



MODUL PELATIHAN

PENERAPAN PASAL-PASAL TERKAIT
KEBEBASAN BEREKSPRESI DALAM
KUHP 2023 BERDASARKAN
PRINSIP HAK ASASI MANUSIA



KATA SAMBUTAN

Kebebasan berekspresi merupakan salah satu pilar utama negara hukum yang demokratis serta menjadi prasyarat bagi tegaknya peradilan yang independen, imparial, dan akuntabel. Hak ini tidak hanya merepresentasikan kebebasan individu untuk menyampaikan pikiran dan pendapat, tetapi juga mencerminkan kualitas penghormatan negara terhadap martabat manusia. Dalam perspektif global, sebagaimana ditegaskan oleh berbagai pemikir dan instrumen hak asasi manusia internasional, kebebasan berekspresi merupakan fondasi bagi lahirnya masyarakat yang terbuka, partisipatif, dan berkeadilan. Dalam konteks tersebut, pandangan para pemikir dunia senantiasa relevan untuk menjadi refleksi bersama. **Voltaire**, sebagai salah satu tokoh besar dalam sejarah pemikiran kebebasan sipil, pernah menegaskan bahwa **“I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it,”** sebuah pernyataan yang tidak sekadar meneguhkan pentingnya kebebasan berekspresi, tetapi juga menempatkan penghormatan terhadap perbedaan sebagai fondasi utama peradaban hukum yang berkeadilan.

Dalam konteks Indonesia, jaminan konstitusional atas kebebasan berekspresi telah ditegaskan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta berbagai instrumen hukum nasional lainnya. Namun demikian, dinamika praktik peradilan menunjukkan bahwa penerapan norma hukum yang berkaitan dengan ekspresi, terutama dalam perkara penghinaan, pencemaran nama baik, ujaran kebencian, dan tindak pidana terhadap keamanan negara masih menghadapi tantangan dalam hal konsistensi penafsiran, harmonisasi dengan prinsip hak asasi manusia, serta kebutuhan akan argumentasi hukum yang berperspektif HAM.

Berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang efektif pada tahun 2026 menandai babak baru dalam sistem hukum pidana nasional. Perubahan pengaturan terhadap pasal-pasal yang berkaitan dengan kebebasan berekspresi menghadirkan peluang sekaligus tantangan bagi aparat penegak hukum, khususnya hakim, dalam memastikan bahwa penerapannya tetap selaras dengan prinsip negara hukum, standar hak asasi manusia, dan rasa keadilan masyarakat.

Sejalan dengan kebutuhan tersebut, Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP) menyusun modul pelatihan “Penerapan Pasal-Pasal Terkait Kebebasan Berekspresasi dalam KUHP 2023 Berdasarkan Prinsip Hak Asasi Manusia” sebagai bahan pembelajaran strategis bagi para hakim. Modul ini dirancang tidak hanya sebagai perangkat akademik, tetapi juga sebagai instrumen penguatan kompetensi yang berorientasi pada peningkatan kualitas penalaran hukum, kemampuan melakukan *balancing rights*, serta penerapan norma HAM secara konkret dalam putusan pengadilan.

Pelatihan ini bertujuan untuk memperkaya pengetahuan dan keterampilan hakim dalam: memahami kerangka hukum HAM nasional dan internasional; menelusuri sejarah dan arah pengaturan pasal-pasal terkait ekspresi dalam KUHP; serta membangun argumentasi hukum yang berkualitas dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara yang berdimensi kebebasan berekspresi. Lebih jauh, pelatihan ini diharapkan mampu mendorong konsistensi penerapan hukum, memperkuat kepastian hukum, serta memastikan bahwa setiap putusan pengadilan mencerminkan penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan hak asasi manusia.

Modul ini disusun melalui proses kolaboratif yang melibatkan para ahli, praktisi peradilan, serta fasilitator pelatihan dengan pendekatan andragogi yang menekankan *experiential learning, critical and creative thinking*, serta *collective learning*. Pendekatan tersebut menempatkan hakim sebagai subjek pembelajaran yang memiliki pengalaman dan pengetahuan, sehingga proses pelatihan menjadi ruang reflektif dan transformatif dalam membangun paradigma peradilan yang berperspektif HAM dan berorientasi pada keadilan substantif.

Sebagai lembaga yang memiliki mandat strategis dalam pengembangan kompetensi aparatur peradilan, Badan Strategi Kebijakan Diklat Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI c.q. Pusdiklat Teknis Peradilan memandang bahwa kerja sama dengan Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP) merupakan bagian dari upaya berkelanjutan untuk mewujudkan peradilan yang agung. Penguatan kapasitas hakim dalam memahami dan menerapkan prinsip kebebasan berekspresi tidak hanya berdampak pada kualitas putusan, tetapi juga pada meningkatnya kepercayaan publik terhadap lembaga peradilan.

Ke depan, modul ini diharapkan menjadi *living document* yang terus disempurnakan melalui berbagai pelatihan lanjutan, sehingga mampu menjawab perkembangan hukum, dinamika sosial, serta tantangan peradilan modern. Dengan demikian, pelatihan ini tidak hanya bersifat insidental, tetapi menjadi program berkelanjutan yang terintegrasi dalam sistem pendidikan dan pelatihan teknis peradilan.

Akhirnya, kami menyampaikan apresiasi yang setinggi-tingginya kepada Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP), tim penyusun modul, para narasumber, fasilitator, serta seluruh pihak yang telah berkontribusi dalam penyusunan modul ini. Semoga modul ini memberikan manfaat yang besar dalam meningkatkan profesionalitas hakim Indonesia, memperkuat perlindungan hak asasi manusia, serta mewujudkan peradilan yang berkeadilan, berintegritas, dan berwibawa.

Kepala Badan Strategi Kebijakan
Diklat Hukum dan Peradilan
Mahkamah Agung RI



Dr. Syamsul Arief, S.H., M.H.

DAFTAR ISI

DAFTAR ISI	6
BAGIAN I: PENDAHULUAN	11
1. Latar Belakang	12
2. Tujuan Pelatihan	13
3. Proses Penyusunan Modul	13
4. Peserta Pelatihan	13
5. Prinsip Utama Pelatihan	13
6. Membangun Kompetensi Pengetahuan Dan Keterampilan	14
BAGIAN II: SESI PELATIHAN	19
SESI 1: PEMBUKAAN DAN PENGANTAR PELATIHAN	20
SESI 2: PERAN PENGADILAN DALAM PENGHORMATAN, PELINDUNGAN, DAN PEMENUHAN HAM	21
➔ Daftar Isi	21
➔ Materi	22
1. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM	22
1.1. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Teori Negara Hukum	22
1.2. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Konsep Tanggung Jawab Negara sebagai Pemegang Kewajiban (<i>Duty Bearer</i>)	23
2. Fungsi Hakim dan Makna Hakim Memutus Menurut Hukum	24
3. Peradilan yang Independen dan Imparsial sebagai Hak Asasi Warga Negara	25
3.1. Peradilan yang Independen	25
3.2. Peradilan yang Imparsial	26
3.3. Peradilan yang Akuntabel	26
4. Area Utama Penerapan Prinsip HAM dalam Penegakan Hukum di Pengadilan	27
4.1. Penundaan Waktu Sidang	27
4.2. Hak Tersangka/Terdakwa	27
4.3. Akses terhadap Keadilan	28
4.4. Hak atas Pemulihan	29
5. Tantangan Pengadilan dan Hakim dalam Memenuhi Tanggung Jawab Melindungi HAM Warga Negara	30
5.1. Tantangan terhadap Independensi Pengadilan dan Hakim	30
5.2. Tantangan terhadap Imparsialitas Hakim	30
5.3. Personal Bias dan <i>Unconscious Bias</i>	31
5.4. Problem pada Kerangka Hukum yang Tersedia	31
5.5. Minimnya Akses terhadap Keadilan bagi Kelompok Rentan	32
6. Sumber-sumber Hukum Sebagai Dasar Hakim dalam Memutus Perkara Menurut Hukum	33
➔ Referensi Bacaan	33
SESI 3: PENGANTAR INSTRUMEN HUKUM INTERNASIONAL DAN NASIONAL TENTANG HAK ASASI MANUSIA (HAM)	35
➔ Daftar Isi:	35
➔ Materi:	36
1. HAM Sebagai Bagian dari Kerangka Hukum Nasional	36
2. Sejarah, Konsep, dan Prinsip HAM	37
2.1. Sejarah HAM	37
2.2. Prinsip-Prinsip HAM	38

2.3. Jenis-jenis HAM	39
2.4. Tanggung Jawab Negara	40
2.5. Perbuatan dan Pembiaran	40
2.6. Pemulihan (<i>remedy</i>)	41
2.7. Pengurangan (<i>derogation</i>)	42
2.8. Pembatasan (<i>limitation/restriction</i>)	42
2.9. Afirmasi	43
3. Sumber Hukum HAM	43
3.1. Sumber Hukum HAM Internasional	43
3.2. Sumber Hukum HAM Nasional	45
➔ Referensi Bacaan	46
SESI 4: PENGANTAR HAK ATAS KEBEBASAN BEREKSPRESI	48
➔ Daftar Isi:	48
➔ Materi:	49
1. Konsep, Prinsip, dan Pengaturan Hak atas Kebebasan Berekspresi	49
2. Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspresi	51
3. Konsep, Prinsip, dan Pengaturan Hak atas Kebebasan Berekspresi di Ruang Digital	55
4. Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspresi di Ruang Digital	57
5. Pemulihan yang Efektif atas Pelanggaran Hak Atas Kebebasan Berekspresi	57
➔ Referensi Bacaan	58
SESI 5: HAK ATAS KEBEBASAN BEREKSPRESI DAN PASAL-PASAL PENGHINAAN DALAM KUHP 2023	62
➔ Daftar Isi	62
➔ Materi	63
1. Prinsip Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspresi dalam rangka Perlindungan Reputasi	63
1.1. Perlindungan Reputasi sebagai Alasan Pembatasan yang Sah	63
1.2. Perlindungan atas Reputasi dan Subjek yang Dilindungi	66
2. Pengaturan Delik Penghinaan dalam Hukum Nasional	67
3. Tren Bentuk Ekspresi yang Dituntut Pidana Pencemaran atau Fitnah Menurut KUHP	68
4. Tindak Pidana Penghinaan dalam KUHP 2023	72
4.1. Perbandingan Rumusan Pencemaran dan Fitnah dalam KUHP dan KUHP 2023	72
4.2. Pemberatan Pidana Delik Penghinaan di Ranah Digital	74
4.3. Memahami Ketentuan Tindak Pidana Penghinaan dalam Kerangka Hukum Nasional dan Hukum HAM	74
4.4. Analisis Praktik Penerapan Pidana Pencemaran dan Fitnah dalam KUHP	82
4.5. Menuju Penerapan Ideal Tindak Pidana Penghinaan dalam KUHP 2023	86
5. Tindak Pidana Penyerangan Kehormatan atau Harkat dan Martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP 2023	87
5.1. Perbandingan Rumusan Penyerangan Kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP dan KUHP 2023	87
5.2. Penerapan Pasal Penyerangan Kehormatan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden	89
5.3. Menuju Penerapan Ideal Tindak Pidana Penyerangan Kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP 2023	92
6. Tindak Pidana Penghinaan terhadap Pemerintah atau Lembaga Negara	94
6.1. Rumusan Tindak Pidana Penghinaan terhadap Pemerintah atau Lembaga Negara dalam KUHP 2023	94
6.2. Penerapan Pasal Penghinaan Pemerintah atau Lembaga Negara	96
6.3. Menuju Penerapan Ideal Tindak Pidana Penghinaan Pemerintah atau Lembaga Negara dalam KUHP 2023	98
➔ Referensi Bacaan	100

SESI 6: HAK ATAS KEBEBASAN BEREKSPRESI DAN PASAL UJARAN KEBENCIAN DALAM KUHP, UU ITE, DAN KUHP 2023	103
↳ Daftar Isi:	103
↳ Materi:	104
1. Uraian Rumusan Pasal 242-243 KUHP 2023 dan Perbandingan dengan Pasal 156-157 KUHP 1946 dan Pasal 300-301 KUHP 2023	104
1.1. Uraian Rumusan Pasal 242-243 KUHP 2023 berdasarkan UU No. 1 Tahun 2026 tentang Penyesuaian Pidana dan Perubahan dari Rumusan Pasal 156-157 KUHP 1946	104
1.2. Melihat perbandingan rumusan Pasal 243 KUHP dengan Pasal 300-301 KUHP serta perubahannya dalam UU No. 1 Tahun 2026 tentang Penyesuaian Pidana	108
2. Konteks Pasal 242-243 KUHP dilihat dari Prinsip-Prinsip HAM	108
3. Implementasi Pembatasan Ekspresi yang Sah terkait "Hate Speech" dalam Putusan Pengadilan Regional dan Beberapa Negara Lain	110
3.1. Implementasi Larangan "Hate Speech" dalam Putusan Pengadilan HAM Regional	110
3.2. Penggunaan Three-Stage Test oleh Hoge Raad Belanda dalam Perkara "Hate Speech" dan "Hasutan Kebencian" di Belanda	111
3.3. Pertimbangan Hakim Australia dalam Putusan terkait "Hate Speech"	113
4. Penutup dan Rekomendasi Penafsiran Pasal 242-243 KUHP 2023	114
4.1. Penafsiran unsur-unsur Pasal 242 KUHP 2023	115
4.2. Penafsiran unsur-unsur Pasal 243 KUHP 2023	117
4.3. Proporsionalitas Pidana	118
↳ Referensi Bacaan	121
SESI 7: EKSPPRESI POLITIK DAN TINDAK PIDANA TERHADAP KEAMANAN NEGARA	122
↳ Daftar Isi	122
↳ Materi	123
1. Ekspresi Politik dan Tindak Pidana "Makar" Dalam Peradilan Pidana Indonesia	123
1.1. Konsep dan Bentuk Umum Ekspresi Politik	123
1.2. Ekspresi Politik dan Penerapan Pasal "Makar" Dalam KUHP	124
2. Sejarah dan Perkembangan Pengaturan Serta Konsep Perbuatan "Makar" Dalam KUHP Indonesia	126
2.1. Sejarah Pengaturan dan Konsep Perbuatan "Makar" Dalam KUHP	126
2.2. Pengaturan Tindak Pidana Makar Dalam KUHP 2023	134
3. Pasal Tindak Pidana Makar Dalam Perspektif Hak Asasi Manusia	140
3.1. Pasal Tindak Pidana Makar Dalam Konteks Pembatasan Yang Sah (<i>Legitimate</i>) Terhadap Ekspresi	140
3.2. Pembatasan Yang Sah (<i>Legitimate</i>) Terhadap Ekspresi Untuk Tujuan Melindungi Keamanan Negara	141
3.3. Pembatasan Yang Sah (<i>Legitimate</i>) Terhadap Ekspresi Untuk Tujuan Melindungi Keamanan Negara Dalam Hak Untuk Berkumpul Secara Damai	143
4. Analisis Terhadap Praktik dan Penerapan Ideal Pasal Tindak Pidana Makar Terhadap Ekspresi	144
4.1. Standar Penerapan Pasal Tindak Pidana Makar Menurut Prinsip Hukum Pidana dan Pembatasan HAM Yang Sah	145
4.2. Analisis Penerapan Pasal Terkait "Makar" Dalam KUHP Terhadap Ekspresi-Ekspresi Politik di Indonesia	146
4.3. Penerapan Unsur Pasal Tindak Pidana Makar Dalam KUHP 2023 Terhadap Ekspresi Menurut Prinsip Hukum Pidana dan HAM	150
↳ Referensi Bacaan	154

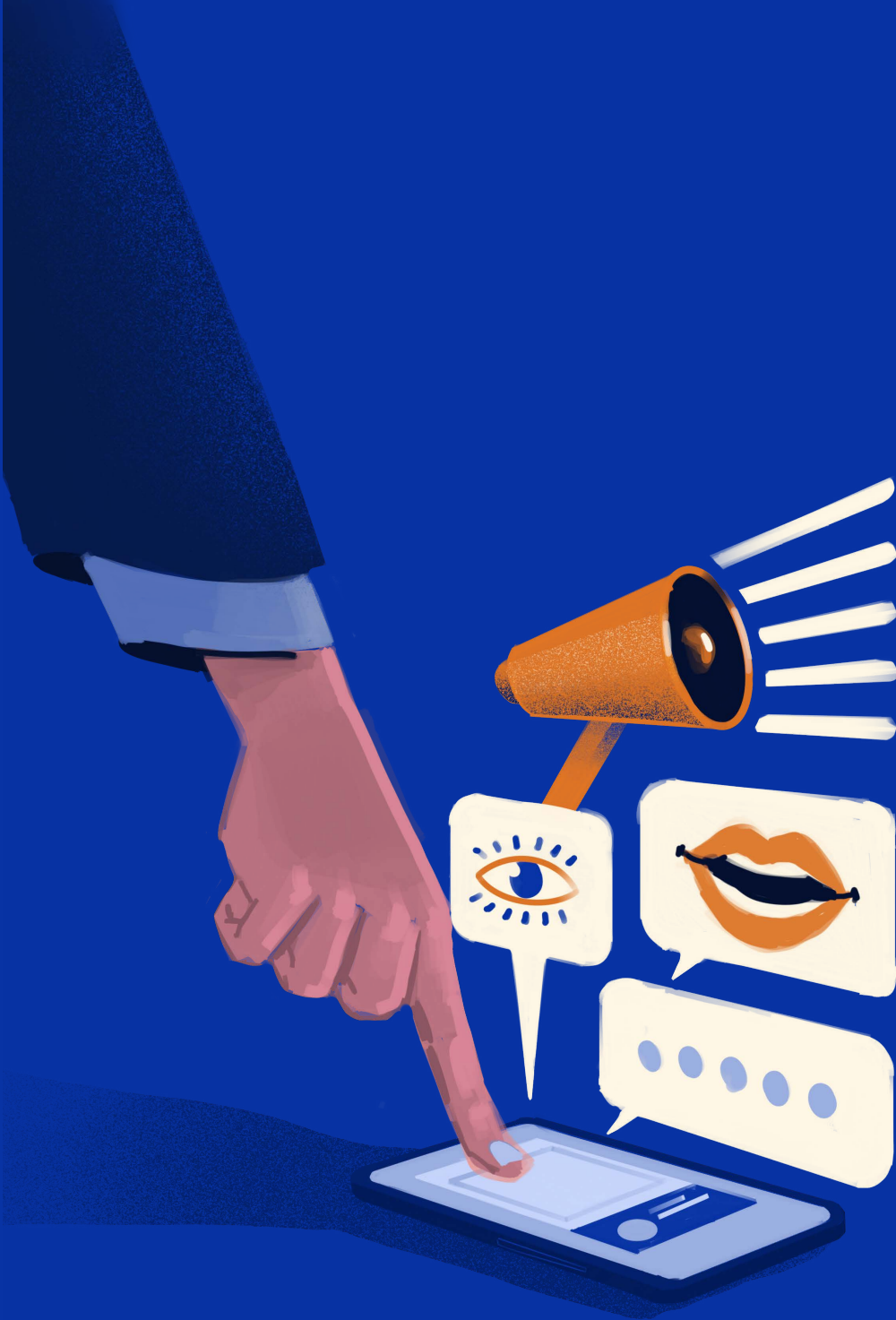
SESI 8: ARGUMENTASI HUKUM DAN PENYEIMBANGAN HAK (<i>BALANCING RIGHTS</i>) DALAM MENGADILI PERKARA	156
➔ Daftar Isi	158
➔ Materi	158
1. Pembuatan Putusan dan Analisa Hukum	158
1.1. Analisis dan Penalaran Hukum	158
1.2. Fungsi Hakim dalam Menemukan Hukum	161
2. Tujuan dan Arti Penting <i>Balancing Rights</i> untuk Keadilan dan Perlindungan HAM	162
3. Peran Hakim Dalam Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan Melalui Putusan Hakim	163
3.1. Penerapan Norma-norma HAM dalam Putusan Pengadilan	163
3.2. Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan	164
4. Metode dan Tahapan Dalam Penerapan Penyeimbangan Hak (<i>Balancing Rights</i>)	165
5. Langkah-Langkah Penyeimbangan Hak (<i>Balancing Rights</i>)	166
6. Studi Kasus Hak Atas Kebebasan Berekspresi dalam KUHP 2023	169
➔ Studi Kasus 1: "Menyanyikan dan Mengibarkan Bendera Sebuah Gerakan Kemerdekaan"	169
➔ Studi Kasus 2: "Menyebarkan Berita Larangan Perayaan Hari Besar Keagamaan"	170
➔ Studi Kasus 3: "Menagih Utang Melalui Karangan Bunga"	171
➔ Studi Kasus 4: "Kritik Terhadap Proses Pemilihan Dosen"	172
➔ Studi Kasus 5: "Mural Kritik Terhadap Pejabat Publik"	172
➔ Studi Kasus 6: "Unggahan Polisi Calo"	173
➔ Studi Kasus 7: "Podcast Tentang Pernikahan Campur Keturunan Sebuah Suku"	173
➔ Studi Kasus 8: "Unggahan Media Sosial Tentang Kelompok Tertentu"	174
➔ Referensi Bacaan	175

DAFTAR TABEL

Tabel 1. Pasal-pasal Dengan Terminologi Penghinaan atau Serupa Dengan Penghinaan di Luar Bab Tindak Pidana Penghinaan dalam KUHP 2023	68
Tabel 2. Contoh Ekspresi yang Dipidana atas Tindak Pidana Pencemaran atau Fitnah dengan Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP	69
Tabel 3. Contoh Ekspresi Yang Dipidana Atas Tindak Pidana Pencemaran atau Fitnah dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE	70
Tabel 4. Rumusan Pasal Pencemaran dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026	72
Tabel 5. Rumusan Pasal Fitnah dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026	73
Tabel 6. Perbandingan Rumusan Norma Penyerangan Kehormatan Presiden dan/ atau Wakil Presiden dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026	88
Tabel 7. Perbandingan Rumusan Norma Penghinaan terhadap Pemerintah atau Lembaga Negara dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026	94
Tabel 8. Perbandingan Rumusan Pasal Ujaran Kebencian Dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026	106
Tabel 9. Bentuk Ekspresi Politik Yang Dipidana Atas Tindak Pidana "Makar" Dengan Pasal 106 dan Pasal 110 KUHP	125
Tabel 10. Perbandingan Rumusan Pasal Dengan Unsur "Makar" dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026	135

DAFTAR GAMBAR

Gambar 1. Tipologi Tingkat Keparahan <i>Hate Speech</i>	110
Gambar 2. 6 (enam) Uji Ambang Batas Ujaran Kebencian Menurut Rabat <i>Plan of Actions</i>	120



BAGIAN I:
PENDAHULUAN



BAGIAN I:

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Undang-Undang Dasar 1945 Perubahan Kedua telah mengatur secara menyeluruh mengenai perlindungan hak asasi manusia, termasuk jaminan terhadap kebebasan berpendapat dan berekspresi. UUD 1945 juga mengatur bahwa untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan, yakni Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Namun demikian, permasalahan hukum dalam aspek perlindungan terhadap kebebasan berekspresi masih kerap terjadi di Indonesia.

Dalam praktiknya, masih terdapat inkonsistensi dan ketidakjelasan penafsiran terhadap pasal-pasal yang berkaitan dengan hak atas kebebasan berekspresi di Indonesia, seperti yang terjadi dalam kasus-kasus penghinaan, pencemaran nama baik, ujaran kebencian, dan makar. Meskipun telah terdapat beberapa putusan pengadilan yang baik dalam kasus-kasus terkait ekspresi, seperti kasus Fathia-Haris, Septia, dll, masalah inkonsistensi dan ketidakjelasan penafsiran pasal-pasal terkait ekspresi di Indonesia masih membuka peluang penggunaan pasal-pasal pidana terhadap ekspresi-ekspresi yang seharusnya dianggap sah dan tidak dapat dibatasi, terutama dengan penerapan pasal-pasal pidana. Guna mendorong konsistensi dan kepastian hukum, serta menyebarkan putusan-putusan pengadilan yang layak menjadi rujukan dalam penegakan hukum pada perkara-perkara yang terkait dengan hak atas kebebasan berekspresi, diperlukan sebuah pelatihan bagi para penegak hukum dalam menafsirkan dan menerapkan pasal-pasal pidana terkait dengan ekspresi berdasarkan prinsip hak asasi manusia.

Dalam perkembangannya, pemerintah dan parlemen Indonesia mengesahkan Undang-undang No. 1 Tahun 2023, atau lazim dikenal sebagai KUHP 2023, yang mulai berlaku pada bulan Januari 2026. Terlepas dari banyaknya kritik dari kalangan akademisi dan masyarakat sipil karena KUHP 2023 masih mengatur beberapa ketentuan yang problematik, pasal-pasal pidana terkait dengan ekspresi dalam KUHP 2023 mengalami beberapa perubahan yang layak disebut perkembangan baik. Pertama, penegasan bahwa Pasal 433 ayat (1) tentang penghinaan/pencemaran nama baik hanya diterapkan apabila objeknya adalah manusia, bukan lembaga pemerintah atau sekelompok orang seperti praktik saat ini, yang sejalan dengan sejarah pembentukan pasal tersebut dan prinsip HAM. Kedua, pembatasan penerapan Pasal 240 tentang penghinaan terhadap pemerintah dan lembaga negara yang hanya dapat dilakukan berdasarkan aduan dari pimpinan pemerintah atau lembaga negara.

Namun demikian, pengaturan pasal-pasal terkait dengan ekspresi dalam KUHP 2023 belum sepenuhnya sejalan dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia. Hal ini setidaknya terlihat dari diberlakukannya kembali pasal penghinaan terhadap presiden yang sebelumnya sudah dinyatakan bertentangan dengan konstitusi dan prinsip HAM oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusan No. 013-022/PUU-IV/2006. Selain itu, meskipun terdapat perbaikan rumusan pasal makar dengan memasukkan unsur "serangan" yang secara umum sejalan dengan sejarah pengaturan pasal tersebut, namun rumusan pasal tersebut masih membuka potensi pemidanaan ekspresi-ekspresi yang sah dengan pasal-pasal tindak pidana makar karena belum menafsirkan "serangan" tersebut sebagai "*aanslag*" menurut sejarah pengaturan pasal tersebut dan belum sejalan dengan prinsip pembatasan HAM yang *legitimate* untuk tujuan melindungi keamanan dan keutuhan negara. Dalam konteks tersebut, penting untuk melibatkan pengadilan sebagai lembaga yang akan memutus kasus-kasus tindak pidana dengan pasal-pasal terkait dengan ekspresi untuk memastikan penerapan hukum dalam KUHP 2023 konsisten dengan hukum tertulis dalam KUHP baru serta prinsip-prinsip hak asasi manusia.

Berdasarkan hal-hal tersebut, Lembaga Kajian & Advokasi Independensi Peradilan (LeIP) mengusulkan kegiatan pelatihan “Penerapan Pasal-Pasal Terkait Kebebasan Berekspresi Dalam KUHP 2023 Berdasarkan Prinsip Hak Asasi Manusia”. LeIP memandang kegiatan ini perlu dilakukan sebagai sarana pengayaan pengetahuan dan informasi para hakim terkait pasal-pasal dalam KUHP 2023 yang berkaitan langsung dengan pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi, yaitu pasal-pasal penghinaan, ujaran kebencian, dan makar, dengan mengontekstualisasikan penafsiran pasal-pasal tersebut dengan perkembangan wacana hak asasi manusia terkini. Guna mendukung tercapainya tujuan pelatihan dan keberlanjutan pelatihan ini, LeIP mengusulkan pelaksanaan pelatihan yang melibatkan para hakim alumni pelatihan HAM yang sebelumnya dilaksanakan oleh BSDK Mahkamah Agung RI dengan LeIP, yang saat ini aktif menangani perkara di pengadilan. Selain itu, untuk memperluas jangkauan dan jumlah hakim dengan perspektif hak asasi manusia, LeIP juga mengusulkan pelatihan tersebut turut melibatkan hakim-hakim pengadilan tingkat pertama lainnya yang keikutsertaannya dalam pelatihan ini ditentukan melalui seleksi terbuka yang dilaksanakan bersama oleh BSDK Mahkamah Agung RI dan LeIP.

2. Tujuan Pelatihan

Pelatihan ini bertujuan untuk meningkatkan dan memperkaya pengetahuan para hakim Indonesia dalam memberikan argumentasi hukum yang berkualitas dalam penanganan perkara dengan pasal-pasal terkait dengan ekspresi dalam KUHP 2023 melalui analisis hukum dan hak asasi manusia yang baik. Secara khusus, pada akhir kegiatan ini, para peserta diharapkan untuk:

1. memahami kerangka dasar perlindungan hak asasi manusia, baik dalam perspektif nasional maupun internasional, khususnya terkait kebebasan berekspresi;
2. memahami sejarah pengaturan pasal-pasal terkait ekspresi dalam KUHP, yaitu pasal-pasal penghinaan, ujaran kebencian, dan makar, berikut dengan praktik serta tantangan pengadilan dalam menerapkan pasal-pasal tersebut;
3. memahami sejarah dan arah pengaturan pasal-pasal terkait ekspresi dalam KUHP dalam KUHP 2023;
4. memahami argumentasi hukum dalam penerapan pasal-pasal pasal-pasal terkait ekspresi dalam KUHP dalam KUHP 2023 agar selaras dengan kerangka hukum nasional dan prinsip-prinsip hak asasi manusia.

3. Proses Penyusunan Modul

Proses penyusunan modul ini dilakukan dalam beberapa tahapan. Tahap pertama adalah pembentukan Tim Penulis Modul yang beranggotakan individu-individu yang memiliki kemampuan di bidang HAM; hukum; peradilan; dan kediklatan teknis untuk hakim. Tim Penulis Modul kemudian melakukan serangkaian diskusi dengan para ahli dan pelatih untuk memastikan bahwa topik, metode dan alur pelatihan yang dilakukan sesuai dengan kebutuhan MA. Modul ini diharapkan menjadi modul yang terus berkembang, dalam artian terus disempurnakan dari waktu ke waktu, antara lain setelah adanya masukan dari pelatihan-pelatihan yang telah dilakukan.

4. Peserta Pelatihan

Peserta pelatihan yang diharapkan adalah para hakim Pengadilan Negeri (PN) yang sedang aktif bertugas menangani perkara. Secara spesifik, peserta yang diharapkan adalah para hakim yang pernah memeriksa dan mengadili kasus-kasus terkait kebebasan berekspresi, serta para hakim yang bertugas di wilayah yang terdapat atau berpotensi terdapat kasus-kasus kebebasan berekspresi berdasarkan identifikasi dan penunjukkan dari MA. Dalam jangka panjang, pelatihan ini diharapkan dapat dilakukan secara reguler oleh MA, seiring dengan fakta semakin meningkatnya perkara-perkara terkait kebebasan berekspresi di Indonesia yang perlu direspon dengan kebutuhan untuk meningkatkan pemahaman norma-norma HAM bagi seluruh hakim.

5. Prinsip Utama Pelatihan

Modul pelatihan ini dirancang untuk pendidikan orang dewasa (*andragogy*) yang menempatkan peserta pelatihan sebagai individu-individu yang telah memiliki pengetahuan dan pengalaman. Pelatihan ini menganut prinsip-prinsip:

1. *Experiential Learning*;

Pelatihan ini bertumpu pada pengalaman peserta, di mana proses belajar tidak hanya mengandalkan narasumber, tetapi juga berangkat dari refleksi terhadap pengalaman yang telah dialami;

2. Berpikir secara kritis dan kreatif (*critico-creative thinking*);

Modul pelatihan ini tidak disusun secara dogmatis dan satu arah. Sebaliknya, modul ini diolah dengan memasukkan metode-metode yang memungkinkan para peserta mengembangkan pemikiran kritis yang bersifat konstruktif, kreatif dan sebanyak mungkin berangkat dengan pengalaman dan pengetahuan yang dimiliki;

3. Belajar bersama (*collective learning*);

Pelatihan ini dimaksudkan sebagai proses belajar bersama antara sesama peserta, fasilitator dan narasumber, di mana perbedaan gaya belajar menjadi kekayaan yang dapat dimanfaatkan bersama.

4. Dapat diterapkan (*applicable*) atau bersifat praktis sesuai kebutuhan peserta yaitu kalangan penegak hukum. Meski demikian, secara umum modul ini juga dapat dimanfaatkan oleh pihak lain -dengan menyesuaikan sejumlah muatan dan kegiatan yang ada di dalamnya.^[1]

6. Membangun Kompetensi Pengetahuan dan Keterampilan

Pelatihan ini bermaksud untuk membangun kompetensi pengetahuan (*knowledge*) dan kompetensi keterampilan (*skills*) untuk para peserta. Berikut ini adalah topik-topik pengembangan kompetensi pengetahuan dan ketrampilan dalam pelatihan yang akan dilaksanakan:

Kompetensi	Sesi	Pokok bahasan/Materi	Tujuan	JPL/ Waktu
Pengetahuan umum tentang HAM	Pengantar Instrumen Hukum Internasional dan Nasional tentang Hak Asasi Manusia (HAM)	<ol style="list-style-type: none">1. Fungsi pengadilan dalam perlindungan HAM;2. Peradilan yang independen dan imparsiial sebagai HAM warga negara;3. Area utama penerapan prinsip HAM dalam penegakan hukum di pengadilan;4. Tantangan pengadilan dan hakim dalam memenuhi tanggung jawab melindungi HAM warga negara.	Memahami: <ul style="list-style-type: none">• fungsi pengadilan dalam perlindungan HAM menurut konsep negara hukum;• fungsi pengadilan dalam pemenuhan HAM menurut konsep tanggung jawab negara sebagai <i>duty bearer</i>;• pentingnya independensi dan imparsiialitas peradilan dalam pemenuhan HAM;• tantangan bagi hakim untuk mewujudkan peradilan yang berwibawa, independen dan imparsiial untuk dapat memberikan perlindungan HAM bagi para pihak secara lebih efektif;• peluang serta sikap dan tindakan yang diharapkan dari seorang Hakim dalam menghadapi tantangan yang mungkin muncul untuk melindungi HAM para pihak.	2 JPL/90 menit

[1] Roichatul Aswidah, dkk, *Modul Pelatihan Hak Asasi Manusia Tingkat Lanjut Bagi Aparat Penegak Hukum di Wilayah Rentan Konflik*, Institute for Criminal Justice Reform, 2012, hal. XX.

Kompetensi	Sesi	Pokok bahasan/Materi	Tujuan	JPL/ Waktu
Pengetahuan umum tentang HAM, khususnya dalam konteks HAM sebagai bagian hukum nasional	Pengantar Instrumen Hukum Internasional dan Nasional tentang Hak Asasi Manusia (HAM)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pengaturan HAM sebagai bagian dari kerangka hukum nasional; 2. Sejarah, konsep, dan prinsip HAM; 3. Tanggung jawab negara dalam HAM; 4. Pembatasan dan pengurangan HAM yang sah; 5. Sumber hukum HAM internasional. 	Memahami: <ul style="list-style-type: none"> • berbagai aturan HAM internasional merupakan bagian dari hukum nasional; • latar belakang lahirnya deklarasi HAM yang universal; • prinsip-prinsip utama HAM, sehingga mampu menerapkannya dalam menilai pelanggaran berbagai hak dan dalam mempertimbangkan kasus; • negara adalah pemangku kewajiban yang utama dalam konsep HAM; • kategori tanggung jawab negara dan keterkaitan antar tanggung jawab negara; • kondisi serta syarat pengurangan dan pembatasan penikmatan HAM oleh negara; • perbedaan pengurangan (<i>derogation</i>) dan pembatasan (<i>limitation</i>); • konsep afirmasi bagi kelompok rentan. 	2 JPL/ 90 menit
Pemahaman tentang konsep dan standar peserta penerapan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dalam kasus-kasus berdimensi kebebasan berekspresi	Pengantar Hak atas Kebebasan Berekspresi	<p><i>Konsep umum hak atas kebebasan berekspresi</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Konsep, prinsip, dan pengaturan hak atas kebebasan berekspresi; 2. Pembatasan hak atas kebebasan berekspresi; 3. Pemulihan yang efektif atas pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi. <p><i>Hak atas kebebasan berekspresi di ranah daring</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Konsep, prinsip, dan pengaturan hak atas kebebasan berekspresi di ranah daring; 2. Pembatasan hak atas kebebasan berekspresi di ranah daring. 	Memahami: <ul style="list-style-type: none"> • berbagai konsep dan prinsip hak atas kebebasan berekspresi, termasuk hak atas kebebasan di ranah daring, sehingga mampu menerapkannya dalam mempertimbangkan kasus; • pengaturan hak atas kebebasan berekspresi yang ada pada instrumen HAM internasional dan nasional; • kondisi dan syarat negara boleh mengurangi dan membatasi penikmatan hak atas kebebasan berekspresi, termasuk hak atas kebebasan di ranah daring; • pemulihan yang efektif atas pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi. 	4 JPL/ 180 menit

Kompetensi	Sesi	Pokok bahasan/Materi	Tujuan	JPL/ Waktu
Pemahaman tentang penerapan pasal-pasal penghinaan dalam KUHP 2023, khususnya pencemaran, fitnah, penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden, serta penghinaan terhadap Pemerintah dan lembaga negara, terhadap perlindungan hak atas kebebasan berekspresi berdasarkan prinsip hukum pidana dan hak asasi manusia	Hak atas Kebebasan Berekspresi dan Pasal-pasal Penghinaan dalam KUHP 2023	<p><i>Prinsip pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dalam rangka perlindungan reputasi</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Perlindungan reputasi sebagai alasan pembatasan yang sah; 2. Perlindungan atas reputasi dan subjek yang dilindungi; <p><i>Pengaturan delik penghinaan dalam Hukum nasional</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Jenis-jenis tindak pidana penghinaan; 2. Tren bentuk ekspresi yang dipidana dengan pencemaran atau fitnah dalam KUHP; 3. Rumusan dan penerapan pasal tindak pidana pencemaran dan fitnah dalam KUHP 2023 dan perbandingannya dengan KUHP; 4. Rumusan dan penerapan pasal tindak pidana penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP 2023 dan perbandingannya dengan KUHP; 5. Rumusan dan penerapan pasal tindak pidana penghinaan terhadap Pemerintah atau lembaga negara dalam KUHP 2023 dan perbandingannya dengan KUHP; 	Memahami: <ul style="list-style-type: none"> • perlindungan terhadap reputasi merupakan alasan pembatasan yang sah terhadap hak atas kebebasan berekspresi; • komparasi perbuatan yang diatur pada pasal-pasal terkait penghinaan dalam KUHP dan KUHP 2023; • penerapan pasal-pasal tindak pidana penghinaan dalam KUHP 2023 sebagai pembatasan terhadap kebebasan ekspresi dengan alasan perlindungan reputasi. 	4 JPL/ 180 menit
Pemahaman tentang penerapan pasal ujaran kebencian dalam KUHP 2023 terhadap perlindungan hak atas kebebasan berekspresi berdasarkan prinsip hukum pidana dan hak asasi manusia	Hak atas Kebebasan Berekspresi dan Pasal Ujaran Kebencian dalam KUHP, UU ITE, dan KUHP 2023	<ol style="list-style-type: none"> 1. Perubahan rumusan Pasal 156-157 KUHP dibandingkan dengan Pasal 242-243 KUHP 2023; 2. Uraian unsur dan definisi Pasal 242-243 KUHP 2023 secara normatif; 3. Konsep Pasal 242-243 KUHP 2023 dari perspektif pembatasan yang sah berdasarkan prinsip-prinsip HAM; 4. Pertimbangan hakim pengadilan regional dan beberapa negara lain atas kasus-kasus ujaran kebencian; 5. Rekomendasi penafsiran unsur unsur Pasal 242-243 KUHP 2023 berdasarkan HAM. 	Memahami: <ul style="list-style-type: none"> • uraian unsur Pasal 242-243 KUHP 2023 dan perbandingan rumusannya secara normatif dengan Pasal 156-157 KUHP; • konteks pengaturan Pasal 242-243 KUHP 2023; • pertimbangan pengadilan HAM regional maupun beberapa negara lainnya dalam perkara-perkara ujaran kebencian terhadap kelompok tertentu dengan menggunakan hukum dan prinsip-prinsip HAM sebagai acuan dalam memutus; • penafsiran unsur unsur Pasal 242-243 KUHP 2023 sebagai bentuk pembatasan ekspresi yang sah. 	2 JPL/ 90 menit

Kompetensi	Sesi	Pokok bahasan/Materi	Tujuan	JPL/ Waktu
<p>Pemahaman tentang penerapan pasal tindak pidana terhadap keamanan negara dalam KUHP 2023, khususnya tindak pidana makar, terhadap perlindungan atas ekspresi politik berdasarkan prinsip hukum pidana dan hak asasi manusia</p>	<p>Ekspresi Politik dan Tindak Pidana Terhadap Keamanan Negara</p>	<p><i>Ekspresi politik dan tindak pidana "makar" dalam peradilan pidana Indonesia</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Bentuk-bentuk ekspresi politik; 2. Praktik pemidanaan ekspresi politik dengan pasal terkait "makar" dalam KUHP. <p><i>Sejarah dan perkembangan pengaturan serta konsep perbuatan "makar" dalam kuhp indonesia</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sejarah pengaturan dan konsep perbuatan "makar" dalam KUHP sebagai "serangan/aanslag"; 2. Perbedaan bentuk "serangan" dalam konsep "aanslag" dan "feitilijk aanrading"; 3. Perluasan konsep "makar" sebagai serangan yang tidak harus selesai (Pasal 87 dan Pasal 110 ayat (1) dan (2) KUHP); 4. Perkembangan pengaturan pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023. <p><i>Pasal tindak pidana makar dalam perspektif hak asasi manusia</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Hubungan pasal pidana terkait makar dengan pembatasan yang sah (<i>legitimate</i>) terhadap ekspresi untuk tujuan melindungi keamanan negara; 2. Syarat-syarat pembatasan yang sah (<i>legitimate</i>) terhadap ekspresi untuk tujuan melindungi keamanan negara menurut prinsip dan praktik peradilan HAM; 3. Syarat-syarat pembatasan yang sah (<i>legitimate</i>) terhadap ekspresi untuk tujuan melindungi keamanan negara dalam hubungannya dengan hak untuk berkumpul secara damai. <p><i>Analisis terhadap praktik dan penerapan ideal pasal tindak pidana makar terhadap ekspresi</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Parameter penerapan pasal tindak pidana makar menurut prinsip hukum pidana dan pembatasan HAM yang sah untuk tujuan melindungi keamanan negara; 2. Analisis penerapan pasal terkait "makar" dalam KUHP terhadap ekspresi-ekspresi politik di Indonesia; 3. Penerapan unsur pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 terhadap ekspresi menurut prinsip hukum pidana dan HAM. 	<p>Memahami:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bentuk-bentuk ekspresi politik dan praktik pemidanaan ekspresi politik dengan pasal-pasal terkait makar dalam KUHP; • Sejarah dan perkembangan pengaturan serta konsep perbuatan yang diatur pada pasal-pasal terkait makar dalam KUHP dan KUHP 2023; • Penerapan pasal pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 sebagai pembatasan terhadap ekspresi politik yang sah/ diperbolehkan (<i>legitimate</i>). 	<p>2 JPL/ 90 menit</p>

Kompetensi	Sesi	Pokok bahasan/Materi	Tujuan	JPL/ Waktu
Pemahaman tentang konsep-konsep dan mampu menerapkan metode penyeimbangan hak (<i>balancing rights</i>), khususnya dengan mempertimbangkan prinsip-prinsip HAM, dalam memeriksa dan memutus perkara	Argumentasi Hukum dan Penyeimbangan Hak (<i>Balancing Rights</i>) Dalam Mengadili Perkara	<p><i>Pembuatan putusan dan analisis hukum</i></p> <ol style="list-style-type: none"> Analisa dan penalaran hukum; Fungsi hakim dalam menemukan hukum. <p><i>Tujuan dan arti penting balancing rights untuk keadilan dan perlindungan ham</i></p> <p><i>Peran hakim dalam menyeimbangkan hak dan kepentingan melalui putusan hakim</i></p> <ol style="list-style-type: none"> Penerapan norma-norma HAM dalam putusan pengadilan; Menyeimbangkan hak dan kepentingan. <p><i>Metode dan tahapan dalam penerapan penyeimbangan hak (balancing rights)</i></p> <p><i>Langkah-langkah penyeimbangan hak (balancing rights)</i></p> <ol style="list-style-type: none"> Melakukan identifikasi apakah suatu perbuatan pidana yang didakwakan bersinggungan atau berpotensi melanggar hak asasi terdakwa; Mengidentifikasi wa; Menguji fakta-fakta hukum yang ada dengan jaminan hak yang dilindungi dan melakukan penafsiran hukum hak-hak asasi yang dijamin; Memasukkan argumentasi HAM dalam putusan. <p><i>Studi Kasus Hak Atas Kebebasan Berekspresi dalam KUHP 2023</i></p>	Menjelaskan tentang konsep dan paradigma menimbang hak (<i>balancing rights</i>); <ul style="list-style-type: none"> Menjelaskan dan menerapkan metode serta tahapan-tahapan dalam menimbang prinsip-prinsip HAM dalam proses memeriksa dan memutus perkara; Memiliki keterampilan dan dapat menerapkan metode dan tahapan menimbang prinsip HAM (<i>balancing rights</i>) dalam Menyusun putusan pengadilan. 	8 JPL/ 360 menit



BAGIAN II:
SESI PELATIHAN





BAGIAN II: SESI PELATIHAN



SESI 1: PEMBUKAAN DAN PENGANTAR PELATIHAN

Sesi 1: Pembukaan dan Pengantar Pelatihan

Tujuan Umum:

Memahami maksud dan tujuan pelatihan

Tujuan Khusus :

- Memahami tujuan pelatihan
- Memahami rangkaian alur dan jadwal pelatihan
- Memahami tata tertib pelatihan

Materi	Waktu (Total 45 menit)	Metode
Pembukaan	15"	Pembukaan dari Pusdiklat Mahkamah Agung
Pengantar pelatihan	15"	Presentasi fasilitator: <ul style="list-style-type: none">• Tujuan, materi dan alur pelatihan;• Orientasi pelatihan;• <i>Briefing</i> dan <i>brainstorming</i> (analisa kemampuan awal).
Perkenalan peserta	15"	<i>Ice breaking</i> perkenalan semua peserta dan kesepakatan tata tertib pelatihan (dipandu fasilitator)

➔ Materi

1. Pengantar pelatihan dari MA;
2. Pengantar pelatihan dari fasilitator.

SESI 2: PERAN PENGADILAN DALAM PENGHORMATAN, PELINDUNGAN, DAN PEMENUHAN HAM

Sesi 2: Peran Pengadilan dalam Penghormatan, Pelindungan, dan Pemenuhan HAM

Tujuan Umum: Peserta memahami peran penting hakim dan pengadilan dalam negara hukum dan penegakan prinsip HAM.

Tujuan Khusus:

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

Materi	Waktu (Total 90 menit)	Metode
<ol style="list-style-type: none"> 1. Fungsi pengadilan dalam perlindungan HAM; 2. Fungsi hakim dan makna hakim memutus menurut hukum; 3. Peradilan yang independen dan imparial sebagai HAM warga negara; 4. Area utama penerapan prinsip HAM dalam penegakan hukum di pengadilan; 5. Tantangan pengadilan dan hakim dalam memenuhi tanggung jawab melindungi HAM warga negara; 6. Sumber-sumber hukum sebagai dasar hakim dalam memutus perkara menurut hukum. 	90"	<ul style="list-style-type: none"> • Presentasi narasumber/pembicara • Diskusi

Daftar Isi

1. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM	5. Tantangan Pengadilan dan Hakim dalam Memenuhi Tanggung Jawab Melindungi HAM Warga Negara
1.1 Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Teori Negara Hukum	5.1 Tantangan terhadap Independensi Pengadilan dan Hakim
1.2 Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Konsep Tanggung Jawab Negara sebagai Pemegang Kewajiban (<i>Duty Bearer</i>)	5.2 Tantangan terhadap Imparialisitas Hakim
2. Fungsi Hakim dan Makna Hakim Memutus Menurut Hukum	5.3 Personal Bias dan Unconscious Bias
3. Peradilan yang Independen dan Imparialis sebagai Hak Asasi Warga Negara	5.4 Problem pada Kerangka Hukum yang Tersedia
3.1 Peradilan yang Independen	5.5 Minimnya Akses ke Keadilan bagi Kelompok Rentan
3.2 Peradilan yang Imparialis	6. Sumber-sumber Hukum Sebagai Dasar Hakim dalam Memutus Perkara Menurut Hukum
3.3 Peradilan yang Akuntabel	
4. Area Utama Penerapan Prinsip HAM dalam Penegakan Hukum di Pengadilan	
4.1 Penundaan Waktu Sidang	
4.2 Hak Tersangka/Terdakwa	
4.3 Akses terhadap Keadilan	
4.4 Hak atas Pemulihan	

MATERI

1. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM

1.1. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Teori Negara Hukum

Pengadilan merupakan bagian utama dalam sistem demokrasi dan *rule of law* (selanjutnya dalam Modul ini kadang disebut bergantian dengan negara hukum). Meninjau penjelasan Jimly Asshiddiqie^[2] tentang gagasan negara hukum, kekuasaan negara yang absolut di tangan raja nyatanya sudah dikritisi oleh Plato sejak zaman Yunani kuno. Gagasan ini muncul dalam buku Plato berjudul "Nomoi" yang diterjemahkan dalam bahasa Inggris dengan judul "the Laws". Nomocracy berasal dari perkataan 'nomos' yang berarti 'norma' dan 'cratos' yang berarti 'kekuasaan' dalam bahasa Yunani. Dari makna yang terkandung dalam kedua kata tersebut, dapat disimpulkan ide penyelenggaraan kekuasaan di mana norma atau hukum menjadi penentunya. Hal ini dapat dimaknai dengan kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi.^[3] Selanjutnya, Asshiddiqie menjelaskan bahwa di masa yang lebih modern, konsep negara hukum di Eropa kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, dan Fichte, dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu '*rechtsstaat*'.^[4] Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika, konsep negara hukum dikembangkan oleh A.V. Dicey yang menggunakan sebutan '*the rule of law*'.

Menurut Stahl, konsep negara hukum yang disebutnya dengan istilah '*rechtsstaat*' memiliki 4 (empat) unsur penting, yaitu: 1) Perlindungan HAM; 2) Pembagian kekuasaan; 3) Pemerintahan berdasarkan undang-undang; dan 4) Peradilan tata usaha negara. Sementara itu, A.V. Dicey menguraikan adanya 3 (tiga) ciri penting suatu negara hukum yang disebutnya dengan istilah '*the rule of law*', yaitu: 1) Supremasi hukum (*supremacy of law*); 2) Kesetaraan di hadapan hukum (*equality before the law*); 3) Adanya prinsip-prinsip umum dalam konstitusi yang disarikan dari putusan-putusan pengadilan yang memberikan perlindungan HAM (*predominance of legal spirit*).

Unsur-unsur negara hukum yang lebih kontemporer bisa merujuk kesimpulan Geert Corstens dari laporan *European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission)* yang berusaha mencari titik temu dari gagasan '*rule of law*', '*rechtsstaat*' and '*état de droit*.' Dalam laporan tersebut, Corstens^[5] menyimpulkan bahwa dari gagasan-gagasan tersebut ditemukan konsensus dari konsep makna negara hukum yang meliputi unsur: 1) kepastian hukum; 2) akses terhadap keadilan yang diperoleh dari pengadilan yang independen dan imparial; serta 3) penghormatan terhadap hak asasi manusia.^[6]

Konsep *rule of law* atau negara hukum ini jelas menunjukkan pentingnya perlindungan HAM sebagai bagian utama dari pemenuhan *rule of law*. Dalam pemerintahan demokrasi yang berlandaskan *rule of law*, pemerintah terikat oleh hukum yang didalamnya mengandung jaminan perlindungan atas kebebasan individual semua orang, termasuk kelompok minoritas.^[7] Selain itu, negara harus mendukung penghormatan terhadap HAM di antara warga negara, dan melarang adanya main hakim sendiri. Oleh karena itu, pengakuan sebagaimana tercantum dalam Penjelasan UUD 1945 bahwa Indonesia adalah negara hukum, artinya Indonesia seharusnya juga mengamalkan elemen-elemen *rule of law* atau negara hukum sebagaimana disebutkan di atas. Dalam perspektif HAM, pengingkaran perlindungan HAM maka sama artinya pengingkaran terhadap upaya untuk mewujudkan *rule of law* atau negara hukum yang dicita-citakan dalam konstitusi.

Sebagaimana dijelaskan di bagian sebelumnya, perwujudan *rule of law* atau negara hukum menginginkan adanya pembatasan kekuasaan. Lembaga peradilan memiliki fungsi penting sebagai penyeimbang dan pembatas dari fungsi lembaga eksekutif dan legislatif. Tanpa adanya pembatasan kekuasaan, maka potensi kesewenang-wenangan akan muncul, Bagir Manan menjelaskan bahwa kekuasaan kehakiman yang merdeka adalah instrumen untuk mengawasi

[2] Jimly Asshiddiqie, Gagasan Negara Hukum Indonesia, dalam Dialog "Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional", Badan Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta, November 2011.

[3] *Ibid.*

[4] *Ibid.*

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

[6] *European Commission for Democracy Through Law (The Venice Commission)*, 2011, sebagaimana dikutip oleh Geert Corstens, dalam Kuliah Umum "Human Rights and the Rule of Law", Centre for Judicial Cooperation-European University Institute, Florence, Italia, 24 Oktober 2014, hal. 1.

[7] *Ibid.*

dan melindungi kebebasan individu^[8] dari kesewenang-wenangan negara. Kewenangan menilai tindakan pemerintah dan peraturan perundang-undangan mengandung makna fungsi kontrol terhadap pemerintah dan pembentuk undang-undang.^[9]

Oleh karenanya, independensi peradilan atau kekuasaan kehakiman yang merdeka merupakan prasyarat penting, agar pengadilan dapat menjalankan fungsinya sebagai penengah. Untuk melindungi hak dan kebebasan individu, maka kekuasaan kehakiman harus bebas, lepas dari hubungan pengaruh cabang kekuasaan lain.^[10] Ini artinya, independensi peradilan atau peradilan yang merdeka, sesungguhnya bukanlah semata-mata untuk kepentingan pengadilan sendiri, namun untuk melindungi hak masyarakat. Dan jika ada pengaruh dari cabang kekuasaan lain, atau dari kekuatan eksternal lainnya di luar pengadilan, akan menyebabkan peradilan menjadi alat kesewenang-wenangan dan alat untuk menindas.^[11]

Apabila pengadilan dan hakim tidak mampu bersikap independen dan imparcial, maka apabila terjadi sengketa antara penguasa dengan rakyat, antara kelompok pemilik modal dengan kelompok miskin, antara kelompok mayoritas dan minoritas, hakim atau pengadilan yang tidak merdeka atau tidak independen akan cenderung memihak pada pihak yang berkuasa.^[12] Hakim akan menjadi alat untuk memelihara dan menegakkan kepentingan mereka yang memiliki kekuasaan dan bukannya menjadi penegak hukum yang adil.^[13] Dengan demikian, dalam konteks perlindungan HAM, pengadilan dan hakim yang independen dan imparcial merupakan kunci utama.



Selengkapnya mengenai fungsi pengadilan dalam perlindungan HAM menurut teori negara hukum dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 48 – 51; Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 43 - 45.

1.2. Fungsi Pengadilan dalam Perlindungan HAM menurut Konsep Tanggung Jawab Negara sebagai Pemegang Kewajiban (*Duty Bearer*)

Konsep yang berkembang dalam diskursus HAM menyatakan bahwa individu atau warga negara adalah pemegang hak (*rights holder*) dan negara adalah pemegang kewajiban (*duties bearer*). Sama halnya dengan cabang-cabang kekuasaan lainnya, pengadilan juga mengemban tanggung jawab untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhi (*to fulfill*) HAM. Namun, berbeda dengan cabang-cabang kekuasaan lain yang bisa memenuhi tanggung jawabnya secara proaktif, langsung, dan aktif, pengadilan baru dapat menjalankan tanggung jawabnya ketika suatu permasalahan hukum diajukan kepadanya untuk diperiksa dan diadili.

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



Selengkapnya, mengenai fungsi pengadilan dalam perlindungan ham menurut konsep tanggung jawab negara sebagai pemegang kewajiban (*duty bearer*) dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 52 - 54.

[8] Bagir Manan, Memberdayakan Kekuasaan Kehakiman, dalam Seminar Nasional "Upaya Meningkatkan Fungsi dan Peranan Mahkamah Agung RI dalam Mewujudkan Kekuasaan Kehakiman yang Merdeka Berdasarkan Pancasila", Bappenas-FH Unpad, April 1988, hal. 63.

[9] *Ibid.*, hal. 64.

[10] *Ibid.*, hal. 63.

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*, hal. 64.

[13] *Ibid.*

2. Fungsi Hakim dan Makna Hakim Memutus Menurut Hukum

Tugas Hakim menurut Sudikno Mertokusumo dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara terdiri dari tiga tahapan tindakan, yaitu mengkonstatir, mengkualifikasi dan mengkonstituir.^[14] Pertama, mengkonstatir adalah proses hakim menentukan kebenaran ada tidaknya suatu peristiwa yang didalilkan para pihak berdasarkan bukti-bukti yang diajukan di persidangan. Peristiwa yang benar-benar terjadi menurut hakim dalam kegiatan konstatir ini, disebut sebagai peristiwa konkret.

Tugas hakim selanjutnya adalah mengkualifisir peristiwa konkret tersebut, yaitu menentukan hubungan hukum yang ada dalam peristiwa tersebut dan menemukan hukum yang berlaku atas peristiwa tersebut. Mengkualifisir, singkatnya adalah mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa konkret ke dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum.^[15] Misalnya, penggelapan atau penipuan untuk perkara pidana. Atau, apakah suatu peristiwa konkret adalah peralihan hak atau perbuatan melawan hukum dalam perkara perdata.

Tahapan selanjutnya yang harus dilakukan hakim adalah mengkonstituir. Pada tahap ini, hakim menetapkan hukum atas peristiwa konkret tersebut dan memberi keadilan kepada para pihak dalam perkara.^[16] Jika peristiwanya sudah terbukti dan peraturan hukumnya jelas dan tegas, maka penerapan hukumnya akan mudah, mungkin saja hakim hanya perlu melakukan bentuk silogisme. Yaitu, di mana rumusan undang-undang ditempatkan sebagai premis mayor, peristiwa konkret ditempatkan sebagai premis minor, dan putusan hakim merupakan konklusi atau kesimpulan logisnya.^[17]

Dalam memutus perkara, hakim harus menggunakan hukum sebagai satu-satunya dasar, kecuali penggunaan hukum tersebut dapat melukai rasa keadilan atau tidak mencerminkan kepastian. Bagir Manan menyatakan bahwa dalam hal terjadi pertentangan antara hukum dan keadilan, hakim wajib mendahulukan keadilan atau menuju suatu putusan yang pantas yang memberikan kepuasan yang sungguh-sungguh bagi pencari keadilan.^[18] Pertemuan antara hukum dan keadilan inilah pertemuan antara peran hakim dalam menegakkan hukum sekaligus melindungi HAM.

Dalam perlindungan HAM, aspek keadilan substansi dan keadilan prosedural menjadi sangat penting sehingga apa yang disebut sebagai keadilan dapat tercapai. Baik Bagir Manan maupun Geert Corstens, kedua mantan Ketua MA di Indonesia dan di Belanda ini menyatakan, bahwa Hakim meskipun harus selalu mendasarkan putusannya hanya berdasarkan hukum, tetapi Hakim bukanlah corong undang-undang, karena hukum sering kali bersifat ambigu dan membingungkan. Oleh karenanya, dalam situasi seperti ini, demi perlindungan hak masyarakat, maka hukum harus diinterpretasikan. Interpretasi hukum tersebut harus dilakukan secara hati-hati dan menimbang prinsip HAM, karena jika tidak, interpretasi hukum yang dilakukan secara serampangan justru dapat melukai keadilan dan melanggar HAM dari pencari keadilan. Metode interpretasi yang dapat digunakan oleh hakim, di antaranya, adalah: (1) menurut bahasa (gramatikal); (2) secara teleologis atau sosiologis; (3) secara sistematis atau logis; (4) secara historis; (5) menurut perbandingan hukum (komparatif); dan, (6) secara futuristik.^[19]

Adapun, dalam kondisi terjadi kekosongan hukum, yang mana hakim tentu tidak boleh menolak perkara (*ius curia novit*), maka hakim dapat melakukan penemuan hukum. Penemuan tersebut dapat digunakan dengan metode argumentasi hukum yang terdiri dari 1) *argumentum per analogiam*; 2) *penyempitan hukum*; dan 3) *argumentum a contrario*.

Dalam diskursus perlindungan HAM, apa yang diharapkan bisa dicapai oleh setiap hakim adalah penafsiran hukum yang selaras dengan prinsip-prinsip HAM, yang disebut sebagai *human right compatible interpretation*. Beberapa negara seperti Inggris^[20] dan Australia^[21] telah memasukkan pendekatan ini dalam hukum positif mereka. Di Indonesia, pendekatan penafsiran hukum tersebut diadopsi oleh Mahkamah Agung dalam Pasal 6 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2017 tentang Pedoman Mengadili Perkara Perempuan Berhadapan dengan Hukum.

[14] Sudikno Mertokusumo sebagaimana dikutip oleh Ahmad Rifai, Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif, (Jakarta: Sinar Grafika, 2018), hal. 54.

[15] *Ibid.*, hal. 55.

[16] *Ibid.*, hal. 56.

[17] Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, Bab-Bab tentang Penemuan Hukum, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2013), hal. 3.

[18] Bagir Manan, Memberdayakan Kekuasaan Kehakiman, dalam Seminar Nasional, Bandung, April 1996, hal. 71.

[19] Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, Bab-Bab tentang Penemuan Hukum, Op.Cit., hal. 14.

[20] *The National Council for Civil Liberties, A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act*, (London: Liberty, 2010), hal. 7.

[21] *Australian Capital Territory, "Human Rights Act"*, <https://www.legislation.act.gov.au/a/2004-5>, diakses pada 27 September 2020.

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

3.1. Peradilan yang Independen

Kebebasan atau independensi pengadilan menjadikan pengadilan mampu menjadi penyeimbang dan pembatas dari lembaga-lembaga negara dalam cabang kekuasaan yang lain. Terutama, ketika pengadilan harus menguji atau mengadili tindakan-tindakan yang dilakukan oleh pemerintah dalam penyelenggaraan negara (secara umum dalam pengambilan kebijakan), atau terhadap seseorang atau sekelompok warga negara. Penjelasan ini memberikan dasar kesadaran penting bahwa independensi peradilan atau independensi hakim yang merepresentasikan kekuasaan pengadilan, bukan diatur untuk kepentingan hakim atau pengadilan. Melainkan untuk kepentingan memastikan terlindunginya hak-hak warga negara, sebagaimana disebutkan dalam instrumen dan dokumen-dokumen HAM, seperti Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*), Prinsip-prinsip Dasar PBB tentang Independensi Peradilan (*UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary*), Kesimpulan dari Konferensi Internasional Para Ahli Hukum (*International Conference of Jurists*), Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*), Konferensi Dunia (*The World Conference*), serta UU HAM.

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

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

Secara prinsip, terdapat beberapa jenis independensi. Pengelompokan independensi menjadi beberapa jenis tersebut menasar pada perlindungan terhadap empat hal, yaitu personal atau individu hakim, relasi kerja dan profesionalitas antar hakim dalam lembaga peradilan, dan lembaga peradilan dari tekanan eksternal, dengan uraian singkat masing-masing jenis independensi tersebut sebagai berikut:

- a. Independensi personal: jenis independensi ini menjelaskan tentang perlindungan terhadap keamanan personal dan profesionalitas hakim yang dapat mempengaruhi tugas pokoknya, misalnya keamanan fisik, masa jabatan, kecukupan gaji, dan tunjangan pensiun;
- b. Independensi substantif: jenis independensi ini menjelaskan tentang perlindungan terhadap keamanan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara di persidangan, termasuk aspek netralitas hakim saat di bawah tekanan;
- c. Independensi institusional: jenis independensi ini menjelaskan tentang perlindungan terhadap keamanan institusi peradilan secara umum dari pengaruh cabang kekuasaan lain;
- d. Independensi internal: jenis independensi ini menjelaskan tentang perlindungan terhadap hakim dari pengaruh atasan atau sesama hakim dalam menjalankan tugasnya; dan
- e. Independensi ekstra-institusional: jenis independensi ini menjelaskan tentang perlindungan terhadap keamanan institusi peradilan dari pengaruh selain perangkat negara, seperti media



Selengkapnya mengenai peradilan yang independen sebagai hak asasi warga negara dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 54 – 57; Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 45 – 47; dan Laporan Penelitian Garis Demarkasi Pengawasan Teknis Yudisial dan Perilaku Hakim, hal. 13 - 14.

3.2. Peradilan yang Imparsial

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

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

Di Indonesia, ketentuan ini diatur antara lain dalam Pasal 17 ayat (5) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan, "Seorang hakim atau panitera wajib mengundurkan diri dari persidangan apabila ia mempunyai kepentingan langsung atau tidak langsung dengan perkara yang sedang diperiksa, baik atas kehendaknya sendiri maupun atas permintaan pihak yang berperkara." Aturan mengenai larangan konflik kepentingan ini juga dimuat dalam KEPPH.[22] Dalam KEPPH tersebut dijelaskan bahwa Hakim dalam menangani suatu perkara harus menghindari adanya konflik kepentingan, yang salah satunya adalah konflik kepentingan yang berhubungan dengan pribadi dan keluarga. Pada angka 5 butir 5.2.1 KEPPH dikatakan bahwa hakim tidak boleh mengadili suatu perkara apabila memiliki konflik kepentingan, baik karena hubungan pribadi dan keluarga, atau hubungan-hubungan lain yang beralasan (*reasonable*) patut diduga mengandung konflik kepentingan. Terlanggarnya ketentuan mengenai konflik kepentingan hakim dalam perkara yang diadilinya dapat dipandang sebagai cacat formal dan menyebabkan putusan dapat dinyatakan batal demi hukum dan tidak dipercayai oleh para pihak.

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



Selengkapnya, mengenai peradilan yang imparsial sebagai hak asasi warga negara dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 57 - 61.

3.3. Peradilan yang Akuntabel

Meskipun independensi peradilan merupakan jaminan penting, independensi dapat berpotensi menjadi tameng bagi hakim untuk menyembunyikan perilaku tidak etis.^[23] Dalam kondisi demikian, akuntabilitas menjadi satu hal penting yang harus dimiliki oleh institusi peradilan dan individu hakim. Konsep akuntabilitas peradilan secara luas dapat merujuk pada gagasan bahwa hakim perlu mempertanggungjawabkan perilaku mereka, baik perilaku yang bijaksana maupun tidak.^[24]

[22] Mahkamah Agung RI dan Komisi Yudisial RI, Surat Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 047/KMA/SKB/IV/2009 dan Ketua Komisi Yudisial Republik Indonesia No. dan Nomor: 02/SKB/P.KY/IV/2009 tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim.

[23] International Commission of Jurists, *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors: Practitioners Guide No. 1*, (Geneva: International Commission of Jurists, 2007), hal. 55.

[24] Ernest L. Sakala, *The Accountability of the Judiciary – Accountable to Whom? Is There Such A Mechanism?*, dalam *Southern Africa Judges Commission*

Konsep akuntabilitas pada dasarnya lekat dengan konsep demokrasi.^[25] Hal ini berarti bahwa setiap individu, otoritas, atau lembaga yang menjalankan kekuasaan pemerintahan dalam bentuk apa pun, menjalankannya untuk dan atas nama rakyat, oleh karena itu, harus bertanggung jawab kepada rakyat atas pelaksanaan kekuasaan tersebut.^[26] Dalam konsep negara demokrasi, hakim, sebagai pelayan publik, bertanggung jawab kepada rakyat atas bagaimana mereka menjalankan kekuasaan mereka, meskipun tidak dengan cara yang sama seperti cabang kekuasaan lainnya.^[27] Dengan demikian, hal ini berarti pula bahwa publik harus diberi kebebasan untuk memberikan kritik terhadap kinerja peradilan yang mereka anggap menyimpang dari norma.^[28]

Dalam konteks hakim membuat putusan, akuntabilitas memiliki arti bahwa hakim harus akuntabel terhadap hukum.^[29] Artinya, putusan yang dibuat oleh hakim harus sesuai dengan hukum, tidak boleh sewenang-wenang, dan harus dapat dipertanggungjawabkan.^[30]

Pengembangan kode etik peradilan, sebagaimana Indonesia telah memiliki KEPPH, juga dapat memberikan sarana penting untuk mendorong akuntabilitas peradilan, karena kode etik tersebut berfungsi sebagai panduan sekaligus ukuran perilaku peradilan.^[31] Relevan dengan isu akuntabilitas, angka 6 KEPPH juga menekankan pentingnya perilaku bertanggung jawab bagi hakim. Dalam KEPPH, bertanggung jawab dimaknai sebagai "kesediaan untuk melaksanakan sebaik-baiknya segala sesuatu yang menjadi wewenang dan tugasnya, serta memiliki keberanian untuk menanggung segala akibat atas pelaksanaan wewenang dan tugasnya tersebut."

4. Area Utama Penerapan Prinsip HAM dalam Penegakan Hukum di Pengadilan

Dalam pelaksanaannya, pelanggaran HAM dalam proses persidangan kerap terjadi. Aspek-aspek di bawah ini adalah aspek-aspek penting yang perlu diperhatikan oleh hakim dan pengadilan karena merupakan area rentan terjadinya pelanggaran HAM.

4.1. Penundaan Waktu Sidang

Penundaan waktu sidang dalam perspektif instrumen HAM dan kerangka hukum secara umum berdampak terhadap terjadinya pelanggaran HAM utamanya dalam lingkup pidana. ICCPR menyatakan bahwa 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,^[32] atau dibebaskan. Dalam pasal lain, disebutkan hak tersangka dan terdakwa untuk diadili tanpa penundaan, namun dengan memberikan waktu dan fasilitas yang cukup atau memadai untuk mempersiapkan pembelaan.^[33]

Instrumen-instrumen HAM pada umumnya menekankan pada perlindungan terhadap penundaan yang tidak semestinya (*undue delay*) terhadap tersangka dalam tindak pidana, karena penundaan yang tidak semestinya melanggar kebebasan pribadi, bukan hanya melanggar prinsip persidangan yang adil (*fair trial*).

Dalam kerangka hukum nasional, Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman) menegaskan kewajiban pengadilan dalam mencegah terjadinya penundaan persidangan yang tidak beralasan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 4 ayat (2): "*Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan.*"

4.2. Hak Tersangka/Terdakwa

Hak tersangka/terdakwa dalam peradilan pidana memperoleh perhatian yang sangat besar dalam instrumen-instrumen HAM. Deklarasi PBB melarang hukuman yang kejam, tidak manusiawi, dan merendahkan martabat; melarang

Meeting, Windhoek, Namibia, 11 - 14 Agustus 2005, hal. 4.

[25] *Ibid.*, hal. 7.

[26] *Ibid.*

[27] *Ibid.*

[28] *Ibid.*, hal. 5.

[29] *Transparency International, Judicial Accountability and Discipline*, (Berlin: *Transparency International*, 2007) hal. 2.

[30] *Ibid.*

[31] *Ibid.*

[32] *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)/Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (KIHSP)*, *General Assembly Resolution No. 2200A (XXI)*, 16 Desember 1966, Pasal 9 ayat 2.

[33] *Ibid.*, Pasal 14 ayat 3.

penangkapan, penahanan, dan pengasingan secara sewenang-wenang; melarang penerapan hukum pidana yang berlaku surut; menjamin hak atas persidangan yang adil dan terbuka oleh pengadilan yang independen dan tidak memihak; menjamin prinsip praduga tidak bersalah; dan "semua jaminan yang diperlukan" untuk melindungi hak individu dalam peradilan pidana.

Perjanjian-perjanjian HAM kemudian memperluas hak-hak tersebut dengan ketentuan khusus tentang hak untuk penasihat hukum, syarat-syarat untuk persidangan, perlakuan terhadap para pelaku kejahatan remaja dan anak-anak, dan perlindungan lainnya. Deklarasi PBB menjabarkan lebih banyak standar: misalnya, hak terdakwa untuk mendapatkan pendampingan hukum telah ditegaskan oleh Prinsip untuk Perlindungan Semua Orang terhadap Segala Bentuk Penahanan atau Penjara 1998 (*the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment 1988*); Aturan tentang Standar Minimum untuk Perlakuan terhadap Tahanan 1955 (*the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 1955*); dan Jaminan Perlindungan Hak- Hak Mereka yang Menghadapi Hukuman Mati 1984 (*the Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of those Facing the Death Penalty 1984*).

Dalam kerangka hukum nasional, berbagai ketentuan penjaminan hak-hak tersangka dapat ditemukan, antara lain, dalam KUHP, UU Kekuasaan Kehakiman, dan UU HAM.

4.2. Akses terhadap Keadilan

Hak tersangka/terdakwa dalam peradilan pidana memperoleh perhatian yang sangat besar dalam instrumen-instrumen HAM. Deklarasi PBB melarang hukuman yang kejam, tidak manusiawi, dan merendahkan martabat; melarang penangkapan, penahanan, dan pengasingan secara sewenang-wenang; melarang penerapan hukum pidana yang berlaku surut; menjamin hak atas persidangan yang adil dan terbuka oleh pengadilan yang independen dan tidak memihak; menjamin prinsip praduga tidak bersalah; dan "semua jaminan yang diperlukan" untuk melindungi hak individu dalam peradilan pidana.

Perjanjian-perjanjian HAM kemudian memperluas hak-hak tersebut dengan ketentuan khusus tentang hak untuk penasihat hukum, syarat-syarat untuk persidangan, perlakuan terhadap para pelaku kejahatan remaja dan anak-anak, dan perlindungan lainnya. Deklarasi PBB menjabarkan lebih banyak standar: misalnya, hak terdakwa untuk mendapatkan pendampingan hukum telah ditegaskan oleh Prinsip untuk Perlindungan Semua Orang terhadap Segala Bentuk Penahanan atau Penjara 1998 (*the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment 1988*); Aturan tentang Standar Minimum untuk Perlakuan terhadap Tahanan 1955 (*the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 1955*); dan Jaminan Perlindungan Hak- Hak Mereka yang Menghadapi Hukuman Mati 1984 (*the Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of those Facing the Death Penalty 1984*).

Dalam kerangka hukum nasional, berbagai ketentuan penjaminan hak-hak tersangka dapat ditemukan, antara lain, dalam KUHP, UU Kekuasaan Kehakiman, dan UU HAM.

4.3 Hak atas Pemulihan

Beberapa perjanjian HAM secara eksplisit berbicara tentang "akses terhadap keadilan," dan telah berkontribusi pada munculnya hak di beberapa bidang yang terkait dengan konsep tersebut. Dalam konteks akses pada keadilan ini, UU Kekuasaan Kehakiman juga tegas mengatur atas hak ini antara lain melalui:

- Pasal 2 ayat (3): "Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan."
- Pasal 2 ayat (4): "Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan."

Meskipun jaminan terhadap akses pada pengadilan ini berlaku secara menyeluruh bagi seluruh individu, namun dalam praktiknya, terdapat kelompok-kelompok yang paling rentan dan mengalami tantangan yang lebih besar dalam memperoleh akses keadilan. Pasal 5 ayat (3) UU HAM secara khusus menyebutkan bahwa "Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya."

Pengertian kelompok rentan tidak dirumuskan secara eksplisit dalam peraturan perundang- undangan, seperti tercantum dalam Pasal 5 ayat (3) UU HAM. Namun, dalam penjelasan pasal tersebut, disebutkan bahwa yang dimaksud

dengan kelompok masyarakat yang rentan, antara lain, adalah orang lanjut usia, anak-anak, fakir miskin, wanita hamil dan penyandang cacat. Adapun, menurut *Human Rights Reference* disebutkan, bahwa yang tergolong ke dalam kelompok rentan adalah pengungsi, pengungsi internal (*internally displaced persons*), minoritas nasional, pekerja migran, masyarakat adat, anak, dan perempuan. Dengan berbagai kerentanan dan kekhususan yang melekat pada kelompok rentan, tidak dapat dipungkiri bahwa mereka lebih berisiko terlanggar hak-halnya dan lebih mudah menjadi korban. Oleh karena itu, mereka memerlukan perlindungan yang lebih dibandingkan mayoritas masyarakat pada umumnya.

Dalam akses keadilan, isu bantuan hukum merupakan bagian penting. Instrumen HAM menjamin bantuan hukum dalam kondisi tertentu. Pasal 14 ICCPR menetapkan hak untuk penasihat hukum bagi terdakwa yang miskin dan mengharuskan negara-negara untuk menanggung biaya yang diperlukan demi kepentingan keadilan. Lebih lanjut, Prinsip-Prinsip Dasar PBB yang tidak mengikat tentang Peran Pengacara (*Role of Lawyers*) menyatakan bahwa negara-negara harus menjamin ketersediaan sarana untuk "akses yang efektif dan setara kepada penasihat hukum" untuk semua penduduk, dan pendanaan yang memadai untuk layanan hukum bagi orang miskin dan kurang beruntung. Sayangnya, dalam praktiknya, hak bantuan hukum untuk para terdakwa kerap kali dilanggar.

Indonesia menaruh perhatian yang besar pada isu bantuan hukum. Pasal 56 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman menyebutkan bahwa "*Setiap orang yang tersangkut perkara berhak memperoleh bantuan hukum*," selanjutnya pada ayat (2) disebutkan bahwa "*Negara menanggung biaya perkara bagi pencari keadilan yang tidak mampu*." Lebih dari itu, Indonesia juga telah memiliki undang-undang khusus yang mengatur soal bantuan hukum, yakni Undang-Undang No. 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum.

4.4 Hak atas Pemulihan

Hak atas pemulihan pelanggaran HAM telah diatur dalam berbagai instrumen HAM internasional, regional, dan nasional. Dalam ICCPR misalnya, terdapat kewajiban negara untuk menjamin bahwa semua orang mempunyai akses terhadap mekanisme pemulihan yang efektif (*effective remedies*) dan mekanisme tersebut dapat diterapkan serta mendapatkan reparasi ketika pelanggaran terjadi.^[34] Selain itu, jaminan hak atas pemulihan juga dapat ditemukan dalam Pasal 6 CERD, Pasal 14 ayat (1) CAT, Pasal 2 huruf i CEDAW, dan Pasal 8 ayat (2) dan Pasal 39 CRC.

Pada dasarnya, kata 'pemulihan' terdiri dari dua konsep yang berbeda, yakni terkait dengan prosedural dan substantif. Pemulihan prosedural berarti proses dimana gugatan tentang HAM didengar dan diputuskan baik oleh pengadilan, badan administratif atau badan berwenang lainnya. Pemulihan prosedural ini seringkali disebut dengan istilah akses pada keadilan (*access to justice*). Sementara, pemulihan substantif merujuk pada langkah-langkah atau tindakan untuk mengembalikan situasi yang semestinya dan layak atau mengembalikan pada situasi semula (*the action of restoring something to a proper or former state*). Bentuk-bentuk pemulihan akan tergantung pada sifat kasus yang terjadi, namun terdapat konsensus terkait dengan standar-standar minimum, yang diantaranya, jika memungkinkan, adalah adanya pemulihan yang penuh seperti restitusi dan kompensasi, atau jika tidak memungkinkan, perlu adanya pemenuhan hak untuk tahu (*right to the truth*) yang akan bermanfaat bagi korban dan pihak-pihak yang terluka serta masyarakat secara keseluruhan.^[35]

Secara konseptual, setidaknya terdakwa empat tujuan utama pemulihan:^[36]

- a. Berfungsi sebagai koreksi atau menciptakan keadilan untuk mengembalikan perbuatan salah bagi korban, atau untuk mengoreksi ketidakadilan;
- b. Pembalasan (*retribution*), yakni pelaku harus bertanggung jawab untuk menyediakan pemulihan dimana aspek kesalahan adalah unsur penting bagi korban untuk mengklaim kerugian;
- c. Pencegahan individu maupun umum, yakni mengubah perilaku seseorang untuk tidak berbuat kesalahan atau bagi semua pihak yang berpotensi melakukan pelanggaran sehingga dapat mencegah terjadinya perbuatan yang sama di masa depan; dan
- d. Mencapai keadilan restoratif, yakni melakukan langkah-langkah untuk memperbaiki kerusakan yang ditimbulkan dengan tujuan perbaikan kerusakan bagi komunitas atau masyarakat luas. Dalam fungsi ini, semua pihak bersama-sama menyelesaikan permasalahan secara kolektif sehingga tidak hanya berfokus pada korban, tetapi pada pelaku dan masyarakat.

[34] *Ibid.*, Pasal 2.

[35] Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, (United Kingdom: Oxford University Press, 2015), hal. 18 - 19.

[36] *Ibid.*, hal. 19 - 24.

Secara umum, dalam Hukum HAM internasional, terdapat lima bentuk reparasi, yakni 1) restitusi: pemulihan hak-hak, properti, status kewarganegaraan para korban; 2) rehabilitasi: dukungan psikologis dan fisik; 3) kompensasi; 4) kepuasan: pengakuan bersalah, permintaan maaf, pembangunan memorialisasi, dan sebagainya; serta 5) jaminan ketidakberulangan: reformasi hukum dan sebagainya.



Selengkapnya mengenai area utama penerapan prinsip HAM dalam penegakan hukum di pengadilan dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 23 - 26 dan Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 48 - 54.

5. Tantangan Pengadilan dan Hakim dalam Memenuhi Tanggung Jawab Melindungi HAM Warga Negara

5.1. Tantangan terhadap Independensi Pengadilan dan Hakim

Gangguan atau intervensi terhadap independensi dapat hadir baik dari internal maupun eksternal pengadilan. Gangguan atau intervensi dari internal, misalnya adalah pengaruh atau tekanan dari atasan atau senior yang mengharuskan hakim untuk memutus perkara dengan output tertentu. Jika tidak, hakim yang bersangkutan akan mendapatkan konsekuensi buruk, misalnya tidak diberi perkara beberapa waktu ke depan atau bahkan dimutasi. Adapun, gangguan atau intervensi eksternal dapat bersumber dari cabang kekuasaan lain dan juga publik. Gangguan atau intervensi dari cabang kekuasaan lain (eksekutif dan legislatif) dapat berupa kontrol kesejahteraan dan keamanan hakim melalui undang-undang. Lalu, terkait gangguan dari publik, misalnya melalui adanya pemberitaan yang ekstensif terhadap suatu perkara, yang akhirnya mengancam pertimbangan obyektif atas persoalan faktual dan hukum yang muncul untuk pengambilan putusan oleh pengadilan.



Selengkapnya, mengenai tantangan terhadap independensi pengadilan dan hakim dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 62 - 63.

5.2. Tantangan terhadap Imparsialitas Hakim

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

Mempertimbangkan meluasnya penggunaan media sosial dalam masyarakat, tidak terkecuali hakim, menjadikan bagian ini juga relevan untuk meninjau resiko yang dapat muncul dari penggunaan media sosial oleh hakim. Penjabaran nilai imparsialitas pada the Bangalore Principles of Judicial Conduct dan Kode Etik PPH juga menekankan bahwa hakim harus memastikan bahwa perilakunya baik di dalam maupun di luar pengadilan memelihara dan meningkatkan kewibawaan pengadilan.^[37] Oleh karena itu, penting bagi hakim untuk senantiasa mempertimbangkan pengaruh dari aktivitasnya menggunakan media sosial terhadap citra dirinya secara personal, maupun pengadilan secara kelembagaan. Penting bagi hakim untuk senantiasa memeriksa apakah aktivitas yang akan dilakukannya di media sosial akan berkontribusi terhadap peningkatan kewibawaan dan kepercayaan publik kepada pengadilan atau sebaliknya.

[37] Cynthia Gray, *Ethical Standards for Judges*, (Chicago: American Judicature Society, 2009), hal. 3-4.



Selengkapnya, mengenai tantangan terhadap imparialitas dan hakim dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 64 - 66.

5.3. Personal Bias dan Unconscious Bias

Personal bias dapat diartikan sebagai kecenderungan, preferensi, dan favoritisme yang berpotensi menimbulkan keberpihakan yang disebabkan pengaruh-pengaruh yang bersifat internal atau personal, seperti usia, generasi, agama, nilai-nilai, pola asuh, temperamen, dan kondisi fisik hakim.^[38] Dalam menjalankan profesinya, para hakim diharapkan cermat dalam mengecualikan bias pribadi saat membuat keputusan.^[39] Mereka selalu dituntut untuk menunjukkan bahwa penafsiran hukum yang mereka lakukan, atau putusan yang mereka ambil dalam suatu perkara, bukanlah sekedar pandangan subyektif mereka. Hakim dituntut untuk netral, tanpa manifesto (pandangan/ideologi politik). Sebagaimana dinyatakan oleh Edmund Burke dan dikutip oleh Nugent,^[40] bahwa yang diharapkan dari hakim dan pengadilan adalah *cold neutrality*.

Sementara, *unconscious bias* adalah ketika kita membuat penilaian atau keputusan berdasarkan pengalaman kita sebelumnya, pola pikir mendalam pribadi kita, asumsi atau interpretasi, dan kita tidak sadar bahwa kita sedang melakukannya.^[41] Masing-masing dari kita cenderung percaya bahwa kita lebih adil, dan tidak berprasangka buruk dibandingkan orang kebanyakan. Bagi hakim, munculnya *unconscious bias* dalam proses penilaian dan analisis ketika memutus perkara tentu membawa resiko yang lebih besar dibanding jika bias muncul dalam proses kerja profesi lainnya. Bayangkan misalnya, ketika hakim melakukan penilaian fakta, penafsiran hukum, dan mengambil putusan dalam suatu perkara pidana yang ancaman hukumannya bagi terdakwa adalah hukuman mati atau hukuman seumur hidup, dengan dipengaruhi oleh *unconscious bias* yang dimilikinya. Tentu hal ini akan berpotensi mencederai HAM terdakwa tersebut.



Selengkapnya, mengenai *personal bias* dan *unconscious bias* dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 66 - 70.

