult, and hatred: finding answers in a democratic society*, Council of Europe Publishing, 2010, hlm. 19. Venice Commission adalah nama alias dari Komisi Eropa untuk Demokrasi melalui Hukum, yang merupakan badan penasihat Dewan Eropa untuk urusan konstitusional.

228 Aswad, Hussain dan Suleman, *loc.cit.*

Namun, terdapat pandangan berbeda atas definisi *blasphemy* sebagaimana diuraikan diatas, yakni pendefinisian dan pelarangan tindakan yang dianggap menghujat Tuhan juga mencakup komponen terkait dampak tindakan tersebut terhadap perasaan penganut agama bersangkutan ataupun pedamaian masyarakat. Aswad, Hussain dan Suleman menyebut, pelarangan dalam “*blasphemy law*” terkadang juga mencakup ekspresi yang umumnya tidak menghormati keyakinan agama dan menghina perasaan religius.²²⁹ Sejalan pandangan ini, Simister dan Sullivan menyatakan, perkataan yang dapat dihukum dengan *blasphemy* adalah sikap, kekerasan, atau keributan yang cenderung membahayakan perdamaian, mencabut moralitas masyarakat, dan menggoyahkan jalinan masyarakat yang dapat menyebabkan perselisihan di masyarakat.²³⁰

Definisi *blasphemy* yang menyangkut perasaan keagamaan juga dinyatakan Komisi Reformasi Hukum Irlandia, mendefinisikan *blasphemy* sebagai “*matter the sole effect of which is likely to cause outrage to a substantial number of adherents of any religion by virtue of its insulting content concerning matters held sacred by that religion*” (hal yang dampak satu-satunya adalah kemungkinan menyebabkan kemarahan dari penganut agama apapun dalam jumlah yang cukup besar yang dikarenakan isinya yang menghina berkaitan dengan hal-hal yang dianggap suci oleh agama tersebut).²³¹ Unsur yang terkait dengan “perasaan keagamaan” (*religious feelings*) tersebut juga dapat ditemui dalam Putusan Pengadilan HAM Eropa, dalam Kasus *Otto-Preminger Institut v Austria*. Pengadilan ini membenarkan tindakan Pemerintah Austria yang merampas film *Das Liebeskonzil* dengan alasan menghormati penganut Katolik Roma di wilayahnya dengan menggunakan pasal pembatasan kebebasan berekspresi, yaitu Pasal 10 ayat (2) Konvensi Hak Asasi Manusia Eropa.²³²

Berdasarkan uraian di atas, terdapat dua jenis konsep hukum-hukum *blasphemy*: pertama, *blasphemy* berfokus kepada tindakan yang menghina Tuhan atau hal-hal suci lainnya dalam suatu agama. Kedua, hukum *blasphemy* tidak hanya berfokus pada tindakan tersebut, namun mempertimbangkan juga dampak hinaan tersebut terhadap perasaan para penganut agama atau keyakinan tertentu (*religious feeling*). Konsepsi yang kedua dikenal juga sebagai *religious insult*, yang mencakup penghinaan yang didasarkan pada perasaan kepemilikan pada agama tertentu (*insult based on belonging to a particular religion*) dan penghinaan pada perasaan keagamaan (*insult to religious feelings*).²³³

229 *Ibid.*

230 Ifdhal Kasim, “Perkembangan Delik Agama Dari Masa Ke Masa”, <http://lama.elsam.or.id/mobileweb/article.php?act=content&m=6&id=2356&cid=805&lang=in>, diakses pada 4 Oktober 2017.

231 *Ibid.*

232 Pengadilan HAM Eropa, *Otto-Preminger-Institut v Austria*, 19 EHHR 34, ECtHR 295-A, 20 September 1994.

233 Venice Commission, *op.cit.*, hlm. 20.

Secara internasional, tidak ada kesepakatan tentang definisi *defamation of religion* atau *blasphemy*, walaupun usaha untuk mengintegrasikannya kedalam tatanan hukum internasional telah dilakukan. Hal ini misalnya sebagaimana yang diupayakan Pakistan, sebagai perwakilan Organisasi Kerjasama Islam (OKI) tahun 1999 di Komisi HAM PBB untuk memerangi “kebencian, diskriminasi, intoleransi dan tindakan kekerasan, intimidasi dan pemaksaan” terhadap Islam. Namun, negosiasi selanjutnya akhirnya menyepakati resolusi yang lebih umum yakni tentang penodaan agama,²³⁴ yaitu Resolusi 1999/82 tentang “*Defamation of Religion*”. Resolusi ini, yang meskipun tidak mendefinisikan apa itu penodaan agama, namun mendorong semua negara dalam kerangka hukum nasionalnya, dengan bersesuaian dengan hukum internasional, untuk:

“...mengambil semua tindakan yang sepatutnya untuk melawan kebencian, diskriminasi, ketidaktoleranan dan tindakan kekerasan, intimidasi dan pemaksaan yang dimotivasi oleh ketidaktoleranan keagamaan, termasuk serangan terhadap tempat-tempat keagamaan dan untuk mendorong pemahaman, toleransi, dan penghormatan dalam hal-hal yang berkaitan dengan kebebasan agama atau kepercayaan.”²³⁵

Kekhawatiran dan kritik terhadap aturan yang melarang *blasphemy* atau *defamation of religion* berakar pada konflik berkenaan dengan kebebasan berekspresi dan pembungkaman perdebatan antar gagasan. Matt Cherry dan Roy Brown menilai, agama dan pandangan dunia lainnya sering kali mengandung pandangan atau penghakiman tentang kebenaran dan moralitas agama dan kepercayaan lain, bahkan memasukkan doktrin-doktrin fundamental yang secara tegas mengutuk doktrin-doktrin agama-agama lain.²³⁶ Salah satu contoh yang diberikan adalah orang Kristen fundamental yang mengklaim bahwa “Yesus adalah anak Tuhan” mungkin menghujat orang-orang Muslim, karena orang Muslim mengklaim bahwa Yesus adalah seorang Nabi, bukan anak Tuhan, dimana hal tersebut juga dapat menjadi hujatan terhadap orang Kristen. Jika keyakinan satu agama dipandang “menghina” agama lain, hukum-hukum *blasphemy* dapat menghasilkan spiral ganas yang semakin membatasi kebebasan berekspresi.²³⁷

Pada akhirnya, hukum *blasphemy* terus digunakan untuk melindungi agama-agama yang dominan secara politis dari perbedaan pendapat, untuk menuntut keberatan terhadap pelanggaran HAM atas nama agama. Hukum *blasphemy* juga digunakan untuk membebaskan institusi keagamaan yang kuat dari pengawasan dan kritik, dan untuk melarang evaluasi kritis dan perdebatan tentang agama dan institusi keagamaan sehingga membatasi kebebasan

234 Brett G. Scharffs, “*International Law and The Defamation Of Religion Conundrum*”, *The Review of Faith & International Affairs*, 11(1), 66-75, 2013, hlm. 67.

235 Komisi HAM PBB, *Commission on Human Rights resolution 2000/84 Defamation of religions*, E/CN.4/RES/2000/84, 27 April 2000, para 4.

236 Matt Cherry dan Roy Brown, “*Speaking Freely about Religion: Religious Freedom, Defamation and Blasphemy*”, *International Humanist and Ethical Union, Policy Paper*, 2009, hlm. 7.

237 *Ibid.*

untuk membandingkan dan memilih antara keyakinan.²³⁸ Hal ini senada dengan pandangan Asma Jahangir, mantan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Beragama atau Berkeyakinan, yang menyatakan:

“Mengatakan bahwa satu agama lebih baik daripada yang lain adalah sebuah penghinaan. Hasilnya adalah penuntutan terhadap orang-orang yang melakukan analisis intelektual terhadap agama atau mereka yang memiliki hak untuk mengatakan bahwa agama mereka lebih tinggi”.²³⁹

Terkait hal ini, Agnes Callamard berpendapat hukum *blasphemy* berdampak pada kebebasan dan hak asasi manusia. Callamard menyatakan:

“*Blasphemy law*” adalah anti-tesis dari hak asasi manusia. “*Blasphemy law*” menyensor, menciptakan iklim ketakutan, dan melumpuhkan kreativitas artistik, penelitian akademis, dan kebebasan. “*Blasphemy law*” juga dapat menyebabkan pemenjaraan dan kematian - sehingga melanggar hak asasi manusia yang paling kuat, yaitu hak atas integritas mental dan fisik, serta hak untuk hidup.”²⁴⁰

Konsepsi dan makna *blasphemy* telah berkembang dan cenderung semakin mempunyai cakupan yang luas sehingga terus menjadi isu yang kontroversial karena perbedaan dan ketidakjelasan konseptualnya. Terlebih, dengan perkembangan norma-norma HAM internasional, *blasphemy* bersinggungan dengan perlindungan dan penikmatan HAM, khususnya hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan serta kebebasan berpendapat dan berekspresi.

2. Pengaturan *blasphemy* di berbagai Negara²⁴¹

Saat ini tercatat 71 (tujuh puluh satu) negara, atau sekitar 37% negara-negara di dunia mempunyai hukum tentang *blasphemy*.²⁴² Secara umum, hukum *blasphemy* dibentuk guna melindungi seluruh agama dalam negara-negara tersebut, dan terdapat 15 negara yang memberlakukan hukum *blasphemy* hanya untuk melindungi agama-agama tertentu, seperti Islam, Kristen, Budha, dan Judaism, atau setidaknya mendapatkan perhatian yang lebih daripada agama-agama lainnya. Terdapat negara-negara yang memberlakukan hukum *blasphemy* untuk melindungi seluruh agama, namun praktiknya seringkali hanya melindungi

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Agnes Callamard, “Freedom of Speech and Offence: Why Blasphemy Laws Are Not The Appropriate Response”, Equal Voices, 18, Juni 2006, hlm.3, dalam <https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/blasphemy-hate-speech-article.pdf>, diakses pada 4 Oktober 2017.

²⁴¹ Penelitian tentang Penafsiran terhadap Pasal 156a Huruf a KUHP tentang Penodaan Agama (Analisis Hukum dan Hak Asasi Manusia), LeIP dan Handa Center, 2018.

²⁴² Berdasarkan kewilayahan, 25,4% berada di Timur Tengah dan Afrika Utara, 25,4% di Asia-Pasifik, 22,5% di Eropa, 15,5% di Sub-Sahara Afrika, dan 11,2% di Benua Amerika. Lihat Joelle Fiss dan Jocelyn Getgen Kestenbaum, *Respecting Rights? Measuring the World's Blasphemy Laws*, United States Commission on International Religious Freedom, Juli 2017, hlm. 3, 17.

agama tertentu, misalnya Malaysia yang praktiknya melindungi agama Islam dan Polandia yang melindungi agama Kristen.²⁴³

Pengaturan tentang Perlindungan Agama dalam Hukum Blasphemy	
Agama yang dilindungi	Contoh Negara
Islam	Afghanistan, Somalia, Tanzania, Aljazair, Iran, Yordania, Maroko dan Sahara Barat, Arab Saudi, Uni Emirat Arab (UEA), Yaman.
Kristen	Austria, Finlandia, Jerman, Yunan.
Budha	Thailand
Seluruh agama namun praktiknya agama tertentu	Malaysia (Islam), Polandia (kristen).
Lain-lain	Qatar (Agama Nabi Ibrahim, diantaranya Islam, Kristen, dan Judaism).

Pengaturan tentang cakupan hukum *blasphemy* di berbagai negara berbeda-beda. Pertama, *blasphemy* adalah perbuatan yang menghina, menyerang, atau tidak menghormati Tuhan atau hal-hal yang sakral atau suci dalam suatu agama. Kedua, *blasphemy* tidak hanya mencakup perbuatan yang menghina, menyerang, atau tidak menghormati Tuhan suatu agama, atau hal-hal yang sakral atau suci dalam suatu agama, namun juga termasuk penyerangan, penghinaan, atau tidak menghormati perasaan keagamaan penganutnya (*religious feeling*). Ketiga, di sejumlah negara hukum-hukum *blasphemy* juga mencakup perbuatan-perbuatan lainnya seperti penyebaran agama selain Islam, menyerang pimpinan agama, menggoyahkan keyakinan orang Islam, seorang muslim yang diketahui memakan babi, bahkan juga mencakup aturan tentang pelanggaran atheis pelanggaran murtad (*apostasy*).

Pengaturan Cakupan Perbuatan Blasphemy di Berbagai Negara	
Bentuk Perbuatan	Contoh Negara
Menghina, menyerang, atau tidak menghormati Tuhan atau hal-hal yang sakral atau suci dalam suatu agama	Thailand, Yunani, Finlandia, Jerman, Irlandia, Italia, Leichstentein, Montenegro, Turki, Nigeria, Brazil, El Savador, dan lain-lain
Menghina, menyerang, atau tidak menghormati Tuhan atau hal-hal yang sakral atau suci dalam suatu agama, atau tidak menghormati perasaan keagamaan penganutnya (<i>religious feeling</i>)	India, Filipina, Kazakhstan, Pakistan, Austria, Cyprus, Polandia, Rusia, Ethiopia, Gambia, dan lain-lain.
Menyebarkan agama selain Islam	Aljazair, Tunisia, Jordania.
Menyerang pimpinan agama	Rwanda.
Menggoyahkan keyakinan orang Islam	Aljazair, Maroko.
Muslim memakan babi	Uni Emirat Arab
Atheis	Bangladesh, Kuwait.

243 International Coalition against Blasphemy Law, dalam www.end-blasphemy-laws.org, diakses pada 4 November 2017.

Laporan *United States Commission on International Religious Freedom* 2017 menyebut, kebanyakan hukum-hukum *blasphemy* tidak dirumuskan dengan jelas dan tidak sesuai dengan standar-standar hukum internasional. Khususnya, hukum-hukum *blasphemy* tersebut gagal merumuskan unsur ‘niat’ yang spesifik dan merumuskan cakupan tindakan-tindakan yang dilarang.²⁴⁴ Namun, ada negara yang juga mengatur alasan-alasan suatu perbuatan tidak dapat dikenakan tuduhan penghinaan agama jika dilakukan dengan “niat baik” dan “diutarakan dengan bahasa yang layak”.²⁴⁵ Hal ini yang diatur dalam Pasal 296 Hukum Pidana Kanada:

No person shall be convicted of an offence under this section for expressing in good faith and in decent language, or attempting to establish by argument used in good faith and conveyed in decent language, an opinion on a religious subject.

(jika seseorang mengutarakan pendapat atau berusaha untuk menetapkan argumen berkenaan dengan agama yang dibuat dengan itikad baik dan diutarakan dengan bahasa yang layak maka tidak dapat dipidana dengan ketentuan tersebut).

Negara-Negara yang memasukkan unsur “niat”	
Negara-Negara yang menjelaskan unsur ‘niat’ secara spesifik	
Bahasa tentang ‘niat’	Negara
“intention” (niat) atau “intending” (berniat)	Brunei, Bangladesh, Cyprus, India, Malaysia, Nigeria, Sudan Selatan Sri Lanka, St. Vincent and the Grenadines, Tanzania, Zambia, Zimbabwe
“Good faith” (itikad baik)	Kanada, Guyana, St. Lucia. (sebagai catatan, maksud “good faith” dalam hukum pidana Kanada ini adalah seseorang tidak dapat dipidana melakukan <i>blasphemous libel</i> jika dengan itikad baik dan dalam bahasa yang layak).
“Maliciously” (dengan niat jahat, yang membahayakan)	Yunani, Swiss
“Purpose of offending,” “in order to offend” (dengan tujuan untuk menyinggung)	Finlandia, Russia, Spanyol
“Deliberate,” (sengaja) “deliberately” (dengan sengaja) or “deliberate intention” (niat yang disengaja)	Indonesia, Kazakhstan, Singapura

Sumber: Joelle Fiss and Jocelyn Getgen Kestenbaum, *Respecting Rights? Measuring the World’s Blasphemy Laws*, *United States Commission on International Religious Freedom*, Juli 2017, hlm 24.

244 Fiss dan Jocelyn, *op.cit.*, hlm. 24.

245 Selain Kanada, Ketentuan yang menyatakan pendapat dengan itikad baik dan diutarakan dengan bahasa yang layak tidak dapat dipidana juga terdapat di Guyana.

Hukum *blasphemy* di berbagai negara menerapkan sanksi yang beragam, mulai dari pidana denda sampai pidana mati, yang diterapkan secara terpisah atau diterapkan secara kumulatif (gabungan sanksi pidana). Sebagian besar negara-negara menerapkan hukum penjara untuk perbuatan *blasphemy*. Iran dan Pakistan adalah contoh dua negara yang menerapkan hukuman tinggi, yakni sampai pada hukuman mati terhadap tindakan yang “menghina Nabi”. Di Qatar, Malaysia, dan Uni Emirat Arab, hanya menerapkan hukuman mati untuk perbuatan *blasphemy* berupa murtad. Sementara Sudan adalah contoh negara yang menerapkan hukuman badan, diantaranya hukuman cambuk yang tidak melebihi 40 kali.²⁴⁶ Beberapa negara hanya menjatuhkan pidana denda seperti Austria, Irlandia, dan Rwanda dan sejumlah negara yang hanya menjatuhkan pidana penjara, seperti Bangladesh, Kazakhstan, Jerman, Montenegro, Turki, Nigeria, Tanzania, Kanada, El Salvador, Jordania, Israel, dan Vanuatu. Sementara negara-negara yang menjatuhkan pidana penjara dan denda secara kumulatif diantaranya India, Rusia, Somalia, Suriname, Aljazair, Kuwait, Maroko, Oman, dan Yaman. Negara-negara yang menjatuhkan penjara atau denda secara alternatif seperti di Malaysia, Irak, Thailand, Finlandia, dan Qatar. Beberapa negara lain, misalnya Eritrea dan Arab Saudi tidak mencantumkan secara spesifik ancaman hukuman terhadap perbuatan *blasphemy*.

Jenis Sanksi Pidana Untuk Blasphemy Di Berbagai Negara	
Jenis Sanksi Pidana	Negara
Pidana mati (menghina nabi)	Iran, Pakistan.
Pidana mati (murtad)	Qatar, Malaysia, UAE, Arab Saudi, Sudan, Afghanistan, Brunei Darussalam, Iran, Yaman.
Pidana Penjara	Bangladesh, Kazakhstan, Jerman, Montenegro, Turki, Nigeria, Tanzania, Kanada, El Salvador, Jordania, Israel, Vanuatu, Indonesia, Cyprus.
Pidana Denda	Austria, Irlandia, Rwanda.
Pidana penjara dan denda (kumulatif)	India, Rusia, Somalia, Suriname, Aljazair, Kuwait, Maroko, Oman, Yaman.
Pidana Penjara atau denda (alternatif)	Malaysia, Irak, Thailand, Finlandia, Qatar.
Pidana badan (cambuk)	Sudan.
Tidak mencantumkan secara spesifik	Eritrea, Arab Saudi.

246 Ibid., hlm. 25.

Ditengah masih banyaknya negara yang masih memberlakukan hukum *blasphemy*, terdapat negara-negara yang telah menghapus perbuatan yang sebelumnya dikategorikan *blasphemy*. Negara-negara yang telah menghapuskan hukum *blasphemy*, yakni Islandia, Malta, Norwegia, Inggris, Perancis, Denmark, Belanda, dan Swedia, dengan alasan penghapusan yang berbeda-beda.²⁴⁷ Di Islandia, penghapusan dilakukan karena hukum *blasphemy* melanggar "*freedom of expression*"²⁴⁸ dan di Denmark dengan alasan melanggar "*freedom of speech*".²⁴⁹ Di Malta, alasan penghapusan karena tidak sejalan dengan konsep negara demokrasi, sebagaimana dinyatakan oleh *Justice Minister Owen Bonnici*, bahwa "*In a democratic country, people should be free to make fun of religions, while not inciting hatred*".²⁵⁰

Prancis, perkembangan negaranya yang menganut pemisahan antara kekuasaan agama dan kekuasaan negara, menjadi salah satu dasar penghapusan hukum *blasphemy*.²⁵¹ Di Inggris, penghapusan hukum *blasphemy*, diajukan Evan Harris, dengan alasan aturan untuk mengatasi kemarahan publik dapat menggunakan aturan ketertiban umum, dan Tuhan tidak memerlukan perlindungan. Setelah melalui perdebatan panjang, Inggris akhirnya menghapus aturan *blasphemy* dalam hukum nasional mereka.²⁵² Di Belanda, pada 2014 mayoritas anggota Parlemen menyetujui untuk menghapuskan pasa *blasphemy* atau hukum yang menghina Tuhan (*insulting God*) yang dibentuk pada tahun 1930an.²⁵³

Di sejumlah negara lain muncul gerakan masyarakat untuk menghapuskan aturan tentang *blasphemy*. Di Irlandia, terjadi perdebatan tentang upaya untuk menghapus *blasphemy*, yang diajukan oleh *The Constitutional Convention* dengan rekomendasi adanya referendum. Perdana Menteri Irlandia saat itu, Enda Kenny, menyatakan referendum tersebut tidak akan terlaksana selama ia memimpin pemerintahan, sementara Menteri Komunikasi Irlandia, Alex White, menyatakan Pemerintah Irlandia harus menyelenggarakan referendum tersebut

247 Blasphemy in New Zealand, "Countries that have repealed or abolished blasphemey laws" dalam <http://blasphemy.nz/international/countries-that-have-repealed-or-abolished-blasphemy-laws/>, diakses pada 20 Januari 2018.

248 Deutsche Welle, "Iceland MPs vote to abolish blasphemy laws", dalam <http://www.dw.com/en/iceland-mps-vote-to-abolish-blasphemy-laws/a-18560798>, diakses pada 20 Januari 2018.

249 Humanisme UK, "Denmark becomes fifth European country to abolish 'blasphemy' laws since 2015", dalam <https://humanism.org.uk/2017/06/02/denmark-becomes-fifth-european-country-to-abolish-blasphemy-laws-since-2015/>, diakses pada 20 Januari 2018.

250 Negara yang memberikan perlindungan khusus terhadap agama Islam adalah Afghanistan, Somalia, Tanzania, Aljazair, Iran, Yordania, Maroko dan Sahara Barat, Arab Saudi, Uni Emirat Arab (UEA), dan Yaman. Sementara Austria, Finlandia, Jerman dan Yunani memberikan perhatian khusus kepada penghinaan terhadap gereja atau agama Kristen, Thailand memberikan perhatian khusus kepada penghinaan terhadap agama Budha, dan Qatar memberikan perlindungan khusus kepada agama-agama yang dibawa oleh Nabi Ibrahim, yaitu Islam, Kristen, dan Judaism.

251 International Coalition against Blasphemy Law "France", dalam <https://end-blasphemy-laws.org/countries/europe/france/>, diakses pada 20 Januari 2018.

252 Lucinda Maer, "The Abolition of the Blasphemy Offences", dalam <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN04597>, diakses pada 4 Oktober 2017.

253 Frud Behzan, "Dutch Parliament To Revoke Blasphemy Law", <https://www.rferl.org/a/dutch-parliament-revokes-blasphemy-law/24785198.html>, diakses pada 7 Maret 2018. Lihat juga "Countries that have repealed or abolished blasphemy laws", dalam <http://blasphemy.nz/international/countries-that-have-repealed-or-abolished-blasphemy-laws/>, diakses pada 7 Maret 2018.

yang mengutip rekomendasi *the 1991 Law Reform Commission* dan *the 1996 Constitution Review Group* yang menyebutkan penghapusan aturan *blasphemy* dari hukum nasional Irlandia.²⁵⁴ Di Jamaika, laporan *government-committee* mengusulkan penghapusan aturan tentang *blasphemy* tersebut yang diterima oleh *House of Representative* pada 2011. Namun, usulan tersebut tidak dijalankan dan Jamaika masih memiliki aturan mengenai *blasphemy*.²⁵⁵

Hukum-hukum *blasphemy* saat ini masih berlaku di banyak negara, meski sejumlah negara mulai menghapuskannya. Dalam perkembangannya, khususnya di negara-negara Eropa, hukum-hukum *blasphemy* disesuaikan dengan prinsip-prinsip yang menghormati HAM dan fokus pada upaya untuk menangkal intoleransi dan kejahatan-kejahatan yang berbasiskan kebencian (*hate crimes*).

3. Kasus-Kasus terkait dengan Blasphemy di Pengadilan HAM Eropa²⁵⁶

Pengadilan HAM Eropa atau *European Court of Human Rights* (ECtHR) adalah peradilan tingkat regional Eropa yang berwenang untuk mengadili sengketa atas pelaksanaan Konvensi HAM Eropa. ECtHR telah mengadili berbagai kasus yang terkait dengan dugaan pelanggaran HAM yang dilakukan oleh negara-negara Eropa terhadap individu atau organisasi. ECtHR melakukan pemeriksaan atas kebijakan, regulasi atau putusan pengadilan nasional yang dianggap (oleh pengadu) telah melanggar HAM berdasarkan Konvensi.

Dua ketentuan penting dalam Konvensi HAM Eropa Pasal-pasal yang sering digunakan dalam mengadili kasus-kasus *blasphemy* adalah Pasal 9 dan Pasal 10, yang keduanya mengatur tentang perlindungan hak juga memberikan ruang ‘pembatasan yang dibolehkan’ (*permissible restrictions*) dalam pelaksanaan hak-hak tersebut. Pasal 9 Konvensi mengatur tentang kebebasan berfikir, berhati nurani dan beragama. Pasal 9 menyatakan:

“(1) setiap orang berhak atas kebebasan berfikir, berhati nurani dan beragama; hak ini mencakup kebebasan untuk berganti agama atau keyakinan, dan kebebasan untuk, baik secara sendiri atau dengan orang lain dalam komunitas secara terbuka atau diam-diam, melaksanakan agama atau keyakinannya dalam beribadah, pengajaran, pengamalan dan penataan agama.

(2) kebebasan untuk melaksanakan agama atau keyakinannya itu hanya dapat dikenai pembatasan yang diatur oleh hukum (undang-undang) dan diperlukan dalam suatu masyarakat yang demokratis demi kepentingan keselamatan umum, untuk menjaga ketertiban, kesehatan atau moral, atau untuk melindungi hak-hak dan kebebasan orang lain”.

254 International Coalition against Blasphemy Law “*Ireland*”, dalam <https://end-blasphemy-laws.org/countries/europe/ireland/>, diakses pada 20 Januari 2018.

255 *Ibid.*

256 Penelitian tentang Penafsiran terhadap Pasal 156a Huruf a KUHP tentang Penodaan Agama (Analisis Hukum dan Hak Asasi Manusia), LeIP dan Handa Center, 2018.

Pasal 10 Konvensi HAM Eropa mengatur tentang perlindungan hak atas kebebasan berekspresi, yang menyatakan:

“(1) “setiap orang berhak atas kebebasan berekspresi; hak ini mencakup kebebasan berpendapat dan kebebasan untuk menerima dan memberikan keterangan tanpa campur tangan suatu instansi (institusi) umum dan tanpa mengindahkan perbatasan-perbatasan. Pasal ini tidak akan menghalangi suatu Negara untuk memberikan syarat izin usaha untuk penyiaran, televisi” atau bioskop”.

(2) Pelaksanaan segala kebebasan ini, karena membawa berbagai kewajiban dan tanggung jawab masing-masing, harus mengikuti formalitas, persyaratan atau pidana, yang diatur dengan undang-undang dan diperlukan dalam suatu masyarakat demokrasi demi kepentingan keamanan, integritas/kedaulatan wilayah atau keselamatan umum; untuk mencegah kekacauan atau kejahatan, menjaga kesehatan atau kesusilaan umum, melindungi nama baik atau hak orang lain, menghalangi pengungkapan keterangan yang telah diterima sebagai rahasia, atau guna mempertahankan kekuasaan dan netralitas peradilan.”

- **Doktrin “Margin of Appreciation”**

ECtHR dalam mengadili berbagai kasus menerapkan doktrin “*Margin of appreciation*”, yakni doktrin yang memberikan ruang atau memperbolehkan negara-negara di Eropa membuat kebijakan ‘tertentu’ dalam melaksanakan kewajiban berdasarkan Konvensi. Doktrin ini memainkan peranan penting, bahwa Konvensi dapat dilaksanakan dengan pemikiran adanya perbedaan-perbedaan situasi (budaya, tradisi atau pandangan hidup warga negara) atau perbedaan terkait dengan sistem hukum di negara-negara Eropa. Berdasarkan doktrin ini, pihak legislatif, eksekutif dan yudikatif negara-negara Eropa melaksanakan atau membuat ‘diskresi’ dengan batas tertentu ketika mereka melaksanakan fungsinya terkait dengan Konvensi.

Perbedaan-perbedaan tersebut menimbulkan perbedaan dalam mengimplementasikan Konvensi, yang sering menjadi sengketa hak di ECtHR. Dalam konteks ini, ECtHR mempunyai mandat untuk menginterpretasikan Konvensi dan juga berkewajiban untuk menghormati kedaulatan negara-negara Eropa. Doktrin *margin of appreciation* memberikan mekanisme atau standar bagi ECtHR untuk menilai apakah penerapan Konvensi oleh negara-negara sesuai dengan tradisi/budaya dan sistem hukum mereka tanpa mengurangi/melanggar tujuan-tujuan Konvensi. Doktrin ini merupakan ekspresi atas hubungan antara pengujian dalam level internasional dengan sistem hukum nasional.

Belum ada batasan pasti tentang cakupan *margin of appreciation*, karena penerapan doktrin ini biasanya didasarkan pada kasus per kasus sehingga cakupannya bervariasi tergantung situasi masing-masing kasus. Dengan pendekatan kasus per kasus, doktrin ini menjadi alat

yang efektif bagi negara untuk membela diri dihadapan ECtHR ketika mereka menghadapi tuduhan pelanggaran HAM (pelanggaran Konvensi). Doktrin ini memberikan fleksibilitas yang diperlukan bagi negara untuk menghindari sengketa antara ECHR dan negara-negara Eropa serta memungkinkan ECtHR untuk menyeimbangkan antara kedaulatan negara dan kewajiban terhadap Konvensi. Namun demikian, penerapan doktrin ini dilakukan dengan merujuk pada sejumlah prinsip interpretasi, diantaranya: (i) perlindungan yang efektif; (ii) subsidiaritas dan review; (iii) pembatasan yang dibolehkan berdasarkan pada Konvensi (berdasarkan hukum/*prescribed by law*, untuk tujuan-tujuan yang sah/*legitimate aim*, dan diperlukan dalam masyarakat demokratis/*necessary in a democratic society*) ; (iv) proporsionalitas; dan (v) Standar dari Konsensus Eropa sebagaimana tertuang dalam Konvensi.²⁵⁷

- **Contoh-Contoh Kasus-Kasus terkait Blasphemy di Pengadilan HAM Eropa**

- 1) **Kasus Wingrove v Inggris**²⁵⁸

Nigel Wingrove adalah sutradara film yang membuat film berjudul 'Vision of Ecstasy', yang bercerita tentang kehidupan St Teresa of Avila. Film ini diajukan ke Badan Klasifikasi Film Inggris (*the British Board of Film Classification*) untuk secara sah menjual atau menayangkan film ke publik. Badan ini menolak memberikan izin sesuai *the Video Recordings Act 1984* karena materinya dianggap menghina keyakinan dan akan dianggap melanggar UU jika mengedarkan film dalam kondisi apapun. Badan ini beralasan bahwa film akan menimbulkan 'kemarahan atas perlakuan yang tidak dapat diterima terhadap subyek yang sakral'. Wingrove mengajukan banding ke *Video Appeals Committee* namun juga di tolak. Wingrove kemudian mengajukan kasus ini ke ECtHR dengan alasan adanya pelanggaran terhadap pasal 10 Konvensi.

ECHR mendukung tindakan Badan Klasifikasi dengan alasan bahwa tindakan itu telah sesuai dengan hukum dan ditujukan untuk adanya tujuan yang sah dalam melindungi keyakinan Kristen dari ekspresi yang menghina. EHtRC juga menyatakan bahwa tindakan Badan ini diperlukan dalam masyarakat yang demokratis sesuai dengan pasal 10 Konvensi, karena hukum pidana Inggris telah memberikan perlindungan yang memadai bagi kebebasan berekspresi seseorang dari tindakan pembatasan yang sewenang-wenang. ECtHR memutuskan bahwa tindakan Badan Klasifikasi tidak melanggar Pasal 10 Konvensi atau melanggar kebebasan berekspresi, karena tindakan tersebut telah sesuai dengan hukum (nasional) dan sesuai dengan tujuan yang sah untuk melindungi hak-hak orang lain.

257 https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P65_400

258 Global Freedom of Expression, *Handyside v United Kingdom*, Colombia University, dalam <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/handyside-v-uk/>, diakses pada 7 November 2017. Wordlii.com, "*Case of Wingrove v The United Kingdom*", dalam <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1996/60.html>, diakses pada 4 Oktober 2017.

ECHR juga menyebut adanya 'margin of appreciation' yang lebih luas bagi negara dalam membatasi kebebasan berekspresi terkait dengan isu 'moral' atau 'agama'. Hukum Inggris tidak melarang kebebasan berekspresi dalam segala bentuknya terkait dengan pandangan terhadap agama Kristen, namun cara untuk mengungkapkan pandangan tersebutlah yang dapat menjadi tindakan yang menghina (*blasphemous*). Tindakan Badan Klasifikasi bukan merupakan tindakan sewenang-wenang atau melampaui batas (*excessive*) serta tidak melampaui 'margin of appreciation'.

2) Kasus *Otto-Preminger Institute v Austria*²⁵⁹

Otto-Preminger-Institute merupakan organisasi mengoperasikan bioskop di Innsbruck, Austria yang akan menayangkan film *Das Liebeskonzil*. Film berdasarkan naskah dari pengarang Oskar Panizza tahun 1894 (penulis ini sebelumnya dituduh melakukan penghinaan), yang menggambarkan Jesus dan Maria dalam bentuk yang kritis. Berdasarkan permintaan Keuskupan Gereja Katholik Roma Innsbruck, Pemerintah Austria menyita film tersebut, setelah ditayangkan secara privat dihadapan hakim. *Otto-Preminger-Institut* menganggap tindakan ini melanggar pasal 10 Konvensi atau melanggar kebebasan ekspresi artistik.

ECtHR memutuskan bahwa tindakan Pemerintah Austria adalah sah dan tidak melanggar pasal 10 Konvensi. Pengadilan juga menyatakan bahwa otoritas nasional berhak atas penggunaan 'margin of appreciation' dalam menilai keperluan untuk melakukan pembatasan demi mencegah serangan terhadap keyakinan agama.

ECtHR menyatakan bahwa penyitaan film untuk tujuan yang sah berdasarkan pasal 10 Konvensi, dengan menyebut bahwa cara atau tindakan terkait dengan keyakinan dan doktrin agama yang ditentang atau ditolak adalah masalah yang menyangkut kewajiban negara untuk memastikan penikmatan HAM secara damai bagi para penganut agama dan keyakinan tersebut, yang dilindungi pasal 9 Konvensi. Pasal 188 hukum pidana Austria dimaksudkan untuk menghentikan tindakan yang menyasar agama yang bisa menyebabkan kemarahan. ECtHR menganggap bahwa hukum ini ditujukan untuk melindungi orang-orang yang agamanya dihina oleh ekspresi di ruang publik.

ECtHR merujuk pada putusan *Handyside v United Kingdom*, yang menyatakan bahwa Pasal 10 Konvensi tidak hanya diterapkan untuk 'informasi' dan 'ide' yang tidak menyerang dan berbeda, tetapi juga terhadap informasi dan ide yang mengguncangkan, menyerang atau mengganggu negara atau masyarakat. Dengan pandangan ini, Pengadilan Domestik Austria tidak melampaui batas ketentuan tentang 'margin of appreciation' karena adanya 'kebutuhan sosial yang mendesak' (*pressing social need*) untuk menjaga kedamaian beragama. Niat untuk memutar film di kota, dimana sebagian besar warganya adalah mayoritas Katholik Roma, merupakan ekspresi

259 *Otto-Preminger-Institut v Austria* 13470/87, (1995) 19 EHRR 34, [1994] ECHR 26 (20 September 1994), dalam <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1994/26.html>, diakses pada 4 Oktober 2017.

yang secara publik menyebabkan ketersinggungan. ECtHR juga mempertimbangkan bahwa dalam penyitaan film, pihak berwenang Austria bertindak untuk memastikan keadamaian agama di wilayahnya dan mencegah perasaan orang-orang tentang adanya obyek serangan terhadap keyakinan agamanya dalam cara yang tidak beralasan dan menyerang.

3) Kasus Klein v Slovakia

Pada Maret 1997, majalah mingguan *Domino Efekt* menerbitkan artikel yang ditulis oleh Martin Klein (jurnalis dan kritikus film). Klein mengkritik usulan Uskup Jan Sokol untuk menghentikan distribusi dan iklan film “The People v. Larry Flint”, dan artikelnya juga berisi istilah ‘slang’ dan sindiran yang vulgar dan mengkiaskan dugaan adanya kerja sama antara Uskup dengan polisi rahasia rezim komunis (sebelumnya) serta mengajak anggota gereja untuk meninggalkan gereja mereka.

Klein diproses pidana dan dijatuhi pidana karena dianggap menghina secara publik keyakinan sekelompok warga. Dia dijatuhi hukuman denda EUR 375 berdasarkan Pasal 198 Hukum Pidana Slovakia. Pengadilan Slovakia menyatakan artikel tersebut merupakan serangan yang vulgar dan tidak masuk dalam kategori perlindungan berdasarkan pasal 10 Konvensi HAM Eropa. Pengadilan menyatakan materi Artikel Klein telah melanggar hak-hak penganut keyakinan Kristen yang dilindungi oleh Konstitusi.

ECtHR berbeda pandangan dengan Pengadilan Slovakia. ECtHR menganggap Klein tidak berupaya mendiskreditkan dan meremehkan sejumlah penganut keyakinan Katholik. ECtHR menerima argumen Klein bahwa sejumlah anggota gereja mungkin merasa diserang karena kritiknya terhadap Uskup, namun hal itu tidak mengubah posisi Uskup. ECtHR menyatakan bahwa Artikel tersebut tidak terlalu mencampuri hak-hak penganut keyakinan untuk mengekspresikan dan melaksanakan keyakinannya, atau merendahkan materi keyakinan agama mereka. Artikel secara khusus hanya mengkritik Uskup, sehingga menghukum Klein dengan tuduhan penghinaan terhadap keyakinan penganut lainnya tidak layak/semestinya (*inappropriate*) berdasarkan situasi dalam kasus ini.

Dengan alasan tersebut, meski adanya pernyataan yang vulgar dalam artikel tersebut, ECHR menyatakan bahwa hal itu tidak bisa disimpulkan penerbitan artikel telah mencampuri/mengganggu (*interference*) hak-hak kebebasan beragama sebagai dasar untuk memberikan sanksi kepada Klein. Tuduhan atas gangguan dan hubungannya dengan kebebasan berekspresi dalam konteks ini tidak sejalan dengan ‘pressing social need’ dan juga tidak sejalan dengan asas proporsionalitas untuk mencapai tujuan yang sah. ECtHR juga sepakat bahwa ‘interference’ (dalam putusan pengadilan Slovakia) terhadap kebebasan berekspresi Klein bukan merupakan bentuk ‘necessary in a democratic society’ dan oleh karenanya sanksi terhadap Klein tersebut merupakan pelanggaran Pasal 10 Konvensi HAM Eropa.

4) Kasus *Giniewski v France*²⁶⁰

Paul Giniewski adalah jurnalis kebangsaan Austria yang tinggal di Perancis. Pada Januari 1994, dia menulis artikel di Koran *Le quotidien de Paris* dengan judul 'the Obscurity of Error' terkait dengan surat Paus John Paul II tentang 'the splendour of truth'. Artikelnya berisi analisis kritis atas posisi Paus dan berupaya untuk membangun argumen tentang cakupan sejumlah doktrin (agama) dan kemungkinan hubungannya dengan asal mula holocaust. Asosiasi "General Alliance against Racism and for the Respect of the French and Cristian Identity" (AGRIF) mengadukan Giniewski, koran dan direktur penerbitan, dengan tuduhan bahwa mereka telah menerbitkan pernyataan rasial yang menghina terhadap Komunitas Kristen.

Pengadilan pertama menyatakan mereka bersalah melakukan penghinaan namun dibebaskan pada tingkat banding. Pengadilan tingkat pertama menyatakan bahwa mereka melakukan pelanggaran atas penghinaan secara publik terhadap suatu kelompok berdasarkan pada keanggotaan agama, yakni komunitas Kristen. Pada tingkat banding, pengadilan membatalkan keputusan pengadilan sebelumnya sehingga mereka dibebaskan serta membatalkan gugatan perdata kepada mereka. Namun, pengadilan tingkat kasasi memberikan putusan yang berbeda dengan putusan banding, khususnya terhadap dimungkinkannya gugatan perdata, sehingga pada terdakwa bebas dari tuduhan pidana tetapi kasus perdata tetap berjalan. Dalam kasus perdata, mereka diminta untuk membayar kerugian FRF 1 ke AGRIF dan mengumumkan putusan ini di surat kabar nasional dengan biaya mereka.

Mereka mengajukan gugatan ke ECtHR untuk mendapatkan keadilan berdasarkan Pasal 10 Konvensi, dengan argumen bahwa telah terjadi penghukuman yang tidak semestinya dan tidak proporsional terhadap artikel tersebut, karena artikel tersebut yang mungkin menggonggokkan sejumlah orang tetapi artikel tersebut telah berkontribusi pada debat publik. ECtHR menyatakan bahwa hukuman terhadap mereka tidak diragukan lagi merupakan pembatasan dalam pelaksanaan kebebasan berekspresi. Pembatasan ini juga merupakan bentuk dari '*prescribed by law*', sesuai dengan bagian 29 dan 32 paragraf 2 UU 29 July 1881. ECtHR kemudian menyatakan bahwa pembatasan ini untuk tujuan yang sah untuk melindungi hak-hak orang lain.

ECHR kemudian menilai apakah pembatasan ini sesuai dengan prinsip '*necessary in a democratic society*'. ECHR mengakui bahwa kebebasan berekspresi merupakan dasar yang penting dalam masyarakat yang demokratis dan meskipun ekspresi tersebut menyerang, mengguncangkan atau mengganggu, ekspresi ini dilindungi berdasarkan Pasal 10 Konvensi. ECtHR mempertimbangkan bahwa negara-negara dapat menerapkan '*margin of appreciation*'

²⁶⁰ Diakses dari <https://www.article19.org/resources.php/resource/2425/en/ecthr:-giniewski-v-france>, diakses pada 4 Oktober 2017.

namun penerapannya tidak tak terbatas. Untuk memutuskan kasus ini, perlu ada penilaian apakah tindakan pemerintah (putusan pengadilan) tersebut sesuai dengan adanya '*pressing social need*' dan '*proportionate to the legitimate aim pursued*'.

Pemerintah Perancis berargumen bahwa Artikel telah menuduh 'Katholik dan, secara umum, Penganut Kristen bertanggung jawab pada kejahatan Nazi' dan oleh karenanya penganut Kristen ini merupakan korban penghinaan berdasarkan keyakinan mereka. ECtHR menolak argumen ini karena meski artikel mengkritik Paus dan posisinya, artikel tidak memperluas serangan pada Kristen. ECHR menyatakan bahwa maksud penulis artikel adalah membangun argumen tentang cakupan atas doktrin yang spesifik dan hubungannya dengan asal mula holocaust, yang merupakan suatu pertanyaan atas kepentingan publik yang tidak terbantahkan dalam suatu masyarakat yang demokratis. Artikel juga bukan merupakan 'serangan tak beralasan' dan tidak menyatakan keraguan atas fakta sejarah, sehingga hukuman kepada mereka atas penghinaan publik terhadap Komunitas Kristen tidak sesuai dengan '*pressing social need*'.

ECtHR kemudian mempertimbangkan apakah pembatasan tersebut '*proportional to the legitimate aim pursued*'. ECtHR memutuskan bahwa pembatasan (melalui sanksi pengadilan) tidak sesuai dengan prinsip '*proportional to the legitimate aim pursued*' dan hal ini tidak bisa dipertimbangkan sebagai '*necessary in a democratic society*', karena tidak ada justifikasi yang sah atas pembatasan tersebut. Oleh karenanya, tindakan pemerintah Perancis dan Putusan Pengadilannya merupakan pelanggaran Pasal 10 Konvensi HAM Eropa.

[Mengenai Kasus-Kasus Penodaan Agama di Indonesia lihat Buku: Buku: Penafsiran Terhadap Pasal 156A Huruf A tentang Penodaan Agama (Analisis Hukum dan Hak Asasi Manusia)]

Studi Kasus

Setiap kelompok melakukan diskusi kelompok dengan menjawab pertanyaan-pertanyaan, setidaknya-tidaknya sebagai berikut:

1. Dimensi HAM apa sajakah yang ada dalam kasus tersebut?
2. Pasal-pasal HAM apa sajakah yang terkait dengan kasus tersebut?
3. Apakah terdapat pertentangan antara aturan hukum yang ada dengan prinsip-prinsip HAM (*Enforcing the law vs Protecting human rights*)?

