



**MELINDUNGI EKSPRESI:**

**Analisis Pidana dan HAM Putusan  
Pengadilan di Indonesia**

## THE TEAM...

### PENULIS



**Dian Rositawati**

Peneliti



**Jane Aileen T.**

Peneliti



**M. Tanziel Aziezi**

Peneliti



**Raynov Tumorang P.**

Peneliti



**Zainal Abidin**

Peneliti

### ASISTEN PENELITI

**Mentari Anjhanie R.**

**Muhamad Dwieka F. I.**

Peneliti LelP

### PEMBACA AKHIR/REVIEWER



**Prof. David Cohen**

Director of the Center for Human Rights and  
International Justice at Stanford University/Senior  
Adjunct Fellow at the East-West Center

### EDITOR



**Arsil**

Peneliti LelP

1

# PENDAHULUAN

3

## Latar Belakang

- ◻ • Salah satu perubahan mendasar sistem ketatanegaraan dan penguatan demokrasi di Indonesia pasca 1998 adalah penguatan perlindungan hak asasi manusia (HAM), **termasuk hak atas kebebasan berekspresi;**
- ◻ • Hak atas kebebasan berekspresi diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan Indonesia (UUD 1945, UU No. 39/1999 tentang HAM, ratifikasi KIHSP tahun 2005, dll) → **hak atas kebebasan berekspresi merupakan bagian dari hukum positif Indonesia sebagai hak konstitusional warga negara;**
- ◻ • Kebebasan berekspresi di Indonesia terus menghadapi tantangan:
  - ◻ Peraturan perundang-undangan masih menghambat penikmatan hak atas kebebasan berekspresi → KUHP, UU ITE, dll → diterapkan secara eksekutif, sehingga menimbulkan dampak ketakutan (*chilling effect*) bagi setiap pendapat, opini, dan ekspresi ;
  - ◻ Berbagai putusan pengadilan menunjukkan ketiadaan pertimbangan hukum yang memadai, khususnya dalam menilai apakah suatu perbuatan merupakan ekspresi yang sah dan dijamin atau memang benar-benar merupakan tindak pidana;
- ◻ • Penelitian ini dimaksudkan untuk memberikan gambaran yang lebih komprehensif tentang kasus-kasus kebebasan berekspresi di Indonesia.

# Pertanyaan & Tujuan Penelitian

## Pertanyaan Penelitian

Bagaimana kerangka hukum HAM nasional dan internasional mengatur perlindungan hak atas kebebasan berekspresi?

Bagaimana interpretasi hakim di Indonesia terhadap pasal-pasal tindak pidana berdimensi kebebasan berekspresi dan implikasinya terhadap perlindungan hak atas kebebasan berekspresi?

Bagaimana kerangka hukum dan HAM dapat diaplikasikan dalam penafsiran unsur-unsur pidana Indonesia untuk melindungi hak atas kebebasan berekspresi?

## Tujuan Penelitian

Melihat pengaturan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dalam hukum HAM Indonesia dan internasional.

Melihat bagaimana berbagai peraturan perundangan yang memiliki dimensi kebebasan berekspresi diterapkan dan ditafsirkan oleh hakim dalam kasus-kasus konkrit.

Merumuskan berbagai rekomendasi untuk memperkuat perlindungan kebebasan berekspresi di Indonesia melalui penafsiran yang lebih ketat dan berbasis pada kerangka hukum HAM.

## PENELITIAN HUKUM DOKTRINAL



Instrumen  
Hukum HAM  
Nasional dan  
Internasional



Putusan Pidana  
Terkait Hak  
Kebebasan  
Berekspresi



Wawancara dan  
FGD Hakim, Ahli  
Hukum dan  
HAM, CSO,  
Advokat, dll



Jurnal, Artikel  
Ilmiah, Hasil  
Studi CSO, dll

**Sumber Data Utama**

**Sumber Pelengkap**

**Sumber Pendamping**

## Metode Pengumpulan Data

### Focus Group Discussion (FGD)

- CSO penggiat FoE;
- Pembatasan penelitian:
  - Penghinaan terhadap orang, badan hukum, dan kekuasaan umum dalam KUHP dan UU ITE;
- Ujaran kebencian (*hate speech*) dalam ranah *online*; dan
- Ekspresi politik dan “makar”.

### Indeksasi 134 Putusan

- 5 Putusan MK;
- 19 Putusan MA;
- 6 Putusan PT;
- 50 Putusan PN;
- 5 Putusan pengadilan negara lain;
- 35 Putusan Pengadilan HAM regional;
- 14 Keputusan Komite HAM dan CERD PBB.

### Penulisan

- Analisis terhadap hasil indeksasi putusan;
- Instrumen HAM Nasional dan Internasional;
- Literatur hukum pidana dan *Memorie van Toelichting* KUHP;
- Jurnal, hasil penelitian, artikel, dan literatur lainnya;
- Wawancara Hakim, Ahli Hukum dan HAM, Advokat

## Sistematika Penulisan

Bab I: Pendahuluan

Bab II: Kerangka Hukum Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi

Bab III: Kebebasan Berekspresi dan Penghinaan

Bab IV: Tindak Pidana Ujaran Kebencian dan Permusuhan di Ranah *Online*

Bab V: Ekspresi Politik dan Kejahatan Terhadap Keamanan Negara

Bab VI: Kesimpulan dan Rekomendasi



“

**TEMUAN UMUM  
(KESIMPULAN)**

## TEMUAN UMUM (KESIMPULAN)

### Hak Atas Kebebasan Berekspresi (Freedom of Expression)

#### Konsep

FoE merupakan hak fundamental dalam konstitusi dan peraturan perundangan Indonesia serta hukum HAM internasional

FoE dapat dibatasi dengan syarat-syarat pembatasan yang dibolehkan (*permissible limitations/restrictions*) → *three part test*

Hukum pidana merupakan ketentuan yang bersifat membatasi HAM, termasuk FoE → harus diatur dan diterapkan sesuai dengan syarat-syarat pembatasan yang sah

#### Penerapan

FoE belum dilindungi secara maksimal dalam pengaturan peraturan dan praktik peradilan pidana di Indonesia

Pengaturan ketentuan pidana terkait FoE yang menyulitkan untuk membedakan ekspresi yang sah dan yang dapat dibatasi:

- Dirumuskan secara tidak jelas dan meluas tanpa ada penjelasan yang memadai;
- Kesalahan penerjemahan dalam KUHP Indonesia dari definisi asli dari KUHP Belanda;
- Diatur dan dirumuskan dengan mendasarkan pada dampak yang subyektif

Pengadilan masih mempidana ekspresi yang sah:

