



LEMBAGA BANTUAN HUKUM
MASYARAKAT

Pembatasan oleh Negara yang Melampaui Batas: Legal Opinion tentang Hak Kebebasan Berpendapat dalam KUHP



**Pembatasan oleh Negara
yang Melampaui Batas:
Legal Opinion tentang Hak
Kebebasan Berpendapat
dalam KUHP**

Judul:

Pembatasan oleh Negara yang Melampaui Batas: Legal Opinion tentang Hak Kebebasan Berpendapat dalam KUHP

Penulis:

Ma'ruf Bajammal

Peer Reviewer:

Fachrizal Afandi

Penata letak:

Galih Gerryaldy

©2023 Lembaga Bantuan Hukum Masyarakat

Diterbitkan oleh Lembaga Bantuan Hukum Masyarakat
Tebet Timur Dalam VI E No. 3, Tebet
Jakarta Selatan, 12820
Indonesia

Daftar Isi

Daftar Isi	iii
BAB I Latar Belakang	1
BAB II Pembahasan	5
2.1 Kerangka Hak Asasi Manusia Terhadap Hak Kebebasan Berpendapat Dalam Hukum Positif	5
2.2 Kebijakan Kriminalisasi Sebagai Bentuk Pembatasan Hak Kebebasan Berpendapat	7
2.3 Bentuk Perlindungan Terhadap Hak Atas Kehormatan atau Reputasi yang Tidak Menghambat Hak Kebebasan Menyatakan Pendapat Melalui Mekanisme Gugatan Perdata	13
2.4 Permasalahan Delik Pidana yang Menghambat Hak Kebebasan Menyatakan Pendapat Dalam KUHP Baru	16
BAB III Penutup	21
3.1 Kesimpulan	21
3.2 Rekomendasi	22



BAB I

Latar Belakang

Pasca memproklamkan diri sebagai bangsa yang merdeka dan negara yang berdaulat pada tahun 1945, Indonesia mulai melakukan pembangunan dalam segala lini kehidupan, termasuk melakukan pembangunan melalui pembaharuan hukum pidananya sendiri. Meskipun telah menisbikan diri sebagai negara yang merdeka dari pemerintahan kolonial Belanda sejak tahun 1945, Indonesia sampai tahun 2023 masih tetap menggunakan hukum pidana warisan pemerintahan kolonial Belanda. Dasar penggunaan hukum warisan pemerintahan kolonial Belanda tercantum dalam konstitusi yakni, Pasal 2 Undang-Undang Dasar Tahun 1945, yang menyebutkan segala badan-badan negara dan peraturan-peraturan yang ada, masih berlaku sebelumnya diadakan peraturan baru.

Kemudian, berdasarkan catatan pemberitaan yang beredar, pembahasan untuk memulai pembaharuan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang baru dimulai sejak tahun 1963, dalam seminar hukum nasional I di Semarang.¹ Namun, lebih dari setengah abad lamanya, Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) ini tak kunjung rampung dibahas dan disahkan

¹ Agus Sabani, "Sekilas Sejarah dan Problematika Pembahasan RKUHP," 26 Desember 2017, Hukumonline, diakses di <https://www.hukumonline.com/berita/a/sekilas-sejarah-dan-problematika-pembahasan-rkuhp-lt5a42131b82c60/>

menjadi KUHP nasional. Bila dihitung periode kepemimpinan presiden, berarti sudah tujuh presiden berganti. Kalau dilihat berapa banyak Menteri Hukum dan HAM (dulu Menteri Kehakiman), kira-kira sudah terjadi tiga belas kali pergantian menteri. Bahkan, tim penyusun yang pernah terlibat menyusun RKUHP, sekitar 17 orang telah wafat. Hal ini pernah diungkap Guru Besar Universitas Diponegoro Prof Barda Nawawi Arief pada Maret 2016.²

Pada tahun 2023, Presiden Joko Widodo (Jokowi) bersama-sama dengan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia akhirnya mengesahkan RKUHP menjadi undang-undang. Pengesahan RKUHP ini telah diundangkan ke dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP Baru). Meskipun telah disahkan menjadi undang-undang, KUHP Baru tersebut masih banyak menuai kontroversi dari masyarakat. Salah satu kontroversi dalam KUHP Baru berkaitan dengan delik kebebasan berpendapat yang tercantum dalam berbagai pasal seperti, Pasal 218-220, Pasal 240-Pasal 241, dan Pasal 353-Pasal 354. Atas dasar itu, kami akan membahas problematika dari pasal-pasal KUHP Baru tersebut dalam *legal opinion* ini, sebagaimana akan kami ulas lebih lanjut dalam bab-bab selanjutnya.

