

KEBEBASAN EKSPRESI DAN MAKAR DALAM SISTEM HUKUM HAM

KETERANGAN AHLI

ATAS PERSIDANGAN

*Perkara No: 1303/Pid.B/2019/PN.Jkt.Pst; Perkara No. 1304/Pid.B/2019/PN.Jkt.Pst; dan Perkara
No. 1305/Pid.B/2019/PN.Jkt.Pst*

atas nama TERDAKWA

Paulus Suryanta Ginting

Charles Kossay

Dano Tabuni

Issay Wenda

Ambrosius Mulait dan

Arina Elopere

Jumat, 3 April 2020

Dr. Herlambang P. Wiratraman, SH., MA.

Dosen Departemen Hukum Tata Negara dan Peneliti Pusat Studi Hukum HAM

Fakultas Hukum Universitas Airlangga

herlambang@fh.unair.ac.id

Pengantar

Pemberian keterangan ahli didasarkan atas permintaan kuasa hukum, Tim Advokasi Papua, Surat No. 020/TAP/III/2020, ditandatangani oleh Oky Wiratama Siagian, SH., dan Sustira Dirga, SH., yang ditujukan kepada Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Permintaan keterangan ahli berkaitan dengan, “konteks kebebasan berekspresi dikaitkan dengan tindak pidana makar dalam perspektif HAM”.

Atas permintaan tersebut, Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga, No. 1910/UN3.1.3/PM/2020, melalui surat tertanggal 2 April 2020, memberikan Surat Penugasan, kepada saya, Herlambang P. Wiratraman, untuk memberikan keterangan ahli, terkait apa yang telah dimintakan.

Keterangan tertulis disampaikan dan atau dibacakan dihadapan Majelis Hakim, disebabkan situasi Pandemi Covid-19, yang berpotensi penularan pada semua pihak.

Kesediaan saya menjadi ahli di sini, atas pertimbangan bahwa secara keilmuan, baik melalui riset disertasi, penulisan di jurnal nasional dan internasional, buku atau publikasi yang diterbitkan di dalam dan luar negeri, serta aktifitas menjadi penasehat maupun pendidik yang mengajarkan kebebasan ekspresi dan hak asasi manusia.

Dalam asosiasi akademik, bertindak sebagai

- *Coordinator of Indonesian Caucus for Academic Freedom (KKAI), Sept 2019 (- sampai sekarang)*
- *The founder and Steering Committee member of the Southeast Asian Human Rights Studies Network (SEAHRN) (- sampai sekarang)*
- *Chairperson of Indonesia Lecturer Association for Human Rights (SEPAHAM Indonesia), 2014-2017*
- *Coordinator Center of Human Rights Law Studies (HRLS), Faculty of Law, Airlangga University, 2015-2019*

Penugasan terkait untuk pengembangan pendidikan hukum, khususnya berkait dengan kebebasan ekspresi

- *Legal Consultant on Freedom of Expression and Academic Freedom, Denmark-Myanmar Programme on Rule of Law and Human Rights, International Commission of Jurists (ICJ) and the Danish Institute for Human Rights (DIHR), for the law departments of the Dagon, East Yangon and Mandalay Universities, 25-30 January 2020.*

- *Consultant and Trainer, Strengthening Legal Education for Eastern Indonesia (SLEEI), in cooperation Leiden University Law School, KIT Amsterdam, UGM Law School and Jentera School of Law, 2019-2022.*

Serta, 10 (sepuluh) publikasi terpilih terkait kebebasan ekspresi,

- *Wiratraman, H.P. 2014. "Press Freedom, Law and Politics in Indonesia", PHD THESIS [Doctorate/Dr., defended on 11 December 2014 at Akademiegebouw, Universiteit Leiden. This thesis was published by E.M. Meijers Institute, Wohrmann: Zutphen, 2014]*
- *Wiratraman, H.P. 2019. "Freedom of Expression, Law and Politics in Indonesia", in Azmi Sharom and Magdalen Spooner (eds) Human Rights and Democracy in Indonesia and Malaysia. Kuala Lumpur: University of Malaya-SHAPESSEA*
- *Wiratraman, H.P. 2017. "Papua, Politik Hukum dan Kebebasan Akademiknya", dalam Oase Gagasan Papua Bermartabat, Waa...Waa...Wa... Jakarta: Imparsial, pp. 171-189.*
- *Wiratraman, H.P. 2016. "Kebebasan Pers, Hukum dan Perkembangannya" (Press Freedom, Law and Development) in Freedom of Expression in Indonesia, Law, Dynamics, Problems and Challenges: Jakarta: ELSAM. pp. 99-121. [buku bisa diakses di ELSAM]*
- *(contributor) in Mike Hayes et all. (ed) 2016. Human Rights in Southeast Asia: An Introduction (two volumes) Bangkok: SEAHRN.*
- *Wiratraman, H.P. 2015. Human Rights Constitutionalism in Indonesia's Foreign Policy, Constitutional Review, May 2015, Vol. 1, No. 1, Mahkamah Konstitusi RI.*
- *Wiratraman, H.P. 2015. No Room for Justice? When the court is used to attack journalism in decentralised Indonesia, Southeast Asian Human Rights Series, No. 4/2016, SEAHRN-OHRSD, Bangkok.*
- *Wiratraman, H.P. In Search of Constitutionality, Freedom of Expression and Indonesia's Anti-Pornography Law. Jurnal Ilmu Hukum YURIDIKA, Vol. 27 (2) Mei-Agustus 2012, Fakultas Hukum Universitas Airlangga. pp. 111-120*
- *Wiratraman, H.P. 2012. Rule of Law dan Kebebasan Pers di Papua, dalam Ardimanto (ed) Oase Gagasan untuk Papua Damai. Jakarta: Imparsial/Forum Akademisi untuk Papua Damai. ISBN: 9789799769527.*
- *Wiratraman, H.P. 2009. Kebebasan Berekspresi: Penelusuran Pemikiran dalam Konsitusi Indonesia. Jurnal Konstitusi Vol. 6 (1) April 2009.*

Adapun surat permintaan dari kuasa hukum, surat penugasan dari Dekan, curriculum vitae (CV), dan Kartu Tanda Penduduk (KTP), dilampirkan dalam keterangan tertulis ini.