Kasus 1: Pelecehan Agama Lain Yang Diketahui Direkam

Rizal Watuwalik adalah seorang penceramah terkemuka di Kota Lombok, Nusa Tenggara Barat. Ia sangat sering diundang untuk memberikan ceramah di acara-acara keagamaan, mulai level Kecamatan, hingga level Nasional. Ia pun rutin menyelenggarakan acara dakwah di pondok pesantren “Pasti Masuk Surga” yang dibangunnya sejak tahun 1980, 2 kali sebulan, yaitu setiap Kamis minggu pertama dan ke-empat setiap bulannya. Dengan segala pencapaiannya itu, Rizal menjadi salah satu pendakwah tersohor dari Lombok.

Pada hari Kamis, 31 Mei 2018, diadakan acara ceramah oleh Rizal Watuwalik di Pondok Pesantren Pasti Masuk Surga dengan judul “Siapa Tuhanmu?”. Acara tersebut dihadiri oleh seluruh santri Pondok Pesantren tersebut dan masyarakat sekitar. Ketika membuka sesi tanya jawab, ada seorang santri bernama Andih Gani bertanya tentang persamaan dan perbedaan konsep Ketuhanan dalam Islam dan agama lainnya. Atas pertanyaan tersebut, pada awalnya Rizal masih menjawab dengan serius. Namun, ditengah penjelasan, ia kemudian menyatakan “Pak..Bu..sudah paling benar agama kita, bukan si kafir Kristen itu, bukan si Hindu yang menyembah banyak Tuhan, bukan juga si Budha yang Tuhannya saja tidak tahu Tuhan atau bukan..Itu orang-orang sesat semua..kalau Tuhannya ada 3 kayak si kafir Kristen sama si Hindu, lah terus yang paling atas yang mana? Ketuanya siapa? Hompimpa gitu?”. Penjelasan tersebut pun mengundang gelak tawa di kalangan penonton.

Seperti biasanya, setiap ceramah Rizal Watuwalik direkam dan di-*upload* ke kanal *youtube* miliknya bernama “Wangi Surga” yang telah memiliki 500.000 (lima ratus ribu) *subscriber* atau pelanggan. Tujuannya, agar orang-orang yang tidak sempat datang melihat ceramahnya secara langsung dapat menonton ceramah tersebut melalui *youtube*. Dalam beberapa kesempatan, Rizal pun menyampaikan bahwa terdapat kanal *youtube* miliknya yang berisi video-video rekaman ceramahnya yang dapat ditonton setiap saat oleh setiap orang.

Untuk video ceramah “Siapa Tuhanmu?”, sehari setelah video tersebut di-*upload*, ternyata banyak orang yang menonton video tersebut. Kolom komentar pun dibanjiri sanjungan dan pujian terhadap Rizal, namun tidak sedikit pula yang menghujat pernyataannya. Hingga

akhirnya, salah satu penonton video tersebut, Diah Fariyah, melaporkan Rizal Watuwalik kepada kepolisian atas pernyataannya dalam video tersebut.

Kasus 2: Video Menginjak dan Membakar Al-qur'an

Pada Hari Rabu, tanggal 10 Agustus 2016, sekitar pukul 23.00 WIB, Ricardo Tuwila datang ke rumah temannya, Naryo Tasman, di Desa Sugeng Dawet, Purworejo, Jawa Tengah, dengan maksud hanya untuk mengobrol. Sekitar pukul 23.15 WIB, saat sedang asyik berbincang, tiba-tiba Ricardo meminta Naryo mencarikan sebuah Al-qur'an di rumah Naryo. Naryo kemudian mengambil Al-qur'an yang ada di ruang tamunya dan diberikan kepada Ricardo. Setelah itu, Ricardo mengajak Naryo ke halaman belakang rumah Naryo.

Sesampainya di halaman belakang, Ricardo memberikan *handphone* miliknya kepada Naryo dan meminta Naryo untuk merekam video dirinya. Kemudian, Ricardo meletakkan Al-qur'an di lantai dan menginjaknya dengan kedua kakinya sembari meletakkan tangannya di dada seperti orang berdoa. Naryo sempat mempertanyakan hal tersebut, namun Ricardo tetap meminta Naryo untuk merekam peristiwa tersebut. Akhirnya, Naryo merekam video Ricardo dengan pose tersebut.

Tidak Lama kemudian, Ricardo mengambil korek dari saku celananya dan membakar Al-qur'an yang tadi diinjaknya. Naryo sempat marah melihat peristiwa tersebut. Tetapi, Ricardo menyatakan bahwa Al-qur'an tersebut sudah usang dan sulit dibaca sehingga lebih baik dibakar agar siapapun yang menggunakan Al-qur'an tersebut tidak salah membaca ayat dan tidak berdosa. Ricardo pun berjanji akan membelikan sebuah Al-qur'an baru untuk mengganti Al-qur'an yang ia bakar. Naryo pun diam dan tetap merekam peristiwa pembakaran Al-qur'an tersebut.

Setelah kejadian itu, Ricardo meminta Naryo untuk mem-*posting* foto tersebut di akun *facebook* milik Ricardo sembari memberikan *username* dan *password* nya. Naryo pada awalnya menolak dan tidak mau melakukannya. Namun, Ricardo menyatakan bahwa kalau terjadi apa-apa, maka dia yang akan bertanggung jawab. Akhirnya, Naryo mem-*posting* foto tersebut di akun *facebook* milik Ricardo dengan nama profil "Ricardo van Doricar". Keesokan harinya, *postingan* tersebut viral di media sosial hingga akhirnya Ricardo ditangkap oleh pihak berwajib.

Kasus 3: Transfusi Darah Yang Dilarang Agama

Idrus Tamar adalah seorang penganut agama Minuwa yang taat, sebuah agama yang dianut oleh masyarakat Kota Walada. Ketaatan itu membawa Idrus mempelajari dan mencari tahu lebih banyak tentang agama Minuwa. Hingga akhirnya, ia menemukan bahwa terdapat beberapa aliran dalam agama Minuwa, salah satunya adalah aliran Ronsitok. Idrus pun

tertarik dengan aliran Ronsitok dan mempelajari aliran tersebut, hingga akhirnya Idrus dan keluarganya menganut aliran Ronsitok.

Suatu hari, Idrus Tamar jatuh pingsan di kantornya. Rekan kerjanya kemudian membawa Idrus ke rumah sakit terdekat untuk mendapatkan pertolongan. Setelah melalui beberapa pemeriksaan, Idrus divonis menderita Leukimia stadium 3. Dokter pun kemudian melakukan transfusi darah kepada Idrus yang tidak sadarkan diri untuk menyelamatkan hidupnya. Setelah selesai, Idrus kemudian dipindahkan ke ruang kamar inap.

Keesokan harinya, Idrus akhirnya siaman. Ia terkejut mengapa ia bisa sampai di rumah sakit dan bertanya kepada perawat apa yang terjadinya padanya. Perawat tersebut menceritakan bahwa Idrus pingsan dan dibawa ke rumah sakit oleh rekan kerjanya. Perawat tersebut juga menceritakan Idrus menderita Leukimia stadium 3 dan sudah dilakukan pertolongan berupa transfusi darah. Mendengar hal tersebut, Idrus marah besar dan mengamuk. Hal ini disebabkan transfusi darah adalah hal yang haram dan tidak boleh dilakukan menurut aliran Ronsitok, kecuali dari sesama penganut aliran Ronsitok. Idrus kemudian langsung pergi dari rumah sakit. Seminggu kemudian, pihak rumah sakit menerima gugatan dari Idrus Tamar karena telah melakukan tindakan medis yang bertentangan dengan aliran Ronsitok yang ia anut.

Kasus 4: Meminta Untuk Mengecilkan Volume Suara Pelaksanaan Ibadah

Minata adalah sebuah daerah di Kabupaten Kola, Hatarah Timur. Penduduk Minata menganut beberapa agama, yaitu Jokira (53%), Tukopa (24%), Sukotu (12%), dan Pokuri (11%). Masyarakat Minata pun hidup tentram berdampingan dengan keberagaman agama tersebut serta saling menghormati satu sama lain. Namun, tahun 2016, kedamaian tersebut rusak akibat politik pemilihan kepala daerah yang menyebabkan masyarakat Minata terpecah menurut aliran agamanya. Kondisi ini kerap menimbulkan gesekan antar warga hingga mereka saling mencibir agama satu sama lain.

Agama Pokuri dikenal dengan acara keagamanya yang dilakukan dengan bernyanyi puji-pujian dan menari sebagai rasa sukacita dan bentuk terima kasih kepada Tuhan. Acara keagamaan inipun biasanya dilakukan secara bergiliran dari rumah ke rumah para penganutnya. Dikarenakan penganutnya cukup banyak, acara ini seringkali menggunakan pengeras suara agar dapat didengar seluruh jemaat.

Suatu hari, acara keagamaan tersebut dilakukan di rumah Tulah Kiru, seorang penganut Pokuri yang taat. Rumah Tulah Kiru berada di sebuah Kawasan padat penduduk yang dihuni pemeluk agama Jokira dan Pokuri. Ketika acara sedang berlangsung, salah seorang tetangga Tulah Kiru, yang adalah seorang penganut agama Jokira, Warya Hunta, mendatangi rumah Tulah Kiru. Ia menyampaikan bahwa anaknya sedang sakit dan butuh istirahat. Warya menyampaikan bahwa volume pengeras suara dalam acara tersebut terlalu besar sehingga anaknya tidak bisa istirahat. Ia kemudian meminta Tulah Kiru untuk mengecilkan sedikit volume pengeras suara tersebut. Setelah menyampaikan hal tersebut, Warya pun kembali ke rumahnya.

Mendengar hal tersebut, Tulah Kiru merasa tersinggung. Ia merasa bahwa Warya Hunta telah mengganggu ibadanya dengan melarang Tulah Kiru melaksanakan acara keagamaan menggunakan pengeras suara. Atas kejadian itu, Tulah Kiru melaporkan Warya Hunta ke Kepolisian atas dasar penodaan agama.

Kasus 5: Tata Cara Beribadah Yang Berbeda Dari Umumnya

Yumo Sutira adalah seorang pemeluk agama Rota di kota Rusdam. Ia adalah pendiri sekaligus pemimpin sebuah tempat belajar khusus untuk pemeluk agama Rota bernama "Layumo Warota". Jumlah pelajar yang ada di Layumo Warota sangat banyak dan datang dari seluruh penjuru dunia. Semakin tahun, jumlah ini semakin banyak yang kemudian dianggap oleh Yumo sebagai sebuah apresiasi dan penghargaan atas apa yang diajarkannya di Layumo Warota. Hal ini membuat Yumo ingin memperdalam ilmu agama Rota agar dapat memberikan ajaran yang tepat bagi para pelajarnya. Akhirnya, ia memutuskan pergi ke Bohti, negara awal munculnya agama Rota, untuk belajar lebih dalam tentang agama Rota.

Sepulangnya dari Bohti, Yumo kemudian membuat sebuah ajaran bernama "Rotayo", yaitu ajaran agama Rota yang ditafsirkannya berdasarkan ilmu yang ia dapat di negara Bohti. Ajaran Rotayo pada dasarnya masih sama dengan ajaran agama Rota, namun terdapat beberapa perbedaan antara 2 (dua) ajaran tersebut. Beberapa contohnya adalah umat agama Rota melakukan sembahyang dengan sangat khushuk dan dalam suasana tenang, sedangkan Rotayo mengajarkan bahwa sembahyang harus dilakukan dengan ceria, sehingga sembahyang harus diselingi dengan tepuk tangan, menari, bernyanyi, dll. Ajaran Rotayo juga menyatakan bahwa makan dan minum tidak membatalkan puasa asalkan tidak dilakukan dengan hawa nafsu, berbeda dengan ajaran agama Rota menyatakan makan dan minum akan membatalkan puasa. Ajaran-ajaran ini ia ajarkan kepada para pelajarnya di Layumo Warota setiap harinya dan menjadi praktik kebiasaan dalam kehidupan sehari-hari di sana.

Ketika masa libur tiba, para pelajar kemudian pulang ke rumah masing-masing, salah satunya adalah Zari Roca. Di rumahnya, Zari menerapkan ajaran Rotayo karena sudah menjadi kebiasaan di Layumo Warota. Namun, orang tua Zari merasa heran dan bingung karena praktik sembahyang anaknya berbeda dengan yang diajarkan di agama Rota. Hal itu juga terjadi pada praktik keagamaan-keagamaan lainnya.

Melihat hal tersebut, orang tua Zari merasa khawatir dan menanyakan mengenai praktik tersebut kepada Zari. Zari menceritakan bahwa praktik tersebut adalah yang diajarkan di Layumo Warota dengan nama ajaran “Rotayo” yang diajarkan langsung oleh Yumo Sutira. Atas informasi tersebut, Orang tua Zari melaporkan mengenai ajaran Rotayo ke Perkumpulan Pemuka Agama Rota (Perkamata). Atas laporan tersebut, kemudian Perkamata mengeluarkan surat keputusan yang menyatakan bahwa ajaran Rotayo milik Yumo Sutira adalah ajaran yang sesat dan menyesatkan. Beberapa hari setelah itu, Yumo Sutira ditangkap oleh Kepolisian saat ia berada di rumahnya dengan tuduhan telah melakukan penodaan agama terhadap agama Rota.

Daftar Bahan Bacaan

Peraturan Perundang-undangan:

1. Undang-Undang Dasar 1945
2. Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang HAM
3. Ketetapan MPR No. VII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia
4. UU No. 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama
5. UU No 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis.
6. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang Pengujian UU No. 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama.

Instrumen HAM Internasional dan Regional:

1. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia
2. Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik
3. Konvensi HAM Eropa
4. Komentar Umum Komite HAM PBB No. 10: Pasal 19 (Kebebasan Beropini)
5. Komentar Umum Komite HAM PBB No. 22: Pasal 18 (Kebebasan Berfikir, Nurani atau Agama)
6. Deklarasi Penghapusan Segala Bentuk Intoleransi dan Diskriminasi Berdasarkan Agama 1981
7. Prinsip-Prinsip Siracusa mengenai Ketentuan Pembatasan dan Pengurangan HAM dalam Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, Annex, UN Doc E/CN.5/1984/4 (1984)
8. *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
9. Council of the European, *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief*, 24 Juni 2013, Para 32, dalam <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/137585.pdf>, diakses pada 7 November 2017.
10. Majelis Umum PBB, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Asma Jahangir, and the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diène, further to Human Rights Council decision 1/107 on incitement to racial and religious hatred and the promotion of tolerance*, A/HRC/2/3, 20 September 2006.
11. Komisi HAM PBB, *Report Submitted by Mr. Abdelfattah Amor, Special Rapporteur, in Accordance with Commission on Human Rights Resolution 1995/23: Addendum*, 2 Januari 2 1996, para 82, dalam http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=780, diakses pada 7 November 2017.

12. Resolusi tentang *Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence, and violence against persons based on religion or belief*, dalam A/HRC/RES/16/18, 12 April 2011.
13. Kantor Komisi Tinggi HAM PBB, *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*, Expert Workshops, 5 Oktober 2012.
14. *Capital punishment and the implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty : Yearly supplement of the Secretary-General to his quinquennial report on capital punishment*, 16 Juli 2016, A/HRC/30/18, dalam <http://www.refworld.org/docid/55d2fa994.html>.

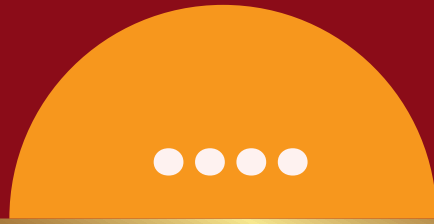
Buku/Artikel/Laporan:

1. Ihdhal Kasim, *Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik, Sebuah Pengantar*, ELSAM, 2007.
2. Knut D. Asplund, Suparman Marzuki dan Ekos Riyadi (eds), *Hukum Hak Asasi Manusia*, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM UII), Maret 2008.
3. Komnas HAM, *Komentar Umum Kovenan Hak Sipil dan Politik, Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, Komnas HAM, 2013.
4. Komnas HAM, *Standar Norma dan Pengaturan Nomor 2 Tentang Hak Atas Kebebasan Beragama dan Berkeyakinan*, Komnas HAM, 2020.
5. Komnas Perempuan, *40 Rumpun Hak dalam Konstitusi*, Komnas Perempuan, 2010.
6. Manfred Nowak, *Pengantar Pada Rezim HAM Internasional*, Pustaka Hak Asasi Manusia Raoul Wallenberg Institute, 2003.
7. Muhammad Isnur (ed), *Agama, Negara dan Hak Asasi Manusia, Proses Pengujian UU 1/PNPS/1965 tentang Pencegahan, Penyalahgunaan, dan/atau Penodaan Agama di Mahkamah Konstitusi*, LBH Jakarta, 2012.
8. Siti Musdah Mulia, *Penegakan HAM dalam 10 Tahun Reformasi*, 2008.
9. Soetandyo Wignjosebroto, *Hak Asasi Manusia, Konsep Dasar dan Perkembangan pengertiannya dari Masa ke Masa*, Elsam, 2007.
10. Tim Elsam, *Kebebasan Berekspresi di Internet*, Buku Saku, ELSAM, 2014.
11. Penelitian tentang Penafsiran terhadap Pasal 156a Huruf a KUHP tentang Penodaan Agama (Analisis Hukum dan Hak Asasi Manusia), LeIP dan Handa Center, 2018. [Bab II dan Bab III.]
12. Zainal Abidin Bagir, *Kerukunan dan Penodaan Agama, Alternative Penanganan Masalah*, Center for Religious and Cross-Cultural Studies (CRCS), Laporan Kehidupan Beragama di Indonesia, Edisi II, Desember 2017.
13. Freedom House, "The Impact of Blasphemy Laws on Human Rights: Indonesia", Policing Brief, Freedom House Special Report.

14. L.W. Levy, *Blasphemy: Verbal Offences against the Sacred from Moses to Salman Rusdhie*, Knopf, 1993.
15. Neville Cox, "The Development of Irish Blasphemy law", dalam <https://www.constitution.ie/AttachmentDownload.ashx?mid=54533e30-c843-e311-8571-005056a32ee4>, diakses pada 4 Oktober 2017.
15. Haidar Adam, "Blasphemy Law in Muslim-Majority Countries: religion-state relationship and rights based approaches in Pakistan, Indonesia and Turkey", dalam http://www.etd.ceu.edu/2015/adam_haidar.pdf.
16. Evelyn M. Aswad, Rashad Hussain dan M. Arsalan Suleman, "Why the United States Cannot Agree to Disagree on Blasphemy Laws", dalam <https://www.bu.edu/ilj/files/2014/05/Aswad-US-and-Blaspemy.pdf>, diakses pada 4 Oktober 2017.
17. Venice Commission, *Blasphemy, insult, and hatred: finding answers in a democratic society*, Council of Europe Publishing, 2010.
18. Brett G. Scharffs, "International Law and The Defamation of Religion Conundrum", *The Review of Faith & International Affairs*, 11(1), 66-75, 2013.
19. Ildhal Kasim, "Perkembangan Delik Agama Dari Masa Ke Masa", dalam <http://lama.elsam.or.id/mobileweb/article.php?act=content&m=6&id=2356&cid=805&lang=in>.
20. Joelle Fiss dan Jocelyn Getgen Kestenbaum, *Respecting Rights? Measuring the World's Blasphemy Laws*, United States Commission on International Religious Freedom, Juli 2017,
21. Kyle Widelitz, *A Global Blasphemy Law: Protecting Believers at the Expense of Free Speech*, *Pepperdine Policy Review*, 6(2), 2013.
22. Global Freedom of Expression, *Handyside v United Kingdom*, Columbia University, dalam <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/handyside-v-uk/>.
23. Council of Europe, "The Margin of Appreciation", dalam <http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.
24. Matt Cherry dan Roy Brown, "Speaking Freely about Religion: Religious Freedom, Defamation and Blasphemy", International Humanist and Ethical Union, Policy Paper, 2009
25. Agnes Callamard, "Freedom of Speech and Offence: Why Blasphemy Laws Are Not The Appropriate Response", *Equal Voices*, 18, Juni 2006, dalam <https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/blasphemy-hate-speech-article.pdf>

Putusan Pengadilan HAM Eropa

1. Pengadilan HAM Eropa, *Otto-Preminger-Institut v Austria*, 19 EHHR 34, ECtHR 295-A, 20 September 1994.
2. Wordlil.com, "Case of Wingrove v The United Kingdom", dalam <http://www.worldlil.org/eu/cases/ECHR/1996/60.html>, diakses pada 4 Oktober 2017.
3. *Otto-Preminger-Institut v Austria* 13470/87, (1995) 19 EHRR 34, [1994] ECHR 26 (20 September 1994), dalam <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1994/26.html>



Modul 5

Hak atas Kebebasan Berekspresi (*Freedom of Expresssion*)



Tujuan Umum

Peserta memahami konsep serta standar perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dan mampu mengimplementasikannya ketika berhadapan dengan kasus-kasus berdimensi kebebasan berekspresi

Tujuan Khusus

1. Peserta mampu menjelaskan konsep dan pengaturan hak atas kebebasan berekspresi menurut instrumen HAM internasional, regional, maupun nasional;
2. Peserta mampu menjelaskan standar pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi menurut prinsip-prinsip HAM dan menerapkannya dalam contoh-contoh kasus berdimensi kebebasan berekspresi.

Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Pengantar Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi dalam Ketentuan Hukum Internasional dan Nasional	45 Menit (1 JPL)	Pem Pembelajaran mandiri (<i>e-learning</i>): • Membaca modul (30 menit) • Menonton video presentasi (10 menit) • Menyelesaikan pop quiz (5 menit)
Pembatasan Kebebasan Berekspresi dalam Ketentuan Internasional dan Nasional		
Penerapan Kebebasan Berekspresi dalam Putusan-Putusan Pengadilan	135 Menit (3 JPL)	Pembelajaran kelas: • Pemaparan narasumber (30 menit) • Tanya Jawab (55 menit) • Menyelesaikan pop quiz (5 menit)
Studi Kasus	180 menit (4 JPL)	Studi kasus: • Pengantar dan pembagian kelompok - Peserta dibagi dalam 5 Kelompok (10 menit) • Peserta mengerjakan studi kasus (45 menit) • Presentasi Masing-Masing Kelompok (5 X 20 menit = 100 menit) • Tanggapan Narasumber/Fasilitator (15 menit) • Penutup (10 menit)

Bahan bacaan dalam modul ini terdiri dari bagian-bagian sebagai berikut:

- A. Pengantar Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi
 - 1. Konsep, lingkup, dan pengaturan kebebasan berekspresi dalam ketentuan internasional dan regional
 - 2. Konsep, lingkup, dan pengaturan kebebasan berekspresi dalam hukum nasional
- B. Pembatasan Kebebasan Berekspresi Dalam Ketentuan Internasional dan Nasional
 - 1. Pembatasan yang diatur dalam Pasal 19 Ayat (3) ICCPR
 - 2. Pembatasan yang diatur dalam Pasal 20 ICCPR
 - 3. Pembatasan dalam instrumen hukum nasional
- C. Praktik kebebasan berekspresi dalam pengadilan HAM regional, pengadilan domestik negara lain yang relevan, dan pengadilan Indonesia
 - 1. Amerika Serikat
 - 2. Jerman
 - 3. Indonesia
 - 4. Pengadilan HAM Regional

Ringkasan Bahan Bacaan

A. Pengantar Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi

1. Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi dalam Ketentuan Internasional dan Regional

Kebebasan berekspresi diatur dan dijamin dalam berbagai instrumen HAM internasional dan regional, baik yang mengikat secara hukum (*legally binding*) dan berbentuk *hard law*, maupun *soft law* yang tidak mengikat. Hak untuk bebas berpendapat dan berekspresi merupakan batu penjuror demokrasi dan salah satu sarana dalam memastikan penghormatan terhadap hak-hak asasi lainnya.²⁶¹

Dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) dan Kovenan Hak-hak Sipil Politik (ICCPR – *International Covenant on Civil and Political Rights*) kebebasan berekspresi diatur dalam Pasal 19. Selain kedua instrumen HAM yang sudah banyak dikenal tersebut, beberapa konvensi internasional lain yang mengatur subjek yang lebih spesifik, antara lain konvensi internasional yang menjamin hak-hak buruh migran dan hak-hak anak, juga menyebutkan jaminan hak atas kebebasan berekspresi.

Pasal 19 DUHAM berbunyi ‘setiap orang memiliki hak atas kebebasan berpendapat 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.’ Pasal 19 ICCPR mengatur:

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

261 United Nations, Human Rights Committee (1), *General Comment No. 34*, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011 (Komentar Umum 34), paragraf 2.

International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW) atau Konvensi Hak Buruh Migran dan Keluarganya mengatur kebebasan berekspresi dalam Pasal 13. Walaupun isinya sama dengan ICCPR, CMW menambahkan alasan pembatasan 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, *Convention on the Rights of the Child* (CRC) atau Konvensi Hak Anak dalam Pasal 12 juga mengatur jaminan bahwa negara harus memastikan bahwa anak-anak yang mampu membentuk pandangannya sendiri dapat mengekspresikan pandangan tersebut dengan bebas dan pandangan ini dipertimbangkan sesuai dengan usia dan kedewasaan anak tersebut.

Dalam konteks regional, kebebasan berekspresi juga dijamin dalam instrumen HAM tingkat regional, yaitu di Eropa – Pasal 10 *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1950), untuk selanjutnya disebut Konvensi HAM Eropa; Amerika – Pasal 13 *American Convention on Human Rights* (1981), untuk selanjutnya disebut Konvensi HAM Amerika; Afrika – Pasal 9 – *African Charter on Human and Peoples' Rights* (1981), untuk selanjutnya disebut Piagam HAM Afrika. Untuk Asia Tenggara, ASEAN juga mengakui kebebasan berekspresi dalam Pasal 23 *ASEAN Human Rights Declaration* (Deklarasi HAM ASEAN).

Pengaturan atas Jaminan Kebebasan Bereksprei dalam Berbagai Instrumen HAM Regional	
Pasal 10 ayat (1) Konvensi HAM Eropa	Setiap orang mempunyai hak atas kebebasan berekspresi. Hak ini mencakup kebebasan untuk memegang teguh pendapat dan untuk menerima dan menyampaikan informasi atau ide tanpa adanya intervensi oleh otoritas publik dan tanpa mengenal batas-batas wilayah.
Pasal 13 ayat (1) Konvensi HAM Amerika	Setiap orang memiliki hak atas kebebasan berpikir dan berekspresi. Hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima, dan menyebarkan informasi dan ide-ide dalam segala bentuk, terlepas dari batasan-batasan wilayah, dalam bentuk lisan, tulisan, cetakan, seni, ataupun melalui medium lain yang menjadi pilihannya.
Pasal 9 Piagam HAM Afrika	Setiap individu memiliki hak untuk menerima informasi dan hak untuk mengekspresikan dan menyebarkan pendapatnya berdasarkan hukum.
Pasal 23 Deklarasi HAM ASEAN	Setiap orang berhak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi, termasuk kebebasan untuk memegang teguh pendapat tanpa intervensi dan untuk mencari, menerima, dan menyebarkan informasi, baik secara lisan, dalam bentuk tulisan, atau melalui media lain yang dipilihnya

a. Konsep Umum menurut Komite HAM PBB

Komite HAM PBB, yang mengawasi pelaksanaan ICCPR oleh negara-negara pihak, dalam Komentar Umum No. 34²⁶² tentang Pasal 19: Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi menjelaskan bahwa kedua kebebasan tersebut saling terkait erat di mana kebebasan berekspresi menjadi sarana atau “kendaraan” untuk pertukaran dan pengembangan pendapat serta pemikiran. Keduanya juga sama pentingnya dalam merealisasikan prinsip-prinsip transparansi dan akuntabilitas yang bersifat esensial untuk pemajuan dan perlindungan HAM.

Kebebasan berpendapat dan berekspresi juga terkandung dalam pasal lainnya dalam ICCPR yaitu Pasal 17 (hak atas privasi), Pasal 18 (kebebasan beragama dan berkeyakinan), Pasal 21 (hak atas kebebasan berkumpul secara damai), Pasal 25 (hak untuk berpartisipasi dalam pemerintahan dan pemilu), dan Pasal 27 (hak kelompok minoritas). Kebebasan berpendapat dan berekspresi juga menjadi bagian integral dalam penikmatan hak atas kebebasan berserikat dan pelaksanaan hak untuk memilih.

Walaupun hak atas kebebasan berekspresi bukan merupakan hak yang tidak boleh diderogasi (dikurangi atau dibatasi) dalam keadaan apapun berdasarkan Pasal 4 ICCPR, tetapi berdasarkan pendapat Komite HAM yang mengawasi pelaksanaan Kovenan ada elemen-elemen lain dalam Pasal 19 yang tidak boleh dikurangi. Kebebasan berpendapat merupakan salah satu elemen tersebut, sehingga hal itu tidak bisa dikurangi dalam keadaan apapun, termasuk ketika negara sedang dalam keadaan darurat.²⁶³

Setiap cabang kekuasaan negara (eksekutif, legislatif, dan yudikatif) dan otoritas publik atau pemerintahan lainnya di semua level – nasional, regional, dan lokal – harus ikut serta dalam memenuhi kewajiban negara pihak Kovenan. Kewajiban negara terkait hak ini juga termasuk melindungi warga negara dari tindakan orang atau badan non-negara yang akan mengganggu penikmatan kebebasan berpendapat dan berekspresi, dalam konteks ketika hak tersebut dilaksanakan dalam hubungan antar individu atau badan privat.²⁶⁴

Dalam pelaporan rutin negara pihak kepada Komite HAM PBB, disyaratkan untuk mencakup juga peraturan domestik yang relevan, praktek administratif, putusan pengadilan dan praktek sektoral lainnya yang berkaitan dengan kebebasan berekspresi dan berpendapat. Informasi mengenai pemulihan yang tersedia ketika terjadi pelanggaran hak juga harus disertakan.²⁶⁵ Hal ini berarti putusan pengadilan dan peran institusi peradilan sebagai salah satu penyedia pemulihan hak menjadi bagian penting dari penerapan hak ini oleh negara,

262 *Ibid.*, paragraf 3.

263 *Ibid.*, paragraf 5.

264 *Ibid.*, paragraf 7.

265 *Ibid.*, paragraf 8.

selain juga keduanya menjadi hal yang disorot oleh Komite HAM dalam menilai kinerja negara dalam memenuhi hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat.

b. Kebebasan berpendapat

Hak atas kebebasan berpendapat tidak dapat dikecualikan atau dibatasi. Kebebasan berpendapat mencakup juga hak untuk mengubah opini kapanpun dan apapun alasannya. Tidak boleh ada seseorangpun yang dikurangi hak-haknya karena pendapatnya, baik aktual, yang disangkakan atau didugakan.

Semua bentuk opini dilindungi, termasuk opini politik, ilmiah, historis, moral atau religius. Kriminalisasi opini tertentu juga termasuk pelanggaran atas hak kebebasan berpendapat.²⁶⁶ Begitupun intimidasi, pelecehan, atau stigmatisasi seseorang, termasuk penangkapan, penahanan, pengadilan atau pemenjaraan karena opini yang dimiliki seseorang. Setiap bentuk pemaksaan untuk memiliki atau tidak memiliki suatu opini dilarang. Kebebasan beropini mencakup kebebasan untuk menyatakan atau tidak menyatakan opini seseorang.²⁶⁷

c. Kebebasan berekspresi

Kebebasan berekspresi pada dasarnya menjamin kebebasan untuk menyampaikan dan menerima segala bentuk ide dan pendapat. Di dalamnya termasuk juga diskusi politik, mengekspresikan komentar mengenai diri pribadi atau terhadap isu publik, diskusi HAM, jurnalisme, ekspresi budaya dan artistik, pengajaran, serta diskusi agama. Tidak tertutup kemungkinan bahwa iklan komersil juga termasuk dalam lingkup kebebasan berekspresi. Bahkan ekspresi yang sangat menyinggung juga dilindungi dan hanya boleh dibatasi berdasarkan alasan-alasan yang diperbolehkan ICCPR.²⁶⁸

d. Hak atas informasi

Pasal 19 ayat (2) ICCPR mencakup juga hak untuk mengakses informasi yang dipegang oleh badan publik terlepas dari bentuknya, di mana informasi itu disimpan, sumbernya dan kapan informasi tersebut dibuat. Yang dimaksud badan publik adalah semua cabang pemerintahan termasuk badan semi-negara dan entitas lain yang menjalankan fungsi pemerintahan. Hak atas informasi juga mencakup hak bagi media untuk mengakses informasi mengenai isu-isu publik dan hak masyarakat umum untuk menerima informasi tersebut dari media.

Hak atas informasi juga berarti setiap orang memiliki hak untuk mendapatkan - dalam bentuk yang dapat dipahami - informasi apa saja yang disimpan secara otomatis dalam suatu berkas data dan kegunaannya. Setiap orang harus bisa mendapatkan informasi mengenai otoritas publik atau individu atau badan mana yang mengontrol atau dapat mengontrol berkas-

²⁶⁶ *Ibid.*, paragraf 9.

²⁶⁷ *Ibid.*, paragraf 9-10.

²⁶⁸ *Ibid.*, paragraf 11.

berkas yang berkaitan dengan dirinya. Ketika suatu berkas mengandung data personal yang tidak tepat atau diperoleh atau diproses secara bertentangan dengan hukum, setiap orang harus memiliki hak untuk mengoreksi datanya.

Berkaitan dengan peradilan,²⁶⁹ hak atas informasi mencakup juga hak bagi seseorang yang dituduh atas suatu tindak kejahatan untuk segera mengetahui tuduhan yang dikenakan padanya yang mencakup pasal dan fakta yang terkait;²⁷⁰ informasi bagi publik mengenai waktu dan tempat sidang digelar;²⁷¹ serta hak seseorang untuk mendapatkan semua materi yang akan digunakan jaksa untuk membuktikan kejahatannya dan juga yang bisa membuktikan bahwa ia tidak bersalah.²⁷²

Agar hak atas informasi efektif, negara harus menyediakan bagi publik informasi Pemerintah yang terkait dengan kepentingan publik. Informasi tersebut harus bisa didapatkan dengan mudah, cepat, efektif dan praktis. Pengaturan mengenai prosedur untuk mendapatkan informasi publik juga dapat diberlakukan. Ketika biaya untuk mendapatkan informasi publik diberlakukan, harus dalam batas yang tidak membatasi akses atas informasi. Pihak yang berwenang juga harus memberikan alasan ketika permintaan informasi ditolak. Banding atas penolakan akses atas informasi juga harus diadakan, termasuk ketika permintaan tidak direspon.

e. Ekspresi politik dan kebebasan berekspresi terkait hak politik

Kebebasan berekspresi juga berkaitan dengan hak untuk berpartisipasi dalam urusan publik dan hak untuk ikut serta dalam pemilu. Sangat penting untuk 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 adanya jaminan pers dan media yang bebas yang dapat mengomentari isu publik dan memberikan informasi kepada publik tanpa sensor atau batasan.

Terkait ekspresi politik, pada dasarnya ketentuan-ketentuan HAM, baik yang sifatnya nasional, regional, maupun internasional, tidak mendefinisikan atau memberi batasan konsep mengenai ekspresi politik. Secara konsep, ekspresi politik adalah suatu ekspresi yang dilakukan untuk menyampaikan pesan, pendapat, atau pikiran mengenai suatu permasalahan publik, peristiwa politik, kepentingan kelompok tertentu, kebijakan pemerintahan, perilaku pejabat publik, dll, 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

269 *Ibid.*, paragraf 18.

270 United Nations, Human Rights Committee (2), *General Comment No. 32*, CCPR/C/GC/32, 23 Agustus 2007 (Komentar Umum 32), paragraf 31.

271 *Ibid.*, paragraf 28.

272 *Ibid.*, paragraf 33.

politik tersebut sendiri setidaknya-tidaknya meliputi kritik, pernyataan ketidaksetujuan, atau penolakan terkait suatu kebijakan negara, atau kritik terhadap pejabat publik dan politisi.²⁷³ 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 Latin²⁷⁴, cara berpakaian tertentu²⁷⁵, seperti mengenakan simbol "Easter Lily" di Irlandia²⁷⁶ dan "Red Star" di Hungaria²⁷⁷, mengajak untuk memboikot suatu pemilihan umum²⁷⁸, menyanyikan suatu lagu, seperti lagu berjudul "Kem Skjøt Siv Jensen" (Who Shot Siv Jensen) milik penyanyi hip hop Norwegia, Lars Vaulars²⁷⁹, dan pembakaran bendera nasional di New Zealand²⁸⁰ dan Amerika Serikat.²⁸¹

-
- 273 Elena Gladkikh, *"Standing Up for the Right to Free Political Expression: the ECtHR Jurisprudence, Lessons for Russia"*, Tesis, Central European University, Budapest, 2013, 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.
- 274 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, (Ashoka Trust for Research in Ecology and the Environment and Wolters Kluwer India Pvt. Ltd.: India, 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.
- 275 Lihat *Stevens v. the United Kingdom*, no. 11674/85, Commission decision of 3 March 1986, DR 46, p. 245, *Karav. the United Kingdom*, no. 36528/97, Commission decision of 22 October 1998, unreported, dan *Smith and Grady v. the United Kingdom* (dec.), nos. 33985/96 and 33986/96, 23 February 1999.
- 276 Putusan ECtHR dalam kasus *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."*
- 277 Putusan ECtHR dalam kasus *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."*
- 278 United Nations Human Rights Committee, *International Covenant on Civil and Political Rights*; Communication No. 927/2000: Belarus (Jurisprudence), U.N. Doc. CCPR/C/81/D/927/2000 (2004) (Svetik v. Belarus). Dapat diakses di https://oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=435&IID=1#_ftn1. Lihat juga General Comment No. 34..., Op. Cit., par. 28.
- 279 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.
- 280 Lihat *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."*
- 281 *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."*

Pelaksanaan ekspresi politik sendiri dapat dilakukan dalam berbagai tindakan, baik yang bersifat *offline*, maupun *online*.²⁸² Beberapa pelaksanaan ekspresi dalam bentuk ekspresi *offline* antara lain: menghadiri audiensi publik atau pertemuan di tempat umum²⁸³, mengirimkan surat kepada pejabat publik²⁸⁴, menyampaikan protes di muka umum²⁸⁵, melakukan advokasi dan musyawarah²⁸⁶, melakukan dan/atau mengikuti diskusi terbuka²⁸⁷, berpartisipasi dalam demonstrasi yang dilakukan secara damai²⁸⁸, dll. Sedangkan, salah satu bentuk ekspresi yang bersifat *online* adalah berpartisipasi dalam kampanye publik di media sosial²⁸⁹. Hal ini sejalan dengan Komentar Umum No. 34 ICCPR yang mengatur bahwa “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.²⁹⁰ 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

282 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.

283 *Ibid.*

284 *Ibid.*

285 Elena Gladkikh..., *Op. Cit.*, hal. 15-18.

286 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.

287 *R (Calver) v Adjudication Panel for Wales* (2012) EWHC 1172. 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 *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*, 38 W. New Eng. L. Rev. 89 (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.”

288 Lihat *Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 92, Reports 1998-VII dan putusan ECtHR dalam kasus *Hashman and Harrup v. the United Kingdom*, (Application No. 25594/94), 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.

289 Homero Gil de Zúñiga, Logan Molyneux, dan Pei Zheng..., *Loc. Cit.*

290 General Comment No. 34..., *Op. Cit.*, par. 12. Lihat Putusan ECtHR dalam kasus *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 pula Putusan ECtHR dalam kasus *Gough V. The United Kingdom*, (Application no. 49327/11), 28 October 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”.

mengganggu.²⁹¹ Oleh karena itu, negara harus mentoleransi ekspresi berupa serangan yang tajam, keras, pedas, dan terkadang tidak menyenangkan terhadap pejabat pemerintah dan publik²⁹², bahkan jika itu bisa dianggap provokatif atau menghina.²⁹³

f. Kebebasan berekspresi dan hak atas informasi di ranah daring (online)

Ekspresi di ranah daring telah menjadi perhatian khusus komunitas HAM internasional sejak berkembang pesatnya pemanfaatan jaringan internet untuk kepentingan publik maupun privat. Pelapor Khusus PBB untuk Kemajuan dan Perlindungan Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Bereksprei David Kaye dalam laporannya pada tahun 2015 menyebutkan secara khusus internet memiliki nilai yang amat penting bagi kebebasan berekspresi oleh karena internet dapat menyebarluaskan pendapat dan melipatgandakan informasi ke dalam jangkauan setiap orang yang memiliki akses terhadapnya.²⁹⁴ Selain itu, Kaye²⁹⁵, Dewan HAM PBB²⁹⁶, dan Majelis Umum PBB²⁹⁷ juga telah berulang kali menekankan bahwa jaminan perlindungan atas hak-hak yang digunakan di medium non-daring 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.

Cepatnya arus informasi yang beredar di tengah masyarakat oleh karena keberadaan internet juga penting dihubungkan dengan jaminan perlindungan terhadap hak atas akses informasi. Pelapor Khusus PBB Frank La Rue dalam laporannya pada tahun 2011 mengangkat permasalahan yang ia temukan bahwa pemerintah berbagai negara khawatir akan keberadaan internet yang memungkinkan setiap orang menyebarkan informasi secara cepat serta menggerakkan banyak orang lain, sehingga La Rue melihat adanya peningkatan

291 Putusan ECtHR dalam kasus *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 ECtHR dalam kasus *Castells v. Spain*, (Application No. 11798/85), 23 April 1992, par. 42.

292 N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964).

293 Putusan ECtHR dalam kasus *Özgür Gündem v Turkey*, (Application no. 23144/93), 16 Maret 2000, par. 43.

294 United Nations, Human Rights Council (1), *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), paragraf 11, hal. 5

295 United Nations, Human Rights Council (2), *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/HRC/32/38 (11 Mei 2016), paragraf 6, hal. 4.

296 United Nations Human Rights Council resolution 26/13, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, A/HRC/RES/26/13 (14 Juli 2014), hal. 2.

297 United Nations General Assembly resolution 68/167, *The right to privacy in the digital age*, A/RES/68/167 (21 Januari 2014), hal. 2.

aktivitas pemblokiran konten internet, pemantauan dan pengidentifikasian terhadap kritikus pemerintah, kriminalisasi atas ekspresi yang sah, dan pembuatan produk hukum yang restriktif untuk melegitimasi segala tindakan tersebut.²⁹⁸

Komunitas internasional memandang bahwa tindakan blokir internet (atau yang secara umum disebut *internet shutdown* atau *network shutdown*) yang dilakukan di berbagai negara pada dasarnya melanggar hak atas informasi. Pelapor Khusus PBB David Kaye dalam laporannya mengenai blokir internet dan telekomunikasi pada tahun 2017 menyatakan bahwa, menurut temuannya, tindakan blokir yang dilakukan oleh berbagai pemerintah secara umum tidaklah proporsional dan tidak memenuhi standard keterdesakan (*necessity*), dalam arti tindakan tersebut ternyata tidak sesuai dengan tujuan yang ingin dicapai.²⁹⁹ Dewan HAM PBB melalui resolusi tanggal 1 Juli 2016 juga telah mengutuk dengan keras tindakan-tindakan yang dengan sengaja menghambat atau mengganggu akses atau penyebaran informasi melalui internet yang tidak sejalan dengan hukum HAM internasional.³⁰⁰ Pada Mei 2015, Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berekspresi bersama para perwakilan dari organisasi tingkat regional, antara lain *Organization for Security and Co-operation in Europe* (OSCE), *Organization of American States* (OAS), dan *African Commission on Human and Peoples' Rights* (ACHPR) membuat deklarasi bersama yang salah satunya menyatakan bahwa tindakan blokir jaringan komunikasi (yang disebut sebagai metode *kill switches*) termasuk salah satu tindakan yang tidak dapat dibenarkan dalam hukum HAM internasional.³⁰¹

g. Kebebasan berekspresi dan hak atas kebebasan berkumpul secara damai

Hak atas kebebasan berkumpul secara damai tidak dapat dipisahkan juga dengan kebebasan berekspresi. Kebebasan berkumpul secara damai (untuk selanjutnya disebut kebebasan berkumpul) dalam implementasinya sering diasosiasikan sebagai hak untuk menyampaikan pendapat di muka umum. Menurut Komentar Umum No. 37 tentang Pasal 21 ICCPR, perlindungan terhadap kebebasan berkumpul hanya mungkin terjadi apabila hak-hak lainnya juga mendapat perlindungan, di antaranya adalah hak atas kebebasan berekspresi dan hak atas kebebasan berserikat yang acapkali termanifestasi secara bersamaan dalam satu peristiwa dengan hak atas kebebasan berkumpul.³⁰²

298 United Nations, Human Rights Council (3), *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Frank La Rue, A/HRC/17/27 (16 Mei 2011), hal. 7.

299 United Nations, Human Rights Council (4), *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/HRC/35/22 (30 Maret 2017), paragraf 14-15, hal. 6.