- Belum menafsirkan secara tepat dan seragam ketentuan pidana terkait FoE;
- Belum memberikan landasan argumentasi yang seimbang, memadai, serta sesuai dengan norma dan standar jaminan FoE dalam membatasi ekspresi Terdakwa melalui penjatuhan pidana;

2

# Kebebasan Berekspresi dan Penghinaan

### Perlindungan kebebasan berpendapat dan berekspresi sebagai salah satu kebebasan dasar

- Kebebasan berekspresi hanya dapat dibatasi dengan tujuan pembatasan-pembatasan yang (*legitimate aim*), salah satunya untuk menghormati hak atau reputasi orang lain → tidak boleh digunakan untuk melindungi negara dan aparatnya dari opini dan kritisisme publik (Par. 37 Prinsip Siracusa);

### Pembatasan wajib diatur dalam undang-undang

- Suatu undang-undang yang mengatur penghinaan tidak memenuhi pembatasan yang sah, apabila:
  - Ditujukan untuk melindungi “reputasi” dari obyek, seperti bendera, atau simbol-simbol negara atau keagamaan;
  - Ditujukan untuk melindungi “reputasi” negara;
  - Ditujukan untuk melindungi perasaan dan ide-ide yang subyektif, seperti perasaan tentang martabat (*sense of “honour”*);
  - Ditujukan untuk mencegah kritik pada pejabat atau badan-badan publik

### Pengaturan pidana penghinaan dalam hukum Indonesia

- Tindak pidana penghinaan diatur dalam Pasal 310 KUHP, Pasal 311 KUHP, dan Pasal 27 ayat (3) UU ITE sebagai jenis penghinaan yang terkait dengan “reputasi” orang lain, sementara Pasal 207 KUHP mengatur penghinaan terhadap penguasa atau badan umum.
- Konteks penghinaan dalam Pasal 207 KUHP serupa dengan Pasal 310 KUHP dan Pasal 311 KUHP, yaitu ancaman terhadap “reputasi” orang, namun subjek dalam Pasal 207 KUHP berbeda, yaitu penguasa atau badan umum.

## Tren Pidanaan Ekspresi Dengan Pasal Penghinaan

### Beragamnya jenis ekspresi yang dipidana dengan pasal penghinaan

- Perbuatan menuduh orang lain, baik sesama warga negara maupun pejabat publik, melakukan perbuatan yang melanggar hukum atau melanggar norma sosial, baik secara lisan maupun tulisan melalui media elektronik atau media cetak → ada yang disertai dan tidak disertai kata-kata kasar, beberapa hanya mengucapkan kata-kata kasar tanpa disertai tuduhan tertentu → terdapat kasus dimana yang dihina adalah sebuah badan hukum;
- Tren pidanaan terhadap ekspresi semakin meningkat setelah UU ITE diundangkan dengan pasal penghinaan dalam undang-undang tersebut → Pemerintah menerbitkan SKB berisi panduan penafsiran pasal yang sering dikritisi pada tahun 2021 → tetap mendapatkan kritik dari masyarakat sipil;
- Pengadilan diharapkan dapat memberikan argumentasi yang kuat, rasional dan sejalan dengan prinsip hak asasi manusia, termasuk perlindungan hak atas kebebasan berekspresi, dalam putusannya.

### Pertimbangan Hakim dalam kasus pencemaran dan fitnah (KUHP & ITE)

- Pengadilan menafsirkan unsur "menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduh sesuatu" secara berbeda-beda → ada keseragaman pemahaman bahwa penghinaan telah ada ketika terdapat tuduhan dari pelaku dan dampaknya pada korban, yaitu rasa malu → segala bentuk perbuatan cenderung dipidana dengan pasal pencemaran sepanjang menimbulkan rasa malu bagi orang lain;

### Pertimbangan Hakim dalam kasus penghinaan terhadap penguasa atau badan umum

- Pengadilan cenderung berfokus pada isi atau sifat kata-kata yang diucapkan oleh terdakwa yang seringkali kasar dan tidak pantas → ada yang tidak menjabarkan secara jelas pertimbangannya → membahayakan perlindungan hak kebebasan berekspresi karena pengadilan secara prematur mengambil kesimpulan bahwa ekspresi terdakwa harus dibatasi (atau dengan kata lain dihukum) tanpa memberikan alasan yang komprehensif mengapa ekspresi tersebut harus dibatasi.

## Konsep Penghinaan Menurut Hukum Pidana dan HAM

### Unsur “kesengajaan” dalam pencemaran

- MvT → **syarat utama pencemaran adalah adanya *animus injuriandi*, yaitu maksud/niat pelaku untuk menghina** → ditegaskan dalam SKB pedoman penafsiran UU ITE bahwa pembuktian pasal penghinaan dalam UU ITE tidak berfokus pada perasaan korban, tetapi pada niat pelaku untuk menghina → **kesengajaan dengan tujuan (*Opzet als Oogmerk*)**;
- Berkaitan pula dengan unsur “untuk diketahui umum” → penghinaan dilakukan dengan tujuan agar isi penghinaan tersebut diketahui umum;
- Hukum HAM internasional → pembuktian penghinaan berkaitan pula dengan pembelaan mengenai kebenaran tuduhannya (*defense of truth*);

### Subjek dalam pencemaran

- Menurut sejarah hukum pidana Indonesia, penghinaan terhadap korporasi atau kelompok orang tidak dipidana → sejalan dengan Pasal 19 (3) KIHSP dan Komentar Umum No. 34 KIHP dimana perlindungan terhadap hak reputasi adalah terhadap individu, bukan terhadap korporasi → **“penghinaan” harus diartikan sebagai penghinaan terhadap individu dan bukan terhadap korporasi atau badan hukum.**

### Konsep penghinaan terhadap penguasa atau badan umum

- Penghinaan terhadap penguasa atau badan umum dalam Pasal 207 KUHP sama dengan penghinaan dalam Pasal 310 KUHP → interpretasi dan standar hukum pidana serta hukum HAM terkait Pasal 310 KUHP juga berlaku untuk penerapan Pasal 207 KUHP → kritik oleh masyarakat harus mendapatkan perlindungan yang lebih tinggi;
- Indonesia sebelumnya mengatur penghinaan terhadap presiden dan wakil presiden → dihapus oleh MK → dalam *judicial review* terhadap Pasal 207 KUHP, MK menyatakan penerapan pasal tersebut harus sejalan dengan putusan MK terkait penghinaan presiden dan wakil presiden → indikasi perlunya evaluasi terhadap Pasal 207 KUHP.

