



Komisi Untuk Orang Hilang Dan Korban Tindak Kekerasan  
The Commission for The Disappeared and Victims of Violence

Secretariat:

Jl. Kramat II No. 7 Kwitang - Senen

Jakarta 10420 - Indonesia

Phone : +62-21-391 9097 / 9098

Fax : +62-21-391 9099

Email : [kontras\\_98@kontras.org](mailto:kontras_98@kontras.org)

[http : www.kontras.org](http://www.kontras.org)

No. : 78/SK-KontraS/V/2020  
Hal : **Permohonan penyampaian pendapat *amicus***  
Lampiran : 1 berkas *amicus*

Jakarta, 14 Mei 2020

Kepada Yth.

**Majelis Hakim Yang Memeriksa dan Mengadili**

**Perkara No. 30/Pid.B/2020/PN Bpp,**

**No. 31/Pid.B/2020/PN Bpp,**

**No. 32/Pid.B/2020/PN Bpp,**

**No. 33/Pid.B/2020/PN Bpp,**

**No. 34/Pid.B/2020/PN Bpp,**

**No. 35/Pid.B/2020/PN Bpp,**

**No. 36/Pid.B/2020/PN Bpp**

**Pengadilan Negeri Balikpapan**

Di - Tempat

Dengan hormat,

Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Tindak Kekerasan (KontraS) adalah sebuah organisasi hak asasi manusia yang dibentuk pada 20 Maret 1998. Sebagaimana berdasar pada Anggaran Dasar, menjadi Misi kami ialah memajukan kesadaran akan pentingnya penghargaan HAM serta mendorong secara konsisten perubahan pada sistem hukum dan politik yang berdimensi penguatan dan perlindungan rakyat dari bentuk-bentuk kekerasan dan pelanggaran HAM.

Sebagai bagian dari upaya memajukan penghargaan HAM pada sistem hukum, KontraS melihat Indonesia sebagai Negara yang telah mengadopsi instrumen hukum HAM internasional seperti Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (UU No. 12 Tahun 2005), pada praktiknya seringkali menerapkan pasal makar dalam KUHP dengan pengertian yang terlalu umum dan kabur sehingga tidak lagi menyangkut tujuan awal dari pasal tersebut (*intentional element of the crime*). Sehingga pasal-pasal ini bisa secara semena-mena digunakan untuk membatasi kebebasan berpendapat (beropini), berekspresi, berkumpul, dan berasosiasi yang sejujurnya telah dilindungi oleh Konstitusi. Atas dasar itulah KontraS memutuskan untuk menjadi *amicus curiae* dengan mengirimkan pendapat dalam perkara atas nama tujuh Terdakwa: Hengki Hilapok, Aleksander Gobai, Steven Itlay, Buchtar Tabuni, Irwanus Uropmabi, Fery Kombo dan Agus Kossay.

Demikian surat permohonan ini kami sampaikan. Atas perhatian dan kerjasama Majelis Hakim, kami ucapkan terima kasih.

Hormat kami,

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'A' followed by a vertical line and a loop.

**Arif Nur Fikri, S.H.**

*Kepala Div. Pembelaan Hak Asasi Manusia*

## PIDANA MAKAR DALAM HUKUM HAM INTERNASIONAL

Sebagai Sahabat Pengadilan/*Amicus Curiae* dalam Perkara No. 30/Pid.B/2020/PN Bpp, No. 31/Pid.B/2020/PN Bpp, No. 32/Pid.B/2020/PN Bpp, No. 33/Pid.B/2020/PN Bpp, No. 34/Pid.B/2020/PN Bpp, No. 35/Pid.B/2020/PN Bpp, No. 36/Pid.B/2020/PN Bpp

### I. Posisi *Amicus Curiae* dalam Peradilan di Indonesia

“*Amicus Curiae*”, merupakan istilah Latin yang mungkin jarang terdengar di pengadilan Indonesia. Ia merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi *common law*, yang mengizinkan pengadilan untuk mengundang pihak ketiga untuk menyediakan informasi atau fakta-fakta hukum berkaitan dengan isu-isu yang belum familiar. Dalam bahasa Inggris *amicus curiae* disebut “*friend of the court*” yang berarti “Sahabat Pengadilan”, dimana pihak yang merasa berkepentingan terhadap suatu perkara memberikan pendapat hukumnya kepada pengadilan. Dalam *Black’s Law Dictionary*, *amicus curiae* didefinisikan sebagai “*a person who not a party to a lawsuit, but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in subject matter*”. Dengan demikian, orang yang tidak termasuk ke dalam perkara, namun memohon pengadilan atau diminta pengadilan untuk memberikan pendapat tertulis (*amicus brief*) ke dalam perkara yang sedang berjalan dikarenakan orang tersebut memiliki kepentingan di dalam pokok masalah yang sedang berjalan dalam kasus tersebut.

Walaupun *amicus curiae* belum dikenal dalam sistem hukum Indonesia, namun dengan berpegang pada ketentuan Pasal 28 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi “*Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”, maka tidak berlebihan apabila mekanisme *amicus curiae* ini diajukan dan dapat digunakan sebagai masukan bagi pertimbangan hakim yang memutus perkara. Beberapa contoh *amicus curiae* yang telah diajukan dalam peradilan Indonesia adalah:

- a. *Amicus curiae* dalam Peninjauan Kembali kasus majalah Time versus Soeharto yang diajukan kelompok pegiat kemerdekaan pers kepada Mahkamah Agung;
- b. *Amicus curiae* dalam kasus Prita Mulyasari di Pengadilan Negeri Tangerang, dimana *amicus curiae* diajukan sebagai informasi pelengkap bagi Majelis Hakim yang memeriksa Perkara No: 1269/PID.B/2009/PN.TNG. Komentar tertulis (*amicus brief*) diajukan oleh: ELSAM, ICJR, IMDLN, PBHI dan YLBHI, Oktober 2009.
- c. *Amicus curiae* dalam kasus Upi Asmaradana di Pengadilan Negeri Makasar, dimana *amicus curiae* diajukan sebagai tambahan informasi untuk Majelis Hakim yang memeriksa perkara. Komentar tertulis (*amicus brief*) diajukan oleh: Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), April 2010
- d. *Amicus curiae* yang diajukan untuk mendukung Peninjauan Kembali kasus Erwin Arnada, sebagai bahan pertimbangan bagi Majelis Hakim Peninjauan Kembali pada Mahkamah Agung. Komentar tertulis (*amicus brief*) diajukan oleh: Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN), Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), dan Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), 2011

Oleh karena itu, kami mengajukan keterangan tertulis (*amicus brief*) ini dengan harapan dapat digunakan untuk mengklarifikasi prinsip-prinsip hukum dan konstitusi, terutama dalam kasus yang melibatkan pasal problematik, sebagaimana pasal makar yang diterapkan dalam kasus *a quo*.