Secara substantif, Keterangan Ahli tertulis ini terdiri dari beberapa hal kunci yang berharap menjadi pertimbangan hakim untuk mengambil putusan secara lebih tepat dari sisi hukum hak asasi manusia.

- I. Konsep dan Norma Kebebasan Ekspresi
- II. Kewajiban Negara terkait Kebebasan Ekspresi
- III. Pendapat di Muka Umum dan Pembatasannya: Konsep dan Teori
- IV. Ekspresi untuk Menentukan Nasib Sendiri
- V. Pidana atas ekspresi dengan pengibaran bendera bintang kejora sebagai bentuk protes atau ekspresi atas peristiwa rasisme.

I.

Konsep dan Norma Kebebasan Ekspresi

“.... janganlah kita memberikan kekuasaan yang tidak terbatas kepada negara untuk menjadikan di atas negara baru itu suatu negara kekuasaan. Sebab itu ada baiknya dalam salah satu fasal, misalnya fasal yang mengenai warga negara jangan takut mengeluarkan suaranya”

(Muhammad Hatta, dalam rapat besar Sidang Kedua BPUPKI, 15 Juli 1945)

Konstitusi dan Konstitusionalisme Kebebasan Ekspresi

1. Mari kita memulai dari konstitusi, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUDNRI 1945). Karena konstitusi (*grondrechten*), kedudukannya paling dasar dan tertinggi hirarkinya dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia.
2. Kebebasan berekspresi sesungguhnya telah diatur rumusannya dalam konstitusi, yakni pasal 28 Undang-Undang Dasar 1945, “Kemerdekaan untuk berserikat dan berkumpul, untuk mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang”. Kebebasan dasar ini merupakan salah satu ketentuan hak asasi manusia tertua sejak Indonesia merdeka.
3. Sehari setelah proklamasi, pada Sidang Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) tanggal 18 Agustus 1945, rumusan pasal 28 Undang-Undang Dasar yang

dihasilkan dalam Sidang BPUPKI tersebut dibacakan kembali oleh Ketua Sidang PPKI, Ir. Soekarno, dan akhirnya disahkan. Rumusan pasal inilah yang tetap utuh dipertahankan hingga amandemen Undang-Undang Dasar 1945 tahun 1999-2002, yakni Pasal 28 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

4. Berdasarkan apa yang telah digagas dan diperdebatkan mengenai kebebasan berekspresi, baik dalam sidang BPUPKI maupun penetapannya dalam sidang PPKI, menunjukkan garis yang sama bahwa kebebasan tersebut ditujukan untuk menentang kesewenang-wenangan kekuasaan (*detournement de pouvoir* atau *abuse of power*) dan sekaligus agar pemerintah lebih bisa mempertanggungjawabkan kebijakannya (*state responsibility*).
5. Meskipun perdebatan serasa sangat sengit, baik melalui pernyataan Soekarno, Hatta, Yamin dan Soepomo, namun nampak perbedaan pandangan memperlihatkan keluasan pemikiran dan sikap kenegarawan para pendiri bangsa saat itu. Perbedaan pandangan terkait dengan paham liberalisme dan individualisme yang dikhawatirkan merusak tatanan kebudayaan gotong royong, bisa diselesaikan secara elegan dan akhirnya jatuh pada titik temu yang sama bahwa mereka sama-sama meyakini konsep kebebasan dasar berekspresi sangatlah penting ditempatkan dalam posisi pertanggungjawaban negara, utamanya menjamin hak-hak asasi manusia (Wiratraman, H.P. 2009. Kebebasan Bereksprei: Penelusuran Pemikiran dalam Konsitusi Indonesia. Jurnal Konstitusi Vol. 6 (1) April 2009, hal. 113).
6. Bahwa kebebasan ekspresi, merupakan hak asasi manusia yang diatur sejak atau bersamaan dengan lahirnya Indonesia. Meskipun terbilang paling tua dalam sejarah hak-hak konstitusional Indonesia, tidak serta merta pemerintah mampu memberikan jaminan kebebasan berekspresi. Seringkali, penerapan kebebasan berekspresi dipengaruhi oleh penafsiran- penafsiran kekuasaan atas pasal konstitusi secara berbeda, sehingga memungkinkan adanya penyimpangan atau penyalahgunaan kekuasaan itu sendiri.
7. Itu sebab, perkembangan konseptual kebebasan berekspresi dalam konstitusi Indonesia terumuskan secara normatif dalam Pasal 28 UUD 1945, bisa dikatakan tidak lepas dari upaya Mohammad Hatta. Hatta, sebagai seorang terpelajar, pemikir dan pejuang sosialisme Indonesia, justru yang tampil terdepan untuk mengangkat kebebasan berekspresi di saat menjelang kemerdekaan agar dimasukkan dalam konstitusi. Apa yang telah difikirkan Hatta lebih dari setengah abad lalu nampaknya

benar adanya, bahwa pasal-pasal hak asasi manusia dan khususnya kebebasan berekspresi perlulah dijamin untuk menghindarkan kesewenang-wenangan penguasa.