300 United Nations Human Rights Council resolution 32/13, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, A/HRC/RES/32/13 (18 Juli 2016, paragraf 10, hal. 4.

301 Article 19 (1), *Joint Declaration on Freedom of Expression and Responses to Conflict Situation*, 4 Mei 2015, <https://www.refworld.org/docid/556578a64.html> (diakses 15 April 2020).

302 United Nations, Human Rights Committee (3), *General Comment No. 37, CCPR/C/GC/37*, 27 Juli 2020 (Komentar Umum 37), paragraf 9.

Oleh karena penggunaan hak atas kebebasan berkumpul hampir selalu memiliki fungsi penyampaian suatu perasaan atau pemikiran, dan selain itu pendapat bernuansa politik mendapat perlindungan spesial dalam kerangka hak atas kebebasan berekspresi, maka penggunaan hak atas kebebasan berkumpul yang bertujuan menyampaikan pesan politik juga harus mendapat perlindungan yang lebih dari negara.³⁰³

Segala pengaturan mengenai hak atas kebebasan berekspresi harus dipatuhi dalam menilai aspek penyampaian pikiran atau perasaan dari penggunaan hak atas kebebasan berkumpul. Oleh sebab itu, pembatasan terhadap kebebasan berkumpul tidak boleh digunakan dengan tujuan membungkam oposisi pemerintah, kritik terhadap otoritas yang berkuasa, termasuk dalam hal seruan perubahan untuk pemerintahan, konstitusi, atau sistem politik yang lebih demokratis, atau upaya pemenuhan hak atas penentuan nasib sendiri.³⁰⁴ Penggunaan simbol, seperti bendera, seragam, poster, dan sebagainya adalah bentuk ekspresi yang sah dan tidak boleh dibatasi meskipun simbol-simbol tersebut mengingatkan pada masa lalu yang kelam.³⁰⁵ Namun, dalam kasus tertentu di mana suatu simbol sangat erat kaitannya atau pada hakikatnya menghasut untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau tindak kekerasan, maka pembatasan yang patut harus diterapkan.³⁰⁶

2. Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi dalam Hukum Nasional

Pengakuan terhadap HAM sebagai hak konstitusional warga negara Indonesia mendapat legitimasi pada tahun 2000 ketika MPR melakukan amandemen kedua UUD 1945. Amandemen tersebut mengadopsi berbagai jaminan perlindungan hak asasi manusia dari instrumen HAM internasional, termasuk di dalamnya hak atas kebebasan berekspresi.

Hak atas kebebasan berekspresi diatur pada Pasal 28E ayat (3) dan Pasal 28F UUD 1945. Pasal 28E ayat (3) secara spesifik menyebutkan bahwa: *“Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat.”* Sementara itu, Pasal 28F menjamin bahwa: *“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.”*

Sejalan dengan konteks hak atas kebebasan berekspresi dalam hukum HAM internasional sebagai hak yang dapat dibatasi, konstitusi Indonesia juga mengatur adanya pembatasan dalam pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi. Pembatasan tersebut diatur dalam

303 *Ibid.*, paragraf 32.

304 *Ibid.*, paragraf 49.

305 *Ibid.*, paragraf 51.

306 *Ibid.*

Pasal 28J ayat (2) 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.”*

Selain konstitusi, Indonesia juga menjamin hak atas kebebasan berekspresi melalui Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM). Elemen-elemen kebebasan berekspresi yang kita kenal dan pahami melalui instrumen HAM internasional, di dalam UU HAM tersebar di beberapa ketentuan, utamanya di bawah bab mengenai Hak Mengembangkan Diri, yaitu di Pasal 14, dan Hak atas Kebebasan Pribadi, yaitu di Pasal 23 ayat (2).

Pasal 14 UU HAM menjelaskan bahwa: *“(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 ayat (2) menyatakan: *“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.”*

Jika merujuk kepada UUD 1945 dan UU HAM saja, instrumen hukum nasional sebenarnya tidak memuat penjelasan lebih lanjut dari pasal-pasal yang sudah disebutkan di atas. Sehingga dengan demikian, hanya uraian yang disebutkan di dalam pasal-pasal kedua landasan hukum tersebut lah yang menjadi acuan dalam memahami konstruksi kebebasan berekspresi di Indonesia. Oleh karena itu, dapat disimpulkan bahwa konsep dari kebebasan berekspresi di Indonesia saat ini diakui sebagai suatu bagian dari hak asasi manusia, yang menyangkut di dalamnya kegiatan individu 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.

Sejalan dengan instrumen HAM internasional, hak tersebut pun dipandang sebagai hak yang dapat dibatasi. Melalui kerangka hukum nasional, hak atas kebebasan berekspresi dibangun dengan paradigma bahwa hak tersebut adalah bagian dari kebebasan pribadi serta penting dilindungi agar setiap individu dapat mengembangkan diri. Paradigma ini 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.³⁰⁷

Dalam kerangka konstitusi Indonesia, tidak terdapat perbedaan konsep yang jelas antara kebebasan berpendapat dengan kebebasan berekspresi. Berbanding terbalik dengan ICCPR yang menggunakan redaksional yang tegas dan jelas mengenai kebebasan berpendapat dan elemen-elemen kebebasan berekspresi. Bahkan, UUD 1945 tidak secara eksplisit menyebutkan adanya kebebasan berekspresi, namun hanya mencantumkan adanya hak atas kebebasan mengeluarkan pendapat sebagaimana disebutkan dalam Pasal 28E ayat (3). Tetapi, bukan berarti hak atas kebebasan berekspresi menjadi tidak terjamin. Pasal 28F menyatakan adanya hak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya serta hak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia. Kalimat-kalimat tersebut secara implisit telah menjamin pula hak atas kebebasan berekspresi. Dengan merujuk kepada Komentar Umum No. 34, jelas bahwa hak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi serta hak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi adalah termasuk bagian dari kebebasan berekspresi.³⁰⁸

a. Jaminan perlindungan kebebasan berekspresi dalam legislasi Indonesia

Beberapa undang-undang lain juga mendasarkan pembentukannya pada hak atas kebebasan berekspresi sebagai hak konstitusional, antara lain dapat ditemukan dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers (UU Pers), Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum (UU Penyampaian Pendapat di Muka Umum), dan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan (UU Ormas).

UU Pers mengakui bahwa kemerdekaan pers merupakan unsur yang sangat penting untuk menciptakan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara yang demokratis, sehingga kemerdekaan mengeluarkan pikiran dan pendapat harus dijamin. Lebih lanjut lagi dalam Pasal 4, UU Pers menyatakan kemerdekaan pers dijamin sebagai hak asasi warga negara.

307 Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, *The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression* (2010), hal. 5, tersedia di <http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/publications/INTER-AMERICAN%20LEGAL%20FRAMEWORK%20OF%20THE%20RIGHT%20TO%20FREEDOM%20OF%20EXPRESSION%20FINAL%20PORTADA.pdf>.

308 United Nations, Human Rights Committee (1), *op.cit.*, paragraf 11, hal. 3.

UU Penyampaian Pendapat di Muka Umum lahir dengan pemahaman bahwa kemerdekaan menyampaikan pendapat di muka umum adalah hak asasi manusia sebagaimana dijamin oleh UUD 1945 dan DUHAM dan merupakan perwujudan demokrasi. Pasal 2 ayat (1) UU tersebut menyebutkan bahwa setiap warga negara, secara perorangan atau kelompok, bebas menyampaikan pendapat sebagai perwujudan hak dan tanggung jawab berdemokrasi dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

Sementara itu, pembentukan UU Ormas juga didasarkan pada jaminan perlindungan bagi warga negara atas kemerdekaan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat serta memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara individu ataupun kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai perwujudan hak asasi manusia.

Berbagai upaya untuk memperkuat penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan hak atas kebebasan berekspresi juga dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi (MK) melalui putusan-putusannya, antara lain Putusan Nomor 6-13-20/PUU-VIII/2010, Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006, dan Putusan MK RI Nomor 6/PUU-V/2007.

Putusan MK yang Menjamin Penghormatan, Perlindungan, dan Pemenuhan Hak atas Kebebasan Bereksprei		
Nomor	Amar Putusan	Pertimbangan Penting
6-13-20/PUU-VIII/2010 mengenai permohonan pembatalan ketentuan pasal yang memberi kewenangan Jaksa Agung untuk melarang beredarnya barang cetakan yang mengganggu ketertiban umum	Menyatakan Undang-Undang Nomor 4/PNPS/1963 tentang Pengamanan Barang-barang Cetakan yang Isinya Dapat Mengganggu Ketertiban Umum bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat	- Pelarangan pengedaran buku-buku sebagai suatu sumber informasi, penyitaan tanpa proses pengadilan, merupakan suatu tindakan yang tidak sejalan bahkan bertentangan dengan Pasal 28F dan Pasal 28E ayat (2) UUD 1945³; - Meskipun menurut Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 kebebasan seseorang dapat dibatasi dengan Undang-Undang, tetapi pembatasan tersebut hanya untuk tujuan yang secara tegas disebutkan dalam pasal tersebut. Pemberian kewenangan untuk melakukan pelarangan atas sesuatu yang merupakan pembatasan hak asasi tanpa melalui <i>due process of law</i>, jelas tidak termasuk dalam pengertian pembatasan kebebasan seperti yang dimaksud Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.⁴

Nomor	Amar Putusan	Pertimbangan Penting
013-022/PUU-IV/2006 mengenai permohonan pembatalan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP yang pada dasarnya mengatur delik penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden	Menyatakan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat	- Keberlakuan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHPidana bisa menimbulkan ketidakpastian hukum (<i>rechtsonzekerheid</i>) karena amat rentan pada tafsir apakah suatu protes, pernyataan pendapat atau pikiran merupakan kritik atau penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden. Hal dimaksud secara konstitusional bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945 dan pada suatu saat dapat menghambat upaya komunikasi dan perolehan informasi, yang dijamin Pasal 28F UUD 1945⁵; - Keberlakuan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHPidana berpeluang pula menghambat hak atas kebebasan menyatakan pikiran dengan lisan, tulisan dan ekspresi sikap tatkala ketiga pasal pidana dimaksud selalu digunakan aparat hukum terhadap momentum-momentum unjuk rasa di lapangan. Hal dimaksud secara konstitusional bertentangan dengan Pasal 28, Pasal 28E ayat (2), dan ayat (3) UUD 1945⁶; - Indonesia sebagai suatu negara hukum yang demokratis serta menjunjung tinggi hak asasi manusia sebagaimana telah ditentukan dalam UUD 1945, tidak relevan lagi jika dalam KUHPidananya masih memuat pasal-pasal 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 hukum⁷;

Nomor	Amar Putusan	Pertimbangan Penting
		- Dalam kaitan pemberlakuan Pasal 207 KUHP bagi delik penghinaan terhadap Presiden dan/ atau Wakil Presiden sebagaimana halnya dengan penghinaan terhadap penguasa atau badan publik (<i>gestelde macht of openbaar lichaam</i>) lainnya, memang seharusnya penuntutan terhadapnya dilakukan atas dasar pengaduan (<i>bij klacht</i>)⁸ - Penuntutan terhadap pelaku pelanggaran atas Pasal 207 KUHP oleh aparat penyelenggara negara memerlukan penyesuaian di masa depan sejalan dengan pertimbangan Mahkamah mengenai Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP tersebut di atas.⁹
6/PUU-V/2007 mengenai permohonan pembatalan beberapa ketentuan pasal, di antaranya Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP yang pada dasarnya mengatur delik permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap Pemerintah	Menyatakan Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat	- 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 seleranya, apalagi terhadap warga negara yang bermaksud menyampaikan kritik atau pendapat terhadap pemerintah, di mana hal itu merupakan hak konstitusional yang dijamin oleh UUD 1945¹⁰; - Sejarah menunjukkan bahwa ketentuan Pasal 154 dan 155 KUHP tersebut diadopsi oleh pemerintah kolonial Hindia Belanda dari Pasal 124a <i>British Indian Penal Code</i> Tahun 1915 yang di India sendiri sudah dinyatakan tidak berlaku lagi oleh <i>Indian Supreme Court</i> dan <i>East Punjab High Court</i> karena dinilai bertentangan dengan Pasal 19 Konstitusi India tentang kebebasan untuk memiliki dan menyatakan pendapat. Sementara di Belanda sendiri, ketentuan demikian juga dipandang tidak demokratis karena bertentangan dengan gagasan <i>freedom of expression and opinion</i>, sehingga hanya dapat diberi toleransi untuk diberlakukan di daerah jajahan, <i>in casu</i> Hindia Belanda.¹¹

b. Kebebasan berekspresi di internet dalam konteks Indonesia

Terkait kebebasan berekspresi di internet, Indonesia telah memberlakukan Undang-Undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) sejak tahun 2008 dan kemudian terjadi perubahan atas UU tersebut pada tahun 2016. Menurut analisis *Centre for Strategic and International Studies* (CSIS) dalam laporan yang dipublikasikan pada tahun 2018, ada setidaknya empat latar belakang pembentukan UU ITE, yaitu dorongan pemenuhan komitmen *Millenium Development Goals* (MDGs), adanya peningkatan *cybercrime* (kejahatan siber), kebutuhan untuk mengontrol informasi, dan kebutuhan politik-sosial-ekonomi.³⁰⁹ Latar belakang yang terakhir ini mencakup di dalamnya perkembangan media sosial yang dianggap mudah ditunggangi kepentingan politik tertentu. Oleh karena perkembangan tersebut, maka UU ITE, yang pada mulanya hanya mengatur hal-hal terkait transaksi elektronik, pada akhirnya mencantumkan pula beberapa pasal yang mengatur hubungan interpersonal warga masyarakat di ranah daring, di antaranya yaitu Pasal 27 ayat (3) dan Pasal 28.³¹⁰

Sayangnya pengaturan hubungan interpersonal di internet dalam UU ITE tidak didasarkan pada adanya pengakuan atas hak atas kebebasan berekspresi sebagai hak konstitusional masyarakat. Hal tersebut dapat dilihat dari absennya rujukan terhadap hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi yang diatur oleh UUD 1945 di dalam bagian konsiderans “Menimbang” UU ITE. Sebagai akibatnya, Pasal 27 ayat (3) yang mengatur informasi dan/atau dokumen elektronik yang bermuatan pencemaran nama baik, dan Pasal 28 ayat (2) UU ITE, yang mengatur informasi dan/atau dokumen elektronik yang bermuatan penyebaran kebencian, menjadi sumber masalah baru di tengah masyarakat.

Permasalahan yang muncul adalah rumusan kedua pasal tersebut yang longgar – atau biasa disebut “karet” – dan bersifat multitafsir dalam pemaknaannya sehingga setiap pendapat atau ekspresi dengan mudahnya bisa dilaporkan ke aparat penegak hukum.³¹¹ Sebelum UU ITE mengalami perubahan, penegak hukum tidak memiliki rujukan yang pasti mengenai makna unsur “penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Kemudian Mahkamah Konstitusi melalui putusan nomor 50/PUU-VI/2008 atas permohonan pengujian Pasal 27 ayat (3) dan Pasal 45 ayat (1) UU ITE (sebelum perubahan), menyatakan bahwa penafsiran norma yang termuat dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE mengenai penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, tidak bisa dilepaskan dari norma hukum pidana yang termuat dalam Bab XVI tentang Penghinaan yang termuat

309 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. 13-17.

310 *Ibid.*, hal. 15.

311 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. 21-22. Lihat juga Haris Prabowo, “Banjir Kasus Pasal Karet UU ITE Sepanjang 2019,” *Tirto.id*, 27 Desember 2019, <https://tirto.id/banjir-kasus-pasal-karet-uu-ite-sepanjang-2019-eo4V>.

dalam Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP, sehingga konstitusionalitas Pasal 27 ayat (3) UU ITE harus dikaitkan dengan Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP.³¹² Putusan tersebut kemudian ditindaklanjuti pembuat undang-undang dengan melakukan revisi terhadap penjelasan pasal tersebut yang menekankan bahwa ketentuan Pasal 27 ayat (3) harus mengacu kepada ketentuan pencemaran nama baik dan/atau fitnah dalam KUHP. Namun, dalam praktiknya, masih banyak aparat penegak hukum yang menyimpang dari pemaknaan yang seharusnya dan melakukan interpretasi sendiri sehingga membuat kabur makna dari unsur “muatan yang mengandung penghinaan” tersebut.

Oleh karena pasal-pasal tersebut juga memiliki ancaman pidana, maka banyak pula masyarakat yang kemudian diadili dan dijatuhi hukuman pidana. Menurut catatan Southeast Asia Freedom of Expression Network (SAFENet), sejak UU ITE disahkan, terjadi tren peningkatan jumlah pidana dengan menggunakan pasal-pasal UU ITE dari tahun 2008 (sebanyak 3 kasus) hingga tahun 2016 (sebanyak 83 kasus).³¹³ Sementara itu, terlihat adanya penurunan jumlah pidana pada tahun 2017 (53 kasus) dan 2018 (25 kasus).³¹⁴ Tren penurunan ini terjadi pasca dilakukannya perubahan terhadap UU tersebut pada tahun 2016 yang mengubah tindak pidana pencemaran nama baik dari delik laporan menjadi delik aduan. Pada tahun 2018, Pasal 27 ayat (3) dan Pasal 28 ayat (2) UU ITE adalah ketentuan hukum yang paling banyak dituduhkan terhadap terdakwa.³¹⁵ Sebagai pembandingan dengan data SAFENet, Mahkamah Agung mencatat peningkatan kasus UU ITE yang diputus dari tahun 2017 sebanyak 140 kasus menjadi 292 kasus pada tahun 2018.³¹⁶ Sementara itu, total kasus yang diputus dari tahun 2011 sampai 2018 adalah 508 kasus.³¹⁷

Keadaan ini menimbulkan kritik dari kalangan masyarakat sipil³¹⁸ oleh karena tingginya kasus yang masuk ke pengadilan memperlihatkan adanya ancaman terhadap hak atas kebebasan berekspresi yang seharusnya mendapat jaminan perlindungan oleh negara. Bahkan, keberlakuan UU ITE tersebut sudah menimbulkan fenomena *chilling effect* terhadap para korban yang dijerat dengan pasal-pasal terkait ekspresi dalam UU ITE.³¹⁹ Berlakunya pasal-pasal “karet” UU ITE ini sebenarnya telah bertentangan dengan standar hukum HAM internasional yang sudah dijabarkan di subbab sebelumnya, baik secara umum dalam hal lemahnya perlindungan kebebasan berekspresi oleh negara dan secara khusus dalam hal rumusan ketentuan hukum yang tidak jelas sehingga bersifat multitafsir.

312 Mahkamah Konstitusi, Putusan Nomor 50/PUU-VI/2008, paragraf 3.17, hal. 110.

313 Damar Juniarto dkk., *Jalan Terjal Memperjuangkan Hak-hak Digital Laporan Tahunan SAFENet 2018* (Bali: Southeast Asia Freedom of Expression Network, 2019), hal. 13.

314 *Ibid.*

315 *Ibid.*, hal. 14

316 *Ibid.*, hal. 15

317 *Ibid.*

318 Usman Hamid, “UU ITE dan merosotnya kebebasan berekspresi individu di Indonesia,” *The Conversation*, 20 November 2019, <https://theconversation.com/uu-ite-dan-merosotnya-kebebasan-berekspresi-individu-di-indonesia-126043>. Lihat juga Yeremia Sukoyo, “UU ITE Ancam Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi,” *Beritasatu.com*, 9 November 2018, <https://www.beritasatu.com/nasional/521564-uu-ite-ancam-kebebasan-berpendapat-dan-berekspresi>.

319 Tobias Basuki dkk., *op.cit.*, hal. 29-31.

UU ITE juga mendapat kritik secara khusus dalam hal ancaman pidana terhadap pendistribusian informasi elektronik atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan yang disebutkan dalam Pasal 27 ayat (3). Dalam UU ITE sebelum perubahan, dalam Pasal 45 ayat (1) dijelaskan bahwa tindakan pendistribusian informasi elektronik atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan diancam dengan pidana penjara paling lama 6 tahun dan/atau denda paling banyak satu miliar rupiah. Ketentuan ini berbeda dari ketentuan induk dari mana UU ITE merujuk penghinaan ini, yaitu Pasal 310 KUHP. Pasal 310 KUHP mengatur bahwa untuk delik penghinaan ancaman pidananya adalah pidana penjara paling lama 9 bulan atau denda dengan maksimal jumlah tertentu, sementara untuk delik penghinaan tertulis ancaman pidananya adalah maksimal 1 tahun 4 bulan penjara atau denda dengan maksimal jumlah tertentu.

Ancaman pidana tersebut memberi justifikasi bagi aparat penegak hukum untuk melakukan penahanan terhadap orang yang diduga melakukan tindak pidana Pasal 27 ayat (3) UU ITE karena ancaman pidana penjaranya yang berada di atas 5 tahun, sesuai Pasal 21 ayat (4) KUHP. Oleh karena kritik dari kalangan masyarakat yang terus berdatangan, pada tahun 2016 sebagian dari UU ITE mengalami revisi, salah satunya pada ketentuan ancaman pidana atas delik pada Pasal 27 ayat (3) tersebut. Ancaman pidana yang tadinya maksimal 6 tahun pidana penjara dan/atau denda paling banyak satu miliar rupiah kini menjadi maksimal 4 tahun pidana penjara dan/atau denda paling banyak tujuh ratus lima puluh juta rupiah sebagaimana diatur dalam Pasal 45 ayat (3) UU ITE pasca revisi. Hal ini membuat tindakan penahanan tidak lagi memiliki justifikasi apabila ada orang yang dituduh melanggar Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Meskipun begitu, secara nyata ancaman pidana ini masih jauh di atas delik penghinaan di KUHP.

Situasi di atas memperlihatkan adanya tindakan pembatasan yang berlebih yang dilakukan negara terhadap hak atas kebebasan ekspresi yang dilakukan di ranah daring, berseberangan dengan prinsip bahwa jaminan perlindungan kebebasan berekspresi di ranah daring harus berlaku secara setara dengan jaminan perlindungan kebebasan berekspresi di ranah luring. Komentar Umum No. 34 telah menjelaskan bahwa ketentuan hukum mengenai penghinaan harus sejalan dengan pengaturan Pasal 19 ayat (3) ICCPR.³²⁰ Perumusan suatu norma terkait penghinaan harus dilakukan dengan kehati-hatian dan ketelitian demi menghindari langkah penghukuman yang berlebihan.³²¹ Bahkan, pendekatan hukuman pidana atas tindakan penghinaan tidak lagi dianjurkan bagi seluruh negara. Jika masih diterapkan, seharusnya hukuman pidana hanya digunakan untuk kasus yang sifatnya sangat serius, namun bukan pula dengan penjatuhan sanksi pemenjaraan, karena pemenjaraan bukan hukuman yang patut untuk tindakan penghinaan.³²²

320 United Nations, Human Rights Committee (1), *op.cit.*, paragraf 47, hal. 12.

321 *Ibid.*

322 *Ibid.*

[Lihat video penjelasan dari Agnes Callamard mengenai dekriminalisasi atas penghinaan dalam tautan berikut: <https://www.youtube.com/watch?v=ZcaoMeT9IAY>]

c. Pemenuhan hak atas informasi di internet dalam konteks Indonesia

Dalam ICCPR, pengaturan hak atas informasi berada di dalam satu bangunan Pasal 19 yang membahas jaminan perlindungan hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi. Dalam UUD 1945, hak atas informasi tergambarkan di dalam kalimat “berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia” pada Pasal 28F. Merujuk kepada Komentar Umum No. 34, hak tersebut mengandung hak untuk mengakses informasi yang dipegang oleh badan publik terlepas dari bentuknya, dimana informasi itu disimpan, sumbernya dan kapan informasi tersebut dibuat.

Merujuk pada catatan CSIS, pemerintah Indonesia hingga awal Januari 2017 telah memblokir lebih dari 700.000 situs internet dengan mayoritas situs yang terkena blokir adalah situs dengan konten pornografi.³²³ Pemblokiran juga dilakukan secara insidental terhadap konten-konten yang mengundang kontroversi di tengah masyarakat. Sebagai contoh, pemblokiran akses terhadap situs dan blog yang menyediakan film berjudul ‘Fitna’ yang dianggap menodai agama Islam. Situs yang turut terdampak pada saat itu adalah YouTube, MySpace, Multiply, Rapidshare, dan Metacafe. Akibatnya, situs-situs tersebut tidak dapat diakses sama sekali oleh masyarakat.³²⁴ Pemerintah juga pernah memblokir situs arrahman.com dengan alasan konten yang diduga mendukung terorisme dan provokatif pasca peristiwa pengeboman hotel JW Marriot dan Ritz Carlton pada Juli 2009.³²⁵

Selain pemblokiran situs, pemerintah Indonesia juga pernah melakukan variasi lain dari tindakan pemblokiran sepanjang tahun 2019 yang terjadi di dua momen berbeda. Pemblokiran akses internet terhadap media sosial tertentu terjadi pada saat jelang pengumuman hasil pemilihan presiden dan wakil presiden oleh Komisi Pemilihan Umum pada Mei 2019.³²⁶ Selanjutnya, pemblokiran akses internet berbasis regional dilakukan di Papua dan Papua Barat pada Agustus 2019 di wilayah tersebut.³²⁷

Indonesia sendiri memiliki pengaturan mengenai tindakan pemblokiran yang terdapat dalam Pasal 40 ayat (2), ayat (2a), dan ayat (2b) UU ITE. Pasal-pasal tersebut pada intinya

323 Tobias Basuki dkk., *op.cit.*, hal. 27.

324 Wahyudi Djafar dan Zainal Abidin, *op.cit.*, hal. 17.

325 *Ibid.*

326 Lidya Julita Sembiring, “Pemblokiran Dibuka! Siang Ini Sudah Bisa Akses Full Medsos,” *CNBC Indonesia*, 25 Mei 2019, <https://www.cnbcindonesia.com/news/20190525134301-4-75081/pemblokiran-dibuka-siang-ini-sudah-bisa-akses-full-medsos>.

327 Agus Tri Haryanto, “Kenapa Pemerintah Blokir Internet Papua, Bukan Medsos?” *Detik.com*, 28 Agustus 2019, <https://inet.detik.com/law-and-policy/d-4684176/kenapa-pemerintah-blokir-internet-papua-bukan-medsos>.

menyatakan bahwa demi ketertiban umum, pemerintah berwenang untuk mencegah penyebaran dan penggunaan informasi atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang dilarang dengan melakukan pemutusan akses dan/atau memerintahkan penyelenggara sistem elektronik untuk memutus akses terhadap informasi atau dokumen elektronik tersebut. Mekanisme pemblokiran lebih lanjut diatur dalam peraturan tingkat menteri yaitu Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 19 Tahun 2014 tentang Penanganan Situs Internet Bermuatan Negatif (Permenkominfo 19/2014).

Persoalan yang muncul dalam Pasal 40 ayat (2b) UU ITE adalah rawannya pasal tersebut untuk dijadikan justifikasi dalam melakukan blokir internet (*internet shutdown*) secara eksekutif. Pasal 40 ayat (2b) menjelaskan bahwa pemerintah berwenang melakukan pemutusan akses dan/atau memerintahkan kepada penyelenggara sistem elektronik untuk melakukan pemutusan akses terhadap informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar hukum. Pemerintah Indonesia menggunakan pasal yang sama untuk menjustifikasi tindakannya dalam keputusan pemblokiran internet di Papua dan Papua Barat pada Agustus 2019.³²⁸

Kelompok masyarakat sipil atas nama Aliansi Jurnalis Independen (AJI) dan SAFENet kemudian menggugat tindakan pemblokiran internet di Papua dan Papua Barat ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) Jakarta. AJI dan SAFENet menggugat Menteri Komunikasi dan Informatika (Menkominfo) dan Presiden sebagai pihak yang bertanggung jawab atas tindakan pemblokiran internet tersebut serta memohon PTUN Jakarta menyatakan tindakan tersebut sebagai perbuatan melanggar hukum karena bertentangan dengan berbagai peraturan perundang-undangan serta asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB). Dalam perkara ini, AJI dan SAFENet secara spesifik mendalilkan adanya kerugian atas tindakan pemblokiran tersebut yaitu berupa hambatan terhadap kebebasan berekspresi, khususnya dalam aspek hak atas informasi, yaitu salah satunya munculnya kesulitan bagi jurnalis untuk melakukan verifikasi dan klarifikasi informasi atas insiden yang terjadi di Papua dan Papua Barat.

Dalam memeriksa gugatan tersebut, majelis hakim PTUN Jakarta menggunakan metode pengujian tiga tahap (yang akan dijelaskan lebih lanjut dalam subbab berikutnya). PTUN Jakarta memandang bahwa alasan pemblokiran oleh Menkominfo, yaitu untuk mengendalikan keamanan dan ketertiban umum, dapat dibenarkan. Namun, PTUN Jakarta juga melihat bahwa tindakan yang dilakukan Menkominfo terbukti bertentangan dengan berbagai peraturan perundang-undangan.

328 Amir Baihaqi, "Blokir Data Internet di Papua, Rudiantara: Ada Dasar Hukumnya," *Detik.com*, 24 Agustus 2019, <https://news.detik.com/berita/d-4679470/blokir-data-internet-di-papua-rudiantara-ada-dasar-hukumnya>.

Salah satu ketentuan yang dilanggar yaitu Pasal 40 ayat (2b) UU ITE itu sendiri yang menurut majelis hakim PTUN Jakarta memberi wewenang kepada pemerintah untuk melakukan pemblokiran hanya terhadap informasi atau dokumen di internet yang mengandung muatan melanggar hukum, sehingga pemblokiran terhadap keseluruhan akses internet tidak dapat dibenarkan. Selain itu, jika memang pemerintah berkeinginan melakukan pemblokiran total terhadap akses internet karena adanya keadaan bahaya, PTUN Jakarta berpendapat seharusnya Menkominfo dan Presiden mematuhi ketentuan dalam Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1959/Undang-Undang Nomor 23 Prp Tahun 1959 tentang Keadaan Bahaya yang mensyaratkan adanya pernyataan resmi terlebih dahulu dari Presiden bahwa wilayah Papua dan Papua Barat dalam keadaan bahaya. Namun, hal tersebut tidak pernah terjadi. Maka, PTUN Jakarta melalui putusan nomor 230/G/TF/2019/PTUN-JKT menyatakan bahwa tindakan pemblokiran internet tersebut adalah perbuatan melanggar hukum oleh pejabat pemerintah.

Di samping pertimbangan tersebut, hal penting dari putusan PTUN Jakarta tersebut adalah adanya pengakuan mengenai jaminan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dan pentingnya perlindungan tersebut demi pemenuhan hak-hak asasi lainnya serta penggunaan metode analisis mengenai sah atau tidaknya suatu pembatasan hak oleh negara melalui pengujian tiga tahap. Dalam salah satu poin argumentasinya, PTUN Jakarta menyatakan sebagai berikut:³²⁹

“Majelis mempertimbangkan bahwa kebebasan menyampaikan pendapat dan informasi termasuk kebebasan pers dengan menggunakan sarana apa saja yang dianggap tepat untuk menyampaikan pendapat dan informasi agar menjangkau sebanyak mungkin orang merupakan hak asasi yang fundamental yang menjadi landasan hak dan kebebasan lainnya di masyarakat yang demokratis karena memungkinkan orang untuk mengaktualisasikan segenap hak dan potensinya untuk pengembangan dirinya, menyampaikan dan mengungkap kebenaran serta berpartisipasi secara aktif dalam penyelenggaraan pemerintahan agar terwujud pemerintahan yang transparan, akuntabel, responsif, efektif dan efisien (pemerintahan yang baik/good governance)”

Keberadaan putusan PTUN Jakarta tersebut dapat dikatakan menjadi salah satu titik penting bagi pemajuan dan perlindungan terhadap kebebasan berekspresi di Indonesia. Namun, ketentuan mengenai pemblokiran internet yang ada dalam UU ITE saat ini memperlihatkan adanya celah hukum yang masih rawan dimanfaatkan oleh negara untuk melakukan tindakan yang sewenang-wenang terkait pembatasan kebebasan berekspresi. Juga tidak ada ketentuan hukum yang menjelaskan tujuan apa saja yang dapat menjadi justifikasi bagi tindakan pemblokiran dan syarat apa yang harus terpenuhi yang membuat

329 Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta, Putusan Nomor 230/G/TF/2019/PTUN-JKT, hal. 270-271.

tindakan blokir tersebut menjadi perlu dilakukan (*necessity test*). Kenyataan ini sejalan dengan temuan Pelapor Khusus PBB David Kaye dalam laporannya pada tahun 2017.³³⁰ Kondisi ini bertentangan dengan jaminan perlindungan hak atas informasi di mana menurut Komentar Umum No. 34 hak atas informasi harus mencakup juga hak bagi media untuk mengakses informasi terkait isu-isu publik dan hak masyarakat umum untuk memperoleh informasi dari media.³³¹

B. Pembatasan Kebebasan Berekspresi Dalam Ketentuan Internasional dan Nasional

1. Pembatasan yang diatur dalam Pasal 19 Ayat (3) ICCPR

Selain memberi jaminan perlindungan terhadap hak atas kebebasan berekspresi, Pasal 19 ayat (3) ICCPR mengatur mengenai pembatasan hak yang diperbolehkan, yaitu bahwa pembatasan harus diatur dalam hukum. Alasan pembatasan yang diperbolehkan adalah untuk menghormati hak atau reputasi orang lain; atau demi melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum, atau kesehatan atau moral publik. Penjelasan mengenai alasan pembatasan tersebut kemudian diuraikan lebih lanjut dalam berbagai dokumen, antara lain Komentar Umum No. 34 tentang Pasal 19 ICCPR, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* (Prinsip Siracusa), dan *the Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression, and Access to Information* (Prinsip Johannesburg).

Menurut Komentar Umum No. 34, selain mewajibkan adanya keterkaitan dengan alasan atau tujuan yang disebut dalam Pasal 19 ayat (3) ICCPR, pembatasan terhadap kebebasan berekspresi juga hanya dapat dilakukan apabila lolos uji keterdesakan (*necessity*) dan proporsionalitas (*proportionality*). Negara dilarang melakukan pembatasan dengan alasan-alasan selain yang tercantum dalam pasal tersebut, meskipun alasan pembatasan itu bisa menjadi justifikasi untuk pembatasan hak-hak lainnya yang dilindungi dalam ICCPR.³³²

Dalam melaksanakan pembatasan, negara harus melakukan dengan cara yang tidak membahayakan hak atas kebebasan berekspresi.³³³ Pembatasan harus diterapkan dengan tetap mengingat Pasal 5 ayat (1) ICCPR yang mengatur bahwa tidak ada satupun peraturan dalam ICCPR yang dapat diinterpretasikan sebagai pembenaran bagi negara, kelompok, atau individu untuk melakukan tindakan yang bertujuan melanggar hak dan kebebasan atau melakukan pembatasan melebihi yang diatur dalam Kovenan.³³⁴

330 United Nations, Human Rights Council (4), *loc.cit.*

331 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 18.

332 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 22.

333 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 21.

334 *Ibid.*

Berikut ini adalah hal-hal yang wajib diperhatikan dalam menerapkan pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi:

a. Pengujian tiga tahap (Three-part test)³³⁵

Pengujian tiga tahap dipraktekkan oleh Komite HAM PBB³³⁶ dan Pengadilan HAM Eropa (*European Court of Human Rights*) dalam menguji apakah intervensi atau pembatasan terhadap beberapa hak, termasuk kebebasan berekspresi, sah atau tidak. Pengujian ini juga diterapkan untuk beberapa hak lainnya seperti hak atas privasi dan kehidupan keluarga; kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama; kebebasan berkumpul dan berserikat. Pengujian ini dapat membantu kita dalam mempelajari apakah suatu pembatasan sudah sesuai dengan peraturan ICCPR, dan apakah hukum nasional yang berlaku ketika membatasi hak atas kebebasan berekspresi sudah sah berdasarkan peraturan dan standar HAM internasional atau tidak.

Pengujian tiga tahap mensyaratkan ketiga hal dibawah ini terpenuhi secara kumulatif dalam penerapan pembatasan yang sah:

- 1) Pembatasan (bisa berarti "formalitas", "kondisi", "aturan" atau "penalti") diatur berdasarkan hukum;
- 2) Pembatasan ditujukan untuk melindungi satu atau lebih kepentingan atau nilai berikut ini: keamanan nasional; ketertiban umum, moral atau kesehatan publik; hak atau reputasi orang lain;³³⁷ dan
- 3) Pembatasan ini mendesak atau terpaksa dilakukan dalam suatu masyarakat yang demokratis. Berdasarkan Prinsip Siracusa, frasa "dalam suatu masyarakat yang demokratis" menjadi beban negara untuk menunjukkan bahwa pembatasan yang dilakukan tidak mengganggu berjalannya demokrasi. Prinsip Siracusa lebih jauh menyatakan bahwa tidak ada model tunggal demokrasi, setiap masyarakat yang mengakui, menghormati dan melindungi HAM sebagaimana diatur dalam Piagam PBB dan DUHAM dapat dikategorikan memenuhi definisi masyarakat demokratis.

Beban pembuktian apakah ketiga tahapan dipenuhi atau tidak terdapat pada negara. Pengadilan memeriksa ketiga persyaratan berdasarkan urutan di atas. Ketika negara gagal memenuhi salah satu dari ketiga persyaratan, maka Pengadilan HAM Eropa tidak akan memeriksa kasus lebih lanjut dan akan memutuskan bahwa pembatasan yang sedang diuji tidak sah, dan otomatis telah terjadi pelanggaran atas kebebasan berekspresi.

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

336 Dalam kasus *Faurisson v. France*, Komite HAM PBB menyusun argumennya secara berurutan dalam tiga tahap sebagaimana disebutkan dalam Pengujian Tiga Tahap. Lihat *Faurisson v. France*, para. 9.5 – 9.7.

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

b. Harus berdasarkan hukum

Pembatasan kebebasan berekspresi harus diatur berdasarkan ketentuan undang-undang. Mengingat pembatasan kebebasan berekspresi merupakan pengurangan yang serius atas HAM, akan menjadi pelanggaran ketika pembatasan didasarkan pada hukum tradisi, agama, atau kebiasaan.³³⁸ Dalam konteks pembatasan Pasal 19 ayat (3) ICCPR, agar dapat dikategorikan sebagai ketentuan undang-undang, norma-normanya harus disusun dengan presisi agar seseorang dapat mengatur tindakannya sejalan dengan ketentuan tersebut dan harus dapat diakses publik. Undang-undang tersebut tidak boleh memberikan diskresi yang tidak terbatas kepada otoritas yang diberi wewenang melaksanakannya. Aturan hukum mengenai pembatasan harus menyediakan petunjuk yang cukup agar pelaksanaannya dapat memahami ekspresi semacam apa yang dapat dibatasi secara pantas dan ekspresi seperti apa yang tidak dapat dibatasi. Aturan hukum mengenai pembatasan tidak boleh melanggar prinsip non-diskriminasi, dan juga tidak boleh mengandung ancaman sanksi yang melanggar ICCPR seperti hukuman badan.³³⁹

Berdasarkan Prinsip Siracusa,³⁴⁰ frasa “diatur dalam undang-undang” dimaknai sebagai diatur dalam hukum nasional yang berlaku umum, yang sesuai dengan ICCPR dan telah berlaku ketika pembatasan dilaksanakan (non-retroaktif). Ketentuan hukum mengenai pembatasan tidak boleh bersifat sewenang-wenang atau tidak beralasan. Aturan hukum yang membatasi pelaksanaan hak asasi manusia harus jelas dan dapat diakses semua orang.³⁴¹

c. Untuk melindungi hak orang lain atau reputasi orang lain

Salah satu alasan untuk pembatasan yang diperbolehkan adalah untuk melindungi hak atau reputasi orang lain. “Hak” yang dimaksud disini adalah semua hak yang dilindungi berdasarkan hukum HAM internasional. “Orang lain” mencakup individu ataupun anggota suatu komunitas. Sehingga terminologi tersebut dapat mencakup anggota dari komunitas yang berdasarkan keagamaan atau etnis.

Dalam Prinsip Siracusa, ditambahkan bahwa pembatasan kebebasan berekspresi yang bertujuan melindungi reputasi orang lain tidak boleh digunakan untuk melindungi negara dan pejabat-pejabatnya dari opini dan kritikan publik. Ketika terjadi konflik antar hak asasi,

338 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 24.

339 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 26.

340 United Nations, Commission on Human Rights, *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, 28 September 1984. Selanjutnya disebut Prinsip Siracusa. Prinsip ini disusun oleh ahli-ahli HAM internasional yang terdiri dari pengajar, praktisi dan ahli lainnya dari seluruh wilayah di dunia. Penyusunan dilakukan pada tanggal 30 April – 4 Mei 1984. Prinsip ini kemudian diedarkan oleh Komisi HAM PBB sebagai dokumen resmi hasil sesi ke-41 Komisi HAM di tahun 1984.

341 Lihat Prinsip Siracusa, paragraf 15-17.

pertimbangan yang diambil harus mengutamakan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*).³⁴²

Dalam konteks perdebatan di publik mengenai figur publik dalam ranah politik dan institusi publik, Komite HAM PBB menjunjung cukup tinggi ekspresi yang tersampaikan secara terbuka dan apa adanya. Artinya, tidak cukup untuk menjustifikasi adanya penjatuhan hukuman apabila suatu ekspresi semata-mata dianggap melecehkan figur publik, walaupun bukan berarti figur publik tidak dilindungi sama sekali. Semua figur publik, termasuk yang memegang kekuasaan tertinggi seperti kepala negara atau kepala pemerintahan, adalah obyek yang sah atas kritik dan oposisi politik. Berkaitan dengan hal ini, Komite HAM PBB menyatakan kekhawatiran mengenai undang-undang semacam *lese majeste*, *desacato*, penghinaan terhadap pejabat, penghinaan terhadap bendera dan simbol, penghinaan kepala negara, dan perlindungan kehormatan pejabat publik, dan lain-lain yang sejenis tidak seharusnya mengandung hukuman yang lebih berat hanya karena identitas orang yang merasa dirugikan. Kritik terhadap institusi publik, misalnya angkatan bersenjata atau pemerintah eksekutif, juga tidak boleh dilarang.³⁴³

Contoh pembatasan hak kebebasan berekspresi untuk melindungi hak orang lain di antaranya adalah hak untuk berpartisipasi dalam pemilu.³⁴⁴ Pembatasan ini harus dilakukan dengan berhati-hati. Negara boleh melindungi pemilih dari bentuk-bentuk ekspresi yang merupakan intimidasi atau paksaan. Namun, hal tersebut tidak dapat dilakukan dengan membatasi debat politik, termasuk di antaranya melarang himbauan untuk memboikot pemilu yang tidak diwajibkan. Dalam kasus *Svetnik v. Belarus* yang diajukan ke hadapan Komite HAM PBB, penggugat, Leonid Svetik, dihukum denda oleh Pengadilan Belarus karena menjadi salah satu perwakilan lembaga non-pemerintah yang menandatangani pernyataan menolak pemilu. Komite HAM PBB berpendapat dalam putusannya bahwa untuk melindungi hak setiap orang untuk terlibat dalam pemilu, setiap intimidasi atau paksaan terhadap pemilih harus diatur dalam hukum pidana dan diterapkan dengan ketat oleh Negara. Hukum semacam ini merupakan bentuk pembatasan hak berekspresi yang diperbolehkan untuk melindungi hak orang lain. Namun, intimidasi dan paksaan harus dibedakan dengan ajakan untuk memboikot pemilu seperti yang dilakukan penggugat. Selain itu, mengingat bahwa menjadi pemilih di negara Belarus adalah tidak wajib, pernyataan yang ditandatangani penggugat dan orang-orang lainnya tidak mempengaruhi keputusan bebas orang lain untuk berpartisipasi atau tidak dalam pemilu. Dan oleh karenanya tindakan negara yang mengadili dan menghukum penggugat merupakan bentuk pembatasan kebebasan berekspresi yang tidak diperbolehkan.³⁴⁵

342 Prinsip Siracusa, paragraf 36-37.

343 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 38.

344 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 28.

345 United Nations, Human Rights Committee (4), *Communication No. 927/2000, Svetik v. Belarus*, pandangan diadopsi pada tanggal 8 Juli 2004, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/927/2000 (2004).