*Amicus curiae* ini kami buat dengan garis besar sebagai berikut :

- I. Posisi Amicus Curiae dalam Peradilan di Indonesia
- II. Pengantar Kasus: Indonesia terikat ketentuan hukum dan standar HAM internasional sebagai Negara Pihak dan Anggota Dewan HAM PBB
- III. Klasifikasi Perampasan Kebebasan Sewenang-wenang (*arbitrary deprivation of liberty*) oleh UNWGAD
- IV. Temuan UNWGAD dalam beberapa kasus di Indonesia
- V. Pidana makar merupakan pelanggaran terhadap Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi
- VI. Penerapan pidana makar merupakan pelanggaran dari *right to a fair trial*
- VII. Kesimpulan

## **II. Pengantar Kasus: Indonesia terikat ketentuan hukum dan standar HAM internasional sebagai Negara Pihak dan Anggota Dewan HAM PBB**

Penerapan pidana makar (khususnya Pasal 106 dan 110 KUHP) – yang digunakan secara disproportional kepada para aktivis politik Papua dan Maluku – seharusnya sudah diakhiri. Pasal-pasal tersebut harus dicabut atau diamandemen sesuai dengan kewajiban hak asasi manusia (HAM) internasional Indonesia. Kewajiban HAM Indonesia ini timbul sebagai konsekuensi dari meratifikasi berbagai instrumen HAM internasional pokok.<sup>1</sup> Sebagai Negara Pihak (*State Party*) dari Kovenan HAM tersebut, Indonesia wajib menyesuaikan legislasi dan praktik hukumnya sesuai dengan ketentuan hukum HAM internasional. Lebih lanjut, Indonesia wajib dan terikat tidak hanya pada ketentuan-ketentuan (pasal-pasal) yang secara tekstual tercantum dalam kovenan atau konvensi HAM, tetapi juga harus

---

<sup>1</sup> Hingga hari ini Indonesia telah meratifikasi delapan (dari sembilan) instrumen HAM internasional pokok (*core international human rights treaties*), yaitu: (1) Konvensi Internasional Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (*International Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination/ICERD*); (2) Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR*); (3) Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights/ICESCR*); (4) Konvensi Anti Penyiksaan dan Segala Bentuk Perlakuan atau Penghukuman yang Kejam, Tidak Manusiawi, dan Merendahkan Martabat (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment/CAT*); (5) Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women/CEDAW*); (6) Konvensi Hak-Hak Anak (*Convention on the Rights of the Child/CRC*); (7) Konvensi Internasional Perlindungan Hak-Hak Semua Buruh Migran dan Keluarga Mereka (*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families/ICMW*); (8) Konvensi Hak-Hak Penyandang Disabilitas (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities/CRPD*). Indonesia telah menandatangani, tetapi belum meratifikasi Konvensi Internasional Perlindungan Semua Orang dari Penghilangan Paksa (*International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*). Lihat <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>.

mengimplementasikan rekomendasi dan tafsir otoritatif dari setiap badan HAM pengawas (*treaty body*) dari instrumen-instrumen HAM internasional tersebut.

Selain itu Pemerintah Indonesia juga selalu aktif mengisi posisi Dewan HAM PBB (*UN Human Rights Council*) – salah satu organ utama organisasi PBB – selama ada kesempatan dan saat ini masih menjadi salah satu (dari 47 negara mewakili kuota regional tertentu) anggotanya.<sup>2</sup> Menjabat sebagai anggota Dewan HAM PBB seharusnya menempatkan Indonesia sebagai negara terdepan yang patuh pada ketentuan HAM internasional. Dalam sistem Dewan HAM PBB, terdapat berbagai pakar HAM – yang ahli dalam suatu tema HAM atau fokus negara tertentu<sup>3</sup> – yang juga bisa memberikan masukan dan rekomendasi kepada seluruh negara anggota PBB akan penyelesaian suatu masalah HAM terlepas apakah negara tersebut sudah atau belum meratifikasi instrumen HAM internasional yang relevan dengan isunya.

Tulisan atau bagian ini akan membahas bagaimana penerapan pidana makar dikaitkan dengan kewajiban HAM Indonesia sebagai konsekuensi telah meratifikasi berbagai instrumen HAM (*treaty based system*) dan negara anggota PBB (*charter based system*). Secara khusus instrumen HAM internasional yang paling relevan dalam isu pidana makar adalah Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (ICCPR),<sup>4</sup> sementara yang penting di bawah Dewan HAM PBB adalah mekanisme para pakar HAM (*special procedure*), khususnya *UN Working Group on Arbitrary Detention* (UNWGAD).<sup>5</sup>

Mekanisme-mekanisme HAM internasional di atas tidak hanya menyediakan suatu panduan yang relevan terhadap ketentuan pidana makar, tetapi juga di beberapa kejadian melakukan penelaahan secara khusus terhadap kasus-kasus individual pidana makar atau ketentuan hukum serupa di Indonesia yang akan dijelaskan di bawah.

Meskipun instrumen-instrumen HAM internasional (secara khusus ICCPR) memperbolehkan suatu pembatasan hak-hak tertentu berdasarkan pertimbangan seperti moralitas, nilai-nilai agama, keamanan nasional, dan ketertiban umum, pembatasan tersebut harus bisa diuji oleh prinsip-prinsip yang ketat, yaitu dilakukan oleh penetapan hukum yang absah, proporsional, dan dalam konteks melindungi masyarakat yang demokratis. Pasal-

---

<sup>2</sup> Indonesia menjabat sebagai anggota Dewan HAM PBB antara 2020 dan 2022, dan masih bisa mencalonkan lagi pada periode selanjutnya. Lihat <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/Membership.aspx>.

<sup>3</sup> Lihat <https://spinternet.ohchr.org/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM&lang=en> dan <https://spinternet.ohchr.org/ViewAllCountryMandates.aspx?lang=en>.

<sup>4</sup> Indonesia menjadi Negara Pihak dari ICCPR pada 23 Februari 2006 setelah disahkannya UU No. 12/2005 tentang Pengesahan International Covenant on Civil and Political Rights (Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik). Badan pengawas (*treaty body*) dari ICCPR adalah *UN Human Rights Committee* yang memiliki mandat dan kewenangan seperti mengawasi dan mensupervisi implementasi ICCPR di setiap Negara Pihak, dan mengeluarkan tafsir otoritatif untuk memperbaharui dan memkontekstualisasi ketentuan-ketentuan (pasal-pasal) dalam ICCPR untuk bisa menyesuaikan diri dengan perkembangan jaman.