8. Jaminan hak-hak asasi manusia melalui pasal-pasal di dalam UUD 1945 merupakan kemajuan dalam membangun pondasi hukum bernegara untuk memperkuat kontrak penguasa-rakyat dalam semangat konstitusionalisme Indonesia (Wiratraman, H.P., 2007. "Hak-Hak Konstitusional Warga Negara Setelah Amandemen UUD 1945: Konsep, Pengaturan dan Dinamika Implementasi." *Jurnal Hukum Panta Rei*, Vol. 1, No. 1 Desember 2007 Jakarta: Konsorsium Reformasi Hukum Nasional).
9. Semangat konstitusionalisme Indonesia harus mengedepankan dua aras bangunan politik hukum konstitusinya, yakni pertama, pembatasan kekuasaan agar tidak menggampangkan kesewenang-wenangan, dan kedua, jaminan penghormatan, perlindungan dan pemenuhan hak-hak asasi manusia. Kemajuan pasal-pasal hak asasi manusia dalam konstitusi merupakan kecenderungan global di berbagai negara tentang diakuinya prinsip universalisme hak-hak asasi manusia. Dan, diyakini secara bertahap akan memperkuat pada kapasitas negara dalam mendorong peradaban martabat kemanusiaan.
10. Pasca amandemen UUDNRI 1945, setidaknya ada 5 (lima) pasal yang terkait dengan kebebasan ekspresi, yakni:
 - (a) *Pasal 28: "Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan Undang-undang.*
 - (b) *Pasal 28C ayat (2): "Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya."*
 - (c) *Pasal 28E ayat (3): "Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat."*
 - (d) *Pasal 28F: "Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia."*
 - (e) *Pasal 28G ayat (1): "Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi."*

Kebebasan Ekspresi Dalam Hukum Internasional

11. Pondasi hukum internasional terkait kebebasan ekspresi didasarkan pada, Pasal 19 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights, art. 19 (Dec. 10, 1948), berikutnya disebut UDHR, 1948) dan Pasal 19 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (International Covenant on Civil and Political Rights, art. 19.2, 999 U.N.T.S. 171 (Mar. 23, 1976), selanjutnya disebut ICCPR). Bahkan, ICCPR telah menjadi hukum Indonesia setelah pemerintah Indonesian meratifikasi melalui Undang-Undang No. 12 Tahun 2005.

12. Secara substantif, dinyatakan:

Pasal 19 UDHR 1948

Setiap orang berhak atas kebebasan mempunyai dan mengeluarkan pendapat; dalam hak ini termasuk kebebasan memiliki pendapat tanpa gangguan, dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan informasi dan buah pikiran melalui media apa saja dan dengan tidak memandang batas-batas (wilayah).

Pasal 19 ICCPR (diratifikasi melalui UU No. 12 Tahun 2005)

- (1) Setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan;*
- (2) Setiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat; hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari pembatasan-pembatasan secara lisan, tertulis, atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya;*
- (3) Pelaksanaan hak-hak yang diicantumkan dalam ayat (2) pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggung jawab khusus. Oleh karenanya dapat dikenai pembatasan tertentu, tetapi hal ini hanya dapat dilakukan seesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk: a) Menghormati hak atau nama baik orang lain; b) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum.*

13. Penafsiran atas pasal 19 telah diformulasikan dalam sejumlah ketentuan hukum Internasional (konvensi, perjanjian internasional, protokol opsi) serta sejumlah merujuk pada Komentar Umum (*General Comment*) dan pendapat ahli, yang diakui sebagai sumber hukum Internasional.

Kebebasan Ekspresi dalam Hukum Nasional

14. Kebebasan ekspresi pula diatur secara khusus, baik sebagai hasil ratifikasi perjanjian internasional, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 19 ICCPR 1966 yang telah diratifikasi dalam UU No. 12 Tahun 2005, pula melalui dua undang-undang terkait, yakni:

- Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum, yang pada pokoknya mengatur mengenai tata cara menyampaikan pendapat di muka umum yang diperbolehkan;
- Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM), yang pula mengatur sejumlah pasal tentang kebebasan ekspresi.

15. Berkaitan dengan UU HAM, kebebasan ekspresi diatur dalam dua pasal (Pasal 23 dan Pasal 25), dengan 3 (tiga) substansi berbeda,

- *Pasal 23:*

- (1) *Setiap orang bebas untuk memilih dan mempunyai keyakinan politiknnya.*
- (2) *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 bangsa.*

- *Pasal 25:*

Setiap orang berhak untuk menyampaikan pendapat di muka umum, termasuk hak untuk mogok sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

16. Disebutkan 3 (tiga) substansi yang berbeda, karena mengatur: (1) kebebasan untuk memilih dan mempunyai keyakinan politiknnya; (2) kebebasan untuk mempunyai, mengeluarkan dan menyebarkan pendapat sesuai hati nuraninya; dan (3) kebebasan menyampaikan pendapat di muka umum.

17. Dengan uraian ini memperlihatkan bahwa secara konseptual dan norma dalam konstitusi dan perundang-undangan, tak terkecuali dalam sistem hukum internasional yang telah menjadi hukum nasional, mengakui dan menegaskan perlindungan kebebasan ekspresi.

II.

Kewajiban Negara terkait Kebebasan Ekspresi

18. Belajar dari pengalaman politik hukum masa Orde Baru, atau masa sistem pemerintahan otoritarian Soeharto, pembatasan dan bahkan pengekangan ekspresi dilakukan dalam banyak hal, mulai dari pembatasan hak atau status, pemenjaraan atau kriminalisasi, hingga penghilangan nyawa. Kebebasan ekspresi adalah barang langka di masa rezim otoriter. Dalam konteks rezim demikian, dan jelaslah tidak ada demokrasi, dalam arti tidak ada proses penguatan partisipasi politik kewargaan dalam menjaga marwah konstitusionalisme. Konstitusi, berikut konstitusionalisme, berada dalam pasungan yang hanya memungkinkan penafsiran tunggal dari penguasa.
19. Peradilan berikut sistem kekuasaan kehakiman yang semestinya menjadi benteng bagi jaminan kebebasan tersebut (*praesidium libertatis*), dalam sistem politik otoritarian justru masuk dalam perangkat kekuasaan eksekutif, sehingga putusan-putusan yang dilahirkan kerap melegitimasi kepentingan kekuasaan daripada kepentingan publik kewargaan.
20. Oleh sebab itu, kewajiban negara, dalam arti penyelenggara kekuasaan atau pemerintah adalah menjalankan mandat konstitusi dan semangat konstitusionalisme. Mandat tersebut dijaga melalui segala proses kebijakan, pembentukan hukum dan upaya penegakan hukum, termasuk melahirkan putusan hakim yang memiliki kualitas pertimbangan hukum yang mencerminkan arah politik hukum yang memberikan jaminan hak asasi manusia dan kebebasannya.
21. Dalam konstitusi, tanggung jawab negara terkait hak asasi manusia diatur dalam pasal 28I ayat (4) dan (5) UUDNRI 1945.
 - (4) *Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.*
 - (5) *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.*
22. Di dalam UUD 1945 tersebut, konsepsi tanggung jawab negara dalam hak asasi manusia (*state responsibilities*), sebagaimana terlihat dalam pasal 28I (4) dan (5),