5.4. Problem pada Kerangka Hukum yang Tersedia

Sesuai dengan tugas dan kewenangannya, hakim menjalankan fungsi menegakkan dan melindungi HAM warga negara lewat perkara-perkara yang diputus olehnya di pengadilan. Memeriksa dan memutus suatu perkara oleh hakim di Indonesia pada dasarnya adalah kegiatan menerapkan undang-undang. Hal ini disebabkan Indonesia mewarisi tradisi hukum kontinental dari masa kolonial. Oleh karenanya, sumber hukum utama bagi hakim dalam mengadili peristiwa atau perbuatan hukum para pihak dalam suatu perkara, adalah undang-undang.^[42] Para pihak-baik dalam perkara perdata dan pidana, mengajukan tuntutan/permasalahan hukumnya ke pengadilan dengan merujuk undang-undang yang menurutnya berlaku atas permasalahan hukum tersebut.

Permasalahannya, undang-undang tidak selalu sempurna dan tidak mampu mengatur segala kegiatan kehidupan manusia di setiap periode waktu secara tuntas.^[43] Problem dalam peraturan hukum muncul dalam beberapa poin berikut:^[44]

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

[38] Donald C. Nugent, "Judicial Bias", dalam *Cleveland State University Law Review*, Vol. 42, No. 1, 1994, hal. 2.

[39] *Ibid.*, hal. 5.

[40] *Ibid.*

[41] *Ibid.*, hal. 2.

[42] Joseph Dainow, "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison", dalam *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, No. 3, 1966-1967, hal. 424.

[43] Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, Bab-Bab tentang Penemuan Hukum, Op.Cit., hal. 3.

[44] Tiga pengelompokan ini merupakan hasil penyimpulan dari Ahmad Rifai, Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif, (Jakarta: Sinar Grafika, 2018), hal. 56.

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



Selengkapnya, mengenai problem pada kerangka hukum yang tersedia dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 70 - 74.

5.5. Minimnya Akses terhadap Keadilan bagi Kelompok Rentan

Jaminan akses terhadap keadilan dimuat dalam beberapa instrumen internasional, di antaranya Pasal 7 dan Pasal 8 UDHR; Pasal 2 ayat (1), Pasal 14, dan Pasal 26 ICCPR; Bagian pembukaan ICESCR; Pasal 15 CEDAW; Pasal 6 CERD; Pasal 18 CMW; dan Pasal 13 CRPD. Dalam kerangka hukum nasional, akses terhadap keadilan diatur dalam Pasal 17 UU HAM yang berbunyi “Setiap orang, tanpa diskriminasi, berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengaduan, dan gugatan, baik dalam perkara pidana, perdata, maupun administrasi serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang obyektif oleh hakim yang jujur dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar.”

Akses terhadap keadilan seringkali terhalang oleh faktor ekonomi, struktural, dan kelembagaan. Dalam banyak situasi, kerumitan dan biaya proses hukum, serta kendala geografis dan fisik, menghalangi kelompok miskin dan terpinggirkan untuk mengakses sistem peradilan.^[45] Kemiskinan bukan hanya sekedar soal kekurangan barang dan kesempatan material seperti pekerjaan dan kepemilikan aset produktif dan tabungan. Tetapi juga bermakna kurangnya aset tidak berwujud dan barang sosial, seperti identitas hukum, kesehatan yang baik, integritas fisik, kebebasan dari rasa takut dan kekerasan, kapasitas organisasi, kemampuan untuk menggunakan pengaruh politik, dan kemampuan untuk menuntut hak dan hidup dalam penghormatan dan martabat.^[46]

Orang-orang yang mengalami hambatan lebih besar dari bagian kelompok masyarakat lainnya tersebut, dalam diskursus HAM disebut sebagai kelompok rentan. Untuk mengoreksi situasi yang tidak setara yang dialami oleh anggota-anggota kelompok rentan dalam mengakses hak-haknya, dikenal perlakuan dan tindakan yang lebih bagi mereka yang bersifat khusus dan sementara, yang disebut tindakan afirmasi (*affirmative actions*).^[47] Tujuan dari tindakan ini adalah untuk mendorong dan mempercepat kelompok anggota-anggota kelompok rentan ini mengejar kemajuan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan lainnya. Perlakuan khusus bagi kelompok rentan ini sudah diatur dalam Pasal 5 ayat (3) UU HAM, yang menyebutkan, “Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya.”

Hakim memiliki peran dan kewajiban untuk mendukung terpenuhinya hak atas akses keadilan para pihak dalam menyelenggarakan proses peradilan di pengadilan. Tidak terpenuhinya hak para pihak atas akses keadilan ini dapat mengakibatkan buruknya kualitas peradilan atau bahkan menyebabkan *miscarriage of justice*. Hal ini dapat berdampak pada risiko hilangnya kepercayaan publik dan menurunnya wibawa pengadilan di masyarakat.

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

- a. Akses terhadap keadilan merupakan hal yang sangat penting bagi supremasi hukum. Peradilan harus, dalam batas kekuasaannya, mengadopsi prosedur untuk memfasilitasi dan mempromosikan akses tersebut;
- b. Ketika tidak ada bantuan hukum yang memadai untuk publik, mahalnya biaya perwakilan hukum swasta membuat peradilan perlu mempertimbangkan, jika sesuai dan diinginkan, mendorong digunakan dan disediakan layanan *pro bono* untuk para pihak, penunjukan *amici curiae* (teman pengadilan), penyelesaian

[45] Valesca Limad dan Miriam Gomez, *Access to Justice: Promoting the Legal System as Human Right*, bab dalam *Encyclopaedia of the UN Sustainable Development Goals*, Edition: 1st, (Springer Publishing). hal. 7.

[46] *Ibid.*, hal. 6.

[47] Jimly Asshidiqie, *Gagasan Negara Hukum Indonesia*, dalam *Dialog "Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional"*, Op.Cit., hal. 9.

- sengketa alternatif, dan prosedur penyelesaian sengketa lain di masyarakat, untuk melindungi kepentingan yang tidak terwakili dengan memadai dalam proses pengadilan; serta pemberian izin kepada orang yang tidak memenuhi syarat (termasuk paralegal) untuk mewakili pihak di depan pengadilan; serta
- c. Peradilan harus menerapkan teknik manajemen kasus modern untuk memastikan perilaku yang adil, tertib dan cepat serta kesimpulan dari proses pengadilan.



Selengkapnya, mengenai minimnya akses terhadap keadilan bagi kelompok rentan dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 74 - 77.

6. Sumber-sumber Hukum Sebagai Dasar Hakim dalam Memutus Perkara Menurut Hukum ^[48]

Memutus menurut hukum berarti bahwa suatu putusan harus didasarkan pada kaidah dan asas hukum yang berlaku. DMemutus menurut hukum berarti bahwa suatu putusan harus didasarkan pada kaidah dan asas hukum yang berlaku. Dalam memutus menurut hukum, sumber-sumber hukum lain juga dapat digunakan, seperti halnya kebiasaan, adat istiadat, agama, ajaran hukum, sejarah hukum, dan lain-lain.

Di Indonesia, sumber hukum dapat dibagi menjadi dua, yakni sumber hukum tertulis dan tidak tertulis. Sumber hukum tertulis meliputi berbagai peraturan perundang-undangan yang disebutkan dalam Pasal 7 dan 8 Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan sebagaimana terakhir diubah dengan Undang-Undang No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Peraturan perundang-undangan ini meliputi konstitusi, undang-undang, peraturan pemerintah, hingga berbagai peraturan kementerian/lembaga, termasuk Peraturan Mahkamah Agung. Adapun, sumber hukum tidak tertulis meliputi hukum adat, hukum agama, hukum kebiasaan, yurisprudensi, dan doktrin hukum.

Pengetahuan hakim mengenai sumber hukum merupakan prasyarat bagi hakim untuk dapat memutus perkara menurut hukum. Oleh karenanya, hakim harus memahami 1) di mana tempat menemukan hukum; 2) kedudukan dan otoritas setiap sumber hukum; 3) hubungan antar-sumber hukum; 4) cara menerapkan sumber hukum sekaligus bagaimana pilihan penerapannya; 5) pembentuk setiap sumber hukum; 6) kekuatan berlaku setiap sumber hukum; serta 7) batas lingkungan keberlakuan setiap sumber hukum.

➔ Referensi Bacaan

Buku/Artikel/Laporan

1. Ahmad Rifai. (2018). *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*. Jakarta: Sinar Grafika;
2. Bahder Johan Nasution. (2011). *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*. Bandung: CV Mandar Maju;
3. Cynthia Gray. (2009). *Ethical Standards for Judges*. American Judicature Society. Chicago;
4. Dainow, Joseph. (1966-1967). *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 15, No. 3;
5. Eko Riyadi. (2018). *Hukum Hak Asasi Manusia: Perspektif Internasional, Regional dan Nasional*. Depok: Rajawali Pers
6. Geert Corstens. (2014). *Human Rights and the Rule of Law*. Centre for Judicial Cooperation-European University Institute. Florence;
7. Jimly Asshiddiqie. (2011). *Gagasan Negara Hukum Indonesia. Forum Dialog Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional*. Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional;
8. Prof. Sudikno Mertokusumo dan Prof. A. Pitlo. (2013). *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti;
9. Valesca Lima dan Miriam Gomez. *Access to Justice: Promoting the Legal System as Human Right*. Encyclopaedia of the UN Sustainable Development Goals, ed: 1st. Springer Publishing.

[48] Bagian ini disarikan dari Bagir Manan, "Ajaran-ajaran Sumber-sumber Hukum Sebagai Dasar Hakim Memutus Perkara Menurut Hukum", Monografi, 2014.

Peraturan Perundang-undangan

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

Instrumen HAM Internasional dan Regional

1. Australian Institute of the Judicial Administration Incorporated. (2017). *Guide to Judicial Conduct (Published for the Council of Chief Justices of Australia and New Zealand)*. Melbourne;
2. General Assembly. (1966). *International Covenant on Civil and Political Rights/Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik*. General Assembly Resolution No. 2200A (XXI);
3. Human Rights Council. (2007). *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers*, Leandro Despouy. A/HRC/4/25;
4. International Bar Association. (1982). *Minimum Standards of Judicial Independence*;
5. Judicial Integrity Group. (2002). *Bangalore Principles of Judicial Conduct*;
6. United Nations. (1985). *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*. Milan;
7. United Nations Office on Drugs and Crimes. (2018). *Use of Social Media by Judges: Discussion Guide for the Expert Group Meeting*. Vienna. https://www.venice.coe.int/files/un_social_media/unodc.pdf, diakses 26 Agustus 2020.

Internet

1. Donald C. Nugent. (1994). *Judicial Bias*. Cleveland State University Law Review. <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol42/iss1/10/>, diakses pada 20 September 2020;
2. Dr. Franziska Rinke, Dr Mónica Castillejos-Aragón dan Aishwarya Natarajan, "Judicial Independence: Under Threat?", <https://www.kas.de/documents/280457/280506/Publication+Judicial+Independence+Under+Threat.pdf/0c86a373-7d25-f7ad-c66e-7d84a99a095a?version=1.0&t=1557749330341>, diakses pada 28 September 2020;
3. Lindsay Northon. *Become Aware of Personal Bias, and You'll Improve Ethical Practice*. Society for Human Resource Management. 2016. <https://www.shrm.org/resourcesandtools/hr-topics/behavioral-competencies/ethical-practice/pages/become-aware-of-personal-bias-and-improve-ethical-practice> diakses pada 20 September 2020;
4. Piotr Mikuli. "Impartiality of the Judiciary. *Oxford Constitutional Law*", <https://Oxcon.Ouplaw.Com/View/10.1093/Law-Mpeccol/Law-Mpeccol-E338?Print=Pdf>;
5. Stanford Center for the Study of Language and Information, "Plato's Ethic: An Overview", <https://plato.stanford.edu/entries/plato-ethics/>, diakses pada 1 Oktober 2020;
6. The National Council for Civil Liberties. (2010). *A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act*. London. Liberty. <https://www.refworld.org/pdfid/4ed640552.pdf>, diakses pada 27 September 2020;
7. Uta Frith. *Unconscious Bias*. London, the Royal Society. 2015. <https://royalsociety.org/~media/policy/Publications/2015/unconscious-bias-briefing-2015.pdf>. MATERI

SESI 3: PENGANTAR INSTRUMEN HUKUM INTERNASIONAL DAN NASIONAL TENTANG HAK ASASI MANUSIA (HAM)

Sesi 3: Pengantar Instrumen Hukum Internasional dan Nasional tentang Hak Asasi Manusia (HAM)

Tujuan Umum: Peserta mendapatkan pengetahuan umum tentang HAM, khususnya dalam konteks HAM sebagai bagian hukum nasional.

Tujuan Khusus:

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

Materi	Waktu (Total 90 menit)	Metode
1. Pengaturan HAM sebagai bagian dari kerangka hukum nasional; 2. Sejarah, konsep, dan prinsip HAM; 3. Tanggung jawab negara dalam HAM; 4. Pembatasan dan pengurangan HAM yang sah; 5. Sumber hukum HAM.	90"	<ul style="list-style-type: none"> • Presentasi narasumber/pembicara • Diskusi

Daftar Isi

1. HAM Sebagai Bagian dari Kerangka Hukum Nasional;
2. Sejarah, Konsep, dan Prinsip HAM
2.1 Sejarah HAM;
2.2 Prinsip-Prinsip HAM;
2.3 Jenis-jenis HAM;
2.4 Tanggung Jawab Negara;
2.5 Perbuatan dan Pembiaran;
2.6 Pemulihan (<i>remedy</i>);
2.7 Pengurangan (<i>derogation</i>);
2.8 Pembatasan (<i>limitation/restriction</i>);
2.9 Afirmasi;
3. Sumber Hukum HAM
3.1 Sumber Hukum HAM Internasional;
3.2 Sumber Hukum HAM Nasional.

MATERI

1. HAM Sebagai Bagian dari Kerangka Hukum Nasional

Prinsip dan nilai HAM telah dinormakan dalam berbagai produk hukum nasional. Sebagai produk peraturan perundang-undangan tertinggi, UUD NRI Tahun 1945 telah menjamin HAM melalui Bab XA yang berjudul Hak Asasi Manusia. Dalam UUD NRI Tahun 1945 tersebut, terdapat 17 pasal dengan 38 substansi hak yang beragam, termasuk di dalamnya hak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat sebagaimana termaktub dalam Pasal 28E ayat (3). Selain itu, Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (selanjutnya disebut sebagai UU HAM) juga telah mengatur secara detail mengenai perlindungan HAM di Indonesia.

Diurnya ketentuan-ketentuan HAM dalam konstitusi Indonesia, bahkan dengan undang-undang tersendiri, menunjukkan bahwa pengakuan HAM sebagai bagian hukum nasional Indonesia semakin menguat. Pasal 7 ayat (2) UU HAM juga secara eksplisit mengatur bahwa, “[k]etentuan hukum internasional yang telah diterima negara Republik Indonesia yang menyangkut hak asasi manusia terutama menjadi tanggung jawab Pemerintah.” Ketentuan ini semakin mengukuhkan bahwa penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan HAM merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia.

Pada perkembangannya, dalam rangka mengukuhkan komitmen Indonesia dalam menjalankan kewajibannya terhadap HAM, Indonesia telah meratifikasi 8 dari 9 konvensi dan kovenan yang merupakan perjanjian HAM Internasional pokok. Konvensi dan kovenan tersebut meliputi 1) *Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)*/Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan; 2) *Convention on the Rights of the Child (CRC)*/Konvensi Hak-hak Anak; 3) *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)*/Konvensi Anti Penyiksaan, dan Tindakan atau Hukuman Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Lainnya; 4) *Convention on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)*/Konvensi Penghapusan Diskriminasi Rasial; 5) *International Convention on the Economic, Social and Cultural Rights (ICCPR)*/Konvensi Internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial, Budaya; 6) *International Convention on the Civil and Political Rights (ICESCR)*/Konvensi Internasional Hak-Hak Sipil Politik; 7) *Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*/Konvensi Hak-hak Penyandang Disabilitas; 8) *International Convention on The Protection of The Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW)*/Konvensi Internasional Mengenai Perlindungan Hak-Hak Seluruh Pekerja Migran Dan Anggota Keluarganya.

Terbaru, Komnas HAM juga telah mengeluarkan beberapa SNP, di antaranya adalah SNP No. 5 tentang Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi, yang disahkan melalui Keputusan Sidang Paripurna No. 04/PS/00.04/IV/2021 tanggal 5 April 2021 pada Putusan No. 16 dan ditetapkan dalam Peraturan Komnas HAM No. 2 Tahun 2021 tanggal 20 April 2021.^[49] SNP ini berisi penjelasan, tafsiran, dan elaborasi mendalam yang disusun oleh Komnas HAM untuk menentukan pelaksanaan norma-norma, bentuk-bentuk pelanggaran dan pembatasan yang diperkenankan terhadap hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi.^[50] Dengan adanya penetapan SNP ini, maka setiap penafsiran dan penanganan kasus pelanggaran hak asasi manusia yang terkait dengan hak atas berpendapat dan berekspresi di Indonesia dilakukan berdasarkan SNP tentang Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi.^[51]

Terakhir, pada dasarnya berbagai HAM yang diakomodir dalam konstitusi dan undang-undang di atas—termasuk undang-undang yang meratifikasi kovenan/konvensi internasional—merupakan bagian dari hak hukum. HAM sebagai hak hukum ini muncul sebagai hasil dari sebuah proses formal pembentukan norma (norm-creating process) oleh masyarakat, negara, atau komunitas. Dalam proses tersebut, terdapat berbagai kompromi dan tidak terlepas dari konteks historis suatu masyarakat. Sebagai konsekuensi pemaknaan HAM sebagai hak hukum, warga negara memiliki hak untuk dilindungi oleh negara, termasuk oleh lembaga peradilan.

[49] Lihat: Komnas HAM, Peraturan Komnas HAM No. 2 Tahun 2021 tentang Pengesahan Standar Norma dan Pengaturan tentang Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi.

[50] Peraturan Komnas HAM No. 2 Tahun 2021 tentang Pengesahan Standar Norma dan Pengaturan tentang Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi, Pasal 1 ayat (1).

[51] *Ibid.*, Pasal 2 ayat (1).



Selengkapnya mengenai HAM sebagai bagian dari kerangka hukum nasional dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 7 - 10 dan Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 24 - 33.

2. Sejarah, Konsep, dan Prinsip HAM

2.1. Sejarah HAM ^[52]

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

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

Selanjutnya, pada abad ke-19, mulai muncul perselisihan antar negara mengenai perlindungan hak-hak minoritas di Eropa. Hal ini ditambah dengan persaingan antar negara industri-antara yang sudah memiliki hukum mengenai perburuhan dan yang belum-terkait dengan upah buruh, yang akhirnya menimbulkan kebutuhan antar negara untuk berkonsultasi satu sama lain. Hal ini berujung pada Konvensi Bern di tahun 1906 yang melarang pekerjaan piket (*shift*) kerja malam bagi perempuan. Konvensi ini dapat dilihat sebagai konvensi multilateral pertama yang bertujuan melindungi hak-hak sosial. Organisasi buruh internasional, *International Labour Organisation* (ILO), yang didirikan pada tahun 1919 kemudian memfasilitasi pembentukan banyak konvensi lainnya di bidang perburuhan.

Selanjutnya, pada abad ke-20, kekejaman Perang Dunia II mengakhiri pandangan tradisional bahwa negara memiliki kebebasan penuh untuk menentukan perlakuan terhadap warga negaranya. Penandatanganan Piagam PBB pada tanggal 26 Juni 1945 membawa HAM ke dalam wilayah hukum internasional. Khususnya, semua anggota PBB setuju untuk mengambil langkah-langkah untuk melindungi HAM. Piagam PBB mengandung sejumlah ketentuan spesifik yang merujuk pada HAM, walaupun masih dalam jumlah sedikit. Ketentuan ini dapat ditemukan dalam: paragraf kedua pembukaan, Pasal 1 paragraf (3), Pasal 13 paragraf (1)(b), Pasal 55, Pasal 56, Pasal 62 paragraf (2), dan Pasal 68.^[53]

Kurang dari dua tahun setelah lahirnya Piagam PBB, Komisi HAM PBB yang dibentuk di awal 1946, menyerahkan rancangan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM). Kemudian, DUHAM diadopsi Majelis Umum PBB pada tanggal 10 Desember 1948 di Paris, Prancis. Hingga saat ini, tanggal 10 Desember tersebut diperingati sebagai Hari HAM.

Dalam lintas sejarah HAM di atas, hak atas kebebasan berekspresi menempati posisi yang penting. Jaminan mengenai hak atas kebebasan berekspresi telah muncul dalam *The Declaration of the Rights of the Men and of the Citizen* di Perancis tahun 1789, selanjutnya, pada tahun yang sama, muncul *Bill of Rights* di Amerika Serikat sebagai bagian dari Amandemen Pertama Konstitusi Amerika Serikat, yang didalamnya menjamin hak atas kebebasan berekspresi.

[52] Sebagian besar bagian ini disarikan dan diterjemahkan dari Magdalena Sepulveda, dkk, *Human Rights Reference Handbook*, 3rd edn (t.k.: University for Peace, 2004) hal. 3 - 5.

[53] Philip Alston dan Ryan Goodman, *International Human Rights* (United Kingdom: Oxford University Press, 2013) hal. 141.



Selengkapnya mengenai sejarah HAM dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 10 - 13 dan Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 20 - 24.

2.2. 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*).

a. Universal dan non-diskriminatif

Konsep universalitas menyatakan bahwa pemenuhan dan penikmatan terhadap HAM berlaku untuk setiap orang tanpa terkecuali. Prinsip universalitas ini bukan muncul dari dasar untuk meniadakan karakter masing-masing negara, tetapi muncul dari dasar penghormatan terhadap hak sebagai manusia yang inheren (melekat), tidak bisa dipisah-pisahkan, dan berlaku untuk semua umat manusia tanpa terkecuali.

Makna universalitas HAM juga dijelaskan dalam Pasal 2 DUHAM, yang berbunyi:^[54] “[s]etiap orang berhak atas semua hak dan kebebasan-kebebasan yang tercantum di dalam Pernyataan (Deklarasi) ini tanpa pengecualian 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.” Senada dengan Pasal 2 DUHAM, TAP MPR XVII juga memuat ketentuan, “[s]etiap 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.”^[55] Ketentuan yang ada dalam DUHAM dan TAP MPR XVII menunjukkan bahwa HAM harus dapat dinikmati oleh setiap individu, terlepas identitas-identitas yang melekat pada dirinya.



Selengkapnya mengenai prinsip universal dan non-diskriminatif dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 13 - 15 dan Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 25 - 27.

b. Tidak dapat direnggut (*inalienable*)

Secara prinsip, HAM tidak dapat diambil dari setiap individu. Prinsip ini berangkat dari postulat bahwa HAM merupakan sesuatu yang melekat pada manusia, sehingga tidak dapat dicabut karena akan mengurangi martabat kemanusiaan. Meski demikian, terdapat pengecualian pada beberapa situasi dan HAM tertentu (tidak semua HAM). Pengurangan dan pembatasan hak harus memenuhi beberapa persyaratan kumulatif, yang akan dijelaskan pada bagian lain dalam modul ini.

c. Tidak dapat dibagi (*indivisible*)

Anggapan bahwa HAM dapat dibagi, yaitu antara hak sipil politik dan hak ekonomi sosial budaya, muncul ketika Komisi HAM PBB^[56] mulai menyusun kovenan HAM pasca diadopsinya DUHAM. Saat itu, terjadi perdebatan antara negara-negara dengan ideologi yang berbeda saat Perang Dingin, sehingga kovenan yang berisi kewajiban negara atas hak-hak sipil dan politik terpisah dari kovenan yang berisi hak-hak ekonomi, sosial dan budaya.

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 dinikmati segera dan dengan konkret. Sementara, hak

[54] *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)/Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM)*, *General Assembly Resolution No. 217A, 10 December 1948*, Pasal 2.

[55] TAP MPR XVII tentang Hak Asasi Manusia, Pandangan dan Sikap Bangsa Indonesia terhadap Hak Asasi Manusia bagian D angka 2.

[56] Sejak 2006 sudah digantikan oleh Dewan HAM (Human Rights Council).

ekonomi, sosial, budaya merupakan hak-hak yang "didapatkan melalui negara," yang pemenuhannya bergantung pada upaya aktif negara.^[57] Hak ekonomi sosial budaya juga memberi ruang bagi negara untuk memenuhinya secara progresif (*progressive realisation*).^[58]

Namun, kedua penggolongan tersebut sudah kehilangan makna seiring perkembangan jaman. Saat ini, di tingkat internasional maupun nasional, telah didapat kesepakatan bahwa semua hak asasi adalah 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.^[59] Kedua bidang hak inipun sama-sama memiliki unsur justisiabilitas, yang berarti bahwa pelanggaran atasnya dapat dituntut ke pengadilan, baik domestik maupun internasional.

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

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

2.3. Jenis-jenis HAM

Secara umum, terdapat dua jenis HAM, yakni substantif dan prosedural. Berikut merupakan jabaran singkat atas keduanya:


a. Hak substantif

Hak-hak substansial diantaranya meliputi hak sipil dan politik, hak ekonomi sosial dan budaya, termasuk atas keadilan dan pemulihan (ganti rugi/restitusi/kompensasi, rehabilitasi nama baik, pemulihan kedudukan, pemulihan lingkungan), serta hak-hak kolektif masyarakat adat (yang diakui dalam hukum HAM dan hukum lingkungan internasional).

b. Hak prosedural

Hak-hak prosedural adalah hak-hak yang dimaksudkan untuk menjamin terlaksananya hak-hak substansial. Pada umumnya, hak-hak prosedural ini ditujukan untuk memberikan perlindungan (*safeguards*) hak-hak orang-orang yang menghadapi proses peradilan dan mendukung adanya proses peradilan yang adil dan tidak memihak (*fair trials*).

Dalam hukum HAM internasional, hak-hak prosedural dan hak-hak atas peradilan yang adil ini misalnya tertuang dalam ICCPR. Pasal 14 ICCPR menyatakan bahwa semua orang berhak atas pemeriksaan yang adil dan terbuka untuk umum, oleh suatu badan peradilan yang berwenang, bebas dan tidak berpihak dan dibentuk menurut hukum. Kepada setiap orang yang dituduh melakukan tindak pidana, proses peradilan harus memberikan jaminan minimal, diantaranya hak untuk diberitahukan tuduhan terhadapnya dengan bahasa yang dimengerti, diberi waktu dan fasilitas yang memadai untuk mempersiapkan pembelaan dan berhubungan dengan pengacara yang dipilihnya sendiri, hak untuk mendapatkan penasehat hukum secara cuma-cuma dan sebagainya.



Selengkapnya, mengenai jenis-jenis HAM dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 153 - 167.

[57] Lihat: Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights Commentary, 2nd edition* (Kehl: Engel, 2005), hal. xx.

[58] *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR)/Kovenan Internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (KIHESB), *General Assembly resolution 2200A (XXI)*, 16 Desember 1966, Pasal 2 ayat (1).

[59] *Ibid.*

2.4. Tanggung Jawab Negara

Dalam konsep HAM, negara adalah pengemban tanggung jawab yang utama. Hal ini berlaku untuk semua cabang kekuasaan negara, baik eksekutif, legislatif, yudikatif, maupun otoritas pemerintah atau publik lainnya. Maka, pengadilan sebagai perangkat negara juga wajib untuk mengemban tanggung jawab atas HAM. Hal ini sebagaimana termaktub juga dalam Pasal 28I ayat (4) UUD NRI Tahun 1945, yang mengatur: "perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah."

Dalam diskursus keilmuan HAM, teori tanggung jawab negara pertama kali dikemukakan oleh Henry Shue dalam bukunya yang berjudul *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 dalam laporan-laporannya sebagai Pelapor Khusus kepada Dewan HAM PBB (dahulu bernama Komisi PBB tentang HAM). Berikut penjelasan mengenai tipologi tripartit tersebut:^[60]

a. Tanggung jawab untuk menghormati (*responsibility to respect*)

Tanggung jawab untuk menghormati mensyaratkan negara, termasuk 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.^[61] 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 tempat tinggalnya.

Kewajiban untuk menghormati (*to respect*) juga bermakna bahwa pengadilan harus menahan diri untuk membatasi pelaksanaan hak. Oleh karena itu, kewajiban ini seringkali disebut dengan kewajiban yang bersifat negatif. Dimana pembatasan yang diperbolehkan (*permissible limitations*) dapat dilakukan dengan syarat negara menunjukkan kebutuhan untuk melakukan pembatasan. Selain itu, pembatasan hanya diperbolehkan apabila bersifat proporsional dan untuk tujuan yang sah (*legitimate*). Pembatasan juga tidak boleh dilakukan apabila mengurangi inti dari hak yang dilindungi.

b. Tanggung jawab untuk melindungi (*responsibility to protect*)

Tanggung jawab melindungi mensyaratkan tindakan-tindakan yang diperlukan dari negara dan aparat-aparatnya untuk mencegah individu-individu atau kelompok-kelompok untuk tidak melanggar integritas, kebebasan bertindak, atau hak-hak asasi lainnya dari individu, termasuk mencegah tindakan yang melanggar penikmatan sumber daya.^[62] 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.

c. Tanggung jawab untuk memenuhi (*responsibility to fulfill*)

Tanggung jawab ini mewajibkan negara untuk mengambil tindakan-tindakan yang diperlukan untuk memastikan HAM dapat dilaksanakan dan diakses oleh semua orang. Tindakan-tindakan negara ini dapat berupa tindakan administratif, legislatif, yudikatif, serta praktis dalam kerangka memenuhi HAM. Misalnya, untuk hak atas pendidikan, negara melakukannya dengan membangun sekolah, menyediakan pendidikan untuk guru, dan lain sebagainya. Contoh lain dari wujud tanggung jawab ini adalah pembangunan jalan, penelitian mengenai vaksin COVID-19, mendirikan rumah sakit, dan lainnya.



Selengkapnya, mengenai tanggung jawab negara dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 17 - 22 dan Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 35 - 36.

2.5. Perbuatan dan Pembiaran

Berdasarkan teori pertanggungjawaban negara dalam hukum internasional, ketika negara melanggar kewajiban internasionalnya melalui suatu tindakan (*commission*) atau membiarkan terjadinya suatu tindakan (*omission*),

[60] Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* (New Jersey: Princeton University Press, 1980); Lihat juga: Commission on Human Rights, Report on the right to adequate food as a human right, Asbjorn Eide, E/CN.4/Sub.2/1987/23, 7 Juli 1987.


[61] Commission on Human Rights, Report on the right to adequate food as a human right, Asbjorn Eide, E/CN.4/Sub.2/1987/23, 7 Juli 1987, par. 67.

[62] *Ibid.*, par. 68.

maka timbul kewajiban untuk mereparasi kerugian yang disebabkan. UU HAM mendefinisikan pelanggaran HAM sebagai: Berdasarkan teori pertanggungjawaban negara dalam hukum internasional, ketika negara melanggar kewajiban internasionalnya melalui suatu tindakan (*commission*) atau membiarkan terjadinya suatu tindakan (*omission*), maka timbul kewajiban untuk mereparasi kerugian yang disebabkan. UU HAM mendefinisikan pelanggaran HAM sebagai:

"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."^[63]

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) yang berisi pasal-pasal mengenai tindakan yang dapat diatribusikan kepada negara. Tindakan tersebut meliputi tindakan aktor negara, aktor non-negara yang menjalankan fungsi pemerintahan, 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.



Selengkapnya, mengenai perbuatan dan pembiaran dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 22 - 23.

2.6. 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 prosedural ini seringkali disebut dengan istilah akses pada keadilan (*access to justice*). 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 oleh pelanggaran HAM, terdiri dari restitusi, kompensasi, kepuasan (*satisfaction*), dan jaminan ketidakberulangan (*non-repetition*). 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 serta masyarakat secara luas.

Hak untuk mendapatkan pemulihan diakui dan dijamin secara eksplisit di berbagai instrumen HAM internasional dan nasional. Beberapa diantaranya ditemukan dalam Pasal 8 UDHR, Pasal 2 ICCPR, Pasal 6 CERD, Pasal 14 ayat (1) CAT, Pasal 2 huruf i CEDAW, dan Pasal 8 ayat (2) dan Pasal 39 CRC. Walaupun Kovenan Ekosob tidak memiliki pasal khusus terkait pemulihan, namun Komite Ekonomi, Sosial, Budaya yang mengawasi pelaksanaan Kovenan dalam "Komentar Umum No. 9: Aplikasi Domestik Kovenan" menjelaskan bahwa, "*tidak ada hak dalam Kovenan ini yang tidak dapat, di mayoritas sistem, dipertimbangkan sebagai memiliki setidaknya dimensi justisiabilitas yang signifikan*".^[64] Hal ini berarti pelanggaran atas semua hak dalam ICESCR dapat dituntut di pengadilan.

[63] UU HAM, Pasal 1 angka 6.

[64] *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 9: The domestic application of the Covenant/Komentar Umum No. 9: Pelaksanaan domestik Kovenan, E/C.12/1998/24, 3 Desember 1998, par. 10.*



Selengkapnya, mengenai pemulihan (*remedy*) dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 23 - 26 dan Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 52 - 54.

2.7. Pengurangan (*derogation*)

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 ICCPR, derogasi dimungkinkan berdasarkan Pasal 4, sementara dalam ICESCR dan CRC, tidak ada pengaturan mengenai derogasi. Dalam hukum nasional, terdapat UU HAM yang juga memiliki ketentuan mengenai derogasi dalam Pasal 4.

Derogasi harus dilakukan sebagai suatu pengecualian dan bersifat sementara. Alasan dari adanya ketentuan mengenai derogasi adalah untuk menyeimbangkan antara hak kedaulatan suatu pemerintah dalam menjaga perdamaian dan ketertiban dalam situasi darurat publik, dan perlindungan hak-hak individu dari kesewenangan negara selama situasi darurat tersebut. Maka, dalam situasi darurat, negara diperbolehkan untuk menghentikan sementara pelaksanaan beberapa hak yang diperlukan untuk menangani situasi darurat tersebut, namun dengan tetap menaati ketentuan agar tidak terjadi kesewenangan selama pelaksanaan derogasi.^[65]



Selengkapnya, mengenai pengurangan (*derogation*) dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 27 - 29 dan Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 95 - 97.

2.8. Pembatasan (*limitation/restriction*)

Dalam kovenan atau konvensi internasional diatur bahwa hak yang diakui didalamnya dapat dibatasi. Pembatasan dapat dilakukan hanya untuk menetapkan batas-batas hak yang dilindungi dan bukan sebagai alasan untuk mengganggu atau bahkan merusak hak tersebut. Secara umum, pembatasan yang dilakukan harus proporsional dibandingkan dengan alasan diperlukannya restriksi.

Terdapat dua variasi pengaturan mengenai pembatasan, yang pertama berupa pengaturan umum yang mencakup semua hak yang diakui dalam instrumen tersebut. Contoh pengaturan umum ini dapat dilihat dalam Pasal 28J UUD NRI Tahun 1945, Pasal 70 dan 73 UU HAM, dan Pasal 4 ICESCR. Variasi kedua pengaturan mengenai restriksi adalah melekat pada pasal mengenai hak tertentu. Contohnya dapat kita lihat dalam pasal-pasal tertentu di dalam ICCPR, 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.

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 ICCPR dan Pasal 74 UU HAM. Kedua pasal tersebut merupakan contoh bahwa ada penegasan dalam kedua instrumen bahwa pembatasan tidak boleh merusak atau mengurangi hak. Alasan limitasi yang diperbolehkan adalah 'diatur berdasarkan hukum', 'dalam suatu masyarakat yang demokratis', 'demi ketertiban umum', 'kesehatan publik', 'moral publik', 'keamanan nasional', 'keamanan publik', atau 'hak dan kebebasan orang lain.'

Untuk itu, dalam setiap tindakan pembatasan, pengadilan harus mengacu kepada beberapa prinsip, yaitu:

- Jenis dan cakupan HAM:** hal ini berarti bahwa tidak semua HAM dapat dibatasi. HAM yang dapat dibatasi adalah hak-hak yang termasuk dalam kelompok *derogable rights*. Pembatasan terhadapnya harus dilakukan menurut hukum (*justiciable*) dan tanpa diskriminasi.
- Proporsionalitas antara tindakan pembatasan dengan tujuan yang sah:** pada titik ini, penilaian dilakukan terhadap apakah tindakan pembatasan seimbang dengan tujuan yang ingin dicapai. Selain itu, pembatasan HAM tidak boleh dilakukan dengan mencabut inti hak tersebut.
- Tidak dilakukan dengan basis diskriminasi:** pembatasan dilakukan dengan standar yang sama dan untuk mencapai tujuan yang sah, yaitu melindungi masyarakat atau melindungi individu lainnya. Standar yang dihadirkan dalam pembatasan harus berlaku sama kepada setiap orang.

[65] Magdalena Sepulveda and others, *Human Rights Reference Handbook* (3rd edn, University for Peace 2004), hal. 45.

- d. Pembatasan untuk melindungi masyarakat (*restriction for the protection of public safety*): Misalnya, perampasan kemerdekaan sebagai bentuk penghukuman terhadap teroris yang terbukti bersalah.
- e. Pembatasan untuk melindungi ketertiban masyarakat (*restriction for the protection of public order*): Contohnya, penahanan terhadap tersangka pembunuhan dengan dasar bukti yang cukup.
- f. Pembatasan untuk melindungi kesehatan masyarakat (*restriction for the public health*): Contoh dari pembatasan ini adalah tidak memutus bersalah promosi kesehatan reproduksi dengan mempertunjukkan alat kontrasepsi.
- g. Pembatasan untuk melindungi moral publik (*restriction for the protection of public morals*): pembatasan ini tidak didasarkan pada satu sudut pandang moralitas tertentu, apalagi moralitas dari mayoritas penduduk. Contoh pembatasan ini misalnya memberikan hukuman bagi penyiksa hewan sesuai dengan Pasal 337 KUHP 2023.
- h. Pembatasan untuk melindungi kebebasan mendasar dan kebebasan orang lain (*restriction for the protection of the fundamental rights and freedom of others*): pembatasan ini didasarkan pada jaminan penghormatan terhadap penikmatan HAM secara setara untuk semua orang. Contoh dari pembatasan ini adalah penghukuman terhadap penganiaya atau pelaku pengancaman terhadap orang lain.



Selengkapnya, mengenai pembatasan (*limitation/restriction*) dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 29 - 40 dan Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 36 - 39.

2.9. Afirmasi

Dalam beberapa situasi, prinsip persamaan dan non-diskriminasi mengharuskan negara untuk melakukan tindakan afirmasi (*affirmative action*) untuk menghilangkan atau menghapus kondisi yang menyebabkan atau melanggengkan diskriminasi.^[66] Tindakan ini tidak dapat dianggap sebagai diskriminasi karena bertujuan mengatasi kerugian yang diderita kelompok tertentu, atau untuk melindungi kelompok rentan dan mendorong partisipasi yang sama. Kelompok rentan yang dimaksud termasuk perempuan, anak, masyarakat adat, pengungsi, orang dengan disabilitas, masyarakat miskin, orang dengan orientasi seksual dan identitas gender minoritas, dan kelompok lain dalam situasi rentan lainnya. Ketentuan mengenai afirmasi, antara lain, dapat dilihat dalam Pasal 4 CEDAW dan Pasal 1 ayat (4) CERD.

Oleh karena berangkat dari titik menyeimbangkan posisi kesetaraan untuk mencapai penikmatan HAM yang optimal, maka tindakan afirmasi ini tidak berlaku permanen. Tindakan afirmasi harus dihentikan apabila kesetaraan sudah tercapai atau dengan kata lain hambatan untuk mencapai kesetaraan untuk menikmati HAM yang sama sudah berhasil disingkirkan.



Selengkapnya, mengenai afirmasi dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 35 - 36 dan Modul Pelatihan Calon Hakim: Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan, hal. 25 - 27.

3. Sumber Hukum HAM

3.1. Sumber Hukum HAM Internasional

- a. Perjanjian Internasional/Konvensi

Perjanjian internasional/konvensi 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.

[66] Lihat: Komite HAM, General Comment No. 18: Non-discrimination/Komentar Umum No. 18: Non-diskriminasi, 10 November 1989, par. 10.

Kekhususan utama dari konvensi terkait HAM 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 HAM, baik di tingkat universal (dalam kerangka PBB 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. Dalam konteks hak atas kebebasan berekspresi, terdapat beberapa perjanjian internasional/konvensi yang relevan, misalnya ICCPR, CEDAW, CRC, serta *UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*.



Selengkapnya, mengenai perjanjian nasional dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 37 - 38.

b. Kebiasaan Internasional

Hukum kebiasaan internasional memainkan peran penting dalam hukum HAM 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*).



Selengkapnya, mengenai kebiasaan internasional dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 38 - 39.

c. Prinsip Hukum Umum

Dalam penerapan hukum nasional dan internasional, digunakan prinsip-prinsip umum atau pedoman. Di tingkat internasional, asas-asas umum hukum menempati posisi penting dalam HAM. Contoh yang jelas adalah prinsip proporsionalitas, yang penting bagi mekanisme pengawasan HAM dalam menilai apakah campur tangan HAM 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.

d. Sumber Pendukung Lainnya dalam Menentukan Aturan Hukum

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

Tulisan para sarjana juga berkontribusi pada pengembangan dan analisis hukum HAM, 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 HAM, misalnya, dalam Sub Komisi PBB untuk Promosi dan Perlindungan HAM, Prinsip Siracusa, Panduan Maastricht mengenai Pelanggaran Hak Ekosob, serta oleh LSM yang sangat dihormati, seperti *Amnesty International* dan *International Commission of Jurists (ICJ)*.

Beberapa instrumen atau keputusan dari organisasi internasional dan badan pengawas HAM, meskipun tidak mengikat negara pihak itu sendiri, juga memiliki bobot hukum yang cukup besar. Banyak organisasi internasional membuat instrumen atau keputusan yang menyangkut HAM dan dengan demikian memperkuat standar HAM internasional. PBB misalnya, memiliki satu dokumen penting yang sering dirujuk dalam memaknai pasal-pasal instrumen internasional, yakni Komentar Umum. Dalam konteks hak atas kebebasan berekspresi, terdapat Komentar Umum No. 34 tentang Pasal 19 ICCPR yang berisi penjelasan komprehensif mengenai hak atas kebebasan berekspresi. Instrumen HAM yang tidak mengikat seperti itu disebut "*soft law*", dan dapat membentuk praktik di suatu negara, serta menetapkan dan mencerminkan kesepakatan antara negara dan para ahli tentang interpretasi terhadap standar tertentu.



Selengkapnya, mengenai sumber pendukung lainnya dapat dibaca dalam Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 40 - 41.

3.2. Sumber Hukum HAM Nasional

Pada dasarnya, berbagai sumber hukum HAM internasional di atas juga dapat diadopsi sebagai sumber hukum HAM nasional—atau setidaknya-tidaknya sebagai rujukan dalam memutus perkara terkait HAM. Dalam bagian ini, akan dijelaskan beberapa di antara sumber hukum HAM nasional di Indonesia:

a. Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang sebagaimana terakhir diubah dengan Undang-Undang No. 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang mendefinisikan peraturan perundang-undangan sebagai "peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan."^[67] Peraturan perundang-undangan ini meliputi konstitusi, undang-undang, peraturan pemerintah, hingga berbagai peraturan kementerian/lembaga. Dalam konteks sumber hukum HAM nasional, konstitusi merupakan sumber utama yang dapat dirujuk, sebagaimana telah terdapat Bab tentang Hak Asasi Manusia di dalamnya. Selain itu, terdapat berbagai sumber hukum HAM pada level undang-undang, yakni UU HAM, UU Pers, dan lain sebagainya. Selain beberapa undang-undang tersebut, perlu juga melihat berbagai undang-undang yang telah meratifikasi konvensi/kovenan internasional, sebagaimana Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan ICCPR dan Undang-Undang No. 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan CEDAW.

[67] Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 sebagaimana terakhir diubah dengan Undang-Undang No. 13 Tahun 2022 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang, Pasal 1 angka 2.

Lebih lanjut, berbagai peraturan kementerian/lembaga yang terkait dengan HAM juga perlu dirujuk. Komnas HAM—lembaga mandiri yang berfungsi melaksanakan pengkajian, penelitian, penyuluhan, pemantauan, dan mediasi HAM—telah mengeluarkan beberapa Standar Norma dan Pengaturan (SNP), sebuah standar yang dapat digunakan dalam penafsiran dan penanganan kasus pelanggaran HAM di Indonesia. Pada dasarnya, SNP merupakan produk peraturan perundang-undangan Komnas HAM karena penetapan atas SNP tersebut dilakukan melalui peraturan Komnas HAM. Misalnya, terdapat SNP No. 5 tentang Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi, yang ditetapkan melalui Peraturan Komnas HAM No. 2 Tahun 2021 tanggal 20 April 2021.

b. Putusan Mahkamah Konstitusi

Pada dasarnya, putusan Mahkamah Konstitusi merupakan sumber hukum HAM yang setara dengan undang-undang. Hingga saat ini, mahkamah Konstitusi telah memutuskan beberapa perkara pengujian undang-undang yang terkait dengan HAM, khususnya hak atas kebebasan berekspresi. Di antara putusan tersebut adalah Putusan Mahkamah Konstitusi No. 013-022/PUU-IV/2006, No. 6/PUU-V/2007, dan No. 76/PUU-XV/2017.

c. Yurisprudensi^[68]

Dalam sistem hukum kontinental, seperti halnya Belanda dan Indonesia, yurisprudensi merupakan sumber hukum, meskipun hanya mengikat secara persuasif. Umumnya, putusan-putusan pengadilan tertinggi akan diikuti oleh pengadilan yang berada di bawahnya. Diikutiinya putusan pengadilan tertinggi ini akan berpengaruh pada terjaminnya kesatuan, konsistensi, dan prediktabilitas hukum. Di samping yurisprudensi, putusan-putusan dengan kaidah baik juga dapat dirujuk—meskipun masih perlu diperdebatkan apakah hal tersebut merupakan sumber hukum atau tidak. Khusus mengenai isu HAM, Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP) jmemgumpulkan berbagai putusan-putusan yang dinilai telah sejalan dengan prinsip-prinsip HAM.



Selengkapnya, mengenai putusan-putusan yang dinilai telah sejalan dengan prinsip-prinsip HAM dapat diakses di <https://putusanpenting.leip.or.id>.

d. Doktrin Hukum^[69]

Pada dasarnya, doktrin bukanlah sumber hukum langsung. Hakim dapat memanfaatkan doktrin hukum sebagai sarana penafsiran karena keberadaannya sangat berpengaruh terhadap pembangunan hukum. Penempatan doktrin sebagai sumber hukum ini berakar dari masa Romawi, yang mana saat itu, aktor yang memutuskan perkara bukanlah ahli hukum, sehingga mereka memiliki kewajiban untuk meminta pendapat ahli hukum.

➔ Referensi Bacaan

Buku/Artikel/Laporan

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

[68] Bagian ini disarikan dari Bagir Manan, "Ajaran-ajaran Sumber-sumber Hukum Sebagai Dasar Hakim Memutus Perkara Menurut Hukum", Monografi, 2014, hal. 3.

[69] *Ibid.*, hal. 2 dan 56.

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 No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Putusan Pengadilan

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

Instrumen HAM Internasional dan Regional

1. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM);
2. *Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)*/Konvensi Penghapusan Diskriminasi terhadap Perempuan;
3. *Convention on the Rights of the Child (CRC)*/Konvensi Hak-hak Anak;
4. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)*/Konvensi Anti Penyiksaan, dan Tindakan atau Hukuman Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Lainnya;
5. *Convention on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)*/Konvensi Penghapusan Diskriminasi Rasial;
6. *International Convention on the Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*/Konvensi Internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial, Budaya;
7. *International Convention on the Civil and Political Rights (ICCPR)*/Konvensi Internasional Hak-Hak Sipil Politik;
8. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*/Konvensi Hak-hak Penyandang Disabilitas;
9. *International Convention on The Protection of The Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW)*/Konvensi Internasional Mengenai Perlindungan Hak-Hak Seluruh Pekerja Migran Dan Anggota Keluarganya;
10. *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (1984)*;
11. Komite Ekonomi Sosial Budaya 'Komentar Umum No. 13 Hak atas Pendidikan (Pasal 13 Kovenan)' (8 Desember 1999) E/C.12/1999/10;
12. 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;
13. Komite Ekonomi Sosial Budaya, 'Komentar Umum No. 9: Pelaksanaan Domestik Kovenan' (3 Desember 1998) E/C.12/1998/24;
14. Komite Ekonomi Sosial Budaya, 'Komentar Umum No. 12: Hak atas Pangan' (1999);
15. Komite Ekonomi Sosial Budaya, 'Komentar Umum No. 3: Sifat Kewajiban Negara Pihak' (1990);
16. Komite HAM, 'Komentar Umum No. 18: Non-diskriminasi';
17. Komite HAM, 'Komentar Umum No.29: Keadaan Darurat (Pasal 4)' (31 Agustus 2001) CCPR/C/21/Rev.1/Add.11;
18. Komite HAM, Komentar Umum No. 31 'Sifat Tanggung Jawab Hukum Umum yang Berlaku Bagi Negara Pihak Konvensi' (2004).

Internet

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

SESI 4: PENGANTAR HAK ATAS KEBEBASAN BEREKSPRESI

Sesi 4: Pengantar Hak atas Kebebasan Berekspresi

Tujuan Umum: Peserta memahami konsep dan standar beserta penerapan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dalam kasus-kasus berdimensi kebebasan berekspresi.

Tujuan Khusus:

- Peserta memahami berbagai konsep dan prinsip hak atas kebebasan berekspresi, termasuk hak atas kebebasan di ranah daring, sehingga mampu menerapkannya dalam mempertimbangkan kasus;
- Peserta memahami pengaturan hak atas kebebasan berekspresi yang ada pada instrumen HAM internasional dan nasional;
- Peserta memahami bahwa dalam kondisi tertentu, negara boleh mengurangi dan membatasi penikmatan hak atas kebebasan berekspresi, termasuk hak atas kebebasan di ranah daring;
- Peserta memahami prasyarat pembatasan hak atas kebebasan berekspresi, termasuk hak atas kebebasan di ranah daring;
- Peserta memahami pemulihan yang efektif atas pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi.

Materi	Waktu (Total 180 menit)	Metode
1. Konsep, prinsip, dan pengaturan hak atas kebebasan berekspresi; 2. Pembatasan hak atas kebebasan berekspresi; 3. Pemulihan yang efektif atas pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi.	90"	<ul style="list-style-type: none">• Presentasi narasumber/ pembicara• Diskusi
1. Konsep, prinsip, dan pengaturan hak atas kebebasan berekspresi di ranah daring; 2. Pembatasan hak atas kebebasan berekspresi di ranah daring.	90"	<ul style="list-style-type: none">• Presentasi narasumber/ pembicara• Diskusi

Daftar Isi

1. Konsep, Prinsip, dan Pengaturan Hak atas Kebebasan Berekspresi
2. Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspresi
3. Konsep, Prinsip, dan Pengaturan Hak atas Kebebasan Berekspresi di Ruang Digital
4. Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspresi di Ruang Digital
5. Pemulihan yang Efektif atas Pelanggaran Hak Atas Kebebasan Berekspresi

MATERI

1. Konsep, Prinsip, dan Pengaturan Hak atas Kebebasan Berekspresi

Hak atas kebebasan berekspresi diatur dalam Pasal 19 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM), yang menyatakan "setiap orang memiliki hak atas kebebasan beropini dan berekspresi; hak ini mencakup kebebasan untuk memiliki opini tanpa intervensi dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan informasi dan ide melalui media apapun dan tanpa batasan."^[70] Pengaturan lebih detail mengenai hak atas kebebasan berekspresi dapat ditemukan dalam Pasal 19 *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), yakni:

- a. Setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan.
- b. 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.
- c. 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: i) Menghormati hak atau nama baik orang lain; dan ii) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral publik.

Selain itu, Pasal 18 (kebebasan beragama dan berkeyakinan), Pasal 17 (hak atas privasi), Pasal 25 (hak untuk berpartisipasi dalam pemerintahan dan pemilu), dan Pasal 27 (hak minoritas) dalam ICCPR juga terkait erat dengan hak atas kebebasan berekspresi.

Berbagai perjanjian HAM internasional lainnya juga mengatur kebebasan berpendapat dan berekspresi. Contohnya adalah Pasal 13 *International Convention on the Protection of the Rights of Migrant Workers and Members of Their Families* dan Pasal 12 *Convention of the Rights of Child*. Selain itu, di tingkat kawasan, berbagai instrumen HAM juga mengakui dan menjamin kebebasan berpendapat dan berekspresi. Di wilayah Eropa, diatur dalam Pasal 10 *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1950). Di kawasan benua Amerika, hak ini diatur dalam Pasal 4 *American Declaration of the Rights and Duties of Man* (1948) dan Pasal 13 *American Convention on Human Rights* (1981). Di Afrika, diatur melalui Pasal 9 *African Charter on Human and Peoples' Rights* (1981). Sementara di kawasan Asia Tenggara, diatur dalam Pasal 23 *ASEAN Human Rights Declaration*.

Selain berbagai instrumen di atas, hak atas kebebasan berekspresi juga muncul dalam *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*. Dalam paragraf delapan dokumen tersebut, terdapat penekanan bahwa anggota lembaga peradilan, seperti halnya warga negara lainnya, juga memiliki hak atas kebebasan berekspresi, berkeyakinan, berasosiasi, dan berkumpul; dengan ketentuan, bahwa dalam menjalankan hak-hak tersebut, hakim harus selalu bertindak sedemikian rupa sehingga menjaga martabat jabatan mereka dan ketidakberpihakan serta independensi lembaga peradilan. Hal ini menunjukkan bahwa hakim sekalipun, harus dijamin hak atas kebebasan berekspresinya.

Hak berpendapat dan berekspresi merupakan salah satu pilar demokrasi serta salah satu sarana dalam memastikan penghormatan terhadap hak-hak asasi lainnya.^[71] Komite HAM PBB dalam Komentar Umum No. 34^[72] tentang Pasal 19 ICCPR menyatakan kedua kebebasan tersebut penting dalam merealisasikan prinsip-prinsip transparansi dan akuntabilitas yang penting untuk pemajuan dan perlindungan HAM. Negara berkewajiban menghormati dan memastikan bahwa hak ini diterapkan tanpa diskriminasi, melakukan langkah untuk memperkuat pengaturan yang menjamin hak, dan dalam hak terjadi pelanggaran harus memastikan adanya pemulihan yang efektif kepada korban, baik melalui mekanisme yudisial, administratif, legislatif, maupun mekanisme lain yang diperlukan.^[73] Kewajiban negara ini termasuk melindungi warga negara dari tindakan orang atau pihak non-negara yang akan mengganggu penikmatan kebebasan berpendapat dan berekspresi, sepanjang hak tersebut bisa diterapkan dalam hubungan antar individu atau badan privat.^[74]

[70] DUHAM..., Op. Cit., Pasal 19.

[71] *Human Rights Committee, General Comment No. 34, Article 19: Freedom of opinion and expression* (GC No. 34)/Komentar Umum No. 34, Pasal 19: Kebebasan untuk berpendapat dan berekspresi (Komentar Umum No. 34), CCPR/C/GC/34, 12 September 2011, par.1.

[72] *Ibid.*

[73] ICCPR..., Op. Cit., Pasal 2.

[74] *Human Rights Committee, General Comment No. 34...*, Op.Cit., par. 8.

Cakupan kebebasan berpendapat dan berekspresi meliputi:

a. Kebebasan berpendapat

Hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi, sebagaimana diatur dalam Pasal 19 ICCPR merupakan hak yang dapat dibatasi dengan alasan-alasan yang sah (*legitimate*). Namun, Pasal 4 ICCPR dan pendapat Komite HAM menyatakan bahwa terdapat elemen-elemen dalam Pasal 19 yang tidak boleh dikurangi atau diderogasi pelaksanaannya, yakni kebebasan berpendapat (*opinion*), sehingga kebebasan berpendapat ini tidak bisa dikurangi, dikecualikan atau dibatasi dalam keadaan apapun termasuk ketika negara sedang dalam keadaan darurat.^[75]

Kebebasan berpendapat mencakup hak untuk menyatakan atau tidak menyatakan, mengubah pendapat (opini) kapanpun dan apapun alasannya, sehingga tidak boleh ada seorangpun yang dikurangi hak-haknya karena opininya, baik aktual, yang disangkakan atau didugakan. Semua bentuk pendapat dilindungi, termasuk opini politik, ilmiah, sejarah, moral atau keagamaan. Setiap bentuk pemaksaan untuk memiliki atau tidak memiliki suatu opini dilarang. Kriminalisasi opini tertentu, serta intimidasi, pelecehan, atau stigmatisasi seseorang, termasuk penangkapan, penahanan, pengadilan atau pemenjaraan karena opini yang dimiliki seseorang, termasuk pelanggaran hak kebebasan berpendapat.^[76]

b. Kebebasan berekspresi

Kebebasan berekspresi mencakup berbagai ekspresi, di antaranya mengekspresikan pandangan pribadi dan ekspresi dalam beragam topik dan medium, misalnya ekspresi (termasuk diskusi) politik, seni (artistik), simbolik, serta keagamaan seperti pengajaran agama, dakwah atau diskusi tentang agama dan keyakinan. Dalam berbagai konteks, tidak tertutup kemungkinan iklan komersil juga termasuk dalam lingkup kebebasan berekspresi.^[77]

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

c. Hak atas informasi

Kebebasan berekspresi juga mencakup hak atas informasi,^[78] di antaranya mengakses informasi yang dipegang badan publik, terlepas dari bentuknya, di mana informasi itu disimpan, sumbernya, dan kapan informasi tersebut dibuat. Hak ini juga menjamin hak bagi media untuk mengakses informasi isu-isu publik serta hak masyarakat umum untuk menerima informasi dari media. Tindakan pembredelan atau pemberangusan pers dan praktik sensor dilarang dan jaminan kebebasan pers meliputi jaminan hak-hak jurnalis, kerja jurnalistik untuk mendapatkan akses informasi, kebebasan editorial, serta kebebasan mendirikan usaha penerbitan maupun penyiaran.

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



Selengkapnya mengenai konsep, prinsip, dan pengaturan hak atas kebebasan berekspresi di tingkat internasional dapat dibaca dalam Buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 30 - 34 dan Modul "Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum" hal. 159 - 168.

Di Indonesia, hak atas kebebasan berekspresi menempati posisi yang istimewa. Pemikiran konstitusionalisme mengenai kebebasan berekspresi telah diperdebatkan secara sengit sejak menjelang kemerdekaan Republik Indonesia.^[79] Hal ini

[75] *Ibid.*, par. 5.

[76] *Ibid.*, par 9 - 10.

[77] *Ibid.*, par. 11.


[78] ICCPR..., Op.Cit., Pasal 19 ayat 2.

[79] Lihat perdebatan mengenai kebebasan berekspresi menjelang kemerdekaan Republik Indonesia pada Herlambang P. Wiratraman, Kebebasan Ekspresi:

menunjukkan bahwa keberadaan hukum yang menjamin hak atas kebebasan berekspresi telah muncul di Indonesia, bahkan sebelum DUHAM.

Dalam konstitusi, hak atas kebebasan berekspresi dilindungi dalam Pasal 28E ayat (3) dan Pasal 28F ayat (3) UUD NRI Tahun 1945. Pengakuan dan jaminan hak atas kebebasan berekspresi dalam konstitusi, khususnya pasca perubahan kedua, tersebut memperkuat perlindungan terhadap hak atas kebebasan berekspresi yang sebelumnya telah diakomodir dalam Pasal 14 dan Pasal 23 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Selain kedua instrumen tersebut, pada tahun 2005 Indonesia juga telah meratifikasi ICCPR melalui Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan ICCPR. Artinya, Indonesia sebagai Negara Pihak telah menerima dan mengakui hak-hak yang dijamin dalam ICCPR, termasuk ketentuan mengakui dan menjamin berbagai ketentuan terkait dengan kebebasan berekspresi.

Intinya, di Indonesia, kebebasan berpendapat dan berekspresi diakui sebagai bagian dari HAM, yang menyangkut di dalamnya: (i) hak setiap orang untuk berpendapat dan beropini; (ii) hak untuk memiliki dan menyampaikan pendapat serta mencari, memperoleh, menyimpan, dan menyebarkan informasi dengan menggunakan segala jenis sarana yang tersedia untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya. Jika dikaitkan dengan Undang-Undang No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, maka jaminan kebebasan berekspresi ini termasuk mencakup kebebasan pers sebagai sarana dalam menjamin penyampaian informasi, pemikiran dan pendapat. Ratifikasi KIHSP kemudian melengkapi dan memastikan bahwa cakupan dan ruang lingkup hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi di Indonesia harus sejalan dengan hukum HAM internasional.



Selengkapnya mengenai pengaturan hak atas kebebasan berekspresi di Indonesia dapat dibaca dalam Buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 47 - 49 dan Modul "Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum" hal. 168 - 180.

2. Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspres

Pasal 19 ayat (3) ICCPR mengatur alasan-alasan pembatasan kebebasan berekspresi yang diperbolehkan (*permissible limitations/restrictions*). Pembatasan harus diatur dalam hukum (*prescribed by law*) dengan alasan pembatasan untuk: (i) menghormati hak atau reputasi orang lain; (ii) melindungi keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan atau moral publik. Penjelasan mengenai alasan pembatasan tersebut kemudian diuraikan lebih lanjut dalam berbagai dokumen, antara lain Komentar Umum No. 34,^[80] *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* (Prinsip Siracusa),^[81] *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression, and Access to Information* (Prinsip Johannesburg),^[82] dan *The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*.^[83]

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.^[84] Dalam melaksanakan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi, negara harus melakukan dengan cara atau mekanisme yang tidak membahayakan hak (ekspresi) tersebut.^[85] Pembatasan harus tetap selaras dengan Pasal 5 ayat (1) ICCPR, bahwa tidak ada satupun peraturan dalam ICCPR yang dapat diartikan sebagai pembenaran bagi negara, kelompok, atau individu untuk melakukan tindakan yang bertujuan melanggar hak dan kebebasan atau melakukan pembatasan melebihi yang diatur.

Penelusuran Pemikiran dalam Konstitusi Indonesia, Jurnal Konstitusi, Volume 6, Nomor 1, April 2009, hal. 128.

[80] Lihat *Ibid.*, par. 1.

[81] Lihat *Human Rights Committee, 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 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik*, E/CN.4/1985/4, 28 September 1984.

[82] Lihat ARTICLE 19, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information/Prinsip Johannesburg tentang Keamanan Nasional, Hak atas Kebebasan Berekspres dan Hak atas Informasi*, November 1996.

[83] Lihat ARTICLE 19, *The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality/Prinsip Camden tentang Hak atas Kebebasan Berekspres dan Kesetaraan*, April 2009, Prinsip 11.

[84] *Human Rights Committee, The Siracusa Principles...*, Op. Cit., par. 21.

[85] *Human Rights Committee, General Comment No. 34...*, Op. Cit., par. 21.

Keabsahan suatu pembatasan kebebasan berekspresi dapat dilakukan dengan model pengujian tiga tahap (*three-part test*),^[86] sebagai model yang digunakan berbagai institusi HAM, termasuk Komite HAM PBB^[87] dan Pengadilan HAM Eropa (*European Court of Human Rights*).^[88] *Three-part test* ini berguna untuk mempelajari apakah pembatasan sudah sesuai dengan KIHSP dan apakah hukum nasional yang berlaku ketika membatasi kebebasan berekspresi sudah sah atau dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan HAM internasional.

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

- **Pembatasan yang diatur dengan hukum**

Pembatasan harus diatur berdasarkan undang-undang, yakni ketentuan yang diatur dalam hukum nasional yang berlaku umum, sesuai dengan ICCPR, dan telah berlaku ketika pembatasan dilaksanakan. Pembatasan kebebasan berekspresi merupakan pengurangan yang serius atas HAM, maka akan menjadi pelanggaran ketika pembatasan hanya didasarkan pada hukum-hukum dari tradisi, agama, atau kebiasaan.^[89]

Undang-undang terkait pembatasan harus dirumuskan dengan landasan yang jelas, tidak semena-mena dan diskriminatif, serta dapat diakses semua orang.^[90] Ketentuan pembatasan harus disusun dengan presisi yang cukup agar seseorang dapat mengatur tindakannya, tidak memberikan diskresi yang luas kepada otoritas yang diberi wewenang melaksanakannya, menyediakan petunjuk yang cukup agar pelaksanaannya dapat memahami bentuk ekspresi yang sah atau dapat dibatasi secara pantas, serta tidak boleh mengandung ancaman sanksi yang melanggar ICCPR, misalnya hukuman badan.^[91]

- **Pembatasan ditujukan untuk melindungi satu atau lebih nilai atau kepentingan terkait keamanan nasional, ketertiban umum, moral atau kesehatan publik, hak atau reputasi orang lain**^[92]

- a. Menghormati hak atau reputasi orang lain

Maksud dari kata "hak" adalah semua hak yang dilindungi berdasarkan hukum HAM internasional. Sementara, maksud dari "orang lain" adalah individu atau anggota individu suatu komunitas, misalnya dari komunitas keagamaan atau etnis. Pembatasan untuk menghormati reputasi ini tidak boleh digunakan untuk melindungi negara dan pejabat-pejabatnya dari opini dan kritik publik.

Ketika terjadi konflik antar hak, pertimbangan suatu pembatasan harus dilakukan dengan mengutamakan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*).^[93] Dalam hal terjadi suatu ekspresi yang dianggap menghina figur atau pejabat publik tertentu misalnya, hal ini tidak cukup untuk membenarkan adanya penerapan hukuman, walaupun bukan berarti bahwa figur publik tidak dilindungi sama sekali. Semua figur/pejabat publik, termasuk yang memegang kekuasaan tertinggi seperti kepala negara atau kepala pemerintahan, adalah objek sah atas kritik.

Putusan-putusan yang perlu dieksplorasi!

- Komite HAM PBB, *Philip Afuson Njaru v. Cameroon*, Communication No. 1353/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1353/2005 (2007);
- Komite HAM PBB, *Kouider Kerrouche v. Algeria*, CCPR/C/118/D/2128/2012 (29 December 2016), par.10;
- Komite HAM PBB, *Koktish v. Belarus*, CCPR/C/111/D/1985/2010 (26 Agustus 2014), par. 10;
- Komite HAM PBB, *Dissanayake v. Sri Lanka*, CCPR/C/93/D/1373/2005 (2008), par. 10.

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

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

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

[89] Human Rights Committee, *General Comment No. 34*..., Op. Cit., par. 24

[90] Human Rights Committee, *The Siracusa Principles*..., Op. Cit., par. 15-17.

[91] Human Rights Committee, *General Comment No. 34*..., Op. Cit., par. 26.

[92] Dalam praktik berdasarkan Konvensi HAM Eropa, kepentingan atau nilai yang dapat dijadikan alasan opsinya ditambah: mencegah dibukukan informasi yang bersifat rahasia; dan menjaga otoritas dan imparialitas pengadilan.

[93] Human Rights Committee, *The Siracusa Principles*..., Op. Cit., par. 36-37.

b. Ketertiban umum

Prinsip Siracusa mendefinisikan ketertiban umum sebagai sejumlah peraturan yang memastikan berfungsinya masyarakat atau seperangkat prinsip-prinsip dasar yang melandasi berdirinya suatu masyarakat. Penghormatan terhadap HAM merupakan bagian dari ketertiban umum.^[94] Dalam menginterpretasikan ketertiban umum, harus dilakukan dalam konteks tujuan suatu hak yang sedang dibatasi berdasarkan alasan ini. Badan atau pejabat negara yang bertanggung jawab menjaga ketertiban umum harus dapat diawasi penggunaan kekuasaannya oleh parlemen, pengadilan, atau badan independen yang kompeten lainnya.^[95]

Putusan yang perlu dieksplorasi!

Komite HAM PBB, *Dissanayake v. Sri Lanka*, CCPR/C/93/D/1373/2005 (2008), para. 10.

c. Keamanan nasional

Alasan keamanan nasional dapat digunakan untuk membenarkan upaya pembatasan hak, jika dilakukan untuk melindungi eksistensi suatu bangsa, integritas teritorial, atau kemerdekaan politik dari kekuatan atau ancaman bersenjata. Keamanan nasional juga hanya dapat digunakan sebagai alasan pembatasan ketika sudah ada jaring pengaman dan pemulihan yang efektif ketika terjadi kesewenang-wenangan. Dalam hal terjadi pelanggaran sistematis terhadap HAM, maka dapat dianggap sebagai kondisi membahayakan keamanan nasional serta keamanan dan perdamaian internasional. Negara yang bertanggung jawab atas pelanggaran HAM sistematis tidak boleh menggunakan alasan keamanan nasional sebagai justifikasi upaya-upaya yang bertujuan menekan oposisi atau kritikan terhadap pelanggaran tersebut, atau untuk menjalankan praktik represif terhadap populasi negara tersebut.^[96]

Keamanan nasional tidak dapat dijadikan alasan pembatasan ketika yang dilakukan adalah mencegah ancaman terhadap ketertiban yang sifatnya lokal atau relatif terisolasi. Oleh karenanya, sifat kehati-hatian yang ketat atau ekstrim harus diambil oleh negara untuk memastikan bahwa undang-undang terkait makar dan peraturan serupa yang terkait keamanan nasional, misalnya undang-undang terkait rahasia negara atau subversi (*sedition laws*) disusun dan diterapkan sesuai persyaratan ketat pembatasan berdasarkan ICCPR. Pelanggaran terhadap Pasal 19 paragraf 3 ICCPR akan terjadi ketika undang-undang terkait keamanan negara digunakan untuk menekan atau menahan informasi terkait kepentingan publik yang tidak membahayakan keamanan nasional, atau memproses hukum jurnalis, peneliti, aktivis lingkungan, Pembela HAM, atau orang lain yang membagikan informasi tersebut.

d. Moral publik

Konsep moral berasal dari berbagai tradisi sosial, filosofis, dan agama. Moral publik bervariasi seiring waktu, wilayah, dan budaya. Oleh karenanya, pembatasan untuk melindungi moral harus berdasarkan pada prinsip-prinsip yang tidak hanya berasal dari satu tradisi saja, melainkan harus memperhatikan berbagai tradisi yang ada.^[97] Negara yang menerapkan pembatasan hak berdasarkan moral publik di satu sisi memiliki margin diskresi, namun di sisi lain harus menunjukkan bahwa pembatasan yang diterapkan memang sangat penting untuk menjaga penghormatan nilai-nilai dasar masyarakat. Margin diskresi yang diserahkan kepada negara ini tetap harus mempertahankan prinsip non-diskriminasi.^[98]

e. Keselamatan/kesehatan publik

Komentar Umum Komite HAM PBB tidak memberikan definisi atau penjelasan mengenai kesehatan publik. Namun, Prinsip Siracusa, yang menggunakan istilah keselamatan publik, menjelaskan bahwa kesehatan publik berarti perlindungan dari bahaya terhadap keselamatan orang, hidup mereka, integritas fisik, atau kerusakan serius atas propertinya.^[99]

[94] *Ibid.*, par. 22

[95] *Ibid.*, par. 23-24.

[96] *Ibid.*, 29-32.

[97] *Human Rights Committee, General Comment No. 34...*, Op. Cit., par. 32.

[98] *Human Rights Committee, The Siracusa Principles...*, Op. Cit., par. 27-28.

[99] *Ibid.*, par. 25-26.

- **Pembatasan bersifat mendesak atau terpaksa dilakukan dalam suatu masyarakat yang demokratis**

Pembatasan harus dilakukan ketika benar-benar diperlukan untuk tujuan yang sah. Menjadi kewajiban negara, ketika mengajukan dasar yang sah untuk melakukan pembatasan, untuk misalnya menunjukkan spesifikasi dan kekhususan situasi ancaman yang terjadi, serta keterdesakan dan proporsionalitas tindakan yang diambil, khususnya dengan menunjukkan hubungan secara langsung dan tidak langsung antara ekspresi yang dianggap mengancam dengan ancamannya.^[100]

Prinsip Johannesburg merumuskan bahwa agar suatu pembatasan kebebasan berekspresi atau informasi dapat dinyatakan mendesak untuk melindungi kepentingan keamanan nasional yang sah, pemerintah harus menunjukkan bahwa:

- a. Bentuk ekspresi atau informasi yang dibatasi mengandung/merupakan ancaman serius terhadap kepentingan keamanan nasional;
- b. Pembatasan yang diberlakukan adalah upaya paling minim yang dimungkinkan untuk memenuhi kepentingan tersebut; dan
- c. Pembatasan yang dilakukan sesuai dengan prinsip-prinsip demokrasi.

Selanjutnya, frasa “dalam suatu masyarakat yang demokratis” menjadi beban negara untuk menunjukkan bahwa pembatasan yang dilakukan tidak mengganggu berjalannya demokrasi. Prinsip Siracusa menyatakan bahwa tidak ada model tunggal demokrasi, sehingga setiap masyarakat yang mengakui, menghormati, dan melindungi HAM sebagaimana diatur dalam Piagam PBB dan DUHAM dapat dikategorikan memenuhi definisi masyarakat demokratis.^[101]

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



Selengkapnya mengenai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi di tingkat internasional dapat dibaca dalam Buku “Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia” hal. 29 - 36 dan Modul “Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum” hal. 180 - 189.

Sejalan dengan instrumen HAM internasional, kebebasan berekspresi dalam pengaturan hukum di Indonesia juga merupakan hak yang dapat dibatasi dengan dasar-dasar pembatasan yang diperbolehkan. Pembatasan kebebasan berekspresi ini sering kali merujuk pada ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD NRI Tahun 1945. Dasar-dasar pembatasan hak lainnya terdapat dalam Pasal 70 dan 73 UU HAM, dan dasar-dasar pembatasan ini lebih sesuai dengan pengaturan dalam instrumen HAM internasional. Berkaca pada beberapa rujukan pasal tersebut, dapat dilihat bahwa Indonesia belum memiliki panduan yang cukup jelas dalam menentukan tujuan-tujuan pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi, baik dalam konstitusi maupun produk hukum di tingkat bawahnya.

Selain itu, pembatasan-pembatasan yang ada dalam beberapa ketentuan tersebut masih belum sejalan dengan pengaturan pembatasan HAM di tingkat internasional. Merujuk pada dasar pengadopsian pengaturan HAM dalam hukum nasional dari hukum HAM internasional, maka dasar-dasar dan penafsiran atas pembatasan hak harusnya menyesuaikan dengan norma-norma dan standar dalam hukum HAM internasional. Selain itu, Indonesia telah meratifikasi ICCPR yang berkonsekuensi bahwa hukum-hukum nasional harus dirumuskan dengan pengaturan-pengaturan yang sesuai dengan instrumen HAM internasional tersebut.

Selain dari beberapa ketentuan pembatasan yang disebutkan sebelumnya, keberadaan hukum pidana juga merupakan bagian dari instrumen pembatasan HAM. Ketentuan dalam hukum pidana, pada satu sisi adalah melindungi hak-hak yang diakui dan dijamin dan pada sisi yang lain adalah membatasi hak-hak tertentu. Posisi hukum pidana dalam HAM pada dasarnya adalah saling melengkapi dan harmonis, karena adanya berbagai prinsip dan nilai yang sama antar keduanya, misalnya proporsionalitas, *necessity*, kebenaran, dan keadilan (*fairness*).^[102] Penggunaan hukum pidana


[100] Human Rights Committee, *General Comment No. 34...*, Op. Cit., par. 35.

[101] Human Rights Committee, *The Siracusa Principles...*, Loc. Cit.

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

sebagai pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi secara prinsip harus sejalan dengan ketentuan HAM internasional.

Hukum Indonesia mengatur berbagai ketentuan pidana yang terkait dan bersinggungan dengan hak atas kebebasan berekspresi, misalnya ketentuan penghinaan, pencemaran nama baik, dan sebagainya. Pasca Reformasi 1998, sejalan dengan penguatan hukum HAM nasional, berbagai ketentuan pidana kemudian menyesuaikan dengan prinsip-prinsip HAM. Perkembangan yang ada, sejumlah ketentuan penghinaan dalam KUHP telah dihapuskan berdasarkan Putusan MK, diantaranya Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP yang kesemuanya mengatur delik penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden, serta Pasal 154 dan Pasal 155 KUHP yang mengatur delik pernyataan perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap Pemerintah Indonesia.^[103] MK memberikan berbagai dasar argumen yang memastikan perlindungan HAM, penerapan prinsip-prinsip demokrasi, prinsip-prinsip *rule of law*, dan jaminan perlindungan kebebasan berpendapat dan berekspresi.

 Selengkapnya mengenai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi di tingkat internasional dapat dibaca dalam Buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 49 - 68 dan Modul "Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum" hal. 193 - 200.

3. Konsep, Prinsip, dan Pengaturan Hak atas Kebebasan Bereksresi di Ruang Digital

Report of the Special Rapporteur on The Promotion and Protection of The Right to Freedom of Opinion and Expression pada tahun 2011 menyatakan bahwa internet telah menjadi alat yang sangat diperlukan untuk mewujudkan berbagai hak asasi manusia, sehingga memastikan akses universal terhadap internet harus menjadi prioritas bagi semua negara.^[104] Pada tahun 2014, UN Internet Governance Forum juga menegaskan bahwa setiap orang berhak untuk mencari, menerima, dan menyebarkan informasi secara bebas di internet tanpa sensor atau campur tangan lainnya.^[105] Di tingkat regional, Parliamentary Assembly Uni Eropa juga menekankan bahwa akses terhadap internet merupakan prasyarat penting untuk penikmatan hak-hak yang ada pada Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia.^[106]

Pada perkembangannya, internet telah menjadi medium/ruang utama dalam mengaktualisasi hak atas kebebasan berekspresi. Secara spesifik, Komentar Umum No. 34 menegaskan bahwa Pasal 19 ICCPR melindungi segala bentuk ekspresi dan cara penyebarannya, termasuk semua bentuk ekspresi elektronik dan berbasis internet.^[107] Komentar Umum No. 34 juga mempersyaratkan negara untuk mempertimbangkan sejauh mana perkembangan teknologi informasi, seperti internet dan sistem penyebaran informasi elektronik berbasis telepon seluler, telah mengubah praktik komunikasi secara drastis di seluruh dunia.^[108] Mengingat, hal ini akan berdampak pada bagaimana negara melindungi berbagai ekspresi yang sah dalam mode-mode yang sebelumnya tidak terpikirkan. Lebih lanjut, saat ini, terdapat jaringan global untuk bertukar gagasan dan opini yang tidak selalu bergantung pada perantara media massa konvensional. Negara harus mengambil semua langkah yang diperlukan untuk mendorong independensi media baru tersebut dan memastikan akses individu ke dalamnya.^[109]

Majelis Umum PBB melalui Resolusi A/RES/78/213 tentang Pemajuan dan Perlindungan HAM dalam Konteks Teknologi Digital juga menekankan bahwa hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi serta penghormatan penuh terhadap kebebasan untuk mencari, menerima, dan menyampaikan informasi memegang peran penting dalam memperkuat demokrasi, mempromosikan pluralisme dan multikulturalisme, meningkatkan transparansi dan kebebasan pers, serta melawan disinformasi dan ujaran kebencian.^[110] Hal ini menunjukkan bahwa hak atas kebebasan berekspresi di ruang

[103] Putusan Mahkamah Konstitusi No. 6/PUU-V/2007, hal. 77.

[104] 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, 27 Mei 2011, par. 84.

[105] Internet Rights & Principles Coalition, *The Charter of Human Rights and Principles for The Internet (4th Edition)*, (Internet Rights & Principles Coalition, Agustus 2014), hal. 7.

[106] *Parliamentary Assembly of the Council of Europe, The right to Internet access, Resolution 1987 (2014)*, 9 April 2014, par. 5.1.

[107] Human Rights Committee, *General Comment No. 34...*, Op.Cit., par. 24.

[108] *Ibid*, par. 15.

[109] *Ibid*.

[110] Majelis Umum PBB, *Promotion and protection of human rights in the context of digital technologies...*, Op.Cit., hal. 12.

digital merupakan hak yang sangat penting, sekaligus tidak dapat dipisahkan dari keberadaan hak atas informasi. Pelanggaran terhadap hak atas kebebasan berekspresi di ruang digital akan secara langsung berdampak pada hak atas informasi.



Selengkapnya mengenai konsep, prinsip, dan pengaturan hak atas kebebasan berekspresi di ruang digital pada tingkat internasional dapat dibaca dalam Buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 28 - 29 dan Modul "Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum" hal. 166 - 167.

Di Indonesia, terkait kebebasan berekspresi di ruang digital, terdapat Undang-Undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) sejak tahun 2008 dan kemudian terjadi perubahan atas undang-undang tersebut pada tahun 2016 dan 2024 beserta peraturan-peraturan turunannya. Sayangnya, pengaturan hubungan interpersonal di ruang digital dalam UU ITE tidak didasarkan pada adanya pengakuan hak atas kebebasan berekspresi sebagai hak konstitusional masyarakat, sebagaimana dijamin dalam Pasal 28E ayat (3) UUD NRI Tahun 1945. 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, terdapat beberapa ketentuan di dalam UU ITE yang justru menjadi ancaman terhadap hak atas kebebasan berekspresi.

Dalam konteks hak atas kebebasan berekspresi, UU ITE memunculkan dua tantangan utama, yakni kriminalisasi terhadap ekspresi yang sah dan moderasi konten yang berlebihan. Tantangan kriminalisasi muncul dalam berbagai ketentuan, seperti ketentuan mengenai pencemaran nama baik, ujaran kebencian, dan berita bohong. Sepanjang tahun 2024 saja, terdapat 146 (seratus empat puluh enam) kasus pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi di ruang digital.^[111] Pasca adanya revisi UU ITE terbaru sekalipun, UU ITE masih kerap kali digunakan untuk mengkriminalisasi warga yang menyampaikan pendapatnya di ruang digital.^[112] Keberlakuan UU ITE hingga saat ini telah menimbulkan fenomena *chilling effect* terhadap para korban yang dijerat dengan pasal-pasal terkait ekspresi dalam UU ITE.^[113]

Selanjutnya, tantangan moderasi konten yang berlebihan muncul karena, antara lain, tidak terdapat pengaturan yang jelas mengenai konten yang dapat dibatasi dan pemberian wewenang kepada pemerintah untuk menghapus konten yang dinilai meresahkan.^[114] Dalam beberapa kasus, kritik atau opini yang tidak melanggar hukum justru dihapus oleh moderator konten. Kondisi demikian berpotensi menghambat kebebasan berpendapat, akses terhadap informasi, dan memicu efek jera pada masyarakat.^[115] Terlebih, belum terdapat *due process of law* dalam proses pembatasan konten.^[116] UU ITE juga belum menyediakan mekanisme komplain dan pemulihan bagi korban.^[117]

Berlakunya pasal-pasal "karet" UU ITE sejatinya telah bertentangan dengan standar hukum HAM internasional, 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.



Selengkapnya mengenai pengaturan hak atas kebebasan berekspresi di ruang digital pada tingkat nasional dapat dibaca dalam Modul "Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum" hal. 174 - 176.

[111] Southeast Asia Freedom of Expression Network (SAFEt), Laporan Situasi Hak-hak Digital Indonesia 2024: Tergencet Estafet Represi di Internet, ed. Anton Muhajir. (Denpasar: SAFEt, 2024), hal. 21.

[112] *Ibid.*, hal. 20.

[113] Tobias Basuki dkk., *Unintended Consequences: Dampak Sosial dan Politik UU Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) 2008* (Jakarta: Centre for Strategic and International Studies, 2018), hal. 29 - 31.

[114] Rifanti Laelasari K. P., dkk, Penerapan Prinsip dan Norma Hak Asasi Manusia dalam Perlindungan Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi: Tantangan Implementasi UU ITE, (Jakarta: Komnas HAM, 2024), hal. 8 - 9.

[115] *Ibid.*, hal. 9.

[116] Wahyudi Djafar dan Zainal Abidin, *Membeleggu Ekspresi: Studi kasus mengenai praktik pemblokiran/penyaringan konten internet dan kriminalisasi pengguna internet di Indonesia* (Jakarta: ELSAM, 2014), hal. 47.

[117] *Ibid.*


4. Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspresi di Ruang Digital

Kelebihan yang dimiliki oleh internet—seperti halnya kecepatan dan jangkauan—telah menciptakan ketakutan bagi pemerintah dan penguasa. Hal ini kemudian mendorong peningkatan pembatasan penggunaan internet melalui pemblokiran, monitor berlebih, hingga pemidanaan terhadap ekspresi yang sah.^[118] Pembatasan demikian 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.^[119] Hal ini sebagaimana telah diatur, salah satunya, melalui Prinsip Siracusa. Selain itu, secara spesifik, Resolusi A/RES/78/213 juga menegaskan bahwa pembatasan akses terhadap internet, informasi, dan ide-ide yang tersedia secara online harus sesuai dengan hukum internasional, termasuk prinsip-prinsip legalitas, kebutuhan, proporsionalitas, dan non-diskriminasi.

Di Indonesia, terdapat satu putusan penting, yakni Putusan No. 230/G/TF/2019/PTUN-JKT.^[120] yang mampu menggambarkan pentingnya akses terhadap internet (di mana ini berkorelasi dengan hak atas informasi dan hak atas kebebasan berekspresi), sehingga pembatasan terhadapnya harus dilakukan secara hati-hati. Dalam pertimbangannya, Majelis Hakim menyatakan bahwa pembatasan hak untuk memperoleh dan menyampaikan informasi melalui internet harus berdasar pada ketentuan dalam Pasal 29 ayat (2) DUHAM, Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, Pasal 73 Undang-Undang Hak Asasi Manusia, dan Pasal 19 ayat (3) ICCPR. Berdasarkan beberapa ketentuan tersebut, Majelis Hakim berkesimpulan bahwa pembatasan hak untuk memperoleh dan menyampaikan informasi melalui internet hanya dapat dilakukan apabila 3 (tiga) syarat berikut dipenuhi:

1. terpenuhinya salah satu tujuan untuk menjamin pengakuan serta penghormatan hak atau nama baik pihak lain, atau untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, kesusilaan, ketertiban umum, atau kesehatan masyarakat dalam suatu masyarakat demokratis;
2. harus berdasarkan undang-undang; dan
3. harus dibuktikan bahwa pembatasan tersebut diperlukan secara proporsional.