<sup>5</sup> Untuk mengetahui mandat, kerja, dan sejarah mekanisme UNWGAD ini lihat <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx> atau <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/FactSheet26.pdf>.

pasal makar (khususnya Pasal 106 dan 110 dari KUHP) dan implementasinya, melanggar sejumlah hak yang, sebagai Negara Pihak dalam instrumen-instrumen HAM internasional, Indonesia memiliki kewajiban internasional untuk menghormati dan menjamin.

### III. Klasifikasi Perampasan Kebebasan Sewenang-wenang (*arbitrary deprivation of liberty*) oleh UNWGAD

Salah satu penjelasan terbaik yang memaparkan penerapan pasal-pasal makar menghasilkan berbagai pelanggaran HAM sekaligus berasal dari pengelompokan “perampasan kebebasan sewenang-wenang (*arbitrary deprivation of liberty*)”<sup>6</sup> yang dibuat oleh *UN Working Group on Arbitrary Detention* (UNWGAD–Kelompok Kerja PBB tentang Penahanan Sewenang-wenang). Penjelasan ini berguna mengingat hampir semua yang menghadapi pidana makar statusnya menjadi tahanan. Isu ini terkait dengan Pasal 9 dari ICCPR yang mengatur soal kebebasan dan keamanan pribadi (*liberty and security of person*).<sup>7</sup> UNWGAD membuat lima kategori Perampasan Kebebasan Sewenang-wenang tersebut.<sup>8</sup> Model ini juga serupa dinyatakan oleh *UN Human Rights Committee*<sup>9</sup> lewat tafsir otoritatifnya (*General Comment No. 35*).<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Istilah “perampasan kebebasan (*deprivation of liberty*)” mencakup semua bentuk penahanan secara fisik yang membatasi kebebasan untuk berpindah tempat/bergerak di luar kesukarelaan orang bersangkutan (baik bersifat sah maupun tidak sah/sewenang-wenang), termasuk mereka yang ditahan atau dipenjara karena suatu masalah hukum, mereka yang ditempatkan di institusi psikiatrik, penahanan administratif bagi para pencari suaka (*asylum seeker*) atau tempat detensi imigrasi, tahanan rumah, tempat penahanan anak, tempat penahanan di airport atau pelabuhan, dan sebagainya. Pelanggaran HAM terjadi bila “perampasan kebebasannya” bersifat sewenang-wenang atau tidak sah. Pentingnya jaminan untuk tidak terjadinya “perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang”, sehingga ketentuan ini tidak diperkenankan diderogasi (dikurangi) bahkan di masa perang atau kondisi darurat lainnya, dan UNWGAD telah menyatakan bahwa larangan “perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang” merupakan suatu norma prinsipil hukum internasional yang tidak bisa dikurangi (*jus cogens* atau *a peremptory norm of international law*). *UN Human Rights Committee General Comment No. 35 on Article 9 Liberty and security of person* (ICCPR), UN Doc. 16 Desember 2014, para 5 dan 66, UN Doc. CCPR/C/GC/35, bisa diakses di: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f35&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f35&Lang=en). Lihat juga *UN Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, 24 Desember 2012, UN Doc. A/HRC/22/44, para 52 – 60 dan 75, bisa diakses di: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.44\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.44_en.pdf).

<sup>7</sup> Untuk versi Bahasa Indonesia dari ICCPR bisa dilihat pada Lembar Tambahan dari UU No. 12/2005 (tentang Pengesahan ICCPR), bisa diakses di: [https://advokasi.elsam.or.id/assets/2015/09/20050000\\_UU-12-2005-Ratifikasi-ICCPR.pdf](https://advokasi.elsam.or.id/assets/2015/09/20050000_UU-12-2005-Ratifikasi-ICCPR.pdf).

<sup>8</sup> *UN Human Rights Council, Methods of work of the Working Group on Arbitrary Detention*, 13 Juli 2017, UN Doc. A/HRC/36/38, paragraf (para) 8, bisa diakses di: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/190/80/PDF/G1719080.pdf?OpenElement>. Lihat juga UNWGAD, *Fact Sheet No. 26, Advance unedited version*, 8 Februari 2019, halaman (hal) 5 – 7, bisa diakses di: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/FactSheet26.pdf>.

<sup>9</sup> Untuk mandat kerja dan kewenangan *UN Human Rights Committee*, lihat *Civil and Political Rights: the Human Rights Committee, Fact Sheet No. 15(Rev 1)*, bisa diakses di: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf>.

<sup>10</sup> *UN Human Rights Committee General Comment No. 35 on Article 9 Liberty and security of person* (ICCPR), para 10 – 23.

Kelima kategori perampasan kemerdekaan yang sewenang-wenang (*arbitrary deprivation of liberty*) tersebut adalah:

1. **Kategori I** : Ketika jelas tidak ada dasar hukum apa pun yang membenarkan perampasan kebebasan, seperti ketika seseorang ditahan dalam penahanan setelah masa hukumannya selesai atau meskipun ada ketentuan hukum (amnesti) yang berlaku untuknya (membebaskan dirinya). Penting untuk dicatat bahwa penahanan atau perampasan kemerdekaan yang sah menurut hukum domestik (nasional) bisa dianggap bersifat sewenang-wenang menurut perspektif HAM jika ketentuan domestik tersebut tidak sesuai dengan standar HAM internasional, seperti bila ketentuan hukum nasional tersebut bersifat kabur, luas, atau bertentangan dengan ketentuan substantif hak-hak asasi lainnya;<sup>11</sup>
2. **Kategori II** : Ketika perampasan kebebasan terjadi dari pelaksanaan hak atau kebebasan dijamin oleh Pasal 7, 13, 14, 18, 19, 20, dan 21 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM)<sup>12</sup> dan, sejauh yang terkait dengan Negara-negara Pihak, oleh Pasal 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26, dan 27 ICCPR.<sup>13</sup> Kasus-kasus termasuk dalam kategori ini adalah ketika penahanan digunakan sebagai respon terhadap pelaksanaan yang sah hak-hak asasi, seperti menangkap demonstran damai hanya untuk menjalankan hak mereka atas kebebasan berpendapat dan berekspresi, kebebasan berkumpul secara damai dan berasosiasi, atau menahan para pengungsi karena menggunakan hak mereka untuk mencari suaka dan/atau kebebasan untuk meninggalkan negara mereka sendiri;
3. **Kategori III** : Ketika kepatuhan (total atau sebagian) terhadap norma-norma internasional yang berkaitan dengan hak atas peradilan yang adil (*right to a fair trial*), ditetapkan dalam DUHAM dan dalam instrument-instrumen internasional yang relevan yang diterima oleh Negara-negara yang bersangkutan, dilanggar secara serius sehingga terjadi perampasan kebebasan secara sewenang-wenang. Untuk mengevaluasi kasus-kasus perampasan kebebasan di bawah Kategori III ini, UNWGAD akan mempertimbangkan, di samping prinsip-prinsip (*right to a fair trial*) umum yang ditetapkan dalam DUHAM, beberapa prinsip *fair trial* yang diambil dari Badan Prinsip-prinsip untuk Perlindungan Semua Orang di Bawah Segala Bentuk Penahanan atau Penjara (*Body of Principles for the Protection of All Persons under*

---

<sup>11</sup> Amnesty International, *Fair Trial Manual, Second Edition*, 9 April 2014, Index: POL 30/002/2014, hal 33, bisa diakses di: <https://www.amnesty.org/en/documents/POL30/002/2014/en/>.