merupakan kunci dalam melihat tanggung jawab konstitusional yang harus dilakukan oleh negara, dalam hal ini pemerintah, untuk melaksanakan upaya-upaya pemajuan hak asasi manusia. Tanggung jawab tersebut, sedari awal republik hadir telah menegaskannya dalam Pembukaan UUDNRI 1945, menyebutkan: “Bahwa sesungguhnya Kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa dan oleh sebab itu, maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan, karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan.”

23. Kedua pasal konstitusi memiliki konsepsi tersendiri sebagai elemen kewajiban negara. Konsepsi dalam pasal 28I ayat (4), saya sebut sebagai konsep realisasi progresif (*progressive realization*), yang secara substansi menegaskan bahwa negara harus memajukan kondisi hak-hak asasi manusia secara berkelanjutan, maju (tidak kesengajaan/kelalaian untuk mundur), dan jelas ukuran atau tahapannya. Sedangkan pasal 28I ayat (5), disebut sebagai konsepsi pendayagunaan kewenangan dan instrumentasi hukum. Artinya, negara dalam menjalankan kewajibannya, ia bisa menggunakan segala kewenangannya terutama untuk membangun instrumentasi hukum sebagai sarana yang melindungi hak-hak masyarakat, baik dalam pembentukan sarana-sarana kelembagaan yang melindungi hak-hak asasi manusia maupun proses legislasi.
24. Pemaknaan pasal 28I ayat (4) UUDNRI merujuk pada prinsip universal dan pula menjadi hukum internasional, mengenai kewajiban-kewajiban negara dalam memikul beban perlindungan hak asasi manusia, yakni 3 (tiga) kewajiban dasarnya (*state obligations*). (1) kewajiban negara untuk menghormati, (2) kewajiban negara untuk melindungi dan (3) kewajiban negara untuk memenuhi hak asasi manusia.
25. Kewajiban untuk menghormati (*state obligation to respect*) berarti bahwa Negara harus menahan diri dari campur tangan atau membatasi penikmatan hak asasi manusia. Kewajiban untuk melindungi (*state obligation to protect*) menuntut Negara untuk melindungi individu dan kelompok dari pelanggaran hak asasi manusia. Kewajiban untuk memenuhi (*state obligation to fulfill*) berarti bahwa Negara harus mengambil tindakan positif untuk memfasilitasi penikmatan hak asasi manusia.
26. Dalam prinsip pertanggungjawaban negara terhadap hak asasi manusia, menegaskan perlunya mengambil langkah atau tindakan tertentu untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak-hak asasi manusia, serta menegaskan kewajiban-kewajiban paling minimum dengan memaksimalkan sumberdaya yang ada untuk memajukannya. Pertanggungjawaban ini menekankan peran negara, sebagai bagian dari organ politik

kekuasaan yang harus memberikan perlindungan terhadap warga negaranya. Termasuk mempertanggungjawabkan setiap langkah atau tindakan yang diambil sebagai kebijakan tertentu dan memiliki pengaruh terhadap kelangsungan hak-hak rakyat. Peran negara menjadi vital, bukan soal mengambil tindakan tertentu (*by commission*), tetapi ia juga bisa dimintai pertanggungjawaban ketika terjadi pelanggaran hak-hak asasi manusia, sementara negara sama sekali tidak mengambil tindakan apapun (*by omission*). Unsur pertanggungjawaban (terutama negara), adalah bagian yang tidak terpisahkan dari prinsip hak-hak asasi manusia agar bisa terwujud.

27. Dua pasal dalam UUDNRI tersebut pula diberi penegasannya melalui Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM). Kewajiban dan tanggung jawab pemerintah terkait hak asasi manusia dan kebebasan diatur pula di dua pasal dalam UU HAM, yakni pasal 71 dan 72.

Pasal 71:

Pemerintah wajib dan bertanggung jawab menghormati, melindungi, menegakkan, dan memajukan hak asasi manusia yang diatur dalam Undang-undang ini, peraturan perundang-undangan lain, dan hukum internasional tentang hak asasi manusia yang diterima oleh negara Republik Indonesia.

Pasal 72:

Kewajiban dan tanggung jawab Pemerintah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 71, meliputi langkah implementasi yang efektif dalam bidang hukum, politik, ekonomi, sosial, budaya, pertahanan keamanan negara, dan bidang lain.

28. Dari perspektif doktrin dan norma hukum hak asasi manusia internasional yang pula telah berlaku pula dalam sistem hukum nasional karena Pemerintah Indonesia telah meratifikasi ICCPR melalui UU Nomor 12 Tahun 2005, maka perlu untuk memahami secara khusus dan mendalam terkait apa yang disebut *State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Freedom of Expression* (Pertanggungjawaban Negara untuk Menghormati, Melindungi dan Memenuhi Kewajiban-Kewajiban Hak Asasi Manusia dalam Kebebasan Ekspresi)
29. Secara hukum HAM Internasional, perlu mempertimbangkan doktrin hukum yang ditegaskan dalam General Comment (Komentar Umum) No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (2004), yang telah diadopsi oleh Human Rights Committee dalam Sidang Sesi ke-18, CCPR/C/21/Rev.

