



2021

LAPORAN PENELITIAN

PENGATURAN HAK KEBEBASAN BERPENDAPAT DALAM KONSTITUSI

MAHKAMAH KONSTITUSI

**Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, dan Pengelolaan Perpustakaan
Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
2021**



**KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL
MAHKAMAH KONSTITUSI**

LAPORAN HASIL PENELITIAN

**PENGATURAN HAK KEBEBASAN BERPENDAPAT DALAM
KONSTITUSI:**

Tim Peneliti:

Ketua : Titis Anindyajati (19850907 201012 2 001)

Anggota : Helmi Kasim (19751231 200604 1 009)

**PUSAT PENELITIAN DAN PENGKAJIAN PERKARA, DAN PENGELOLAAN
PERPUSTAKAAN MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA
2021**

DAFTAR ISI

DAFTAR ISI	i
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah.....	10
C. Tujuan Penelitian.....	11
D. Manfaat Penelitian.....	11
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	14
A. Kerangka Teori.....	14
1. Negara Hukum dan Demokrasi.....	14
2. Teori Konstitusi dan Hak Asasi Manusia	21
B. Kerangka Konseptual	23
BAB III METODE PENELITIAN	45
A. Jenis Penelitian.....	45
B. Pendekatan Yang Digunakan	45
C. Jenis Data.....	45
D. Teknik Pengumpulan Data.....	46
E. Teknik Analisis Data.....	46
F. Sistematika Penelitian.....	46
BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN.....	47
A. Pengaturan Hak Kebebasan Berpendapat dalam Konstitusi.....	47
1. Indonesia.....	48
2. Hongaria.....	62
3. Jerman.....	68

BAB V PENUTUP.....	78
A. Kesimpulan.....	78
B. Saran.....	78
DAFTAR PUSTAKA.....	

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Kebebasan berpendapat atau hak untuk menyatakan pendapat merupakan salah satu elemen penting dalam demokrasi. Kebebasan berpendapat tidak dapat dipisahkan dari konsep kebebasan berekspresi, di mana kebebasan menyatakan pendapat dapat dikatakan salah satu bagian dari kebebasan berekspresi. Oleh karena itu kebebasan berpendapat merupakan salah satu syarat penting yang memungkinkan berlangsungnya demokrasi dan partisipasi publik dalam setiap pembuatan kebijakan. Tanpa adanya kebebasan untuk menyatakan pendapatnya, seorang warga negara tidak dapat melaksanakan haknya secara efektif dalam menyikapi pembuatan dan penerapan kebijakan publik. Pasal 28E UUD 1945 menempatkan kebebasan berpendapat sebagai salah satu hak yang sangat penting, bahkan dikelompokkan ke dalam hak asasi manusia yang paling hakiki, yaitu hak-hak yang digantungkan kepada hati nurani. Rumusan Pasal 28E UUD 1945 secara keseluruhan dinyatakan sebagai berikut:

- “(1) Setiap orang berhak memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.
- (2) Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.
- (3) Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat.”

Apabila diamati rumusan Pasal 28E UUD 1945 maka dapat dikatakan hak yang berkaitan dengan kebebasan berpendapat terkandung secara eksplisit maupun implisit dalam ayat (2) dan ayat (3) Pasal 28 E tersebut. Frasa “menyatakan pikiran dan sikap” pada ayat (2) harus dipahami satu kesatuan dengan frasa “kebebasan meyakini kepercayaan” dan “sesuai dengan hati nuraninya”. Sedangkan pada ayat (3), frasa “mengeluarkan

pendapat” merupakan kesatuan dengan “kebebasan berserikat dan berkumpul”. Selintas, keseluruhan Pasal 28E UUD 1945 terdapat dalam satu kelompok hak asasi yang hakiki, yaitu hak berekspresi. Namun demikian, terlepas dari mulianya posisi hak berpendapat, karena pelaksanaan hak seperti ini, dalam hidup berbangsa dan bernegara sangat berpotensi bersinggungan dengan hak-hak orang lain. Sudah merupakan kesepakatan umum bahwa hak seseorang dapat dibatasi salah satunya atas dasar untuk melindungi hak orang lain. Dengan demikian hak berpendapat merupakan bagian dari hak asasi manusia yang dapat dikurangi, dan selama pengurangan dan pembatasan tersebut dinyatakan dalam konstitusi, pembatasan terhadap hak kebebasan berpendapat adalah konstitusional.¹

Sementara itu, Indonesia sebagai negara hukum berkewajiban untuk menjamin dan melindungi hak konstitusional warga negara dalam konstitusi sebagai hukum tertinggi. Mengutip pendapat A. Hamid S. Attamimi, konstitusi atau Undang-undang Dasar tidak hanya memberikan pedoman namun juga memberikan batasan mengenai penyelenggaraan kekuasaan negara. Untuk itu, setiap negara akan memiliki suatu undang-undang dasar, baik berupa “single document” atau “multi document” karena kedudukannya sebagai sumber acuan terhadap pembentukan peraturan perundang-undangan yang hirarkinya lebih rendah atau disebut juga “*the basic of the national legal order*”.²

UUD 1945 sebagai konstitusi Indonesia, sesungguhnya telah menyatakan pembatasan hak konstitusional pada Pasal 28J ayat (2) UUD

¹ Lihat Pasal 19 ayat (3) *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* dan UU No.11 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional Tentang hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya yang juga mengatur adanya pembatasan terhadap hak kebebasan berkespresi termasuk kebebasan berpendapat.