Menurut Majelis Hakim, tidak dipenuhinya ketiga syarat tersebut akan berdampak pada tidak sahnya pembatasan.



Selengkapnya mengenai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi di ruang digital dapat dibaca dalam Buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 189 dan Modul "Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum" hal. 42 - 43.

5. Pemulihan yang Efektif atas Pelanggaran Hak Atas Kebebasan Berekspresi

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) mengamanatkan bahwa setiap negara pihak harus memastikan bahwa setiap orang yang hak atau kebebasannya dilanggar harus memperoleh pemulihan yang efektif (*effective remedy*), sekalipun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang yang bertindak dalam kapasitas resmi.^[121] Prinsip Siracusa juga menyebutkan secara berulang bahwa penerapan pembatasan terhadap suatu kebebasan harus disertai dengan ketersediaan jaring pengaman dan pemulihan yang efektif.^[122] Dalam konteks hak atas kebebasan berekspresi, Komite HAM PBB melalui Komentar Umum No. 34 ICCPR juga mensyaratkan bahwa negara harus menyiapkan upaya-upaya efektif untuk melindungi warganya dari serangan yang bertujuan membungkam mereka yang menggunakan hak

[118] 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/Add.1, 27 Mei 2011.

[119] Human Rights Committee, *General Comment No. 34*..., Op.Cit., par. 43.

[120] Putusan ini merupakan putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta dalam perkara pelambatan akses internet (*throttling*), pemutusan akses internet (*internet shutdown*), dan pemblokiran layanan data telekomunikasi seluler. Dalam perkara tersebut, Penggugat memohon kepada Majelis Hakim untuk menyatakan bahwa tindakan pemerintah berupa melambatkan akses internet (*throttling*), memblokir layanan data dan/atau pemutusan akses internet (*internet shutdown*), dan memperpanjang pemblokiran layanan data dan/atau pemutusan akses internet (*internet shutdown*) di Papua dan Papua Barat adalah perbuatan melanggar hukum. Dalam perkara ini, Majelis Hakim mengabulkan seluruh petitum gugatan.

[121] ICCPR..., Op. Cit., Pasal 2 ayat 3.

[122] Human Rights Committee, *The Siracusa Principles*..., Op. Cit., par. 18, 31, dan 34.

atas kebebasan berekspresinya.^[123] Segala bentuk serangan harus diinvestigasi dengan seksama tanpa penundaan, pelakunya diadili, korban atau keluarganya diberi pemulihan yang sesuai.^[124]



Selengkapnya, mengenai pemulihan yang efektif atas pelanggaran hak atas kebebasan berekspresi dapat dibaca dalam Buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 37.

➔ Referensi Bacaan

Buku/Artikel/Laporan

1. 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;
2. Dian Rositawati, dkk., *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM Putusan Pengadilan di Indonesia*, Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan, 2022;
3. 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;
4. Elena Gladkikh, "Standing Up for the Right to Free Political Expression: the ECtHR Jurisprudence, Lessons for Russia", *Tesis*, Central European University, Budapest, 2013;
5. *Freedom of expression in Europe Case-law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe, 2007;
6. *Human Rights Watch*, Kritik Menuai Pidana Konsekuensi Hak Asasi Manusia dari Pasal Pencemaran Nama Baik di Indonesia, 2010;
7. Johanna Gabriella Sihputri Dinasophie Poerba dan Shevierra Danmadiyah, *Putusan-Putusan Penting (Landmark Decisions) terkait Hak Kebebasan Berekspresi dan Hak-Hak Digital*, Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan, 2025;
8. Manfred Nowak, *CCPR Commentary*, 2nd ed., Kehl: N. P. Engel, 2005;
9. 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;
10. 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;
11. 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;
12. Wahyudi Djafar dan ZainalAbidin, *Membelenggu Ekspresi: Studi kasus mengenai praktik pemblokiran/penyaringan konten internet dan kriminalisasi pengguna internet di Indonesia*, Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, 2014.

Peraturan Perundang-undangan

1. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945;
2. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana;
3. Ketetapan MPR-RI Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia;
4. Undang-undang Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum;
5. Undang-undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia;
6. Undang-undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers;
7. Undang-undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana terakhir diubah dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2024 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang

[123] Human Rights Committee, *General Comment No. 34...*, Op.Cit., par. 23.

[124] *Ibid.*, par. 22.

- Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik;
8. Undang-undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis;
 9. Undang-undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi;
 10. Undang-undang Nomor 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, serta Lagu Kebangsaan;
 11. 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;
 12. Undang-undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)

Putusan Pengadilan

1. Peradilan Indonesia

- Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No. 013-022/PUU-IV/2006;
- Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No. 6/PUU-V/2007;
- Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No. 50/PUU-VI/2008;
- Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No. 6-13-20/PUU-VIII/2010;
- Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 1378 K/Pid/2005;
- Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 963 K/PID/2017;
- Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 1940 K/Pid.Sus/2018;
- Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 1886 K/PID.SUS/2018;
- Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 225 PK/PID.SUS/2011;
- Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta No. 230/G/TF/2019/PTUN-JKT.

2. Peradilan HAM Internasional dan Regional

- *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>;*
- *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>;*
- *European Court of Human Rights, Case of Wille v. Liechtenstein, Application no. 28396/95, 1999, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58338>;*
- *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>;*
- *European Court of Human Rights, Case of Donaldson v. the United Kingdom, Application No. 56975/09, 25 Januari 2011;*
- *European Court of Human Rights, Case of Vajnai v. Hungary, Application no. 33629/06, 8 Juli 2008;*
- *Inter-American Court of Human Rights, Case of Ricardo Canese v. Paraguay, 2004, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_ing.pdf;*
- *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;*
- *European Commission of Human Rights, Stevens v. The United Kingdom, no. 11674/85, Commission decision of 3 March 1986;*
- *European Commission of Human Rights, Karav. the United Kingdom, no. 36528/97, Commission decision of 22 October 1998, unreported;*
- *European Commission of Human Rights, Smith and Grady v. the United Kingdom (dec.), nos. 33985/96 and 33986/96, 23 February 1999.*

3. Peradilan Negara Lain

- *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>;*
- *U.S. Supreme Court, Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 1969, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>;*
- *U.S. Supreme Court, New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>;*

- U.S. Supreme Court, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 1989, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>;
- U.S. Supreme Court, *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 2011, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/> ;
- *R v Morse* [2009] NZCA 623, [2010] 2 NZLR 625 (CA)

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, Communication No. 736/1997*, *Ross v. Canada*, 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, 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 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;
24. *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*

Internet

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. 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>
4. 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>
5. 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>
6. 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>

SESI 5: HAK ATAS KEBEBASAN BEREKSPRESI DAN PASAL-PASAL PENGHINAAN DALAM KUHP 2023

Sesi 5: Hak atas Kebebasan Berekspresi dan Pasal-pasal Penghinaan dalam KUHP 2023

Tujuan Umum: Memahami penerapan pasal-pasal penghinaan dalam KUHP 2023, khususnya pencemaran, fitnah, penghinaan terhadap Presiden dan Wakil Presiden, serta penghinaan terhadap Pemerintah dan lembaga negara, terhadap perlindungan hak atas kebebasan berekspresi berdasarkan prinsip hukum pidana dan hak asasi manusia

Tujuan Khusus:

- Memahami perlindungan reputasi sebagai alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi;
- Memahami komparasi perbuatan yang diatur pada pasal-pasal terkait penghinaan dalam KUHP dan KUHP 2023;
- Memahami penerapan pasal-pasal tindak pidana penghinaan dalam KUHP 2023 sebagai pembatasan terhadap kebebasan ekspresi dengan alasan perlindungan reputasi.

Materi	Waktu (Total 180 menit)	Metode
Prinsip Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspresi dalam Rangka Perlindungan Reputasi 1. Perlindungan reputasi sebagai alasan pembatasan yang sah; 2. Perlindungan atas reputasi dan subjek yang dilindungi;	60"	<ul style="list-style-type: none"> • Presentasi narasumber/pembicara • Diskusi
Pengaturan Delik Penghinaan dalam Hukum Nasional 1. Jenis-jenis tindak pidana penghinaan; 2. Tren bentuk ekspresi yang dipidana dengan pencemaran atau fitnah dalam KUHP; 3. Rumusan dan penerapan pasal tindak pidana pencemaran dan fitnah dalam KUHP 2023 dan perbandingannya dengan KUHP; 4. Rumusan dan penerapan pasal tindak pidana penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP 2023 dan perbandingannya dengan KUHP; 5. Rumusan dan penerapan pasal tindak pidana penghinaan terhadap Pemerintah atau lembaga negara dalam KUHP 2023 dan perbandingannya dengan KUHP;	120"	<ul style="list-style-type: none"> • Presentasi narasumber/pembicara • Diskusi

Daftar Isi

1. Prinsip Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspresi dalam rangka Perlindungan Reputasi
1.1. Perlindungan Reputasi sebagai Alasan Pembatasan yang Sah
1.2. Perlindungan atas Reputasi dan Subjek yang Dilindungi
2. Pengaturan Delik Penghinaan dalam Hukum Nasional
3. Tren Bentuk Ekspresi yang Dituntut Pidana Pencemaran atau Fitnah Menurut KUHP
4. Tindak Pidana Penghinaan dalam KUHP 2023
4.1. Perbandingan Rumusan Pencemaran dan Fitnah dalam KUHP dan KUHP 2023
4.2. Pemberatan Pidana Delik Penghinaan di Ranah Digital
4.3. Memahami Ketentuan Tindak Pidana Penghinaan dalam Kerangka Hukum Nasional dan Hukum HAM
4.4. Analisis Praktik Penerapan Pidana Pencemaran dan Fitnah dalam KUHP
4.5. Menuju Penerapan Ideal Tindak Pidana Penghinaan dalam KUHP 2023
5. Tindak Pidana Penyerangan Kehormatan atau Harkat dan Martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP 2023
5.1. Perbandingan Rumusan Penyerangan Kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP dan KUHP 2023
5.2. Penerapan Pasal Penyerangan Kehormatan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden
5.3. Menuju Penerapan Ideal Tindak Pidana Penyerangan Kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP 2023
6. Tindak Pidana Penghinaan terhadap Pemerintah atau Lembaga Negara
6.1. Rumusan Tindak Pidana Penghinaan terhadap Pemerintah atau Lembaga Negara dalam KUHP 2023
6.2. Penerapan Pasal Penghinaan Pemerintah atau Lembaga Negara
6.3. Menuju Penerapan Ideal Tindak Pidana Penghinaan Pemerintah atau Lembaga Negara dalam KUHP 2023

MATERI

1. Prinsip Pembatasan Hak atas Kebebasan Berekspresi dalam rangka Perlindungan Reputasi

1.1. Perlindungan Reputasi sebagai Alasan Pembatasan yang Sah

Pada bagian awal modul ini telah dijelaskan bahwa Pasal 19 ayat (3) KIHSP mengatur adanya alasan-alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi yang diperbolehkan (*permissible limitations/restrictions*). Pembatasan hak tersebut terbatas pada alasan-alasan tertentu saja, yaitu untuk: (i) menghormati hak atau reputasi orang lain; atau (ii) melindungi keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan atau moral publik. Komentar Umum PBB No. 34 memberikan penjelasan terminologi “hak” dan lingkup “hak” dalam konteks ini adalah hak-hak asasi manusia yang diakui di dalam KIHSP dan yang secara umum diakui dalam hukum HAM internasional.^[125] Sementara itu, “reputasi” secara umum dipahami sebagai kehormatan atau nama baik. Selain itu, sebagaimana sudah dijelaskan juga pada bagian sebelumnya, pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi harus diatur dalam hukum (*prescribed by law*) dan bersifat mendesak atau terpaksa dilakukan dalam suatu masyarakat yang demokratis (*necessary in a democratic society*).

Selain instrumen hukum internasional, alasan-alasan pembatasan hak juga diatur dalam kerangka hukum nasional. Konstitusi Indonesia mengatur pembatasan terhadap hak-hak asasi manusia dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. 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. Dapat dimaknai bahwa salah satu “hak dan kebebasan orang lain” yang dimaksud oleh Pasal 28J UUD 1945 adalah hak atas perlindungan terhadap kehormatan atau martabat sebagaimana diatur dalam Pasal 28G UUD 1945.

Dilihat dari unsur-unsurnya, norma pembatasan hak tersebut terlihat serupa dengan alasan-alasan pembatasan hak yang diatur dalam KIHSP. Tetapi, norma tersebut tidak menyebutkan secara spesifik hak mana yang dapat dibatasi dengan kriteria tersebut, sehingga dapat diinterpretasikan bahwa semua jenis hak – terlepas dari apakah hak tersebut adalah hak atas kebebasan berekspresi, hak atas kebebasan berserikat dan berkumpul, hak untuk mendapat perlakuan yang sama di hadapan hukum, hak untuk memperoleh pendidikan dan pekerjaan, ataupun hak-hak lainnya – dapat dibatasi dengan alasan penghormatan hak dan kebebasan orang lain, pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, atau ketertiban umum. Hal ini berbeda dengan pengaturan pada KIHSP yang menempatkan alasan pembatasan hak dengan melekat langsung pada ketentuan soal hak yang dilindungi. Selain itu, konstitusi Indonesia juga mengatur alasan pembatasan yang tidak dikenal oleh KIHSP, yaitu pertimbangan nilai-nilai agama. Tidak terdapat juga penjelasan yang cukup mengenai ruang lingkup nilai-nilai agama yang dimaksud.

Norma pembatasan hak juga terdapat pada Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM). Namun, masalah yang sama dengan norma pembatasan pada UUD 1945 terjadi juga pada UU HAM. Pasal 73 UU HAM menguraikan bahwa pengakuan dan penghormatan terhadap “kepentingan bangsa” merupakan salah satu alasan pembatasan hak. Hal ini tidak tercantum dalam KIHSP dan UU HAM hanya menjelaskan bahwa “kepentingan bangsa” adalah untuk keutuhan bangsa dan bukan kepentingan penguasa. Lebih lanjut lagi, UU HAM memiliki pasal lain terkait pembatasan hak, yaitu Pasal 70 yang rumusannya hampir sama dengan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, tetapi tanpa mencantumkan “nilai-nilai agama” sebagai alasan pembatasan hak.

Tetapi, terlepas dari kedua pasal tersebut, UU HAM sebenarnya memiliki rumusan pasal di mana alasan-alasan pembatasan hak ditempatkan melekat pada norma yang mengatur perlindungan hak, yaitu pada Pasal 23 yang pada dasarnya adalah norma perlindungan hak atas kebebasan berekspresi. Pada ketentuan tersebut, UU HAM mengatur bahwa 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. Sayangnya, di sini terdapat alasan-alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi yang berbeda dengan yang diatur pada Pasal 19 ayat (3) KIHSP, yaitu adanya “nilai-nilai

[125] Human Rights Committee, General Comment No. 34..., Op.Cit., par. 28.

agama", "kesusilaan", "kepentingan umum", dan "keutuhan negara" yang masing-masing juga tidak memiliki penjelasan lebih lanjut sehingga sulit untuk menentukan, misalnya, sejauh mana "keutuhan negara" atau "nilai-nilai agama" sudah terganggu oleh suatu bentuk pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi.

Norma-norma pembatasan hak tersebut memperlihatkan ketiadaan panduan yang jelas dalam menentukan alasan-alasan pembatasan hak di Indonesia, termasuk hak atas kebebasan berekspresi. Sebagai akibatnya, penyusunan produk hukum yang mengatur pembatasan hak atas kebebasan berekspresi cenderung menggunakan terminologi yang umum, tidak deskriptif, dan cenderung menimbulkan interpretasi berganda. Lebih lanjut lagi, dalam hal penerapannya, produk hukum tersebut rawan diinterpretasikan secara berbeda-beda ataupun secara sewenang-wenang oleh aparat penegak hukum.^[126]

Salah satu produk hukum yang berfungsi sebagai instrumen pembatasan hak atas kebebasan berekspresi adalah KUHP yang di dalamnya terdapat pengaturan terkait tindak pidana penghinaan. Delik penghinaan sebagaimana diatur selama ini dalam KUHP pada esensinya adalah suatu tindak pidana penyerangan terhadap martabat, kehormatan, atau reputasi orang lain. Maka, dilihat dari tujuan pengaturannya, keberadaan tindak pidana penghinaan sebenarnya sejalan dengan salah satu alasan pembatasan kebebasan berekspresi yang dijelaskan dalam KIHSP. Namun, kesesuaian dengan alasan pembatasan hak yang diatur dalam KIHSP tidak serta merta membuat norma hukum pidana soal penghinaan menjadi dapat dijustifikasi. Salah satu tanggung jawab penting dari negara-negara pihak yang menandatangani KIHSP adalah menjamin bahwa perbuatan penghinaan tidak direspon dengan instrumen hukum pidana. Kalaupun hukum pidana masih digunakan untuk merespon perbuatan penghinaan, maka instrumen tersebut hanya boleh diterapkan terhadap kasus-kasus yang sifatnya sangat serius dan pidana penjara tidak akan bisa dianggap sebagai hukuman yang layak.^[127]

Beberapa aspek lain harus diperhatikan, yaitu bahwa suatu pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dengan alasan perlindungan reputasi orang lain tidak boleh digunakan untuk melindungi negara dan aparatnya dari opini dan kritik publik.^[128] Lebih lanjut lagi, suatu norma hukum yang mengatur penghinaan, dapat dinyatakan tidak memenuhi pengujian atas alasan-alasan pembatasan yang sah, apabila norma hukum tersebut:^[129]

- a. ditujukan untuk melindungi "reputasi" dari objek, seperti bendera, atau simbol-simbol negara atau keagamaan;
- b. ditujukan untuk melindungi "reputasi" negara;
- c. ditujukan untuk melindungi perasaan dan ide-ide yang subjektif, seperti perasaan tentang martabat (*sense of "honour"*).

Prinsip yang serupa juga dijelaskan oleh Komnas HAM melalui Standar Norma dan Pengaturan Nomor 5 tentang Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Bereksprei (SNP Kebebasan Berpendapat dan Bereksprei). SNP Kebebasan Berpendapat dan Bereksprei menegaskan bahwa pembatasan kebebasan berekspresi dalam konteks menghormati hak atas nama baik orang lain (reputasi) tidak berlaku untuk reputasi organisasi atau lembaga atau sekelompok orang. Hal ini karena konsep "hak" melekat pada individu, bukan organisasi, lembaga, atau sekelompok orang.^[130] Selain itu, demi menjamin tetap terbukanya ruang kritik terhadap pemerintah dan badan publik dalam suatu masyarakat yang demokratis, badan publik, termasuk badan legislatif, eksekutif, yudisial, atau badan lain yang menyelenggarakan fungsi publik dilarang untuk mengajukan perkara defamasi.^[131]

Berdasarkan prinsip tersebut, penggunaan ketentuan pidana penghinaan terhadap perbuatan yang dianggap "menghina" lambang-lambang negara, simbol-simbol keagamaan, atau bahkan negara itu sendiri tidak dapat dibenarkan. Ketentuan pidana penghinaan hanya dapat digunakan untuk perlindungan reputasi orang lain dan bukan untuk tujuan lainnya, termasuk keamanan nasional, ketertiban umum, atau hubungan baik dengan pemerintah negara asing.^[132] Ekspresi yang terkait dengan lambang negara, simbol-simbol keagamaan, maupun lambang dan simbol lainnya mungkin saja dibatasi lewat suatu norma hukum, tetapi hanya dengan alasan pembatasan selain perlindungan reputasi. Sebagai

[126] Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan, Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum, hal. 196-197.

[127] Human Rights Committee, *General Comment No. 34...*, Op.Cit., par. 47.

[128] Human Rights Committee, *The Siracusa Principles...*, Op. Cit., par. 37

[129] ARTICLE 19, *Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation, Policy Brief*, (London: ARTICLE 19, 2017), hal. 5. Lihat juga ARTICLE 19, "*Defamation and Freedom of Expression: A summary*", dapat diakses di <https://www.article19.org/resources/defamation-and-freedomof-expression-a-summary/>.

[130] Komisi Nasional Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, Standar Norma dan Pengaturan Nomor 5 tentang Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Bereksprei, (Jakarta: Komnas HAM RI, 2021), par. 189.

[131] *Ibid.*, par. 222.

[132] ARTICLE 19, *Defining Defamation...*, Loc.Cit.

konsekuensinya, norma hukum berupa pembatasan hak tersebut harus dengan jelas menyebutkan bahwa alasan yang menjadi dasar pembatasan adalah, misalnya, keamanan nasional atau ketertiban umum; bukan terkait “kehormatan” atau “reputasi” dari lambang atau simbol yang bersangkutan.



Selengkapnya mengenai perlindungan terhadap reputasi sebagai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dapat dibaca dalam buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 115-118.

Pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dengan alasan perlindungan reputasi juga telah berulang kali diuji lewat pengadilan HAM regional, seperti *Inter-American Court of Human Rights*, *European Court of Human Rights*, dan *African Court of Human Rights*. *Inter-American Court of Human Rights* berpandangan bahwa dalam menentukan suatu perbuatan dapat dihukum atau tidak maka perlu dibuktikan adanya ancaman atau kerugian yang nyata terhadap reputasi orang lain^[133]. Sementara itu, dari tinjauan terhadap perkara-perkara yang diperiksa di pengadilan HAM regional, terdapat beberapa faktor yang perlu menjadi pertimbangan dalam memutuskan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi melalui pidana penghinaan, sebagai berikut:^[134]

- a. Kontribusi terhadap diskursus mengenai kepentingan publik
Dalam hal ini, apabila suatu ekspresi memang terkait erat dengan diskursus mengenai kepentingan publik, maka perlindungan terhadap kebebasan berekspresi harus diutamakan dan pembatasan hak kebebasan berekspresi harus dikesampingkan.
- b. Peran dan fungsi dalam ranah publik dari pihak yang terdampak reputasinya dan pokok bahasan dari ekspresi terkait.
Dalam hal ini, apabila seseorang adalah politisi maupun pejabat publik, maka perlindungan atas reputasi yang diberikan kepadanya harus lebih sempit, sehingga ruang yang lebih luas diberikan bagi perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dari pihak yang menyampaikan suatu ekspresi atau pernyataan. Artinya, pembatasan hak atas kebebasan berekspresi melalui norma hukum penghinaan harus dikesampingkan. Pengadilan juga perlu memperhatikan pokok bahasan dari ekspresi atau pernyataan yang dipermasalahkan. Sebagai contoh, penyampaian ekspresi mengenai tindak tanduk seorang politisi dalam kapasitas resminya tentu berkaitan erat dengan aspek kepentingan publik sehingga hak atas kebebasan berekspresi harus dilindungi. Sementara itu, penyampaian ekspresi mengenai kehidupan pribadi seorang warga sipil biasa yang tidak memiliki tugas dan kewenangan di bidang publik sama sekali tidak berkaitan dengan kepentingan publik sehingga perlindungan reputasi harus diutamakan.
- c. Isi, bentuk, dan konsekuensi dari suatu ekspresi atau publikasi
Dalam hal ini, terdapat dua jenis ekspresi yang dapat diidentifikasi, yaitu apakah suatu ekspresi termasuk sebagai pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Pernyataan mengenai fakta harus bisa dibuktikan kebenarannya. Opini tidak membutuhkan pembuktian mengenai kebenarannya, namun harus memiliki dasar faktual yang cukup untuk bisa disebut sebagai opini. Jika suatu ekspresi diklaim sebagai *statement of facts* ataupun *value judgment*, namun pada praktiknya tidak sesuai dengan karakter dari jenis ekspresi yang diklaim tersebut, maka perlindungan atas reputasi dapat didahulukan sehingga pembatasan hak kebebasan berekspresi dapat dibenarkan. Selain itu, konsekuensi suatu ekspresi terhadap kehidupan personal orang yang merasa terlanggar reputasinya juga perlu diperiksa. Apabila tidak terbukti ada konsekuensi yang berbahaya terhadap pribadi seseorang, maka hak atas kebebasan berekspresi harus didahulukan.

Selain itu, terdapat elemen-elemen lain yang menurut beberapa yurisprudensi pengadilan HAM regional juga perlu diperhatikan dalam melakukan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi melalui norma hukum penghinaan adalah:^[135]

- a. Bahwa berat ringannya sanksi adalah hal yang substansial dalam melihat pembatasan hak atas kebebasan berekspresi. Pada intinya, apabila pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi dianggap layak untuk dibatasi

[133] Catalina Botero Marino, *The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression*, (Washington D.C.: Inter-American Commission on Human Rights, 2010), hal. 27.

[134] Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP), *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM Putusan Pengadilan di Indonesia*, (Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan, 2022), hal. 130-131.

[135] *Ibid.*, hal. 131-132.

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

- b. Jaminan terhadap hak atas kebebasan berekspresi, khususnya terhadap kerja-kerja jurnalistik yang terkait dengan penyebaran informasi yang menjadi kepentingan publik, harus diutamakan;
- c. Pembatasan terhadap kebebasan berekspresi melalui sarana hukum pidana seharusnya digunakan secara sangat terbatas dan hanya ketika sangat diperlukan untuk melindungi hak-hak yang fundamental dari serangan yang merusak. Selain itu, sanksi perampasan kemerdekaan tidak dapat diberlakukan terhadap pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi dan kebebasan pers yang ternyata terbukti merusak reputasi orang lain;
- d. Pengadilan perlu untuk memeriksa konteks dari suatu ekspresi atau pernyataan yang menjadi permasalahan. Tidak dibenarkan untuk menjatuhkan hukuman pidana terhadap suatu ekspresi yang disalahartikan konteksnya.



Hal-hal penting yang perlu diperiksa pengadilan tersebut di atas disadur dari beberapa yurisprudensi putusan pengadilan HAM regional atas beberapa perkara terkait perlindungan hak atas kebebasan berekspresi. Gambaran umum perkara-perkara tersebut dan pertimbangan-pertimbangan pengadilan HAM regional terkait dapat dilihat selengkapnya dalam buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 118-130.

1.2. Perlindungan atas Reputasi dan Subjek yang Dilindungi

Terkait perlindungan atas reputasi, perlu dipahami terlebih dahulu mengenai subjek yang reputasinya mendapatkan perlindungan sebagaimana dimaksud dalam KIHSP. Dalam redaksional aslinya, Pasal 19 ayat (3) KIHSP menggunakan istilah "others". Komentar Umum No. 34 menerangkan lebih lanjut mengenai maksud "others" dalam pasal tersebut, yaitu orang lain sebagai individu atau sebagai anggota-anggota dari suatu komunitas yang diidentifikasi berdasarkan agama maupun etnis.^[136] Sebagai pembanding, jaminan perlindungan atas reputasi dapat dilihat juga dalam Pasal 17 KIHSP. Reputasi dalam Pasal 17 KIHSP kemudian dijelaskan secara lebih rinci melalui Komentar Umum No. 16. Dalam dokumen tersebut Komite HAM PBB menggunakan istilah "*personal honour and reputation*" (kehormatan dan reputasi perorangan) sebagai suatu hak yang wajib dilindungi oleh negara. Dengan demikian, dapat dipahami bahwa reputasi pada dasarnya melekat kepada individu atau orang perorangan. Oleh sebab itu, perlindungan reputasi yang dilekatkan pada suatu jabatan, institusi, lambang, atau simbol tidak dapat menjadi alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi karena pada hakikatnya hal-hal tersebut tidak memiliki reputasi.

Namun, adanya prinsip ini tidak berarti bahwa individu yang memegang jabatan publik atau figur publik tidak berhak dilindungi reputasinya. Individu-individu yang memegang jabatan publik atau figur publik tetap berhak atas perlindungan reputasi, tetapi dalam konteks perlindungan reputasi dirinya pribadi, bukan jabatannya. Tetapi, perlindungan atas reputasi yang diberikan terhadap pejabat publik atau figur publik tidak sama bobotnya dengan perlindungan atas reputasi yang diberikan kepada individu warga sipil pada umumnya apabila perlindungan atas reputasi tersebut berbenturan dengan pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi.

Berbagai bahan rujukan hukum HAM internasional yang otoritatif dan pandangan para ahli menerangkan bahwa perlindungan terhadap kritik dari masyarakat umum terhadap pejabat atau figur publik sebagai salah satu wujud hak atas kebebasan berekspresi harus mendapat bobot yang lebih berat apabila dianggap berbenturan dengan kepentingan untuk melindungi reputasi pejabat atau figur publik. Komentar Umum No. 34 telah menjelaskan bahwa berbagai jenis ekspresi atau pernyataan yang timbul sebagai diskursus publik yang berkaitan erat dengan isu politik dan pemerintahan serta figur publik, termasuk politisi dan pejabat publik, mendapat perlindungan lebih luas dalam konteks hukum HAM.^[137] Lebih lanjut lagi, adanya fakta bahwa suatu ekspresi atau pernyataan yang disampaikan oleh seseorang ternyata menyerang kehormatan atau nama baik seorang pejabat publik tidak cukup menjadi alasan untuk menghukum orang tersebut.^[138] Komite HAM PBB juga menekankan bahwa menyampaikan kritik dan menjadi oposisi terhadap kepala negara dan kepala pemerintahan adalah hal yang sah.^[139]

[136] Human Rights Committee, General Comment No. 34..., Op.Cit., par. 28.

[137] *Ibid.*, par. 38.

[138] *Ibid.*

[139] *Ibid.*

Merujuk kepada pandangan Nihal Jayawickrama, reputasi seorang politisi tetap dapat dilindungi, namun batasan-batasan mengenai kritik yang pantas diterimanya harus lebih luas daripada yang dapat diterima orang pada umumnya.^[140] Lebih lanjut lagi Jayawickrama menyatakan bahwa kritik terhadap seorang politisi dapat dianggap termasuk penghinaan apabila memang kritik tersebut sudah menimbulkan kecurigaan yang luar biasa terhadap karakter dan nama baik politisi yang menjadi sasaran kritik.^[141]

Merujuk kepada berbagai penjelasan di atas, maka penerapan norma hukum terkait penghinaan dalam konteks perbuatan yang diduga menyerang kehormatan politisi maupun figur publik lainnya harus dilakukan secara terbatas dan ketat. Terbatas dalam arti tidak semua perbuatan yang bersifat menghina figur publik harus dihukum dan kritik masyarakat, walaupun sangat ofensif, tidak serta merta dapat dianggap penghinaan. Ketat dalam arti hakim harus memeriksa secara seksama pemenuhan unsur-unsur serta derajat keseriusan dampak dari perbuatan terdakwa terhadap karakter pejabat atau figur publik tersebut di mata masyarakat umum. Oleh sebab itu, penerapan pasal-pasal penghinaan sebagai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi tidak dapat dengan mudah diterapkan sebagai justifikasi untuk melindungi reputasi pejabat atau figur publik.

2. Pengaturan Delik Penghinaan dalam Hukum Nasional

Pada Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang KUHP (KUHP 2023), delik-delik penghinaan diatur pada Pasal 433 sampai Pasal 442 di dalam Bab Tindak Pidana Penghinaan. Di dalam bab ini, KUHP 2023 menjabarkan berbagai perbuatan yang termasuk sebagai tindak pidana penghinaan, yaitu:

- a. Pencemaran (Pasal 433)
- b. Fitnah (Pasal 434-435)
- c. Penghinaan Ringan (Pasal 436)
- d. Pengaduan Fitnah (Pasal 437)
- e. Persangkaan Palsu (Pasal 438)
- f. Pencemaran Orang Mati (Pasal 439)

Selain itu, Bab Tindak Pidana Penghinaan mengatur mengenai kewajiban adanya pengaduan dari korban untuk beberapa jenis perbuatan (Pasal 440), serta ketentuan mengenai pemberatan dan pidana tambahan (Pasal 441-442). Sebagai perbandingan, dalam KUHP juga diatur Bab Penghinaan yang berisi tindak pidana pencemaran, fitnah, penghinaan ringan, pengaduan fitnah, persangkaan palsu, pencemaran terhadap orang meninggal, dan penyebaran pencemaran terhadap orang mati. Dari gambaran tersebut, dapat diketahui bahwa Bab Tindak Pidana Penghinaan pada KUHP 2023 dan KUHP tidak memiliki perbedaan signifikan dalam menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tergolong sebagai penghinaan.

Namun, di luar Bab Tindak Pidana Penghinaan, KUHP 2023 mengatur tindak pidana berbeda yang juga menggunakan terminologi penghinaan atau terminologi lain yang memiliki konteks yang serupa dengan penghinaan, misalnya dengan menggunakan istilah "penyerangan kehormatan" atau "menodai", sebagaimana dijelaskan melalui tabel di bawah ini. Sebagai perbandingan, KUHP juga mengatur sebagian besar tindak pidana yang ada di dalam tabel di bawah, kecuali tindak pidana penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden yang telah dibatalkan keberlakuannya oleh Mahkamah Konstitusi.

[140] Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law National, Regional and International Jurisprudence Second Edition*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), hal. 814. Lihat juga Catalina Botero Marino, *The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression*, (Washington D.C.: Inter-American Commission on Human Rights, 2010), hal. 16.

[141] Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law...*, *Ibid.*, hal. 815.

Tabel 1.
Pasal-pasal Dengan Terminologi Penghinaan atau Serupa Dengan Penghinaan
di Luar Bab Tindak Pidana Penghinaan dalam KUHP 2023

Bab dalam KUHP 2023	Tindak Pidana	Pasal
Bab Tindak Pidana terhadap Martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden	Penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden	Pasal 218-220
Bab Tindak Pidana terhadap Negara Sahabat	Penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat kepala negara sahabat dan wakil negara sahabat	Pasal 226-230
	Penodaan bendera kebangsaan negara sahabat	Pasal 231
Bab Tindak Pidana terhadap Ketertiban Umum	Penodaan terhadap bendera negara, lambang negara, dan lagu kebangsaan	Pasal 234-239
	Penghinaan terhadap pemerintah atau lembaga negara	Pasal 240-241
	Penghinaan terhadap golongan penduduk	Pasal 242-243

Dari gambaran tersebut, dapat dipahami bahwa, dalam mengatur tindak pidana di luar bab mengenai penghinaan, KUHP 2023 juga tidak memiliki perbedaan signifikan dengan KUHP dalam hal menentukan perbuatan-perbuatan mana yang harus dinyatakan sebagai tindak pidana yang berkaitan dengan kehormatan atau reputasi. Bahkan, KUHP 2023 melegitimasi kembali tindak pidana yang pada masa lalu sudah dinyatakan inkonstitusional dan tidak berlaku lagi oleh Mahkamah Konstitusi. Meskipun esensi dari berbagai ketentuan pidana tersebut adalah terkait penyerangan terhadap kehormatan atau reputasi, pada dasarnya konteks reputasi yang ingin dilindungi dari keberadaan pasal-pasal tersebut tidak sejalan dengan konteks yang diatur dalam KIHSP, yaitu reputasi individu atau orang perorangan. Hal ini menunjukkan bahwa KUHP 2023 tidak memperlihatkan perkembangan signifikan dalam melakukan perbaikan terhadap ketentuan pidana terkait penghinaan.

3. Tren Bentuk Ekspresi yang Dituntut Pidana Pencemaran atau Fitnah Menurut KUHP

Pasal-pasal pencemaran dan fitnah dalam konteks KUHP menjerat hampir semua kategori individu, termasuk masyarakat sipil yang bekerja sebagai pegiat HAM, pegiat anti korupsi, dan jurnalis. Salah satu kasus yang pernah menjadi perhatian publik adalah kasus Khoe Seng Seng pada 2006, yang menulis surat pembaca di harian Kompas dan Suara Pembaruan tentang keluhannya mengenai ketidakjelasan status tanah atas ruko yang ia beli dari pengembang PT Duta Pertiwi di ITC Mangga Dua Jakarta. Khoe Seng Seng diadukan ke kepolisian dan kemudian divonis bersalah oleh pengadilan atas pencemaran terhadap perusahaan tersebut.^[142] Kasus-kasus lainnya adalah perkara yang dialami Ronny Maryanto Romadji, pegiat anti-korupsi dari Komite Penyelidikan Pemberantasan Korupsi Kolusi dan Nepotisme (KP2KKN) divonis bersalah dengan tuduhan pencemaran terhadap politisi Fadli Zon. Ronny dihukum karena komentarnya di media massa dan pelaporan yang ia lakukan ke Panwaslu Kota Semarang atas dugaan politik uang Fadli Zon pada saat berkampanye di Pasar Bulu, Semarang.^[143] Kasus lain, pada 2009 Emerson Yuntho dan Illian Deta Sari, aktivis anti korupsi dari Indonesia Corruption Watch (ICW), ditetapkan sebagai tersangka atas dugaan penghinaan terhadap Kejaksaan Agung. Keduanya mengeluarkan kritik yang dikutip di harian Rakyat Merdeka mengenai jumlah uang pengembalian hasil korupsi yang diklaim berhasil diselamatkan oleh kejaksaan dan mencurigai nominal yang berbeda antara yang jumlah diklaim kejaksaan dengan data yang mereka miliki dari Badan Pemeriksa Keuangan (BPK).^[144]

[142] Pebriansyah Ariefana, "Kasus Kriminalisasi Surat Pembaca, MA Kabulkan PK Khoe Seng Seng", <https://kbr.id/articles/indeks/kasus-kriminalisasi-surat-pembaca-ma-kabulkan-pk-khoe-seng-seng>, diakses pada 27 November 2025.

[143] Lihat Putusan Mahkamah Agung No. 1252 K/PID/2016.

[144] Dicky Setiawan (Ed.), "Pengurus ICW Jadi Tersangka Pencemaran Nama Baik", <https://nasional.kontan.co.id/news/pengurus-icw-jadi-tersangka-pencemaran-nama-baik>, diakses pada 27 November 2025.

Tabel 2.
Contoh Ekspresi yang Dipidana atas Tindak Pidana Pencemaran atau Fitnah
dengan Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP

Pasal 310 KUHP	Pasal 311 KUHP
Memberikan keterangan kepada jurnalis yang isinya mengenai tuduhan perbuatan melanggar hukum oleh suatu perusahaan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 772 K/PID/2017)	Menuduh orang lain secara lisan di depan banyak orang bahwa orang tersebut melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 963 K/PID/2017)
Menyampaikan orasi dalam unjuk rasa yang isinya terdapat kata-kata kasar terhadap pejabat pemerintahan yang diprotes (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 899 K/Pid/2014)	Menulis dan menyebarkan atau mengirimkan ke banyak orang (warga sipil dan/atau pejabat pemerintahan) tulisan atau surat yang berisi tuduhan bahwa orang lain melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 2331 K/PID/2007 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1082 K/PID/2015)
Menuduh orang lain secara lisan di hadapan banyak orang atau di tempat umum bahwa orang tersebut melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1680 K/PID/2015 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 425 K/Pid/2015)	Menulis artikel berita di surat kabar berisi dugaan perbuatan melanggar hukum oleh pejabat publik (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2331 K/PID/2006)
Menuduh orang lain lewat unggahan status di akun media sosial pribadi bahwa orang tersebut melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 848 K/Pid/2017)	Menulis surat berisi pengaduan pelanggaran hak-hak pekerja oleh suatu perusahaan yang dialami dirinya sendiri dan dikirim kepada pejabat-pejabat pemerintahan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2205 K/Pid/2006)
Memberikan keterangan kepada jurnalis yang isinya tuduhan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial oleh orang lain dengan disertai kata-kata kasar terhadap orang tersebut (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2003 K/Pid/2004)	Membuat laporan kepada polisi bahwa orang lain melakukan perbuatan melanggar hukum yang mana laporan tersebut kemudian dinyatakan tidak cukup bukti (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2155 K/Pid/2010)
Menulis dan menyebarkan tulisan yang berisi tuduhan negatif terkait pribadi pejabat publik (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2309 K/Pid/2007)	Memberikan keterangan kepada jurnalis yang isinya mengenai tuduhan perbuatan melanggar hukum oleh pejabat pemerintahan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1562 K/PID/2011)
Menghina orang lain secara lisan dengan kata-kata kasar di depan banyak orang atau di tempat umum (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1186 K/Pid/2004 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1186 K/Pid/2009)	Menulis dan menyebarkan atau mengirimkan ke banyak orang (warga sipil dan/atau pejabat pemerintahan) tulisan atau surat yang berisi tuduhan bahwa seorang pejabat pemerintahan melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1898 K/Pid/2003 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 2417 K/Pid/2007)
Menceritakan secara lisan kepada lebih dari satu orang bahwa orang tertentu melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1844 K/Pid/2011 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 1782 K/Pid/2003)	Dalam suatu rapat menuduh bahwa orang lain telah melakukan penyalahgunaan wewenang (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1387 K/Pid/2009)
Menulis artikel berita di surat kabar berisi dugaan perbuatan melanggar hukum oleh pejabat publik (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1111 K/Pid/2005)	Menulis dan mengirimkan surat pembaca di koran yang isinya menuduh seorang pejabat pemerintahan melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1369 K/Pid/2003)
Menulis dan menyebarkan tulisan yang berisi tuduhan kepada orang lain bahwa orang tersebut melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat antara lain Putusan Mahkamah Agung Nomor 1002 K/Pid/2005 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 2490 K/Pid/2006)	Menulis dan menyebarkan atau mengirimkan ke banyak orang (warga sipil) surat elektronik yang berisi tuduhan bahwa orang lain melakukan perbuatan melanggar hukum atau melanggar norma sosial (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1234 K/PID/2008)

Tabel 2.
Contoh Ekspresi yang Dipidana atas Tindak Pidana Pencemaran atau Fitnah dengan Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP

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

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

Tren pidana terhadap ekspresi semakin banyak ketika muncul UU ITE dan maraknya penggunaan pasal pencemaran di ranah daring (online) dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Penerapan Pasal 27 ayat (3) UU ITE kerap menimbulkan pidana terhadap pendapat dan ekspresi, sehingga dalam pandangan masyarakat dianggap "memberangus" kebebasan berekspresi atau "berdampak buruk" terhadap perlindungan hak tersebut.^[145] Berbagai contoh kasus yang dijerat Pasal 27 ayat (3) misalnya kritik terhadap pejabat publik, baik berupa pernyataan dalam suatu acara, pendapat di media sosial, atau tulisan oleh jurnalis. Sejumlah kasus, sebagian di antaranya diuraikan di bagian bawah, terkait kritik pada pejabat kepolisian, pernyataan atas terjadinya pelanggaran hukum dan HAM, serta pernyataan adanya penyelewengan hukum di perusahaan. Selama 2019 misalnya, 1 perusahaan media dan 7 orang jurnalis dilaporkan dengan tuduhan melanggar Pasal 27 ayat (3) UU ITE.^[146]

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

Pasal 27 ayat (3) UU ITE
Melakukan percakapan pribadi dengan orang lain melalui layanan percakapan daring dan di dalamnya menuduh orang tersebut melakukan perbuatan melanggar norma sosial (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 373 K/Pid.Sus/2018)
Mengunggah status di akun Facebook pribadi dan/atau di suatu grup Facebook yang isinya adalah tuduhan negatif terkait karakter pribadi pejabat publik (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 364 K/Pid.Sus/2015)

[145] Kesimpulan ini merupakan penilaian dari masyarakat sipil terhadap keberadaan pasal-pasal yang dianggap bermasalah dalam UU ITE, termasuk Pasal 27 ayat (3). Lihat "UU ITE Plus Buzzer, Ancaman Kebebasan Berpendapat Era Jokowi", <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20210217152444-20-607439/uu-ite-plus-buzzer-ancaman-kebebasan-berpendapat-erajokowi>, diakses pada 27 November 2025. Lihat juga Fana F. Suparman, "ICJR Klaim UU ITE Berdampak Buruk pada Kebebasan Berpendapat dan Bereksresi", <https://www.beritasatu.com/nasional/744399/icjr-klaim-uu-ite-berdampak-buruk-pada-kebebasan-berpendapat-dan-bereksresi>, diakses pada hari 27 November 2025.

[146] Krisiandi (Ed.), "Catatan SAFEnet: 8 Kasus Jurnalis Terjerat UU ITE Sepanjang 2019", <https://nasional.kompas.com/read/2020/11/14/05050021/catatn-safenet--8-kasus-jurnalis-terjerat-uu-itesepanjang-2019>, diakses pada 27 November 2025.

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

Pasal 27 ayat (3) UU ITE
Mengunggah status di akun Facebook pribadi yang isinya adalah tuduhan negatif terkait karakter pribadi orang lain (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2874 K/Pid.Sus/2017)
Melakukan percakapan pribadi dengan orang lain melalui layanan percakapan daring dan di dalamnya menuliskan kata-kata kasar terhadap orang tersebut (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2908 K/PID.SUS/2015)
Menulis komentar di dinding akun Facebook orang lain yang isinya meminta orang tersebut mengembalikan barang yang bukan miliknya (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1753 K/PID.SUS/2018)
Menulis komentar di dinding akun Facebook orang lain yang isinya adalah tuduhan negatif terkait karakter pribadi orang tersebut (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 370 K/PID.SUS/2016)
Menulis balasan terhadap komentar orang lain di suatu unggahan di Facebook dan di dalamnya menyebut tuduhan bahwa pengurus dari suatu organisasi melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1466 K/PID.SUS/2016)
Menulis dan mengirimkan pesan lewat layanan pesan singkat (SMS) ke pejabat tingkat kota yang isinya menuduh bahwa seorang pejabat di tingkat kelurahan melakukan penyalahgunaan kewenangan dan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2671 K/Pid.Sus/2015)
Menulis dan mengirimkan surat elektronik kepada atasan di perusahaan dan kepada beberapa orang lain yang isinya tuduhan bahwa seorang karyawan telah melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1498 K/PID.SUS/2015)
Mengunggah foto disertai tulisan di akun Facebook pribadi yang isinya menuduh orang lain melakukan perbuatan melanggar hukum (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2043 K/PID.SUS/2017)
Mengunggah status di akun Facebook milik pribadi dalam beberapa waktu berbeda dan di dalamnya menuliskan kata-kata kasar, namun tidak menyebutkan secara jelas kepada siapa kata-kata kasar tersebut ditujukan (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 2172 K/Pid.Sus/2015)
Menulis dan mengirimkan surat elektronik melalui akun fiktif kepada beberapa orang yang isinya foto-foto vulgar pelaku bersama orang lain dan disertai tulisan yang seolah-olah dibuat oleh orang lain tersebut (lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 1041 K/Pid.Sus/2011)

Dari sejumlah perkara penghinaan berdasarkan UU ITE tersebut, mayoritas diputus bersalah dan dijatuhi hukuman, namun terdapat juga sejumlah perkara yang akhirnya diputus bebas oleh pengadilan. Dasar putusan yang membebaskan tersebut umumnya karena tidak terpenuhinya unsur-unsur tindak pidana pencemaran, misalnya informasi yang disampaikan adalah penting untuk publik (isu kepentingan umum), informasi tidak dilakukan di muka umum (privat), informasi tersebut mengandung kebenaran (fakta) dan informasi yang disebarakan merupakan kritik pada pejabat publik.^[147] Dari pembacaan putusan kasus-kasus tersebut, misalnya dalam kasus Prita Mulyasari (seorang ibu rumah tangga) dan Erick Limar (seorang karyawan swasta), putusan bebas tidak terlepas dari kedalaman analisis terhadap fakta-fakta dan penerapan hukum dari majelis hakim dan fungsi MA yang mempunyai kewenangan mengoreksi putusan pengadilan di tingkat pertama dan banding, terutama dalam memastikan bahwa pernyataan, pendapat, keluhan, kritik dan penyebaran informasi tertentu, yang kesemuanya adalah cakupan kebebasan berekspresi, adalah ekspresi-ekspresi yang dilindungi.

Selengkapnya mengenai tren bentuk ekspresi yang dipidana berdasarkan pencemaran dan fitnah dalam KUHP maupun UU ITE dapat dilihat dalam buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 74-82.

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

4. Tindak Pidana Penghinaan dalam KUHP 2023

4.1 Perbandingan Rumusan Pencemaran dan Fitnah dalam KUHP dan KUHP 2023

Seperti yang diuraikan dalam paragraf sebelumnya, terdapat berbagai macam delik dalam Bab Tindak Pidana Penghinaan KUHP 2023. Namun, pembahasan bagian ini hanya akan berfokus kepada dua tindak pidana yang umum terjadi dalam konteks penghinaan, yaitu pencemaran dan fitnah. Selain itu, oleh karena dalam pasal pencemaran terdapat unsur utama "menyerang kehormatan atau nama baik" yang juga digunakan dalam beberapa pasal penghinaan lainnya, maka pembahasan menjadi perlu untuk lebih berfokus pada tindak pidana pencemaran.

Salah satu tindak pidana yang paling sering diterapkan dalam konteks penghinaan adalah tindak pidana pencemaran. **Delik pencemaran dalam KUHP 2023** diatur pada Pasal 433, sementara dalam KUHP pencemaran diatur dalam Pasal 310. Perbandingan rumusan keduanya adalah sebagai berikut:

Tabel 4.
Rumusan Pasal Pencemaran dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026

Rumusan KUHP	Rumusan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026
Pasal 310 1. Barang siapa sengaja menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal, yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum, diancam karena pencemaran dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah. 2. Jika hal itu dilakukan dengan tulisan atau gambaran yang disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, maka diancam karena pencemaran tertulis dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah. 3. Tidak merupakan pencemaran atau pencemaran tertulis, jika perbuatan jelas dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa untuk membela diri. Pasal 433	Pasal 433 1. Setiap Orang yang dengan lisan menyerang kehormatan atau nama baik orang lain dengan cara menuduhkan suatu hal, dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum, dipidana karena pencemaran, dengan pidana penjara paling lama 9 (sembilan) Bulan atau pidana denda paling banyak kategori II. 2. Jika perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan tulisan atau gambar yang disiarkan, dipertunjukkan, atau ditempelkan di tempat umum, dipidana karena pencemaran tertulis, dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun 6 (enam) Bulan atau pidana denda paling banyak kategori III. 3. Perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak dipidana jika dilakukan untuk kepentingan umum atau karena terpaksa membela diri.

Dari perbandingan kedua pasal tersebut, dapat ditemukan beberapa perbedaan. **Pertama**, unsur kesengajaan tidak terlihat pada Pasal 433 KUHP 2023, sedangkan Pasal 310 KUHP secara eksplisit menyebutkan unsur kesengajaan. Unsur kesengajaan pada KUHP 2023 sebenarnya tidak dihapus, karena Pasal 36 KUHP 2023 telah mengatur bahwa setiap orang hanya dapat dimintai pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja atau karena kealpaan dan perbuatan yang dapat dipidana merupakan tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja. Hal ini kemudian diperjelas melalui penjelasan Pasal 36 yang menguraikan bahwa setiap tindak pidana harus selalu dianggap dilakukan dengan sengaja dan unsur kesengajaan ini harus dibuktikan pada setiap tahap pemeriksaan perkara. Dengan demikian, unsur kesengajaan tetap harus diperiksa oleh pengadilan ketika berhadapan dengan terdakwa yang didakwa dengan Pasal 433 KUHP 2023.

Kedua, Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023 disertai dengan penjelasan atas substansi pasal tersebut. Dalam penjelasan pasal tersebut diuraikan bahwa:

- perbuatan pencemaran memiliki dampak merugikan bagi orang yang dituduh;
- perbuatan yang dituduhkan tidak harus suatu tindak pidana;
- objek yang dituduh adalah orang perseorangan; dan
- penistaan terhadap lembaga pemerintah atau sekelompok orang tidak termasuk ketentuan pasal ini.

Adanya penjelasan pasal ini merupakan suatu hal baru dalam perumusan delik pencemaran karena pada KUHP tidak terdapat penjelasan mengenai pasal tindak pidana pencemaran. Selain itu, penjelasan Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023 juga penting karena hal-hal yang dijelaskan adalah isu hukum yang sering menjadi perdebatan di masyarakat. Berdasarkan penjelasan, Pasal 433 KUHP 2023 hanya bisa diterapkan terhadap perbuatan pencemaran yang menyerang reputasi

orang perorangan dan tidak terhadap lembaga atau kelompok orang. Selain itu, salah satu faktor lain yang perlu diperiksa adalah apakah perbuatan pencemaran yang didakwakan menimbulkan kerugian bagi orang yang dituduh.

Kemudian, Pasal 434-435 **KUHP 2023 mengatur pula delik fitnah**, sebagaimana KUHP juga mengatur delik fitnah melalui Pasal 311-314 KUHP. Perbandingan rumusan delik fitnah tersebut adalah sebagai berikut:

Tabel 5.
Rumusan Pasal Fitnah dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026

Rumusan KUHP	Rumusan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026
<p>Pasal 311</p> <p>(1). Jika yang melakukan kejahatan pencemaran atau pencemaran tertulis dibolehkan untuk membuktikan apa yang dituduhkan itu benar, tidak membuktikannya, dan tuduhan dilakukan bertentangan dengan apa yang diketahui, maka dia diancam melakukan fitnah dengan pidana penjara paling lama empat tahun.</p> <p>(2). Pencabutan hak-hak berdasarkan pasal 35 No. 1 - 3 dapat dijatuhkan</p> <p>Pasal 312 Pembuktian akan kebenaran tuduhan hanya dibolehkan dalam hal-hal berikut:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. apabila hakim memandang perlu untuk memeriksa kebenaran itu guna menimbang keterangan terdakwa, bahwa perbuatan dilakukan demi kepentingan umum, atau karena terpaksa untuk membela diri; 2. apabila seorang pejabat dituduh sesuatu hal dalam menjalankan tugasnya. <p>Pasal 313</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Pembuktian yang dimaksud dalam pasal 312 tidak dibolehkan, jika hal yang dituduhkan hanya dapat dituntut atas pengaduan dan pengaduan tidak dimajukan 	<p>Pasal 434</p> <ol style="list-style-type: none"> (1). Jika Setiap Orang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 433 diberi kesempatan membuktikan kebenaran hal yang dituduhkan tetapi tidak dapat membuktikannya, dan tuduhan tersebut bertentangan dengan yang diketahuinya, dipidana karena fitnah, dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV. (2). Pembuktian kebenaran tuduhan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), hanya dapat dilakukan dalam hal: <ol style="list-style-type: none"> a. hakim memandang perlu untuk memeriksa kebenaran tuduhan tersebut guna mempertimbangkan keterangan terdakwa bahwa terdakwa melakukan perbuatan tersebut untuk kepentingan umum atau karena terpaksa untuk membela diri; atau b. Pejabat dituduh melakukan suatu hal dalam menjalankan tugas jabatannya. <p><i>Penjelasan huruf a:</i> <i>Dalam hal pelaku Tindak Pidana sebagaimana dimaksud dalam ketentuan ini diberi kesempatan oleh hakim untuk membuktikan kebenaran dari apa yang dituduhkan, tetapi ia tidak dapat membuktikan bahwa yang dituduhkan itu benar, pelaku Tindak Pidana dipidana sebagai pemfitnahan</i></p> <ol style="list-style-type: none"> (3). Pembuktian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak dapat dilakukan jika hal yang dituduhkan tersebut hanya dapat dituntut atas pengaduan, sedangkan pengaduan tidak diajukan.
<p>Pasal 314</p> <ol style="list-style-type: none"> (1). Jika yang dihina, dengan putusan hakim yang menjadi tetap, dinyatakan bersalah atas hal yang dituduhkan, maka pemidanaan karena fitnah tidak mungkin. (2). Jika dia dengan putusan hakim yang menjadi tetap dibebaskan dari hal yang dituduhkan, maka putusan itu dipandang sebagai bukti sempurna bahwa hal yang dituduhkan tidak benar. (3). Jika terhadap yang dihina telah dimulai penuntutan pidana karena hal yang dituduhkan padanya, maka penuntutan karena fitnah dihentikan sampai mendapat putusan yang menjadi tetap tentang hal yang dituduhkan 	<p>Pasal 435</p> <ol style="list-style-type: none"> (1). Jika putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap menyatakan orang yang dihina bersalah atas hal yang dituduhkan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 434, tidak dapat dipidana karena fitnah. <p><i>Penjelasan:</i> <i>Jika orang yang dihina, yaitu yang dituduh telah melakukan sesuatu perbuatan dan karenanya terserang kehormatan atau nama baiknya, dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap ternyata memang bersalah atas hal yang dituduhkan, terhadap penuduh tidak boleh dilakukan pemidanaan karena fitnah.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> (2). Jika dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap orang yang dihina dibebaskan dari hal yang dituduhkan, putusan tersebut dianggap sebagai bukti sempurna bahwa hal yang dituduhkan tersebut tidak benar (3). Jika penuntutan pidana terhadap yang dihina telah dimulai karena hal yang dituduhkan padanya, penuntutan karena fitnah ditangguhkan sampai ada putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap mengenai hal yang dituduhkan.

Dari pembacaan terhadap rumusan pasal tindak pidana fitnah pada KUHP dan KUHP 2023, dapat disimpulkan bahwa tidak terdapat banyak perubahan terkait rumusan perbuatan yang dapat dipidana. Hal yang berbeda salah satunya adalah bahwa norma-norma hukum yang dalam KUHP diatur di pasal-pasal berbeda (Pasal 311, Pasal 312, dan Pasal 313) telah digabung ke dalam satu pasal yang sama dalam KUHP 2023, yaitu Pasal 434. Selain itu, opsi-opsi pencabutan hak terpidana, yang sebelumnya diatur di pasal yang sama dengan rumusan delik di Pasal 311 KUHP, saat ini menjadi pasal yang berdiri sendiri dalam Pasal 442 KUHP 2023 dan menjadi berlaku untuk segala jenis tindak pidana penghinaan. Kemudian, Pasal 434 KUHP 2023 juga memiliki penjelasan pasal, walaupun pada dasarnya isinya tidak berbeda jauh dengan norma hukum yang sudah diuraikan dalam batang tubuh.

4.2 Pemberatan Pidana Delik Penghinaan di Ranah Digital

Salah satu pengaturan baru dalam KUHP 2023 adalah adanya pemberatan pidana terhadap tindak pidana penghinaan yang dilakukan dengan sarana teknologi informasi. Hal ini tidak diatur dalam KUHP. Pemberatan pidana tindak pidana penghinaan yang diatur dalam KUHP hanya berlaku apabila yang dihina adalah seorang pejabat pada waktu atau karena menjalankan tugasnya yang sah. Pemberatan karena penghinaan terhadap pejabat ini diatur juga dalam KUHP 2023, yaitu dalam Pasal 441 ayat (2). Sementara itu, pemberatan pidana karena penggunaan sarana teknologi informasi dalam melakukan penghinaan diatur dalam Pasal 441 ayat (1) KUHP 2023, yang menguraikan sebagai berikut:

Ketentuan pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 433 sampai dengan Pasal 439 dapat ditambah 1/3 (satu per tiga) jika dilakukan dengan sarana teknologi informasi.

Sebagaimana diketahui secara umum, Indonesia memiliki pengaturan khusus terkait kejahatan melalui sarana teknologi informasi, yaitu Undang-Undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE). Dalam undang-undang tersebut diatur mengenai tindak pidana penghinaan yang dilakukan melalui sistem elektronik. Namun, dengan adanya ketentuan dalam KUHP 2023 ini, rumusan pasal penghinaan melalui sistem elektronik beserta ancaman pidananya di dalam UU ITE telah dihapus dan digantikan dengan Pasal 441 KUHP 2023.^[148] Oleh karena itu, pengadilan perlu memperhatikan norma pemberatan sanksi ini ketika berhadapan dengan perkara penghinaan yang melibatkan sarana teknologi informasi dalam pelaksanaannya.

4.3 Memahami Ketentuan Tindak Pidana Penghinaan dalam Kerangka Hukum Nasional dan Hukum HAM

4.3.1 Konsep Umum Pidana Pencemaran dan Fitnah dalam Hukum Nasional

Hal pertama yang penting diperhatikan dalam melakukan penerapan pasal tindak pidana pencemaran dan fitnah adalah adanya ketentuan Pasal 440 KUHP 2023. Pasal 440 tersebut mengatur bahwa Pasal 433 (pencemaran), Pasal 434 (fitnah), dan Pasal 436 sampai Pasal 438 tidak dapat dituntut jika tidak ada pengaduan dari korban tindak pidana. Oleh karena itu, pengadilan perlu memeriksa apakah benar pengaduan telah dilakukan dan apakah benar yang melakukan pengaduan adalah korban.

Kemudian, oleh karena unsur tindak pidana pencemaran dan fitnah dalam KUHP 2023 tidak mengalami perubahan dari KUHP, maka pada dasarnya dokumen-dokumen rujukan serta penafsiran-penafsiran ahli hukum terkait ketentuan penghinaan dalam KUHP tetap bisa dirujuk dan digunakan oleh hakim dalam menginterpretasikan unsur-unsur pasal pencemaran dan fitnah dalam KUHP 2023. Lebih lanjut lagi, oleh karena KUHP juga disusun dengan menyadur ketentuan pidana KUHP Belanda, maka penjelasan-penjelasan dari KUHP Belanda menjadi relevan pula untuk diperhatikan.

Dalam memahami konteks pidana penghinaan secara umum, R. Soesilo memiliki pandangan yang masih relevan untuk dijadikan rujukan meskipun konteks pandangannya adalah terkait Pasal 310 KUHP. Menurut R. Soesilo, pemaknaan terhadap unsur-unsur dari tindak pidana pencemaran adalah sebagai berikut:^[149]

- a. "Menghina" adalah menyerang kehormatan dan nama baik seseorang dan yang diserang tersebut biasanya merasa malu.
- b. "Kehormatan" yang menjadi objek serangan adalah hanya terkait nama baik, bukan "kehormatan" dalam konteks seksual.

[148] Lihat Pasal 622 ayat (10) huruf b KUHP 2023.

[149] R. Soesilo, KUHP serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal, (Bogor: Politeia, 2013), hal. 225-226.

- c. Objek dari penghinaan harus manusia atau individu, bukan instansi pemerintah atau pengurus suatu perkumpulan atau segolongan penduduk atau kualifikasi lainnya. Terhadap objek-objek tersebut sudah ada pengaturan di pasal lain.
- d. Terkait unsur "menuduhkan sesuatu hal", tidak harus tuduhannya mengenai perbuatan yang dapat dipidana, tetapi cukup perbuatan yang sifatnya memalukan.
- e. Pencemaran nama baik (penistaan) tidak perlu dilakukan di muka umum. Perbuatan ini sudah cukup dikatakan terbukti apabila pelaku ada maksud untuk menyiarkan tuduhan yang ia sampaikan.

Sebagian besar dari pandangan R. Soesilo tersebut telah tercantum dalam penjelasan Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023. Hanya saja dalam hal dampak dari tindak pidana pencemaran, KUHP 2023 menjelaskan bahwa perbuatan pencemaran "memiliki dampak merugikan bagi orang yang dituduh", sehingga dalam konteks ini pengertiannya bisa lebih luas dari sekadar merasa malu. Sebagai catatan, konteks pidana penghinaan pada dasarnya tidak sekadar untuk melindungi orang dari rasa malu, tetapi sebagai perlindungan dari kerusakan terhadap reputasinya (lihat penjelasan lebih lanjut pada bagian penerapan unsur kesengajaan).

Selain itu, penting juga melihat bagaimana latar belakang pengaturan delik penghinaan dalam KUHP Belanda. Padanan delik penghinaan KUHP Indonesia di dalam KUHP Belanda tercantum dalam Pasal 261-Pasal 271 KUHP Belanda. Risalah pembahasan KUHP Belanda (*Memorie van Toelichting/MvT*) menjelaskan bahwa terdapat tiga prinsip utama yang wajib diperhatikan dalam mempertimbangkan kasus penghinaan, yakni:

- a. tiada penghinaan (*belediging*) tanpa adanya kesengajaan untuk menghina;
- b. tiada fitnah (*laster*) tanpa terbukti-ternyata adanya kesengajaan perihal ketidakbenaran/kebohongan dari tuduhan yang disampaikan (*opzettelijke onwaarheid der betigting*); dan
- c. tiada pemeriksaan atas kebenaran atau kebohongan terkecuali dalam hal-hal (kasus) yang disebutkan dalam undang-undang.^[150]

Latar belakang pemikiran inilah yang diadopsi ketika Pemerintah Hindia Belanda menyusun KUHP untuk wilayah jajahan Hindia Belanda (yang kemudian disahkan menjadi KUHP).

Serupa dengan KUHP, ketentuan pencemaran dalam KUHP 2023 juga memiliki dasar penghapusan pidana sebagaimana tercantum dalam Pasal 433 ayat (3). Dasar penghapusan pidana tersebut adalah apabila orang yang diduga melakukan pencemaran ternyata melakukan perbuatan tersebut untuk "kepentingan umum" atau karena terpaksa membela diri. Merujuk pendapat Sianturi terhadap penghinaan dalam KUHP, frasa "kepentingan umum" dimaknai bahwa tujuan pelaku menuduhkan sesuatu hal tersebut adalah agar masyarakat umum waspada kepada oknum yang "dicemarkan" itu^[151].

Dari berbagai pandangan tersebut, sejumlah pemahaman yang penting dijadikan dasar berpikir dalam menginterpretasikan pasal pencemaran adalah:^[152]

- a. Suatu perbuatan tidak tergolong pencemaran apabila dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa membela diri.
- b. Dalam memeriksa perkara pencemaran, unsur kesengajaan, dalam arti niat untuk mencemarkan kehormatan atau reputasi, harus dibuktikan.
- c. Delik pencemaran hanya dapat dituntut apabila jelas ada pihak yang merasa dirugikan atas tindakan pencemaran.
- d. Objek pencemaran adalah seorang individu, sehingga perbuatan yang dianggap "menghina" nama organisasi atau korporasi tidak bisa dipersalahkan karena pencemaran.
- e. Perbuatan pencemaran tidak harus terjadi di tempat umum tetapi lebih menekankan kepada maksud dari pelaku agar hal yang dituduhkan diketahui oleh masyarakat umum.

Terkait dengan tindak pidana fitnah, rumusan pengaturannya dalam KUHP 2023 juga serupa dengan KUHP. Pada intinya, perbuatan yang dilarang dalam Pasal 434 KUHP 2023 adalah perbuatan-perbuatan yang sama seperti yang diatur Pasal 433 ayat (1) dan ayat (2) KUHP 2023, yaitu pencemaran dan pencemaran tertulis. Tetapi, tindak pidana ini mempunyai unsur tambahan, yaitu jika orang yang melakukan delik pencemaran atau pencemaran tertulis tersebut diberikan

[150] Arsil (Ed.), *Terjemahan Beberapa Bagian Risalah Pembahasan Wetboek van Strafrecht dan Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsche Indië (KUHP Belanda dan KUHP Indonesia)*, (Jakarta: ICJR, 2021), hal. 406.

[151] S. R. Sianturi, *Tindak Pidana di KUHP Beserta Uraianannya*, (Jakarta: Alumnus, 1983), hal. 572.

[152] LeIP, *Melindungi Ekspresi...*, Op. Cit., hal. 103.

kesempatan membuktikan tuduhannya, tetapi ternyata ia tidak dapat membuktikan bahwa tuduhannya benar dan juga melakukan tuduhan tersebut padahal mengetahui bahwa tuduhannya tidak benar. Dalam MvT KUHP Belanda, tindak pidana fitnah dipahami sebagai berikut:

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

Dengan demikian, dalam konteks tindak pidana fitnah perlu dibuktikan bahwa orang tersebut juga dengan penuh kesadaran atau dengan akal sehatnya menuduhkan sesuatu yang ia tahu hal itu tidak benar, selain bahwa orang yang menyampaikan tuduhan itu tidak dapat membuktikan kebenaran tuduhannya. Jika hal ini tidak terpenuhi, maka orang tersebut tidak dapat dihukum dengan pidana fitnah.

Jika dibandingkan dengan prinsip-prinsip pembatasan hak atas kebebasan berekspresi, maka secara umum pengaturan pidana penghinaan dalam KUHP 2023 telah sesuai dengan alasan pembatasan yang sah menurut KIHSP, yaitu untuk melindungi reputasi orang lain. Terdapat juga penjelasan Pasal 433 KUHP 2023 dan pendapat ahli terhadap ketentuan hukum nasional yang menguatkan bahwa perlindungan atas reputasi hanya diberlakukan terhadap individu atau perorangan, bukan jabatan, lembaga, atau lainnya.

4.3.2 Pemaknaan Unsur Kesengajaan dalam Penghinaan

Merujuk kepada *Memorie van Toelichting* (MvT) tentang Bab Penghinaan dalam KUHP Belanda, salah satu prinsip dalam menilai suatu perbuatan termasuk penghinaan adalah tiada penghinaan tanpa adanya kesengajaan (*opzet*) untuk menghina^[153], sehingga kehendak pelaku seharusnya merupakan faktor paling besar yang mempengaruhi penilaian hakim. MvT KUHP Belanda juga menjelaskan bahwa syarat utama dari penghinaan adalah adanya *animus injuriandi*, yaitu maksud untuk menjatuhkan harga diri orang lain (*eergevoel te krenken*) ataupun untuk mengurangi/merendahkan harga diri seseorang di mata orang-orang lain.^[154] Penjelasan dalam MvT KUHP Belanda tersebut sesuai dengan prinsip dalam hukum Romawi Kuno, yaitu perlunya *animus injuriandi*, yang secara sederhana diartikan sebagai niat untuk menghina (mencederai kehormatan atau nama baik).^[155]

Dalam sejarahnya, doktrin yang berasal dari hukum Romawi kuno ini digunakan dalam penegakan hukum-hukum yang terkait tindakan penghinaan. *Animus injuriandi* menjadi elemen kunci karena di situ melekat sifat jahat dari tindakan penghinaan. Hukum Romawi kuno tidak mensyaratkan adanya elemen kebenaran atau fakta untuk menilai suatu kata-kata atau ekspresi termasuk delik penghinaan atau bukan, karena kata-kata atau ekspresi yang bermuatan fakta tetap dapat bersifat jahat. Seseorang tidak dapat dengan mudah membela diri bahwa kata-kata atau ekspresi yang ia sampaikan mengandung kebenaran untuk bisa bebas dari tuduhan melakukan penghinaan. Kata-kata, tulisan, gambar, atau ekspresi yang berisi fakta atau kebenaran tetap dapat dihukum sebagai penghinaan apabila terbukti dalam perbuatan pelaku ada niat untuk merusak reputasi orang lain.^[156]

Pendekatan tersebut serupa dengan pendekatan di Indonesia terhadap delik pencemaran. Rumusan pidana pencemaran pada Pasal 310 KUHP maupun Pasal 433 KUHP 2023 sama sekali tidak menyebutkan elemen ada atau tidaknya kebenaran/fakta dalam tuduhan sebagai bagian dari unsur pasal yang harus dibuktikan. Kesengajaan dalam tindak pidana pencemaran menjadi tergambar sebagai *animus injuriandi* ketika ia dikaitkan secara menyeluruh dengan unsur perbuatan "menyerang kehormatan atau nama baik orang lain dengan cara menuduhkan suatu hal, dengan maksud agar hal tersebut diketahui umum". Keseluruhan rangkaian unsur ini memperlihatkan bahwa sebenarnya tindak pidana pencemaran mensyaratkan adanya *animus injuriandi* atau niat untuk mencederai kehormatan.^[157] Sebaliknya, apabila unsur kesengajaan hanya dilekatkan kepada unsur "menyerang kehormatan atau nama baik orang lain",

[153] Arsil (Ed.), Terjemahan Beberapa Bagian Risalah Pembahasan..., Loc. Cit.


[154] *Ibid.*

[155] Eric Descheemaeker, *A Man of Bad Character has Not So Much to Lose: Truth as a Defence in the South African Law of Defamation*, (Edinburgh: University of Edinburgh School of Law, 2011), hal. 3. Dapat diakses di http://www.law.ed.ac.uk/file_download/publications/2_201_amanofbadcharacterhasnotsomuchtolostrut.pdf.

[156] *Ibid.*, hal. 4-8.

[157] LeIP, *Melindungi Ekspresi...*, Op. Cit., hal. 107.

maka risikonya adalah kesengajaan yang dibuktikan semata-mata hanya mengenai perbuatan yang menimbulkan ketersinggungan bagi orang yang dihina. Padahal, sifat jahat yang ingin direspon oleh keberadaan pasal penghinaan adalah niat untuk mencederai kehormatan orang lain, bukan semata-mata mengenai niat untuk menyinggung orang lain. Maka, prinsip *animus injuriandi* harus diterapkan dalam pembuktian tindak pidana pencemaran. Pengaturan ini juga serupa dengan bagaimana KUHP Belanda mengatur delik penghinaan sebagaimana telah dijelaskan dalam paragraf-paragraf sebelumnya.^[158]



Dalam konteks hak atas kebebasan berekspresi, hukum HAM internasional pada dasarnya mengakui adanya pembelaan berdasarkan kebenaran pernyataan (*defence of truth*), di mana suatu perbuatan yang menyerang reputasi orang lain dapat dibenarkan apabila di dalamnya terkandung fakta/kebenaran. Meskipun menurut hukum nasional suatu ekspresi atau pernyataan yang mengandung fakta/kebenaran tetap dapat digolongkan sebagai pencemaran, konteks *defence of truth* juga sebenarnya diakui dalam hukum nasional, tetapi dengan memenuhi prasyarat tertentu. Uraian selengkapnya dapat dilihat dalam buku "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia" hal. 106-108.

Selanjutnya, hal lain yang perlu diperiksa oleh pengadilan adalah jenis kesengajaan. Dalam doktrin hukum pidana terdapat tiga jenis kesengajaan yaitu: kesengajaan sebagai maksud (*opzet als oogmerk*); 2) kesengajaan dengan kesadaran kepastian (*opzet bij zekerheids-bewustzijn*); dan 3) kesengajaan dengan kesadaran kemungkinan (*opzet bij mogelijkheden-bewustzijn*). Namun, dengan merujuk kepada sejarah mengenai *animus injuriandi* dan penjelasan dalam MvT KUHP Belanda, pada dasarnya dapat disimpulkan bahwa sifat jahat dari tindak pidana pencemaran melekat kepada tujuan dari perbuatan pelaku, yaitu untuk menjatuhkan harga diri orang lain. Dengan demikian, untuk dapat dipidana, perbuatan pencemaran harus memiliki hanya satu tujuan yaitu untuk menjatuhkan kehormatan atau merusak reputasi orang lain. Maka, jenis kesengajaan yang paling tepat dipertimbangkan untuk membuktikan unsur kesengajaan dalam delik pencemaran adalah kesengajaan sebagai maksud (*opzet als oogmerk*) dan maksud itu adalah mencederai kehormatan orang lain.^[159]

4.3.3 Pemaknaan Unsur "Menyerang Kehormatan atau Nama Baik Orang Lain"

Dalam konteks penerapan unsur "menyerang kehormatan atau nama baik orang lain", hal yang perlu diperhatikan adalah elemen "orang lain" yang berarti bahwa objek penghinaan haruslah individu atau perorangan. Prinsip-prinsip HAM yang dijelaskan lewat instrumen HAM internasional serta yurisprudensi pengadilan HAM regional telah menjelaskan secara konsisten bahwa perlindungan atas reputasi yang menjadi alasan pembatasan kebebasan berekspresi hanya dapat diterapkan terhadap individu.

Secara historis, KUHP Belanda yang menjadi sumber acuan KUHP juga menguatkan bahwa yang ingin dilindungi oleh keberadaan pasal penghinaan adalah individu dan bukan lembaga atau entitas lainnya. Dalam laporan *Tweede Kamer* (Majelis Rendah) Kerajaan Belanda saat itu mengenai bab penghinaan dalam Buku II KUHP Belanda, dijelaskan bahwa muncul pertanyaan mengenai apakah perbuatan menghina *personae morales* (korporasi atau badan hukum) atau yang ditujukan kepada kumpulan orang-orang yang, misalnya, menganut atau mendukung paham liberalisme dan lain sebagainya dapat diancam pidana. Jawaban dari pembentuk KUHP Belanda pada saat itu adalah negatif, dalam arti bentuk perbuatan tersebut tidak dapat dihukum pidana karena tidak termasuk dalam perbuatan menghina seseorang.^[160]

Senada dengan rujukan-rujukan tersebut, penjelasan Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023 juga menguraikan bahwa tindak pidana menurut ketentuan pasal tersebut objeknya adalah orang perseorangan. Oleh karena itu, saat ini dengan berlakunya KUHP 2023, telah dengan jelas diatur bahwa objek yang dihina dari tindak pidana penghinaan harus individu. Penerapan ketentuan pidana penghinaan untuk melindungi reputasi entitas selain individu harus dianggap bertentangan dengan hukum.

[158] *Ibid.*

[159] *Ibid.*, hal. 108-109.

[160] Arsil (Ed.), *Terjemahan Beberapa Bagian Risalah Pembahasan...*, Op. Cit., hal. 7-9.

4.3.4 Pemaknaan Unsur “Menuduhkan Suatu Hal”

Dalam konteks tindak pidana pencemaran, pencemaran tertulis, dan fitnah, salah satu unsur perbuatannya adalah “menuduhkan suatu hal”. Penerapan unsur ini pada dasarnya cukup sederhana karena, sesuai dengan pandangan R. Soesilo, hal yang harus diperhatikan oleh pengadilan adalah tuduhan tidak harus mengenai perbuatan yang dapat dipidana, tetapi cukup perbuatan yang sifatnya memalukan. Hal yang sama juga diuraikan oleh penjelasan Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023, yaitu bahwa perbuatan yang dituduhkan tidak perlu harus suatu tindak pidana. Dari penjelasan-penjelasan tersebut, perlu dipahami bahwa tuduhan yang dimaksud dalam ketentuan pidana penghinaan adalah suatu perbuatan, bukan kalimat atau frasa cacian atau makian.

Terkait kalimat atau frasa berupa cacian atau makian, Bab Tindak Pidana Penghinaan KUHP 2023, sebagaimana juga dengan KUHP, memiliki pasal lain yang ditujukan untuk menanggulangi perbuatan sejenis tersebut, yaitu penghinaan ringan. Pidana penghinaan ringan, dilihat dari rumusan unsur dan penjelasannya, pada dasarnya adalah penghinaan yang dilakukan dengan mengeluarkan perkataan yang tidak senonoh terhadap orang lain tanpa adanya unsur “dengan cara menuduhkan suatu hal dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”. Oleh karena itu, untuk menjamin kepastian hukum, dalam memeriksa perkara tindak pidana pencemaran, pencemaran tertulis, dan fitnah, pengadilan harus memeriksa tuduhan yang disampaikan pelaku di mana tuduhan tersebut harus berupa suatu perbuatan, bukan sekadar kalimat atau frasa cacian dan makian.

Masalah lainnya yang perlu diperhatikan oleh pengadilan dalam memeriksa unsur “menuduhkan suatu hal” adalah konteks dari pernyataan atau ekspresi yang disampaikan pelaku. Hal ini penting untuk menghindari kelemahan penafsiran gramatikal yang sering dilakukan dalam tindak pidana penghinaan, utamanya di bawah rezim KUHP. Dalam studi yang dilakukan Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP), terdapat putusan-putusan pengadilan yang mempertimbangkan konteks ekspresi atau pernyataan terdakwa dalam perkara penghinaan dan ada juga putusan-putusan pengadilan yang sekadar menafsirkan secara gramatikal pernyataan terdakwa yang diperkarakan. Sebagai contoh, dalam suatu perkara di Pengadilan Negeri Luwuk, seorang terdakwa dipidana karena menuduh seseorang sebagai “pencuri” karena orang tersebut melakukan kegiatan pembangunan di atas tanah yang terdakwa klaim sebagai miliknya. Tuduhan “pencuri” tersebut seharusnya dipahami dalam konteks konflik kepemilikan tanah yang terdakwa alami di mana ia merasa emosi karena tanahnya digunakan secara sewenang-wenang oleh orang lain.^[161] Dalam perkara lain di Pengadilan Negeri Sanggau, seorang terdakwa dipidana karena penghinaan setelah ia melontarkan tuduhan kepada suatu perusahaan bahwa perusahaan tersebut telah mencuri tanah masyarakat dan mempunyai *backing* (pihak dengan pengaruh besar yang menjadi pelindung). Hal tersebut terjadi karena terdakwa merasa kesal karena walaupun ia sudah melepaskan tanahnya untuk perusahaan tersebut, tetapi ganti rugi dari perusahaan tidak pernah ia terima, padahal ia sudah berkali-kali berupaya menuntut haknya ke perusahaan tersebut.^[162]

Dari kedua contoh tersebut, menjadi penting untuk memikirkan perlindungan terhadap kebebasan berekspresi dari kacamata konteks yang melingkupi ekspresi atau pernyataan yang diperkarakan. Persoalan konteks pernyataan menjadi salah satu hal yang dipertimbangkan oleh Pengadilan HAM Afrika dalam kasus *Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda* di mana pengadilan HAM regional tersebut menyatakan secara jelas bahwa tidaklah tepat untuk menjatuhkan hukuman pidana terhadap ekspresi yang disalahartikan konteksnya.

Persoalan konteks juga terkait erat dengan prinsip HAM yang muncul dari yurisprudensi pengadilan HAM regional, sebagaimana telah dijelaskan dalam paragraf-paragraf sebelumnya. Dalam konteks hak atas kebebasan berekspresi, suatu ekspresi dapat dikategorikan sebagai pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Hal ini relevan misalnya dalam perkara yang diputus Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag. Terdakwa dalam kasus tersebut menyampaikan bahwa pihak perusahaan mencuri tanah masyarakat dan mempunyai *backing*. Dalam pertimbangan putusan tersebut, Pengadilan Negeri Sanggau tidak lebih dalam memeriksa apakah pernyataan terdakwa dianggap sebagai *statement of facts* atau *value judgment*.

Dalam konteks hukum Indonesia, perbedaan antara opini dan pernyataan mengenai fakta menjadi relevan ketika dihubungkan dengan keberadaan Pasal 434 KUHP yang membolehkan pembuktian kebenaran, walaupun terbatas dalam beberapa kondisi, salah satunya yaitu dalam kondisi di mana hakim memandang perlu untuk menimbang apakah perbuatan terdakwa dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa membela diri. Alasan “demi kepentingan umum” dan “membela diri” ini telah diatur dalam Pasal 433 ayat (3) KUHP 2023, sehingga perbuatan pencemaran

[161] LeIP, *Melindungi Ekspresi...*, Op. Cit., hal. 145. Lihat juga Putusan PN Luwuk No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk., hal. 7-8.

[162] LeIP, *Melindungi Ekspresi...*, *Ibid.* Lihat juga Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag, hal. 28.

atau fitnah yang dilakukan dengan alasan tersebut tidak dapat dipidana. Hal ini sejalan dengan standar hukum HAM internasional mengenai kebebasan berekspresi dalam Komentar Umum No. 34 yang menjelaskan bahwa pembelaan mengenai benar atau tidaknya pernyataan (*defence of truth*) harus diakomodir dalam pengaturan mengenai delik-delik penghinaan.^[163]


Sementara itu, ekspresi yang bersifat opini (*value judgment*) tidak perlu dibuktikan kebenarannya, sehingga ketika ekspresi tersebut pun dianggap tidak sejalan dengan fakta, ekspresi tersebut tidak dapat dibatasi. Berbagai pengadilan HAM regional juga telah secara konsisten menyatakan bahwa opini tidak dapat dimintai pembuktian kebenaran^[164], karena sifat utama dari opini memang bukan mengenai kebenaran atau kesalahan isi pernyataan sehingga tidak relevan apabila dikenakan tindak pidana pencemaran atau fitnah. Dalam contoh-contoh perkara di atas, pernyataan yang disampaikan oleh para terdakwa pada dasarnya lebih tepat dikategorikan sebagai opini (*value judgment*) karena, ketika melihat konteks perkara secara keseluruhan, pernyataan para terdakwa tersebut terbentuk dari penilaian atau aspirasi para terdakwa atas masalah pertanahan yang mereka alami sendiri. Seharusnya, pernyataan para terdakwa tidak dianggap sebagai pernyataan mengenai fakta.

Dengan demikian, dalam memeriksa kasus-kasus dugaan pencemaran atau fitnah, pengadilan seharusnya memeriksa konteks ekspresi terdakwa, bukan hanya memandang isi pernyataan dari sudut pandang gramatikal. Hal ini dalam rangka menjamin standar perlindungan hak atas kebebasan berekspresi diterapkan secara konsisten dengan hukum pidana nasional serta hukum HAM baik yang berlaku secara internasional maupun nasional. Dengan penerapan pasal yang konsisten dengan standar-standar hukum pidana dan hukum HAM, pengadilan dapat menjamin bahwa pemidanaan terhadap pencemaran atau fitnah hanya dilakukan terhadap kasus-kasus yang benar terdapat sifat jahat dalam perbuatan terdakwa.^[165]

4.3.5 Pemaknaan Unsur “Dengan Maksud Supaya Hal tersebut Diketahui Umum” dalam Pidana Pencemaran

Berkaca dari praktik penerapan pasal pencemaran dalam KUHP dan UU ITE, salah satu hal yang penting untuk diinterpretasikan secara hati-hati adalah unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”. Sebelum berlakunya KUHP 2023, unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” diatur dalam Pasal 310 ayat (1) KUHP. Kemudian, pada tahun 2008 UU ITE diundangkan dan di dalamnya diatur pula pidana pencemaran melalui sistem elektronik dengan adanya penambahan unsur “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya”. Dalam praktiknya, unsur ini diperlakukan serupa dengan unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” dalam KUHP.

Masalah yang muncul dari unsur tersebut dalam pasal pencemaran pada UU ITE adalah ketika definisi unsur “mendistribusikan” atau “mentransmisikan” atau “membuat dapat diaksesnya” membuat instrumen pidana bisa dengan mudah menyasar bentuk-bentuk komunikasi atau ekspresi dalam pembicaraan privat dan percakapan kelompok (*group chat*) dengan peserta terbatas di suatu sistem elektronik, misalnya aplikasi daring WhatsApp. Berbeda dengan ekspresi yang dilakukan di ranah luring (*offline*) di mana dengan jelas bisa diukur siapa saja pihak yang kemungkinan mengetahui ekspresi tersebut, dalam konteks penyampaian ekspresi di ranah daring (*online*), seringkali sulit untuk menilai jangkauan ekspresi tersebut akan sampai diketahui umum. Terlebih, dengan adanya perangkat teknologi yang memungkinkan penyebaran informasi secara mudah dan cepat; meskipun suatu ekspresi awalnya disampaikan lewat medium privat, tetapi dengan cepat bisa menjadi informasi publik sehingga mengakibatkan komunikasi dan korespondensi privat tersebut dianggap memenuhi unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”.^[166]



Contoh-contoh penerapan unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” dalam KUHP dan unsur “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya” dalam UU ITE oleh pengadilan selengkapnya dapat dilihat dalam buku “Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia” hal. 134-138.

