

Amicus Brief

**Untuk digunakan sebagai bahan pertimbangan bagi Majelis Hakim
dalam Perkara Nomor 22/JKT.TIM/EKU/03/2023 dan
021/JKT.TIM/EKU/03/2023 dengan Terdakwa Haris Azhar dan Fatia
Maulidiyanty Pada Pengadilan Negeri Jakarta Timur**



Diajukan oleh:

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

Jakarta, 18 Desember 2023

BAGIAN I

PERNYATAAN KEPENTINGAN SEBAGAI AMICI

“Orang tidak boleh dimasukkan ke dalam penjara karena mengekspresikan pandangan mereka”.¹

1. Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), adalah organisasi hak asasi manusia yang bergerak pada kegiatan penelitian dan advokasi kebijakan, yang berdiri di Jakarta, sejak Agustus 1993. Terdaftar sebagai sebuah badan hukum Perkumpulan dengan Keputusan Menteri Hukum dan HAM Republik Indonesia No. AHU-17.AH.01.07 Tahun 2014. Sejak awal didirikan, ELSAM bertujuan untuk mewujudkan tatanan masyarakat yang berpegang pada nilai-nilai hak asasi manusia, keadilan, dan demokrasi, baik dalam rumusan hukum maupun dalam pelaksanaannya;
2. Dalam mencapai tujuannya, ELSAM melakukan usaha-usaha sebagai berikut: (1) melakukan pengkajian terhadap kebijakan-kebijakan dan/atau hukum, penerapannya, serta dampaknya terhadap kehidupan sosial, ekonomi, dan budaya; (2) mengembangkan gagasan dan konsepsi atau alternatif kebijakan atas hukum yang tanggap terhadap kebutuhan masyarakat dan melindungi hak asasi manusia; (3) melakukan advokasi dalam berbagai bentuk bagi pemenuhan hak-hak, kebebasan, dan kebutuhan masyarakat yang berkeadilan; dan (4) menyebarluaskan informasi berkenaan dengan gagasan, konsep, dan kebijakan atau hukum yang berwawasan hak asasi manusia, demokrasi, dan keadilan di tengah masyarakat luas;
3. Selaras dengan tujuan tersebut ELSAM turut aktif dalam melakukan advokasi berkaitan dengan perlindungan kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat yang merupakan hak konstitusional warga negara sebagaimana telah dijamin dalam konstitusi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Adapun Bentuk-bentuk advokasi yang ELSAM lakukan dengan cara memberikan sejumlah masukan melalui kertas kebijakan ataupun melalui seminar ataupun workshop sebagai upaya guna memastikan bahwa kewajiban negara untuk menghormati, memenuhi dan melindungi hak asasi manusia khususnya hak atas kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat;
4. Dengan sandaran di atas, ELSAM bermaksud mengajukan keterangan tertulis dalam posisinya sebagai *Amicus curiae* (Sahabat Pengadilan), kepada Pengadilan Negeri Jakarta Timur, untuk memberikan pandangan sesuai bidang keahlian dan sebagai wujud dukungan masyarakat sipil kepada Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Timur yang memeriksa perkara nomor 22/JKT.TIM/EKU/03/2023 dan 021/JKT.TIM/EKU/03/2023 dengan Terdakwa Haris Azhar dan Fatiah Maulidiyanty.
5. Penyusunan *Amicus curiae* atau sahabat pengadilan ini terbatas pada isu permasalahan sebagai berikut:
 - a. Apakah pidana terhadap Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty merupakan suatu bentuk pelanggaran terhadap kebebasan berekspresi?
 - b. Sejauh mana proporsionalitas tindakan pidana terhadap Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty dalam konteks pembatasan kebebasan berekspresi?
 - c. Apakah pidana terhadap Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty merupakan bagian dari *Strategic Litigation Against Public Participations* (SLAPPs)?

¹ Representative on Freedom of the Media to the OSCE, “Regular Report to the Permanent Council,” Desember 2010.

6. Dalam menyusun *amicus curiae* ini, khususnya mengulas beberapa isu permasalahan tersebut, *amici* merujuk pada instrumen hukum dan peraturan perundang-undangan termasuk dan tidak terbatas pada konvenan-konvenan internasional yang telah diratifikasi menjadi hukum nasional maupun yang telah diterima secara universal. Adapun rujukan tersebut yakni sebagai berikut:
- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945;
 - b. Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia;
 - c. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia 1948;
 - d. Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik sebagaimana yang telah diratifikasi oleh Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik;
 - e. Undang-Undang No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik;
 - f. Undang-Undang No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi Kolusi dan Nepotisme;
 - g. Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup;
 - h. UN Commission on Human Rights, The Siracusa Principles on the Limitation And Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 28 September 1984 (E/CN.4/1985/4).

BAGIAN II

AMICUS CURIAE DAN POSISINYA DALAM PERADILAN DI INDONESIA

7. "*Amicus curiae*", merupakan istilah Latin yang mungkin jarang terdengar di pengadilan Indonesia. *Amicus curiae* merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi hukum Romawi, yang kemudian berkembang dan dipraktikkan dalam tradisi common law, yang mengizinkan pengadilan untuk mengundang pihak ketiga untuk menyediakan informasi atau fakta-fakta hukum berkaitan dengan isu-isu yang belum *familiar*;
8. Negara-negara penganut tradisi hukum common law, telah sering menggunakan mekanisme *amicus curiae* dalam sistem hukumnya. Misalnya Belanda, Amerika, dan Argentina. Sejarah Amerika Serikat menuliskan, sebelum terjadinya kasus Green v. Biddle pada awal abad ke-19, cukup lama pengadilan menolak untuk memperbolehkan partisipasi *amicus curiae* dalam proses hukum di Pengadilan. Baru pada awal abad ke-20 *amicus curiae* mulai memainkan peranan penting dalam peradilan, yaitu dalam kasus-kasus hak sipil, dan aborsi. Bahkan, menurut sebuah studi yang dilakukan pada tahun 1998, *amicus curiae*, telah berpartisipasi dalam lebih dari 90 persen kasus-kasus yang masuk ke Mahkamah Agung;
9. Perkembangan terbaru lainnya dari praktik *amicus curiae* adalah diterapkannya *amicus curiae* dalam penyelesaian sengketa internasional, yang digunakan baik oleh lembaga-lembaga negara maupun organisasi internasional;
10. *Amicus curiae* yang dalam bahasa Inggris disebut "*friend of the court*", diartikan "*someone who is not a party to the litigation, but who believes that the court's decision may affect its interest*". Secara bebas, *amicus curiae* diterjemahkan sebagai *friends of the court* atau 'Sahabat Pengadilan', dimana, pihak yang merasa berkepentingan terhadap suatu perkara memberikan pendapat hukumnya kepada pengadilan. Miriam Webster Dictionary memberikan definisi *amicus curiae* sebagai "*one (as a professional person or organization) that is not a party to a particular litigation but that is permitted by the court to advise it in respect to some matter of law that directly affects the case in question*";
11. Dengan demikian, *amicus curiae* disampaikan oleh seseorang yang tertarik dalam mempengaruhi hasil dari aksi, tetapi bukan merupakan pihak yang terlibat dalam suatu sengketa; seorang penasihat kepada pengadilan pada beberapa masalah hukum yang bukan merupakan pihak untuk kasus yang biasanya seseorang yang ingin mempengaruhi hasil perkara yang melibatkan masyarakat luas;
12. Dalam tradisi common law, mekanisme *amicus curiae* pertama kalinya diperkenalkan pada abad ke-14. Selanjutnya pada abad ke-17 dan 18, partisipasi dalam *amicus curiae* secara luas tercatat dalam All England Report. Dari laporan ini diketahui beberapa gambaran berkaitan dengan *amicus curiae*:
 - a. fungsi utama *amicus curiae* adalah untuk mengklarifikasi isu-isu faktual, menjelaskan isu-isu hukum dan mewakili kelompok-kelompok tertentu;
 - b. *amicus curiae*, berkaitan dengan fakta-fakta dan isu-isu hukum, tidak harus dibuat oleh seorang pengacara (*lawyer*);
 - c. *amicus curiae*, tidak berhubungan penggugat atau tergugat, namun memiliki kepentingan dalam suatu kasus;
 - d. izin untuk berpartisipasi sebagai *amicus curiae*;
13. Di Amerika Serikat, sebelum terjadinya kasus Green v. Biddle pada awal abad ke-19, lama sekali pengadilan menolak untuk memperbolehkan partisipasi *amicus curiae* dalam proses

peradilan. Namun, sejak awal abad 20, *amicus curiae* memainkan peranan penting dalam kasus-kasus yang menonjol (*landmark*) dalam sejarah hukum Amerika Serikat, seperti misalnya kasus-kasus hak sipil dan aborsi. Bahkan, dalam studi yang dilakukan tahun 1998, *amicus curiae*, telah berpartisipasi dalam lebih dari 90 persen kasus-kasus yang masuk ke Mahkamah Agung;