## Praktik Perlindungan Reputasi Oleh Pengadilan HAM regional

- Beberapa kriteria pembatasan hak kebebasan berekspresi dengan tujuan melindungi reputasi orang lain:
  - Kontribusi ekspresi terhadap diskusi tentang kepentingan umum;
  - Peran dan fungsi di ruang publik orang yang reputasinya terpengaruh dan pokok bahasan dari pernyataan (ekspresi) yang sedang diperiksa;
  - Isi, bentuk dan konsekuensi dari penyampaian ekspresi kepada umum;
- Berat ringannya suatu hukuman merupakan hal substansial dalam melihat apakah suatu hak atas kebebasan berekspresi telah dilanggar atau tidak;
- Pembatasan kebebasan berekspresi melalui sarana hukum pidana harus digunakan secara ketat dan hanya jika benar-benar diperlukan untuk melindungi hal-hal mendasar dari serangan yang merusak reputasi;
- Tidak dibenarkan menjatuhkan sanksi pidana terhadap ungkapan yang disalahtafsirkan konteksnya;
- Pers dan organisasi yang dianggap memiliki peran sebagai “pengawas sosial” dibebani tanggung jawab untuk memverifikasi kebenaran pemberitaan;
- Jaminan hak atas kebebasan berekspresi, khususnya untuk karya jurnalistik yang terkait dengan penyebaran informasi untuk kepentingan publik, harus diprioritaskan
- Pelaksanaan hak kebebasan berekspresi dan kebebasan pers yang terbukti merusak reputasi orang lain, tidak dapat dipidana dengan perampasan kemerdekaan

## Analisis Putusan Pengadilan Dalam Perkara Penghinaan

---

Pengadilan tidak memeriksa unsur kesengajaan secara konsisten dan mengabaikan doktrin *animus injuriandi*

---

Para Hakim tidak memiliki pandangan yang sama dalam memeriksa unsur “dengan maksud agar diketahui umum” dalam KUHP dan UU ITE

---

Kesalahpahaman tentang subjek pencemaran

---

Pengadilan mengabaikan konteks ungkapan yang dituntut dalam pemeriksaan perkara-perkara penghinaan

---

Pengadilan tidak menerapkan standar hukum pidana dan hukum HAM dalam memutus perkara-perkara penghinaan terhadap penguasa atau badan umum

---

Pengadilan tidak mempertimbangkan secara mendalam tentang perlunya dan proporsionalitas hukuman dalam perkara-perkara penghinaan

---

Rumusan pasal penghinaan dalam UU ITE sama dengan rumusan dalam KUHP sehingga tidak menjamin kepastian hukum



## Kesimpulan

Pengadilan belum menerapkan unsur pencemaran/penistaan dengan baik, antara lain:

- Tidak menerapkan secara konsisten unsur “kesengajaan” sebagai animus injuriandi;
- Menggunakan ketentuan pencemaran untuk menghukum terdakwa dimana pihak yang merasa kehormatannya diserang adalah korporasi/badan hukum/dll;
- Pengertian dan penerapan unsur “dengan maksud supaya diketahui umum” hanya terbatas pada perbuatan yang dilakukan di tempat umum, bukan tentang maksud terdakwa;

Tidak ada keseragaman dalam cara pengadilan menafsirkan dan menerapkan pasal-pasal yang berkaitan dengan pencemaran, fitnah, dan penghinaan terhadap penguasa atau badan publik

Pertimbangan atau argumen pengadilan tentang perlindungan kebebasan berekspresi, termasuk melalui pengujian tiga kriteria utama untuk membatasi hak, tidak pernah digunakan oleh sebagian besar pengadilan dalam memeriksa kasus-kasus yang berdimensi kebebasan berekspresi.

Ketentuan pencemaran dan fitnah, baik dalam Pasal 310 maupun Pasal 311 KUHP, sama dengan Pasal 27 (3) UU ITE

Keberadaan SKB tentang pedoman penafsiran UU ITE patut diapresiasi. Namun tidak menghilangkan urgensi untuk merevisi pasal-pasal tersebut

## Kepada penegak hukum, khususnya Hakim, dalam menangani perkara-perkara penghinaan

- Menggunakan referensi instrumen hukum HAM internasional dan nasional terkait perlindungan hak atas kebebasan berekspresi.
- Mempertimbangkan: 1) kontribusi perbuatan terdakwa terhadap diskusi kepentingan umum; 2) peran dan fungsi di ruang publik dari orang yang reputasinya terpengaruh dan pokok bahasan ekspresi atau pernyataan terkait dari terdakwa; 3) isi, bentuk, dan konsekuensi dari ekspresi yang sedang diperiksa .
- Menganalisis diperlukannya pembatasan hak kebebasan berekspresi (yang artinya pemidanaan terhadap terdakwa) dengan melakukan pengujian tiga bagian (*three part test*).

### Penafsiran Pasal 310 dan 311 KUHP

- Unsur “sengaja” harus dimaknai dalam konteks **kesengajaan dengan maksud tertentu** untuk mencemarkan reputasi seseorang;
- Unsur “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhnya” harus dibuktikan bersamaan dengan unsur “sengaja” dan analisis terhadap kedua unsur tersebut harus dilakukan secara bersamaan;
- Unsur “seseorang” dalam rumusan pasal-pasal harus dipahami sebagai orang perseorangan dan bukan korporasi atau badan hukum;
- Penerapan unsur “dengan maksud agar hal itu diketahui oleh umum” harus diperlakukan sama dengan pembuktian unsur kesengajaan, tetapi dalam hal ini khusus dikaitkan dengan maksud agar ekspresi terdakwa diketahui umum;
- Penerapan unsur “menyerang kehormatan atau nama baik” harus memperhatikan konteks peristiwa seputar penghinaan tersebut.

### Pasal 27 (3) UU ITE

- Pasal 27 (3) UU ITE tidak diperlukan dan harus dicabut;
- Dalam hal Pasal 27 (3) UU ITE tetap berlaku, penafsiran unsur pidananya harus mengacu pada penafsiran Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP serta mengacu pada pedoman dalam Surat Keputusan Bersama tentang UU ITE, khususnya penafsiran Pasal 27 (3);

### Penafsiran Pasal 207 KUHP

- Perlu dicabut karena bertentangan dengan hukum hak asasi manusia dan mengancam keberlangsungan masyarakat yang demokratis;
- Dalam hal Pasal 207 KUHP masih berlaku, penafsiran unsur-unsur pidana dalam pasal tersebut harus mengacu pada penafsiran unsur-unsur Pasal 310 KUHP;
- Unsur “penghinaan” harus diterjemahkan sebagai “menyerang kehormatan atau reputasi seseorang dengan menuduhnya melakukan sesuatu”;
- Penerapan unsur “menyerang kehormatan atau nama baik” harus memperhatikan konteks peristiwa seputar penghinaan terhadap penguasa;
- Unsur “menuduh sesuatu” harus diartikan sebagai menyampaikan tuduhan hanya dalam rangka pelaksanaan tugas dan fungsi kewenangan yang bersangkutan;
- Pembatasan yang sah dalam Pasal 207 KUHP adalah perlindungan reputasi yang hanya dapat melekat pada individu
- Penuntutan dengan Pasal 207 KUHP harus dilakukan atas dasar pengaduan dari orang yang dihina.