Saat ini dengan adanya KUHP 2023, pidana penghinaan dalam UU ITE telah dihapus dan digantikan keberadaannya

[163] LeIP, *Melindungi Ekspresi...*, *Ibid.*, hal. 147.

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

[165] LeIP, *Melindungi Ekspresi...*, *Op. Cit.*, hal. 148.

[166] *Ibid.*, hal. 137.

oleh ketentuan pemberatan pidana penghinaan melalui sarana teknologi informasi yang diatur pada Pasal 441 ayat (1). Namun, oleh karena pidana penghinaan melalui sarana teknologi informasi atau elektronik tetap diatur dan bahkan menjadi pemberatan pidana, pengadilan tetap harus berhati-hati dalam menerapkan unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum" dalam Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023. Apabila unsur ini tidak diterapkan secara hati-hati, maka penggunaan sarana teknologi informasi tetap berpotensi menjadi masalah sebagaimana yang terjadi dengan pengaturan penghinaan pada UU ITE pada masa lalu.

Dalam unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum" terdapat elemen "dengan maksud" yang menggambarkan adanya elemen "tujuan" dan tujuan tersebut spesifik agar suatu hal "diketahui umum". Konsekuensinya, yang menjadi perlu dibuktikan adalah bahwa:^[167]

- (1). pelaku yang menuduhkan sesuatu hal tersebut menghendaki agar hal tersebut diketahui umum; dan
- (2). banyak orang menjadi mengetahui tuduhan tersebut.

Secara logis, rumusan ini membuat pengadilan tidak perlu mempertimbangkan terkait apakah perbuatan tersebut dilakukan di lokasi terbuka atau dekat jalan raya atau tempat publik lain. Sepanjang banyak orang lain atau masyarakat umum yang tadinya tidak tahu menjadi mengetahui tuduhan yang disampaikan pelaku dan itu semua terjadi berdasarkan kehendak pelaku, maka unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum" dianggap terpenuhi. Oleh karena itu, meskipun tidak dilakukan di ruang terbuka, suatu perbuatan pencemaran tetap dapat dipidana. Hal ini sejalan juga dengan pandangan R. Soesilo yang memandang unsur tersebut sudah terpenuhi apabila terbukti ada maksud dari pelaku agar tuduhannya tersiar atau tersebar, tidak perlu dengan melakukannya di ruang terbuka.^[168] Oleh karena itu, penerapan unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum" dalam Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023 harus berfokus kepada elemen niat atau kehendak dari pelaku, terlepas dari tempat di mana pelaku tersebut menyampaikan tuduhannya.

Sementara itu, dalam Pasal 433 ayat (2) KUHP 2023 terdapat unsur lain, yaitu "di tempat umum". Pasal mengenai pencemaran tertulis ini memiliki sedikit perbedaan dengan pasal pencemaran tertulis dalam KUHP di mana unsur yang serupa di dalam pasal tersebut adalah "di muka umum". Maka, terdapat dua hal yang perlu diperhatikan dalam penerapan Pasal 433 ayat (2). **Pertama**, inti perbuatan yang diancam pidana dalam Pasal 433 ayat (2) KUHP 2023 adalah sebenarnya sama dengan Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023. Hanya saja dalam ayat (2) ada tambahan unsur "dilakukan dengan tulisan atau gambar yang disiarkan, dipertunjukkan, atau ditempelkan di tempat umum". Oleh karena itu, unsur-unsur yang ada di dalam Pasal 433 ayat (1) harus dibuktikan juga, termasuk unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum".^[169]

Kedua, selain membuktikan terpenuhinya unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum", perlu juga membuktikan terpenuhinya unsur "di tempat umum". Unsur ini tidak dijelaskan batasannya oleh KUHP 2023, tetapi sebenarnya bisa diartikan lebih sempit daripada unsur "di muka umum" yang terdapat dalam pasal pencemaran tertulis dalam KUHP. Terhadap unsur "di muka umum" pada KUHP, para ahli hukum memunculkan pendapat berbeda: ada yang memandang bahwa perbuatannya dilakukan di tempat umum, tetapi ada juga yang memandang unsur tersebut tidak selalu harus diartikan bahwa perbuatan pencemaran tertulis dilakukan di tempat umum, melainkan cukup sepanjang perbuatan tersebut dapat didengar atau dilihat oleh umum.^[170] Dengan konteks pengaturan Pasal 433 ayat (2) KUHP 2023, maka saat ini perbuatan pencemaran tertulis hanya dapat diinterpretasikan sebagai perbuatan yang dilakukan di tempat yang bisa diakses oleh masyarakat umum.

Lebih penting lagi, penerapan unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum" maupun "di tempat umum" juga perlu dikaitkan dengan alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dalam konteks penghinaan, yaitu melindungi reputasi orang lain. Unsur ini harus dimaknai sebagai perlindungan kehormatan seseorang di hadapan publik dari ekspresi dalam bentuk lisan atau tulisan yang merendahkan martabat yang spesifik ditujukan untuk umum. Hal ini berarti bahwa komunikasi yang bersifat privat dan personal tidak dapat dipidana berdasarkan ketentuan pidana penghinaan. Di sisi lain, tidak semua bentuk pernyataan atau ekspresi yang pada akhirnya diketahui umum dapat dianggap memenuhi unsur "dengan maksud untuk diketahui umum" karena hal tersebut sangat bergantung kepada ada atau tidaknya maksud dari orang yang membuat pernyataan atau ekspresi tersebut untuk membuat pernyataannya atau ekspresinya tersebar luas.^[171]

[167] *Ibid.*, hal. 109.

[168] *Ibid.*, hal. 110.

[169] Logika berpikir yang sama digunakan juga dalam menerapkan unsur-unsur pasal fitnah dalam Pasal 434 KUHP 2023. Perbuatan pokok yang diancam pidana perlu dibuktikan terlebih dahulu.

[170] R. Soesilo memiliki perbedaan pandangan dengan Lamintang dan Wirjono Prodjodikoro terkait tafsir atas unsur "di muka umum" dalam KUHP. Lihat LeIP, *Melindungi Ekspresi...*, Op. Cit., hal. 109.

4.3.6 Pertimbangan Keperluan (Necessity) dan Proporsionalitas Pidana

Rumusan pasal-pasal delik penghinaan memang tidak mencantumkan unsur proporsionalitas dalam menjatuhkan pidana, tetapi hal tersebut sebenarnya telah menjadi prinsip umum yang harus dipraktikkan oleh pengadilan. Sejalan dengan hal tersebut, standar HAM dalam pembatasan hak atas kebebasan berekspresi juga tidak hanya berbicara mengenai pengaturan norma dalam undang-undang dan adanya alasan-alasan pembatasan yang sah. Prinsip HAM lain yang harus dipraktikkan adalah seberapa perlu untuk memidanakan perbuatan tersebut (*necessity*) dan apakah pidana yang dijatuhkan proporsional (*proportionality*). Kedua aspek ini adalah sebagian dari keseluruhan mekanisme pengujian yang menjadi standar pengadilan HAM regional dalam menguji sah atau tidaknya pembatasan hak oleh negara, yang sering disebut sebagai *three-part test* (pengujian tiga tahap).

Perlu ditekankan, pertimbangan mengenai keperluan (*necessity*) dan proporsionalitas (*proportionality*) baru bisa dilaksanakan apabila pengadilan telah menafsirkan dan menerapkan hukum secara tepat dan benar sehingga penentuan mengenai bersalah atau tidaknya terdakwa memang telah berdasarkan teori hukum pidana dan standar hukum HAM yang berlaku. Salah satu dokumen yang menjelaskan maksud prinsip *necessity* dan *proportionality* adalah Siracusa Principles. Dokumen tersebut menyatakan bahwa salah satu elemen penting *necessity* adalah bahwa pengadilan perlu mempertimbangkan mengenai ada atau tidaknya kebutuhan sosial atau kebutuhan publik yang mendesak untuk melakukan pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi seseorang (dalam hal ini melalui pidana).

Mengukur keperluan (*necessity*) dan proporsionalitas (*proportionality*) tentu perlu melihat kepada situasi kasus per kasus. Namun, data putusan pengadilan terkait penerapan pasal penghinaan dalam KUHP yang dikumpulkan oleh LelP menunjukkan bahwa penerapan pasal-pasal terkait pencemaran atau fitnah tidak selalu harus berujung dengan pemenjaraan. KUHP 2023 telah menyediakan alternatif hukuman non-pemenjaraan – misalnya pemaafan hakim, pidana pengawasan, dan pidana kerja sosial – untuk kasus-kasus di mana ekspresi yang dipermasalahkan memang memenuhi syarat untuk dibatasi melalui pidana. Pemahaman ini dibutuhkan untuk menghindari penjatuhan pidana yang eksekutif terhadap pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi.

Selanjutnya, spesifik terhadap ekspresi dalam dunia digital, merujuk kepada Laporan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berpendapat dan Bereksprei Frank La Rue, dunia internet memiliki karakteristik yang unik sehingga pembatasan ekspresi yang mungkin dianggap sah dan seimbang bagi media tradisional (*offline*) seringkali tidak layak diaplikasikan terhadap ekspresi lewat internet.^[172] La Rue mencontohkan, dalam kasus penghinaan di era internet, individu yang merasa nama baiknya tercemar bisa menggunakan hak jawabnya saat itu juga, sehingga sanksi pidana penghinaan lewat internet tidak perlu dijatuhkan.^[173] Situasi seperti ini menunjukkan bahwa ekspresi di medium internet dapat dibalas dengan hak jawab untuk mengklarifikasi atau melalui permintaan maaf dan koreksi atas informasi yang keliru oleh pihak yang menyampaikan ekspresinya dalam forum atau platform yang sama^[174], dan langkah ini merupakan langkah yang proporsional. Artinya, tindakan penghukuman atas ekspresi yang dilakukan di media *online* bisa saja tidak perlu dijatuhi hukuman pidana karena tidak proporsional. Maka, dalam konteks KUHP 2023 dan penerapan pasal-pasal penghinaan, hakim perlu lebih banyak mempertimbangkan kemungkinan penerapan alternatif hukuman non-pemenjaraan dalam memutus.


Selain itu, Komite HAM PBB menjelaskan bahwa negara harus menunjukkan secara spesifik dan khusus mengenai ancaman seperti apa yang timbul akibat dari ekspresi seseorang terhadap kepentingan lain yang ingin dilindungi serta menjelaskan *necessity* dan *proportionality* dari hukuman yang diberikan dengan menunjukkan hubungan langsung antara ekspresi pelaku dengan ancaman terhadap kepentingan yang menjadi alasan pembatasan hak.^[175] Selain itu, negara juga perlu menjelaskan bahwa pembatasan melalui penghukuman tersebut tidak melemahkan nilai-nilai demokrasi di negara tersebut. Pendekatan ini dapat diadopsi oleh pengadilan-pengadilan ketika memeriksa kasus yang berdimensi kebebasan berekspresi. Pertimbangan hukum tidak hanya menjelaskan fakta hukum dan penerapan unsur-unsur pasal, tetapi juga harus menjelaskan mengapa terdakwa perlu dipidana (dalam hal ia terbukti bersalah) dengan menguraikan ancaman apa yang muncul dari perbuatan terdakwa terhadap reputasi korban.

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

[173] *Ibid.*

[174] Media Defence, "Defamation – South and Southeast Asia", <https://www.mediadefence.org/resource-hub/defamation-south-and-southeast-asia/#online-defamation>, diakses pada 27 November 2025.

[175] Human Rights Committee, *General Comment* No. 34..., Op.Cit., par. 35.



Keperluan (necessity) dan proporsionalitas beberapa kali menjadi inti pertimbangan pengadilan HAM regional ketika memutus gugatan terkait pelanggaran perlindungan HAM oleh negara. Beberapa contoh perkara yang dapat dijadikan rujukan adalah perkara Herrera-Ulloa v. Costa Rica dan perkara Uson Ramirez v. Venezuela pada Inter-American Court of Human Rights serta perkara Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda dan perkara Loha Issa Konate v. Burkina Faso pada African Court on Human and Peoples' Rights.

4.4 Analisis Praktik Penerapan Pidana Pencemaran dan Fitnah dalam KUHP^[176]

Bagian ini akan menjelaskan analisis terhadap contoh putusan-putusan pengadilan yang menerapkan pasal-pasal KUHP terkait pencemaran dan fitnah. Hal ini perlu untuk menggambarkan potensi masalah yang akan muncul dari KUHP 2023 apabila penerapan pasal masih dilakukan dengan cara yang sama seperti KUHP. Secara umum, terdapat beberapa masalah yang teridentifikasi yang akan diuraikan dalam paragraf-paragraf berikut ini.

4.4.1 Pengadilan Tidak Memeriksa Unsur Kesengajaan Sejalan dengan Prinsip Animus Injuriandi

Mengacu kepada penelitian LelP terkait putusan pengadilan dalam pasal-pasal terkait kebebasan berekspresi, diketahui bahwa pengadilan memiliki cara yang beragam dalam memaknai unsur "dengan sengaja". Pertama, unsur "dengan sengaja" dengan bentuk kesengajaan sebagai tujuan (*oogmerk*). Dalam Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag, pengadilan merujuk MvT dan pendapat Satochid Kartanegara yang memaknai kesengajaan adalah mengetahui dan menghendaki/menginsyafi terjadinya suatu tindakan beserta akibatnya.^[177] Penafsiran ini adalah yang tepat jika melihat pada latar belakang dan prinsip pengaturan kejahatan penghinaan dalam KUHP Belanda seperti yang sudah dijelaskan pada paragraf-paragraf sebelumnya.

Pendekatan kedua adalah tidak perlu adanya *animus injuriandi* atau kesengajaan atau niat menghina, sepanjang pelaku mengetahui dan menyadari perbuatannya mengandung kata-kata yang menghina.^[178] Namun, penafsiran ini membuat keberadaan unsur "dengan sengaja" dalam delik pencemaran atau fitnah menjadi kabur. Pengadilan hanya memandang bahwa kesengajaan telah terbukti ketika pelaku menyadari telah "mengucapkan kata-kata yang mengandung pelanggaran terhadap kehormatan atau nama baik orang lain". Masalah yang muncul dari penafsiran tersebut adalah, dalam konteks pencemaran secara lisan, ketika seseorang mengucapkan kata-kata secara spontan dan berkonotasi negatif, namun tidak ada tujuan untuk merusak reputasi orang lain, maka perbuatannya dianggap telah memenuhi unsur "dengan sengaja" dan dapat dimintai pertanggungjawaban pidana. Selain itu, tidak menutup kemungkinan ada juga tulisan atau gambar yang dibuat tanpa maksud menghina orang lain, namun ternyata tulisan atau gambar tersebut membuat orang lain merasa tercederai kehormatannya sehingga pembuatnya kemudian diadukan ke polisi. Dalam kata lain, apabila pengadilan abai terhadap pembuktian atas elemen niat atau maksud untuk mencederai reputasi orang lain, maka ada potensi bahwa semua ekspresi yang menimbulkan rasa tersinggung pada perasaan, kehormatan, atau nama baik orang lain dapat diadukan dan dihukum atas dasar delik pencemaran atau fitnah. Penafsiran seperti ini sudah seharusnya tidak lagi dipraktikkan dalam kasus pencemaran atau fitnah dan tindak pidana lainnya yang menjadikan pencemaran atau fitnah sebagai *genus delict*.

Seperti penjabaran sebelumnya, unsur "dengan sengaja" pada rumusan delik pencemaran atau fitnah harus dimaknai sebagai maksud pelaku untuk menjatuhkan harga diri orang lain (*eergevoel te krenken*) ataupun untuk mengurangi/merendahkan harga diri seseorang di mata orang-orang lain. Dengan kata lain, bentuk kesengajaan yang wajib dibuktikan dalam delik pencemaran atau fitnah adalah kesengajaan dengan maksud (*opzet als oogmerk*). Maka, seharusnya unsur kesengajaan dalam perbuatan pencemaran atau fitnah dimaknai bahwa perbuatan pelaku memang sengaja ditujukan untuk merusak reputasi korban. Jadi, pembuktian mengenai kesengajaan tidak cukup hanya dengan melihat kepada fakta bahwa pelaku menyadari bahwa ia telah mengucapkan kata-kata yang mengandung pelanggaran terhadap kehormatan, tetapi ia juga harus memiliki maksud untuk merusak kehormatan orang lain ketika mengucapkan kata-kata itu.

[176] Bagian ini disadur dari laporan penelitian "Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM Putusan Pengadilan di Indonesia" dan dikontekskan ulang dengan ketentuan pidana penghinaan dalam KUHP 2023. Lihat LelP, *Melindungi Ekspresi...*, Op. Cit., hal. 132-148.

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

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

4.4.2 Pengadilan Belum Memiliki Kesamaan Pandangan dalam Menilai Unsur “Dengan Maksud Supaya Hal tersebut Diketahui Umum”

Beberapa contoh putusan dalam kasus-kasus pencemaran atau fitnah yang diatur KUHP memperlihatkan adanya kemantapan pandangan pengadilan atas unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”. Salah satu contohnya dapat dilihat melalui Putusan PN Denpasar No. 732/Pid.B/2013/PN Dps. Dalam putusan tersebut pengadilan menafsirkan unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” secara ketat. Dengan memperhatikan sarana yang digunakan untuk menyampaikan pemberitahuan dan terbatasnya jumlah orang yang diberitahu oleh terdakwa, pengadilan merujuk kepada fakta bahwa surat elektronik James dikirimkan hanya kepada orang-orang khusus atau tertentu saja: di samping para korban, juga ada dua saksi lainnya yang menerima surat elektronik tersebut. Surat elektronik yang dimaksud tidak dikirimkan kepada khalayak ramai sebagaimana makna terminologi “umum” dalam KBBI, sehingga pengadilan memandang perbuatan terdakwa tidak memenuhi unsur “dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum.”^[179] Dari putusan ini dapat disimpulkan bahwa suatu tuduhan tidak dapat tergolong dimaksudkan untuk diketahui umum atau disiarkan di muka umum jika hanya ditujukan pada pihak-pihak yang spesifik atau tertentu saja.

Putusan PN Kualasimpang 288/Pid.B/2010/PN.Ksp. memberikan contoh lain terkait pertimbangan yang cukup baik dalam menilai terpenuhi tidaknya tindak pidana pencemaran serta fitnah. Pengadilan mempertimbangkan surat pengaduan terdakwa yang berisi tuduhan terhadap orang lain tidak dimaksudkan untuk diketahui umum karena surat yang ia kirim ditujukan kepada pihak tertentu saja.^[180]

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

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

Dalam putusan perkara penghinaan dalam UU ITE yang diputus oleh PN Cianjur dalam putusan nomor 182/ PID.Sus /2015/ PN.Cjr, seorang karyawan swasta diadili karena mengirimkan surat elektronik kepada seseorang tentang informasi perusahaan. Majelis Hakim menyatakan bahwa pengiriman surat elektronik kepada seseorang tidak termasuk memenuhi unsur “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya”. MA dalam putusan tingkat kasasi terhadap perkara tersebut menyatakan sependapat dengan Majelis Hakim dan bahwa argumentasi pengadilan tingkat pertama sudah tepat. Artinya, ada bentuk-bentuk penyebaran informasi melalui sarana elektronika dan sifatnya dapat diakses tetapi tidak serta merta dapat dianggap menyebarkan informasi “mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya”.

Namun, dalam kasus lain terdapat perspektif yang berbeda, khususnya terkait unsur “membuat dapat diaksesnya”. Unsur ini cukup luas pemaknaannya karena mencakup faktor kesengajaan atau ketidaksengajaan. Dalam hal terdakwa tidak mempunyai kesengajaan, tetapi suatu tuduhan telah ia sampaikan dengan menggunakan sarana elektronika dan ada “cara” atau “kemungkinan” tuduhan tersebut dapat diakses orang lain, maka perbuatannya dapat dianggap memenuhi adanya “kesengajaan” untuk membuat tuduhan tersebut diketahui banyak orang, karena adanya sikap batin dan yang menghendaki dan mengetahui.^[181]

Salah satu perkara yang membahas hubungan antara pernyataan privat dan publik terdapat dalam putusan PN Yogyakarta No. 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk, yang menyatakan dalam pembelaannya bahwa unggahan di akun Path-

[179] Putusan PN Denpasar No. 732/Pid.B/2013/PN Dps, hal. 34.

[180] Putusan PN Kualasimpang No. 288/Pid.B/2010/PN.Ksp., hal. 22.

[181] Putusan PN Kualasimpang No. 380/Pid.Sus/2018/PN.Ksp., hal. 27.

nya adalah bersifat privat. Majelis Hakim menyetujui bahwa ada platform media sosial yang bersifat terbatas dan penggunaannya massal, yang dalam kasus ini, perbuatan menekan tombol "enter" dalam platform Path telah cukup dianggap sebagai persetujuan untuk menjadikan informasi privat menjadi publik.^[182] Masalah pokok dari argumentasi informasi yang terbatas menjadi informasi publik adalah sejauh mana dampak bahwa suatu informasi dianggap diketahui publik. Terdakwa dalam perkara tersebut telah memberikan pembelaan bahwa apa yang diunggah adalah terbatas, namun orang lainnya yang kemudian menyebarkannya. Terhadap argumen ini, Majelis Hakim, alih-alih menganalisis laju informasi yang menjadi publik dan melihat siapa yang harus bertanggung jawab untuk membuat informasi tersebut menjadi diketahui publik, justru memfokuskan pada kata-kata atau konten dalam unggahan dan menolak adanya pihak lain yang harus bertanggung jawab.

4.4.3 Kesalahpahaman mengenai Subyek Pencemaran atau Fitnah

Dalam berbagai contoh putusan yang telah dijelaskan sebelumnya, terdapat kasus di mana pihak yang menjadi korban pencemaran adalah korporasi, yaitu dalam perkara yang diputus melalui Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag. Putusan tersebut menginterpretasikan bahwa PT BHD (korporasi) dapat termasuk sebagai objek yang diserang kehormatannya karena, sebagai bagian dari perkembangan hukum pidana, dalam berbagai peraturan perundang-undangan lain korporasi tergolong sebagai subjek hukum dengan mencontohkan pengaturan dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Kerusakan Hutan.^[183] Menurut pengadilan, meskipun dalam berbagai peraturan perundang-undangan tersebut konteksnya korporasi sebagai pelaku dari suatu tindak pidana, tetapi juga sebagai badan hukum yang hak-haknya harus dilindungi.^[184]

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

Perluasan subyek "penghinaan dan/atau pencemaran nama baik" yang kemudian menghukum Terdakwa karena menghina badan hukum atau institusi negara dialami oleh beberapa terdakwa, di antaranya dalam putusan PN Jakarta Selatan No. 84/Pid.Sus/2019/PN.Jkt.Pst. di mana terdakwa dianggap menghina institusi kepolisian dan anggota kepolisian. Perluasan ini menimbulkan efek ketakutan bagi warga untuk menyampaikan keluhan, kritik, pendapat atau opini kepada badan-badan publik dan institusi swasta.

4.4.4 Pengadilan Mengabaikan Konteks Ekspresi dalam Menentukan Terjadinya Pencemaran atau Fitnah

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

Sebagai contoh, dalam Putusan PN Luwuk No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk, terdakwa yang dalam kronologi perkara menyebut orang lain sebagai pencuri, memberikan keterangan bahwa terdakwa "mengeluarkan kata-kata tersebut karena terdakwa emosi, karena tanah tersebut dibangun pondasi rumah sedangkan tanah tersebut adalah tanah Terdakwa dan oleh pak Camat telah menyampaikan agar di atas tanah tersebut tidak didirikan bangunan tetapi mereka tetap membangun."^[185] Dari penjelasan terdakwa dapat diketahui bahwa terdakwa dan orang yang ia tuduh dengan kata "pencuri" sebenarnya sedang berkonflik terkait kepemilikan tanah. Maka, sudah sewajarnya terdakwa sebenarnya mengetahui orang yang ia tuduh bukan sebenar-benarnya pencuri yang melakukan kejahatan pencurian. Namun, pengadilan mempertimbangkan konteks kata "pencuri" yang terdakwa sampaikan sekadar dengan konteks gramatikal kata "pencuri" tanpa memeriksa dan menimbang konteks "pencuri" yang terdakwa ucapkan. Pengadilan tidak menimbang konteks terdakwa yang merasa tanahnya dipergunakan secara sewenang-wenang oleh orang lain yang kemudian membuat terdakwa mengucapkan terminologi tersebut.

Hal serupa terjadi dalam Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag. Dalam perkara ini, terdakwa dinyatakan bersalah melakukan pencemaran terhadap PT Bintang Harapan Desa karena menuduh perusahaan tersebut mencuri

[182] Putusan PN Yogyakarta No. 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk, hal. 41.

[183] Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag., hal. 33.

[184] Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag., hal. 33-34.

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

tanah masyarakat dan mempunyai backing (ada pihak lain yang memiliki pengaruh kuat yang melindungi). Pengadilan dalam pertimbangan hukumnya turut mengutip keterangan terdakwa tersebut, namun kemudian tetap menyatakan bahwa unsur "menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal" telah terbukti karena terdakwa tidak dapat membuktikan tuduhannya dan citra PT BHD menjadi negatif. Dalam pertimbangannya pengadilan juga tidak menguraikan seberapa jauh citra PT BHD akan atau telah rusak dengan pernyataan terdakwa tersebut guna mengukur keberimbangan antara perlindungan hak berekspresi terdakwa dengan perlindungan terhadap hak-hak PT BHD. Hal ini penting terlebih mengingat subjek penghinaan dalam kasus ini bukan lah *natural person* melainkan badan hukum.


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

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

Persoalan konteks juga terkait erat dengan menempatkan suatu pernyataan sebagai pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Hal ini relevan misalnya dalam perkara yang diputus Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag. Terdakwa dalam kasus tersebut menyampaikan kepada tim redaksi surat kabar Pilar bahwa PT BHD mencuri tanah masyarakat dan mempunyai backing. Dalam pertimbangan putusan tersebut, PN Sanggau tidak secara lebih dalam memeriksa apakah pernyataan terdakwa dianggap sebagai *statement of facts* atau *value judgment*.

Dalam konteks hukum Indonesia, perbedaan antara opini dan pernyataan mengenai fakta menjadi relevan ketika dihubungkan dengan keberadaan Pasal 312 KUHP yang membolehkan pembuktian kebenaran, walaupun terbatas dalam beberapa kondisi, salah satunya yaitu dalam kondisi di mana hakim memandang perlu untuk menimbang apakah perbuatan terdakwa dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa membela diri. Alasan "demi kepentingan umum" dan "membela diri" ini telah diatur dalam Pasal 310 ayat (3) KUHP, sehingga perbuatan pencemaran atau fitnah yang dilakukan dengan alasan tersebut tidak dapat dipidana. Hal ini sejalan dengan standar hukum HAM internasional mengenai kebebasan berekspresi dalam Komentar Umum No. 34 yang menjelaskan bahwa pembelaan mengenai benar atau tidaknya pernyataan (*defence of truth*) harus diakomodir dalam pengaturan mengenai delik-delik penghinaan.^[186]

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



Pengadilan juga sudah mengeluarkan berbagai putusan lain terkait perkara penghinaan yang sudah sejalan dengan prinsip-prinsip HAM. Untuk mengetahui lebih lanjut putusan-putusan tersebut, silahkan mengunjungi katalog daring landmark decisions HAM yang dikumpulkan LeIP pada pranala <https://putusanpenting.leip.or.id/id/home> lewat desktop anda. Dari beranda, silahkan klik "Daftar Analisis". Kemudian, pada sebelah kiri laman, klik menu dropdown "Klasifikasi Perkara" dan centang opsi "Pidana". Selanjutnya, klik menu dropdown "Isu dalam Perkara" dan centang opsi "Pencemaran Nama Baik" atau "Penghinaan (Elektronik)".

[186] Human Rights Committee, *General Comment No. 34...*, *Op.Cit.*, par. 47.

4.5 Menuju Penerapan Ideal Tindak Pidana Penghinaan dalam KUHP 2023

Berdasarkan uraian di atas, dalam rangka mendorong terpenuhinya standar HAM dalam perlindungan kebebasan berekspresi, maka aparat penegak hukum, khususnya hakim, dalam memeriksa dan mengadili perkara delik penghinaan, perlu:

1. Menggunakan rujukan instrumen hukum HAM internasional dan nasional terkait perlindungan hak atas kebebasan berekspresi yang berlaku sebagai hukum positif, yaitu Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik beserta Komentar Umum Nomor 34, serta ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Dasar 1945 sebagai dasar dalam membangun pertimbangan hukum dalam perkara penghinaan. Selain itu, aparat penegak hukum perlu juga memperhatikan prinsip-prinsip HAM yang berlaku secara universal, termasuk pendapat para ahli dan prinsip-prinsip HAM yang dituangkan ke dalam bentuk dokumen, salah satunya yaitu Prinsip Siracusa.
2. Mempertimbangkan beberapa hal sebagai berikut:
 - Kontribusi terhadap diskursus mengenai kepentingan publik
Dalam hal ini, apabila suatu ekspresi memang terkait erat dengan diskursus mengenai kepentingan publik, maka perlindungan terhadap kebebasan berekspresi harus diutamakan dan pembatasan hak kebebasan berekspresi harus dikesampingkan.
 - Peran dan fungsi dalam ranah publik dari pihak yang terdampak reputasinya dan pokok bahasan dari ekspresi terkait
Dalam hal ini, apabila seseorang adalah politisi maupun pejabat publik, maka perlindungan atas reputasi yang diberikan kepadanya harus lebih sempit, sehingga ruang yang lebih luas diberikan bagi perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dari pihak yang menyampaikan suatu ekspresi atau pernyataan. Artinya, pembatasan hak atas kebebasan berekspresi melalui pidana penghinaan harus sedapat mungkin dikesampingkan. Pengadilan juga perlu memperhatikan pokok bahasan dari ekspresi atau pernyataan yang dipermasalahkan. Sebagai contoh, penyampaian ekspresi mengenai tindak tanduk seorang politisi dalam kapasitas resminya tentu berkaitan erat dengan aspek kepentingan publik sehingga perlindungan hak atas kebebasan berekspresi harus diutamakan. Sementara itu, penyampaian ekspresi mengenai kehidupan pribadi seorang warga sipil biasa yang tidak memiliki tugas dan kewenangan di bidang publik sama sekali tidak berkaitan dengan kepentingan publik sehingga perlindungan reputasi harus diutamakan.
 - Isi, bentuk, dan konsekuensi dari suatu ekspresi atau publikasi
Dalam hal ini, terdapat dua jenis ekspresi yang dapat diidentifikasi, yaitu apakah suatu ekspresi termasuk sebagai pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Pernyataan mengenai fakta harus bisa dibuktikan kebenarannya. Opini tidak membutuhkan pembuktian mengenai kebenarannya, namun harus memiliki dasar faktual yang cukup untuk bisa disebut sebagai opini. Jika suatu ekspresi diklaim sebagai *statement of facts* ataupun *value judgment*, namun pada praktiknya tidak sesuai dengan karakter dari jenis ekspresi yang diklaim tersebut, maka perlindungan atas reputasi dapat didahulukan sehingga pembatasan hak kebebasan berekspresi dapat dibenarkan. Selain itu, konsekuensi suatu ekspresi terhadap kehidupan personal orang yang merasa terlanggar reputasinya juga perlu diperiksa. Apabila tidak terbukti ada konsekuensi yang berbahaya terhadap pribadi seseorang, maka hak atas kebebasan berekspresi harus didahulukan.
3. Menganalisa perlu atau tidaknya pembatasan hak atas kebebasan berekspresi (yang dalam konteks proses peradilan pidana bermakna penghukuman atau pemidanaan terhadap terdakwa) dengan melakukan pengujian tiga tahap (*three-part test*), yaitu dengan memeriksa:
 - Apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa telah diatur dengan hukum;
 - Apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa ditujukan untuk melindungi kepentingan yang sah, yang dalam konteks delik penghinaan adalah reputasi orang lain; dan
 - Dalam hal terdakwa terbukti bersalah melakukan pencemaran atau fitnah, pengadilan perlu mempertimbangkan dan menguraikan dalam putusannya mengenai keperluan (*necessity*) dan proporsionalitas (*proportionality*) dari hukuman yang dijatuhkan sehingga perlu dianalisis apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa bersifat mendesak atau terpaksa dilakukan dalam suatu masyarakat yang demokratis, yang berarti bahwa tidak ada cara lain yang dapat dilakukan negara selain dengan memberikan hukuman atau pemidanaan terhadap perbuatan atau ekspresi terdakwa. Apabila dipandang mendesak, maka hukuman wajib dijatuhkan dengan tetap memperhatikan proporsionalitas pemidanaan sehingga penghukuman tersebut tidak akan mengganggu berjalannya demokrasi.

Selain itu, untuk mendorong konsistensi penafsiran dan penerapan unsur-unsur dalam tindak pidana pencemaran dan fitnah, maka ketentuan Pasal 433 KUHP 2023 dan Pasal 434 KUHP 2023 perlu diterapkan dengan cara sebagai berikut:

- a. Unsur "kesengajaan"
 - Unsur kesengajaan tidak dihapus dalam KUHP 2023 sehingga tetap perlu dipertimbangkan;
 - Pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dengan alasan perlindungan reputasi tidak dimaksudkan untuk melindungi ketersinggungan orang lain. Kesengajaan yang dibuktikan haruslah kesengajaan untuk merusak reputasi;
 - Unsur kesengajaan harus dipertimbangkan sebagai kesengajaan sebagai maksud (*opzet als oogmerk*);
 - Unsur kesengajaan harus diperiksa sebagai satu kesatuan dengan unsur-unsur lain yang terdapat dalam rumusan pasal, sejalan dengan prinsip *animus injuriandi*.
- b. Unsur "menyerang kehormatan atau nama baik orang lain"
 - Perlindungan reputasi sebagai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi merupakan perlindungan yang diberikan kepada individu;
 - Pembuktian unsur ini harus bersamaan dengan unsur kesengajaan dan pembuktian keduanya harus diperlakukan dalam satu rangkaian perbuatan;
 - Unsur ini harus ditafsirkan bahwa objek yang menjadi sasaran penghinaan adalah individu, bukan jabatan, lembaga, atau entitas lainnya;
 - Harus jelas adanya kerugian yang timbul dari pihak yang merasa diserang kehormatannya sebagai akibat dari ekspresi orang yang didakwa.
- c. Unsur "menuduhkan suatu hal"
 - Unsur tuduhan yang menjadi perkara harus diperiksa konteksnya, bukan semata pemeriksaan gramatikal;
 - Apabila tuduhan tergolong pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*), maka perlu diperiksa apakah tuduhan tersebut disampaikan demi kepentingan umum atau dalam keadaan terpaksa untuk membela diri. Apabila salah satu dari kedua hal tersebut terpenuhi, maka pemidanaan tidak dijatuhkan;
 - Apabila tuduhan tergolong sebagai suatu opini (*value judgment*), tidak perlu diperiksa kebenarannya karena opini memang bukan perihal kebenaran atau kesalahan isi pernyataan sehingga tidak relevan apabila dijatuhkan pidana.
- d. Unsur "dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum"
 - Penerapan unsur ini harus diperlakukan sama seperti membuktikan unsur kesengajaan, namun dalam hal ini dikaitkan khusus dengan adanya maksud agar tuduhan terdakwa menjadi diketahui umum;
 - Perlu diperiksa apakah benar bahwa pelaku yang menyampaikan tuduhan memang menghendaki agar hal tersebut diketahui umum; dan apakah benar bahwa banyak orang menjadi mengetahui tuduhan tersebut. Apabila kedua hal tersebut benar, maka unsur ini dianggap terpenuhi;
 - Unsur ini harus dimaknai sebagai perlindungan kehormatan seseorang di hadapan publik dari ekspresi dalam bentuk lisan atau tulisan yang merendahkan martabat yang spesifik ditujukan untuk umum sehingga komunikasi yang bersifat privat dan personal tidak dapat dianggap memenuhi unsur pidana penghinaan.

5. Tindak Pidana Penyerangan Kehormatan atau Harkat dan Martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP 2023

5.1 Perbandingan Rumusan Penyerangan Kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP dan KUHP 2023

Dalam KUHP 2023, tindak pidana penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden kembali diperkenalkan lewat Pasal 218 dan Pasal 219. Sebelumnya, Mahkamah Konstitusi telah mencabut keberlakuan ketentuan pidana yang sama dalam Pasal 134 dan 137 KUHP melalui Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006 yang diputus pada tahun 2006. Oleh karena tindak pidana ini serupa, maka penting untuk melihat kembali rumusan KUHP untuk membandingkan rumusan pasal pada KUHP 2023 dan KUHP.

Pasal penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP 2023 diatur dalam Pasal 218-219. Sementara itu, ketentuan yang sama dalam KUHP sebelumnya diatur dalam Pasal 134 dan Pasal 137. Perbandingan seluruh norma hukum tersebut dapat dilihat dalam tabel berikut:

Tabel 6.
Perbandingan Rumusan Norma Penyerangan Kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026

Rumusan KUHP	Rumusan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026
<p>Pasal 134 Penghinaan dengan sengaja terhadap Presiden atau Wakil Presiden diancam dengan pidana penjara paling lama enam tahun, atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus ribu rupiah.</p>	<p>Pasal 218 (1). Setiap Orang yang Di Muka Umum menyerang kehormatan atau harkat dan martabat diri Presiden dan/atau Wakil Presiden, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV. (2). Tidak merupakan penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat sebagaimana dimaksud pada ayat (1), jika perbuatan dilakukan untuk kepentingan umum atau pembelaan diri.</p>
<p>Pasal 137 (1). Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan di muka umum tulisan atau lukisan yang berisi penghinaan terhadap Presiden atau Wakil Presiden, dengan maksud supaya isi penghinaan diketahui atau lebih diketahui oleh umum, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah; (2). Jika yang bersalah melakukan kejahatan pada waktu menjalankan pencariannya, dan pada waktu itu belum lewat dua tahun sejak adanya pemidanaan menjadi tetap karena kejahatan semacam itu juga, maka terhadapnya dapat dilarang menjalankan pencarian tersebut</p>	<p>Pasal 219 Setiap Orang yang menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau gambar sehingga terlihat oleh umum, memperdengarkan rekaman sehingga terdengar oleh umum, atau menyebarluaskan dengan sarana teknologi informasi yang berisi penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat terhadap Presiden dan/ atau Wakil Presiden dengan maksud agar isinya diketahui atau lebih diketahui umum, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV</p>

Dari konstruksi rumusan kedua pasal KUHP 2023 dapat dilihat bahwa terdapat dua perbuatan berbeda yang diancam pidana oleh KUHP 2023. **Pertama**, perbuatan yang di muka umum menyerang kehormatan atau harkat dan martabat diri Presiden dan/atau Wakil Presiden. **Kedua**, perbuatan menyebarluaskan – termasuk melalui sarana teknologi informasi – tulisan atau gambar atau rekaman berisi penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat terhadap Presiden dan/ atau Wakil Presiden dengan tujuan supaya isinya tersebut diketahui umum atau lebih diketahui umum. Dapat dilihat bahwa pada dasarnya perbuatan yang dilarang dalam Pasal 218 adalah sama dengan penghinaan sebagaimana diatur pada Bab Tindak Pidana Penghinaan. Bedanya, kepentingan yang ingin dilindungi dalam konteks pasal-pasal ini adalah kehormatan atau reputasi Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Sementara itu, jika dibandingkan dengan rumusan pasal dalam KUHP, perbuatan yang diancam dengan pidana pada KUHP 2023 dalam konteks penyerangan kehormatan atau harkat dan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak jauh berbeda dengan yang diatur pada KUHP. Pasal 136 KUHP menjelaskan bahwa penghinaan dengan sengaja terhadap Presiden atau Wakil Presiden adalah perbuatan pidana. Sementara itu, Pasal 137 KUHP mengatur ancaman pidana terhadap perbuatan menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau lukisan yang berisi penghinaan terhadap Presiden atau Wakil Presiden dengan tujuan supaya penghinaan tersebut diketahui umum atau lebih diketahui umum – hanya saja dalam KUHP tidak diatur mengenai penyebaran lewat sarana teknologi informasi.

Meskipun demikian, terdapat juga hal yang berbeda dari KUHP dan KUHP 2023. **Pertama**, pada Pasal 134 KUHP, yang ada hanya unsur "penghinaan" tanpa ada penjelasan lebih lanjut. Sementara itu, Pasal 218 KUHP 2023 mengatur perbuatan yang dipidana dengan lebih jelas dengan mencantumkan rumusan "menyerang kehormatan atau harkat atau martabat". **Kedua**, Pasal 137 KUHP mengatur adanya sanksi tambahan apabila tindak pidana dilakukan saat menjalankan mata pencariannya serta merupakan pengurangan tindak pidana, sementara KUHP 2023 tidak lagi mengatur hal tersebut.

Ketiga, KUHP 2023 menyediakan dasar penghapusan pidana melalui Pasal 218 ayat (2). Pasal tersebut menentukan bahwa apabila perbuatan menyerang kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden dilakukan untuk kepentingan umum atau pembelaan diri, maka perbuatan tersebut tidak dipidana. Dasar penghapusan pidana ini sama dengan yang diatur dalam Bab Tindak Pidana Penghinaan yang sudah dijelaskan sebelumnya.

Keempat, Pasal 218 KUHP 2023 memiliki penjelasan pasal yang cukup elaboratif. Penjelasan tersebut menguraikan sebagai berikut:

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan "menyerang kehormatan atau harkat dan martabat diri" adalah perbuatan yang merendahkan atau merusak nama baik atau harga diri, termasuk menista atau memfitnah

Ayat (2)

Yang dimaksud dengan "dilakukan untuk kepentingan umum" adalah melindungi kepentingan masyarakat yang diungkapkan melalui hak berekspresi dan hak berdemokrasi, misalnya melalui unjuk rasa, kritik, atau pendapat yang berbeda dengan kebijakan Presiden dan/atau Wakil Presiden. Dalam negara demokratis, kritik menjadi hal penting sebagai bagian dari kebebasan berekspresi yang sedapat mungkin bersifat konstruktif, walaupun mengandung ketidaksetujuan terhadap perbuatan, kebijakan, atau tindakan Presiden dan/atau Wakil Presiden. Pada dasarnya, kritik dalam pasal ini merupakan bentuk pengawasan, koreksi, dan saran terhadap hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat.

Penjelasan ini tidak ada sebelumnya dalam KUHP. Beberapa poin penting dari penjelasan Pasal 218 KUHP 2023 adalah:

- a. Penjelasan pasal ini tidak secara tegas memberi batasan tafsir terhadap rumusan "menyerang kehormatan atau harkat atau martabat diri". Kesan yang ditangkap dari penjelasan tersebut adalah bahwa ada cakupan yang luas terkait makna "menyerang kehormatan atau harkat atau martabat diri" yang di dalamnya tidak hanya menista/menghina atau memfitnah, tetapi juga berbagai macam perbuatan lain yang sifatnya dianggap merendahkan atau merusak nama baik atau harga diri. Penjelasan pasal ini tidak ideal sehingga hakim perlu melakukan penafsiran secara hati-hati dan ketat. Tetapi, di sisi lain, penjelasan pasal ini memperlihatkan bahwa tujuan adanya Pasal 218 KUHP 2023 adalah untuk melindungi reputasi, yang juga adalah salah satu alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi yang diatur dalam KIHSP.
- b. Ruang lingkup "dilakukan untuk kepentingan umum" dijelaskan sebagai kepentingan masyarakat yang diungkapkan melalui hak berekspresi dan hak berdemokrasi, misalnya melalui unjuk rasa, kritik, atau pendapat yang berbeda dengan kebijakan Presiden dan/atau Wakil Presiden. Terdapat juga penjelasan eksplisit bahwa kritik merupakan bentuk pengawasan, koreksi, dan saran terhadap hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat. Uraian ini memberi penegasan bahwa ekspresi-ekspresi yang diungkapkan lewat unjuk rasa serta kritik dan opini mengenai kebijakan Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak bisa dipidana melalui pasal ini. Hal ini sejalan dengan penjelasan Komite HAM PBB terkait standar pembatasan hak atas kebebasan berekspresi. Dalam Komentar Umum No. 34, Komite HAM PBB menjelaskan bahwa pihak-pihak yang memegang kekuasaan tertinggi di suatu negara adalah sah untuk menjadi sasaran kritik dan ditentang kebijakannya, sehingga ekspresi yang bebas dalam konteks tersebut wajib dilindungi. Bahkan, Komite HAM PBB juga menyampaikan bahwa walaupun ekspresi tersebut bersifat menghina atau merendahkan, hal tersebut tidak cukup untuk menjadi dasar pemidanaan.^[187]

5.2 Penerapan Pasal Penyerangan Kehormatan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden

5.2.1 Konsep Umum

Perlu ditekankan sekali lagi bahwa Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023 adalah norma hukum yang sebelumnya pernah dinyatakan inkonstitusional oleh Mahkamah Konstitusi lewat Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006. Pada saat itu, pertimbangan majelis hakim konstitusi salah satunya adalah bahwa norma hukum tersebut menegasi prinsip persamaan di depan hukum, mengurangi kebebasan mengekspresikan pikiran dan pendapat, kebebasan akan informasi, dan prinsip kepastian hukum.^[188] Namun, dengan kenyataan bahwa norma hukum ini telah berlaku kembali, pengadilan harus berhati-hati dalam menerapkannya untuk menjamin pelaksanaan kebebasan berekspresi serta prinsip keadilan dan kepastian hukum.

[187] *Ibid.*, par. 13, 20, dan 38.

[188] Mahkamah Konstitusi, Putusan Nomor 013-022/PUU-IV/2006, hal. 61.

Hal pertama yang perlu dipahami dalam penerapan Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023 adalah bahwa pasal ini tidak memiliki lingkup yang jelas selain penjelasan bahwa perbuatan yang ingin menjadi sasaran pidana adalah perbuatan yang sifatnya dianggap merendahkan atau merusak nama baik atau harga diri, termasuk menista atau memfitnah. Dengan demikian, perbuatan lain – selain menista atau memfitnah – yang merendahkan nama baik atau harga diri Presiden dan/atau Wakil Presiden, misalnya penghinaan ringan^[189], seakan-akan bisa dipidana juga melalui pasal ini. Namun, hal ini tidak sejalan dengan prinsip HAM bahwa norma hukum yang membatasi pelaksanaan hak harus dirumuskan dengan sangat presisi agar memungkinkan seseorang dapat mengatur perilakunya sesuai norma hukum tersebut.^[190] Selain itu, prinsip yang terkandung dalam KIHSP adalah bahwa bentuk-bentuk ekspresi yang semata-mata dianggap menimbulkan ketersinggungan bagi tokoh publik tidak cukup untuk membenarkan penjatuhan hukuman.^[191] Maka, apabila perbuatan menyerang kehormatan atau harkat dan martabat diri Presiden dan/atau Wakil Presiden dianggap termasuk juga perbuatan penghinaan ringan yang konsekuensi logisnya terbatas pada ketersinggungan yang subjektif, hal ini bertentangan dengan prinsip HAM.

Berdasarkan hal tersebut, maka seharusnya hakim melakukan pengetatan interpretasi terhadap Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023 dengan memaknai unsur “menyerang kehormatan atau harkat atau martabat diri” Presiden dan/atau Wakil Presiden sesuai dengan unsur-unsur delik pencemaran yang diatur dalam Pasal 433 KUHP 2023, yaitu “menyerang kehormatan atau nama baik orang lain dengan cara menuduhkan suatu hal, dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”, dan delik fitnah yang diatur Pasal 434 KUHP 2023. Sebelumnya, hal yang sama juga berlaku terhadap delik penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP. Pasal pidana ini diadopsi dari ketentuan dalam KUHP Belanda, yaitu Pasal 111 dan Pasal 112, di mana diatur ancaman pidana bagi penghinaan terhadap raja, ratu, dan putra mahkota. Terhadap kedua pasal tersebut, MvT KUHP Belanda menjelaskan bahwa penghinaan dalam pasal-pasal tersebut harus diinterpretasikan dengan merujuk kepada Bab Penghinaan KUHP Belanda, di mana diatur berbagai delik penghinaan, termasuk pencemaran, fitnah, penghinaan ringan dan lainnya – yang juga sama isinya dengan Bab Penghinaan KUHP.^[192] Maka, dengan merujuk kepada sejarah pengaturan delik penghinaan Presiden dan/atau Wakil Presiden pada KUHP, pengadilan dalam menerapkan Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023 perlu memperhatikan prinsip-prinsip penerapan pasal pencemaran yang sudah dibahas pada bagian sebelum ini.

Hal kedua yang sangat penting adalah keberadaan Pasal 220 KUHP 2023 yang mengatur sebagai berikut:

- (1). Tindak Pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 218 dan Pasal 219 hanya dapat dituntut berdasarkan aduan.
- (2). Pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan secara tertulis oleh Presiden dan/ atau Wakil Presiden.

Pengaturan ini menegaskan bahwa tindak pidana penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden adalah delik aduan yang berarti tidak akan ada proses pidana tanpa pengaduan dari orang yang merasa diserang kehormatannya, yaitu Presiden atau Wakil Presiden itu sendiri. Hal ini semakin menguatkan bukti bahwa konteks pengaturan Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023 memang dibuat serupa dengan tindak pidana penghinaan. Perbedaannya hanyalah bahwa objek yang diserang reputasinya dalam Pasal 218 dan Pasal 219 adalah orang yang memegang jabatan sebagai Presiden atau Wakil Presiden, bukan individu pada umumnya.

Selain itu, merujuk kepada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013-022/PUU-IV/2006 terkait pengujian norma hukum penghinaan Presiden dan/atau Wakil Presiden, Mahkamah Konstitusi berpandangan bahwa norma hukum tersebut dapat diterapkan lewat Pasal 310 KUHP yang mengatur pencemaran apabila penghinaan ditujukan kepada kualitas pribadi dari Presiden dan/atau Wakil Presiden. Dengan demikian, Mahkamah Konstitusi sendiri pun memandang bahwa norma hukum penghinaan Presiden dan/atau Wakil Presiden pada dasarnya sama dengan delik penghinaan.

5.2.2 Pemaknaan Unsur Kesengajaan

Sesuai dengan ketentuan Pasal 36 KUHP 2023, unsur kesengajaan tidak menghilang dari rumusan pasal-pasal pidana

[189] Pidana penghinaan ringan, dilihat dari rumusan unsur dan penjelasannya, pada dasarnya adalah penghinaan yang dilakukan dengan mengeluarkan perkataan yang tidak senonoh terhadap orang lain tanpa adanya unsur “dengan cara menuduhkan suatu hal dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”.

[190] Human Rights Committee, *General Comment No. 34...*, *Op.Cit.*, par. 25.

[191] *Ibid.*, par. 38.

[192] Dalam MvT KUHP Belanda dijelaskan bahwa penggunaan terminologi “menghina” yang adalah nomen generis (nama umum) dalam rumusan delik Pasal 111 dan Pasal 112 adalah disengaja karena karakter khusus dari penghinaan terhadap raja, ratu, dan putra mahkota. Rumusan tersebut juga yang dipakai dalam pasal penghinaan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP. Sementara itu, KUHP 2023 sudah melakukan perumusan dengan lebih spesifik sehingga penerapannya seharusnya lebih konsisten. Lihat Arsil (Ed.), *Terjemahan Beberapa Bagian Risalah Pembahasan...*, *Op. Cit.*, hal. 244.

dalam KUHP 2023, sehingga unsur ini wajib untuk tetap dibuktikan. Selain itu, perlu ditekankan kembali bahwa penerapan Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023 harus mengacu kepada *genus delicti*-nya yaitu Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023. Oleh sebab itu, dalam memaknai kesengajaan dalam Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023 perlu mengacu kepada prinsip *animus injuriandi* (niat untuk mencederai kehormatan atau reputasi orang lain) yang berlaku bagi delik penghinaan. Selanjutnya, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, jenis kesengajaan yang sesuai dengan prinsip *animus injuriandi* dalam penghinaan adalah kesengajaan dengan maksud (*opzet als oogmerk*) dan maksud dari kejahatan penghinaan adalah untuk mencederai kehormatan orang lain.

5.2.3 Pemaknaan Unsur “Di Muka Umum”

Unsur “di muka umum” adalah unsur yang sebelumnya tidak ada di dalam Pasal 134 KUHP. Unsur ini memiliki definisi yang sudah diatur eksplisit oleh KUHP 2023 dalam Pasal 158, sehingga penafsiran terhadap unsur ini dapat merujuk kepada pasal tersebut. Pasal 158 KUHP 2023 menerangkan bahwa “di muka umum” artinya di suatu tempat atau ruang yang dapat dilihat, didatangi, diketahui, atau disaksikan oleh orang lain baik secara langsung maupun secara tidak langsung melalui media elektronik yang membuat publik dapat mengakses Informasi Elektronik atau dokumen elektronik. Ruang memiliki definisinya menurut Pasal 167 KUHP 2023, yaitu termasuk bentangan atau terminal komputer yang dapat diakses dengan cara tertentu. Dengan demikian, diketahui bahwa perbuatan menyerang kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden yang dilakukan baik di ruang fisik maupun di ruang virtual dapat dipidana berdasarkan Pasal 218 KUHP 2023.

Oleh karena perbuatan penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden di ruang fisik maupun virtual dipidana berdasarkan Pasal 218, maka Pasal 219 memiliki tujuan yang berbeda. Dilihat dari rumusannya, Pasal 219 KUHP 2023 ditujukan untuk memidanakan perbuatan-perbuatan yang bertujuan membuat penghinaan kepada Presiden dan/atau Wakil Presiden menjadi diketahui umum atau lebih diketahui umum lewat ruang fisik maupun ruang virtual. Oleh karena itu, dapat dipahami bahwa Pasal 218 KUHP 2023 mengatur pidana terhadap perbuatan utama penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden, baik yang dilakukan di ruang fisik maupun virtual, sementara itu Pasal 219 KUHP 2023 merupakan pemidanaan terhadap penyebaran isi penghinaan yang dilarang dalam Pasal 218.

5.2.4 Pemaknaan Unsur “Menyerang Kehormatan atau Harkat dan Martabat Diri Presiden dan/atau Wakil Presiden”

Berdasarkan penjelasan dalam paragraf-paragraf sebelumnya, dapat dipahami bahwa Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023 seharusnya ditafsirkan sesuai dengan ketentuan pidana pencemaran dan fitnah. Oleh karena itu, dalam menafsirkan unsur “menyerang kehormatan atau harkat dan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden” perlu merujuk kepada unsur utama dalam Pasal 433 ayat (1) KUHP, yaitu menyerang kehormatan atau nama baik dengan cara menuduhkan suatu hal dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum. Dengan demikian, perbuatan-perbuatan yang dianggap menyerang kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden yang pada dasarnya bukan merupakan tuduhan dan tidak dimaksudkan untuk diketahui umum tidak dapat dipidana berdasarkan Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023. (Lihat kembali bagian pemaknaan unsur-unsur pada bagian tindak pidana penghinaan untuk menyegarkan pemahaman).

Selain itu, karena alasan yang sama, “Presiden dan/atau Wakil Presiden” dalam hal ini harus dimaknai sebagai kualitas pribadinya, bukan jabatannya. Oleh karena Pasal 218 KUHP dan Pasal 219 KUHP adalah delik yang bertujuan melindungi reputasi dan konsep reputasi hanya bisa dilekatkan kepada individu, maka penggunaan pasal-pasal ini hanya bisa diterapkan untuk melindungi reputasi individu. Maka, dalam memeriksa perkara Pasal 218 atau Pasal 219 KUHP 2023, pengadilan perlu memisahkan terlebih dahulu terkait tujuan dari ekspresi yang dipermasalahkan: apakah terhadap kualitas jabatan Presiden atau Wakil Presiden atau terhadap kualitas pribadi dari individu yang menjabat sebagai Presiden atau Wakil Presiden. Apabila yang dituju dari ekspresi yang dipermasalahkan adalah kualitas jabatan Presiden dan/atau Wakil Presiden, maka Pasal 218 maupun Pasal 219 KUHP 2023 tidak dapat digunakan.

5.2.5 Pertimbangan Keperluan dan Proporsionalitas Pemidanaan serta Dasar Penghapus Pidana

Tantangan utama dari penerapan pasal penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden adalah mencegah terjadinya pembatasan hak atas kebebasan ekspresi yang bertentangan dengan prinsip keperluan (*necessity*) dan proporsionalitas (*proportionality*) dalam negara demokratis. Oleh karena itu, pengadilan perlu sangat berhati-hati menentukan perlu atau tidaknya suatu ekspresi yang dituduh menghina Presiden dan/atau Wakil Presiden untuk direspon dengan hukum pidana. Dalam menimbang aspek tersebut, maka penting untuk selalu melihat aspek kepentingan umum dari ekspresi yang dituduh menyerang kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden karena selaku pimpinan tertinggi

dari negara, pembicaraan tentang Presiden dan Wakil Presiden hampir tidak akan pernah lepas dari urusan publik atau kepentingan umum. Komite HAM PBB telah menekankan bahwa KIHSP melindungi segala jenis ekspresi, bahkan ekspresi yang dinilai sangat menyinggung^[193], dan kenyataan bahwa suatu ekspresi tergolong menimbulkan ketersinggungan saja bagi figur di bidang publik tidak cukup untuk menjustifikasi penjatuhan hukuman.^[194] Pasal 218 KUHP 2023 juga telah mengatur adanya dasar penghapusan pidana, yaitu apabila perbuatan dilakukan untuk kepentingan umum atau pembelaan diri, sehingga pada dasarnya pengaturan dasar penghapusan pidana ini sejalan dengan semangat hukum HAM yang berlaku secara internasional dan nasional.

5.3 Menuju Penerapan Ideal Tindak Pidana Penyerangan Kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam KUHP 2023

Berdasarkan uraian di atas, dalam rangka mendorong terpenuhinya standar HAM dalam perlindungan kebebasan berekspresi, maka aparat penegak hukum, khususnya hakim, dalam memeriksa dan mengadili perkara tindak pidana penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden, perlu:

- (1). Menggunakan rujukan instrumen hukum HAM internasional dan nasional terkait perlindungan hak atas kebebasan berekspresi yang berlaku sebagai hukum positif, yaitu Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik beserta Komentar Umum Nomor 34, serta ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Dasar 1945 sebagai dasar dalam membangun pertimbangan hukum terhadap perkara penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden. Selain itu, aparat penegak hukum perlu juga memperhatikan prinsip-prinsip HAM yang berlaku secara universal, termasuk pendapat para ahli dan prinsip-prinsip HAM yang dituangkan ke dalam bentuk dokumen, salah satunya yaitu Prinsip Siracusa.
- (2). Mempertimbangkan beberapa hal sebagai berikut:
 - **Kontribusi terhadap diskursus mengenai kepentingan publik**
 - Dalam hal ini, apabila suatu ekspresi memang terkait erat dengan diskursus mengenai kepentingan publik, maka perlindungan terhadap kebebasan berekspresi harus diutamakan dan pembatasan hak kebebasan berekspresi harus dikesampingkan.
 - **Perandandansidalamranahpublikdari pihak yang terdampak reputasinya dan pokok bahasan dari ekspresi terkait**
Dalam konteks penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden, karena keduanya termasuk pejabat publik, maka perlindungan atas reputasi yang diberikan terhadapnya harus lebih sempit, sehingga ruang yang lebih luas diberikan bagi perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dari pihak yang menyampaikan suatu ekspresi atau pernyataan. Artinya, pembatasan hak atas kebebasan berekspresi melalui pidana penghinaan harus sedapat mungkin dikesampingkan. Pengadilan juga perlu memperhatikan pokok bahasan dari ekspresi atau pernyataan yang dipermasalahkan. Sebagai contoh, penyampaian ekspresi mengenai tindak tanduk seorang politisi dalam kapasitas resminya tentu berkaitan erat dengan aspek kepentingan publik sehingga perlindungan hak atas kebebasan berekspresi harus diutamakan. Sementara itu, penyampaian ekspresi mengenai kehidupan pribadi seorang warga sipil biasa yang tidak memiliki tugas dan kewenangan di bidang publik sama sekali tidak berkaitan dengan kepentingan publik sehingga perlindungan reputasi harus diutamakan.
 - **Isi, bentuk, dan konsekuensi dari suatu ekspresi atau publikasi**
Dalam hal ini, terdapat dua jenis ekspresi yang dapat diidentifikasi, yaitu apakah suatu ekspresi termasuk sebagai pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Pernyataan mengenai fakta harus bisa dibuktikan kebenarannya. Opini tidak membutuhkan pembuktian mengenai kebenarannya, namun harus memiliki dasar faktual yang cukup untuk bisa disebut sebagai opini. Jika suatu ekspresi diklaim sebagai *statement of facts* ataupun *value judgment*, namun pada praktiknya tidak sesuai dengan karakter dari jenis ekspresi yang diklaim tersebut, maka perlindungan atas reputasi dapat didahulukan sehingga pembatasan hak kebebasan berekspresi dapat dibenarkan. Selain itu, konsekuensi suatu ekspresi terhadap kehidupan personal orang yang merasa terlanggar reputasinya juga perlu diperiksa. Apabila tidak terbukti ada konsekuensi yang berbahaya terhadap pribadi seseorang, maka hak atas kebebasan berekspresi harus didahulukan.
- (3). Menganalisa perlu atau tidaknya pembatasan hak atas kebebasan berekspresi (yang dalam konteks proses peradilan pidana bermakna penghukuman atau pemidanaan terhadap terdakwa) dengan melakukan pengujian tiga tahap (*three-part test*), yaitu dengan memeriksa:
 - Apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa telah diatur dengan hukum;
 - Apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa ditujukan untuk melindungi kepentingan yang sah, yang dalam konteks tindak pidana penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden adalah reputasi individu yang menjabat sebagai Presiden atau Wakil Presiden; dan
 - Dalam hal terdakwa terbukti bersalah melakukan penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden, pengadilan perlu mempertimbangkan dan menguraikan dalam putusannya mengenai keperluan (*necessity*) dan proporsionalitas (*proportionality*) dari hukuman yang dijatuhkan sehingga perlu dianalisis apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa bersifat mendesak atau terpaksa dilakukan dalam suatu masyarakat

[193] Human Rights Committee, *General Comment No. 34*..., Op.Cit., par. 11.

[194] *Ibid.*, par. 13, 20, dan 38.

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

Selain itu, untuk mendorong konsistensi penafsiran dan penerapan unsur-unsur dalam tindak pidana penyerangan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden, maka ketentuan Pasal 218 dan Pasal 219 KUHP 2023 perlu diterapkan dengan cara sebagai berikut:

a. Unsur "kesengajaan"

- Unsur kesengajaan tidak dihapus dalam KUHP 2023 sehingga tetap perlu dipertimbangkan;
- Pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dengan alasan perlindungan reputasi tidak dimaksudkan untuk melindungi ketersinggungan orang lain. Kesengajaan yang dibuktikan haruslah kesengajaan untuk merusak reputasi;
- Unsur kesengajaan harus dipertimbangkan sebagai kesengajaan sebagai maksud (*opzet als oogmerk*);
- Unsur kesengajaan harus diperiksa sebagai satu kesatuan dengan unsur-unsur lain yang terdapat dalam rumusan pasal, sejalan dengan prinsip *animus injuriandi*.

b. Unsur "di muka umum"

- Unsur ini dimaksudkan untuk mencakup perbuatan menyerang kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden yang dilakukan baik di ruang fisik maupun di ruang virtual.

c. Unsur "menyerang kehormatan atau harkat dan martabat diri Presiden dan/atau Wakil Presiden"

- Unsur ini harus dimaknai sama dengan unsur "menyerang kehormatan atau nama baik dengan cara menuduhkan suatu hal dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum" dalam Pasal 433 KUHP 2023;
- Perlu dibedakan terlebih dahulu terkait tujuan dari ekspresi yang dipermasalahkan: apakah terhadap kualitas jabatan Presiden atau Wakil Presiden atau terhadap kualitas pribadi dari individu yang menjabat sebagai Presiden atau Wakil Presiden. Apabila yang dituju dari ekspresi yang dipermasalahkan adalah kualitas jabatan Presiden dan/atau Wakil Presiden, maka Pasal 218 maupun Pasal 219 KUHP 2023 tidak dapat digunakan;
- Perlindungan reputasi sebagai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi merupakan perlindungan yang diberikan kepada individu;
- Pembuktian unsur ini harus bersamaan dengan unsur kesengajaan dan pembuktian keduanya harus diperlakukan dalam satu rangkaian perbuatan;
- Unsur ini harus ditafsirkan bahwa objek yang menjadi sasaran penghinaan adalah individu, bukan jabatan, lembaga, atau entitas lainnya;
- Harus jelas adanya kerugian yang timbul dari pihak yang merasa diserang kehormatannya sebagai akibat dari ekspresi orang yang didakwa;
- Unsur tuduhan yang menjadi permasalahan harus diperiksa konteksnya, bukan semata pemeriksaan gramatikal;
- Apabila tuduhan tergolong pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*), maka perlu diperiksa apakah tuduhan tersebut disampaikan demi kepentingan umum atau dalam keadaan terpaksa untuk membela diri. Apabila salah satu dari kedua hal tersebut terpenuhi, maka pemidanaan tidak dijatuhkan;
- Apabila tuduhan tergolong sebagai suatu opini (*value judgment*), tidak perlu diperiksa kebenarannya karena opini memang bukan perihal kebenaran atau kesalahan isi pernyataan sehingga tidak relevan apabila dijatuhkan pidana;
- Perlu diperiksa apakah benar bahwa pelaku yang menyampaikan tuduhan memang menghendaki agar hal tersebut diketahui umum; dan apakah benar bahwa banyak orang menjadi mengetahui tuduhan tersebut. Apabila kedua hal tersebut benar, maka unsur ini dianggap terpenuhi;
- Unsur ini harus dimaknai sebagai perlindungan kehormatan seseorang di hadapan publik dari ekspresi yang merendahkan martabat yang spesifik ditujukan untuk umum sehingga komunikasi yang bersifat privat dan personal tidak dapat dianggap memenuhi unsur pidana penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden.

6. Tindak Pidana Penghinaan terhadap Pemerintah atau Lembaga Negara

6.1 Rumusan Tindak Pidana Penghinaan terhadap Pemerintah atau Lembaga Negara dalam KUHP 2023

Tindak pidana penghinaan terhadap pemerintah atau lembaga negara diatur dalam Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023. Tindak pidana ini adalah tindak pidana yang sudah diatur juga dalam KUHP, sehingga norma hukum ini juga bukan hal yang baru dalam KUHP 2023. Dalam KUHP, norma penghinaan terhadap pemerintah atau lembaga negara diatur dalam Pasal 207 dan Pasal 208. Berikut adalah perbandingan rumusan pasal-pasal dari kedua produk hukum tersebut:

Tabel 7.

Perbandingan Rumusan Norma Penghinaan terhadap Pemerintah atau Lembaga Negara dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026

Rumusan KUHP	Rumusan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026
Pasal 207 Barang siapa dengan sengaja di muka umum dengan lisan atau tulisan menghina suatu penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah	Pasal 240 (1). Setiap Orang yang Di Muka Umum dengan lisan atau tulisan menghina pemerintah atau lembaga negara, dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun 6 (enam) Bulan atau pidana denda paling banyak kategori II. (2). Dalam hal Tindak Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berakibat terjadinya kerusuhan dalam masyarakat, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV. (3). Tindak Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya dapat dituntut berdasarkan aduan pihak yang dihina. (4). Aduan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dilakukan secara tertulis oleh pimpinan pemerintah atau lembaga negara.

Dari perbandingan rumusan pasal-pasal tersebut, dapat dilihat bahwa tidak terdapat perbedaan dalam hal rumusan perbuatan yang diancam pidana. Walaupun terdapat perbedaan istilah yang digunakan, yaitu "penguasa atau badan umum" pada KUHP dan "pemerintah atau lembaga negara" pada KUHP 2023, secara hakikatnya pemerintah dan lembaga negara dapat disamakan sebagai penguasa atau badan umum dalam konteks KUHP.

Tetapi, terdapat beberapa perbedaan penting yang perlu diperhatikan. **Pertama**, KUHP 2023 menambahkan ketentuan yang berhubungan dengan delik utama penghinaan pemerintah atau lembaga negara, yaitu adanya pemidanaan apabila penghinaan tersebut berakibat timbulnya kerusuhan. **Kedua**, KUHP 2023 menegaskan bahwa penghinaan terhadap pemerintah atau lembaga negara adalah delik aduan dan yang bisa mengadukan adalah pimpinan pemerintah atau lembaga negara secara tertulis. Kedua aspek ini sebelumnya tidak diatur dalam KUHP.

Ketiga, KUHP 2023 juga memberikan penjelasan untuk memahami konteks yang dimaksud dalam Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023, yang menguraikan sebagai berikut:

Pasal 240

Yang dimaksud dengan "menghina" adalah perbuatan yang merendahkan atau merusak kehormatan atau citra pemerintah atau lembaga negara, termasuk menista atau memfitnah.

Menghina berbeda dengan kritik yang merupakan hak berekspresi dan hak berdemokrasi, misalnya melalui unjuk rasa atau menyampaikan pendapat yang berbeda dengan kebijakan pemerintah atau lembaga negara.

Dalam negara demokratis, kritik menjadi hal penting sebagai bagian dari kebebasan berekspresi yang sedapat mungkin bersifat konstruktif, walaupun mengandung ketidaksetujuan terhadap perbuatan, kebijakan, atau tindakan pemerintah atau lembaga negara.

Tabel 7.
Perbandingan Rumusan Norma Penghinaan terhadap Pemerintah atau Lembaga Negara dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026

Rumusan KUHP	Rumusan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026
<p>Pasal 207</p> <p>Barang siapa dengan sengaja di muka umum dengan lisan atau tulisan menghina suatu penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah</p>	<p>Pasal 240</p> <p>(1). Setiap Orang yang Di Muka Umum dengan lisan atau tulisan menghina pemerintah atau lembaga negara, dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun 6 (enam) Bulan atau pidana denda paling banyak kategori II.</p> <p>(2). Dalam hal Tindak Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berakibat terjadinya kerusuhan dalam masyarakat, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV.</p> <p>(3). Tindak Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya dapat dituntut berdasarkan aduan pihak yang dihina.</p> <p>(4). Aduan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dilakukan secara tertulis oleh pimpinan pemerintah atau lembaga negara.</p>
<p>Pasal 208</p> <p>(1). Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum suatu tulisan atau lukisan yang memuat penghinaan terhadap penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia dengan maksud supaya isi yang menghina itu diketahui atau lebih diketahui oleh umum, diancam dengan pidana penjara paling lama empat bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.</p> <p>(2). Jika yang bersalah melakukan kejahatan tersebut dalam pencariannya dan ketika itu belum lewat dua tahun sejak adanya pemidanaan yang menjadi tetap karena kejahatan semacam itu juga, maka yang bersangkutan dapat dilarang menjalankan pencarian tersebut.</p>	<p>Pasal 241</p> <p>Setiap Orang yang menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau gambar sehingga terlihat oleh umum, memperdengarkan rekaman sehingga terdengar oleh umum, atau menyebarluaskan dengan sarana teknologi informasi yang berisi penghinaan terhadap pemerintah atau lembaga negara, dengan maksud agar isi penghinaan diketahui umum, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV.</p>

Pada dasarnya, kritik dalam ketentuan ini merupakan bentuk pengawasan, koreksi, dan saran terhadap hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat

Ayat (1)

Yang dimaksud dengan "pemerintah" adalah Presiden Republik Indonesia yang memegang kekuasaan pemerintahan negara Republik Indonesia yang dibantu oleh Wakil Presiden dan menteri sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Yang dimaksud dengan "lembaga negara" adalah Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, dan Mahkamah Konstitusi.

Ayat (2)

Lihat Penjelasan Pasal 190 ayat (2)

Serupa dengan penjelasan pada Pasal 218 KUHP terkait penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden, penjelasan Pasal 240 KUHP 2023 tidak secara tegas memberi batasan tafsir terhadap rumusan "menghina". Apabila diperhatikan dengan seksama, penjelasan tersebut mengesankan bahwa ada cakupan yang luas terkait makna "menghina" yang di dalamnya tidak hanya menista/menghina atau memfitnah, tetapi juga berbagai macam perbuatan

lain yang sifatnya dianggap merendahkan atau merusak kehormatan. Penjelasan pasal ini juga tidak ideal sehingga hakim perlu melakukan penafsiran secara hati-hati dan ketat. Tetapi, setidaknya penjelasan pasal ini memperlihatkan bahwa tujuan adanya Pasal 240 KUHP 2023 adalah untuk melindungi reputasi, yang juga adalah salah satu alasan pembatasan hak atas kebebasan berekspresi yang diatur dalam KIHSP.

Selain itu, hal lainnya yang tidak cukup jelas dari penjelasan pasal tersebut adalah terkait pihak yang berhak mengajukan pengaduan. Dalam Pasal 240 ayat (4) KUHP 2023 disebutkan bahwa aduan dilakukan secara tertulis oleh pimpinan pemerintah atau lembaga negara. Dalam hal pemerintah, penjelasan pasal tersebut menguraikan bahwa "pemerintah" adalah Presiden Republik Indonesia yang memegang kekuasaan pemerintahan negara Republik Indonesia yang dibantu oleh Wakil Presiden dan menteri. Maka, timbul pertanyaan, misalnya, ketika terjadi dugaan penghinaan terhadap salah satu kementerian: siapa yang berhak menyampaikan aduan kepada penyidik kepolisian? Apakah Presiden? Atau menteri yang memimpin kementerian terkait? Hal ini tidak terjawab dengan baik oleh rumusan maupun penjelasan pasal.

6.2 Penerapan Pasal Penghinaan Pemerintah atau Lembaga Negara

6.2.1 Konsep Umum

Secara umum dari rumusan Pasal 240 KUHP 2023 beserta penjelasannya, dapat dipahami bahwa kepentingan yang ingin dilindungi dari keberadaan pasal ini adalah kehormatan atau reputasi. Jika mengacu kepada sejarah Pasal 207 KUHP sebagai asal muasal Pasal 240 KUHP 2023, ketentuan Pasal 207 KUHP ini pada awalnya tidak memiliki padanan dalam KUHP Belanda.^[195] Andi Hamzah menyatakan bahwa dapat diduga pasal ini awalnya diciptakan khusus di wilayah Hindia Belanda untuk menjaga wibawa pejabat kolonial.^[196] Selanjutnya, yang menjadi pertanyaan adalah reputasi siapa yang ingin dilindungi oleh pasal ini? Berdasarkan prinsip HAM dan aspek historis pengaturan delik penghinaan dalam KUHP, pengaturan pidana penghinaan dan konsep perlindungan atas reputasi hanya dapat diterapkan untuk melindungi reputasi individu dan bukan jabatan, institusi, simbol, dan entitas lainnya.

Menurut catatan MvT KUHP Hindia Belanda yang spesifik terkait Pasal 207 KUHP, perdebatan mengenai objek penghinaan selain dari individu perorangan diangkat kembali. Dijelaskan bahwa konsep penghinaan dalam KUHP Belanda – yang menjadi acuan KUHP – adalah penghinaan terhadap individu.^[197] Oleh karena itu, pengaturan Pasal 207 KUHP merupakan penyimpangan dari konsep tersebut.

Dengan demikian, dengan tujuan untuk menjaga konsistensi dengan kerangka hukum HAM dan hukum nasional, penerapan Pasal 240 dan Pasal 241 harus diinterpretasikan secara ketat hanya untuk melindungi reputasi individu. Pertanyaan berikutnya yang muncul adalah mengenai siapa individu yang reputasinya dilindungi oleh pasal-pasal tersebut. Hal ini tidak dijelaskan oleh KUHP 2023 karena secara konsep awal pasal ini memang telah menyimpang dari sejarah pengaturan delik penghinaan dan konsep perlindungan reputasi dalam prinsip HAM. Untuk menganalisis perlindungan reputasi individu yang dimaksud pasal-pasal tersebut dalam konteks yang sejalan dengan pidana dan HAM, maka hakim dapat mengacu kepada ketentuan ayat (3) dan (4) dari masing-masing Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023. Dalam ketentuan-ketentuan tersebut diatur bahwa tindak pidana yang dimaksud dalam Pasal 240 dan Pasal 241 hanya dapat dituntut berdasarkan aduan pihak yang dihina dan aduan tersebut dilakukan secara tertulis oleh pimpinan pemerintah atau lembaga negara. Dari konstruksi norma tersebut dapat diartikan bahwa pimpinan pemerintah atau lembaga negara ditempatkan sebagai korban yang berhak mengajukan aduan kepada penegak hukum untuk melakukan penuntutan berdasarkan Pasal 240 dan Pasal 241.

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa pada dasarnya reputasi individu yang ingin dilindungi oleh Pasal 240 dan Pasal 241 adalah reputasi dari pimpinan pemerintah, yaitu Presiden^[198], atau pimpinan lembaga negara, yaitu: pimpinan Majelis Permusyawaratan Rakyat; pimpinan Dewan Perwakilan Rakyat; pimpinan Dewan Perwakilan Daerah; pimpinan Mahkamah Agung; atau pimpinan Mahkamah Konstitusi. Apabila, perlindungan reputasi dilekatkan kepada lembaganya, maka, selain hal itu bertentangan dengan tujuan pengaturan pidana penghinaan, pengadilan akan kesulitan mengukur sejauh mana reputasi lembaga terdampak dari suatu ekspresi karena lembaga pada dasarnya tidak memiliki kehormatan atau reputasi.

[195] Pemerintah Hindia Belanda memasukan delik yang serupa dengan Pasal 207 KUHP ini pada tahun 1978 melalui Staatsblad 1978, 155, yaitu dengan merevisi Pasal 267 WvS yang sebelumnya memuat penghinaan terhadap pejabat atau yang di KUHP diatur dalam Pasal 316.

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

[197] Arsil (Ed.), *Terjemahan Beberapa Bagian Risalah Pembahasan...*, *Op. Cit.*, hal. 613-615.

[198] Merujuk kepada Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Presiden memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar. Wakil Presiden dan menteri-menteri negara ditempatkan sebagai pihak yang membantu Presiden.

Lebih lanjut lagi, mengacu kepada penjelasan Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023, terdapat beberapa dasar berpikir yang penting untuk dipahami, yaitu sebagai berikut:

- a. Penghinaan dalam Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 tidak memiliki lingkup yang jelas sehingga hakim harus berperan menjamin perlindungan hak kebebasan berekspresi dengan memberikan penafsiran yang ketat. Mengacu kepada penjelasan Pasal 240 KUHP 2023 dapat dipahami bahwa perbuatan yang ingin menjadi sasaran pidana adalah perbuatan yang sifatnya dianggap merendahkan atau merusak kehormatan, termasuk menista atau memfitnah. Dengan demikian, perbuatan lain – selain menista atau memfitnah – yang merendahkan kehormatan pemerintah atau lembaga negara, misalnya penghinaan ringan^[199], seakan-akan bisa dipidana juga melalui pasal ini. Namun, hal ini tidak sejalan dengan prinsip HAM bahwa norma hukum yang membatasi pelaksanaan hak harus dirumuskan dengan sangat presisi agar memungkinkan seseorang dapat mengatur perilakunya sesuai norma hukum tersebut.^[200] Selain itu, karena pasal ini sangat berkaitan dengan jabatan publik, prinsip yang terkandung dalam KIHSP adalah bahwa bentuk-bentuk ekspresi yang semata-mata dianggap menimbulkan ketersinggungan bagi tokoh publik tidak cukup untuk membenarkan penjatuhan hukuman.^[201] Maka, apabila perbuatan menyerang kehormatan atau harkat dan martabat diri Presiden dan/atau Wakil Presiden dianggap termasuk juga perbuatan penghinaan ringan yang konsekuensi logisnya terbatas pada ketersinggungan yang subjektif, hal ini bertentangan dengan prinsip HAM.
- b. Berdasarkan penjelasan huruf a di atas, maka seharusnya hakim melakukan pengetatan interpretasi terhadap Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 dengan memaknai unsur “menghina” pemerintah atau lembaga negara sesuai dengan unsur-unsur delik pencemaran yang diatur dalam Pasal 433 KUHP 2023, yaitu “menyerang kehormatan atau nama baik orang lain dengan cara menuduhkan suatu hal, dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”, dan delik fitnah yang diatur Pasal 434 KUHP 2023. Pendekatan ini juga dilakukan terhadap delik penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden yang sudah dijelaskan di atas.
- c. Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 tidak bisa diterapkan terhadap ekspresi yang disampaikan dalam unjuk rasa, atau ekspresi yang pada esensinya merupakan kritik atau pandangan berbeda terhadap sikap dan kebijakan pemerintah atau lembaga negara
- d. Pengertian “pemerintah” dan “lembaga negara” sudah dibatasi dengan ketat lewat penjelasan pasal tersebut sehingga lembaga selain yang sudah disebutkan tidak dapat tergolong ke dalam lingkup “pemerintah” dan “lembaga negara”.
- e. Berdasarkan prinsip HAM, hak atas perlindungan reputasi pada dasarnya tidak dapat dilekatkan kepada lembaga. Oleh karena itu, untuk menjaga konsistensi dengan prinsip HAM, penerapan Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 tetap hanya dapat dimaknai untuk melindungi reputasi individu dan bukan lembaga/institusi.
- f. Unsur “kerusuhan” yang diatur dalam Pasal 240 ayat (2) KUHP 2023, dengan merujuk kepada penjelasan Pasal 190 ayat (2), dimaknai sebagai suatu kondisi yang menimbulkan kekerasan terhadap orang atau Barang yang dilakukan oleh sekelompok orang paling sedikit 3 (tiga) orang.

6.2.2 Pemaknaan Unsur Kesengajaan

Serupa dengan uraian pada bagian-bagian sebelumnya, penting untuk diingat bahwa, meskipun unsur kesengajaan tidak lagi tercantum dalam rumusan-rumusan pidana KUHP 2023, unsur kesengajaan tidak menghilang karena terdapat ketentuan Pasal 36 KUHP 2023. Maka, unsur ini wajib untuk tetap dibuktikan. Penerapan Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 juga harus mengacu kepada Pasal 433 ayat (1) KUHP 2023 sebagai *genus delicti*. Oleh sebab itu, dalam memaknai kesengajaan dalam Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 perlu mengacu kepada prinsip *animus injuriandi* (niat untuk mencederai kehormatan atau reputasi) yang berlaku bagi delik penghinaan. Selanjutnya, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, jenis kesengajaan yang sesuai dengan prinsip *animus injuriandi* dalam penghinaan adalah kesengajaan dengan maksud (*opzet als oogmerk*) dan maksud dari kejahatan penghinaan adalah untuk mencederai kehormatan orang lain.

6.2.3 Pemaknaan Unsur “Di Muka Umum”

Terkait pemaknaan unsur “di muka umum”, pengadilan perlu mengacu kepada definisi yang sudah diatur eksplisit oleh KUHP 2023 dalam Pasal 158. Pasal tersebut menerangkan bahwa “di muka umum” artinya di suatu tempat atau ruang yang dapat dilihat, didatangi, diketahui, atau disaksikan oleh orang lain baik secara langsung maupun secara tidak langsung melalui media elektronik yang membuat publik dapat mengakses Informasi Elektronik atau dokumen

[199] Pidana penghinaan ringan, dilihat dari rumusan unsur dan penjelasannya, pada dasarnya adalah penghinaan yang dilakukan dengan mengeluarkan perkataan yang tidak senonoh terhadap orang lain tanpa adanya unsur “dengan cara menuduhkan suatu hal dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum”.

[200] Human Rights Committee, *General Comment No. 34*..., Op.Cit., par. 25.

[201] *Ibid.*, par. 38.

elektronik. "Ruang" juga memiliki definsinya menurut Pasal 167 KUHP 2023, yaitu termasuk bentangan atau terminal komputer yang dapat diakses dengan cara tertentu. Maka, dapat dipahami bahwa perbuatan menghina pemerintah atau lembaga negara yang diancam pidana dalam Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 adalah penghinaan yang dilakukan baik di ruang fisik maupun di ruang virtual.

6.2.4 Pemaknaan Unsur "Menghina Pemerintah atau Lembaga Negara"

Berdasarkan penjelasan dalam paragraf-paragraf sebelumnya, dapat dipahami bahwa Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 harus ditafsirkan sesuai dengan ketentuan pidana pencemaran sebagai *genus delicti*-nya. Oleh karena itu, dalam menafsirkan unsur "menghina pemerintah atau lembaga negara" perlu merujuk kepada unsur utama dalam Pasal 433 ayat (1) KUHP, yaitu menyerang kehormatan atau nama baik dengan cara menuduhkan suatu hal dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum. Dengan demikian, perbuatan-perbuatan yang dianggap menghina pemerintah atau lembaga negara yang pada dasarnya bukan merupakan tuduhan dan tidak dimaksudkan untuk diketahui umum tidak dapat dipidana berdasarkan Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023. (Lihat kembali bagian pemaknaan unsur-unsur pada bagian tindak pidana penghinaan untuk menyegarkan pemahaman).

Selain itu, karena Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 adalah delik penghinaan dan dengan mengacu kepada penjelasan pada bagian Konsep Umum di atas, "pemerintah atau lembaga negara" dalam hal ini harus dimaknai sebagai pimpinan pemerintah atau pimpinan lembaga negara sebagai orang perorangan, bukan lembaganya atau jabatan yang diembannya. Delik penghinaan adalah delik yang bertujuan melindungi reputasi dan konsep reputasi hanya bisa dilekatkan kepada individu, sehingga penggunaan pasal-pasal ini hanya bisa diterapkan untuk melindungi reputasi individu. Maka, dalam memeriksa perkara Pasal 218 atau Pasal 219 KUHP 2023, pengadilan perlu memeriksa apakah ekspresi yang disampaikan benar-benar ditujukan untuk merusak kehormatan atau reputasi pimpinan pemerintah atau pimpinan lembaga negara. Apabila yang dituju dari ekspresi yang dipermasalahkan adalah selain daripada itu, maka Pasal 240 maupun Pasal 241 KUHP 2023 tidak dapat digunakan.