² Widodo Ekatjahjana, 2015. *Negara Hukum, Konstitusi, dan Demokrasi: Dinamika Dalam Penyelenggaraan Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Jember: Jember Univeristy Press.h.8

Tahun 1945. Norma konstitusi ini menunjukkan bahwa Indonesia tidak menganut paham kebebasan yang sebebaskan-bebasnya, dan bahwa negara mengakui adanya kepentingan yang harus dilindungi dari eksekusi berbagai penerapan hak dan kebebasan, termasuk hak berpendapat. Tentunya setiap norma hukum dan penerapannya yang berkaitan dengan pembatasan hak konstitusional harus berpedoman pada rumusan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Tidak dapat dipungkiri bahwa pembatasan pada rumusan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 masih perlu ditafsirkan sesuai dengan cakupan hak yang diatur ketika diterapkan dalam norma hukum yang lebih operasional. Dalam hal ini UUD 1945 memberikan kewenangan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 kepada sebuah Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai penafsir konstitusi. Pengujian undang-undang diadaptasi sebagai mekanisme kontrol terhadap produk undang-undang yang akan menerapkan prinsip konstitusi dalam tataran operasional agar sejalan dengan UUD 1945.

Dalam beberapa putusannya, salah satu kedudukan MK sebagai penafsir konstitusi telah berpendirian bahwa ketentuan pasal-pasal yang mengatur tentang hak kebebasan berpendapat dalam peraturan perundang-undangan seperti Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 Sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) dan Undang-undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM) dapat dibatasi meskipun telah dijamin oleh ketentuan Pasal 28E ayat (3) UUD Tahun 1945. Pembatasan ini menurut MK adalah 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, di mana maka setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang [vide Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945.]

Hak berekspresi, khususnya hak kebebasan berpendapat sesungguhnya sangat berkaitan dengan penyampaian pendapat dari orang ke orang atau ke kelompok masyarakat tertentu. Secara sosiologis, kebebasan berpendapat muncul dari kebutuhan manusia untuk berkomunikasi dan memenuhi kebutuhannya melalui penyampaian pokok pikiran atau pendapatnya kepada orang lain. Oleh karena itu, tata cara dan cakupan dari kebebasan berpendapat sangat dipengaruhi oleh dengan perkembangan budaya dan teknologi. Dari bentuk yang paling sederhana, hak menyatakan pendapat dapat diterapkan dalam bentuk komunikasi verbal tanpa perantara, berkembang menjadi bentuk tertulis, transmisi audio, hingga dalam bentuknya yang paling canggih menggunakan teknologi informasi dan telekomunikasi, sehingga pendapat atau pokok pikiran yang disampaikan tidak lagi dibatasi oleh jarak dan ruang, bahkan komunikasi sudah dapat dilakukan di ruang virtual. Kini seseorang dapat menyatakan pendapatnya dengan menggunakan platform internet, seperti situs media sosial atau aplikasi telekomunikasi.

Perkembangan teknologi informasi memerlukan pengaturan dan pembatasan oleh hukum. Dalam negara hukum yang menjunjung tinggi supremasi hukum, pembatasan ini harus didasarkan kepada Konstitusi. Menurut Budhijanto (2017), setiap orang memiliki kewajiban terhadap masyarakatnya dalam pelaksanaan hak-hak dan kekuasaan-kekuasaannya yang dimiliki setiap orang. Pemanfaatan teknologi sebagai salah satu cara manusia dalam menyampaikan hak kebebasan berpendapatnya pada hakikatnya tidak dapat dipisahkan dengan fakta/kenyataan keadaan manusia tersebut dalam dunia nyata. Oleh karena itu, pengaturan dan pembatasan dalam pemanfaatan melakukan aktifitas di dunia *cyber* dalam

hukum juga perlu menggunakan takaran atau nilai pergaulan hidup manusia baik sebagai masyarakat maupun sebagai warga negara.³

Kedudukan undang-undang sebagai dasar atau kaidah dalam pelaksanaan fungsi peradilan pada hakikatnya masih membutuhkan tafsiran atas arti dan makna dalam rumusan undang-undang itu sendiri. Hal ini disebabkan salah satunya akibat adanya dinamika perkembangan dan pergeseran pelaksanaan undang-undang di dalam masyarakat. Apabila dilihat dari rumusan dasar pembatasan hak konstitusional warga negara dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, maka dapat dipahami bahwa dalam menjalankan kebebasan berpendapat terdapat tuntutan bagi setiap orang untuk 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.