### Mengenai *proportionality* dan *necessity*

- Dalam hal terjadi konflik antara hak yang dilindungi dan hak yang tidak dilindungi oleh ICCPR, pengakuan dan pertimbangan harus diberikan pada fakta bahwa ICCPR berupaya melindungi hak dan kebebasan yang paling fundamental.
- Dalam hal terdakwa terbukti bersalah menurut penafsiran yang benar tentang unsur-unsur pidana serta asas-asas hukum pidana dan hukum HAM yang telah dijelaskan sebelumnya, pengadilan juga harus mempertimbangkan derajat kewajaran dan proporsionalitas penjatuhan pidana atas terdakwa. Sedapat mungkin pidana penjara tidak dijatuhkan dan diganti dengan bentuk pidana lain

# 3

## **Tindak Pidana Ujaran Kebencian dan Permusuhan di Ranah *Online***

# Pengaturan Ujaran Kebencian Dalam Hukum Indonesia

## Pengantar

- Berbagai peraturan Indonesia telah mengatur larangan tindakan “permusuhan” dan “ujaran kebencian”, untuk melindungi individu dan kelompok dalam masyarakat, termasuk kelompok minoritas dan kelompok rentan → KUHP, UU ITE, UU 40/2008, dan ratifikasi ICCPR (Pasal 20 KIHSP) → **hanya fokus pada KUHP dan UU ITE;**

## Pasal 156 dan 157 KUHP

- Bab "Kejahatan Terhadap Ketertiban Umum" → menjaga "ketertiban" dan mengatasi masalah "keamanan";
- Mengatur perbuatan menyatakan permusuhan, kebencian, dan penghinaan → tidak terdapat cukup penjelasan;
- Tidak jelasnya unsur “golongan” → awalnya mengacu pada golongan penduduk berdasarkan Pasal 163 I.S. → ditafsirkan lebih luas oleh MK (Putusan MK No. 76/PUU/-XV/2017).

## Pasal 28 (2) UU ITE

- Mengatur tindakan penyebaran informasi yang mengandung unsur permusuhan dan kebencian yang dilakukan di ranah online → niat awal penyusunan adalah melarang situs online yang penuh kebencian.
- Tidak memberikan penjelasan tentang unsur “menimbulkan rasa benci”, “perasaan benci”, “permusuhan”, dan “antar kelompok” → ditafsirkan secara tidak konsisten dan tidak memiliki acuan yang jelas dan pasti → diterapkan secara eksekutif dimana berbagai kritik dianggap sebagai “ujaran kebencian”.
- Pemerintah menerbitkan SKB panduan penafsiran UU ITE → memberikan penjelasan Pasal 28 (2) UU ITE.

### Menyebarkan informasi

- Menyebarkan informasi melalui internet dengan memposting/menautkan konten sehingga muncul di internet dengan tujuan tertentu;
- Mengirimkan informasi secara elektronik kepada banyak pihak dan/atau membuat suatu informasi dapat diakses oleh publik;
- SKB UU ITE → esensi “menyebarkan informasi” adalah “untuk diketahui umum/publik” → tindakan yang dimaksudkan agar sesuatu diketahui umum atau tidak bersifat pribadi.

### Ditujukan untuk menimbulkan perasaan kebencian dan/atau permusuhan

- Frasa “ditujukan” merupakan penekanan unsur “sengaja” dan “menyebarkan informasi” → mengacu pada tujuan menimbulkan kebencian dan/atau permusuhan.
- Pengadilan menafsirkan perbuatan menyebarkan informasi yang menimbulkan rasa benci atau permusuhan dari pernyataan terdakwa yang dapat berupa ungkapan yang “menjelek-jelekkan”, “menghina” atau “menodai agama”;
- Tidak ada penafsiran khusus oleh Hakim mengenai frasa “ditujukan” → melihat pernyataan atau konten yang disebarkan terdakwa dan kemudian menyimpulkan bahwa ada “tujuan” untuk menimbulkan perasaan kebencian dan/atau permusuhan.
- Unsur “menimbulkan rasa benci dan/atau permusuhan” ditafsirkan beragam → tanggapan dari orang-orang berupa perasaan benci yang akan menimbulkan permusuhan antar individu/kelompok orang; merujuk pada situasi tertentu yang mengakibatkan “kebencian” dan “permusuhan; dikonstruksi sebagai dampak potensial berupa “menciptakan persepsi” atau “stigma”

### Kelompok masyarakat tertentu berdasarkan suku, agama, ras, antar-golongan

- Pengadilan menafsirkan “antar-golongan” sebagai sejumlah orang dalam arti seluas-luasnya, terutama setelah putusan MK terkait pengertian “golongan orang Indonesia” dalam Pasal 156 dan 157 KUHP → golongan pendukung seorang politisi, ikatan profesi tertentu (IDI), pemerintah, Angkatan Laut, Kepolisian, dll.

## 6 Faktor Keseriusan Ujaran Kebencian

- **Konteks sosial dan politik** yang lazim pada saat ujaran dibuat dan disebarluaskan;
- **Status pembicara**, khususnya posisi individu atau organisasi dalam konteks audiens yang menjadi sasaran ujaran;
- **Niat** → kelalaian dan kecerobohan tidak cukup untuk menjadikan suatu perbuatan sebagai delik menurut Pasal 20 ICCPR; sekadar menyebarkan atau mengedarkan tidak sama dengan advokasi atau penghasutan;
- **Isi dan bentuk ujaran**, khususnya sejauh mana ujaran itu provokatif dan langsung, serta bentuk, gaya, sifat argumen yang digunakan dalam ujaran tersebut;
- **Cakupan ujaran** → "besarnya dan ukuran audiens", termasuk apakah itu "selebaran tunggal atau disiarkan di media arus utama atau melalui Internet, frekuensi, kuantitas dan jangkauan komunikasi, apakah orang yang mendengarkan ujaran memiliki sarana untuk bertindak atas hasutan";
- **Tingkat resiko bahaya yang teridentifikasi** → "kemungkinan yang masuk akal bahwa ujaran tersebut akan berhasil menghasut tindakan aktual terhadap kelompok sasaran";

## Definisi "kebencian" dan "permusuhan"

- Mengacu pada emosi yang intens dan kritik keras yang tidak rasional, bersifat permusuhan, dan kebencian terhadap kelompok sasaran → "advokasi" mensyaratkan niat untuk mempromosikan kebencian secara terbuka terhadap kelompok sasaran.
- "Penghasutan" adalah pernyataan tentang kelompok bangsa, ras, atau agama yang menimbulkan risiko diskriminasi, kekerasan atau permusuhan terhadap anggota kelompok tersebut.

