



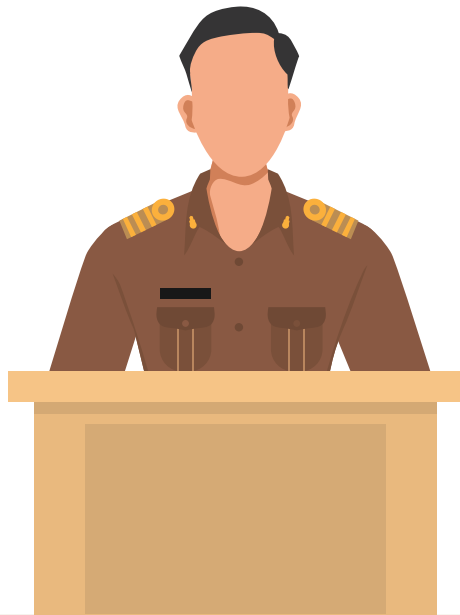
Norwegian Embassy
Jakarta

Stanford | Center for Human Rights
and International Justice



MODUL PELATIHAN PENERAPAN PRINSIP DAN KERANGKA HUKUM

**HAK ASASI MANUSIA
BAGI JAKSA PENUNTUT UMUM**



MODUL PELATIHAN PENERAPAN PRINSIP DAN KERANGKA HUKUM

**HAK ASASI MANUSIA
BAGI JAKSA PENUNTUT UMUM**

Daftar Isi

Pengantar	1
Latar Belakang.....	2
Tujuan Modul.....	3
Rencana Pembelajaran	3
Modul I: Hak Asasi Manusia Dalam Konsep, Sejarah, dan Pengaturan	5
Tujuan Umum	6
Tujuan Khusus	6
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	6
Ringkasan Bahan Bacaan	8
A. Peran Jaksa dalam Perlindungan HAM	8
B. Kedudukan Hak Asasi Manusia (HAM) Sebagai Bagian Dari Kerangka Hukum Nasional.....	9
C. Prinsip-prinsip HAM.....	12
1. Tanggung jawab Negara	16
2. Perbuatan dan pembiaran	21
3. Pemulihan (<i>Remedy</i>).....	22
4. Pengurangan (<i>derogation</i>)	26
5. Pembatasan (<i>limitation/restriction</i>)	28
D. Sumber Hukum HAM Internasional	30
1. Perjanjian Internasional	31
2. Kebiasaan Internasional.....	32
3. Prinsip hukum umum	33
4. Sumber pendukung lainnya dalam penentuan aturan hukum.....	33
Daftar Bahan Bacaan	35
Modul II: Peran Penuntut Umum dalam Menegakkan dan Melindungi HAM dalam Negara Hukum: Penerapan Prinsip Fair Trial	37
Tujuan Umum	38
Tujuan Khusus	38
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	38
Ringkasan Bahan Bacaan	39
A. Konsepsi, Pengertian dan Hak-Hak Para Pihak dalam Prinsip Fair Trial	39
B. <i>Fair Trial Rights</i> dalam Kerangka Hukum Internasional	40
C. <i>Fair Trial Rights</i> dalam Kerangka Hukum Nasional	48
D. Peran Jaksa dalam Melindungi dan Menghormati <i>Fair Trial Rights</i>	52
1. Penuntut Umum Sebagai Pengawas Proses Penyidikan	52

2. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Ketepatan Penggunaan Ketentuan Pidana yang Disangkakan Penyidik.....	53
3. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Penahanan yang dilakukan Penyidik Tidak melanggar hak asasi	54
4. Peran Penuntut Umum dalam Menjamin Hak untuk Didampingi Penasihat Hukum.....	55
5. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Proses Penyidikan Dilakukan Tanpa Penundaan (<i>Undue Delay</i>).....	56
Daftar Bahan Bacaan	58
Modul III: Hak atas Kebebasan Berekspresi (<i>Freedom of Expression</i>)	61
Tujuan Umum	62
Tujuan Khusus	62
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	62
Ringkasan Bahan Bacaan	64
A. Pengantar Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi.....	64
1. Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi dalam Ketentuan Internasional dan Regional	64
2. Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Berekspresi dalam Hukum Nasional	73
B. Pembatasan Kebebasan Berekspresi Dalam Ketentuan Internasional dan Nasional.....	85
1. Pembatasan yang diatur dalam Pasal 19 Ayat (3) ICCPR	85
2. Pembatasan yang diatur dalam Pasal 20 ICCPR.....	94
3. Pembatasan dalam instrumen hukum nasional	98
C. Praktik Kebebasan Berekspresi dalam Pengadilan HAM Regional, Pengadilan Domestik Negara Lain Yang Relevan, dan Pengadilan Indonesia....	106
1. Amerika Serikat	106
2. Jerman	112
3. Indonesia.....	116
4. Pengadilan HAM Regional	123
Lampiran.....	132
Studi Kasus.....	142
Kasus 1: Menyanyikan dan Mengibarkan Bendera Sebuah Gerakan Kemerdekaan..	142
Kasus 2: Kritik Terhadap Proses Pemilihan Dosen	144
Kasus 3: Mural Kritik Terhadap Pejabat Publik.....	144
Kasus 4: Pengungkapan Pelecehan Seksual Yang Viral	145
Kasus 5: Menyebarkan Berita Larangan Natal	147
Daftar Bahan Bacaan	148

Modul IV: Perlindungan dan Pemulihan Korban Tindak Pidana.....	154
Tujuan Umum	155
Tujuan Khusus	155
Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran.....	155
Ringkasan Bahan Bacaan	156
A. Pendahuluan	156
B. Pemulihan Korban Pelanggaran HAM dan Hak-Hak Korban Tindak Pidana.....	157
1. Pemulihan yang Efektif bagi Korban Pelanggaran HAM	157
2. Cakupan Pemulihan dan Reparasi Korban Pelanggaran HAM.....	161
3. Prinsip-Prinsip Pemulihan Korban.....	162
C. Perlindungan dan Pemulihan dan Hak-Hak Korban Tindak Pidana.....	163
D. Pengaturan Hak-Hak Korban Tindak Pidana dalam Perundang-undangan Indonesia.....	173
1. Kewajiban Negara atas pemulihan yang efektif	173
2. Pengaturan Perlindungan dan Hak-Hak Korban Tindak Pidana dalam Hukum Nasional.....	175
3. Praktik Pemenuhan hak-hak korban: Perlindungan dan Pemenuhan Restitusi dan Kompensasi.....	180
Lampiran.....	187
Daftar Bahan Bacaan	191

1

PENGANTAR



Latar Belakang

Pemajuan, penghormatan dan perlindungan atas Hak Asasi Manusia (HAM) merupakan pilar dasar negara Hukum. Indonesia, sebagai negara yang mengakui dirinya adalah negara hukum, juga sudah mengakui pentingnya penegakan HAM dalam perangkat hukum nasional. Setidaknya, hal tersebut terlihat dari diaturnya secara khusus ketentuan-ketentuan terkait HAM dalam UUD tahun 1945, diberlakukannya Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan diratifikasinya berbagai aturan dan konvensi internasional terkait HAM menjadi hukum nasional. Kondisi ini menunjukkan bahwa Indonesia telah menjadikan penegakan dan perlindungan HAM dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.

Proses peradilan pidana adalah salah satu mekanisme hukum yang tidak dapat dilepaskan dari pentingnya penegakan HAM. Penerapan prinsip-prinsip *fair trial*, pemulihan (*remedy*) hak-hak korban, hingga hak atas kebebasan beragama serta berekspresi adalah beberapa aspek terkait HAM yang sangat sering bersinggungan dengan proses peradilan. Untuk itu, sangat penting bagi lembaga-lembaga yang terkait dengan proses peradilan untuk dapat menerapkan prinsip-prinsip HAM dalam pelaksanaan tugasnya guna dapat melindungi hak-hak, baik tersangka, terdakwa, maupun bagi korban.

Kejaksaan adalah salah satu aktor penting dalam proses peradilan pidana. Dengan demikian, penerapan prinsip-prinsip HAM dalam proses peradilan juga menjadi hal yang sangat penting untuk dilakukan oleh Kejaksaan, khususnya dalam menjalankan kewenangan penuntutan dan pelaksanaan putusan pengadilan. Hal ini pada dasarnya sudah disebutkan dalam penjelasan umum Undang-undang Nomor 16 Tahun 2004 bahwa Kejaksaan sebagai salah satu lembaga penegak hukum dituntut untuk lebih berperan dalam penegakan Hak Asasi Manusia (HAM). Lebih dari itu, Pasal 3 huruf k Peraturan Jaksa Agung No. PER-067/A/JA/07/2007 tentang Kode Perilaku Jaksa sudah mengatur bahwa salah satu kewajiban Jaksa adalah menghormati dan melindungi HAM dan hak-hak kebebasan sebagaimana yang tertera dalam peraturan perundang-undangan dan instrumen Hak Asasi Manusia yang diterima secara universal. Oleh karena itu, sangat penting bagi para Jaksa untuk memiliki pengetahuan mengenai prinsip-prinsip dan kerangka hukum HAM.

Pada saat ini para Jaksa telah menerima pelatihan dasar HAM yang sangat bermanfaat untuk membuka wawasan dan membangun paradigma HAM. Selain itu, pada tanggal 21-23 September 2021, Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP), dengan dukungan Kedutaan Besar Kerajaan Norwegia untuk Indonesia dan bekerjasama dengan Kejaksaan Agung Republik Indonesia, telah mengadakan pelatihan pelatihan HAM di tingkat lebih lanjut (*advanced*) yang fokus pada pengetahuan dan keterampilan bagi para Jaksa

untuk dapat menerapkan prinsip-prinsip HAM secara efektif dalam pelaksanaan tugasnya. Dengan pentingnya fungsi Jaksa dalam penegakan HAM pada proses peradilan pidana, pelatihan-pelatihan serupa perlu untuk terus dilakukan kepada para Jaksa Penuntut Umum di seluruh Indonesia dengan materi-materi yang berfokus pada peningkatan keterampilan Jaksa Penuntut Umum untuk menerapkan prinsip-prinsip HAM dalam pelaksanaan tugasnya.

LelP 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. Guna mendukung tersedianya materi-materi pelatihan HAM untuk Jaksa Penuntut Umum, LelP dengan dukungan dari Kedutaan Besar Kerajaan Norwegia untuk Indonesia telah berhasil menyusun modul pelatihan “Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Jaksa Penuntut Umum” dengan memasukkan tema khusus terkait hak atas kebebasan berekspresi (*freedom of expression*) serta perlindungan dan pemulihan korban tindak pidana. Harapannya, modul ini dapat berperan dalam peningkatan pengetahuan dan keterampilan Jaksa Penuntut Umum untuk menerapkan prinsip-prinsip dan kerangka hukum HAM dalam pelaksanaan fungsinya terkait peradilan pidana.

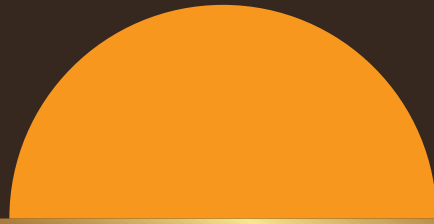
Tujuan Modul

Tujuan dari pembuatan modul pelatihan ini adalah menyediakan sumber pengetahuan dan keterampilan terkait penerapan prinsip-prinsip dan kerangka hukum HAM yang dapat digunakan sebagai bahan pelatihan oleh Kejaksaan Agung kepada para Jaksa Penuntut Umum di Indonesia.

Rencana Pembelajaran

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Hak Asasi Manusia Dalam Konsep, Sejarah, dan Pengaturan	240 Menit	<ul style="list-style-type: none"> • Pembelajaran mandiri; • Paparan materi di kelas; • Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator;
Peran Penuntut Umum dalam Menegakkan dan Melindungi HAM dalam Negara Hukum: Penerapan Prinsip <i>Fair Trial</i>	240 Menit	<ul style="list-style-type: none"> • Pembelajaran mandiri; • Paparan materi di kelas; • Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator;

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
Hak atas Kebebasan Berekspresi (<i>Freedom of Expression</i>)	240 Menit	<ul style="list-style-type: none">• Pembelajaran mandiri;• Paparan materi di kelas;• Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator;• Diskusi kelompok;• Presentasi kelompok;
Perlindungan dan Pemulihan Korban Tindak Pidana	150 Menit	<ul style="list-style-type: none">• Pembelajaran mandiri;• Paparan materi di kelas;• Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator;



Modul I: Hak Asasi Manusia Dalam Konsep, Sejarah, dan Pengaturan



Tujuan Umum

1. Peserta mendapatkan pemahaman mengenai konsep-konsep dasar HAM;
2. Peserta mendapatkan pemahaman mengenai kerangka hukum nasional dan internasional terkait HAM.

Tujuan Khusus

1. Peserta memahami peran penting Jaksa dalam perlindungan Hak Asasi Manusia;
2. Peserta memahami bahwa berbagai aturan hak asasi manusia merupakan bagian dari hukum nasional;
3. Peserta mampu mengidentifikasi berbagai sumber-sumber hukum HAM baik di tingkat nasional maupun internasional yang relevan dalam peradilan pidana;
4. Peserta memahami bahwa dalam konsep HAM, negara adalah pemangku kewajiban yang utama;
5. Peserta memahami tentang tujuan, syarat dan kriteria dalam pengurangan (derogation) dan pembatasan (limitation) HAM secara sah oleh negara.

Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran

POKOK BAHASAN	WAKTU	METODE
<ul style="list-style-type: none"> • Peran Jaksa dalam Perlindungan HAM • Kedudukan HAM sebagai bagian dari kerangka hukum nasional dalam negara hukum Indonesia 	120 menit	Pembelajaran mandiri <ul style="list-style-type: none"> • Membaca dan mempelajari bahan secara mandiri • Mengerjakan soal-soal latihan
<ul style="list-style-type: none"> • Prinsip-prinsip HAM • Negara sebagai pemangku kewajiban utama dalam HAM • Tujuan, syarat dan kriteria pembatasan dan pengurangan HAM yang sah 	120 menit	Pembelajaran kelas <ul style="list-style-type: none"> • Pendahuluan: Pengantar sesi • Pemaparan singkat narasumber • Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator

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

- A. Peran Jaksa dalam Perlindungan HAM;
- B. Kedudukan Hak Asasi Manusia (HAM) sebagai bagian dari kerangka hukum nasional;
- C. Prinsip-prinsip HAM:
 - 1. Tanggung jawab Negara
 - 2. Perbuatan dan pembiaran
 - 3. Pemulihan (*remedy*)
 - 4. Pengurangan (*derogation*)
 - 5. Pembatasan (*limitation/restriction*)
- D. Sumber Hukum HAM Internasional:
 - 1. Perjanjian Internasional
 - 2. Kebiasaan Internasional
 - 3. Prinsip Hukum Umum
 - 4. Sumber pendukung lainnya dalam penentuan aturan hukum

Ringkasan Bahan Bacaan

A. Peran Jaksa dalam Perlindungan HAM

Negara Indonesia adalah negara hukum yang sebagai konsekuensinya penghormatan terhadap hukum dan hak asasi manusia adalah esensi pentingnya. Pengakuan terhadap HAM dinyatakan secara jelas dalam UUD 1945 dan kemudian dijelaskan lebih lanjut dalam UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. UU Kejaksaan No. 16 Tahun 2004 juga secara eksplisit menyebutkan hal ini:

Penjelasan Umum UU No. 16 Tahun 2004 menyatakan:

“... Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menentukan secara tegas bahwa negara Indonesia adalah negara hukum. Sejalan dengan ketentuan tersebut maka salah satu prinsip penting negara hukum adalah adanya jaminan kesederajatan bagi setiap orang di hadapan hukum (*equality before the law*). Oleh karena itu setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”

“... Kejaksaan sebagai salah satu lembaga penegak hukum dituntut untuk lebih berperan dalam menegakkan supremasi hukum, perlindungan kepentingan umum, **penegakan hak asasi manusia**, serta pemberantasan korupsi, kolusi, dan nepotisme.”

Sebagai konsekuensi dari tugas Jaksa untuk menegakkan supremasi hukum (*rule of law*) maka kemandirian Jaksa dalam pelaksanaan tugasnya merupakan prasyarat penting. Pasal 2 UU Kejaksaan No. 16 Tahun 2004 lebih lanjut menyatakan bahwa:

Pasal 2

(2) Kekuasaan negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaksanakan secara merdeka.

Penjelasan Pasal 2 Ayat (2)

Yang dimaksud dengan “secara merdeka” dalam ketentuan ini adalah dalam melaksanakan fungsi, tugas, dan wewenangnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh kekuasaan lainnya

Berbagai standar internasional yang diakui oleh para jaksa di negara-negara di dunia juga menyatakan hal yang selaras. Standar internasional tersebut yaitu:

- *Guidelines on the Role of Prosecutors, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990* (Panduan tentang Peran Jaksa, diadopsi dalam Kongres Perserikatan Bangsa-Bangsa ke 8 dalam Pencegahan Tindak Kejahatan dan Penanganan Tersangka, Havana, Cuba 27 Agustus – 7 September 1990)
- *Standards of professional responsibility and statement of the essential duties and rights of prosecutors, Adopted by the International Association of Prosecutors on the twenty third day of April 1999.* (Standar Tanggung Jawab Profesional dan Pertanyaan tentang Tugas Penting dan Hak Jaksa, diadopsi oleh Asosiasi Jaksa Internasional pada 23 April 1999).

Kedua standar ini juga diakui dalam UU Kejaksaan sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan Pasal 8 UU No. 16 Tahun 2004.

B. Kedudukan Hak Asasi Manusia (HAM) Sebagai Bagian Dari Kerangka Hukum Nasional

HAM adalah merupakan bagian dari hukum nasional. Pengakuan Indonesia terhadap HAM dapat dilihat dari pengaturan tentang HAM pada Amandemen Kedua Undang Undang Dasar (UUD) 1945 pada tahun 2000 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;
- b. yaitu hak asasi, untuk dapat mengembangkan diri pribadi, peranan dan sumbangan bagi kesejahteraan hidup manusia;
- c. bahwa Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 telah mengamanatkan pengakuan, penghormatan, dan kehendak bagi pelaksanaan hak asasi manusia dalam penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara;
- d. 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.

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)

Pertimbangan TAP MPR di atas 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.

Dalam rangka melaksanakan TAP MPR XVII² dan sesuai dengan mandat Pasal 28l 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:

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	Keppres 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

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

Konvensi	Instrumen Ratifikasi
<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;
- 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.

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)

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.

Penjelasan di atas tentang pengakuan dan pengaturan HAM dalam kerangka hukum nasional memperlihatkan bahwa HAM adalah bagian tidak terpisahkan dari hukum nasional Indonesia. Pengakuan tentang HAM nyata terlihat dari hukum tertinggi yaitu Konstitusi dalam UUD 1945 dan peraturan perundangan di bawahnya. Oleh karena itu pendapat bahwa hak asasi manusia merupakan sesuatu yang asing bagi bangsa ini merupakan pendapat yang keliru. Sebagai konsekuensinya, Jaksa sebagai penegak hukum memiliki kewajiban untuk menegakkan HAM, sebagai bagian dari penegakan negara hukum (Rule of Law) di Indonesia.

C. Prinsip-prinsip HAM

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*).

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.

Makna universalitas HAM ini dijelaskan dalam Pasal 2 DUHAM yang berbunyi:⁴

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.

4 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.

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 didefinisikan sebagai setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tak langsung didasarkan pada perbedaan 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 dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya.⁵

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

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

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.”⁶

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.

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’.⁷ 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.

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 PBB⁸ mulai menyusun kovenan HAM pasca diadopsinya DUHAM pada tahun 1950an. Saat itu terjadi perdebatan antara negara-negara dengan ideologi yang berbeda saat Perang

6 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.

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

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

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.⁹ Hak ekonomi sosial budaya juga memberi ruang bagi Negara untuk memenuhinya secara progresif (*progressive realisation*).¹⁰

Namun kedua penggolongan tersebut sudah kehilangan makna seiring perkembangan jaman. Saat ini di tingkat internasional maupun nasional telah didapat kesepahaman 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.¹¹ Kedua bidang hak inipun sama-sama memiliki unsur justisiabilitas, yang berarti pelanggaran atasnya dapat dituntut ke pengadilan baik domestik maupun internasional.

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 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.

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

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

11 *Ibid.*

1. 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 lokal.¹² 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):¹³

- 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.¹⁴

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.¹⁵ 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.

- 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

12 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.

13 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.

14 Commission on Human Rights, *ibid* paragraf 67.

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

lainnya dari individu, termasuk mencegah tindakan yang melanggar penikmatan sumber daya.¹⁶

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.¹⁷

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.

a. 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 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

16 *Ibid*, paragraf 68.

17 *Ibid*, paragraf 69.

dan kepercayaan orang tua,¹⁸ atau hak seseorang untuk menempuh pendidikan setinggi-tingginya dan sesuai minatnya.

b. Tipologi kewajiban Negara

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.¹⁹

1) 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 massal, penyiksaan. Kewajiban menghormati ini mendasari seluruh rezim HAM dan terhubung dengan unsur 'anti malapetaka', bahwa rezim HAM muncul dan dibangun untuk mencegah kekejian massif yang terjadi di abad keduapuluh.

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.

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

18 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.

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

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 menginstitutionalisasi hak sebagaimana dijelaskan dalam tipe ketiga berikut.

3) Melindungi hak atau mencegah pelanggaran

Beberapa perjanjian internasional HAM menyebutkan secara eksplisit tugas negara untuk melindungi 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 pembedaan 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.

4) *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*).²⁰ 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.

5) *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 permasalahan tersebut. Dalam konteks tertentu, pemajuan hak dapat berguna atau

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

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.

2. 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 memperbaiki 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)²¹ 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.²² 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.²³ 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.

3. 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.²⁴ Pemulihan prosedural seringkali disebut dengan istilah akses pada keadilan (*access to justice*).

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

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

23 Ibid, paragraf 90.

24 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.²⁵ 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;
- (c) Menjamin, bahwa lembaga yang berwenang tersebut akan melaksanakan penyelesaian demikian apabila dikabulkan.

25 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 (c)

Negara-negara peserta mengesahkan 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 ilegal 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 kesehatan, harga diri, dan martabat anak itu.

Konvensi Perlindungan Hak-hak Buruh Migran,²⁶ 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, administratif 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 Komentari 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".²⁷ 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.²⁸

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

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

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

4. 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:

1. Dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa dan keberadaannya, yang telah diumumkan secara resmi, Negara-negara Pihak Kovenan ini dapat mengambil langkah-langkah yang mengurangi kewajiban-kewajiban mereka berdasarkan Kovenan ini, sejauh memang sangat diperlukan dalam situasi darurat tersebut, sepanjang langkah-langkah tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban-kewajiban lainnya berdasarkan hukum internasional dan tidak mengandung diskriminasi semata-mata berdasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau asal-usul sosial;
2. Pengurangan kewajiban atas pasal-pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16 dan 18 sama sekali tidak dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan ini;
3. Setiap Negara Pihak Kovenan ini yang menggunakan hak untuk melakukan pengurangan tersebut harus segera 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.²⁹

29 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, bahasa, 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,³⁰ 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:³¹

- 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.³²

30 '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.