1/Add.13, 29 March 2004. Intinya, sebagaimana disebutkan dalam dua poin, poin 1 dan poin 7.

30. Poin 1 menyatakan Komentar Umum ini menggantikan Komentar Umum No. 3, yang mencerminkan dan mengembangkan prinsip-prinsipnya. Ketentuan Umum non-diskriminasi dari pasal 2, paragraf/ayat 1, telah dibahas dalam Komentar Umum No. 18 dan Komentar Umum No. 28, dan Komentar Umum ini harus dibaca bersama dengan mereka.
31. Sedangkan Poin 7 menyatakan bahwa Pasal 2 ICCPR mensyaratkan Negara-negara Pihak untuk mengadopsi tindakan legislatif, yudikatif, administratif, edukatif, dan tindakan lain yang sesuai untuk memenuhi kewajiban hukum mereka. Komite percaya bahwa penting untuk meningkatkan tingkat kesadaran tentang Kovenan tidak hanya di antara pejabat publik dan institusi Negara melainkan juga di antara penduduk/warga negara pada umumnya.
32. Pasal 2 ICCPR menegaskan,
 - (1) *Setiap Negara Pihak pada Kovenan ini berjanji untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya, tanpa pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul Kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.*
 - (2) *Apabila belum diatur dalam ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lainnya yang ada, setiap Negara Pihak dalam Kovenan ini berjanji untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan, sesuai dengan proses konstitusinya dan dengan ketentuan-ketentuan dalam Kovenan ini, untuk menetapkan ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lain yang diperlukan untuk memberlakukan hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini.*
 - (3) *Setiap Negara Pihak pada Kovenan ini berjanji:*
 - (a) *Menjamin bahwa setiap orang yang hak-hak atau kebebasannya diakui dalam Kovenan ini dilanggar, akan memperoleh upaya pemulihan yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi;*
 - (b) *Menjamin, bahwa setiap orang yang menuntut upaya pemulihan tersebut harus ditentukan hak-haknya itu oleh lembaga peradilan, administratif, atau legislatif yang berwenang, atau oleh lembaga berwenang lainnya yang diatur oleh sistem*

hukum Negara tersebut, dan untuk mengembangkan segala kemungkinan upaya penyelesaian peradilan;

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

33. Dengan penjelasan demikian, maka pemaknaan konstitusionalitas kebebasan ekspresi, termasuk di dalamnya menyampaikan pendapat di muka umum, baik dalam UUDNRI, serta UU HAM maupun instrumen hukum ICCPR yang telah diratifikasi dengan UU No. 12 Tahun 2005, memiliki standar hukum yang ketat dalam mendorong pertanggungjawaban negara untuk menghormati, melindungi dan memenuhi kebebasan ekspresi.

III.

Pembatasan Kebebasan Ekspresi:

Konsep, Teori, dan Norma

34. Kebebasan bukan tanpa pembatasan. Dalam konsep hukum HAM internasional, terdapat konsep *derogable rights* (hak-hak yang bisa dibatasi) dan *non-derogable rights* (hak-hak yang sama sekali tak bisa dibatasi).

35. Kebebasan ekspresi termasuk *derogable rights*, hak asasi atas kebebasan yang dapat dibatasi atau dikurangi. Ekspresi yang dibatasi, bahkan dilarang berdasarkan hukum pidana internasional seperti pornografi anak, seruan untuk mendorong tindakan yang mengarah ke genosida, advokasi kebencian berbasis ras, agama, ataupun kebangsaan yang merupakan ajakan untuk mendiskriminasi, permusuhan, ataupun kekerasan, dan ajakan kepada terorisme (vide: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/66/290&Lang=E>, paragraph 20-36).

36. Berkaitan dengan pembatasan kebebasan ekspresi, khusus disebutkan dalam pasal 19 ayat (3) ICCPR:

(3) Pelaksanaan hak-hak yang diicantumkan dalam ayat 2 pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggung jawab khusus. Oleh karenanya dapat dikenai pembatasan tertentu, tetapi hal ini hanya dapat dilakukan seesuai dengan hukum dan sepanjang

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

37. Pembatasan terkait dengan kasus *a quo*, Majelis Hakim perlu mempertimbangkan *General Comment* (Komentar Umum), No. 34: Article 19: Freedoms of opinion and expression (Human Rights Committee, 102nd session, Geneva, 11-29 July 2011). Paragraf 3 secara tegas menyatakan, “bahwa pelaksanaan hak kebebasan berekspresi disertai dengan tugas dan tanggung jawab khusus. Untuk alasan ini ada wilayah secara terbatas kaitannya dengan pembatasan hak yang diizinkan dalam rangka untuk menghormati hak atau nama baik orang lain atau untuk perlindungan keamanan nasional atau ketertiban umum (*public ordre*), atau kesehatan atau moral publik. Namun, ketika pihak Negara melakukan pembatasan maka pelaksanaan kebebasan berekspresi, tidak dibolehkan justru membuat hilangnya hak itu sendiri”. Komite mengingatkan “bahwa hubungan antara hak dan pembatasan dan antara norma dan pengecualian tidak boleh menyebabkan situasi berbalik.”
38. Komite juga mengingatkan pada ketentuan pasal 5 ayat 1 Kovenan menurut yang “tidak disebutkan dalam Kovenan ini dapat ditafsirkan sebagai menyiratkan untuk setiap Negara, kelompok atau perorangan untuk melakukan kegiatan atau melakukan tindakan yang ditujukan untuk menghancurkan hak-hak dan kebebasan yang diakui di sini (Kovenan) atau pembatasan mereka ke tingkat yang lebih besar daripada yang telah diatur dalam Kovenan ini”. Ini berarti, tak boleh menggunakan argumen dalam ICCPR justru untuk merepresi hak-hak sipil dan politik itu sendiri.
39. Dalam penjelasan Umum ICCPR, kemudian menegaskan bahwa tidak ada satu ketentuan pun dalam Kovenan ini yang boleh ditafsirkan sebagai mengurangi ketentuan Piagam PBB dan konstitusi badan khusus dalam hubungan dengan masalah yang diatur dalam Kovenan ini (Pasal 46); dan bahwa tidak satu ketentuan pun dalam Kovenan ini yang boleh ditafsirkan sebagai mengurangi hak melekat semua rakyat untuk menikmati dan menggunakan secara penuh dan secara bebas kekayaan dan sumberdaya alamnya (Pasal 47).
40. Secara konstitusi, bahwa dalam menjalankan hak ini, terdapat limitasi tertentu yang harus diperhatikan, sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi: “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.”