14. Di Indonesia, *amicus curiae* belum banyak dikenal dan digunakan, baik oleh akademisi maupun praktisi. Namun, hingga saat ini, beberapa *amicus curiae* telah diajukan di Pengadilan Indonesia, termasuk dan tidak terbatas pada *amicus curiae* yang pernah diajukan oleh ELSAM, diantaranya:
 - (1) *Amicus curiae* yang diajukan Komnas HAM pada Perkara No Reg Perk No: PDM108/S.Liat.2/EOH.2/11/2020 atas nama terdakwa Robandi als Abah bin Rahim (alm), Muhamad Yusuf als Yusuf bin Seman (alm), Mulyadi als Aak bin Abdul Latif, Syamsul Efendi als Fendi bin Darwis, Heti Rukmana als Heti binti Maryadi, dan Aditama als Adi bin Sanadi Agani (alm);
 - (2) *Amicus curiae* yang diajukan kelompok penggiat kemerdekaan pers yang mengajukan *amicus curiae* kepada Mahkamah Agung terkait dengan peninjauan kembali kasus majalah Time versus Soeharto
 - (3) *Amicus curiae* peninjauan kembali praperadilan atas Surat Ketetapan Penghentian Penuntutan (SKPP) Kasus Bibit-Chandra
 - (4) *Amicus curiae* yang diajukan ICJR, ELSAM, PBHI, dan IMLDN dalam kasus Prita Mulyasari yang dijerat Pasal 27 ayat (3) UU No. 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE)
 - (5) *Amicus curiae* yang diajukan ELSAM dalam perkara Nomor 46/Pid.B/2022/PN.Mjk di Pengadilan Negeri Mojokerto a.n Terdakwa Bripda Randy Bagus
 - (6) *Amicus curiae* yang diajukan ELSAM, WALHI, KontraS, KPA dan TuK Indonesia dalam perkara pembunuhan terhadap Indra Pelani di PN Jambi, September 2015
 - (7) *Amicus curiae* yang diajukan ELSAM dalam kasus kriminalisasi aktivis lingkungan, Heri Budiawan alias Budi Pego di PN Banyuwangi, 19 Januari 2018
 - (8) *Amicus curiae* yang diajukan ELSAM dalam kasus Alnoldy Bahari alias Ki Ngawur Permana di PN Pandeglang pada Bulan April 2018
 - (9) *Amicus curiae* yang diajukan ELSAM dalam kasus Penyalahgunaan Data Pribadi yang berdampak terjadinya Kekerasan Seksual Berbasis Daring terhadap Kennedy Jennifer Dhillon di PN Jakarta Pusat pada bulan Mei 2019
 - (10) *Amicus curiae* yang diajukan ELSAM dalam Perkara Internet *Shutdown* di Papua dan Papua Barat pada Perkara Nomor: 230/G/TF/2019/PTUN-JKT pada Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta
 - (11) *Amicus curiae* pada Perkara Nomor 2/Pid.Pra/2023/PN.Byw mengenai Kriminalisasi Petani Pakel Banyuwangi
15. Walaupun *amicus curiae* belum dikenal dalam sistem hukum Indonesia, namun dengan berpegangan 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**", sebagai dasar hukum pengajuan *amicus curiae*, maka tidak berlebihan apabila mekanisme ini dapat digunakan sebagai salah satu strategi yang dapat digunakan untuk mengklarifikasi prinsip-prinsip hukum dan konstitusi, terutama kasus-kasus yang melibatkan berbagai UU atau pasal yang kontroversial.

BAGIAN III

RINGKASAN PERKARA

16. Pada 12 Agustus 2021, sembilan organisasi masyarakat sipil yang terdiri dari Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI), Wahana Lingkungan Hidup Indonesia (WALHI), KontraS, PUSAKA Bentala Rakyat, Walhi Papua, LBH Papua, Jaringan Advokasi Tambang (JATAM), Greenpeace serta Trend Asia menyusun dan merilis laporan singkat bersama terkait kegiatan tambang dan aktivitas aparat keamanan di Papua dengan judul Ekonomi-Politik Penempatan Militer di Papua: Kasus Intan Jaya;
17. Salah satu pembahasan dalam laporan singkat tersebut mengenai ditemukannya empat perusahaan yang berpotensi diuntungkan dengan kehadiran pos keamanan TNI/POLRI yang dekat dengan konsesinya;
18. Dari keempat perusahaan tersebut, juga ditemukan sejumlah nama purnawirawan yang menjabat sebagai komisaris dan pemegang saham. Beberapa purnawirawan tersebut yakni, Purnawirawan Polisi Rudiard Tampubolon, Purnawirawan TNI Paulus Prananto, dan Purnawirawan TNI yang kini menjadi Menteri Koordinator Bidang Kemaritiman dan Investasi (Menko Marves), Luhut Binsar Panjaitan²;
19. Haris Azhar mengunggah sebuah video di saluran YouTube-nya pada tanggal 20 Agustus 2021, yang memuat percakapan antara dirinya dan Fatia Maulidiyanty tentang laporan tersebut yang menyebutkan bahwa beberapa perusahaan diduga terlibat dalam eksplorasi tambang emas Blok Wabu di Intan Jaya, Papua. Luhut Binsar Pandjaitan, mantan jenderal militer dan Menteri Koordinator Bidang Kemaritiman dan Investasi yang menjabat saat ini, diduga merupakan pemegang saham minoritas di salah satu perusahaan yang disebutkan dalam laporan tersebut³;
20. Pada 26 Agustus dan 2 September 2021, Setelah video tersebut dirilis, Luhut Binsar Pandjaitan mengirim dua surat panggilan kepada Fatia Maulidiyanty dan Haris Azhar. Menurut juru bicaranya, panggilan tersebut mengundang Fatia Maulidiyanty dan Haris Azhar untuk menjelaskan motif, niat, dan tujuan di balik konten video tersebut. Luhut Binsar Pandjaitan merasa bahwa cuplikan tersebut menyebarkan opini yang tidak benar, pencemaran nama baik, dan berita palsu;
21. Pada 29 Agustus 2021, Haris Azhar menjelaskan bahwa data yang disebutkan dalam dialog berasal dari laporan yang dibuat oleh beberapa organisasi masyarakat sipil, yang menguraikan dugaan keterlibatan beberapa tokoh militer dalam industri pertambangan;
22. Pada 21 Oktober 2021, Kepolisian Daerah Metropolitan Jakarta Raya (Polda Metro Jaya) memanggil Fatia Maulidiyanty, Haris Azhar, dan Luhut Binsar Pandjaitan untuk mediasi. Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty menghadiri panggilan tersebut, sementara Luhut Binsar Pandjaitan tidak. Sebagai hasilnya, mediasi ditunda waktu yang tidak ditentukan;
23. Pada 17 Maret 2022, Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty dituduh melakukan pencemaran nama baik dan didakwa dengan Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang ITE. Pada 21 Maret 2022, Keduanya dipanggil oleh Kepolisian Jakarta untuk proses penyelidikan;

² Asfinawati, dkk (kontributor), Ekonomi-Politik Penempatan Militer di Papua: Kasus Intan Jaya, (Jakarta: #BersihkanIndonesia, YLBHI, Walhi Eksekutif Nasional, Pusaka Belantara Rakyat, Walhi Papua, LBH Papua, KontraS, JATAM, Greenpeace Indonesia dan Trend Asia, 2021), hal. 17.

³ Dapat dilihat pada link (<https://www.youtube.com/watch?v=1xMlnuOtBAs>).

24. Pada 6 Maret 2023, Kepolisian Jakarta memanggil Fatia Maulidiyanty dan Haris Azhar untuk memberitahu mereka tentang penyelesaian berkas kasus dan melakukan pemeriksaan medis sebelum menyerahkan berkas kasus ke Pengadilan Negeri Jakarta Timur, sebuah unit penuntutan tingkat kotamadya yang bekerja di bawah naungan Kejaksaan Agung Jakarta, pada hari yang sama;
25. Bahwa berselang beberapa lama setelah penetapan sebagai tersangka, Haris Azhar dan Fatiah Maulidiyanty kemudian menghadapi persidangan. Proses persidangan dilaksanakan di Pengadilan Negeri Jakarta Timur dan diawali dengan pembacaan dakwaan oleh Jaksa Penuntut Umum pada 03 April 2023. Dari pelaksanaan sidang itu, terungkap bahwa berkas Haris Azhar dan Fatiah Maulidiyanty dipisah sehingga menjadi dua berkas perkara;
26. Meskipun kemudian, Jaksa mendakwa keduanya dengan pasal yang sama, yaitu Pasal 27 Ayat (3) jo. Pasal 45 Ayat (3) UU No. 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 Kitab Undang- Undang Hukum Pidana (KUHP) atau, kedua, Primair Pasal 14 Ayat (2) UU Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP subsidiar Pasal 15 UU Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP, ketiga Pasal 310 Ayat (1) KUHP jo. Pasal 55 Ayat (1) ke-1 KUHP. Haris Azhar pada dasarnya dianggap telah menyebarkan pencemaran nama baik Luhut Binsar Panjaitan melalui akun Youtube-nya;
27. Pada 13 November 2023, Jaksa Penuntut Umum (JPU) membacakan tuntutan terhadap Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty. Keduanya dinilai terbukti melanggar Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45 ayat (3). Dalam tuntutan tersebut, JPU meminta agar kedua terdakwa segera ditahan. Selain itu, Jaksa meminta agar Majelis Hakim memerintahkan Penuntut Umum untuk menghapus video *podcast* Haris Azhar yang berhubungan dengan perkara.