31 Lihat Prinsip Siracusa, paragraf 39.

32 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.

Yang termasuk dalam hak-hak yang tidak boleh dikurangi adalah:³³

- Hak untuk hidup;*
- Hak untuk tidak mendapatkan penyiksaan, perlakuan atau penghukuman yang tidak manusiawi atau merendahkan martabat;*
- 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;
- Hak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama (hanya untuk hak untuk beribadah dan memmanifestasikan kepercayaan – forum externuum, yang akan dijabarkan mendalam di Modul 4).

5. Pembatasan (*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.

33 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.

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 instrumen 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 kesehatan atau moral, dan perlindungan hak dan kebebasan orang lain.

Ketika terjadi perdebatan apakah suatu pembatasan sah atau tidak, beban pembuktian ada pada negara untuk membuktikan keabsahan pembatasan.³⁴ Hal ini juga berlaku ketika pembatasan diajukan ke pengadilan baik di tingkat lokal, nasional, maupun internasional.

D. 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 instrumen atau dokumen HAM yang dapat dijadikan rujukan dalam memeriksa, mempertimbangkan dan mengadili kasus-kasus, dengan kekuatan hukum masing-masing.

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

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 Intar-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).

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

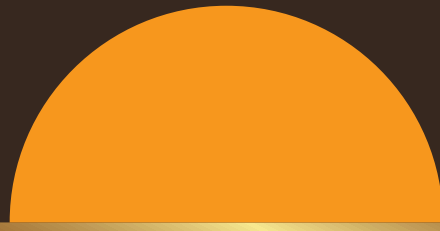
1. Philip Alston & R. Goodman, *International Human Rights* (Oxford University Press 2013).
2. Asbjorn Eide, 'Economic, Social and Cultural Rights' (Martinus Nijhoff, 2001).
3. Asbjorn Eide, 'Report on the right to adequate food as a human right', (Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/1987/23)
4. 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

- https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=80&Lang=EN (terakhir diakses 12 September 2020).
- <https://www.ohchr.org/en/udhr/pages/Language.aspx?LangID=inz>
- <https://www.un.org/en/member-states/#gotol>
- Navanethem Pillay "Are Human Rights Universal?" (2008) <<https://www.un.org/en/chronicle/article/are-human-rights-universal>> (terakhir diakses 13 September 2020).
- Oxford Learners' Dictionary (2020) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/inalienable?q=inalienable>> (terakhir diakses 13 September 2020).
- 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 II:
Peran Penuntut Umum
dalam Menegakkan
dan Melindungi HAM
dalam Negara Hukum:
Penerapan Prinsip
Fair Trial



Tujuan Umum

Peserta memahami peran Jaksa/Kejaksaan dalam memberikan perlindungan HAM dalam upaya paksa sesuai kerangka prinsip *Fair Trial Rights*

Tujuan Khusus

1. Peserta mengenali peran Jaksa sebagai penegak hukum tetapi juga sekaligus memberikan perlindungan HAM kepada warga negara dalam proses peradilan pidana;
2. Peserta memahami aplikasi dan praktik prinsip fair trial dalam hukum acara pidana;
3. Peserta mengenali potensi terjadinya pelanggaran HAM dalam berbagai tahapan upaya paksa dalam peradilan pidana;
4. Peserta mengenali peluang dan peran Jaksa untuk melakukan kontrol terhadap proses penyidikan dalam peradilan pidana;
5. Peserta memahami pentingnya perlindungan HAM terhadap kelompok rentan dalam proses peradilan pidana;
6. Peserta memahami pentingnya pemberian hak-hak terdakwa, korban, saksi dalam peradilan pidana;
7. Peserta memahami konsekuensi pelanggaran HAM dalam upaya paksa terhadap upaya pencarian kebenaran materiil.

Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran

Pokok Bahasan	Waktu	Metode
1. Konsepsi, Pengertian dan Hak-Hak Para Pihak dalam Prinsip <i>Fair Trial</i> 2. <i>Fair Trial Rights</i> dalam kerangka hukum internasional 3. <i>Fair Trial Rights</i> dalam kerangka hukum nasional 4. Penerapan <i>Fair Trial</i> dalam Fungsi Penyidikan dan Penuntutan 4.1. Penuntut Umum Sebagai Pengawas Proses Penyidikan 4.2. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Ketepatan Penggunaan Ketentuan Pidana yang Disangkakan Penyidik 4.3. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Penahanan yang dilakukan Penyidik Tidak melanggar hak asasi. 4.4. Peran Penuntut Umum dalam Menjamin Hak untuk Didampingi Penasihat Hukum 4.5. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Proses Penyidikan Dilakukan Tanpa Penundaan (<i>Undue Delay</i>)	120 menit	Pembelajaran mandiri <ul style="list-style-type: none"> • Membaca dan mempelajari bahan secara mandiri • Mengerjakan soal-soal latihan
	120 menit	Kelas pembelajaran online <ul style="list-style-type: none"> • Pendahuluan: Pengantar sesi • Pemaparan para narasumber • Tanya jawab dipandu oleh Fasilitator

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

- A. Konsepsi, Pengertian dan Hak-hak Para Pihak dalam Prinsip *Fair Trial*
- B. *Fair Trial Rights* dalam kerangka hukum internasional
- C. *Fair Trial Rights* dalam kerangka hukum nasional
- D. Peran Jaksa dalam Melindungi dan Menghormati *Fair Trial Rights*
 1. Penuntut Umum Sebagai Pengawas Proses Penyidikan
 2. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Ketepatan Penggunaan Ketentuan Pidana yang Disangkakan Penyidik
 3. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Penahanan yang dilakukan Penyidik Tidak melanggar hak asasi
 4. Peran Penuntut Umum dalam Menjamin Hak untuk Didampingi Penasihat Hukum
 5. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Proses Penyidikan Dilakukan Tanpa Penundaan (*Undue Delay*)

Ringkasan Bahan Bacaan

A. **Konsepsi, Pengertian dan Hak-Hak Para Pihak dalam Prinsip *Fair Trial***

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 nasional³⁵ dan juga dinyatakan dalam berbagai hukum internasional.³⁶

Fair trial adalah suatu konsepsi 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*.

35 Indonesia, UUD 1945, Pasal 27 dan UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana.

36 PBB, PBB, *International Covenant...*, *op.cit.*, Pasal 14 dan 26.

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*.

Pasal 10 DUHAM: “*Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.*”

Pasal 14 Kovenan Sipil: “*Everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.*”

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*).

B. ***Fair Trial Rights* dalam Kerangka Hukum 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. *Siapapun 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. Keharusan monitoring dan pelaporan; dan
- c. Keberlakuan dari Konvensi ini.

Perlindungan terhadap prinsip *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 Sipol, 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:³⁷

Hak-Hak *Fair Trial*

Hak Sebelum Persidangan	Hak Saat Persidangan	Hak Setelah Persidangan
<ol style="list-style-type: none"> 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. 	<ol style="list-style-type: none"> 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 imparial; 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 dituntut sebelumnya (<i>nebis in idem/double jeopardy</i>). 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Hak naik banding ke pengadilan yang lebih tinggi; 2. Hak mendapatkan kompensasi atas penerapan hukum yang salah.

37 Lawyers Committee for Human Rights, *Op. cit.*, hal 4-22.

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

1. Hak atas persamaan di depan pengadilan dan akses ke pengadilan;
Pasal 26 Kovenan Sipol 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 Sipol, 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 imparsialitas pengadilan yang dibentuk berdasarkan hukum;
Pasal 14 ayat (1) Kovenan Sipol 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 Sipol 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 Sipol 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 Sipol 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 Umum No. 13, 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 pengacara;
Pasal 14 ayat (3) huruf b Kovenan Sipol menyatakan: “untuk diberi waktu dan fasilitas yang memadai untuk mempersiapkan pembelaan dan berhubungan dengan pengacara yang dipilihnya sendiri.” 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 pengacara. Kemudian, sub-ayat ini mensyaratkan penasihat hukum untuk dapat melakukan komunikasi dengan

tersangka/terdakwa dalam kondisi yang memberikan penghormatan penuh terhadap kerahasiaan komunikasi tersebut. Pengacara-pengacara 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 pengacara, 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.

C. *Fair Trial Rights* dalam Kerangka Hukum Nasional³⁸

Di Indonesia, prinsip-prinsip *fair trial* telah tertuang dalam berbagai peraturan perundang-undangan di Indonesia. UUD 1945 menjamin adanya peradilan yang adil, diantaranya tercantum dalam Pasal 24 ayat (1) yang menyatakan “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan” dan Pasal 28 D ayat (1) yang menyatakan setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum. Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) berdasarkan pada UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana telah menetapkan kerangka hukum prinsip-prinsip *fair trial* tersebut.

Paska Reformasi 1998, berbagai regulasi juga telah dibentuk untuk memperkuat jaminan *fair trial*, di antaranya dalam UUD 1945, UU No. 39 Tahun 1999, Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman dan berbagai peraturan perundang-undangan lainnya. Ratifikasi Kovenan Sipol pada tahun 2005 melalui UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik juga semakin memperkuat jaminan prinsip-prinsip *fair trial* tersebut.

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*’.³⁹ 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.”

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

39 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 – KUHAP);
- 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).⁴⁰
- 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).⁴¹

Dalam perkembangan saat ini, prinsip-prinsip *fair trial* dalam peradilan pidana di Indonesia mencakup:⁴²

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 KUHAP];
8. Diberitahukan dengan jelas dan dengan bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang disangkakan dan didakwakan kepadanya [Pasal 51 KUHAP];
9. Memberikan keterangan secara bebas kepada penyidik atau hakim [Pasal 52 KUHAP];
10. Mendapatkan bantuan juru bahasa, dan penyandang disabilitas berhak untuk mendapatkan penerjemah [Pasal 53 KUHAP];
11. Mendapat penasihat hukum selama dalam waktu dan setiap tingkat proses pemeriksaan [Pasal 54 KUHAP];

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

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

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

12. Memilih penasihat hukum [Pasal 55 KUHAP];
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 KUHAP];
14. Menghubungi advokatnya, dan untuk tersangka/terdakwa orang asing berhak menghubungi dan berbicara dengan perwakilan negaranya [Pasal 57 ayat (1) dan (2) KUHAP];
15. Menghubungi dan menerima dokter pribadinya untuk kepentingan kesehatan baik yang ada hubungannya dengan proses perkara atau tidak [Pasal 58 ayat (1) KUHAP];
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) KUHAP];
17. Mendapat kunjungan dari keluarganya [Pasal 60 KUHAP];
18. Mendapatkan bantuan hukum atau jaminan penanggungan penahanan [Pasal 61 KUHAP];
19. Melakukan surat menyurat dengan advokatnya [Pasal 62 KUHAP];
20. Mendapatkan kunjungan dari rohaniawan [Pasal 63 KUHAP];
21. Diadili dalam sidang terbuka untuk umum [Pasal 64 KUHAP];
22. Mengajukan saksi yang memberikan keterangan yang menguntungkan dirinya [Pasal 65 KUHAP];
23. Tersangka/terdakwa tidak dibebani kewajiban pembuktian [Pasal 66 KUHAP];
24. Berhak untuk mengajukan upaya hukum [Pasal 67 KUHAP];
25. Menuntut ganti kerugian dan rehabilitasi [Pasal 68 KUHAP].

Marjono Reksodiputro mencatat ada 10 asas penting *fair trial* di dalam penjelasan KUHAP, yaitu:

1. Asas umum:
 - 1.1. Asas perlakuan yang sama di depan hukum tanpa diskriminasi apapun;
 - 1.2. Praduga tidak bersalah;
 - 1.3. Hak untuk memperoleh kompensasi;
 - 1.4. Hak untuk mendapatkan bantuan hukum;
 - 1.5. Hak kehadiran terdakwa di muka pengadilan;
 - 1.6. Peradilan yang bebas dan dilakukan dengan cepat dan sederhana;
 - 1.7. 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 KUHAP, khususnya bagian penjelasan dan pertimbangan menimbang. Tetapi prinsip praduga tidak bersalah tidak secara jelas diatur di dalam KUHAP dan hanya berdasarkan penafsiran dari Pasal 66 KUHAP, 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 KUHAP, khususnya Pasal 56 ayat (1) KUHAP, 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. KUHAP 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 penasihat hukum bagi tersangka sejak awal penyidikan, tuntutan penuntut umum dinyatakan tidak dapat diterima, dan apabila tersangka/terdakwa tidak didampingi oleh penasihat hukum maka sesuai dengan Miranda Rules, pemeriksaan tidak sah (*illegal*) atau batal demi hukum (*null and void*).⁴³

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

D. Peran Jaksa dalam Melindungi dan Menghormati *Fair Trial Rights*

Jaksa sebagai penuntut umum memiliki peran yang sangat penting dalam melindungi dan menghormati *fair trial rights* dari tersangka dan terdakwa dalam proses peradilan pidana. Peran ini ada tidak hanya pada saat tahapan perkara telah berada di tahap penuntutan namun sebenarnya telah dimulai sejak tahap penyidikan. Pentingnya peran jaksa dalam melindungi *fair trial rights* tersebut telah menjadi pemahaman secara internasional sebagaimana terlihat dalam *Guidelines on the Role of Prosecutors* yang disepakati oleh PBB pada tahun 1990 di Havana Kuba.

Dalam *Guidelines* Havana ini terdapat 3 (tiga) point yang menjadi tanggung jawab jaksa khususnya saat menjadi penuntut umum dalam hubungannya dengan *fair trial rights*. 3 (tiga) point tersebut terdapat pada point 11, 12 dan 16 sebagaimana di bawah ini.

11. Prosecutors shall perform an active role in criminal proceedings, including institution of prosecution and, where authorized by law or consistent with local practice, in the investigation of crime, **supervision over the legality of these investigations**, supervision of the execution of court decisions and the exercise of other functions as representatives of the public interest.

12. Prosecutors shall, in accordance with the law, perform their duties fairly, consistently and expeditiously, **and respect and protect human dignity and uphold human rights, thus contributing to ensuring due process and the smooth functioning of the criminal justice system.**

16. **When prosecutors come into possession of evidence against suspects that they know or believe on reasonable grounds was obtained through recourse to unlawful methods, which constitute a grave violation of the suspect's human rights, especially involving torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, or other abuses of human rights, they shall refuse to use such evidence against anyone other than those who used such methods, or inform the Court accordingly, and shall take all necessary steps to ensure that those responsible for using such methods are brought to justice.**

1. Penuntut Umum Sebagai Pengawas Proses Penyidikan

Dalam UN *Guidelines* Havana angka 11 dinyatakan bahwa salah satu peran penuntut umum dalam proses penyidikan adalah untuk mengawasi proses penyidikan khususnya memastikan proses penyidikan dilaksanakan sesuai hukum yang berlaku (*supervision over the legality of these investigation*).

Tahapan penyidikan merupakan salah satu tahapan yang paling kritical dalam proses peradilan pidana. Tahapan ini merupakan tahapan yang paling rentan dengan pelanggaran hak asasi manusia khususnya *fair trial rights* mengingat dalam tahapan ini terdapat tindakan-tindakan yang dapat dilakukan oleh penyidik yang pada prinsipnya bersifat mengurangi penikmatan hak asasi, seperti kewenangan penangkapan, penahanan, penyitaan, penggeledahan dan upaya-upaya paksa lainnya. Pelanggaran-pelanggaran hukum yang dilakukan penyidik dalam melakukan penyidikan tidak hanya akan berakibat pada terlanggarnya hak asasi tersangka namun juga dapat mengakibatkan terancamnya keabsahan hasil penyidikannya yang akan berujung pada ditolaknya bukti-bukti yang akan dihadirkan penuntut umum di persidangan.

Sejalan dengan UN Guidelines angka 11 di atas KUHAP mengatur bahwa segera setelah penyidikan dimulai, penyidik diwajibkan untuk memberitahukan kepada penuntut umum (Pasal 109 ayat (1)). Ketentuan ini merupakan ketentuan yang secara implisit memberikan peran kepada penuntut umum sebagai *dominus litis* untuk mengawasi proses penyidikan guna memastikan legalitas dari hasil penyidikan itu sendiri.

Beberapa peran yang sangat penting dalam tahap ini yaitu,

- 1) memastikan pasal yang disangkakan atas perbuatan yang diduga dilakukan tersangka telah tepat,
- 2) memastikan tersangka telah mendapatkan hak-hak untuk didampingi penasihat hukum,
- 3) memastikan penahanan telah memenuhi syarat dan memang terdapat urgensi untuk dilakukannya penahanan tersebut,
- 4) memastikan keterangan saksi dan tersangka yang diperoleh penyidik tidak berasal dari penyiksaan, dan
- 5) memastikan tidak terjadi *undue delay* dalam proses penyidikan.

2. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Ketepatan Penggunaan Ketentuan Pidana yang Disangkakan Penyidik

Ketentuan pidana yang digunakan penyidik dalam menjadikan dasar penyidikan merupakan hal yang sangat krusial dalam kaitannya dengan hak-hak asasi tersangka dan juga penuntutan yang akan dilakukan penuntut umum di persidangan nantinya. Dalam kaitannya dengan hak-hak tersangka penentuan ketentuan pidana ini akan berdampak pada dapat tidaknya tersangka dikenakan penahanan (pasal 21 ayat 4 huruf a dan b KUHAP) maupun tindakan-tindakan upaya paksa lainnya serta kewajiban didampingi penasihat hukum (Pasal 56 KUHAP).

Guna memastikan ketepatan penggunaan ketentuan pidana yang menjadi dasar penyidikan ini maka penuntut umum setelah menerima pemberitahuan dari penyidik (SPDP) sebagaimana pasal 109 ayat (1) perlu memperhatikan secara cermat uraian perbuatan yang disangkakan penyidik serta ketentuan-ketentuan pidana yang disangkakan. KUHAP memang tidak secara detil mengatur apa saja yang dapat dilakukan penuntut umum setelah menerima SPDP dari penyidik selain setelah penyidik menyerahkan berkas perkara, namun hal tersebut tidak menghalangi penuntut umum memberikan petunjuk atas tepat atau tidaknya penggunaan pasal yang disangkakan setelah penuntut umum menerima pemberitahuan penyidikan.

Adanya kewenangan penuntut umum untuk mengawasi proses penyidikan juga ditegaskan dalam Penjelasan Pasal 30 ayat (1) huruf a UU No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia.

Dalam melakukan penuntutan, jaksa dapat melakukan prapenuntutan. Prapenuntutan adalah tindakan jaksa untuk memantau perkembangan penyidikan setelah menerima pemberitahuan dimulainya penyidikan dari penyidik, mempelajari atau meneliti kelengkapan berkas perkara hasil penyidikan yang diterima dari penyidik serta memberikan petunjuk guna dilengkapi oleh penyidik untuk dapat menentukan apakah berkas perkara tersebut dapat dilimpahkan atau tidak ke tahap penuntutan.

3. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Penahanan yang dilakukan Penyidik Tidak melanggar hak asasi

Penahanan pada prinsipnya adalah tindakan merampas kemerdekaan yang merupakan pelanggaran hak asasi manusia. Namun penahanan baik dalam KUHAP, UU Hak Asasi manusia maupun Pasal 9 Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik (UU No. 12 Tahun 2005) diperbolehkan dalam proses peradilan pidana.

Karena sifatnya yang melanggar hak asasi manusia maka penahanan dari ketiga undang-undang tersebut maka diatur sedemikian rupa guna memastikan bahwa penggunaan penahanan dilakukan hanya dalam hal terdapat keperluan untuk itu (prinsip nesesitas) yang dalam Pasal 21 Ayat (1) KUHAP dirumuskan dalam frase “dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana”.

Dalam sistem hukum acara pidana Indonesia memang kewenangan penahanan ditahap penyidikan dapat dilakukan oleh penyidik secara langsung tanpa terlebih dahulu mendapatkan izin baik dari penuntut umum atau hakim sebagaimana dipersyaratkan dalam Pasal 9 Ayat (3) Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik. Namun demikian penuntut umum tetap memiliki peran yang cukup besar guna memastikan tindakan penahanan telah dilakukan

sesuai hukum serta terdapat kebutuhan untuk itu, yaitu dalam hal penyidik meminta perpanjangan penahanan kepada penuntut umum (Pasal 24 ayat (2) KUHP). Dalam hal demikian maka penuntut umum sebelum memutuskan akan menyetujui perpanjangan penahanan dapat memeriksa kembali apakah syarat-syarat penahanan yang diatur dalam Pasal 21 KUHP memang telah terpenuhi atau tidak. Di tahap ini juga penuntut dapat kembali memeriksa apakah ketentuan pidana yang disangkakan memang telah tepat atau tidak sebagaimana bagian sebelumnya.

Diaturinya adanya kewenangan penuntut umum untuk menyetujui atau tidaknya permintaan perpanjangan penahanan dari penyidik merupakan salah satu wujud dari kewenangan penuntut umum sebagai *dominus litis*.

4. Peran Penuntut Umum dalam Menjamin Hak untuk Didampingi Penasihat Hukum

Hukum nasional dan hukum internasional mempunyai pengaturan yang sejalan, yaitu bahwa dalam proses peradilan semua orang harus diperlakukan sama di hadapan hukum sesuai dengan proses hukum yang berlaku (*due process*). Para tersangka atau terdakwa mempunyai hak untuk memeriksa saksi yang memberatkan dirinya serta hak untuk menghadirkan dan memeriksa saksi-saksi yang meringankan dengan situasi/kondisi yang sama. Hak atas persamaan perlakuan, khususnya terkait dengan menghadirkan saksi atau alat bukti yang setara, merupakan penegasan dari pentingnya penerapan prinsip *equality of arms* dalam proses pembuktian di peradilan pidana.⁴⁴

Aspek lain terkait dengan *equality of arms* adalah adanya pembelaan yang efektif dan pendampingan hukum oleh advokat yang kompeten. Hal ini merupakan aspek penting untuk menjamin hak-hak tersangka dan terdakwa dalam kasus-kasus penodaan agama untuk mendapatkan pembelaan yang efektif. Tugas advokat adalah bertindak secara mandiri dan cerdas, sesuai dengan hukum dan standar-standar yang diakui untuk melindungi kepentingan klien, memajukan HAM dan *rule of law*. Namun demikian, dalam sejumlah pidana utamanya yang melibatkan tersangka atau terdakwa yang berasal dari kelompok masyarakat miskin atau rentan, akses terhadap advokat kerap kali tidak terpenuhi. Dalam hal penasihat hukum tersedia, ada indikasi bahwa para advokat yang ditunjuk hanya bertindak sebagai formalitas belaka dan tidak cukup menunjukkan kecakapan hukum dan pembelaan yang cukup sehingga mampu melindungi kepentingan klien mereka.