6.2.5 Pertimbangan Keperluan dan Proporsionalitas Pidana

Sama dengan tantangan dalam menerapkan pasal penyerangan kehormatan Presiden dan/atau Wakil Presiden, tantangan utama dari penggunaan pasal penghinaan pemerintah atau lembaga negara adalah mencegah terjadinya pembatasan hak atas kebebasan ekspresi yang bertentangan dengan prinsip keperluan (*necessity*) dan proporsionalitas (*proportionality*) dalam negara demokratis. Pengadilan perlu menyadari pemerintah dan lembaga negara sebagai organ negara yang memegang instrumen-instrumen kenegaraan yang bisa digunakan kapan saja untuk tujuan masing-masing. Oleh karena itu, pengadilan perlu sangat berhati-hati menentukan perlu atau tidaknya suatu ekspresi yang dituduh menghina pemerintah atau lembaga negara untuk direspon dengan hukum pidana. Dalam menimbang aspek tersebut, maka penting untuk selalu melihat aspek kepentingan umum dari ekspresi yang dituduh menghina pemerintah atau lembaga negara karena pelaksanaan tugas dan fungsi pemerintah dan lembaga negara tidak akan pernah lepas dari urusan publik atau kepentingan umum. Komite HAM PBB telah menekankan bahwa KIHSP melindungi segala jenis ekspresi, bahkan ekspresi yang dinilai sangat menyinggung^[202], dan kenyataan bahwa suatu ekspresi tergolong menimbulkan ketersinggungan saja bagi figur di bidang publik tidak cukup untuk menjustifikasi penjatuhan hukuman.^[203]

6.3. Menuju Penerapan Ideal Tindak Pidana Penghinaan Pemerintah atau Lembaga Negara dalam KUHP 2023

Berdasarkan uraian di atas, dalam rangka mendorong terpenuhinya standar HAM dalam perlindungan kebebasan berekspresi, maka aparat penegak hukum, khususnya hakim, dalam memeriksa dan mengadili perkara tindak pidana penghinaan pemerintah atau lembaga negara, perlu:

- (1). Menggunakan rujukan instrumen hukum HAM internasional dan nasional terkait perlindungan hak atas kebebasan berekspresi yang berlaku sebagai hukum positif, yaitu Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik beserta Komentar Umum Nomor 34, serta ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Dasar 1945 sebagai dasar dalam membangun pertimbangan hukum terhadap perkara penghinaan pemerintah atau lembaga negara. Selain itu, aparat penegak hukum perlu juga memperhatikan prinsip-prinsip HAM yang berlaku secara universal, termasuk pendapat para ahli dan prinsip-prinsip HAM yang dituangkan ke dalam bentuk dokumen, salah satunya yaitu Prinsip Siracusa;
- (2). Mempertimbangkan beberapa hal sebagai berikut:
 - **Kontribusi terhadap diskursus mengenai kepentingan publik**
Dalam hal ini, apabila suatu ekspresi memang terkait erat dengan diskursus mengenai kepentingan publik, maka perlindungan terhadap kebebasan berekspresi harus diutamakan dan pembatasan hak kebebasan

[202] *Ibid.*, par. 11.

[203] *Ibid.*, par. 13, 20, dan 38.

berekspresi harus dikesampingkan.

- **Peran dan fungsi dalam ranah publik dari pihak yang terdampak reputasinya dan pokok bahasan dari ekspresi terkait**

Dalam konteks penghinaan terhadap pemerintah atau lembaga negara, karena yang dilindungi adalah reputasi individu yang menjabat sebagai pimpinan pemerintah atau pimpinan lembaga negara, maka perlindungan atas reputasi yang diberikan kepadanya harus lebih sempit, sehingga ruang yang lebih luas diberikan bagi perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dari pihak yang menyampaikan suatu ekspresi atau pernyataan. Artinya, pembatasan hak atas kebebasan berekspresi melalui pidana penghinaan harus sedapat mungkin dikesampingkan. Pengadilan juga perlu memperhatikan pokok bahasan dari ekspresi atau pernyataan yang dipermasalahkan. Sebagai contoh, penyampaian ekspresi mengenai tindak tanduk seorang politisi dalam kapasitas resminya tentu berkaitan erat dengan aspek kepentingan publik sehingga perlindungan hak atas kebebasan berekspresi harus diutamakan. Sementara itu, penyampaian ekspresi mengenai kehidupan pribadi seorang warga sipil biasa yang tidak memiliki tugas dan kewenangan di bidang publik sama sekali tidak berkaitan dengan kepentingan publik sehingga perlindungan reputasi harus diutamakan.

- **Isi, bentuk, dan konsekuensi dari suatu ekspresi atau publikasi**

Dalam hal ini, terdapat dua jenis ekspresi yang dapat diidentifikasi, yaitu apakah suatu ekspresi termasuk sebagai pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Pernyataan mengenai fakta harus bisa dibuktikan kebenarannya. Opini tidak membutuhkan pembuktian mengenai kebenarannya, namun harus memiliki dasar faktual yang cukup untuk bisa disebut sebagai opini. Jika suatu ekspresi diklaim sebagai *statement of facts* ataupun *value judgment*, namun pada praktiknya tidak sesuai dengan karakter dari jenis ekspresi yang diklaim tersebut, maka perlindungan atas reputasi dapat didahulukan sehingga pembatasan hak kebebasan berekspresi dapat dibenarkan. Selain itu, konsekuensi suatu ekspresi terhadap kehidupan personal orang yang merasa terlanggar reputasinya juga perlu diperiksa. Apabila tidak terbukti ada konsekuensi yang berbahaya terhadap pribadi seseorang, maka hak atas kebebasan berekspresi harus didahulukan.

(3). Menganalisa perlu atau tidaknya pembatasan hak atas kebebasan berekspresi (yang dalam konteks proses peradilan pidana bermakna penghukuman atau pemidanaan terhadap terdakwa) dengan melakukan pengujian tiga tahap (*three-part test*), yaitu dengan memeriksa:

- Apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa telah diatur dengan hukum;
- Apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa ditujukan untuk melindungi kepentingan yang sah, yang dalam konteks tindak pidana penghinaan terhadap pemerintah atau lembaga negara adalah reputasi individu dari pimpinan pemerintah atau pimpinan lembaga negara; dan
- Dalam hal terdakwa terbukti bersalah melakukan penghinaan terhadap pimpinan pemerintah atau pimpinan lembaga negara, pengadilan perlu mempertimbangkan dan menguraikan dalam putusannya mengenai keperluan (*necessity*) dan proporsionalitas (*proportionality*) dari hukuman yang dijatuhkan sehingga perlu dianalisis apakah pembatasan hak atas kebebasan berekspresi terdakwa bersifat mendesak atau terpaksa dilakukan dalam suatu masyarakat yang demokratis, yang berarti bahwa tidak ada cara lain yang dapat dilakukan negara selain dengan memberikan hukuman atau pemidanaan terhadap perbuatan atau ekspresi terdakwa. Apabila dipandang mendesak, maka hukuman wajib dijatuhkan dengan tetap memperhatikan proporsionalitas pemidanaan sehingga penghukuman tersebut tidak akan mengganggu berjalannya demokrasi.

Selain itu, untuk mendorong konsistensi penafsiran dan penerapan unsur-unsur dalam tindak pidana penghinaan pemerintah atau lembaga negara, maka ketentuan Pasal 240 dan Pasal 241 KUHP 2023 perlu diterapkan dengan cara sebagai berikut:

a. Unsur "kesengajaan"

- Unsur kesengajaan tidak dihapus dalam KUHP 2023 sehingga tetap perlu dipertimbangkan;
- Pembatasan hak atas kebebasan berekspresi dengan alasan perlindungan reputasi tidak dimaksudkan untuk melindungi ketersinggungan orang lain. Kesengajaan yang dibuktikan haruslah kesengajaan untuk merusak reputasi;
- Unsur kesengajaan harus dipertimbangkan sebagai kesengajaan sebagai maksud (*opzet als oogmerk*);
- Unsur kesengajaan harus diperiksa sebagai satu kesatuan dengan unsur-unsur lain yang terdapat dalam rumusan pasal, sejalan dengan prinsip *animus injuriandi*.

b. Unsur "di muka umum"

- Unsur ini dimaksudkan untuk mencakup perbuatan menghina pemerintah atau lembaga negara yang dilakukan baik di ruang fisik maupun di ruang virtual.

c. Unsur “menghina pemerintah atau lembaga negara”

- Unsur ini harus dimaknai sama dengan unsur “menyerang kehormatan atau nama baik dengan cara menuduhkan suatu hal dengan maksud supaya hal tersebut diketahui umum” dalam Pasal 433 KUHP 2023;
- Perlu dibedakan terlebih dahulu terkait tujuan dari ekspresi yang dipermasalahkan: apakah benar untuk merusak reputasi dari pimpinan pemerintah atau pimpinan lembaga negara yang bersangkutan selaku individu (bukan jabatan atau lembaganya). Apabila yang dituju dari ekspresi yang dipermasalahkan adalah selain daripada itu, maka Pasal 240 maupun Pasal 241 KUHP 2023 tidak dapat digunakan;
- Perlindungan reputasi sebagai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi merupakan perlindungan yang diberikan kepada individu;
- Pembuktian unsur ini harus bersamaan dengan unsur kesengajaan dan pembuktian keduanya harus diperlakukan dalam satu rangkaian perbuatan;
- Unsur ini harus ditafsirkan bahwa objek yang menjadi sasaran penghinaan adalah individu, bukan jabatan, lembaga, atau entitas lainnya;
- Harus jelas adanya kerugian yang timbul dari pihak yang merasa diserang kehormatannya sebagai akibat dari ekspresi orang yang didakwa;
- Unsur tuduhan yang menjadi permasalahan harus diperiksa konteksnya, bukan semata pemeriksaan gramatikal;
- Apabila tuduhan tergolong pernyataan mengenai fakta (*statement of facts*), maka perlu diperiksa apakah tuduhan tersebut disampaikan demi kepentingan umum atau dalam keadaan terpaksa untuk membela diri. Apabila salah satu dari kedua hal tersebut terpenuhi, maka pemidanaan tidak dijatuhkan;
- Apabila tuduhan tergolong sebagai suatu opini (*value judgment*), tidak perlu diperiksa kebenarannya karena opini memang bukan perihal kebenaran atau kesalahan isi pernyataan sehingga tidak relevan apabila dijatuhkan pidana;
- Perlu diperiksa apakah benar bahwa pelaku yang menyampaikan tuduhan memang menghendaki agar hal tersebut diketahui umum; dan apakah benar bahwa banyak orang menjadi mengetahui tuduhan tersebut. Apabila kedua hal tersebut benar, maka unsur ini dianggap terpenuhi;
- Unsur ini harus dimaknai sebagai perlindungan kehormatan seseorang di hadapan publik dari ekspresi yang merendahkan martabat yang spesifik ditujukan untuk umum sehingga komunikasi yang bersifat privat dan personal tidak dapat dianggap memenuhi unsur pidana penghinaan pemerintah atau lembaga negara.

➔ Referensi Bacaan

Buku/Artikel/Laporan

1. Andi Hamzah, *Delik-Delik Tertentu (Speciale Delicten) dalam KUHP*, (Jakarta: Sinar Grafika), 2015.
2. Arsil (Ed.), *Terjemahan Beberapa Bagian Risalah Pembahasan Wetboek van Strafrecht dan Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsche Indië (KUHP Belanda dan KUHP Indonesia)*, (Jakarta: ICJR), 2021.
3. ARTICLE 19, *Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation, Policy Brief*, (London: ARTICLE 19), 2017.
4. Catalina Botero Marino, *The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression*, (Washington D.C.: Inter-American Commission on Human Rights), 2010.
5. Eric Descheemaeker, *A Man of Bad Character has Not So Much to Lose: Truth as a Defence in the South African Law of Defamation*, (Edinburgh: University of Edinburgh School of Law), 2011.
6. Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan, *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, (Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan), 2022.
7. Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan, *Modul Pelatihan Penerapan Prinsip dan Kerangka Hukum Hak Asasi Manusia bagi Hakim Peradilan Umum*, (Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan), 2022.
8. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, 2nd revised ed., (Kehl: N. P. Engel), 2005.
9. Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law National, Regional and International Jurisprudence Second Edition*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2017.
10. R. Soesilo, *KUHP serta Komentar-komentarnya Lengkap demi Pasal*, (Bogor: Politeia), 2013.
11. S. R. Sianturi, *Tindak Pidana di KUHP Beserta Uraianya*, (Jakarta: Alumni), 1983.
12. Stijn Smet, "Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict", dalam *American University International Law Review*, vol. 26, no. 1, (Washington D.C.: Washington College of Law American University), 2010.
13. 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.

Peraturan Perundang-undangan

1. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
2. Undang-undang No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana.
3. Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.
4. Undang-undang No. 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.
5. Undang-undang No. 1 Tahun 2026 tentang Penyesuaian Pidana.

Putusan Pengadilan

1. Pengadilan Indonesia
 - Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013-022/PUU-IV/2006.
 - Putusan Mahkamah Agung No. 225 PK/PID.SUS/2011.
 - Putusan Mahkamah Agung No. 500 K/Pid.Sus/2016.
 - Putusan Mahkamah Agung No. 1252 K/PID/2016.
 - Putusan Mahkamah Agung No. 1886 K/PID.SUS/2018.
 - Putusan PN Cianjur No. 182/ PID.Sus /2015/PN.Cjr.
 - Putusan PN Denpasar No. 732/Pid.B/2013/PN Dps.
 - Putusan PN Kualasimpang No. 288/Pid.B/2010/PN.Ksp.
 - Putusan PN Kualasimpang No. 380/Pid.Sus/2018/PN.Ksp.
 - Putusan PN Luwuk No. 238/Pid.B/2014/PN Lwk.
 - Putusan PN Manado No. 300/Pid.B/2013/PN.Mdo.
 - Putusan PN Pati Nomor 224/Pid.B/2014/PN Pti.
 - Putusan PN Sanggau No. 336/Pid.B/2016/PN Sag.
 - Putusan PN Simalungun No. 43/Pid.B/2017/PN.Sim
 - Putusan PN Yogyakarta No. 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk.
2. Peradilan HAM Regional
 - Putusan Pengadilan HAM Afrika, Lohe Issa Konate v. Burkina Faso, (Application no. 004/2013), 5 Desember 2014.
 - Putusan Pengadilan HAM Afrika, Ingabire Victoire Umuhoza v. Rwanda, (Application no. 003/2014), 24 November 2017.
 - Putusan Pengadilan HAM Eropa, Tešić v. Serbia, (Applications nos. 4678/07 and 50591/12), 11 Februari 2014.
 - Putusan Pengadilan HAM Eropa, Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina, (Application no. 17224/11), 27 Juni 2017.
 - Putusan Pengadilan HAM Eropa, GRA Stiftung Gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland, (Application no. 18597/13), 9 Januari 2018.
 - Putusan Pengadilan HAM Inter-Amerika, Herrera Ulloa v. Costa Rica, 2 Juli 2004.
 - Putusan Pengadilan HAM Inter-Amerika, Uson Ramirez v. Venezuela, 20 November 2009.

Instrumen HAM Internasional, Regional, dan Nasional

1. *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik).
2. Komite HAM PBB, *Komentar Umum No. 34 ICCPR, "Pasal 19: Kebebasan Atas Berpendapat dan Berekspresi"*, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011.
3. American Association for the International Commission of Jurists, *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).
4. Komisi Nasional Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, *Standar Norma dan Pengaturan Nomor 5 tentang Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi*, (Jakarta: Komnas HAM RI), 2021.

Internet

1. CNN Indonesia, "UU ITE Plus Buzzer, Ancaman Kebebasan Berpendapat Era Jokowi", <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20210217152444-20-607439/uu-ite-plus-buzzer-ancaman-kebebasan-berpendapat-erajokowi>
2. Fana F. Suparman, "ICJR Klaim UU ITE Berdampak Buruk pada Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi", <https://www.beritasatu.com/nasional/744399/icjr-klaim-uu-ite-berdampak-buruk-pada-kebebasan-berpendapat-dan-berekspresi>
3. Krisiandi (Ed.), "Catatan SAFEnet: 8 Kasus Jurnalis Terjerat UU ITE Sepanjang 2019", <https://nasional.kompas.com/read/2020/11/14/05050021/catatan-safenet--8-kasus-jurnalis-terjerat-uu-itesepanjang-2019>
4. Media Defence, "Defamation – South and Southeast Asia", <https://www.mediadefence.org/resource-hub/defamation-south-and-southeast-asia/#online-defamation>
5. Pebriansyah Ariefana, "Kasus Kriminalisasi Surat Pembaca, MA Kabulkan PK Khoe Seng Seng", <https://kbr.id/articles/indeks/kasus-kriminalisasi-surat-pembaca,-ma-kabulkan-pk-khoe-seng-seng>
6. Dicky Setiawan (Ed.), "Pengurus ICW Jadi Tersangka Pencemaran Nama Baik", <https://nasional.kontan.co.id/news/pengurus-icw-jadi-tersangka-pencemaran-nama-baik>

SESI 6: HAK ATAS KEBEBASAN BEREKSPRESI DAN PASAL UJARAN KEBENCIAN DALAM KUHP, UU ITE, DAN KUHP 2023

Sesi 6: Hak atas Kebebasan Berekspresi dan Pasal Ujaran Kebencian dalam KUHP, UU ITE, dan KUHP 2023

Tujuan Umum: Peserta memahami tentang penerapan pasal ujaran kebencian dalam KUHP 2023 terhadap perlindungan hak atas kebebasan berekspresi berdasarkan prinsip hukum pidana dan hak asasi manusia.

Tujuan Khusus:

- Peserta memahami uraian unsur Pasal 242-243 KUHP 2023 dan perbandingan rumusannya secara normatif dengan Pasal 156-157 KUHP;
- Peserta memahami konteks pengaturan Pasal 242-243 KUHP 2023;
- Peserta memahami pertimbangan pengadilan HAM regional maupun beberapa negara lainnya dalam perkara-perkara ujaran kebencian terhadap kelompok tertentu dengan menggunakan hukum dan prinsip-prinsip HAM sebagai acuan dalam memutus; dan
- Peserta memahami penafsiran unsur-unsur Pasal 242-243 KUHP 2023 sebagai bentuk pembatasan ekspresi yang sah.

Materi	Waktu (Total 90 menit)	Metode
1. Perubahan rumusan Pasal 156-157 KUHP dibandingkan dengan Pasal 242-243 KUHP 2023; 2. Uraian unsur dan definisi Pasal 242-243 KUHP 2023 secara normative; 3. Konsep Pasal 242-243 KUHP 2023 dari perspektif pembatasan yang sah berdasarkan prinsip-prinsip HAM; 4. Pertimbangan hakim pengadilan regional dan beberapa negara lain atas kasus-kasus ujaran kebencian.	60"	<ul style="list-style-type: none"> • Presentasi narasumber/pembicara • Diskusi
Rekomendasi penafsiran unsur-unsur Pasal 242-243 KUHP 2023 berdasarkan HAM	30"	<ul style="list-style-type: none"> • Presentasi narasumber/pembicara • Diskusi

Daftar Isi

1. Uraian Rumusan Pasal 242-243 KUHP 2023 dan Konteks Pasal 156-157 KUHP 1946

- 1.1. Uraian Rumusan Pasal 242-243 KUHP 2023 berdasarkan UU No. 1 Tahun 2026 tentang Penyesuaian Pidana dan Perubahan dari Rumusan Pasal 156-157 KUHP 1946
- 1.2. Melihat perbandingan rumusan Pasal 243 KUHP dengan Pasal 300-301 KUHP serta perubahannya dalam UU No. 1 Tahun 2026 tentang Penyesuaian Pidana

2. Konteks Pasal 242-243 KUHP Ditinjau dari Prinsip-Prinsip HAM

3. Implementasi Pembatasan Ekspresi yang Sah terkait "Hate Speech" dalam Putusan Pengadilan Regional dan Beberapa Negara Lain

- 3.1. Implementasi Larangan "Hate Speech" dalam Putusan Pengadilan HAM Regional
- 3.2. Penggunaan *Three-Stage Test* oleh *Hoge Raad* Belanda dalam Perkara "Hate Speech" di Belanda
- 3.3. Pertimbangan Hakim Australia dalam Putusan terkait "Hate Speech"

4. Penutup dan Rekomendasi Penafsiran Pasal 242-243 KUHP 2023

- 4.1. Penafsiran Unsur-Unsur Pasal 242 KUHP 2023
- 4.2. Penafsiran Unsur-Unsur Pasal 243 KUHP 2023
- 4.3. Proporsionalitas Pidanaan

MATERI

1. Uraian Rumusan Pasal 242-243 KUHP 2023 dan Perbandingan dengan Pasal 156-157 KUHP 1946 dan Pasal 300-301 KUHP 2023^[204]

Bagian pertama ini terbagi menjadi dua bagian yang akan menjelaskan: 1) uraian rumusan Pasal 242-243 KUHP 2023 dan perbandingan uraian rumusannya dengan Pasal 156-157 KUHP 1946 untuk melihat perubahan rumusan yang terjadi secara normatif; dan 2) perbedaan rumusan dan potensi masalah implementasi dari Pasal 242-243 KUHP 2023 apabila disandingkan dengan Pasal 300-301 KUHP 2023

1.1. Uraian Rumusan Pasal 242-243 KUHP 2023 berdasarkan UU No. 1 Tahun 2026 tentang Penyesuaian Pidana dan Perubahan dari Rumusan Pasal 156-157 KUHP 1946

KUHP 2023 saat ini memiliki tindak pidana penghinaan terhadap golongan penduduk yang terdapat dalam Bab V: Tindak Pidana terhadap Ketertiban Umum. Ketentuan tindak pidana yang merupakan pembatasan kebebasan berekspresi ini diatur di dalam Pasal 242-243 KUHP 2023. Pada KUHP 1946, tindak pidana serupa diatur di dalam Pasal 156-157 KUHP.^[205]



Selengkapnya mengenai konsep dan pengaturan kedua pasal ini dapat dilihat dalam buku Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia, hal. 181-184.

Pasal 242 KUHP 2023 merumuskan ketentuan tindak pidana penghinaan terhadap golongan penduduk sebagai berikut:

Setiap Orang yang Di Muka Umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap satu atau beberapa golongan atau kelompok penduduk Indonesia berdasarkan ras, kebangsaan, etnis, warna kulit, jenis kelamin, disabilitas mental, atau disabilitas fisik, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV.

Sedangkan rumusan Pasal 243 KUHP 2023 adalah sebagai berikut:

1. *Setiap Orang yang menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau gambar sehingga terlihat oleh umum atau memperdengarkan rekaman sehingga terdengar oleh umum atau menyebarluaskan dengan sarana teknologi informasi, yang berisi pernyataan perasaan permusuhan dengan maksud agar isinya diketahui atau lebih diketahui oleh umum, terhadap satu atau beberapa golongan atau kelompok penduduk Indonesia berdasarkan ras, kebangsaan, etnis, warna kulit, agama, kepercayaan, jenis kelamin, disabilitas mental, atau disabilitas fisik yang berakibat timbulnya Kekerasan terhadap orang atau Barang, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV.*
2. *Jika Setiap Orang sebagaimana dimaksud pada ayat (1) melakukan Tindak Pidana tersebut dalam menjalankan profesinya dan pada waktu itu belum lewat 2 (dua) tahun sejak adanya putusan pemidanaan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan Tindak Pidana yang sama, pelaku dapat dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 86 huruf f.*

Setelah pengesahan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2026 tentang Penyesuaian Pidana, rumusan Pasal 243 ayat (1) KUHP 2023 mengalami perubahan penting sehingga berbunyi sebagai berikut:

Setiap Orang yang menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau gambar sehingga terlihat oleh umum atau memperdengarkan rekaman sehingga terdengar oleh umum atau menyebarluaskan dengan

[204] Pembahasan mengenai Pasal 242-243 KUHP 2023 tidak terlepas dari diskursus mengenai pengaturan dan implementasi larangan "ujaran kebencian". Selengkapnya pembahasan mengenai pasal "ujaran kebencian" dapat dilihat di LeIP, *Melindungi Ekspresi...*, Op. Cit., Bab IV.

[205] Peraturan peralihan KUHP 2023 menyatakan bahwa KUHP 1946 tidak lagi berlaku pada 2026 tetapi tidak secara tegas menyatakan bahwa Pasal 242-243 KUHP 2023 akan menggantikan Pasal 156-157 KUHP.



sarana teknologi informasi, yang berisi pernyataan perasaan permusuhan dengan maksud agar isinya diketahui atau lebih diketahui oleh umum, terhadap satu atau beberapa golongan atau kelompok penduduk Indonesia berdasarkan ras, kebangsaan, etnis, warna kulit, jenis kelamin, atau disabilitas yang berakibat timbulnya Kekerasan terhadap orang atau Barang, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV.

Terdapat dua perubahan dalam UU Penyesuaian Pidana tersebut yakni: 1) dihapuskannya unsur "agama" dan "kepercayaan"; serta 2) diubahnya penyebutan kelompok disabilitas mental dan fisik menjadi "disabilitas". Perubahan tersebut membawa implikasi positif mengingat rumusan Pasal 243 KUHP 2023 sebelum perubahan menimbulkan kebingungan karena kemiripan rumusan dengan Pasal 301 KUHP 2023.^[206] Sedangkan, adanya perubahan istilah menjadi "disabilitas" dalam Pasal 243 KUHP 2023 memperluas jenis disabilitas yang dilindungi dari tindak pidana ujaran kebencian dalam pasal ini sehingga tidak terbatas hanya pada disabilitas fisik dan mental. KUHP 2023 tidak secara spesifik mengatur definisi disabilitas namun dalam beberapa pasal dalam KUHP 2023 setidaknya disebutkan tiga jenis disabilitas yakni disabilitas fisik, mental, dan intelektual. Penjelasan Pasal 38 KUHP 2023 mendefinisikan disabilitas mental dan disabilitas intelektual sebagai berikut:

Yang dimaksud dengan "disabilitas mental" adalah terganggunya fungsi pikir, emosi, dan perilaku, antara lain:

- a. psikososial, antara lain, skizofrenia, bipolar, depresi, anxiety, dan gangguan kepribadian; dan*
- b. disabilitas perkembangan yang berpengaruh pada kemampuan interaksi sosial, antara lain, autisme dan hiperaktif.*


Yang dimaksud dengan "disabilitas intelektual" adalah terganggunya fungsi pikir karena tingkat kecerdasan di bawah rata-rata, antara lain, lambat belajar, disabilitas grahita, dan down syndrome.

Berdasarkan rumusan, terdapat kemiripan antara rumusan Pasal 242-243 KUHP 2023 dengan Pasal 156-157 KUHP 1946. Pasal 242-243 KUHP 2023 pun ditempatkan di dalam bab yang sama dengan Pasal 156-157 KUHP 1946. Perubahan yang terjadi dalam rumusan Pasal 242 KUHP 2023 adalah objek yang dilindungi dalam pasal tersebut. Apabila sebelumnya Pasal 156 KUHP menekankan perlindungan bagi golongan berdasarkan "ras, negeri, asal, agama, tempat, asal, keturunan, kebangsaan atau kedudukan menurut hukum tata negara", Pasal 242 KUHP 2023 mengatur perlindungan bagi golongan atau kelompok berdasarkan "ras, kebangsaan, etnis, warna kulit, jenis kelamin, disabilitas mental, atau disabilitas fisik". Perubahan terbesar dari unsur objek ini adalah tidak masuknya unsur "agama" sebagai golongan yang dilindungi dalam pasal ini dan bertambahnya kelompok disabilitas sebagai kelompok rentan yang dilindungi [Lihat Tabel 8].

[206] Perbandingan rumusan di antara kedua pasal ini beserta implikasinya setelah perubahan melalui UU Penyesuaian Pidana akan dibahas pada sub bab berikutnya.

Tabel 8.
Perbandingan Rumusan Pasal Ujaran Kebencian
Dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026

Rumusan KUHP	Rumusan KUHP 2023 jo. UU No. 1/2026
<p>Pasal 156 Barang siapa di muka umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian atau penghinaan terhadap suatu atau beberapa golongan rakyat Indonesia, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah. Perkataan golongan dalam pasal ini dan pasal berikutnya berarti tiap-tiap bagian dari rakyat Indonesia yang berbeda dengan suatu atau beberapa bagian lainnya karena ras, negeri asal, agama, tempat, asal, keturunan, kebangsaan atau kedudukan menurut hukum tata negara.</p>	<p>Pasal 242 Setiap Orang yang Di Muka Umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap satu atau beberapa golongan atau kelompok penduduk Indonesia berdasarkan ras, kebangsaan, etnis, warna kulit, jenis kelamin, disabilitas mental, atau disabilitas fisik, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV.</p>
<p>Pasal 157 (1). Barang siapa 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 dua tahun enam bulan atau pidana denda paling banyak empat rupiah lima ratus rupiah. (2). Jika yang bersalah melakukan kejahatan tersebut padu waktu menjalankan pencariannya dan pada saat, itu belum lewat lima tahun sejak pemidanaannya menjadi tetap karena kejahatan semacam itu juga, yang bersangkutan dapat dilarang menjalankan pencarian tersebut.</p>	<p>Pasal 243 (1). Setiap Orang yang menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau gambar sehingga terlihat oleh umum atau memperdengarkan rekaman sehingga terdengar oleh umum atau menyebarluaskan dengan sarana teknologi informasi, yang berisi pernyataan perasaan permusuhan dengan maksud agar isinya diketahui atau lebih diketahui oleh umum, terhadap satu atau beberapa golongan atau kelompok penduduk Indonesia berdasarkan ras, kebangsaan, etnis, warna kulit, jenis kelamin, atau disabilitas yang berakibat timbulnya Kekerasan terhadap orang atau Barang, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV. (2). Jika Setiap Orang sebagaimana dimaksud pada ayat (1) melakukan Tindak Pidana tersebut dalam menjalankan profesinya dan pada waktu itu belum lewat 2 (dua) tahun sejak adanya putusan pemidanaan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan Tindak Pidana yang sama, pelaku dapat dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 86 huruf f.</p>

 Selengkapnya mengenai konsep pengaturan Pasal 156-157 KUHP dapat dilihat dalam buku Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia, hal. 181-184 dan hal. 201-203.

Apabila diuraikan, terdapat setidaknya 4 unsur yang dimuat dalam Pasal 242 KUHP 2023 sebagai berikut:

1. Unsur "Setiap Orang" yang diartikan sebagai orang perseorangan, termasuk Korporasi.^[207]
2. Unsur "Di Muka Umum" yang diartikan sebagai di suatu tempat atau Ruang yang dapat dilihat, didatangi, diketahui, atau disaksikan oleh orang lain baik secara langsung maupun secara tidak langsung melalui media elektronik yang membuat publik dapat mengakses Informasi Elektronik atau dokumen elektronik.^[208] Ruang kemudian didefinisikan lebih lanjut termasuk bentangan atau terminal Komputer yang dapat diakses dengan cara tertentu.^[209] Oleh karena unsur "Di Muka Umum" bukanlah suatu unsur yang baru dan sebelumnya juga banyak digunakan termasuk dalam

[207] Undang-Undang No. 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP 2023), Pasal 145.

[208] *Ibid*, Pasal 158.

[209] *Ibid*, Pasal 167.

Pasal 156 dan Pasal 310 KUHP 1946, maka menjadi relevan untuk melihat penjelasan para ahli pidana terkait unsur ini dalam pasal-pasal tersebut.



Selengkapnya mengenai penjelasan unsur “di muka umum” dapat dilihat dalam buku *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, hal. 109-111.

3. Unsur “menyatakan perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan” yang tidak dijelaskan dalam bagian penjelasan Pasal 242 KUHP 2023 namun serupa dengan unsur dalam Pasal 156 KUHP 1946. Dengan demikian, menjadi relevan untuk melihat penjelasan mengenai perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan yang tersebar dalam beberapa peraturan perundangan seperti KUHP, UU Ormas, dan dokumen HAM internasional seperti Rabat *Plan of Action*.



Selengkapnya mengenai unsur “perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan” dapat dilihat dalam buku *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, hal. 109-111.

4. Unsur “golongan atau kelompok penduduk Indonesia berdasarkan ras, kebangsaan, etnis, warna kulit, jenis kelamin, atau disabilitas” yang mana tidak diartikan dalam penjelasan Pasal 242 KUHP 2023. Namun, sebagaimana telah disinggung sebelumnya, penjelasan Pasal 38 KUHP 2023 mendefinisikan “disabilitas mental” dan “disabilitas intelektual”.

Sedangkan, Pasal 243 ayat (1) dan Pasal 242 KUHP 2023 memiliki kesamaan unsur setidaknya pada unsur “setiap orang” dan “perasaan permusuhan”. Pada unsur objek yang dilindungi, terdapat kesamaan beberapa golongan atau kelompok yang dilindungi akan tetapi pada Pasal 243 KUHP ayat (1) 2023 dimasukkan unsur “agama” dan “kepercayaan”. Selain unsur-unsur tersebut, berikut beberapa unsur yang terdapat dalam Pasal 243 KUHP ayat (1) 2023:

1. Unsur “menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau gambar sehingga terlihat oleh umum atau memperdengarkan rekaman sehingga terdengar oleh umum atau menyebarluaskan dengan sarana teknologi informasi” yang mana penjelasan “menyiarkan” terdapat dalam penjelasan Pasal 247 KUHP yakni, termasuk perbuatan mendistribusikan, dan membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan dokumen elektronik dalam sistem elektronik.^[210]
2. Unsur “dengan maksud agar isinya diketahui atau lebih diketahui umum” yang tidak didefinisikan di dalam KUHP 2023 tetapi dibedakan definisinya oleh beberapa ahli pidana dengan “di muka umum” yang terdapat dalam beberapa pasal di KUHP 1946. Unsur “dengan maksud agar isinya diketahui umum” jelas berbeda dengan unsur “di muka umum” karena setidaknya harus dapat dibuktikan dua hal yaitu, (1) apakah benar pelaku yang menuduhkan sesuatu hal ke orang lain menghendaki hal tersebut diketahui umum; dan (2) apakah benar banyak orang menjadi mengetahui hal tersebut karena perbuatan pelaku.^[211]



Selengkapnya mengenai definisi dan perbedaan unsur “diketahui umum” dengan “di muka umum” dapat dilihat dalam *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, hal. 109-111.

3. Unsur “berakibat timbulnya Kekerasan terhadap orang atau Barang” yang mana “Kekerasan” didefinisikan sebagai setiap perbuatan dengan atau tanpa menggunakan kekuatan fisik yang menimbulkan bahaya bagi badan atau nyawa, mengakibatkan penderitaan fisik, seksual, atau psikologis, dan merampas kemerdekaan, termasuk menjadikan orang pingsan atau tidak berdaya.^[212] Dengan adanya penambahan unsur akibat ini, Pasal 243 KUHP 2023 menjadi delik materiil yang mana berbeda dari Pasal 242 KUHP 2023. Pembuktian dari pasal ini seharusnya turut juga melihat hubungan sebab akibat dari perbuatan yang dilarang dalam pasal ini dengan akibat berupa Kekerasan yang telah terjadi.

[210] *Ibid*, Pasal 247.

[211] LeIP, *Melindungi Ekspresi...*, *Op. Cit.*, hal. 109.

[212] KUHP 2023..., *Op. Cit.*, Pasal 156.

1.2. Melihat perbandingan rumusan Pasal 243 KUHP dengan Pasal 300-301 KUHP serta perubahannya dalam UU No. 1 Tahun 2026 tentang Penyesuaian Pidana

Berdasarkan uraian unsur Pasal 242-243 KUHP 2023 terutama unsur perbuatan dari kedua pasal ini, inti dari Pasal 242 KUHP 2023 adalah penghinaan atau pernyataan permusuhan/kebencian terhadap suatu kelompok rentan yang dilindungi. Pasal 243 KUHP 2023 adalah amplifikasi dari Pasal 242 KUHP 2023 dalam bentuk penyebaran sehingga dampaknya dapat meluas dan lebih besar. Tidak terdapat unsur incitement to hatred/hasutan kebencian dalam kedua pasal ini. Ini adalah salah satu unsur pembeda antara Pasal 242-243 KUHP 2023 dengan Pasal 300-301 KUHP 2023 yang mengatur tindak pidana terhadap agama dan kepercayaan. Pasal 300-301 KUHP 2023 memuat unsur-unsur perbuatan yang lebih luas dari Pasal 242-243 KUHP 2023. Tidak hanya memuat perbuatan atau pernyataan permusuhan, pasal ini juga memuat unsur perbuatan hasutan.

Sebelum adanya perubahan Pasal 243 KUHP 2023 melalui UU Penyesuaian Pidana, sempat ada kekhawatiran bahwa masuknya unsur "agama" dan "kepercayaan" ke dalam Pasal 243 ayat (1) KUHP 2023 akan menimbulkan kerancuan dalam penerapannya dengan Pasal 301 KUHP 2023. Namun, dihapusnya unsur agama dan kepercayaan dari Pasal 243 KUHP 2023 akhirnya memperjelas perbedaan objek yang dilindungi dalam Pasal 243 KUHP 2023 dari Pasal 301 KUHP 2023. Perbedaan lain antara Pasal 243 KUHP 2023 dengan Pasal 301 KUHP 2023 terletak pada harus adanya akibat yang terpenuhi pada Pasal 243 KUHP 2023 berupa kekerasan atau ancaman kekerasan.



Selengkapnya mengenai hubungan Pasal 243 (sebelum perubahan) dan Pasal 301 KUHP 2023 dapat dilihat pada Modul Pelatihan: Penafsiran Hukum Pasal Tindak Pidana terhadap Agama dan Kepercayaan berdasarkan Perspektif Hak Asasi Manusia, hal. 100-103

2. Konteks Pasal 242-243 KUHP dilihat dari Prinsip-Prinsip HAM

Berdasarkan instrumen HAM Internasional, yang juga diakui di Indonesia, setiap orang berhak atas kebebasan berekspresi tanpa adanya diskriminasi. Ini berarti, setiap orang memiliki hak yang setara untuk menikmati hak dasarnya sekaligus mendapatkan perlindungan hukum tanpa diskriminasi. Prinsip inilah yang menjadi dasar dari adanya pembatasan dan respons terhadap bentuk-bentuk "hate speech".^[213] Namun, rumusan pembatasan ini dalam hukum maupun implementasinya harus dilakukan secara hati-hati mengingat respons berupa pembatasan ini dapat dengan mudah dilakukan secara berlebihan dan justru disalahgunakan.

Pada dasarnya, keberadaan pasal pidana atas penghinaan atau pernyataan permusuhan/kebencian terhadap kelompok tertentu seperti yang dimuat dalam Pasal 242-243 KUHP 2023 merupakan pembatasan hak berekspresi yang diperlukan sebagaimana diatur pada Pasal 19 ayat (3) KIHSP. Secara umum, Pasal 19 ayat (3) KIHSP mengatur pembatasan kebebasan berekspresi yang diperbolehkan. Pembatasan tersebut harus diatur melalui hukum dengan alasan untuk: 1) menghormati hak atau reputasi orang lain; 2) perlindungan keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan atau moral publik. Pembatasan ini tentunya harus sejalan dengan Pasal 5 ayat (1) KIHSP dan dapat diuji dengan metode *three-part test* yang digunakan oleh Komite HAM PBB maupun Pengadilan HAM Eropa.



Selengkapnya mengenai *three-part test* dapat dilihat dalam Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia, hal. 35-43.

Secara umum, metode ini merupakan model pengujian untuk melihat apakah pembatasan dalam hukum nasional sudah sesuai dengan KIHSP dan sudah sah atau dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan HAM Internasional. Model pengujian ini terdiri dari tiga tahap yang harus dipenuhi secara kumulatif dan meliputi:

1. Pembatasan, yang bisa berarti "formalitas", "kondisi", "aturan" atau "penalti/ hukuman", yang diatur dengan hukum. Ini berarti rumusan pembatasan tersebut harus jelas, tidak semena-mena, dan dapat diakses oleh semua orang;
2. Pembatasan ditujukan untuk melindungi satu atau lebih nilai atau kepentingan terkait: hak atau reputasi orang lain, keamanan nasional, ketertiban umum, moral atau kesehatan publik. Meskipun pembatasan diatur dengan

[213] ARTICLE 19, 'Hate Speech' Explained a Toolkit: 2015 Toolkit, (United Kingdom: ARTICLE 19, 2015), hal. 8.

tujuan perlindungan hak atau reputasi orang lain, pembatasan tidak boleh disalahgunakan untuk pejabat publik termasuk kepala negara/pemerintahan dari kritik. Dengan demikian, ketentuan pidana yang membatasi kebebasan berekspresi harus mencakup alasan pembenar tertentu. Selain perlindungan hak atau reputasi orang lain, Prinsip Siracusa menjelaskan juga terkait pembatasan hak berekspresi demi ketertiban umum. Pada dasarnya, ketertiban umum dimaknai sebagai sejumlah peraturan yang memastikan berfungsinya masyarakat dan dalam prosesnya pun tidak boleh digunakan untuk melindungi pemerintah dari kritik;

3. Pembatasan bersifat mendesak atau terpaksa dilakukan dalam suatu masyarakat yang demokratis. Frasa "dalam suatu masyarakat yang demokratis" menjadi beban negara untuk menunjukkan bahwa pembatasan yang dilakukan tidak mengganggu berjalannya demokrasi. Prinsip Siracusa menyatakan bahwa tidak ada model tunggal demokrasi, sehingga setiap masyarakat yang mengakui, menghormati dan melindungi HAM sebagaimana diatur dalam Piagam PBB dan DUHAM dapat dikategorikan memenuhi definisi masyarakat demokratis. Prinsip Johannesburg juga mengatur bahwa ketika pembatasan ekspresi dilakukan dengan alasan mendesak atau terpaksa, pemerintah harus bisa membuktikan bahwa, a) bentuk ekspresi yang dibatasi merupakan ancaman terhadap kepentingan keamanan nasional; b) pembatasan tersebut adalah upaya paling minim yang mungkin dilakukan untuk melindungi kepentingan tersebut; dan c) pembatasan tersebut dilakukan sesuai dengan prinsip-prinsip demokrasi.^[214]



Selengkapnya mengenai tujuan pembatasan hak berekspresi dapat dilihat di Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia, hal. 37-41.

Penjelasan mengenai pembatasan yang diatur dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP ini tidak hanya berguna bagi perumusan regulasi namun juga di tingkat implementasi. Secara universal, tidak terdapat satu definisi yang sama atas "*hate speech*". Pengadilan HAM Eropa mendeskripsikan "*hate speech*" sebagai segala bentuk ekspresi yang menyebarkan, menghasut, dan mendukung atau membenarkan kebencian rasial, xenophobia, anti-Semitisme atau bentuk lainnya dari kebencian berdasarkan intoleransi, termasuk intoleransi yang diekspresikan melalui nasionalisme secara agresif dan etnosentrisme, diskriminasi dan permusuhan terhadap minoritas, pendatang (kelompok imigran), dan kelompok orang yang memiliki asal-usul imigran. Sedangkan, Komite Internasional PBB untuk Penghapusan Diskriminasi Ras memahami "*hate speech*" sebagai sebuah bentuk pernyataan yang menolak inti prinsip HAM yakni harkat martabat dan kesetaraan antar manusia dan bertujuan untuk merendahkan seseorang dan kelompok tertentu dari masyarakat luas.^[215]

Berdasarkan definisi-definisi ini, akan terdapat ragam jenis ekspresi secara luas yang kemudian dapat digolongkan sebagai "*hate speech*". Dengan demikian, alih-alih bertumpu pada definisi, akan lebih efektif untuk merumuskan jenis perbuatan yang tergolong ke dalam "*hate speech*" dan respons yang perlu diambil terhadap kategori tersebut berdasarkan tingkat keparahan dari dampak "*hate speech*" tersebut. Menentukan respons terhadap jenis perbuatan ini akan bermanfaat dalam merumuskan regulasi maupun dalam menentukan perbuatan yang perlu dipidana/dikenakan sanksi atau tidak.

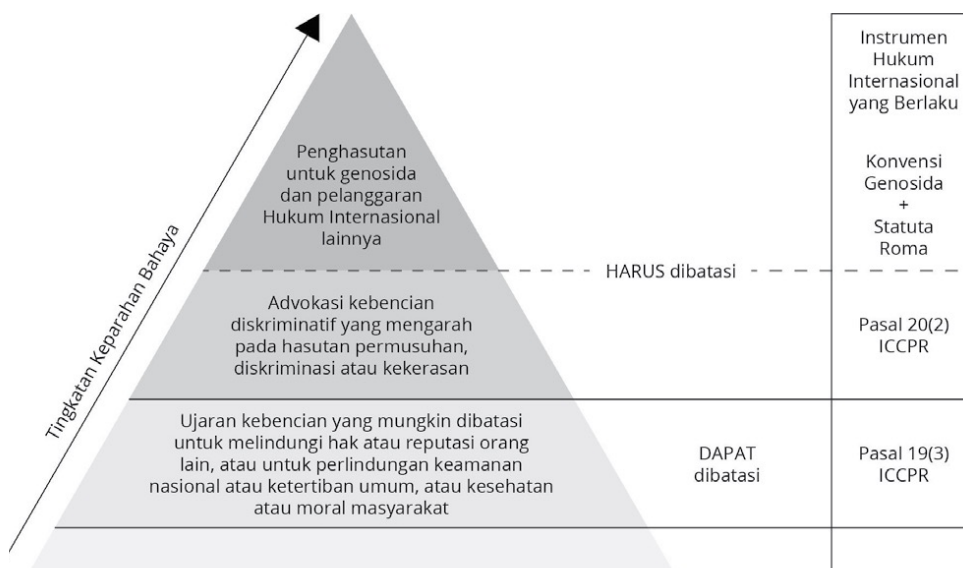
Untuk itu, ARTICLE 19 telah membuat tipologi untuk mengidentifikasi "*hate speech*" berdasarkan tingkat keparahan ekspresi beserta dampaknya sebagai pedoman untuk merespons bentuk-bentuk ekspresi ini. Potensi dampak buruk dari suatu "*hate speech*" akan menentukan apakah bentuk "*hate speech*" tersebut masih dapat dilindungi dari pembatasan/pemidanaan, mungkin dapat dibatasi, atau harus dibatasi. Pada kategori pertama, ekspresi yang dimaksud dapat berbentuk ekspresi yang menyinggung orang lain namun tidak memenuhi ambang batas keparahan^[216] dampak sebagai justifikasi pembatasan. Lalu, ekspresi-ekspresi yang termasuk pada kategori kedua adalah bentuk "*hate speech*" yang dapat dibatasi oleh negara sepanjang mengacu pada tiga syarat pembatasan dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP. Ini berarti, "*hate speech*" tersebut bisa dibuktikan melanggar hak atau reputasi orang lain atau menimbulkan dampak terhadap keamanan nasional atau ketertiban umum, atau kesehatan atau moral masyarakat. Sedangkan, "*hate speech*" yang harus dibatasi adalah perbuatan menghasut atau mendorong terjadinya dampak seperti genosida, diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan (*incitement to hatred*). Termasuk juga dalam kategori ini, propaganda diskriminasi atau kebencian ras, etnis, maupun warna kulit sebagaimana diatur dalam Konvensi Internasional Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Ras.^[217]

[214] LelP, *Melindungi Ekspresi...*, *Op.cit.*, hal. 41-42.

[215] ARTICLE 19, '*Hate Speech*' Explained...'*Op. Cit.*, hal. 12.

[216] Ambang batas tingkat keparahan (severity threshold) yang digunakan oleh ARTICLE 19 dalam mengukur tingkat keparahan dampak dari suatu "*hate speech*" dilandaskan pada model 6 ambang batas dalam Rencana Aksi Rabat. Rencana Aksi Rabat seringkali digunakan sebagai acuan implementasi Pasal 20 ayat (2) tentang hasutan kebencian namun dapat juga diterapkan dalam implementasi pasal-pasal pembatasan (sebagaimana aturan Pasal 19 ayat (3) KIHSP) seperti ujaran kebencian seperti Pasal 242-243 KUHP 2023 untuk memastikan suatu perbuatan betul-betul melanggar ketentuan pasal-pasal ini dan direspons secara proporsional.

[217] *Ibid*, hal. 21-22.



Gambar 1. Tipologi Tingkat Keparahan Hate Speech

(Sumber: LeIP, Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia)

Apabila merujuk pada diagram ini, Pasal 242 KUHP 2023 merupakan jenis “*hate speech*” yang dapat dibatasi berdasarkan pembatasan dalam Pasal 19 (3) KIHSP namun, Pasal 243 KUHP 2023 justru merupakan hasutan kebencian/*incitement to hatred* yang harus dibatasi. Hal ini karena pasal ini, sebagaimana telah diuraikan di sub bab sebelumnya, telah berubah menjadi delik materil dan mensyaratkan adanya akibat yang harus terpenuhi yakni kekerasan terhadap orang atau benda.^[218] Ini berarti, terdapat hubungan triangular antara pelaku, kelompok sasaran (korban), dan pihak yang melakukan kekerasan terhadap orang atau barang karena tergerak oleh pernyataan permusuhan yang disebarkan oleh pelaku. Dengan demikian, ketika menilai apakah suatu perbuatan memenuhi Pasal 243 KUHP 2023, tidak hanya pembatasan dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP yang perlu dijadikan rujukan tetapi juga Pasal 20 ayat (2) KIHSP beserta *Rabat Plan of Action*. Rekomendasi penafsiran ini akan dibahas pada bagian-bagian selanjutnya dari bab ini.

3. Implementasi Pembatasan Ekspresi yang Sah terkait “*Hate Speech*” dalam Putusan Pengadilan Regional dan Beberapa Negara Lain

Bagian ini akan membahas mengenai pokok-pokok pertimbangan hakim, termasuk batu uji yang digunakan, dalam mempertimbangkan perkara-perkara ekspresi yang dianggap sebagai “*hate speech*” dan termasuk dalam bentuk ekspresi yang dapat dibatasi secara sah.

3.1. Implementasi Larangan “*Hate Speech*” dalam Putusan Pengadilan HAM Regional

Berdasarkan putusan pengadilan HAM regional di Eropa, Amerika, dan Afrika dalam kasus-kasus pembatasan hak kebebasan berekspresi, terdapat beberapa kriteria yang menjadi tolak ukur dalam pertimbangan hakim yakni:

Berdasarkan putusan pengadilan HAM regional di Eropa, Amerika, dan Afrika dalam kasus-kasus pembatasan hak kebebasan berekspresi, terdapat beberapa kriteria yang menjadi tolak ukur dalam pertimbangan hakim yakni:

- Ekspresi tersebut berkontribusi pada diskursus yang berkembang di publik terkait kepentingan publik;
- Peran dan fungsi dari subjek yang menjadi sasaran dari suatu ekspresi. Hal ini terkait dengan adanya pembatasan yang lebih longgar apabila sasaran dari ekspresi tersebut adalah pejabat publik dan dalam fungsinya menjalankan kewenangannya;
- Isi, bentuk, dan dampak dari publikasi atau suatu ekspresi. Hal ini terkait dengan pembuktian pernyataan yang merupakan fakta (*statement of facts*) atau opini (*value judgment*). Suatu fakta harus dapat dibuktikan kebenarannya sedangkan opini, meski harus memiliki dasar faktual, tidak perlu dibuktikan kebenarannya;

[218] Namun perlu diingat, *Rabat Plan of Actions* sebagai panduan dalam memeriksa suatu kasus hasutan kebencian tidak mensyaratkan dampak atau akibat tetapi justru baru pada kemungkinan dampak. Ini berarti syarat penjatuhan pidana atas Pasal 243 KUHP 2023 lebih ketat karena harus dibuktikan hubungan triangular dan keterkaitannya dengan kekerasan yang terjadi sebagai akibat dari hasutan kebencian tersebut.

- Dalam perkara yang melibatkan organisasi jurnalistik sebagai pihak yang mengeluarkan pernyataan atau dalam hal pernyataan tersebut merupakan kerja jurnalistik, terdapat beban tanggung jawab untuk melakukan verifikasi kebenaran dari laporan atau berita yang diangkat. Namun, untuk ini perlu diperhatikan “kemampuan verifikasi” organisasi tersebut;
- Dalam perkara terkait kerja jurnalistik, perlu diutamakan apakah produk jurnalistik tersebut berkontribusi pada isu-isu yang berkaitan dengan kepentingan publik untuk mencegah *chilling effect*;
- Proporsionalitas antara pasal yang dikenakan, berat ringannya sanksi, dan perbuatan yang dilakukan dan kondisi pelaku;
- Pembatasan dilakukan saat betul-betul diperlukan dan secara terbatas;
- Sanksi yang dijatuhkan terhadap pelaksanaan hak berekspresi maupun kebebasan pers yang terbukti merusak reputasi orang lain tidak boleh dalam bentuk perampasan kemerdekaan; dan
- Memeriksa konteks dari suatu ekspresi agar tidak disalahartikan.



Selengkapnya mengenai contoh-contoh putusan pengadilan HAM regional dapat diakses dalam *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, hal 130-132.

3.2. Penggunaan Three-Stage Test oleh Hoge Raad Belanda dalam Perkara “Hate Speech” dan “Hasutan Kebencian” di Belanda

Pasal “hate speech” di Belanda diatur dalam Pasal 137c^[219] (*group defamation ban*) dan Pasal 137d (*the ban on incitement to hatred and discrimination*) KUHP Belanda. Pengaturan kedua pasal ini dalam KUHP Belanda pada 1971 dilakukan dengan alasan untuk menekankan standar toleransi terhadap keberagaman ideologi, ras, dan agama di Belanda. Selain itu, perubahan pengaturan ini juga terinspirasi dari keberadaan Pasal 4 Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Racial (ICERD).^[220]

Pada 2014, Geert Wilders, pemimpin partai sayap kanan (*Party for Freedom*) di Belanda melontarkan pertanyaan yang dipandang diskriminatif terhadap masyarakat keturunan Maroko yang tinggal di Belanda.^[221] Peristiwa ini kemudian dilaporkan dan diproses di pengadilan Belanda hingga tingkat kasasi. Pada tingkat banding, Pengadilan Tinggi *The Hague* menegaskan bahwa Wilders, selaku politikus, memiliki kewajiban untuk mencegah diseminasi pernyataan yang bertentangan dengan hukum dan prinsip-prinsip dasar negara demokratis, termasuk pernyataan yang secara langsung ataupun tidak langsung menghasut munculnya intoleransi.^[222] Putusan Hoge Raad Belanda kemudian menolak permohonan kasasi Wilders dan tetap menyatakan bahwa Wilders bersalah atas pernyataannya yang berpotensi menimbulkan polarisasi di tengah masyarakat demokratis dan menghina masyarakat keturunan Maroko di Belanda.^[223] Wilders dinyatakan terbukti melanggar Pasal 137c *Dutch Criminal Code* yang mengatur tindak pidana penghinaan terhadap golongan atau kelompok.^[224]

Dalam mempertimbangkan kasus ini, Hoge Raad memutuskan terlebih dahulu apakah pernyataan Wilders berkaitan dengan ras sebagaimana didefinisikan dalam Pasal 137c dan 137d KUHP Belanda. Setelahnya, Hoge Raad menganalisis

[219] Pasal 137c ditambahkan di KUHP Belanda pada 1934. Pada 1971, Pasal 137d turut dimasukkan dan pasal “penghinaan terhadap kelompok atau golongan” diperbarui.

[220] Tom Herrenberg, “*Group Defamation and Incitement in the Netherlands: The Conviction of Geert Wilders*”, <https://cjl.law.columbia.edu/preliminary-reference/2017/group-defamation-and-incitement-in-the-netherlands-the-conviction-of-geert-wilders/?cn-reloaded=1>, diakses pada Kamis, 25 September 2025.

[221] Saat menyampaikan pidato kampanye untuk pemilu di The Hague, Geert Wilders melontarkan pertanyaan pada supporternya mengenai apakah mereka ingin lebih sedikit atau lebih banyak warga keturunan Maroko di kota mereka dan di Belanda secara keseluruhan. Pertanyaan ini kemudian direspons oleh para pendukungnya dengan tanggapan: “lebih sedikit!”. Wilders kemudian menanggapi respons pendukungnya dengan pernyataan bahwa ia akan memenuhi harapan tersebut. (Lihat BBC.com, 18 Februari 2017, <https://www.bbc.com/news/world-europe-39016179>)

[222] Netherlands Supreme Court, ECLI:NL:HR:2021:1036, 6 Juli 2021, par. 8.4.3. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2021:1036>

[223] *Ibid*, par. 2.6

[224] Putusan tersebut juga telah mempertimbangkan hak kebebasan berekspresi dan berpendapat Wilders. Hal ini terlihat dari penggunaan Pasal 10 *European Convention on Human Rights* (ECHR) terkait hak berekspresi dan berpendapat sebagai salah satu dasar pertimbangan hakim. Dalam pertimbangannya, hakim Hoge Raad menyatakan bahwa implementasi Pasal 10 ECHR tidak boleh menghalangi implementasi Pasal 137c *Dutch Criminal Code* sepanjang pembatasan tersebut tidak termasuk dalam pembatasan yang sah berdasarkan Pasal 10 ECHR (pembatasan harus diatur dalam undang-undang dengan tujuan yang sah dan diperlukan demi terwujudnya negara demokrasi). –Lihat <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2021:1036>, par. 3.6.1)

kasus ini dengan mengimplementasikan "three-stage test". Melalui tes ini, hakim mempertimbangkan apakah pernyataan yang dibuat merupakan konten penghinaan. Apabila merupakan konten penghinaan, maka selanjutnya perlu dipertimbangkan apakah ada konteks khusus yang dapat menghapus unsur pencemaran dari ujaran tersebut. Hal ini karena regulasi Belanda mengatur "kelonggaran" terkait ekspresi dalam sejumlah konteks tertentu misal, sebagai bentuk ekspresi seni, pendapat terkait keyakinan agama, dan pendapat yang berhubungan dengan diskursus yang berkembang di publik.^[225]

Dalam kasus Wilders, hakim Hoge Raad menilai bahwa pernyataan Wilders telah merendahkan dan menghina kelompok Maroko karena menempatkan orang-orang Maroko sebagai kelompok yang kurang berhak untuk tinggal di Belanda dan harus dikurangi jumlahnya. Dengan demikian, tahap pertama dari "three-stage test" telah terpenuhi. Selanjutnya, hakim juga menilai bahwa pernyataan Wilders tidak berkontribusi pada dirkus publik terkait integrasi dan imigrasi. Argumentasi ini dilatarbelakangi oleh beberapa alasan misal, tidak terjadi debat atau diskusi antara 2 atau lebih orang dalam kampanye tersebut; Wilders mengetahui bahwa ada media yang merekam dan akan menyiarkan pernyataannya di televisi nasional; pernyataan Wilders dan cara penyampaiannya telah direncanakan sebelumnya; dan Wilders juga telah memastikan bahwa orang-orang yang menyaksikan pidatonya akan menyerukan jawaban yang ia inginkan. Dengan demikian, pertanyaan pertama dan kedua dari "three-stage test" telah terpenuhi dalam kasus Wilders sehingga majelis hakim tidak melanjutkan pemeriksaan pada tahap ketiga yakni pembuktian apakah pernyataan Wilders merupakan pernyataan yang "unnecessarily offensive".^[226] Setelah memastikan pernyataan Wilders merupakan bentuk penghinaan terhadap suatu kelompok, majelis hakim juga memeriksa apakah pernyataan Wilders melanggar Pasal 137d KUHP Belanda terkait hasutan menimbulkan kebencian. Majelis hakim memutuskan bahwa pernyataan Wilders mengajak atau menghasut agar ada pengecualian atau diskriminasi terhadap sekelompok orang yakni kelompok Maroko. Sehingga, Wilders dinyatakan bersalah juga atas hasutan kebencian.^[227]

ARTICLE 19 mengkritik putusan kasus Wilders karena, meski betul pernyataan Wilders termasuk dalam "hate speech", tidak semua "hate speech" seperti penghinaan terhadap kelompok tertentu perlu dibatasi melalui hukum. Pembatasan ekspresi yang didasarkan pada perasaan individu akan berbahaya karena dapat menyebabkan pembatasan keberagaman diskusi yang berkontribusi pada kepentingan publik. ARTICLE 19 juga mengkritik pertimbangan hakim Hoge Raad terkait pasal "hasutan kebencian" yang kurang mempertimbangkan faktor kontekstual termasuk niat pengujar, konteks diskursus publik seputar isu imigrasi dan integrasi, dan potensi resiko atau dampak yang nyata dari adanya kelompok orang yang tergerak untuk melakukan kejahatan terhadap kelompok sasaran. Menurut ARTICLE 19, apabila hal-hal ini dipertimbangkan dengan lebih teliti, Wilders seharusnya dapat terbebas dari tuntutan "hasutan kebencian".^[228]

Contoh implementasi lain terdapat dalam putusan pengadilan Amsterdam pada perkara tindak pidana Pasal 137c dan Pasal 137d KUHP Belanda yang dilakukan secara daring. Dalam perkara ini, terdakwa mengunggah pernyataan dan gambar yang berisikan hasutan terhadap kelompok "coloured" dan Yahudi. Di awal, majelis hakim pengadilan Amsterdam memutuskan terlebih dulu apakah pernyataan tersebut merupakan penghinaan dan hasutan kebencian. Kemudian, sebagaimana kasus Wilders, majelis hakim menganalisis kasus ini menggunakan "three-stage test". Pertama, hakim menyimpulkan bahwa pernyataan terdakwa menyinggung kelompok tertentu yakni kelompok "coloured" dan Yahudi. Kedua, hakim mempertimbangkan konteks pernyataan terdakwa yang mana hakim melihat bahwa terdakwa berusaha mempresentasikan pemikirannya. Pemikiran tersebut adalah bahwa terdakwa percaya kelompok Yahudi yang sesat sedang melakukan propaganda suatu perbuatan, yang diyakini terdakwa sebagai dosa, yaitu pernikahan beda ras.^[229] Pada tahap kedua ini, majelis hakim ragu apakah pernyataan terdakwa ini dapat dilindungi secara hukum atau tidak sehingga hakim menyatakan bahwa perlu dipertimbangkan apakah pernyataan ini bersifat "unnecessarily offensive". Dalam tahap ketiga dari tes ini, majelis hakim mempertimbangkan beberapa hal seperti, tidak adanya rujukan penelitian; pemikiran terdakwa dibentuk dari referensi penulis dan situs yang menyebarkan paham rasisme; pernyataan terdakwa disampaikan bersifat menyakitkan atau ditujukan untuk menyakiti; dan adanya penggunaan istilah yang sangat merendahkan terhadap orang-orang yang memiliki pasangan beda ras atau memiliki garis keturunan ras yang berbeda. Dengan demikian, majelis hakim menilai bahwa pernyataan terdakwa bersifat "unnecessarily offensive".^[230]

[225] Tom Herrenberg, "Group Defamation and Incitement...", Loc. cit.

[226] *Ibid.*

[227] *Ibid.*

[228] ARTICLE 19, "Netherlands: Wilders 'hate speech' conviction will not advance tolerance", <https://www.article19.org/resources/netherlands-wilders-hate-speech-conviction-will-not-advance-tolerance/>, diakses pada Kamis, 27 November 2025.

[229] Terdakwa mengunggah pernyataan-pernyataan secara publik pada website www.stop-rassenvermenging.nl yang di antaranya sebagai berikut: "Race mixing is treason against your own people"; "Your love for your wife and family goes far beyond the physical. With a negro any woman will do, even is she is dead..."; "Who are the creators of the White genocide? It is mainly the wrong Jews who are behind this, who are carrying out their New World Order plan"; dan masih banyak pernyataan-pernyataan lainnya.

[230] Amsterdam District Court, ECLI:NL:RBAMS:2019:3481, 15 Mei 2019, par. 4.3, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2019:3481>

Berdasarkan dua contoh kasus ini, terdapat pola yang serupa dalam proses analisis kasus oleh hakim di Belanda. Dalam perkara-perkara ini, meski hanya untuk memeriksa dugaan pelanggaran Pasal 137c KUHP Belanda, tidak cukup bagi hakim untuk hanya menganalisis apakah suatu pernyataan merupakan penghinaan dan/atau hasutan kebencian secara normatif. Pernyataan tersebut juga harus memenuhi setidaknya dua dari tiga "three-stage test". Kemudian, apabila melihat pola penerapan "three-stage test" dalam kedua kasus ini, pertanyaan pertama mengenai siapa kelompok yang disasar harus terpenuhi namun tahap kedua dan ketiga tes yaitu konteks dan "unnecessarily offensive" hanya perlu terpenuhi salah satunya untuk menentukan bahwa pernyataan seseorang dapat dipidana.

3.3 Pertimbangan Hakim Australia dalam Putusan terkait "Hate Speech"

Pemerintah federal Australia memiliki setidaknya dua regulasi yang mengatur pembatasan ekspresi yang dinilai sebagai penghinaan atau "hate crimes" terhadap kelompok rentan. Pembatasan tersebut diatur di dalam *The Racial Discrimination Act 1975* dan *Criminal Code Act 1995*. Regulasi yang secara spesifik mengatur penghinaan terhadap suatu kelompok berdasarkan ras, warna kulit, kewarganegaraan, atau etnis diatur dalam Pasal 18C *Racial Discrimination Act 1975*. Di bawah ketentuan Pasal 18C ayat (1) UU tersebut, setiap orang dilarang untuk melakukan perbuatan yang menghina, merendahkan, atau mengintimidasi orang lain atau kelompok oleh karena ras, warna kulit, kewarganegaraan/kebangsaan, atau asal usul etnisnya di muka umum. Unsur di muka umum dari pasal ini terpenuhi apabila: 1) menyebabkan perkataan, suara, gambar, atau tulisan tersebut tersebar kepada publik; 2) dilakukan di tempat umum (dapat diakses tanpa atau dengan undangan, termasuk juga tempat yang perlu atau tidak memerlukan syarat khusus untuk diakses); dan 3) dilakukan di tempat yang dapat dilihat atau didengar oleh orang yang ada di tempat umum.

Salah satu kasus signifikan di Australia yang diputus menggunakan Pasal 18C *Racial Discrimination Act 1975* adalah kasus *Eatock v. Bolt* pada 2011. Kasus ini bermula dari dua artikel yang ditulis oleh Andrew Bolt di *Herald Sun*. Artikel tersebut berisikan pandangan Bolt bahwa ada orang-orang berkulit putih yang mengaku sebagai keturunan Aborigin agar dapat mengakses hak atau keuntungan yang disediakan untuk kelompok Aborigin. Dalam artikel tersebut juga disebutkan 18 nama individu yang dimaksud oleh Bolt namun setengahnya telah memberikan bukti bahwa mereka teridentifikasi sebagai Aborigin sejak lahir dan dibesarkan dengan pendidikan budaya dan tradisi Aborigin. Mereka juga tidak menggunakan identitas mereka sebagai Aborigin untuk memperoleh keuntungan atau mengembangkan karir mereka. Ms Eatock melaporkan Bolt dan *Herald Sun* dengan dasar Pasal 18C dari *The Racial Discrimination Act 1975*.

Dalam pertimbangannya, majelis hakim mengutip pertimbangan putusan *R. v. Keegstra* dari Mahkamah Agung Kanada. Putusan tersebut juga merupakan perkara "hate speech" dan dalam putusannya, Mahkamah Agung Kanada mempertimbangkan apakah perbuatan terdakwa dapat dibenarkan dengan mengacu pada tiga hal yakni: 1) Ekspresi tersebut tidak didasarkan pada kebenaran. Mahkamah Agung Kanada menekankan bahwa penilaian kebenaran tidak boleh hanya ditentukan oleh negara tetapi kecil kemungkinan suatu pernyataan yang mempromosikan kebencian terhadap suatu kelompok adalah benar dan belum tentu didasarkan pada visi untuk mengubah dunia ke arah yang lebih baik. Sehingga, menyatakan ekspresi seperti itu sebagai suatu kebenaran yang membawa perbaikan bagi politik dan sosial adalah keliru; 2) Pemenuhan diri atau otonomi individu yang mana otonomi ini berasal dari kemampuan seseorang merawat identitas sebagai bagian dari kelompok suatu kepercayaan atau budaya tertentu. Sehingga, adanya suatu ekspresi yang mengadvokasi intoleransi merupakan hambatan terhadap pengembangan diri dan otonomi individu; 3) Partisipasi dalam pemerintahan yang demokratis. Adanya propaganda kebencian justru melemahkan komitmen negara terhadap demokrasi dan merampas martabat seseorang hanya karena ras atau agamanya. Dengan demikian, ekspresi semacam ini sepenuhnya bertentangan dengan aspirasi demokrasi dan kebebasan berekspresi.^[231]

Selain menggunakan putusan negara lain sebagai rujukan, dalam mempertimbangkan terpenuhi tidaknya unsur Pasal 18C UU ini, majelis hakim menjelaskan terlebih dulu bahwa Pasal 18C UU ini secara alamiah menuntut adanya telaah atas kemungkinan bahwa ada individu atau sekelompok orang yang dihina, dipermalukan, atau direndahkan oleh karena tindakan orang lain. Telaah ini melibatkan sejumlah analisis seperti apakah suatu ekspresi menyasar seorang individu atau suatu kelompok dan analisis harus dilakukan terhadap kelompok orang yang merasa tersinggung, tidak peduli, pasif, atau juga emosional terhadap ekspresi tersebut.^[232] Kemudian, dalam pertimbangan unsur lain dari pasal ini seperti "kemungkinan", majelis hakim Australia menyatakan bahwa perlu melihat konteks sosial politik dan seberapa besar kemungkinan terjadi kejahatan yang dipicu oleh ekspresi tersebut.^[233] Sedangkan, dalam pertimbangan unsur

[231] Federal Court of Australia, *Eatock v Bolt* [2011] FCA 1103, 28 September 2011, par. 239, <https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/FCA/2011/1103.html>

[232] *Ibid*, par. 251.

[233] *Ibid*, par. 259-261.

"*offend, insult, humiliate or intimidate*", majelis hakim Australia menggunakan referensi beberapa kamus bahasa namun menyertakan analisis mereka terhadap unsur ini yaitu unsur perbuatan pasal ini terpenuhi apabila mencederai tidak hanya individu tetapi juga kepentingan publik yang lebih besar.^[234] Dalam putusannya, majelis hakim menggunakan poin-poin ini untuk menganalisis adanya kelompok Aborigin tertentu yang teridentifikasi sebagai korban.

Selain pertimbangan unsur-unsur pasal, pertimbangan hakim juga memuat analisis atas "*principles of facts*" dan "*reasonable and good faith*". Dalam menganalisis "*principles of facts*", majelis hakim menilai bahwa tujuan dari artikel yang ditulis oleh Bolt adalah mengangkat isu pemilihan identitas ras. Sayangnya, sebagai jurnalis berpengalaman, Bolt tidak berhenti hanya pada narasi itu namun turut menarasikan bahwa warna kulit dan beberapa atribut ras lainnya tidak membenarkan pilihan identitas seseorang. Motivasi inilah yang seharusnya ditolak karena menempatkan seseorang dalam kondisi tertekan terkait identitasnya. Hakim juga menilai bahwa surat kabar turut memiliki peran karena tulisan Bolt seharusnya telah melalui proses penyuntingan. Lalu, terkait prinsip kewajaran dan niat baik, hakim menyatakan bahwa pada dasarnya kewajaran dapat dinilai dari apakah suatu tindakan proporsional, rasional, dan tindakan yang dilakukan wajar dilakukan meski ada kemungkinan cara lain untuk mencapai tujuan yang dimaksud.^[235] Sedangkan, dalam menilai niat baik, majelis hakim berpandangan bahwa tindakan orang tersebut telah dilakukan dengan hati-hati, cermat, dan tuntas untuk menghindari konsekuensi yang telah dijelaskan sebelumnya.^[236] Hal ini dinilai gagal dilakukan oleh Bolt oleh karena banyaknya penggunaan istilah yang mengejek atau menyulut amarah dalam artikel yang ditulisnya.^[237] Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut, Bolt diputus bersalah pada 2011 oleh majelis hakim Pengadilan Federal Australia. Namun, hukuman yang dijatuhkan bukanlah pidana denda maupun penjara melainkan kewajiban bagi The Herald dan Weekly Times untuk mempublikasikan artikel yang direvisi. Penjatuhan sanksi ini mencerminkan bahwa perbuatan yang dilarang pada kasus ini adalah terkait metode atau cara penyampaian ekspresi/opini, bukan melarang diskursus atau ekspresi tersebut.^[238]

Berdasarkan contoh praktik pengadilan HAM regional, Belanda, dan Australia di atas, dapat disimpulkan bahwa Dalam penerapan pasal ujaran kebencian yang sejalan dengan prinsip HAM perlu diperhatikan beberapa hal berikut:

- Posisi, latar belakang, dan besarnya pengaruh dari pihak yang membuat pernyataan.
- Adanya suatu pernyataan yang menghina, merendahkan, atau merupakan kebencian terhadap kelompok yang dilindungi oleh karena karakteristik/identitasnya.
- Konteks pernyataan didasarkan pada fakta (bagi produk jurnalistik) atau berkontribusi pada kepentingan publik yang lebih besar.
- Cara penyampaian suatu pernyataan dilakukan dengan niat baik/*good faith* sehingga tidak menggunakan cara yang menyinggung/menghina secara berlebihan (*unnecessarily offensive*).
- Pembatasan perlu dilakukan karena pernyataan atau perbuatan tersebut justru melemahkan demokrasi dan dilakukan dengan proporsional untuk mencegah *chilling effect*.
- Memastikan bahwa meski penyampaian dilakukan di muka umum, pihak yang menyampaikan pernyataan telah memastikan bahwa audiens yang mendengarkan terbatas pada kelompok tertentu atau tidak.



4. Penutup dan Rekomendasi Penafsiran Pasal 242-243 KUHP 2023

Berdasarkan uraian-uraian sebelumnya, Pasal 242-243 KUHP 2023 ditujukan sebagai bentuk pembatasan HAM, khususnya hak berekspresi, yang sah. Dengan demikian, penafsiran pasal-pasal ini tidak terpisahkan dari prinsip-prinsip HAM dan kebebasan berekspresi yang telah dijabarkan sebelumnya. Regulasi dan praktik di pengadilan HAM

[234] Majelis Hakim Australia menjelaskan bahwa tidak berarti kerugian individu lebih sepele ketimbang perlindungan kepentingan publik. Ketika suatu perbuatan merendahkan seseorang di ruang publik oleh karena identitasnya, terdapat dimensi publik di sana dan ada kemungkinan menyakiti atau merugikan lebih dari satu individu saja. Hal ini dapat menimbulkan kebencian atau permusuhan antar kelompok. Tujuan dari undang-undang ini adalah agar perbuatan yang merugikan tersebut dapat diatasi. Lihat *Ibid*, par. 266.

[235] *Ibid*, par. 341.

[236] *Ibid*, par. 345

[237] *Ibid*, par. 414

[238] Leslie Cannod, "Court takes bolted-on stance for decency", <https://www.smh.com.au/politics/federal/court-takes-bolted-on-stance-for-decency-20111105-1n0ux.html>, diakses pada Jumat, 9 Desember 2025.

regional dan beberapa negara lain dapat menjadi contoh untuk lebih memahami penafsiran unsur-unsur yang serupa dari pasal ujaran kebencian.

4.1. Penafsiran unsur-unsur Pasal 242 KUHP 2023

a. Unsur "kesengajaan"

- Meskipun unsur kesengajaan tidak dituliskan secara gamblang dalam rumusan Pasal 242-243 KUHP 2023, pada dasarnya Pasal 36 KUHP 2023 telah mengatur bahwa kesengajaan dari setiap tindak pidana dalam KUHP 2023 harus dibuktikan kecuali dinyatakan secara jelas bahwa perbuatan tersebut adalah kealpaan. Oleh karena Pasal 242-243 KUHP 2023 bukanlah kealpaan, maka kesengajaan dari perbuatan pidana di pasal-pasal ini harus dibuktikan.
- Dalam memahami penafsiran kesengajaan, masih relevan untuk melihat penjelasan *Memorie van Toelichting* (MvT) KUHP mengenai "kesengajaan melakukan suatu kejahatan" (*het teweegbrengen van verboden handeling willens en wetens*). Adapun unsur ini dimaknai sebagai melakukan tindakan yang terlarang secara dikehendaki dan diketahui. Lebih lanjut, "*willens en wetens*" ditafsirkan bahwa seseorang dinilai sengaja melakukan suatu perbuatan apabila ia menghendaki (*willen*) perbuatan tersebut dan mengerti (*wetens*) akibat dari perbuatan tersebut. Selain MvT, *Memorie van Antwoord* (MvA) juga mendefinisikan kesengajaan sebagai tujuan yang disadari dari kehendak untuk melakukan suatu kejahatan tertentu.
- Penjelasan mengenai kesengajaan ini sejalan dengan penjelasan Rencana Aksi Rabat terkait intent/niat. Beberapa poin terkait penjelasan niat ini yang, walau ditujukan sebagai panduan penerapan pasal hasutan kebencian, dapat digunakan untuk mengidentifikasi kesengajaan dari Pasal 242-243 KUHP 2023 dengan penyesuaian. Berdasarkan Rencana Aksi Rabat, terdapat beberapa hal yang harus dianalisis untuk mengidentifikasi ujaran kebencian yang harus dibatasi misal, 1) Apakah pelaku memiliki niat untuk mempromosikan kebencian terhadap suatu kelompok secara publik?; 2) Apakah perbuatan tersebut menargetkan suatu kelompok berdasarkan karakteristik yang dilindungi/rentan (misalnya ras); dan 3) Apakah pelaku memahami bahwa perbuatannya memang merupakan hasutan untuk menimbulkan permusuhan, kebencian, atau penghinaan.
- Catatan Penjelas: seseorang tidak dapat dinyatakan telah melakukan tindak pidana dalam Pasal 242 KUHP 2023 apabila tidak terbukti memiliki niat dan mengetahui bahwa pernyataannya ditujukan sebagai bentuk permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap satu atau beberapa golongan atau kelompok penduduk Indonesia berdasarkan ras, kebangsaan, etnis, warna kulit, jenis kelamin, disabilitas mental, atau disabilitas fisik. Orang tersebut harus terbukti memiliki niat dan mengetahui bahwa pernyataannya menargetkan individu atau suatu kelompok tertentu oleh karena karakteristik/identitas kelompok tersebut.

b. Unsur "di muka umum"

- Pasal 158 KUHP 2023 mendefinisikan "di muka umum" sebagai di suatu tempat atau ruang yang dapat dilihat, didatangi, diketahui, atau disaksikan oleh orang lain, baik secara langsung maupun secara tidak langsung, melalui media elektronik yang membuat publik dapat mengakses informasi elektronik atau dokumen elektronik.
- Pasal 242 KUHP 2023 mengindikasikan bahwa Pasal 242 KUHP 2023 mengatur pernyataan perasaan secara lisan dan tidak disebarkan melalui sarana teknologi informasi. Hal ini karena rumusan Pasal 243 KUHP 2023 telah mengatur perbuatan penyebaran pernyataan permusuhan melalui teknologi informasi. Dengan demikian, adanya "media elektronik" yang termasuk dalam definisi "di muka umum" pada Pasal 242 KUHP 2023 sebaiknya tidak ditafsirkan sama dengan "menyebarkan dengan sarana teknologi informasi". Dengan demikian, tindakan yang dapat dinilai memenuhi unsur "di muka umum" pada Pasal 242 KUHP 2023 adalah perbuatan yang dilakukan secara lisan di suatu tempat atau ruang yang dapat dilihat, didatangi, diketahui, atau disaksikan oleh orang lain, baik secara langsung maupun tidak langsung, melalui media elektronik yang tidak disebarkan melalui sarana teknologi informasi.
- Penafsiran unsur ini juga perlu mengacu pada ambang batas "status pembicara" dan "tingkat persebaran dari pernyataan" yang terdapat dalam Rencana Aksi Rabat. Ambang batas ini perlu digunakan untuk menimbang setidaknya sejauh mana "di muka umum" betul-betul bersifat umum atau menjangkau publik secara masif dan luas.
- Apabila merujuk pada ambang batas "status pembicara", maka perlu dianalisis setidaknya dua hal kunci: 1) Apakah pembicara tersebut adalah tokoh publik yang memiliki pengaruh?; dan 2) Bagaimana hubungan antara pembicara tersebut dengan kelompok atau masyarakat yang menyaksikan/mendengarkan pernyataannya?

- Sedangkan ambang batas "tingkat persebaran dari pernyataan" berkaitan dengan jangkauan pernyataan, sifat publisitasnya, dan juga seberapa besar jumlah audiens yang mendengarkan/dapat mengetahui pernyataan tersebut. Untuk menilai tingkat persebaran ini, secara spesifik dapat dilihat media (*platform*) yang digunakan untuk menyampaikan suatu pernyataan dan apabila pembicara menggunakan media massa, perlu dipastikan bagaimana sikap dan ideologi media tersebut. Selain itu, perlu dipertimbangkan juga seberapa jauh pernyataan tersebut menjangkau audiens termasuk seberapa sering dan dimana saja pernyataan tersebut dikutip atau disampaikan ulang oleh orang lain.
 - Unsur "di muka umum" harus dibedakan dari unsur "diketahui umum". R. Soesilo menjelaskan bahwa suatu perbuatan tidak perlu dilakukan di muka umum untuk memenuhi unsur "diketahui umum". Unsur "diketahui umum" terpenuhi sepanjang dapat dibuktikan bahwa seseorang bermaksud menyiarkan tuduhan.
 - Unsur "di muka umum" dalam konteks informasi dan transaksi elektronik,
 - Dalam Pasal 18C dari *Racial Discrimination Act Australia*, unsur di muka umum terpenuhi apabila: 1) menyebabkan perkataan, suara, gambar, atau tulisan tersebut tersebar kepada publik; 2) dilakukan di tempat umum (dapat diakses tanpa atau dengan undangan, termasuk juga tempat yang perlu atau tidak memerlukan syarat khusus untuk diakses); dan 3) dilakukan di tempat yang dapat dilihat atau didengar oleh orang yang ada di tempat umum. Ketiga syarat tersebut bersifat kumulatif atau harus terpenuhi seluruhnya agar suatu pernyataan/perbuatan dapat dikatakan dilakukan di muka umum.
 - Catatan Penjelas: unsur "di muka umum" pada Pasal 242 KUHP 2023 terpenuhi apabila perbuatan tersebut dilakukan secara lisan di suatu tempat atau ruang yang dapat dilihat, didatangi, diketahui, atau disaksikan oleh orang lain, baik secara langsung maupun tidak langsung, melalui media elektronik yang tidak disebarluaskan melalui sarana teknologi informasi. Apabila pernyataan permusuhan tersebut disebarluaskan melalui sarana teknologi, maka perbuatan tersebut masuk dalam ranah Pasal 243 KUHP 2023. Dalam penafsiran unsur ini, selain melihat locus perbuatan dilakukan, perlu juga dilihat koneksitas antara besarnya pengaruh pembicara dengan media/alat yang digunakan untuk menyampaikan pernyataan dan seberapa jauh potensi pernyataan tersebut menjangkau audiens yang lebih luas. Dengan demikian, unsur ini tidak terpenuhi apabila perbuatan dilakukan di tempat umum atau dapat diakses umum namun telah dilakukan pencegahan sedemikian rupa agar pernyataan tersebut hanya dapat diketahui secara terbatas oleh audiens yang telah ditentukan. Sebaliknya, unsur ini dapat terpenuhi apabila pembicara tidak melakukan suatu tindakan apapun walau mengetahui jelas adanya kemungkinan atau ada pihak-pihak yang akan menyebarkan pernyataan tersebut.
- c. Unsur "perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan"
- Pada dasarnya unsur "permusuhan" dan "kebencian" pun terdapat pada konsep hasutan kebencian/*incitement to hatred*. Namun, penting untuk membedakan konteks hasutan kebencian dengan ujaran kebencian sebagaimana diatur dalam Pasal 242-243 KUHP 2023. Hasutan kebencian merupakan bentuk perbuatan yang harus dibatasi. Dalam berbagai kasus, ujaran kebencian pun memiliki dampak yang sama beratnya dengan hasutan kebencian. Namun, perlu diperhatikan faktor-faktor kontekstual yang berbeda dalam kasus ujaran kebencian. Misal, sebagaimana yang telah dibahas sebelumnya, seberapa besar pengaruh dari pembicara dan potensi konsekuensi/dampak terhadap kelompok sasaran.^[239] Perbedaan ini berarti, seseorang dapat dikenakan pembatasan dalam Pasal 242-243 KUHP 2023 apabila pernyataan perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan tersebut tidak ditujukan untuk menghasut orang lain melakukan kekerasan atau tindakan diskriminatif (hubungan triangular) tetapi semata-mata melibatkan pembicara dengan individu atau kelompok yang disasar.
 - Prinsip-Prinsip Camden telah mendefinisikan "perasaan permusuhan" dan "kebencian" sebagai kondisi emosional yang mendalam dan tidak masuk akal/tidak wajar, berupa celaan, permusuhan, dan kebencian mendalam terhadap suatu kelompok sasaran. Sedangkan dalam dokumen ARTICLE 19, definisi "perasaan permusuhan/*hostility*" dan "kebencian/*hatred*" diartikan secara terpisah. Kebencian dimaknai sebagai keadaan pikiran yang ditandai dengan emosi yang kuat dan tidak rasional berupa celaan, permusuhan, dan kebencian terhadap kelompok sasaran. Sedangkan permusuhan merupakan tindakan yang diwujudkan dari suatu kondisi pikiran/kebencian yang ekstrem atau merupakan manifestasi dari kebencian.^[240]
 - Meskipun "penghinaan" tidak diartikan dalam Prinsip Camden maupun ARTICLE 19, apabila melihat konteks Pasal 242 KUHP 2023 secara keseluruhan, penghinaan dalam pasal ini berbeda dengan Bab Tindak Pidana Penghinaan KUHP 2023. Penghinaan dalam Pasal 242-243 KUHP 2023 bukanlah perbuatan menyerang

[239] ARTICLE 19, "When can the right to free expression be restricted?", <https://challengehate.com/when-can-the-right-to-free-expression-be-restricted/>, diakses pada Jumat, 9 Desember 2025.