Aturan 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.³⁴⁶

Kepentingan publik yang menjadi dasar suatu kritik atau ekspresi harus dianggap sebagai pembelaan yang sah atas kritik atau ekspresi tersebut. Negara harus berhati-hati agar tidak menerapkan hukuman dan sanksi berlebihan dan menetapkan batas yang wajar bagi tergugat untuk mengganti kerugian. Komite HAM PBB juga meminta negara mempertimbangkan penerapan dekriminalisasi terhadap pidana penghinaan, dan penerapan hukum pidana hanya dapat dilakukan dalam kasus yang paling serius. Pemenjaraan bukanlah hukuman yang pantas untuk penghinaan atau pencemaran nama baik. Negara tidak diperbolehkan mendakwa seseorang dengan pidana penghinaan dan kemudian memprosesnya tidak secara cepat; mengingat praktek demikian memiliki efek menakuti yang dapat membatasi kebebasan berekspresi terdakwa dan orang lain.

d. Ketertiban umum

Alasan kedua yang diperbolehkan untuk membatasi hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi adalah ketertiban umum. Prinsip Siracusa mendefinisikan ketertiban umum sebagai seperangkat peraturan yang memastikan berfungsinya masyarakat atau seperangkat prinsip-prinsip dasar yang melandasi berdirinya suatu masyarakat. Penghormatan terhadap HAM merupakan bagian dari ketertiban umum.³⁴⁷

Interpretasi atas ketertiban umum harus dilakukan dalam konteks tujuan suatu hak asasi manusia yang sedang dibatasi berdasarkan alasan ketertiban umum itu sendiri. Badan atau pejabat negara yang bertanggung jawab menjaga ketertiban umum harus dapat diawasi penggunaan kekuasaannya oleh parlemen, pengadilan atau badan independen yang kompeten lainnya.³⁴⁸

Proses pidana atas suatu ekspresi yang dianggap menghina kehormatan pengadilan (*contempt of court*) dapat diuji dengan landasan ketertiban umum. Agar pembatasan berjalan sesuai dengan pengaturan ICCPR, pengadilan harus menjamin bahwa proses peradilan dan hukuman yang dijatuhkan memang dapat dibenarkan dalam konteks pelaksanaan kekuasaan pengadilan untuk mempertahankan proses yang tertib. Di samping itu, proses

346 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 47.

347 Prinsip Siracusa, paragraf 22.

348 Prinsip Siracusa, paragraf 23-24.

peradilan tersebut tidak dapat digunakan untuk membatasi pelaksanaan yang sah atas hak untuk membela diri oleh terdakwa.³⁴⁹

e. Keamanan nasional

ICCPR dan Komentar Umum No. 34 ICCPR tidak menjabarkan lebih lanjut konsep atau batasan “keamanan nasional” sebagai alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi. Walaupun begitu, Komentar Umum No. 34 ICCPR mengatur bahwa penerapan pasal-pasal pidana terkait keamanan negara/nasional (*national security*), seperti undang-undang makar, rahasia negara, atau subversi (*sedition laws*), 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) ICCPR³⁵⁰. Selain itu, Komentar Umum No. 34 ICCPR menjelaskan kondisi-kondisi tertentu yang tidak memenuhi syarat pembatasan dalam Pasal 19 Ayat (3) ICCPR sehingga alasan “keamanan nasional” tersebut juga tidak dapat digunakan, yaitu:³⁵¹

- 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;
- Menuntut (melakukan proses hukum) terhadap jurnalis, peneliti, aktivis lingkungan, pembela hak asasi manusia, atau pihak lain, karena telah menyebarkan informasi publik tersebut;
- Merumuskan informasi yang berkaitan dengan sektor komersial, perbankan dan kemajuan ilmiah dalam ketentuan pidana terkait keamanan negara/nasional;
- Salah satu bentuk pembatasan yang tidak dapat menggunakan alasan “keamanan nasional” adalah larangan untuk mengeluarkan pernyataan yang mendukung sengketa perburuan, termasuk untuk mengadakan pemogokan nasional.

Konsep “keamanan nasional” kemudian dijabarkan dalam Prinsip Siracusa dan 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.³⁵² Hal-hal terkait “keamanan nasional” sebagai pembatasan hak, termasuk hak atas kebebasan berekspresi, menurut dokumen-dokumen tersebut adalah sebagai berikut:³⁵³

349 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 31.

350 General Comment No. 34, “Article 19: Freedom of Opinion and Expression”, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011, par. 30.

351 Lihat General Comment No. 34, “Article 19: Freedom of Opinion and Expression”, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011, par. 30.

352 Lihat *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Freedom of Expression and Access to Information*, U.N. Doc. E/CN.4/1996/39 (1996), 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.*

353 Lihat *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, American Association for the International Commission of Jurists, April 1985, par. 29-32 dan *the Johannesburg Principles...Ibid.*, prinsip 2, 6, dan 7.

- 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:
 - 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.

f. 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 dari itu, pembatasan untuk melindungi moral harus berdasarkan prinsip-prinsip yang tidak hanya berasal dari satu tradisi saja.³⁵⁴ Negara, ketika 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.³⁵⁵

g. Keselamatan/kesehatan publik

Mengenai kesehatan publik, sayangnya Komentar Umum Komite HAM PBB tidak memberikan definisi atau penjelasan. Namun dalam Prinsip Siracusa, dapat dimaknai bahwa kesehatan publik adalah kesehatan keseluruhan populasi atau individu-individu di dalam populasi. Prinsip Siracusa juga mengenal istilah keselamatan publik, yang berarti perlindungan dari bahaya terhadap keselamatan, nyawa, integritas fisik seseorang atau kerusakan serius terhadap propertinya. Kebutuhan untuk melindungi keselamatan publik dapat menjustifikasi pembatasan yang diatur dalam undang-undang. Prinsip Siracusa juga mengatur bahwa Peraturan Kesehatan Internasional dari World Health Organisation (WHO) harus diperhatikan.³⁵⁶

h. Adanya mekanisme pemulihan yang efektif

Komite HAM PBB dalam Komentar Umum No. 34 juga mensyaratkan bahwa negara harus menyiapkan upaya-upaya efektif untuk melindungi warganya dari serangan yang bertujuan membungkam mereka yang menggunakan hak atas kebebasan berekspresinya. 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-

354 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 32.

355 Lihat Prinsip Siracusa, paragraf 27-28.

356 *Ibid.*, paras. 25-26.

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.³⁵⁷

Dalam Prinsip Siracusa, disebutkan secara berulang bahwa penerapan pembatasan harus dibarengi dengan ketersediaan jaring pengaman dan pemulihan yang efektif.³⁵⁸

i. Keterdesakan (*necessity*) dan Proporsionalitas

Pembatasan harus dilakukan ketika benar-benar diperlukan untuk tujuan yang sah. Menjadi kewajiban negara, ketika mendalilkan dasar yang sah untuk melakukan pembatasan, untuk menunjukkan spesifikasi dan kekhususan situasi ancaman yang terjadi, dan keterdesakan dan proporsionalitas tindakan yang diambil khususnya dengan menunjukkan hubungan secara langsung dan tidak langsung antara ekspresi yang dianggap mengancam dengan ancaman yang ditimbulkannya.³⁵⁹

Kriteria “keterdesakan” atau “mendesak” ini adalah kriteria yang umum ditemukan di setiap klausul pembatasan berbagai hak yang tersebar di dalam ICCPR, termasuk pembatasan terhadap kebebasan berekspresi. Prinsip Siracusa memberikan penjelasan mengenai makna yang harus dipahami dari klausul “keterdesakan” atau “mendesak” dalam ICCPR, yaitu bahwa pembatasan hak oleh negara harus dilakukan:³⁶⁰

- 1) dengan berdasarkan pada kriteria tertentu mengenai pembatasan yang telah diatur pada pasal terkait (untuk kebebasan berekspresi berarti merujuk kepada Pasal 19 ayat (3) ICCPR);
- 2) sebagai respon atas kebutuhan publik atau kebutuhan sosial yang memerlukan tindakan yang segera;
- 3) dengan tujuan untuk melindungi kepentingan yang sah;
- 4) secara proporsional antara bentuk pembatasan hak dengan kepentingan yang dilindungi.

Secara khusus mengenai pembatasan kebebasan berekspresi yang bertujuan untuk melindungi kepentingan keamanan nasional, prinsip 1.3 Johannesburg Principles³⁶¹ merinci bahwa agar suatu pembatasan kebebasan berekspresi atau informasi dapat dinyatakan mendesak untuk melindungi kepentingan keamanan nasional yang sah, Pemerintah harus menunjukkan bahwa:

357 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 22.

358 Lihat Prinsip Siracusa, paras. 18, 31, 34.

359 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 35.

360 Lihat Prinsip Siracusa, paragraf 10.

361 Article 19 (2), *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information* (November 1996).

- 1) Bentuk ekspresi atau informasi yang dibatasi mengandung/merupakan ancaman serius terhadap kepentingan keamanan nasional;
- 2) Pembatasan yang diberlakukan adalah upaya paling minim yang dimungkinkan untuk memenuhi kepentingan tersebut; dan
- 3) Pembatasan yang dilakukan sesuai dengan prinsip-prinsip demokrasi.

Wewenang untuk memutuskan apakah suatu negara sudah memenuhi keterdesakan untuk melakukan pembatasan ada pada Komite HAM PBB. Komite juga tidak akan merujuk pada “margin apresiasi (*margin of appreciation*)” dalam mempertimbangkan terpenuhinya keterdesakan dan proporsionalitas.³⁶²

j. Pembatasan di dunia maya³⁶³

Pembatasan terhadap laman web, blog, atau sistem penyebaran informasi berbasis internet atau elektronik lainnya, termasuk sistem yang mendukung komunikasi elektronik seperti penyedia layanan internet atau mesin pencarian, hanya diperbolehkan apabila dilaksanakan berdasarkan undang-undang, 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 ICCPR.

k. Peraturan mengenai Penodaan Agama

Larangan menunjukkan tidak menghormati agama atau kepercayaan tertentu, termasuk peraturan mengenai penodaan agama adalah ketidaksesuaian dengan ICCPR. Pengecualiannya adalah ketika bentuk ekspresi tersebut sudah termasuk ujaran kebencian. Tidak diijinkan bagi negara untuk memiliki peraturan yang mendiskriminasi atau mengafirmasi suatu agama atau kepercayaan, atau pengikutnya, atau orang yang percaya adanya Tuhan dan ateis. Juga tidak diperbolehkan memberlakukan peraturan yang mencegah atau menghukum kritik terhadap pemuka agama atau pendapat mengenai doktrin agama dan prinsip kepercayaan.³⁶⁴

362 Lihat Komentari Umum 34, paragraf 36; Lihat juga *Communication No. 511/1992, Ilmari Lämsman, et al. v. Finland*, pandangan diambil pada tanggal 14 October 1993.

363 Lihat Komentari Umum 34, paragraf 43.

364 Lihat Komentari Umum 34, paragraf 48.

[Untuk lebih mendalami kriteria pengujian tiga tahap, silahkan menyaksikan tiga video yang terdapat dalam tautan berikut:

- **The Three-Part Test: Legality - Legitimate Restrictions to Freedom of Expression** (<https://www.youtube.com/watch?v=2tilTalk9fw>);
- **The Three-Part Test: Valid Grounds - Legitimate Restrictions to FoE** (https://www.youtube.com/watch?v=nGbLH_R56vo);
- **The Three-Part Test: Necessary - Legitimate Restrictions to Freedom of Expression** (<https://www.youtube.com/watch?v=jywOrnEAV5Y>)]

2. Pembatasan yang diatur dalam Pasal 20 ICCPR

ICCPR menjamin bahwa pada dasarnya pendapat dan segala bentuk ekspresi dilindungi kebebasannya, apabila negara membatasi maka harus memenuhi persyaratan sebagaimana sudah dijelaskan sebelumnya. Namun demikian ada bentuk-bentuk ekspresi yang ternyata tidak dilindungi dengan alasan apapun. Hal ini tertuang dalam Pasal 20 ICCPR:

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

Yang membedakan 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 undang-undang. Khusus untuk unsur dilarang berdasarkan undang-undang inilah Pasal 20 menjadi *lex specialis* dari Pasal 19 tentang hak kebebasan berpendapat dan berekspresi.

a. Propaganda Perang³⁶⁵

Tidak semua ekspresi atas suatu pendapat dapat dikategorikan sebagai propaganda. Sebaliknya, propaganda adalah upaya mempengaruhi yang disengaja melalui berbagai saluran komunikasi untuk menyebarkan, khususnya, tuduhan yang tidak benar atau dilebih-lebihkan. Termasuk juga 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 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.

365 Lihat Manfred Nowak, *CCPR Commentary*, 2nd ed. (2005), hal. 471-474.

Sementara yang dimaksud dengan perang lebih sulit lagi untuk diinterpretasikan. Dalam Komentar Umum, 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 PBB³⁶⁶ atau hak semua orang untuk menentukan nasib sendiri (*self determination*) dan merdeka. Perang saudara atau perang sipil tidak termasuk dalam cakupan pasal ini, selama tidak jatuh dalam kategori konflik internasional. Definisi perang juga tidak bergantung pada adanya deklarasi perang berdasarkan hukum internasional. 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) yang telah dijabarkan sebelumnya.

b. Ujaran Kebencian

Selain propaganda perang, yang juga harus dilarang oleh Negara adalah segala tindakan yang menganjurkan kebencian atas dasar kebangsaan, ras atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan. Ini berarti hasutan hanya dilarang ketika dasarnya adalah kebangsaan, ras, atau agama. Larangan ini berakar pada sejarah kejahatan kebencian Nazi terhadap Yahudi yang berlandaskan kebangsaan, ras atau agama Yahudi.

Berdasarkan *Rabat Plan of Action*³⁶⁷ “kebencian” dan “permusuhan” mengacu pada emosi intens dan kritikan tajam irasional, permusuhan dan kebencian terhadap kelompok sasaran; istilah “advokasi” sebagaimana dalam Pasal 20 ayat (2) ICCPR harus dipahami sebagai mensyaratkan niat untuk mempromosikan kebencian secara terbuka kepada kelompok sasaran; dan istilah “penghasutan” mengacu pada pernyataan tentang kelompok kebangsaan, ras atau agama yang menciptakan risiko diskriminasi, kekerasan atau permusuhan terhadap anggota kelompok tersebut.

366 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.

367 United Nations, Human Rights Council (5), “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 *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, A/HRC/22/17/Add.4, 11 Januari 2013.

Negara harus memberlakukan legislasi yang menetapkan sanksi sepantasnya yang berlaku sama bagi perseorangan maupun badan Negara. “Agama” yang dimaksud disini mencakup baik agama maupun keyakinan sebagaimana ICCPR melindungi hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan.

Dalam kasus *Ross v. Kanada*,³⁶⁸ Malcolm Ross adalah seorang guru tambahan di sekolah distrik New Brunswick, Kanada yang di waktu senggangnya menulis buku, dan diwawancara dimana ia menyatakan opininya mengenai aborsi, pertentangan Yahudi dan Kristen dan pembelaannya terhadap Kekristenan. Ia menjadi perhatian dan diperingatkan oleh Dewan Sekolah untuk tidak lagi memberikan pernyataan publik. Namun ia mengacuhkan peringatan tersebut, berujung pada laporan atas dirinya oleh orang tua murid sekolah lain di distrik yang sama yang berargumen bahwa pernyataannya merupakan diskriminasi terhadap Yahudi. Ia dipindahkan ke posisi non-ajar dan kemudian menggugat ke pengadilan. Karena tidak puas dengan keputusan Mahkamah Agung, ia mengajukan gugatan ke Komite HAM PBB.

Komite HAM PBB setuju dengan pandangan Dewan Sekolah yang dikuatkan Mahkamah Agung Kanada yang menilai bahwa ekspresi Malcolm Ross bersifat diskriminatif terhadap orang keturunan dan kepercayaan Yahudi, pernyataan tersebut 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 bahwa pembatasan atas ekspresi Malcolm Ross dalam 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) yang mengharuskan Negara melarang anjuran kebencian atas dasar agama, kebangsaan atau ras yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan.

Laporan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Bereksresi tentang Ujaran Kebencian³⁶⁹ memuat bahwa poin penting dalam larangan ujaran kebencian adalah 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 ICCPR. Negara harus melindungi orang ini bahkan ketika negara tidak setuju atau tersinggung atas apa yang ia ungkapkan.³⁷⁰

368 United Nations, Human Rights Committee (5), *Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

369 United Nations, General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/74/486, 9 Oktober 2019.

370 *Ibid.* paragraf 10.

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

- 1) “Konteks sosial dan politik yang lazim pada saat ujaran atau pernyataan dibuat dan disebarluaskan”;
- 2) Status pembicara, “khususnya posisi atau pendirian individu atau organisasi yang melakukan hasutan terhadap kelompok mana suatu pernyataan diarahkan”;
- 3) Niat, yang berarti bahwa “kelalaian dan kecerobohan tidak cukup untuk dianggap pelanggaran berdasarkan Pasal 20 ICCPR”, yang menyatakan bahwa distribusi atau sirkulasi belaka tidak sama dengan advokasi atau hasutan;
- 4) Isi dan bentuk pidato, khususnya “seberapa provokatif dan terbuka isi ujaran atau pernyataan tersebut, serta bentuk, gaya, sifat argumen yang digunakan”;
- 5) Luas atau jangkauan ujaran, dalam arti “jangkauan, luas, dan jumlah pendengarnya”, termasuk apakah itu “selebaran tunggal atau disiarkan di media arus utama atau melalui internet, frekuensi, jumlah, dan luasnya komunikasi, serta apakah audiens memiliki sarana untuk menindaklanjuti hasutan”;
- 6) Kemungkinan terjadinya, termasuk sifat kesegeraannya, 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”.

3. Pembatasan dalam instrumen hukum nasional

a. Gambaran umum norma pembatasan dalam hukum nasional

Konstitusi Indonesia menetapkan norma pembatasan terhadap hak-hak asasi manusia, sebagaimana diatur dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Pembatasan tersebut apabila dilihat dari unsur-unsurnya nampak serupa dengan apa yang diatur dalam ICCPR. Untuk memperjelas kembali, Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 menyatakan bahwa:

“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.”

Dari ketentuan tersebut, kita dapat merangkum dua unsur penting dari pembatasan ini, yaitu:

- Pembatasan harus ditetapkan dengan undang-undang;
- Tujuan pembatasan adalah untuk menjamin pengakuan serta penghormatan hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Norma pembatasan ini memiliki beberapa permasalahan jika ditilik dari beberapa sudut pandang, sebagaimana diuraikan di bawah ini:

- 1) UUD 1945 tidak membedakan antara norma pengecualian (*derogation*) dan pembatasan (*limitation*) sebagaimana instrumen HAM internasional mengenalnya, misalnya dalam Pasal 4 ayat (2) dan Pasal 19 ayat (3) ICCPR. Ditambah lagi pembatasan tersebut, dalam struktur penulisan UUD 1945, berdiri dalam satu pasal tersendiri dan tidak secara spesifik menyebutkan pembatasan tersebut ditujukan terhadap hak yang mana. Maka, konsekuensi logis dari kedua faktor tersebut membuat norma pembatasan tersebut bisa diterapkan terhadap semua hak yang dijabarkan, termasuk hak-hak yang menurut ICCPR seharusnya tidak boleh dikenakan pembatasan.
- 2) UUD 1945 memperkenalkan unsur pembatasan yang tidak tercantum dalam berbagai instrumen HAM internasional, yaitu perlindungan nilai-nilai agama sebagai suatu tujuan pembatasan. Sebagai perbandingan, ICCPR mensyaratkan tujuan pembatasan hanya dapat diterapkan demi perlindungan hak dan reputasi orang lain, atau perlindungan atas keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan publik, atau moral. Namun, berbeda dengan unsur-unsur tujuan pembatasan tersebut yang dapat ditemukan konteks dan pengertiannya di dalam *Siracusa Principles*, nilai-nilai agama di dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 tidak memiliki penjelasan lebih lanjut mengenai definisi dan lingkupnya.

Lebih lanjut lagi, UU HAM juga menetapkan adanya norma pembatasan yang serupa tetapi tak sama karena ada perbedaan yang cukup penting dengan pembatasan yang diuraikan dalam UUD 1945, di samping adanya inkonsistensi ketentuan di dalam UU HAM sendiri. UU HAM mengatur pembatasan mengenai pelaksanaan hak-hak asasi manusia di dalam Pasal 73 UU HAM yang berbunyi:

“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.”

Pasal tersebut tidak mencantumkan adanya nilai-nilai agama sebagai unsur tujuan pembatasan hak. Terlebih lagi, terdapat tujuan baru yang juga tidak ditetapkan di dalam ICCPR, yaitu “kesusilaan” dan “kepentingan bangsa.” “Kepentingan bangsa” diartikan dalam penjelasan Pasal 73 UU HAM sebagai “untuk keutuhan bangsa dan bukan kepentingan penguasa.” Tidak terdapat penjelasan mengenai cakupan unsur “kesusilaan.”

Selain itu, di dalam UU HAM terdapat pasal lain yang unsur-unsurnya serupa dengan norma pembatasan di dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 dan juga Pasal 73 UU HAM, namun pasal ini berada di bawah bab mengenai Kewajiban Dasar Manusia, yaitu Pasal 70. Pasal 70 menyatakan:

“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 ini dilihat dari unsur-unsurnya nampak serupa dengan unsur-unsur pembatasan yang terdapat di dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, namun tanpa mencantumkan unsur “nilai-nilai agama.” Unsur “nilai-nilai agama” di dalam UU HAM hanya muncul sekali di dalam Pasal 23 ayat (2) yang berbunyi:

“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.”

Pasal tersebut secara jelas melekatkan unsur-unsur pembatasan kepada satu hak tertentu, yaitu hak untuk mempunyai, mengeluarkan, dan menyebarkan pendapat yang secara esensial merupakan bagian dari hak atas kebebasan berekspresi. Jadi, pembatasan ini sedikit berbeda dengan pembatasan di dalam konstitusi yang sifatnya dapat diterapkan terhadap semua hak. Tetapi, unsur-unsur tujuan pembatasan dalam Pasal 23 ayat (2) UU HAM bersifat lebih meluas jika dibandingkan dengan tujuan pembatasan yang disebutkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Setidaknya terdapat lima unsur tujuan pembatasan di dalam Pasal 23 ayat (2) UU HAM, yaitu 1) nilai-nilai agama; 2) kesusilaan; 3) ketertiban; 4) kepentingan umum; dan 5) keutuhan negara. Dari kelima unsur tersebut, terdapat tiga unsur yang berbeda dengan tujuan pembatasan yang ditetapkan dalam UUD 1945, yaitu tujuan kesusilaan, kepentingan umum, dan keutuhan negara. Sayangnya, UU HAM pun tidak memberi definisi atau penjelasan lebih jauh mengenai unsur-unsur tersebut.

Perbandingan Tujuan Pembatasan Hak dalam Instrumen Hukum Nasional			
Instrumen hukum	Pasal	Tujuan pembatasan	Keterangan
UUD 1945	Pasal 28J ayat (2)	1) Moral; 2) Nilai agama; 3) Keamanan; 4) Ketertiban umum.	• Tidak ada penjelasan lebih lanjut atas tiap unsur; • Dapat diterapkan terhadap pembatasan atas seluruh hak, tidak spesifik untuk hak atas kebebasan berekspresi.
UU HAM	Pasal 23 ayat (2)	1) Nilai agama; 2) Kesusilaan; 3) Ketertiban; 4) Kepentingan umum; 5) Keutuhan negara.	• Tidak ada penjelasan lebih lanjut atas tiap unsur; • Tujuan pembatasan spesifik untuk hak atas kebebasan berekspresi.
	Pasal 70	1) Moral; 2) Keamanan nasional; 3) Ketertiban umum.	• Tidak ada penjelasan lebih lanjut atas tiap unsur; • Disusun di dalam bab mengenai Kewajiban Dasar Manusia.
	Pasal 73	1) Kesusilaan; 2) Ketertiban umum; 3) Kepentingan bangsa.	• Kepentingan bangsa didefinisikan sebagai “untuk keutuhan bangsa dan bukan kepentingan penguasa”; • Tidak ada penjelasan lebih lanjut atas unsur lainnya; • Dapat diterapkan terhadap pembatasan atas seluruh hak, tidak spesifik untuk hak atas kebebasan berekspresi.

Berkaca pada beberapa rujukan pasal tersebut, dapat disimpulkan bahwa Indonesia tidak memiliki panduan yang cukup jelas dalam menentukan tujuan-tujuan pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi, baik dalam konstitusi maupun produk hukum di tingkat bawahnya. Bahkan terdapat berbagai tujuan pembatasan yang tidak senada dengan tujuan pembatasan yang ditetapkan dalam instrumen HAM internasional, di antaranya nilai-nilai agama dan kesusilaan. UUD 1945 sebagai dasar sekaligus hukum tertinggi dalam pembentukan hukum nasional juga tidak memberikan penjelasan atau panduan yang cukup dalam mendefinisikan tujuan-tujuan yang sah atas pembatasan hak-hak asasi manusia.

Konsekuensi dari inkonsistensi tersebut adalah adanya ketidakpastian bagi pembuat kebijakan dalam menentukan tujuan-tujuan pembatasan yang sah terhadap 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 aparat penegak hukum untuk melakukan penafsiran masing-masing yang berbeda-beda apabila ada orang yang diduga melanggar ketentuan hukum terkait.

b. Delik-delik yang terkait pembatasan ekspresi dalam hukum nasional

Berbagai undang-undang memiliki pasal-pasal yang, apabila dilihat dari rumusan perbuatan yang diatur dan diancam pidana, bersifat membatasi ekspresi atau pendapat individu. Bentuk-bentuk ekspresi yang dibatasi melalui ketentuan pidana sangat bervariasi, namun secara garis besar dapat dikategorikan ke dalam empat kelompok besar bentuk ekspresi yang kerap mengalami pembatasan melalui hukuman pidana. Keempat bentuk kategori ekspresi tersebut adalah ekspresi berbentuk penghinaan, ekspresi bernuansa politis atau ekspresi simbolis, ekspresi bernuansa permusuhan, ujaran kebencian atau berita bohong, dan ekspresi yang bertentangan dengan kesusilaan.

Penggolongan tersebut penulis buat berdasarkan kemiripan karakteristik dan substansi ekspresi atau tindakan yang dirumuskan dalam pasal. Ekspresi berbentuk penghinaan adalah ekspresi yang dalam bentuk lisan maupun tulisan terkandung pernyataan yang bersifat mencemarkan nama baik. Ekspresi bernuansa politis atau ekspresi simbolis adalah ekspresi dalam spektrum luas (yang tidak hanya berupa lisan atau tulisan tetapi mencakup pula tindakan) yang berkaitan dengan posisi politik seseorang atau berupa tindakan simbolis dengan tujuan menyampaikan pesan tertentu. Ekspresi bernuansa permusuhan, ujaran kebencian, atau berita bohong adalah ekspresi atau tindakan yang membawa konsekuensi terhadap golongan atau publik secara luas. Ekspresi yang bertentangan dengan kesusilaan adalah ekspresi yang dipandang melanggar nilai kesopanan yang hidup di masyarakat sehingga dianggap mengancam moral publik. Berbagai ketentuan undang-undang tersebut telah dirangkum ke dalam tabel berikut:

Pasal-pasal terkait Kebebasan Berekspresi di Indonesia. ¹²		
Ekspresi yang dikenakan pembatasan	Undang-undang	Ketentuan
Ekspresi berupa penghinaan	Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)	Pasal 142, 143, 144, 207, 310, 311, 315, 316, 317, 318, 320, 321
	Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah melalui Undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE)	Pasal 27 ayat (3) <i>juncto</i> Pasal 45 ayat (3)
Ekspresi bernuansa politis atau ekspresi simbolis	KUHP	Pasal 104, 106, 107, 107a, 107b, 107c, 107d, 142a, 154a
	Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, serta Lagu Kebangsaan (UU Bendera)	Pasal 66, 67, 68, 69, 70
Ekspresi bernuansa permusuhan, ujaran kebencian, atau berita bohong	KUHP	Pasal 156, 157
	UU ITE	Pasal 28 ayat (2) <i>juncto</i> Pasal 45A ayat (2)
	Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis (UU PDRE)	Pasal 4 huruf b angka 1, angka 2, dan angka 3 <i>juncto</i> Pasal 16
	Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana	Pasal 14, 15
Ekspresi yang bertentangan dengan kesusilaan	KUHP	Pasal 281, 282
	Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi (UU Pornografi)	Pasal 4 <i>juncto</i> Pasal 29 dan 30, Pasal 6 <i>juncto</i> Pasal 32
	UU ITE	Pasal 27 ayat (1) <i>juncto</i> Pasal 45 ayat (1)

Di luar ketentuan pasal yang disebutkan dalam tabel di atas, tentu masih terdapat berbagai ketentuan lain yang mengatur perbuatan berdimensi hak atas kebebasan berekspresi yang ditetapkan sebagai perbuatan yang dapat dipidana atau juga dapat digugat perdata maupun dijatuhi sanksi administratif. Namun, empat spektrum ekspresi beserta ketentuan pasal dalam tabel di atas dapat digolongkan sebagai jenis perbuatan atau ekspresi yang paling sering terjadi dan menimbulkan perdebatan di tengah masyarakat. Di samping itu, adanya

sanksi pidana juga membuat Jaksa harus memberi perhatian lebih terhadap pemeriksaan perkara-perkara tersebut oleh karena sifat sanksi pidana yang keras dan dapat berdampak luas bagi mereka yang didakwa melakukan perbuatan-perbuatan tersebut.

Oleh karena begitu banyaknya perbuatan berdimensi kebebasan berekspresi yang diatur sebagai perbuatan yang dapat dipidana dalam undang-undang di Indonesia, maka penting untuk mengetahui metode yang sebaiknya diterapkan untuk mencegah terjadinya pembedaan yang berlebihan terhadap suatu jenis perbuatan tertentu.

c. Penggunaan Pengujian Tiga Tahap dalam memeriksa perkara

Jaksa perlu mengambil pendekatan yang sangat hati-hati dalam menangani perkara-perkara terkait ketentuan-ketentuan dalam tabel tersebut. Kehati-hatian tersebut dapat terwujud apabila Jaksa menerapkan standar pembatasan sesuai instrumen HAM internasional, di samping melakukan pembuktian melalui penafsiran unsur-unsur pasal, agar perlindungan hak atas kebebasan berekspresi sebagai salah satu hak asasi manusia tetap terjamin dan pembatasan terhadap kebebasan berekspresi tetap berjalan sesuai dengan prinsip-prinsip HAM.

Sebelum menilai suatu ekspresi perlu dibawa ke dan dituntut di pengadilan, maka alur berpikir seorang Jaksa pertama-tama harus dimulai dengan paradigma bahwa negara – di mana Kejaksaan adalah bagian dari Negara - wajib melindungi segala bentuk ekspresi dan pendapat dari warga negara oleh karena hal tersebut adalah bagian dari HAM. Alur pikir tersebut diikuti dengan paradigma kedua, yaitu bahwa instrumen HAM internasional dan nasional mengizinkan negara melakukan pembatasan terhadap ekspresi, namun hanya jika pembatasan tersebut sesuai dengan prinsip-prinsip HAM. Maka, konsekuensi logis dari alur berpikir tersebut adalah pengadilan harus berfokus terhadap penentuan mengenai sah atau tidaknya pembatasan yang dilakukan negara terhadap suatu ekspresi warga negara. Tindakan pembatasan oleh negara yang dimaksud di sini adalah penuntutan dalam sistem peradilan pidana. Logika berpikir tersebut sejalan pula dengan ketentuan Pasal 66 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana yang menyatakan bahwa tersangka atau terdakwa tidak dibebani kewajiban pembuktian. Dalam gambaran praktisnya, Jaksa tidak dapat membebankan kepada individu, yang sedang dituntut di persidangan oleh karena menyampaikan ekspresi atau pendapat tertentu, dengan kewajiban untuk membuktikan bahwa ekspresinya sah. Tetapi justru jaksa sebagai perpanjangan tangan negara yang wajib membuktikan di persidangan bahwa penuntutan terhadap ekspresi atau pendapat tersebut sah dan harus dikabulkan oleh pengadilan. Pengertian sah dalam hal ini tidak hanya mengenai kesesuaian antara perbuatan dengan pasal yang didakwakan terhadap terdakwa, namun juga kesesuaian dengan standar pembatasan yang diatur dalam instrumen HAM internasional.

Lalu, dalam kondisi bagaimana suatu tindakan pembatasan oleh negara terhadap suatu ekspresi dapat dinyatakan sah? Instrumen HAM internasional, salah satunya yaitu Komentar Umum 34, telah memberikan uraian metodis yang secara umum dikenal menjadi pengujian tiga tahap (*three-part test*). Tiga elemen yang perlu diuji oleh pengadilan sudah dijelaskan secara detail dalam subbab sebelumnya, namun pada bagian ini pengujian tiga tahap akan digambarkan dalam skema prosedural agar lebih mudah dipahami.

C. Praktik Kebebasan Berekspresi dalam Pengadilan HAM Regional, Pengadilan Domestik Negara Lain Yang Relevan, dan Pengadilan Indonesia

1. Amerika Serikat

Amerika Serikat telah lebih dahulu mengakui keberadaan kebebasan berekspresi sebagai sebuah hak yang diperkenalkan pada tahun 1791 melalui *Bill of Rights*. Dalam *Bill of Rights*, pemerintah Amerika Serikat menetapkan beberapa amandemen terhadap konstitusi Amerika Serikat pada saat itu yang mana sebagian besar bentuk perubahannya berupa pengakuan terhadap hak-hak sipil warga negara. Di antara berbagai amandemen tersebut terdapat Amandemen Pertama (*the First Amendment*) yang memberikan pengakuan dan perlindungan dari negara terhadap hak atas kebebasan berekspresi, untuk berkumpul dan berserikat, dan kebebasan pers. Amandemen Pertama dalam terjemahan bebasnya berbunyi “Kongres dilarang membuat undang-undang terkait pembentukan suatu agama atau yang melarang pelaksanaan agama secara bebas; atau membatasi kebebasan berekspresi atau kebebasan pers; atau hak masyarakat untuk berkumpul secara damai, dan untuk menyampaikan permohonan kepada pemerintah mengenai perbaikan atas permasalahan mereka.”³⁷¹

Amandemen Pertama tersebut menjadi dasar perlindungan dalam hal penyampaian ekspresi atau pendapat individu dari bentuk-bentuk pembatasan yang dibuat oleh pemerintah melalui undang-undang. Sebagai akibatnya, setiap ketentuan hukum yang dianggap melanggar kebebasan berekspresi, kebebasan berkumpul dan berserikat, atau kebebasan pers akan melalui prosedur pemeriksaan yang ketat (*strict scrutiny*) yang menjadi standar pemeriksaan pengujian undang-undang oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat (MA AS). Pendapat MA AS pulalah yang menjadi pedoman dan batasan utama dalam perlindungan dan pelaksanaan kebebasan berekspresi di Amerika Serikat.

371 Teks dalam bahasa asli diambil dari National Constitution Centre, *The Constitution of the United States*, hal. 11, tersedia di <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>

Amerika Serikat dalam sejarahnya pernah menerapkan pendekatan yang restriktif terhadap kebebasan berekspresi. Dalam kasus *Schenk v. United States*, MAAS menerapkan batu uji yang dinamakan '*clear and present danger*' untuk menentukan apakah suatu ekspresi dari seseorang termasuk lingkup ekspresi yang dilindungi oleh Amandemen Pertama. Melalui mekanisme tersebut, setiap ekspresi yang dianggap menghasut dan berpeluang menimbulkan tindakan melawan hukum atau kekerasan tidak termasuk ekspresi yang dilindungi Amandemen Pertama.³⁷² Batu uji tersebut kemudian berubah setelah kasus *Brandenburg v. Ohio* diputus oleh MAAS di mana MAAS menggunakan standar pengujian yang baru yaitu '*imminent lawless action*' yang dianggap lebih ketat dan menjamin perlindungan yang lebih luas terhadap kebebasan berekspresi.

Amerika Serikat memberikan jaminan perlindungan yang lebih luas dalam kebebasan berekspresi dibandingkan dengan Indonesia. Di sisi lain, penafsiran Amandemen Pertama oleh MAAS di berbagai kasus memperlihatkan kecenderungan lebih sempitnya jaminan perlindungan terhadap kehormatan atau reputasi pejabat publik apabila dibandingkan dengan jaminan perlindungan kebebasan berekspresi dari masyarakat sipil. Berbagai contoh pendapat dalam putusan MAAS atas kasus-kasus terkait Amandemen Pertama diuraikan dalam paragraf di bawah ini, di antaranya terdapat kasus mengenai pembakaran bendera dan publikasi informasi yang keliru terkait perbuatan pejabat publik.

a. Kasus *Brandenburg v. Ohio* (1969)³⁷³

Brandenburg, seorang pimpinan dari organisasi Ku Klux Klan, mengundang seorang jurnalis stasiun televisi lokal untuk meliput kegiatan rapat umum organisasinya. Kegiatan tersebut direkam dalam bentuk video dan sebagian rekamannya disiarkan di jaringan berita lokal dan nasional. Dalam rekaman tersebut, Brandenburg terlihat menyampaikan pidato di depan para anggota Ku Klux Klan yang isinya menyebutkan soal penindasan terhadap orang kulit putih dan keinginan untuk balas dendam serta kalimat-kalimat penghinaan terhadap orang kulit hitam dan etnis Yahudi. Dalam video yang sama terlihat para anggota Ku Klux Klan membawa berbagai jenis senjata di dalam acara tersebut.

Atas perbuatan tersebut, Brandenburg kemudian dihukum pidana penjara dan denda oleh negara bagian Ohio karena dianggap melanggar undang-undang tentang sindikalisme kriminal (*criminal syndicalism*). Secara khusus, Brandenburg dianggap telah melakukan perbuatan "di depan umum mendukung atau menganjurkan perlunya tindakan kriminal, kekerasan, sabotase, atau tindakan melanggar hukum lainnya dalam rangka mencapai pembaruan politik atau industrial" dan "bergabung dengan suatu organisasi yang mengajarkan atau mendukung doktrin sindikalisme kriminal." Brandenburg kemudian menguji konstitusionalitas peraturan hukum tersebut ke MAAS.

372 U.S. Supreme Court (1), *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), tersedia di <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/#tab-opinion-1928047>.

373 U.S. Supreme Court (2), *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), tersedia di <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>.

Dalam pertimbangannya, MA AS menjelaskan bahwa adanya jaminan atas kebebasan berekspresi dan kebebasan pers (sebagaimana dalam Amandemen Pertama) tidak memperkenankan negara bagian untuk melarang serta menghukum pernyataan di depan umum yang mendukung atau menganjurkan penggunaan kekerasan, kecuali jika:

- 1) pernyataan tersebut memang ditujukan untuk menciptakan tindakan melawan hukum yang akan segera terjadi (*imminent lawless action*); dan
- 2) pernyataan tersebut sangat berpeluang untuk menciptakan kekerasan yang diinginkan.

MA AS memandang bahwa undang-undang yang dibuat oleh negara bagian Ohio tidak dengan jelas mengatur dan memisahkan mana pernyataan yang bersifat semata hanya dukungan atau anjuran untuk melakukan suatu tindakan melawan hukum dengan pernyataan yang memenuhi kedua prasyarat di atas. Dengan demikian, MAAS memandang undang-undang yang disengketakan bertentangan dengan Amandemen Pertama.

b. Kasus New York Times Co. v. Sullivan (1964)³⁷⁴

Bersamaan dengan terjadinya Gerakan Hak-Hak Sipil oleh aktivis Afrika-Amerika, pada tanggal 29 Maret 1960 surat kabar New York Times mempublikasikan sebuah iklan pengumpulan donasi untuk membantu perjuangan aktivis hak-hak sipil serta pendampingan hukum bagi Martin Luther King, Jr. yang saat itu menghadapi tuntutan pidana di pengadilan di kota Montgomery, Alabama. Iklan tersebut memuat sejumlah pernyataan dan informasi yang tidak akurat mengenai tindakan petugas kepolisian terhadap mahasiswa dan aktivis yang berunjuk rasa mendorong perlindungan hak-hak sipil bagi masyarakat Afrika-Amerika. L. B. Sullivan, seorang pejabat kota Montgomery yang bertanggung jawab atas instansi kepolisian lokal, merasa pernyataan dan informasi yang tertulis dalam iklan tersebut ditujukan juga terhadap dirinya, meskipun namanya tidak muncul sama sekali dalam iklan tersebut. Sullivan pun menggugat New York Times ke pengadilan atas tuduhan pencemaran nama baik secara tertulis. Gugatannya kemudian menang, tetapi New York Times mengajukan banding hingga kasusnya sampai di tingkat MA AS.

MA AS dalam pertimbangannya terlebih dahulu memeriksa apakah iklan dalam kasus ini termasuk ekspresi yang dilindungi oleh Amandemen Pertama. MA AS melihat bahwa iklan dalam perkara ini murni sebuah iklan yang bersifat komersial. MA AS mengetahui bahwa iklan di surat kabar New York Times tersebut memang materi yang berbayar. Namun di dalam iklan tersebut terkandung pendapat dan kritik terhadap kekerasan yang terjadi kepada aktivis hak-hak sipil serta berisi permintaan dukungan terhadap Gerakan Hak-Hak Sipil, yang pada saat itu menjadi isu nasional dan menarik perhatian publik yang besar.

374 U.S. Supreme Court (3), *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), tersedia di <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>.

Maka, MA AS berpendapat iklan ini termasuk ekspresi yang mendapat perlindungan dari Amandemen Pertama, meskipun iklan ini dipesan dan dibayar oleh pihak lain.

Selanjutnya, MA AS mempertimbangkan apakah kekeliruan atas fakta-fakta dalam iklan tersebut dapat membuat New York Times Co. kehilangan perlindungan hukum dari Amandemen Pertama. Menurut MA AS, suatu pernyataan mengenai pejabat publik tidak dapat dihukum semata hanya karena isinya mengandung kekeliruan. Untuk dapat dihukum, pihak yang menyampaikan pernyataan tersebut harus punya pengetahuan penuh atas adanya suatu kekeliruan atau secara gegabah mengabaikan adanya suatu kekeliruan. Kedua prasyarat tersebut dapat yang kemudian dapat menggambarkan adanya niat jahat yang nyata (*actual malice*) dalam suatu pencemaran nama baik. MA AS memandang bukti-bukti yang ada tidak cukup untuk menyimpulkan adanya niat jahat yang nyata dari tindakan New York Times mempublikasikan iklan tersebut. Oleh karena itu, MA AS membatalkan putusan pengadilan yang menghukum New York Times Co.

c. Kasus Texas v. Johnson (1989)³⁷⁵

Pada tahun 1984, Gregory Lee Johnson berpartisipasi dalam aksi unjuk rasa menentang kebijakan Presiden Ronald Reagan dan beberapa perusahaan yang berbasis di Dallas, Texas. Unjuk rasa tersebut berlangsung bersamaan dengan dilaksanakannya Konvensi Nasional Partai Republik. Dalam unjuk rasa tersebut, Johnson membakar bendera Amerika Serikat sementara rekan-rekannya meneriakkan kalimat protes terhadap pemerintah. Sebagian saksi yang melihat peristiwa tersebut merasa sangat tersinggung dengan perbuatan Johnson, namun tindakan itu sendiri tidak menimbulkan korban luka maupun jiwa. Atas perbuatannya, Johnson dihukum pidana atas ketentuan penodaan terhadap objek yang dihormati sesuai hukum yang berlaku di Texas. Sempat dinyatakan tidak bersalah pada tingkat banding karena tindakannya dilindungi oleh Amandemen Pertama, pemerintah negara bagian Texas mengajukan upaya hukum atas kasus ini ke MA AS.

MA AS memeriksa dengan menimbang bahwa ekspresi yang dimaksud dalam dan dilindungi oleh Amandemen Pertama bukan hanya ekspresi berupa lisan atau tulisan, tetapi juga tindakan atau perbuatan yang memiliki sifat komunikatif yang berarti di dalamnya ada tujuan untuk menyampaikan pesan dan ada kemungkinan untuk tersampainya pesan tersebut. Terhadap prasyarat tersebut, MA AS menilai perbuatan Johnson termasuk ekspresi dalam Amandemen Pertama karena sarat dengan pesan politis dan nyata ada tujuan agar pesan itu tersampaikan. Hal tersebut dapat dinilai dari momen pembakaran bendera yang terjadi di dalam unjuk rasa yang dilakukan bersamaan dengan konvensi Partai Republik di mana Ronald Reagan dicalonkan kembali menjadi presiden untuk periode yang kedua.

375 U.S. Supreme Court (4), *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), tersedia di <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>.

Pemerintah Texas menyampaikan bahwa dua kepentingannya terlanggar oleh tindakan pembakaran bendera tersebut, yaitu: 1) untuk menjaga ketertiban umum, dan 2) untuk menjaga fungsi bendera sebagai simbol persatuan.

Terhadap kepentingan yang pertama, MA AS, dengan mengutip kembali pertimbangannya dalam kasus *Brandenburg v. Ohio*, memandang bahwa pemerintah Texas tidak punya bukti yang cukup untuk menyatakan bahwa tindakan pembakaran bendera tersebut bertujuan menciptakan *imminent lawless action* dan sangat berpeluang untuk menciptakan kekerasan yang diinginkan. Pada faktanya, tidak ada gangguan ketertiban umum yang terjadi atau berpotensi terjadi sebagai akibat dari tindakan Johnson. Bukti yang ada hanya menunjukkan bahwa beberapa saksi yang menyaksikan pembakaran bendera tersebut merasa sangat tersinggung. Namun, MA AS menilai fakta tersebut tidak cukup untuk menjadi pembenaran bagi pemerintah Texas dalam menghukum Johnson karena jika demikian, maka berarti ekspresi apapun yang tidak sejalan dengan pandangan umum akan dianggap berpeluang mengganggu ketertiban umum.