41. Pembatasan pula dikenal dalam UU HAM, khususnya Pasal 70, Pasal 73 dan Pasal 74 UU HAM. Ketentuan-ketentuan ini pun sejalan dengan ketentuan hukum HAM internasional yang telah menjadi hukum nasional, sebagaimana diatur dalam ICCPR.

Pasal 70:

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

Pasal 73:

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

Pasal 74

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

42. Pembatasan-pembatasan yang diijinkan (*Permissible Limitations*), memiliki standar dan mekanisme yang menjadi doktrin hukum diantara para ahli hukum HAM. Dalam perkembangan hukumnya, ada sejumlah doktrin dikembangkan oleh para ahli Hukum HAM yang kemudian diadopsi dalam penafsiran otoritatif sebagai rujukan dalam menafsirkan instrumen hukum HAM Internasional, secara khusus terkait pembatasan yang diijinkan Pasal 19 ayat 3 ICCPR, diratifikasi melalui UU No. 12 Tahun 2005. Doktrin tersebut dikembangkan melalui:

- (1) *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (1984)*
- (2) *Rule of law in a state of emergency : the Paris minimum standards of human rights norms in a state of emergency (International Law Association's Committee, 1984)*

- (3) *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information* (November 1996)
- (4) *The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality* (*Prinsip-Prinsip Camden tentang Kebebasan Berekspresi dan Kesetaraan*, 2009)

43. Terkait dengan kasus *a quo*, selain perlunya mempertimbangkan General Comment (Komentar Umum), No. 34: Article 19: Freedoms of opinion and expression (Human Rights Committee, 102nd session, Geneva, 11-29 July 2011), pula secara doktrin hukum HAM internasional mempertimbangkan prinsip-prinsip pembatasan dalam Prinsip Siracusa (*The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*). Prinsip Siracusa menjelaskan bahwa pembatasan harus dirumuskan secara ketat untuk kepentingan hak yang dilindungi tersebut dan konsisten dengan tujuan ketentuan ICCPR, sehingga pembatasan tersebut tidak boleh dilakukan dengan sewenang-wenang dan tanpa alasan yang sah. Pembatasan tersebut harus dirumuskan dengan jelas dan dapat diakses oleh setiap orang dan menyediakan pengaman serta ganti rugi terhadap dampak dan penerapan dari pembatasan yang ilegal dan cenderung disalahgunakan.
44. Standar penafsiran hukum atas kriteria pembatasan kebebasan berkespresi dan hak atas informasi yang diatur dalam Pasal 19 ayat (3) ICCPR (yang telah diratifikasi melalui UU. No. 12 Tahun 2005), mendasarkan pada beberapa detil tafsir hukum,

1. *Prescribed by Law*

Hal ini ditafsirkan melalui 4 hal,

- *Tidak ada pembatasan atas HAM, kecuali dengan menegaskannya dalam hukum nasional yang berlaku secara umum yang konsisten dengan dengan ICCPR dan diberlakukan dalam kurun waktu terbatas.*
- *Hukum yang diterbitkan pembatasan HAMnya harus tidak dengan kesewenang-wenangan atau tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan*
- *Aturan hukum yang ditujukan untuk membatasi harus jelas dan dapat diakses semua pihak.*
- *Pengaturan yang layak harus pula disediakan atau diatur dalam ketentuan tersebut, termasuk ketika ada kewajiban aturan yang sifatnya abusif dan illegal, atau konsekuensi atas pelaksanaan pembatasan hak tersebut.*

2. *Public Order (ordre public)*

Standar penafsiran menurut Siracusa Principles, meliputi,

- Ekspresi terkait ketertiban umum yang digunakan dalam ICCPR didefinisikan sebagai sekumpulan aturan yang memastikan berfungsinya kehidupan masyarakat atau ketentuan dalam prinsip-prinsip dasar terkait keberadaan masyarakat yang harus dilindungi. Penghormatan HAM adalah bagian dari ketertiban umum.
- Ketertiban publik harus ditafsirkan dalam konteks tujuan khusus untuk HAM yang dibatas berdasarkan hal tersebut.
- Lembaga negara yang bertanggung jawab untuk mengelola ketertiban umum harus dapat diawasi kekuasaannya melalui parlemen, lembaga peradilan, dan badan khusus independen lainnya.

3. Legitimated Aim

Penafsiran hal ini berkaitan dengan pembatasan yang harus memenuhi salah satu tujuan yang ditentukan yang tercantum dalam teks instrumen hukum hak asasi manusia (*legitimate aim*). Secara khusus merujuk pada pasal 19 ayat (3) ICCPR.

4. Necessary

Langkah pembatasan harus diperlukan untuk mencapai tujuan yang ditentukan (*necessary aims*), hal ini bisa diuji dari,

- Apakah batasan yang diusulkan proporsional dengan tujuannya? Apakah itu batasan paling tidak diperlukan untuk memenuhi tujuan?
- Apakah ada kepentingan publik yang utama dalam menyediakan informasi?
- Apakah pembatasan "mungkin tidak membahayakan hak itu sendiri."?