2 *Ibid.*



BAB II

Pembahasan

2.1 KERANGKA HAK ASASI MANUSIA TERHADAP HAK KEBEBASAN BERPENDAPAT DALAM HUKUM POSITIF

Hak kebebasan menyatakan pendapat dalam berbagai instrumen hukum Hak Asasi Manusia (HAM) merupakan hak dasar yang penting dimiliki oleh setiap orang. Dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Konstitusi), hak kebebasan menyatakan pendapat diatur secara eksplisit dalam Pasal 28. Prinsip kebebasan berpendapat sebagaimana termaktub dalam Konstitusi tersebut dapat dilihat juga pada berbagai instrumen hukum internasional yang telah diakui dan diadopsi menjadi hukum positif yang juga berlaku di negara Indonesia seperti, Pasal 19 dan Pasal 20 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights - UDHR*), Pasal 19 Ayat 1 dan 2 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR*) yang telah diratifikasi oleh Indonesia melalui Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan ICCPR, serta Prinsip 23 Deklarasi Hak Asasi Manusia ASEAN (*ASEAN Human Rights Declaration - AHRD*) yang masing-masing bunyinya sebagai berikut:

- **Pasal 19 UDHR**

“Setiap orang memiliki hak atas kebebasan berpendapat dan menyatakan pendapat; hak ini mencakup pula kebebasan untuk berpegang teguh pada suatu pendapat tanpa adanya intervensi dan ditujukan untuk mencari, menerima dan menyampaikan informasi dan buah pikiran melalui media apa saja dan tanpa memandang batas-batas wilayah.”

- **Pasal 20 (1) UDHR**

“Setiap orang berhak atas kebebasan berkumpul dan berserikat secara damai”

- **Pasal 19 ayat (1) ICCPR**

“Setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan.”

- **Pasal 19 ayat (2) ICCPR**

“Setiap orang berhak atas kebebasan berekspresi; hak ini harus mencakup kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, tanpa menghiraukan batasan-batasan, baik secara lisan, tertulis atau dalam bentuk cetakan, dalam bentuk karya seni, atau melalui media lain yang dipilihnya.”

- **Prinsip No. 23 AHRD**

“Setiap orang berhak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi, termasuk kebebasan memiliki pendapat tanpa campur tangan dan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi, baik secara lisan, tertulis atau melalui media lain pilihannya.”

Selanjutnya, Pasal 23 Ayat 2 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM) telah menjamin setiap orang memiliki kebebasan untuk mempunyai, mengeluarkan dan menyebarluaskan pendapat sesuai hati nuraninya, secara lisan dan atau tulisan melalui media cetak maupun media elektronik dengan memperhatikan nilai-nilai agama, kesusilaan, ketertiban, kepentingan umum dan keutuhan bangsa. Pasal 19 Ayat 1 ICCPR turut menjamin setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan.

Makna tanpa campur tangan (*without interference*) dalam Pasal 19 ayat 1 ICCPR tersebut telah memberikan penekanan yang kuat bahwa hak setiap orang untuk berpendapat ini hendaknya tidak diganggu oleh campur tangan otoritas publik termasuk pembatasan-pembatasan yang tidak sah. Menurut Scanlon,

kata kebebasan (*freedom*) yang digunakan untuk menyebut “hak berekspresi” dapat diartikan bahwa setiap orang memiliki otonomi untuk memutuskan secara mandiri apa-apa yang mereka yakini dan apa-apa yang mereka harus lakukan.¹ Oleh sebab itu, hak kebebasan berpendapat merupakan hak yang tidak boleh diintervensi oleh pihak lain.

Meskipun demikian, hak kebebasan berpendapat merupakan hak yang dapat dilakukan pembatasan atau limitasi, karena bukan menjadi bagian dari HAM yang masuk dalam kategori *non-derogable*, atau hak yang tidak dapat dikurangi dalam situasi apapun. Akan tetapi, pembatasan atau limitasi terhadap hak kebebasan berpendapat hanya dapat dilakukan melalui undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan secara adil.

2.2 KEBIJAKAN KRIMINALISASI SEBAGAI BENTUK PEMBATASAN HAK KEBEBASAN BERPENDAPAT

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, kriminalisasi adalah “proses yang memperlihatkan perilaku yang semula tidak dianggap sebagai peristiwa pidana, tetapi kemudian digolongkan sebagai peristiwa pidana oleh masyarakat.” Menurut Salman Luthan, kriminalisasi (*criminalization*) merupakan objek studi hukum pidana materiil (*substantive criminal law*) yang membahas penentuan suatu perbuatan sebagai tindak pidana (perbuatan pidana atau kejahatan) yang diancam dengan sanksi pidana tertentu. Perbuatan tercela yang sebelumnya tidak dikualifikasikan sebagai perbuatan terlarang dijustifikasi sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana.²

Terdapat tiga asas kriminalisasi yang perlu diperhatikan pembentuk undang-undang dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana beserta ancaman sanksi pidananya, yakni: (1) asas legalitas; (2) asas subsidiaritas, dan (3) asas persamaan/kesamaan.³ menjelaskan asas legalitas adalah suatu asas