Terhadap kepentingan yang kedua, MA AS berpendapat peraturan yang dibuat pemerintah Texas adalah sama dengan larangan terhadap suatu penyampaian ide. MA AS memandang bahwa suatu pemerintahan tidak dapat melarang penyampaian suatu ide karena masyarakat memandang ide tersebut bersifat kurang ajar atau tidak menyenangkan. Selain itu, MA AS berpendapat suatu pemerintahan tidak berwenang untuk memaksakan makna tunggal atas suatu simbol, dalam kasus ini bendera Amerika Serikat, dengan melarang tindakan tertentu atas simbol tersebut. MA AS memandang bahwa tidak ada yang bisa membuktikan bahwa pemaknaan masyarakat terhadap bendera Amerika Serikat akan berubah hanya karena tindakan Johnson. Dengan demikian, MA AS menguatkan putusan pengadilan banding di Texas yang menyatakan tindakan Johnson termasuk ekspresi yang dilindungi oleh Amandemen Pertama.

d. Kasus *Snyder v. Phelps* (2006)³⁷⁶

Dalam kasus *Snyder* melawan *Phelps*, Fred Phelps bersama para jemaatnya dari Westboro Baptist Church melakukan aksi unjuk rasa di sebuah area publik di dekat upacara pemakaman tentara Amerika Serikat Kopral Dua Matthew Snyder. Phelps dan pengikutnya dikenal sebagai kelompok yang memegang pandangan bahwa Tuhan menghukum Amerika Serikat karena telah bertoleransi kepada komunitas LGBT, termasuk di ranah militer. Phelps acapkali mengadakan unjuk rasa berdekatan dengan upacara pemakaman tentara yang meninggal.

³⁷⁶ U.S. Supreme Court (5), *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011), tersedia di <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/>.

Pada aksi unjuk rasa itu, Phelps dan jemaatnya membawa beberapa papan protes bertuliskan di antaranya *"God Hates the USA/Thank God for 9/11"*, *"Thank God for Dead Soldiers"*, dan *"Don't Pray for the USA."* Sebelum aksi tersebut dilaksanakan, Phelps telah memberitahukan ke pihak yang berwenang bahwa aksi tersebut akan dilakukan berdekatan dengan lokasi pemakaman Matthew dan memenuhi segala persyaratan yang disampaikan pihak kepolisian.

Pada saat pemakaman berlangsung, ayah Kopral Dua Matthew, Albert Snyder, melihat ada sekelompok orang yang berunjuk rasa dengan membawa papan-papan protes, namun ia tidak dapat membaca kata-kata yang tertulis pada papan-papan tersebut. Baru setelah ia menyaksikan berita mengenai unjuk rasa tersebut Albert bisa mengetahui mengenai pesan yang dibawa oleh Phelps dan para jemaat gereja Westboro.

Albert kemudian menggugat Phelps dan gereja Westboro dengan alasan bahwa perbuatan mereka telah menimbulkan penderitaan emosional yang berat bagi Albert. Phelps membela diri bahwa perbuatannya dilindungi oleh Amandemen Pertama Amerika Serikat.

Kasus ini bergulir hingga ke MA AS. Dalam perkara ini, MA AS terlebih dahulu melakukan penilaian apakah ekspresi dan pendapat yang diutarakan dalam unjuk rasa tersebut termasuk dalam ekspresi terkait isu publik atau privat. Dalam menilai hal tersebut, MA AS menilai dari segi konten, bentuk, dan konteks dari ekspresi tersebut (*content, form, context*).

Dari segi konten, MA AS melihat papan-papan yang dibawa oleh jemaat Westboro erat kaitannya dengan isu publik karena menyasar laku moral dan politik dari negara beserta warga negaranya, arah dan tujuan negara, dan keberadaan individu homoseksual di dalam tubuh organ militer negara.

Dari segi konteks, MA AS melihat kembali fakta bahwa jemaat Westboro sudah beberapa kali sebelumnya melakukan unjuk rasa menyampaikan pandangan kelompoknya. Hal ini memperlihatkan bahwa pandangan jemaat Westboro tersebut sudah menjadi keyakinan mereka terhadap isu-isu publik tersebut di atas.

Selain itu, unjuk rasa yang dilakukan oleh jemaat gereja Westboro sudah mengikuti berbagai protokol yang ditetapkan oleh otoritas setempat, dilakukan secara damai, dan dilaksanakan di ruang publik. Pemilihan tempat unjuk rasa di ruang publik memiliki makna tersendiri dalam penyampaian pendapat, yaitu bahwa melalui unjuk rasa tersebut, jemaat Westboro berkeinginan dan bertujuan agar pendapat mereka diketahui oleh umum, bukan orang tertentu saja.

MA AS juga menilai bahwa unjuk rasa jemaat Westboro yang dilakukan bersamaan dengan pemakaman Koprak Dua Matthew tidak bisa semata-mata dipersalahkan karena dianggap tidak sopan. MA AS menilai ketidaksopanan suatu pendapat atau ekspresi bersifat sangat subjektif sehingga tidak bisa menjadi dasar dalam menilai suatu ekspresi patut dihukum atau tidak.

MA AS dalam pendapatnya mengakui fakta bahwa jemaat gereja Westboro memang merencanakan bahwa unjuk rasa tersebut diadakan bersamaan dengan pemakaman Koprak Dua Matthew. Namun, jemaat Westboro sama sekali tidak mengganggu jalannya upacara pemakaman dan pemilihan waktu yang terencana tersebut tidak serta merta membuat pandangan yang mereka sampaikan memang spesifik mengenai Koprak Dua Matthew dan keluarganya.

Berdasarkan hal-hal tersebut, MA AS memandang bahwa pendapat dan ekspresi yang diutarakan oleh Phelps dan jemaat gereja Westboro sebagai ekspresi dan pendapat yang berkaitan dengan isu publik, bukan terkait ranah privat, dan dengan demikian termasuk ekspresi yang dilindungi menurut Amandemen Pertama Amerika Serikat.

2. Jerman

Kebebasan berekspresi di Jerman mendapat jaminan perlindungan melalui konstitusi Republik Federal Jerman (dalam bahasa Jerman disebut sebagai *Grundgesetz*). Secara khusus, jaminan perlindungan terhadap kebebasan berekspresi dicantumkan Pasal 5 ayat (1) *Grundgesetz*, bersamaan dengan hak atas informasi serta kebebasan pendistribusian informasi melalui kegiatan penyiaran atau film. Pasal 5 ayat (2) mengatur mengenai adanya batasan dalam pelaksanaan hak-hak tersebut, di antaranya pembatasan oleh hukum yang umum, oleh ketentuan hukum mengenai perlindungan anak dan pemuda, dan hak atas reputasi atau kehormatan orang lain.

Kasus gugatan terkait keabsahan suatu ketentuan hukum dalam membatasi kebebasan berekspresi diperiksa dan diputus oleh Mahkamah Konstitusi Jerman. Mahkamah Konstitusi Jerman memberlakukan standar pembatasan yang bersifat kasuistik dan situasional – atau dalam istilah yang digunakan Peter E. Quint yaitu metode penyeimbangan hak yang bersifat *ad-hoc* (*ad-hoc balancing technique*)³⁷⁷ – sehingga tidak dapat ditemukan standar atau kategorisasi yang umum dapat diterapkan untuk semua kasus dalam menyeimbangkan antara hak atas kebebasan berekspresi seseorang dengan pembatasan yang telah ditentukan oleh konstitusi, misalnya hak atas reputasi orang lain.³⁷⁸ Namun, Mahkamah

377 Peter E. Quint, "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory," *Maryland Law Review* Volume 48, Issue 2, Article 3 (1989), hal. 288.

378 Carmen Moldovan, "Brief Considerations on the German Constitutional Approach of the Freedom of Expression," *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, Vol 11, No 2 (2015), tersedia di <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/view/2961/2907#sdfootnote3anc>.

Konstitusi Jerman menerapkan pendekatan yang dapat dikatakan hampir absolut dalam memprioritaskan hak atas reputasi atau kehormatan daripada kebebasan berekspresi dalam kasus-kasus terkait ekspresi bernuansa anti-semitisme.³⁷⁹ Jerman memiliki sensitivitas yang lebih tinggi terhadap perlindungan atas warga Yahudi.³⁸⁰

Di sisi lain, mengacu kepada analisis terhadap putusan-putusan Mahkamah Konstitusi Jerman dalam kasus-kasus terkait kebebasan berekspresi, utamanya perihal ekspresi yang berupa pendapat pribadi, Jerman menerapkan jaminan perlindungan yang luas terhadap segala bentuk pendapat. Untuk menentukan suatu pendapat perlu dibatasi atau tidak, bukan semata melihat dari apakah pendapat tersebut bernilai (dalam arti berdasarkan suatu pertimbangan mendalam) atau tidak, atau apakah pendapat tersebut bersifat rasional atau hanya emosional.³⁸¹ Mahkamah Konstitusi Jerman berpandangan bahwa pendapat yang emosional yang bersifat menyakitkan bagi pihak tertentu pun harus mendapat perlindungan yang sama seperti pendapat yang bernilai dan rasional.³⁸² Pertanyaan yang wajib dilemparkan dalam konteks pembatasan suatu pendapat adalah apakah pendapat tersebut melanggar batas yang menjadi standar dalam konstitusi, yaitu perlindungan atas reputasi orang lain.³⁸³

Masih terkait konteks standar pembatasan yang bersifat kasuisitik atau *ad-hoc*, berbeda dengan sebagian negara lain, Jerman tidak serta merta menempatkan prioritas yang lebih kepada hak atas kebebasan berekspresi daripada hak atas reputasi atau kehormatan apabila suatu pendapat atau ekspresi yang diperkarakan terkait dengan isu publik.³⁸⁴ Konstitusi Jerman juga menjamin perlindungan hak atas reputasi atau kehormatan sebagai salah satu hak konstitusional, sehingga bagi Mahkamah Konstitusi Jerman, tidak adil apabila hak atas kebebasan berekspresi secara otomatis diprioritaskan daripada hak atas reputasi atau kehormatan.³⁸⁵

Metode penyeimbangan hak secara *ad-hoc* yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi Jerman ketika terjadi perbenturan antara hak atas kebebasan berekspresi dengan hak lain tidak lepas dari kritik. Metode yang bersifat *ad-hoc* tersebut dianggap menyulitkan adanya kepastian hukum terhadap perlindungan atas kebebasan berekspresi. Menurut Peter E. Quint, apabila dalam setiap perkara menyangkut kebebasan berekspresi terdapat suatu standar penilaian atau penyeimbangan hak yang baru yang digunakan oleh Mahkamah Konstitusi Jerman, maka atas suatu bentuk ekspresi yang sejenis, ketika di masa depan

379 *Ibid.*

380 *Ibid.*

381 Oliver Jouanjan, "Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany," *Indiana Law Journal* Volume 84, Issue 3, Article 5 (2009), hal. 870-871.

382 *Ibid.*

383 *Ibid.*

384 Carmen Moldovan, *loc.cit.*

385 *Ibid.*

kembali menjadi suatu perkara yang diperiksa di pengadilan, jaminan perlindungannya belum tentu diterapkan secara sama.³⁸⁶

a. Kasus Luth

Kasus penting yang pertama kali disidangkan di Mahkamah Konstitusi Jerman terkait dengan jaminan perlindungan atas kebebasan berekspresi adalah kasus Erich Luth yang terjadi pada tahun 1958. Luth adalah seorang pejabat organisasi perfilman di kota Hamburg. Pada tahun 1950, ia mengeluarkan seruan boikot terhadap film baru yang disutradarai Veit Harlan. Harlan dikenal pada era pemerintahan Nazi Jerman sebagai sineas yang memproduksi film-film anti-semitisme. Harlan kemudian menggugat Luth di pengadilan berdasarkan ketentuan kitab hukum perdata Jerman dengan meminta pengadilan memerintahkan Luth berhenti mengeluarkan seruan boikot terhadap karya Harlan ke depannya. Gugatan tersebut kemudian dikabulkan oleh pengadilan, namun Luth kemudian membawa perkara ini ke Mahkamah Konstitusi Jerman dengan klaim bahwa hak atas kebebasan berekspresinya telah dilanggar oleh ketentuan kitab hukum perdata yang dijadikan dasar dalam gugatan Harlan.

Dalam memutus perkara ini, Mahkamah Konstitusi Jerman melihat terlebih dahulu motif di balik seruan boikot oleh Luth. Mahkamah Konstitusi Jerman melihat bahwa Luth tidak memiliki kepentingan ekonomi apapun dalam menyerukan pemboikotan terhadap film Harlan. Fakta perkara ini menunjukkan bahwa motif Luth menyerukan boikot adalah adanya ketakutan akan kemunculan kembali Harlan akan menimbulkan persepsi di komunitas internasional bahwa Jerman belum lepas dari paham nasionalis-sosialis yang dijunjung oleh pemerintahan partai Nazi sebelumnya. Kekhawatiran ini juga telah disampaikan oleh beberapa pihak lain selain Luth. Di samping itu, Mahkamah Konstitusi Jerman memandang Luth, dengan posisi yang ia miliki di dunia perfilman Jerman, memiliki kepentingan yang sah untuk menyatakan posisi politiknya terhadap munculnya kembali Harlan dan karyanya. Dengan melihat juga kepada kepentingan Harlan, Mahkamah Konstitusi Jerman memandang seruan boikot Luth tidak cukup kuat untuk secara serta merta mengeliminasi posisi Harlan di dunia perfilman sehingga seruan tersebut tidak beralasan untuk dinyatakan telah melanggar reputasi dan kehormatan Harlan. Dengan demikian, putusan pengadilan yang melarang Luth untuk menyerukan boikot terhadap karya Harlan³⁸⁷ Perkara ini menjadi salah satu bukti tidak langsung akan kecenderungan Jerman yang sangat sensitif terhadap perlindungan warga Yahudi yang sudah disebutkan dalam paragraf sebelumnya.

Kasus Luth secara sederhana mengesankan bahwa di kala terjadi pertentangan antara hak atas kebebasan berekspresi dengan hak konstitusional lainnya ataupun hak keperdataan, maka hak atas kebebasan berekspresi menjadi prioritas. Namun, pada faktanya pertimbangan tersebut tidak secara otomatis berlaku juga terhadap kasus lain. Dalam suatu kasus yang

386 Peter E. Quint, *loc.cit.*

387 *Ibid.*, hal. 285-286.

juga diputus oleh Mahkamah Konstitusi Jerman di hari yang sama dengan kasus Luth, seorang pemilik bangunan apartemen menang melawan seorang penyewa yang memasang poster berisi pesan politik di tembok luar unit apartemen tersebut. Mahkamah Konstitusi Jerman memandang bahwa kepentingan keperdataan pemilik bangunan apartemen menjadi prioritas dalam perkara ini karena penyewa lain telah memprotes keberadaan poster tersebut dan pemilik berkepentingan untuk menjaga keharmonisan antar penghuni apartemen. Penempelan poster di tembok luar suatu unit apartemen juga bukan suatu bentuk pemanfaatan properti yang dapat dilegitimasi. Di sisi lain, Mahkamah Konstitusi Jerman memandang bahwa si penyewa tidak memiliki kepentingan yang cukup kuat karena ia adalah anggota partai besar di Jerman yang dapat menggunakan alternatif sarana lain untuk menyampaikan pandangan politiknya.³⁸⁸ Contoh kasus Luth dan kasus apartemen ini menguatkan penjelasan bahwa Jerman memberlakukan standar pembatasan yang bersifat *ad-hoc*.

b. Kasus “Soldiers are Murderers”³⁸⁹

Kasus “*Soldiers are Murderers*” (terjemahan bebas: tentara adalah pembunuh) adalah fenomena pembedaan atas individu anggota kelompok pasifis (sederhananya adalah kelompok yang menolak perang dan segala bentuk kekerasan) dengan tuduhan penghinaan karena di hadapan umum mengeluarkan pernyataan tersebut. Putusan Mahkamah Konstitusi Jerman pada tanggal 10 Oktober 1995 terhadap perkara ini memberikan gambaran mengenai bagaimana Mahkamah Konstitusi Jerman menangani kasus ekspresi yang menyerang reputasi atau kehormatan suatu kelompok (bukan individu).

Pada mulanya, pernyataan “*Soldiers are Murderers*” muncul dalam salah satu artikel di mingguan Jerman *Die Weltbühne* yang dikelola oleh kelompok pasifis Jerman pada 4 Agustus 1931. Pimpinan milisi pertahanan Jerman era Republik Weimar saat itu mengajukan gugatan penghinaan terhadap jurnalis yang bertanggung jawab atas publikasi artikel tersebut, Carl von Ossietzky. Persoalan hukum ini kemudian dianggap selesai setelah Ossietzky dipecat. Pada saat itu dipertimbangkan bahwa pernyataan dalam mingguan tersebut terlalu kabur dan tidak jelas ditujukan ke pihak mana, apakah terhadap milisi pertahanan Jerman atau kelompok militer lain, sehingga gugatan penghinaan tidak dapat dibuktikan. Namun, pada periode awal 1990, pernyataan yang sama membuat beberapa individu dipidana sehingga kemudian putusan-putusan tersebut dibawa ke Mahkamah Konstitusi Jerman.

Dalam memeriksa perkara ini, Mahkamah Konstitusi Jerman memandang penting pemaknaan baik tekstual maupun kontekstual dari frase “*Soldiers are Murderers*.” Mahkamah Konstitusi Jerman menolak memahami frase tersebut semata dari intensi pihak yang mengeluarkan pernyataan atau interpretasi dari sisi pihak yang merasa dihina.

388 *Ibid.*, hal 286-287.

389 Oliver Jouanjan, *op.cit.*, hal. 878-880.

Mahkamah Konstitusi Jerman memandang bahwa pengadilan-pengadilan yang memutus perkara pidana penghinaan terkait frase tersebut tidak melihat konteks yang lebih luas dari makna “*soldiers*” (tentara) dan “*murderers*” (pembunuh). Mahkamah Konstitusi Jerman memandang kata “*soldiers*”, di samping bermakna seorang tentara sebagai individu, dalam konteks umum cenderung bermakna institusi militer sebagai suatu kelompok, dan kata “*murderers*” memiliki konteks yang umum daripada secara sempit diartikan sebagai orang yang melakukan tindak pidana pembunuhan. Pemaknaan oleh pengadilan yang secara sepihak menggunakan interpretasi sempit tersebut yang kemudian serta merta menjustifikasi adanya pembatasan terhadap ekspresi tidak dapat diterima oleh Mahkamah Konstitusi Jerman.

Oleh karena Mahkamah Konstitusi Jerman melihat frase tersebut dapat ditujukan juga secara meluas terhadap kelompok (instansi militer), maka penting untuk membuktikan apakah penghinaan tersebut memang dimaksudkan untuk seluruh anggota kelompok tersebut. Menggunakan pendekatan ini, maka secara logis, semakin besar jumlah anggota kelompok yang dituju sebagai objek penghinaan, semakin sulit membuktikan terpenuhinya prasyarat untuk membatasi ekspresi terkait.

Dalam perkara ini, Mahkamah Konstitusi Jerman memandang bahwa makna “*soldiers*” dalam hal ini adalah makna yang luas, tidak hanya terkait instansi militer Jerman, tetapi juga mencakup milisi di luar organisasi resmi militer Jerman. Maka, karena ketiadaan pertimbangan yang cukup dalam memahami pemaknaan frase “*Soldiers are Murderers*”, Mahkamah Konstitusi Jerman memandang telah terjadi kekeliruan dalam memidanakan penggunaan frase tersebut.

3. Indonesia

Mahkamah Agung Republik Indonesia (MA RI) memeriksa dan mengadili berbagai kasus berdimensi kebebasan berekspresi. Sebagai pengadilan yang mengadili dan memutus perkara di tingkat terakhir, putusan MA RI dapat menjadi perbandingan bagaimana pengadilan Indonesia menimbang unsur-unsur dalam kasus-kasus berdimensi kebebasan berekspresi selama ini.

a. Kasus Anderias Sonbai (Putusan Nomor 1378 K/Pid/2005)

Anderias Sonbai berdasarkan Land Reform tahun 1968 merasa memiliki sebidang tanah di Kelurahan Sikumana, tepatnya di dekat SD Negeri Sikumana II, tetapi Anderias tidak mengetahui bahwa tanah tersebut sudah dijual Nitanael Sonbai kepada S. M. J. Koamesah. Koamesah kemudian telah mengurus sertifikat tanah tersebut hingga selesai dengan dasar hak milik dan telah melakukan berbagai kegiatan di atas tanah tersebut. Anderias beberapa

kali merasa keberatan dan menegur Koamesah karena yang bersangkutan dianggap melakukan kegiatan di atas tanah yang Anderias miliki, tetapi Koamesah tidak menggubris teguran tersebut. Pada 28 Mei 2002, Anderias kembali menulis surat teguran kepada Koamesah yang isinya antara lain menyatakan bahwa sebidang tanah tersebut adalah hak Anderias, meminta segala kegiatan di atas tanah tersebut dihentikan, dan bahwa Koamesah telah membujuk dan mempengaruhi pemerintah setempat untuk membantu menerbitkan sertifikat atas tanah yang dimaksud sehingga segala perbuatan Koamesah tersebut adalah perbuatan melawan hukum. Surat tersebut Anderias tembuskan kepada Kapolres Kupang, Kajari Kupang, Ketua PN Kupang, BPN Kota Kupang, Camat Maulafa, dan Lurah Sikumana.

Koamesah kemudian mengadukan perbuatan tersebut ke aparat penegak hukum dan perkara ini dibawa ke pengadilan. Jaksa Penuntut Umum (JPU) dalam suratuntutannya menyatakan Anderias bersalah melakukan tindak pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 310 ayat (2) KUHP mengenai pencemaran nama baik secara tertulis. JPU meminta pengadilan menghukum Anderias dengan pidana penjara selama 4 bulan.

Pengadilan Negeri (PN) Kupang yang memeriksa perkara ini kemudian memutuskan bahwa Anderias terbukti bersalah melakukan perbuatan dalam Pasal 310 ayat (1) (mengenai pencemaran nama baik). PN Kupang menjatuhkan hukuman pidana penjara selama 4 bulan dengan masa percobaan selama 7 bulan. Pengadilan Tinggi (PT) Kupang kemudian memperbaiki putusan tersebut hanya terhadap pasal yang dinyatakan terbukti. Putusan PT Kupang menyatakan Anderias bersalah melakukan perbuatan yang diatur dalam Pasal 310 ayat (2) dan menguatkan putusan PN Kupang untuk selebihnya.

Perkara ini kemudian bergulir hingga tingkat kasasi. Dalam memutuskan perkara, MA RI menimbang sebagai berikut:

- 1) Tembusan surat yang dikirim Terdakwa ditujukan kepada pejabat resmi seperti Kapolres, Kajari dan Ketua Pengadilan Negeri yang berkualitas sebagai penegak hukum. Hal ini logis karena klaim Terdakwa menyangkut masalah hukum, yaitu sengketa perdata karena Terdakwa merasa berhak atas tanah tersebut. Tembusan surat juga ditujukan kepada aparatur pemerintahan yang berkaitan dengan kepemilikan tanah seperti BPN, Camat dan Kelurahan;
- 2) Surat yang dikirim oleh Terdakwa tidak ditujukan untuk konsumsi masyarakat umum, seperti sengaja diminta diberitakan di koran atau ditempel di tempat umum seperti yang disyaratkan dalam ketentuan Pasal 310 KUHP; dan
- 3) Terdakwa tidak menyerang kehormatan, nama baik atau menuduh sesuatu hal kepada seseorang.

Atas pertimbangan tersebut, kemudian MA RI memutuskan bahwa Anderias tidak terbukti bersalah dan membebaskannya dari dakwaan JPU.

b. Kasus Prita Mulyasari (Putusan Nomor 225 PK/PID.SUS/2011)

Pada 7 Agustus 2008, Terdakwa Prita Mulyasari datang ke RS Omni International Tangerang karena panas tinggi dan pusing. Oleh dokter umum pada saat itu Terdakwa dinyatakan harus rawat inap. Terdakwa kemudian ditangani oleh dokter spesialis dr. Hengky Gosal. Selanjutnya, dr. Hengky memeriksa kondisi Terdakwa dengan menanyakan keluhan-keluhan Terdakwa. Setelah Terdakwa menjelaskan dan setelah diobservasi, dr. Hengky sampai pada diagnosa demam berdarah dengan diagnosa banding infeksi virus dan infeksi sekunder, sehingga Terdakwa diinfus dan diberi suntikan.

Keesokan harinya, dr. Hengky menginformasikan bahwa ada kesalahan hasil laboratorium mengenai trombosit Terdakwa. Selain itu, tangan kiri Terdakwa mulai membengkak dan Terdakwa meminta infus dan suntikan dihentikan. Kemudian, leher dan mata Terdakwa juga mengalami bengkak. Akhirnya Terdakwa keluar dari RS Omni International Tangerang pada tanggal 12 Agustus 2008 dengan hasil diagnosa akhir parotitis (gondongan) dan pindah perawatan ke RSI Bintaro Tangerang.

Pasca perawatan tersebut, Terdakwa membuat komplain tertulis ke manajemen RS Omni International, salah satunya perihal ketiadaan pelayanan dan informasi yang baik dan jelas mengenai kondisi kesehatan Terdakwa dari dr. Hengky. Namun, tanggapan dari Customer Service Manager dr. Grace Hilza atas complain Terdakwa tidak profesional. Akhirnya, Terdakwa membuat surat elektronik (email) yang dikirimkan ke sejumlah orang dengan judul "*Penipuan Omni International Hospital Alam Sutera Tangerang*" yang isinya antara lain menyatakan "*saya informasikan juga dr. Hengky praktek di RSCM juga...lebih hati-hati dengan perawatan medis dari dokter ini*" dan "*tanggapan dr. Grace...tidak ada sopan santun dan etika mengenai pelayanan customer.*"

Atas perbuatannya tersebut JPU menyatakan dalam tuntutanannya bahwa Terdakwa telah bersalah atas tindak pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45 ayat (1) UU ITE, yaitu mendistribusikan/mentransmisikan/membuat dapat diaksesnya informasi elektronik/dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan/pencemaran nama baik. JPU meminta pengadilan menjatuhkan pidana penjara selama 6 bulan kepada Terdakwa.

PN Tangerang melalui putusan nomor 1269/Pid.B/2009/PN.TNG. menyatakan Terdakwa tidak terbukti bersalah dan memutus Terdakwa bebas. Sementara itu, di tingkat kasasi, MA RI berpendapat lain. Dalam putusan nomor 822 K/PID.SUS/2010. MA RI sependapat dengan tuntutan JPU sehingga Terdakwa kemudian dinyatakan terbukti bersalah, namun MA RI menjatuhkan hukuman pidana penjara selama 6 bulan dengan masa percobaan selama 1 tahun.

Atas putusan berkekuatan hukum tetap tersebut, Terdakwa/Terpidana mengajukan permohonan Peninjauan Kembali (PK) dengan alasan adanya dua putusan pengadilan mengenai keadaan yang sama yang saling bertentangan. Bahwa dalam perkara terpisah, pengelola RS Omni International Tangerang dan para dokter yang disebut di atas menggugat perdata Terpidana atas persoalan email berisi komplain yang sama. Putusan pada tingkat kasasi terhadap gugatan perdata tersebut menyatakan gugatan tersebut ditolak untuk seluruhnya dengan pertimbangan antara lain perbuatan tersebut bukan penghinaan.

Terhadap permohonan PK tersebut, MA RI memandang alasan PK Terpidana dapat dibenarkan dengan pertimbangan putusan di tingkat kasasi atas gugatan perdata terhadap Terpidana nyata bertentangan dengan putusan tingkat kasasi dalam perkara pidana atas kasus yang sama. Selain itu, MA RI menjelaskan bahwa Terpidana sama sekali tidak memiliki tujuan melakukan pencemaran dan sifat melawan hukum dari perbuatan Terpidana tidak dapat dibuktikan sehingga *Judex Juris* telah salah menerapkan hukum. Maka, putusan nomor 225 PK/PID.SUS/2011 pada tingkat PK oleh MA RI menyatakan Prita tidak terbukti bersalah dan bebas dari semua dakwaan

c. Kasus Alfian Tanjung (Putusan Nomor 1940 K/Pid.Sus/2018)

Pada bulan Januari 2017, Terdakwa Alfian Tanjung melalui akun media sosial Twitter bernama @Alfiantmf mengunggah status yang isinya berbunyi “PDIP yang 85% isinya kader PKI mengusung cagub anti Islam.” Terdakwa mengunggah status tersebut di akunnya yang tidak terkunci dan memiliki *followers* (pengikut) sekitar 1.000 akun. Status tersebut kemudian ditulis ulang dan menjadi artikel berita di situs sebar.com yang juga dapat diakses publik secara luas. Salah satu pihak yang membaca berita tersebut adalah Hasto Kristianto yang merupakan Sekretaris Jenderal PDI Perjuangan (PDIP). Sebagai salah satu pengurus PDIP, Hasto merasa status tersebut merugikan nama baik PDIP sehingga dapat memengaruhi persepsi publik dalam membangkitkan kebencian terhadap PDIP. Hasto kemudian melaporkan peristiwa tersebut ke kepolisian, sampai akhirnya kasus ini diperiksa di pengadilan.

JPU dalam perkara ini menyatakan Terdakwa bersalah melakukan tindak pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 28 ayat (2) *juncto* Pasal 45 A Ayat (2) UU ITE serta meminta pengadilan untuk menjatuhkan pidana penjara selama 3 tahun dan denda sebesar Rp 100.000.000 subsidi 3 bulan kurungan.

PN Jakarta Pusat yang memeriksa perkara ini dalam putusannya tidak mencantumkan pertimbangan hukum mengenai pemenuhan unsur-unsur pasal, melainkan langsung menyatakan sependapat dengan JPU bahwa perbuatan Terdakwa menulis status sebagaimana dijelaskan di atas telah terbukti. Selanjutnya, PN Jakarta Pusat menimbang bahwa terdapat alasan pembenar dalam perbuatan Terdakwa sesuai Pasal 50 KUHP. Pasal

tersebut menyatakan bahwa seseorang yang melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang, maka tidak dipidana. PN Jakarta Pusat menimbang bahwa pernyataan Terdakwa lebih bermakna sebagai peringatan kepada masyarakat akan kebangkitan paham komunisme dan hal itu menjadi wajar karena pekerjaan Terdakwa selaku ustad. PN Jakarta Pusat menilai bahwa pernyataan Terdakwa dalam status di Twitter tersebut adalah bentuk dari menjalankan ketentuan TAP MPRS/XXV/1966 yang mengatur pembubaran Partai Komunis Indonesia dan larangan penyebaran paham komunisme dan marxisma-leninisme. Dengan demikian, PN Jakarta Pusat memutus Terdakwa lepas dari segala tuntutan hukum.

JPU kemudian mengajukan kasasi ke MA RI. Dalam pertimbangannya, MA RI menjelaskan beberapa hal yang menjadi pendapatnya, yaitu:

- 1) Unggahan status Terdakwa tersebut, yang diunggah bersamaan dengan menghangatnya kasus Ahok, dapat dibaca oleh sebagian anggota kelompok Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan (PDIP) atau orang lain sehingga dapat mempengaruhi persepsi anggota masyarakat yang akibatnya dapat membangkitkan rasa tidak suka dan benci orang lain terhadap anggota kelompok PDIP;
- 2) Dampak dari cap Partai Komunis Indonesia (PKI), menurut MA RI, dapat menjadi stigma yang menimbulkan kebencian yang walaupun tidak terefleksi secara fisik/nyata tetap tidak dibenarkan oleh norma yang ada di masyarakat; dan
- 3) Selain itu, unggahan tersebut dapat dibaca dan disebar oleh pengikut akun @Alfiantmf yang berjumlah 1.000 akun.

Atas pertimbangan tersebut, maka MA RI memutus Terdakwa bersalah melakukan perbuatan yang diatur dalam Pasal 28 Ayat (2) *juncto* Pasal 45 A Ayat (2) UU ITE. MA RI menjatuhkan hukuman pidana penjara selama 2 tahun dan denda Rp 100.000.000 subsidi kurungan 1 bulan.

d. Kasus M. Aksa Patundu (Putusan Nomor 1886 K/PID.SUS/2018)

Pada 5 Juli 2017, Mohamad Aksa Patundu (Aksa) mengunggah status di akun Facebook miliknya sendiri dengan kalimat "INVESTIGASI PROYEK MILIK OKNUM POLRES TOJO UNA UNA" dan kemudian Aksa menambahkan tulisan dengan komentar berisi kalimat "KALI INI HARUS FOKUS. KONON KATANYA DI DUGA ADA KETERLIBATAN KAPOLRES." Keesokan harinya saksi korban Bagus Setiyono selaku Kapolres Tojo Una Una mengetahui dan melihat status tersebut tertulis di akun Facebook milik Aksa. Tulisan tersebut juga dapat dibaca oleh orang-orang yang telah berteman dengan Aksa di Facebook. Perbuatan tersebut membuat Bagus Setiyono merasa tercemar nama baiknya dan kinerjanya dalam menjalankan jabatan Kapolres menjadi terhambat.

JPU dalam surat tuntutan nya menyatakan Aksa bersalah melakukan perbuatan sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (3) *juncto* Pasal 45 ayat (3) UU ITE (penghinaan di ranah daring) dan meminta pengadilan menghukum Aksa dengan pidana penjara selama 7 bulan. PN Poso tidak sependapat dengan tuntutan JPU. PN Poso menimbang bahwa:

- 1) Penafsiran Pasal 27 ayat (3) UU ITE harus merujuk pada pasal-pasal penghinaan dalam KUHP. Dalam UU ITE tidak terdapat pengertian tentang pencemaran nama baik. 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;
- 2) Berdasarkan keterangan ahli dan pengertian umum yang terkandung di dalam KBBI dikaitkan dengan fakta-fakta hukum, selengkap nya kata-kata Terdakwa tersebut mengandung makna bahwa Terdakwa yang dalam kapasitas nya 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 di dalamnya ada dugaan keterlibatan Kapolres Tojo Una Una, yang juga belum tentu benar;
- 3) Makna kata-kata tersebut tidak mengandung tuduhan terhadap Kapolres Tojo Una Una mengenai keterlibatannya dalam proyek tertentu. Sehingga, tulisan di akun Facebook Terdakwa tidak mengandung muatan penghinaan atau pencemaran.

Berdasarkan hal-hal tersebut, PN Poso menyatakan bahwa Aksa tidak terbukti bersalah dan memutus bebas.

JPU kemudian mengajukan upaya kasasi terhadap putusan PN Poso. Hampir senada dengan pertimbangan PN Poso, MA RI yang memeriksa perkara ini menjelaskan dalam pertimbangannya bahwa:

- 1) Kalimat yang diunggah Terdakwa berkaitan dengan aktivitas Terdakwa selaku pegiat anti korupsi yang sedang melakukan investigasi atas informasi mengenai dugaan Kapolres Tojo Una-Una meminta proyek pada Unit Layanan Pengadaan (ULP) Tojo Una-Una;
- 2) Kalimat “INVESTIGASI PROYEK MILIK OKNUM POLRES TOJO UNA UNA” merupakan kalimat bermakna pemberitahuan mengenai aktivitas Terdakwa. Sementara itu, kalimat “KALI INI HARUS FOKUS. KONON KATANYA DI DUGA ADA KETERLIBATAN KAPOLRES” adalah jawaban Terdakwa atas berbagai komentar dari teman-teman di akun Facebook Terdakwa, sehingga tidak ada unsur pencemaran nama baik di dalamnya.

Oleh karena pertimbangan *Judex Facti* dianggap telah tepat, maka MA RI menolak permohonan kasasi JPU dan Aksa tetap bebas.

e. Kasus Jumapril Sianipar dan Kardiman Manik (Putusan No. 963 K/PID/2017)

Pada 11 April 2015, masyarakat Huta Tanjung Marelok Pasar Nagori Tanjung Maraja, Kabupaten Simalungun, mengadakan sebuah rapat sarikkat huta (serikat kampung) oleh karena adanya kejadian meresahkan berupa kematian beberapa warga secara tiba-tiba yang terjadi secara tidak wajar. Rapat tersebut dipimpin oleh ketua serikat kampung dengan dibantu sekretaris serikat kampung. Peserta rapat adalah seluruh warga kampung, Peserta rapat diberikan kesempatan untuk berpendapat mengenai kejadian kematian tiba-tiba yang terjadi. Jumapril Sianipar, salah satu warga, di tengah rapat mengambil kesempatan untuk berbicara dengan *microphone* dan menuduh Santun boru Siagian lah yang menggunakan begu ganjang (ilmu hitam) untuk membunuh istrinya. Setelah itu, Kardiman Manik selaku warga juga menyampaikan tuduhan bahwa anak Santun yang bernama Timbang Parluhutan Tambunan juga membunuh kakak kandungnya menggunakan ilmu hitam. Seluruh peserta rapat yang mendengar itu kemudian menjadi ribut. Akhirnya diputuskan bahwa Santun beserta anaknya dikeluarkan dari ikatan serikat kampung sehingga keluarga Santun dimusuhi oleh warga kampung tersebut.

JPU dalam surat tuntutananya menyatakan para Terdakwa, yaitu Jumapril dan Kardiman, telah melakukan perbuatan sebagaimana diatur dalam Pasal 310 ayat (1) KUHP (mengenai pencemaran nama baik) *juncto* Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP. JPU meminta pengadilan menghukum para Terdakwa dengan pidana penjara masing-masing selama 6 bulan.

PN Simalungun dalam memeriksa perkara ini mempertimbangkan fakta bahwa sebelum diadakannya rapat serikat kampung tersebut ternyata sudah ada beredar di kalangan warga kampung mengenai isu keberadaan begu ganjang dan Santun boru Siagian sebelumnya sudah pernah dikeluarkan dari serikat kampung Hutan Tanjung Marelok pada tahun 2000 karena kasus begu ganjang juga. Selain itu, para Terdakwa berbicara di forum tersebut karena diberi kesempatan menyampaikan keluhan, sebagaimana juga peserta rapat lainnya diberi kesempatan yang sama. Dari fakta-fakta itu, PN Simalungun memandang warga kampung sudah mengetahui adanya kasus begu ganjang dan kaitannya dengan Santun boru Siagian dari sebelum para Terdakwa mengeluarkan pernyataan dan tuduhan tersebut di rapat serikat kampung, sehingga kata-kata yang diucapkan para terdakwa bukanlah dengan maksud terang supaya hal itu diketahui umum, karena memang sebelumnya masyarakat juga sudah mengetahuinya. Dengan demikian, PN Simalungun menyatakan salah satu unsur dari Pasal 310 ayat (1) KUHP tidak terpenuhi sehingga para Terdakwa dinyatakan tidak bersalah dan bebas dari semua dakwaan.

JPU kemudian mengajukan upaya kasasi atas putusan tersebut. Kemudian, MA RI pada tingkat kasasi mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

- 1) Para Terdakwa menyampaikan tuduhan kepada Santun dan Timbang Parluhutan di tengah rapat yang dihadiri sangat banyak orang dengan menggunakan alat pengeras suara serta sambil menunjuk-nunjuk Santun dan Timbang melemparkan tuduhan bahwa mereka memelihara begu ganjang (ilmu hitam);
- 2) Tuduhan para Terdakwa tersebut tanpa didasari bukti dan perbuatan para Terdakwa mengakibatkan nama baik keluarga keluarga Santun tercemar dan sampai dikeluarkan dari serikat kampung. Perbuatan para terdakwa membuat keluarga Santun merasa menjadi terhukum tanpa diadili, bahkan dilarang berkomunikasi dengan warga masyarakat serikat kampung.

Dari fakta tersebut, MA RI memandang bahwa perbuatan para Terdakwa telah memenuhi semua unsur dalam Pasal 311 ayat (1) KUHP juncto Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP yang juga termasuk dalam dakwaan JPU (walaupun bukan pasal yang menurut JPU terbukti dalam surat tuntutan). Maka, MA RI memutuskan para Terdakwa bersalah dan menghukum mereka masing-masing dengan pidana penjara selama 6 bulan dengan masa percobaan selama 1 tahun.

4. Pengadilan HAM Regional

Pengadilan HAM regional di wilayah Eropa, Amerika, dan Afrika menjadi sangat relevan untuk menjadi contoh bagaimana *three-part test* digunakan dalam praktik pemeriksaan suatu perkara. Spektrum ekspresi yang menjadi perdebatan apakah perlu dibatasi atau tidak, juga sangat luas. Lebih penting lagi, perkara-perkara yang diperiksa oleh pengadilan HAM regional secara langsung menggunakan Pasal 19 ICCPR sebagai batu uji legitimasi pembatasan suatu ekspresi, sehingga dari putusan-putusan pengadilan ini dapat ditemukan gambaran bagaimana standar pembatasan menurut Pasal 19 ICCPR diterapkan.

European Court of Human Rights

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Wille v. Liechtenstein ¹³	Herbert Wille, ketua pengadilan administrasi di Liechtenstein, menyampaikan kuliah umum perihal konstitusi dan hak-hak dasar di Liechtenstein-Institute dan di dalam kuliahnya ia menyampaikan suatu pendapat mengenai hukum konstitusi yang diketahui bertentangan dengan pandangan Pangeran Liechtenstein. Sebuah surat kabar kemudian membuat artikel mengenai kuliah tersebut serta mencantumkan pendapat Wille. Pangeran Liechtenstein yang membacanya kemudian mengirim surat kepada Wille yang berisi kekecewaan sang Pangeran terhadap pendapat Wille dan memutuskan bahwa ia tidak akan memilihnya lagi untuk jabatan publik di periode berikutnya sekalipun ia diajukan oleh badan legislatif ataupun institusi lain di Liechtenstein.	• Terhadap perdebatan mengenai apakah kasus ini termasuk persoalan hak atas kebebasan berekspresi atau hak atas akses terhadap jabatan publik, ECtHR berpendapat bahwa keputusan Pangeran bahwa ia tidak akan memilih Wille lagi untuk jabatan publik -- setelah ia juga sempat mengkritisi pendapat Wille yang disampaikan dalam kuliah umumnya -- dikategorikan sebagai suatu sanksi terhadap pelaksanaan hak Wille. Dengan demikian tindakan tersebut termasuk gangguan terhadap hak atas kebebasan berekspresi yang dimilikinya; • Bahwa tindakan yang dilakukan Pangeran dipandang tidak memenuhi unsur "penting di dalam masyarakat demokratis." ECtHR memahami bahwa pendapat Wille yang disampaikan dalam kuliah umum tersebut memiliki implikasi politis, namun hal tersebut saja tidaklah cukup menjadi alasan bahwa Wille tidak boleh menyampaikan pendapatnya. Berdasar pada fakta bahwa tidak ada bukti bahwa pendapat Wille tersebut berdampak pada kinerjanya sebagai pejabat publik. Selain itu, sebagai pejabat publik Wille juga tidak membuat pernyataan soal kasus yang sedang berjalan, kritik yang berlebihan terhadap institusi pemerintah, atau yang mengandung hinaan terhadap Pangeran atau pejabat publik lainnya.

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria. ¹⁴	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 " <i>peaceful</i> " 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 diadvokasikan dengan cara damai, harus diberikan kesempatan yang tepat untuk berekspresi melalui pelaksanaan hak atas kebebasan berkumpul secara damai serta dengan cara lain yang sah.