44 Prinsip *Equality of Arms* misalnya sebagaimana yang dikembangkan dalam Pengadilan HAM Eropa, yakni suatu konsep yang mensyaratkan semua pihak yang berperkara mempunyai kesempatan yang sama dalam proses peradilan, misalnya masing-masing pihak mampu untuk mendatangkan saksi dan melakukan pemeriksaan terhadap saksi-saksi, termasuk adanya dukungan untuk pendanaan bagi pihak dengan sumber daya terbatas untuk menghadirkan penasehat hukum yang akan mewakili mereka. Lihat Kasus *Airey v Ireland*, App no 6289/73, 1981.

Kehadiran penasihat hukum bagi tersangka dan terdakwa merupakan hal yang sangat penting guna menjamin tersangka dan terdakwa mendapatkan pembelaan hukum yang baik. Kehadiran penasihat hukum juga dapat meminimalisir terjadinya penyiksaan khususnya pada saat dilakukannya pemeriksaan terhadap tersangka maupun saksi.

Di tahap penyidikan penuntut umum sebagai *dominus litis* memiliki peran yang penting untuk memastikan apakah tersangka telah didampingi penasihat hukum atau tidak khususnya atas perkara-perkara yang disangkakan dengan ketentuan pidana yang diancam dengan pidana 5 tahun atau lebih (Pasal 56) terlebih jika diancam dengan pidana penjara 15 tahun hingga ancaman pidana mati. Peran ini dapat dilakukan penuntut umum sejak menerima SPDP maupun sejak penyidik meminta perpanjangan penahanan. Dalam tahapan tersebut penuntut umum dapat memberikan petunjuk kepada penyidik untuk memenuhi pasal 56 KUHP.

5. Peran Penuntut Umum dalam Memastikan Proses Penyidikan Dilakukan Tanpa Penundaan (*Undue Delay*)

Hak untuk mendapatkan proses peradilan yang cepat tanpa *undue delay* atau keterlambatan yang tidak beralasan merupakan hak yang sangat penting dalam hak atas *fair trial*. Hak ini juga diatur dalam Pasal 50 KUHP sebagai berikut:

Pasal 50

- (1) Tersangka berhak mendapat pemeriksaan oleh penyidik dan selanjutnya dapat diajukan kepada penuntut umum.
- (2) Tersangka berhak perkaranya segera dimajukan ke pengadilan oleh penuntut umum.

Sesuai dengan prinsip tersebut, maka sepatutnya Penuntut Umum harus bertindak dengan ketepatan waktu dalam melakukan penyidikan, penyelidikan dan penuntutan pidana, sehingga hak-hak terdakwa, saksi dan korban terlindungi. Untuk itu Kejaksaan harus dilengkapi dengan staf dan fasilitas pendukung yang mencukupi untuk memastikan proses pidana berlangsung secara adil, efektif dan efisien.

Salah satu standar internasional yang menyebutkan mengenai *undue delay* ini antara lain dikeluarkan oleh *American Bar Association* yang menyatakan:

Standard 3-1.9 Diligence, Promptness and Punctuality

- (b) When providing reasons for seeking delay, the prosecutor should not knowingly misrepresent facts or otherwise mislead. The prosecutor should use procedures that will cause delay only when there is a legitimate basis for such use, and not to secure an unfair tactical advantage.

(h) The prosecutor should not seek to delay a prompt judicial determination of probable cause for criminal charges without good cause, particularly if the accused is in custody.

Penundaan hanya dapat dilakukan karena suatu alasan yang sah, dan tidak untuk mengamankan kepentingan-kepentingan tertentu. Dalam realitasnya *undue delay* dapat terjadi dalam berbagai tahapan maupun bentuk. Dalam proses bolak balik berkas perkara, dalam proses pelimpahan berkas perkara ke pengadilan, dalam proses penyusunan dakwaan, upaya menghadirkan saksi-saksi dan pada berbagai tahapan lainnya. Selain itu kewenangan perpanjangan penahanan juga kerap kali dipergunakan secara maksimal, bahkan ketika seharusnya proses dapat dilakukan secara efisien.

Dari aspek kelembagaan, tidak terintegrasinya proses peradilan pidana merupakan salah satu faktor penting yang menentukan efisiensi proses peradilan yang efektif dan efisien serta berkeadilan. Jaksa sebagai dominus litis perlu memiliki kendali atau kontrol efektif terhadap proses sehingga penundaan tidak berjalan berlarut larut.

Namun demikian untuk mencapai kecepatan dan efisiensi proses pidana Penuntut juga harus memastikan agar bukti-bukti dan keterangan tersangka dan saksi tidak diperoleh secara melawan hukum bahkan dengan cara-cara penyiksaan.

Daftar Bahan Bacaan

Peraturan Perundang-undangan

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 III:
Hak atas Kebebasan
Berekspresi
(Freedom of Expression)



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	60 Menit	Pembelajaran mandiri
Pembatasan Kebebasan Berekspresi dalam Ketentuan Internasional dan Nasional		
Penerapan Kebebasan Berekspresi dalam Putusan-Putusan Pengadilan		<ol style="list-style-type: none"> 1. Pembelajaran mandiri; 2. Pembelajaran di kelas; <ul style="list-style-type: none"> - Pemaparan oleh narasumber - Tanya jawab
Studi Kasus	180 menit	Pembelajaran di kelas: <ol style="list-style-type: none"> 1. Menganalisis kasus di dalam kelompok (<i>breakout room</i>); 2. Presentasi kelompok; 3. Tanggapan narasumber.

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.⁴⁵

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.

45 United Nations, Human Rights Committee (1), *General Comment No. 34*, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011 (Komentor 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 Berekspresasi 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. 34⁴⁶ 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.⁴⁷

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.⁴⁸

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.⁴⁹ Hal ini berarti putusan pengadilan dan peran institusi peradilan sebagai salah satu penyedia pemulihan hak menjadi bagian penting dari penerapan hak ini oleh negara,

46 *Ibid.*, paragraf 3.

47 *Ibid.*, paragraf 5.

48 *Ibid.*, paragraf 7.

49 *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.⁵⁰ 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.⁵¹

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.⁵²

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

50 *Ibid.*, paragraf 9.

51 *Ibid.*, paragraf 9-10.

52 *Ibid.*, paragraf 11.

publik atau individu atau badan mana yang mengontrol atau dapat mengontrol berkas-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,⁵³ 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;⁵⁴ informasi bagi publik mengenai waktu dan tempat sidang digelar;⁵⁵ serta hak seseorang untuk mendapatkan semua materi yang akan digunakan jaksa untuk membuktikan kejahatannya dan juga yang bisa membuktikan bahwa ia tidak bersalah.⁵⁶

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

53 *Ibid.*, paragraf 18.

54 United Nations, Human Rights Committee (2), *General Comment No. 32*, CCPR/C/GC/32, 23 Agustus 2007 (Komentar Umum 32), paragraf 31.

55 *Ibid.*, paragraf 28.

56 *Ibid.*, paragraf 33.

kepada publik dan/atau menggerakkan pandangan/pemikiran publik mengenai pesan, pendapat, pikiran, dan/atau informasi yang disampaikan. Bentuk-bentuk dari ekspresi politik tersebut sendiri setidaknya-tidaknya meliputi kritik, pernyataan ketidaksetujuan, atau penolakan terkait suatu kebijakan negara, atau kritik terhadap pejabat publik dan politisi.⁵⁷ 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 Latin⁵⁸, cara berpakaian tertentu⁵⁹, seperti mengenakan simbol “Easter Lily” di Irlandia⁶⁰ dan “Red Star” di Hungaria⁶¹, mengajak untuk memboikot suatu pemilihan umum⁶², menyanyikan suatu lagu, seperti lagu berjudul “Kem Skjøt Siv Jensen” (Who Shot Siv Jensen) milik penyanyi hip hop Norwegia, Lars Vaulars⁶³, dan pembakaran bendera nasional di New Zealand⁶⁴ dan Amerika Serikat.⁶⁵

-
- 57 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.
- 58 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.
- 59 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.
- 60 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.*”
- 61 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.*”
- 62 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.
- 63 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.
- 64 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.*”
- 65 *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*.⁶⁶ Beberapa pelaksanaan ekspresi dalam bentuk ekspresi *offline* antara lain: menghadiri audiensi publik atau pertemuan di tempat umum⁶⁷, mengirimkan surat kepada pejabat publik⁶⁸, menyampaikan protes di muka umum⁶⁹, melakukan advokasi dan musyawarah⁷⁰, melakukan dan/atau mengikuti diskusi terbuka⁷¹, berpartisipasi dalam demonstrasi yang dilakukan secara damai⁷², dll. Sedangkan, salah satu bentuk ekspresi yang bersifat *online* adalah berpartisipasi dalam kampanye publik di media sosial⁷³. 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.⁷⁴ Namun, ekspresi yang dilindungi tersebut tidak hanya ekspresi yang diterima dengan baik, dianggap tidak menyinggung atau sebagai masalah ketidakpedulian,

66 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.

67 *Ibid.*

68 *Ibid.*

69 Elena Gladkikh..., *Op. Cit.*, hal. 15-18.

70 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.

71 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. NewEng. 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.”

72 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.

73 Homero Gil de Zúñiga, Logan Molyneux, dan Pei Zheng..., *Loc. Cit.*

74 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”.

tetapi juga ekspresi yang menyinggung, mengejutkan, atau mengganggu.⁷⁵ Oleh karena itu, negara harus mentoleransi ekspresi berupa serangan yang tajam, keras, pedas, dan terkadang tidak menyenangkan terhadap pejabat pemerintah dan publik⁷⁶, bahkan jika itu bisa dianggap provokatif atau menghina.⁷⁷

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 Berekspresi 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.⁷⁸ Selain itu, Kaye⁷⁹, Dewan HAM PBB⁸⁰, dan Majelis Umum PBB⁸¹ 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

75 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.

76 *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

77 Putusan ECtHR dalam kasus *Özgür Gündem v Turkey*, (Application no. 23144/93), 16 Maret 2000, par. 43.

78 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

79 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.

80 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.

81 United Nations General Assembly resolution 68/167, *The right to privacy in the digital age*, A/RES/68/167 (21 Januari 2014), hal. 2.

cepat serta menggerakkan banyak orang lain, sehingga La Rue melihat adanya peningkatan 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.⁸²

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.⁸³ 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.⁸⁴ 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.⁸⁵

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.⁸⁶

82 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.

83 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.

84 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.

85 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).

86 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.⁸⁷

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.⁸⁸ 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.⁸⁹ 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.⁹⁰

2. Konsep, Lingkup, dan Pengaturan Kebebasan Bereksprei 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

87 *Ibid.*, paragraf 32.

88 *Ibid.*, paragraf 49.

89 *Ibid.*, paragraf 51.

90 *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.⁹¹

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.⁹²

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.

91 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>.

92 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	<ul style="list-style-type: none"> • Pelarangan pagedaran 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 1945¹; • 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 1945.²

Nomor	Amar Putusan	Pertimbangan Penting
<p>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</p>	<p>Menyatakan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat</p>	<ul style="list-style-type: none"> 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 1945³;
<p>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</p>	<p>Menyatakan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat</p>	<ul style="list-style-type: none"> 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 1945⁴; 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 hukum⁵; 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>)⁶ 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.⁷

Nomor	Amar Putusan	Pertimbangan Penting
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	<ul style="list-style-type: none"> • 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 selera, apalagi terhadap warga negara yang bermaksud menyampaikan kritik atau pendapat terhadap pemerintah, di mana hal itu merupakan hak konstitusional yang dijamin oleh UUD 1945⁸; • 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.⁹

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.⁹³ Latar belakang yang terakhir ini mencakup di dalamnya perkembangan media sosial yang dianggap mudah ditunggangi kepentingan politik tertentu. Oleh karena perkembangan

93 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.

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 28.⁹⁴

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.⁹⁵ 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 dalam Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP, sehingga konstitusionalitas Pasal 27 ayat (3) UU ITE harus dikaitkan dengan Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP.⁹⁶ 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.

94 *Ibid.*, hal. 15.

95 Wahyudi Djafar dan Zainal Abidin, *Membeleggu 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>.

96 Mahkamah Konstitusi, Putusan Nomor 50/PUU-VI/2008, paragraf 3.17, hal. 110.

Oleh karena pasal-pasal tersebut juga memiliki ancaman pidana, maka banyak pula masyarakat yang kemudian diadili dan dijatuhi hukuman pemidanaan. Menurut catatan Southeast Asia Freedom of Expression Network (SAFENet), sejak UU ITE disahkan, terjadi tren peningkatan jumlah pemidanaan dengan menggunakan pasal-pasal UU ITE dari tahun 2008 (sebanyak 3 kasus) hingga tahun 2016 (sebanyak 83 kasus).⁹⁷ Sementara itu, terlihat adanya penurunan jumlah pemidanaan pada tahun 2017 (53 kasus) dan 2018 (25 kasus).⁹⁸ 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.⁹⁹ Sebagai pembanding dengan data SAFENet, Mahkamah Agung mencatat peningkatan kasus UU ITE yang diputus dari tahun 2017 sebanyak 140 kasus menjadi 292 kasus pada tahun 2018.¹⁰⁰ Sementara itu, total kasus yang diputus dari tahun 2011 sampai 2018 adalah 508 kasus.¹⁰¹

Keadaan ini menimbulkan kritik dari kalangan masyarakat sipil¹⁰² 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.¹⁰³ 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.

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

97 Damar Juniarto dkk., *Jalan Terjal Memperjuangkan Hak-hak Digital Laporan Tahunan SAFENet 2018* (Bali: Southeast Asia Freedom of Expression Network, 2019), hal. 13.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*, hal. 14

100 *Ibid.*, hal. 15

101 *Ibid.*

102 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 Bereksresi,” *Beritasatu.com*, 9 November 2018, <https://www.beritasatu.com/nasional/521564-uu-ite-ancam-kebebasan-berpendapat-dan-berekspresi>.

103 Tobias Basuki dkk., *op.cit.*, hal. 29-31.

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 berlebihan 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.¹⁰⁴ Perumusan suatu norma terkait penghinaan harus dilakukan dengan kehati-hatian dan ketelitian demi menghindari langkah penghukuman yang berlebihan.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶

[Lihat video penjelasan dari Agnes Callamard mengenai dekriminalisasi atas penghinaan dalam tautan berikut: <https://www.youtube.com/watch?v=ZcaoMeT9IAY>]

104 United Nations, Human Rights Committee (1), *op.cit.*, paragraf 47, hal. 12.

105 *Ibid.*

106 *Ibid.*

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.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ Pemerintah juga pernah memblokir situs arrahman.com dengan alasan konten yang diduga mendukung terorisme dan provokatif pasca peristiwa pemboman hotel JW Marriot dan Ritz Carlton pada Juli 2009.¹⁰⁹

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 2019.¹¹⁰ Selanjutnya, pemblokiran akses internet berbasis regional dilakukan di Papua dan Papua Barat pada Agustus 2019 di wilayah tersebut.¹¹¹

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 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

107 Tobias Basuki dkk., *op.cit.*, hal. 27.

108 Wahyudi Djafar dan Zainal Abidin, *op.cit.*, hal. 17.

109 *Ibid.*

110 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>.

111 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>.

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 2019.¹¹²

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.

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

112 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>.

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:¹¹³

“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 tindakan blokir tersebut menjadi perlu dilakukan (*necessity test*). Kenyataan ini sejalan dengan temuan Pelapor Khusus PBB David Kaye dalam laporannya pada tahun 2017.¹¹⁴

113 Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta, Putusan Nomor 230/G/TF/2019/PTUN-JKT, hal. 270-271.

114 United Nations, Human Rights Council (4), *loc.cit.*

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.¹¹⁵

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.¹¹⁶

Dalam melaksanakan pembatasan, negara harus melakukan dengan cara yang tidak membahayakan hak atas kebebasan berekspresi.¹¹⁷ 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.¹¹⁸

115 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 18.

116 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 22.

117 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 21.

118 *Ibid.*

Berikut ini adalah hal-hal yang wajib diperhatikan dalam menerapkan pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi:

a. Pengujian tiga tahap (*Three-part test*)¹¹⁹

Pengujian tiga tahap dipraktekkan oleh Komite HAM PBB¹²⁰ 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;¹²¹ 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.

119 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.

120 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.

121 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.¹²² 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 pelaksananya 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.¹²³

Berdasarkan Prinsip Siracusa,¹²⁴ 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.¹²⁵

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, pertimbangan yang diambil harus mengutamakan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*).¹²⁶

122 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 24.

123 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 26.

124 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.

125 Lihat Prinsip Siracusa, paragraf 15-17.

126 *Ibid.*, paragraf 36-37.

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.¹²⁷

Contoh pembatasan hak kebebasan berekspresi untuk melindungi hak orang lain di antaranya adalah hak untuk berpartisipasi dalam pemilu.¹²⁸ 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.¹²⁹

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

127 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 38.

128 *Ibid.*, paragraf 28.

129 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).

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.¹³⁰

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.¹³¹

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.¹³²

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 peradilan tersebut tidak dapat digunakan untuk membatasi pelaksanaan yang sah atas hak untuk membela diri oleh terdakwa.¹³³

130 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 47.

131 Prinsip Siracusa, paragraf 22.

132 *Ibid.*, paragraf 23-24.

133 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 31.

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) ICCPR¹³⁴. 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:¹³⁵

- 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 perburuhan, 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.¹³⁶ Hal-hal terkait “keamanan nasional” sebagai pembatasan hak, termasuk hak atas kebebasan berekspresi, menurut dokumen-dokumen tersebut adalah sebagai berikut:¹³⁷

- 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*);

134 *Ibid.*, paragraf. 30.

135 *Ibid.*

136 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.*

137 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.

- 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.¹³⁸ 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.¹³⁹

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.¹⁴⁰

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-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.¹⁴¹

Dalam Prinsip Siracusa, disebutkan secara berulang bahwa penerapan pembatasan harus dibarengi dengan ketersediaan jaring pengaman dan pemulihan yang efektif.¹⁴²

138 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 32.

139 Lihat Prinsip Siracusa, paragraf 27-28.

140 *Ibid.*, paras. 25-26.

141 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 22.

142 Lihat Prinsip Siracusa, paras. 18, 31, 34.

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.¹⁴³

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:¹⁴⁴

- 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 Principles¹⁴⁵ merinci bahwa agar suatu pembatasan kebebasan berekspresi atau informasi dapat dinyatakan mendesak untuk melindungi kepentingan keamanan nasional yang sah, Pemerintah harus menunjukkan bahwa:

- 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.¹⁴⁶

143 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 35.

144 Lihat Prinsip Siracusa, paragraf 10.

145 Article 19 (2), *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information* (November 1996).

146 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 36; Lihat juga *Communication No. 511/1992, Ilmari Länsman, et al. v. Finland*, pandangan diambil pada tanggal 14 October 1993.

j. Pembatasan di dunia maya¹⁴⁷

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.¹⁴⁸

[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:

147 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 43.

148 Lihat Komentar Umum 34, paragraf 48.

- 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 Perang¹⁴⁹

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 instensitas 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.

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 PBB¹⁵⁰ 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.

149 Lihat Manfred Nowak, *CCPR Commentary, 2nd ed.* (2005), hal. 471-474.

150 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.

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*¹⁵¹ “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.

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*,¹⁵² 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.

151 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.

152 United Nations, Human Rights Committee (5), *Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

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 Kebencian¹⁵³ 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.¹⁵⁴

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";

153 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.

154 *Ibid.* paragraf 10.

- 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 lingkungannya.

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	<ul style="list-style-type: none"> • 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	<ul style="list-style-type: none"> • Tidak ada penjelasan lebih lanjut atas tiap unsur; • Tujuan pembatasan spesifik untuk hak atas kebebasan berekspresi.

Perbandingan Tujuan Pembatasan Hak dalam Instrumen Hukum Nasional			
Instrumen hukum	Pasal	Tujuan pembatasan	Keterangan
UU HAM	Pasal 70	<ol style="list-style-type: none"> 1) Moral 2) Keamanan nasional 3) Ketertiban umum 	<ul style="list-style-type: none"> • Tidak ada penjelasan lebih lanjut atas tiap unsur; • Disusun di dalam bab mengenai Kewajiban Dasar Manusia.
	Pasal 73	<ol style="list-style-type: none"> 1) Kesusilaan 2) Ketertiban umum 3) Kepentingan bangsa 	<ul style="list-style-type: none"> • 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. ¹⁰		
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 yang dikenakan pembatasan	Undang-undang	Ketentuan
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 pidana yang berlebihan terhadap suatu jenis perbuatan tertentu.

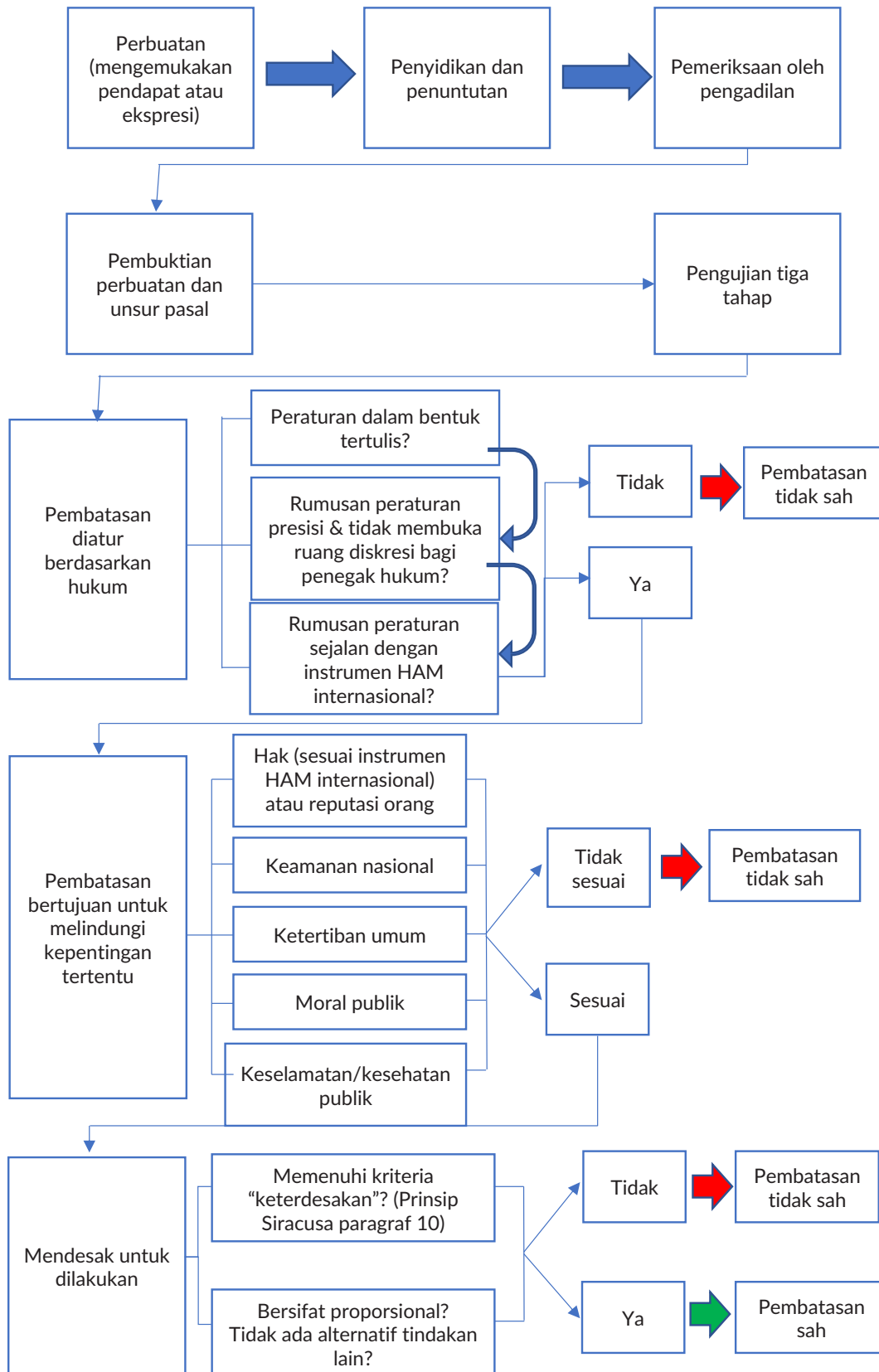
c. Penggunaan Pengujian Tiga Tahap dalam memeriksa perkara

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."¹⁵⁵

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.