<sup>12</sup> Untuk DUHAM Pasal 7 (kesetaraan dan non-diskriminasi di muka hukum), 13 (kebebasan untuk bepergian di dalam dan ke luar negeri), 14 (hak untuk mencari suaka), 18 (hak untuk berkeyakinan, memiliki nurani, dan beragama), 19 (hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi), 20 (hak untuk berkumpul secara damai dan berasosiasi), dan 21 (hak untuk berpartisipasi dalam urusan pemerintahan dan kepentingan publik).

<sup>13</sup> Untuk ICCPR Pasal 12 (kebebasan untuk bepergian di dalam dan ke luar negeri), 18 (hak untuk berkeyakinan, memiliki nurani, dan beragama), 19 ((hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi), 21 (hak untuk berkumpul secara damai dan berasosiasi), 22 (hak untuk berorganisasi dan membentuk serikat pekerja), 25 (hak untuk berpartisipasi dalam urusan pemerintahan dan kepentingan publik), 26 (kesetaraan dan non-diskriminasi di muka hukum), dan 27 (hak-hak kaum minoritas atas kebudayaan, Bahasa, dan agamanya).

*Any Form of Detention or Imprisonment*)<sup>14</sup> dan, bagi Negara-negara Pihak pada ICCPR, kriteria yang ditetapkan khususnya diatur dalam Pasal 9 dan 14;<sup>15</sup>

4. **Kategori IV:** Ketika para pencari suaka (*asylum seeker*), imigran, atau pengungsi dikenakan tahanan administratif yang berkepanjangan tanpa kemungkinan peninjauan hukum atau administratif, atau pemulihan hak;<sup>16</sup>
5. **Kategori V:** Ketika perampasan kebebasan merupakan pelanggaran hukum internasional karena alasan diskriminasi berdasarkan kelahiran; asal kebangsaan/kewarganegaraan, etnis, atau asal sosial; bahasa; agama; kondisi ekonomi; opini politik atau lainnya; jender; orientasi seksual; atau disabilitas atau status lainnya, dan yang bertujuan atau dapat mengakibatkan terabaikannya kesetaraan HAM.

Dalam konteks penerapan pidana makar terhadap para aktivis politik Papua dan Maluku dalam setahun terakhir ini, yang relevan adalah Kategori II dan III. Hal ini bisa dilihat dari beberapa pertimbangan khusus UNWGAD akan beberapa kasus individual di Indonesia lewat kerja-kerja formal mereka.

#### **IV. Temuan UNWGAD dalam beberapa kasus di Indonesia**

Selain mengembangkan konsep-konsep kunci tentang “perampasan kebebasan atau penahanan sewenang-wenang” (*arbitrary deprivation of liberty or detention*), UNWGAD juga memiliki beberapa mandat kerja lainnya yang berguna untuk menentukan suatu kasus tertentu masuk dalam lima bentuk kategori perampasan kebebasan atau penahanan sewenang-wenang di atas. Mandat UNWGAD lain yang penting adalah *country visit*

---

<sup>14</sup> Instrumen ini diadopsi oleh Resolusi Majelis Umum PBB 43/173, 9 Desember 1988, bisa diakses di: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>.

<sup>15</sup> ICCPR Pasal 9 (hak atas kebebasan dan keamanan pribadi) dan 14 (*right to a fair trial*).

<sup>16</sup> Saat mempertimbangkan kasus-kasus dalam kategori ini, UNWGAD mencatat dasarnya prinsip hukum internasional bahwa penahanan dalam proses migrasi harus menjadi upaya terakhir dan hanya diizinkan untuk periode waktu terpendek dalam setiap kasus individu dengan dasar penahanan yang didefinisikan secara jelas dan lengkap dalam legislasi nasional. Kelompok Kerja selanjutnya memeriksa apakah legalitas penahanan terbuka untuk tantangan di hadapan pengadilan dalam batas waktu tertentu. Para imigran dalam situasi yang tidak normal tidak boleh dianggap atau diperlakukan sebagai penjahat.



(kunjungan ke suatu negara)<sup>17</sup> dan memberikan pendapat (*opinion*)<sup>18</sup> terhadap suatu kasus yang diduga merupakan bentuk penahanan atau perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang. Lewat dua mandatnya tersebut, UNWGAD juga beberapa kali menelaah kasus-kasus individual di Indonesia, khususnya dalam penerapan pidana makar.

### Country visit UNWGAD di Indonesia 1999

Pada awal 1999 (akhir Januari hingga awal Februari) UNWGAD melakukan kerja *country visit* ke Indonesia, termasuk ke Timor-Timur (sekarang Timor-Leste) setelah meminta untuk diundang selama bertahun-tahun. Jelas *country visit* ini bisa terjadi karena adanya perubahan pemerintahan di bawah Presiden Soeharto ke Presiden BJ Habibie. Saat itu selain adanya reformasi institusi dan legislasi yang sedang berjalan secara besar-besaran, Presiden Habibie juga telah membebaskan hampir sekitar 200an “tahanan politik” lewat kebijakan pemberian amnesti (pengampunan).<sup>19</sup>

Terdapat 2 hal penting terkait pidana makar yang diangkat dalam laporan UNWGAD. *Pertama*, UNWGAD mengangkat beberapa kasus “tahanan politik” individual, seperti:

- Kasus pengibaran Bendera Bintang Kejora di Biak, Papua 2-6 Juli 1998 yang berujung pada penembakan secara membabi buta ratusan pengunjung rasa dan juga kriminalisasi terhadap beberapa aktivis politik Papua lewat Pasal 106 KUHP,<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Kerja *country visit* UNWGAD – mandat ini juga lazim ada di mekanisme *special procedure* lain di bawah Dewan HAM PBB – adalah mengunjungi suatu negara, setelah mendapat undangan (persetujuan) dari pemerintah yang bersangkutan, dan bertemu berbagai pemangku kepentingan (*stake holder*) yang relevan, seperti mengunjungi penjara, tempat penahanan, mewawancarai para tahanan atau kuasa hukum, bertemu dengan pejabat negara dan organisasi masyarakat sipil, dan meneliti kebijakan atau legislasi terkait. Setelah melakukan *country visit*, UNWGAD akan menyusun suatu laporan berisi topik masalah pokok dan rekomendasi kepada negara tersebut. Laporan tersebut tidak hanya ditujukan kepada negara yang relevan, tetapi akan diangkat oleh UNWGAD kepada organ-organ PBB lainnya. Lihat *UN Human Rights Council, Methods of work of the Working Group on Arbitrary Detention*, UN Doc. A/HRC/36/38, para 25 – 32 dan UNWGAD, *Fact Sheet No. 26, Advance unedited version*, hal 9 – 10.