[240] ARTICLE 19, *Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility, or Violence*, (London: ARTICLE 19), hal. 19.

- kehormatan orang lain dengan cara menuduhkan suatu hal untuk merusak reputasi seseorang melainkan sebaiknya ditafsirkan sebagai suatu pernyataan yang merendahkan atau mempermalukan individu atau suatu kelompok oleh karena karakteristik/identitasnya.
- Dalam menganalisis apakah suatu pernyataan merupakan pernyataan "permusuhan, kebencian, atau penghinaan", penting untuk memperhatikan ambang batas dalam Rencana Aksi Rabat berupa "konteks pernyataan" dan "isi, bentuk, dan cara penyampaian". Konteks pernyataan tidak terlepas dari kondisi sosial, politik, dan ekonomi saat suatu pernyataan yang dianggap bersifat permusuhan, kebencian, atau penghinaan tersebut disampaikan. Terdapat beberapa hal yang dapat dianalisis untuk melihat konteks ini misal, apakah kelompok tersebut memang dilindungi berdasarkan identitasnya, ada tidaknya kejadian kekerasan terhadap suatu kelompok yang dilindungi, ada tidaknya penggunaan politik identitas untuk kepentingan pemilu, dsbnya. Sedangkan untuk memeriksa isi, bentuk, dan cara penyampaian dari suatu pernyataan, penting untuk melihat pernyataan secara keseluruhan, cara penyampaian, pemahaman objektif dari para pihak yang mendengarkan/mengetahui pernyataan tersebut, dan apakah tujuan dari pernyataan tersebut sebetulnya berkaitan dengan kepentingan publik, diskursus akademik, ekspresi artistik.
 - Catatan penjelas: perbuatan ujaran kebencian yang dimaksud dalam Pasal 242-243 KUHP 2023 bukanlah perbuatan menghasut untuk menimbulkan akibat tertentu seperti diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan terhadap suatu kelompok sasaran (*incitement to hatred*). Inti dari perbuatan pada pasal ini adalah adanya kondisi emosional negatif yang mendalam terhadap suatu kelompok oleh karena identitas kelompok tersebut dan kondisi emosi tersebut diwujudkan melalui pernyataan yang bersifat permusuhan, kebencian, atau penghinaan terhadap suatu kelompok sasaran. Akibatnya, kondisi ini menciptakan hubungan antara dua pihak saja yakni pembicara dengan kelompok sasaran. Meskipun ujaran kebencian berbeda dengan hasutan kebencian, panduan ambang batas dalam Rencana Aksi Rabat tetap relevan dan sangat penting digunakan untuk memastikan bahwa suatu pernyataan permusuhan, kebencian, atau penghinaan tersebut memenuhi syarat untuk dibatasi agar menghindari pembatasan ekspresi yang sewenang-wenang.

4.2. Penafsiran unsur-unsur Pasal 243 KUHP 2023

- Pada dasarnya, Pasal 243 KUHP 2023 mengatur perbuatan menyebarluaskan pernyataan permusuhan melalui beragam media/alat dengan tujuan agar pernyataan tersebut diketahui umum atau menjangkau audiens yang lebih luas sehingga timbul akibat berupa kekerasan terhadap orang atau barang. Berdasarkan rumusan ini, harus terdapat niat dan kesengajaan dari pelaku penyebarluasan agar suatu pernyataan permusuhan diketahui atau lebih diketahui banyak orang. Dengan demikian, pelaku seharusnya **mengetahui dan menghendaki atau setidaknya dapat membayangkan** adanya akibat berupa kekerasan terhadap orang atau benda akibat meluasnya pernyataan permusuhan tersebar. Penekanan tentang niat ini juga dicantumkan dalam Standar Norma dan Pengaturan Komnas HAM yang menyatakan bahwa penegakkan hukum atas siar kebencian^[241] harus mendasarkan pada niat yang nyata dari pelaku bahwa mereka melakukan siar kebencian untuk melakukan penghasutan tindakan diskriminasi permusuhan, dan kekerasan.^[242]
- Meskipun Pasal 243 KUHP 2023 tidak menggunakan istilah "advokasi" maupun "penghasutan", tujuan dari pasal ini tampaknya sejalan dengan definisi kedua istilah ini yang ditafsirkan dari Pasal 20 ayat (2) KIHSP dalam Rencana Aksi Rabat. Istilah "advokasi" mensyaratkan niat untuk mempromosikan kebencian secara terbuka kepada kelompok sasaran. Sedangkan, istilah "penghasutan" mengacu pada pernyataan tentang kelompok nasional, ras, atau agama yang menciptakan resiko diskriminasi, kekerasan atau permusuhan terhadap anggota kelompok tersebut.^[243] Sehingga, perbuatan yang diatur dalam Pasal 243 KUHP 2023 bukanlah penyebarluasan semata tetapi merupakan penyebarluasan dengan tujuan mengamplifikasi kebencian sehingga terjadi akibat kekerasan.
- Pasal 243 KUHP 2023 mensyaratkan terpenuhinya unsur "diketahui umum" yang mana berbeda dengan unsur "di muka umum" dalam Pasal 242 KUHP 2023. Mengingat penyebarluasan salah satu rujukan yang dapat digunakan dalam menafsirkan unsur "diketahui umum" dalam ranah informasi dan transaksi elektronik adalah Surat Keputusan Bersama UU ITE tahun 2021. Poin j dari penjelasan Pasal 27 ayat (3)^[244] UU ITE pada SKB

[241] Siar kebencian yang terdapat dalam Standar Norma dan Pengaturan Komnas HAM didefinisikan sebagai siar yang terdapat unsur hasutan (*incitement*) untuk melakukan diskriminasi, kekerasan, atau permusuhan berdasarkan identitas kebangsaan, ras, atau agama. Jadi, apabila disandingkan dengan piramida gradasi ujaran kebencian yang dibuat oleh Article 19, siar kebencian merupakan bentuk hasutan kebencian yang dilarang berdasarkan Pasal 20 ayat (2) KIHSP.

[242] Mimin Dwi Hartono, dkk, 2020, *Standar Norma dan Pengaturan Nomor 5 tentang Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Bereksresi*, (Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi Manusia Republik Indonesia), hal. 50.

[243] *Ibid.*, hal. 46.

[244] Pasal 27 ayat (3) UU ITE telah direvisi menjadi Pasal 27A UU ITE pada 2024.

ini menjelaskan bahwa kriteria "Diketahui umum" dapat berupa unggahan pada akun sosial media dengan pengaturan yang dapat diakses oleh publik, unggahan konten atau menyiarkan sesuatu pada grup percakapan dengan sifat grup terbuka (siapapun dapat bergabung dalam grup), tidak adanya pihak yang mengendalikan lalu lintas isi atau informasi, siapapun dapat mengunggah atau membagikan isi informasi dalam grup keluar dari grup, atau dengan kata lain tanpa adanya moderasi tertentu (*open group*). Penjelasan serupa sekiranya dapat digunakan untuk memperluas penafsiran unsur "diketahui umum" dalam Pasal 243 KUHP 2023 dan relevan mengingat penyebaran pernyataan permusuhan di era modern ini paling banyak dilakukan dengan memanfaatkan teknologi dan media sosial.

- Berbeda dengan Pasal 242 KUHP 2023, Pasal 243 KUHP 2023 mensyaratkan adanya akibat berupa terjadinya kekerasan terhadap orang atau barang yang menjadikan pasal ini sebagai delik materiil. Kekerasan sebagaimana diatur dalam Pasal 156 KUHP 2023 adalah setiap perbuatan dengan atau tanpa menggunakan kekuatan fisik yang menimbulkan bahaya bagi badan atau nyawa, mengakibatkan penderitaan fisik, seksual, atau psikologis, dan merampas kemerdekaan, termasuk menjadikan orang pingsan atau tidak berdaya. Dalam konteks Pasal 243 KUHP 2023, kekerasan ini kemudian diperluas di luar definisi Pasal 156 KUHP 2023 karena mencakup juga kekerasan terhadap barang. Dengan adanya unsur akibat ini, harus dapat dibuktikan koneksitas antara unsur perbuatan "menyiarkan, mempertunjukkan, atau menempelkan tulisan atau gambar sehingga terlihat oleh umum atau memperdengarkan rekaman sehingga terdengar oleh umum atau menyebarluaskan dengan sarana teknologi informasi, yang berisi pernyataan permusuhan" dengan kekerasan yang timbul. Apabila kekerasan tersebut timbul oleh karena rekayasa atau tidak dapat dibuktikan disebabkan langsung oleh penyebaran pernyataan permusuhan terhadap suatu kelompok yang dilindungi, maka unsur ini tidak terpenuhi.

4.3. Proporsionalitas Pidana

- Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, keberadaan Pasal 242-243 KUHP 2023 sebagai pembatasan HAM yang sah harus diimplementasikan dengan memperhatikan prinsip proporsionalitas. Meskipun Pasal 242 KUHP 2023 adalah pasal ujaran kebencian yang dapat dibatasi dan bukan hasutan kebencian sebagaimana Pasal 243 KUHP 2023, enam ambang batas Rencana Aksi Rabat tetap dapat digunakan sebagai cara untuk mengukur proporsionalitas pidana dalam penerapan pasal-pasal ini. Enam ambang batas dalam Rencana Aksi Rabat tersebut adalah: 1) konteks pernyataan; 2) status/posisi pembicara; 3) niat pembicara; 4) isi, bentuk, dan cara penyampaian; 5) jangkauan/tingkat persebaran dan pernyataan; dan 6) kemungkinan terjadinya bahaya, termasuk potensi dan ancaman bahaya. Dokumen ini menjadi acuan penting untuk menentukan apakah pembatasan dalam Pasal 242-243 KUHP 2023 layak untuk dijatuhkan terhadap seseorang oleh karena perbuatannya.
- Acuan contoh penggunaan enam ambang batas dalam perkara ujaran kebencian dapat disimak dalam gambar di bawah.

MENGIDENTIFIKASI UJARAN KEBENCIAN YANG HARUS DIBATASI

Bagaimana mengidentifikasi ujaran kebencian yang sangat parah hingga berpotensi menimbulkan kekerasan, permusuhan, atau diskriminasi?

1 KONTEKS

Melihat konteks sosial, politik, dan ekonomi di seputar perkara dengan mengajukan pertanyaan seperti:

- Apakah kelompok yang menjadi target dilindungi berdasarkan peraturan perundangan terkait anti-diskriminasi?
- Apakah ada kejadian kekerasan terhadap suatu kelompok sasaran dalam waktu dekat?
- Apakah isu identitas dipolitisasi saat pemilihan umum berlangsung dalam waktu dekat?
- Apakah ada laporan-laporan negatif dari media terkait kelompok sasaran namun kurang atau tidak memiliki sumber yang terpercaya?

2 PENGUJAR

Setidaknya ada dua hal yang perlu dipastikan dalam menilai sosok pengujar yakni:

- Otoritas dan pengaruh:
 - Apakah pengujar adalah tokoh masyarakat?
 - Apakah pengujar memiliki pengaruh atas orang lain?
- Hubungan antara pengujar dengan audiens:
 - Apa hubungan antara pengujar dengan pihak audiens?
 - Apakah audiens memandang pengujar sebagai sosok yang otoritatif/sangat berpengaruh bagi mereka?

3 NIAT

- Hasutan untuk menimbulkan kebencian
 - Apakah pengujar memiliki niat untuk menyebarkan kepada publik terkait kebencian terhadap suatu kelompok sasaran?
- Karakteristik kelompok yang dilindungi
 - Apakah pengujar menasar suatu kelompok tertentu berdasarkan karakteristik yang dilindungi oleh peraturan perundangan? (mis. ras)
- Pengetahuan akan konsekuensi atau akibat
 - Apakah pengujar mengetahui bahwa ekspresi mereka memiliki potensi menghasut hingga menimbulkan kekerasan, permusuhan, atau diskriminasi terhadap kelompok sasaran?

MENGIDENTIFIKASI UJARAN KEBENCIAN YANG HARUS DIBATASI

Bagaimana mengidentifikasi ujaran kebencian yang sangat parah hingga berpotensi menimbulkan kekerasan, permusuhan, atau diskriminasi?

4 ISI PERNYATAAN

- Apa isi pernyataan yang disampaikan?
 - Apa isi dari konten, bentuk pernyataan, dan gaya penyampaian dari pernyataan atau ekspresi tersebut?
 - Apakah ada seruan secara langsung atau tidak langsung untuk melakukan diskriminasi, memusuhi, atau melakukan kekerasan?
- Interpretasi
 - Apa yang dipahami oleh audiens mengenai pernyataan yang disampaikan?
 - Apakah ekspresi tersebut merupakan ekspresi artistik, berkaitan dengan kepentingan umum, atau merupakan diskursus akademik?

5 JANGKAUAN

- Media
 - Platform apa yang digunakan?
 - Apabila media massa digunakan, seberapa bebas atau leluasa media tersebut dalam kaitannya dengan independensinya, pluralisme, atau diversitas? (seberapa objektif media tersebut)
- Intensitas
 - Seberapa jauh ekspresi tersebut menjangkau audiens, termasuk apakah ekspresi tersebut disampaikan ulang atau disebarluaskan oleh pihak-pihak lain?

6 KEMUNGKINAN DARI DAMPAK

- Seruan untuk bertindak
 - Apakah audiens sangat mungkin menginterpretasikan ekspresi tersebut sebagai seruan untuk melakukan kekerasan, permusuhan, atau diskriminasi terhadap kelompok sasaran?
- Kemungkinan
 - Apakah pengujar ada dalam posisi untuk memengaruhi audiens
 - Apakah audiens memiliki sarana dan seberapa mungkin mereka melakukan tindakan?
 - Apakah terdapat insiden sebelumnya ketika hasutan serupa menimbulkan tindakan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan terhadap kelompok sasaran?
- Kesegeraan (rentang waktu)
 - Seberapa jauh rentang waktu antara tindakan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan yang terjadi dari penyampaian ekspresi?

Gambar 2. 6 (enam) Uji Ambang Batas Ujaran Kebencian Menurut Rabat *Plan of Actions*

(Sumber: diterjemahkan dari challengehate.com)

Selengkapnya mengenai proporsionalitas, penjelasan 6 ambang batas Rencana Aksi Rabat, dan perbandingan penafsirannya dengan pasal hasutan kebencian (Pasal 300-301 KUHP 2023) dapat merujuk pada Modul Pelatihan Penafsiran Hukum Pasal Tindak Pidana terhadap Agama dan Kepercayaan berdasarkan Perspektif Hak Asasi Manusia, hal. 141-147).



➔ Referensi Bacaan

Buku/Artikel/Laporan

1. ARTICLE 19. 2015. *'Hate Speech' Explained a Toolkit: 2015 Toolkit*. United Kingdom: ARTICLE 19;
2. ARTICLE 19. 2012. *Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility, or Violence*. London: ARTICLE 19;
3. Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP). 2022. *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM Putusan Pengadilan di Indonesia*. Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Untuk Independensi Peradilan;
4. LeIP. 2025. *Modul Pelatihan Penafsiran Hukum Pasal Tindak Pidana terhadap Agama dan Kepercayaan berdasarkan Perspektif Hak Asasi Manusia*. Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Untuk Independensi Peradilan;
5. Mimin Dwi Hartono, dkk. 2020. *Standar Norma dan Pengaturan Nomor 5 tentang 5 tentang a katas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi*. Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi Manusia Republik Indonesia.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Putusan Pengadilan

1. Amsterdam District Court. (2019). ECLI:NL:RBAMS:2019:3481;
2. Federal Court of Australia. (2011). *Eatock v Bolt*. FCA 1103;
3. Netherlands Supreme Court. (2021). ECLI:NL:HR:2021:1036.

Internet

1. ARTICLE 19. "Netherlands: Wilders 'hate speech' conviction will not advance tolerance". <https://www.article19.org/resources/netherlands-wilders-hate-speech-conviction-will-not-advance-tolerance/>;
2. ARTICLE 19. "When can the right to free expression be restricted?" <https://challengehate.com/when-can-the-right-to-free-expression-be-restricted/>;
3. BBC. "Dutch populist Geert Wilders talks of Moroccan 'scum'". <https://www.bbc.com/news/world-europe-39016179>;
4. Leslie Cannod. "Court takes bolted-on stance for decency". <https://www.smh.com.au/politics/federal/court-takes-bolted-on-stance-for-decency-20111105-1n0ux.html>;
5. Tom Herrenberg. "Group Defamation and Incitement in the Netherlands: The Conviction of Geert Wilders". <https://cjel.law.columbia.edu/preliminary-reference/2017/group-defamation-and-incitement-in-the-netherlands-the-conviction-of-geert-wilders/?cn-reloaded=1>.

SESI 7: EKSPRESI POLITIK DAN TINDAK PIDANA TERHADAP KEAMANAN NEGARA

Sesi 7: Ekspresi Politik dan Tindak Pidana Terhadap Keamanan Negara

Tujuan Umum: Memahami penerapan pasal-pasal tindak pidana terhadap keamanan negara dalam KUHP 2023, khususnya tindak pidana makar, terhadap ekspresi politik berdasarkan prinsip hukum pidana dan hak asasi manusia.

Tujuan Khusus:

- Memahami bentuk-bentuk ekspresi politik dan praktik pemidanaan ekspresi politik dengan pasal-pasal terkait makar dalam KUHP;
- Memahami sejarah dan perkembangan pengaturan serta konsep perbuatan yang diatur pada pasal-pasal terkait makar dalam KUHP dan KUHP 2023;
- Memahami penerapan pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 sebagai pembatasan terhadap ekspresi politik yang sah/diperbolehkan (*legitimate*).

Materi	Waktu (Total 90 menit)	Metode
Ekspresi Politik dan Tindak Pidana "Makar" Dalam Peradilan Pidana Indonesia 1. Bentuk-bentuk ekspresi politik; 2. Praktik pemidanaan ekspresi politik dengan pasal terkait "makar" dalam KUHP;	15"	<ul style="list-style-type: none">• Presentasi narasumber/pembicara• Diskusi
Sejarah dan Perkembangan Pengaturan Serta Konsep Perbuatan "Makar" Dalam KUHP Indonesia 1. Sejarah pengaturan dan konsep perbuatan "makar" dalam KUHP sebagai "serangan/aanslag"; 2. Perbedaan bentuk 'serangan' dalam konsep "aanslag" dan "feitilijk aanrading"; 3. Perluasan konsep "makar" sebagai serangan yang tidak harus selesai (Pasal 87 dan Pasal 110 ayat (1) dan (2) KUHP); 4. Perkembangan pengaturan pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023.	30"	<ul style="list-style-type: none">• Presentasi narasumber/pembicara• Diskusi
Analisis Terhadap Praktik dan Penerapan Ideal Pasal Tindak Pidana Makar Terhadap Ekspresi 1. Parameter penerapan pasal tindak pidana makar menurut prinsip hukum pidana dan pembatasan HAM yang sah untuk tujuan melindungi keamanan negara; 2. Analisis penerapan pasal terkait "makar" dalam KUHP terhadap ekspresi-ekspresi politik di Indonesia; 3. Penerapan unsur pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 terhadap ekspresi menurut prinsip hukum pidana dan HAM.	15"	<ul style="list-style-type: none">• Presentasi narasumber/pembicara• Diskusi

Daftar Isi

1. Ekspresi Politik dan Tindak Pidana "Makar" Dalam Peradilan Pidana Indonesia

2. Sejarah dan Perkembangan Pengaturan Serta Konsep Perbuatan Dalam Pasal "Makar"

3. Pasal Tindak Pidana Makar Dalam Perspektif Hak Asasi Manusia

4. Analisis Terhadap Praktik dan Penerapan Ideal Pasal Tindak Pidana Makar Terhadap Ekspresi

MATERI

Pada dasarnya, hak atas kebebasan berekspresi mencakup pula ekspresi-ekspresi selain penghinaan dan ujaran kebencian, yaitu ekspresi politik. Dalam praktik di Indonesia, pelaksanaan ekspresi politik tersebut seringkali bersinggungan dengan ketentuan pidana, yaitu kejahatan terhadap keamanan negara. Hal ini terlihat dari beberapa putusan yang menunjukkan pembedaan terhadap ekspresi-ekspresi politik dengan pasal "makar", khususnya yang diatur dalam Pasal 104 dan 106 KUHP.

Bagian ini akan menjabarkan praktik dan penerapan ideal pasal-pasal tindak pidana makar terhadap ekspresi politik menurut perspektif hukum pidana dan HAM, khususnya dalam konteks penerapan KUHP 2023. Hal ini dilakukan dengan menjabarkan konsep pengaturan pasal tindak pidana "makar" menurut hukum pidana dan prinsip HAM, praktik penerapan pasal-pasal "makar" terhadap ekspresi politik oleh pengadilan-pengadilan di Indonesia dalam putusannya, dan standar penerapan pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 menurut perspektif hukum pidana dan HAM. Dari sisi hukum pidana, bagian ini akan menjabarkan definisi "makar" menurut sejarah pengaturannya dan konsep pasal-pasal lain yang terkait dengan tindak pidana makar dalam KUHP, yaitu Pasal 87 dan Pasal 110 ayat (1) dan (2) KUHP, serta perkembangan pengaturan tindak pidana makar dalam KUHP 2023. Sedangkan, dalam konteks HAM, bagian ini akan menjelaskan pelaksanaan ekspresi politik berdasarkan ketentuan-ketentuan terkait hak atas kebebasan berekspresi (*freedom of expression*) dan hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*), khususnya dalam konteks pembatasan HAM yang sah (*legitimate*) untuk tujuan keamanan negara.

Sebagai catatan, KUHP mengatur beberapa tindak pidana pada Bab tentang "kejahatan terhadap keamanan negara", yaitu Pasal 104 - 129 KUHP. Namun, dikarenakan ekspresi yang dijabarkan pada bagian ini lazim dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP, maka pembahasan bagian ini hanya akan berfokus pada pasal-pasal tersebut beserta pasal-pasal lain yang terkait langsung dengan pasal-pasal tersebut, yaitu Pasal 87 serta Pasal 110 ayat (1) dan (2) KUHP. Pembahasan mengenai penerapan pasal-pasal dalam KUHP 2023 untuk jenis ekspresi yang dibahas dalam bagian ini juga akan mengacu pada pasal-pasal dalam KUHP 2023 yang mengatur perbuatan sama dengan pasal-pasal KUHP di atas, yaitu Pasal 191 KUHP 2023 (sama dengan Pasal 104 KUHP), Pasal 192 KUHP 2023 (sama dengan Pasal 106 KUHP), Pasal 160 KUHP 2023 (serupa dengan Pasal 87 KUHP), dan Pasal 196 ayat (1) KUHP 2023 (sama dengan Pasal 110 ayat (1) dan (2) KUHP).

1. Ekspresi Politik dan Tindak Pidana "Makar" Dalam Peradilan Pidana Indonesia

1.1. Konsep dan Bentuk Umum Ekspresi Politik

Secara prinsip, berbagai ketentuan HAM, baik yang sifatnya nasional, regional, maupun internasional, belum mendefinisikan atau memberi batasan konsep mengenai ekspresi politik. Ketentuan dan praktik peradilan HAM hanya menekankan pada intinya bahwa ekspresi politik seperti opini terkait politik dan ekspresi dalam bentuk diskusi politik merupakan ekspresi yang dilindungi dalam rezim hak atas kebebasan berekspresi menurut ketentuan HAM. Edison Lanza, *Special Rapporteur for Freedom of Expression on Inter-American Commission on Human Rights (IACHR)*, menyatakan bahwa *political speech* adalah salah satu jenis ekspresi yang menerima perlindungan khusus menurut ketentuan HAM mengingat pentingnya ekspresi tersebut untuk pelaksanaan semua hak asasi manusia lainnya guna melestarikan demokrasi.^[245]

Meskipun begitu, merujuk dari pendapat beberapa pihak berdasarkan hasil penelitian LeIP terkait hak atas kebebasan berekspresi pada tahun 2022, beberapa hal yang dapat disimpulkan terkait ekspresi politik adalah sebagai berikut:

- Ekspresi politik adalah ekspresi yang dilakukan dengan menyampaikan pesan, pendapat, atau pikiran mengenai suatu permasalahan publik, peristiwa politik, kepentingan kelompok tertentu, kebijakan pemerintahan, perilaku pejabat publik dan sebagainya dengan tujuan untuk memberikan informasi kepada publik dan/atau menggerakkan pandangan/pemikiran publik mengenai pesan, pendapat, pikiran, dan/atau informasi yang disampaikan;
- Bentuk-bentuk dari ekspresi politik setidaknya meliputi kritik, pernyataan ketidaksetujuan, atau penolakan terkait suatu kebijakan negara, atau kritik terhadap pejabat publik dan politisi. Ekspresi ini 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, pengajuan kasus hukum, termasuk dalam bentuk ekspresi

[245] Edison Lanza, "Annual Report of The Office of The Special Rapporteur for Freedom of Expression", dalam *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2016*, vol. II, Chapter V: National Case Law on Freedom of Expression, par. 61.

audio-visual serta elektronik dan berbasis internet;

- Ekspresi politik dapat dilakukan dalam berbagai tindakan, baik yang bersifat luring (*offline*) maupun daring (*online*). Beberapa ekspresi *offline* antara lain: 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 dan sebagainya. Sedangkan salah satu bentuk ekspresi yang bersifat *online* adalah berpartisipasi dalam kampanye publik di media sosial;
- Ekspresi yang dilindungi tidak hanya ekspresi yang diterima dengan baik dan/atau dianggap tidak menyinggung, tetapi juga ekspresi yang menyinggung, mengejutkan, atau mengganggu. Oleh karena itu, negara harus mentoleransi ekspresi berupa serangan yang tajam, keras, pedas, dan terkadang tidak menyenangkan terhadap pejabat pemerintah dan publik, bahkan jika itu bisa dianggap provokatif atau menghina.



Selengkapnya mengenai konsep dan bentuk umum ekspresi politik dapat dibaca pada dokumen hasil penelitian: Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia, hal. 216 – 220.

1.2. Ekspresi Politik dan Penerapan Pasal “Makar” Dalam KUHP

Dalam praktik di Indonesia, pelaksanaan bentuk ekspresi politik atau tindakan yang memenuhi definisi ekspresi politik, khususnya menyampaikan pandangan/tuntutan politik tertentu dan berpartisipasi dalam pertemuan yang memiliki agenda politik, seringkali bersinggungan dan dipidana dengan pasal “makar” dalam KUHP. Beberapa contoh perkara yang menggambarkan hal tersebut adalah sebagai berikut:

- Willian Lawalata alias Ebeng yang menyampaikan pandangan politiknya untuk menuntut kemerdekaan bagi Republik Maluku Selatan (RMS) dari Republik Indonesia dengan membuat spanduk untuk upacara hari ulang tahun RMS dan terdakwa kemudian dipidana dengan Pasal 106 KUHP dan dijatuhi penjara 3 tahun 6 bulan^[246];
- Arina Elopere alias Wenebita Gwijangge yang menyampaikan pandangan politiknya untuk menuntut kemerdekaan bagi Papua dengan memegang bendera bintang kejora (yang lazim dikenal sebagai bendera kemerdekaan Papua) dan menghias wajahnya dengan motif bintang kejora dalam aksi di depan Istana Negara terkait penyerangan Asrama Mahasiswa Papua dan teriakan “monyet” kepada mahasiswa Papua di Surabaya. Arina Elopere kemudian dipidana dengan Pasal 106 KUHP dan dihukum 9 bulan penjara^[247];
- Hermawan Susanto alias Wawan yang menyampaikan pandangan politiknya dalam aksi demonstrasi di depan Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) dengan seorang diri meneriakkan “dari poso nih, siap penggal kepala Jokowi (Presiden Joko Widodo), demi Allah...”, dipidana dengan Pasal 104 KUHP dan dihukum penjara selama 10 bulan 5 hari^[248].

1.2.1. Tren Pemidanaan Ekspresi Politik Dengan Pasal “Makar”

Merujuk pada hasil analisis putusan yang menjatuhkan pidana terhadap ekspresi politik dalam penelitian LeIP pada tahun 2022, terdapat 49 orang terdakwa dengan komposisi 47 orang terdakwa dijatuhi pidana dengan pasal makar dan 2 orang terdakwa diputus bebas oleh pengadilan. Dari 47 orang terdakwa yang dipidana, terdapat 1 orang terdakwa yang dihukum dengan Pasal 104 KUHP, 32 orang terdakwa yang dihukum dengan Pasal 106 KUHP, dan 14 terdakwa dihukum dengan Pasal 110 KUHP.

Dari segi bentuk ekspresi politik yang dilakukan, 1 orang terdakwa yang dihukum dengan Pasal 104 KUHP karena pernyataan dirinya seorang diri yang siap memenggal kepala presiden. Sedangkan, pada terdakwa yang dihukum dengan Pasal 106 dan 110 KUHP, secara umum melakukan perbuatan-perbuatan sebagaimana diuraikan dalam tabel berikut ini.

Dari tabel di atas, pengadilan terlihat tidak konsisten dalam menggunakan pasal pemidanaan terhadap ekspresi politik

[246] Putusan PN Ambon No. 307/Pid.B/2014/PN. Amb.

[247] Putusan PN Jakarta Pusat No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.

[248] Putusan PN Jakarta Pusat No. 1116/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.

Tabel 9.
Bentuk Ekspresi Politik Yang Dipidana Atas Tindak Pidana "Makar"
Dengan Pasal 106 dan Pasal 110 KUHP

Pasal 106 KUHP	Pasal 110 KUHP
1. Menyiapkan bendera lambang kemerdekaan untuk dikibarkan	1. Menghadiri pertemuan yang merencanakan pengibaran bendera lambang kemerdekaan
2. Merencanakan pengibaran bendera lambang kemerdekaan	2. Menghadiri pertemuan pencarian dana untuk Gerakan kemerdekaan
3. Menghadiri upacara peringatan ulang tahun gerakan kemerdekaan/ pengibaran bendera lambang kemerdekaan	3. Mengirimkan pesan singkat tentang rencana pengibaran bendera lambang kemerdekaan
4. Memegang dan/atau mengibarkan bendera lambang kemerdekaan	4. Mengibarkan dan/atau membenteng bendera lambang kemerdekaan
5. Menyampaikan orasi politik menuntut kemerdekaan	
6. Melakukan tindakan tertentu sebagai bentuk partisipasi dalam upacara peringatan ulang tahun gerakan kemerdekaan (seperti bernyanyi, menari, meniup terompet, meneriakkan yel-yel kemerdekaan, menggunakan spanduk, pamflet, atau lainnya terkait kemerdekaan, mengetik, membuat, mencetak, dan/atau membagi-bagikan panduan atau spanduk)	
7. Mendaftarkan diri sebagai pasukan bersenjata dari Gerakan yang menuntut kemerdekaan	
8. Melaksanakan pertemuan untuk menyusun profil negara yang dituntut untuk dimerdekakan	
9. Menjadi koordinator demonstrasi tuntutan kemerdekaan	

berupa pengibaran bendera lambang kemerdekaan. Dalam Putusan No. 1977 K/Pid/ 2008, 2157 K/Pid.Sus/2010, 299/Pid.B/2014/PN.Amb, 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST, dan 56/Pid.B/2020/PN.Ffk, pengadilan menyatakan bahwa ekspresi tersebut merupakan suatu bentuk tindak pidana makar dan menghukum para terdakwa dalam perkara-perkara tersebut dengan Pasal 106 KUHP. Namun, dalam Putusan No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb dan 212/Pid.B/2020/PN.Amb, pengadilan menyatakan bahwa ekspresi tersebut merupakan suatu bentuk permufakatan jahat untuk melakukan makar dan menghukum para terdakwa dalam perkara-perkara tersebut dengan Pasal 110 Ayat (1) KUHP. Hal ini menunjukkan para Hakim di pengadilan Indonesia belum memiliki pandangan yang sama dalam menghukum perbuatan pengibaran bendera kemerdekaan dengan pasal makar.

Selain itu, terdapat 3 putusan lain, Putusan No. 802 K/Pid/2014, 804 K/Pid/2014, dan 806 K/Pid/2014, yang menghukum tindakan pengibaran bendera lambang kemerdekaan dengan Pasal 110 ayat (1) KUHP. Namun, penggunaan pasal tersebut tidak dapat dipandang sebagai pilihan Hakim karena penuntut umum hanya mendakwakan Pasal 110 KUHP dan tidak memasukkan Pasal 106 KUHP dalam dakwaannya. Dengan adanya kewajiban bagi Hakim untuk memutus perkara berdasarkan dakwaan penuntut umum, maka Hakim harus menggunakan Pasal 110 KUHP, walaupun terdapat potensi Hakim merasa bahwa seharusnya para terdakwa dipidana dengan Pasal 106 KUHP. Kondisi ini berbeda dengan putusan No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb dan 212/Pid.B/2020/PN.Amb, bahwa penuntut umum mendakwakan Pasal 106 KUHP secara alternatif dengan Pasal 110 KUHP dan Hakim lebih memilih menggunakan Pasal 110 ayat (1) KUHP. Hal ini menunjukkan bahwa penegak hukum selain Hakim juga belum memiliki pandangan yang sama dalam memproses hukum perbuatan pengibaran bendera lambang kemerdekaan.

1.2.2. Interpretasi Hakim Atas Unsur "Makar" Dalam Menghukum Ekspresi Politik

Hasil penelitian LeIP terkait hak atas kebebasan berekspresi pada tahun 2022 menunjukkan bahwa para hakim Indonesia menggunakan metode yang beragam dalam menafsirkan perbuatan "makar" dalam KUHP. Mayoritas hakim pada putusan-putusan di atas menafsirkan "makar" dengan mengacu pada Pasal 87 KUHP yang berbunyi "*Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53*". Lain daripada itu, para hakim menafsirkan "makar" dengan merujuk pada pendapat para sarjana hukum pidana, Putusan MK No. 7/PUU-XV/2017, definisi menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), hingga merujuk pada pendapat ahli di bidang selain hukum pidana, seperti ahli hukum tata negara dan ahli bahasa Indonesia. Secara umum, penafsiran-penafsiran yang digunakan para hakim dalam mendefinisikan unsur "makar" pada

putusan-putusan adalah sebagai berikut:

- Untuk membuktikan unsur “makar”, tidak perlu ada suatu perbuatan yang bersifat menyerang, namun cukup apabila telah terdapat niat dan permulaan pelaksanaan dari suatu perbuatan yang bertujuan untuk memisahkan sebagian wilayah dari Republik Indonesia;
- Walaupun “makar” diartikan sebagai “serangan”, maka “serangan” tersebut tidak selalu diartikan sebagai kekerasan secara fisik, tetapi cukup apabila sifat serangan tersebut dilakukan dengan suatu tindakan yang nyata-nyata mengancam atau merongrong keutuhan wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- “Makar” dapat dilakukan dengan cara kekerasan dan dengan cara damai.



Selengkapnya mengenai pendapat dan penafsiran yang dipertimbangkan oleh hakim dapat dibaca pada dokumen hasil penelitian: *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, hal. 224 – 229.

2. Sejarah dan Perkembangan Pengaturan Serta Konsep Perbuatan “Makar” Dalam KUHP Indonesia

2.1. Sejarah Pengaturan dan Konsep Perbuatan “Makar” Dalam KUHP

Pada dasarnya, penafsiran-penafsiran atas perbuatan “makar” di atas belum sepenuhnya sejalan dengan konsep tindak pidana “makar” dan pasal-pasal lain yang terkait dengan tindak pidana makar, yaitu konsep “permulaan pelaksanaan” dan “permufakatan jahat” untuk melakukan “makar” sebagaimana diatur dalam Pasal 87 dan 110 KUHP. Dengan begitu, penafsiran-penafsiran tersebut perlu dicermati ulang untuk digunakan sebagai dasar untuk menghukum para terdakwa dalam perkara-perkara tindak pidana “makar” tersebut. Bagian ini akan mengurai hal-hal tersebut dengan menjabarkan definisi “makar” menurut sejarah pengaturannya dan konsep pasal-pasal lain yang terkait dengan tindak pidana makar, yaitu Pasal 87 KUHP yang membahas permulaan pelaksanaan tindak pidana “makar”, dan Pasal 110 KUHP yang membahas permufakatan jahat untuk tindak pidana “makar”.

2.1.1. Konsep “Makar” Dalam KUHP

Sebelum melanjutkan pembahasan, adapun bunyi masing-masing pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 104 KUHP

Makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

Pasal 106 KUHP

Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

Dari rumusan pasal di atas, “makar” merupakan salah satu unsur tindak pidana yang diatur dalam Pasal 104 dan 106 KUHP dan bukanlah kualifikasi atau nama jenis delik/tindak pidana yang diatur dalam pasal-pasal tersebut. Hal tersebut berbeda dengan rumusan pasal-pasal lain yang memang mengkualifikasikan seluruh unsur tindak pidana dalam suatu pasal menjadi suatu jenis tindak pidana tertentu, misalnya Pasal 310 Ayat (1), Pasal 338, dan Pasal 362 KUHP. Untuk melihat perbedaan tersebut, adapun bunyi pasal-pasal tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 310 Ayat (1) KUHP

Barang siapa sengaja menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal, yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum, diancam karena pencemaran...

Pasal 338 KUHP

Barang siapa dengan sengaja merampas nyawa orang lain, diancam karena pembunuhan...

Pasal 362 KUHP


Barang siapa mengambil barang sesuatu, yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain, dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum, diancam karena pencurian...

Adanya frasa "diancam karena" dalam pasal-pasal tersebut menunjukkan bahwa seluruh unsur dalam pasal tersebut dikualifikasikan dalam suatu jenis tindak pidana tertentu. Namun, **kondisi tersebut berbeda dengan rumusan Pasal 104 dan 106 KUHP yang tidak memuat rumusan "diancam dengan makar" sehingga seluruh unsur dalam pasal-pasal tersebut tidak dapat dikualifikasikan sebagai "tindak pidana makar".**

Berdasarkan hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa Pasal 104 dan Pasal 106 KUHP tidak dapat disebut sebagai "pasal tindak pidana makar". Kata "makar" hanya dirumuskan sebagai salah satu unsur dalam Pasal 104 dan 106 KUHP, yang setara dengan unsur-unsur lainnya, yaitu unsur "dengan maksud" dan unsur "membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah" (dalam Pasal 104 KUHP) serta unsur "supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara" (dalam Pasal 106 KUHP). Mengacu pada rumusan Pasal 104 dan 106 KUHP, terlihat bahwa kata "makar" pada dasarnya dirumuskan untuk menggambarkan suatu perbuatan tertentu, sehingga pasal-pasal tersebut harus dibaca sebagai "suatu perbuatan tertentu (dalam konteks makar) dengan maksud membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah/ supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara". Dengan konstruksi tersebut, maka kata "makar" itu sendiri harus didefinisikan untuk mengetahui perbuatan seperti apa yang dapat dikatakan sebagai "makar", atau dengan kata lain, perbuatan seperti apa yang sebenarnya diwakili oleh kata "makar" dalam Pasal 104 dan 106 KUHP.

2.1.2. Definisi Unsur "Makar" Dalam KUHP

Pada dasarnya, **kata "makar" bukan merupakan kata asli dalam Bahasa Indonesia, tetapi berasal dari bahasa Arab, yang diartikan sebagai "tipu daya".**^[249] Definisi ini pula yang kemudian dirumuskan sebagai salah satu definisi "makar" menurut KBBI, yaitu "akal busuk, tipu muslihat", bersama dengan 2 (dua) definisi lainnya, yaitu "perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang" dan "perbuatan (usaha) menjatuhkan pemerintah yang sah".^[250] Namun, definisi menurut KBBI tersebut pada dasarnya tidak dapat digunakan untuk menafsirkan kata "makar" di dalam Pasal 104 dan 106 KUHP. Hal ini dikarenakan penggunaan definisi tersebut untuk mengganti kata "makar" dalam Pasal 104 dan 106 KUHP akan menimbulkan ketidakjelasan perbuatan yang dilarang menurut pasal-pasal tersebut.

 Selengkapnya mengenai tidak dapat digunakannya definisi pada KBBI untuk menafsirkan kata "makar" dalam KUHP dapat dibaca pada dokumen hasil penelitian: Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia, hal. 231 – 233.

Apabila dicermati, besar kemungkinan bahwa definisi "makar" menurut KBBI tersebut diperoleh dari penerapan pasal-pasal yang mencantumkan kata "makar" dalam rumusannya, seperti definisi "perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang" yang rumusannya mirip dengan unsur-unsur dalam Pasal 104 KUHP. Namun, tampaknya penyusun KBBI menganggap bahwa "makar" adalah kualifikasi tindak pidana dalam pasal-pasal tersebut atau menganggap pasal-pasal yang mencantumkan kata "makar" adalah "pasal tindak pidana makar", sehingga merumuskan definisi "makar" dengan mencantumkan seluruh unsur dalam pasal-pasal yang mencantumkan kata "makar", seperti Pasal 104 dan 106 KUHP. Padahal, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, "makar" bukanlah kualifikasi atau jenis tindak pidana, melainkan hanya salah satu unsur dalam pasal-pasal tersebut. Oleh karena itu, definisi "makar" perlu dirumuskan berdasarkan arti kata "makar" itu sendiri, bukan merujuk pada seluruh unsur dalam pasal-pasal yang mencantumkan kata "makar".

Perlu diketahui bahwa KUHP Indonesia merupakan produk hukum pemerintah Belanda dengan nama asli *Wetboek*

[249] Hal ini seperti yang tercantum pada Al-qur'an dalam Surat Ali-Imran Ayat 54 yang berbunyi: "Wamakaruu wamakarallah, wallahu khairul makiriin" (mereka membuat tipu daya, Allah membalas tipu daya mereka, dan Allah sebaik-baik pembalas tipu daya). Lihat Muhammad Yasin, "Bahasa Hukum: 'Makar' Alias Aanslag dalam Pasal 104 KUHP", <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5cda38ed1e155/bahasa-hukum--makar-alias-iaanslag-i-dalam-pasal-104-kuhp/>, diakses pada Rabu, 14 April 2021.

[250] Pusat Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ke-4*, (Jakarta: Departemen Pendidikan Nasional, 2008), hal. 972.

van *Strafrecht voor Nederlandsch Indie* (WvS-NI) yang dirumuskan dalam bahasa belanda.^[251] Peraturan tersebut kemudian berganti nama menjadi "*Wetboek van Strafrecht/Kitab Undang-undang Hukum Pidana* (KUHP) dan berlaku di Pulau Jawa dan Madura berdasarkan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946^[252] serta mulai berlaku di seluruh wilayah Indonesia berdasarkan Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958.^[253] Namun, perlu diingat bahwa WvS-NI tersebut tidak pernah diterjemahkan secara resmi oleh pemerintah Indonesia dan KUHP dalam bahasa Indonesia yang beredar saat ini merupakan terjemahan tidak resmi dari para pakar hukum pidana.^[254] Memang, baik UU No. 1 Tahun 1946, maupun UU No. 73 Tahun 1958, mengatur beberapa penyesuaian pengaturan dalam WvS-NI untuk diberlakukan pada KUHP. Namun, khusus untuk pasal-pasal yang saat ini mencantumkan kata "makar" dalam rumusannya, penyesuaian pengaturan yang terjadi hanyalah mengubah frase "*den Koning, de regeerende koningin of den Regent*" (raja, raja yang memerintah, atau penggantinya) pada Pasal 104 KUHP menjadi "*den President of den Vice-President*" (Presiden dan Wakil Presiden)^[255], sehingga rumusan Pasal 104 KUHP menjadi seperti yang telah disebutkan di atas, menghapus Pasal 105 KUHP^[256], dan menyesuaikan rumusan Pasal 110 ayat (1) dan (2), Pasal 164, dan Pasal 165 KUHP yang terdampak dengan hapusnya Pasal 105 KUHP tersebut.^[257] Dengan demikian, selain penyesuaian-penyesuaian tersebut, rumusan pasal-pasal yang saat ini mencantumkan kata "makar" masih menggunakan dan harus mengacu pada rumusan asli pasal-pasal tersebut dalam WvS-NI, termasuk konteks kata "makar" itu sendiri.

Dalam rumusan aslinya menurut WvS-NI, setelah disesuaikan dengan peraturan-peraturan di atas, Pasal 104 KUHP tersebut berbunyi:^[258]

Pasal 104 WvS-NI

De aanslag ondernomen met het oogmerk om den President of den Vice-President van het leven of de vrijheid te berooven of tot regeeren ongeschikt te maken wordt gestraft met de doodstraf of levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig Jaren.

Rumusan pasal ini serupa dengan rumusan pasal yang mengatur tindak pidana dalam Pasal 104 KUHP tersebut menurut ketentuan hukum pidana yang berlaku di Belanda, yaitu Pasal 92 *Wetboek van Strafrecht* (Sr.) yang berbunyi:^[259]

Pasal 92 Sr.

De aanslag ondernomen met het oogmerk om de Koning, de regeerende Koningin of de Regent van het leven of de vrijheid te beroven of tot regeeren ongeschikt te maken, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Sedangkan, rumusan asli Pasal 106 KUHP menurut WvS-NI adalah sebagai berikut:^[260]

Pasal 106 WvS-NI

De aanslag ondernomen met het oogmerk om het grondgebied van den staat geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan af te scheiden, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig Jaren.

Sama halnya dengan Pasal 104 KUHP, rumusan pasal ini serupa dengan rumusan pasal yang mengatur tindak pidana

[251] WvS-NI mulai diberlakukan di Indonesia pada tanggal 1 Januari 1918 berdasarkan *Koninklijk Besluit* (Titah Raja) No. 33 tertanggal 15 Oktober 1915 melalui *Staatblad* No. 732 Tahun 1915. Lihat Dani Pratama Huzaini, "Ada Kekeliruan Pemahaman tentang Makar", <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5cdcd93351aa6/ada-kekeliruan-pemahaman-tentang-makar>, diakses pada Rabu, 14 April 2021. Setelah Indonesia merdeka, melalui Pasal II aturan peralihan Undang-undang Dasar jo. Peraturan Presiden No. 2 Tahun 1945, pemerintah Indonesia menyatakan bahwa seluruh peraturan yang ada sebelum tanggal 17 Agustus 1945 masih tetap berlaku sepanjang belum terdapat produk hukum baru yang menggantikan peraturan tersebut dan tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar.

[252] Undang-undang No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, Pasal 6 Ayat (1), (2), dan 17. Ketentuan ini menyebutkan bahwa peraturan hukum pidana yang berlaku di Indonesia adalah peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942 (Lihat Pasal 1). Perlu diketahui bahwa 8 Maret 1942 adalah hari terjadinya perjanjian Kalijati di mana pemerintah Belanda menyerahkan Indonesia kepada pemerintah Jepang (Lihat Dani Pratama Huzaini..., *Loc. Cit.*). Dengan kondisi tersebut, maka maksud dari UU No. 1 Tahun 1946 adalah memberlakukan peraturan hukum pidana yang berlaku saat pemerintah Belanda masih menguasai Indonesia, yaitu WvS-NI.

[253] UU No. 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-undang No. 1 Tahun 1946 Republik Indonesia tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Pasal I.

[254] Dani Pratama Huzaini..., *Loc. Cit.*

[255] UU No. 1 Tahun 1946..., *Op. Cit.*, Pasal 8 angka 12.

[256] *Ibid.*, Pasal 8 angka 13.

[257] *Ibid.*, Pasal 8 angka 14, 35, dan 36.

[258] Widati Wulandari dan Tristam P. Moeliono, *Problematika Pengertian Aanslag-Aanslag tot en feit: Perbandingan Makar dalam KUHP, WvSNI dan Sr.*, dalam "PADJADJARAN" Jurnal Ilmu Hukum Volume 4 Nomor 3 Tahun 2017, (Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, 2017), hal. 483.

[259] *Ibid.*, hal. 484.

[260] *Ibid.*

dalam Pasal 106 KUHP tersebut menurut ketentuan hukum pidana Belanda, yaitu Pasal 93 Sr. yang berbunyi:^[261]

Pasal 93 Sr.

De aanslag ondernomen met het oogmerk om het Rijk geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan af te scheiden, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Pada dasarnya, WvS-NI tidak merumuskan definisi atau batasan konsep "aanslag" tersebut. Namun, dalam WvS-NI terjemahan R. Boedihardjo yang diterbitkan tahun 1920 atau tidak lama setelah WvS-NI disahkan, kata "aanslag" tersebut disandingkan dengan kata "penjerangan".^[262] Menurut Lamintang, kata "aanslag" dalam bahasa Belanda memiliki banyak arti, yang dalam konteks penerapan Pasal 104 KUHP, memiliki definisi sebagai *aanval* (serangan) atau *misdadige aanrading* (penyerangan dengan maksud tidak baik).^[263] Hal ini sejalan dengan pendapat Wirjono Prodjodikoro^[264] dan R. Soesilo^[265] yang mengartikan *aanslag* sebagai "serangan", seperti yang tercantum pada putusan-putusan yang dijabarkan pada bab sebelumnya. Dengan demikian, maka kata "makar" dalam KUHP harus dibaca sebagai "aanslag" dalam definisi "serangan", sehingga Pasal 104 dan 106 KUHP seharusnya berbunyi:

Pasal 104 KUHP

Serangan (*aanslag*) dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah...

Pasal 106 KUHP

Serangan (*aanslag*) dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara...

Dari jabaran di atas, terlihat bahwa **definisi "makar" menurut bahasa Arab dan KBBI** -yaitu tipu daya, akal busuk, atau tipu muslihat- **tidak tepat diterapkan untuk mengartikan kata "makar" dalam KUHP** karena definisi-definisi tersebut tidak menggambarkan "serangan" sebagai definisi langsung dari kata "*aanslag*" menurut WvS-NI. Bahkan, pencantuman kata "makar" yang berasal dari bahasa Arab untuk menggantikan kata "*aanslag*" dalam KUHP merupakan hal yang tidak tepat karena **kata "makar" tersebut memiliki arti yang berbeda dengan kata "*aanslag*" sehingga tidak dapat mewakili kata "*aanslag*" dalam KUHP**. Dengan fakta bahwa WvS-NI tidak pernah diterjemahkan secara resmi oleh pemerintah Indonesia dan KUHP dalam bahasa Indonesia yang beredar saat ini merupakan terjemahan tidak resmi dari para pakar hukum pidana, besar kemungkinan bahwa penggunaan kata "makar" sebagai pengganti kata "*aanslag*" dalam KUHP, yang baru dimulai pada tahun 1920,^[266] bukan merupakan keputusan pemerintah Indonesia melainkan terjemahan bebas dari para pakar hukum pidana tersebut. Oleh karena itu, **seluruh istilah dan/atau rumusan pasal dalam KUHP seharusnya merujuk kembali ke dokumen aslinya, yaitu WvS-NI, termasuk kata "makar" dalam KUHP yang definisinya harus merujuk pada kata aslinya yaitu "*aanslag*" dalam arti "serangan"**.

Batasan "Makar" Sebagai Sebuah "Serangan/Aanslag"

Baik WvS (KUHP) Belanda, maupun WvS-NI (KUHP), tidak menjabarkan konsep atau batasan dari *aanslag* atau serangan tersebut. Konsep atau batasan *aanslag* tersebut kemudian dibahas dan dicantumkan dalam *Memorie van Toelichting* (MvT), atau "Risalah Pembahasan", dan *Memorie van Antwood* (MvA), atau Memori Jawaban, dari WvS Belanda dan WvS-NI.^[267] Menurut dokumen-dokumen tersebut, dalam pembahasan rumusan Pasal 94 Sr./Pasal 104 WvS-NI, *Raad van State* mempertanyakan dan mengajukan keberatan tentang penggunaan istilah "*aanslag*" karena kata tersebut dinilai terlalu kabur/tidak jelas sehingga dapat mengakibatkan ketidakpastian hukum.^[268] Pemerintah, melalui Menteri Kehakiman, kemudian menjawab bahwa kata "*aanslag*" tidak perlu diperjelas atau diberikan keterangan tambahan

[261] *Ibid.*

[262] R. Boedihardjo, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie: Kitab Hoekoem Oentoek Tanah Hindia Belanda*, (Kediri: Toko Soerabaja, 1920), hal. 34. Hal ini terlihat dari rumusan Pasal 104 WvS-NI menurut dokumen tersebut yang berbunyi "**Aanslag (penjerangan) jang diperboewat dengan maksoed akan mengambil jiwa atau kemedikaannya atau akan bikin tiada njakad pemerintah, Radja, Radja perempoewan jang lagi pegang pemerintah atau Regent, (wali)...**".

[263] P.A.F. Lamintang dan Theo Lamintang, *Delik-Delik Khusus Kejahatan terhadap Kepentingan Hukum Negara*, (Jakarta: Sinar Grafika: 2010), hal. 7.

[264] Widati Wulandari dan Tristam P. Moeliono..., *Op. Cit.*, hal. 479.

[265] R. Soesil..., *Op. Cit.*, hal 108-109. Lihat rumusan Pasal 104 dan 106 KUHP.

[266] Hasil wawancara Tirto dengan Arsil (peneliti senior LeIP). Lihat Dieqy Hasbi Widhana, "Istilah Makar Digunakan dengan Salah Kaprah", <https://tirto.id/istilah-makar-digunakan-dengan-salah-kaprah-b7Gj>, diakses pada Rabu, 14 April 2021.

[267] Mr. H. J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Straftrecht, Tweede Deel; Tweede Druk*, Book II, (Haarlem: H.D. Tjeenk Willink, 1891), hal. 11-15.

[268] *Ibid.*, hal. 14-15. Hal ini disampaikan melalui dokumen *Verstag van de Tweede Kamer met Regeringsaantwoord* (Laporan Parlemen dan Jawaban Pemerintah). Lihat juga Widati Wulandari dan Tristam P. Moeliono..., *Op. Cit.*, hal. 482.

karena maksud kata tersebut bukan lah serangan yang tidak jelas (tertentu), melainkan serangan yang tertuju pada orang tertentu. Menteri Kehakiman menambahkan bahwa kata "aanslag" tersebut mencakup *elke daad van geweld met inbegrip van de poging* (setiap tindak kekerasan, termasuk ke dalamnya percobaan untuk itu).^[269] Artinya, dengan konteks "aanslag" sebagai sebuah serangan, dapat disimpulkan bahwa dokumen tersebut menentukan **konsep "aanslag" sebagai "serangan dalam bentuk kekerasan, termasuk percobaan untuk melakukan serangan berbentuk kekerasan tersebut"**.

Konsep "aanslag" tersebut sejalan dengan penafsiran secara gramatikal dari kata "aanslag" itu sendiri. Dalam Bahasa Inggris, kata "aanslag" sebagai "*gewelddadige aanval*" dipadankan dengan kata "assault"^[270], yang memiliki definisi "*a violent attack*"^[271] (serangan dengan kekerasan). Selain itu, kata "aanslag" juga dipadankan dengan kata "onslaught"^[272] dalam Bahasa Inggris yang berarti "*a violent and forceful attack*"^[273] (serangan dengan kekerasan dan paksaan). Konsep serupa juga diperoleh apabila merujuk pada ketentuan pidana di negara-negara lain yang mengatur perbuatan yang sama dengan pasal-pasal yang mencantumkan kata "aanslag" pada rumusannya dalam WvS Belanda dan WvS-NI. Misalnya, aturan pidana di Belgia^[274] dan Perancis^[275] yang menggunakan kata "*l'attentat/attentat*", yang diterjemahkan ke dalam Bahasa Inggris sebagai "*attack*" (serangan) dan memiliki konsep sebagai "*action criminelle violente*"^[276] (tindakan kriminal dengan kekerasan) atau "*an attempt to commit a crime of violence*"^[277] (upaya melakukan kejahatan dengan kekerasan), dan aturan pidana Jerman yang menggunakan kata "*gewalt*"^[278], yang apabila diterjemahkan ke Bahasa Inggris menjadi "*violence*" (kekerasan) dengan syarat adanya "*physical coercion*" (paksaan fisik)^[279]. Berdasarkan hal-hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa **konsep kata "aanslag" secara gramatikal berarti "serangan yang dilakukan dengan kekerasan atau paksaan"**.

Perlu diketahui bahwa KUHP juga merumuskan pasal lain yang mengatur tentang penyerangan kepada tubuh kepala negara, yaitu Pasal 131 KUHP, yang berbunyi "*Tiap-tiap penyerangan terhadap diri presiden atau Wakil Presiden, yang tidak termasuk dalam ketentuan pidana lain yang lebih berat*". Dalam sejarahnya, kata "penyerangan" dalam pasal tersebut juga dirumuskan dengan kata "aanslag".^[280] Namun, dalam pembahasan rumusan pasal ini, diputuskan bahwa kata "aanslag" pada pasal tersebut memiliki arti yang berbeda dengan kata *aanslag* pada Pasal 79 Sr. (Pasal 87 KUHP) yang berhubungan dengan kata "aanslag" pada Pasal 92 Sr. (Pasal 104 KUHP) dan Pasal 93 Sr. (Pasal 106 KUHP), sehingga **kata "aanslag" pada Pasal 131 KUHP kemudian diputuskan untuk diganti menjadi "feitelijke aanranding" (factual or direct assault/serangan nyata atau langsung)**.^[281]

Konsep penyerangan dalam **kata "aanslag" memiliki derajat yang lebih berat daripada dalam kata "feitelijke aanranding"**. Hal ini tergambar dari ketentuan dalam Pasal 131 KUHP yang menyebutkan "*tiap-tiap penyerangan... yang tidak termasuk dalam ketentuan pidana lain yang lebih berat*". Pada faktanya, Pasal 131 KUHP memiliki ancaman pidana penjara maksimal 8 (delapan) tahun, yang lebih ringan daripada ancaman pidana maksimal dalam pasal-pasal yang mencantumkan kata "aanslag", seperti Pasal 104 KUHP dengan ancaman pidana maksimal berupa pidana mati, penjara

[269] *Ibid.* Lihat juga P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 10.

[270] Hasil pencarian definisi "aanslag" pada <https://www.mijnwoordenboek.nl/vertaal/NL/EN/aanslag>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[271] Hasil pencarian arti kata "assault" pada <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/assault>, diakses pada Kamis, 15 April 2021. Dalam kamus Merriam-Webster, kata "assault" diartikan sebagai "*a violent physical or verbal attack*" (serangan dengan kekerasan fisik dan verbal). Lihat <https://www.merriam-webster.com/dictionary/assault>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[272] Hasil pencarian definisi "aanslag" pada <http://www.etymologiebank.nl/trefwoord/aanslag>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[273] Hasil pencarian arti kata "onslaught" pada <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/onslaught>, diakses pada Kamis, 15 April 2021. Dalam kamus Merriam-Webster, kata "onslaught" diartikan sebagai "*an especially fierce attack*" (serangan yang sengit). Lihat <https://www.merriam-webster.com/dictionary/onslaught>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[274] Dalam aturan pidana Belgia, ketentuan yang serupa dengan Pasal 104 KUHP adalah Pasal 101 KUHP Belgia yang berbunyi "*L'attentat contre la vie ou contre la personne du Roi sera puni (de la réclusion à perpétuité)...*". Lihat KUHP Belgia, https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6e/BELG_CC_fr.pdf, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[275] Dalam aturan pidana Perancis, ketentuan yang serupa dengan Pasal 106 KUHP adalah Pasal 412-1 KUHP Perancis yang berbunyi "*Constitue un attentat le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national...*". Lihat KUHP Perancis, https://legislationline.org/sites/default/files/documents/50/France_CC_am012020_fr.pdf, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[276] Hasil pencarian definisi "attentat" pada <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/french-english/attentat>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[277] Hasil pencarian definisi "attentat" pada <https://www.merriam-webster.com/dictionary/attentat>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[278] Dalam aturan pidana Jerman, ketentuan yang serupa dengan Pasal 104 KUHP adalah Pasal 106 Strafgesetzbuch (StGB)/KUHP Jerman yang berbunyi "*Wer den Bundespräsidenten...rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel nötig, seine Befugnisse nicht oder in einem bestimmten Sinne auszuüben...*". Sedangkan, ketentuan yang serupa dengan Pasal 106 KUHP adalah Pasal 82 Ayat (1) angka 1 Strafgesetzbuch (StGB) yang berbunyi "*Wer es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt das Gebiet eines Landes ganz oder zum Teil einem anderen Land der Bundesrepublik Deutschland einzuverleiben oder einen Teil eines Landes von diesem abzutrennen...*". Lihat KUHP Jerman, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html>, diakses pada Kamis, 15 April 2021. Dalam versi bahasa Inggris, kata "gewalt" tersebut dirumuskan dengan kata "force" (paksaan). Lihat KUHP Jerman versi Bahasa Inggris, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0881, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[279] Lihat definisi "gewalt" pada <https://www.iurastudent.de/definition/gewalt>, diakses pada Kamis, 15 April 2021.

[280] Ketentuan pada awalnya diatur dalam Pasal 199. Lihat Mr. H. J. Smidt..., *Op. Cit.*, pembahasan Pasal 110.

[281] *Ibid.*

seumur hidup, atau penjara maksimal 20 (dua puluh) tahun dan Pasal 106 KUHP dengan pidana penjara maksimal seumur hidup atau penjara maksimal 20 (dua puluh) tahun. Oleh karena itu, **konsep "serangan" dalam kata "aanslag" harus diartikan lebih berat daripada konsep serangan biasa secara langsung yang dirumuskan dengan kata "feitelijke aanranding" dan tidak dapat disamakan dengan setiap bentuk serangan dan perbuatan.**

Terkait batasan perbuatan "aanslag" tersebut, Johan Marius Lintz menambahkan bahwa terdapat tindakan selain "serangan dengan kekerasan/paksaan" yang dapat dikategorikan sebagai *aanslag*.^[282] Johan Marius Lintz menjelaskan bahwa *aanslag* dalam Pasal 92 Sr. (Pasal 104 KUHP) dan Pasal 93 Sr. (Pasal 106 KUHP) tidak hanya mencakup serangan dengan kekerasan (*geweld*), tetapi juga serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan (*een geweld gelijk te stellen handelingen*), seperti menempatkan seseorang dalam keadaan tidak sadar (pingsan) atau tidak berdaya (yang diatur dalam Pasal 81 Sr./89 KUHP), memberikan ancaman (yang bersifat fisik), mengurung (*incarceration*) seseorang, dan memberikan racun.^[283] Dengan demikian, **kata "aanslag" dalam Pasal 104 dan 106 KUHP harus diartikan sebagai "serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik".**

2.1.4 Unsur Kesengajaan Dalam Pasal "Makar"

Salah satu unsur tindak pidana dalam Pasal 104 dan 106 KUHP adalah "dengan maksud/*met het oogmerk*". Frase tersebut pada dasarnya merupakan salah satu istilah yang digunakan untuk menggambarkan adanya kesengajaan (*opzet/dolus*).^[284] Terkait kesengajaan, dalam MvT, kesengajaan didefinisikan sebagai "melakukan tindakan yang terlarang secara dikehendaki dan diketahui" (*het teweegbrengen van verboden handeling willens en wetens*).^[285] Sedangkan, menurut MvA, kesengajaan diartikan sebagai "tujuan (yang disadari) dari kehendak untuk melakukan suatu kejahatan tertentu" (*de bewuste richting van de wil op een bepaald misdrijf*).^[286] Konsep kesengajaan ini juga telah diakui dalam putusan-putusan (*arrest*) Hoge Raad yang menyebutkan bahwa kesengajaan terdiri dari *willens* atau mengendaki, yang diartikan sebagai "kehendak untuk melakukan suatu perbuatan tertentu", dan *wetens* atau mengetahui, yang diartikan sebagai "mengetahui atau dapat mengetahui bahwa perbuatan tersebut dapat menimbulkan akibat yang dikehendaki".^[287]

Secara umum, dalam doktrin hukum pidana, kesengajaan (*opzet/dolus*) dikenal dalam 3 (tiga) bentuk, yaitu:^[288] a) *opzet als oogmerk* (kesengajaan dengan tujuan/maksud); b) *opzet bij zekerheids-bewustzijn* (kesengajaan dengan keinsyafan kepastian); dan c) *opzet bij mogelijkheids-bewustzijn* (kesengajaan dengan keinsyafan kemungkinan). Namun, dalam konteks pasal-pasal yang mencantumkan kata "aanslag", khususnya Pasal 104 dan 106 KUHP, Lamintang menyatakan bahwa kesengajaan dalam pasal-pasal tersebut harus diartikan terbatas pada *opzet als oogmerk* atau kesengajaan dengan maksud/tujuan.^[289] Hal ini dikarenakan unsur "dengan maksud/*met het oogmerk*" dalam pasal-pasal tersebut menunjukkan bahwa pembentuk WvS mensyaratkan adanya maksud/tujuan pribadi dari pelaku untuk menimbulkan akibat-akibat yang dirumuskan dalam pasal-pasal tersebut. Pandangan ini sejalan dengan konsep *opzet als oogmerk* menurut Kanter dan Sianturi di mana pelaku tindak pidana dikatakan memiliki kesengajaan dengan tujuan/maksud (*opzet als oogmerk*) apabila terjadinya tindakan yang dilakukan atau akibat yang ditimbulkan dari tindakan pelaku merupakan perwujudan dari maksud atau tujuan pelaku.^[290] Terkait pasal-pasal yang mencantumkan frase "*dengan maksud*", termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP, Kanter dan Sianturi menambahkan bahwa frase tersebut merupakan istilah pengganti dari "dengan sengaja" yang menunjukkan bahwa kehendak pelaku harus ditujukan atau dimaksudkan untuk menimbulkan akibat dalam pasal-pasal tersebut, walaupun akibat tersebut tidak harus terwujud untuk dapat menyatakan bahwa kejahatan telah selesai secara sempurna.^[291]

[282] Johan Marius Lintz, *De plaats van de Wet terroristische misdrijven in het materiële strafrecht (The Position of the Terrorist Offences Act in Dutch Substantive Criminal Law)*, (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007), hal. 299. *In het kader van zowel de bespreking van art. 92 Sr als die van art. 93 Sr werd hiervoor opgemerkt dat een aanslag niet noodzakelijkerwijs in geweldpleging behoeft te bestaan.* Terjemahan bebas "Dalam konteks pembahasan Pasal 92 dan 93 Sr., "serangan/aanslag" yang dilakukan tidak perlu harus mengandung tindakan kekerasan".

[283] *Ibid.*, hal. 298 dan 301. ...*de aanslag van art. 92 Sr wellicht nog het best kunnen worden gebracht onder de noemer geweld of aan geweld gelijk te stellen handelingen* (terjemahan bebas "serangan/aanslag dalam Pasal 92 Sr. mungkin paling baik dikelompokkan di bawah judul kekerasan atau tindakan yang setara dengan kekerasan"). Lihat hal. 298. ... *aanslag in de zin van de art. 93 en 94 Sr slechts daden van geweld of daden die met geweld gelijkgesteld kunnen worden* (terjemahan bebas "serangan/aanslag dalam Pasal 93 dan 94 Sr. hanyalah tindakan dengan kekerasan atau tindakan yang dapat dipersamakan dengan kekerasan"). Lihat hal. 301.

[284] E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, (Jakarta: Stora Grafika, 2012), hal. 182.

[285] P. A. F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011), hal. 281.

[286] *Ibid.*

[287] *Ibid.*, hal. 286.

[288] *Ibid.*, hal. 309.

[289] P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 22 dan 44.

[290] E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi..., *Op. Cit.*, hal. 172.

[291] *Ibid.*, hal. 175.

Berdasarkan hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa **penilaian atas kesengajaan pelaku** yang diduga melakukan tindak pidana menurut Pasal 104 dan 106 KUHP **tidak dapat menggunakan ajaran kesengajaan selain *opzet als oogmerk* atau kesengajaan dengan maksud/tujuan**. Artinya, seseorang hanya dapat dikatakan memiliki kesengajaan melakukan tindak pidana dalam Pasal 104 atau 106 KUHP apabila *aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) yang dilakukannya **benar-benar dimaksudkan atau ditujukan** untuk membunuh, merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah (dalam konteks Pasal 104 KUHP) atau supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara (dalam konteks Pasal 106 KUHP). Namun, **akibat-akibat tersebut tidak harus terjadi terlebih dahulu agar pelaku dapat dipidana**, melainkan **cukup apabila ia terbukti telah melakukan *aanslag* dan *aanslag* tersebut terbukti dilakukan dengan maksud atau tujuan untuk menimbulkan akibat-akibat dimaksud**.

2.1.5. Perluasan Konsep “Makar/Aanslag” Sebagai Serangan Yang Tidak Selesai Dalam KUHP

2.1.5.1 Permulaan pelaksanaan untuk melakukan “makar/aanslag”

Seperti yang telah dijabarkan pada bab sebelumnya, mayoritas hakim dalam putusan pengadilan yang telah dianalisis menggunakan Pasal 87 KUHP untuk mendefinisikan unsur “makar”, yang hanya mensyaratkan adanya niat yang telah terwujud dari permulaan pelaksanaan. Hal yang sama juga terjadi pada Hakim Mahkamah Konstitusi (MK), sebagaimana terlihat dalam Putusan MK No. 7/PUU-XV/2017, yang menolak untuk menafsirkan kata “makar” sebagai “*aanslag*” atau “serangan” dan menyatakan bahwa delik “makar” cukup diisyaratkan adanya niat dan perbuatan permulaan pelaksanaan, sehingga dengan terpenuhinya syarat itu, pelaku telah dapat ditindak secara hukum tanpa perlu adanya perbuatan yang nyata-nyata sebagai serangan. Pandangan ini dianut pula oleh para sarjana hukum pidana, seperti Simons, van Bemmelen, dan van Hattum, yang pada intinya menyatakan bahwa adanya suatu permulaan pelaksanaan mutlak diperlukan untuk menyatakan telah adanya makar (dalam teks asli disebut dengan “*aanslag*”).^[292]

Pada prinsipnya, pendapat-pendapat tersebut dapat diterima mengingat Pasal 87 KUHP mengatur bahwa “*Dikatakan ada makar (aanslag) untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53*”. Artinya, perbuatan makar (*aanslag*) memang tidak perlu benar-benar selesai untuk dapat dipidana dengan pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar/*aanslag*”, melainkan cukup apabila terdapat niat dan permulaan pelaksanaan dari niat tersebut untuk melakukan *aanslag*. Bahkan, para ahli hukum pidana menambahkan bahwa pelaku yang telah melakukan permulaan pelaksanaan untuk *aanslag* tetap dapat dipidana walaupun tidak selesainya atau gagalnya perbuatan *aanslag* tersebut dikarenakan pelaku membatalkan niatnya secara sukarela. Dengan kata lain, tidak mungkin terdapat suatu percobaan untuk melakukan suatu *aanslag* karena adanya permulaan pelaksanaan sudah cukup untuk menyatakan tindakan *aanslag* telah selesai,^[293] walaupun tindakan *aanslag* tersebut tidak terjadi, baik karena kesukarelaan pelaku, maupun karena kondisi-kondisi di luar kemauan pelaku

Namun, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, perlu diingat bahwa “makar/*aanslag*” bukan merupakan kualifikasi atau jenis tindak pidana yang diatur dalam pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar/*aanslag*”, melainkan hanya salah satu unsur tindak pidana/kejahatan dalam pasal-pasal tersebut. Oleh karena itu, Pasal 87 KUHP hanya menjelaskan konsep unsur “*aanslag*” dalam pasal-pasal yang mencantumkan kata “makar/*aanslag*”, bukan menjelaskan konsep tindak pidana yang diatur secara keseluruhan pada pasal-pasal tersebut. Lebih dari itu, **Pasal 87 KUHP pada dasarnya bukan merupakan definisi dari kata “*aanslag*”, melainkan perluasan dari tindakan *aanslag* tersebut berupa konsep “*aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) yang tidak selesai” yang mensyaratkan adanya permulaan pelaksanaan. Artinya, kata “makar/*aanslag*” dalam pasal-pasal dalam Bab Kejahatan Terhadap Negara dan Keamanan Negara **harus tetap ditafsirkan sebagai “serangan dengan kekerasan atau paksaan”** dan tidak dapat digantikan dengan rumusan Pasal 87 KUHP. Oleh karena itu, “**permulaan pelaksanaan” dalam Pasal 87 KUHP bukan lah “permulaan pelaksanaan” dari perbuatan apapun dengan maksud menimbulkan akibat-akibat dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar/*aanslag*”, melainkan “permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan atau paksaan”**.**

[292] P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 9-10.

[293] *Ibid.*, hal. 16.

Pasal 87 KUHP juga mengatur tentang konsep/batasan “permulaan pelaksanaan dari *aanslag*” dengan merujuk pada konsep permulaan pelaksanaan dalam ketentuan Pasal 53 KUHP mengenai percobaan tindak pidana (*poging*). Terkait hal ini, R. Soesilo menyatakan bahwa seseorang yang masih melakukan “perbuatan persiapan” (*voorbereidings-handeling*) dari *aanslag* tidak dapat dipidana dengan Pasal 87 KUHP dan hanya dapat dipidana dengan pasal tersebut apabila orang tersebut sudah mulai melakukan “perbuatan pelaksanaan” (*uitvoeringshandeling*) dari *aanslag*.^[294] Hal ini senada dengan pendapat Noyon dan Langemeijer yang menyatakan bahwa syarat minimum adanya *aanslag* menurut Pasal 87 KUHP bukan lah suatu tindakan “persiapan pelaksanaan”, melainkan tindakan yang telah terwujud dalam suatu permulaan dari tindakan pelaksanaan untuk menyelesaikan tindak pidana yang ingin dilakukan.^[295]

Terkait batasan perbuatan yang dapat disebut sebagai “permulaan pelaksanaan” dalam Pasal 53 KUHP, MvT menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan “permulaan pelaksanaan/*uitvoeringshandeling*” adalah tindakan-tindakan yang mempunyai hubungan sedemikian langsung dengan kejahatan yang dimaksud untuk dilakukan dan telah dimulai dengan pelaksanaannya.^[296] Dalam praktik, Hoge Raad dan pengadilan di Indonesia dalam putusan-putusannya pada intinya menyatakan bahwa “permulaan pelaksanaan” harus dihubungkan dengan “*uitvoering van het misdrijf*” atau pelaksanaan kejahatan tersebut sendiri, sehingga harus diartikan sebagai “permulaan pelaksanaan dari perbuatan untuk melakukan kejahatan”.^[297] Konsep tersebut sejalan dengan pendapat van Bemmelen, Pompe, serta Kanter dan Sianturi yang pada intinya menyatakan bahwa “permulaan pelaksanaan” harus dianggap ada ketika pelaku telah menciptakan keadaan-keadaan, yang menurut pengalaman manusia atau penilaian wajar, dapat menyebabkan terwujudnya tindak pidana.^[298]

Berdasarkan penjabaran tersebut, dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Rumusan **Pasal 87 KUHP bukan merupakan definisi dari kata “makar/*aanslag*”** dalam pasal-pasal KUHP pada Bab Kejahatan Terhadap Negara dan Keamanan Negara. Pasal 87 KUHP **merupakan perluasan dari tindakan *aanslag*** dalam pasal-pasal tersebut sebagai konsep “*aanslag* (serangan dengan kekerasan atau paksaan) yang tidak selesai” yang mensyaratkan adanya permulaan pelaksanaan;
2. Kata “makar/*aanslag*” dalam pasal-pasal KUHP pada Bab Kejahatan Terhadap Negara dan Keamanan Negara **harus tetap ditafsirkan sebagai “serangan dengan kekerasan atau paksaan”** dalam konteks “serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang selesai”;
3. Konsep “**permulaan pelaksanaan**” dalam **Pasal 87 KUHP** bukan lah “permulaan pelaksanaan” dari perbuatan apapun dengan maksud menimbulkan akibat-akibat dalam pasal-pasal yang mencantumkan unsur “makar/*aanslag*”, melainkan “**permulaan pelaksanaan dari suatu serangan dengan kekerasan atau paksaan (*aanslag*)**” yang dilakukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang diatur dalam pasal-pasal tersebut;
4. Tindakan “permulaan pelaksanaan” dapat dianggap ada apabila niat pelaku sudah ternyata dalam tindakan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya tindak pidana. Oleh karena itu, **tindakan “permulaan pelaksanaan dari *aanslag*” yang dapat dipidana dengan merujuk pada Pasal 87 KUHP adalah tindakan-tindakan pelaku yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya *aanslag* atau serangan dengan kekerasan atau paksaan.**

Selengkapnya mengenai konsep “permulaan pelaksanaan dari *aanslag*” dalam Pasal 87 KUHP dapat dibaca pada dokumen hasil penelitian: *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, hal. 242 – 246.

[294] R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal 97 dan 108-109. Lihat penjelasan Pasal 87, 104, dan 106 KUHP.

[295] P. A. F. Lamintang dan Theo Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 11.

[296] P. A. F. Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 553. Lihat juga Mr. H. J. Smidt..., *Op. Cit.*, hal. 420 – 421.

[297] E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi..., *Op. Cit.*, hal. 320. Lihat *arrest* (putusan) Hoge Raad tanggal 13 Desember 1899, W. 7382 pada Mr. J. E. Jonkers, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda*, (Jakarta: Bina Aksara, 1987), hal. 161; R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal. 70 dan J. Remmelink, *Pengantar Hukum Pidana Material 1: Inleiding Tot De Studei Van Het Nederlandse Strafrecht*, (Yogyakarta: Maharsa, 2014), hal. 359. Lihat juga *arrest* Hoge Raad tanggal 7 Mei 1906, W. 8372 pada P. A. F. Lamintang..., *Op. Cit.*, hal. 564, *arrest* Hoge Raad tanggal 16 April 1946, NJ 1946, 328 pada J. Remmelink..., *Op. Cit.*, hal. 363, dan putusan *Raad van Justitie* (R.v.J) Medan tanggal 15 Juli 1938 pada Mr. J. E. Jonkers..., *Op. Cit.*, hal. 163 dan penjelasan Pasal 53 KUHP dalam R. Soesilo..., *Op. Cit.*, hal. 71.

[298] P. A. F. Lamintang..., *Ibid.*, hal. 569-570; E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi..., *Op. Cit.*, hal. 322 – 323;

2.1.5.2. Permufakatan jahat untuk melakukan "makar/aanslag"

Selain ketentuan mengenai "permulaan pelaksanaan" di atas, KUHP juga merumuskan perbuatan-perbuatan lain yang berhubungan dengan pasal-pasal yang mencantumkan kata "makar/aanslag". Salah satunya adalah "permufakatan jahat" untuk melakukan tindak pidana dalam Pasal 104, 106, 107, dan 108 KUHP, sebagaimana diatur dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP. KUHP sendiri sudah menjelaskan maksud "permufakatan jahat" tersebut dalam Pasal 88 KUHP, yang berbunyi "Dikatakan ada permufakatan jahat, apabila dua orang atau lebih telah sepakat akan melakukan kejahatan". Artinya, seseorang dapat dipidana dengan Pasal 110 ayat (1) KUHP apabila ia telah sepakat dengan orang lain untuk melakukan tindak pidana atau "perbuatan jahat" menurut Pasal 104, 106, 107, dan 108 KUHP.

Apabila dicermati, khususnya Pasal 104 dan 106 KUHP yang menjadi pokok pembahasan, pada dasarnya pasal-pasal tersebut mengatur perbuatan jahat berupa adanya tindakan aanslag (serangan dengan kekerasan atau paksaan) yang dilakukan dengan maksud atau tujuan menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut, yaitu membunuh, merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah (Pasal 104 KUHP) dan supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara (Pasal 106 KUHP). Artinya, akibat-akibat tersebut dirumuskan sebagai tujuan langsung dari tindakan aanslag yang dilakukan, bukan sebagai akibat yang harus terjadi terlebih dahulu agar pelaku dapat dipidana. Hal ini sejalan dengan pembahasan sebelumnya mengenai "kesengajaan", khususnya dalam konteks Pasal 104 dan 106 KUHP, bahwa akibat-akibat dalam pasal-pasal tersebut tidak harus terjadi terlebih dahulu agar pelaku dapat dipidana, melainkan cukup apabila ia terbukti telah melakukan aanslag dan aanslag tersebut terbukti dilakukan dengan maksud atau tujuan untuk menimbulkan akibat-akibat yang dimaksud.

Berdasarkan hal tersebut, terlihat bahwa konsep "permufakatan jahat" dalam melakukan tindak pidana menurut Pasal 104 dan 106 KUHP harus merujuk pada tindakan "aanslag" dalam pasal-pasal tersebut, sehingga Pasal 110 ayat (1) KUHP, dalam kaitannya dengan Pasal 104 dan 106 KUHP, harus dibaca sebagai "adanya kesepakatan 2 (dua) orang atau lebih untuk melakukan aanslag (serangan dengan kekerasan atau paksaan) di mana aanslag tersebut dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam Pasal 104 dan 106 KUHP". Hal serupa berlaku pula untuk Pasal 107 dan 108 KUHP dimana "permufakatan jahat" dalam Pasal 110 ayat (1) KUHP harus merujuk pada perbuatan jahat yang diatur dalam pasal-pasal tersebut. Konsep "permufakatan jahat" yang merujuk pada tindakan "aanslag" pada dasarnya harus diterapkan pula pada perbuatan mempersiapkan atau memperlancar kejahatan yang diatur dalam Pasal 110 ayat (2) KUHP, karena perbuatan tersebut sama dengan "permufakatan jahat" sebagai perbuatan yang berhubungan dengan Pasal 104 dan 106 KUHP. Dengan demikian, dalam kaitannya dengan Pasal 104 dan 106 KUHP, Pasal 110 ayat (2) KUHP harus diartikan sebagai "tindakan mempersiapkan atau memperlancar aanslag (serangan dengan kekerasan atau paksaan) di mana aanslag tersebut dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam Pasal 104 dan 106 KUHP".

2.2. Pengaturan Tindak Pidana Makar Dalam KUHP 2023

Berlakunya KUHP 2023, yang beberapa pasalnya kemudian diubah dengan UU No. 1 Tahun 2026 tentang Penyesuaian Pidana, berdampak pada perubahan beberapa rumusan pasal pidana pada KUHP. Salah satunya adalah rumusan pasal-pasal yang memuat unsur "makar" berikut dengan pasal-pasal yang berkaitan dengan tindak pidana tersebut. Bahkan, KUHP 2023 merumuskan "tindak pidana makar" sebagai judul sub-bab dari Bab Tindak Pidana Terhadap Keamanan Negara, meskipun terdapat pasal-pasal yang memuat unsur "makar" yang masih dirumuskan pada Bab berbeda, yaitu Tindak Pidana Terhadap Negara Sahabat. Mengingat pasal-pasal yang dijelaskan sebelumnya, bagian ini hanya akan menjabarkan perkembangan pengaturan pasal-pasal pidana yang serupa dengan pasal-pasal di atas dalam KUHP 2023, yaitu pasal-pasal yang memuat unsur "makar" dalam sub-bab "Tindak Pidana Makar".

2.2.1. Perkembangan Pengaturan Pasal Tindak Pidana Makar Dalam KUHP 2023

Dalam KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026, beberapa pasal dengan unsur "makar" yang memuat rumusan serupa dengan pasal-pasal dalam KUHP yang dijelaskan sebelumnya adalah sebagai berikut:

Tabel 10.
Perbandingan Rumusan Pasal Dengan Unsur "Makar"
dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026

Rumusan KUHP	Rumusan KUHP 2023 jo. UU No. 1/2026
<p>Pasal 87: Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53</p>	<p>Pasal 160: Makar adalah niat untuk melakukan serangan yang telah diwujudkan dengan persiapan perbuatan tersebut.</p>
<p>Pasal 104: Makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun</p>	<p>Pasal 191: Setiap Orang yang melakukan Makar dengan maksud membunuh atau merampas kemerdekaan Presiden dan/ atau Wakil Presiden atau menjadikan Presiden dan/ atau Wakil Presiden tidak mampu menjalankan pemerintahan, dipidana dengan pidana mati, pidana penjara seumur hidup, atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun</p>
<p>Pasal 106: Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun</p>	<p>Pasal 192: Setiap Orang yang melakukan Makar dengan maksud supaya sebagian atau seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia jatuh kepada kekuasaan asing atau untuk memisahkan diri dari Negara Kesatuan Republik Indonesia, dipidana dengan pidana mati, pidana penjara seumur hidup, atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun</p>
<p>Pasal 110 ayat (1): Permufakatan jahat untuk melakukan kejahatan menurut pasal 104, 106, 107, dan 108 diancam berdasarkan ancaman pidana dalam pasal-pasal tersebut</p>	<p>Pasal 196 ayat (1): Setiap Orang yang melakukan permufakatan jahat untuk melakukan Tindak Pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 191 sampai dengan Pasal 194 dipidana.</p> <p>Pasal 13 ayat (3) dan (4):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pidana untuk permufakatan jahat melakukan Tindak Pidana paling banyak 1/3 (satu per tiga) dari maksimum ancaman pidana pokok untuk Tindak Pidana yang bersangkutan; • Permufakatan jahat melakukan Tindak Pidana yang diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup dipidana dengan pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun.

Tabel 10.
Perbandingan Rumusan Pasal Dengan Unsur "Makar"
dalam KUHP dan KUHP 2023 jo. UU No. 1 Tahun 2026

Rumusan KUHP	Rumusan KUHP 2023 jo. UU No. 1/2026
<p>Pasal 110 ayat (2): Pidana yang sama diterapkan terhadap orang-orang yang dengan maksud berdasarkan pasal 104, 106, dan 108, mempersiapkan atau memperlancar kejahatan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) berusaha menggerakkan orang lain untuk melakukan, menyuruh melakukan atau turut serta melakukan agar memberi bantuan pada waktu melakukan atau memberi kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan; 2) berusaha memperoleh kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan bagi diri sendiri atau orang lain; 3) memiliki persediaan barang-barang yang diketahuinya berguna untuk melakukan kejahatan; 4) mempersiapkan atau memiliki rencana untuk melaksanakan kejahatan yang bertujuan untuk memberitahukan kepada orang lain; 5) berusaha mencegah, merintang atau menggagalkan tindakan yang diadakan pemerintah untuk mencegah atau menindas pelaksanaan kejahatan. 	<p>(1). Pasal 160: (2). Makar adalah niat untuk melakukan serangan yang telah diwujudkan dengan persiapan perbuatan tersebut.</p>

Apabila dicermati, secara umum tidak terdapat perbedaan yang signifikan antara rumusan perbuatan dalam pasal-pasal dengan unsur "makar" dalam KUHP dan KUHP 2023. Kedua ketentuan tersebut masih sama-sama merumuskan unsur "dengan maksud" sebagai derajat kesengajaan dan tujuan-tujuan serta ancaman pidana maksimal dari tindakan "makar" yang sama. Meskipun begitu, terlihat pula beberapa perkembangan pengaturan pasal-pasal yang terkait dengan tindak pidana makar dalam KUHP 2023 dari rumusan serupa dalam KUHP, khususnya yang terkait dengan "makar/aanslag tidak selesai" pada penjelasan sebelumnya, seperti memberikan definisi unsur "makar", perluasan tindakan "makar", ancaman pidana maksimal untuk permufakatan jahat, dan konsep perbuatan dan ancaman pidana maksimal untuk perbuatan persiapan melakukan tindakan pidana.