1 Cekli Setya Pratiwi, *Pengkajian atas Rancangan Undang-Undang Perubahan Undang-Undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik*, (Jakarta: Komnas HAM RI, 2022), diakses di [https://www.komnasham.go.id/files/20220819-pengkajian-atas-rancangan-undang-undang-\\$HY4T.pdf](https://www.komnasham.go.id/files/20220819-pengkajian-atas-rancangan-undang-undang-$HY4T.pdf), hal. 11/

2 Salman Luthan, 2009, “Asas dan Kriteria Kriminalisasi,” *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* No. 1 Vol. 16, hal. 1

3 Andi Hamzah, *Hukum Pidana Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2017), hal. 40

fundamental dalam suatu proses kriminalisasi yang memberikan batasan terhadap kekuasaan negara, yang bertujuan untuk memastikan agar negara tidak secara sewenang-wenang menentukan suatu perbuatan warga negara sebagai perbuatan pidana sehingga dapat dihukum. Adapun asas tersebut secara tersirat tertuang dalam ketentuan Pasal 1 KUHP Lama yang diberlakukan melalui Undang-Undang No. 1 Tahun 1946, yang berbunyi:

1. Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada;
2. Bilamana ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkannya.

Asas legalitas berfungsi untuk mencegah penguasa melakukan perbuatan sewenang-wenang kepada rakyat dengan menggunakan instrumen hukum pidana. Menurut Klaas Rozemond sebagaimana dikutip Andi Hamzah dalam bukunya yang berjudul Hukum Pidana Indonesia, dasar pemikiran asas legalitas berakar pada dua hal, yaitu⁴:

- a. Adanya kepastian hukum (*rechtszekerheid*); dan
- b. Legitimasi demokratis (*democratische legitimatie*).

Menurut Schafmeister dan J.E. Sahetapy, asas legalitas mengandung tujuh makna, yaitu⁵:

- a. Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang;
- b. Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi;
- c. Tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;
- d. Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (*syarat lex certa*);
- e. Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana;
- f. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang; dan
- g. Penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.

Pembatasan melalui kebijakan kriminalisasi tersebut harus dilaksanakan dengan semangat untuk mencari keseimbangan antara kebebasan sipil dengan hak-hak individu. Tujuan menciptakan keseimbangan tersebut pun menjadi dasar

4 *Ibid*, hal 39

5 J.E. Sahetapy, *Hukum Pidana*, (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1996), hal. 6-7.

dalam arah pembangunan politik hukum pidana yang tercantum dalam naskah akademik KUHP Baru. Naskah akademik tersebut menyebutkan pembaruan hukum pidana yang komprehensif, di dalamnya mengatur keseimbangan antara kepentingan umum dan kepentingan negara dengan kepentingan individu, antara perlindungan terhadap pelaku tindak pidana dan korban tindak pidana, antara unsur perbuatan dan sikap batin, antara kepastian hukum dan keadilan, antara hukum tertulis dan hukum yang hidup dalam masyarakat, antara nilai nasional dan nilai universal, dan antara hak asasi manusia dan kewajiban asasi manusia. Keseimbangan ini menjadi hal yang harus sesegera mungkin diwujudkan.⁶

Meskipun demikian, semangat untuk mengatur keseimbangan dalam KUHP Baru belum benar-benar terlaksana. Menurut Milda Istiqomah, dalam perancangannya, KUHP lebih diarahkan untuk melindungi kepentingan politik negara dan kelompok masyarakat, ketimbang mencari keseimbangannya dengan kebebasan sipil dan hak-hak individu. Pasal-pasal seperti penghinaan presiden, penghinaan terhadap lembaga atau kekuasaan negara, pasal tentang pelarangan ajaran Komunisme-Marxisme-Leninisme dan ideologi-ideologi yang bertentangan dengan Pancasila, memunculkan implikasi overkriminalisasi terhadap perbuatan yang seharusnya sudah tidak perlu dimasukkan dalam KUHP Baru. Artinya, hukum pidana tidak lagi dilihat sebagai upaya terakhir atau *ultimum remedium*, tetapi difungsikan terutama sebagai instrumen “penekan” atau “pembalasan”, serta justru dianggap sebagai *panacea* (obat mujarab) dan satu-satunya untuk menyelesaikan persoalan atau menjawab semua penyakit masyarakat.⁷

Sementara itu, dalam kerangka HAM, pembatasan terhadap hak berekspresi harusnya dilakukan secara sah dan proporsional. Agar tidak menjadi pembatasan yang sewenang-wenang, negara perlu memastikan bahwa undang-undang atau regulasi yang dijadikan dasar pembatasan hak berekspresi seseorang haruslah memuat norma hukum pembatasan yang tepat, termasuk pembatasan

6 Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, “Draft Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP),” diakses di <https://www.dpr.go.id/dokakd/dokumen/RJ1-20181127-110919-8068.pdf>, hal. 164