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 berpotensi menimbulkan tindakan melawan hukum atau kekerasan tidak termasuk ekspresi yang dilindungi Amandemen Pertama.¹⁵⁶ Batu uji tersebut kemudian berubah setelah kasus *Brandenburg v. Ohio* diputus oleh MA AS di mana MA AS menggunakan standar pengujian yang baru yaitu '*imminent lawless action*' yang dianggap lebih ketat dan menjamin perlindungan yang lebih luas terhadap kebebasan berekspresi.

155 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>

156 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>.

Amerika Serikat memberikan jaminan perlindungan yang lebih luas dalam kebebasan berekspresi dibandingkan dengan Indonesia. Di sisi lain, penafsiran Amandemen Pertama oleh MA AS 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 MA AS 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)¹⁵⁷

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 MA AS.

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.

157 U.S. Supreme Court (2), *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), tersedia di <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>.

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, MA AS memandang undang-undang yang disengketakan bertentangan dengan Amandemen Pertama.

b. Kasus *New York Times Co. v. Sullivan* (1964)¹⁵⁸

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. 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

158 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/>.

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)¹⁵⁹

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.

MAAS 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.

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

159 U.S. Supreme Court (4), *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), tersedia di <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>.

bahwa beberapa saksi yang menyaksikan pembakaran bendera tersebut merasa sangat tersinggung. Namun, MAAS 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 berpotensi mengganggu ketertiban umum.

Terhadap kepentingan yang kedua, MAAS berpendapat peraturan yang dibuat pemerintah Texas adalah sama dengan larangan terhadap suatu penyampaian ide. MAAS memandang bahwa suatu pemerintahan tidak dapat melarang penyampaian suatu ide karena masyarakat memandang ide tersebut bersifat kurang ajar atau tidak menyenangkan. Selain itu, MAAS 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. MAAS memandang bahwa tidak ada yang bisa membuktikan bahwa pemaknaan masyarakat terhadap bendera Amerika Serikat akan berubah hanya karena tindakan Johnson. Dengan demikian, MAAS menguatkan putusan pengadilan banding di Texas yang menyatakan tindakan Johnson termasuk ekspresi yang dilindungi oleh Amandemen Pertama.

d. Kasus *Snyder v. Phelps* (2006)¹⁶⁰

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.

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.

160 U.S. Supreme Court (5), *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011), tersedia di <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/>.

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 menysasar 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*)¹⁶¹ – 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.¹⁶² Namun, Mahkamah 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.¹⁶³ Jerman memiliki sensitivitas yang lebih tinggi terhadap perlindungan atas warga Yahudi.¹⁶⁴

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

161 Peter E. Quint, "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory," *Maryland Law Review* Volume 48, Issue 2, Article 3 (1989), hal. 288.

162 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>.

163 *Ibid.*

164 *Ibid.*

atau hanya emosional.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷

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.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹

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 kembali menjadi suatu perkara yang diperiksa di pengadilan, jaminan perlindungannya belum tentu diterapkan secara sama.¹⁷⁰

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

165 Oliver Jouanjan, "Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany," *Indiana Law Journal* Volume 84, Issue 3, Article 5 (2009), hal. 870-871.

166 *Ibid.*

167 *Ibid.*

168 Carmen Moldovan, *loc.cit.*

169 *Ibid.*

170 Peter E. Quint, *loc.cit.*

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 Harlan¹⁷¹ 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 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.¹⁷² Contoh kasus Luth dan kasus apartemen ini

171 *Ibid.*, hal. 285-286.

172 *Ibid.*, hal 286-287.

menguatkan penjelasan bahwa Jerman memberlakukan standar pembatasan yang bersifat *ad-hoc*.

b. Kasus “Soldiers are Murderers”¹⁷³

Kasus “Soldiers are Murderers” (terjemahan bebas: tentara adalah pembunuh) adalah fenomena pidana 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.

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.

173 Oliver Jouanjan, *op.cit.*, hal. 878-880.

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 Nitanail 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 surat tuntutannya 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 aparat pemerintah 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 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, selengkapnya kata-kata Terdakwa tersebut mengandung makna bahwa Terdakwa yang dalam kapasitasnya sebagai aktivis anti korupsi yang tergabung dalam Touna Corruption Watch (TCW) dan menjabat sebagai Koordinator Wilayah Tojo Una Una sedang mengadakan penyelidikan mengenai informasi yang belum dapat dibuktikan kebenarannya, terkait proyek yang 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 POLRESTOJO 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 tuntutanannya 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 ¹¹	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.	<ul style="list-style-type: none"> 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;

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Wille v. Liechtenstein ¹¹	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.	<ul style="list-style-type: none"> • 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.
Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria. ¹²	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.	<ul style="list-style-type: none"> • 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
<p>Ricardo Canese v. Paraguay¹³</p>	<p>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.</p> <p>Pada 1992 komite investigasi dibentuk untuk menginvestigasi perbuatan melawan hukum yang terjadi selama masa kediktatoran, termasuk dugaan korupsi yang melibatkan Juan Carlos dan CONEMPA.</p> <p>Pada Agustus 1992, Canese maju dalam pemilu presiden melawan Juan Carlos. Dalam masa kampanye, ia diwawancarai 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.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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 ¹³	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.	<ul style="list-style-type: none"> • 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 ¹⁴	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.	<ul style="list-style-type: none"> • 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
<p>Uson Ramirez v. Venezuela¹⁴</p>	<p>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”.</p> <p>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.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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 ¹⁵	<p>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.</p> <p>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.</p>	<ul style="list-style-type: none"> 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;

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Lohe Issa Konate v. Burkina Faso ¹⁵		<ul style="list-style-type: none"> 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
Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda ¹⁶	<p>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.</p>	<ul style="list-style-type: none"> 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;

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
<p>Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda¹⁶</p>	<p>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.</p> <p>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.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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; • 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;

Para Pihak	Kasus Posisi	Pertimbangan
Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda ¹⁶		<ul style="list-style-type: none">• 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 311.¹⁷⁴ 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

174 Lihat Mahkamah Konstitusi, Putusan Nomor 50/PUU-VI/2008, paragraf 3.17, hal. 110.

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.

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.¹⁷⁵ 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.

175 R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal* (Bogor: Politeia, 1995), hal. 225.

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 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 setidak-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

Studi kasus dilaksanakan dengan cara-cara sebagai berikut:

1. Peserta dibagi ke dalam kelompok dengan jumlah peserta sebanyak 4-5 orang di setiap kelompok;
2. Diskusi kelompok akan dilakukan terhadap 5 kasus dalam waktu 30 menit;
3. 1 kasus akan diberikan kepada 2 kelompok untuk dikerjakan di masing-masing kelompok;
4. Untuk setiap kasus, hanya akan dipresentasikan oleh 1 kelompok selama 10 menit. Kelompok dengan kasus yang sama bisa menambahkan, menyanggah, dll;
5. Setiap selesai paparan, akan diberikan kesempatan kelompok lain untuk menanggapi dan kelompok yang mengerjakan kasus dapat menanggapi kembali;
6. Penanggap akan memberikan tanggapan setelah seluruh kasus telah dipresentasikan.

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: 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 Rantung Molungga.

Rantung 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 Rantung 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, Rantung 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. Rantung 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 kericuhan. Dari kejadian tersebut, pihak keamanan mengamankan beberapa orang, termasuk menangkap Rantung Molungga yang dianggap sebagai provokator dan menuduhnya telah melakukan makar.

Kasus 2: Kritik Terhadap Proses Pemilihan Dosen

Universitas Bhutros Ghali merupakan perguruan tinggi terkemuka di provinsi Peuhaba. Kampus ini terkenal dengan dosen-dosen yang berkualitas, alumni-alumni yang hebat di seluruh penjuru bangsa, dan hasil-hasil riset yang selalu menjadi rujukan banyak pihak. Reputasi ini membuat Universitas Bhutros Ghali selalu menjadi pilihan favorit para pelajar untuk melanjutkan Pendidikan dan para sarjana untuk menjadi dosen di kampus tersebut. Namun, seiring munculnya kampus-kampus baru lainnya dengan fasilitas yang lebih lengkap dan kesejahteraan dosen yang lebih baik, banyak dosen dan calon mahasiswa yang lebih memilih bergabung dengan kampus lain tersebut daripada Universitas Bhutros Ghali.

Pada tahun 2020, Universitas Bhutros Ghali mengadakan seleksi penerimaan calon dosen di Fakultas Hukum Universitas Bhutros Ghali. Salah satu anggota tim seleksi tersebut adalah Boin Yusuf yang merupakan dosen senior di Fakultas tersebut. Dalam proses seleksi tersebut, Boin Yusuf menemukan adanya berkas beberapa calon yang tidak memenuhi persyaratan, namun tetap diloloskan dari tahap seleksi oleh panitia seleksi. Kesal dengan kondisi tersebut, Boin Yusuf kemudian mengkritik proses seleksi tersebut dalam whatsapp group panitia seleksi dengan menuliskan “Luar biasa, sudah mati nurani dan akal sehat kita. Kampus ini yang dulu terkenal dengan kualitasnya, kini mati karena praktik-praktik KKN di dalamnya. Di saat kita mengejar kampus-kampus lain untuk kembali berjaya, tapi calon dosen berkualitas disingkirkan, malah calon yang memble diloloskan. Semoga Tuhan menyelamatkan kampus ini”.

Unggahan itu seketika mengundang keramaian di whatsapp group tersebut. Salah satu yang bereaksi keras adalah Ketua Panitia Seleksi, Nuha Razan, yang tidak diterima panitia seleksi dituduh melakukan praktik KKN dalam proses seleksi calon dosen tersebut. Nuha Razan kemudian melaporkan Boin Yusuf ke pihak yang berwenang karena menganggang Boin Yusuf telah mencemarkan nama baik panitia seleksi.

Kasus 3: Mural Kritik Terhadap Pejabat Publik

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.

Pada suatu hari, Budiono Hidayat berdiskusi dengan 2 orang temannya, Agus Soesilo dan Tohar Mito, yang ternyata memiliki kekesalan yang sama dengan janji Nial Dibain untuk menanggulangi masalah banjir. Mereka pun akhirnya sepakat untuk meluapkan kekesalan mereka kepada pemerintahan Nial Dibain melalui sebuah mural di tembok jalan raya yang ramai dilewati orang. Malam harinya, mereka bertiga kemudian mulai menggambar mural wajah Nial Dibain yang memiliki hidung panjang dengan membubuhkan kalimat "Tuhan, kami tidak cuma tenggelam karena air banjirmu, tapi juga karena janji manis pinokio ciptaanMu".

Keesokan harinya, mural ini seketika viral di media sosial dan menjadi pembicaraan seantero Batakarta. Ternyata, unggahan tersebut dilihat oleh salah satu pegawai Pemerintahan Daerah Batakarta, Amril Surawan. Amril bersama tim hukum Pemerintah Daerah kemudian melaporkan Budiono Hidayat, Agus Soesilo, dan Tohar Mito ke kepolisian.

Kasus 4: Pengungkapan Pelecehan Seksual Yang Viral

Lisra Rosita adalah seorang guru biologi yang sudah 10 tahun mengajar di SMA Negeri 1 Kota Rotiya. Selain sebagai guru, Lisra Rosita juga merupakan mentor dari kegiatan ekstrakurikuler debat Bahasa Inggris dan sering membawa tim debat SMA Negeri 1 Rotiya menjuarai berbagai kompetisi debat hingga tingkat nasional. Atas prestasinya tersebut, Lisra Rosita cukup dikenal oleh banyak kalangan di dunia Pendidikan Kota Rotiya. Lisra Rosita juga dikenal dengan kepribadiannya yang santun hingga membuat banyak orang menyukai dirinya. Salah satunya adalah Mintori Morang, Kepala Sekolah SMA Negeri 1 Kota Rotiya.

Suatu hari, Mintori Morang memanggil Lisra Rosita ke ruang kerjanya. Pada awalnya, Mintori Morang mengungkapkan rasa bangganya atas prestasi-prestasi tim debat SMA Negeri 1 Kota Rotiya. Namun, dalam pertemuan itu, Mintori Morang kemudian mengungkapkan ketertarikannya kepada Lisra Rosita dan menyatakan ingin menikahi Lisra Rosita. Mendengar hal tersebut, Lisra Rosita menolak dengan halus maksud dari Mintori Morang tersebut karena Mintori Morang sudah memiliki istri dan tidak tertarik dengan Mintori Morang. Lisra Rosita pun kemudian pamit untuk kembali mengajar.

Penolakan tersebut tidak membuat Mintori Morang menyerah. Ia pun mulai sering mengirimkan pesan singkat melalui whatsapp yang bernada menggoda kepada Lisra Rosita sembari mengajak Lisra Rosita menikah. Lisra Rosita pun merespon pesan-pesan dan menolak ajakan menikah tersebut dengan santun mengingat Mintori Morang adalah atasannya. Namun, Mintori Morang tetap mengirimkan pesan-pesan tersebut, bahkan hingga mulai bernada seksual. Lisra Rosita yang keberatan dengan pesan-pesan tersebut kemudian mulai merespon dengan cara yang tegas dan mengancam akan melaporkan Mintori Morang ke Dinas Pendidikan Kota Rotiya. Tetapi, Mintori Morang tetap terus mengirimkan pesan-pesan tersebut.

Suatu hari, Lisra Rosita sudah tidak tahan dan merasa dilecehkan dengan pesan-pesan yang dikirimkan oleh Mintori Morang. Ia pun menceritakan kejadian tersebut kepada temannya yang bekerja di Dinas Pendidikan Kota Rotiya, Salman Jaya, dan mengirim hasil tangkapan layar (screen capture) dari pesan-pesan yang dikirimkan Mintori Morang serta meminta Salman untuk melaporkan hal tersebut kepada Kepala Dinas Pendidikan Kota Rotiya. Namun, setelah Salman Jaya melaporkan kejadian tersebut, Dinas Pendidikan Kota Rotiya tidak kunjung bertindak atas tindakan Mintori Morang kepada Lisra Rosita. Salman Jaya kemudian menganjurkan Lisra Rosita untuk melaporkan kejadian tersebut kepada pihak yang berwajib. Namun, sama dengan Dinas Pendidikan Kota Rotiya, pihak kepolisian juga tidak kunjung memproses laporan Lisra Rosita.

Laporan-laporan Lisra Rosita tersebut akhirnya diketahui oleh Mintori Morang. Mintori Morang kemudian mengirimkan pesan yang bernada ancaman kepada Lisra Rosita dan menyuruh Lisra Rosita tidak melaporkan dirinya kepada pihak manapun. Merasa putus harapan karena laporan-laporannya tidak ditindaklanjuti dan tertekan dengan ancaman Mintori Morang, Lisra Rosita kemudian mengungkap kejadian yang dialaminya sembari mengunggah seluruh pesan-pesan dari Mintori Morang di laman facebook nya, mulai dari pesan-pesan yang mengajak Lisra Rosita berhubungan badan, hingga pesan-pesan yang bernada ancaman dari Mintori Morang. Dengan cara itu, ia berharap laporan-laporannya akan ditindaklanjuti oleh pihak-pihak yang berwenang.

Unggahan Lisra Rosita seketika viral di media sosial. Banyak pihak yang kemudian mendorong pihak-pihak yang berwenang untuk menindak perbuatan Mintori Morang kepada Lisra Rosita dan mencaci maki Mintori Morang. Tidak terima dengan hal tersebut, Mintori Morang kemudian melaporkan Lisra Rosita kepada pihak berwajib karena merasa unggahan Lisra Rosita telah mencemarkan nama baiknya. Lisra Rosita kemudian ditetapkan sebagai tersangka dengan tuduhan Pasal 27 Ayat (3) UU ITE.

Kasus 5: Menyebarkan Berita Larangan Natal

Rhamasyada adalah sebuah kota di Provinsi Dapang Barat. Kota ini dihuni oleh masyarakat yang memeluk beberapa agama yang berbeda, yaitu agama Rihumo (90%), Turewa (7%), Yutero (2%), dan Koliju (1%). Dengan komposisi masyarakat seperti itu, pemerintahan kota Rhamasyada selalu dipimpin oleh pemeluk agama Rihumo. Kondisi ini menyebabkan kebijakan yang dikeluarkan pemerintah kota tersebut seringkali mengacu kepada ajaran-ajaran agama Rihumo.

Agama Koliju sendiri memiliki sebuah hari besar/raja bernama “Happy Koliju Day”. Hari besar ini diperingati setiap tanggal 11 Januari. Hari ini selalu diperingati dengan mengadakan ibadah keagamaan, baik di rumah ibadah, maupun di lapangan-lapangan di kota Rhamasyada, yang dilakukan dengan bernyanyi puji-pujian. Tak jarang para penganut agama Koliju juga menari bersama sebagai rasa sukacita kepada Tuhan di hari besar tersebut.

2 (dua) tahun terakhir, tata cara ibadah tersebut menjadi sorotan masyarakat Rhamasyada, khususnya yang beragama Rihumo. Mereka menyatakan bahwa tata cara ibadah tersebut melanggar nilai-nilai yang ada di dalam agama Rihumo yang terbiasa beribadah dengan cara berdoa dalam keadaan diam. Menanggapi hal tersebut, tanggal 5 Januari 2019, pemerintah kota Rhamasyada mengeluarkan surat yang berisi larangan perayaan “Happy Koliju Day” di lapangan-lapangan dan rumah ibadah agama Koliju karena dapat mengganggu masyarakat kota Rhamasyada. Surat tersebut juga menyatakan bahwa para penganut agama Koliju dapat merayakan hari raya tersebut di rumah masing-masing agar tidak mengganggu masyarakat lainnya. Padahal, ajaran agama Koliju mewajibkan hari raya tersebut dilakukan beramai-ramai dengan sesama pemeluk agama Koliju.

Surat tersebut pada akhirnya diketahui oleh Raja Dharma. Raja Dharma adalah seorang aktivis yang selalu meneriakkan tentang kebebasan beragama dan berkeyakinan. Raja kemudian mengkritik kebijakan tersebut dengan cara membuat tulisan berjudul “Larangan Ibadah Koliju di Rhamasyada” dan menyebarkan tulisan tersebut ke beberapa teman wartawannya. Hasilnya, tulisan Raja dimuat di beberapa surat kabar dan menjadi perdebatan hangat di masyarakat Dapang Barat. Banyak masyarakat yang kemudian mengkritik pemerintah kota Rhamasyada karena menggunakan dasar agama dan tekanan masyarakat untuk melarang perayaan “Happy Koliju Day”, walaupun banyak juga yang mendukungnya. Seminggu setelah tulisan itu terbit, kepolisian menangkap Raja Dharma di kediamannya dengan tuduhan menyebarkan ujaran kebencian.

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 Berekspresi," *Beritasatu.com*, 9 November 2018, <https://www.beritasatu.com/nasional/521564-uu-ite-ancam-kebebasan-berpendapat-dan-berekspresi>.

10. 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>.
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 IV: Perlindungan dan Pemulihan Korban Tindak Pidana



Tujuan Umum

Peserta memahami konsep pemulihan bagi korban pelanggaran HAM serta hak-hak korban tindak pidana dalam pengaturan di hukum HAM internasional dan peraturan perundang-undangan di Indonesia.

Tujuan Khusus

1. Peserta mampu menjelaskan konsep dan cakupan pengaturan pemulihan korban tindak pidana berdasarkan standar HAM internasional dan perundang-undangan Indonesia;
2. Peserta mampu mengidentifikasi aspek-aspek penting dalam perlindungan dan pemulihan hak-hak korban tindak pidana;
3. Peserta secara khusus memahami prosedur dan praktik pemenuhan hak-hak korban tindak pidana terorisme.

Materi Pokok dan Rencana Pembelajaran

POKOK BAHASAN	WAKTU	METODE
1. Konsep perlindungan dan pemulihan hak-hak korban pelanggaran HAM dan korban tindak pidana	30 menit	<ul style="list-style-type: none"> • Membaca materi dan bahan bacaan • Kelas online (daring) dengan 3 (tiga) Narasumber
2. Praktik perlindungan dan pemulihan hak-hak korban tindak pidana di Indonesia	30 menit	
3. Praktik perlindungan dan pemulihan hak-hak korban tindak pidana terorisme oleh Kejaksaan	30 menit	
4. Identifikasi isu-isu krusial dalam perlindungan dan pemenuhan hak-hak korban tindak pidana	60 menit	Diskusi dan Tanya Jawab

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

- A. Pendahuluan
- B. Pemulihan Korban Pelanggaran HAM dan Hak-Hak Korban Tindak Pidana
 1. Pemulihan yang Efektif bagi Korban Pelanggaran HAM
 2. Cakupan Pemulihan dan Reparasi Korban Pelanggaran HAM
 3. Prinsip-Prinsip Pemulihan Korban
- C. Perlindungan dan Pemulihan dan Hak-Hak Korban Tindak Pidana
- D. Pengaturan Hak-Hak Korban Tindak Pidana dalam Perundang-undangan Indonesia
 1. Kewajiban Negara atas pemulihan yang efektif
 2. Pengaturan Perlindungan dan Hak-Hak Korban Tindak Pidana dalam Hukum Nasional
 3. Praktik Pemenuhan hak-hak korban: Perlindungan dan Pemenuhan Restitusi dan Kompensasi

Ringkasan Bahan Bacaan

A. Pendahuluan

Paska reformasi 1998, pengaturan tentang pemulihan korban pelanggaran HAM dan hak-hak korban tindak pidana di Indonesia semakin kuat, sejalan dengan adanya amandemen Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945) yang juga memperkuat pengakuan dan jaminan hak-hak asasi manusia (HAM). Indonesia juga telah meratifikasi berbagai instrumen HAM internasional yang mengandung pengaturan tentang pengakuan dan jaminan hak-hak korban pelanggaran HAM dan mengatur kewajiban negara atas pemulihan bagi para korban. Para korban pelanggaran HAM mempunyai hak untuk mendapatkan pemulihan yang efektif (*effective remedies*) melalui berbagai mekanisme, baik mekanisme administratif, legislatif maupun mekanisme yudisial atau melalui proses peradilan pidana. Para korban tindak pidana, yang mengalami dampak atau kerugian atas terjadinya tindak pidana sehingga mengurangi atau bahkan menghilangkan penikmatan hak-haknya (*enjoyment of rights*) juga berhak atas pemulihan yang efektif.