2.2.2. Unsur "Makar" Dalam KUHP 2023

Dari tabel perbandingan di atas, terlihat bahwa KUHP tidak merumuskan definisi unsur "makar". Jabaran pada bagian sebelumnya telah menjelaskan bahwa konsep Pasal 87 KUHP pada dasarnya bukan merupakan definisi dari unsur "makar", melainkan perluasan konsep "makar" sebagai "makar yang tidak selesai". Jabaran sebelumnya juga telah menjelaskan bahwa kata "makar" dalam KUHP merupakan pengganti dari kata "aanslag", yaitu serangan dengan kekerasan atau paksaan, sehingga unsur "makar" seharusnya ditafsirkan sebagai "serangan dengan kekerasan atau paksaan". Dengan begitu, pasal-pasal yang memuat unsur "makar", seperti Pasal 104 dan 106 KUHP, hanya dapat diterapkan apabila terdapat serangan dengan kekerasan atau paksaan yang benar-benar dilakukan dengan tujuan-tujuan yang telah diatur dalam pasal-pasal tersebut.

Menariknya, hal tersebut diakomodir dalam rumusan Pasal 160 KUHP 2023 yang mencantumkan "serangan" sebagai bagian dari definisi unsur "makar". Hal ini menunjukkan bahwa rumusan pasal terkait "makar" dalam KUHP 2023 lebih selaras dengan sejarah pembentukan KUHP yang menggunakan kata "aanslag" untuk pasal tersebut daripada KUHP versi Bahasa Indonesia yang sebelumnya beredar dan digunakan banyak pihak. Dengan begitu, maka pasal-pasal KUHP 2023 yang memuat unsur "makar" hanya dapat diterapkan apabila terdapat serangan atau niat yang diwujudkan dengan persiapan perbuatan untuk melakukan serangan, yang benar-benar dilakukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut, seperti membunuh atau merampas kemerdekaan Presiden dan/ atau Wakil Presiden atau menjadikan Presiden dan/ atau Wakil Presiden tidak mampu menjalankan pemerintahan (untuk Pasal 191 KUHP 2023) dan sebagian atau seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia jatuh kepada kekuasaan asing atau untuk memisahkan diri dari Negara Kesatuan Republik Indonesia (untuk Pasal 192 KUHP 2023).

Namun demikian, konsep "serangan" dalam definisi unsur "makar" menurut Pasal 160 KUHP 2023 tersebut perlu dipertimbangkan lebih cermat dalam penerapannya. Hal ini dikarenakan Pasal 217 KUHP 2023 masih mengatur hal serupa dengan Pasal 131 KUHP terkait serangan dalam konsep "feitelijke aanranding" yang derajatnya lebih ringan daripada serangan dalam konsep "aanslag". Untuk itu, guna menghindari kerancuan tafsir mengenai "serangan" dalam konteks "aanslag" menurut Pasal 160 KUHP 2023 dan konteks "feitelijke aanranding" menurut Pasal 217 KUHP 2023, konsep "serangan" dalam pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 perlu tetap ditafsirkan sebagai "serangan dengan kekerasan atau paksaan" yang sifatnya lebih berat daripada serangan biasa lainnya menurut Pasal 217 KUHP 2023.

2.2.3. Unsur Kesengajaan Pada Pasal Tindak Pidana Makar Dalam KUHP 2023

Seperti disebutkan sebelumnya, pasal-pasal dengan unsur "makar" dalam KUHP 2023 masih merumuskan derajat kesengajaan yang sama dengan pasal-pasal dalam KUHP dengan menggunakan unsur "dengan maksud" atau *opzet als oormerk*. Dengan begitu, dapat disimpulkan bahwa penilaian atas kesengajaan pelaku yang diduga melakukan tindak pidana menurut pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 tidak dapat menggunakan ajaran kesengajaan selain *opzet als oogmerk* atau kesengajaan dengan maksud/tujuan. Artinya, seseorang hanya dapat dikatakan memiliki kesengajaan melakukan kejahatan-kejahatan tersebut apabila seseorang melakukan serangan dengan kekerasan atau paksaan yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut. Namun, sama halnya dengan penerapan pasal-pasal KUHP, akibat-akibat tersebut tidak harus terjadi terlebih dahulu agar pelaku dapat dipidana, melainkan cukup apabila: 1) ia terbukti telah melakukan serangan dengan kekerasan atau paksaan; dan 2) serangan dengan kekerasan atau paksaan tersebut terbukti dilakukan dengan maksud atau tujuan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut.

2.2.4. Perluasan Konsep "Makar" Sebagai Serangan Yang Tidak Selesai Dalam KUHP 2023

Dari tabel perbandingan di atas, terlihat bahwa terdapat perubahan yang signifikan dari ketentuan pasal-pasal KUHP 2023 terkait dengan perluasan konsep "makar" sebagai "makar/aanslag tidak selesai" dalam KUHP yang telah dijabarkan sebelumnya, yaitu permulaan pelaksanaan, permufakatan jahat, dan persiapan perbuatan untuk melakukan aanslag. Untuk permulaan pelaksanaan, konsep tersebut diubah dalam KUHP 2023 menjadi "perbuatan persiapan", yang pada dasarnya berpotensi menimbulkan kompleksitas tertentu dalam penerapannya. Sedangkan, perubahan ketentuan mengenai permufakatan jahat dan persiapan untuk melakukan tindak pidana lebih banyak terkait dengan ancaman pidana maksimal yang dapat dijatuhkan.

2.2.4.1. Persiapan perbuatan untuk melakukan serangan

Seperti dijelaskan sebelumnya, Pasal 160 KUHP 2023 mengubah batasan suatu serangan tidak selesai yang tetap dapat dipidana dengan pasal-pasal terkait makar atau serangan yang selesai dari ketentuan dalam KUHP, yaitu menggunakan batasan "persiapan perbuatan" untuk menggantikan "permulaan pelaksanaan" dalam pasal 87 KUHP. Perubahan ini pada dasarnya bertentangan dengan pendapat para sarjana hukum pidana sebelumnya yang secara eksplisit menyatakan bahwa syarat minimum adanya aanslag bukan lah suatu tindakan "persiapan pelaksanaan" (*voorbereidings-handeling*), melainkan tindakan yang telah terwujud dalam suatu permulaan dari tindakan pelaksanaan (*uitvoeringshandeling*) untuk menyelesaikan tindak pidana yang ingin dilakukan. Meskipun begitu, perubahan ini perlu dimaknai sebagai pilihan pergeseran politik hukum dari pembuat KUHP 2023 terkait penerapan pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023, terlepas hal tersebut tidak lagi sejalan dengan pandangan para sarjana hukum pidana terdahulu.

Namun demikian, KUHP 2023 tidak menjelaskan lebih lanjut tindakan-tindakan yang dapat disebut sebagai "perbuatan persiapan" tersebut. Satu-satunya rujukan dalam KUHP 2023 yang berpotensi digunakan untuk menjelaskan hal tersebut adalah ketentuan Pasal 15 ayat (1) KUHP 2023 yang mendefinisikan perbuatan "persiapan melakukan tindak pidana", yaitu: 1) berusaha untuk mendapatkan atau menyiapkan sarana berupa alat; 2) mengumpulkan informasi atau menyusun perencanaan tindakan; atau 3) melakukan tindakan serupa yang dimaksudkan untuk menciptakan kondisi untuk dilakukannya suatu perbuatan yang secara langsung ditujukan bagi penyelesaian Tindak Pidana. Dengan begitu, apabila konsep "perbuatan persiapan" untuk melakukan serangan dalam Pasal 160 KUHP 2023 didefinisikan menurut Pasal 15 ayat (1) KUHP 2023 tersebut, maka seseorang dapat dipidana dengan pasal-pasal tindak pidana makar apabila:

- (1). melakukan serangan yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut;
- (2). berusaha untuk mendapatkan atau menyiapkan sarana berupa alat untuk melakukan serangan yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut;

- (3). mengumpulkan informasi atau menyusun perencanaan dari suatu serangan yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut; atau
- (4). melakukan tindakan serupa yang dimaksudkan untuk menciptakan kondisi untuk dilakukannya suatu serangan yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut.

2.2.4.2. Permufakatan jahat untuk melakukan serangan

Sama halnya dengan tindakan "persiapan perbuatan" di atas, KUHP 2023 mengubah ppidanaan terhadap tindak pidana permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana makar. Tabel perbandingan di atas menunjukkan bahwa Pasal 196 ayat (1) KUHP 2023 telah mengatur dapat dipidananya permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana makar tanpa penegasan terkait ancaman pidana maksimal yang sama dengan pasal-pasal tindak pidana makar. Di sisi lain, Pasal 13 ayat (4) KUHP 2023 telah mengatur bahwa permufakatan jahat melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup dipidana dengan pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun. Aturan-aturan ini sangat berbeda dengan ketentuan Pasal 110 ayat (2) KUHP yang menentukan bahwa permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana makar dipidana sama dengan tindak pidana makar itu sendiri.

Terlepas dari perbedaan tersebut, rumusan pasal pada tabel perbandingan di atas menunjukkan bahwa KUHP 2023 masih mensyaratkan permufakatan jahat yang mengarah langsung pada terjadinya suatu serangan dalam tindak pidana makar, yang sama dengan konsep permufakatan jahat untuk tindak pidana makar dalam KUHP. Untuk itu, dapat disimpulkan beberapa hal terkait ppidanaan terhadap permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana makar menurut KUHP 2023 sebagai berikut:

1. Permufakatan jahat yang dapat dipidana dengan Pasal 196 ayat (1) KUHP 2023 adalah permufakatan jahat untuk melakukan suatu serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tindak pidana makar;
2. Ancaman pidana untuk permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana makar mengacu pada ketentuan Pasal 13 ayat (4) KUHP 2023, yaitu maksimal pidana penjara selama 7 tahun.



Dari jabaran-jabaran di atas, dapat disimpulkan beberapa hal terkait pengaturan pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023, khususnya yang menggambarkan perkembangan pengaturan pasal-pasal tersebut dari ketentuan dalam KUHP, antara lain:

- (1). Secara umum, tidak terdapat perbedaan yang signifikan antara rumusan perbuatan pada pasal-pasal dengan unsur "makar" dalam KUHP dan KUHP 2023. Kedua ketentuan tersebut masih sama-sama merumuskan unsur "dengan maksud" sebagai derajat kesengajaan dan tujuan-tujuan serta ancaman pidana maksimal dari tindakan "makar" yang sama. Meskipun begitu, terdapat beberapa perkembangan pengaturan pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023, seperti memberikan definisi "makar", perluasan tindakan "makar", ancaman pidana maksimal untuk permufakatan jahat, dan konsep perbuatan serta ancaman pidana maksimal untuk perbuatan persiapan;
- (2). Pencantuman kata "serangan" sebagai bagian dari definisi unsur "makar" dalam Pasal 160 KUHP 2023 menyebabkan rumusan pasal terkait "makar" dalam KUHP 2023 lebih selaras dengan sejarah pembentukan KUHP yang menggunakan kata "aanslag" untuk pasal tersebut daripada KUHP versi Bahasa Indonesia. Dengan begitu, pasal-pasal KUHP 2023 yang memuat unsur "makar" hanya dapat diterapkan apabila terdapat serangan, atau niat yang diwujudkan dengan persiapan perbuatan untuk melakukan serangan, yang dilakukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut. Meskipun begitu, guna menghindari kerancuan tafsir mengenai "serangan" tersebut dengan "serangan" dalam konteks "feitelijke aanranding" menurut Pasal 217 KUHP 2023, konsep "serangan" dalam pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 perlu tetap merujuk pada konsep "aanslag" dan ditafsirkan sebagai "serangan dengan kekerasan atau paksaan";
- (3). Pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 masih merumuskan unsur "dengan maksud (opzet als oormerk)" sebagai derajat kesengajaan, yang sama dengan pasal-pasal dalam KUHP. Dengan begitu, penilaian atas kesengajaan pelaku yang diduga melakukan tindak pidana makar dalam KUHP 2023 tidak dapat menggunakan ajaran kesengajaan selain kesengajaan dengan maksud/tujuan. Seseorang hanya dapat dikatakan memiliki kesengajaan melakukan kejahatan-kejahatan tersebut apabila ia melakukan serangan dengan kekerasan atau paksaan yang benar-benar dimaksudkan untuk mewujudkan akibat-akibat dalam pasal-pasal tersebut. Namun, akibat-akibat tersebut tidak harus terjadi terlebih dahulu agar pelaku dapat dipidana, melainkan cukup apabila: 1) ia terbukti melakukan serangan dengan kekerasan atau paksaan; dan 2) serangan dengan kekerasan atau paksaan tersebut terbukti dilakukan dengan maksud/tujuan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut;
- (4). Untuk memperjelas dan menjamin keselarasan penerapan pasal-pasal tindak pidana makar dan pasal-pasal untuk tindakan yang berkaitan dengan tindak pidana makar dalam KUHP 2023, yaitu persiapan perbuatan dan permufakatan jahat, perlu mempertimbangkan penerapan pasal-pasal tersebut dengan ketentuan-ketentuan sebagai berikut:
 - a) Kata "makar" dalam pasal-pasal tindak pidana makar perlu tetap ditafsirkan sebagai "serangan dengan kekerasan atau paksaan";
 - b) Dengan konsep "perbuatan persiapan" untuk melakukan serangan dalam Pasal 160 KUHP 2023 didefinisikan menurut Pasal 15 ayat (1) KUHP 2023, maka seseorang dapat dipidana dengan pasal-pasal tindak pidana makar apabila:
 - melakukan serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut;
 - berusaha untuk mendapatkan atau menyiapkan sarana berupa alat untuk melakukan serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut;
 - mengumpulkan informasi atau menyusun perencanaan dari suatu serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut; atau
 - melakukan tindakan serupa yang dimaksudkan untuk menciptakan kondisi untuk dilakukannya suatu serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut.
 - c) Permufakatan jahat yang dapat dipidana dengan Pasal 196 ayat (1) KUHP 2023 adalah permufakatan jahat untuk melakukan suatu serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tindak pidana makar. Ancaman pidana untuk tindakan tersebut mengacu pada ketentuan Pasal 13 ayat (4) KUHP 2023, yaitu maksimal pidana penjara selama 7 tahun.

3. Pasal Tindak Pidana Makar Dalam Perspektif Hak Asasi Manusia

Secara prinsip, aturan pidana merupakan pembatasan HAM yang sah/diperbolehkan. Van Kempen menjelaskan bahwa aturan-aturan dalam hukum pidana secara umum bersifat membatasi kebebasan individu untuk bertindak atau bersikap pasif. Padahal, dalam beberapa aspek, kebebasan-kebebasan tersebut dilindungi oleh ketentuan-ketentuan HAM. Oleh karena itu, pengaturan dan penerapan aturan pidana yang bersifat membatasi HAM harus memenuhi syarat-syarat pembatasan HAM yang sah/diperbolehkan menurut instrumen HAM.^[299]

Konsep ini sejalan dengan ketentuan HAM terkait pasal-pasal yang biasa digunakan untuk menghukum ekspresi-ekspresi politik di Indonesia, yaitu Pasal 104 dan 106 KUHP, yang dirumuskan dalam bab tentang "Kejahatan Terhadap Keamanan Negara" dalam KUHP. Menurut Komentar Umum No. 34 KIHSP, penerapan pasal-pasal pidana terkait keamanan negara/nasional (*national security*) terhadap suatu ekspresi harus dilakukan secara sangat hati-hati dan harus sejalan dengan syarat-syarat pembatasan hak kebebasan berekspresi yang diatur dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP^[300]. Dengan demikian, pasal-pasal di atas seharusnya hanya dapat diterapkan apabila perbuatan-perbuatan ekspresi politik telah memenuhi syarat-syarat sebagai ekspresi yang dapat dibatasi secara sah menurut Pasal 19 ayat (3) KIHSP.

Pembahasan mengenai ekspresi politik pada dasarnya tidak hanya terkait dengan hak atas kebebasan berekspresi, tetapi perlu pula dikaitkan dengan hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*) yang diatur dalam Pasal 21 KIHSP. Hal ini ditegaskan dalam Komentar Umum No. 37 KIHSP bahwa terpenuhinya perlindungan hak atas kebebasan berkumpul secara damai bergantung pada terlindunginya hak-hak lain, salah satunya adalah hak kebebasan berekspresi, dan ketentuan-ketentuan yang berlaku terhadap suatu ekspresi dalam hak kebebasan berekspresi harus diterapkan pula untuk segala bentuk ekspresi dalam sebuah *assembly*.^[301] Hal ini ditegaskan pula oleh *Venice Commission* yang menjelaskan bahwa hak atas kebebasan berkumpul secara damai memiliki hubungan dengan hak atas kebebasan berekspresi dari penyelenggara dan peserta dari suatu *assembly*^[302] dan beberapa putusan Pengadilan HAM Eropa juga menyebutkan bahwa hak atas kebebasan berkumpul secara damai merupakan *lex specialis* dari hak kebebasan berekspresi.^[303]

Berdasarkan hal tersebut, pembahasan ekspresi politik yang disampaikan dalam sebuah *assembly* (pertemuan atau perkumpulan) perlu ditinjau pula dari sisi hak atas kebebasan berkumpul secara damai dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan terkait hak kebebasan berekspresi. Terlebih, sebagian besar putusan terkait Pasal 106 KUHP yang telah dijelaskan sebelumnya menghukum ekspresi politik yang dilakukan oleh orang-orang dalam suatu pertemuan, aksi, atau demonstrasi, yang merupakan pertemuan-pertemuan yang dilindungi dalam hak atas kebebasan untuk berkumpul secara damai.^[304] Oleh karena itu, bagian ini tidak hanya akan menjabarkan konteks perlindungan ekspresi politik dalam konteks hak atas kebebasan berekspresi, tetapi juga hak atas kebebasan berkumpul secara damai.

3.1. Pasal Tindak Pidana Makar Dalam Konteks Pembatasan Yang Sah (*Legitimate*) Terhadap Ekspresi

Pada bab sebelumnya telah dijabarkan bahwa, selain harus diatur dalam ketentuan hukum (*prescribed by law*), Pasal 19 ayat (3) KIHSP menentukan bahwa pembatasan hak atas kebebasan berekspresi (*freedom of expression*) hanya dapat dilakukan untuk tujuan-tujuan tertentu, yaitu menghormati hak atau reputasi orang lain, melindungi keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan, atau moral publik.^[305] Dalam beberapa keputusannya, Komite HAM PBB menyebutkan bahwa kedua syarat tersebut harus terpenuhi secara kumulatif agar suatu pembatasan hak kebebasan berekspresi menjadi sah.^[306] Komentar Umum No. 34 KIHSP menambahkan bahwa pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan

[299] Muhammad Tanzil Aziezi dan Arsil, *Asesmen Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, (Jakarta: Kemitraan, 2023), hal. 46. Lihat juga Badan Strategi Kebijakan dan Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, *Modul Pelatihan: Penafsiran Hukum Pasal Tindak Pidana Terhadap Agama dan Kepercayaan Berdasarkan Perspektif Hak Asasi Manusia*, (Jakarta: LeIP, 2025), hal. 135.

[300] Human Rights Committee, *General Comment No. 34*..., Op.Cit., par. 30.

[301] Human Rights Committee, *General Comment No. 37 on Article 21 (Right of peaceful assembly)*/Komentar Umum No. 37 ICCPR, "Pasal 21: Hak Untuk Berkumpul Secara Damai, CCPR/C/GC/37, 27 Juli 2020, par. 9 dan 49.

[302] Venice Commission, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, 8 Juli 2019, par. 4.

[303] Lihat Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Ezelin v. France*, (*Application no. 11800/85*), 26 April 1991, par. 35. Lihat juga Putusan Pengadilan HAM Eropa, *Navalnny v. Russia*, (*Applications nos. 29580/12 and 4 others*), 15 November 2018, par. 101.

[304] Human Rights Committee, *General Comment No. 37*..., Op. Cit., par. 6. Lihat juga Venice Commission..., Op. Cit., par. 44.

[305] Hal ini juga merupakan bagian dari pengujian tiga tahap (*three-part test*) sebagai model yang digunakan berbagai institusi HAM, termasuk Komite HAM PBB dan Pengadilan HAM Eropa (*European Court of Human Rights*). Lihat materi pada Sesi III dan IV.

[306] Lihat Komite HAM PBB, *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada*, *Communications Nos. 359/1989 and 385/1989*, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 (1993), par. 11.4. Lihat juga Komite HAM PBB, *Rafael Marques De Morais V. Angola*, *Communication o.* 1128/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1128/2002 (2005), par. 6.8.

untuk tujuan yang sesuai dengan peruntukannya dan harus secara langsung berkaitan dengan kebutuhan khusus yang melahirkan pembatasan itu sendiri.^[307]

Terkait Pasal 104 dan 106 KUHP, bagian di atas telah menjelaskan bahwa pasal-pasal tersebut dirumuskan dalam bab "Kejahatan Terhadap Keamanan Negara" dalam KUHP. Dengan begitu, dapat disimpulkan bahwa pasal-pasal tersebut pada dasarnya diperuntukkan untuk "melindungi kepentingan keamanan negara/nasional", yang merupakan salah satu tujuan pembatasan yang sah menurut Pasal 19 ayat (3) KIHSP. Oleh karena itu, setiap ekspresi, termasuk ekspresi politik, hanya dapat dibatasi dengan penjatuhan pidana berdasarkan Pasal 104 dan 106 KUHP apabila ekspresi tersebut dilakukan dengan tujuan mengancam atau bertentangan dengan keamanan negara/nasional (*national security*).

Sama halnya dengan hak kebebasan berekspresi, Pasal 21 KIHSP mengatur bahwa hak atas kebebasan berkumpul secara damai juga dapat dibatasi, yang salah satu alasannya adalah keamanan negara/nasional (*national security*). Salah satu bentuk pembatasan hak dengan alasan tersebut dalam rezim hak kebebasan berekspresi adalah penerapan pasal 104 dan 106 KUHP pada ekspresi-ekspresi politik. Oleh karena itu, dengan adanya keharusan mengacu pada ketentuan-ketentuan terkait hak kebebasan berekspresi, dapat disimpulkan bahwa pemidanaan ekspresi politik dalam sebuah *assembly* dengan pasal-pasal tersebut harus dilihat dalam konteks pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dengan alasan keamanan negara/nasional (*national security*).

3.2. Pembatasan Yang Sah (*Legitimate*) Terhadap Ekspresi Untuk Tujuan Melindungi Keamanan Negara

Dalam ketentuan-ketentuan HAM, syarat-syarat pembatasan ekspresi yang sah untuk tujuan melindungi keamanan negara, atau kondisi-kondisi tertentu yang tidak memenuhi syarat pembatasan ekspresi dengan alasan "keamanan nasional" tersebut juga tidak dapat digunakan dijabarkan lebih lanjut dalam Komentar Umum No. 34 KIHSP, Prinsip Siracusa, dan Prinsip Johannesburg. Menurut aturan-aturan tersebut, pembatasan hak dengan alasan keamanan nasional **dapat dibenarkan** apabila:

- Terdapat pelanggaran HAM yang sistematis;
- **Dilakukan untuk melindungi eksistensi atau keberadaan suatu bangsa/negara, integritas teritorial, atau kemerdekaan politik, dari penggunaan suatu serangan (*force*) atau ancaman serangan (*threat of force*);**
- Dilakukan sebagai bentuk respon dari adanya penggunaan serangan atau ancaman serangan, baik dari sumber eksternal, seperti ancaman militer, atau sumber internal, seperti hasutan untuk menggulingkan pemerintah dengan kekerasan;
- Telah ada mekanisme perlindungan dan pemulihan (*remedy*) yang efektif apabila terjadi kesewenang-wenangan dalam pelaksanaan pembatasan tersebut;
- **Pemerintah dapat membuktikan bahwa suatu ekspresi dimaksudkan untuk mendorong terjadinya kekerasan, ekspresi tersebut dapat memicu terjadinya kekerasan, dan terdapat hubungan langsung antara ekspresi tersebut dengan kemungkinan atau terjadinya kekerasan.**

Selain itu, ketentuan-ketentuan tersebut juga merumuskan bahwa pembatasan hak dengan alasan keamanan nasional **tidak dapat dibenarkan** apabila 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.

[307] Human Rights Committee, *General Comment No. 34...*, *Op. Cit.*, par. 22.



Selengkapnya mengenai konsep pembatasan HAM dengan tujuan “melindungi keamanan nasional/negara” dapat dibaca pada dokumen hasil penelitian: *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, hal. 250 – 253

Dalam praktiknya, terdapat beberapa putusan pengadilan HAM Eropa yang membahas “keamanan nasional” sebagai pembatasan hak atas kebebasan berekspresi yang sah. Putusan-putusan tersebut membahas khusus ekspresi-ekspresi yang berkaitan dengan isu “integritas/keutuhan teritorial suatu negara”, yang berhubungan erat dengan Pasal 106 KUHP dan merupakan salah satu tujuan dari pembatasan atas alasan keamanan nasional menurut ketentuan-ketentuan HAM. Dari putusan-putusan tersebut, dapat disimpulkan beberapa hal terkait pembatasan hak kebebasan berekspresi menurut praktik di Pengadilan HAM Eropa, khususnya apabila dikaitkan dengan alasan “melindungi keamanan nasional” termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”, antara lain:

- Untuk memenuhi syarat “**prescribe by law**”, maka pembatasan hak kebebasan berekspresi harus memenuhi kondisi-kondisi sebagai berikut:
 - Diatur dalam ketentuan hukum nasional;
 - Ketentuan hukum nasional tersebut harus dapat diakses oleh publik;
 - Ketentuan hukum nasional tersebut harus dirumuskan dengan cukup presisi agar memungkinkan orang-orang mengetahui tindakan yang diatur beserta konsekuensinya;
 - Apabila ketentuan tersebut harus dirumuskan secara umum agar dapat mengikuti perkembangan zaman dan penerapannya diserahkan pada praktik, maka ketentuan tersebut ditafsirkan dan diterapkan secara ketat serta konsisten oleh pengadilan domestik;
- Untuk memenuhi syarat “**legitimate aim**” berupa “melindungi keamanan nasional (*to protect legitimate national security interest*)”, maka:
 - Pembentukan ketentuan hukum nasional yang digunakan sebagai pembatasan harus ditujukan untuk “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”;
 - Penggunaan ketentuan hukum nasional tersebut harus dimaksudkan untuk mencapai tujuan pembentukannya, yaitu untuk “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”;
- Untuk memenuhi syarat “**necessary in a democratic society**”, maka:
 - Ekspresi yang dibatasi harus bersifat membahayakan “keamanan nasional”, termasuk “keutuhan wilayah teritorial”;
 - Pembatasan harus dilakukan berdasarkan alasan yang “relevan dan memadai” terkait adanya “kebutuhan yang mendesak (*pressing social need*)” dan diterapkan secara proporsional untuk “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”. Terkait hal tersebut, berlaku ketentuan-ketentuan sebagai berikut:
 - “Kebutuhan yang mendesak” atau *pressing social need* dianggap “relevan dan memadai” apabila ekspresi tersebut berisi dorongan, ajakan, atau hasutan untuk melakukan kekerasan, perlawanan bersenjata, atau pemberontakan, termasuk sebagai bentuk pembelaan diri, dan/atau ekspresi tersebut mengandung ujaran kebencian;
 - Apabila ekspresi tersebut tidak mengandung dorongan, ajakan, hasutan, atau ujaran kebencian untuk melakukan kekerasan, walaupun menggunakan kata-kata atau gambaran yang bersifat menyerang, maka tidak terdapat alasan yang “relevan dan memadai” untuk menunjukkan adanya “kebutuhan yang mendesak” dan ekspresi tersebut tidak dapat dibatasi. Dengan kata lain, apabila telah terdapat pembatasan terhadap ekspresi tersebut, termasuk dengan suatu hukuman pidana, maka pembatasan tersebut merupakan pembatasan yang tidak sah;
 - Salah satu penilaian atas proporsionalitas pembatasan hak kebebasan berekspresi adalah jenis media atau cara yang digunakan untuk menyampaikan ekspresi tersebut beserta potensi dampak penggunaan media tersebut terhadap “keamanan nasional”, termasuk “keutuhan wilayah teritorial”;
 - Apabila ekspresi tersebut menggunakan suatu media atau cara tertentu yang dinilai tidak signifikan sehingga mengurangi potensi timbulnya dampak terhadap “keamanan nasional”, termasuk “keutuhan wilayah teritorial”, seperti dilakukan di suatu tempat tertentu atau pada media yang peredarannya terbatas, maka pembatasan terhadap ekspresi tersebut tidak proporsional untuk tujuan “melindungi keamanan nasional”, termasuk “melindungi keutuhan wilayah teritorial”. Dengan kata lain, apabila telah terdapat pembatasan

terhadap ekspresi tersebut, termasuk dengan suatu hukuman pidana, maka pembatasan tersebut merupakan pembatasan yang tidak sah;

- Pembatasan tersebut tidak menghilangkan hak publik untuk mengetahui perspektif berbeda tentang situasi, kondisi, atau kebijakan tertentu, terlepas dari tidak menyenangkannya perspektif itu bagi pihak yang berwenang;
- Perlindungan atas hak kebebasan berekspresi tidak hanya terkait substansi gagasan dan informasi yang diungkapkan, tetapi juga bentuk penyampaian ekspresi tersebut, misalnya melalui tulisan, buku, ekspresi artistik seperti puisi, dll.



Selengkapnya mengenai putusan-putusan Pengadilan HAM Eropa terkait pembatasan HAM dengan tujuan “melindungi keamanan nasional/negara” dapat dibaca pada dokumen hasil penelitian: Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia, hal. 253 – 269.

3.3. Pembatasan Yang Sah (Legitimate) Terhadap Ekspresi Untuk Tujuan Melindungi Keamanan Negara Dalam Hak Untuk Berkumpul Secara Damai

Seperti disebutkan sebelumnya, pembahasan mengenai ekspresi politik perlu pula dikaitkan dengan hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*). Dari berbagai ketentuan HAM, putusan-putusan pengadilan HAM Eropa, dan literatur-literatur HAM lainnya, dapat disimpulkan beberapa hal terkait hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*freedom of peaceful assembly*), khususnya yang berhubungan dengan penggunaan ekspresi politik dalam suatu pertemuan/perkumpulan (*assembly*) dan pembatasan hak tersebut dengan alasan keamanan negara/nasional (*national security*), antara lain:

- Hak atas kebebasan berkumpul secara damai hanya melindungi suatu pertemuan/perkumpulan, termasuk orang-orang di dalamnya, yang damai (*peaceful*) dan tidak mengandung kekerasan (*non-violent gathering*). Perlindungan hak atas kebebasan berkumpul secara damai tidak berlaku apabila penyelenggara dan peserta suatu pertemuan/perkumpulan memiliki niat untuk melakukan kekerasan, menghasut untuk melakukan kekerasan, atau menolak nilai-nilai dasar masyarakat demokratis;
- Terdapat 2 (dua) tahap pemeriksaan untuk menentukan apakah partisipasi seseorang dalam suatu pertemuan/perkumpulan dilindungi oleh hak atas kebebasan berkumpul secara damai, yaitu:
 - Menentukan apakah pertemuan/perkumpulan yang diikuti memiliki sifat “damai” (*peaceful assembly*); dan
 - Menentukan apakah terdapat pembatasan yang dapat diterapkan pada pertemuan/perkumpulan tersebut atau apakah pembatasan yang dilakukan merupakan pembatasan yang sah;
- Penentuan suatu pertemuan/perkumpulan bersifat *peaceful assembly* dilakukan dengan memperhatikan hal-hal sebagai berikut:
 - Untuk dapat dikategorikan sebagai “*assembly*”, maka suatu pertemuan/perkumpulan harus melibatkan lebih dari 1 (satu) orang, baik berupa pertemuan fisik, maupun secara virtual (*online*), baik yang terencana, maupun bersifat spontan, dengan tujuan untuk mengekspresikan diri, menyampaikan posisi pada masalah tertentu, atau bertukar ide;
 - Untuk dapat dikategorikan sebagai “*peaceful*”, maka suatu pertemuan/perkumpulan tidak boleh melibatkan tindakan kekerasan berupa penggunaan kekuatan fisik oleh peserta terhadap orang lain yang dapat menyebabkan luka/cidera, kematian, atau kerusakan serius pada barang;
 - Dalam hal peserta pertemuan/perkumpulan terlibat aksi kekerasan dengan pihak yang berwenang, pertemuan/perkumpulan tersebut tetap dianggap “*peaceful*” sepanjang kekerasan tersebut tidak berasal dari peserta pertemuan/perkumpulan tersebut. Untuk itu, diperlukan pemeriksaan tertentu untuk mengetahui pihak yang memulai kekerasan tersebut guna menentukan apakah pertemuan/perkumpulan tersebut dapat disebut “*peaceful*”;
 - Dalam hal pihak yang berwenang ingin menyatakan bahwa seorang peserta pertemuan/perkumpulan melakukan kekerasan, maka pihak berwenang tersebut harus menunjukkan bukti yang dapat dipercaya bahwa:
 - Peserta tersebut menghasut orang lain untuk menggunakan kekerasan sebelum atau selama pertemuan/perkumpulan berlangsung dan tindakan tersebut berpotensi menyebabkan kekerasan;
 - Peserta tersebut memiliki niat untuk melakukan kekerasan dan berencana untuk mewujudkan kekerasan tersebut; atau

- Peserta tersebut melakukan beberapa perbuatan yang dapat membuat kekerasan itu terjadi;
- Dalam hal terdapat tindakan kekerasan dari sebagian peserta dalam suatu pertemuan/perkumpulan, maka:
 - Tindakan kekerasan tersebut tidak boleh dikaitkan dengan peserta lain, penyelenggara, atau pertemuan/perkumpulan itu sendiri;
 - Peserta yang tidak ikut melakukan kekerasan dan tetap bersikap damai harus dianggap tetap memiliki hak untuk berkumpul secara damai dan tidak dapat dimintai tanggung jawab atas kekerasan tersebut atau tindakan lain yang dapat dihukum yang dilakukan oleh peserta lain;
 - Pertemuan/perkumpulan tersebut tidak dapat serta merta dinilai tidak "*peaceful*", kecuali kekerasan tersebut secara nyata terjadi secara meluas dalam pertemuan/perkumpulan, sehingga partisipasi dalam pertemuan/perkumpulan tersebut tidak lagi dilindungi oleh hak atas kebebasan berkumpul secara damai;
- Dalam hal tindakan kekerasan tersebut dilakukan oleh provokator yang bertindak atas nama peserta atau pihak yang berwenang kepada peserta, maka pertemuan/perkumpulan tersebut tidak otomatis dianggap tidak "*peaceful*";
- Penentuan apakah suatu pertemuan/perkumpulan dapat dibatasi, khususnya dengan alasan keamanan negara/nasional, dilakukan dengan memperhatikan hal-hal sebagai berikut:
 - Pembatasan tersebut hanya dapat dilakukan apabila diperlukan untuk menjaga kemampuan Negara dalam melindungi keberadaan bangsa, keutuhan wilayah teritorial, atau kebebasan politik negara dari penggunaan suatu serangan (*force*) atau ancaman serangan yang dapat terlihat secara nyata;
 - Alasan keamanan negara/nasional tidak dapat digunakan apabila memburuknya keamanan negara/nasional itu sendiri disebabkan oleh penindasan hak asasi manusia;
 - Pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai, termasuk dengan alasan keamanan negara/nasional, tidak dapat digunakan, baik secara implisit, maupun eksplisit, dengan tujuan untuk:
 - Membungkam ekspresi pihak yang berseberangan secara politik dengan pemerintah;
 - Membungkam seruan terhadap pemerintah, termasuk untuk mengubah pemerintahan yang demokratis, konstitusi, sistem politik, atau untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*);
 - Melarang penghinaan terhadap kehormatan dan reputasi pejabat atau organ Negara;
 - Terkait dengan seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*), alasan keamanan negara/nasional, khususnya keutuhan wilayah teritorial, tidak dapat menjadi dasar pembatasan hak atas kebebasan berkumpul secara damai dari suatu pertemuan/perkumpulan yang menyerukan/meminta penentuan nasib sendiri (*self-determination*) berupa tuntutan pemisahan sebagian wilayah negara, sepanjang seruan tersebut disampaikan/diadvokasikan secara damai (*peaceful*);
 - Penggunaan simbol-simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik, seperti bendera, seragam, tanda, dan spanduk, oleh peserta dalam suatu pertemuan/perkumpulan (*assembly*) harus dianggap sebagai ekspresi yang sah dan tidak dapat dibatasi sepanjang tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan.



Selengkapnya mengenai pembatasan HAM dengan tujuan "melindungi keamanan nasional/negara" dalam konteks perlindungan hak untuk berkumpul secara damai dapat dibaca pada dokumen hasil penelitian: *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, hal. 269 – 277.

4. Analisis Terhadap Praktik dan Penerapan Ideal Pasal Tindak Pidana Makar Terhadap Ekspresi

Bagian ini akan menjabarkan hasil analisis terhadap praktik penerapan pasal tindak pidana "makar" dalam KUHP terhadap ekspresi-ekspresi politik di Indonesia serta penerapan ideal pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 ke depannya terhadap ekspresi-ekspresi serupa. Jabaran bagian ini akan diawali dengan hasil identifikasi standar penafsiran atau penerapan pasal tindak pidana makar menurut prinsip HAM dan hukum pidana, yang kemudian dilanjutkan dengan jabaran analisis penerapan pasal tindak pidana makar berdasarkan standar penafsiran/penerapan pasal tersebut. Bagian ini akan diakhiri dengan jabaran mengenai standar penafsiran unsur-unsur tindak pidana makar dalam KUHP 2023 berdasarkan prinsip HAM dan hukum pidana, khususnya apabila akan diterapkan pada ekspresi-ekspresi politik.

4.1. Standar Penerapan Pasal Tindak Pidana Makar Menurut Prinsip Hukum Pidana dan Pembatasan HAM Yang Sah

Pada bagian sebelumnya telah dijelaskan bahwa kata "makar" dalam KUHP berasal dari kata "aanslag" yang mensyaratkan adanya suatu serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Dengan bentuk kesengajaan berupa kesengajaan dengan tujuan (*opzet als oogmerk*), pasal-pasal dengan unsur "makar" dalam KUHP seharusnya hanya dapat diterapkan apabila terdapat suatu aanslag (serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik) yang benar-benar dilakukan dengan tujuan-tujuan yang telah ditentukan dalam pasal-pasal tersebut. Konsep yang sama berlaku untuk perbuatan-perbuatan permulaan pelaksanaan (Pasal 87 KUHP), pemukatan jahat (Pasal 110 Ayat (1) KUHP), dan tindakan persiapan untuk mempermudah (Pasal 110 Ayat (2) KUHP) terjadinya "makar", yang harus memiliki hubungan langsung dengan terjadinya serangan yang bersifat kekerasan atau paksaan (*force*) atau yang berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik tersebut.

Secara prinsip, konsep tersebut serupa dengan syarat pembatasan HAM menurut ketentuan-ketentuan hak asasi manusia dimana salah satu tujuan yang sah (*legitimate aim*) dari pembatasan hak dengan alasan keamanan negara/nasional adalah melindungi keutuhan wilayah teritorial (*territorial integrity*) negara dari penggunaan serangan atau ancaman serangan. Dalam konteks ini, maka ekspresi yang dibatasi harus bersifat membahayakan "keamanan nasional", termasuk "keutuhan wilayah teritorial", yang artinya serangan atau ancaman serangan tersebut telah terjadi secara nyata. Hal ini ditegaskan pula dalam Johannesburg Principles yang menyatakan bahwa pembatasan hak dengan alasan keamanan nasional dapat dibenarkan apabila dilakukan sebagai bentuk respon dari adanya penggunaan serangan atau ancaman serangan, salah satunya terhadap keutuhan wilayah teritorial. Oleh karena itu, penerapan Pasal 104 dan 106 KUHP sebagai implementasi pembatasan HAM dengan alasan keamanan negara/nasional juga harus mengacu pada konsep harus adanya serangan atau ancaman serangan menurut ketentuan HAM tersebut.

Apabila dicermati, terlihat bahwa penerapan pasal-pasal yang mencantumkan kata "makar" (termasuk Pasal 104 dan 106 KUHP) menurut hukum pidana dan ketentuan HAM terkait pembatasan hak dengan alasan keamanan nasional sama-sama mensyaratkan terjadinya suatu serangan yang bersifat kekerasan atau paksaan (*force*) atau ancaman dari serangan tersebut. Untuk "ancaman serangan", pada dasarnya hal tersebut dapat mencakup pula perbuatan-perbuatan berupa permulaan pelaksanaan dan pemufakatan jahat untuk mewujudkan serangan atau tindakan yang dapat mempermudah terjadinya serangan dalam konteks hukum pidana. Hal ini dikarenakan perbuatan-perbuatan tersebut dilakukan sebelum serangan yang disyaratkan terjadi dan berhubungan langsung dengan serangan tersebut.

Berdasarkan hal-hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa standar penerapan pasal-pasal yang memuat unsur "makar" menurut prinsip hukum pidana dan pembatasan HAM yang sah adalah pasal-pasal tersebut hanya dapat diterapkan apabila terdapat:

- serangan dengan kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang ditujukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut; atau
- ancaman dari serangan dengan kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, yaitu perbuatan-perbuatan berupa permulaan pelaksanaan dan pemufakatan jahat untuk mewujudkan serangan atau tindakan yang dapat mempermudah terjadinya serangan, yang ditujukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut.



4.2. Analisis Penerapan Pasal Terkait “Makar” Dalam KUHP Terhadap Ekspresi-Ekspresi Politik di Indonesia

Secara umum, Pasal 104 dan 106 KUHP pada dasarnya tidak dapat diterapkan pada ekspresi politik dalam perkara-perkara di Indonesia karena tidak sesuai dengan konsep “aanslag” dan tidak memenuhi syarat-syarat pembatasan suatu ekspresi dengan alasan “melindungi keamanan negara/nasional”. Adapun jabaran dari hal tersebut adalah sebagai berikut:

4.2.1. Tidak terdapat serangan/ancaman serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (force attack) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik pada ekspresi-ekspresi politik yang dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP

Dari jabaran pada bagian sebelumnya, terlihat bahwa ekspresi-ekspresi politik yang dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP adalah: 1). memberikan pernyataan seorang diri yang siap memenggal kepala presiden; 2). mempersiapkan rencana pawai arak-arakan memperingati ulang tahun Republik Maluku Selatan (RMS) dan mengetik, mencetak, serta membagi-bagikan panduan pawai tersebut; dan 3). menggunakan bendera Bintang Kejora, meneriakkan yel-yel dan seruan yang meminta pemisahan Papua dari NKRI. Apabila dicermati, tidak satupun dari ekspresi-ekspresi tersebut berbentuk serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik.

Untuk perbuatan nomor 1, memang pernyataan tersebut berisi kata-kata yang menggambarkan suatu serangan dengan kekerasan kepada presiden. Namun, suatu kata-kata tentu tidak dapat dipandang sebagai “serangan dengan kekerasan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik” dan terdakwa sendiri tidak pernah benar-benar melakukan atau berupaya melakukan serangan untuk memenggal kepala presiden seperti yang ia ucapkan, sehingga tidak ada serangan dengan kekerasan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik kepada presiden yang terjadi. Dengan demikian, pengadilan seharusnya tidak menghukum terdakwa dengan Pasal 104 KUHP.

Selain itu, walaupun pernyataan tersebut hendak disebut sebagai “permulaan pelaksanaan” atau “tindakan yang mempermudah” terjadinya serangan dengan kekerasan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, maka pernyataan tersebut tentu harus diukur secara kualitatif apakah secara wajar dapat menyebabkan terjadinya serangan dengan kekerasan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, atau dapat dilihat sebagai ancaman terjadinya serangan-serangan tersebut kepada presiden, dengan memperhatikan kondisi terdakwa ketika mengucapkan pernyataan tersebut. Faktanya, dalam kasus tersebut, terdakwa memberikan pernyataan tersebut seorang diri dan tidak terdapat alat atau sarana yang wajar atau benar-benar dapat menyebabkan terjadinya serangan dengan kekerasan serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, khususnya untuk memenggal kepala presiden. Secara logis, kondisi-kondisi tersebut tentu tidak cukup untuk menimbulkan suatu serangan dengan kekerasan serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik kepada presiden karena hampir tidak mungkin terdakwa seorang diri dan tanpa menggunakan alat atau sarana tertentu dapat menyerang presiden. Dengan demikian, perbuatan terdakwa tidak cukup wajar untuk menimbulkan serangan tersebut dengan segala kondisi yang dimiliki oleh terdakwa, sehingga tidak dapat dianggap sebagai permulaan pelaksanaan dalam Pasal 87 KUHP atau tindakan yang mempermudah terjadinya suatu serangan dengan kekerasan dalam Pasal 110 ayat (2) KUHP.

Untuk perbuatan nomor 2 dan 3, tindakan-tindakan tersebut juga tidak dapat disebut sebagai “serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik” karena hanya dilakukan dengan pawai dan orasi dalam sebuah aksi tanpa disertai aksi lain atau ajakan untuk melakukan serangan tersebut. Bahkan, ekspresi-ekspresi tersebut tidak menunjukkan adanya ancaman akan terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik karena hanya ditujukan untuk memperingati ulang tahun suatu gerakan kemerdekaan dan menyerukan kemerdekaan wilayahnya dari Indonesia. Oleh karena itu, selain tidak dapat dipandang sebagai sebuah serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, ekspresi-ekspresi tersebut tidak dapat dilihat sebagai perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya, kesepakatan untuk melakukan, atau tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar terjadinya sebuah serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Dengan demikian, perbuatan-perbuatan tersebut seharusnya tidak dapat dipidana dengan Pasal 106 KUHP, termasuk

dengan Pasal 87 KUHP sebagai permulaan pelaksanaan, Pasal 110 ayat (1) KUHP sebagai permufakatan jahat, dan Pasal 110 ayat (2) KUHP sebagai tindakan persiapan untuk melakukan "makar" (aanslag) karena niat dilakukannya ekspresi tersebut bukan lah untuk melakukan sebuah serangan.

Kondisi serupa juga terjadi pada ekspresi-ekspresi politik yang dihukum dengan Pasal 106 KUHP yang dihubungkan dengan Pasal 87, 110 ayat (1), dan 110 ayat (2) KUHP, antara lain: 1). merencanakan dan berpartisipasi dalam upacara peringatan ulang tahun gerakan kemerdekaan; 2). merencanakan, mengumpulkan orang, menyebarkan berita, dan berpartisipasi dalam pengibaran bendera simbol kemerdekaan; dan 3). menghadiri pertemuan pencarian dana untuk gerakan kemerdekaan dan menyusun profil negara yang dituntut untuk dimerdekakan. Apabila dicermati, tidak satupun ekspresi-ekspresi tersebut dapat disebut sebagai "ancaman serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik" karena hanya dilakukan dalam bentuk kegiatan atau tindakan yang terkait dengan suatu gerakan kemerdekaan yang tidak berhubungan dengan terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, seperti perencanaan dan kesepakatan untuk melakukan atau mempermudah terjadinya suatu serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Dengan demikian, maka ekspresi-ekspresi tersebut tidak dapat dilihat sebagai perbuatan yang menurut penilaian wajar dapat menyebabkan terjadinya, kesepakatan untuk melakukan, atau tindakan-tindakan dalam rangka mempersiapkan atau memperlancar terjadinya sebuah serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, sehingga seharusnya tidak dipidana dengan Pasal 106 KUHP yang dihubungkan dengan Pasal 87, 110 ayat (1), dan 110 ayat (2) KUHP.

Berdasarkan hal-hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa tidak terdapat serangan atau ancaman dari serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik dalam ekspresi-ekspresi politik yang telah dijabarkan. Dengan begitu, ekspresi-ekspresi tersebut tidak dapat disebut sebagai "makar" (aanslag) sehingga seharusnya tidak dapat dipidana dengan Pasal 104 dan 106 KUHP, termasuk yang dihubungkan dengan Pasal 87, 110 ayat (1), dan 110 ayat (2) KUHP. Selain itu, tidak adanya serangan atau ancaman serangan itu menunjukkan bahwa penerapan pasal-pasal tersebut terhadap ekspresi-ekspresi yang dijabarkan merupakan pembatasan hak yang tidak sah karena tidak memenuhi syarat pembatasan hak berupa *necessary in democratic society* untuk tujuan melindungi keamanan negara/nasional (to *legitimate* national security interest) berupa keutuhan wilayah teritorial yang mensyaratkan adanya serangan atau ancaman serangan.

4.2.2. Penafsiran kata "aanslag" menjadi kata "makar" membuat pasal-pasal yang memuat kata "makar" tidak memenuhi syarat pembatasan "prescribed by law"

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, untuk memenuhi syarat "*prescribe by law*", pembatasan hak kebebasan berekspresi harus diatur dalam ketentuan hukum nasional yang dapat diakses oleh publik dan dirumuskan dengan cukup presisi agar memungkinkan orang-orang mengetahui tindakan yang diatur beserta konsekuensinya. Sebagai ketentuan yang mengatur pembatasan tersebut, Pasal 104 dan 106 KUHP pada dasarnya merupakan ketentuan hukum nasional yang dapat diakses oleh publik. Namun, pasal-pasal tersebut tidak dirumuskan dengan cukup presisi sehingga tidak memungkinkan orang-orang untuk mengetahui perbuatan-perbuatan yang sebenarnya dilarang menurut ketentuan-ketentuan tersebut.

Pada pembahasan poin sebelumnya, telah dijelaskan bahwa Pasal 104 dan 106 KUHP digunakan untuk menghukum berbagai bentuk ekspresi yang tidak mengandung serangan atau ancaman dari serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Padahal, unsur "makar" dalam pasal-pasal tersebut berasal dari kata "*aanslag*" atau serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, sehingga perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana dengan pasal-pasal tersebut harus berupa serangan dengan kekerasan/paksaan atau tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Hal ini pada dasarnya dikarenakan KUHP tidak mendefinisikan unsur "makar" tersebut, termasuk tidak merujuk kata "makar" tersebut kepada asal katanya, yaitu *aanslag*, sehingga tidak terdapat konsep atau batasan yang jelas mengenai perbuatan yang dapat disebut memenuhi unsur "makar" tersebut. Kondisi ini menyebabkan para hakim menafsirkan unsur "makar" dengan sangat luas sehingga turut mengkategorikan perbuatan-perbuatan yang tidak mengandung serangan atau ancaman dari serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik sebagai perbuatan yang memenuhi unsur "makar" tersebut, yang mana hal tersebut pada dasarnya bertentangan dengan definisi menurut asal usul kata "makar" itu sendiri sebagai *aanslag*.

Lebih dari itu, kesalahan penafsiran unsur *aanslag* menjadi "makar" tersebut menyebabkan pengadilan tidak konsisten dalam menerapkan 106 KUHP. Padahal, konsistensi penerapan suatu ketentuan pembatasan hak yang bersifat umum merupakan syarat lain dari terpenuhinya syarat "*prescribed by law*". Hal ini terlihat dari bagaimana pengadilan menentukan pasal yang digunakan untuk menghukum perbuatan "mempersiapkan, merencanakan, dan berpartisipasi dalam upacara peringatan hari ulang tahun gerakan kemerdekaan". Dalam beberapa perkara, pengadilan menghukum perbuatan tersebut dengan Pasal 106 KUHP^[308], yang dapat diartikan bahwa perbuatan tersebut dipandang sebagai tindakan "makar" yang selesai oleh pengadilan. Namun, dalam beberapa perkara lain, pengadilan menentukan perbuatan-perbuatan tersebut masih merupakan "permulaan pelaksanaan" untuk melakukan tindakan "makar" dan menghukum perbuatan tersebut dengan Pasal 106 yang dihubungkan dengan Pasal 87 KUHP.^[309] Artinya, dalam perkara-perkara lain tersebut, pengadilan mengkategorikan perbuatan tersebut sebagai tindakan "makar" yang belum selesai, yang berbeda dari putusan-putusan sebelumnya. Kondisi serupa terjadi pada perbuatan "menggunakan atau mengibarkan bendera suatu gerakan kemerdekaan" di mana, dalam beberapa perkara, pengadilan menentukan perbuatan tersebut sebagai tindakan "makar" yang selesai^[310], sedangkan dalam perkara lain, pengadilan menentukan bahwa perbuatan tersebut masih berupa "permulaan pelaksanaan" dari tindakan "makar", atau tindakan "makar" yang belum selesai.^[311]

Berdasarkan hal-hal tersebut, terlihat bahwa penafsiran kata "*aanslag*" pada Pasal 104 dan 106 KUHP menjadi kata "makar" menyebabkan tidak jelasnya konsep atau batasan perbuatan "makar" itu sendiri. Akibatnya, pengadilan menghukum berbagai bentuk ekspresi yang tidak mengandung serangan atau ancaman dari serangan yang bersifat kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik dengan pasal-pasal tersebut yang pada dasarnya mensyaratkan adanya serangan atau ancaman serangan. Lebih dari itu, tidak tepatnya penafsiran tersebut membuat pengadilan tidak konsisten dalam menggunakan pasal-pasal tersebut pada bentuk ekspresi yang sama. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa penafsiran kata "*aanslag*" pada Pasal 104 dan 106 KUHP menjadi kata "makar" menyebabkan pasal-pasal tersebut tidak memenuhi syarat pembatasan hak berupa "*prescribed by law*".

4.2.3 Ekspresi politik yang dilakukan merupakan bentuk-bentuk ekspresi yang sah

Selain menganalisis ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan menurut hukum pidana dan ketentuan pembatasan HAM, ekspresi-ekspresi tersebut juga harus diuji menurut bentuknya guna menentukan apakah ekspresi-ekspresi tersebut merupakan bentuk ekspresi yang sah. Secara umum, seluruh ekspresi politik yang dijabarkan merupakan bentuk ekspresi yang sah karena merupakan seruan untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*) yang dilakukan secara damai, ekspresi yang dilakukan oleh orang yang tidak bertanggung jawab atas kekerasan yang dilakukan suatu pertemuan/perkumpulan (*assembly*), dan ekspresi yang menggunakan simbol-simbol yang sah. Adapun jabaran mengenai hal tersebut adalah sebagai berikut:

4.2.3.1 Ekspresi yang dilakukan merupakan seruan untuk menentukan nasib sendiri (self-determination) yang dilakukan secara damai

Dari ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan, terlihat bahwa seluruh ekspresi tersebut merupakan seruan untuk melepaskan suatu wilayah dari wilayah teritorial Indonesia, baik yang dilakukan oleh gerakan Republik Maluku Selatan (RMS), maupun gerakan yang meminta kemerdekaan bagi Papua. Menurut Resolusi Majelis Umum (*General Assembly*) PBB 1541(XV), tindakan-tindakan tersebut merupakan pelaksanaan hak untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*).^[312] Seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya, seruan untuk menentukan nasib sendiri merupakan ekspresi yang dilindungi sepanjang dilakukan secara damai (*peaceful*), yaitu tidak melibatkan tindakan kekerasan berupa penggunaan kekuatan fisik oleh peserta terhadap orang lain yang dapat menyebabkan luka/cidera, kematian, atau kerusakan serius pada barang.

Apabila dicermati, sebagian besar ekspresi tersebut tidak melibatkan tindakan kekerasan apapun, baik kepada orang lain, maupun kepada barang. Hal ini terlihat dari cara melakukan ekspresi-ekspresi tersebut yang hanya berupa mengikuti pertemuan-pertemuan terkait gerakan kemerdekaan, melakukan persiapan dan berpartisipasi dalam perayaan hari ulang tahun kemerdekaan, serta melakukan orasi politik dalam sebuah aksi di mana tidak terdapat tindakan lain atau ajakan untuk melakukan serangan atau tindakan kekerasan. Dengan demikian, ekspresi-ekspresi politik tersebut seharusnya dianggap sah dan tidak dapat dibatasi dengan penerapan Pasal 106 KUHP.

[308] Lihat Putusan PN Ambon No. 299/Pid.B/2014/PN.Amb dan 300/Pid.B/2014/PN.Amb.

[309] Lihat Putusan PN Ambon No. 291/Pid.B/2014/PN.Amb, 297/Pid.B/2014/PN.Amb, dan 307/Pid.B/2014/PN.Amb.

[310] Lihat Putusan PN Jakarta Pusat No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST dan Putusan Pengadilan PN Balikpapan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp.

[311] Lihat Putusan PN Fakfak No. 56/Pid.B/2020/PN.Ffk.

[312] Majelis Umum PBB, *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, General Assembly Resolution 1514 (XV), (14 Desember 1960), par. 2.

4.2.3.1. Terdakwa bukan pihak bertanggung jawab atas kekerasan yang dilakukan oleh peserta pertemuan/perkumpulan (assembly)

Dalam kasus-kasus yang telah dijabarkan, terdapat aksi demonstrasi yang melibatkan kekerasan antara peserta dan pihak berwenang yang mengamankan aksi tersebut, yaitu dalam perkara dengan putusan 30/Pid.B/2020/PN.Bpp. Dari fakta persidangan, terbukti bahwa tindakan kekerasan tersebut dimulai oleh tindakan peserta aksi yang melakukan perusakan dan pembakaran fasilitas umum, kantor-kantor milik pemerintah, dan bangunan serta kendaraan masyarakat, yang pada akhirnya tindakan tersebut meluas ke seluruh pelaksanaan aksi demonstrasi tersebut. Dengan fakta-fakta tersebut, merujuk pada ketentuan hak atas kebebasan berkumpul secara damai (*peaceful assembly*) yang sudah dijelaskan, aksi demonstrasi tersebut tidak dapat disebut sebagai *peaceful assembly* karena melibatkan tindakan kekerasan yang dimulai oleh peserta pertemuan/perkumpulan dan kekerasan tersebut meluas ke seluruh pertemuan/perkumpulan tersebut, sehingga pelaksanaan aksi demonstrasi tersebut dapat dibatasi, termasuk dengan menjatuhkan hukuman pidana.

Namun, dari putusan tersebut, terlihat bahwa terdakwa dipidana hanya karena posisinya sebagai penanggung jawab dan koordinator aksi yang berlangsung ricuh tersebut, bukan sebagai salah satu peserta yang melakukan kekerasan. Tidak terdapat fakta persidangan yang menyebutkan bahwa terdakwa merupakan pelaku tindakan kekerasan atau ikut melakukan tindakan kekerasan yang dilakukan peserta aksi lain. Padahal, ketentuan lain dalam hak atas kebebasan berkumpul secara damai menyebutkan bahwa tindakan kekerasan yang dilakukan oleh peserta aksi tidak boleh dikaitkan dengan pihak lain, salah satunya adalah penyelenggara atau penanggung jawab aksi itu sendiri. Peserta yang tidak ikut melakukan kekerasan dan tetap bersikap damai harus dianggap tetap memiliki hak untuk berkumpul secara damai dan tidak dapat dimintai tanggung jawab atas kekerasan tersebut atau tindakan lain yang dapat dihukum yang dilakukan oleh peserta lain. Dengan demikian, terdakwa dalam kasus ini tidak dapat dimintai pertanggung jawaban atas tindakan kekerasan yang terjadi dalam aksi tersebut, sehingga tidak dapat dipidana dengan Pasal 106 KUHP.

Terkait sifat *peaceful* dari aksi tersebut, pada dasarnya, terdapat peristiwa penting dalam perkara ini guna menentukan apakah aksi tersebut bersifat *peaceful*, namun tidak dibuktikan dalam persidangan. Dalam surat dakwaan, Penuntut Umum telah menjabarkan bahwa terdakwa bersama rekan-rekannya menyatakan aksi kekerasan yang terjadi dilakukan oleh pihak-pihak di luar peserta aksi dan tidak bertanggung jawab atas aksi tersebut. Sayangnya, hal tersebut tidak dibuktikan lebih lanjut dalam persidangan dan pengadilan hanya mengakui secara langsung bahwa tindakan kekerasan tersebut dilakukan oleh peserta aksi yang dikoordinasi terdakwa. Padahal, fakta mengenai apakah pihak yang melakukan tindakan kekerasan tersebut merupakan bagian dari peserta aksi atau bukan merupakan fakta penting untuk menentukan apakah aksi tersebut tetap memiliki sifat *peaceful* sehingga pembatasan terhadap hak-hak dalam aksi tersebut dapat diuji, termasuk penghukuman kepada terdakwa. Hal ini berkaitan dengan ketentuan dalam hak atas kebebasan berkumpul secara damai yang menyebutkan bahwa tindakan kekerasan tersebut dilakukan oleh provokator yang bertindak atas nama peserta tidak membuat suatu pertemuan/perkumpulan secara otomatis dianggap tidak "*peaceful*".

Dengan demikian, apabila dalam perkara tersebut terbukti bahwa pelaku kekerasan tersebut bukan merupakan peserta aksi, melainkan provokator yang mengatasnamakan peserta aksi, maka aksi demonstrasi tersebut harus tetap dianggap *peaceful* walaupun terdapat tindakan kekerasan. Dalam kondisi tersebut, selain tidak dapat dipidana karena tidak ikut melakukan tindakan kekerasan, seharusnya terdakwa juga tidak dapat dipidana dengan dasar kekerasan yang terjadi karena aksi demonstrasi tersebut harus tetap dianggap sebagai *peaceful assembly* yang dilindungi Pasal 21 ICCPR. Terlebih, fakta persidangan menunjukkan bahwa terdakwa bersama rekan-rekannya sebagai penanggung jawab aksi telah membuat dan menyebarkan selebaran untuk melakukan aksi damai dan larangan membawa senjata tajam sebelum aksi tersebut dilaksanakan, yang menunjukkan bahwa tidak terdapat intensi dari terdakwa untuk melibatkan tindakan kekerasan dalam aksi tersebut. Namun, tidak adanya pembuktian mengenai hubungan pihak yang melakukan tindakan kekerasan dengan peserta aksi membuat pembuktian sifat *peaceful* dari aksi demonstrasi tersebut menjadi sumir dan tidak dilakukan secara maksimal. Walaupun begitu, terdakwa dalam kasus ini tidak dapat dimintai pertanggung jawaban atas tindakan kekerasan yang terjadi dalam aksi tersebut karena tidak ikut melakukan tindakan kekerasan tersebut, sehingga seharusnya tidak dipidana dengan Pasal 106 KUHP.

4.2.3.1. Ekspresi menggunakan simbol-simbol yang sah

Dari ekspresi-ekspresi politik yang dijabarkan, terdapat beberapa perkara yang menghukum rencana penggunaan dan pengibaran bendera suatu gerakan kemerdekaan dengan Pasal 106 KUHP.^[313] Pada poin

[313] Lihat Putusan PN Sorong No. 116/Pid.B/2013/PN.SRG, 117/Pid.B/2013/PN.SRG, 118/Pid.B/2013/PN.SRG, dan 119/Pid.B/2013/PN.SRG; Putusan PN Wamena No. 121/Pid.B/2018/PN.Wmn.; Putusan PN Jayapura No. 294/Pid.B/2012/PN.Jpr; Putusan PN Ambon No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb dan 212/Pid.B/2020/PN.Amb; Putusan PN Jakarta Pusat No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.; dan Putusan PN Balikpapan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp.

sebelumnya, telah disebutkan bahwa penggunaan simbol-simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik, seperti bendera, seragam, tanda, dan spanduk, harus dianggap sebagai ekspresi yang sah dan tidak dapat dibatasi sepanjang tidak digunakan untuk menghasut orang lain untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan. Faktanya, tidak terdapat fakta dalam persidangan bahwa penggunaan bendera dalam perkara-perkara tersebut ditujukan untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan, melainkan hanya sebagai bentuk ekspresi dalam menyerukan atau meminta penentuan nasib sendiri dalam sebuah pawai peringatan ulang tahun gerakan kemerdekaan dan aksi demonstrasi. Dengan demikian, penggunaan bendera dalam kasus-kasus tersebut harus tetap dianggap sebagai ekspresi yang sah dan seharusnya tidak dapat dipidana dengan Pasal 106 KUHP.

Terdapat 1 (satu) perkara di mana penggunaan bendera tersebut dapat dianggap memiliki titik singgung dengan tindakan kekerasan, yaitu perkara dalam putusan No. 56/Pid.B/2020/PN.Ffk. Dalam perkara tersebut, terdakwa bersama rekan-rekannya mengibarkan bendera bintang kejora sepanjang jalan dari kampung Pikpik menuju Kota fakfak dan diketahui membawa senjata tajam ketika ditangkap. Perlu diketahui, Komentar Umum No. 37 KIHSP telah mengatur bahwa tindakan seseorang membawa benda-benda yang merupakan atau dianggap sebagai senjata dalam suatu pertemuan/perkumpulan belum tentu cukup untuk dianggap sebagai tindakan kekerasan oleh orang tersebut, kecuali pihak yang berwenang dapat menunjukkan bahwa terdapat niat untuk melakukan kekerasan dengan benda tersebut. Faktanya, tidak terdapat fakta dalam persidangan perkara tersebut bahwa terdakwa menggunakan atau berusaha menggunakan senjata tajam yang dibawa untuk melakukan kekerasan, baik ketika mengibarkan bendera, maupun ketika ditangkap oleh pihak yang berwenang. Dengan demikian, perbuatan membawa senjata tersebut tidak memiliki hubungan dengan pengibaran bendera yang dilakukan, sehingga tidak terdapat tindakan kekerasan apapun dalam aksi pengibaran bendera tersebut dan perbuatan tersebut tidak dapat dipidana dengan Pasal 106 KUHP.

Berdasarkan jabaran-jabaran di atas, dapat disimpulkan bahwa pemidanaan terhadap ekspresi-ekspresi politik dengan pasal-pasal dengan unsur "makar", khususnya Pasal 104 dan 106 KUHP, merupakan tindakan yang tidak sesuai dengan ajaran hukum pidana terkait pasal-pasal tersebut dan konsep pembatasan hak atas kebebasan berekspresi menurut ketentuan HAM. Apabila praktik ini terus berlanjut, maka pemidanaan terhadap ekspresi-ekspresi tersebut sangat berpotensi untuk tidak lagi hanya dilihat sebagai kesalahan dalam proses penegakan hukum, tetapi juga sebagai suatu tekanan atau pembungkaman terhadap pelaksanaan ekspresi politik yang berbeda dengan pandangan negara/pemerintah Indonesia untuk mempertahankan keutuhan teritori Indonesia. Padahal, ketentuan-ketentuan HAM sudah melarang pembatasan suatu ekspresi atas dasar keamanan negara/nasional dengan tujuan untuk menekan atau membungkam pandangan/pendapat yang berbeda dengan sikap politik negara/pemerintah. Untuk itu, praktik pemidanaan atas ekspresi politik yang tidak mengandung serangan (atau ancaman serangan) berupa paksaan/kekerasan atau tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik perlu segera dihentikan agar tidak semakin banyak orang yang dipidana dengan penerapan pasal yang tidak tepat.

4.3. Penerapan Unsur Pasal Tindak Pidana Makar Dalam KUHP 2023 Terhadap Ekspresi Menurut Prinsip Hukum Pidana dan HAM

Seperti yang dijelaskan sebelumnya, pasal-pasal pidana pada prinsipnya merupakan bentuk pembatasan HAM yang sah/diperbolehkan. Dengan begitu, pasal-pasal pidana seharusnya diterapkan sesuai dengan syarat-syarat pembatasan HAM yang sah/diperbolehkan agar penerapan pasal-pasal pidana tidak bersifat melanggar HAM. Hal tersebut berlaku pula untuk pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 yang pada dasarnya merupakan pembatasan HAM, termasuk hak atas kebebasan berekspresi, untuk tujuan yang sah (*legitimate aim*) berupa melindungi keamanan negara/nasional (*national security*), sehingga penerapan pasal-pasal tersebut perlu diselaraskan dengan syarat-syarat pembatasan HAM untuk tujuan melindungi keamanan negara.

Dari jabaran sebelumnya, diketahui bahwa standar penerapan pasal-pasal yang memuat unsur "makar" yang selaras dengan prinsip hukum pidana dan pembatasan HAM yang sah mensyaratkan adanya serangan atau ancaman serangan dengan kekerasan/paksaan (*force*) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang ditujukan untuk mencapai tujuan-tujuan yang ditentukan dalam pasal-pasal tersebut. Dalam konteks KUHP 2023, tindakan yang dapat disebut sebagai "ancaman serangan" tersebut adalah perbuatan persiapan dan permufakatan jahat untuk melakukan serangan mengingat kedua tindakan tersebut dilakukan sebelum serangan yang disyaratkan terjadi dan berhubungan langsung dengan serangan tersebut. Dengan demikian, penerapan unsur-unsur pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 perlu mengacu pada standar-standar penerapan di atas agar penerapan pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 dapat selaras dengan prinsip hukum pidana dan pembatasan HAM yang sah.

Bagian ini akan menjabarkan penafsiran unsur-unsur pasal tindak pidana makar dan pasal-pasal untuk tindakan yang berkaitan dengan tindak pidana makar dalam KUHP 2023. Namun, untuk mempersingkat pembahasan, jabaran bagian ini tidak akan membahas penafsiran unsur-unsur yang terkait dengan akibat atau tujuan yang hendak dicapai dari tindak pidana makar mengingat tujuan-tujuan tersebut bukanlah hal yang perlu terjadi terlebih dahulu agar seseorang dapat dipidana dengan pasal-pasal tindak pidana makar. Untuk itu, bagian ini hanya akan difokuskan pada pembahasan unsur-unsur: 1) makar; 2) dengan maksud; 3) persiapan perbuatan; dan 4) permufakatan jahat.

4.3.1. Unsur "Makar"

- Pada dasarnya, Pasal 160 KUHP 2023 telah mendefinisikan unsur "makar" sebagai niat untuk melakukan serangan yang telah diwujudkan dengan persiapan perbuatan tersebut. Namun, KUHP 2023 juga telah merumuskan tindakan "perbuatan persiapan untuk melakukan makar" sebagai tindak pidana tersendiri dalam Pasal 196 ayat (1). Untuk itu, unsur "makar" perlu tetap ditafsirkan sebagai "serangan", sedangkan tindakan "persiapan perbuatan untuk melakukan serangan" dalam pasal 160 KUHP 2023 perlu dilihat sebagai tindak pidana tersendiri;
- Dalam KUHP 2023, terdapat pasal lain yang juga merumuskan unsur "serangan" atau "penyerangan", yaitu Pasal 217. Menurut MvT KUHP, konsep "serangan" dalam pasal serupa dalam KUHP adalah "feitelijke aanranding" "yang derajatnya lebih ringan daripada konteks "serangan" dalam pasal-pasal dengan unsur "makar" yang menggunakan kata "aanslag". Untuk itu, guna menggambarkan sifat "serangan" yang lebih berat daripada "serangan" dalam Pasal 217 KUHP 2023, konsep "serangan" dalam pasal-pasal tindak pidana makar perlu ditafsirkan sebagai "serangan dengan kekerasan/paksaan (force) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik";
- Dengan demikian, perbuatan pelaku dapat disebut memenuhi unsur "makar" apabila pelaku terbukti melakukan:
 - serangan dengan kekerasan/paksaan (force); atau
 - serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, seperti menempatkan seseorang dalam keadaan tidak sadar (pingsan) atau tidak berdaya (yang diatur dalam Pasal 156 KUHP 2023), memberikan ancaman (yang bersifat fisik), mengurung (incarceration) seseorang, memberikan racun, dll;
- Dengan kata lain, unsur "makar" dapat dikatakan tidak terpenuhi apabila ekspresi pelaku tidak bersifat serangan dengan kekerasan/paksaan (force) atau berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik. Dalam konteks atau kejadian tertentu, hal ini termasuk pula, namun tidak terbatas pada:
 - seruan menentukan nasib sendiri (self-determination) berupa tuntutan pemisahan sebagian wilayah negara, sepanjang seruan tersebut disampaikan/diadvokasikan secara damai (peaceful) dan tidak melibatkan tindakan kekerasan berupa penggunaan kekuatan fisik oleh peserta terhadap orang lain yang dapat menyebabkan luka/cidera, kematian, atau kerusakan serius pada barang;
 - penggunaan simbol-simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik, seperti bendera, seragam, tanda, dan spanduk, oleh peserta dalam suatu pertemuan/perkumpulan (assembly) sepanjang tidak digunakan untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan;
- Untuk konteks "kekerasan", ketentuan-ketentuan dan praktik peradilan HAM telah memberikan acuan untuk menilai apakah suatu ekspresi merupakan bentuk kekerasan sehingga sah untuk dibatasi, khususnya untuk ekspresi dan kekerasan yang terjadi pada atau dilakukan oleh sebuah pertemuan/perkumpulan, antara lain:
 - Untuk menyatakan seorang peserta pertemuan/perkumpulan melakukan ekspresi berbentuk kekerasan, pihak berwenang harus menunjukkan bukti kuat bahwa:
 - Orang tersebut menghasut orang lain untuk menggunakan kekerasan sebelum atau selama pertemuan/perkumpulan berlangsung dan tindakan tersebut berpotensi menyebabkan kekerasan;
 - Orang tersebut memiliki niat untuk melakukan kekerasan dan berencana untuk mewujudkan kekerasan tersebut; atau
 - Orang tersebut melakukan beberapa perbuatan yang dapat membuat kekerasan itu terjadi;
 - Dalam hal pertemuan/perkumpulan terlibat aksi kekerasan dengan pihak yang berwenang, maka ekspresi dari tiap peserta pertemuan/perkumpulan tersebut perlu tetap dilindungi sepanjang:
 - kekerasan tersebut tidak diinisiasi oleh peserta pertemuan/perkumpulan, termasuk apabila kekerasan tersebut dilakukan oleh provokator yang bertindak atas nama peserta atau pertemuan/perkumpulan. Untuk itu, diperlukan pemeriksaan tertentu untuk mengetahui pihak yang memulai kekerasan tersebut guna menentukan apakah ekspresi dari peserta pertemuan/perkumpulan tersebut tetap harus dilindungi atau dapat dibatasi; atau
 - peserta tersebut tetap bersikap damai dan tidak ikut melakukan kekerasan yang dilakukan oleh sebagian peserta dalam pertemuan/perkumpulan. Dengan kata lain, apabila terdapat tindakan kekerasan dari sebagian peserta dalam suatu pertemuan/perkumpulan, maka peserta, penyelenggaran, atau pihak-pihak yang tidak terlibat dalam kekerasan itu tidak dapat dimintai tanggung jawab atas kekerasan tersebut;

Berdasarkan jabaran-jabaran tersebut, dapat disimpulkan beberapa hal yang perlu dipertimbangkan sebagai panduan untuk menyatakan terpenuhinya unsur "makar" dalam pasal-pasal tindak pidana makar pada KUHP 2023 sebagai berikut:

1. perbuatan/ekspresi pelaku merupakan sebuah serangan dengan kekerasan/paksaan (force), seperti: a) seruan menentukan nasib sendiri (self-determination) berupa tuntutan pemisahan sebagian wilayah negara yang melibatkan tindakan kekerasan; atau b) penggunaan simbol-simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik, seperti bendera, seragam, tanda, dan spanduk untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan;
2. perbuatan/ekspresi pelaku merupakan sebuah serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik, seperti menempatkan seseorang dalam keadaan tidak sadar (pingsan) atau tidak berdaya, memberikan ancaman (bersifat fisik), mengurung (incarceration) seseorang, memberikan racun;
3. Dalam hal kekerasan dilakukan suatu pertemuan/perkumpulan, maka: a) kekerasan tersebut diinisiasi oleh peserta pertemuan/perkumpulan, termasuk oleh provokator yang bertindak atas nama peserta atau pertemuan/perkumpulan; dan b) pelaku ikut atau terlibat melakukan kekerasan tersebut, seperti:
 - menghasut orang lain untuk menggunakan kekerasan sebelum atau selama pertemuan/perkumpulan berlangsung dan tindakan tersebut berpotensi menyebabkan kekerasan;
 - memiliki niat untuk melakukan kekerasan dan berencana untuk mewujudkan kekerasan tersebut; atau
 - melakukan beberapa perbuatan yang dapat membuat kekerasan itu terjadi.

4.3.2. Unsur "Dengan Maksud"

- Dalam KUHP 2023, pasal-pasal tindak pidana makar merumuskan derajat kesengajaan dengan menggunakan unsur "dengan maksud" atau opzet als oormerk. Dengan begitu, dapat disimpulkan bahwa penilaian atas kesengajaan pelaku yang diduga melakukan tindak pidana menurut pasal-pasal tindak pidana makar dalam KUHP 2023 tidak dapat menggunakan ajaran kesengajaan selain opzet als oogmerk atau kesengajaan dengan maksud/tujuan;
- Dengan kata lain, seseorang hanya dapat dikatakan memiliki kesengajaan melakukan tindak pidana makar apabila seseorang melakukan serangan dengan kekerasan atau paksaan yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tindak pidana makar tersebut;
- Namun, akibat-akibat tersebut tidak harus terjadi terlebih dahulu agar pelaku dapat dipidana, melainkan cukup apabila: 1) ia terbukti telah melakukan serangan dengan kekerasan atau paksaan; dan 2) serangan dengan kekerasan atau paksaan tersebut terbukti dilakukan dengan maksud atau tujuan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tindak pidana makar;

Berdasarkan jabaran-jabaran tersebut, dapat disimpulkan beberapa hal yang perlu dipertimbangkan sebagai panduan untuk menyatakan terpenuhinya unsur "dengan maksud" dalam pasal-pasal tindak pidana makar pada KUHP 2023 sebagai berikut:

1. serangan dengan kekerasan/paksaan (force) yang dilakukan pelaku, seperti: a) seruan menentukan nasib sendiri (self-determination) berupa tuntutan pemisahan sebagian wilayah negara yang melibatkan tindakan kekerasan; atau b) penggunaan simbol-simbol yang terkait dengan gerakan atau entitas politik, seperti bendera, seragam, tanda, dan spanduk untuk menghasut orang lain agar melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan, terbukti benar-benar dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tindak pidana makar;
2. serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik yang dilakukan pelaku, seperti menempatkan seseorang dalam keadaan tidak sadar (pingsan) atau tidak berdaya, memberikan ancaman (bersifat fisik), mengurung (incarceration) seseorang, memberikan racun, terbukti benar-benar dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tindak pidana makar;
3. pelaku terlibat dalam kekerasan oleh suatu pertemuan/perkumpulan yang terbukti benar-benar dimaksudkan atau ditujukan untuk menimbulkan akibat-akibat yang ditentukan dalam pasal-pasal tindak pidana makar.

4.3.3. Unsur "Persiapan Perbuatan"

- Pasal 160 KUHP 2023 telah mendefinisikan unsur "makar" sebagai niat untuk melakukan serangan yang telah diwujudkan dengan persiapan perbuatan tersebut. Tindakan ini dapat disebut sebagai perluasan perbuatan "makar/aanslag yang tidak selesai", namun dapat dipidana dengan pasal yang sama dengan tindak pidana makar yang selesai. Dengan kata lain, apabila seseorang terbukti melakukan "persiapan perbuatan untuk melakukan makar", maka orang tersebut dapat dipidana secara langsung dengan pasal makar terkait;
- Dari definisi tersebut, terlihat bahwa konsep "perbuatan persiapan" tersebut bukanlah perbuatan persiapan dari tindakan apapun untuk mewujudkan tujuan-tujuan dalam pasal tindak pidana makar. Definisi tersebut menunjukkan bahwa "perbuatan persiapan" berkaitan erat dengan unsur "serangan" yang hendak dilakukan pelaku untuk mewujudkan tujuan-tujuan dalam pasal tindak pidana makar. Dengan begitu, konsep "perbuatan persiapan" dalam tindak pidana makar adalah "perbuatan persiapan dari sebuah serangan dimana serangan tersebut dimaksudkan untuk mewujudkan tujuan/akibat yang ditentukan dalam pasal tindak pidana makar;
- KUHP 2023 tidak menjelaskan lebih lanjut tindakan-tindakan yang dapat disebut sebagai "perbuatan persiapan" tersebut. Satu-satunya rujukan dalam KUHP 2023 yang berpotensi digunakan untuk menjelaskan hal tersebut adalah Pasal 15 ayat (1) KUHP 2023 yang mendefinisikan perbuatan "persiapan melakukan tindak pidana", sebagai: 1) berusaha untuk mendapatkan atau menyiapkan sarana berupa alat; 2) mengumpulkan informasi atau menyusun perencanaan tindakan; atau 3) melakukan tindakan serupa yang dimaksudkan untuk menciptakan kondisi untuk dilakukannya suatu perbuatan yang secara langsung ditujukan bagi penyelesaian Tindak Pidana;

Berdasarkan jabaran-jabaran tersebut, dapat disimpulkan beberapa ketentuan yang perlu dipertimbangkan sebagai panduan dalam menerapkan unsur "persiapan perbuatan untuk melakukan makar" dalam pasal-pasal KUHP 2023 sebagai berikut:

1. Unsur "persiapan perbuatan melakukan makar" dapat disebut terpenuhi apabila pelaku terbukti melakukan hal-hal sebagai berikut:
 - berusaha untuk mendapatkan atau menyiapkan sarana berupa alat untuk melakukan serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut;
 - mengumpulkan informasi atau menyusun perencanaan dari suatu serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut; atau
 - melakukan tindakan serupa yang dimaksudkan untuk menciptakan kondisi untuk dilakukannya suatu serangan (dengan kekerasan atau paksaan) yang benar-benar dimaksudkan untuk mencapai tujuan-tujuan dalam pasal-pasal tersebut;
2. Pidanaan terhadap pelaku yang terbukti melakukan tindakan "persiapan perbuatan untuk melakukan makar" merujuk pada ketentuan pasal-pasal dengan unsur "makar".

4.3.4. Unsur "Permufakatan Jahat"

- Sama halnya dengan "perbuatan persiapan", ketentuan mengenai "permufakatan jahat" untuk melakukan makar dalam KUHP 2023 juga mengalami perkembangan dari KUHP sebelumnya yang mengatur bahwa tindakan tersebut diancam dengan pidana maksimal yang sama dengan tindak pidana "makar" yang selesai. Pasal 196 ayat (1) KUHP 2023 hanya menyebutkan bahwa "permufakatan jahat" tersebut dapat dipidana, yang pidananya untuk pasal tindak pidana makar ditentukan dalam Pasal 13 ayat (4) KUHP 2023, yaitu maksimal 7 tahun penjara. Hal ini menunjukkan bahwa pidana terhadap "permufakatan jahat untuk melakukan makar" menurut KUHP 2023 lebih ringan daripada pidana terhadap perbuatan tersebut menurut KUHP;
- Pasal 13 ayat (1) KUHP 2023 telah merumuskan bahwa permufakatan jahat terjadi jika 2 (dua) orang atau lebih bersepakat untuk melakukan Tindak Pidana. Dengan begitu, maka konsep "permufakatan jahat" dalam tindak pidana makar bukanlah perbuatan persiapan dari tindakan apapun untuk mewujudkan tujuan-tujuan dalam pasal tindak pidana makar, melainkan berkaitan erat dengan unsur "serangan" yang hendak dilakukan pelaku untuk mewujudkan tujuan-tujuan dalam pasal tindak pidana makar. Dengan begitu, konsep "permufakatan jahat" dalam tindak pidana makar adalah "permufakatan jahat untuk melakukan sebuah serangan dimana serangan tersebut dimaksudkan untuk mewujudkan tujuan/akibat yang ditentukan dalam pasal tindak pidana makar;

Berdasarkan jabaran-jabaran tersebut, dapat disimpulkan beberapa ketentuan yang perlu dipertimbangkan sebagai panduan dalam menerapkan unsur “permufakatan jahat untuk melakukan makar” dalam pasal-pasal KUHP 2023 sebagai berikut:

1. Unsur “permufakatan jahat untuk melakukan makar” dapat disebut terpenuhi apabila:
 - Terdapat 2 (dua) orang atau lebih bersepakat untuk melakukan sebuah serangan dengan kekerasan/paksaan (force) atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik; dan
 - Serangan dengan kekerasan/paksaan atau serangan berupa tindakan yang dapat disamakan dengan kekerasan secara fisik tersebut dimaksudkan untuk mewujudkan tujuan/akibat yang ditentukan dalam pasal tindak pidana makar;
2. Pemidanaan terhadap pelaku yang terbukti melakukan tindakan “permufakatan jahat untuk melakukan makar” merujuk pada ketentuan Pasal 13 ayat (4) KUHP 2023, yaitu maksimal 7 tahun penjara.