Inter-American Court of Human Rights

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Ricardo Canese v. Paraguay ¹⁵	Ricardo Canese adalah seorang warga negara Paraguay yang hidup di pengasingan di Belanda dari 1977 sampai 1984 oleh karena sikapnya yang menentang diktator Alfredo Stroessner. Sejak 1978 Canese telah mengamati dan menulis buku serta artikel koran mengenai pembangkit listrik tenaga air Itaipu yang pembangunannya dikerjakan bersama oleh dua perusahaan besar, salah satunya konsorsium CONEMPA. Juan Carlos Wasmosy adalah Direktur Utama CONEMPA dari 1975 sampai 1993. Pada 1992 komite investigasi dibentuk untuk menginvestigasi perbuatan melawan hukum yang terjadi selama masa kediktatoran, termasuk dugaan korupsi yang melibatkan Juan Carlos dan CONEMPA. Pada Agustus 1992, Canese maju dalam pemilu presiden melawan Juan Carlos. Dalam masakampanye, ia diwawancara oleh dua media di mana ia menyatakan bahwa Juan Carlos berada di CONEMPA karena bantuan diktator Alfredo dan CONEMPA menyalurkan dividennya ke keluarga Alfredo. kemudian memublikasikan hasil wawancara tersebut.	- Bahwa pernyataan Canese yang dituntut pidana dikeluarkan dalam rangka proses kampanye pemilihan umum memenuhi dua dimensi urgensi perlindungan kebebasan berekspresi, yaitu dimensi hak individu dan dimensi sosial. Pertama, merupakan hak Canese untuk menyampaikan informasi yang ia miliki perihal kandidat lawan. Kedua, pernyataan tersebut mendukung adanya pertukaran informasi di kalangan pemilih, sehingga pemilih bisa menggunakan banyak pertimbangan dalam mengambil keputusan terkait kepemimpinan negara mereka; - Bahwa pernyataan tersebut dibuat dalam masa kampanye pemilu presiden yang menjadi kunci penting masa transisi Paraguay ke era demokrasi; - Bahwa pernyataan Canese jatuh dalam spektrum kepentingan publik karena dikeluarkan ketika masa kampanye pemilu presiden yang mana menjadi penting bagi pemilih untuk mendapatkan informasi mengenai para kandidat; - Bahwa meskipun pembatasan atas kebebasan berekspresi dibolehkan, tetapi IACtHR memandang penting untuk memeriksa apakah suatu pembatasan “perlu dilakukan di dalam masyarakat demokratis”. Dalam kasus ini, perlindungan terhadap reputasi orang lain harus juga diperbandingkan dengan perlunya ada debat yang terbuka terkait kepentingan publik di tengah masyarakat yang demokratis;

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Ricardo Canese v. Paraguay ¹⁵	Oktober 1992, jajaran direksi CONEMPA melaporkan pernyataan Canese dalam wawancara tersebut sebagai dugaan tindak pidana fitnah. Melalui proses panjang peradilan, pada tahun 2002 Canese dinyatakan tidak bersalah walau sempat dijatuhi vonis penjara dan denda oleh peradilan tingkat pertama dan banding. Namun, selama proses peradilan berjalan, Canese beberapa kali mendapat larangan bepergian karena kasusnya, walaupun perjalanannya terkait pekerjaan.	- Bahwa proses peradilan, konsekuensi atas putusan pidana, serta larangan bepergian terhadap Canese selama lebih dari 8 tahun proses peradilan berjalan, secara tidak langsung termasuk tindakan pembatasan yang tidak perlu dan berlebihan terhadap pernyataan yang dikeluarkan oleh Canese. Hak kebebasan berekspresi Canese telah dibatasi dengan tidak proporsional karena tidak mempertimbangkan aspek kepentingan publik dari pernyataan tersebut; - Bahwa dengan demikian telah terjadi pelanggaran atas Pasal 13 Konvensi karena pembatasan yang dilakukan tidak sejalan dengan kerangka pembatasan dalam Konvensi.
Uson Ramirez v. Venezuela ¹⁶	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.	- Bahwa Inter-American Court 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;

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Uson Ramirez v. Venezuela ¹⁶	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 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.	- 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). - Dengan demikian, Inter-American Court berpendapat pasal tersebut bertentangan dengan prinsip legalitas dalam Pasal 9 dan perlindungan kebebasan berekspresi dalam Pasal 13 Konvensi;

African Court on Human and Peoples' Rights

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Lohe Issa Konate v. Burkina Faso ³⁸⁸	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 <i>"Counterfeiting and laundering of fake bank notes - The Prosecutor of Faso, Three Police Officers and A Bank Official - Masterminds of Banditry"</i> dan <i>"Miscarriage of Justice - The Prosecutor of Faso: A Rogue Officer"</i>. Sedangkan Roland Ouedraogo menulis <i>"The Prosecutor of Faso - a saboteur of justice"</i>. 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.	- 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 African Court memandang 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 African Court memandang posisi jaksa adalah tokoh publik dan pembatasan terhadap kebebasan berekspresi harus bersifat lebih longgar ketika terkait dengan diskursus publik mengenai tokoh atau pejabat publik; - Bahwa Burkina Faso tidak dapat membuktikan mengapa hukuman penjara adalah bentuk sanksi yang diperlukan untuk melindungi hak dan reputasi dari penegak hukum. African Court, dengan juga mengutip putusan-putusan European Court dan Inter-American Court serta penjelasan Human Rights Committee, memandang bahwa pelanggaran terhadap undang-undang terkait kebebasan berekspresi dan pers tidak dapat dijatuhi sanksi perampasan kemerdekaan. Dengan demikian, hukuman terhadap Konate tergolong disproportional dan secara berlebihan membatasi kebebasan ekspresi. - Bahwa oleh karena itu Burkina Faso telah melanggar Pasal 9 African Charter dan Pasal 19 ICCPR

390 African Court on Human and Peoples' Rights, In the Matter of Lohe Issa Konate v. Burkina Faso, Application no. 004/2013 (2014), tersedia di <https://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Judgment%20Appl.004-2013%20Lohe%20Issa%20Konate%20v%20Burkina%20Faso%20-English.pdf>.

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda ³⁸⁹	Pada tahun 2000 hingga saat kasus diajukan, Ingabire Victoire Umuhoza adalah pendiri dan pemimpin partai politik bernama Forces Democratiques Unifees (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 menyepelekan 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.	• Bahwa African Court, sebagai respon terhadap argumen Umuhoza bahwa undang-undang yang digunakan terhadapnya adalah kabur dan tidak jelas, berpandangan bahwa tindakan yang coba dilarang oleh hukum Rwanda tergolong sulit untuk didefinisikan secara presisi. Selain itu, Rwanda memiliki <i>margin of appreciation</i> dalam mendefinisikan dan melarang suatu tindakan pidana di dalam hukum nasionalnya. Maka, African Court memandang 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, African Court memandang pembatasan terhadap kebebasan berekspresi Umuhoza memiliki tujuan yang sah; • Bahwa genosida adalah isu sensitif bagi setiap negara yang pernah mengalaminya. Namun, African Court memandang pidato Umuhoza tidak mengandung kalimat yang menyepelekan genosida terhadap suku Tutsi ataupun secara implisit menyatakan itu;

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda	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, menyepelekan genosida, atau menyebarkan rumor yang memicu perlawanan rakyat kepada pemerintah.	- 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 African Court memandang hukuman pidana terhadap Umuhoza tidak diperlukan di tengah masyarakat demokratis. Lagipula, jikapun African Court sepakat bahwa ekspresi tersebut harus dibatasi, hukuman yang dijatuhkan oleh Rwanda tidak sebanding dengan tujuan yang ingin dicapai dari hukuman tersebut. Dengan demikian telah terjadi pelanggaran atas Pasal 9 (2) African Charter dan Pasal 19 ICCPR.

Lampiran

PASAL-PASAL PIDANA TERKAIT KEBEBASAN BEREKSPRESI

A. Ekspresi Berbentuk Penghinaan

1. Penghinaan melalui sarana elektronik

Indonesia mengatur pasal penghinaan melalui sarana elektronik dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah melalui Undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE). UU ITE melalui Pasal 27 ayat (3) mengatur pelarangan terkait penyebaran informasi elektronik atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik. Pasal 27 ayat (3) UU ITE melarang 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 Pasal 27 ayat (3) telah memberikan panduan dalam memaknai muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, yaitu dengan merujuk pada ketentuan pencemaran nama baik dan/atau fitnah yang diatur di dalam KUHP, yaitu Pasal 310 dan Pasal 311.³⁹¹ Sejalan dengan pandangan MK RI dalam putusannya nomor 50/PUU-VI/2008 atas permohonan pengujian Pasal 27 ayat (3) dan Pasal 45 ayat (1) UU ITE (sebelum perubahan), delik Pasal 27 ayat (3) UU ITE harus diperlakukan sama dengan delik penghinaan di KUHP, yaitu sebagai delik yang mensyaratkan adanya pengaduan untuk dapat dituntut di pengadilan (delik aduan).

Unsur “mendistribusikan”, “mentransmisikan”, dan “membuat dapat diakses” juga memiliki penjelasan tersendiri sebagaimana dicantumkan dalam Penjelasan Pasal 27 ayat (1) UU ITE. “Mendistribusikan” diartikan sebagai tindakan mengirimkan dan/atau menyebarkan informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik kepada banyak orang atau berbagai pihak melalui sistem elektronik. “Mentransmisikan” diartikan sebagai tindakan mengirimkan informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang ditujukan kepada satu pihak lain melalui sistem elektronik. Sementara itu, “membuat dapat diakses” adalah semua perbuatan selain mendistribusikan dan mentransmisikan melalui sistem elektronik yang membuat informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik tersebut dapat diketahui pihak lain atau publik.

Ketentuan pidana terhadap delik ini diatur dalam Pasal 45 ayat (3) UU ITE. Pasal tersebut mengatur bahwa ancaman pidana yang dapat dijatuhkan adalah paling lama 4 tahun penjara dan maksimal denda sebesar tujuh ratus lima puluh juta rupiah. Hal ini berbeda jauh dengan ancaman pidana delik pencemaran nama baik di KUHP yang berupa pidana penjara paling lama 9 bulan atau denda paling banyak Rp 300,00.

391 Lihat Mahkamah Konstitusi, Putusan Nomor 50/PUU-VI/2008, paragraf 3.17, hal. 110.

2. Penghinaan tidak melalui sarana elektronik

KUHP mengatur bab tersendiri mengenai kejahatan yang terkait erat dengan ekspresi yaitu Buku Kedua Bab XVI tentang Penghinaan yang terdiri dari Pasal 310 sampai Pasal 321. Selain itu, terdapat berbagai jenis penghinaan lain yang tersebar di berbagai bab lainnya, di antaranya di dalam 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.

3. Penistaan atau pencemaran nama baik dan penistaan tertulis atau pencemaran tertulis

Delik ini diatur dalam Pasal 310 KUHP. Ayat pertama pasal ini mengatur delik pencemaran yang unsur-unsur perbuatannya adalah sebagai berikut:

- 1) Dengan sengaja;
- 2) Menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal;
- 3) Dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum.

Unsur “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang” menurut R. Soesilo adalah hakikat dari penghinaan itu sendiri.³⁹² Perbuatan di atas diancam dengan pidana maksimal 9 bulan penjara atau pidana denda paling banyak Rp 300,00. Lalu, ayat kedua menjelaskan bahwa apabila pencemaran tersebut dilakukan secara tertulis, maka deliknya dikategorikan sebagai pencemaran tertulis dan ancaman pidananya menjadi paling lama 1 tahun 4 bulan penjara atau pidana denda paling banyak Rp 300,00. Lebih jauh lagi, menurut ayat ketiga, terdapat pengecualian pemidanaan terhadap perbuatan yang memenuhi unsur-unsur tersebut tetapi tujuannya dilakukan demi kepentingan umum atau untuk membela diri.

4. Fitnah

Pasal 311 KUHP yang mengatur mengenai delik fitnah yang 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. Delik ini memiliki ancaman pidana penjara paling lama 4 tahun.

Pasal 312 memberi prasyarat lebih lanjut terhadap delik fitnah yang diatur di dalam Pasal 311. Pembuktian atas kebenaran tuduhan hanya dapat dilakukan apabila: 1) hakim merasa perlu untuk memeriksa kebenaran dari tuduhan terdakwa, dengan tujuan untuk memeriksa apakah perbuatan itu dilakukan demi kepentingan umum ataupun untuk membela diri; atau 2) seorang pejabat dituduh sesuatu hal dalam menjalankan tugasnya. Namun, apabila

³⁹² R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal* (Bogor: Politeia, 1995), hal. 225.

terhadap orang yang dituduh telah ada putusan berkekuatan hukum tetap yang menyatakan ia bersalah melakukan hal yang dituduhkan, maka penghukuman terhadap dugaan delik fitnah tidak dapat dilakukan, sebagaimana diatur dalam Pasal 314 ayat (1).

5. Penghinaan ringan

Pasal 315 KUHP mengatur mengenai penghinaan ringan yang didefinisikan sebagai:

- 1) penghinaan dengan sengaja yang tidak bersifat pencemaran atau pencemaran tertulis;
- 2) di muka umum dengan lisan atau tulisan;
- 3) atau di muka orang itu sendiri dengan lisan atau perbuatan atau dengan surat yang dikirimkan atau diterimakan kepadanya.

Terhadap perbuatan tersebut, ancaman pidana yang ditetapkan adalah maksimal 4 bulan 2 minggu penjara atau denda paling banyak Rp 300,00.

6. Penghinaan terhadap pejabat yang bertugas

Pasal 316 KUHP menyatakan bahwa 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.

7. Pengaduan fitnah

Menurut Pasal 317 KUHP, setiap individu yang melakukan pengaduan atau pemberitahuan palsu kepada penguasa mengenai seseorang yang berakibat nama baik orang tersebut terserang, maka harus dihukum karena pengaduan fitnah dengan pidana paling lama 4 tahun penjara.

8. Persangkaan palsu

Pasal 318 KUHP mengatur bahwa setiap individu yang sengaja secara palsu menimbulkan persangkaan terhadap seseorang bahwa orang tersebut telah melakukan suatu tindak pidana, maka diancam dengan pidana penjara maksimal 4 selama tahun.

9. Pencemaran atau pencemaran tertulis terhadap orang meninggal

Mengacu kepada Pasal 320 KUHP, setiap individu yang, terhadap orang meninggal, melakukan tindakan yang terhitung sebagai pencemaran atau pencemaran tertulis apabila orang tersebut masih hidup, maka dihukum dengan pidana penjara paling lama 4 bulan 2 minggu atau denda maksimal Rp 300,00.

10. Penghinaan terhadap orang meninggal

Pasal 321 KUHP hampir serupa dengan Pasal 320 di atas. Namun, pasal ini menjabarkan secara jelas uraian perbuatan yang dapat dianggap sebagai penghinaan terhadap orang yang sudah meninggal, yaitu:

- 1) menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan di muka umum;
- 2) tulisan atau gambaran;
- 3) yang isinya menghina atau mencemarkan nama orang yang sudah meninggal;
- 4) dengan maksud supaya tulisan atau gambar tersebut diketahui umum atau lebih diketahui oleh umum.

Terhadap perbuatan tersebut, KUHP mengancam setiap orang yang melakukannya dengan pidana penjara paling lama 1 bulan 2 minggu atau denda maksimal Rp 300,00.

11. Penghinaan terhadap kepala negara sahabat

Ketentuan ini diatur dalam Pasal 142 KUHP yang menyatakan bahwa: “penghinaan dengan sengaja terhadap raja yang memerintah atau kepala negara sahabat, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau pidana paling banyak tiga ratus rupiah.”

12. Penghinaan terhadap wakil negara asing

Ketentuan mengenai penghinaan terhadap wakil negara asing diatur dalam Pasal 143 dan Pasal 144 KUHP. Pasal 143 KUHP menyatakan bahwa penghinaan dengan sengaja terhadap orang yang mewakili negara asing di Indonesia diancam dengan pidana penjara paling lama 5 tahun atau pidana denda paling banyak Rp 300,00.

Selain itu, Pasal 144 KUHP juga mengatur tindakan 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 oleh umum. Tindakan tersebut diancam dengan pidana penjara paling lama 9 bulan atau denda maksimal Rp 300,00.

13. Penghinaan terhadap penguasa atau badan umum di Indonesia

Pasal 207 KUHP mengancam setiap orang yang, baik dengan lisan maupun tulisan, dengan sengaja di muka umum menghina suatu penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia dengan pidana penjara paling lama 1 tahun 6 bulan atau denda paling banyak Rp 300,00. Selanjutnya, Pasal 208 KUHP mengatur juga bahwa setiap orang yang 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 oleh umum akan diancam dengan pidana penjara paling lama 4 bulan atau denda paling banyak Rp 300,00.

B. Ekspresi Bernuansa Politis atau Ekspresi Simbolis**1. Penodaan terhadap bendera kebangsaan negara sahabat**

Pasal 142a KUHP melarang setiap orang menodai bendera kebangsaan negara sahabat. Terhadap perbuatan tersebut, KUHP mengancam setiap pelakunya dengan pidana penjara paling lama 4 tahun atau denda paling banyak Rp 300,00.

2. Penodaan terhadap bendera kebangsaan Indonesia

Pasal 154a KUHP menyatakan bahwa setiap orang yang menodai bendera kebangsaan dan lambang negara Indonesia diancam dengan pidana penjara maksimal 4 tahun atau denda paling banyak Rp 3.000,00. Selain KUHP, delik penodaan terhadap bendera kebangsaan juga terdapat di dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, serta Lagu Kebangsaan (UU Bendera). Beberapa pasal yang mengatur ekspresi yang bernuansa politik terdapat di dalam:

3. Pasal 66 UU Bendera

Pasal 66 UU Bendera menyatakan bahwa setiap orang yang merusak, merobek, menginjak-injak, membakar, atau melakukan perbuatan lain dengan maksud menodai, menghina, atau merendahkan kehormatan Bendera Negara, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 tahun atau denda paling banyak lima ratus juta rupiah.

4. Pasal 67 UU Bendera

Di dalam Pasal 67 UU Bendera terdapat beberapa perbuatan yang dikategorikan sebagai pidana namun terkait erat dengan suatu ekspresi, yaitu di dalam huruf b dan huruf c. Pasal 67 huruf b menjelaskan tindakan dengan sengaja mengibarkan Bendera Negara yang rusak, robek, luntur, kusut, atau kusam. Pasal 67 huruf c menjelaskan tindakan mencetak, menyulam, dan menulis huruf, angka, gambar atau tanda lain dan memasang lencana atau benda apapun pada Bendera Negara. Kedua tindakan tersebut diancam dengan pidana penjara paling lama 1 tahun atau denda paling banyak seratus juta rupiah.

5. Pasal 68 UU Bendera

Pasal 68 UU Bendera menyatakan bahwa setiap orang yang mencoret, menulis, menggambari, atau membuat rusak Lambang Negara dengan maksud menodai, menghina, atau merendahkan kehormatan Lambang Negara dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 tahun atau denda paling banyak lima ratus juta rupiah.

6. Pasal 69 UU Bendera

Pasal 69 huruf a mengatur bahwa setiap orang yang 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.

7. Pasal 70 UU Bendera

Pasal 70 mengatur sanksi pidana bagi setiap orang yang mengubah Lagu Kebangsaan dengan nada, irama, kata-kata, dan gubahan lain dengan maksud untuk menghina atau merendahkan kehormatan Lagu Kebangsaan. Sanksi yang diatur terkait perbuatan tersebut adalah pidana penjara paling lama 5 tahun atau denda paling banyak lima ratus juta rupiah.

8. Kejahatan terhadap keamanan negara**a. Pasal 104 KUHP**

Makar dalam Pasal 104 KUHP adalah makar yang bertujuan untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah. Perbuatan ini diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

b. Pasal 106 KUHP

Pasal 106 KUHP mengatur perbuatan makar yang bertujuan agar seluruh atau sebagian dari wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian wilayah negara dari yang lain. Ancaman pidana dari perbuatan ini adalah penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

c. Pasal 107 KUHP

Pasal 107 KUHP terdiri dari 2 ayat, di mana delik utamanya terdapat pada ayat pertama yang menyatakan bahwa makar yang dilakukan dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah akan diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

9. Kejahatan terhadap ideologi negara**a. Pasal 107a KUHP (UU Nomor 27 Tahun 1999)**

Pasal 107a KUHP mengatur bahwa terhadap orang yang secara melawan hukum di muka umum dengan lisan, tulisan dan atau melalui media apa pun, menyebarkan atau mengembangkan ajaran Komunisme/Marxisme-Leninisme dalam segala bentuk dan perwujudannya, maka dipidana dengan pidana penjara paling lama 12 (dua belas) tahun.

b. Pasal 107b KUHP (UU Nomor 27 Tahun 1999)

Dalam Pasal 107b KUHP, diatur bahwa setiap orang yang secara melawan hukum di muka umum dengan lisan, tulisan dan atau melalui media apa pun, menyatakan keinginan untuk meniadakan atau mengganti Pancasila sebagai dasar negara yang berakibat timbulnya kerusuhan dalam masyarakat, atau menimbulkan korban jiwa atau kerugian harta benda akan dipidana dengan pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun.

c. Pasal 107c KUHP (UU Nomor 27 Tahun 1999)

Pasal 107c KUHP menyatakan bahwa barangsiapa yang secara melawan hukum di muka umum dengan lisan, tulisan dan atau melalui media apa pun, menyebarkan atau mengembangkan ajaran Komunisme/Marxisme-Leninisme yang berakibat timbulnya kerusuhan dalam masyarakat, atau berakibat timbulnya kerusuhan dalam masyarakat, atau menimbulkan korban jiwa atau kerugian harta benda, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun.

d. Pasal 107d KUHP (UU Nomor 27 Tahun 1999)

Dalam Pasal 107d KUHP diatur bahwa orang yang secara melawan hukum di muka umum dengan lisan, tulisan dan atau melalui media apapun, menyebarkan atau mengembangkan ajaran Komunisme/Marxisme Leninisme dengan maksud mengubah atau mengganti Pancasila sebagai dasar negara akan dipidana dengan pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun.

C. Ekspresi Benuansa Permusuhan, Ujaran Kebencian, atau Berita Bohong**1. Permusuhan terhadap golongan penduduk**

Pasal 156 KUHP dan Pasal 157 KUHP mengatur pemidanaan atas tindakan penghinaan terhadap golongan tertentu di Indonesia. Golongan didefinisikan dalam Pasal 156 KUHP sebagai bagian-bagian dari masyarakat yang berbeda ras, negeri asal, agama, tempat, asal, keturunan, kebangsaan, atau kedudukan menurut hukum tata negara. Melalui pasal yang sama, setiap orang yang di muka umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap suatu atau beberapa golongan rakyat Indonesia diancam dengan pidana penjara paling lama 4 tahun atau pidana denda paling banyak Rp 300,00.

Selain itu, Pasal 157 KUHP menyatakan setiap orang yang menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan tulisan 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 2 tahun 6 bulan atau pidana denda paling banyak Rp 300,00

2. Menyebarkan informasi yang menimbulkan permusuhan individu dan kelompok secara daring

Pasal 28 ayat (2) UU ITE mengatur perbuatan yang dilarang yang berupa 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). Pelanggaran atas ketentuan tersebut diancam dengan pidana di dalam Pasal 45A ayat (2) berupa pidana penjara paling lama 6 tahun dan/atau denda paling banyak satu miliar rupiah.

3. Rasa kebencian berdasarkan ras dan etnis

Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis (UU PDRE) disahkan pasca Indonesia meratifikasi *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* melalui Undang-Undang Nomor 29 Tahun 1999. UU PDRE mengatur salah satu ekspresi yang menurut Pasal 20 ayat (2) ICCPR wajib untuk dilarang (dibatasi). Ketentuan tersebut diatur dalam Pasal 16 UU PDRE yang menyatakan: "Setiap orang yang dengan sengaja menunjukkan kebencian atau rasa benci kepada orang lain berdasarkan diskriminasi ras dan etnis sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 huruf b angka 1, angka 2, atau angka 3, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 tahun dan/atau denda paling banyak lima ratus juta rupiah." Pasal 4 huruf b angka 1, angka 2, dan angka 3 yang dirujuk oleh ketentuan tersebut merinci perbuatan-perbuatan mana saja yang dilakukan sebagai sarana menunjukkan kebencian sehingga harus dipidana, yaitu:

- 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.

4. Penyiaran kabar bohong

Ketentuan mengenai penyiaran kabar bohong terdapat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, khususnya pada Pasal 14 dan Pasal 15. Pasal 14 pada ayat (1) mengatur bahwa orang yang dengan menyiarkan berita atau pemberitahuan bohong, dengan sengaja menerbitkan keonaran di kalangan rakyat, dihukum dengan hukuman penjara setinggi-tingginya sepuluh tahun. Sementara itu ayat kedua pasal yang sama mengatur bahwa setiap orang yang 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, maka akan dihukum dengan penjara setinggi-tingginya tiga tahun.

Sedikit berbeda dengan pasal tersebut, Pasal 15 tidak menyebut penyiaran berita bohong sebagai elemen utama perbuatan yang dilarang, melainkan penyiaran berita yang tidak pasti atau tidak lengkap. Pasal ini lengkapnya mengatur bahwa setiap orang yang menyiarkan kabar yang tidak pasti atau kabar yang berlebihan atau yang tidak lengkap, sedangkan ia mengerti setidaknya-tidaknya patut dapat menduga, bahwa kabar demikian akan atau mudah dapat menerbitkan keonaran di kalangan rakyat, maka akan dihukum dengan hukuman penjara setinggi-tingginya dua tahun.

D. Ekspresi Yang Bertentangan Dengan Kesusilaan

1. Perbuatan melanggar kesusilaan

Pasal 281 KUHP memberikan ancaman pidana terhadap dua jenis perbuatan yang dilarang, yaitu:

- 1) barang siapa dengan sengaja dan terbuka melanggar kesusilaan; atau
- 2) barang siapa dengan sengaja dan di depan orang lain yang ada di situ bertentangan dengan kehendaknya, melanggar kesusilaan.

Ancaman pidana terhadap perbuatan tersebut adalah pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.

2. Perbuatan menyiarkan atau mempertunjukkan materi berisi kesusilaan

Pasal 282 ayat (1) KUHP mengatur bahwa barangsiapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang telah diketahui isinya melanggar kesusilaan, atau barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membikin tulisan, gambaran atau benda tersebut, memasukkannya ke dalam negeri, meneruskannya, mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barang siapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkannya atau menunjukkannya sebagai bisa diperoleh, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling tinggi empat ribu lima ratus rupiah.

Pasal yang sama dalam ayat kedua mengatur jenis perbuatan yang sama namun dengan unsur tambahan, yaitu “jika ada alasan kuat baginya untuk menduga bahwa tulisan, gambaran atau benda itu melanggar kesusilaan.” Ancaman pidana atas perbuatan ini adalah pidana penjara paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.

3. Perbuatan mendistribusikan/mentransmisikan/membuat dapat diakses informasi/ dokumen elektronik bermuatan kesusilaan

Pasal 27 ayat (1) UU ITE mengatur salah satu perbuatan yang dilarang dilakukan terkait informasi dan/atau dokumen elektronik, yaitu 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 yang melanggar kesusilaan. Ancaman pidana terhadap perbuatan tersebut diatur dalam Pasal 45 ayat (1), yaitu pidana penjara paling lama 6 tahun dan/atau denda paling banyak satu miliar rupiah.

4. Ragam perbuatan terkait pornografi

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi (UU Pornografi) mengatur berbagai perbuatan yang dilarang terkait pornografi. UU Pornografi mendefinisikan pornoografi sebagai gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan, suara, bunyi, gambar bergerak,

animasi, kartun, percakapan, gerak tubuh, atau bentuk pesan lainnya melalui berbagai bentuk media komunikasi dan/atau pertunjukan di muka umum, yang memuat kecabulan atau eksploitasi seksual yang melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat. Berdasarkan pada definisi tersebut, ketentuan dalam undang-undang ini akan sangat terkait erat dengan ekspresi artistik yaitu karya seni dalam ragam variasi bentuknya, termasuk film, tarian, lukisan, patung, dan lainnya.

Beberapa pasal dalam UU Pornografi yang rumusannya dapat dikategorikan berdimensi pembatasan atas kebebasan berekspresi dapat ditemukan pada Pasal 4 dan Pasal 6. Pasal 4 terdiri dari dua ayat. Pasal 4 ayat (1) mengatur bahwa setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat:

- a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang;
- b. kekerasan seksual;
- c. masturbasi atau onani;
- d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
- e. alat kelamin; atau
- f. pornografi anak.

Sementara itu dalam ayat kedua pasal yang sama, diatur bahwa setiap orang dilarang menyediakan jasa pornografi yang:

- a. menyajikan secara eksplisit ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
- b. menyajikan secara eksplisit alat kelamin;
- c. mengeksploitasi atau memamerkan aktivitas seksual; atau
- d. menawarkan atau mengiklankan, baik langsung maupun tidak langsung layanan seksual.

Lalu, Pasal 6 mengatur rumusan perbuatan yang masih terkait dengan Pasal 4 ayat (1), yaitu setiap orang dilarang memperdengarkan, mempertontonkan, memanfaatkan, memiliki, atau menyimpan produk pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1), kecuali yang diberi kewenangan oleh peraturan perundang-undangan.

Studi Kasus

Setiap kelompok melakukan diskusi kelompok dengan menjawab pertanyaan-pertanyaan, setidaknya-tidaknya sebagai berikut:

1. Dimensi HAM apa sajakah yang ada dalam kasus tersebut?
2. Pasal-pasal HAM apa sajakah yang terkait dengan kasus tersebut?
3. Apakah terdapat pertentangan antara aturan hukum yang ada dengan prinsip-prinsip HAM (*Enforcing the law vs Protecting human rights*)?

Kasus 1: Menyanyikan dan Mengibarkan Bendera Sebuah Gerakan Kemerdekaan

Insodenia adalah sebuah negara yang terdiri dari beragam kelompok suku etnis. Masyarakatnya tersebar di 40 (empat puluh) pulau di mana setiap pulau memiliki komposisi suku etnis yang berbeda-beda. Di antara pulau-pulau tersebut, Yawa adalah pulau yang paling berkembang pesat. Hampir semua kota di Pulau Yawa adalah kota bisnis dengan gedung-gedung tinggi menjulang di dalamnya, termasuk ibukota Negara Insodenia, Jayavia. Kondisi ini menyebabkan pembangunan di kota-kota Pulau Yawa terjadi terus menerus sehingga kota-kota tersebut menjadi semakin metropolitan.

Namun, pembangunan di Pulau Yawa tidak terjadi di pulau-pulau lainnya. Salah satu pulau tersebut adalah Kalumu. Masyarakat Kalumu ternyata hidup dengan standar yang jauh di bawah masyarakat Pulau Yawa. Masalah-masalah seperti gizi buruk, kualitas pendidikan rendah, jalanan rusak, jaringan telekomunikasi yang buruk, dan lain sebagainya, adalah masalah yang selalu dihadapi masyarakat Pulau Kalumu dari hari ke hari. Belum pernah ada perubahan berarti ke arah yang lebih baik, walaupun Insodenia telah merdeka 100 (seratus tahun lebih). Padahal, Pulau Kalumu dikenal sebagai penghasil emas dan batu bara terbesar di Insodenia. Kondisi tersebut menyebabkan kecemburuan dari masyarakat Pulau Kalumu terhadap kemajuan di Pulau Yawa, salah satunya Ratung Molungga.

Ratung Molungga dikenal sebagai orang yang sering meneriakkan aspirasi-aspirasi masyarakat Kalumu dalam berbagai forum. Ia selalu meminta kesetaraan pembangunan Kalumu di setiap kunjungan pejabat pemerintahan, baik pusat, maupun daerah. Namun, perubahan yang ia suarakan tidak pernah terjadi. Kondisi ini menyebabkan Ratung Molungga memiliki ide untuk membuat gerakan untuk memerdekakan Kalumu dari Insodenia dengan tujuan agar hasil kekayaan Kalumu tidak lagi diberikan ke pemerintah pusat Insodenia di Pulau Yawa, melainkan dikelola sendiri untuk pembangunan Kalumu. Akhirnya, Ratung membuat sebuah gerakan bernama “Kalumu Merdeka” bersama 4 (empat) orang temannya, Lisra Patasar, Andih Wiluna, Dani Rokuma, dan Peus Sikorat.

Setelah 5 (lima) tahun berjalan, Kalumu Merdeka menjadi sebuah gerakan yang besar. Hampir seluruh masyarakat Kalumu menjadi anggota gerakan tersebut. Gerakan ini juga sudah mempersiapkan kemerdekaan Kalumu dengan membuat bendera Kalumu yang dikenal dengan nama “Surya Senja” dan menciptakan lagu kebangsaan Kalumu berjudul “Kalumu Di Timur Matahari”. Mereka juga sudah menetapkan tanggal 19 Februari sebagai hari ulang tahun Kalumu Merdeka. Karena itu, setiap tanggal 19 Februari, para anggota Kalumu Merdeka berkumpul memperingati ulang tahun tersebut dengan mengibarkan bendera “Surya Senja” dan menyanyikan lagu “Kalumu Di Timur Matahari” di lapangan sekitar.

Seiring berjalannya waktu, gerakan ini akhirnya diketahui publik secara luas. Pemerintah Insodenia kemudian turun tangan untuk meredam aksi Kalumu Merdeka. Salah satu caranya adalah menurunkan personil keamanan untuk mengawal jalannya peringatan ulang tahun Kalumu Merdeka tanggal 19 Februari 2018 yang dilaksanakan di depan Kantor Pemerintahan Kalumu. Ritung Molungga yang saat itu berorasi menyampaikan “Tanah ini tanah kami. Tapi hasilnya dikeruk demi kemajuan Si Yawa-yawa itu. Heh kalian orang-orang Insodenia...!! pergi dari sini...!! kami bisa mengurus tanah kami sendiri..ayo saudara-saudara, kibarkan Surya Senja di atas kepala, nyanyikan Kalumu Di Tanah Matahari, supaya mereka tahu siapa kita...!!”.

Mendengar seruan tersebut, seketika pendukung Kalumu Merdeka mengibarkan bendera dan menyanyikan lagu kebangsaan Kalumu Merdeka dengan semangat. Namun, seketika personil keamanan berusaha menghalangi dan menghentikan tindakan tersebut. Hal itu menyebabkan para pendukung Kalumu Merdeka marah karena prosesi tersebut adalah hal yang biasa mereka lakukan ketika memperingati ulang tahun Kalumu Merdeka dan selama ini tidak pernah ada gangguan. Mereka kemudian mendorong personil keamanan agar meninggalkan lokasi tersebut hingga terjadi keributan. Dari kejadian tersebut, pihak keamanan mengamankan beberapa orang, termasuk menangkap Ritung Molungga yang dianggap sebagai provokator dan menuduhnya telah melakukan makar.

Kasus 2: Kritik atas Penerbangan Yang Ditunda

Songket Air adalah sebuah maskapai penerbangan yang sedang berkembang di Nurantasa. Pelayanan *on-board* berkualitas, pengalaman terbang yang nyaman, hingga harga tiket murah menjadi daya tarik yang mereka tawarkan kepada para konsumen. Seiring bertambahnya waktu, Songket Air menjadi salah satu maskapai penerbangan terkemuka dengan lebih dari 5 juta penumpang setiap tahunnya. Hingga kini, mereka memiliki rute penerbangan ke hampir setiap daerah di Nurantasa. Dengan segala reputasinya tersebut, Songket Air juga berhasil melantai di bursa dengan harga saham Rp. 2.500,- (tiga ribu dua ratus rupiah) per lembarnya.

Poki Tale adalah seorang calon penumpang Songket Air dengan rute Wangka-Runta yang dijadwalkan *take off* pukul 08.00 pagi. Ia pergi ke Runta untuk mengunjungi anak dan istrinya yang tinggal di sana. Namun, hingga 30 menit sebelum keberangkatan, tidak ada pemberitahuan untuk segera masuk ke ruang tunggu. Ia dan beberapa penumpang lainnya pun menanyakan kepada petugas terkait keberangkatan pesawatnya. Ternyata, pesawat mengalami *delay* keberangkatan hingga batas waktu yang belum bisa ditentukan dan akan diinformasikan secepatnya. Poki pun menerima hal tersebut dan kembali duduk di ruang tunggu.

Setelah 1 jam berlalu, tidak ada informasi yang diberikan terkait keberangkatan pesawat tersebut. Poki kemudian bertanya kembali kepada petugas Songket Air mengenai hal tersebut. Petugas tersebut menjelaskan bahwa keberangkatan masih ditunda dan belum ada informasi terkait waktu keberangkatan yang pasti. Poki dan beberapa penumpang memprotes hal tersebut dan mempertanyakan profesionalisme Songket Air. Petugas pun berusaha menenangkan para penumpang sembari berjanji akan memberikan informasi keberangkatan secepatnya.

Setelah 4 jam berlalu, ternyata informasi yang dijanjikan tidak kunjung diberikan. Poki dan beberapa penumpang kemudian memprotes hal tersebut kepada petugas Songket Air. Poki yang kesal karena keberangkatannya tidak jelas dan tidak mendapatkan jawaban yang memuaskan kemudian menghardik petugas dengan suara lantang sembari mengucapkan “Songket Air perusahaan kampungan! Kapok saya naik pesawat ini lagi! Kampungan!!! Penipu!!!”. Atas kejadian tersebut, pihak Songket Air akhirnya memberikan pilihan untuk *refund* uang tiket atau memilih penerbangan lainnya kepada para penumpang.

Ternyata, peristiwa tersebut di rekam oleh penumpang lain dengan handphonenya dan dimasukan ke laman facebooknya secara *live*. Video tersebut kemudian viral dan memunculkan komentar-komentar negatif terhadap Songket Air di media sosial. Akibatnya, jumlah penumpang Songket Air menurun dan harga sahamnya turun menjadi Rp. 2.000,- (dua ribu rupiah). Merasa video yang berisi peristiwa tersebut merugikan perusahaannya, Direktur Songket Air, Dani Rosatiwita, yang juga pemilik perusahaan/pemilik saham mayoritas, menggugat Poki ke pengadilan.

Kasus 3: Kritik Terhadap Pengelola Apartemen

PT Utama Damai Tentram adalah perusahaan pengembang sebuah apartemen di Jakarta bernama “Rumah Kita”. Dalam promosinya, PT Utama Damai Tentram menjanjikan kenyamanan-kenyamanan yang akan didapat konsumen, seperti air bersih, tersedianya banyak ruang terbuka hijau, dan kawasan parkir yang luas. Mereka juga menjanjikan proses

pengurusan surat-surat terkait unit apartemen yang mudah serta harga yang terjangkau bagi masyarakat. Promosi itupun berhasil mendatangkan banyak pembeli hingga akhirnya seluruh unit apartemen habis terjual.

Setelah 2 (dua) tahun berlalu, mulailah timbul keluhan-keluhan dari para penghuni apartemen. Pasalnya, hampir seluruh kenyamanan yang dijanjikan oleh PT Utama Damai Tentram tidak kunjung dapat dinikmati oleh penghuni. Air kotor dan berbau, kawasan parkir yang sempit, dan ruang terbuka hijau yang hanya ada 2 (dua) dengan ukuran kecil adalah beberapa masalah yang sering dikeluhkan penghuni. Bahkan, ada beberapa penghuni yang belum mendapatkan surat-surat terkait unit apartemen yang dijanjikan.

Kondisi ini membuat salah seorang penghuni bernama Mardam Kursepin berinisiatif mengumpulkan para penghuni untuk menyampaikan keluhan kesah secara langsung kepada PT Utama Damai Tentram. Namun, Usaha Mardam dan para penghuni ternyata tidak membuahkan hasil. Pihak pengembang tidak pernah bersedia untuk berdialog dengan penghuni. Hal ini membuat Mardam marah dan menumpahkan apa yang dialaminya melalui blog pribadinya. Dalam blog tersebut, ia mengatakan bahwa dirinya merasa ditipu oleh PT Utama Damai Tentram sembari menceritakan tentang masalah-masalah yang dialami para penghuni. Ia juga menyatakan bahwa sebaiknya orang-orang berpikir lebih jauh apabila ingin membeli unit PT Utama Damai Tentram.

3 (tiga) hari setelah blog tersebut di-*publish*, ternyata tulisan Mardam *viral* di media sosial. Tulisan tersebut pun akhirnya diketahui oleh Arta Yosewan, pihak PT Utama Damai Tentram. Atas hal tersebut, Arta melaporkan Mardam ke pihak yang berwajib karena merasa Mardam telah mencemarkan nama baik PT Utama Damai Tentram.

Kasus 4: Unggahan Polisi Calo

Mintori Morang adalah seorang mantan atlet sepak bola negara Rotiya. Setelah pensiun, ia masih sering berhubungan dengan dunia sepak bola, seperti menjadi komentator pertandingan sepak bola di televisi dan memberikan *coaching clinic* kepada anak-anak di Rotiya. Ia pun sempat dipercaya menjadi asisten pelatih Timnas sepak bola U-23 Rotiya. Kecintaannya kepada sepak bola pun membuat ia selalu setia hadir di stadion nasional saat Timnas Rotiya bertanding, walaupun prestasi Timnas Rotiya jauh dari kata bagus.

Tahun 2019, Rotiya menjadi tuan rumah kejuaraan sepak bola antar negara. Timnas Rotiya pun secara mengejutkan berhasil menembus babak final. Hal ini menimbulkan harapan besar bagi masyarakat Rotiya akan kebangkitan sepak bola Rotiya, terutama apabila Timnas

Rotiya berhasil menjadi juara. Kondisi tersebut menyebabkan banyaknya masyarakat yang ingin menyaksikan partai final tersebut hingga seluruh tiket habis terjual. Beruntung, Mintori Morang berhasil membeli satu tiket pertandingan tersebut untuk dirinya.

Pada tanggal 28 September 2019, partai final pun digelar. Seluruh penonton mengantri untuk masuk ke dalam stadion, termasuk Mintori Morang. Namun, ia merasa bahwa jumlah orang yang menganti jauh lebih sedikit daripada jumlah tiket yang menjual. Di tengah kebingungannya, ia melihat 2 (dua) orang berseragam polisi memberikan tiket dan menerima uang dari sekelompok orang yang berdiri di bagian belakang. Ia pun geram dengan aksi tersebut karena merasa polisi tersebut mengambil keuntungan dengan menjadi calo tiket di pertandingan penting yang tiketnya sudah dinyatakan habis. Ia pun merekam kejadian itu dalam media sosial *Instagram* miliknya dengan membubuhkan keterangan “aparatus seharusnya mengajarkan sportifitas, bukan jadi calo dan menyenangkan sebagian orang.” Video tersebut kemudian *viral* dan menjadi perbincangan banyak orang.

Seminggu setelah kejadian tersebut, polisi menangkap Mintori Morang di kediamannya. Kepolisian mengatakan bahwa 2 (dua) orang polisi tersebut tidak menjadi calo, melainkan membantu sekelompok penonton yang tidak jadi menyaksikan pertandingan dan me-*refund* uang tiket. Atas kejadian tersebut, polisi menetapkan Mintori Morang sebagai tersangka dengan tuduhan Pasal 28 Ayat (2) UU ITE.

Kasus 5: Menagih Utang Lewat Karangan Bunga

Zila Fahira dan Jenalin Jeta adalah dua orang yang bersahabat sejak bangku kuliah. Sejak dulu, mereka terbiasa membantu satu sama lain. Kedekatan ini terus berlanjut hingga akhirnya mereka masing-masing menikah di mana Zila Fahira menikah dengan seorang kontraktor bangunan dan Jenalin Jeta menikah dengan seorang anggota kepolisian. Namun, seiring berjalannya waktu dan bertambahnya kesibukan masing-masing, mereka menjadi jarang berkomunikasi.

Suatu hari, Jenalin Jeta menghubungi Zila Fahira untuk meminjam uang. Jenalin Jeta mengatakan bahwa ia sedang membutuhkan uang untuk modal usaha bersama teman-temannya. Ia berjanji akan mengembalikan uang tersebut dalam waktu 2 (dua) tahun dan juga menjanjikan untuk memberikan bonus tambahan apabila Zila Fahira bersedia meminjamkan uangnya. Atas dasar pertemanan, Zila Fahira pun memberikan pinjaman uang kepada Jenalin Jeta.

Setelah 2 (dua) tahun berlalu, Jenalin Jeta tidak kunjung mengembalikan uang Zila Fahira. Zila Fahira kemudian menghubungi Jenalin Jeta untuk menanyakan perihal uang miliknya. Jenalin Jeta menyatakan bahwa bisnisnya sedang sepi dan meminta beberapa kali

perpanjangan waktu untuk mengembalikan uang Zila Fahira. Namun, uang tersebut tidak pernah dikembalikan kepada Zila Fahira. Zila Fahira pun kembali menghubungi Jenalin Jeta. Namun, kali ini Jenalin Jeta selalu menghindar dari Zila Fahira. Setiap kali Zila menghubungi via telepon, Jenalin Jeta tidak pernah mengangkat atau *me-reject* panggilan telepon tersebut. Hingga akhirnya, Jenalin Jeta mengirimkan pesan singkat kepada Zila Fahira yang berisi “iya nanti aku bayar. Ribet banget deh uang segitu aja. Udah miskin ya sampai ngejar-ngejar kayak gini”. Zila Fahira pun memilih tidak merespon hal itu karena masih percaya temannya dapat melunasi utangnya.

Suatu hari, Zila Fahira mengetahui dari teman kuliahnya, Fauzia Siruru, bahwa Jenalin Jeta akan melaksanakan pesta pernikahan untuk anaknya. Pesta ini diadakan di sebuah gedung yang terkenal paling mewah dan mahal di kota mereka tinggal. Mengetahui hal tersebut, Zila Fahira bertanya-tanya mengapa Jenalin Jeta tidak mengundang dirinya dalam acara tersebut. Ia pun bingung mengapa Jenalin Jeta dapat melaksanakan pesta yang sangat mewah, namun tidak dapat mengembalikan uang yang dipinjamnya dari Zila Fahira. Zila Fahira pun merasa sangat kecewa dan marah atas perlakuan temannya tersebut.