## Kebencian dan permusuhan sebagai tindak pidana

- Rumusan Pasal 28 (2) UU ITE tidak memenuhi indikator tindakan kebencian dan permusuhan sebagai kejahatan menurut Hukum HAM internasional → pembedaan terhadap ekspresi yang sah, termasuk ekspresi kritik terhadap pejabat publik dan politisi.
- Suatu perbuatan dapat dikualifikasikan sebagai kejahatan apabila perbuatan tersebut memenuhi unsur hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan, dengan bentuk kampanye atau hasutan untuk menimbulkan kerugian yang nyata.



## Penerapan Pasal 28 (2) UU ITE Oleh Pengadilan Indonesia

### Interpretasi unsur “niat” yang sangat longgar

- Memungkinkan penafsiran yang luas bahwa perbuatan terdakwa berpotensi menimbulkan perasaan benci dan permusuhan.
- SKB UU ITE → adanya tindakan membujuk, mempengaruhi, menggerakkan masyarakat, menghasut/membenci satu sama lain dengan tujuan menimbulkan kebencian dan/atau permusuhan.

### “Menyebarkan informasi” tidak diartikan dilakukan “di depan umum” atau “dengan maksud diketahui umum”

- Menargetkan penyebaran informasi di ruang privat, misalnya di grup media sosial terbatas atau platform media sosial privat;
- SKB UU ITE → maksud dari “menyebarkan informasi” haruslah untuk membuat publik tahu → kriteria “menyebarkan” dapat disamakan dengan unsur “dengan tujuan agar hal tersebut diketahui oleh masyarakat”.

### Unsur “menimbulkan perasaan benci atau permusuhan” diartikan secara luas

- Sepanjang perbuatan ujaran kebencian atau permusuhan mengandung “kebencian” yang menimbulkan “provokasi” atau “gangguan” sehingga menimbulkan gejala “permusuhan”;
- SKB UU ITE → indikator “menimbulkan”: konten yang “membujuk, mempengaruhi, menggerakkan masyarakat, menghasut/membenci satu sama lain dengan tujuan menimbulkan kebencian dan/atau permusuhan”.

### Interpretasi unsur “antar kelompok” sangat luas

- Ruang lingkup “kelompok” meliputi kelompok partai politik, kepolisian, angkatan bersenjata, organisasi profesi kedokteran, bahkan rezim pemerintahan.
- Harus didasarkan pada identitas yang melekat dan sulit diubah, bukan profesi atau organisasi tertentu atau bentuk “kelompok” lain yang tidak jelas.

## Penerapan Pasal 28 (2) UU ITE Oleh Pengadilan Indonesia

**Pemeriksaan atas ujaran kebencian dan permusuhan belum dilakukan secara tepat**

- Pemeriksaan atas dugaan ujaran kebencian dan permusuhan belum sepenuhnya dilakukan berdasarkan model pengujian yang ketat.
- *Rabat Plan of Action* → harus ada standar pengujian yang tinggi apakah suatu ungkapan dapat dimasukkan ke dalam kategori kejahatan kebencian dan permusuhan berdasarkan 6 faktor keseriusan.

**Pengadilan tidak memeriksa tujuan pidana ujaran kebencian atau permusuhan**

- Tujuan pidana ujaran kebencian atau permusuhan untuk melindungi kelompok rentan dan minoritas → agar pengertian “kelompok” tidak terlalu luas, penting untuk merujuk kembali kepada pengertian kelompok dalam Pasal 156 KUHP → harus mengacu pada “identitas” yang jelas dan tidak mudah diubah.

**Tidak adanya pertimbangan yang tepat tentang hukum hak asasi manusia**

- Unsur-unsur tidak dimaknai dalam kerangka hak asasi manusia → kasus-kasus dimana hukum HAM internasional telah diacu tidak diikuti dengan analisis yang mendalam tentang hubungan antara HAM dengan kasus yang diadili.
- Proses hukum yang mencoba mengkriminalisasi suatu ekspresi harus dilihat dalam konteks pembatasan hak asasi manusia → perlu mempertimbangkan instrumen hak asasi manusia terkait dan menggunakan tes tiga bagian untuk menilai validitas pembatasan tersebut.

**Instrumen hukum pidana tidak diperlakukan sebagai upaya terakhir**

- Selama ada upaya untuk memperbaiki kesalahan, termasuk dengan memperjelas suatu tuduhan, maka hukum pidana harus berfungsi sebagai mekanisme terakhir;
- Negara dapat memiliki berbagai kategori pendekatan terhadap ungkapan yang dianggap sebagai ujaran kebencian dan tidak semata-mata melalui jalur pidana, tetapi dapat dilakukan dengan tindakan administratif atau sanksi perdata.

### Kesimpulan

- Penafsiran pasal yang luas telah menyasar berbagai ekspresi yang sah, baik dalam bentuk kritik maupun laporan jurnalistik;
- Penerapan dan penafsiran Pasal 28 (2) UU ITE sangat eksekutif karena diterapkan untuk melindungi sekelompok orang yang seharusnya tidak dianggap sebagai kelompok rentan → penerapan Pasal 28 (2) UU ITE sangat menitikberatkan pada pendekatan keamanan dan ketertiban atau didasarkan pada menjaga kepentingan kelompok mayoritas atau mereka yang berkuasa;
- Aparat penegak hukum tidak memahami perbedaan dan cenderung menyamakan Pasal 28 (2) UU ITE dengan Pasal 27 (3) UU ITE. Padahal, kedua pasal ini mengatur kejahatan yang berbeda dengan unsur yang berbeda.

### Rekomendasi

- Paradigma dalam mengatur ujaran kebencian dan permusuhan perlu difokuskan untuk melindungi kelompok minoritas dan rentan;
- Pasal 28 (2) UU ITE perlu direvisi untuk memberikan rumusan yang lebih jelas sesuai dengan standar hukum HAM internasional;
- Penafsiran Pasal 28 (2) UU ITE perlu mengacu pada beberapa ketentuan dalam SKBUU ITE sebagai pedoman, terutama terkait unsur kesengajaan;
- Penafsiran unsur Pasal 28 (2) UU ITE perlu dilakukan secara cermat dengan menggunakan indikator yang jelas seperti indikator yang telah disusun dalam *Rabat Plan of Action*;
- Penafsiran unsur “golongan” dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE harus diartikan sebagai identitas golongan yang tidak dapat diubah, termasuk suku, ras, agama, dengan mengacu pada pengertian semula “golongan” berdasarkan Pasal 156 KUHP → perlu memasukkan kelompok berdasarkan gender atau orientasi seksual sebagaimana dijelaskan dalam Dokumen PBB tentang Strategi dan Rencana Aksi Ujaran Kebencian.