BAGIAN IV PENDAPAT SEBAGAI AMICI

A. Pidanaan Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty Merupakan Tindakan Kriminalisasi Terhadap Ekspresi yang Sah (*Legitimate Expression*), yang Melanggar Jaminan Perlindungan Kebebasan Berekspresi

28. Kekhawatiran akan makin bertambahnya kecenderungan pidanaan terhadap bentuk-bentuk ekspresi yang sah, dalam pemanfaatan teknologi informasi dan komunikasi, terbukti hari ini. Pidanaan ini dilakukan baik melalui penerapan hukum pidana yang telah ada, atau melalui penciptaan hukum baru yang didesain secara khusus untuk mengriminalkan kemerdekaan berekspresi khususnya yang menggunakan medium internet. Ketentuan pidana ini paling banyak bersembunyi di balik pembenaran untuk memberikan perlindungan terhadap nama baik (reputasi) seseorang.
29. Khusus dalam konteks Indonesia, situasi kemerdekaan berpendapat dan berekspresi kian memburuk dengan makin masifnya penggunaan Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45 ayat (3) UU No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah dengan UU No. 19 Tahun 2016, untuk mengriminalkan bentuk-bentuk ekspresi yang sah (*legitimate expression*). Kondisi ini tentunya menciptakan ironi, di tengah makin menguatnya kesadaran publik tentang demokrasi. Padahal salah satu esensi dari demokrasi, terletak pada adanya jaminan perlindungan terhadap pelaksanaan hak atas kemerdekaan berpendapat dan berekspresi.
30. Keberadaan Pasal 27 ayat (3) jo. Pasal 45 ayat (3) UU ITE perihal pidana penghinaan dan pencemaran nama baik dan ancaman pidananya, faktanya hari ini telah melahirkan pengekanan terhadap kemerdekaan tersebut. Ketentuan ini telah menjadi alat ‘pembalasan dendam’ bagi orang-orang yang merasa dicemarkan nama baiknya (meskipun sepele), dengan cara memenjarakan pihak lain. Akibatnya, orang (khususnya pengguna teknologi informasi dan komunikasi) menjadi takut mengutarakan pendapat dan ekspresinya, sebagai imbas dari efek jeri (*chilling effect*) yang ditimbulkan oleh ketentuan tersebut;
31. Mantan Komisioner Tinggi HAM, Perserikatan Bangsa-Bangsa, Navi Pillay pernah mengatakan, bahwa internet merupakan tren global yang paling kuat saat ini, dan hal tersebut telah menghadirkan suatu tantangan HAM yang sangat kompleks. Internet telah menghapuskan berbagai upaya untuk membentuk monopoli informasi dan berita, sehingga mampu mendorong beragam pengambilan keputusan pemerintah secara transparan dan akuntabel. Peran internet dalam penikmatan hak asasi manusia sesungguhnya mulai memperoleh perhatian dalam perbincangan hak asasi manusia di badan PBB pada paruh terakhir tahun sembilan puluhan, dengan lahirnya resolusi Komisi HAM—sekarang Dewan HAM PBB No. 27/1997, yang memerintahkan kepada Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi, guna memasukkan dan mempertimbangkan seluruh aspek dari dampak yang timbul akibat adanya teknologi informasi baru, terhadap kesetaraan dan kesempatan dalam mengakses informasi serta penikmatan hak atas kebebasan berekspresi, sebagaimana yang diatur di dalam Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR).⁴
32. Dalam konteks pemajuan hak asasi manusia, besarnya pengguna internet ini tentu telah melahirkan banyak peluang. Laporan dari Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berpendapat dan Berekspresi tahun 2011, mengatakan bahwa internet telah menjadi alat

⁴ E/CN.4/1997/27, paragraf 12 (f) dapat diakses pada http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1997-27.doc.

yang sangat diperlukan untuk mewujudkan berbagai hak asasi manusia, memberantas ketidakadilan, dan mempercepat pembangunan dan kemajuan manusia. Oleh karena itu, memastikan akses universal terhadap internet harus menjadi prioritas bagi semua negara.⁵ Pendapat ini dikuatkan dengan keluarnya Resolusi Dewan HAM PBB pada Juli 2012 tentang Pemajuan, Perlindungan dan Penikmatan Hak Asasi Manusia di Internet, yang memberikan penegasan bahwa akses internet adalah bagian tak-terpisahkan dari hak asasi manusia. Dalam Resolusi 20/8 tersebut dikemukakan pula bahwa perlindungan hak yang dimiliki setiap orang saat *offline*, juga melekat saat mereka *online*. Perlindungan ini khususnya terkait dengan hak atas kebebasan berekspresi, yang berlaku tanpa melihat batasan atau sarana media yang dipilih. Hal ini sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 19 Deklarasi Universal HAM dan Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (ICCPR).⁶

33. Lebih jauh, Kebebasan berekspresi merupakan salah satu elemen penting dalam demokrasi. Bahkan, dalam sidang pertama PBB pada tahun 1946, sebelum disahkannya *Universal Declaration on Human Rights* atau traktat-traktat diadopsi, Majelis Umum PBB melalui Resolusi No. 59 (I) terlebih dahulu telah menyatakan bahwa "*hak atas informasi merupakan hak asasi manusia fundamental dan ...standar dari semua kebebasan yang dinyatakan 'suci' oleh PBB*". Kebebasan berekspresi merupakan salah satu syarat penting yang memungkinkan berlangsungnya demokrasi dan partisipasi publik dalam pembuatan keputusan-keputusan;
34. Warga negara tidak dapat melaksanakan haknya secara efektif dalam pemungutan suara atau berpartisipasi dalam pembuatan kebijakan publik apabila mereka tidak memiliki kebebasan untuk mendapatkan informasi dan mengeluarkan pendapatnya serta tidak mampu untuk menyatakan pandangannya secara bebas. Kebebasan berekspresi tidak hanya penting bagi martabat individu, tetapi juga untuk berpartisipasi, pertanggungjawaban, dan demokrasi. Kebebasan berekspresi memungkinkan orang-orang mempunyai kesempatan untuk menyampaikan, mencari, menerima, dan membagikan berbagai macam informasi, yang bisa mengembangkan dan mengekspresikan opini mereka dengan cara yang menurut mereka tepat. Kebebasan berekspresi harus dilihat sebagai instrumen kunci dalam pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia yang lain dan juga penting sebagai alat untuk mendorong pemberantasan impunitas dan korupsi (A/HRC/14/23);
35. Hukum Internasional hak asasi manusia telah memberikan fondasi dasar jaminan kebebasan berekspresi dan berpendapat serta hak atas informasi. Hal itu sebagaimana didasarkan pada Pasal 19 dari Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik, yang telah disahkan oleh pemerintah Indonesia melalui Undang-Undang No. 12 Tahun 2005. Ketentuan Pasal 19 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik tersebut sesungguhnya merupakan turunan dari DUHAM yang disahkan oleh Majelis Umum PBB pada tanggal 10 Desember 1948, dan telah diterima oleh seluruh Negara-negara anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa, termasuk Indonesia, yang mengadopsinya melalui TAP MPR No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia;
36. DUHAM telah menghadirkan dasar-dasar moral dan hukum yang membimbing dan memformulasikan standar-standar bagi kebebasan berekspresi, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 19 DUHAM, yang menyatakan bahwa "*Setiap orang berhak atas kebebasan mempunyai dan mengeluarkan pendapat dan berekspresi; dalam hal ini termasuk kebebasan menganut pendapat tanpa mendapat gangguan, dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan keterangan-keterangan dan pendapat dengan cara apa pun dan dengan tidak memandang batas-batas*", walaupun senyatanya ketentuan pasal ini dibatasi oleh ketentuan

⁵ Lihat United Nations Report Declares Internet Access a Human Right, dalam <http://techland.time.com/2011/06/07/united-nations-report-declares-internet-access-a-human-right/#ixzz2Sapu2kZQ>

⁶ A/HRC/20/L.13, dapat diakses di <http://daccess-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>.

Pasal 29 DUHAM yang memperbolehkan adanya pembatasan. Oleh karenanya, *amici* berpendapat bahwa pembatasan tersebut merupakan hal penting yang akan diuraikan tersendiri dalam bagian selanjutnya;

37. Selanjutnya, perihal kebebasan berekspresi dan hak atas informasi dalam ketentuan Pasal 19 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan politik ini disebutkan:
- (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 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;*
38. Menyikapi rumusan tersebut, Komite (ICCPR) mengemukakan bahwasanya ketentuan Pasal 19 paragraf dua di atas, pada dasarnya adalah melindungi semua bentuk gagasan subjektif dan opini yang dapat diberikan/disebarkan kepada orang lain.⁷ Sementara dalam paragraf satu Pasal 19, kebebasan berpendapat dikatakan sebagai urusan pribadi yang terkait dengan alam pemikiran yang sifatnya mutlak, tak-boleh dibatasi oleh hukum atau kekuatan lainnya. Penjelasan tersebut memberikan gambaran adanya kelit-kelindan antara hak untuk berpendapat dengan kebebasan berpikir, yang dijamin oleh ketentuan Pasal 18 ICCPR. Dijelaskan Manfred Nowak (2005), kebebasan berpikir telah berkontribusi besar dalam pelaksanaan kebebasan berpendapat, sebab pendapat adalah hasil dari proses pemikiran;⁸
39. Mengenai cakupan atau ruang lingkup perlindungan hak atas kebebasan berekspresi, dengan menggunakan sandaran instrumentasi hukum hak asasi manusia internasional, Komentar Umum No. 34 tentang Kebebasan Berpendapat dan Bereksprei menyebutkan:
- “... Semua bentuk opini dilindungi, termasuk pendapat yang bersifat politik, ilmiah, sejarah, moral atau agama.Pelecehan, intimidasi atau stigmatisasi seseorang, termasuk penangkapan, penahanan, mengadili atau memenjarakan karena alasan pendapat mereka, merupakan pelanggaran Pasal 19 ayat (1)”.⁹
- “... melindungi semua bentuk ekspresi dan cara penyebarannya. Bentuk-bentuk tersebut termasuk lisan, tulisan dan bahasa simbol serta ekspresi non-verbal semacam gambar dan bentuk-bentuk seni. Alat ekspresi termasuk buku, surat kabar, pamflet, poster, banner, pakaian serta submisi hukum. Dalam hal ini juga termasuk semua bentuk audio visual juga ekspresi elektronik dan bentuk-bentuk internet...”.¹⁰
40. Dengan mengacu pada batasan ruang lingkup instrumentasi di atas, secara sederhana hak atas kebebasan berekspresi dapat dimaknai sebagai hak untuk mencari informasi, menerima informasi, dan menyebarluaskan informasi, termasuk di dalamnya hak untuk menyatakan pendapat. **Prinsip kebebasan berekspresi juga melindungi semua jenis informasi atau ide apapun termasuk dalam hal ini fakta, komentar kritis, atau pun gagasan. Jadi termasuk gagasan yang bersifat sangat subjektif dan opini pribadi, berita atau pun**

⁷ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd revised edition, (Strasbourg: N.P. Engel, Publishers, 2005), hal. 444.