➔ Referensi Bacaan

Buku/Artikel/Laporan

1. Badan Strategi Kebijakan dan Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, Modul Pelatihan: Penafsiran Hukum Pasal Tindak Pidana Terhadap Agama dan Kepercayaan Berdasarkan Perspektif Hak Asasi Manusia, (Jakarta: LeIP), 2025.
2. Edison Lanza, “Annual Report of The Office of The Special Rapporteur for Freedom of Expression”, dalam *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2016*, vol. II, Chapter V: National Case Law on Freedom of Expression, 2016.
3. E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, (Jakarta: Stora Grafika), 2012.
4. J. Remmelink, *Pengantar Hukum Pidana Material 1: Inleiding Tot De Studei Van Het Nederlandse Strafrecht*, (Yogyakarta: Maharsa), 2014.
5. Johan Marius Lintz, *De plaats van de Wet terroristische misdrijven in het materiële strafrecht (The Position of the Terrorist Offences Act in Dutch Substantive Criminal Law)*, (Nijmegen: Wolf Legal Publishers), 2007.
6. Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP), *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM atas Putusan Pengadilan di Indonesia*, (Jakarta: LeIP), 2022.
7. Mr. H. J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel; Tweede Druk, Book II*, (Haarlem: H.D. Tjeenk Willink), 1891.
8. Mr. J. E. Jonkers, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda*, (Jakarta: Bina Aksara), 1987.
9. Muhammad Tanzil Aziezi dan Arsil, *Asesmen Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, (Jakarta: Kemitraan), 2023.
10. P.A.F. Lamintang dan Theo Lamintang, *Delik-Delik Khusus Kejahatan terhadap Kepentingan Hukum Negara*, (Jakarta: Sinar Grafika), 2010.
11. P. A. F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti), 2011.
12. Pusat Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ke-4*, (Jakarta: Departemen Pendidikan Nasional), 2008.
13. R. Boediharjo, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie: Kitab Hoekoem Oentoek Tanah Hindia Belanda*, (Kediri: Toko Soerabaja), 1920.
14. R. Soesilo, *KUHP serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, (Bogor: Politeia), 2013.
15. *Venice Commission, Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, 8 Juli 2019.
16. Widati Wulandari dan Tristam P. Moeliono, *Problematika Pengertian Aanslag-Aanslag tot en feit: Perbandingan Makar dalam KUHP, WvSNI dan Sr.*, dalam “PADJADJARAN” *Jurnal Ilmu Hukum Volume 4 Nomor 3 Tahun 2017*, (Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran), 2017.

Peraturan Perundang-Undangan

1. Undang-undang No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana.
2. UU No. 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-undang No. 1 Tahun 1946 Republik Indonesia tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-undang Hukum Pidana.

Putusan Pengadilan

1. Pengadilan Indonesia
 - Raad van Justitie (R.v. J) Medan tanggal 15 Juli 1938.
 - Putusan PN Ambon No. 211/Pid.B/2020/PN.Amb.
 - Putusan PN Ambon No. 212/Pid.B/2020/PN.Amb.

- Putusan PN Ambon No. 291/Pid.B/2014/PN.Amb.
 - Putusan PN Ambon No. 297/Pid.B/2014/PN.Amb.
 - Putusan PN Ambon No. 299/Pid.B/2014/PN.Amb.
 - Putusan PN Ambon No. 300/Pid.B/2014/PN.Amb.
 - Putusan PN Ambon No. 307/Pid.B/2014/PN. Amb.
 - Putusan PN Balikpapan No. 30/Pid.B/2020/PN.Bpp.
 - Putusan PN Fakfak No. 56/Pid.B/2020/PN.Ffk.
 - Putusan PN Jakarta Pusat No. 1116/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.
 - Putusan PN Jakarta Pusat No. 1305/Pid.B/2019/PN.JKT.PST.
 - Putusan PN Jayapura No. 294/Pid.B/2012/PN.Jpr.
 - Putusan PN Sorong No. 116/Pid.B/2013/PN.SRG.
 - Putusan PN Sorong No. 117/Pid.B/2013/PN.SRG.
 - Putusan PN Sorong No. 118/Pid.B/2013/PN.SRG.
 - Putusan PN Sorong No. 19/Pid.B/2013/PN.SRG.
 - Putusan PN Wamena No. 121/Pid.B/2018/PN.Wmn.
2. Peradilan HAM Internasional dan Regional
- Komite HAM PBB, Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada, *Communications* Nos. 359/1989 and 385/1989, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 (1993).
 - Komite HAM PBB, Rafael Marques De Morais V. Angola, *Communication* o.. 1128/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1128/2002 (2005).
 - Putusan Pengadilan HAM Eropa, Ezelin v. France, (*Application* no. 11800/85), 26 April 1991.
 - Putusan Pengadilan HAM Eropa, Navalnyy v. Russia, (*Applications* nos. 29580/12 and 4 others), 15 November 2018.
3. Pengadilan Negara Lain
- Arrest Hoge Raad tanggal 13 Desember 1899, W. 7382
 - Arrest Hoge Raad tanggal 7 Mei 1906, W. 8372
 - Arrest Hoge Raad tanggal 16 April 1946, NJ 1946, 328

Instrumen HAM Internasional dan Regional

1. Majelis Umum PBB, *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, General Assembly Resolution* 1514 (XV), (14 Desember 1960).
2. Komite HAM PBB, Komentar Umum No. 34 ICCPR, "Pasal 19: Kebebasan Atas Berpendapat dan Berekspresi", CCPR/C/GC/34, 12 September 2011.
3. Komite HAM PBB, Komentar Umum No. 37 ICCPR, "Pasal 21: Hak Untuk Berkumpul Secara Damai", CCPR/C/GC/37, 27 Juli 2020.

Peraturan Perundang-Undangan Negara Lain

1. KUHP Belgia, https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6e/BELG_CC_fr.pdf
2. KUHP Jerman, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html>
3. KUHP Perancis, https://legislationline.org/sites/default/files/documents/50/France_CC_am012020_fr.pdf

Internet

1. Dani Pratama Huzaini, "Ada Kekeliruan Pemahaman tentang Makar", <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5cdcd93351aa6/ada-kekeliruan-pemahaman-tentang-makar>
2. Dieqy Hasbi Widhana, "Istilah Makar Digunakan dengan Salah Kaprah", <https://tirto.id/istilah-makar-digunakan-dengan-salah-kaprah-b7Gj>
3. Muhammad Yasin, "Bahasa Hukum: 'Makar' Alias Aanslag dalam Pasal 104 KUHP", <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5cda38ed1e155/bahasa-hukum--makar-alias-iaanslag-i-dalam-pasal-104-kuhp/>
4. <https://www.mijnwoordenboek.nl/vertaal/NL/EN/aanslag>
5. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/assault>
6. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/assault>
7. <http://www.etymologiebank.nl/trefwoord/aanslag>
8. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/onslaught>
9. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/onslaught>
10. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/french-english/attentat>
11. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/attentat>
12. <https://www.iurastudent.de/definition/gewalt>

SESI 8: ARGUMENTASI HUKUM DAN PENYEIMBANGAN HAK (*BALANCING RIGHTS*) DALAM MENGADILI PERKARA

Sesi 8: Argumentasi Hukum dan Penyeimbangan Hak (*Balancing Rights*) Dalam Mengadili Perkara

Tujuan Umum: Memahami konsep-konsep dan mampu menerapkan metode penyeimbangan hak (*balancing rights*), khususnya dengan mempertimbangkan prinsip-prinsip HAM, dalam memeriksa dan memutus perkara

Tujuan Khusus:

- Mampu menjelaskan tentang konsep dan paradigma menimbang hak (*balancing rights*);
- Mampu menjelaskan dan mampu menerapkan metode serta tahapan-tahapan dalam menimbang prinsip-prinsip HAM dalam proses memeriksa dan memutus perkara;
- Memiliki keterampilan dan dapat menerapkan metode dan tahapan menimbang prinsip-prinsip HAM (*balancing rights*) dalam menyusun putusan pengadilan.

Materi	Waktu (Total 360 menit)	Metode
Pembuatan Putusan dan Analisis Hukum 1. Analisa dan penalaran hukum; 2. Fungsi hakim dalam menemukan hukum;	30"	Presentasi dan diskusi
Tujuan dan Arti Penting <i>Balancing Rights</i> untuk Keadilan dan Perlindungan HAM	30"	
Peran Hakim Dalam Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan Melalui Putusan Hakim 1. Penerapan norma-norma HAM dalam putusan pengadilan; 2. Menyeimbangkan hak dan kepentingan	15"	
Metode dan Tahapan Dalam Penerapan Penyeimbangan Hak (<i>Balancing Rights</i>)	30"	
Langkah-Langkah Penyeimbangan Hak (<i>Balancing Rights</i>) 1. Melakukan identifikasi apakah suatu perbuatan pidana yang didakwakan bersinggungan atau berpotensi melanggar hak asasi terdakwa; 2. Mengidentifikasi ketentuan-ketentuan HAM yang menjadi hak asasi terdakwa, utamanya terkait dengan tuduhan kepada terdakwa; 3. Menguji fakta-fakta hukum yang ada dengan jaminan hak yang dilindungi dan melakukan penafsiran hukum hak-hak asasi yang dijamin; 4. Memasukkan argumentasi HAM dalam putusan.	60"	

Sesi 8: Argumentasi Hukum dan Penyeimbangan Hak (*Balancing Rights*) Dalam Mengadili Perkara

Tujuan Umum: Memahami konsep-konsep dan mampu menerapkan metode penyeimbangan hak (*balancing rights*), khususnya dengan mempertimbangkan prinsip-prinsip HAM, dalam memeriksa dan memutus perkara

Tujuan Khusus:

- Mampu menjelaskan tentang konsep dan paradigma menimbang hak (*balancing rights*);
- Mampu menjelaskan dan mampu menerapkan metode serta tahapan-tahapan dalam menimbang prinsip-prinsip HAM dalam proses memeriksa dan memutus perkara;
- Memiliki keterampilan dan dapat menerapkan metode dan tahapan menimbang prinsip-prinsip HAM (*balancing rights*) dalam menyusun putusan pengadilan.

Materi	Waktu (Total 360 menit)	Metode
Studi Kasus Hak Atas Kebebasan Bereksprei dalam KUHP 2023	90"	<p>Peserta melakukan analisa kasus dalam kelompok dengan mempertimbangkan:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Unsur-unsur pasal pidana dalam KUHP 2023; • Asas, teori, dan prinsip hukum pidana; • Prinsip-prinsip HAM, khususnya terkait pembatasan HAM yang sah/diperbolehkan; <p>Pertanyaan Kunci:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dari kasus tersebut, apakah terdapat ekspresi yang berkaitan dengan pasal dalam KUHP 2023? Jika ada, ekspresi mana saja dan pasal berapa? • Menurut kelompok anda, apakah ekspresi tersebut proporsional untuk dibatasi dengan instrumen pidana? Jelaskan analisis kelompok anda dengan menggunakan prinsip-prinsip hukum pidana dan instrumen-instrumen HAM seperti ICCPR, Komentar Umum No. 34, <i>Siracusa Principles</i>, <i>Camden Principles</i>, <i>Johannesburg Principles</i>, <i>Rabat Plan of Action</i>, dll!
5. Presentasi dan Pembahasan	90"	<ul style="list-style-type: none"> • Peserta melakukan presentasi atas analisis hukum yang disusun. • Narasumber memberikan komentar dan masukan atas analisa hukum pidana dan hak asasi manusia

Daftar Isi

1. Pembuatan Putusan dan Analisa Hukum 3
1.1. Analisa dan Penalaran Hukum
1.2. Fungsi Hakim dalam Menemukan Hukum
2. Tujuan dan Arti Penting <i>Balancing Rights</i> untuk Keadilan dan Perlindungan HAM
3. Peran Hakim Dalam Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan Melalui Putusan Hakim
3.1. Penerapan norma-norma HAM dalam putusan pengadilan
3.2. Menyeimbangkan hak dan kepentingan
4. Metode dan Tahapan Dalam Penerapan Penyeimbangan Hak (<i>Balancing Rights</i>)
5. Langkah-Langkah Penyeimbangan Hak (<i>Balancing Rights</i>)
6. Studi Kasus Hak atas Kebebasan Berekspreasi dalam KUHP 2023

MATERI

1. Pembuatan Putusan dan Analisa Hukum^[314]

1.1. Analisis dan Penalaran Hukum

Penalaran hukum merupakan cabang dari penalaran praktis yang memiliki fungsi membantu pengacara atau ahli hukum menggunakan penalaran mereka di dalam memutuskan bagaimana sebaiknya menerapkan sebuah hukum di dalam sebuah situasi ataupun pilihan. Penalaran hukum menekankan proses menimbang fakta-fakta dan hukum yang akan digunakan di dalam menyelesaikan suatu persoalan hukum atau situasi hukum. Bagi hakim, penalaran atau analisis hukum adalah langkah penting di dalam membuat sebuah keputusan yang tepat. Secara hukum, hakim diwajibkan untuk memberikan pertimbangan yang cukup di dalam menilai sebuah kasus dihadapannya. Dalam konteks memberikan pertimbangan hukum inilah, penalaran hukum berperan penting dalam membantu hakim untuk memberikan putusan dengan pertimbangan yang cukup.^[315]

Sidharta menguraikan bahwa penalaran Hukum sebagai kegiatan berfikir problematis dari subjek hukum (manusia) sebagai mahluk individu dan sosial di dalam lingkaran kebudayaannya. Namun, penalaran hukum tidak mencari penyelesaian ke ruang-ruang yang terbuka tanpa batas. Ada tuntutan bagi penalaran hukum untuk juga menjamin stabilitas dan prediktibilitas dari putusannya dengan mengacu pada sistem hukum positif. Demi kepastian hukum, argumentasi yang dilakukan harus mengikuti asas penataan ini, sehingga putusan-putusan itu (misalnya antara hakim yang satu dengan hakim yang lain dalam mengadili kasus serupa) relatif terjaga konsistensinya (*asas similia similibus*). Merujuk pada pandangan Arif B. Sidharta, tipe argumentasi dalam penalaran hukum sebagai "berfikir problematikal tersistematisasi" (*gesystematiseerd probleemdenken*).^[316]

Terdapat 3 (tiga) definisi yang dapat diberikan bagi penalaran hukum: (a) penalaran ialah untuk mengkontekstualisasi isi peraturan perundang-undangan terkait dengan isu-isu tertentu; (b) penalaran terhadap isi dari sebuah peraturan perundang-undangan untuk diterapkan dalam putusan pengadilan di dalam menyelesaikan persoalan hukum di dalam sebuah kasus; (c) penalaran mengenai keputusan yang harus diambil oleh pengadilan, berikut pertimbangan-pertimbangannya.^[317]

[314] Mahkamah Agung dan International Labour Organization, *Kurikulum untuk Hakim Pengadilan Industrial*, 2013, hal. 479 – 507 dan Sidharta, Penalaran Hukum, Makalah, Disampaikan dalam Diskusi di Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), 17 April 2008.

[315] Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3 Tahun 1974 tentang Putusan yang Harus Cukup Diberi Pertimbangan/Alasan.

[316] Sidharta..., *Op.cit.*, hal. 2.

[317] Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning*, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/> diunduh pada 25 Oktober 2011.

Sidharta menguraikan tentang aspek-aspek kunci yang harus dipahami sebelum memasuki lebih jauh tentang penalaran hukum, yakni mencakup modalitas dalam kajian ontologis, epistemologis, dan aksiologis. Aspek ontologis menyoroti pemaknaan hakikat hukum, sementara aspek epistemologis lebih terkait dengan persoalan-persoalan metodologis. Sedangkan aspek aksiologis mengacu pada tujuan-tujuan yang ditetapkan dalam penalaran hukum itu. Kesemua aspek tersebut akan meletakkan pola dasar model-model penalaran hukum.^[318]

Dalam melakukan penalaran hukum terdapat 2 (dua) aspek yang penting untuk dinilai, yaitu: melakukan penelitian terhadap fakta dan penilaian terhadap hukum. Kesalahan paling umum dilakukan oleh hakim-hakim di Indonesia adalah membalik proses yang ada, yakni, melakukan pemilihan hukum terlebih dahulu yang kemudian baru diterapkan ke dalam fakta. Akibatnya, terkadang antara pertimbangan fakta dan hukum yang digunakan seringkali menjadi tidak tepat. Karena itu, sangat penting bagi hakim untuk meluruskan faktanya terlebih dahulu, baru kemudian mendiskusikan hukum yang akan digunakan.

Di dalam penerapan hukum, diskursus yang terjadi sangat terkait dengan fungsi hakim dalam melakukan penemuan hukum jika terjadi ketidakjelasan atau pemaknaan yang membingungkan dari hukum. Terlebih lagi, hakim harus melakukan penemuan hukum, jika hukum tidak memberikan penjelasan atau pengaturan terhadap persoalan yang ada.

Prof. Dr. H. Abdul Manan membedakan 2 (dua) level aktivitas penalaran: pertama adalah penalaran pada level penafsiran, dan kedua penalaran dalam melakukan konstruksi logika hukum (konstruksi hukum).^[319] Perbedaan keduanya terletak pada aktivitas penalaran yang dilakukan. Interpretasi hanya merupakan bentuk penalaran yang mendefinisikan kata di dalam peraturan perundang-undangan, di mana konstruksi hukum adalah aktivitas penalaran untuk menyelesaikan persoalan atau mengklarifikasi formulasi dari suatu pengaturan dalam peraturan perundang-undangan, serta memecahkan persoalan ketidakpastian yang terkandung di dalamnya dalam memecahkan suatu kasus.^[320]

Sidharta, merujuk pada pandangan Burghat dan Winkelman, mengatakan syarat pertama untuk mengenali isi suatu aturan hukum adalah dengan pembacaan teks dengan baik. Hal ini penting karena tidak semua aturan hukum dirumuskan dengan baik. Merujuk pada pandangan Scholten, bahwa tiap undang-undang, juga yang terbaik dirumuskan, memerlukan penafsiran.^[321] Pandangan ini mengantarkan hakim pada keperluan untuk melakukan interpretasi.

Metode penafsiran adalah salah satu metode penemuan hukum (*rechvinding*), selain metode konstruksi atau argumentasi. Terdapat banyak metode interpretasi, yang satu sama lain saling melengkapi dan masing-masing metode penafsiran tersebut mempunyai ciri-ciri tersendiri.^[322]

Terdapat beberapa metode di dalam melakukan interpretasi, sebagai berikut:^[323]

1. Metode penafsiran substantif;

Dalam metode ini hakim menerapkan suatu teks ke dalam kasus konkret dengan menggunakan silogisme sebagai alat, sebelum memasuki penalaran yang lebih kompleks.

2. Penafsiran berdasarkan struktur dan tata bahasa;

Peraturan perundang-undangan ini distrukturkan ke dalam struktur bahasa pada umumnya, demikian pula putusan hakim. Oleh karenanya, untuk menentukan arti kata dari makna yang tidak jelas dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan, maka dibutuhkan penafsiran dengan menggunakan aturan tata bahasa untuk menjelaskan posisi subjek dan objek dalam formulasi suatu kalimat perundang-undangan. Dengan kata lain, penafsiran gramatikal digunakan untuk melakukan standarisasi terhadap struktu bahasa perundang-undangan yang terkadang ambigu, seperti, ketidakjelasan subjek; objek; dan predikat dalam sebuah rumusan kalimat.

3. Interpretasi sistematis;

Interprestasi sistematis dilakukan dengan cara menggabungkan antara 2 (dua) pengaturan atau lebih di dalam suatu sistem hukum. Di dalam metode ini, peraturan perundang-undangan dilihat sebagai satu kesatuan yang utuh, di mana penafsiran satu kata dalam peraturan perundang-undangan tidak dapat dipisahkan dengan kata dalam pengaturan di perundang-undangan lainnya.

[318] Sidharta..., *Op.cit.*, hal. 3.

[319] Ahmad Ali dalam Prof. Dr. H. Abdul Manan, S.H., S.IP., M.Hum, Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara di Peradilan Agama, hal. 5-17. <rakernas.mahkamahagung.go.id/index.php/rakernas-2010/peradilan_agama%3Fdownload%3D9%253Apenemuan-hukum-oleh-hakim-h-abdul-manan>, diunduh pada 25 Oktober 2011.

[320] *Ibid.*, hal. 7-8.

[321] Sidharta..., *Op.cit.*, hal. 51-52.

[322] *Ibid.*

[323] *Ibid.*, hal. 5.

4. **Penafsiran sejarah;**

Penafsiran sejarah menafsirkan peraturan perundang-undangan berdasarkan kondisi kesejarahan terkait dengan suatu peristiwa, yang menjadi dasar lahirnya suatu peraturan perundang-undangan. Di dalam praktik peradilan, penafsiran sejarah dapat dibedakan antara penafsiran sejarah terhadap suatu peristiwa tertentu; terhadap sebuah undang-undang; atau sejarah hukum dalam konteks keseluruhan. Penafsiran sejarah mencari tujuan dari pembuat undang-undang dalam merumuskan sebuah hukum, di mana penafsiran sejarah dalam sistem hukum mencari fungsi spesifik sebuah konsep hukum dalam garis pemikiran hukum yang berkembang.

5. **Penafsiran sosiologis atau teleologis;**

Penafsiran ini menerapkan makna dari undang-undang dan menghubungkannya dengan tujuan dari masyarakat kontemporer. Dalam metode penafsiran hakim melakukan penafsiran hukum berdasarkan maksud dari undang-undang dan menemukannya pada tujuan pembuatan undang-undang, serta tidak menafsirkannya kata per kata. Hal ini untuk memberikan pengertian baru agar hukum selalu relevan dengan keadaan dan tujuan berdasarkan kondisi kekinian masyarakat.

6. **Metode perbandingan;**

Metode penafsiran perbandingan merupakan metode yang membandingkan antara pengaturan di wilayah hukum (negara lain) tertentu dengan pengaturan dengan wilayah hukum di tempat lain (negara lain), namun dalam isu pengaturan yang sama.

7. **Penafsiran terbatas/restriktif;**

Penafsiran terbatas/restriktif ialah penafsiran yang menjelaskan ruang lingkup berlakunya sebuah perundang-undangan. Penafsiran terbatas dimaksudkan untuk membatasi keberlakuan perundang-undangan sesuai dengan pengertian dalam struktur ketatabahasaan. Bentuk penafsiran ini biasanya dilakukan di dalam bidang hukum pidana. Namun, beberapa yurisprudensi menunjukkan kecenderungan untuk memperluas pengertian undang-undang sebagai lawan dari penafsiran terbatas.

8. **Penafsiran ekstensif;**

Penafsiran ekstensif merupakan penafsiran yang cenderung untuk memperluas keberlakuan sebuah perundang-undangan dari makna awalnya yang didasarkan pada penafsiran ketatabahasaan.

9. **Penafsiran futuristik;**

Penafsiran futuristik adalah penafsiran yang mengantisipasi pemberlakuan sebuah perundang-undangan yang belum diundangkan, namun memiliki tingkat kemungkinan yang tinggi bahwa undang-undang tersebut akan diundangkan. Biasanya, hakim akan merujuk pada sebuah rancangan undang-undang.

10. **Penafsiran otentik;**

Penafsiran menurut batasan yang dicantumkan dalam peraturan itu sendiri, yang biasanya diletakkan pada bagian *Memorie van Toelichting*, rumusan ketentuan umumnya, maupun dalam salah satu rumusan pasalnya.^[324]

Metode-metode interpretasi diatas dapat dikelompokkan berdasarkan dua pendekatan, yaitu: (1) *textualist approach* (*focus on text*); dan (2) *the purposive approach* (*focus on purpose*). Interpretasi gramatikal dan otentik termasuk pendekatan pertama, sementara metode interpretasi lainnya mengacu pada pendekatan kedua.^[325]

Aktivitas penalaran kedua ialah konstruksi hukum. Proses penalaran ini ditujukan untuk memecahkan persoalan di mana hukum tidak bisa memberikan jawaban atau terlihat jelas dan gamang dalam menyelesaikan persoalannya.^[326] Terdapat 3 (tiga) persyaratan bagi hakim dalam melakukan persoalan-persoalan hukum tersebut. Pertama, konstruksi hukum harus di dalam batas-batas hukum yang berlaku. Kedua, konstruksi hukum tidak boleh memiliki kontradiksi logika. Ketiga, konstruksi hukum haruslah elegan. Putusan tidak boleh terlihat seperti putusan hukum yang sewenang-wenang atau didasarkan pada penalaran yang tidak kuat. Konstruksi harus dilakukan untuk memberikan kejelasan bagi penerapan sebuah peraturan, sehingga dia tidak terlihat seperti membentuk hukum baru. Kegunaan dari konstruksi hukum agar hakim dalam membuat putusan dapat adil dan berguna.^[327]

Adapun metode dari konstruksi hukum adalah sebagai berikut:^[328]

[324] *Ibid.*, 53.

[325] *Ibid.*, 55.

[326] *Ibid.*, 7

[327] *Ibid.*

[328] *Ibid.*, 9 – 12

1. **Metode analogi;**

Metode ini digunakan jika hakim harus menerapkan hukum kepada fakta yang pengaturannya tidak dilakukan secara jelas, namun fakta tersebut memiliki kesamaan secara substansial dengan fakta yang diatur di dalam peraturan perundang-undangan. Metode analogi ini tidak diperkenankan dalam hukum pidana karena bertentangan dengan asas legalitas.

2. **Metode *argumentum a'contrario*;**

Metode ini digunakan jika hukum telah mengatur pada fakta tertentu. Ini berarti bahwa hukum hanyalah mengatur pada fakta-fakta tersebut dan fakta-fakta di luar hukum tersebut walaupun terdapat persamaan namun terdapat juga perbedaan, tidak dapat diterapkan dengan hukum tersebut. Pada penerapan metode ini, berlaku logika negatif terhadap premis yang berlawanan. Sebagai contoh, di dalam hukum perkawinan, pria tidak memiliki masa iddah, sedangkan wanita memiliki masa iddah. Berbeda dengan analogi yang menitikberatkan pada persamaan karakteristik dari fakta, pada *argumentum a'contrario* argumentasi ini dibangun pada perbedaan karakteristik dari fakta.

3. **Pengkonkretan hukum (*rechtsverviijnings*);**

Pada dasarnya, konstruksi hukum ini ialah untuk mengkonkretkan bahasa umum dari suatu peraturan perundang-undangan kepada peristiwa-peristiwa konkret. Dalam konteks ini, pengecualian atau deviasi dari norma umum dimungkinkan untuk mencapai keadilan. Sebagai contoh, di dalam formulasi bahasa 1365 KUH Perdata yang luas dalam menyebutkan tanggung jawab pelanggar. Di dalam penerapan terhadap kasus konkret, hakim harus juga mempertimbangkan apakah terdapat kontribusi dari korban terhadap kerugian yang ditimbulkan, jika kontribusi tersebut muncul maka kerugian tersebut juga harus dibayar berdasarkan pada prinsip proporsionalitas.

4. **Fiksi hukum**

Fiksi hukum ialah metode yang didasarkan pada ungkapan latin "*in dubio pro reo*." Prinsip ini mendasarkan diri bahwa masyarakat mengetahui hukum. Di dalam fiksi hukum, para pembuat undang-undang mengetahui bahwa beberapa realitas hukum terkadang tidak sesuai dengan perkembangan atau realitas yang ada. Metode ini menurut Satjipto Rahardjo berfungsi untuk menciptakan stabilitas dan mengisi kevakuman hukum. Fiksi hukum adalah metode untuk mendefinisikan fakta baru, yang kemudian dikonstruksikan di dalam personalitas hukum atau menjadi realitas hukum. Bagi hakim, fiksi hukum sangat berguna untuk menyelesaikan perkembangan terbaru di masyarakat yang belum diatur oleh hukum. Namun demikian, Apeldoorn memperingatkan aspek negatif dari penggunaan metode ini yang berpotensi dapat menyebabkan kesewenang-wenangan hakim di dalam membuat keputusan. Oleh karenanya, Apeldoorn menyatakan bahwa cara terbaik dalam menghadapi persoalan masyarakat terbaru ialah dengan menciptakan hukum yang dibentuk oleh pembuat undang-undang.^[329]

Sebagai catatan, penting untuk mengamati bahwa batas-batas metode interpretasi dan konstruksi hukum dalam banyak segi sangat tipis. Hal ini misalnya terkait dengan interpretasi ekstensif dan analogi, yang sama-sama terkesan memperluas keberlakuan suatu rumusan norma, namun dapat ditarik garis batas yang tegas. Merujuk pada pandangan Moeljatno, perbedaannya terkait dengan gradasi semata. Interpretasi ekstensif masih berpegang pada aturan yang ada, sementara pada analogi, peristiwa yang menjadi persoalan tidak dapat dimasukkan dalam aturan yang ada, meskipun diyakini bahwa peristiwa tersebut harusnya juga diatur atau dijadikan peristiwa hukum. Oleh karenanya, ada pandangan yang masih menerima interpretasi ekstensif dalam hukum pidana, namun menolak analogi karena dianggap bertentangan dengan asas legalitas.^[330]

1.2. Fungsi Hakim dalam Menemukan Hukum

Terdapat 2 (dua) aliran pemikiran yang bertentangan, terkait dengan peran hakim dalam menemukan hukum. Aliran pertama berpendapat bahwa hakim memiliki fungsi terbatas, yakni hanya menerapkan peraturan hukum. Perspektif ini didasari pada gagasan pemisahan kekuasaan oleh Montesquie. Hakim hanya memiliki peran untuk menerapkan hukum. Fungsi membuat hukum merupakan peran dan kewenangan dari legislatif. Di dalam adagiumnya, Montesquie menyatakan "*les judge de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de loi*." Sebagai tambahan, gagasan ini juga berakar pada kepercayaan bahwa kodifikasi dapat menyelesaikan semua persoalan hukum di masyarakat. Gerakan kodifikasi menganggap bahwa seiring dengan telah dikodifikasikannya hukum pidana dan perdata ke dalam sebuah buku, maka semua solusi terhadap persoalan hukum dapat ditemukan di dalam buku kodifikasi tersebut. Undang – undang merupakan sumber yang paling *legitimate*. Sehingga, hakim hanya dituntut untuk menerapkan hukum tersebut secara logis terhadap fakta, tanpa harus mempertimbangkan hal – hal lain. Di dalam ungkapan Apeldoorn, "tugas hakim

[329] U. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Pradnja Paramita: Jakarta, 1968), hal. 330.

[330] Sidharta..., *Op.Cit.*, hal. 58.

hanya untuk melakukan *subsumptie* (penyimpulan) dari peraturan perundang-undangan ke dalam putusannya.

Paham yang berlawanan di dalam penemuan hukum adalah aliran hukum bebas (*vrij rechtsvinding*). Perspektif ini menolak pandangan bahwa kodifikasi telah menyelesaikan semua persoalan hukum yang ada di masyarakat. Hukum perlu dikontekstualisasikan dan digali dari nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat. Namun demikian, aliran ini terbagi menjadi 2 (dua), yang saling bertentangan, di mana perspektif yang satu cenderung memberikan kebebasan penuh bagi hakim untuk memutuskan suatu kasus, tanpa adanya batasan, dan hakim memutuskan kasus berdasarkan temuannya sendiri terhadap hukum yang ada di masyarakat. Sedangkan yang lainnya berpandangan berbeda, yaitu hakim memiliki kebebasan, namun hakim masih harus mengikuti yang diciptakan oleh pemerintah.

2. Tujuan dan Arti Penting *Balancing Rights* untuk Keadilan dan Perlindungan HAM

Dalam berbagai perjanjian internasional lainnya, keseimbangan kepentingan dengan alasan-alasan perlindungan HAM dan kepentingan keadilan juga telah dirumuskan. Misalnya dalam konteks kasus-kasus terkait kejahatan siber (*cyber crimes*), *Convention on Cybercrimes* (CoC) yang menekankan pentingnya pengaturan yang memberikan keseimbangan atas penegakan hukum dan penghormatan kebebasan dasar dan perlindungan HAM. Pembukaan Konvensi ini menyatakan:

"Mindful of the need to ensure a proper balance between the interests of law enforcement and respect for fundamental human rights as enshrined in the 1950 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the 1966 United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and other applicable international human rights treaties, which reaffirm the right of everyone to hold opinions without interference, as well as the right to freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, and the rights concerning the respect for privacy;"^[331]

Konvensi tentang Kejahatan Siber tersebut secara definitif menyebut bahwa kepentingan penegakan hukum dalam kejahatan-kejahatan siber akan bersinggungan dengan hak-hak fundamental, diantaranya hak untuk berpendapat tanpa campur tangan, hak atas kebebasan berekspresi, dan hak-hak privasi.

Sebagai perbandingan, dalam konteks peraturan perundang-undangan Indonesia, UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana diubah dengan UU No. 19 Tahun 2016 (UU ITE 2016), menekankan bahwa berbagai pengaturan tentang pembatasan hak harus dilakukan sesuai dengan syarat-syarat pembatasan-pembatasan yang diperbolehkan dan semata-mata ditujukan untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak yang dilindungi. Penjelasan UU ITE 2016 menyatakan:

"Dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, hak dan kebebasan melalui penggunaan dan pemanfaatan Teknologi Informasi tersebut dilakukan dengan mempertimbangkan pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Keseimbangan untuk keadilan dan perlindungan HAM juga termasuk dalam konteks hak-hak yang prosedural, misalnya terkait dengan pengaturan dalam hukum-hukum acara pidana. Misalnya dalam pengaturan dalam Statuta Roma (*Rome Statute 1998*) untuk Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court/ICC*), memberikan korban hak-hak untuk partisipasi dalam proses peradilan pidana, namun harus tetap menghormati atau tidak boleh bertentangan dengan hak-hak tertuduh dan tidak konsisten dengan peradilan yang adil dan tidak memihak (*shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial*).^[332] Dalam praktiknya, menyeimbangkan kepentingan korban tersebut menjadi tantangan^[333] dan memerlukan peran penting dari jaksa dan hakim.

Dalam konteks Indonesia, hukum acara pidana sebagaimana diatur dalam KUHAP juga mengakui dan menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 yang menjunjung tinggi HAM. KUHAP dalam bagian Menimbang, menyatakan:

[331] *Council of Europe, Convention on Cybercrimes* (CoC), 23 November 2001, bagian Pembukaan.

[332] *Rome Statute 1998*, Pasal 68 ayat (1).

[333] IBA, *Balancing Rights, The International Criminal Court at a Procedural Crossroad, An International Bar Association, Human Rights Institute Report*, Mei 2009, hal. 9.

"a. bahwa Negara Republik Indonesia adalah negara hukum berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 yang menjunjung tinggi hak asasi manusia serta yang menjamin segala warganegara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya; ...

c. bahwa pembangunan hukum nasional yang demikian itu di bidang hukum acara pidana adalah agar masyarakat menghayati hak dan kewajibannya dan untuk meningkatkan pembinaan sikap para pelaksana penegak hukum sesuai dengan fungsi dan wewenang masing-masing ke arah tegaknya hukum, keadilan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia, ketertiban serta kepastian hukum demi terselenggaranya negara hukum sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945;..."

3. Peran Hakim Dalam Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan Melalui Putusan Hakim

Merujuk pada kewajiban negara dalam perlindungan HAM, Negara mempunyai kewajiban yang bersifat positif (*positive duty*), yang mencakup dua kewajiban yakni melindungi dan memenuhi. Kewajiban melindungi adalah memberikan perlindungan, termasuk melindungi hak dari intervensi pelaku non-negara (*private interference*) dan kewajiban mengambil langkah-langkah yang perlu, misalnya melakukan pencegahan atas tindakan-tindakan yang mengancam pelaksanaan hak atau melakukan penghukuman kepada pelaku pelanggaran.

Institusi pengadilan sebagai bagian dari sistem ketatanegaraan juga merupakan pihak yang mempunyai kewajiban untuk melakukan penghormatan, perlindungan dan pemenuhan HAM. Hal ini tercermin dalam dalam UUD 1945, diantaranya Pasal 1 ayat (1) yang menyatakan bahwa "Indonesia adalah Negara Hukum" dan Pasal 24 ayat (1) yang menyatakan: "Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan."

Merujuk Pasal 1 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman) prinsip penyelenggaraan kekuasaan kehakiman adalah "Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila." Pasal 4 UU Kekuasaan Kehakiman juga menyatakan prinsip penting pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang adil dan tidak diskriminatif dengan menyebut bahwa pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang. Keseluruhan ketentuan tersebut mempunyai kesesuaian dengan norma-norma HAM dan menjadi landasan penting bagi pengadilan dalam melaksanakan fungsinya untuk menegakkan HAM.

Arti penting Pengadilan bagi penegakan hukum ditegaskan dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 39 Tahun 1999 yang menyatakan: "Setiap orang berhak untuk menggunakan semua upaya hukum nasional dan forum internasional atas semua pelanggaran hak asasi manusia yang dijamin oleh hukum Indonesia dan hukum internasional mengenai hak asasi manusia yang telah diterima negara Republik Indonesia." Pasal 5 ayat (2) dan (3) UU No. 39 Tahun 1999 juga menyatakan: "Setiap orang berhak mendapat bantuan dan perlindungan yang adil dari pengadilan yang objektif dan tidak berpihak."

Keseluruhan ketentuan tersebut mempunyai kesesuaian dengan norma-norma HAM dan menjadi landasan penting bagi pengadilan dalam melaksanakan fungsinya untuk menegakkan HAM. Prinsip non diskriminasi dan perlakuan yang setara merupakan prinsip-prinsip penting HAM yang sejalan dengan fungsi dan kewenangan pengadilan, dan kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Dengan demikian, para hakim juga mempunyai peranan penting dalam perlindungan dan penegakan HAM. Berbagai instrumen HAM internasional menekankan bahwa para hakim harus menggunakan kewenangannya untuk memastikan berjalannya *rule of law* dan penghormatan pada HAM.^[334] Prinsip Keenam Prinsip-prinsip Independensi badan-badan peradilan (*Basic Principle of the independence of the judiciary*) mensyaratkan bahwa badan-badan peradilan harus memastikan bahwa proses peradilan dilakukan dengan adil dan menghormati hak-hak para pihak.

3.1. Penerapan Norma-norma HAM dalam Putusan Pengadilan

Pengadilan dan para hakim mempunyai berbagai tanggung jawab untuk menegakkan keadilan, melindungi konstitusi dan demokrasi.^[335] Ketiganya merefleksikan tugas pengadilan dan hakim dalam melindungi hak-hak asasi manusia melalui penerapan prinsip-prinsip peradilan yang adil dalam proses peradilan dan putusan-putusan pengadilan.

[334] Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), *Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers*, Professional Training Series No. 9, 2003, hal. 25.

[335] Martin Martin Scheinin Helle Krunke, dan Marina Aksenova (eds), *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*, Edisi Ketiga, 2016, hal. 31-33.

Bahwa Putusan pengadilan, misalnya putusan dalam kasus-kasus pidana dengan memberikan hukuman penjara, merupakan bagian dari pembatasan HAM, yang dapat diuji justifikasinya apakah putusan-putusan pengadilan tersebut merupakan pembatasan yang sah dan dapat dibenarkan. Hukum HAM menyatakan bahwa setiap orang berhak atas kebebasan, dan pencabutan kebebasan tersebut dapat dilakukan dengan alasan-alasan yang misalnya melalui putusan pengadilan yang berwenang dengan proses peradilan yang memenuhi prinsip-prinsip fair trial atau melalui substansi putusan yang tidak sewenang-wenang dengan alasan-alasan yang masuk akal (*reasonable*) serta sesuai dengan kerangka HAM.

Berbagai putusan pengadilan di Indonesia, telah memberikan banyak preseden putusan yang mempertimbangkan norma-norma HAM sebagai bagian penting dalam pertimbangan hukum untuk memutuskan suatu perkara. Contoh terkini misalnya dalam Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta dalam kasus pelambatan akses/*bandwidth* (*throttling*), dengan menyatakan bahwa objek sengketa berupa pelambatan dan pemutusan jaringan internet yang melebihi Tindakan pembatasan HAM yang diperbolehkan dalam Pasal 40 ayat (2), (2a) dan (2b) UU ITE bukan lagi merupakan bentuk pembatasan (*restriction*) hak atas internet sebagaimana ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, Pasal 73 Undang-Undang Hak Asasi Manusia dan Pasal 19 ayat (3) Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (KIHSP), akan tetapi merupakan bentuk pengurangan (*derogation*) hak atas internet yang berimplikasi pada hak-hak lainnya sebagaimana dimaksud di dalam Pasal 4 ayat (1) KIHSP. Dengan memberikan argumentasi yang berbasiskan pada pertimbangan HAM tersebut, pengadilan menyatakan bahwa pemblokiran layanan data dan/atau pemutusan akses internet secara menyeluruh di Provinsi Papua adalah perbuatan melanggar hukum oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan.^[336]

Sebelum dalam Kasus Prita Mulyasari, Putusan PK Mahkamah Agung membebaskan Prita Mulyasari dari tuduhan melakukan pencemaran nama baik. Meski tidak dinyatakan secara eksplisit dalam putusan, Juru Bicara MA pada saat itu menyatakan bahwa dikabulkannya upaya hukum Peninjauan Kembali (PK) yang diajukan terpidana Prita Mulyasari berdasarkan faktor perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM).^[337] Selain itu, dalam sejumlah putusan pengadilan terkait hukum mati, terdapat pandangan dari majelis hakim yang tidak memutuskan hukuman mati karena dianggap melanggar HAM.^[338] Dalam sejumlah putusan MA, juga menyatakan tidak dapat diterimanya tuntutan jika syarat-syarat permintaan tidak dipenuhi seperti penyidik tidak menunjuk penasihat hukum bagi tersangka sejak awal penyidikan^[339], atau menyatakan bila tak didampingi oleh penasihat hukum di tingkat penyidikan maka bertentangan dengan Pasal 56 KUHP, BAP penyidikan dan penuntut umum batal demi hukum dan karenanya tuntutan PU tidak dapat diterima, walaupun pemeriksaan di sidang pengadilan didampingi penasihat hukum.^[340]

3.2. Menyeimbangkan Hak dan Kepentingan

Bahwa pengadilan dalam membentuk putusan dalam kasus-kasus tertentu mempunyai kewenangan untuk menggunakan penafsiran hukum serta melakukan penemuan hukum. Dalam konteks inilah terbuka ruang bagi para hakim untuk melakukan penilaian atas suatu perkara pidana, apakah suatu perbuatan itu memang benar merupakan tindak pidana atau merupakan perbuatan yang sah atau perbuatan tersebut merupakan pelaksanaan hak asasinya yang dilindungi hukum. Dalam banyak kasus, terdapat preseden para hakim dalam mengadili perkara pidana mempertimbangkan hak-hak asasi para terdakwa.

Berbagai putusan pengadilan, salah satunya dalam putusan PTUN Jakarta yang disebutkan diatas, argumen-argumen pertimbangan didasarkan pada adanya kebutuhan untuk memberikan keseimbangan pada konflik antar hak. Prinsip keseimbangan merupakan alat yang penting dalam memenuhi fungsi-fungsi yudisial (*the judicial role*) yang didasarkan pada identifikasi atas prinsip-prinsip yang relevan sebagai proses normatif untuk menyelesaikan konflik antara prinsip-prinsip dan jaminan hak yang berbeda-beda. Putusan yang dihasilkan merupakan penilaian atas tingkat atau derajat dari prinsip-prinsip yang saling berkonflik dan memutuskan derajat yang paling tinggi. Proses dalam menggunakan prinsip keseimbangan ini didasarkan pada identifikasi prinsip-prinsip yang relevan untuk menyelesaikan kasus yang diperiksa, dengan masing-masing prinsip mempunyai derajat atau kekuatan tertentu (*certain weight*).^[341]

[336] PTUN Jakarta, Nomor : 230/G/TF/2019/PTUN-JKT, hal. 267-268, 278-279.

[337] Beritasatu.com, *Alasan MA kabulkan PK Bebas Prita*, 18 September 2012, diakses dari: <https://www.beritasatu.com/hukum/72402-alasan-ma-kabulkan-pk-bebas-prita.html>

[338] Putusan MA Nomor 32 K/PID/2016, hal. 21.

[339] Putusan MA Nomor 1565 K/Pid/1991, 16 September 1993.

[340] Putusan MA Nomor 367 K/Pid/1998, 29 Mei 1998.

[341] Aharon Barak, dalam Scheinein, Krunke, dan Aksanova (eds), op.cit., hal. 40.

Dalam konteks ini, pertanyaan penting adalah bagaimana pengadilan dan para hakim menggunakan norma-norma HAM dalam memeriksa perkara yang mempunyai konflik antara hak, misalnya antara jaminan kebebasan berekspresi dan penegakan hukum-hukum yang terkait dengan penghinaan. Berbeda dengan pengujian undang-undang di MK atau pengujian peraturan di bawah undang-undang oleh MA, peradilan pidana tidak serta merta dapat "mengkontestasikan" suatu perbuatan dengan jaminan perlindungan HAM. Karakteristik peradilan pidana memfokuskan pada pembuktian tindak pidana dengan menyesuaikan fakta-fakta hukum dengan unsur-unsur tindak pidana yang dituduhkan kepada terdakwa. Para hakim biasanya hanya memfokuskan pada unsur-unsur perbuatan tersebut tanpa perlu mempertimbangkan aspek-aspek HAM dari perkara yang diadili, kecuali ada persoalan HAM yang disampaikan oleh terdakwa atau penasihat hukumnya. Konsekuensinya, banyak putusan yang kemudian dianggap tidak mampu memberikan perlindungan HAM atau Para hakim dianggap "tidak peduli" terhadap HAM.

4. Metode dan Tahapan Dalam Penerapan Penyeimbangan Hak (*Balancing Rights*)

Dalam peraturan perundang-undangan Indonesia, metode dalam menerapkan prinsip keseimbangan hak dalam pembentukan putusan dalam perkara tertentu belum banyak diatur sehingga belum adanya mekanisme yang cukup baku untuk menilai atau mempertimbangkan aspek-aspek HAM dalam suatu perkara pidana. Oleh karenanya, untuk membentuk putusan pengadilan yang berperspektif atau sesuai dengan norma-norma HAM yang dijamin perlu ada upaya untuk memperkecil kesenjangan teknis atau metode dalam pembuatan putusan dalam perkara pidana tersebut.

Salah satu metode yang dapat digunakan untuk menerapkan prinsip-prinsip dan keseimbangan HAM dalam pembentukan putusan adalah **interpretasi atas hak-hak asasi yang dijamin dan dilindungi**. Metode ini mensyaratkan bahwa pengadilan mempunyai mekanisme untuk menginterpretasikan jaminan-jaminan HAM dan pembatasannya baik yang diatur dalam hukum HAM Internasional maupun hukum nasional. Pengaturan hak-hak asasi manusia dalam hukum nasional, misalnya dalam UUD 1945 dan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, merupakan instrumen hukum yang penting untuk memahami hak-hak yang dijamin dan dilindungi dalam kerangka hukum nasional. Sementara instrumen HAM internasional dan putusan-putusan badan-badan PBB dan pengadilan internasional dapat membantu untuk menciptakan standar yang sama dan menjaga garis batas prinsip-prinsip yang tidak dapat dilampaui. Sebagai contoh, kebebasan berekspresi hanya bisa dibatasi berdasarkan pada Pasal 19 ayat (3) KIHSP atau berdasarkan pada Pasal 20 KIHSP.

Bahwa metode penafsiran adalah salah satu metode penemuan hukum (*rechvinding*), selain metode konstruksi atau argumentasi. Terdapat banyak metode interpretasi, yang satu sama lain saling melengkapi dan masing-masing metode penafsiran tersebut mempunyai ciri-ciri tersendiri.^[342] Terdapat beberapa metode di dalam melakukan interpretasi, sebagai berikut:^[343]

- (a). Metode penafsiran substantif" Dalam metode ini hakim menerapkan suatu teks ke dalam kasus konkret dengan menggunakan silogisme sebagai alat, sebelum memasuki penalaran yang lebih kompleks;
- (b). Penafsiran berdasarkan struktur dan tata Bahasa (gramatikal): Peraturan perundang-undangan ini distrukturkan ke dalam struktur Bahasa pada umumnya, demikian pula putusan hakim. Oleh karenanya, untuk menentukan arti kata dari makna yang tidak jelas dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan, maka penafsiran dengan menggunakan aturan tata Bahasa dibutuhkan, untuk menjelaskan posisi subjek dan objek dalam formulasi suatu kalimat perundang-undangan. Dengan kata lain, penafsiran gramatikal digunakan untuk melakukan standarisasi terhadap struktur Bahasa perundang-undangan yang terkadang ambigu, seperti, ketidakjelasan subjek, objek dan predikat dalam sebuah rumusan kalimat;
- (c). Interpretasi sistematis: Interpretasi sistemis dilakukan dengan cara menggabungkan antara dua pengaturan atau lebih di dalam suatu sistem hukum. Dalam metode ini, peraturan perundang-undangan dilihat sebagai satu kesatuan yang utuh, di mana penafsiran satu kata dalam peraturan perundang-undangan tidak dapat dipisahkan dengan kata dalam pengaturan di perundang-undangan lainnya;
- (d). Penafsiran sejarah: Penafsiran sejarah menafsirkan peraturan perundang-undangan berdasarkan kondisi kesejarahan terkait dengan suatu peristiwa, yang menjadi dasar lahirnya suatu peraturan perundang-undangan. Di dalam praktek peradilan, penafsiran sejarah dapat dibedakan antara penafsiran sejarah terhadap suatu peristiwa tertentu terhadap sebuah undang-undang atau sejarah hukum dalam konteks keseluruhan. Penafsiran sejarah mencari tujuan dari pembuat undang-undang, dalam merumuskan sebuah hukum, di mana penafsiran sejarah dalam sistem hukum mencari fungsi spesifik sebuah konsep hukum dalam garis pemikiran hukum yang berkembang;

[342] Sidharta..., *Op. Cit.*, hal. 51-52.

[343] Ahmad Ali..., *Op. Cit.*, hal. 5.

- (e). Penafsiran sosiologis atau teleologis: Penafsiran ini menerapkan makna dari undang-undang dan menghubungkannya dengan tujuan dari masyarakat kontemporer, di dalam metode penafsiran ini hakim melakukan penafsiran hukum berdasarkan maksud dari undang-undang, yang menekankan pada tujuan dari pembuatan undang-undang, dan tidak menafsirkannya dalam kata per kata. Hal ini untuk memberikan pengertian baru agar hukum selalu relevan dengan keadaan dan tujuan berdasarkan kondisi kekinian masyarakat.
- (f). Metode perbandingan: Metode penafsiran perbandingan merupakan metode yang membandingkan antara pengaturan di wilayah hukum (negara lain) tertentu dengan pengaturan dengan wilayah hukum di tempat lain (negara lain), namun dalam isu pengaturan yang sama;
- (g). Penafsiran terbatas/restriktif: Penafsiran terbatas/restriktif ialah penafsiran yang menjelaskan, di dalam menentukan ruang lingkup berlakunya sebuah perundang-undangan. Penafsiran terbatas dimaksudkan untuk membatasi keberlakuan perundang-undangan sesuai dengan pengertian dalam struktur ketatabahasaan. Bentuk penafsiran ini biasanya dilakukan di dalam bidang hukum pidana, namun demikian, beberapa yurisprudensi menunjukkan kecenderungan untuk memperluas pengertian undang-undang sebagai lawan dari penafsiran terbatas;
- (h). Penafsiran extensif: Penafsiran ekstensif merupakan penafsiran yang cenderung untuk memperluas keberlakuan sebuah perundang-undangan dari makna awalnya yang didasarkan pada penafsiran ketatabahasaan;
- (i). Penafsiran futuristik: Penafsiran futuristik adalah penafsiran yang mengantisipasi pemberlakuan sebuah perundang-undangan, yang belum diundangkan namun memiliki tingkat kemungkinan yang tinggi bahwa undang-undang tersebut akan diundangkan. Biasanya, hakim akan merujuk pada sebuah rancangan undang-undang;
- (j). Penafsiran Otentik: Penafsiran menurut batasan yang dicantumkan dalam peraturan itu sendiri, yang biasanya diletakkan pada bagian penjelasan (*memorie van toelichhting*), rumusan ketentuan umumnya, maupun dalam salah satu rumusan pasalnya. ^[344]

Metode-metode interpretasi diatas dapat dikelompokkan berdasarkan dua pendekatan, yaitu (1) *textualist approach* (fokus pada teks) dan (2) *purposive approach* (fokus pada tujuan). Interpretasi gramatikal dan otentik termasuk pendekatan pertama, sementara metode interpretasi lainnya mengacu pada pendekatan kedua. ^[345]

Dalam konteks penggunaan interpretasi dalam menyeimbangkan hak, kedua pendekatan interpretasi dapat digunakan. Misalnya penggunaan *textualist approach* dalam menilai cakupan kebebasan berekspresi merujuk pada cakupan kebebasan berekspresi sebagaimana diatur dalam Pasal 19 ayat (2) KIHSP, yakni setiap orang berhak atas kebebasan untuk berekspresi dan hak tersebut termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari media yang digunakan, baik secara lisan, tertulis, atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya. Sementara pembatasannya, harus merujuk pada pembatasan-pembatasan yang telah ditetapkan sesuai dengan Pasal 19 ayat (3) KIHSP yakni dilakukan sesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk: (a) menghormati hak atau nama baik orang lain; dan (b) melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral publik.

Sementara penggunaan *purposive approach* adalah dengan menerapkan interpretasi atas maksud atau tujuan dibentuknya suatu UU atau pengaturan tertentu. Misalnya dalam konteks pembatasan, interpretasi dilakukan dengan menelusuri tujuan-tujuan pembentukan UU atau pengaturan pada pembatasan-pembatasan tertentu. Sebagai contohnya, penjelasan dalam UU ITE yang menyatakan bahwa "hak dan kebebasan melalui penggunaan dan pemanfaatan Teknologi Informasi dilakukan dengan mempertimbangkan pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain...", yang berarti bahwa penerapan ketentuan-ketentuan dalam UU ITE misalnya terkait dengan pencemaran nama baik hanya bisa dilakukan untuk tujuan-tujuan yang telah ditetapkan

5. Langkah-Langkah Penyeimbangan Hak (*Balancing Rights*)

Langkah-langkah pembentukan putusan untuk menyeimbangkan kepentingan hak yang berbeda-beda, dapat dilakukan dengan tahapan-tahapan berikut:

(1). Melakukan identifikasi apakah suatu perbuatan pidana yang didakwakan bersinggungan atau berpotensi melanggar hak asasi terdakwa

Identifikasi suatu perbuatan pidana yang dituduhkan kepada terdakwa merupakan tahap awal untuk menilai apakah suatu perbuatan bersinggungan dengan hak-hak terdakwa. Dalam kasus penodaan agama misalnya, hakim dapat

[344] Sidharta..., Op. Cit., hal. 53.

[345] *Ibid.*, hal. 55.

melakukan identifikasi perbuatan dari fakta-fakta yang ada dalam surat dakwaan, apakah suatu perbuatan tersebut merupakan pendoaan agama atau perbuatan tersebut dilakukan terdakwa karena keyakinan tertentu yang dianutnya. Sebagai contoh, terdakwa melakukan perbuatan tertentu karena melaksanakan keyakinannya sebagai pelaksanaan dari kebebasan beragama atau berkeyakinan. Sementara perbuatan tersebut dilaporkan oleh masyarakat karena dianggap melakukan penodaan atau penghinaan agama. Berdasarkan fakta-fakta dalam surat dakwaan, hakim dapat menilai bahwa ada konflik antar hak, yakni dalam satu sisi pemenuhan hak keadilan bagi masyarakat yang merasa keyakinannya dinodai atau dihina dan hak terdakwa yang melaksanakan perbuatannya yang dijamin oleh undang-undang.

Contoh lainnya adalah dakwaan penodaan agama karena pernyataan atau ekspresi terdakwa. Pihak pelapor menyatakan bahwa terdakwa melakukan penghinaan agama, sementara terdakwa menyatakan perbuatannya merupakan bentuk ekspresi seni, karena terdakwa merupakan seniman dan dinyatakan dalam forum kebudayaan. Hakim dapat melakukan identifikasi bahwa ada potensi konflik perlindungan hak, yakni antara kewajiban mengadili dan menghukum pelaku jika bersalah dengan potensi pelanggaran hak atas kebebasan berpendapat atau kebebasan berekspresi terdakwa.

Demikian pula dalam kasus pencemaran nama baik, hakim harus dapat mengidentifikasi apakah perbuatan terdakwa merupakan ekspresi yang sah, misalnya perbuatan terdakwa adalah merupakan bentuk dari kritik kepada publik atau demi kepentingan umum. Sementara kasus yang diadili adalah kasus penghinaan yang ditujukan untuk melindungi reputasi atau nama baik seseorang yang merupakan alasan yang sah untuk adanya pembatasan. Pada sisi yang sama, kritik pada pejabat publik merupakan ekspresi yang dilindungi berdasarkan hukum HAM internasional dan alasan adanya kepentingan umum merupakan alasan yang dapat digunakan untuk melepaskan terdakwa dari tuduhan penghinaan.

Dalam hal identifikasi telah dilakukan dan ditemukan adanya potensi konflik antar hak, hakim sejak awal perlu menyadari bahwa pertimbangan-pertimbangan hukum tidak lagi semata-mata membuktikan unsur-unsur tindak pidana dari suatu perbuatan yang dituduhkan kepada terdakwa, namun telah masuk dalam masalah-masalah HAM. Untuk membangun putusan yang melindungi HAM dan mampu menyeimbangkan perlindungan hak-hak yang saling berkontradiksi tersebut, para hakim sudah dapat memulai mengidentifikasi prinsip-prinsip HAM yang relevan dapat digunakan dalam membantu membangun argumen dalam pembentukan putusan.

(2). Mengidentifikasi ketentuan-ketentuan HAM yang menjadi hak asasi terdakwa, utamanya terkait dengan tuduhan kepada terdakwa

Tahap selanjutnya adalah hakim melakukan identifikasi atas ketentuan-ketentuan HAM yang relevan jika terdapat isu-isu HAM dalam perkara yang diadili. Identifikasi atas ketentuan-ketentuan HAM ini penting sebagai indikator untuk menentukan apakah memang perbuatan terdakwa merupakan pelaksanaan hak yang sah dan dijamin oleh hukum. Sebagai contoh, dalam kasus penodaan agama yang bersinggungan dengan hak untuk melaksanakan kebebasan beragama, hakim dalam melihat ketentuan-ketentuan terkait dengan jaminan hak atas kebebasan beragama atau berkeyakinan tersebut dalam UUD 1945 dan peraturan perundang-undangan lainnya serta instrumen HAM internasional yang telah diterima oleh Indonesia.

Demikian pula jika kasus yang diperiksa bersinggungan dengan hak atas kebebasan berekspresi, hakim perlu mengidentifikasi ketentuan-ketentuan yang relevan tentang jaminan perlindungan kebebasan berekspresi. Misalnya jika dalam kasus pencemaran nama baik yang diatur dalam UU ITE, merujuk pada hukum nasional, hakim perlu melihat ketentuan dalam UU 1945, UU HAM, UU Pers, UU Keterbukaan Informasi Publik, UU Kebebasan Menyampaikan Pendapat Dimuka Umum dan sebagainya. Hakim juga perlu merujuk pada ketentuan-ketentuan dalam hukum HAM internasional terkait dengan kebebasan berekspresi, misalnya dalam DUHAM, Pasal 19 KIHSP, Komentar Umum Komite HAM PBB, dan sejumlah dokumen HAM lainnya yang relevan.

Identifikasi atas instrumen-instrumen hukum yang relevan ini akan membantu hakim dalam mengkonstruksi kasus dan memberikan pertimbangan-pertimbangan tentang apakah perbuatan terdakwa adalah bagian dari hak asasi yang dijamin, apakah perbuatan terdakwa dapat dibatasi misalnya dengan memberikan hukuman pidana, atau apakah hukuman kepada terdakwa merupakan hukuman yang proporsional.

Sebagai catatan, ketentuan HAM internasional yang telah diterima oleh Indonesia merupakan bagian dari hukum nasional. Pasal 7 ayat (2) UU No. 39 Tahun 1999 menyatakan bahwa "Ketentuan hukum internasional yang telah diterima negara Republik Indonesia yang menyangkut hak asasi manusia menjadi hukum nasional". Hal ini berarti bahwa hakim dapat menggunakan atau merujuk ketentuan-ketentuan hukum internasional yang telah diratifikasi atau diakses oleh

Indonesia. Dalam konteks perlindungan kebebasan beragama atau berkeyakinan misalnya, hakim juga dapat merujuk pada ketentuan perlindungan hak-hak tersebut sebagaimana dijamin dalam Pasal 18 Kovenan Sipol beserta penafsiran atas pasal tersebut yang tertuang dalam berbagai Komentar Umum Komite HAM PBB. Selain itu, dalam praktik peradilan perkara pidana di Indonesia, telah banyak penerapan norma-norma HAM internasional dalam membentuk argumen hukum dalam putusan pengadilan.

(3). Menguji fakta-fakta hukum yang ada dengan jaminan hak yang dilindungi dan melakukan penafsiran hukum hak-hak asasi yang dijamin

Tahap ketiga adalah melakukan pengujian atas fakta-fakta hukum yang ada dengan indikator-indikator jaminan hak tertentu. Pengujian fakta-fakta ini dilakukan untuk melakukan penilaian apakah perbuatan terdakwa merupakan pelaksanaan HAM yang sah dan dijamin oleh hukum. Sebagai contoh, seorang terdakwa yang menganut keyakinan leluhurnya diadili karena dituduh melakukan penodaan agama karena praktik pelaksanaan keyakinannya menyerupai agama lainnya dan dianggap sebagai penghinaan terhadap agama tersebut. Hakim dalam menguji perbuatan ini harus merujuk pada ketentuan tentang kebebasan beragama atau berkeyakinan, termasuk menggunakan indikator-indikator hak tersebut, sehingga secara tepat dapat menilai bahwa perbuatan terdakwa merupakan pelaksanaan hak dan bukan untuk melakukan penodaan atau penghinaan agama.

Bahwa dalam konteks perlindungan HAM, putusan pengadilan yang menghukum seorang terdakwa yang alasan yang tidak cukup dapat dianggap sebagai tindakan pembatasan hak yang melanggar HAM. Oleh karenanya, indikator atau prinsip-prinsip pembatasan yang diperbolehkan juga menjadi unsur penting yang dinilai oleh hakim dalam membuat putusan dan menjatuhkan hukuman kepada terdakwa. Sebagai contoh, terkait dengan hak atas kebebasan berekspresi, hakim dapat menggunakan prinsip-prinsip pembatasan yang diperbolehkan dalam membentuk argumen hukum. Misalnya, apakah hukuman yang dijatuhkan pada terdakwa yang melaksanakan kebebasan berekspresinya tersebut adalah proporsional, perbuatan tersebut benar-benar melanggar hak asasi orang lain, serta penjatuhan hukuman tersebut diperlukan dalam negara yang demokratis. Demikian juga dengan putusan untuk menjatuhkan hukuman kepada terdakwa yang dituduh menodai agama, apakah hukuman ini sesuai dengan prinsip-prinsip pembahasan yang diperbolehkan, yakni hanya bisa dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak-hak dan kebebasan mendasar orang lain.

Dalam tahap ini, kesimpulan hakim atas fakta-fakta tertentu akan sangat tergantung dengan pemahaman atas konteks kasus dan penggunaan prinsip-prinsip HAM yang dirujuk. Misalnya dalam menilai apakah perbuatan terdakwa adalah kepentingan umum atau kritik pada pejabat publik, hakim dapat menghubungkan dengan pemaknaan kritik publik sebagai perbuatan yang dilindungi dalam kebebasan berekspresi. Demikian pula dengan ekspresi-ekspresi yang menggunakan simbol-simbol atau media seni tertentu, misalnya pengibaran bendera atau simbol-simbol yang terkait dengan lambang-lambang negara lain, hakim dapat menggunakan pendekatan HAM bahwa ekspresi simbolik (*symbolic expression*) dan ekspresi dalam bentuk seni (*artistic expression*) merupakan bagian dari kebebasan berekspresi, sehingga penghukuman atas ekspresi simbolik atau seni tersebut akan dapat dianggap melanggar HAM.

(4). Memasukkan argumentasi HAM dalam putusan

Tahap akhir dari penerapan norma-norma HAM dalam membentuk argumen hukum dalam putusan pengadilan adalah memasukkan pertimbangan-pertimbangan HAM dalam putusan tersebut. Secara teknis, pertimbangan tentang argumen HAM dapat diletakkan dalam:

Pertama, dinyatakan dalam pertimbangan-pertimbangan dan analisis fakta-fakta hukum sebagai bagian dari pembuktian unsur-unsur tindak pidana. Misalnya dalam kasus pencemaran nama baik dengan dakwaan pelanggaran pasal 27 ayat (3) UU ITE, unsur yang harus dibuktikan adalah "dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi dan/atau dokumen elektronik yang dimiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik", sehingga pertimbangan-pertimbangan HAM dapat dimasukkan sebagai bagian dari argumen tentang terpenuhinya unsur-unsur tersebut. Dalam hal terdakwa melakukan ekspresi dimuka umum dan bertujuan untuk melakukan kritik pada kebijakan publik, pertimbangan-pertimbangan HAM dapat diberikan dan dinyatakan dalam putusan untuk memberikan argumentasi tentang pentingnya perlindungan reputasi dan di sisi lain adanya pertimbangan bahwa kritik pada pejabat publik bukan merupakan kualifikasi dari perlindungan nama baik. Dengan demikian, hakim akan secara komprehensif mampu membangun argumen-argumen berdasarkan ketentuan hukum dan HAM.

Kedua, pertimbangan-pertimbangan HAM dapat diletakkan dalam bagian terpisah setelah penguraian unsur-unsur perbuatan pidana atau berada dalam penguraian unsur-unsur tentang perbuatan pidana. Sebagai contoh dalam kasus penodaan agama berdasarkan Pasal 156a huruf a KUHP, terdapat unsur melakukan "penodaan," di mana hakim dapat memberikan argumentasi hukum dengan mendasarkan pada indikator jaminan HAM setelah menguraikan penilaian atas fakta-fakta hukum dengan terpenuhinya unsur "penodaan." Kedua argumentasi tersebut kemudian disandingkan untuk menilai bahwa perbuatan terdakwa memang merupakan "penodaan" atau pelaksanaan hak yang dijamin, misalnya sebagai bagian dari keyakinan yang dijamin atau merupakan kebebasan berpendapat dan berekspresi yang sah.

Ketiga, penempatan argumen HAM dapat dilakukan setelah penguraian unsur-unsur tindak pidana yang didakwakan. Hal ini dapat dilakukan, misalnya dalam hal perbuatan terdakwa dinyatakan memenuhi unsur-unsur perbuatan pidana, tetapi dari sisi perlindungan HAM terdapat pertimbangan lainnya yang memungkinkan tidak dijatuhkannya hukuman. Misalnya, dalam kasus pernyataan atau ekspresi yang dianggap menghina agama, meski secara fakta sesuai dengan unsur-unsur perbuatan penghinaan agama, hakim perlu menilai apakah penjatuhan hukuman tersebut diperlukan dan membahayakan kebebasan berpendapat dan berekspresi sebagai kebebasan yang penting untuk kehidupan yang demokratis. Hal ini merujuk pada prinsip proporsionalitas yang dapat dinilai berdasarkan apakah pembatasan yang dilakukan dan sanksi yang diterapkan (misalnya hukuman penjara), sesuai dengan dampak buruk yang ditimbulkan atau ada sanksi lain yang lebih masuk akal dan proporsional.

6. Studi Kasus Hak Atas Kebebasan Berekspreasi dalam KUHP 2023

Pelaksanaan studi kasus dilakukan dengan cara-cara sebagai berikut:

- (1). Bagi peserta ke dalam beberapa kelompok yang beranggotakan 4 – 5 orang peserta di setiap kelompoknya;
- (2). Tentukan kasus-kasus yang akan digunakan dalam kegiatan ini dimana setiap kelompok sedapat mungkin mendapatkan kasus yang berbeda dengan kelompok lain;
- (3). Berikan waktu kepada seluruh kelompok untuk mendiskusikan studi kasus yang diberikan untuk kemudian dipresentasikan dengan pertanyaan-pertanyaan kunci sebagai berikut:
 - (a). Dari kasus tersebut, apakah terdapat ekspresi yang berkaitan dengan pasal dalam KUHP 2023? Jika ada, ekspresi mana saja dan pasal berapa?
 - (b). Menurut kelompok anda, apakah ekspresi tersebut proporsional untuk dibatasi dengan instrumen pidana? Jelaskan analisis kelompok anda dengan menggunakan prinsip-prinsip hukum pidana dan instrumen-instrumen HAM seperti ICCPR, Komentar Umum No. 34, *Siracusa Principles*, *Camden Principles*, *Johannesburg Principles*, *Rabat Plan of Action*, dll!

Studi Kasus 1: "Menyanyikan dan Mengibarkan Bendera Sebuah Gerakan Kemerdekaan"

Insodonia 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 Insodonia, 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 Insodonia telah merdeka 100 (seratus tahun lebih). Padahal, Pulau Kalumu dikenal sebagai penghasil emas dan batu bara terbesar di Insodonia. 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 Insodonia dengan tujuan agar hasil kekayaan Kalumu tidak lagi diberikan ke pemerintah pusat Insodonia 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 2026 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 keributan. Dari kejadian tersebut, pihak keamanan mengamankan beberapa orang, termasuk menangkap Rantung Molungga yang dianggap sebagai provokator dan menuduhnya telah melakukan makar.

Studi Kasus 2: "Menyebarkan Berita Larangan Perayaan Hari Besar Keagamaan"

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 2026, 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. Perdebatan tersebut tidak hanya ramai di media sosial, tetapi juga lewat unjuk rasa dari pihak pro dan kontra di beberapa wilayah di Provinsi Dapang Barat. Seminggu setelah tulisan itu terbit, kepolisian menangkap Raja Dharma di kediamannya dengan tuduhan menyebarkan tulisan berupa penghinaan terhadap Pemerintah Kota Rhamasyada atas dasar laporan Walikota Rhamasyada.

Studi Kasus 3: “Menagih Utang Melalui Karangannya Bunga”

Tari Mutia dan Indah Ramajani adalah dua orang yang bersahabat sejak bangku kuliah. Sejak dulu, mereka terbiasa membantu satu sama lain. Kedekatan ini terus berlanjut hingga akhirnya mereka masing-masing menikah di mana Tari Mutia menikah dengan seorang kontraktor bangunan dan Indah Ramajani menikah dengan seorang anggota kepolisian. Namun, seiring berjalannya waktu dan bertambahnya kesibukan masing-masing, mereka menjadi jarang berkomunikasi.

Suatu hari, Indah Ramajani menghubungi Tari Mutia untuk meminjam uang. Indah Ramajani mengatakan bahwa ia sedang membutuhkan uang untuk modal usaha bersama teman-temannya. Ia berjanji akan mengembalikan uang tersebut dalam waktu 2 (dua) tahun dan juga menjanjikan untuk memberikan bonus tambahan apabila Tari Mutia bersedia meminjamkan uangnya. Atas dasar pertemanan, Tari Mutia pun memberikan pinjaman uang kepada Indah Ramajani.

Setelah 2 (dua) tahun berlalu, Indah Ramajani tidak kunjung mengembalikan uang Tari Mutia. Tari Mutia kemudian menghubungi Indah Ramajani untuk menanyakan perihal uang miliknya. Indah Ramajani menyatakan bahwa bisnisnya sedang sepi dan meminta beberapa kali perpanjangan waktu untuk mengembalikan uang Tari Mutia. Namun, uang tersebut tidak pernah dikembalikan kepada Tari Mutia.

Suatu hari, Tari Mutia mengetahui dari teman kuliahnya, Fauzia Siruru, bahwa Indah Ramajani akan melaksanakan pesta pernikahan untuk anaknya dalam waktu 6 bulan. Pesta ini diadakan di sebuah gedung yang terkenal paling mewah dan mahal di kota mereka tinggal. Mengetahui hal tersebut, Tari Mutia bertanya-tanya mengapa Indah Ramajani tidak mengundang dirinya dalam acara tersebut. Ia pun bingung mengapa Indah Ramajani dapat melaksanakan pesta yang sangat mewah, namun tidak dapat mengembalikan uang yang dipinjamnya dari Tari Mutia.

Atas kondisi tersebut, Tari Mutia mulai menghubungi Indah Ramajani untuk menanyakan hal-hal tersebut, khususnya terkait pengembalian uang milik Tari Mutia. Karena Indah Ramajani tidak merespon komunikasi tersebut, Tari Mutia kemudian mengirimkan pesan singkat yang berisi pertanyaan-pertanyaan tersebut. Namun, Indah Ramajani tetap tidak merespon komunikasi-komunikasi yang dilakukan Tari Mutia, meskipun sudah berlangsung selama 5 bulan. Tari Mutia pun merasa sangat kecewa dan marah atas perlakuan temannya tersebut.

Hari pesta pernikahan anak Indah Ramajani pun tiba. Banyak sekali orang-orang penting yang datang menjadi tamu dalam acara tersebut. Pesta ini juga dimeriahkan dengan banyaknya karangan bunga ucapan selamat untuk acara tersebut. Namun, ada satu karangan bunga yang menarik perhatian para tamu, yaitu karangan bunga dari Tari Mutia. Selain ucapan selamat, karangan bunga tersebut berisi tulisan “kalau sudah bisa buat pesta yang mewah, jangan lupa bayar utangnya ya”. Indah Ramajani yang mengetahui hal tersebut kemudian melaporkan Tari Mutia atas tuduhan pencemaran nama baik.

Studi Kasus 4: “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 bulan Mei tahun 2026, 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. Kemudian, pesan tersebut ternyata tersebar ke *whatsapp group* lain di luar *whatsapp group* panitia seleksi sehingga pernyataan Boin Yusuf tersebut mengundang reaksi dari kalangan civitas academica Universitas Bhutros Ghali. Ketua Panitia Seleksi, Nuha Razan, merasa tidak terima panitia seleksi dituduh melakukan praktik KKN dalam proses seleksi calon dosen tersebut. Nuha Razan kemudian melaporkan Boin Yusuf ke pihak yang berwenang karena menganggap Boin Yusuf telah mencemarkan nama baik panitia seleksi.

Studi Kasus 5: “Mural Kritik Terhadap Pejabat Publik”

Vierra Diyadanna dan Fitriana Indragama adalah pasangan Presiden dan Wakil Presiden terpilih pada Pemilihan Presiden Negara Batakarta tahun 2026 pasca mengalahkan rivalnya, pasangan Ria Agustina – Andih Sudani. Salah satu faktor terbesar yang menghantarkan kemenangan tersebut adalah janji kampanye Fitriana Indragama untuk menghadirkan 20 juta lapangan kerja baru bagi masyarakat Batakarta mengingat tingginya angka pengangguran di Batakarta. Saat kampanye, Fitriana Indragama menyatakan bahwa telah memiliki cara jitu untuk mengatasi masalah pengangguran tersebut dengan membuka banyak lapangan kerja baru, khususnya dengan memanfaatkan kemajuan teknologi informasi.

Setelah 2 (dua) tahun Vierra dan Fitriana menjabat sebagai Presiden dan Wakil Presiden, ternyata 20 juta lapangan kerja baru yang dijanjikan belum juga tersedia, sehingga angka pengangguran di Batakarta masih tinggi. Atas kondisi itu, banyak masyarakat yang kemudian kesal dan mengkritik pemerintahan Vierra dan Fitriana dengan menyatakan bahwa janji kampanye terkait membuka lapangan pekerjaan hanya omong kosong belaka untuk menarik simpati rakyat. Terlebih, tidak ada satupun program pemerintahan Vierra dan Fitriana yang berfokus untuk menanggulangi masalah tingginya angka pengangguran. Salah satu masyarakat tersebut adalah Nongbil Sihdina, warga Batakarta.

Pada suatu hari, Nongbil Sihdina berdiskusi dengan 2 orang temannya, Boris Gabe dan Kim Chae Monk, yang ternyata memiliki kekesalan yang sama dengan janji kampanye Fitriana Indragama untuk menanggulangi masalah pengangguran. Mereka pun akhirnya sepakat untuk meluapkan kekesalan mereka kepada pemerintahan Vierra dan Fitriana melalui sebuah mural di tembok jalan raya yang ramai dilewati orang. Malam harinya, mereka bertiga kemudian mulai menggambar mural wajah Fitriana Indragama yang memiliki hidung panjang dengan membubuhkan kalimat “Tuhan, banyaknya pengangguran di negeri kami masih kalah banyak sama omong kosong janji manis pinokio ciptaanMu”.

Keesokan harinya, mural tersebut seketika viral di media sosial dan menjadi pembicaraan se-antero Batakarta. Ternyata, unggahan tersebut dilihat oleh Lusi Sugani, salah satu simpatisan Partai Gajah Cukuptau (PGC) yang mendukung Fitriana Indragama menjadi Wakil Presiden. Lusi Sugani bersama tim hukum Partai Gajah Cukuptau kemudian melaporkan Nongbil Sihdina, Boris Gabe, dan Kim Chae Monk ke kepolisian karena penghinaan terhadap Wakil Presiden.

Studi Kasus 6: “Unggahan Polisi Calo”

Mintori Morang adalah seorang mantan atlet sepak bola negara Rotiya. Setelah pensiun, ia masih sering berhubungan dengan dunia sepak bola, seperti menjadi komentator pertandingan sepak bola di televisi dan memberikan *coaching clinic* kepada anak-anak di Rotiya. Ia pun sempat dipercaya menjadi asisten pelatih Timnas sepak bola U-23 Rotiya. Kecintaannya kepada sepak bola pun membuat ia selalu setia hadir di stadion nasional saat Timnas Rotiya bertanding, walaupun prestasi Timnas Rotiya jauh dari kata bagus.

Tahun 2027, Rotiya menjadi tuan rumah kejuaraan sepak bola antar negara. Timnas Rotiya pun secara mengejutkan berhasil menembus babak final. Hal ini menimbulkan harapan besar bagi masyarakat Rotiya akan kebangkitan sepak bola Rotiya, terutama apabila Timnas Rotiya berhasil menjadi juara. Kondisi tersebut menyebabkan banyaknya masyarakat yang ingin menyaksikan partai final tersebut hingga seluruh tiket habis terjual. Beruntung, Mintori Morang berhasil membeli satu tiket pertandingan tersebut untuk dirinya.

Pada tanggal 28 September 2027, partai final pun digelar. Seluruh penonton mengantri untuk masuk ke dalam stadion, termasuk Mintori Morang. Namun, ia merasa bahwa jumlah orang yang menganti jauh lebih sedikit daripada jumlah tiket yang dijual. Di tengah kebingungannya, ia melihat 2 (dua) orang berseragam polisi memberikan tiket dan menerima uang dari sekelompok orang yang berdiri di bagian belakang. Ia pun geram dengan aksi tersebut karena merasa polisi tersebut mengambil keuntungan dengan menjadi calo tiket di pertandingan penting yang tiketnya sudah dinyatakan habis. Ia pun merekam kejadian itu dalam media sosial Instagram miliknya dengan membubuhkan keterangan “aparatus seharusnya mengajarkan sportifitas, bukan jadi calo dan menyenangkan sebagian orang.” Video tersebut kemudian *viral* dan menjadi perbincangan banyak orang.

Seminggu setelah kejadian tersebut, polisi menangkap Mintori Morang di kediamannya. Kepolisian mengatakan bahwa 2 (dua) orang polisi tersebut tidak menjadi calo, melainkan membantu sekelompok penonton yang tidak jadi menyaksikan pertandingan dan *me-refund* uang tiket. Atas kejadian tersebut, polisi menetapkan Mintori Morang sebagai tersangka dengan tuduhan ujaran kebencian terhadap lembaga kepolisian.

Studi Kasus 7: “Podcast Tentang Pernikahan Campur Keturunan Sebuah Suku”

Pada Mei 2027, media “Kabar Hari Minggu” menerbitkan sebuah artikel tentang sebuah kelompok baru bernama Jaketijo yang terkenal karena pandangan antipatinya terhadap keturunan suku Anak Luar. Adapun kelompok Jaketijo hanya menerima anggota yang memiliki keturunan suku Anak Samping. Dua bulan kemudian, media yang sama mengunggah konten podcast yang berisi wawancara antara Lansen, jurnalis Kabar Hari Minggu, dengan 2 orang perwakilan kelompok Jaketijo, yaitu Jens dan Olaf.

Dalam wawancara tersebut, Jens menjelaskan bahwa pandangan kelompok mereka didasari oleh adanya data sensus mengenai jumlah keturunan suku Anak Samping yang semakin berkurang tiap tahunnya sehingga menimbulkan kekhawatiran atas keberlangsungan suku Anak Samping dan upaya melestarikan budaya suku Anak Samping. Setelah itu, Jens juga menyatakan bahwa pernikahan antara suku Anak Samping dengan suku lain seharusnya dilarang karena akan merusak kemurnian dari suku Anak Samping. Sementara itu, Olaf pun menyatakan bahwa ia percaya maraknya pernikahan campur suku antara suku Anak Luar dengan Anak Samping merupakan upaya genosida terselubung atas kelompok Suku Anak Samping karena menyebabkan berkurangnya populasi kelompok suku Anak Samping asli. Wawancara tersebut disiarkan melalui media sosial milik Kabar Hari Minggu secara utuh tanpa adanya sensor atau perubahan.

Setelah podcast tersebut tayang, podcast itu didengarkan oleh banyak sekali orang dan menimbulkan perdebatan hingga keributan di ranah daring. Pandangan publik terpecah antara mereka yang menyetujui pandangan kelompok Jaketijo, apatis, memilih untuk bersikap netral, dan mereka yang memandang pernyataan tersebut sangat menghina suku Anak Luar. Salah satunya adalah Albor yang merupakan seorang keturunan suku Anak Luar. Ia melaporkan Lansen, Jens, dan Olaf kepada pihak yang berwajib karena menganggap pernyataan tersebut merendahkan suku Anak Luar dan keberadaan kelompok Jaketijo mengganggu hubungan antara suku Anak Samping dan Anak Luar. Albor juga berpandangan bahwa Lansen selaku perwakilan dari media Kabar Hari Minggu turut berkontribusi dalam mengamplifikasi pandangan negatif kelompok Jaketijo tersebut.

Studi Kasus 8: "Unggahan Media Sosial Tentang Kelompok Tertentu"

Dalam masa kampanye calon walikota di Kota Luxe, Julio Sinaga selaku walikota Luxe, mengunggah postingan di Facebook pribadinya yang dapat diakses oleh publik tentang lawan politiknya, yaitu Laila Simangunsong. Dalam postingan tersebut, Julio mengunggah foto salah satu kawasan C di kota Luxe yang banyak dihuni oleh kelompok imigran beragama Anonis dengan caption:

Laila Simangunsong mengatakan seakan-akan ketidakadilan banyak terjadi terhadap kelompok Anonis padahal kelompok Anonis diterima dan menempati beberapa kawasan di Luxe termasuk kawasan C. Kampanye Laila Simangunsong tidak berlandaskan data!

Unggahan tersebut mendapatkan banyak respons, di antaranya terdapat dua orang yang berkomentar sebagai berikut:

Username @inongcemonk:

Luxe sudah berubah, tidak lagi seperti dulu. Sekarang banyak toko makanan khas Anonis dan tempat beribadah Anonis memadati Luxe. Salah satu restoran besar Anonis itu milik suami Laila yang juga beragama Anonis. Tidak hanya itu, saat kelompok Anonis muncul, pengedar narkoba dan prostitusi malah meningkat. Itulah berkah yang dibawa oleh Laila dan pendukungnya.

Username @borismenmen:

Meski ada CCTV di jalan-jalan Luxe dan kelompok Anonis kelihatan mengedarkan narkoba, tidak ada yang bisa dilakukan oleh polisi. Bayangkan kalau Laila terpilih. Selesai sudah Luxe!

Mengetahui hal tersebut, Laila dan suaminya mengirimkan somasi pada Julio dan dua orang yang berkomentar tersebut. Setelah somasi tersebut diterima, Julio mengunggah postingan yang meminta agar para pendukungnya berhati-hati saat berkomentar. Namun, Julio tidak melakukan moderasi terhadap komentar pada postingannya sebelumnya. Hanya satu akun atas nama @inongcemonk yang menghapus komentarnya pada postingan tersebut. Sebulan kemudian, Julio dilaporkan oleh Laila dan suaminya ke kepolisian karena dugaan penghinaan kepada Laila dan suaminya serta ujaran kebencian terhadap kelompok Anonis. Julio sendiri membela diri dengan alasan bahwa ia tidak dapat mengawasi sendiri seluruh komentar yang jumlahnya banyak atas postingan Facebooknya.

➔ Referensi Bacaan

Buku/Artikel/Laporan:

1. IBA, *Balancing Rights, The International Criminal Court at a Procedural Crossroad, An International Bar Association, Human Rights Institute Report*, Mei 2009.
2. L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Pradnja Paramita: Jakarta), 1968.
3. Mahkamah Agung dan *International Labour Organization*, Kurikulum untuk Hakim Pengadilan Industrial, 2013.
4. Martin Martin Scheinin Helle Krunke, dan Marina Aksenova (eds), *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*, Edisi Ketiga, 2016.
5. Sidharta, *Penalaran Hukum*, Makalah, Disampaikan dalam Diskusi di Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), 17 April 2008.

Peraturan Perundang-undangan:

Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3 Tahun 1974 tentang Putusan yang Harus Cukup Diberi Pertimbangan/Alasan

Putusan Pengadilan:

1. PTUN Jakarta Nomor : 230/G/TF/2019/PTUN-JKT.
2. Putusan MA Nomor 1565 K/Pid/1991.
3. Putusan MA Nomor 367 K/Pid/1998.
4. Putusan MA Nomor 32 K/PID/2016.

Dokumen HAM Internasional dan Regional:

1. Rome Statute 1998.
2. OHCHR, *Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers*, Professional Training Series No. 9, 2003.

Internet

1. Ahmad Ali dalam Prof. Dr. H. Abdul Manan, S.H., S.IP., M.Hum, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara di Peradilan Agama", <https://www.jurnalhukumdanperadilan.org/jurnalhukumperadilan/article/view/113/124>
2. Beritasatu.com, "Alasan MA kabulkan PK Bebas Prita", 18 September 2012, <https://www.beritasatu.com/hukum/72402-alasan-ma-kabulkan-pk-bebas-prita.html>
3. *Stanford Encyclopedia of Philosophy, Interpretation and Coherence in Legal Reasoning*, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>

**Lembaga Kajian dan Advokasi
Independensi Peradilan (LeIP)**

Jl. Malabar No.60, RT 01 RW 02, Guntur,
Setiabudi, Jakarta Selatan 12980, Indonesia
Telepon: (021) 8302088
E-mail: office@leip.or.id.
Website: www.leip.or.id