4

# **Ekspresi Politik dan Kejahatan Terhadap Keamanan Negara**

### Perlindungan HAM Terhadap Ekspresi Politik

- Par. 9 & 11 Komentar Umum No. 34 KIHSP → Opini dan ekspresi politik dalam bentuk diskusi politik merupakan opini dan ekspresi yang dilindungi oleh Pasal 19 KIHSP.

### Definisi Ekspresi Politik

- Suatu ekspresi yang dilakukan untuk menyampaikan pesan, pendapat, atau pikiran mengenai suatu permasalahan publik, peristiwa politik, kepentingan kelompok tertentu, kebijakan pemerintahan, perilaku pejabat publik dan sebagainya dengan tujuan untuk memberikan informasi kepada publik dan/atau menggerakkan pandangan/pemikiran publik mengenai pesan, pendapat, pikiran, dan/atau informasi yang disampaikan

### Bentuk-bentuk Ekspresi Politik

- Menghadiri audiensi publik atau pertemuan di tempat umum, mengirimkan surat kepada pejabat publik, menyampaikan protes di muka umum, melakukan advokasi dan musyawarah, melakukan dan/atau mengikuti diskusi terbuka, berpartisipasi dalam demonstrasi yang dilakukan secara damai, berpartisipasi dalam kampanye publik di media sosial, dll.

### **Ekspresi politik seringkali dipidana dengan pasal-pasal pada bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara” → Pasal 104, 106, dan 110 KUHP**

- Meneriakkan siap memenggal kepala presiden seorang diri dalam demonstrasi; menyiapkan, merencanakan, dan mengibarkan berdera lambang kemerdekaan; meneriakkan yel-yel, menyanyikan lagu, mempersiapkan dan melaksanakan peringatan hari kemerdekaan suatu gerakan; ikut serta dalam demonstrasi meminta kemerdekaan suatu wilayah, dll.

### **Penegak hukum memproses pidana ekspresi politik dengan pasal “makar” secara inkonsisten**

- Ekspresi politik berupa pengibaran bendera lambang kemerdekaan → “makar” dalam Pasal 106 KUHP vs “permufakatan jahat untuk melakukan Makar” dalam Pasal 110 KUHP.

### **Hakim menginterpretasikan unsur "makar" dalam berbagai cara**

- Tidak menafsirkan, langsung menyebutkan perbuatan telah memenuhi unsur “makar”; Tidak menafsirkan, hanya memperberat hukuman; Menggunakan Pasal 87 KUHP sebagai definisi; Mengacu pada pendapat para ahli pidana; Mengacu pada Putusan MK No. 7/PUU-XV/2017; Mengacu pada KBBI; Mengacu pada ahli selain hukum pidana.

### **Penafisan unsur "makar" oleh Hakim secara umum**

- Unsur “makar”, tidak perlu ada suatu perbuatan yang bersifat menyerang;
- Walaupun “makar” diartikan sebagai “serangan”, maka “serangan” tersebut tidak selalu diartikan sebagai kekerasan secara fisik;
- “Makar” dapat dilakukan dengan cara kekerasan dan dengan cara damai.

## Konsep "Makar" Dalam Ajaran Hukum Pidana

### "Makar" bukanlah kualifikasi (jenis) tindak pidana dalam Pasal 104 & 106 KUHP

- Kata "makar" hanya dirumuskan sebagai salah satu unsur dalam Pasal 104 dan 106 KUHP → dirumuskan untuk menggambarkan suatu perbuatan tertentu → **harus didefinisikan** untuk mengetahui perbuatan yang diwakili oleh kata "makar".

### "Makar" harus didefinisikan sebagai "aanslag" → serangan

- KUHP berasal dari WvS-NI yang dirumuskan dalam bahasa belanda → WvS-NI tidak pernah diterjemahkan secara resmi oleh pemerintah Indonesia → kata "makar" dari bahasa Arab, yang artinya "tipu daya" → **harus kembali ke rumusan WvS-NI** → "Aanslag" adalah **serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang disamakan dengan kekerasan.**

### Kesengajaan dalam bentuk "sengaja dengan tujuan" (Opzet Als Oogmerk/Direct Purpose)

- *Aanslag* yang dilakukan benar-benar dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat pada Pasal 104 & 106 KUHP, walaupun akibat tersebut belum/tidak terjadi.

### Pasal 87 KUHP bukan definisi, melainkan perluasan unsur "Makar" → *Aanslag* tidak selesai

- "Permulaan pelaksanaan" dalam Pasal 87 KUHP adalah tindakan-tindakan pelaku yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya suatu "*aanslag*" yang dilakukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang diatur dalam 104 & 106 KUHP;

### "Permufakatan jahat" dan "tindakan persiapan" dalam Pasal 110 KUHP harus mengacu pada unsur "*aanslag*"

- "Permufakatan jahat" dalam Pasal 110 KUHP adalah adanya kesepakatan 2 (dua) orang atau lebih untuk melakukan *aanslag* di mana *aanslag* tersebut dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam Pasal 104 dan 106 KUHP;
- "Tindakan persiapan" dalam Pasal 110 KUHP adalah tindakan mempersiapkan atau memperlancar *aanslag* di mana *aanslag* tersebut dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam Pasal 104 dan 106 KUHP.