7 Pusat Studi Kebijakan Kriminal Universitas Padjadjaran, Pusat Pengembangan Riset Sistem Peradilan Pidana (PERSADA) Universitas Brawijaya, Lembaga Bantuan Hukum (LBH) “Pengayoman” Universitas Katolik Parahyangan, Bidang Studi Hukum Pidana Sekolah Tinggi Hukum Indonesia Jentera, *Prosiding Konsultasi Nasional Pembaruan KUHP 2021*, (Jakarta: Sekolah Tinggi Ilmu Hukum Indonesia Jentera, 2021), diakses di <https://persada.ub.ac.id/wp-content/uploads/2021/07/ISBN-PROSIDING-Konsultasi-Nasional-Pembaruan-KUHP-2021-merged.pdf>, hal. 5.

melalui kebijakan kriminalisasi dalam hukum pidana. Sebab secara filosofis, tujuan pembatasan terhadap kebebasan berekspresi orientasinya bukan untuk mengganggu atau mengekang kebebasan itu sendiri (*interference oriented*), melainkan untuk perlindungan (*protection oriented*), yaitu semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan tersebut. Hal ini selaras dengan ketentuan Pasal 28J ayat (1) Konstitusi yang menyatakan bahwa:

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

Merujuk norma yang ada di dalam konstitusi tersebut, dalam menjalankan hak-hak dan kebebasan-kebebasan berekspresi setiap orang harus tunduk terhadap pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang. Pengaturan mengenai pembatasan HAM juga diatur dalam Pasal 29 ayat (2) UDHR. Selengkapnya berbunyi:

“Dalam menjalankan hak-hak dan kebebasan-kebebasannya, setiap orang harus hanya pada pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang yang tujuannya semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang tepat terhadap hak-hak dan kebebasan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil dalam hal kesusilaan, ketertiban dan kesejahteraan umum dalam suatu masyarakat yang demokratis”

Selanjutnya, secara khusus menyangkut batasan hak kebebasan berekspresi, Pasal 29 UDHR ini dijelaskan lebih lanjut dalam Pasal 19 ayat (3) ICCPR yang menyatakan bahwa:

“Pelaksanaan hak-hak yang dicantumkan dalam Ayat 2 pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggung jawab khusus. Oleh karenanya dapat dikenai pembatasan tertentu, tetapi hal ini

hanya dapat dilakukan sesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk: (a) Menghormati hak atau nama baik orang lain; (b) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum.”

Dalam perkembangannya, Frank La Rue, Pelapor Khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk Promosi dan Perlindungan Hak Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi, menegaskan pembatasan atas dasar Pasal 19 Ayat 3 ICCPR harus memenuhi syarat kumulatif tiga bagian (*three-part test*), sebagaimana disebutkan sebagai berikut:

“Pelapor Khusus menganggap perlu untuk menegaskan kembali bahwa segala pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi harus lulus tes tiga bagian yang bersifat kumulatif seperti berikut: (a) Pembatasan harus termaktub dalam hukum yang jelas dan dapat diakses oleh semua orang (prinsip-prinsip prediktabilitas dan transparansi) (b) Pembatasan harus mengejar salah satu tujuan yang diatur dalam Pasal 19 Ayat 3 dari Kovenan itu, yaitu (i) untuk melindungi hak-hak atau reputasi orang lain, atau (ii) untuk melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum, atau kesehatan masyarakat atau moral (prinsip legitimasi); dan (c) Pembatasan harus dibuktikan benar-benar penting dan merupakan cara paling tidak restriktif untuk mencapai tujuan yang dimaksudkan (prinsip-prinsip kebutuhan dan proporsionalitas).”

Selanjutnya, berdasarkan *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, paragraph 20 – 36*, beberapa ekspresi dan pendapat yang dilarang (dengan atau tanpa ancaman pidana), yaitu apabila berkaitan dengan:

- a. Pornografi anak;
- b. Seruan untuk mendorong tindakan yang mengarah ke genosida;
- c. Advokasi kebencian berbasis ras, agama, ataupun kebangsaan yang merupakan ajakan untuk mendiskriminasi, permusuhan, ataupun kekerasan; dan
- d. Ajakan melakukan terorisme.

Ketentuan Pasal 19 ayat (3) ICCPR tersebut sejatinya mengingatkan bahwa setiap individu memiliki tanggung jawab dan kewajiban untuk mengakui dan melindungi hak-hak yang dijamin dalam kovenan. Sehingga dalam menjalankan hak-haknya, setiap orang wajib tunduk pada pembatasan-pembatasan yang berlaku. Namun, pembatasan hak yang diakui dalam Pasal 19 ayat (3) ICCPR mengenai hak atas kebebasan berekspresi tidak dilakukan secara sewenang-wenang. Karena apabila pembatasan dilakukan sewenang-wenang, maka esensi hak-hak yang dijamin dan diatur dalam berbagai kovenan dikhawatirkan dilanggar. Pelapor Khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk Promosi dan Perlindungan Hak Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi telah memberikan contoh bentuk pembatasan hak atas kebebasan berekspresi yang diperkenankan sehingga tidak melanggar esensi hak-hak yang dijamin dan diatur dalam berbagai kovenan tersebut.