45. Sebagaimana dikemukakan dalam General Comment 34, bahwa alasan '*necessary*' harus terhubung dengan tujuan untuk mencapai fungsi perlindungan, "*must be appropriate to achieve their protective function.*" Pertanyaan-pertanyaan tersebut inilah yang penting bagi Majelis Hakim untuk menguji di persidangan terhadap para pihak, termasuk otoritas yang mendakwa dalam kasus *a quo*.

46. Selain doktrin hukum Prinsip Siracusa, pula dikenal dengan Prinsip Camden (*The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality* atau Prinsip-Prinsip Camden tentang Kebebasan Berekspresi dan Kesetaraan), yang pula mengatur pembatasan, dinyatakan secara tegas bahwa Negara sebaiknya tidak memberlakukan pembatasan atas kebebasan berekspresi yang tidak sejalan dengan standar yang tercantum dalam Prinsip 3.2. dan, pembatasan yang berlaku sebaiknya diatur dalam undang-undang, bertujuan untuk melindungi hak atau reputasi orang lain, atau kesehatan dan moral masyarakat, dan dibutuhkan oleh masyarakat demokratis untuk melindungi

kepentingan-kepentingan tersebut. Hal ini berarti pembatasan-pembatasan tersebut antara lain haruslah:

- (1) *Didefinisikan secara jelas dan sempit serta merespon kebutuhan sosial yang mendesak;*
- (2) *Merupakan langkah yang paling sedikit menyebabkan gangguan, dalam arti, tidak ada lagi langkah yang lebih efektif daripada pembatasan tersebut, serta tak ada lagi langkah yang memberikan ruang pada kebebasan berekspresi daripada pembatasan tersebut;*
- (3) *Tidak bersifat melebar, dalam arti, pembatasan tersebut tidak membatasi ekspresi dengan cara yang luas dan tanpa sasaran yang jelas, atau pembatasan tersebut sedemikian rupa sehingga tidak hanya membatasi ekspresi yang merugikan tetapi juga membatasi ekspresi yang sah;*
- (4) *Bersifat proporsional, dalam arti, terdapat keuntungan untuk melindungi kepentingan yang lebih besar dibandingkan kerugian yang ditimbulkan akibat kebebasan berekspresi tersebut, termasuk dalam hal sanksi yang terkait. Prinsip ini menekankan bahwa Negara sebaiknya mengkaji kerangka kerja hukum yang ada untuk memastikan bahwa pembatasan kebebasan berekspresi mengikuti hal-hal di atas*

IV.

Ekspresi untuk Menentukan Nasib Sendiri

47. Ekspresi untuk menentukan nasib sendiri, atau *self determination*, merupakan hak asasi manusia. Hal ini ditegaskan dalam UN Charter (1948) maupun secara khusus dalam Pasal 1 ICCPR (Pemerintah Indonesia mereservasi pasal 1, sehingga tidak dibahas khusus). Dalam pasal 1 ayat 2 UN Charter, dinyatakan, “Untuk membangun hubungan baik antar bangsa-bangsa berbasis pada penghormatan prinsip hak-hak kesetaraan dan menentukan nasib sendiri dari rakyat, dan mengambil langkah-langkah layak untuk memperkuat perdamaian universal/ dunia.”
48. Sekalipun UN Charter bersifat *soft law* dan reservasi atas pasal 1 ICCPR, secara konstitusi, Pembukaan UUDNRI 1945 justru telah menegaskan perlindungan dan jaminannya, “Bahwa sesungguhnya kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa dan oleh sebab itu, maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan, karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan.”

49. Secara ketatanegaraan, konstitusionalitas kebebasan ekspresi dan penyampaian pendapat di muka umum, dalam kerangka hukum demikian, termasuk pertanggungjawaban menghormati dan melindungi ekspresi, tak terkecuali sebagaimana dalam kasus *a quo* tuntutan menentukan nasib sendiri, atau referendum. Mengajukan tuntutan supaya Pemerintah Indonesia melakukan referendum di Papua dan Papua Barat, justru menunjukkan adanya penghormatan peserta aksi demonstrasi terhadap pemerintah, khususnya Presiden sebagai Kepala Pemerintahan yang sah, dengan cara yang diperbolehkan dalam kerangka hukum untuk mengambil keputusan referendum.
50. Apalagi, bahwa ekspresi melalui tuntutan referendum merupakan salah satu bentuk perubahan ketatanegaraan yang dikenal dan diakui dalam praktik penyelenggaraan ketatanegaraan di Indonesia, sekaligus menjadi sumber hukum ketatanegaraan. Sebagaimana referendum yang pernah dilakukan di Timor Timur pada 30 Agustus 1999 sebagai langkah yang diambil Presiden RI B.J. Habibie, yang memberikan pilihan kepada Timor Timur, untuk apakah menerima otonomi khusus dalam NKRI atau menolak otonomi khusus yang menyebabkan pemisahan dari Indonesia.
51. Terlebih lagi, ditegaskan dalam Pasal 110 ayat (4) KUHP yang menyatakan, “Tidak dipidana barang siapa yang ternyata bermaksud hanya mempersiapkan atau memperlancar perubahan ketatanegaraan dalam artian umum.” Ekspresi dan keyakinan politik, jelas bukanlah merupakan suatu perbuatan makar, dikarenakan demonstrasi yang dilakukan merupakan suatu bentuk pelaksanaan dari hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat dan ekspresi yang dijamin dalam UUDNRI, UU HAM dan UU Nomor 12 Tahun 2005.

V.

Pemidanaan atas ekspresi dengan pengibaran bendera bintang kejora sebagai bentuk protes atau ekspresi atas peristiwa rasisme.