<sup>18</sup> Opini dari UNWGAD ini merupakan kerja mereka untuk meneliti dan memutuskan apakah suatu kasus – yang bisa dibawa oleh orang yang merasa menjadi korban pelanggaran HAM, kuasa hukumnya, atau suatu organisasi masyarakat sipil. Dalam mempertimbangkan pembuatan opininya, UNWGAD juga meminta masukan, respon, atau klarifikasi dari pemerintah yang relevan. Setelah membuat opini, UNWGAD juga menyertakan rekomendasi yang relevan kepada negara bersangkutan. Lihat *UN Human Rights Council, Methods of work of the Working Group on Arbitrary Detention*, UN Doc. A/HRC/36/38, para 15 – 21 dan UNWGAD, *Fact Sheet No. 26, Advance unedited version*, hal 7 – 8.

<sup>19</sup> *UN Human Rights Commission, Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Indonesia (31 January - 12 February 1999)*, 12 August 1999, UN Do. E/CN.4/2000/4/ADD.2, bisa diakses di: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/147/03/PDF/G9914703.pdf?OpenElement>.

<sup>20</sup> *UN Human Rights Commission, Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Indonesia (31 January - 12 February 1999)*, para 64-65. Peristiwa pelanggaran HAM ini juga dikenal dengan peristiwa Biak Berdarah.

- Kasus pemidanaan aktivis PRD (Partai Rakyat Demokratik) yang dikriminalisasikan lewat Pasal-Pasal Anti-Subversi,<sup>21</sup> yang saat ini sudah dihapus, terkait kasus penyerangan kantor PDI (Partai Demokrasi Indonesia) pada 27 Juli 1996, dan juga para aktivis PRD yang diculik dan dikembalikan oleh aparat keamanan pada awal 1998 tanpa ada proses hukum sama sekali;<sup>22</sup> dan
- Kasus pemidanaan terhadap mereka yang dituduh terlibat peristiwa kudeta 1965 atau yang dianggap menjadi anggota atau berafiliasi dengan PKI (Partai Komunis Indonesia).<sup>23</sup>

Untuk kasus-kasus di atas, UNWGAD menyatakan bahwa penahanan (pemenjaraan) atau perampasan kemerdekaan mereka bersifat sewenang-wenang karena mereka melakukan aktivitas politik berdasarkan pandangan dan keyakinan politik mereka secara damai (yang merupakan hak asasi manusia fundamental dan dilindungi oleh hukum HAM internasional) dan masuk dalam Kategori II (lihat di atas soal lima kategorisasi perampasan kemerdekaan sewenang-wenang yang dibuat oleh UNWGAD).<sup>24</sup>

*Kedua*, UNWGAD juga mengangkat pasal-pasal pidana makar di KUHP (Bab I tentang Kejahatan terhadap Keamanan Negara, Pasal 104 – 129) yang dianggap memiliki teks yang memiliki pengertian yang terlalu umum dan kabur menyangkut elemen intensi kejahatannya (*intentional element of the crime*), sehingga pasal-pasal ini bisa secara semena-mena digunakan untuk membatasi kebebasan berpendapat (beropini), berekspresi, berkumpul, dan berasosiasi.<sup>25</sup>

Sementara itu UNWGAD juga mengangkat cacatnya KUHAP (Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana) dari perspektif hukum HAM internasional tentang prinsip *fair trial* yang relevan dalam konteks perampasan kemerdekaan atau penahanan sewenang-wenang Kategori III. Bagian ini akan dibahas lebih lanjut di bagian bawah tulisan ini.

---

<sup>21</sup> UN Human Rights Commission, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Indonesia (31 January - 12 February 1999)*, para 61 – 62.

<sup>22</sup> UN Human Rights Commission, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Indonesia (31 January - 12 February 1999)*, para 56 – 57. Untuk kasus penculikan aktivis PRD 1998 ini, UNWGAD mengkategorikannya dalam Kategori I, yaitu penahanan atau perampasan kemerdekaan yang dilakukan negara tanpa landasan hukum apapun.

<sup>23</sup> UN Human Rights Commission, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Indonesia (31 January - 12 February 1999)*, para 67 -68.

<sup>24</sup> UN Human Rights Commission, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Indonesia (31 January - 12 February 1999)*, para 60, 62, dan 65. Untuk peristiwa 1965, UNWGAD menyatakan kemungkinan ada tahanan politik 1965 yang terlibat dalam aksi kekerasan, tetapi ada juga yang tidak terlibat dalam aksi kekerasan (para 68).

<sup>25</sup> UN Human Rights Commission, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Indonesia (31 January - 12 February 1999)*, para 50. Kesimpulan serupa diambil oleh UNWGAD tentang KUHP Bab II tentang Kejahatan-Kejahatan terhadap Martabat Presiden dan Wakil Presiden, (Pasal 130 -139), Bab V tentang Kejahatan terhadap Ketertiban Umum (154-181), dan Bab VIII tentang Kejahatan terhadap Penguasa Umum (Pasal 207-241).