Pengaturan tentang hak-hak korban tindak pidana di Indonesia saat ini semakin kuat, yang mencakupi tidak hanya terkait dengan hak-hak substantif tetapi juga mencakup penguatan hak-hak prosedural. Kini, dalam perundang-undangan hukum pidana dan hukum acara pidana di Indonesia terjadi perubahan orientasi dalam proses peradilan pidana yang memberikan keseimbangan pengaturan perlindungan terhadap pelaku (tersangka, terdakwa, terpidana) dan perlindungan pada korban tindak pidana. Hal ini tercermin dalam pembentukan berbagai peraturan perundang-undangan yang spesifik mengatur perlindungan Korban, seperti

perundang-undangan tentang perlindungan saksi dan korban, atau pengaturan hak-hak korban dalam perundang-undangan yang khusus, misalnya perundang-undangan tentang tindak pidana perdagangan orang, terorisme, dan sebagainya. Dalam perkembangannya, berbagai tindak pidana juga semakin banyak yang diproses dengan pendekatan keadilan restoratif (*restorative justice*) dengan 'victim centered approach' yang memberikan ruang partisipasi pada korban dalam proses penyelesaian perkara-perkara pidana.

Dalam pengaturan berbagai peraturan perundang-undangan tersebut, kemudian muncul berbagai definisi dan cakupan hak-hak korban. Jika sebelumnya hak-hak korban tindak pidana secara umum berhak atas 'ganti rugi', kini muncul berbagai istilah yang spesifik misalnya 'restitusi', 'kompensasi' dan rehabilitasi, dan pendefinisian tentang korban tindak pidana dan definisi korban pelanggaran HAM yang berat. prosedur dan mekanisme untuk memenuhi hak-hak korban tindak pidana juga diatur semakin kuat, meskipun masih ada sejumlah prosedur hukum acara terkait pemenuhan hak-hak korban yang perlu ditingkatkan.

Dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur hak-hak korban juga telah membuka kesempatan korban mendapatkan pemulihan yang efektif, dengan adanya kewajiban dan langkah-langkah yang harus dilakukan oleh para penegak hukum selain memastikan adanya 'kompensasi' atau 'restitusi' kepada korban. Dalam konteks ini, peran para jaksa sangat signifikan dan menjadi bagian penting dalam proses untuk memastikan pemenuhan hak-hak korban dalam proses peradilan pidana dan menjamin perlakuan pada para korban sesuai dengan martabat dan kebutuhan spesifik mereka.

B. Pemulihan Korban Pelanggaran HAM dan Hak-Hak Korban Tindak Pidana

1. Pemulihan yang Efektif bagi Korban Pelanggaran HAM

Hukum HAM Internasional mengatur bahwa dalam hal terjadi pelanggaran HAM, Negara berkewajiban memberikan pemulihan yang efektif kepada para korban. Pasal 8 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) menyatakan bahwa 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.

Kewajiban negara terhadap korban pelanggaran HAM ini juga tercermin dalam Pasal 2 (3) *the International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), yang sudah diratifikasi oleh Indonesia melalui UU No. 12 Tahun 2005, yang menyatakan bahwa Setiap Negara Pihak dalam Kovenan ini berjanji untuk:

- 1) 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.
- 2) 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.
- 3) Menjamin, bahwa lembaga yang berwenang tersebut akan melaksanakan penyelesaian demikian apabila dikabulkan.

Kewajiban atas pemulihan korban pelanggaran HAM ini juga terdapat dalam berbagai instrumen HAM internasional lainnya yang sudah diratifikasi oleh Indonesia lainnya. Sebagai contohnya dalam *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, yang telah diratifikasi oleh Indonesia melalui UU 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 yang Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat). Konvensi ini mengatur: (i) negara harus menjamin setiap orang yang menyatakan telah disiksa mempunyai hak untuk mengadu, dan agar kasusnya diperiksa dengan segera dan tidak memihak oleh pihak berwenang; (ii) menjamin dalam sistem hukum nasional, korban penyiksaan memperoleh ganti rugi dan mempunyai hak untuk mendapatkan kompensasi yang adil dan layak, termasuk sarana untuk rehabilitasi sepenuh mungkin; (iii) dalam hal korban meninggal dunia akibat tindak penyiksaan, ahli warisnya berhak mendapatkan kompensasi; (iv) tidak boleh ada pembatasan apapun yang boleh mengurangi hak korban atau orang lain atas ganti kerugian yang telah diatur dalam hukum nasional.

Di tingkat regional, terdapat berbagai ketentuan yang mengatur tentang hak atas pemulihan, diantaranya: Pasal 10 Konvensi Amerika Mengenai HAM (*American Convention on Human Rights*), Pasal 63 dan 68 Konvensi Amerika tentang HAM juga mengatur bahwa korban berhak atas pemulihan dan kompensasi yang adil, Pasal 21 (2) Piagam Afrika Mengenai HAM dan Rakyat (*African Charter on Human and Peoples' Rights*) yang mengatur tentang "hak untuk mendapat kompensasi yang memadai, dan Pasal 5 (5) Konvensi Eropa Mengenai Perlindungan HAM dan Kebebasan Dasar (*European Convention on Human Rights*) mengatur tentang hak atas kompensasi yang dapat diberlakukan.

Bahwa istilah "pemulihan" (remedy) sering juga dipersandingkan dengan kata 'reparation', 'redress', atau istilah lainnya. Namin, istilah pemulihan ini secara umum digunakan untuk menjelaskan penggantian kerugian atau pembayaran yang dilakukan negara atas terjadinya

pelanggaran HAM kepada seseorang yang menyebabkan penderitaan dan pemulihan ini termasuk langkah-langkah diluar penggantian uang, yang dapat mencakup rehabilitasi, permintaan maaf kepada publik, penggantian kerusakan dan sebagainya.¹⁷⁶

Konsep pemulihan pada korban merujuk pada cakupan yang luas atas tindakan-tindakan yang dapat dilakukan negara untuk merespon pelanggaran yang nyata dan potensial yang melingkupi kedua hal: (1) substansi untuk memulihkan pelanggaran; dan (2) tindakan-tindakan prosedural yang dapat dicapai untuk tindakan pemulihan. Intinya, meskipun terdapat berbagai perbedaan dalam penggunaan istilah, tetap bertumpu pada adanya pengakuan bahwa setiap Negara mempunyai kewajiban kepada para korban pelanggaran HAM, guna memungkinkan para korban mendapatkan pemulihan atas penderitaan mereka dan menyediakan hasil yang nyata untuk memulihkan pelanggaran.

Cakupan hak atas pemulihan ini muncul dari cakupan hak-hak korban pelanggaran HAM yang setidaknya merujuk pada 3 (tiga) hak, yakni: (1) hak untuk mengetahui kebenaran (*right to know the truth*); (2) hak atas keadilan (*right to justice*); dan (3) hak atas reparasi (*right to reparation*):

- 1) Hak untuk mengetahui kebenaran: merupakan hak individu dan hak kolektif, serta untuk mencegah peristiwa terulang dimasa depan. Hak ini memberikan kewajiban negara untuk mengingat (*obligation to remember*), menghindari pengingkaran sejarah, dan memberikan pengetahuan kepada publik. Pemenuhan terhadap hak ini, Negara harus: (i) sesegera mungkin melakukan penyelidikan atau dalam kasus-kasus khusus membentuk tim/omisi penyelidikan; (ii) berupaya untuk melestarikan arsip/dokumen yang terkait dengan pelanggaran HAM; (iii) perlindungan saksi dan korban; serta (iv) mempublikasi pelanggaran HAM yang terjadi;
- 2) Hak atas Keadilan: negara berkewajiban memberikan para korban akses pada keadilan yang efektif, membawa pelaku ke pengadilan, dan korban mendapatkan hak-hak pemulihan. Hak ini memberikan kewajiban kepada negara untuk: (i) melakukan penyelidikan pelanggaran HAM; (ii) penuntutan kepada pelaku; (iii) membentuk pengadilan yang efektif untuk memberikan keadilan kepada para korban;
- 3) Hak atas reparasi: hak reparasi ini memerlukan langkah individual dan langkah kolektif. Pada level individu, korban dan keluarga serta tanggungannya harus mendapatkan pemulihan yang efektif, dimana prosedur pemulihan harus diumumkan seluas mungkin dan reparasi mencakupi seluruh kerugian yang diderita korban. Pada tingkatan kolektif, langkah simbolis yang ditujukan untuk memberikan reparasi moral, misalnya melalui pengakuan resmi secara publik oleh Negara mengenai tanggung

176 H. Victor Conde, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, Second Edition, University of Nebraska Press, 2004.

jawabnya, atau deklarasi resmi yang ditujukan untuk memulihkan harkat martabat korban, upacara peringatan, penamaan jalan umum atau pendirian monumen, dapat membantu melaksanakan kewajiban untuk mengingat.

Dengan demikian, pemulihan korban pelanggaran HAM mempunyai aspek yang luas, bukan semata mengenai 'ganti kerugian', tetapi mencakup aspek-aspek lain yang mencakup soal keadilan, prosedur/mechanisme dan jaminan-jaminan lain yang memastikan korban mendapatkan akses terhadap pemulihan atas penderitaan yang mereka alami dan pemulihan tersebut harus dilakukan dengan efektif

Bahwa pemulihan yang memadai, efektif dan tepat harus ditujukan untuk memberikan keadilan dan memberikan ganti rugi atas terjadinya suatu kejahatan atau pelanggaran HAM. Pemulihan juga harus diberikan secara proporsional sesuai dengan tingkat pelanggaran dan kerugian yang ditimbulkannya. Berkaitan dengan kewajiban hukum nasional dan hukum internasional, negara harus menyediakan pemulihan terhadap para korban akibat tindakan atau pengabaian yang menimbulkan pelanggaran hak-hak yang dijamin. Sementara dalam hal suatu kasus dimana pelanggaran tidak dilakukan oleh negara, pihak yang bertanggung jawab terhadap pelanggaran tersebut harus melakukan pemulihan kepada korban.

Hukum HAM internasional menyatakan bahwa pemulihan korban haruslah pemulihan yang cepat atau segera (*immediate*), setimpal/layak (*appropriate*) dan efektif, yang dimaksudkan untuk memenuhi rasa keadilan para korban serta penyelesaian pelanggaran HAM. Pemulihan yang efektif merujuk pada pemenuhan hak-hak korban atas kebenaran, keadilan, dan reparasi, yang kesemuanya dilakukan dengan melalui berbagai mekanisme baik yudikatif, legislatif, administratif atau langkah-langkah lain yang diperlukan.

Hak untuk mengetahui kebenaran misalnya, para Korban harus berhak atas informasi atau mengetahui peristiwa pelanggaran HAM yang menimpa mereka, termasuk siapa pelaku, kenapa pelanggaran HAM terjadi dan apa yang dilakukan negara terhadap para pelaku. Sebagai contohnya adalah hak untuk mengetahui kebenaran bagi keluarga korban penghilangan paksa yang hingga kini belum ditemukan, keluarga korban berhak mengetahui nasib atau keberadaan keluarga mereka yang dihilangkan secara paksa. Demikian pula hak atas keadilan, korban berhak untuk mendapatkan keadilan yang substantif, baik berupa penghukuman kepada pelaku atau adanya bentuk-bentuk sanksi lainnya yang dikenakan pada pelaku.

2. Cakupan Pemulihan dan Reparasi Korban Pelanggaran HAM

Berdasarkan pada berbagai pengaturan Hukum HAM internasional, pokok-pokok cakupan pemulihan pada korban adalah:

- 1) **Restitusi**: harus diberikan untuk menegakkan kembali, sejauh mungkin, situasi yang ada bagi korban sebelum terjadinya pelanggaran HAM. Restitusi mengharuskan, antara lain, pemulihan kebebasan, kewarganegaraan atau tempat tinggal, lapangan kerja atau hak milik.
- 2) **Kompensasi**: harus diberikan untuk setiap kerusakan yang secara ekonomis dapat diperkirakan nilainya, yang timbul dari pelanggaran HAM, seperti:
 - a) kerusakan fisik dan mental;
 - b) kesakitan, penderitaan dan tekanan batin;
 - c) kesempatan yang hilang, termasuk pendidikan;
 - d) hilangnya mata pencaharian dan kemampuan mencari nafkah;
 - e) biaya medis dan biaya rehabilitasi lain yang masuk akal, termasuk keuntungan yang hilang;
 - f) kerugian terhadap reputasi dan martabat;
 - g) biaya dan bayaran yang masuk akal untuk bantuan hukum atau keahlian untuk memperoleh suatu pemulihan;
 - h) kerugian terhadap hak milik usaha, termasuk keuntungan yang hilang.
- 3) **Rehabilitasi**: haruslah disediakan, yang mencakup:
 - a) pelayanan hukum;
 - b) psikologi, perawatan medis, dan pelayanan atau perawatan lainnya;
 - c) tindakan untuk memulihkan martabat dan reputasi (nama baik) sang korban.
- 4) **Jaminan kepuasan dan ketidakberulangan**: tersedinya atau diberikannya kepuasan dan jaminan bahwa pelanggaran HAM serupa tidak akan terulang lagi di masa depan, yang mencakup:
 - a) dihentikannya pelanggaran yang berkelanjutan;
 - b) verifikasi fakta-fakta dan pengungkapan kebenaran sepenuhnya secara terbuka;
 - c) keputusan yang diumumkan demi kepentingan korban;
 - d) permintaan maaf, termasuk pengakuan di depan umum mengenai fakta-fakta dan penerimaan tanggung jawab;
 - e) diajukannya ke pengadilan orang-orang yang bertanggungjawab atas pelanggaran;
 - f) peringatan dan pemberian hormat kepada para korban;
 - g) dimasukkannya suatu catatan yang akurat mengenai pelanggaran HAM dalam kurikulum dan bahan-bahan pendidikan;
 - h) mencegah berulangnya pelanggaran dengan cara seperti: (i) memastikan pengendalian sipil yang efektif atas militer dan pasukan keamanan; (ii) membatasi yurisdiksi mahkamah militer; (iii) memperkuat kemandirian badan peradilan; dan (iv) melindungi profesi hukum dan para pekerja HAM; (v) memberikan pelatihan HAM pada semua sektor masyarakat; dan khususnya kepada militer dan pasukan keamanan dan kepada para pejabat penegak hukum.

3. Prinsip-Prinsip Pemulihan Korban

Pemenuhan hak-hak dan pemulihan korban,¹⁷⁷ termasuk korban pelanggaran HAM yang berat dilakukan dengan memenuhi beberapa prinsip dasar sebagai berikut:

- 1) **Non Diskriminasi:** Semua korban berhak mendapatkan segala bentuk upaya pemulihan tanpa membedakan latar belakang berdasar suku, agama, ras, etnis, gender, usia, orientasi seksual, pandangan politik, dan sebagainya;
- 2) **Cepat, Tepat Sasaran, Setimpal, dan Efektif:** Pemulihan bagi korban harus dilakukan dengan segera (*prompt*), layak (*appropriate*) serta sesuai dengan kebutuhan korban. Pemulihan korban yang cepat, memadai, dan efektif dan cepat dimaksudkan untuk memenuhi rasa keadilan para korban yang mengupayakan penyelesaian pelanggaran HAM yang berat melalui berbagai mekanisme hukum nasional maupun internasional;
- 3) **Persamaan dan Akses yang Efektif Terhadap Keadilan:** Pemulihan terhadap korban harus diberikan secara merata dan efektif, termasuk akses terhadap administrasi, mekanisme, sumber, dan proses yang sesuai dengan ketentuan peraturan yang berlaku;
- 4) **Pendampingan Terhadap Korban:** Korban berhak mendapatkan pendampingan dalam rangka upaya pemulihan hak-haknya termasuk memperjuangkan langkah penyelesaian sesuai dengan hukum yang berlaku baik melalui mekanisme hukum nasional maupun internasional;
- 5) **Akses Informasi Terhadap Korban:** Korban berhak untuk mendapatkan kemudahan akses terhadap informasi terkait dengan jenis dan bentuk pemenuhan hak korban dalam setiap tahapannya proses penyelesaian kasusnya;
- 6) **Pemulihan Hak Korban Secara Menyeluruh:** Pemenuhan hak korban harus secara menyeluruh terhadap semua peristiwa pelanggaran HAM dan tidak hanya terbatas pada pemulihan korban, namun juga langkah penyelesaian yang berkeadilan. Pemulihan juga sedapat mungkin mengembalikan korban pada kondisi semua sebelum pelanggaran HAM terjadi (*restitutio in integrum*);
- 7) **Pemulihan hak korban bukan bagian dari impunitas:** Bahwa pemulihan korban dalam aspek dan mekanisme tertentu (misalnya mekanisme non-yudisial) tidak menghilangkan atau mengurangi upaya yang ditempuh korban untuk mendapatkan keadilan melalui proses hukum dan tidak menutup suara korban dalam mengungkapkan kebenaran;

177 Diantaranya merujuk pada Deklarasi Prinsip-prinsip Dasar Keadilan Bagi Korban Kejahatan dan Penyalahgunaan Kekuasaan (*Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crimes and Abuses of Power 1995*) dan Prinsip-prinsip dan Pedoman PBB mengenai Hak atas Pemulihan dan Reparasi untuk Korban Pelanggaran Berat terhadap Hukum Hak Asasi Internasional dan Pelanggaran Serius terhadap Hukum Humaniter Internasional (*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law 2005*).

- 8) **Pemulihan hak korban merupakan kewajiban dan tanggung jawab Negara, serta hak bagi korban:** Negara mempunyai kewajiban untuk memastikan aturan hukum pada level nasional mengakomodasi kebutuhan korban dan memastikan pemenuhan hak-hak korban;
- 9) **Perlindungan Terhadap Korban:** Korban harus mendapatkan perlindungan dari segala bentuk intimidasi, stigma negatif, tekanan fisik dan psikologis, pelanggaran harkat, martabat dan privasi. Dalam hal ini korban harus diperlakukan secara manusiawi dan dihormati harkat martabatnya.

C. Perlindungan dan Pemulihan dan Hak-Hak Korban Tindak Pidana

Setiap korban pelanggaran HAM mempunyai hak untuk menuntut upaya pemulihan berbagai mekanisme pemulihan diantaranya melalui lembaga-lembaga peradilan yang diatur oleh sistem hukum Negara tersebut, dan untuk mengembangkan segala kemungkinan upaya penyelesaian melalui badan-badan peradilan. Dalam konteks ini, para korban tindak pidana yang mengalami kerugian atas terjadinya kejahatan yang menghilangkan atau mengurangi hak-haknya berhak atas pemulihan.

Ganti kerugian kepada korban tindak pidana merupakan merupakan norma yang sudah ada dan diterapkan sejak lama, untuk memulihkan korban dari tindak pidana yang terjadi. Hal ini terjadi dalam banyak tradisi di berbagai negara dengan bentuk dan model ganti kerugian yang berbeda-beda, yang pada pokoknya korban atau pihak yang ditanggung mendapatkan ganti kerugian dan pelaku memberikan ganti kerugian, atau kelompok-kelompok sosial dalam masyarakat tertentu membagi beban untuk memulihkan korban. Gagasan ganti kerugian pada korban atau dalam istilah generik “kompensasi” pada korban tindak pidana dapat dilacak sejak zaman dahulu, misalnya dalam peradaban Babylonian (380 B.C.) atau di kelompok-kelompok masyarakat adat di Amerika Latin yang menggunakan proses keadilan informal.

Perkembangan kompleksitas masyarakat dan sistem keadilan, negara mempunyai peran dominan dalam proses-proses keadilan. Norma-norma kemudian diciptakan oleh negara, termasuk norma-norma hukum pidana. Negara pada awalnya diasumsikan sebagai pihak yang mewakili kepentingan korban dan sehingga “dianggap” tidak perlu keterlibatan korban secara langsung dari proses peradilan. Dalam perkembangan selanjutnya, kepentingan korban dalam peradilan pidana semakin tinggi dan memunculnya pentingnya keterlibatan korban dalam proses peradilan pidana. Masalah-masalah terkait dengan kepentingan (*interest*) korban ini dapat dilacak setidaknya pada konggres-konggres internasional yang membahas tentang reparasi bagi korban dalam peradilan pidana, misalnya oleh organisasi-organisasi seperti *the International Association of Penal Law*, *the International Society of Social Defense* and *the International Society of Criminology*.

Sejak studi-studi awal pada 1940an, oleh Benjamin Mendelsohn and Hans von Hentig, terdapat berbagai temuan dimana korban menghadapi berbagai masalah di dalam masyarakat maupun dalam interaksinya dengan sistem peradilan pidana. Banyak korban mendapatkan perlakuan buruk dari penegak hukum yang menyebabkan terjadinya “second injury” atau menjadi korban untuk kedua kalinya. Hal ini terjadi dalam kasus-kasus dengan korban yang rentan, misalnya kelompok migran, minoritas, korban kekerasan seksual, pengungsi, tawanan perang, dan sebagainya. Merespon kondisi ini, lambat laun terjadi pengakuan dan penguatan hak-hak korban, termasuk untuk mendapatkan pemulihan dalam berbagai bentuk, baik berupa ganti rugi keuangan dan sebagainya. Pertemuan internasional penting yang secara khusus membahas korban adalah *First International Symposium on Victimology* 1973 yang menjadi cikal pembentukan *World Society of Victimology* 1979. Berbagai organisasi internasional sejak itu fokus pada isu-isu pokok terkait dengan korban kejahatan dan penyalahgunaan kekuasaan.

Berbagai negara merespon tantangan terkait hak-hak korban tindak pidana tersebut dengan memperkuat posisi korban dalam peraturan perundangan-undangan dan dalam proses peradilan pidana, serta memastikan akses pada layanan yang dibutuhkan. Salah satu yang paling awal adalah reformasi yang diajukan oleh Margery Fry di Inggris dan Irlandia Utara, yang selama awal 1950an mengajukan adanya *shelter* (rumah aman) bagi perempuan korban kekerasan, skema kompensasi negara untuk korban, dan rekonsiliasi korban dan pelaku. Namun, sampai dengan pertengahan abad 20, di banyak negara para korban masih merupakan “pihak yang dilupakan” dalam administrasi keadilan meski dengan sistem keadilan pidana modern. Oleh karenanya, hak-hak korban perlu “diseimbangkan”, sehingga muncul agenda-agenda untuk mengatur hak-hak korban tersebut, termasuk pemulihan pada mereka dalam proses peradilan pidana.