Hari pesta pernikahan anak Jenalin Jeta pun tiba. Banyak sekali orang-orang penting yang datang menjadi tamu dalam acara tersebut. Pesta ini juga dimeriahkan dengan banyaknya karangan bunga ucapan selamat untuk acara tersebut. Namun, ada satu karangan bunga yang menarik perhatian para tamu, yaitu karangan bunga dari Zila Fahira. Selain ucapan selamat, karangan bunga tersebut berisi tulisan “kalau sudah bisa buat pesta yang mewah, jangan lupa bayar utangnya”. Jenalin Jeta yang mengetahui hal tersebut melaporkan Zila Fahira atas tuduhan pencemaran nama baik.

Daftar Bahan Bacaan

Peraturan Perundang-undangan

1. Undang-Undang Dasar 1945.
2. Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang HAM.
3. Undang-Undang No 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis.
4. Undang-Undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers.
5. Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum.
6. Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2013 tentang Organisasi Kemasyarakatan.
7. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah melalui Undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.
8. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.
9. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, serta Lagu Kebangsaan.
10. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana.
11. Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi

Instrumen HAM Internasional dan Regional

1. *Universal Declaration of Human Rights* (Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia).
2. *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik).
3. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (Konvensi Hak Buruh Migran dan Keluarganya).
4. *Convention on the Rights of the Child* (Konvensi Hak Anak).
5. *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (Konvensi HAM Eropa).
6. *American Convention on Human Rights* (Konvensi HAM Amerika).
7. *African Charter on Human and Peoples' Rights* (Piagam HAM Afrika).
8. *ASEAN Human Rights Declaration* (Deklarasi HAM ASEAN).

9. United Nations, Human Rights Committee, *General Comment No. 34*, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011 (Komentar Umum No. 34).
10. United Nations, Human Rights Committee, *General Comment No. 32*, CCPR/C/GC/32, 23 Agustus 2007 (Komentar Umum No. 32).
11. United Nations, Human Rights Committee, *General Comment No. 37*, CCPR/C/GC/37, 27 Juli 2020 (Komentar Umum No. 37).
12. United Nations, Human Rights Committee, *Communication No. 927/2000, Svetik v. Belarus*, CCPR/C/81/D/927/2000, 25 Agustus 2004.
13. United Nations, Human Rights Committee, *Ross v. Canada, Communication No. 736/1997*, CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).
14. United Nations, General Assembly, *68/167 The right to privacy in the digital age*, A/RES/68/167, 21 Januari 2014.
15. United Nations, General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/74/486, 9 Oktober 2019.
16. United Nations, Human Rights Council, *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.
17. United Nations, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/HRC/32/38, 11 Mei 2016.
18. United Nations, Human Rights Council, *26/13 The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, A/HRC/RES/26/13, 14 Juli 2014.
19. United Nations, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*, A/HRC/17/27, 16 Mei 2011.
20. United Nations, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/HRC/35/22, 30 Maret 2017.
21. United Nations, Human Rights Council, *32/13 The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, A/HRC/RES/32/13, 18 Juli 2016.
22. United Nations, Commission on Human Rights, *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, 28 September 1984.
23. United Nations Human Rights Committee, *International Covenant on Civil and Political Rights; Communication No. 927/2000: Belarus (Jurisprudence)*, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/927/2000 (2004) (Svetik v. Belarus), tersedia di https://oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=435&IID=1#_ftn1.

24. United Nations, Human Rights Council, "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 *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, A/HRC/22/17/Add.4, 11 Januari 2013.
25. Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, *The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression*, 2010, <http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/publications/INTER-AMERICAN%20LEGAL%20FRAMEWORK%20OF%20THE%20RIGHT%20TO%20FREEDOM%20OF%20EXPRESSION%20FINAL%20PORTADA.pdf>.

Buku/Laporan/Artikel/Jurnal

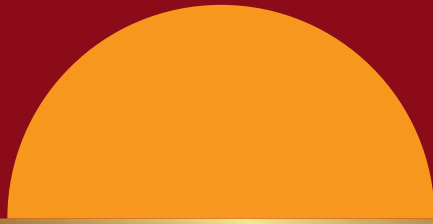
1. Article 19, *Joint Declaration on Freedom of Expression and Responses to Conflict Situation*, 4 Mei 2015, <https://www.refworld.org/docid/556578a64.html>.
2. Article 19, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, November 1996, <https://www.refworld.org/docid/4653fa1f2.html>.
3. Tobias Basuki, Andrew W. Mantong, Alif Satria, Edbert G. Suryahudaya, dan Richard P. Sianturi, *Unintended Consequences: Dampak Sosial dan Politik UU Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) 2008*, Jakarta: Centre for Strategic and International Studies, 2018.
4. 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.
5. Manfred Nowak, *CCPR Commentary, 2nd ed.*, Kehl: N. P. Engel, 2005.
6. Haris Prabowo, "Banjir Kasus Pasal Karet UU ITE Sepanjang 2019," *Tirto.id*, 27 Desember 2019, <https://tirto.id/banjir-kasus-pasal-karet-uu-ite-sepanjang-2019-eo4V>.
7. Damar Juniarto, Anton Muhajir, Alvin Nicola, Unggul Sagena, Nabila Putri, Ika Ningtyas, Aseanty Pahlevy, Boaz Simanjuntak, Ellen Kusuma, dan Nenden S. Arum, *Jalan Terjal Memperjuangkan Hak-hak Digital Laporan Tahunan SAFEnet 2018*, Bali: Southeast Asia Freedom of Expression Network, 2019.
8. Usman Hamid, "UU ITE dan merosotnya kebebasan berekspresi individu di Indonesia," *The Conversation*, 20 November 2019, <https://theconversation.com/uu-ite-dan-merosotnya-kebebasan-berekspresi-individu-di-indonesia-126043>.
9. Yeremia Sukoyo, "UU ITE Ancam Kebebasan Berpendapat dan Bereksresi," *Beritasatu.com*, 9 November 2018, <https://www.beritasatu.com/nasional/521564-uu-ite-ancam-kebebasan-berpendapat-dan-bereksresi>.

10. LidyaJulitaSembiring, "PemblokiranDibuka!SiangIniSudahBisaAksesFullMedsos," *CNBC Indonesia*, 25 Mei 2019, <https://www.cnbcindonesia.com/news/20190525134301-4-75081/pemblokiran-dibuka-siang-ini-sudah-bisa-akses-full-medsos>.
11. Agus Tri Haryanto, "Kenapa Pemerintah Blokir Internet Papua, Bukan Medsos?" *Detik.com*, 28 Agustus 2019, <https://inet.detik.com/law-and-policy/d-4684176/kenapa-pemerintah-blokir-internet-papua-bukan-medsos>.
12. Amir Baihaqi, "Blokir Data Internet di Papua, Rudiantara: Ada Dasar Hukumnya," *Detik.com*, 24 Agustus 2019, <https://news.detik.com/berita/d-4679470/blokir-data-internet-di-papua-rudiantara-ada-dasar-hukumnya>.
13. Dominika Bychawska-Siniarska, *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights A Handbook for legal practitioner*, Strasbourg: Council of Europe, 2017.
14. Peter E. Quint, "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory," *Maryland Law Review Volume 48, Issue 2, Article 3*, 1989, <https://core.ac.uk/download/pdf/56357501.pdf>.
15. Carmen Moldovan, "Brief Considerations on the German Constitutional Approach of the Freedom of Expression," *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, Vol 11, No 2, 2015, <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/view/2961/2907#sdfootnote3anc>.
16. Oliver Jouanjan, "Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany," *Indiana Law Journal Volume 84, Issue 3, Article 5*, 2009, <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1126&context=ilj>.
17. *Freedom of expression in Europe Case-law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe, 2007.
18. Human Rights Watch, *Kritik Menuai Pidana Konsekuensi Hak Asasi Manusia dari Pasal Pencemaran Nama Baik di Indonesia*, 2010.
19. Elena Gladkikh, "Standing Up for the Right to Free Political Expression: the ECtHR Jurisprudence, Lessons for Russia", Tesis, Central European University, Budapest, 2013
20. 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.
21. 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, Ashoka Trust for Research in Ecology and the Environment and Wolters Kluwer India Pvt. Ltd.: India, 2011.
22. 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.

Putusan Pengadilan

1. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 6-13-20/PUU-VIII/2010, 13 Oktober 2010.
2. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006, 6 Desember 2006.
3. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 6/PUU-V/2007, 17 Juli 2007.
4. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 50/PUU-VI/2008, 5 Mei 2009.
5. Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Nomor 1378 K/Pid/2005, 13 Januari 2006.
6. Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Nomor 225 PK/PID.SUS/2011, 17 September 2012.
7. Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Nomor 1940 K/Pid.Sus/2018, 12 November 2018.
8. Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Nomor 1886 K/PID.SUS/2018, 19 November 2018.
9. Mahkamah Agung Republik Indonesia, Putusan Nomor 963 K/PID/2017, 6 November 2017.
10. Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta, Putusan Nomor 230/G/TF/2019/PTUN-JKT, hal. 270-271.
11. U.S. Supreme Court, *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47, 1919, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/#tab-opinion-1928047>.
12. U.S. Supreme Court, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 1969, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>.
13. U.S. Supreme Court, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>.
14. U.S. Supreme Court, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 1989, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>.
15. U.S. Supreme Court, *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 2011, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/>.
16. R v Morse [2009] NZCA 623, [2010] 2 NZLR 625 (CA).
17. European Court of Human Rights, *Case of Wille v. Liechtenstein*, Application no. 28396/95, 1999, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58338>.

18. European Court of Human Rights, *Case of Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, Applications nos. 29221/95 and 29225/95, 2 Oktober 2001, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59689>.
19. European Court of Human Rights, *Case of Donaldson v. the United Kingdom*, Application No. 56975/09, 25 Januari 2011.
20. European Court of Human Rights, *Case of Vajnai v. Hungary*, Application no. 33629/06, 8 Juli 2008.
21. Inter-American Court of Human Rights, *Case of Ricardo Canese v. Paraguay*, 2004, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_ing.pdf.
22. Inter-American Court of Human Rights, *Case of Uson Ramirez v. Venezuela* (2009), tersedia di https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_ing.pdf.
23. African Court on Human and Peoples' Rights, *In the Matter of Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*, Application no. 004/2013, 2014, <https://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Judgment%20Appl.004-2013%20Lohe%20Issa%20Konate%20v%20Burkina%20Faso%20-English.pdf>.
24. African Court on Human and Peoples' Rights, *In the Matter of Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda*, Application no. 003/2014 (2017), <https://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/003-2014-Ingabire%20Victoire%20Umuhoza%20V%20Rwanda%20-%20Judgement%2024%20November%202017.pdf>.
25. European Commission of Human Rights, *Stevens v. the United Kingdom*, no. 11674/85, Commission decision of 3 March 1986.
26. European Commission of Human Rights, *Karav. the United Kingdom*, no. 36528/97, Commission decision of 22 October 1998, unreported.
27. European Commission of Human Rights, *Smith and Grady v. the United Kingdom* (dec.), nos. 33985/96 and 33986/96, 23 February 1999.



Modul 6

Menyeimbangkan Hak (*Balancing Rights*) Saat Mengadili Perkara



Tujuan Umum

Peserta memahami konsep-konsep dan mampu menerapkan metode penyeimbangan hak (*balancing rights*) dalam memeriksa dan memutus perkara

Tujuan Khusus

1. Peserta mampu menjelaskan tentang konsep dan paradigma menimbang hak (*balancing rights*)
2. Peserta mampu menjelaskan dan mampu menerapkan metode serta tahapan-tahapan dalam menimbang prinsip-prinsip HAM dalam proses memeriksa dan memutus perkara
3. Peserta memiliki keterampilan dan dapat menerapkan metode dan tahapan menimbang prinsip-prinsip HAM (*balancing rights*) dalam menyusun putusan pengadilan

Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Tujuan dan Arti Penting Balancing Rights untuk Keadilan dan Perlindungan HAM	45 Menit (1 JPL)	Pem Pembelajaran mandiri (<i>e-learning</i>): • Membaca modul (30 menit) • Menonton video presentasi (10 menit) • Menyelesaikan pop quiz (5 menit)
Kerangka Konseptual: <i>Balancing Rights</i> dalam Kerangka HAM		
Peran Hakim dalam Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan Melalui Putusan Hakim		
Metode dan tahapan dalam Penerapan Keseimbangan	135 Menit (3 JPL)	Pembelajaran kelas: • Pemaparan narasumber (30 menit) • Tanya Jawab (55 menit) • Menyelesaikan pop quiz (5 menit)
Studi kasus	180 Menit (4 JPL)	Studi kasus: • Pengantar dan pembagian kelompok - Peserta dibagi dalam 5 Kelompok (10 menit) • Peserta mengerjakan studi kasus (45 menit) • Presentasi Masing-Masing Kelompok (5 X 20 menit = 100 menit) • Tanggapan Narasumber/Fasilitator (15 menit) • Penutup (10 menit)

Bahan bacaan dalam modul ini terdiri dari bagian-bagian sebagai berikut:

- A. Tujuan dan Arti Penting *Balancing Rights* untuk Keadilan dan Perlindungan HAM
- B. Kerangka Konseptual: *Balancing Rights* dalam Kerangka HAM
 - 1. Hubungan *Balancing Rights* dengan Derogasi, Limitasi, dan Restriksi HAM
 - 2. Hubungan *Balancing Rights* dengan Marjin Appresiasi
- C. Peran Hakim dalam Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan Melalui Putusan Hakim
 - 1. Penerapan Norma-norma HAM dalam Putusan Pengadilan
 - 2. Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan
- D. Metode dan tahapan dalam Penerapan Keseimbangan
 - 1. Interpretasi atas hak-hak asasi yang dijamin dan dilindungi
 - 2. Pengujian tiga tahap (*three part test*)
- E. Langkah-langkah
 - 1. Melakukan identifikasi apakah suatu perbuatan pidana yang didakwakan bersinggungan atau berpotensi melanggar hak asasi terdakwa
 - 2. Mengidentifikasi ketentuan-ketentuan HAM yang menjadi hak asasi terdakwa, utamanya terkait dengan tuduhan kepada terdakwa
 - 3. Menguji fakta-fakta hukum yang ada dengan jaminan hak yang dilindungi dan melakukan penafsiran hukum hak-hak asasi yang dijamin
 - 4. Memasukkan argumentasi HAM dalam putusan

Ringkasan Bahan Bacaan

A. Tujuan dan Arti Penting Balancing Rights untuk Keadilan dan Perlindungan HAM

Dalam berbagai perjanjian internasional lainnya, keseimbangan kepentingan dengan alasan-alasan perlindungan HAM dan kepentingan keadilan juga telah dirumuskan. Misalnya dalam konteks kasus-kasus terkait kejahatan siber (*cyber crimes*), *Convention on Cybercrimes* (CoC) yang menekankan pentingnya pengaturan yang memberikan keseimbangan atas penegakan hukum dan penghormatan kebebasan dasar dan perlindungan HAM. Pembukaan Kovensi ini menyatakan:

*“Mindful of the need to ensure a proper balance between the interests of law enforcement and respect for fundamental human rights as enshrined in the 1950 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the 1966 United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and other applicable international human rights treaties, which reaffirm the right of everyone to hold opinions without interference, as well as the right to freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, and the rights concerning the respect for privacy;”*³⁹³

Konvensi tentang Kejahatan Siber tersebut secara definitif menyebut bahwa kepentingan penegakan hukum dalam kejahatan-kejahatan siber akan bersinggungan dengan hak-hak fundamental, diantaranya hak untuk berpendapat tanpa campur tangan, hak atas kebebasan berekspresi, dan hak-hak privasi.

Sebagai perbandingan, dalam konteks peraturan perundang-undangan Indonesia, UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana diubah dengan UU No. 19 Tahun 2016 (UU ITE 2016), menekankan bahwa bahwa berbagai pengaturan tentang pembatasan hak harus dilakukan sesuai dengan syarat-syarat pembatasan-pembatasan yang diperbolehkan dan semata-mata ditujukan untuk menjamin penguasaan dan penghormatan atas hak yang dilindungi. Penjelasan UU ITE 2016 menyatakan:

“Dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, hak dan kebebasan melalui penggunaan dan pemanfaatan Teknologi Informasi tersebut dilakukan dengan mempertimbangkan 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.

393 CoC, Pembukaan.

Keseimbangan untuk keadilan dan perlindungan HAM juga termasuk dalam konteks hak-hak yang prosedural, misalnya terkait dengan pengaturan dalam hukum-hukum acara pidana. Misalnya dalam pengaturan dalam Statuta Roma (*Rome Statute 1998*) untuk Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court/ICC*), memberikan korban hak-hak untuk partisipasi dalam proses peradilan pidana, namun harus tetap menghormati atau tidak boleh bertentangan dengan hak-hak tertuduh dan tidak konsisten dengan peradilan yang adil dan tidak memihak (*shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial*).³⁹⁴ Dalam praktiknya, menyeimbangkan kepentingan korban tersebut menjadi tantangan³⁹⁵ dan memerlukan peran penting dari jaksa dan hakim.

Dalam konteks Indonesia, hukum acara pidana sebagaimana diatur dalam KUHAP juga mengakui dan menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 yang menjunjung tinggi HAM. KUHAP dalam bagian Menimbang, menyatakan:

“a. bahwa Negara Republik Indonesia adalah negara hukum berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 yang menjunjung tinggi hak asasi manusia serta yang menjamin segala warganegara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya; ...

c. bahwa pembangunan hukum nasional yang demikian itu di bidang hukum acara pidana adalah agar masyarakat menghayati hak dan kewajibannya dan untuk meningkatkan pembinaan sikap para pelaksana penegak hukum sesuai dengan fungsi dan wewenang masing-masing ke arah tegaknya hukum, keadilan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia, ketertiban serta kepastian hukum demi terselenggaranya negara hukum sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945;...”

B. Kerangka Konseptual: Balancing Rights dalam Kerangka HAM

Prinsip-prinsip keseimbangan saat ini merupakan salah satu standar dalam menentukan hasil suatu kasus di pengadilan. Dalam berbagai kasus terkait HAM di Internasional, misalnya di Pengadilan HAM Eropa (*the European Convention on Human Rights*), pembobotan atas satu hak atau kepentingan lainnya telah menjadi standar pendekatan yang digunakan untuk memeriksa dan mengadili kasus-kasus HAM yang diajukan kepada mereka.³⁹⁶

394 Rome Statute 1998, Pasal 68 ayat (1).

395 IBA, *Balancing Rights, The International Criminal Court at a Procedural Crossroad*, An International Bar Association, Human Rights Institute Report, Mei 2009, hal. 9.

396 Bart van der Sloot, *The practical and theoretical problems with 'balancing, Delfi, Coty and the Redundancy of the Human Rights Framework*, hal. 439.

Kerangka hak asasi manusia (*human rights framework*) yang tertuang dalam berbagai instrumen HAM internasional dan nasional memberikan berbagai jaminan hak-hak asasi manusia dan penerapannya. Terkait dengan keseimbangan tersebut, instrumen HAM internasional selain mengatur tentang perlindungan hak-hak, juga mengatur tentang dibolehkannya penyimpangan atau pengurangan (*derogation*) kewajiban negara dan pembatasan atau restriksi hak (*limitation/restiction*) atas hak-hak tertentu. Selain itu, sejumlah perjanjian internasional dan praktik-praktik peradilan internasional juga memberikan landasan tentang keseimbangan antar hak, misalnya keseimbangan kepentingan penghormatan HAM dan penegakan hukum, serta keseimbangan kepentingan melalui doktrin margin apresiasi (*margin of appreciation*).

1. Hubungan Balancing Rights dengan Derogasi, Limitasi, dan Restriksi HAM

Konsepsi keseimbangan hak terkait erat dengan prinsip-prinsip penyimpangan, pembatasan atau restriksi yang diperbolehkan. Sistem keseimbangan dan pembatasan hak diantaranya didasarkan pada prinsip persamaan/kesetaraan, non diskriminasi, perlindungan hak-hak orang lain, proporsionalitas, tidak merugikan (*no harm*), diatur oleh hukum, yang kesemuanya dimaksudkan untuk kepentingan yang lebih umum (*general interest*) dan diperlukan dalam negara yang demokratis.

Bahwa suatu penikmatan hak (*enjoyment of rights*) tertentu dapat dilakukan derogasi atau limitasi, namun dengan kondisi dan prasyarat yang berbeda-beda. Sebagai contoh, dalam konteks pengurangan-pengurangan (*derogations*) atau pembatasan (*limitations*) ekspresi keagamaan karena adanya pandemi Covid-19, haruslah dengan dengan standar-standar pengaturan tentang pengurangan dan pembatasan yang diperbolehkan. Dalam hal pemerintah menetapkan pengurangan hak-hak terkait dengan ekspresi keagamaan, harus ada penetapan keadaan darurat yang berdasarkan pada adanya kondisi yang eksepsional, dengan jangka waktu tertentu (*temporer*), proporsional, tidak diskriminatif, dan penerapannya sejalan dengan norma-norma HAM internasional.

Sementara jika dasar kebijakan yang dibentuk adalah pembatasan pada hak-hak tertentu, maka harus berdasarkan pada pembatasan-pembatasan spesifik dari pasal terkait (misalnya pembatasan kebebasan berekspresi dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP). Hal ini berbeda dengan pengurangan hak (*derigation*), yakni pembatasan ini tidak memerlukan adanya justifikasi kedaruratan (*emergency*), dapat diterapkan pembatasan yang permanen dan tujuan pembatasan ini ditujukan untuk menyeimbangkan kepentingan (*balancing interest*) antara kepentingan publik dengan kepentingan atau hak-hak individu atau kelompok tertentu.

2. Hubungan Balancing Rights dengan Marjin Appresiasi

Konsepsi lainnya terkait dengan keseimbangan adalah batas apresiasi (*margin of appreciation*), yang didasarkan pada kerangka adanya standar minimum regional dan universal untuk kehidupan bersama umat manusia serta hubungan antar negara dan rakyat yang tinggal di dalam suatu wilayah tertentu. Konsepsi ini diantaranya merujuk pada Deklarasi Wina 1993, yang menekankan perlunya memperhitungkan kekhususan nasional dan regional dari bangsa-bangsa yang berasal dari tradisi keagamaan dan budaya mereka. Cara normatif terbaik bagi negara-negara untuk melakukannya adalah dengan menggunakan kemampuan mereka untuk melaksanakan, mengatur dan jika perlu, membatasi HAM dalam sistem hukum domestik mereka agar sesuai dengan ketentuan-ketentuan pembatasan yang diperbolehkan. Jika suatu negara meyakini bahwa nilai atau tradisi nasional sedang terancam oleh penerapan ekstensif standar HAM internasional serta membatasi hak-hak tertentu dalam bentuk peraturan hukum yang jelas dan dapat diperhitungkan dampaknya, pembatasan-pembatasan tersebut umumnya dapat diterima apabila disertai dengan alasan-alasan pembenaran yang sah, misalnya untuk menjaga ketertiban umum atau keselamatan publik.

Doktrin marjin apresiasi ini kemudian berkembang di dalam Pengadilan HAM Eropa, dengan klausul-klausul pembatasan yang dirumuskan berdasarkan Konvensi HAM Eropa³⁹⁷ dan selaras dengan hukum HAM internasional. Pengadilan HAM Eropa mempunyai mandat untuk menginterpretasikan Konvensi dan juga berkewajiban untuk menghormati kedaulatan negara-negara Eropa. Doktrin ini dikembangkan oleh Pengadilan HAM Eropa dari kasus-kasus yang diadili terkait dengan pengaduan atas dugaan pelanggaran Konvensi HAM Eropa (baik berupa kebijakan, regulasi atau putusan pengadilan nasional).

Doktrin marjin apresiasi memberikan ruang atau memperbolehkan negara-negara Eropa membuat kebijakan 'tertentu' dalam melaksanakan kewajiban berdasarkan Konvensi HAM Eropa. Doktrin ini memainkan peranan penting, bahwa Konvensi dapat dilaksanakan dengan pemikiran adanya perbedaan-perbedaan situasi (budaya, tradisi atau pandangan hidup warga negara) atau perbedaan terkait dengan sistem hukum di negara-negara Eropa. Berdasarkan doktrin ini, pihak legislatif, eksekutif dan yudikatif negara-negara Eropa melaksanakan atau membuat 'diskresi' dengan batas tertentu ketika mereka melaksanakan fungsinya terkait dengan Konvensi. Namun, penerapan diskresi dalam kebijakan, regulasi atau putusan pengadilan nasional tersebut menimbulkan perbedaan dalam mengimplementasikan Konvensi, yang sering menjadi sengketa hak di Pengadilan HAM Eropa.

397 *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*

Dengan demikian, marjin apresiasi memberikan mekanisme atau standar bagi Pengadilan HAM Eropa untuk menilai apakah penerapan Konvensi oleh negara-negara sesuai dengan tradisi/budaya dan sistem hukum mereka tanpa mengurangi/melanggar tujuan-tujuan Konvensi. Dalam konteks pengadilan HAM Eropa, doktrin ini merupakan ekspresi atas hubungan antara pengujian dalam level internasional dengan sistem hukum nasional. Penerapan marjin apresiasi biasanya didasarkan pada kasus per kasus sehingga cakupannya bervariasi tergantung situasi dari masing-masing kasus. Dengan pendekatan kasus per kasus, doktrin ini menjadi alat yang efektif bagi negara untuk membela diri dihadapan Pengadilan HAM Eropa ketika menghadapi tuduhan pelanggaran Konvensi HAM Eropa dan sekaligus memungkinkan Pengadilan HAM Eropa untuk menyeimbangkan kepentingan antar hak dan kepentingan antara kedaulatan negara dan kewajiban negara terhadap Konvensi.

Pengujian atas pelanggaran HAM dengan menggunakan marjin apresiasi tidak dapat dilakukan dengan bebas, namun merujuk pada standar-standar pengujian yang dilakukan pada sejumlah prinsip-prinsip interpersasi, yang merujuk pada syarat-syarat pembatasan yang sah. Indikator-indikator dalam penerapan marjin apresiasi ini diantaranya adalah: (i) prinsip perlindungan hak yang efektif; (ii) pembatasan hak yang dibolehkan berdasarkan pada Konvensi HAM Eropa misalnya pembatasan hak harus berdasarkan hukum (*prescribed by law*), untuk tujuan-tujuan yang sah (*legitimate aim*), dan diperlukan dalam masyarakat demokratis (*necessary in a democratic society*) ; (iv) proporsionalitas; dan (v) merujuk pada standar dari Konsensus Eropa sebagaimana diatur dalam dalam Konvensi HAM Eropa.³⁹⁸

C. Peran Hakim: Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan Melalui Putusan Hakim

Kerangka HAM memberikan kewajiban bagi negara untuk melindungi HAM, yang mencakup kewajiban untuk menghormati dan kewajiban kewajiban yang bersifat positif (*positive duty*) yakni melindungi dan memenuhi HAM. Kewajiban melindungi adalah memberikan langkah-langkah perlindungan, termasuk melindungi penikmatan hak dari intervensi pelaku non-negara (*private interference*) serta kewajiban melakukan langkah-langkah yang diperlukan, misalnya melakukan pencegahan atas perbuatan dan tindakan yang mengancam pelaksanaan hak atau melakukan penghukuman kepada pelaku pelanggaran.

Institusi pengadilan sebagai bagian dari sistem ketatanegaraan juga merupakan pihak yang mempunyai kewajiban untuk melakukan penghormatan, perlindungan dan pemenuhan HAM. Hal ini tercermin dalam dalam UUD 1945, diantaranya Pasal 1 ayat (1) yang menyatakan bahwa “Indonesia adalah Negara Hukum” dan Pasal 24 ayat (1) yang menyatakan: “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.”

398 https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P65_400

Prinsip-prinsip penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, merujuk Pasal 1 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menyatakan bahwa “Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.” Pasal 4 UU Kekuasaan Kehakiman juga menyatakan bahwa pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang adil dan tidak diskriminatif yakni mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang.

Arti penting Pengadilan bagi penegakan HAM ditegaskan dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM) yang menyatakan: “Setiap orang berhak untuk menggunakan semua upaya hukum nasional dan forum internasional atas semua pelanggaran hak asasi manusia yang dijamin oleh hukum Indonesia dan hukum internasional mengenai hak asasi manusia yang telah diterima negara Republik Indonesia.” Pasal 5 ayat (2) dan (3) UU HAM juga menyatakan: “Setiap orang berhak mendapat bantuan dan perlindungan yang adil dari pengadilan yang objektif dan tidak berpihak.”

Keseluruhan ketentuan tersebut mempunyai kesesuaian dengan norma-norma HAM internasional dan menjadi landasan penting bagi pengadilan dalam melaksanakan fungsinya untuk menegakkan HAM. Prinsip non diskriminasi dan perlakuan yang setara merupakan prinsip-prinsip penting HAM yang sejalan dengan fungsi dan kewenangan pengadilan, dan kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Dengan demikian, para hakim juga mempunyai peranan penting dalam perlindungan dan penegakan HAM. Berbagai instrumen HAM internasional menekankan bahwa para hakim harus menggunakan kewenangannya untuk memastikan berjalannya *rule of law* dan penghormatan pada HAM.³⁹⁹ Prinsip Keenam Prinsip-prinsip Independensi badan-badan peradilan (*Basic Principle of the independence of the judiciary*) mensyaratkan bahwa badan-badan peradilan harus memastikan bahwa proses peradilan dilakukan dengan adil dan menghormati hak-hak para pihak.

1. Penerapan Norma-norma HAM dalam Putusan Pengadilan

Pengadilan dan para hakim mempunyai berbagai tanggung jawab untuk menegakkan keadilan, melindungi konstitusi dan demokrasi.⁴⁰⁰ Ketiganya merefleksikan tugas pengadilan dan hakim dalam melindungi hak-hak asasi manusia melalui penerapan prinsip-prinsip peradilan yang adil dalam proses peradilan dan putusan-putusan pengadilan.

399 OHCHR, *Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers*, Professional Training Series No. 9, 2003, hal. 25.

400 Martin Martin Scheinin Helle Krunke, dan Marina Aksenova (eds), *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*, Edisi Ketiga, 2016, hal. 31-33.

Bahwa Putusan pengadilan, misalnya putusan dalam kasus-kasus pidana dengan memberikan hukuman penjara, merupakan bagian dari pembatasan HAM, yang dapat diuji justifikasinya apakah putusan-putusan pengadilan tersebut merupakan pembatasan yang sah dan dapat dibenarkan. Hukum HAM menyatakan bahwa setiap orang berhak atas kebebasan, dan pencabutan kebebasan tersebut dapat dilakukan dengan alasan-alasan yang misalnya melalui putusan pengadilan yang berwenang dengan proses peradilan yang memenuhi prinsip-prinsip *fair trial* atau melalui substansi putusan yang tidak sewenang-wenang dengan alasan-alasan yang masuk akal (*reasonable*) serta sesuai dengan kerangka HAM.

Berbagai putusan pengadilan di Indonesia, telah memberikan banyak preseden putusan yang mempertimbangkan norma-norma HAM sebagai bagian penting dalam pertimbangan hukum untuk memutuskan suatu perkara. Contoh terkini misalnya dalam Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta dalam kasus pelambatan akses/bandwidth (*throttling*), dengan menyatakan bahwa objek sengketa berupa pelambatan dan pemutusan jaringan internet yang melebihi Tindakan pembatasan HAM yang diperbolehkan dalam Pasal 40 ayat (2), (2a) dan (2b) UU ITE bukan lagi merupakan bentuk pembatasan (*restriction*) hak atas internet sebagaimana ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, Pasal 73 Undang-Undang Hak Asasi Manusia dan Pasal 19 ayat (3) Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (KIHP), akan tetapi merupakan bentuk pengurangan (*derogation*) hak atas internet yang berimplikasi pada hak-hak lainnya sebagaimana dimaksud di dalam Pasal 4 ayat (1) KIHP. Dengan memberikan argumentasi yang berbasiskan pada pertimbangan HAM tersebut, pengadilan menyatakan bahwa pemblokiran layanan data dan/atau pemutusan akses internet secara menyeluruh di Provinsi Papua adalah perbuatan melanggar hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan.⁴⁰¹

Sebelum dalam Kasus Prita Mulyasari, Putusan PK Mahkamah Agung membebaskan Prita Mulyasari dari tuduhan melakukan pencemaran nama baik. Meski tidak dinyatakan secara eksplisit dalam putusan, Juru Bicara MA pada saat itu menyatakan bahwa dikabulkannya upaya hukum Peninjauan Kembali (PK) yang diajukan terpidana Prita Mulyasari berdasarkan faktor perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM).⁴⁰² Selain itu, dalam sejumlah putusan pengadilan terkait hukum mati, terdapat pandangan dari majelis hakim yang tidak memutuskan hukuman mati karena dianggap melanggar HAM.⁴⁰³ Dalam sejumlah putusan MA, juga menyatakan tidak dapat diterimanya tuntutan jika syarat-syarat permintaan tidak dipenuhi seperti penyidik tidak menunjuk penasihat hukum bagi tersangka sejak awal penyidikan,⁴⁰⁴ atau menyatakan *bila tak didampingi oleh penasihat hukum di tingkat penyidikan maka bertentangan dengan Pasal 56 KUHP, BAP penyidikan dan penuntut umum batal demi*

401 PTUN Jakarta, Nomor : 230/G/TF/2019/PTUN-JKT, hal. 267-268, 278-279.

402 Beritasatu.com, *Alasan MA kabulkan PK Bebas Prita*, 18 September 2012, diakses dari: <https://www.beritasatu.com/hukum/72402-alasan-ma-kabulkan-pk-bebas-prita.html>

403 Putusan MA Nomor 32 K/PID/2016, hal. 21.

404 Putusan MA Nomor 1565 K/Pid/1991, 16 September 1993.

hukum dan karenanya tuntutan PU tidak dapat diterima, walaupun pemeriksaan di sidang pengadilan didampingi penasihat hukum.⁴⁰⁵

2. Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan

Bahwa pengadilan dalam membentuk putusan dalam kasus-kasus tertentu mempunyai kewenangan untuk menggunakan penafsiran hukum serta melakukan penemuan hukum. Dalam konteks inilah terbuka ruang bagi para hakim untuk melakukan penilaian atas suatu perkara pidana, apakah suatu perbuatan itu memang benar merupakan tindak pidana atau merupakan perbuatan yang sah atau perbuatan tersebut merupakan pelaksanaan hak asasinya yang dilindungi hukum. Dalam banyak kasus, terdapat preseden para hakim dalam mengadili perkara pidana mempertimbangkan hak-hak asasi para terdakwa.

Berbagai putusan pengadilan, salah satunya dalam putusan PTUN Jakarta yang disebutkan diatas, argumen-argumen pertimbangan didasarkan pada adanya kebutuhan untuk memberikan keseimbangan pada konflik antar hak. Prinsip keseimbangan merupakan alat yang penting dalam memenuhi fungsi-fungsi yudisial (*the judicial role*) yang didasarkan pada identifikasi atas prinsip-prinsip yang relevan sebagai proses normatif untuk menyelesaikan konflik antara prinsip-prinsip dan jaminan hak yang berbeda-beda. Putusan yang dihasilkan merupakan penilaian atas tingkat atau derajat dari prinsip-prinsip yang saling berkonflik dan memutuskan serajat yang paling tinggi. Proses dalam menggunakan prinsip keseimbangan ini didasarkan pada identifikasi prinsip-prinsip yang relevan untuk menyelesaikan kasus yang diperiksa, dengan masing-masing prinsip mempunyai derajat atau kekuatan tertentu (*certain weight*).⁴⁰⁶

Dalam konteks ini, pertanyaan penting adalah bagaimana pengadilan dan para hakim menggunakan norma-norma HAM dalam memeriksa perkara yang mempunyai konflik antara hak, misalnya antara jaminan kebebasan berekspresi dan penegakan hukum-hukum yang terkait dengan penghinaan. Berbeda dengan pengujian undang-undang di MK atau pengujian peraturan di bawah undang-undang oleh MA, peradilan pidana tidak serta merta dapat “mengkontestasikan” suatu perbuatan dengan jaminan perlindungan HAM. Karakteristik peradilan pidana memfokuskan pada pembuktian tindak pidana dengan menyesuaikan fakta-fakta hukum dengan unsur-unsur tindak pidana yang dituduhkan kepada terdakwa. Para hakim biasanya hanya memfokuskan pada unsur-unsur perbuatan tersebut tanpa perlu mempertimbangkan aspek-aspek HAM dari perkara yang diadili, kecuali ada persoalan HAM yang disampaikan oleh terdakwa atau penasehat hukumnya. Konsekuensinya, banyak putusan yang kemudian dianggap tidak mampu memberikan perlindungan HAM atau Para hakim dianggap “tidak peduli” terhadap HAM.

405 Putusan MA Nomor 367 K/Pid/1998, 29 Mei 1998.

406 Aharon Barak, dalam Scheinein, Krunke, dan Aksanova (eds), op.cit., hal. 40.

D. Metode dan tahapan dalam Penerapan Keseimbangan

Dalam peraturan perundang-undangan Indonesia, metode dalam menerapkan prinsip keseimbangan hak dalam pembentukan putusan dalam perkara tertentu belum banyak diatur sehingga belum adanya mekanisme yang cukup baku untuk menilai atau mempertimbangkan aspek-aspek HAM dalam suatu perkara pidana. Oleh karenanya, untuk membentuk putusan pengadilan yang berperspektif atau sesuai dengan norma-norma HAM yang dijamin perlu ada upaya untuk memperkecil kesenjangan teknis atau metode dalam pembuatan putusan dalam perkara pidana tersebut.

Metode yang dapat digunakan untuk menerapkan prinsip-prinsip dan keseimbangan HAM dalam pembentukan putusan, diantaranya:

1. Interpretasi atas hak-hak asasi yang dijamin dan dilindungi

Metode ini mensyaratkan bahwa pengadilan mempunyai mekanisme untuk menginterpretasikan jaminan-jaminan HAM dan pembatasannya baik yang diatur dalam hukum HAM Internasional maupun hukum nasional. Pengaturan hak-hak asasi manusia dalam hukum nasional, misalnya dalam UUD 1945 dan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, merupakan instrumen hukum yang penting untuk memahami hak-hak yang dijamin dan dilindungi dalam kerangka hukum nasional. Sementara instrumen HAM internasional dan putusan-putusan badan-badan PBB dan pengadilan internasional dapat membantu untuk menciptakan standar yang sama dan menjaga garis batas prinsip-prinsip yang tidak dapat dilampaui. Sebagai contoh, kebebasan berekspresi hanya bisa dibatasi berdasarkan pada Pasal 19 ayat (3) KIHSP atau berdasarkan pada Pasal 20 KIHSP.

Bahwa metode penafsiran adalah salah satu metode penemuan hukum (*rechvinding*), selain metode konstruksi atau argumentasi. Terdapat banyak metode interpretasi, yang satu sama lain saling melengkapi dan masing-masing metode penafsiran tersebut mempunyai ciri-ciri tersendiri.⁴⁰⁷ Terdapat beberapa metode di dalam melakukan interpretasi, sebagai berikut:

408

- a. Metode penafsiran substantif” Dalam metode ini hakim menerapkan suatu teks ke dalam kasus konkret dengan menggunakan silogisme sebagai alat, sebelum memasuki penalaran yang lebih kompleks
- b. Penafsiran berdasarkan struktur dan tata Bahasa (gramatikal): Peraturan perundang-undangan ini distrukturkan ke dalam struktur Bahasa pada umumnya, demikian pula putusan hakim. Oleh karenanya, untuk menentukan arti kata dari makna yang tidak jelas dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan, maka penafsiran dengan

407 Sidharta, *Penalaran Hukum*, Makalah, Disampaikan dalam Diskusi di Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), 17 April 2008, hal. 51-52.

408 Ahmad Ali dalam Prof. Dr. H. Abdul Manan, S.H., S.IP., M.Hum, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara di Peradilan Agama*, 5.

menggunakan aturan tata Bahasa dibutuhkan, untuk menjelaskan posisi subjek dan objek dalam formulasi suatu kalimat perundang-undangan. Dengan kata lain, penafsiran gramatikal digunakan untuk melakukan standarisasi terhadap struktur Bahasa perundang-undangan yang terkadang ambigu, seperti, ketidakjelasan subjek, objek dan predikat dalam sebuah rumusan kalimat;

- c. Interpretasi sistematis: Interpretasi sistematis dilakukan dengan cara menggabungkan antara dua pengaturan atau lebih di dalam suatu sistem hukum. Dalam metode ini, peraturan perundang-undangan dilihat sebagai satu kesatuan yang utuh, di mana penafsiran satu kata dalam peraturan perundang-undangan tidak dapat dipisahkan dengan kata dalam pengaturan di perundang-undangan lainnya;
- d. Penafsiran sejarah: Penafsiran sejarah menafsirkan peraturan perundang-undangan berdasarkan kondisi kesejarahan terkait dengan suatu peristiwa, yang menjadi dasar lahirnya suatu peraturan perundang-undangan. Di dalam praktek peradilan, penafsiran sejarah dapat dibedakan antara penafsiran sejarah terhadap suatu peristiwa tertentu terhadap sebuah undang-undang atau sejarah hukum dalam konteks keseluruhan. Penafsiran sejarah mencari tujuan dari pembuat undang-undang, dalam merumuskan sebuah hukum, di mana penafsiran sejarah dalam sistem hukum mencari fungsi spesifik sebuah konsep hukum dalam garis pemikiran hukum yang berkembang;
- e. Penafsiran sosiologis atau teleologis: Penafsiran ini menerapkan makna dari undang-undang dan menghubungkannya dengan tujuan dari masyarakat kontemporer, di dalam metode penafsiran ini hakim melakukan penafsiran hukum berdasarkan maksud dari undang-undang, yang menekankan pada tujuan dari pembuatan undang-undang, dan tidak menafsirkannya dalam kata per kata. Hal ini untuk memberikan pengertian baru agar hukum selalu relevan dengan keadaan dan tujuan berdasarkan kondisi kekinian masyarakat;
- f. Metode perbandingan: Metode penafsiran perbandingan merupakan metode yang membandingkan antara pengaturan di wilayah hukum (negara lain) tertentu dengan pengaturan dengan wilayah hukum di tempat lain (negara lain), namun dalam isu pengaturan yang sama;
- g. Penafsiran terbatas/restriktif: Penafsiran terbatas/restriktif ialah penafsiran yang menjelaskan, di dalam menentukan ruang lingkup berlakunya sebuah perundang-undangan. Penafsiran terbatas dimaksudkan untuk membatasi keberlakuan perundang-undangan sesuai dengan pengertian dalam struktur ketatabahasaan. Bentuk penafsiran ini biasanya dilakukan di dalam bidang hukum pidana, namun demikian, beberapa yurisprudensi menunjukkan kecenderungan untuk memperluas pengertian undang-undang sebagai lawan dari penafsiran terbatas;

- h. Penafsiran extensif: Penafsiran ekstensif merupakan penafsiran yang cenderung untuk memperluas keberlakuan sebuah perundang-undangan dari makna awalnya yang didasarkan pada penafsiran ketatabahasaan;
- i. Penafsiran futuristik: Penafsiran futuristik adalah penafsiran yang mengantisipasi pemberlakuan sebuah perundang-undangan, yang belum diundangkan namun memiliki tingkat kemungkinan yang tinggi bahwa undang-undang tersebut akan diundangkan. Biasanya, hakim akan merujuk pada sebuah rancangan undang-undang;
- j. Penafsiran Otentik: Penafsiran menurut batasan yang dicantumkan dalam peraturan itu sendiri, yang biasanya diletakkan pada bagian penjelasan (*memorie van toelichting*), rumusan ketentuan umumnya, maupun dalam salah satu rumusan pasalnya.⁴⁰⁹

Metode-metode interpretasi diatas dapat dikelompokkan berdasarkan dua pendekatan, yaitu (1) *textualist approach* (fokus teks) dan (2) *purposive approach* (fokus pada tujuan). Interpretasi gramatikal dan otentik termasuk pendekatan pertama, sementara metode interpretasi lainnya mengacu pada pendekatan kedua.⁴¹⁰

Dalam konteks penggunaan interpretasi dalam menyeimbangkan hak, kedua pendekatan interpretasi dapat digunakan. Misalnya penggunaan *textualist aproach* dalam menilai cakupan kebebasan berekspresi merujuk pada cakupan kebebasan berekspresi sebagaimana diatur dalam Pasal 19 ayat (2) KIHSP, yakni setiap orang berhak atas kebebasan untuk berekspresi dan hak tersebut 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. Sementara pembatasannya, harus merujuk pada pembatasan-pembatasan yang telah ditetapkan sesuai dengan Pasal 19 ayat (3) KIHSP yakni dilakukan sesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk: (a) menghormati hak atau nama baik orang lain; dan (b) melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral publik.

Sementara penggunaan *purposive approach* adalah dengan menerapkan interpretasi atas maksud atau tujuan dibentuknya suatu UU atau pengaturan tertentu. Misalnya dalam konteks pembatasan, interpretasi dilakukan dengan menelusuri tujuan-tujuan pembentukan UU atau pengaturan pada pembatasan-pembatasan tertentu. Sebagai contohnya, penjelasan dalam UU ITE yang menyatakan bahwa “hak dan kebebasan melalui penggunaan dan pemanfaatan Teknologi Informasi dilakukan dengan mempertimbangkan pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain...”, yang berarti bahwa

409 Sidharta, op.cit., hal. 53.

410 Ibid., hal. 55.

penerapan ketentuan-ketentuan dalam UU ITE misalnya terkait dengan pencemaran nama baik hanya bisa dilakukan untuk tujuan-tujuan yang telah ditetapkan.