### Kasus-Kasus Khusus di Indonesia yang Diangkat oleh UNWGAD

Bila melihat dari *database* Opini (*Opinion*) yang dikeluarkan oleh UNWGAD untuk Indonesia, terdapat empat berkas (melibatkan lebih dari tiga tahanan):

- *Opinion No. 11/1999*, dokumen tertanggal 20 Mei 1999. Kasus ini menyangkut pidana terhadap para aktivis RMS (Republik Maluku Selatan) Carel Tahiya, Neuhustan Parinussa, Louis Werinussa, John Rea, Poltja Anakota and Domingus Pattiwaelapia yang memiliki aspirasi politik untuk menghadirkan hak untuk menentukan nasib sendiri (*right to self-determination*) bagi Maluku Selatan; UNWGAD menyatakan pidana mereka merupakan penahanan sewenang-wenang karena aktivitas politik mereka dilakukan secara damai dan masuk Kategori II;<sup>26</sup>
- *Opinion No. 12/1999*, tertanggal 21 Mei 1999. Kasus ini menyangkut pidana terhadap pemimpin gerakan pro-kemerdekaan Timor-Timur José Alexander (“Xanana”) Gusmao. Xanana Gusmao dipidana oleh berbagai produk hukum, termasuk pasal-pasal makar (Pasal 106 dan 108 KUHP). Dalam pertimbangannya UNWGAD jelas menganggap Xanana terlibat dalam aksi kekerasan dalam memperjuangkan aspirasi politiknya, tetapi mereka juga melihat aspek lain penting dalam prinsip *fair trial*, yaitu Xanana dihalangi untuk mendapatkan akses terhadap pengacara sesuai pilihannya. Pada kesimpulannya UNWGAD menyatakan terjadi penahanan sewenang-wenang dalam Kategori III (pelanggaran serius *right to a fair trial*);<sup>27</sup>
- *Opinion No. 41/2008*, tertanggal 25 November 2008. Kasus ini menyangkut pidana terhadap 35 aktivis RMS<sup>28</sup> yang terlibat dalam sebuah demonstrasi damai lewat tarian cakelele dan pembentangan Bendera Benang Raja yang merupakan simbol gerakan pro-kemerdekaan RMS dalam upacara peringatan Hari Keluarga Berencana Nasional yang dihadiri Presiden saat itu Susilo Bambang Yudhoyono di Ambon, Maluku pada 29 Juni 2007. Sebagian besar dari mereka kemudian dipidana di bawah Pasal 106 dan 110 KUHP (makar). Selain itu UNWGAD juga mengangkat dugaan terjadinya praktik penyiksaan atau perlakuan buruk lainnya selama proses interogasi yang dilakukan oleh aparat kepolisian. Dalam kasus ini, menariknya Pemerintah Indonesia mengirimkan respon dengan menyatakan bahwa meski tindakan para aktivis RMS tersebut tidak melibatkan aksi

---

<sup>26</sup> UNWGAD, *Opinion No. 11/1999* (Indonesia), 20 Mei 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4/Add.1, hal 56-57, bisa diakses di: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/164/21/PDF/G9916421.pdf?OpenElement>.

<sup>27</sup> UNWGAD, *Opinion No. 12/1999* (Indonesia), 21 Mei 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4/Add.1, hal 58-61.

<sup>28</sup> Mereka adalah Johan Teterisa, Ruben Saiya, Romanus Basteran, Daniel Malwauw, Fredi Akihary, Abraham Saiya, Jefta Saiya, Alexander Tanate, Yusup Sapakoli, Josias Sinay, Agustinus Abraham Apono, Piter Patiasina, Stevanus Tahapary, Jhordan Saiya, Daniel Akchary, Baree Manuputty, Izaak Saimima, Erw Samuel Lesnusa, Renol Ngarbinan, Soni Bonseran, Ferdinan Waas, Samuel Hendrik, Apner Litamahaputty, Philip Malwauw, Alex Malwauw, Marlon Pattiwael, Jhon Saranamual, Yacob Supusepa, Jhonatan Riri, Petrus Rahayaan, Elias Sinay, Piter Latumahina, Johannes Apono, Domingus Salamena, dan Deni de Fretes.

kekerasan, tetapi ekspresi politik damai mereka merupakan ancaman terhadap keamanan nasional. Argumen ini ditolak oleh UNWGAD dengan menekankan bahwa elemen non-kekerasan merupakan hal yang esensial untuk mencegah terjadinya penahanan atau perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang. Pada kesimpulannya UNWGAD menyatakan pemidanaan para aktivis RMS tersebut jatuh pada Kategori II dan III sekaligus;<sup>29</sup> dan

- *Opinion No. 48/2011*, tertanggal 2 September 2011. Kasus ini menyangkut pemidanaan terhadap Filep Jacob Samuel Karma, aktivis pro-kemerdekaan Papua, yang divonis bersalah dan dipenjara 15 tahun karena melakukan makar (Pasal 106 dan 110 KUHP) ketika berpartisipasi dalam upacara damai peringatan deklarasi kemerdekaan Papua di Abepura, Jayapura, Provinsi Papua pada 1 Desember 2004. Bendera Bintang Kejora dikibarkan.<sup>30</sup> Sekali lagi UNWGAD menyatakan bahwa aktivitas politik Filep Karma yang menyebabkan dia dipidana merupakan tindakan non-kekerasan dan merupakan hak asasi yang dijamin oleh hukum HAM internasional. Selain itu UNWGAD juga menyimpulkan terjadinya pelanggaran terhadap hak Filep Karma terhadap suatu persidangan yang adil sehingga terjadi penahanan sewenang-wenang untuk Kategori II dan III sekaligus.<sup>31</sup>

## V. Pidana makar merupakan pelanggaran terhadap Hak atas Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi

Dilihat dari pembahasan di atas, masalah penerapan pidana makar juga berkaitan erat dengan hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi yang diatur di dalam Pasal 19 ICCPR. Dalam tafsir otoritatifnya (*General Comment No. 34*) *UN Human Rights Committee* menjelaskan bahwa “kebebasan meyakini suatu opini tentang suatu pandangan politik, moral, atau religiusitas tidak dapat dibatasi oleh ketentuan hukum apa pun” dan pengurangan atau pembatasan hak beropini ini dalam bentuk “pelecehan, intimidasi, atau stigmatisasi seseorang, termasuk penangkapan, percobaan penahanan, atau pemenjaraan karena alasan keyakinan yang mereka pegang, merupakan pelanggaran terhadap Pasal 19(1) dari ICCPR”.<sup>32</sup>

Pembatasan “manifestasi” pendapat atau opini yang dibenarkan hanya bila dikaitkan dengan reputasi atau nama baik orang lain, moral publik, kesehatan masyarakat, dan keamanan

---

<sup>29</sup> UNWGAD, *Opinion No. 41/2008*, 25 November 2008, UN Doc. A/HRC/13/30/Add.1, hal 105-108, bisa diakses di: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/116/72/PDF/G1011672.pdf?OpenElement>.

<sup>30</sup> Filep Karma sebelumnya juga divonis bersalah dan dipenjara 6,5 tahun melakukan pidana makar pada kasus Biak Berdarah 1998. Pada November 1999, Filep Karma dibebaskan dari penjara. Untuk kasus makar terakhir, Filep Karma bebas pada November 2015.