Pengakuan hak-hak korban kemudian semakin kuat, termasuk untuk mendapatkan pemulihan dalam berbagai bentuk, baik ganti rugi keuangan maupun pemulihan dalam berbagai bentuk lainnya. Skema kompensasi negara pertama untuk korban kekerasan misalnya diadopsi oleh Selandia Baru pada 1963 dan adanya *shelter* dan pusat crisis di Inggris pada awal 1970an. Contoh lain pada masa awal pemenuhan hak-hak korban diantaranya adalah UU Perlindungan Anak Israel tahun 1955, perkembangan skema kompensasi di Selandia Baru pada 1973 yang menyediakan korban kompensasi yang sama dengan korban kecelakaan industri dan motor/mobil. Di Quebec, Canada juga akan mekanisme yang menyediakan kemungkinan pembayaran darurat (*emergency payments*), dan di Polandia membentuk Yayasan untuk membantu korban sebagai suatu dana kompensasi publik yang khusus (*Foundation for Assisting Victims of Crime as a special public compensation fund*).

Berbagai negara dan kawasan terus mengembangkan pengaturan hak-hak korban tindak pidana, diantaranya di kawasan Eropa yang merupakan wilayah yang terdepan dalam mengembangkan standar dan norma hak-hak korban tindak pidana. Pada 1983, *Council of Europe* (Dewan Eropa) mengadopsi *European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes* (berlaku 1988), yang kemudian dilanjutkan diperkuat dengan berbagai pengaturan lain misalnya *the Recommendation on the position of the victim within the framework of criminal law and procedure* (1985) dan *the Recommendation on assistance to victims and the prevention of victimization* (1987). Di kawasan Eropa, saat ini terdapat berbagai regulasi tentang hak-hak korban, termasuk pengaturan hak-hak korban tindak pidana yang sangat spesifik.

PBB juga terus membahas tentang pengakuan dan pemulihan korban tindak pidana, termasuk hak-hak korban *gross violation of human rights*¹⁷⁸ dan pelanggaran hukum humaniter internasional, yang sejalan dengan pengembangan instrumen HAM internasional. Pada 1985, Majelis Umum PBB mengadopsi *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* (Deklarasi Prinsip-Prinsip Dasar Keadilan bagi Korban Tindak Pidana dan Penyalagunaan Kekuasaan).¹⁷⁹ Deklarasi ini diadopsi dengan konsensus dan merefleksikan kehendak komunitas internasional guna menyeimbangkan hak-hak dan kepentingan korban dengan hak-hak dasar tersangka/pelaku.

Deklarasi mendasarkan pada pada filosofi bahwa korban harus secara layak (*adequately*) diakui dan diperlakukan dengan menghormati martabatnya. Pokok-pokok pengaturan dalam Deklarasi ini adalah:

1. Tanggung jawab negara terkait dengan korban tindak pidana;
2. Pokok-pokok ketentuan terkait dengan restitusi dan kompensasi kepada korban. Misalnya dalam Poin 5, mengatur bahwa mekanisme yudisial dan administratif harus dibentuk untuk memperkuat dan memampukan korban memperoleh pemulihan melalui prosedur formal dan informal yang cepat, adil, tidak mahal dan dapat diakses. Korban juga berhak atas informasi yang diperlukan. Korban dapat memilih prosedur yang tersedia (pidana, administratif, perdata, atau mekanisme informal);
3. Hak-hak Korban, yang secara umum mencakup: (i) akses pada keadilan; (ii) pemulihan yang segera atas penderitaan dan kerugian mereka; dan (iii) mendapatkan pendampingan khusus yang layak terkait dengan trauma dan masalah lain akibat tindak pidana. Selain itu, juga mengatur ketentuan-ketentuan yang diperlukan bagi perlindungan dan pemulihan korban: (i) standar dasar tentang yurisdiksi negara atas hukumnya dan apa yang perlu dibentuk; (ii) panduan tentang kerja dan bantuan internasional.

178 Dalam konteks Indonesia, istilah "gross violation of human rights" ini sering dipadankan dengan istilah "pelanggaran HAM Berat". Lihat juga penggunaan istilah "pelanggaran HAM yang berat" dalam UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

179 Resolusi Majelis Umum PBB 40/34, 29 November 1985. Lihat <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>

[Isi lengkap *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* lihat dalam Lampiran]

Deklarasi Hak-Hak Korban tersebut menjadi urgen karena terus terjadinya berbagai tindak pidana akibat dari konflik bersenjata, represi/opresi negara, dan pemusnahan etnis yang menimbulkan banyak korban. Sejalan dengan perkembangan hukum pidana internasional dan terjadinya berbagai kasus pelanggaran HAM yang berat (misalnya kejahatan perang, genosida, dan kejahatan terhadap kemanusiaan), PBB dan komunitas internasional juga membentuk berbagai Peradilan Pidana Internasional untuk kasus tertentu (ad hoc), misalnya dalam *the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia* (ICTY) untuk mengadili berbagai kasus yang terjadi di Bekas Negara Yugoslavia dan *the International Tribunal for Rwanda* (ICTR) yang mengadili berbagai kasus akibat konflik di Rwanda, yang dalam statuta dan berbagai keputusan pengadilan tersebut mengakui adanya ompensasi pada Korban.

Pada 1998 kemudian terbentuk *Rome Statute 1998* (Statuta Roma), sebagai landasan pengaturan untuk *International Criminal Court* (ICC) yang merupakan pengadilan pidana internasional yang permanen. Statuta Roma 1998 juga mengatur tentang hak-hak korban, termasuk hak untuk mendapatkan kompensasi dan mengatur tentang *trust fund* (dana perwalian). Statuta Roma dan Aturan Mengenai Hukum dan Pembuktian (*Rules and Evidence*) juga memberikan perhatian khusus atas posisi korban dalam proses berjalannya peradilan. Hak-hak korban diatur dalam beberapa pasal terkait hak korban selama proses peradilan berlangsung, yaitu :

- a. Hak atas perlindungan bagi korban selama proses peradilan berlangsung, diantaranya dalam Pasal 57 yang mengatur perlindungan pada tahap *pre-trial* dan Pasal 68 yang berisi hak-hak korban selama proses persidangan, seperti partisipasi korban, mekanisme perlindungan dalam tahapan pembuktian untuk memberikan keterangan secara *in camera* maupun pengajuan bukti dengan sarana elektronik;
- b. Hak atas jaminan perlindungan baik dalam konteks finansial maupun fasilitas lainnya bagi korban kejahatan dan keluarganya (Pasal 79 mengatur mengenai pembentukan *Trust Fund* untuk menjamin hak-hak korban kejahatan dan keluarganya).¹⁸⁰

Hukum acara untuk ICC juga mengatur tentang prosedur pemenuhan korban mendapatkan kompensasi, misalnya Korban dan saksi perempuan dalam mekanisme ICC dapat meminta prosedur pemeriksaan dilakukan sesuai dengan kebutuhan mereka dan ICC memiliki kewajiban untuk memberikan perlindungan terhadap korban dan saksi perempuan untuk memperoleh rasa aman, kondisi fisik dan mental yang sehat, serta kerahasiaan saksi dan korban dengan kekhususan untuk kasus-kasus terkait kekerasan seksual dan jender. Statuta Roma juga mengatur adanya unit khusus perlindungan saksi (*Victim and Witness Protection*) untuk perlindungan, konsultasi dan berbagai bentuk asistensi lainnya.

180 Abdul Haris Semendawai, *Hak-Hak Korban Pelanggaran HAM Yang Berat (Tinjauan Hukum Internasional dan Nasional)*, Jurnal Hukum, No. 2 Vol., 16 April 2009: 253 – 267.

Pada 2005, PBB mengesahkan *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* (Prinsip-Prinsip Dasar tentang Kompensasi dan Restitusi bagi Korban Pelanggaran HAM yang Berat dan Korban pelanggaran hukum humaniter internasional).¹⁸¹ Dokumen ini memberikan panduan dan prinsip-prinsip pemulihan korban pelanggaran berat hukum HAM internasional dan pelanggaran serius hukum humaniter internasional.¹⁸²

Berbagai contoh perkembangan pengaturan dan prinsip hak-hak Korban

1963	Selandia Baru mengadopsi Skema Kompensasi dari Negara
1970an	Inggris mendirikan shelter bagi korban kekerasan seksual dan pusat krisis (crisis center) untuk korban serangan seksual.
1983	Council of Europe mengadopsi <i>European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes</i> (berlaku 1988)
1985	Council of Europe - <i>Recommendation on the position of the victim within the framework of criminal law and procedure</i>
1985	Mejelis Umum PBB mengadopsi <i>Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power</i>
1987	Council of Europe - <i>Recommendation on assistance to victims and the prevention of victimization.</i>
1988	<i>Rome Statute 1998</i> – sebagai landasan ICC dan mengatur pemulihan dan kompensasi korban kejahatan-kejahatan serius.
2004	Eropa - Directive No. 2004/80/EC <i>Relating to the Compensation of the Victims of Crime</i>
2005	<i>Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law</i>
2007	<i>Nairobi Declaration on Women's and Girl's Right to A Remedy and Reparation</i>
2012	Parlemen Eropa dan Dewan Eropa - <i>EU Directive 2012/29/EU of the European Parliament and Council of Europe</i> – mengatur standar minimum hak-hak, dukungan dan perlindungan korban tindak pidana
2017	<i>the European Anti-Trafficking Convention provides for the right of victims to compensation.</i>
	DII.

181 Diadopsi oleh Majelis Umum PBB melalui Resolusi 60/147, 16 Desember 2005. Lihat: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>

182 Penguatan standar hak-hak korban ini lihat juga Laporan Ahli Independen tentang Rangkaian Prinsip-Prinsip Penghapusan Impunitas (*Report of the independent expert to update the Set of Principles to combat impunity*), E/CN.4/2005/102, 18 Februari 2005.

- **Pengertian Korban**

Berbagai aspek penting dalam kerangka hukum hak-hak korban kemudian memberikan berbagai penjelasan definisi dan konseptual yang lebih jelas. Terkait dengan definisi korban, berbagai negara mendefinisikan korban tindak pidana dengan cakupan yang berbeda-beda dan kemudian selalu di dikaji dan berubah dari waktu ke waktu, utamanya untuk menyesuaikan dengan standar tentang pengertian korban dan perkembangan prinsip dan pendekatan-pendekatan dalam hukum-hukum tindak pidana. Perubahan ini juga terkait dengan jenis tindak pidana dan cakupan kerugian yang bisa dimintakan restitusi atau kompensasi.

Pengetian korban telah didefinisikan dalam Deklarasi Prinsip-Prinsip Dasar Keadilan Bagi Korban Tindak Pidana dan Penyalahgunaan Kekuasaan, yakni adalah orang-orang yang, secara individual atau kolektif (bersama-sama), mengalami penderitaan, baik luka fisik atau mental, penderitaan mental, kerugian ekonomi atau secara substansial kehilangan hak-hak dasarnya, yang diakibatkan oleh tindak pidana. Sementara dalam Prinsip-Prinsip Dasar dan Panduan tentang Hak-Hak Pemulihan dan Reparasi Korban Pelanggaran HAM yang Berat Hukum HAM internasional dan Pelanggaran Serius Hukum Humaniter internasional, Korban adalah seseorang, yang secara individual atau kelompok menderita kerugian, termasuk cedera fisik atau mental, penderitaan emosional, kerugian ekonomi atau perampasan nyata terhadap hak-hak dasar mereka, atas tindakan atau pembiaran yang merupakan pelanggaran berat hukum HAM internasional, atau pelanggaran serius hukum humaniter internasional. Istilah korban juga termasuk, sejauh dipandang tepat, keluarga langsung atau orang yang secara langsung berada di bawah tanggungan para korban dan orang-orang yang telah mengalami penderitaan dalam membantu para korban yang sengsara atau dalam mencegah orang-orang agar tidak menjadi korban.

Berdasarkan dua dokumen tersebut, pengertian "Korban" secara umum adalah orang-orang yang secara individu atau kolektif, telah menderita kerugian, termasuk luka fisik atau mental penderitaan emosional, kerugian ekonomi atau kerusakan yang substansial atas hak dasarnya, lewat tindakan atau pembiaran yang bertentangan dengan hukum pidana. Istilah korban juga termasuk, sejauh dipandang tepat, keluarga langsung atau orang yang secara langsung berada di bawah tanggungan para korban dan orang-orang yang telah mengalami penderitaan dalam membantu para korban yang sengsara atau dalam mencegah orang-orang agar tidak menjadi korban.

Pengertian dan ruang lingkup Korban ini penting untuk dipahami dalam konteks di Indonesia, yang mempunyai berbagai pengaturan tentang hak-hak korban tindak pidana, termasuk korban pelanggaran HAM yang berat.¹⁸³

183 Lihat pengertian korban dalam berbagai perundang-undangan di Indonesia, misalnya UU No 26 Tahun 2000, UU No. 13 tahun 2006 dan UU No. 31 tahun 2014 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, serta berbagai peraturan turunannya.

- **Istilah Restitusi dan Kompensasi**

Istilah Restitusi dan Kompensasi merupakan istilah yang digunakan untuk mendefinisikan “ganti kerugian” pada korban pelanggaran HAM atau digunakan sebagai istilah untuk menjabarkan cakupan ‘ganti kerugian’ korban tindak pidana. Artinya, kompensasi maupun restitusi adalah ganti kerugian yang diberikan kepada korban tindak pidana dan dalam mempunyai berbagai perbedaan terkait dengan cakupan, pihak yang memberikan atau menyediakan dan membayar, serta mekanisme pemenuhannya.

Di berbagai negara, istilah kata “kompensasi” digunakan secara generik untuk menggambarkan ‘ganti kerugian’ para korban tindak pidana, baik yang dibayarkan oleh Negara atau oleh Pelaku, atau menggunakan istilah “kompensasi” dan “restitusi” untuk maksud yang sama yakni ganti rugi kepada korban, serta istilah bantuan keuangan negara untuk “kompensasi negara” (misalnya di Inggris dan Australia). Di Negara lain, istilah untuk ganti kerugian diantaranya “reparation” (Selandia Baru). Perbedaan ini diantaranya dimaksudkan untuk merujuk pada siapa yang menyediakan ganti rugi, misalnya istilah restitusi untuk ganti kerugian yang dibayarkan oleh pelaku dan kompensasi yang dibayarkan oleh Negara, namun beberapa negara yang menggunakan kedua istilah tanpa membedakan secara spesifik tetapi maksudnya adalah ganti kerugian pada korban tindak pidana.

Deklarasi Prinsip-Prinsip Dasar Keadilan Bagi Korban Tindak Pidana dan Penyalahgunaan Kekuasaan 1985, juga menggunakan istilah restitusi dan kompensasi. Pengaturan restitusi diantaranya bahwa pelaku atau pihak ketiga yang bertanggung jawab atas perbuatan mereka harus, sepanjang sesuai, membayar restitusi yang adil kepada korban, keluarga korban atau pihak yang tergantung pada korban. Restitusi tersebut harus mencakup pengembalian properti atau pembayaran atas kerugian atau kehilangan yang diderita, penggantian pengeluaran-pengeluaran yang terjadi akibat dari tindak pidana, pelayanan-pelayanan dan pemulihan (restoration) hak-hak. **Deklarasi ini tidak mendefinisikan maksud kompensasi, namun istilah kompensasi merujuk pada ganti kerugian pada korban tindak pidana yang dibayarkan/dilakukan oleh negara, dengan pengaturan diantaranya, (1) dalam hal kompensasi (ganti rugi), tidak secara penuh didapatkan dari pelaku atau sumber lain, negara harus berupaya untuk menyediakan kompensasi keuangan pada: (i) Korban yang mengalami luka atau cacat tubuh secara signifikan baik mental maupun fisik sebagai akibat dari tindak pidana serius; (ii) Keluarga Korban, khususnya yang tergantung pada korban yang meninggal atau secara fisik atau mental tidak mampu lagi, sebagai akibat dari kejahatan yang terjadi.**

- **Tanggung Jawab Negara tentang Pemenuhan Restitusi dan Kompensasi**

Bahwa kompensasi dan restitusi adalah bagian penting dari proses pemulihan korban dan merupakan bagian dari hak-hak korban. Pemerintah berkewajiban untuk memperkuat praktik, kebijakan/ hukum/ regulasi bahwa ada ganti rugi sebagai pilihan hukuman atau sebagai tambahan dari sanksi-sanksi pidana lainnya. Prinsip penting lainnya adalah dalam hal pejabat atau aparat negara yang bertindak dalam kapasitas resmi negara melakukan tindak pidana, korban harus mendapatkan ganti rugi dari negara, termasuk pemerintahan baru juga mempunyai kewajiban untuk memberikan ganti kerugian atas tindak pidana yang terjadi jika pemerintah sebelumnya telah selesai.

Bahwa skema kompensasi negara harus tersedia dan kompensasi harus diberikan pada korban kasus-kasus tertentu, bahkan jika pelaku tidak ditemukan, diadili atau dihukum (Konvensi Eropa 1983, dan diikuti oleh berbagai norma internasional lainnya, juga di Belanda, Australia, Selandia Baru, Perancis, dan sebagainya). Perundang-undangan Indonesia terkait dengan kompensasi untuk korban tindak pidana terorisme juga mengatur dengan pendekatan dan skema ini.

- **Pengaturan Restitusi**

Berbagai negara mengatur mekanisme restitusi berbeda-beda termasuk di negara-negara yang mempunyai negara bagian misalnya Amerika Serikat dan Australia. Di Amerika Serikat, selain diatur tersendiri di negara bagian, juga ada pengaturan restitusi dan kompensasi untuk kejahatan-kejahatan di tingkat federal (dengan mekanisme yang berbeda).

Sejumlah negara mengatur restitusi sebagai bagian dari hukuman pidana, yang mencerminkan karakter pengukuman pada pelaku dan pemulihan keuangan pada korban (Selandia Baru). Sementara lainnya restitusi difungsikan sebagai “penggantian” dan membantu korban untuk pulih (Australia, Inggris). Sementara bentuk, cakupan dan mekanisme restitusi juga beragam, misalnya memberikan denda lebih tinggi dari jumlah restitusi, dengan denda yang dapat dikesampingkan atau ditunda pembayarannya jika pelaku membayar restitusi pada korban, atau memberikan hukuman bersyarat (*conditional sentence*), dengan hukuman dapat ditunda (percobaan) jika pelaku membayar restitusi pada korban. Dalam sejumlah negara, putusan terkait restitusi menjadi prioritas jika kemampuan pelaku tidak mencukupi dalam membayar beragam kewajiban yang timbul dari putusan pengadilan (misalnya adanya putusan restitusi, denda atau pembayaran lainnya).

Tipe Kerugian yang Mungkin - Contoh kerugian tindak pidana tertentu	
Kerugian Materiil	Kerugian Immateriil (juga disebut kerugian moral)
Biaya perawatan medis, psikis, psikologis atau psikiatris	Luka fisik dan psikologis
Biaya terapi fisik atau rehabilitasi	Penderitaan (pain and suffering)
Kehilangan pendapatan dan pengurangan gaji	Tekanan emosional
Biaya hukum dan biaya lain terkait dengan partisipasi korban dalam proses peradilan	Kerusakan reputasi
Biaya transportasi, perawatan anak sementara (childcare), akomodasi sementara	
Kehilangan pendapatan dalam jangka panjang akibat dari hilangnya kapasitas bekerja	

Terdapat juga beragam bentuk restitusi selain ganti kerugian pada korban, misalnya: (i) *financial community restitution* (pembayaran dari pelaku kepada komunitas/entitas tertentu) seperti program komunitas; (ii) pelayanan komunitas, yakni pelaku melakukan pelayanan kepada komunitas, yang secara umum dianggap sebagai suatu sanksi. Dalam konteks ini, Komunitas dianggap sebagai korban “simbolik” dan restitusi ini sebagai restitusi “simbolik”; (iii) denda restitusi, yang diperintahkan dan dikumpulkan untuk tujuan deposito dana dalam dana negara guna memfasilitasi kompensasi atau layanan korban. Jika sudah didepositokan, dana ini kemudian digunakan untuk mengganti kerugian korban melalui skema kompensasi negara atau untuk mendukung pelayanan pada korban. Selain itu juga adanya restitusi kreatif, dengan persetujuan korban, misalnya pelaku dapat memberikan layanan-layanan tertentu misalnya memperbaiki kerusakan properti atau bekerja pada korban.

Mekanisme akses terhadap restitusi/ganti kerugian beraneka ragam, diantaranya: (i) proses peradilan pidana, (ii) perdata; (ii) gabungan pidana –perdata (Australia, Perancis, Jerman). Sementara pelaksanaan atau eksekusi atas putusan restitusi juga beragam, misalnya dipaksakan dengan mekanisme tertentu, menjadi hutang, mengeluarkan surat penyitaan, penudaan registrasi kendaraan atau SIM (negara bagian di Australia), pengeluaran surat aset yang jadi hak perdata korban (AS), pencekalan dan penangkapan (Selandia Baru). Putusan restitusi dapat berubah jika ada konsisi keuangan pelaku, atau tidak dapat dilaksanakan jika pelaku bangkrut. Di beberapa negara juga mengatur pembayaran restitusi diawal oleh pelaku, dengan mengesampingkan proses dan tahapan pemberian restitusi jika ada alasan yang kuat.

Kompensasi dari Negara

Kompensasi yang dibayarkan atau disediakan oleh negara pada umumnya mekanisme yang berdiri sendiri, tidak terpengaruh dengan hasil investigasi atau putusan bersalah kepada pelaku (Australia, USA, Perancis, Belanda), dan kompensasi diberikan, terlepas dari apakah pelaku ditemukan, dihukum, atau dibebaskan.

Kompensasi (yang dibayarkan negara) ini dilaksanakan dengan prosedur yang berbeda-beda, diantaranya dengan putusan pengadilan atau dengan putusan badan khusus yang dibentuk untuk menangani kompensasi korban tindak pidana. Dalam hal diputuskan badan khusus, jika tidak puas dapat banding ke pengadilan tertentu. Di berbagai negara, kompensasi negara, yang dibayarkan untuk kasus-kasus dimana restitusi tidak bisa dibayarkan penuh oleh pelaku atau sumber lainnya (seperti perusahaan asuransi), dilakukan dalam kerangka program-program umum asuransi dan kesejahteraan nasional atau melalui program kompensasi khusus.