⁸ Manfred Nowak, *U.N. Covenant... Ibid.*, hal. 441.

⁹ CCPR/C/GC/34, *Article 19: Freedoms of Opinion and Expression*, Human Rights Committee, 102nd session, Geneva, 11-29 July 2011, paragraf 9. Selengkapnya lihat di <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>.

¹⁰ CCPR/C/GC/34, *Article 19: Freedoms of Opinion and Expression ... Ibid.*, paragraf 12.

informasi yang relatif netral, iklan komersial, seni, komentar yang lebih bersifat politis/kritis, bahkan materi pornografi sekalipun. Kebebasan berekspresi juga melindungi semua bentuk komunikasi, baik lisan, tertulis, cetak, media seni, internet, serta media apa pun yang menjadi pilihan seseorang. Perlindungan tersebut ditujukan pada semua bentuk media: radio, televisi, film, musik, grafis, fotografi, media seni, internet, juga kebebasan untuk melintas batas negara;

41. Secara khusus, dalam hukum Indonesia, UUD 1945 hasil amandemen kedua, yang disahkan pada 18 Agustus 2000 setidaknya memuat tiga ketentuan yang secara eksplisit memberikan jaminan perlindungan bagi kebebasan berekspresi di Indonesia. Ketiga pasal tersebut dapat dilihat dalam tabel berikut ini:

Ketentuan	Jaminan HAM
Pasal 28	Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang.
Pasal 28 E (3)	Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.
Pasal 28 F	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.

42. Selain itu, Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia juga memuat perlindungan terhadap hak atas kebebasan berekspresi. Pasal 23 UU No. 39 tahun 1999 menyatakan:

- (1) Setiap orang berhak untuk memilih dan mempunyai keyakinan politik.
- (2) Setiap orang berhak untuk mempunyai, mengeluarkan, dan menyebarluaskan 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.

43. Perlindungan terhadap hak atas kebebasan berekspresi cakupannya begitu luas, sebab kebebasan berekspresi merupakan salah satu elemen penting dalam demokrasi. Jaminan terhadap pelaksanaan kebebasan ini menjadi syarat penting yang memungkinkan berlangsungnya demokrasi dan partisipasi publik dalam pembuatan berbagai keputusan. Warga negara tidak dapat melaksanakan haknya secara efektif dalam pemungutan suara atau berpartisipasi dalam pembuatan kebijakan publik apabila mereka tidak memiliki kebebasan untuk mendapatkan informasi dan mengeluarkan pendapatnya serta tidak mampu untuk menyatakan pandangannya secara bebas. Kebebasan berekspresi tidak hanya penting bagi martabat individu, tetapi juga untuk berpartisipasi, serta memastikan adanya transparansi dan akuntabilitas dalam penyelenggaraan negara;

44. Secara teoritis apa sesungguhnya yang dimaksud dengan kebebasan berekspresi? Sejumlah ahli berpendapat, seperti dikemukakan oleh John Locke, yang mengatakan bahwa kebebasan berekspresi adalah cara untuk pencarian kebenaran. Kebebasan berekspresi ditempatkan sebagai kebebasan untuk mencari, menerima, memperbincangkannya, baik mendukung atau mengkritiknya, serta menyebarluaskannya kepada khalayak. Proses ini menjadi sebuah ruang dialektik, guna menghapus miskonsepsi atas sebuah fakta dan nilai yang menjadi perdebatan.¹¹ Sementara John Stuart Mill mengatakan, kebebasan berekspresi dibutuhkan

¹¹ Larry Alexander, *Is There A Right to Freedom of Expression*, (New York: Cambridge University Press, 2005), hal 128.

untuk melindungi warga dari penguasa yang korup dan tiran.¹² Sebab suatu pemerintahan yang demokratis mensyaratkan warganya dapat menilai kinerja pemerintahannya secara bebas. Dalam memenuhi kebutuhan kontrol dan penilaian itulah warga mesti memiliki semua informasi yang diperlukan tentang pemerintahannya. Tidak sebatas itu, syarat berikutnya warga dapat menyebarluaskan informasi tersebut, dan kemudian mendiskusikannya antara satu dengan yang lainnya;¹³

45. Oleh karena itu kebebasan berekspresi menjadi sebuah klaim untuk melawan penguasa yang melarang atau pun menghambat pelaksanaan—kebebasan berekspresi.¹⁴ Kebebasan ini merupakan elemen esensial bagi keikutsertaan warga dalam kehidupan politik dan juga mendorong gagasan kritis dan perdebatan tentang kehidupan politik bahkan sampai soal kewenangan militer, sehingga dia berdimensi politik.¹⁵ Kaitan kebebasan berekspresi dengan demokrasi kemudian diakui dalam hukum internasional hak asasi manusia yang menyatakan bahwa kebebasan berekspresi merupakan pra-syarat bagi perwujudan prinsip transparansi dan akuntabilitas yang pada akhirnya sangat esensial bagi pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia secara keseluruhan. Kebebasan berekspresi menjadi pintu bagi dinikmatinya kebebasan berkumpul, berserikat dan pelaksanaan hak untuk memilih;¹⁶
46. Lebih jauh, Pelapor Khusus PBB untuk kebebasan berekspresi dan berpendapat, Frank La Rue, dalam laporan tahun 2010, memberikan pengertian pada kebebasan berekspresi sebagai hak individual sekaligus kolektif, yang memungkinkan orang-orang mempunyai kesempatan untuk menyampaikan, mencari, menerima, dan membagikan berbagai macam informasi, yang bisa mengembangkan dan mengekspresikan opini mereka dengan cara yang menurut mereka tepat. Kebebasan berekspresi menurut La Rue bisa dilihat dari dua cara, pertama hak untuk mengakses informasi, dan kedua hak mengekspresikan diri melalui medium apa pun. Selain itu, dalam laporan tersebut La Rue juga menegaskan bahwa kebebasan berekspresi dan berpendapat harus dilihat sebagai instrumen kunci dalam pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia yang lain, dan penting pula sebagai alat untuk mendorong pemberantasan impunitas dan korupsi;¹⁷

B. Kriminalisasi Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty sebagai Tindakan Disproporsional dari Pembatasan Terhadap Kebebasan Berekspresi

47. Sedari awal kebebasan berekspresi memang dipahami sebagai sebuah kebebasan yang bersifat dinamis. Dalam pelaksanaannya kebebasan ini dapat berkembang begitu luas, namun dalam situasi khusus, kebebasan ini dapat dibatasi menjadi sedemikian sempit. Diskusi berikutnya ialah mengenai pihak atau institusi yang berwenang untuk menetapkan batas luas dan sempitnya pelaksanaan kebebasan berekspresi, konsekuensi yang harus ditanggung bila pembatasan itu tidak dilaksanakan, serta landasan apa yang paling sah untuk menetapkan pembatasan tersebut.¹⁸ Dari semenjak mengemukanya konsepsi kebebasan berekspresi itu sendiri, John Stuart Mill (1859) telah memberikan kata kunci 'instigation' (penghasutan), sebagai pembatas dari pelaksanaan atas kebebasan berekspresi. Diakuinya adanya pendaman bahaya (bara yang tersimpan) dalam kebebasan berkata-kata. Mill kurang

¹² John Stuart Mill, *On Liberty, Chapter II, Of The Liberty on Thought and Discussion*, 1859,

<http://www.utilitarianism.com/ol/two.html>, lihat juga Chin Liew Ten, dalam Mill on Liberty, Chapter Eight: Freedom of Expression, dalam <http://www.victorianweb.org/philosophy/mill/ten/ch8.html>.

¹³ Larry Alexander, dalam *Op. Cit.*, hal. 136.

¹⁴ Vincenzo Zeno-Zencovich, *Freedom of Expression: A Critical and Comparative Analysis*, (New York: Routledge-Cavendish, 2008), hal. 1.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ CCPR/C/GC/34, *Article 19: Freedoms of Opinion and Expression*, Human Rights Committee, 102nd session, Geneva, 11-29 July 2011, paragraf 3-4.

¹⁷ A/HRC/14/23.

¹⁸ Vincenzo Zeno-Zencovich, *Freedom ... Op. Cit.*, hal. 2.

lebih mengatakan, setiap pendapat menjadi kehilangan kekebalan atau imunitasnya ketika materinya disajikan dengan tujuan sebagai anjuran positif untuk melakukan kejahatan.¹⁹ Oleh karenanya, pembatasan terhadap pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi valid dan legitim, apabila kebebasan berekspresi tersebut dimaksudkan untuk merangsang dilakukannya tindakan kekerasan yang membahayakan jiwa atau kemanusiaan.