Berdasarkan norma-norma pembatasan yang diatur dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, Pasal 29 UDHR, Pasal 19 ayat (3) ICCPR dan pandangan Pelapor Khusus PBB tersebut, tersebut syarat-syarat pembatasan yang ketat terhadap hak kebebasan berpendapat adalah sebagai berikut:

- a. Pembatasan harus diatur dengan undang-undang (*prescribed by law*);
- b. Pembatasan bertujuan untuk menghormati salah satu dari tujuan pembatasan yaitu melindungi hak atau reputasi orang lain, melindungi keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan publik atau moral masyarakat;
- c. Pembatasan dilakukan secara proporsionalitas tanpa diskriminasi.

Standar norma pembatasan sebagaimana dijelaskan di atas sangat penting untuk dituangkan dalam rumusan undang-undang agar memudahkan penegak hukum untuk menguji atau menilai apakah tindakan atau perbuatan seseorang perlu dibatasi, dilarang atau justru dilindungi. Jika norma pembatasan ini tidak dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan, maka aparat penegak hukum tidak memiliki batu uji yang memadai dalam menindaklanjuti laporan atau perkara, sehingga tafsir yang dilakukan berpotensi sangat subjektif dan sewenang-wenang. Oleh sebab itu, pembatasan hak kebebasan berpendapat yang termanifestasikan ke dalam perbuatan yang dikriminalisasikan dalam hukum pidana yang berlaku sebagai hukum positif tidak boleh bertentangan dengan konsepsi pembatasan yang sesuai dengan prinsip dan norma hukum HAM yang berlaku tersebut.

2.3 BENTUK PERLINDUNGAN TERHADAP HAK ATAS KEHORMATAN ATAU REPUTASI YANG TIDAK MENGHAMBAT HAK KEBEBASAN MENYATAKAN PENDAPAT MELALUI MEKANISME GUGATAN PERDATA

Menurut Herlambang P. Wiratman, kebebasan berekspresi harus dilindungi dan hanya bisa dibatasi secara sempit untuk mencapai tujuan yang sah. Salah satu alasannya yang kerap digunakan sasaran penegakan hukum adalah untuk melindungi reputasi atau kehormatan.⁸

Perlindungan terhadap reputasi atau kehormatan seseorang dalam instrumen hukum dan HAM dikenal dengan hukum tentang defamasi. Secara prinsip, defamasi hanya boleh digunakan untuk melindungi reputasi seseorang, terhadap kerugian, termasuk perasaan direndahkan, ejekan di depan publik, atau perbuatan yang menyebabkan seseorang dijauhi atau dihindari.⁹

Pengadilan harus memastikan bahwa tuduhan dan proses hukum atas defamasi hanya boleh dilakukan terhadap pernyataan yang menimbulkan kerugian yang serius dan substantif, tidak untuk pelanggaran yang bersifat nominal dan minor.¹⁰ Defamasi tidak boleh dilakukan untuk hal yang sifatnya esensial terkait hal substantif atau kritik yang disampaikan. Itu sebabnya, secara khusus, defamasi tidak bisa digunakan untuk menjustifikasi hal-hal berikut:

- a. Mencegah kritik terhadap pejabat publik atau figur publik atau pengungkapan kesalahan atau tindakan koruptif seseorang.
- b. Perlindungan terhadap reputasi suatu objek, seperti simbol negara atau agama, bendera, atau lambang nasional;
- c. Perlindungan reputasi suatu daerah atau negara;
- d. Memperbolehkan seseorang untuk menggugat atas nama orang yang sudah meninggal;

8 Herlambang P. Wiratman, "Perlindungan Kebebasan Berekspresi dan Kebebasan Akademik dalam Perkembangan Hukum HAM Indonesia," keterangan ahli di hadapan Pengadilan Negeri Jakarta Timur untuk kasus nomor 202/Pid. Sus/2023 PN. Jkt Tim dan 203/Pid.Sus/2023/PN Jkt.Tim, 9 Oktober 2023.

9 Article 19, (2000), Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation, diakses di <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/definingdefamation.pdf>, hal. 6.

10 *Ibid.*, hal. 7.

- e. Memperbolehkan seseorang menggugat atas nama suatu kelompok yang tidak memiliki status untuk melakukan gugatan;
- f. Melindungi perasaan subjektif atau pemahaman subjektif terhadap selera humor.
- g. Badan publik, termasuk badan legislatif, eksekutif, yudisial, atau badan lain yang menyelenggarakan fungsi publik, harus dilarang untuk mengajukan perkara defamasi. Pembatasan ini diperlukan dalam rangka membuka ruang kritik terhadap pemerintah dan badan publik dalam suatu masyarakat yang demokratis.