<sup>31</sup> UNWGAD, *Opinion No. 48/2011* (Indonesia), 2 September 2011, UN Doc. A/HRC/WGAD/2011/48, bisa diakses di: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/115/90/PDF/G1211590.pdf?OpenElement>.

<sup>32</sup> *UN Human Rights Committee General Comment No. 34 on Article 19: Freedoms of opinion and expression* (ICCPR), para 5 dan 9; bisa diakses di: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f34&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f34&Lang=en).

nasional.<sup>33</sup> Khusus untuk keamanan nasional (konsep yang sering digunakan negara untuk membenarkan penerapan pidana makar), istilah ini dijabarkan dalam *Siracusa Principles* suatu instrumen HAM (*soft law*) yang merupakan konsensus opini para ahli hukum HAM internasional.<sup>34</sup> Dalam *Siracusa Principles* dijelaskan bahwa “*keamanan nasional bisa digunakan untuk membenarkan tindakan yang membatasi hak-hak tertentu hanya ketika diambil untuk melindungi keberadaan bangsa atau integritas teritorialnya atau kemerdekaan politik dari suatu tindakan kekerasan atau ancaman kekerasan.*”<sup>35</sup> Lebih lanjut, instrumen ini menyatakan bahwa alasan keamanan nasional tidak bisa digunakan untuk menerapkan pembatasan hak-hak asasi untuk mencegah ancaman kekerasan yang bersifat lokal yang relatif bisa ditangani lewat pendekatan hukum dan ketertiban.<sup>36</sup>

Suatu instrumen HAM (*soft law*) serupa yang lebih baru *Johannesburg Principles* memperjelas dan memperkuat perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dalam menghadapi masalah keamanan nasional.<sup>37</sup> *Johannesburg Principles* secara eksplisit menyatakan bahwa suatu ekspresi yang bukan merupakan ancaman terhadap keamanan nasional adalah, di antaranya:

- Ekspresi untuk mengadvokasi perubahan kebijakan negara atau bentuk negara itu sendiri yang dilakukan tanpa kekerasan;
- Ekspresi yang merupakan suatu kritik, hinaan, atau ejekan kepada suatu bangsa, negara atau simbol-simbol negara, pemerintah (dan organ-organnya), pejabat publik, bangsa asing, negara atau simbol-simbol negara asing, pemerintah asing, atau pejabat publik negara asing; dan
- Mengkomunikasikan atau menyebarkan informasi-informasi tentang dugaan pelanggaran HAM.

*Johannesburg Principles* menganggap ekspresi-ekspresi di atas sebagai “manifestasi suatu pendapat yang dilindungi (*protected expression*)” dan mengharamkan negara untuk melakukan kriminalisasi atau pemidanaan bagi mereka yang melakukannya.<sup>38</sup> Lebih lanjut, instrumen ini juga menyediakan panduan apa itu bentuk ekspresi yang bisa merupakan suatu

---

<sup>33</sup> Pasal 19(3) dari ICCPR.

<sup>34</sup> *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 September 1984, UN Doc. E/CN.4/1984/4 (Annex), bisa diakses di: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/E/CN.4/1985/4>.

<sup>35</sup> *Siracusa Principles* para 29.

<sup>36</sup> *Siracusa Principles* para 30.

<sup>37</sup> *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, 1 Oktober 1995, bisa diakses di: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/02/joburg-principles.pdf>.

<sup>38</sup> *The Johannesburg Principles, Principle 7*. Lihat juga *UN Human Rights Committee General Comment No. 34*, para 38.

ancaman terhadap keamanan nasional, dengan prasyarat beban pembuktiannya ada di tangan negara.<sup>39</sup>

- Ekspresi yang diniatkan sengaja untuk menghasut kekerasan yang dalam waktu dekat akan terjadi;
- Ekspresi yang kemungkinan besar akan memicu kekerasan; dan
- Ada hubungan langsung dan segera antara suatu ekspresi dan kemungkinan atau terjadinya kekerasan.

Dalam konteks penerapan pidana makar bagi aktivis-aktivis politik Papua dan Maluku, penting untuk dicatat bahwa pemedanaannya didasari pada kepemilikan, penyebaran, pengibaran, atau pembentangan bendera atau simbol terlarang (Bendera Bintang Kejora untuk Papua, Bendera Benang Raja untuk Maluku, atau Bendera Bulan Sabit untuk Aceh) yang diasosiasikan sebagai simbol separatistis atau pro-kemerdekaan.<sup>40</sup> Untuk hal ini, perspektif HAM juga mengharamkannya. Semua bendera atau simbol-simbol terlarang tersebut jelas tidak melambangkan atau bisa diinterpretasikan sebagai bentuk ajakan melakukan kekerasan. Lebih lanjut, sejauh ini negara tidak pernah menjelaskan bagaimana simbol-simbol terlarang tersebut bisa menggerakkan orang lain untuk melakukan kekerasan atau membahayakan keamanan nasional.

Pembatasan terhadap hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi hanya bisa dilakukan bila ekspresi damai merupakan suatu advokasi kebencian berdasarkan agama, ras, warna kulit, etnis, atau kebangsaan yang membentuk suatu hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan, yang dikenal sebagai “*hate speech*” (siar kebencian).<sup>41</sup> Penjelasan terbaik “*hate speech*” dalam perspektif HAM tersedia di dalam suatu instrumen HAM (*soft law*) yang dikenal sebagai *Rabat Plan of Action*.<sup>42</sup>

Namun ketika konsepsi “*hate speech*” digunakan untuk menilai pasal-pasal makar, tidak bisa dibuktikan bahwa mereka yang mengekspresikan pandangan politiknya (pesan pro-kemerdekaan atau solusi politik lainnya untuk suatu teritori di Indonesia) secara damai bisa dinyatakan melakukan suatu advokasi kebencian berdasarkan agama, ras, warna kulit, etnis, atau kebangsaan yang membentuk suatu hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan, atau kekerasan.

## **VI. Penerapan pidana makar merupakan pelanggaran dari *right to a fair trial***

---

<sup>39</sup> *The Johannesburg Principles, Principle 6.*

<sup>40</sup> Produk hukum tambahan selain pasal-pasal makar di KUHP adalah Peraturan Pemerintah No. 77/2007 tentang Lambang Daerah.

<sup>41</sup> Pasal 20(2) dari ICCPR.

<sup>42</sup> *UN 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*, 11 Januari 2013, UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4, bisa diakses di: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat\\_draft\\_outcome.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf).

Penerapan pidana makar juga potensial menghasilkan pelanggaran atas *right to a fair trial* mengingat hampir semua tersangkanya selalu ditahan. Masalah ini juga sudah menjadi temuan dan diangkat oleh UNWGAD saat melakukan *country visit* ke Indonesia pada 1999 dan diperkuat oleh *UN Human Rights Committee* saat melakukan evaluasi pada laporan pertama Pemerintah Indonesia pada 2013 atas implementasi ICCPR.