48. Ketentuan Pasal 29 DUHAM memperbolehkan adanya pembatasan, yang di dalamnya secara lengkap diuraikan sebagai berikut:
- (1) *Setiap orang mempunyai kewajiban terhadap masyarakat tempat satu-satunya di mana dia dapat mengembangkan kepribadiannya dengan bebas dan penuh.*
 - (2) *Dalam menjalankan hak-hak dan kebebasan-kebebasannya, setiap orang harus tunduk 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 orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil dalam hal kesusilaan, ketertiban dan kesejahteraan umum dalam suatu masyarakat yang demokratis.*
 - (3) *Hak-hak dan kebebasan-kebebasan ini dengan jalan bagaimana pun sekali-kali tidak boleh dilaksanakan bertentangan dengan tujuan dan prinsip-prinsip Perserikatan Bangsa-Bangsa.*
49. Dalam hukum internasional hak asasi manusia, pembatasan yang diperkenankan harus diuji dalam metode yang disebut dengan uji tiga rangkai (*three part test*), yang merupakan turunan dari pengaturan dalam ketentuan Pasal 19 ayat (3) Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik. Hal ini juga sebagaimana telah diakui oleh *UN Human Rights Committee* terutama dalam Kasus Mukong V. Cameroon dan juga oleh Pengadilan HAM Eropa (*European Court of Human Rights*) dalam kasus *Hungarian Civil Liberties Union V. Hungary*;
50. Metode uji tiga rangkai (*three part test*) merupakan langkah kumulatif untuk memastikan bahwa tindakan pembatasan yang dilakukan terhadap kebebasan berekspresi, termasuk di dalamnya adalah pembatasan terhadap akses konten internet dilakukan dengan sepenuhnya mengacu pada prinsip-prinsip pembatasan yang dibolehkan (*permissible restriction*), yang harus memenuhi unsur: (1) diatur oleh hukum (*prescribed by law*); (2) adanya kebutuhan kemendesakan untuk melakukan tindakan pembatasan (*necessity*); dan (3) untuk mencapai suatu tujuan yang sah (*legitimate aim*);
51. Dalam hukum Indonesia sendiri klausul mengenai pembatasan dan pengurangan terhadap hak asasi manusia diatur dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, yang menjadi pasal penutup dari keseluruhan pasal di dalam Bab XA tentang Hak Asasi Manusia. Dengan sistematisa tersebut, menurut Mahkamah Konstitusi, keseluruhan jaminan hak asasi manusia yang diatur di dalam UUD 1945, tunduk pada alasan dan mekanisme pembatasan yang diatur oleh ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945;²⁰
52. Mengacu pada ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 di atas, pembatasan terhadap suatu hak dapat dilakukan dengan sejumlah syarat dan alasan berikut: (i) ditetapkan dengan undang-undang (*prescribed by law*); (ii) dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain (*necessity*); (iii) untuk memenuhi tuntutan yang adil, dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum; dan (iv) dalam suatu masyarakat demokratis;

¹⁹ John Stuart Mill, *On Liberty, Chapter III, On Individuality, As One of The Element of Well Being*, 1859, dalam <http://www.utilitarianism.com/ol/three.html>, diakses pada 25 November 2012. Lihat juga Chin Liew Ten, dalam *Op. Cit.*

²⁰ Selengkapnya lihat Putusan No. 132/PUU-VII/2009, hal. 31. Pendapat tersebut kembali ditegaskan oleh MK di dalam Putusan No. No. 45/PUU-VIII/2010.

53. Ketentuan pokok hak asasi manusia lainnya, sebagaimana diatur UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia juga menempatkan klausul pembatasan sebagai pasal penutup dari keseluruhan pasal yang mengatur mengenai jaminan hak asasi manusia. Dalam Pasal 70 UU HAM disebutkan, pembatasan dimungkinkan jika: (i) ditetapkan oleh Undang-undang; (ii) dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; (iii) memenuhi tuntutan yang adil, dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum; dan (iv) dalam suatu masyarakat demokratis. Selain syarat dan alasan tersebut, dalam Pasal 73 UU Hak Asasi Manusia ditambahkan, bahwa pembatasan dapat dilakukan dengan alasan: (v) kesusilaan; dan (vi) kepentingan bangsa;
54. Selain itu, Indonesia juga telah menjadi negara pihak dari Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, dengan disahkannya Kovenan tersebut melalui UU No. 12 Tahun 2005, sehingga Indonesia juga tunduk pada serangkaian kewajiban internasional yang diatur oleh Kovenan (*state obligation*). Berdasarkan Pasal 19 ayat (3) Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, dalam pelaksanaan kebebasan berekspresi, pembatasan hanya mungkin dilakukan bilamana: *sesuai dengan hukum (prescribed by law), dan sepanjang diperlukan untuk (necessary): (a) Menghormati hak atau nama baik orang lain; (b) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral publik*; dan secara detail pelaksanaan ketentuan Pasal itu telah diuraikan di atas;
55. Dengan penjelasan tersebut di atas, dapat dilihat beragam dan perbedaan rujukan pembatasan dalam pelaksanaan kebebasan berekspresi di Indonesia, baik yang diatur dalam UUD 1945, UU Hak Asasi Manusia, maupun Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, yang apabila dibandingkan sebagai berikut:

Pembatasan Kebebasan Berekspresi		
UUD 1945	UU Hak Asasi Manusia	Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik
Ditetapkan dengan undang-undang	Ditetapkan oleh Undang-undang	Diatur oleh hukum
Dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain	dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain	Diperlukan
Untuk memenuhi tuntutan yang adil, dengan pertimbangan: 1. moral, 2. nilai-nilai agama, 3. keamanan, dan 4. ketertiban umum	Memenuhi tuntutan yang adil, dengan pertimbangan: 1. moral, 2. keamanan, dan 3. ketertiban umum 4. kesusilaan 5. kepentingan bangsa	Tujuan yang sah (<i>legitimate aim</i>), untuk kepentingan: 1. keamanan nasional dan keselamatan publik, 2. ketertiban umum, 3. perlindungan kesehatan dan moral publik, 4. perlindungan atas hak dan kebebasan dari orang lain
dalam suatu masyarakat demokratis	dalam suatu masyarakat demokratis	dalam masyarakat demokratis

56. Terhadap perbedaan dimaksud, yang harus dijadikan acuan adalah kewajiban internasional Indonesia terhadap hukum internasional hak asasi manusia. Tantangannya kemudian adalah bagaimana memberikan penafsiran atas seluruh alasan dan klausul pembatas yang diprasyaratkan? *Pertama*, pembatasan harus diatur oleh hukum (*prescribed by law*), maksud dari frasa ini untuk menghindari kemungkinan pembatasan kebebasan berekspresi dengan menggunakan langkah-langkah yang diambil eksekutif. Dalam hukum internasional HAM,

hukum dimaknai setidaknya ke dalam dua hal:²¹ (i) peraturan perundang-undangan yang diciptakan bersama antara legislatif dengan eksekutif, atau di Indonesia disebut dengan undang-undang; dan (ii) putusan pengadilan. Harus dalam bentuk undang-undang karena materi pembatasan haruslah mendapatkan persetujuan dari publik (kehendak rakyat), yang dalam prosesnya diwakili oleh para legislator. Oleh karena itu, peraturan di bawah undang-undang tidak boleh memuat pembatasan, tetapi hanya memuat operasional atau teknis implementatif dari tindakan pembatasan yang dilakukan.²² Putusan pengadilan adalah hukum, karena dalam prosesnya telah memenuhi prinsip *due process of law*, sebagai dasar dari negara hukum;

57. *Kedua*, bahwa pembatasan itu memang diperlukan (*necessary*), yang dijelaskan oleh Prinsip-Prinsip Siracusa, bahwa prinsip *necessary*, maksudnya adalah bahwa pembatasan harus: (i) didasarkan pada salah satu alasan yang membenarkan pembatasan yang diakui oleh pasal yang relevan dalam Kovenan; (ii) menjawab kebutuhan sosial; (iii) untuk mencapai tujuan yang sah; dan (iv) proporsional pada tujuan tersebut di atas.²³ Lebih jauh, prinsip ini menekankan bahwa untuk membatasi penerapan suatu hak, hanyalah dimungkinkan pada situasi ada kebutuhan riil untuk melakukan pembatasan tersebut. Guna menguji syarat “diperlukan”, digunakan dua syarat: (i) perlu dalam suatu masyarakat demokratis; dan (ii) proporsional pada kebutuhan yang diperlukan (*proportional to the desired need*);
58. Dalam syarat masyarakat demokratis, problem yang kerap mengemuka adalah luasnya konsep demokrasi dan tidak mungkin membangun kesamaan pemahaman demokrasi itu. Hal ini membuka peluang untuk dimaknai sesuai dengan kepentingan pemegang kekuasaan politik. Syarat ini sesungguhnya dimaksudkan untuk membantu memberi persyaratan pada gagasan ‘ketertiban umum’ dan ‘keamanan nasional’ yang kerap dipakai sebagai alasan dalam melakukan pembatasan. Dalam menetapkan aturan dan menerapkan tindakan pembatasan terhadap kebebasan berorganisasi negara harus membuktikan bahwa pembatasan tidak mengganggu berfungsinya masyarakat yang demokratis, yakni yang mengakui dan menjunjung tinggi hak asasi manusia, sebagaimana tercantum di dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, serta seluruh perangkat perjanjian internasional hak asasi manusia;
59. Sedangkan syarat proporsional mengandung arti dibutuhkan adanya ukuran pertimbangan yang pasti untuk melakukan intervensi. Prinsip proporsionalitas ini hendak memastikan bahwa campur tangan negara dalam pelaksanaan kebebasan fundamental tidak melebihi batas-batas kebutuhan dalam masyarakat demokratis, dan menuntut keseimbangan wajar antara semua kepentingan yang berlawanan dan memastikan bahwa cara yang dipilih menjadi cara yang paling tidak membatasi untuk melayani kepentingan tersebut. Dengan prinsip ini, suatu tindakan pelarangan atau pembubaran tidak boleh digunakan untuk mengatasi pelanggaran yang bersifat kecil;
60. *Ketiga*, tindakan pembatasan haruslah bersandar pada tujuan atau legitimasi yang sah (*legitimate aim*), untuk alasan kepentingan yang meliputi: (a) keamanan nasional (*national security*); (b) keamanan publik (*public safety*); (c) ketertiban umum (*public order*); (d) moral publik (*public moral*); (e) kesehatan publik (*public health*); dan (f) hak dan kebebasan orang

²¹ Beberapa ahli juga ada yang menyebutkan bahwa hukum juga termasuk hukum yang tidak tertulis (Lihat: Kiss A, “Commentary by the Rapporteur on the Limitations Principles”, dalam *Human Rights Quarterly*, Volume 7, hal 18).