52. Ekspresi pengibaran bender bintang kejora merupakan ekspresi politik maupun ekspresi atas peristiwa rasisme yang telah diuraikan sebelumnya dijamin sebagai hak-hak konstitusional (*fundamental rights*) dalam UUDNRI 1945 dalam 5 pasal yang berkaitan dengan kebebasan ekspresi, yakni

- (a) Pasal 28: *“Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan Undang-undang.*
- (b) Pasal 28C ayat (2): *“Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya.”*
- (c) Pasal 28E ayat (3): *“Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.”*
- (d) Pasal 28F: *“Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.”*
- (e) Pasal 28G ayat (1): *“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.”*

53. Ini artinya secara konstitusi maupun bila ekspresi tersebut mengikuti ketentuan UU Nomor 9 Tahun 1998, kegiatan aksi demonstrasi sebagai ekspresi tersebut tidak dilarang pelaksanaannya dan sebaliknya justru wajib untuk dihormati oleh Pemerintah, tak terkecuali oleh aparat penegak hukum yang seharusnya bahkan bertanggung jawab untuk menghormati dan melindunginya.

54. Pengibaran bendera bintang kejora merupakan ekspresi politik merupakan pula kebebasan yang dijamin dalam sistem hukum hak asasi manusia, apalagi ekspresi tersebut dilakukan tanpa menggunakan upaya kekerasan, menghasut untuk melakukan kekerasan, sehingga sama sekali tidak dilarang dalam sistem hukum nasional maupun sistem hukum HAM. Sebaliknya, kebebasan ekspresi politik yang demikian seharusnya mendapat jaminan perlindungan dalam pelaksanaannya.

55. Kriminalisasi atau pemidanaan terhadap ekspresi politik dan protes atas peristiwa rasisme justru bertentangan dengan prinsip-prinsip pembatasan yang diatur dalam Pasal 19 ICCPR. Ada tiga alasan berbasis doktrin prinsip Siracusa,

- (1) Ekspresi yang dilakukan terkait hak asasi manusia yang sesungguhnya dijamin dalam ICCPR, terhadap ekspresi atau keyakinan politik, dan bahkan protes atas perlakuan diskriminasi yang menjadi kewajiban setiap warga negara untuk menyuarakan atau melawannya.

- (2) Tidak terpenuhi elemen 'Legitimated Aim' (alasan yang terlegitimasi dalam pasal 19 ayat 3 ICCPR), bahwa pembatasan (dalam bentuk pemidanaan, kasus *a quo*) harus memenuhi salah satu tujuan yang ditentukan yang tercantum dalam teks instrumen hukum hak asasi manusia.
- (3) Bahwa pemidanaan yang ditujukan atas ekspresi politik dan protes atas peristiwa rasisme, bertentangan dengan prinsip pembatasan 'Necessary'. Pemidanaan yang secara langsung membatasi kebebasan ekspresi politik menjadi tidak proporsional dengan tujuannya, dan bahkan sudah menjadi kewajiban negara untuk menjamin ekspresi politik maupun kewajiban negara untuk tidak diam atau membiarkan adanya peristiwa diskriminasi atau rasisme. Pemidanaan yang terjadi, justru menghilangkan hak-hak asasi manusia yang seharusnya tetap dijamin, baik dalam sistem hukum HAM ICCPR maupun secara konstitusi sebagai *fundamental rights*.

56. Terakhir, sebagai pamungkas dalam keterangan ahli ini, apakah ekspresi seperti ini dapat dipidanakan apalagi dikenakan pasal makar 106 KUHP dan 110 KUHP?

57. Bahwa ketentuan mengenai makar, khususnya pasal 106, diatur di dalam Kitab Undang- Undang Hukum Pidana, yang merupakan terjemahan dari WvSNI yang diberlakukan di Indonesia berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, "Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun."

58. Untuk menjawab hal ini, pertama, perlu melihat kembali definisi dan penafsiran hukum terkait tindakan/perbuatan 'makar' secara lebih tepat, terutama koherensi antara tujuan dan perbuatannya yang berkaitan dengan tindakan yang dimaksud. Kedua, hal yang bisa dipertegas dari keahlian yang dimiliki, dari sudut pandang hukum tata negara dan hak asasi manusia, sebagai diuraikan panjang lebar di atas, bahwa jelas tidak tepat bila ekspresi politik, termasuk untuk menuntut referendum maupun protes atas rasisme atau bentuk diskriminasi terhadap warga Papua dan Papua Barat, adalah tidak tepat dan tidak proporsional bahkan tidak sesuai tujuan bila dipaksa dengan dipidana atas tuduhan makar.

Demikian keterangan ahli untuk menjadi pembelajaran bersama, sekaligus putusan Majelis Hakim secara adil dan bijaksana, untuk meneguhkan prinsip Negara Hukum dan demokrasi.



**KEMENTERIAN PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN
UNIVERSITAS AIRLANGGA
FAKULTAS HUKUM**

Kampus B Jl. Dharmawangsa Dalam Selatan – Surabaya 60286 ☎ (031) 5023151, 5023252 Fax. (031) 5032322, 5020454
Website : <http://www.fh.unair.ac.id> - E-mail : humas@fh.unair.ac.id

SURAT PENUGASAN

Nomor : 1910/UN3.1.3/PM/2020

Bersama ini Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga menugaskan Kepada :

Nama : **Dr. Herlambang Perdana Wiratraman, S.H., M.A.**
NIP : 197605082003121003
Pangkat/Golongan : Lektor (Gol.III/d)
Jabatan : Dosen Fakultas Hukum Universitas Airlangga

Untuk bertindak sebagai Saksi Ahli Hukum Tata Negara dan HAM atas nama Surya Anta, dkk berdasarkan Surat Kuasa Nomor : 819/SKK-ADV-FT/S.2019.09.09/XII/2019 tanggal 10 Desember 2019 yang dilaksanakan pada hari **Jumat** tanggal 3 April 2020 pukul 09.30 WIB bertempat di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Jalan Bungur Raya No. 24, 26, 28 Kemayoran Jakarta Pusat.

Demikian Surat tugas ini diterbitkan agar dilaksanakan dengan sebaik-baiknya.

2 April 2020
Dekan

Nurul Barizah, S.H., LL.M., Ph.D.
NIP. 197102221995122002