Salah satu program kompensasi negara pada tahap-tahap awal adalah menyamakan tingkat ganti kerugian korban dengan korban pada kecelakaan perusahaan dan lalu lintas. Sejumlah program memberikan adanya pembayaran kompensasi darurat sebelum putusan akhir soal kompensasi. Sejumlah negara mempunyai batas maksimal kompensasi (Jerman), namun tidak terbatas untuk sejumlah tindak pidana tertentu (Perancis, Belanda). Secara umum, kompensasi diberikan kepada semua warga negara (terlepas tindak pidana terjadi dimana), namun juga kepada WNA jika tindak pidana terjadi di negara tersebut. Sejumlah negara mendanai skema kompensasi negara melalui denda, *civil surcharge*, penyitaan aset dari pelaku, atau pengutipan dari skema asuransi pribadi, serta mendanai dengan pengecualian biaya tertentu (*fiscal exemptions*) untuk mendorong kontribusi pada pendanaan kompensasi

Kompensasi diberikan, berdasarkan kasusnya, setidaknya mencakupi: hilangnya pendapatan, pengeluaran medis dan rumah sakit serta penguburan, dan kepada korban. Cakupan kompensasi beragam, secara umum kompensasi dibayarkan utamanya kepada korban kejahatan dengan kekerasan. Kehilangan property biasanya tidak ditanggung, kecuali untuk kacamata, alat bantu dengar dan alat-alat kesehatan lainnya.

- Jika kerugian korban dicover asuransi atau sumber penanggungungan lain, kompensasi dari negara mungkin dapat dikurangi atau bahkan ditolak.
- Beberapa skema memberikan pengecualian, misalnya untuk keluarga pelaku atau anggota organisasi kriminal.
- Lainnya lebih liberal dalam cakupan dan keluarasn kompensasi, misalnya kasus-kasus kekerasan domestik (*domestic violence*).

- Di Finlandia dan Perancis juga mengcover kejahatan yang merusak/ menghilangkan properti dengan basis diskresi.
- Di Quebec dan Perancis, program kompensasi menyediakan pembayaran darurat sebelum putusan akhir kompensasi, khususnya dalam kasus kerusakan yang serius, termasuk kekerasan seksual dan kematian korban.

Bagian penting dari skema kompensasi di berbagai negara adalah adanya badan-badan khusus yang memfasilitasi kompensasi (Inggris, Belanda, Perancis, USA), termasuk (tidak semua negara) mempunyai badan yang mengelola dana-dana khusus untuk kompensasi dan bantuan korban.

D. Pengaturan Hak-Hak Korban Tindak Pidana dalam Perundang-undangan Indonesia

1. Kewajiban Negara atas pemulihan yang efektif

Kewajiban negara atas pemulihan dan pemenuhan hak-hak korban pelanggaran HAM tertuang dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, diantaranya UUD 1945 dan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, yang memberikan landasan hukum bahwa berkewajiban memberikan pemulihan yang efektif baik melalui institusi yudisial, administratif, legislatif atau badan yang berwenang lainnya. UU No. 39 Tahun 1999 mengatur bahwa 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.

Hak-hak korban tindak pidana secara umum diatur dalam perundang-undangan tentang perlindungan saksi dan korban. UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban dan UU No. 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, mengatur dan menegaskan kembali bahwa korban tindak pidana tertentu dan korban pelanggaran HAM yang berat berhak atas kompensasi, restitusi dan rehabilitasi, hak atas bantuan medis, rehabilitasi psikologis dan rehabilitasi psiko-sosial, serta hak-hak terkait dengan perlindungan sebagai saksi dan korban.¹⁸⁴ Berbagai peraturan perundang-undangan lainnya juga mengatur pemulihan korban pelanggaran HAM dan korban tindak pidana.

184 UU ini dilengkapi dengan peraturan pelaksana yakni PP Nomor 7 Tahun 2018 sebagaimana diperbarui dengan PP Nomor 35 Tahun 2020 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan Bantuan kepada Saksi dan Korban.

Serangkaian peraturan perundang-undangan tersebut telah memberikan hak pada korban dan memberikan kewajiban pada negara untuk memenuhinya dengan berbagai mekanisme dan prosedur, serta melakukan langkah-langkah yang diperlukan. Dalam konteks pelanggaran HAM yang berat (genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan) serta berbagai tindak pidana lain misalnya penyiksaan dan kekerasan seksual, perundang-undangan Indonesia telah memberikan ruang beragamnya bentuk-bentuk hak dan cakupan pemulihan korban, diantaranya hak atas:

- 1) **Kebenaran:** pengungkapan fakta-fakta pelanggaran HAM yang berat melalui berbagai mekanisme, termasuk KKR dan Tim Pencari Fakta;
- 2) **Keadilan:** menyelidiki pelanggaran HAM yang berat dan penuntutan kepada pelaku, dan pemulihan melalui mekanisme Pengadilan HAM, dan mekanisme pengadilan lainnya;
- 3) **Kompensasi:** ganti kerugian yang diberikan oleh negara karena pelaku tidak mampu memberikan ganti kerugian sepenuhnya yang menjadi tanggung jawabnya. Dengan demikian ganti kerugian yang diterima korban berasal dari Negara;
- 4) **Restitusi:** ganti kerugian yang diberikan kepada korban atau keluarganya oleh pelaku atau pihak ketiga, dapat berupa pengembalian hak milik, pembayaran ganti kerugian untuk kehilangan atau penderitaan, atau penggantian biaya untuk kerugian tertentu;
- 5) **Rehabilitasi:** pemulihan pada kedudukan semula, misalnya kehormatan, nama baik, jabatan, atau hak-hak lain;
- 6) **Bantuan Medis, Rehabilitasi Psikologis dan Psiko-Sosial:** layanan yang diberikan oleh LPSK dalam bentuk bantuan medis serta bantuan rehabilitasi psikososial dan psikologis. Bantuan medis adalah bantuan yang diberikan untuk memulihkan kesehatan fisik Korban, termasuk melakukan pengurusan dalam hal Korban meninggal dunia misalnya pengurusan jenazah hingga pemakaman. Rehabilitasi psikososial adalah semua bentuk pelayanan dan bantuan psikologis serta sosial yang ditujukan untuk membantu meringankan, melindungi, dan memulihkan kondisi fisik, psikologis, sosial, dan spiritual Korban sehingga mampu menjalankan fungsi sosialnya kembali secara wajar, antara lain LPSK berupaya melakukan peningkatan kualitas hidup Korban dengan melakukan kerja sama dengan instansi terkait yang berwenang berupa bantuan pemenuhan sandang, pangan, papan, bantuan memperoleh pekerjaan, atau bantuan kelangsungan pendidikan. Sementara rehabilitasi psikologis adalah bantuan yang diberikan oleh psikolog kepada Korban yang menderita trauma atau masalah kejiwaan lainnya untuk memulihkan kembali kondisi kejiwaan Korban.

2. Pengaturan Perlindungan dan Hak-Hak Korban Tindak Pidana dalam Hukum Nasional

Ketentuan-ketentuan tentang perlindungan dan hak-hak korban telah diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan Indonesia, yang mencakupi hak-hak korban yang substansial maupun hak-hak prosedural terkait dengan jaminan hak-hak korban dalam proses peradilan pidana. Perundang-undangan yang secara khusus mengatur hak-hak korban adalah UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban serta UU No. 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. Kedua UU tersebut, terkait dengan kompensasi, restitusi dan bantuan pada korban, telah dilengkapi dengan regulasi turunan yakni PP No. 7 Tahun 2018 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban dan PP No. 35 Tahun 2020 tentang Perubahan PP Nomor 7 Tahun 2018 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban.

Selain diatur dalam UU Perlindungan Saksi dan Korban, perlindungan korban dan hak-hak korban tindak pidana juga diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan lain yang bersamaan dengan ketentuan sejumlah tindak pidana-nya misalnya dalam UU tentang Tindak Pidana Perdagangan Orang, UU tentang Terorisme, dan sebagainya. Dalam berbagai pengaturan tersebut, terdapat perkembangan penting yang mengatur kompensasi kepada korban tindak pidana terorisme dengan lebih komprehensif sebagaimana diatur dalam UU No. 5 Tahun 2018 tentang Perubahan Atas UU No. 15 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Menjadi Undang-Undang. Dalam UU ini, kompensasi merupakan tanggung jawab negara dan kompensasi dapat diberikan kepada korban dalam berbagai skema, misalnya kompensasi dapat diberikan dalam hal pelaku diadili dan dinyatakan bersalah, pelaku tidak ditemukan, atau bahkan dalam hal pelaku dibebaskan. Selain itu, kompensasi juga dapat diberikan pada warga negara Indonesia yang menjadi korban terorisme di luar negeri.

Berbagai Perundang-undangan yang mengatur Hak-Hak Korban Tindak Pidana		
No.	Perundang-undangan	Mengatur
1.	Kitab Undang-Undang Hukum Pidana	<ul style="list-style-type: none"> • Dimungkinkannya korban tindak pidana memperoleh ganti kerugian
2.	UU No. 8 Tahun 1981 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana 1981	<ul style="list-style-type: none"> • Perlindungan dan jaminan hak-hak korban (termasuk sebagai saksi korban) dalam proses peradilan • Adanya mekanisme untuk mengakses ganti kerugian – misalnya prosedur penggabungan proses ganti kerugian dalam proses peradilan pidana
3.	Undang-Undang No. 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer	<ul style="list-style-type: none"> • Penggabungan perkara gugatan ganti rugi dalam perkara pidana yang bersangkutan atas permintaan dari pihak yang dirugikan sebagai akibat yang ditimbulkan oleh tindak pidana yang menjadi dasar dakwaan, dan sekaligus memutus kedua perkara tersebut dalam satu putusan.
4.	UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia	<ul style="list-style-type: none"> • Perlindungan Saksi dan Korban Pelanggaran HAM yang Berat • Hak-Hak Korban Pelanggaran HAM yang Berat atas Kompensasi, Restitusi dan Rehabilitasi
5.	UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh	<ul style="list-style-type: none"> • Hak-hak korban pelanggaran HAM yang berat atas kompensasi dan restitusi
6.	UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban	<ul style="list-style-type: none"> • Hak-hak korban tindak pidana secara komprehensif (substantif dan prosedural) • Hak-hak korban tindak pidana tertentu atas bantuan medis dan rehabilitasi psikologis • Prosedur pengajuan restitusi dan kompensasi melalui LPSK
7.	UU No. 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang	<ul style="list-style-type: none"> • Hak-hak korban (restitusi) tindak pidana perdagangan orang
8.	UU No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis	<ul style="list-style-type: none"> • Hak restitusi korban tindak pidana terkait diskriminasi ras dan etnis

Berbagai Perundang-undangan yang mengatur Hak-Hak Korban Tindak Pidana		
No.	Perundang-undangan	Mengatur
9.	UU No. 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak	<ul style="list-style-type: none"> Hak-hak Anak sebagai korban tindak pidana
10.	UU No. 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban	<ul style="list-style-type: none"> Hak-hak korban tindak pidana secara komprehensif (substantif dan prosedural) Hak-hak korban tindak pidana tertentu atas bantuan medis dan rehabilitasi psikologis Prosedur pengajuan restitusi dan kompensasi melalui LPSK
11.	Qanun Aceh No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat	<ul style="list-style-type: none"> Restitusi berdasarkan perintah hakim kepada korban atau keluarganya, untuk penderitaan, kehilangan harta tertentu, atau penggantian biaya untuk tindakan tertentu
12.	UU No. 5 Tahun 2018 tentang Perubahan Atas UU No. 15 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang- Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Menjadi Undang- Undang	<ul style="list-style-type: none"> Kompensasi dan restitusi korban terorisme Kompensasi adalah tanggung jawab negara Kompensasi dapat diberikan kepada korban melalui berbagai mekanisme dan prosedur
13.	PP No. 43 Tahun 2017 tentang Pelaksanaan Restitusi Bagi Anak yang Menjadi Korban Tindak Pidana	<ul style="list-style-type: none"> Mekanisme dan prosedur restitusi bagi anak yang menjadi korban tindak pidana
14.	PP No.7 Tahun 2018 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban	<ul style="list-style-type: none"> Prosedur dan mekanisme Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban Peraturan pelaksanaan UU No. 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban

Berbagai Perundang-undangan yang mengatur Hak-Hak Korban Tindak Pidana		
No.	Perundang-undangan	Mengatur
15.	PP No. 35 Tahun 2020 tentang Perubahan PP Nomor 7 Tahun 2018 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban	<ul style="list-style-type: none"> • Prosedur dan mekanisme Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban • Peraturan pelaksanaan UU No. 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban
16.	Perpres No. 75 tentang Pelaksanaan Hak Anak Korban dan Anak Saksi	<ul style="list-style-type: none"> • Mengatur jaminan pelaksanaan hak-hak Anak korban dan Anak Saksi yang telah ditentukan dalam berbagai peraturan perundang-undangan • Mengatur kaidah pelaksanaan hak-hak Anak Korban dan Anak Saksi
	Dll.	

Selain berbagai perundang-undangan diatas, institusi-institusi penegakan hukum juga membentuk regulasi-regulasi yang terkait dengan perlindungan korban untuk para korban yang spesifik misalnya di Mahkamah Agung dengan Peraturan Mahkamah Agung No. 3 Tahun 2017 tentang Pedoman Mengadili Perkara Perempuan Berhadapan dengan Hukum dan di Kejaksaan dengan adanya Pedoman No. 1 Tahun 2021 tentang Akses Keadilan bagi Perempuan dan Anak dalam Penanganan Perkara Pidana.

Dalam berbagai peraturan perundang-undangan tersebut, telah diatur berbagai hal pokok:

1. Cakupan hak-hak korban, termasuk hak-hak terkait dengan perlindungan korban dan ganti kerugian dan tindakan-tindakan pemulihan lainnya bagi korban tindak pidana;
2. Pengertian restitusi dan kompensasi yang seragam dan telah sesuai dengan UU Perlindungan Saksi dan Korban, meski dalam sejumlah UU masih menggunakan frasa "ganti kerugian";
3. Cakupan kompensasi dan restitusi, meskipun dalam sejumlah pengaturan di UU cakupan restitusi cukup detail misalnya dalam UU TPPO dan dalam UU lain cakupan restitusi tidak mendetail misalnya dalam UU Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis. Perbedaan cakupan ini kemudian juga dirumuskan dalam PP No. 7 Tahun 2018 memberikan cakupan restitusi yang cukup fleksibel sehingga penjarabannya cakupan restitusi dapat dikembangkan oleh LPSK. Sementara cakupan kompensasi juga diberikan penjelasan dan lebih bersifat umum;

4. Definisi korban, secara umum cukup beragam, namun ada sejumlah pengategorian yang berbeda dengan UU Perlindungan Saksi dan Korban, misalnya untuk korban pelanggaran HAM yang berat korban juga merujuk pada “kelompok” dan bukannya hanya “individual”. Dalam UU Terorisme dikenal korban tindak pidana terorisme masa lalu, serta korban langsung dan korban tidak langsung;
5. Prosedur pengajuan, proses, dan pelaksanaan restitusi dan kompensasi dalam berbagai UU terkait pidana tertentu telah diatur cukup detail, dalam misalnya TPPO dan Anak Korban (dengan adanya PP khusus). Pengaturan PP No. 7 Tahun 2018 dan PP No. 35 Tahun 2020 secara umum telah menyesuaikan dengan ketentuan-ketentuan dalam UU sektoral tersebut. Namun, perlu diperhatikan adanya ketentuan-ketentuan yang spesifik mengenai jangka waktu setiap prosesnya dan juga pelaksanaan putusan, misalnya dalam UU TPPO pelaksanaan putusan restitusi dilakukan sejak putusan tingkat pertama, meskipun restitusi tersebut dapat dititipkan terlebih dahulu di pengadilan dan diberikan dalam hal putusan sudah berkekuatan hukum tetap;
6. Berbagai UU mengatur bahwa putusan restitusi dan kompensasi dinyatakan sekaligus dalam amar putusan. PP No. 7 Tahun 2018 dan PP No. 35 Tahun 2020 memberikan peluang adanya permohonan restitusi dari korban terorisme yang diajukan setelah adanya putusan yang berkekuatan hukum tetap yang diputuskan melalui penetapan. Sebagai catatan untuk kompensasi korban pelanggaran HAM yang berat, tidak ada prosedur pengajuan kompensasi setelah adanya putusan yang berkekuatan hukum tetap.

Berdasarkan UU No. 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, cakupan hak-hak korban adalah:

1. memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, Keluarga, dan harta bendanya, serta bebas dari Ancaman yang berkenaan dengan kesaksian yang akan, sedang, atau telah diberikannya;
2. ikut serta dalam proses memilih dan menentukan bentuk perlindungan dan dukungan keamanan;
3. memberikan keterangan tanpa tekanan;
4. mendapat penerjemah;
5. bebas dari pertanyaan yang menjerat;
6. mendapat informasi mengenai perkembangan kasus;
7. mendapat informasi mengenai putusan pengadilan;
8. mendapat informasi dalam hal terpidana dibebaskan;
9. dirahasiakan identitasnya;
10. mendapat identitas baru;
11. mendapat tempat kediaman sementara;
12. mendapat tempat kediaman baru;

13. memperoleh penggantian biaya transportasi sesuai dengan kebutuhan;
14. mendapat nasihat hukum;
15. memperoleh bantuan biaya hidup sementara sampai batas waktu Perlindungan berakhir; dan/atau;
16. mendapat pendampingan.

Selain hak-hak diatas, terhadap Korban pelanggaran HAM yang berat, Korban tindak pidana terorisme, Korban tindak pidana perdagangan orang, Korban tindak pidana penyiksaan, Korban tindak pidana kekerasan seksual, dan Korban penganiayaan berat juga berhak mendapatkan: (a) bantuan medis; dan b. bantuan rehabilitasi psikososial dan psikologis. Hak-hak tersebut diberikan berdasarkan Keputusan LPSK. Sejalan dengan perkembangan pengaturan hak-hak korban dalam perundangan-undangan lainnya, korban pelanggaran HAM yang berat dan Korban tindak pidana terorisme berhak atas kompensasi.

3. Praktik Pemenuhan hak-hak korban: Perlindungan dan Pemenuhan Restitusi dan Kompensasi

Praktik perlindungan dan pemenuhan hak-hak korban tindak pidana hingga kini terus mengalami kemajuan. Merujuk laporan LPSK untuk periode 2020, jumlah program perlindungan mencapai 4582 yang mencakupi 10 jenis tindak pidana dan 10 jenis program perlindungan.¹⁸⁵ Korban tindak pidana terorisme misalnya, selama tahun 2020 LPSK memberikan pelayanan program perlindungan kepada 497 korban.¹⁸⁶ Sementara untuk Korban TPPO, LPSK memberikan program perlindungan kepada total 314 orang Terlindung TPPO. 153 Terlindung diantaranya telah mendapatkan program perlindungan sejak tahun 2019 sampai dengan 2020 dan 161 Terlindung lainnya diberikan di tahun 2020.¹⁸⁷

- **Restitusi**

Dalam berbagai putusan telah cukup banyak putusan yang mengabulkan permohonan restitusi dan memberikan putusan ganti ketugian kepada korban tindak pidana. Putusan restitusi diberikan atas terjadinya tindak pidana yang cukup beragam, diantaranya restitusi kepada anak yang menjadi korban tindak pidana, korban tindak pidana perdagangan orang, dan sejumlah putusan restitusi terkait dengan tindak pidana kekerasan seksual.

Analisis terhadap sejumlah putusan menunjukkan bahwa berbagai putusan pengadilan telah memberikan argumen tentang adanya hukum yang memberikan hak restitusi kepada korban, diantaranya argumentasi yang cukup jelas mengkaitkan antara dampak kerugian

185 LPSK, *LPSK Menolak Menyerang, Separuh Napas Perlindungan Saksi dan Korban di Tengah Pandemi*, Laporan Tahunan LPSK 2020, hal. 46.

186 *Ibid.*, hal. 59.

187 *Ibid.*, 77.

korban dengan adanya restitusi. Secara umum, sebagian besar permohonan restitusi yang dikabulkan merujuk pada penghitungan permohonan dan penilaian dari LPSK dan yang diajukan oleh penuntut umum. Terdapat sejumlah putusan yang mengabulkan restitusi berbeda dengan penghitungan misalnya dalam putusan Mahkamah Syariah Lhokseumawe, dimana majelis hakim mempertimbangkan berbeda dari nilai yang diajukan oleh LPSK dan penuntut umum.

Dalam konteks pemenuhan hak atas restitusi ini, ada sejumlah isu penting, diantaranya: (1) cakupan ganti kerugian yang dapat digantikan dengan restitusi; (2) diakuinya penggabungan restitusi dengan korban lebih dari satu; (3) pembayaran restitusi yang dapat dilakukan dengan tanggung renteng dalam hal pelaku lebih satu; (4) kemungkinan pelaku tidak mampu membayar restitusi apakah untuk semua tindak pidana dapat dilakukan penyitaan dan pelelangan harta pelaku untuk membayar restitusi; dan (5) mekanisme eksekusi restitusi dan termasuk jangka waktu pembayaran restitusi.

Sejumlah Contoh Putusan Restitusi	
Kasus	Putusan
TPPO - Putusan No. 214/Pid.Sus/2020/PN Mtr	<ul style="list-style-type: none"> • Pidana 5 penjara; • Denda 200 juta, jika tidak dibayarkan kurungan (subisder) 3 bulan; • Restitusi 13.048.500, - jika tidak membayar 1 bulan sejak pemberitahuan, Jaksa dapat menyita dan melelang harta terdakwa untuk membayar, jika harta benda tidak mencukupi, kurungan 1 bulan.
TPPO - Putusan No. 976/Pid.Sus/2020/PN.Jkt.Utr.	<ul style="list-style-type: none"> • Restitusi sebagai hukuman tambahan, sesuai dengan UU TPPO; • Besarnya ditentukan dalam putusan sesuai dengan permohonan LPSK; • Pidana 4 tahun 6 bulan penjara; • Denda 120 juta, jika tidak dibayarkan kurungan (subisder) 3 bulan; • Restitusi 80 juta, dibayarkan 14 hari sejak putusan dibertitahukan pada terdakwa, jika dalam waktu yang ditentukan tidak dibayarkan, Jaksa dapat menyita dan melelang harta terdakwa untuk membayar, jika tidak terbayarkan kurungan 3 bulan.