²² Namun demikian, ada pula pendapat yang menyatakan bahwa eksekutif dapat mengambil langkah intervensi untuk membatasi hak-hak tersebut, dengan berlandaskan pada *general statutory authorization*. Dalam hal ini aturan pembatasan tersebut haruslah jelas dan dapat diakses oleh setiap orang, tidak boleh sewenang-wenang dan harus masuk akal. Selain itu negara juga harus menyediakan upaya perlindungan dan pemulihan yang memadai terhadap penetapan atau pun penerapan pembatasan yang bersifat sewenang-wenang terhadap hak-hak tersebut (Lihat: Nowak, hal. 489-492).

²³ Paragraf 10 Prinsip-Prinsip Siracusa.

lain (*rights and freedom of others*). Detailnya, alasan-alasan untuk memenuhi tujuan yang sah tersebut, harus dimaknai sebagai berikut:

Keamanan Nasional	Klausul ini digunakan hanya untuk melindungi eksistensi bangsa, integritas wilayah atau kemerdekaan politik suatu negara dari adanya kekerasan atau ancaman kekerasan. Negara tidak boleh menggunakan klausul ini sebagai dalih untuk melakukan pembatasan yang sewenang-wenang dan tidak jelas. Pembatasan dengan klausul ini juga tidak sah, jika tujuan yang sesungguhnya atau dampak yang dihasilkannya adalah untuk melindungi kepentingan-kepentingan yang tidak berhubungan dengan keamanan nasional. Misalnya untuk melindungi suatu pemerintahan dari rasa malu akibat kesalahan yang dilakukan atau pengungkapan kesalahan yang dilakukan, atau untuk menutup-nutupi informasi tentang pelaksanaan fungsi institusi-institusi publiknya, atau untuk menanamkan suatu ideologi tertentu, atau untuk menekan kerusuhan industrial.
Keselamatan Publik	Alasan ini digunakan untuk melindungi orang dari bahaya dan melindungi kehidupan mereka, integritas fisik atau kerusakan serius atas properti atau hak milik mereka. Pembatasan dengan alasan keselamatan publik misalnya larangan-larangan bagi organisasi untuk menyebarluaskan propaganda perang, permusuhan, juga larangan penyebaran ujaran kebencian. Klausul ini tidak bisa digunakan untuk pembatasan yang sewenang-wenang dan hanya bisa diterapkan jika ada perlindungan yang cukup dan pemulihan yang efektif terhadap penyalahgunaan pembatasan.
Ketertiban Umum	Frasa “ketertiban umum” diterjemahkan sebagai sejumlah aturan yang menjamin berfungsinya masyarakat atau seperangkat prinsip mendasar yang hidup di masyarakat. Ketertiban umum juga melingkupi penghormatan terhadap hak asasi manusia. Selain itu, ketertiban umum di sini harus dilihat dalam konteks hak yang dibatasinya. Dalam istilah aslinya, frasa ketertiban umum memang mempunyai banyak arti, namun kemudian secara umum penerjemahannya di berbagai negara mengacu pada arti kepentingan umum dari sebuah kepentingan kolektif, yang dalam hal ini juga mengimplikasikan bahwa hak asasi manusia dihormati oleh masyarakat itu. Pembatasan pada hak yang menggunakan klausul ini harus sesuai dengan prasyarat ketertiban umum pada setiap kasusnya, sehingga pembatasan hanya dapat dibenarkan jika ada sebuah situasi atau tindakan terhadap orang tertentu yang menimbulkan suatu ancaman serius. Negara atau badan negara yang bertanggungjawab untuk menjaga ketertiban umum harus dapat dikontrol dalam penggunaan kekuasaan mereka melalui parlemen, pengadilan atau badan independen lain yang kompeten, seperti Komnas HAM atau Ombudsman.
Moral Publik	Negara harus menunjukkan bahwa pembatasan itu memang sangat penting bagi terpeliharanya nilai-nilai mendasar dari masyarakat/komunitas. Dalam hal ini negara memiliki diskresi untuk menggunakan alasan moral masyarakat, namun klausul ini tidak boleh menyimpang dari maksud dan tujuan Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik. Dalam praktiknya, frasa ini juga tidak mudah untuk diterjemahkan, karena moral itu sendiri dimaknai secara berbeda-beda oleh satu masyarakat dengan masyarakat lainnya. Oleh karena itu, bila negara menggunakan frasa ini sebagai alasan untuk membatasi hak, maka negara tersebut harus menunjukkan bahwa pembatasan itu memang sangat esensial bagi terpeliharanya nilai-nilai mendasar komunitas. Dalam hal ini negara memang memiliki ‘diskresi’ untuk menggunakan alasan moral publik, karena ketiadaan konsep yang jelas tentang moral itu

	sendiri. Pembatasan menggunakan alasan moral publik tidak boleh dilakukan dengan sewenang-wenang, serta harus membuka kemungkinan adanya gugatan dan menyediakan adanya sarana pemulihan bila ada penyalahgunaan penerapan pembatasan. Harus ditekankan pula, meskipun negara memiliki 'diskresi' dalam penerapannya, hal itu tidak berlaku pada aturan terkait dengan 'non-diskriminasi' yang ada pada Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik.
Kesehatan Publik	Klausul ini digunakan untuk mengambil langkah-langkah penanganan atas sebuah ancaman yang bersifat serius terhadap kesehatan masyarakat atau pun anggota masyarakat. Namun langkah pembatasan ini harus diletakkan dalam konteks pencegahan penyakit atau kecelakaan atau dalam rangka menyediakan layanan kesehatan bagi mereka yang terluka atau sakit. Dalam hal ini negara harus mengacu pada aturan kesehatan internasional dari WHO.
Hak dan Kebebasan Orang Lain	Ketika terjadi konflik antar-hak (<i>antinomy</i>), maka harus diutamakan hak dan kebebasan yang paling mendasar. Klausul ini tidak bisa digunakan untuk melindungi negara dan aparatnya dari kritik dan opini publik.

61. Lebih jauh, Prinsip-Prinsip Siracusa (*The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1984), menjelaskan bahwa pembatasan harus dirumuskan secara ketat untuk kepentingan hak yang dilindungi tersebut (Paragraf 3), konsisten dengan tujuan ketentuan Kovenan Hak Sipil Politik (Paragraf 15), sehingga pembatasan tersebut tidak boleh dilakukan dengan sewenang-wenang dan tanpa alasan yang sah (Paragraf 16). Pembatasan tersebut dirumuskan dengan jelas dan dapat diakses oleh setiap orang (Paragraf 17), dan menyediakan pengaman serta ganti rugi terhadap dampak dan penerapan dari pembatasan ilegal dan cenderung disalahgunakan (Paragraf 18);
62. Dengan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, *Amici* menegaskan bahwa meskipun tindakan pembatasan terhadap kebebasan berekspresi dan hak atas informasi dimungkinkan (*derogable rights*), namun dalam pengaturan dan pelaksanaannya harus tunduk pada syarat-syarat dan melalui suatu prosedur yang ketat. Setiap tindakan pembatasan hak tidak boleh dilakukan secara sewenang-wenang dan tanpa alasan yang sah, yang justru dapat berdampak pada terjadinya pelanggaran dalam pelaksanaan hak tersebut atau bahkan pelanggaran terhadap pelaksanaan hak asasi manusia lainnya;
63. Meskipun Kovenan (ICCPR) dalam rumusannya telah mencoba untuk memberikan jaminan perlindungan hak sedetail mungkin, akan tetapi dalam pelaksanaannya kerap melahirkan ketegangan, antara jaminan perlindungan hak yang satu dengan lainnya. Secara khusus dalam konteks pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi, ialah ketegangan antara ketentuan Pasal 19 ICCPR yang melindungi setiap bentuk opini dan ekspresi, dengan ketentuan Pasal 17 ICCPR yang memberikan perlindungan bagi privasi seseorang termasuk reputasinya. Situasi ini sesungguhnya memperlihatkan sifat alamiah dari suatu hak, yang melahirkan banyak antinomi.²⁴ Dalam rangka menyeimbangkan ketegangan itu dilahirkanlah prinsip pembatasan, termasuk dalam pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi. Namun demikian musti diingat, pembatasan tidak boleh diterapkan atau dilakukan dengan cara yang dapat melemahkan esensi dari suatu hak yang diakui oleh Kovenan (ICCPR);²⁵

²⁴ Selalu ada pertentangan dalam suatu prinsip atau materi, lebih lanjut lihat David Hume, *A Treatise of Human Nature*, (Auckland: The Floating Press, 2009), hal. 115.

²⁵ CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, General Comment No. 31 (80) Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant.