### Penerapan Pasal 104 & 106 KUHP Sebagai Pembatasan HAM Yang Sah

- Pasal 104 & 106 dirumuskan dalam bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara” → melindungi keamanan negara/nasional → salah satu tujuan pembatasan ekspresi yang sah menurut Pasal 19 Ayat (3) KIHSP → hanya dapat dilakukan untuk tujuan yang sesuai dengan peruntukannya dan harus secara langsung berkaitan dengan kebutuhan khusus yang melahirkan pembatasan itu sendiri (Par. 22 Komentar Umum No. 34 KIHSP);
- **Penerapan Pasal 104 & 106 KUHP terhadap setiap ekspresi hanya akan menjadi pembatasan HAM yang sah apabila memenuhi syarat-syarat pembatasan ekspresi dengan tujuan melindungi keamanan negara/nasional.**

### Pembatasan ekspresi dengan tujuan melindungi keamanan negara/nasional dapat dibenarkan:

- Melindungi eksistensi suatu bangsa/negara atau integritas teritorial **dari penggunaan suatu serangan (force) atau ancaman serangan (threat of force);**
- Dilakukan sebagai bentuk respon dari adanya penggunaan serangan atau ancaman serangan;
- Terbukti 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 ekspresi dengan tujuan melindungi keamanan negara/nasional tidak dapat dibenarkan:

- Dilakukan untuk **memaksakan pembatasan yang tidak jelas atau sewenang-wenang;**
- Dilakukan **terhadap ekspresi yang dilakukan secara damai;**
- Dilakukan terhadap ekspresi yang mengadvokasikan perubahan kebijakan pemerintah atau pemerintah itu sendiri **tanpa menggunakan kekerasan.**



### Untuk memenuhi syarat “*prescribed by law*”:

- Diatur dalam ketentuan hukum nasional yang harus dapat diakses oleh publik dan dirumuskan dengan cukup presisi;
- Apabila ketentuan tersebut harus dirumuskan secara umum, ketentuan tersebut ditafsirkan dan diterapkan secara ketat serta konsisten oleh pengadilan domestik;

### Untuk memenuhi syarat “*legitimate aim*” (*to protect legitimate national security interest*)”

- Pembentukan ketentuan hukum nasional yang digunakan sebagai pembatasan harus ditujukan untuk “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”;
- Penggunaan ketentuan hukum nasional tersebut harus dimaksudkan untuk mencapai tujuan pembentukannya, yaitu untuk “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”;

### Untuk memenuhi syarat “*necessary in democratic society*”:

- Ekspresi yang dibatasi bersifat membahayakan “keamanan nasional”, termasuk “keutuhan wilayah teritorial”;
- Pembatasan harus dilakukan berdasarkan alasan yang “relevan dan memadai” terkait adanya *pressing social need* **dan** diterapkan secara proporsional untuk “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”;
- *Pressing social need* dianggap “relevan dan memadai” apabila ekspresi tersebut berisi dorongan, ajakan, atau hasutan untuk melakukan kekerasan, perlawanan bersenjata, atau pemberontakan, termasuk sebagai bentuk pembelaan diri, dan/atau ekspresi tersebut mengandung ujaran kebencian;
- Salah satu penilaian proporsionalitas → jenis media/cara yang digunakan untuk menyampaikan ekspresi tersebut beserta potensi dampak penggunaan media tersebut terhadap “keamanan nasional”, termasuk “keutuhan wilayah teritorial”.

## Hanya melindungi suatu *assembly* yang damai dan tidak mengandung kekerasan

- Dalam hal terdapat tindakan kekerasan dari sebagian peserta dalam suatu *assembly*, maka:
  - Tindakan kekerasan tersebut tidak boleh dikaitkan dengan peserta lain, penyelenggara, atau *assembly* itu sendiri;
  - Peserta yang tidak ikut melakukan kekerasan dan tetap bersikap damai tidak dapat dimintai tanggung jawab atas kekerasan tersebut atau tindakan lain yang dapat dihukum yang dilakukan oleh peserta lain;

## Pemidanaan ekspresi politik dalam sebuah *assembly* dengan pasal-pasal “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara”

- Harus dilihat sebagai pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dengan alasan keamanan negara → dapat dilakukan untuk melindungi keberadaan bangsa atau keutuhan wilayah teritorial **dari penggunaan suatu serangan (*force attack*) atau ancaman serangan (*threat of force attack*) yang dapat terlihat secara nyata;**

## Alasan keamanan negara/nasional sebagai dasar pembatasan hak untuk berkumpul secara damai

- Tidak dapat menjadi dasar pembatasan dari suatu pertemuan/perkumpulan yang menyerukan/meminta penentuan nasib sendiri (*self-determination*) berupa tuntutan pemisahan sebagian wilayah negara, sepanjang seruan tersebut disampaikan/diadvokasikan secara damai (Par. 49 Komentar Umum No. 37 KIHSP dan *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*);

## Penggunaan simbol-simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik sebagai ekspresi yang sah

- Penggunaan simbol-simbol, seperti bendera, seragam, tanda, dan spanduk, oleh peserta dalam suatu *assembly* harus dianggap sebagai ekspresi yang sah dan tidak dapat dibatasi sepanjang tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan (Par. 51 Komentar Umum No. 37 KIHSP dan *Müdür Duman v. Turkey*).

## Analisis Terhadap Pidanaan Ekspresi Politik (Pidana & HAM)

### Penerapan Pasal 104 & 106 KUHP hanya dapat menjadi pembatasan ekspresi yang sah dan sesuai dengan ajaran hukum pidana, apabila:

- Adanya serangan (*force*) → serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang disamakan dengan kekerasan (Pasal 104 & 106 KUHP);
- Adanya ancaman serangan (*threat of force*) → permulaan pelaksanaan, permufakatan jahat, atau tindakan mempersiapkan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang disamakan dengan kekerasan (Pasal 87 & 110 KUHP);

### Penerapan Pasal 104 & 106 KUHP tidak sesuai dengan ajaran hukum pidana dan merupakan pembatasan HAM yang tidak sah

- **Tidak terdapat serangan/ancaman serangan yang bersifat kekerasan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan dari ekspresi politik yang dipidana dengan Pasal 104, 106, dan 110 KUHP** → tidak memenuhi syarat “diperlukan dalam masyarakat yang demokratis untuk melindungi keamanan nasional (*necessary in democratic society to legitimate national security interest*)”
- **Penafsiran kata “*aanslag*” menjadi kata “*makar*” membuat pasal-pasal yang memuat kata “*makar*” tidak memenuhi syarat pembatasan “*prescribe by law*”** → menyebabkan tidak jelasnya batasan tindakan yang dapat dipidana, sehingga tidak presisi dan tidak memungkinkan orang-orang untuk mengetahui perbuatan-perbuatan yang sebenarnya dilarang → menyebabkan pengadilan tidak konsisten dalam menerapkan 106 KUHP;
- **Ekspresi politik yang dilakukan merupakan bentuk-bentuk ekspresi yang sah** → seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*) dilakukan secara damai; Terdapat bukan pihak bertanggung jawab atas kekerasan yang dilakukan oleh peserta (*assembly*); menggunakan simbol-simbol yang tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan.