2. Pengujian tiga tahap (*three part test*)

Pengujian tiga tahap merupakan pendekatan yang umumnya digunakan dalam menilai pembatasan terhadap kebebasan berekspresi dalam menilai proporsionalitas perbuatan apakah merupakan ekspresi yang sah atau merupakan ekspresi yang dapat dibatasi. Pengujian dengan model tes tiga tahap⁴¹¹ merupakan model pengujian tentang sah atau tidaknya pembatasan kebebasan berekspresi sebagaimana yang dipraktikkan oleh oleh Komite HAM PBB⁴¹² dan Pengadilan HAM Eropa. Tes ini juga diterapkan untuk beberapa hak lainnya seperti hak atas privasi dan kehidupan keluarga; kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama; kebebasan berkumpul dan berserikat. Tes ini akan dapat membantu dalam mempelajari apakah suatu pembatasan sudah sesuai dengan peraturan KIHSP (atau sesuai dengan Konvensi HAM Eropa dalam Pengadilan HAM Eropa), dan apakah hukum nasional yang berlaku ketika membatasi hak atas kebebasan berekspresi sudah sah berdasarkan peraturan dan standar HAM internasional atau tidak.

Melalui pengujian tiga tahap ini, pembatasan kebebasan berekspresi hanya dapat dinyatakan sah apabila:

- i. pembatasan diatur dengan undang-undang (*prescribed by law*). Setiap pembatasan harus diatur secara formal dalam undang-undang dan diformulasikan secara jelas dan rinci sehingga setiap orang bisa memahami bentuk-bentuk pelanggaran dan konsekuensi hukumnya.
- ii. pembatasan harus bertujuan melindungi kepentingan yang sah (*legitimate aim*). Selain itu, pembatasan haruslah dilakukan untuk mencapai tujuan yang sah sebagaimana dikenal dalam instrumen hukum hak asasi manusia internasional atau instrumen hukum negara. Dalam ICCPR, kepentingan yang sah ini diatur pada Pasal 19 ayat (3), diantaranya penghormatan terhadap reputasi orang lain, perlindungan keamanan nasional dan ketertiban public, kesehatan publik atau moral. Sedangkan dalam konteks Eropa, kepentingan yang sah (*legitimate aim*) diatur dalam Pasal 10 ayat (2) Konvensi HAM Eropa, yang terdiri dari: keamanan nasional dan integritas wilayah, keamanan publik dan pencegahan criminal, perlindungan kesehatan, perlindungan moral, perlindungan reputasi orang lain, pencegahan terbukanya informasi rahasia, dan menjaga kewenangan dan imparialitas pengadilan.

411 Bychawska – Siniarska, Dominika, *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights A Handbook for legal practitioner*, Council of Europe, 2017. hal. 32-33.

412 Dalam kasus *Faurisson v. France*, Komite HAM PBB menyusun argumennya secara berurutan dalam tiga tahap sebagaimana disebutkan dalam Tes Tiga Tahap. Lihat *Faurisson v. France*, paras. 9.5 – 9.7.

- iii. diperlukan dalam masyarakat yang demokratis untuk melindungi kepentingan yang dimaksud (*necessary in democratic society*). Istilah “diperlukan” (*necessary*) pada perkembangannya diartikan sebagai adanya kebutuhan sosial yang mendesak (*pressing social needs*).⁴¹³ Sedangkan kebutuhan sosial yang mendesak dinilai berdasarkan apakah alasan pembatasan relevan dan cukup (*relevant and sufficient*), dan apakah pembatasan yang dilakukan bersifat proporsional untuk memenuhi tujuan yang sah sebagaimana dimaksud dalam tes kedua. Istilah “relevan” (*relevant*) dinilai berdasarkan apakah alasan yang diajukan secara logis dapat menjustifikasi pembatasan tersebut. Sedangkan kata “cukup” (*sufficient*) diartikan apakah pembatasan dilakukan benar-benar dibutuhkan. Sedangkan istilah proporsionalitas dinilai berdasarkan apakah pembatasan yang dilakukan dan sanksi yang diterapkan sesuai dengan dampak buruk yang ditimbulkan.

Langkah-langkah pembatasan/ pengurangan hak dalam putusan pengadilan juga harus mempertimbangkan hal-hal berikut: (i) langkah pembatasan harus secara hati-hati ditujukan untuk mencapai tujuan yang diharapkan, dan oleh karenanya tidak boleh sewenang-wenang, tidak adil atau berdasarkan pada pertimbangan yang tidak masuk akal atau tidak beralasan; (ii) langkah-langkah yang dilakukan, meskipun secara beralasan sesuai dengan tujuan yang diharapkan, harus seminimal mungkin melanggar hak-hak yang dijamin dan merupakan upaya yang paling akhir (*last resort*); dan (iii) harus ada aspek proporsionalitas antara dampak-dampak yang merugikan hak dan tujuan yang diharapkan, dan harus ada aspek proporsionalitas antara dampak yang merugikan dengan dampak yang memberikan manfaat (bagi publik).

Dengan demikian, prinsip proporsionalitas akan membantu hakim untuk mengajukan pertanyaan apakah suatu pembatasan hak dapat dibenarkan (*justified*). Proporsionalitas dapat dibagi dalam 4 pertanyaan pokok: (i) apakah kebijakan yang membatasi hak mencapai tujuan-tujuan yang sah (*legitimate goal*); (2) apakah kebijakan itu mencapai tujuan-tujuannya; (iii) apakah ada cara-cara lain yang lebih tidak mencampuri (*intrusive*) dalam mencapai tujuannya; dan (iv) apakah kebijakan mensyaratkan suatu beban yang tidak proporsional (*disproportionate burden*).⁴¹⁴

[lebih jauh tentang pembatasan kebebasan berkespresi, lihat Kembali Sesi Kebebasan Berekspresi]

413 *Sunday Times (No. 1) v. the United Kingdom*, 1979, 59, dalam Mendel, op.cit. hal. 32.

414 Kai Moller, *Balancing as reasoning” and the problems of legally unaided adjudication: A rejoinder to Francisco Urbina*, Vol. 12 No. 1, 222–225, 2014, hal. 221.

E. Langkah-Langkah Menyeimbangkan Hak dalam Putusan

Langkah-langkah pembentukan putusan untuk menyeimbangkan kepentingan hak yang berbeda-beda, dapat dilakukan dengan tahapan-tahapan berikut:

1. Melakukan identifikasi apakah suatu perbuatan pidana yang didakwakan bersinggungan atau berpotensi melanggar hak asasi terdakwa

Identifikasi suatu perbuatan pidana yang dituduhkan kepada terdakwa merupakan tahap awal untuk menilai apakah suatu perbuatan bersinggungan dengan hak-hak terdakwa. Dalam kasus penodaan agama misalnya, hakim dapat melakukan identifikasi perbuatan dari fakta-fakta yang ada dalam surat dakwaan, apakah suatu perbuatan tersebut merupakan pendodaan agama atau perbuatan tersebut dilakukan terdakwa karena keyakinan tertentu yang dianutnya. Sebagai contoh, terdakwa melakukan perbuatan tertentu karena melaksanakan keyakinannya sebagai pelaksanaan dari kebebasan beragama atau berkeyakinan. Sementara perbuatan tersebut dilaporkan oleh masyarakat karena dianggap melakukan penodaan atau penghinaan agama. Berdasarkan fakta-fakta dalam surat dakwaan, hakim dapat menilai bahwa ada konflik antar hak, yakni dalam satu sisi pemenuhan hak keadilan bagi masyarakat yang merasa keyakinannya dinodai atau dihina dan hak terdakwa yang melaksanakan perbuatannya yang dijamin oleh undang-undang.

Contoh lainnya adalah dakwaan penodaan agama karena pernyataan atau ekspresi terdakwa. Pihak pelapor menyatakan bahwa terdakwa melakukan penghinaan agama, sementara terdakwa menyatakan perbuatannya merupakan bentuk ekspresi seni, karena terdakwa merupakan seniman dan dinyatakan dalam forum kebudayaan. Hakim dapat melakukan identifikasi bahwa ada potensi konflik perlindungan hak, yakni antara kewajiban mengadili dan menghukum pelaku jika bersalah dengan potensi pelanggaran hak atas kebebasan berpendapat atau kebebasan berekspresi terdakwa.

Demikian pula dalam kasus pencemaran nama baik, hakim harus dapat mengidentifikasi apakah perbuatan terdakwa merupakan ekspresi yang sah, misalnya perbuatan terdakwa adalah merupakan bentuk dari kritik kepada publik atau demi kepentingan umum. Sementara kasus yang diadili adalah kasus penghinaan yang ditujukan untuk melindungi reputasi atau nama baik seseorang yang merupakan alasan yang sah untuk adanya pembatasan. Pada sisi yang sama, kritik pada pejabat publik merupakan ekspresi yang dilindungi berdasarkan hukum HAM internasional dan alasan adanya kepentingan umum merupakan alasan yang dapat digunakan untuk melepaskan terdakwa dari tuduhan penghinaan.

Dalam hal identifikasi telah dilakukan dan ditemukan adanya potensi konflik antar hak, hakim sejak awal perlu menyadari bahwa pertimbangan-pertimbangan hukum

tidak lagi semata-mata membuktikan unsur-unsur tindak pidana dari suatu perbuatan yang dituduhkan kepada terdakwa, namun telah masuk dalam masalah-masalah HAM. Untuk membangun putusan yang melindungi HAM dan mampu menyeimbangkan perlindungan hak-hak yang saling berkontradiksi tersebut, para hakim sudah dapat memulai mengidentifikasi prinsip-prinsip HAM yang relevan dapat digunakan dalam membantu membangun argumen dalam pembentukan putusan.

2. **Mengidentifikasi ketentuan-ketentuan HAM yang menjadi hak asasi terdakwa, utamanya terkait dengan tuduhan kepada terdakwa**

Tahap selanjutnya adalah hakim melakukan identifikasi atas ketentuan-ketentuan HAM yang relevan jika terdapat isu-isu HAM dalam perkara yang diadili. Identifikasi atas ketentuan-ketentuan HAM ini penting sebagai indikator untuk menentukan apakah memang perbuatan terdakwa merupakan pelaksanaan hak yang sah dan dijamin oleh hukum. Sebagai contoh, dalam kasus penodaan agama yang bersinggungan dengan hak untuk melaksanakan kebebasan beragama, hakim dalam melihat ketentuan-ketentuan terkait dengan jaminan hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan tersebut dalam UUD 1945 dan peraturan perundang-undangan lainnya serta instrumen HAM internasional yang telah diterima oleh Indonesia.

Demikian pula jika kasus yang diperiksa bersinggungan dengan hak atas kebebasan berekspresi, hakim perlu mengidentifikasi ketentuan-ketentuan yang relevan tentang jaminan perlindungan kebebasan berekspresi. Misalnya jika dalam kasus pencemaran nama baik yang diatur dalam UU ITE, merujuk pada hukum nasional, hakim perlu melihat ketentuan dalam UU 1945, UU HAM, UU Pers, UU Keterbukaan Informasi Publik, UU Kebebasan Menyampaikan Pendapat Dimuka Umum dan sebagainya. Hakim juga perlu merujuk pada ketentuan-ketentuan dalam hukum HAM internasional terkait dengan kebebasan berekspresi, misalnya dalam DUHAM, Pasal 19 KIHSP, Komentar Umum Komite HAM PBB, dan sejumlah dokumen HAM lainnya yang relevan.

Identifikasi atas instrumen-instrumen hukum yang relevan ini akan membantu hakim dalam mengkonstruksi kasus dan memberikan pertimbangan-pertimbangan tentang apakah perbuatan terdakwa adalah bagian dari hak asasi yang dijamin, apakah perbuatan terdakwa dapat dibatasi misalnya dengan memberikan hukuman pidana, atau apakah hukuman kepada terdakwa merupakan hukuman yang proporsional.

Sebagai catatan, ketentuan HAM internasional yang telah diterima oleh Indonesia merupakan bagian dari hukum nasional. Pasal 7 ayat (2) UU No. 39 Tahun 1999 menyatakan bahwa “Ketentuan hukum internasional yang telah diterima negara Republik Indonesia yang menyangkut hak asasi manusia menjadi hukum nasional”. Hal ini berarti bahwa hakim dapat menggunakan atau merujuk ketentuan-ketentuan hukum internasional yang telah diratifikasi atau diaksesi oleh Indonesia. Dalam

konteks perlindungan kebebasan beragama atau berkeyakinan misalnya, hakim juga dapat merujuk pada ketentuan perlindungan hak-hak tersebut sebagaimana dijamin dalam Pasal 18 Kovenan Sipol berserta penafsiran atas pasal tersebut yang tertuang dalam berbagai Komentar Umum Komite HAM PBB. Selain itu, dalam praktik peradilan perkara pidana di Indonesia, telah banyak penerapan norma-norma HAM internasional dalam membentuk argumen hukum dalam putusan pengadilan.

3. **Menguji fakta-fakta hukum yang ada dengan jaminan hak yang dilindungi dan melakukan penafsiran hukum hak-hak asasi yang dijamin**

Tahap ketiga adalah melakukan pengujian atas fakta-fakta hukum yang ada dengan indikator-indikator jaminan hak tertentu. Pengujian fakta-fakta ini dilakukan untuk melakukan penilaian apakah perbuatan terdakwa merupakan pelaksanaan HAM yang sah dan dijamin oleh hukum. Sebagai contoh, seorang terdakwa yang menganut keyakinan leluhurnya diadili karena dituduh melakukan penodaan agama karena praktik pelaksanaan keyakinannya menyerupai agama lainnya dan dianggap sebagai penghinaan terhadap agama tersebut. Hakim dalam menguji perbuatan ini harus merujuk pada ketentuan tentang kebebasan beragama atau berkeyakinan, termasuk menggunakan indikator-indikator hak tersebut, sehingga secara tepat dapat menilai bahwa perbuatan terdakwa merupakan pelaksanaan hak dan bukan untuk melakukan penodaan atau penghinaan agama.

Bahwa dalam konteks perlindungan HAM, putusan pengadilan yang menghukum seorang terdakwa yang alasan yang tidak cukup dapat dianggap sebagai tindakan pembatasan hak yang melanggar HAM. Oleh karenanya, indikator atau prinsip-prinsip pembatasan yang diperbolehkan juga menjadi unsur penting yang dinilai oleh hakim dalam membuat putusan dan menjatuhkan hukuman kepada terdakwa. Sebagai contoh, terkait dengan hak atas kebebasan berekspresi, hakim dapat menggunakan prinsip-prinsip pembatasan yang diperbolehkan dalam membentuk argumen hukum. Misalnya, apakah hukuman yang dijatuhkan pada terdakwa yang melaksanakan kebebasan berekspresinya tersebut adalah proporsional, perbuatan tersebut benar-benar melanggar hak asasi orang lain, serta penjatuhan hukuman tersebut diperlukan dalam negara yang demokratis. Demikian juga dengan putusan untuk menjatuhkan hukuman kepada terdakwa yang dituduh menodai agama, apakah hukuman ini sesuai dengan prinsip-prinsip pembatasan yang diperbolehkan, yakni hanya bisa dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak-hak dan kebebasan mendasar orang lain.

Dalam tahap ini, kesimpulan hakim atas fakta-fakta tertentu akan sangat tergantung dengan pemahaman atas konteks kasus dan penggunaan prinsip-prinsip HAM yang dirujuk. Misalnya dalam menilai apakah perbuatan terdakwa adalah kepentingan umum

atau kritik pada pejabat publik, hakim dapat menghubungkan dengan pemaknaan kritik publik sebagai perbuatan yang dilindungi dalam kebebasan berekspresi. Demikian pula dengan ekspresi-ekspresi yang menggunakan simbol-simbol atau media seni tertentu, misalnya pengibaran bendera atau simbol-simbol yang terkait dengan lambang-lambang negara lain, hakim dapat menggunakan pendekatan HAM bahwa ekspresi simbolik (*symbolic expression*) dan ekspresi dalam bentuk seni (*artistic expression*) merupakan bagian dari kebebasan berekspresi, sehingga penghukuman atas ekspresi simbolik atau seni tersebut akan dapat dianggap melanggar HAM.

4. Memasukkan argumentasi HAM dalam putusan

Tahap akhir dari penerapan norma-norma HAM dalam membentuk argumen hukum dalam putusan pengadilan adalah memasukkan pertimbangan-pertimbangan HAM dalam putusan tersebut. Secara teknis, pertimbangan tentang argumen HAM dapat diletakkan dalam:

Pertama, dinyatakan dalam pertimbangan-pertimbangan dan analisis fakta-fakta hukum sebagai bagian dari pembuktian unsur-unsur tindak pidana. Misalnya dalam kasus pencemaran nama baik dengan dakwaan pelanggaran pasal 27 ayat (3) UU ITE, unsur yang harus dibuktikan adalah “dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi dan /atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”, sehingga pertimbangan-pertimbangan HAM dapat dimasukkan sebagai bagian dari argumen tentang terpenuhinya unsur-unsur tersebut. Dalam hal terdakwa melakukan ekspresi dimuka umum dan bertujuan untuk melakukan kritik pada kebijakan publik, pertimbangan-pertimbangan HAM dapat diberikan dan dinyatakan dalam putusan untuk memberikan argumentasi tentang pentingnya perlindungan reputasi dan di sisi lain adanya pertimbangan bahwa kritik pada pejabat publik bukan merupakan kualifikasi dari perlindungan nama baik. Dengan demikian, hakim akan secara komprehensif mampu membangun argumen-argumen berdasarkan ketentuan hukum dan HAM.

Kedua, pertimbangan-pertimbangan HAM dapat diletakkan dalam bagian terpisah setelah penguraian unsur-unsur perbuatan pidana atau berada dalam penguraian unsur-unsur tentang perbuatan pidana. Sebagai contoh dalam kasus penodaan agama berdasarkan Pasal 156a huruf a KUHP, terdapat unsur melakukan “penodaan,” di mana hakim dapat memberikan argumentasi hukum dengan mendasarkan pada indikator jaminan HAM setelah menguraikan penilaian atas fakta-fakta hukum dengan terpenuhinya unsur “penodaan.” Kedua argumentasi tersebut kemudian disandingkan untuk menilai bahwa perbuatan terdakwa memang merupakan “penodaan” atau pelaksanaan hak yang dijamin, misalnya sebagai bagian dari keyakinan yang dijamin atau merupakan kebebasan berpendapat dan berekspresi yang sah.

Ketiga, penempatan argumen HAM dapat dilakukan setelah penguraian unsur-unsur tindak pidana yang didakwakan. Hal ini dapat dilakukan, misalnya dalam hal perbuatan terdakwa dinyatakan memenuhi unsur-unsur perbuatan pidana, tetapi dari sisi perlindungan HAM terdapat pertimbangan lainnya yang memungkinkan tidak dijatuhinya hukuman. Misalnya, dalam kasus pernyataan atau ekspresi yang dianggap menghina agama, meski secara fakta sesuai dengan unsur-unsur perbuatan penghinaan agama, hakim perlu menilai apakah penjatuhan hukuman tersebut diperlukan dan membahayakan kebebasan berpendapat dan berekspresi sebagai kebebasan yang penting untuk kehidupan yang demokratis. Hal ini merujuk pada prinsip proporsionalitas yang dapat dinilai berdasarkan apakah pembatasan yang dilakukan dan sanksi yang diterapkan (misalnya hukuman penjara), sesuai dengan dampak buruk yang ditimbulkan atau ada sanksi lain yang lebih masuk akal dan proporsional.

Studi Kasus

Setiap kelompok melakukan diskusi kelompok dengan menjawab pertanyaan-pertanyaan, setidaknya-tidaknya sebagai berikut:

1. Dimensi HAM apa sajakah yang ada dalam kasus tersebut?
2. Pasal-pasal HAM apa sajakah yang terkait dengan kasus tersebut?
3. Apakah terdapat pertentangan antara aturan hukum yang ada dengan prinsip-prinsip HAM (*Enforcing the law vs Protecting human rights*)?
4. Bagaimana menyeimbangkan antara aturan yang ada dalam kasus tersebut dengan prinsip-prinsip HAM?

Kasus 1: Kritik Terhadap Pejabat Publik

1. Kasus Posisi

Nial Dibain adalah Gubernur Provinsi Batakarta. Ia terpilih menjadi gubernur setelah mengalahkan rivalnya, Rangga Subaru. Ketika masa kampanye, Nial Dibain berjanji akan menyelesaikan masalah banjir yang selalu terjadi setiap tahun di Batakarta. Ia mengatakan bahwa telah memiliki cara yang jitu untuk mengatasi masalah tersebut.

Setelah 2 (dua) tahun Nial Dibain menjabat sebagai gubernur, ternyata masalah banjir masih terjadi di Batakarta. Banyak pihak yang kemudian kesal dan mengkritik Nial Dibain dengan menyatakan bahwa janji kampanye Nial Dibain hanya omong kosong belaka untuk menarik simpati rakyat. Terlebih, tidak ada satupun program pemerintahan Nial Dibain yang berfokus untuk menanggulangi masalah banjir. Salah satu pihak tersebut adalah Budiono Hidayat, warga Batakarta. Ia menumpahkan kekesalannya dengan cara mengunggah foto Nial Dibain yang sedang turun ke sungai untuk membersihkan sampah di laman *facebook* miliknya dengan memberikan keterangan “Dungu gini kok jadi dipilih jadi gubernur. Janji hilangin banjir ya pasti cuma janji palsu. Udah bos, situ mending tinggal di sungai tuh, jadi kodok. Mukanya udah mirip”. Unggahan ini seketika menyebar ke banyak orang dan menjadi pembicaraan se-antero Batakarta.

Ternyata, unggahan tersebut dilihat oleh salah satu pegawai Pemerintahan Daerah Batakarta, Amril Surawan. Amril kemudian menunjukkan unggahan tersebut kepada Nial Dibain. Atas permintaan Nial Dibain yang merasa terhina dengan unggahan tersebut, tim hukum Pemerintah Daerah melaporkan Budiono Hidayat ke kepolisian.

2. Dakwaan Penuntut Umum

- Primair: Pasal 207 KUHP;
- Subsidair: Pasal 208 Ayat (1) KUHP.

3. Fakta Hukum

- Bahwa benar Terdakwa yang menulis kalimat “Dungu gini kok jadi dipilih jadi gubernur. Janji hilangin banjir ya pasti cuma janji palsu. Udah bos, situ mending tinggal di sungai tuh, jadi kodok. Mukanya udah mirip”;
- Bahwa benar Terdakwa yang mengunggah kalimat tersebut ke laman *facebook* miliknya;
- Bahwa akun *facebook* milik Terdakwa dalam mode “*public*” sehingga semua orang dapat melihat unggahannya tersebut;
- Bahwa Terdakwa tidak pernah menyebarkan ke pihak-pihak lain selain unggahannya ke laman *facebook* tersebut;
- Bahwa Terdakwa melakukan hal tersebut didasari oleh rasa kesalnya dengan pemerintahan Nial Dibain yang tidak melaksanakan program apapun terkait penanggulangan banjir, seperti yang dijanjikan dalam kampanye, sehingga banjir masih terjadi;

4. Tuntutan Penuntut Umum

- Menyatakan Terdakwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana “dengan sengaja di muka umum menghina suatau penguasa dengan tulisan” sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 207 KUHP (dakwaan primair Penuntut Umum);
- Menjatuhkan pidana terhadap Terdakwa dengan pidana penjara selama 1 (satu) tahun, dikurangi selama Terdakwa ditahan, dengan perintah tetap ditahan;
- Dst...

Kasus 2: Vaksin Anak

1. Kasus Posisi

Mira Bulan adalah seorang warga kota Tumbira. Ia beserta suaminya adalah penganut agama Kokinwa yang taat. Ketaatan itu ditandai dengan mengerjakan seluruh perintah agama Kokinwa dan beribadah sesuai ajaran agama tersebut. Sebagai orang tua, mereka juga mengajarkan agama Kokinwa kepada anak-anaknya.

Suatu hari, terjadi insiden pada salah seorang anak Mira Bulan yang bernama Andih Sudani. Saat ia sedang bermain di sekolahnya, Andih Sudani tidak sengaja menginjak paku dari sebuah kursi yang sudah patah. Ternyata paku tersebut sudah berkarat sehingga sangat membahayakan kesehatan Andih Sudani. Akhirnya, Andih Sudani dibawa ke rumah sakit terdekat, yaitu Rumah Sakit Cepat Sembuh. Sesampainya di rumah sakit, dokter yang meneirna Andih, yaitu dr. Purnomo, langsung memberikan pertolongan kepada Andih Sudani dengan menyuntikkan vaksin anti tetanus agar luka yang diderita Andih tidak semakin parah.

Tidak lama kemudian, Mira Bulan tiba di rumah sakit. Ia pun kemudian menanyakan bagaimana kondisi anaknya dan tindakan apa saja yang sudah dilakukan dokter terhadap anaknya. Setelah dr. Purnomo menjelaskan hal-hal tersebut, Mira Bulan terkejut sekaligus marah karena dokter telah memberikan vaksin kepada Andih Sugandi. Hal ini dikarenakan pemberian vaksin sangat bertentangan dengan ajaran agama Kokinwa yang dianut oleh keluarga Mira Bulan. Mira Bulan langsung membawa Andih pulang ke rumah. Sebulan kemudian, pihak Rumah Sakit Cepat Sembuh menerima gugatan dari Mira Bulan karena telah melakukan tindakan medis terhadap anaknya yang bertentangan dengan aliran agama Kokinwa yang ia anut.

2. Petitum Gugatan

- Mengabulkan Gugatan Penggugat untuk seluruhnya ;
- Menyatakan perbuatan Tergugat I (Rumah Sakit Cepat Sembuh) dan Tergugat II (dr. Purnomo), adalah perbuatan melawan hukum;
- Menghukum Tergugat I, untuk membayar ganti rugi materil dan moril sebesar Rp 300.000.000,00 (Tiga Ratus Juta Rupiah);
- Menghukum Tergugat II, untuk membayar ganti rugi materil dan moril sebesar Rp 250.000.000,00 (Dua Ratus Lima Puluh Juta Rupiah);
- Menghukum Tergugat I dan Tergugat II untuk membayar biaya dalam perkara ini.

3. Fakta Hukum

- Bahwa Penggugat membawa anaknya ke Rumah Sakit Cepat Sembuh (Tergugat I) setelah anaknya tidak sengaja menginjak paku yang sudah berkarat dari sebuah kursi yang sudah patah di sekolahnya;
- Bahwa sesampainya di rumah sakit tersebut, Penggugat diterima oleh Tergugat II di ruang Unit Gawat Darurat (UGD);
- Bahwa Tergugat II langsung memeriksa anak Penggugat dan diketahui bahwa luka yang diderita telah cukup parah;
- Bahwa Tergugat II langsung memberikan pertolongan kepada anak Penggugat dengan menyuntikkan vaksin anti tetanus agar luka yang diderita anak Penggugat tidak semakin parah;
- Bahwa setelah kejadian tersebut, Penggugat menanyakan kepada Tergugat II bagaimana kondisi anaknya dan Tergugat II menyatakan bahwa terhadap anak Penggugat sudah diambil tindakan berupa penyuntikan vaksin anti tetanus agar lukanya tidak semakin parah;
- Bahwa Penggugat adalah pemeluk ajaran Kokinwa yang taat dan pemberian vaksin sangat bertentangan dengan ajaran tersebut;
- Bahwa Tergugat II tidak mengetahui ajaran yang dianut Penggugat dan pemberian vaksin tersebut dilakukan dengan tujuan untuk mengobati luka anak Penggugat.

Kasus 3: Aliran Berbeda dan Penodaan Agama

1. Kasus Posisi

Barok Bokir adalah seorang pemuka agama dari kota Tulang Bawang yang aktif berdakwah sejak tahun 1989. Ia berdakwah di masjid-masjid se-kota Tulang Bawang, mulai dari masjid kecil di dalam perumahan, hingga masjid di kantor-kantor pemerintahan. Ia juga telah memiliki banyak pengikut di pondok pesantrennya. Namun, seiring berjalannya waktu, beberapa santri dan pendengar dakwah setianya merasa ada yang aneh dari ajaran Barok Bokir yang bernama "Suara Akhirat." Ajaran yang dibawanya sepintas sama dengan ajaran Islam, namun terdapat perbedaan-perbedaan secara prinsipil, seperti menyatakan bahwa Rukun Iman ada 9, Rukun Islam ada 10, ibadah Haji bukan ke Mekkah, namun ke Samoa, dll. Ajaran Barok Bokir juga menyatakan bahwa Al-Qur'an yang ada saat ini bukanlah Al-Qur'an asli, melainkan hasil rekayasa para sahabat Nabi Muhammad SAW. Para santri yang kemudian merasa aneh pun ingin keluar dari ajaran Barok Bokir dan berhenti menjadi pengikutnya. Namun, ia tidak pernah membolehkan hal tersebut dan mengatakan bahwa orang yang tidak lagi menjadi pengikutnya adalah murtad, pengkhianat, dan iblis. Beberapa pengikutnya tidak bisa keluar dari ajaran tersebut karena adanya utang budi kepada Barok Bokir.

Kondisi tersebut menimbulkan keresahan di masyarakat dan juga kalangan para Kyai dan pendakwah lainnya. Akhirnya, MUI Kota Tulang Bawang mengeluarkan fatwa bahwa ajaran "Suara Akhirat" milik Barok Bokir adalah sesat dan menyesatkan, serta ajaran tersebut menista atau menodai agama Islam. Fatwa tersebut menyatakan bahwa terdakwa tidak diperbolehkan lagi mengadakan dakwah yang berkaitan dengan aliran terdakwa karena sudah meresahkan masyarakat. Fatwa tersebut ditanggapi Barok Bokir dengan kesediaan untuk tidak melakukan ritual, dakwah, dan penyebaran alirannya di Kota Tulang Bawang, dan apabila melanggar siap untuk diproses secara hukum yang berlaku. Tidak lama dari pernyataan Barok Bokir, Polisi kemudian menangkap dan memproses Barok Bokir dengan pasal penodaan agama.

2. Dakwaan Penuntut Umum

- Kesatu: Pasal 156a huruf a KUHP; ATAU
- Kedua: Pasal 335 ayat (1) KUHP.

3. Fakta Hukum

- Bahwa sejak tahun 1989, terdakwa sudah berdakwah atau menyampaikan ajarannya kepada masyarakat sekitarnya bertempat di masjid-masjid, mulai dari di dalam kompleks perumahan, hingga perkantoran pemerintahan Kota Tulang Bawang;

- Bahwa berdasarkan kesesuaian antara keterangan saksi-saksi dan bukti-bukti surat di persidangan, terdakwa telah menyampaikan ajaran yang tidak sesuai dengan ajaran Islam pada umumnya, dan telah terdapat alat bukti yang cukup yang menunjukkan bahwa terdakwa telah menyampaikan atau mengajarkan bahwa Al Qur'an yang ada saat ini tidak asli;
- Bahwa terdapat keterangan Ahli Dr. Zidney Hilman, Dr. Mustafa Kamal, dan Dr. Benar Ginting, serta barang bukti buku "Umat Bergandengan Tangan, Mungkinkah?" (penulis A. Ratib) yang pada pokoknya menyatakan bahwa ajaran Terdakwa yang menyebutkan bahwa terdapat 9 Rukun Iman dan 10 Rukun Islam secara substansi ada kesamaan dengan rumusan 6 Rukun Iman dan 5 Rukun Islam yang secara umum dikenal oleh umat Islam Indonesia. Perbedaan jumlah tersebut lebih pada perbedaan pandangan dan tafsir atas Al Qur'an dan Hadits Nabi;
- Bahwa terkait ajaran ibadah Haji bukan ke Mekkah, namun ke Samoa, hal tersebut dinyatakan oleh 2 orang saksi, yaitu Holan Bakri dan Engkong Guan, yang tidak disumpah di persidangan;
- Bahwa, untuk mendukung pembelaannya, terdakwa menghadirkan 6 orang saksi, yaitu Mamat Rajab, Teguh Swadaya, Rafi Umar, Jarujit Ilman, Mail Ulfan, dan Fizi Darmanto, yang kesemuanya adalah santri dan/atau pengikut ajaran Terdakwa;
- Bahwa dalam ajaran terdakwa terdapat ajaran bernama "Belontang" yang memperbolehkan orang untuk berbohong dan melebih-lebihkan cerita;
- Bahwa terdapat surat pernyataan oleh Terdakwa yang menyebutkan bahwa ia bersedia untuk tidak melakukan ritual, dakwah, dan penyebaran alirannya di Kota Tulang Bawang, dan apabila melanggar siap untuk diproses secara hukum yang berlaku;
- Bahwa setelah adanya surat pernyataan tersebut, Terdakwa tidak lagi berdakwah dan/atau menyebarkan ajarannya dengan cara apapun;
- Bahwa ajaran Terdakwa menimbulkan keresahan dan pertentangan di masyarakat serta memunculkan reaksi keras dari masyarakat. Hal ini terlihat dari adanya sekelompok orang yang membakar rumah Terdakwa dan tempat tinggal para pengikut Terdakwa, serta merusak tempat ibadah yang biasa digunakan Terdakwa dan pondok pesantrennya;

4. Tuntutan Penuntut Umum

- Menyatakan Terdakwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana “penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia” sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 156a huruf a KUHP (dakwaan Kesatu Penuntut Umum);
- Menjatuhkan pidana terhadap Terdakwa dengan pidana penjara selama 4 (empat) tahun, dikurangi selama Terdakwa ditahan, dengan perintah tetap ditahan;
- Dst...

Kasus 4: Puisi, Kebebasan Berekspresi, dan Penodaan Agama

1. Kasus Posisi

Roge Rikung adalah seorang tokoh nasional di Negara Anoru. Ia adalah anak tertua dari pendiri Negara Anoru, Zikram Ulam. Ia aktif dalam kampanye-kampanye tentang demokrasi, penguatan hukum, dan semangat kebangsaan. Kondisi ini membawa Roge sering diundang untuk menjadi pembicara di berbagai acara, baik di level nasional, maupun internasional.

Pada hari Minggu, tanggal 3 Juni 2018, Roge diundang untuk berbicara mengenai semangat kebangsaan di sebuah acara kepemudaan. Tidak sebagai pembicara, namun kali ini ia diundang untuk membaca sebuah sajak yang menceritakan semangat kebangsaan. Untuk melakukan hal tersebut, ia pun menyiapkan sajak yang harus ia bacakan dengan mencari beberapa referensi, baik nasional, maupun internasional. Akhirnya, ia menemukan sebuah sajak berjudul “Anoru, Kapan Kita Benar-benar Menjadi Kita?” karya seorang penulis terkenal bernama Besturek Beslak. Ia juga menemukan informasi bahwa Besturek pernah membacakan sajak ini di acara Peringatan Hari Kemerdekaan Anoru di hadapan Perdana Menteri Anoru. Dengan informasi-informasi tersebut, maka Roge memutuskan untuk membaca sajak karya Besturek tersebut dalam acara tanggal 3 Juni 2018.

Pada acara tersebut, Roge kemudian membacakan sajak tersebut. Sajak yang ia bacakan ternyata berisi beberapa hal yang bersentuhan dengan agama yang ada di Negara Anoru. Beberapa diantaranya adalah bahwa kitab suci agama-agama tidak lebih penting daripada konstitusi negara Anoru, karena kitab suci bersifat fiksi, tidak seperti konstitusi yang konkrit, dan menyebutkan bahwa menyebarkan agama tidak lebih baik daripada menyebarkan semangat kebangsaan karena menyebarkan agama belum tentu dapat keuntungan (surga dan pahala), sedangkan menyebarkan semangat kebangsaan langsung memberikan keuntungan dan menimbulkan dampak positif, yaitu persatuan Negara Anoru. Ia juga membandingkan suara panggilan beribadah umat agama Ruwani dengan senandung ibunya saat ia kecil.

Mendengar sajak tersebut, beberapa peserta yang hadir dalam acara tersebut merasa keberatan dengan sajak yang Roge bacakan dan melaporkan ke pihak berwenang. Roge yang mengetahui hal tersebut merasa heran karena ia hanya membacakan sajak karya orang lain, yaitu Besturek Beslak, dan sajak tersebut pernah dibacakan Besturek di hadapan orang banyak pula, namun tidak menimbulkan masalah apapun, setidaknya Besturek tidak pernah dilaporkan ke Kepolisian atas sajak yang ia bacakan, yang sama dengan yang dibaca oleh Roge.

2. Dakwaan Penuntut Umum

Pasal 156a huruf a KUHP

3. Fakta Hukum

- Bahwa pada tanggal 3 Juni 2018, Terdakwa hadir untuk berbicara mengenai semangat kebangsaan di sebuah acara kepemudaan;
- Bahwa dalam acara tersebut, Terdakwa membaca sebuah sajak yang menceritakan semangat kebangsaan yang berjudul “Anoru, Kapan Kita Benar-benar Menjadi Kita?” karya seorang penulis ternama, Besturek Beslak;
- Bahwa sajak yang ia bacakan berisi pernyataan-pernyataan yang bersentuhan dengan agama yang ada di Negara Anoru, sehingga terdapat beberapa orang yang keberatan dengan hal tersebut dan melaporkan Terdakwa ke pihak yang berwajib;
- Bahwa sajak “Anoru, Kapan Kita Benar-benar Menjadi Kita?” tersebut sudah pernah dibacakan oleh Besturek Beslak di acara Peringatan Hari Kemerdekaan Anoru di hadapan Perdana Menteri Anoru pada tahun 1999;
- Bahwa setelah Besturek Beslak membacakan sajak tersebut, tidak terdapat masalah apapun, termasuk tidak terdapat pihak yang melaporkan Besturek Beslak karena menganggap ia telah melakukan penodaan agama;
- Bahwa sajak yang Terdakwa bacakan adalah sajak yang sama persis dengan sajak yang dibacakan Besturek Beslak. Terdakwa tidak menambahkan satu katapun dalam sajak yang ia bacakan tersebut.

4. Tuntutan Penuntut Umum

- Menyatakan Terdakwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana “penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia” sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 156a huruf a KUHP (dakwaan Penuntut Umum);
- Menjatuhkan pidana terhadap Terdakwa dengan pidana penjara selama 3 (tiga) tahun, dikurangi selama Terdakwa ditahan, dengan perintah tetap ditahan;
- Dst...

Kasus 5: Kampanye Publik Tentang Bentuk Tubuh

1. Kasus Posisi

Juni Rahma adalah seorang aktris terkenal di negara Zolowa. Ia diketahui telah membintangi banyak film layar lebar, sinetron, dan telah mendapatkan banyak penghargaan atas perannya dalam film-film tersebut. Tidak hanya sebagai aktris, Juni Rahma juga diketahui sering terlibat dalam aksi dan/atau gerakan sosial dan menjadi duta di beberapa gerakan tersebut. Hal ini didasari kepeduliannya terhadap isu-isu sosial, terutama isu terkait perlindungan dan pemenuhan hak-hak perempuan.

Pada tahun 2020, kasus-kasus *cyber bullying* banyak terjadi di Zolowa. Salah satu *cyber bullying* yang paling sering dilakukan adalah *body shaming* di media sosial, termasuk terhadap perempuan. Hal ini banyak menimbulkan hilangnya kepercayaan diri para perempuan di Zolowa, bahkan hingga ada perempuan yang bunuh diri karena menerima *body shaming* dari orang-orang di media sosial. Kondisi ini membuat Juni Rahma prihatin dan berencana membuat kampanye agar para perempuan Zolowa bangga dengan bentuk tubuhnya. Ia pun mendatangi Tarki Multazam, seorang fotografer terkenal di Zolowa, untuk menceritakan dan membicarakan rencananya untuk membuat kampanye untuk perempuan Zolowa. Akhirnya disepakati bahwa kampanye tersebut akan dikemas dalam bentuk foto di mana Juni Rahma akan menjadi model untuk kampanye tersebut.

Pada sesi pemotretan, Juni Rahma berpose duduk tanpa busana dan menutup bagian dada dan kemaluannya dengan tangannya. Tujuannya adalah memperlihatkan bentuk tubuhnya yang sebenarnya juga dinilai “kurang menarik” oleh beberapa pihak. Setelah foto tersebut diambil, Juni Rahma kemudian mengunggah foto tersebut di laman *Instagram* miliknya dengan dibubuhi keterangan (*caption*) “Setiap perempuan adalah indah dengan dirinya. Berbanggalah dengan apa yang ada ditubuhmu, walaupun orang di luar sana mencacinya. Kita tidak bisa mengatur mulut mereka, tapi kita bisa mengatur bagaimana kita harus bersikap. Ingat, kecantikan tidak hanya terpancar dari bentuk tubuh, tetapi juga dari kepribadian dan karyamu. Tetap semangat, terus berkarya, dan banggalah dengan dirimu.”

Unggahan Juni Rahma ternyata mengundang respon yang beragam. Banyak pihak yang memuji kampanye tersebut, namun banyak juga yang menganggap bahwa Juni Rahma hanya mengumbar bentuk tubuh dalam media sosial. Beberapa pihak kemudian melaporkan Juni Rahma ke pihak berwajib karena menganggap Juni Rahma telah menyebarkan konten pornografi di media sosial.

2. Dakwaan Penuntut Umum

- Kesatu: Pasal 45 Ayat (1) *jo.* Pasal 27 Ayat (1) UU No. 11 Tahun 2008 *jo.* UU No. 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE); ATAU
- Kedua: Pasal 29 *jo.* Pasal 4 Ayat (1) Huruf d UU No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.

3. Fakta Hukum

- Bahwa berdasarkan hasil pembuktian, Terdakwa terbukti menghubungi saksi Tarki Multazam untuk membuat kampanye agar para perempuan di Zolowa bangga atas bentuk tubuhnya;
- Bahwa dalam sesi pemotretan, Terdakwa berpose duduk tanpa busana dan menutup bagian dada dan kemaluannya dengan tangannya;
- Bahwa pose tersebut adalah ide dan inisiatif Terdakwa dengan tujuan untuk memperlihatkan bentuk tubuhnya yang sebenarnya juga dinilai “kurang menarik” oleh beberapa pihak, namun tetap dapat berkarya dan berhasil di dunia pekerjaannya;
- Bahwa Terdakwa sendiri yang mengunggah foto tersebut di akun *Instagram* miliknya;
- Bahwa Terdakwa melakukan kampanye tersebut karena merasa prihatin dengan banyaknya kasus *body shaming* di media sosial, khususnya terhadap perempuan, hingga terdapat seorang perempuan yang bunuh diri akibat tidak kuat menerima *body shaming*;

4. Tuntutan Penuntut Umum

- Menyatakan Terdakwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana “menyebarkan pornografi yang secara eksplisit memuat ketelanjangan” sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 29 *jo.* Pasal 4 Ayat (1) Huruf d UU No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi (dakwaan Kedua Penuntut Umum);
- Menjatuhkan pidana terhadap Terdakwa dengan pidana penjara selama 10 (sepuluh) tahun dikurangi lama penahanan dan pidana denda sebesar Rp. 3.000.000.000,- (tiga milyar rupiah) dengan ketentuan apabila pidana denda tersebut tidak dibayar maka diganti dengan pidana kurungan selama 3 (tiga) bulan;
- Memerintahkan Terdakwa untuk tetap ditahan;
- Dst...

Daftar Bahan Bacaan

Instrumen HAM Internasional

1. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Right*, UN Doc E/CN.4/1984/4, 1984.
2. *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom*.
3. Rome Statute 1998
4. *Convention on Cyber Crime*
5. *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, 1 Oktober 1995.

Artikel, Laporan, Buku

1. IBA, *Balancing Rights, The International Criminal Court at a Procedural Crossroad*, An International Bar Association, Human Rights Institute Report, Mei 2009, hal. 9.
2. Bart van der Sloot, *The practical and theoretical problems with 'balancing, Delfi, Coty and the Redundancy of the Human Rights Framework*, hal. 439.
3. OHCHR, *Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers*, Professional Training Series No. 9, 2003.
4. Martin Martin Scheinin Helle Krunke, dan Marina Aksenova (eds), *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*, Edisi Ketiga, 2016.
5. Bychawska – Siniarska, Dominika, *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights A Handbook for legal practitioner*, Council of Europe, 2017.
6. Sidharta, *Penalaran Hukum*, Makalah, Disampaikan dalam Diskusi di Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), 17 April 2008.

Putusan Pengadilan

1. PTUN Jakarta, Nomor : 230/G/TF/2019/PTUN-JKT.
2. Putusan MA Nomor 32 K/PID/2016.
3. Putusan MA Nomor 1565 K/Pid/1991.
4. Putusan MA Nomor 367 K/Pid/1998.



Norwegian Embassy
Jakarta

Stanford | Center for Human Rights
and International Justice