64. Alasan itu pula yang kemudian menjadi pembenar bagi eksisnya hukum pidana pencemaran nama baik. Hukum pencemaran nama baik didefinisikan sebagai hukum yang bertujuan untuk melindungi orang terhadap pernyataan palsu atau fakta palsu yang menyebabkan kerusakan pada reputasi mereka. Tujuan utama hadirnya hukum pencemaran nama baik adalah untuk menjaga dan melindungi reputasi serta privasi seseorang. Kendati begitu, jika diterapkan dengan tidak hati-hati, justru akan menghambat penikmatan hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat, termasuk juga menghambat akses pihak lain untuk menerima informasi. Oleh sebab itu, hukum pencemaran nama baik harus dibatasi secara ketat. Dalam menerapkan hukum ini harus terlebih dahulu dipenuhi elemen-elemen berikut ini: (1) pernyataan yang diungkapkan merupakan suatu kebohongan (palsu); (2) bersifat faktual; (3) menimbulkan kerusakan; (4) mengganggu reputasi orang; dan (5) dipublikasikan kepada pihak ketiga. Oleh karenanya, suatu hukum pencemaran nama baik harus dikatakan inkonstitusional jika dimaksudkan untuk melindungi perasaan pribadi atau bahkan untuk melindungi ketertiban umum, gagal menyediakan pertahanan—pembelaan yang memadai, dan jika diterapkan dengan kerusakan yang tidak proporsional dengan tindakannya;²⁶
65. Menyikapi masifnya penggunaan pidana pencemaran nama baik, yang kian membatasi pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi, Komite Hak Asasi Manusia PBB selalu menekankan bahwa hukum pencemaran nama baik harus dibuat dengan sangat hati-hati. Hal ini untuk memastikan bahwa mereka tidak akan menghambat kebebasan berekspresi. Komite mengatakan, bahwa hukum pencemaran nama baik tidak dapat dikenakan terhadap suatu ekspresi yang menurut sifatnya merupakan aplikasi dari kebebasan berpendapat. Harus ditegaskan pula di dalamnya, ada ruang yang lebih luas bagi kritik terhadap pejabat negara, dalam setiap peristiwa, selain itu kepentingan publik dapat diakui sebagai pembelaan.²⁷ Sejalan dengan penegasan ini, Pengadilan HAM Eropa pada tahun 2010, di dalam putusannya menyatakan, bahwa **hukuman atas tindak pidana pencemaran nama baik, terhadap seseorang yang mengkritik seseorang yang menyandang mandat publik, adalah tidak proporsional dengan tujuan yang sah untuk melindungi reputasi dan hak-hak orang lain;**²⁸
66. Menimbang dampaknya yang begitu buruk dari penerapan pasal pidana pencemaran nama baik, Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Berpendapat dan Bereksprei dan sejumlah lembaga hak asasi manusia internasional, menyerukan untuk melakukan dekriminalisasi terhadap delik pidana pencemaran nama baik.²⁹ Dikatakan bahwa pidana pencemaran nama baik, merupakan penggunaan sewenang-wenang hukum pidana terhadap ekspresi yang sah, dan merupakan salah satu bentuk paling parah dari bentuk pembatasan hak asasi manusia. Pidana pencemaran tidak hanya menciptakan efek berlebihan, tetapi juga menyebabkan pelanggaran hak asasi lainnya, seperti penahanan yang sewenang-wenang, penyiksaan dan bentuk hukuman lain yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat;³⁰
67. Seseorang yang didakwa pidana pencemaran nama baik, harus berhadapan dengan kekuasaan dan sumber daya negara, dan jika dinyatakan bersalah dia dapat mengalami

²⁶ Lihat Article 19, Defamation ABC: A Simple Introduction to Key Concepts of Defamation Law, 2006. Dapat diakses di <http://www.article19.org/data/files/pdfs/tools/defamation-abc.pdf>. Lihat juga Alan Davidson, *The Law of Electronic Commerce*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), hal. 205.

²⁷ Lihat General Comment No. 34, paragraf 47.

²⁸ Lihat *Renaud Vs. France*, No. 13290/07, Feb. 25, 2010. Renaud dihukum karena dianggap mencemarkan nama baik Walikota Sens di Perancis.

²⁹ Lihat La Rue Report paragraf 21, <http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/01/PDF/G1113201.pdf>.

³⁰ Lihat La Rue Report, note 6 above, para. 28, dapat diakses di http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Lihat juga E/CN.4/2005/64, Dec. 17, 2004, paragraf 69 tersedia di <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/Annual.aspx>.

hukuman penjara, denda, dan catatan kriminal sekaligus. Selain itu, pejabat pemerintah dan orang yang memegang kekuasaan dapat berkali-kali memanfaatkan posisinya untuk melaporkan pidana pencemaran nama baik, terhadap tindakan yang dianggap menyerang pribadinya. Oleh karena itu, hukum perdata menjadi tepat untuk memberikan perlindungan terhadap pencemaran nama baik sebagai klaim atas masalah pribadi antara dua individu, dengan tidak melibatkan negara di dalamnya;³¹

68. Selain Pelapor Khusus PBB, seruan untuk melakukan dekriminalisasi terhadap pidana pencemaran nama baik juga datang dari Dewan Eropa, OSCE, Komisi Afrika untuk Hak Asasi Manusia dan Masyarakat, dan Organisasi Negara-negara Amerika (OAS). Dalam Joint Declaration 1999 dan 2002, UN Special Rapporteur, the OSCE Representative on Freedom of the Media, dan the Organization of American States Special Rapporteur on Freedom of Expression telah menyatakan dengan tegas bahwa *"Criminal defamation is not a justifiable restriction on freedom of expression; all criminal defamation laws should be abolished and replaced, where necessary, with appropriate civil defamation laws."*³² Sementara pengadilan HAM Eropa meski masih menerima pidana pencemaran nama baik, namun menyatakan bahwa penggunaan sanksi pidana dalam kasus pencemaran nama baik merupakan suatu tindakan yang tidak proporsional.³³ Dalam kasus-kasus terbaru ECHR secara konsisten memutuskan bahwa hukuman penjara untuk pencemaran nama baik adalah tidak diperlukan dalam suatu masyarakat demokratis, dan bertentangan dengan Pasal 10 Konvensi Eropa.³⁴ Hal ini sejalan dengan Komentar Umum No. 34 yang menegaskan bahwa suatu undang-undang yang mengatur tentang pembatasan kebebasan berekspresi tidak boleh melanggar ketentuan non-diskriminatif dari Kovenan (ICCPR) dan yang paling penting adalah undang-undang tersebut tidak memberikan hukuman-hukuman yang tidak sesuai dengan Kovenan salah satunya adalah hukuman fisik;³⁵
69. Khusus dalam pemanfaatan teknologi internet, meski seluruh perangkat perlindungan kebebasan berekspresi melekat saat seseorang beraktivitas dalam jaringan (internet), namun ditekankan oleh Pelapor Khusus PBB, bahwa karena ciri unik dari internet, peraturan atau pembatasan yang mungkin dianggap sah dan seimbang bagi media tradisional sering tidak bisa diaplikasikan terhadap akses internet, contohnya kasus pencemaran nama baik individu. Menurut dia, **dalam era internet, individu yang merasa nama baiknya tercemar bisa menggunakan hak jawabnya saat itu juga, sehingga sanksi untuk pencemaran nama baik lewat internet tidak perlu dijatuhkan.** Dikemukakan pula oleh Pelapor Khusus PBB, **pemberian hukuman penjara bagi orang yang mencari, menerima, dan menyebarkan informasi dan gagasan sulit dibenarkan sebagai tindakan yang sesuai untuk mencapai salah satu tujuan yang sah menurut Pasal 19 ayat (3) ICCPR, sehingga pencemaran nama baik di internet seharusnya tidak dipidanakan.** Tindakan yang tidak sesuai dengan kewajiban negara di bawah hukum HAM internasional, khususnya pemidanaan terhadap ekspresi yang sah, hanya akan menciptakan efek jeri (*chilling effect*) atau dampak ketakutan yang besar terhadap kebebasan berpendapat dan berekspresi;

³¹ Lihat www.article19.org/pdfs/tools/defamation-abc.pdf. Sampai dengan tahun 2012, setidaknya 10 negara telah melakukan dekriminalisasi terhadap pencemaran nama baik. Selain itu 14 negara telah melakukan dekriminalisasi terhadap pencemaran tertulis. Sementara di Amerika Serikat, 33 negara bagian tidak memiliki hukum penghinaan melalui tulisan, hanya 17 negara yang memilikinya.

³² Toby Mendel, The Case against Criminal Defamation Law, dalam Ending the Chilling Effect halaman 30 – 31.
<http://www.osce.org/fom/13573>

³³ Lihat Šabanović Vs. Montenegro and Serbia, no. 5995/06 (2011), tersedia di
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>

³⁴ Lihat Fatullayev Vs. Azerbaijan (2010), tersedia di http://www.icj.org/img/CASE_OF_FATULLAYEV_v_AZERBAIJAN.pdf;
Lihat juga Šabanović vs. Montenegro and Serbia (2011).

³⁵ CCPR/C/GC/34, Article 19: Freedoms of Opinion and Expression, Human Rights Committee, 102nd session, Geneva, 11-29 July 2011, paragraf 26.

70. Menurut Komite Hak Asasi Manusia PBB, telah terjadi gejala: *“the abuse of legal provisions on criminal libel”*. Maka untuk alasan inilah, dewasa ini, sudah semakin banyak negara-negara yang telah meninggalkan tindak pidana menyerang reputasi dan kehormatan; mereka telah menghapus defamation, slander, insult, false news (kabar bohong) sebagai tindak pidana dalam hukum pidananya. Komite berulang-ulang sudah menghimbau agar Negara-negara Pihak dari Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik segera meninjau kembali pemberlakuan sanksi penjara bagi tindak pidana penghinaan atau pencemaran nama baik. Pemenjaraan bukanlah sanksi yang absah bagi tindak pidana pencemaran nama baik atau penghinaan;
71. Proses hukum terhadap Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty merupakan suatu tindakan yang tidak proporsional, dan merupakan bentuk represi kebebasan berekspresi, melalui tindakan kriminalisasi terhadap ekspresi yang sah. Hukuman penjara untuk pencemaran nama baik adalah tidak diperlukan dalam suatu masyarakat demokratis, dan bertentangan dengan jaminan perlindungan kebebasan berpendapat dan berekspresi. Hal ini sejalan dengan Komentar Umum No. 34 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (ICCPR), yang menegaskan bahwa suatu UU yang mengatur tentang **pembatasan kebebasan berekspresi tidak boleh melanggar ketentuan non-diskriminatif dari Kovenan (ICCPR), dan yang paling penting adalah UU tersebut tidak memberikan hukuman-hukuman yang tidak sesuai dengan Kovenan salah satunya adalah hukuman fisik.**