Standar HAM internasional mensyaratkan bagi mereka yang ditangkap atau ditahan (yang sedang menjadi tersangka atau yang diancam pidana) harus segera dibawa ke otoritas pengadilan (hakim atau petugas pengadilan lainnya) sehingga hak-hak asasi mereka bisa dilindungi, seperti menjaga praduga tidak bersalah atau perlindungan dari praktik penyiksaan atau perlakuan buruk lainnya. Ketentuan ini diatur oleh Pasal 9(3) ICCPR yang menyebutkan bahwa “*setiap orang yang ditangkap atau ditahan berdasarkan tuduhan pidana, wajib segera dihadapkan ke depan pengadilan atau pejabat lain yang diberi kewenangan oleh hukum untuk menjalankan kekuasaan peradilan, dan berhak untuk diadili dalam jangka waktu yang wajar, atau dibebaskan...*”

Saat ini *UN Human Rights Committee* telah menetapkan “kesegeraan” atau waktu yang dibutuhkan untuk menguji keabsahan penahanan seorang tersangka untuk tidak lebih dari 48 jam atau dua hari lamanya.<sup>43</sup> Lebih lanjut, standar HAM internasional juga mensyaratkan bahwa prosedur ini menjadi kewajiban negara secara otomatis terlepas apakah tersangka atau tahanan tersebut menggugat keabsahan penahanan mereka sendiri.<sup>44</sup>

Persoalannya mereka yang diancam pidana makar – dengan hukuman di atas 9 tahun penjara – di atas kertas (berdasarkan Pasal 29 dari KUHAP) bisa berada di dalam tahanan (baik itu tahanan kepolisian, kejaksaan, atau pengadilan) selama 171 hari sebelum dibawa ke muka hakim.<sup>45</sup>

Atas dasar inilah UNWGAD dalam laporannya menyatakan bahwa terjadi pelanggaran HAM seperti yang diatur oleh Pasal 9 ayat (3) ICCPR akibat adanya cacat legislasi dalam hukum acara pidana di Indonesia dan meminta Indonesia untuk segera mengubahnya.<sup>46</sup> Rekomendasi untuk segera membawa seorang tersangka ke muka hakim dalam waktu 48 jam (dua hari) untuk menguji keabsahan penahanan lanjutan ini (merevisi KUHAP) ditegaskan ulang oleh *UN Human Rights Committee* saat menilai laporan pertama Indonesia akan implementasi ICCPR.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> *UN Human Rights Committee General Comment No. 35*, para 33.

<sup>44</sup> Amnesty International, *Fair Trial Manual, Second Edition*, hal 58.

<sup>45</sup> Amnesty International, *Flawed Justice; Unfair Trials and Death Penalty in Indonesia*, Index: ASA 21/2434/2015, 15 Oktober 2015, hal 33, bisa diakses di:  
<https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA2124342015ENGLISH.PDF>.

<sup>46</sup> *UN Human Rights Commission, Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Indonesia (31 January - 12 February 1999)*, para 74 dan 90.

<sup>47</sup> *UN Human Rights Committee, Concluding observations on the initial report of Indonesia*, 21 Agustus 2013, para 19, UN Doc. CCPR/C/IDN/CO/1, bisa diakses di:

Masalah penahanan yang berlebihan (*excessive detention*) ini – yang dialami semua tahanan politik saat ini – hanya satu masalah dari sekian banyak dalam aspek pelanggaran *right to a fair trial*. Aspek lain dalam cakupan *right to a fair trial* bisa saja dilanggar bila kita melihat kasus per kasus dari penerapan pidana makar di Indonesia, seperti apakah mereka mendapat akses terhadap pengacara menurut pilihan sendiri, apakah ada praktik penyiksaan atau perlakuan buruk lainnya selama interogasi atau selama ditahan, atau aspek prosedural lainnya seperti yang diatur oleh Pasal 14 dari ICCPR.

## VII. Kesimpulan

1. Bahwa ekspresi politik merupakan bagian dari kebebasan berekspresi dan berpendapat yang keberadaannya dijamin oleh instrumen HAM internasional yang telah diterima oleh hukum nasional Indonesia dan juga UUD 1945;
2. Bahwa meskipun demikian hal diatas, UNWGAD (Kelompok Kerja PBB tentang Penahanan Sewenang-wenang) menemukan telah terjadi perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang oleh Indonesia (dalam kategori II dan III) pada penerapan pidana makar terhadap aktivis politik Papua dan Maluku pada 1999, 2008 dan 2011;
3. Bahwa pasal makar di KUHP pada praktiknya diterjemahkan pada pengertian yang terlalu umum dan kabur sehingga tidak lagi menyangkut tujuan awal dari pasal tersebut (*intentional element of the crime*). Sehingga pasal-pasal ini bisa secara semena-mena digunakan untuk membatasi kebebasan berpendapat (beropini), berekspresi, berkumpul, dan berasosiasi;
4. Bahwa kebebasan berekspresi hanya boleh dibatasi bila terkait reputasi atau nama baik orang lain, moral publik, kesehatan masyarakat, dan keamanan nasional. Keamanan nasional yang seringkali digunakan sebagai alasan pun sebenarnya tidak dapat diinterpretasikan sesukanya, tapi harus mengacu pada instrumen internasional yang diakui PBB yakni *Siracusa Principles*, dimana definisi keamanan nasional yaitu “melindungi negara dari tindakan kekerasan atau ancaman kekerasan.” *Johannesburg Principles* (instrumen yang lebih baru dari Siracusa) semakin memperjelas bahwa ekspresi yang merupakan kritik kepada suatu bangsa, negara atau simbol-simbol negara, serta mengkomunikasikan atau menyebarkan informasi tentang dugaan pelanggaran HAM bukanlah ancaman terhadap keamanan. Menurunkan bendera merah putih atau menyanyikan yel-yel Papua Merdeka jelas tidak melambangkan atau tidak bisa diinterpretasikan sebagai bentuk ajakan melakukan kekerasan, apalagi Jaksa Penuntut Umum tidak pernah menjelaskan bagaimana tindakan-tindakan tersebut secara langsung dan segera bisa menggerakkan orang lain melakukan kekerasan.
5. Bahwa dengan demikian, perbuatan para Terdakwa dilindungi konstitusi dan hukum Indonesia sendiri dengan penafsiran yang benar. Sehingga harus dinyatakan **tidak**



**terbukti** melakukan perbuatan makar sebagaimana didakwakan oleh Penuntut Umum dan harus dibebaskan dari segala tuntutan hukum.