Selain itu, penggunaan defamasi juga perlu untuk mengikuti syarat-syarat yang ketat, seperti berikut ini:¹¹

- a. Hanya dilakukan apabila terbukti bahwa pernyataan itu salah dan dibuat dengan pengetahuan tentang kepalsuannya dan dibuat dengan tujuan untuk menimbulkan kerugian bagi korban;
- b. Penegak hukum, termasuk polisi dan jaksa, tidak boleh menjadi pihak yang melaporkan kasus pidana penghinaan;
- c. Sanksi penjara, pembatasan sementara kebebasan berekspresi atau larangan melakukan kegiatan jurnalisme, denda yang berlebihan, dan hukuman keras lainnya tidak bisa digunakan sebagai sanksi terlepas seberapa buruk pernyataan yang disampaikan.

Menurut Fachrizal Afandi, perlindungan reputasi atau kehormatan seseorang lebih cenderung menjadi sengketa perdata, karena kerugian akibat penghinaan sudah diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (BW). Sehingga penegakan hukum pidana tidak perlu dilakukan. Hal ini membuat negara bisa lebih fokus pada kasus-kasus korupsi, sumber daya alam dan sebagainya.¹²

Sementara itu, dalam instrumen hukum perdata, jaminan perlindungan terhadap reputasi dan kehormatan seseorang dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 1372 BW yang menyebutkan '*tuntutan perdata tentang hal penghinaan adalah bertujuan mendapatkan penggantian kerugian serta pemulihan kehormatan dan nama baik*'. Menurut J. Satrio, tuntutan ganti rugi atas dasar penghinaan

¹¹ *Ibid.*, hal. 10.

¹² Keterangan di FGD dengan ahli hukum yang diadakan oleh Lembaga Bantuan Hukum Masyarakat, 26 Oktober 2023 di Jakarta.

(Pasal 1372 KUH Perdata) merupakan salah satu varian dari tuntutan ganti rugi berdasarkan tindakan melawan hukum yang umum (Pasal 1365 KUH Perdata). Kesamaan kedua pasal terletak di dasar gugatannya yang mengharuskan adanya tindakan melawan hukum.¹³

Selanjutnya, J, Satrio menyampaikan bahwa penghinaan tidak diukur dari apa yang oleh si korban rasakan sebagai perbuatan menghina, tetapi diukur dari apakah tindakan/ucapan itu merupakan 'penghinaan' di dalam anggapan masyarakat di mana penghinaan itu dilakukan. Jadi, ukurannya bukan subjektif korban, melainkan ukuran objektif yang akan dinilai oleh hakim. Hakimlah yang memainkan peran strategis menilai pandangan masyarakat.¹⁴

Dalam melakukan penuntutan suatu perbuatan melawan hukum, unsur kesalahan dipakai untuk menyatakan, bahwa seseorang dinyatakan bertanggung jawab atas akibat merugikan yang terjadi karena perbuatannya. Apabila perbuatan melawan hukum ini menimbulkan kerugian, pelaku perbuatan tersebut wajib mengganti kerugian.¹⁵

Unsur kerugian dimaksudkan sebagai kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatan melawan hukum. Kerugian ini dapat bersifat harta kekayaan dan hal-hal yang bersifat imateril. Kerugian kekayaan umumnya meliputi kerugian yang diderita oleh si penderita dan keuntungan yang seharusnya ia peroleh. Kerugian immateril dapat berupa kerugian terhadap rasa takut, sakit, atau kehilangan kesenangan hidup.¹⁶

Gugatan ganti rugi yang dapat diajukan karena perbuatan melawan hukum adalah (i) ganti rugi dalam bentuk uang atas kerugian yang ditimbulkan; (ii) ganti rugi dalam bentuk natura atau dikembalikan dalam keadaan semula; (iii) meminta putusan hakim bahwa perbuatan yang dilakukan adalah bersifat melawan hukum; (iv) melarang dilakukannya perbuatan tertentu. Mendudukan perkara defamasi menjadi sengketa perdata dapat menjadi alternatif untuk

13 Muhammad Yasin, "Pasal Penghinaan yang Merisaukan Sang Begawan," hukumonline.com, 29 Agustus 2017, diakses di <https://www.hukumonline.com/berita/a/pasal-penghinaan-yang-merisaukan-sang-begawan-lt59a51f052e209/>

14 *Ibid.*

15 MR. Mahdi, *sumber-sumber hukum hukum, N.V. "Soerangan", Jakarta, 1958, hal 50*

16 Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, (Jakarta: Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal. 14.*

mengakomodir perlindungan reputasi dan kehormatan seseorang tanpa menghambat hak kebebasan menyatakan pendapat sesuai dengan instrumen hukum dan HAM yang berlaku.