C. Tindakan Pidanaan terhadap Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty Merupakan Bentuk *Strategic Lawsuit Against Public Participation (SLAPP)* yang Menimbulkan Efek Jeri Bagi Kebebasan Berekspresi, Berpendapat, dan Berbicara

72. Hak untuk berpartisipasi dalam pembangunan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari hak konstitusional warga negara, sebagaimana dijamin dalam Pasal 28C Ayat (2) UUD 1945 yang menegaskan bahwa: *“Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya”*;
73. Jaminan tersebut sejalan dengan ketentuan Pasal 8 dan Pasal 9 UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi Kolusi dan Nepotisme, dengan tegas menyebutkan bahwa peran serta masyarakat sangat diperlukan dalam rangka mewujudkan penyelenggaraan yang bersih;
74. Penegasan serupa juga ditegaskan di dalam Pasal 15 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang mengatakan bahwa setiap orang, baik secara pribadi maupun kolektif berhak untuk mengembangkan dirinya dalam rangka membangun masyarakat, bangsa dan negara. Bahkan di dalam Pasal 16 UU Hak Asasi Manusia disebutkan secara khusus tentang hak individu atau kelompok untuk mendirikan suatu organisasi untuk tujuan sosial dan kebajikan, termasuk menyelenggarakan pendidikan dan pengajaran hak asasi manusia;
75. Dalam praktiknya, sebagai upaya pengadangan terhadap berbagai bentuk partisipasi publik dalam pembangunan, yang sesungguhnya merupakan bagian dari hak asasi manusia, kelompok-kelompok tertentu, seperti pejabat pemerintah dan perusahaan, kemudian menggunakan instrumen hukum untuk menekan partisipasi publik tersebut, salah satunya menggunakan mekanisme litigasi strategis terhadap partisipasi publik (*Strategic Litigation Against Public Participations—SLAPPs*). Secara umum SLAPPs dapat didefinisikan sebagai bentuk gugatan pembalasan yang dimaksudkan untuk menghalangi kebebasan berekspresi (termasuk berbicara) atas hal-hal yang menjadi kepentingan publik;
76. Dalam perkembangannya, SLAPPs tidak hanya menggunakan klaim keperdataan untuk menyerang kepentingan publik, tetapi juga melalui mekanisme pidana, yang mengancam tidak hanya terdakwa/tergugat, tetapi juga khalayak luas. SLAPPs digunakan untuk melawan

pengawasan publik yang berperan aktif dalam perlindungan demokrasi dan supremasi hukum, dengan sasaran pembela HAM, pembela lingkungan, jurnalis, media independen, akademisi, masyarakat sipil, dll.;

77. Istilah 'SLAPPs' pertama kali diperkenalkan oleh sarjana hukum Amerika dan kemudian diarusutamakan dalam praktik hukum antara tahun 1980-an dan 1990-an, yang mengacu pada kecenderungan yang berkembang untuk meredam kritik dan debat politik dengan mengubah perselisihan publik menjadi keputusan pribadi, di mana terdakwa ditempatkan pada posisi yang sangat tidak menguntungkan;
78. SLAPPs tidak hanya memberikan dampak pada korbannya baik secara moneter, waktu dan psikologis, serta kasus kepentingan publik yang utama secara langsung, tetapi juga mengancam partisipasi publik secara umum. Padahal, partisipasi publik dalam pemerintahan merupakan aksioma dari demokrasi. Masukan masyarakat harus dilihat sebagai sebuah, alat yang konstruktif dan berguna dalam perencanaan pengambilan keputusan;³⁶
79. Bentuk-bentuk SLAPPs sangatlah beragam dan mencakup spektrum yang sangat luas, beberapa yang teridentifikasi seperti pencemaran nama baik, penyerangan, penghasutan, penganiayaan dan lainnya. Pembuktian hak maupun kebenaran materiil dalam gugatan maupun tuntutan bukan menjadi tujuan dari SLAPP, proses berkepanjangan yang menguras tenaga dan energi serta pengalihan perhatian publik lah yang merupakan tujuan dari SLAPPs;
80. Dalam jangka Panjang, SLPPs akan memiliki dampak yang serius bagi kepentingan publik, mulai dari: (1) efek jeri (*chilling effect*) terhadap kebebasan berekspresi, berpendapat, berbicara, dan kebebasan pers; (2) kerugian secara material dan immaterial akibat berperkara di pengadilan; (3) pengungkapan privasi dan data pribadi seseorang seiring proses berperkara di pengadilan; (4) kerusakan lingkungan akibat operasi korporasi yang tidak menerapkan standar lingkungan dan hak asasi manusia; (5) matinya pers dan media yang independen, khususnya kerja-kerja jurnalisme investigasi; (6) tumbuhnya modern-censorship melalui sarana pengadilan; (7) hilangnya pengawasan dan kontrol publik, yang lebih jauh berdampak pada semakin tertutup dan tidak akuntabelnya pemerintah; (8) tidak terwakilinya kepentingan kelompok rentan dan marginal dalam pengambilan keputusan/kebijakan; (9) kemunduran demokrasi (*democracy backsliding*) akibat hilangnya kebebasan berpendapat dan berekspresi;
81. Sebagai respons terhadap munculnya SLAPPs di atas, beberapa negara seperti Amerika Serikat, Kanada dan Australia (umumnya diawali dengan perkembangan hukum di beberapa negara bagian), telah melahirkan legislasi Anti-SLAPPs, khususnya yang banyak berkembang di sektor lingkungan hidup, karena umumnya kasus yang mula-mula mengemuka terkait dengan sektor tersebut. Konten kebijakan Anti-SLAPPs umumnya memberikan wewenang bagi pengadilan untuk menghentikan kasus lebih awal (*dismissal*), membebaskan biaya yang ditanggung oleh tergugat kepada penggugat, dan memberikan beberapa langkah untuk menghukum penyalahgunaan (hukum), seperti denda pada penggugat. Salah satu tantangan utama dalam menyusun kebijakan Anti-SLAPPs adalah indikator dan langkah untuk menentukan adanya penyalahgunaan klaim hukum, tanpa menyangkal atau mengesampingkan hak (penggugat/pelapor) mereka untuk menggunakan prosedur yang sah;
82. Dengan konteks yang berbeda, di Uni Eropa juga telah berkembang usulan untuk secara khusus mengembangkan Directive (Arahan) Anti-SLAPPs atau disebut tuntutan hukum yang

³⁶ George W. Pring, "SLAPPs: Strategic Lawsuits Against Public Participation", 7 Pace Env'tl.L.Rev.3, 1989, hal. 7.

menyusahkan, karena dinilai mengancam kebebasan berekspresi dan hak-hak dasar lainnya. Directive ini setidaknya diharapkan dapat mengatur aspek-aspek terkait dengan penghentian cepat (*early dismissal*), tindakan pencegahan (*deterrent measures*), dan juga membatasi *forum shopping*;

83. Sejalan dengan hal itu, sebagai bentuk jaminan perlindungan terhadap partisipasi publik warga negara, Indonesia juga telah secara eksplisit meluncurkan kebijakan anti-SLAPPs, sebagaimana dituangkan dalam ketentuan Pasal 66 UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, yang menyebutkan bahwa *"Setiap orang yang memperjuangkan hak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat tidak dapat dituntut secara pidana maupun digugat secara perdata"*;
84. Ketentuan tersebut juga sejalan dengan Pasal 100 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang menyatakan bahwa: *"Setiap Orang, kelompok, organisasi politik, organisasi masyarakat, lembaga swadaya masyarakat, atau lembaga kemasyarakatan lainnya, berhak berpartisipasi dalam perlindungan, penegakan, dan pemajuan HAM"*;
85. Dalam kapasitas tersebut, Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty adalah bagian dari pembela hak asasi manusia, yang merupakan bagian dari orang-orang yang secara individu atau bersama orang lain, bertindak untuk memajukan atau melindungi HAM dengan cara yang damai. Mereka berusaha untuk memastikan komitmen bersama kita terhadap kebebasan, rasa hormat, kesetaraan, dan martabat tercermin dalam undang-undang, kebijakan, dan praktik, sebagaimana ditegaskan Deklarasi Pembela HAM yang diadopsi melalui konsensus oleh Majelis Umum pada 9 Desember 1998 (A/RES/53/144);
86. Lebih jauh, Kantor Komisaris Tinggi HAM PBB menyebutkan bahwa pembela hak asasi manusia adalah orang-orang yang: mengupayakan pemajuan dan perlindungan keseluruhan HAM untuk semua orang; berusaha untuk mempromosikan dan melindungi HAM dalam berbagai konteks dan tantangan, pada setiap tempat dan situasi; bekerja di tingkat lokal atau nasional, mendukung penghormatan HAM di dalam komunitas dan negara mereka sendiri, juga di tingkat regional atau internasional; mengumpulkan dan menyebarluaskan informasi pelanggaran HAM; memberikan dukungan bagi para korban pelanggaran HAM; melakukan tindakan untuk memastikan adanya akuntabilitas atas pelanggaran dan mengakhiri impunitas; mendukung tata kelola dan kebijakan pemerintah yang lebih baik; berkontribusi pada implementasi perjanjian HAM; dan menyelenggarakan berbagai pendidikan dan pelatihan HAM bagi semua kelompok, termasuk populasi rentan;
87. Dengan demikian, perbuatan yang dilakukan oleh Haris Azhar dan Fatia Maulidiyanty yang membahas investasi yang memunculkan masalah lingkungan dan pelanggaran HAM di Papua, merupakan bagian dari upaya memperjuangkan kepentingan publik dan hak asasi manusia, sebagaimana diuraikan di atas, yang dilindungi dalam kapasitas mereka sebagai pembela HAM, sehingga tindakannya bukan merupakan tindak pidana dan harus dibebaskan dari segala tuntutan.