Sejumlah Contoh Putusan Restitusi	
Kasus	Putusan
TPPO - Putusan No. 1163/Pid.Sus/2020/PN Jkt.Utr.	<ul style="list-style-type: none"> • Korban berhak mendapatkan restitusi berdasarkan UU TPPO, dan bentuk kerugian apa saja; • Restitusi sebagai bagian dari perlindungan pada korban; • Jumlah besaran dicantumkan dalam putusan; • Masing-masing terdakwa 4 tahun 6 bulan penjara; • Denda 300 juta, jika tidak dibayarkan kurungan 3 bulan; • Membayar restitusi secara berimbang pada para korban sebesar 305.668.000,-, bila tidak dibayarkan kurungan masing-masing 6 bulan.
TPPO - Putusan No.2044/Pid. Sus/2013/PN.Jkt.Bar.	<ul style="list-style-type: none"> • Sesuai UU TPPO; • Terdakwa bersedia membayar uang restitusi sebesar Rp. 1.120.000.000,- (satu milyar seratus dua puluh juta rupiah) yang akan dibagikan oleh 56 orang ABK yang gajinya belum dibayar oleh PT KWOJENG, sehingga setiap orang mendapatkan Rp. 20.000.000; • Adanya perdamaian dan pembayaran restitusi/ganti rugi dari terdakwa sebesar Rp. 1.120.000.000,- (satu milyar seratus dua puluh juta rupiah) kepada para korban sebanyak 56 (lima puluh enam) orang, masing-masing menerima sebesar Rp. 20.000.000; • Adanya perdamaian dan pembayaran restitusi, merupakan faktor yang meringankan hukuman; • Pidana 1 tahun penjara; • Denda sebesar Rp 40.000.000, jika tidak dibayarkan kurungan 5 bulan; • Restitusi 1 milyar, 110 juta, kepada 56 korban, masing-masing 20 juta, jika tidak dibayarkan kurungan 5 bulan. [dalam tuntutan Jaksa, kurungan 8 bulan];
TPPO - Putusan No. 2/PID/2020/PT KKPG	<ul style="list-style-type: none"> • Pidana 7 tahun; • Denda 200 juta, jika tidak dibayar kurungan 6 bulan; • Membayar Restitusi 100 juta tanggung renteng (dibayar oleh Pelaku dan Saksi/Kemungkinan terdakwa dalam berkas yang lain) pada Korban dan Saksi (2 orang), jika tidak mampu membayar kurungan 3 bulan.

Sejumlah Contoh Putusan Restitusi	
Kasus	Putusan
TPPO - Putusan No. 537/Pid.Sus/2020/PN Tng	<ul style="list-style-type: none"> • Sesuai UU TPPO; • Ada eksploitasi terhadap korban, yang menimbulkan kerugian - Adanya argumen hubungan restitusi dengan kejahatan (eksploitasi); • Pidana 4 tahun penjara; • Denda: 120 Juta, subsidi kurungan 2 bulan; • Restitusi: 9.275.000,-, jika tidak dibayarkan 6 bulan kurungan.
TPPO - Putusan No. 20/Pid.Sus/2020/PN.Jkt.Tim.	<ul style="list-style-type: none"> • Pidana 4 tahun; • Denda 150 juta, jika tidak dibayar kurungan 3 bulan; • Membayar Restitusi kepada orang tua korban, 1 juta, jika tidak membayar setelah putusan berkekuatan hukum tetap maka harta bisa disita dan dilelang, jika tidak ada harta benda yang mencukupi, kurungan 6 bulan.
Kekerasan dan tipu muslihat memaksa anak melakukan persetujuan dengan pelaku - Putusan PN Wonosobo No. 26/Pid.Sus/2020/PN. Wsb	<ul style="list-style-type: none"> • Hukuman 10 Tahun; • Denda 100 juta, jika tidak dibayar kurungan 3 bulan; • Membayar restitusi kepada Anak Korban 6.364.000, jika tidak dibayar kurungan 2 bulan.
Membujuk anak melakukan persetujuan - Putusan No. 382/Pid. Sus/2020/PN. JKT. SEL.	<ul style="list-style-type: none"> • Penjara 5 tahun; • Denda 100 juta, jika tidak dibayar kurungan 3 bulan; • Restitusi 109. 548,.700, jika tidak dibayar kurungan 2 bulan.

Sejumlah Contoh Putusan Restitusi	
Kasus	Putusan
Perbuatan Jarimah pemerkosaan terhadap anak- Putusan No. 05/ JN/2019/MS.Lsm	<ul style="list-style-type: none"> • Ada restitusi dari korban melalui LPSK, kerugian Immateriil 1.723.655.904,- atau setara 2.323 gram emas dikarenakan anaknya mengalami tekanan psikologis dan mental; • Restitusi diatur pasal 51 Qanun Aceh Nomor 6 tahun 2014 tentang Hukum Jinayat Jo PP 43/ 2017 tentang Pelaksanaan Restitusi Bagi Anak Yang Menjadi Korban Tindak Pidana; • Menjelaskan pengertian restitusi: pembayaran ganti kerugian yang dibebankan kepada pelaku berdasarkan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap atas kerugian materiil dan/atau immateriil yang diderita korban atau ahli warisnya; • Sesuai pasal 1 angka 20 jo Pasal 51 Qanun Aceh No. 6/ 2014 Tentang Hukum Jinayat jo Peraturan Gubernur Aceh No 5/ 2018 Tentang Pelaksanaan Hukum Acara Jinayat, jo PP No 43/ 2017 Tentang Pelaksanaan Restitusi bagi Anak yang menjadi Korban Tindak Pidana disebutkan bahwa Setiap Anak yang menjadi korban tindak pidana berhak memperoleh Restitusi dan salah satu tindak pidana yang mendapatkan restitusi adalah salah satunya mengenai anak korban kejahatan seksual; • berdasarkan ketentuan Pasal 3 PP 43/ 2017, Restitusi bagi Anak yang menjadi korban tindak pidana berupa: a. ganti kerugian atas kehilangan kekayaan; b. ganti kerugian atas penderitaan sebagai akibat tindak pidana; dan/atau c. penggantian biaya perawatan medis dan/atau psikologis; • Berlandaskan Pasal 51 Qanun Aceh No 6/2014 tentang Hukum Jinayat Jo Pasal 8 dan Pasal 18 PP 43/ 2017, jika Anak yang menjadi korban tindak pidana lebih dari I (satu) orang, pengajuan permohonan Restitusi dapat digabungkan dalam I (satu) permohonan Restitusi dan Penuntut umum dalam tuntutanannya mencantumkan permohonan Restitusi sesuai dengan fakta persidangan yang didukung dengan alat bukti maka permohonan restitusi dan pencatuman dalam tuntutan dapatlah dibenarkan menurut hukum dimana dalam perkara tersebut; • Besaran restitusi yang harus diberikan berdasarkan perhitungan dari surat dari LPSK; • Uqubat terhadap Terdakwa Terdakwa S. Pd.I Alias Abah Bin Nurdin dengan 'Uqubat Penjara selama 190 bulan.

Sejumlah Contoh Putusan Restitusi	
Kasus	Putusan
Perbuatan Jarimah pemerkosaan terhadap anak- Putusan No. 05/ JN/2019/MS.Lsm	<ul style="list-style-type: none"> • Restitusi: <ul style="list-style-type: none"> - Korban 1: 30 gram emas murni; - Korban 2: 30 gram - Korban 3: 30 gram - Korban 4: 30 gram - Korban 5:30 gram - Korban 6: 30 gram

• Kompensasi

Sementara dalam praktik pemenuhan hak atas kompensasi, juga cukup banyak terdapat dalam putusan pengadilan, yang utamanya putusan kompensasi untuk korban tindak pidana terorisme, yang sejalan dengan adanya penguatan pengaturan kompensasi dan mekanisme pengajuan kompensasi dalam perkara terorisme dan perkembangan putusan-putusan pengadilan. Hal ini berbeda dengan putusan-putusan kompensasi dalam perkara pelanggaran HAM yang berat, karena belum ada putusan kompensasi kepada korban yang bersifat final dan dalam praktiknya bisa dilaksanakan.

Praktik pemenuhan hak atas kompensasi (pengajuan, putusan dan eksekusinya) bagi korban tindak pidana terorisme ini dilaksanakan dengan merujuk pada peraturan perundang-undangan dan secara mendetail diatur dalam PP No. 35 Tahun 2020. Dalam PP ini diatur berbagai ketentuan-ketentuan terkait dengan peranan Jaksa dan LPSK dalam proses pemenuhan hak atas kompensasi, misalnya Jaksa dan LPSK yang mempunyai peran penting dalam proses pengajuan permohonan sampai dengan eksekusinya.

Besaran atau nilai kompensasi yang diberikan kepada korban bervariasi sesuai dengan putusan pengadilan, yang utamanya bersumber dari perhitungan LPSK yang diajukan melalui tuntutan jaksa penuntut umum. Hal ini misalnya kompensasi untuk korban meninggal dunia pada kasus terorisme Cirebon mendapatkan kompensasi sebesar Rp 286.396.000,-, dua korban Tol Kanci-Pejagan berhak mendapatkan kompensasi masing-masing sebesar Rp 51.706.168 dan Rp 75.884.080. Sedangkan untuk korban penyerangan teroris di Lamongan mendapatkan kompensasi sebesar Rp 36.353.277. Pemenuhan kompensasi untuk korban tindak pidana terorisme, sebagaimana telah disinggung di bagian sebelumnya, diberikan pada korban tindak pidana terorisme masa lalu. Praktik pemenuhan kompensasi ini misalnya pada pemberian kompensasi sebesar Rp 39,2 miliar kepada 215 korban atau ahli warisnya.

Sejumlah Contoh Putusan Restitusi	
Kasus	Putusan
Putusan No. 349/Pid. Sus/2017/PN.Jkt.Tim	<ul style="list-style-type: none"> • Korban 7 orang • Mengabulkan kompensasi sebesar Rp 237.871.152,- dengan penghitungan untuk tujuh orang korban
Putusan No. 1303/Pid. Sus/2019/PN.Jak.Utr	<ul style="list-style-type: none"> • Korban 3 orang • Kompensasi tanggung jawab negara • Sesuai UU Terorisme • Kompensasi dibebankan kepada negara • Biaya kompensasi dari kementerian keuangan • Nilai sesuai penilaian dan penghitungan LPSK • Jumlah dan besaran Kompensasi: Pengadilan merujuk pada penilaian dan penghitungan LPSK
Putusan No. 1072/Pid. Sus/2019/PN Jkt.Tim	<ul style="list-style-type: none"> • Korban 151 orang • Kompenasi dibebaskan pada negara • Biaya kompensasi dari Menteri Keuangan • Nilai kompensasi sesuai dengan hasil penilaian dan penghitungan LPSK
Putusan No. 475/Pid. Sus/2020/Pn.Jkt.Brt	<ul style="list-style-type: none"> • Korban 2 orang • Kompensasi tanggung jawab negara • Sesuai Pasal 35A UU Terorisme • Penghitungan oleh LPSK • Biaya kompensasi dari Kementerian Keuangan
Putusan No. 474/Pid. Sus/2020/PN. Jkt.Tim	<ul style="list-style-type: none"> • Korban 2 orang • Mengabulkan kompensasi
Putusan No. 606/Pid. Sus/2020/PN/Jkt.Tim	<ul style="list-style-type: none"> • Korban 1 orang • Kompensasi dibebankan kepada negara • Biaya kompensasi dari Kementerian Keuangan

Lampiran

Deklarasi Prinsip-Prinsip Dasar Keadilan Bagi Korban Kejahatan dan Penyalahgunaan Kekuasaan (1985) - Disahkan oleh Resolusi Majelis Umum 40/34, 29 Nopember 1985

A. Korban Kejahatan

1. "Korban" berarti orang-orang yang, secara pribadi atau kolektif, telah menderita kerugian, termasuk luka fisik atau mental, penderitaan emosional, kerugian ekonomi atau kerusakan cukup besar atas hak-hak dasarnya, lewat tindakan atau penghapusan yang bertentangan dengan hukum pidana yang berlaku di Negara-negara Anggota, termasuk hukum yang melarang penyalahgunaan kekuasaan yang bisa dikenai pidana;
2. Seorang dapat dianggap korban, berdasarkan Deklarasi ini, tanpa menghiraukan apakah pelaku kejahatannya dikenali, ditahan, diajukan ke pengadilan atau dihukum dan tanpa menghiraukan hubungan kekeluargaan antara pelaku kejahatan dan korban. Istilah "korban" juga termasuk, di mana tepat, keluarga dekat atau tanggungan korban langsung orang-orang yang telah menderita kerugian karena campur tangan untuk membantu korban yang dalam keadaan kesukaran atau mencegah jatuhnya korban;
3. Ketentuan-ketentuan yang terkandung di sini akan berlaku bagi semua orang, tanpa perbedaan segala macam jenis, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, umur, bahasa, agama, kekayaan, status kelahiran atau keluarga, asal usul etnis atau sosial, dan ketidakmampuan.

Kesempatan untuk memperoleh keadilan dan perlakuan adil.

1. Korban harus diperlakukan dengan rasa kasih dan dihormati martabatnya. Korban berhak mendapatkan kesempatan menggunakan mekanisme keadilan dan memperoleh ganti rugi dengan segera, sebagaimana ditetapkan oleh perundangan nasional, atas kerugian yang dideritanya;
2. Mekanisme pengadilan dan administrasi ditegakkan dan diperkuat di mana perlu untuk memungkinkan korban memperoleh ganti rugi lewat prosedur formal atau tak formal yang tepat guna, adil, tidak mahal dan terjangkau. Korban harus diberitahu mengenai hak-haknya dalam mengupayakan ganti rugi lewat mekanisme tersebut;
3. Ketersediaan proses pengadilan dan administratif, untuk mengatasi kebutuhan korban harus dipermudah dengan:
 - a. Memberi tahu korban mengenai peran dan lingkupnya pemilihan waktu dan kemajuan cara kerja serta penempatan kasusnya, terutama apabila menyangkut kejahatan serius dan dimana ia dapat memperoleh informasi semacam itu;
 - b. Memperbolehkan pandangan dan kekhawatiran para korban dikemukakan dan mempertimbangkan pada tahap acara kerja yang tepat di mana kepentingan pribadi mereka terpengaruh, tanpa prasangka terhadap tertuduh dan sesuai dengan sistem pengadilan pidana nasional yang bersangkutan;

- c. Memberikan bantuan secukupnya kepada para korban selama proses hukuman dijalankan;
 - d. Mengambil tindakan untuk mengurangi gangguan kepada korban, melindungi kebebasan pribadinya, apabila perlu, dan menjamin keselamatannya, maupun keselamatan keluarganya dan saksi-saksi yang memberikan kesaksian untuk kepentingannya, dari intimidasi dan tindakan balasan;
 - e. Menghindari penundaan yang tidak perlu dalam penempatan kasus-kasus dan pelaksanaan perintah atau keputusan yang memberikan ganti rugi kepada para korban.
4. Mekanisme informal untuk penyelesaian perselisihan, termasuk perantaraan, arbitrase dan pengadilan adat atau kebiasaan-kebiasaan pribumi, harus digunakan apabila tepat untuk memudahkan penyelesaian dan pemberian ganti rugi kepada para korban.

Restitusi

1. Orang bersalah atau pihak ketiga yang bertanggung jawab atas perilaku mereka harus, apabila tepat, memberi restitusi yang adil kepada korban, keluarga atau tanggungannya. Restitusi tersebut akan mencakup pengembalian harta milik atau pembayaran atas kerusakan atau kerugian yang diderita, penggantian biaya-biaya yang timbul sebagai akibat jatuhnya korban, penyediaan jasa dan pemulihan hak-hak.
2. Pemerintahan harus meninjau kembali kebiasaan, peraturan dan undang-undangnya untuk mempertimbangkan restitusi sebagai suatu pilihan hukuman yang tersedia dalam kasus-kasus pidana, di samping sanksi-sanksi pidana lainnya.
3. Dalam kasus perusakan besar terhadap lingkungan, restitusi, kalau diperintahkan, harus mencakup, sejauh mungkin, pemulihan lingkungan itu, membangun kembali prasarana, pergantian fasilitas masyarakat dan penggantian biaya pemindahan, apabila perusakan tersebut mengakibatkan perpindahan sekelompok masyarakat.
4. Apabila pejabat pemerintahan atau wakil-wakil lain yang bertindak dengan kapasitas resmi atau setengah resmi melanggar hukum pidana nasional, para korban harus menerima restitusi dari Negara yang pejabat atau wakilnya bertanggung jawab atas kerusakan yang timbul. Dalam kasus-kasus di mana Pemerintahan yang di bawah kekuasaannya melakukan tindakan yang menyebabkan jatuhnya korban harus memberikan restitusi kepada para korban.

Kompensasi

1. Apabila Kompensasi tidak sepenuhnya tersedia dari orang yang bersalah atau sumber-sumber lain, Negara harus berusaha untuk memberi Kompensasi keuangan kepada:
 - a. Para korban yang, menderita luka jasmani berat atau kemerosotan kesehatan fisiknya atau mental sebagai akibat kejahatan yang serius;
 - b. Keluarga, terutama tanggungan dari orang-orang yang meninggal atau yang menjadi lumpuh secara fisik atau mental sebagai akibat kejahatan tersebut.
2. Pembentukan Penguatan dan Perluasan dana-dana nasional untuk Kompensasi kepada para korban harus didorong, di mana tepat dana-dana lain dapat juga diadakan untuk keperluan ini, termasuk dalam kasus-kasus di mana negara yang si korban adalah warga negaranya tidak berada dalam kedudukan untuk memberi kompensasi kepada korban atau kerugian tersebut.

Bantuan

1. Para korban harus menerima bantuan material, medis, psikologis dan sosial yang perlu lewat sarana pemerintah, sarana-sarana sukarela, menyangkut dana penduduk asli.
2. Para korban harus diberi tahu tersediannya pelayanan kesehatan dan sosial dan bantuan lain yang berkaitan dan mereka harus senantiasa diberi kesempatan untuk memanfaatkannya.
3. Petugas kepolisian, pengadilan, kesehatan pelayanan sosial dari personil lain yang bersangkutan harus menerima-pedoman untuk menjadikan mereka peka terhadap kebutuhan para korban, serta menerima pedoman untuk memastikan pemberian bantuan yang benar dan segera.
4. Dalam memberikan pelayanan dan bantuan kepada para korban perhatian harus diberikan kepada orang-orang yang mempunyai kebutuhan-kebutuhan khusus yang disebabkan oleh sifat kerugian yang ditimbulkan atau karena faktor-faktor seperti yang disebutkan dalam ayat di atas.

B. Korban Penyalahgunaan Kekuasaan

1. "Korban" berarti orang yang, secara sendiri atau kolektif, telah menderita kerugian, termasuk, luka-luka fisik atau mental, penderitaan emosional, kerugian ekonomis atau kerugian secara substansial hak-hak fundamentalnya, lewat tindakan-tindakan atau penghapusan yang belum merupakan pelanggaran terhadap hukum pidana nasional melainkan merupakan pelanggaran terhadap norma-norma yang berkaitan dengan hak asasi manusia yang telah diakui secara internasional.

2. Negara-negara harus mempertimbangkan untuk memasukan ke dalam hukum nasional norma-norma yang melarang penyalahgunaan kekuasaan tersebut. Secara khusus, perbaikan tersebut harus mencakup restitusi dan/atau kompensasi tersebut (Kompensasi), serta bantuan dan dukungan material, medis, psikologis dan sosial yang perlu.
3. Negara-negara perlu mempertimbangkan untuk merundingkan perjanjian internasional multilateral yang berkaitan dengan para korban, sebagaimana ditetapkan dalam ayat 18.
4. Negara-negara secara berkala perlu meninjau kembali perundangan dan kebiasaan yang memastikan tanggapan mereka terhadap keadaan-keadaan yang berubah, perlu menetapkan dan memberlakukan, kalau perlu, perundangan yang melarang tindakan yang merupakan penyalahgunaan serius kekuasaan politik atau ekonomi, maupun meningkatkan kebijakan dalam mekanisme untuk mencegah tindakan-tindakan semacam itu, dan perlu mengembangkan dan menjadikannya selalu tersedia hak-hak yang pantas dan perbaikan bagi korban tindakan semacam itu.

Daftar Bahan Bacaan

Peraturan Perundang-undangan

1. Undang-Undang Dasar 1945
2. KUHP
3. UU No. 8 Tahun 1981 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana
4. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer
5. Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang HAM.
6. UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh
7. UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM
8. UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban
9. UU No. 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang
10. UU No. 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis
11. UU No. 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak
12. UU No. 5 Tahun 2018 tentang Perubahan Atas UU No. 15 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Menjadi Undang-Undang
13. PP No. 34 Tahun 2017 tentang Pelaksanaan Restitusi Bagi Anak yang Menjadi Korban Tindak Pidana
14. PP Nomor 7 Tahun 2018 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban
15. PP No. 35 Tahun 2020 tentang Perubahan PP Nomor 7 Tahun 2018 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban
16. Qanun Aceh No. 6 Tahun 2014 tentang Hukum Jinayat

Instrumen HAM Internasional dan Regional serta Perundang-undangan Negara Lain

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. *Basic Principles and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law 2005*

6. *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crimes and Abuses of Power 1985*
7. Laporan Ahli Independen tentang Rangkaian Prinsip-Prinsip Penghapusan Impunitas (*Report of the independent expert to update the Set of Principles to combat impunity*), E/CN.4/2005/102, 18 Februari 2005.
8. *Rome Statute 1998*
9. *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (Konvensi HAM Eropa).
10. *American Convention on Human Rights* (Konvensi HAM Amerika)
11. *African Charter on Human and Peoples' Rights* (Piagam HAM Afrika)
12. *ASEAN Human Rights Declaration* (Deklarasi HAM ASEAN)
13. *Nairobi Declaration on Women's and Girl's Right to A Remedy and Reparation 2007*
14. *the European Anti-Trafficking Convention provides for the right of victims to compensation 2017*
15. *European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes* (berlaku 1988)
16. *Recommendation on the position of the victim within the framework of criminal law and procedure 1985*
17. *Updated set of principles for the protection of human rights through action to combat impunity (8 February 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1*
18. *The Mandatory Restitution Act of 1996 – Amerika Serikat*
19. *Sentencing Act 1991 (Vic) – Australia*
20. *Victims of Crime Assistance Act 1996 (Vic) – Australia*
21. *Crimes (Sentencing Procedure) Act 1999 (New South Wales) – Australia*
22. *Victims Rights and Support Act 2013 (New South Wales) – Australia*
23. *Criminal Injuries Compensation Scheme 2012 (amended) – Inggris*

Putusan Pengadilan

1. Putusan No. 214/Pid.Sus/2020/PN Mtr
2. Putusan No. 976/Pid.Sus/2020/PN.Jkt.Utr.
3. Putusan No. 1163/Pid.Sus/2020/PN Jkt.Utr.
4. Putusan No.2044/Pid.Sus/2013/PN.Jkt.Bar
5. Putusan No. 2/PID/2020/PT KKPG
6. Putusan No. 537/Pid.Sus/2020/PN Tng
7. Putusan No. 26/Pid.Sus/2020/PN. Wsb
8. Putusan No. 382/Pid.Sus/2020/PN. JKT.SEL.
9. Putusan No. 05/JN/2019/MS.Lsm
10. Putusan No. 349/Pid.Sus/2017/PN.Jkt.Tim
11. Putusan No. 1303/Pid.Sus/2019/PN.Jak.Utr
12. Putusan No. 1072/Pid.Sus/2019/PN Jkt.Tim
13. Putusan No. 475/Pid.Sus/2020/Pn.Jkt.Brt
14. Putusan No. 606/Pid.Sus/2020/PN/Jkt.Tim



Norwegian Embassy
Jakarta

Stanford | Center for Human Rights
and International Justice