2.4 PERMASALAHAN DELIK PIDANA YANG MENGHAMBAT HAK KEBEBASAN MENYATAKAN PENDAPAT DALAM KUHP BARU

Pada tahun 2023, Indonesia baru saja mengesahkan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana baru versi yang dibuat oleh anak bangsa sendiri. KUHP Baru diperuntukan untuk menggantikan KUHP versi Belanda yang diberlakukan oleh Belanda di Indonesia sebagai negara jajahannya. Meskipun Indonesia telah mendeklarasikan kemerdekaan sejak tahun 1945, akan tetapi KUHP Belanda masih tetap diberlakukan sejak awal kemerdekaan sampai tahun 2023 karena Indonesia belum mengadakan dan membuat KUHP-nya sendiri.

KUHP versi Indonesia telah diundangkan ke dalam Lembaran Negara 2023 dan tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6842 dengan diberi Nomor 1 Tahun 2023 tentang KUHP. Meskipun dibuat dengan semangat dekolonialisasi, akan tetapi KUHP Baru masih mempertahankan pasal-pasal yang kehadirannya cenderung dapat digunakan secara sewenang-wenang sehingga berdampak kepada terlanggarnya HAM, termasuk hak kebebasan berpendapat. Ketentuan-ketentuan dimaksud yang dapat menghambat hak kebebasan menyatakan berpendapat tersebut dapat dijumpai dalam ketentuan-ketentuan, sebagai berikut:

- a. Tindak Pidana Penyerangan Kehormatan atau Harkat Martabat Presiden dan Wakil Presiden (Pasal 218-220).
- b. Tindak Pidana Penghinaan terhadap Pemerintah (Pasal 240-Pasal 241).
- c. Tindak Pidana terhadap Kekuasaan Umum dan Lembaga Negara (Pasal 353-Pasal 354).

Secara historis, keberadaan Pasal 218-220 KUHP Baru berasal dari kolonial Belanda yang sudah kehilangan kontekstual dan relevansinya pada situasi Indonesia hari ini. Menurut Zainal Arifin Mochtar, alasan penggunaan aturan

ala lese majeste karena masih adanya beberapa negara lain yang menerapkan aturan tersebut tidak bisa dijadikan sebagai alasan yang tepat. Aturan itu sebenarnya merupakan bentuk hukum monarki, yang masih dipertahankan di negara-negara yang punya tradisi monarki yang demokrasinya terkadang dipadukan dengan demokrasi parlementer. Dalam sistem presidensial, presiden dipilih secara langsung oleh rakyat dan karena itu melekat kemungkinan untuk dikritik secara langsung atas apa yang ia lakukan.¹⁷

Selain itu, menurut preseden Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (MK) Nomor 013-022/PUU-IV/2006, tanggal 6 Desember 2006, delik penghinaan kepada presiden dan wakil presiden, yang sebelumnya tercantum dalam Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 dalam KUHP Lama, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat atau dihapuskan keberlakuannya karena amat rentan ditafsirkan secara sewenang-wenang untuk menghambat kebebasan berpendapat sehingga dianggap inkonstitusional. MK mengungkapkan dalam putusan tersebut sebagai berikut:

“Menimbang bahwa Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHPidana (re: tentang penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden) bisa menimbulkan ketidakpastian hukum (rechtsonzekerheid) karena amat rentan pada tafsir apakah suatu protes, pernyataan pendapat atau pikiran merupakan kritik atau penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden. Hal dimaksud secara konstitusional bertentangan dengan Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945 dan pada suatu saat dapat menghambat upaya komunikasi dan perolehan informasi, yang dijamin Pasal 28F UUD 1945;

17 Zainal Arifin Mochtar, “Pasal Penghinaan, hukum, dan Demokrasi,” Kompas.id, 13 Juli 2022, diakses di <https://www.kompas.id/baca/opini/2022/07/11/pasal-penghinaan-hukum-dan-demokras>

“Menimbang bahwa Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHPidana berpeluang pula menghambat hak atas kebebasan menyatakan pikiran dengan lisan, tulisan dan ekspresi sikap tatkala ketiga pasal pidana dimaksud selalu digunakan aparat hukum terhadap momentum-momentum unjuk rasa di lapangan. Hal dimaksud secara konstitusional bertentangan dengan Pasal 28, Pasal 28E Ayat (2), dan Ayat (3) UUD 1945;”

Dalam putusan tersebut, MK juga berpesan untuk tidak memuat warisan kolonial yang isinya sama atau mirip, terlebih jika ancaman pidana di dalam pasal tersebut dapat dipergunakan untuk menghambat proses demokrasi, khususnya akses bagi jabatan-jabatan publik yang mensyaratkan seseorang tidak pernah dihukum karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih. Namun demikian, alih-alih menginternalisasi Putusan MK tersebut ke dalam KUHP Baru, pembuat undang-undang justru membuat pasal-pasal yang dapat dipergunakan untuk menghambat hak kebebasan berpendapat.

Dengan demikian, keberadaan Pasal 218-220, Pasal 240-241, dan Pasal 353-354, baru tersebut dapat digunakan menjadi sarana pembungkam kritik masyarakat melalui instrument hukum yang dapat menghambat hak kebebasan berpendapat. Keberadaan pasal-pasal tersebut juga dapat membredel kritik masyarakat terhadap pemerintah atau tindakan penguasa atas keburukan suatu sistem yang ada atau yang terjadi, karena bisa dipelintir menjadi sebuah penghinaan yang merupakan delik yang dapat dikenakan hukum pidana.