## Kesimpulan

Ekspresi politik dalam perkara-perkara pidana selama ini tidak dapat dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP

Penerapan Pasal 104 dan 106 KUHP terhadap ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan merupakan pembatasan HAM yang tidak sah

Pasal 104 dan 106 KUHP memenuhi syarat pembatasan hak yang sekaligus sesuai dengan konsep hukum pidana, apabila:

- Kata “makar” → “serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”;
- “Permulaan pelaksanaan” dalam Pasal 87 KUHP → “permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”;
- “Permufakatan jahat” untuk melakukan “makar” dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP → “permufakatan jahat untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”;
- “Tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar” suatu tindakan “makar” dalam Pasal 110 ayat (2) KUHP → tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik.

Ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan merupakan ekspresi yang sah dan tidak dapat dibatasi

- Ekspresi politik yang dilakukan adalah seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*) yang dilakukan secara damai;
- Terdakwa tidak ikut melakukan tindakan kekerasan dalam aksi demonstrasi meminta penentuan nasib sendiri;
- Ekspresi politik yang dilakukan menggunakan simbol-simbol yang sah karena tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan kekerasan.

**Praktik pemidanaan atas ekspresi politik yang tidak mengandung serangan (atau ancaman serangan) berupa paksaan/kekerasan atau tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik dan/atau yang berbentuk ekspresi yang sah harus segera dihentikan**

### Kepada Pembentuk Undang-undang

- Mengganti kata “makar” dalam pasal-pasal pada bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara” menjadi **“serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”**.
- Mengatur dengan tegas penjelasan dari kata “makar” dalam KUHP dengan ketentuan sebagai berikut:

“Yang dimaksud dengan “makar” dalam pasal-pasal pada bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara” adalah **serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik”**

- Menyesuaikan Pasal 87 KUHP atau pasal lain dalam peraturan perundang-undangan pidana baru yang bunyinya sama menjadi:

“Dikatakan ada **serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik**, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan (seperti dimaksud dalam pasal 53) **untuk melakukan serangan tersebut”**

- Mengatur dengan tegas bahwa pasal-pasal pada bab “Kejahatan Terhadap Keamanan Negara” tidak dapat diterapkan, setidaknya-tidaknya kepada pihak-pihak antara lain:
  - Orang yang menyerukan penentuan nasib sendiri (*self-determination*) secara damai;
  - Peserta aksi demonstrasi meminta penentuan nasib sendiri (*self-determination*) yang tidak ikut melakukan tindakan kekerasan yang terjadi pada aksi demonstrasi tersebut;
  - Orang yang menggunakan simbol-simbol tertentu, seperti bendera atau simbol lainnya dari suatu gerakan, sepanjang terbukti bahwa simbol tersebut tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan kekerasan.

### Kepada Penegak Hukum

- Hanya memproses hukum/menjatuhkan pidana berdasarkan pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”, termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP, apabila pelaku terbukti melakukan perbuatan (termasuk ekspresi politik) yang bersifat serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut;
- Hanya memproses hukum/menjatuhkan pidana berdasarkan Pasal 87 KUHP apabila terbukti perbuatan pelaku (termasuk ekspresi politik) merupakan perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
- Hanya memproses hukum/menjatuhkan pidana berdasarkan Pasal 110 ayat (1) KUHP apabila terbukti perbuatan pelaku (termasuk ekspresi politik) merupakan kesepakatan dengan pihak lain untuk melakukan suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
- Hanya memproses hukum/menjatuhkan pidana berdasarkan Pasal 110 ayat (2) KUHP apabila terbukti perbuatan pelaku (termasuk ekspresi politik) merupakan tindakan yang dilakukan untuk mempersiapkan atau memperlancar suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar”;
- Tidak memproses hukum/menjatuhkan pidana kepada orang-orang sebagai berikut:
  - Orang yang melakukan ekspresi politik berupa seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*) sepanjang ekspresi tersebut dilakukan secara damai;
  - Peserta aksi demonstrasi meminta penentuan nasib sendiri yang melibatkan tindakan kekerasan sepanjang peserta tersebut tidak ikut melakukan tindakan kekerasan tersebut;
  - Orang yang menggunakan simbol-simbol yang sah, seperti bendera atau simbol lainnya dari suatu gerakan, sepanjang simbol tersebut tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan kekerasan.



# REKOMENDASI

## Rekomendasi Umum

Hak atas kebebasan berekspresi perlu diberikan perlindungan yang tinggi, termasuk dalam hal terjadi kontestasi perlindungan antar hak dalam proses peradilan pidana

Ketentuan-ketentuan hukum yang mengakui dan menjamin hak atas kebebasan berekspresi perlu dipertimbangkan atau diposisikan setara dengan ketentuan-ketentuan hukum pidana

Interpretasi atas cakupan dan batasan kebebasan berekspresi dalam peradilan pidana perlu disesuaikan dengan standar norma-norma HAM internasional tentang kebebasan berekspresi

Penerapan perlindungan kebebasan berekspresi dalam proses peradilan pidana perlu dilakukan dengan secara seimbang sejalan dengan pertimbangan terkait dengan penerapan unsur-unsur tindak pidana



## Rekomendasi Khusus

### Pengaturan pasal pidana oleh legislator

- Penyesuaian orientasi hukum pidana dengan perkembangan iklim demokrasi dan perlindungan hak asasi manusia serta hukum pidana modern;
- Perumusan ulang pasal-pasal tindak pidana penghinaan, ujaran kebencian dan permusuhan serta tindak pidana makar dengan rumusan yang lebih jelas dan ketat;
- Pencabutan pasal juga dilakukan terhadap Pasal 27 (3) UU ITE karena secara esensi serupa dengan pengaturan dalam KUHP

### Penerapan dan penafsiran unsur-unsur tindak pidana oleh penegak hukum

- Interpretasi atau penafsiran unsur-unsur tindak pidana harus lebih akurat dan ketat yang disertai dengan argumen hukum yang memadai;
- Interpretasi unsur-unsur tindak pidana, dalam hal berkaitan dengan isu kebebasan berekspresi, haruslah disandingkan dengan interpretasi atas cakupan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi;

## Rekomendasi Khusus

Interpretasi dan penerapan norma-norma HAM oleh penegak hukum

Perlu menguraikan argumen perlindungan hak atas kebebasan berekspresi secara memadai dengan:

- Menggunakan rujukan norma-norma HAM dalam hukum nasional dan hukum HAM internasional baik dalam bentuk *hard laws* dan *soft laws*;
- Menggunakan metode pengujian tiga tahap (*three part test*);

Peningkatan kompetensi penegak hukum

Kompetensi dalam membangun dasar-dasar hukum (*legal reasoning*) dan kompetensi terkait dengan pengetahuan dan pemahaman norma dan standar HAM baik yang diatur dalam hukum nasional maupun dalam hukum HAM internasional



**TERIMA KASIH**