Menurut Ronald Dworkin, sensor atau bredel atas pandangan orang lain karena dianggap menghina sama halnya dengan mengatakan bahwa pendapat orang yang disensor tersebut tidak layak untuk mendapatkan penghormatan yang setara. Selanjutnya, Medlow juga menambahkan bahwa seseorang tidak bisa dihukum karena apa yang dia percayai atau yakini, atau apa yang diimajinasikan, atau pikirkan.¹⁸

18 Cekli Setya Pratiwi, *op.cit.*, hal 12

Dalam negara demokratis, politik hukum haruslah melahirkan produk hukum yang terikat pada beberapa hal, yakni: asas legalitas, pembagian kekuasaan, jaminan hak-hak dasar warga, serta pengawasan terhadap tindakan pemerintah (hubungannya dengan eksistensi PTUN) (Zainal Arifin Mochtar, 2022). Untuk menjamin beberapa hal di atas, wujud konkret politik hukum haruslah diisi dengan partisipasi yang dilakukan secara bermakna (*meaningful participation*), sebagai bentuk pelibatan masyarakat yang sungguh-sungguh dalam proses legislasi dengan memperhatikan tiga aspek sebagaimana dimaksud dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 91/PUU-XVIII/2020.¹⁹ Tiga aspek ini merujuk pada:

1. hak masyarakat untuk didengar pendapatnya (*right to be heard*);
2. hak masyarakat untuk dipertimbangkan pendapatnya (*right to be considered*); dan
3. hak masyarakat untuk mendapatkan penjelasan atau jawaban atas pendapat yang diberikan (*right to be explained*).

Oleh sebab itu, pembedaan masyarakat yang melakukan kritik dalam KUHP Baru tersebut juga telah mengancam partisipasi masyarakat dalam pembangunan negara demokratis Indonesia. Alih-alih masyarakat dapat melakukan partisipasi bermakna melalui kritik terhadap kebijakan pemerintah atau tindakan penguasa yang ada atau terjadi, justru kritik tersebut dapat dijawab dengan pembedaan dalam KUHP Baru. Dengan demikian, pembatasan hak atas kebebasan berpendapat yang coba diwujudkan dalam KUHP Baru tidak sejalan dengan prinsip dan norma HAM serta perwujudan nilai negara demokratis yang sepatutnya dinternalisasikan oleh negara Indonesia ke dalam setiap kebijakan dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

¹⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi No. 91/PUU-XVIII/2020, hal. 393.





BAB III

Penutup

3.1 KESIMPULAN

Adapun kesimpulan yang dapat ditarik dari uraian-uraian di atas adalah sebagai berikut:

1. Kebebasan berekspresi termasuk hak menyatakan berpendapat merupakan hak dasar yang penting dan masuk ke dalam kategori HAM yang dapat dibatasi.
2. Pembatasan terhadap hak menyatakan pendapat harus dilakukan secara ketat melalui undang-undang dengan bentuk pembatasan yang sah yaitu apabila berkaitan dengan:
 - a. Pornografi anak;
 - b. Seruan untuk mendorong tindakan yang mengarah ke genosida;
 - c. Advokasi kebencian berbasis ras, agama, ataupun kebangsaan yang merupakan ajakan untuk mendiskriminasi, permusuhan, ataupun kekerasan; dan
 - d. Ajakan melakukan terorisme.

3. Rumusan norma Pasal 218-220, Pasal 240-241, dan Pasal 353-354 KUHP Baru:
 - a. Tidak sesuai kaidah-kaidah pembatasan HAM yang diizinkan (*permissible limitations*); dan
 - b. Melanggar kebebasan berekspresi dan berpendapat sebagai hak konstitusional warga negara sebagaimana telah dijamin dalam Pasal 28 UUD 1945, Pasal 28E Ayat 2 UUD 1945, Pasal 28C Ayat 1 UUD 1945, Pasal 28F UUD 1945, Pasal 28G Ayat 1 UUD 1945 Pasal 28I Ayat 4 UUD 1945, Pasal 28J Ayat 2 UUD 1945.

3.2 REKOMENDASI

Atas kesimpulan di atas, kami memberikan rekomendasi kepada masyarakat sipil sebagai berikut:

1. Mengadakan edukasi dan peningkatan literasi publik melalui kampanye terkait ancaman KUHP Baru bagi masyarakat yang akan mengkritisi kebijakan atau tindakan pemerintah yang ada atau yang terjadi;
2. Rapat konsolidasi dan gelar pendapat hukum ini bersama dengan jaringan; dan
3. Melakukan uji materi ke Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia terhadap Pasal 218-220, Pasal 240-241, dan Pasal 353-354, KUHP Baru ketika nanti diberlakukan sepenuhnya pada tahun 2026.