Dalam kasus dan cakupan yang spesifik, penafsiran yang objektif mengenai pembatasan tersebut masih dibutuhkan untuk mengetahui bagaimana negara dalam membuat aturan harus memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum tersebut. Masing-masing kata dalam rumusan norma konstitusi tersebut, tentunya perlu ditafsirkan secara bijak. Bagaimana menerjemahkan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam undang-undang yang akan membatasi suatu hak tentunya dapat saja berbeda tergantung kepada pembuat aturan. Dalam hal ini perlu dikaji mengenai bagaimana MK dalam pertimbangan hukumnya menafsirkan pembatasan ini secara kasuistis dalam putusan-putusan pengujian undang-undang yang berkaitan dengan hak kebebasan

³ Danrivanto Budhijanto, *Revolusi Cyberlaw Indonesia: Pembaruan dan revisi UU ITE 2016,2017*, Bandung:PT Refika Aditama, h.27.

berpendapat. *Ratio decidendi* atau jalur pemikiran MK sehingga melahirkan putusan mengenai konstitusionalitas pembatasan hak kebebasan berpendapat dalam beberapa perkara menjadi sumber yang penting untuk dikaji dalam penelitian ini. Dalam penerapannya, unsur-unsur yang menjadi dasar pembatasan hak kebebasan berpendapat penafsirannya sangat tergantung kepada nilai-nilai yang berlaku dalam suatu masyarakat, sehingga lazim dalam penerapannya dapat berbeda pada masyarakat yang berbeda pula.

Beberapa negara seperti Swedia, Amerika Serikat, Kanada, Afrika Selatan, Korea Selatan dan Jerman mengatur pembatasan hak kebebasan berpendapat dalam konstitusi. Tentunya pembatasan seperti itu akan sangat tergantung pada sejumlah faktor, seperti budaya hukum, nilai sosial yang berlaku, karena ada anggapan bahwa hukum yang berlaku di setiap negara tersebut sejatinya merupakan "jiwa bangsa" tersebut atau sering disebut sebagai *volksgeitz*. Sekilas akan ada anggapan bahwa kebebasan berpendapat di negara dengan paham liberal akan sangat berbeda dengan kebebasan berpendapat dengan paham konservatif atau negara otoriter. Namun demikian anggapan tersebut bisa saja hanya berlaku di permukaan, karena perkembangan teknologi informasi tidak dapat dihindari memberikan dampak besar secara global tanpa memandang batas-batas negara, dan setiap negara memiliki kepentingan untuk melindungi keutuhan bangsanya dari pengaruh luar maupun dari dalam. Untuk itu juga tidak kalah penting bagaimana negara-negara tersebut menafsirkan dan menerapkan aspek pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam pembatasan hak kebebasan warga negaranya, khususnya hak kebebasan berpendapat.

Peneliti menganggap perlu adanya pengkajian mengenai bagaimana konsep negara-negara lain dalam menerapkan pembatasan hak konstitusional tersebut dan perbandingannya dengan apa yang telah

diterapkan di Indonesia. Perkembangan teknologi dan informasi yang menyebabkan akses atas informasi seakan tidak terkendali berpotensi menyebabkan pergeseran paradigma mengenai bagaimana konsep pembatasan hak kebebasan berpendapat yang paling tepat diterapkan di suatu masyarakat. Beberapa penelitian sebelumnya terkait Konsep Kebebasan Berpendapat sejatinya telah pernah ada, misalkan saja Penelitian Mara Ongku Hsb (2021) yang berjudul HAM dan Kebebasan Berpendapat Dalam UUD 1945 di Al Wasath Jurnal Ilmu Hukum menguraikan terkait konsep kebebasan berpendapat merupakan hak mendasar yang dijamin dan dilindungi negara namun kebebasan tersebut kerap mengalami penyempitan ruang publik baik lisan maupun tulisan⁴. Kemudian tulisan Alexander Tsesis (2009) yang berjudul *Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy* dalam *Wake Forest Law Review* menjelaskan dan menyebutkan konsep dan penerapan aturan kebebasan berbicara di beberapa negara dan menyimpulkan terdapat dua sisi yaitu betapa sangat pentingnya perlindungan terhadap hak kebebasan berbicara di negara demokrasi namun norma-norma internasional dan hukum pidana di banyak negara menunjukkan bahwa kebebasan berbicara yang melampaui batas hingga menghasut orang lain (*hate speech*) dapat mengganggu ketertiban. Selain itu, Tsesis menjelaskan bahwa harkat martabat manusia berada diatas hak kebebasan berpendapat⁵. Penelitian lainnya yaitu dilakukan oleh M. Lutfi Chakim (2020) yang berjudul *Freedom of Speech and The Role of Constitutional Courts: The Cases of Indonesia and South Korea* dalam *Indonesia Law review* membahas kontribusi

⁴ Mara Ongku Hsb, HAM dan Kebebasan Berpendapat Dalam UUD 1945, 2021, Al Wasath Jurnal Ilmu Hukum, Volume 2 No.1 April 2021:29-40.diunduh pada tanggal 15 November 2021,<https://journal.unusia.ac.id>.

⁵ Alexander Tsesis, *Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy*, 2009, *Wake Forest Law Review*, diunduh <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi? article=1040&context=facpubs>

Putusan Mahkamah Konstitusi Indonesia dan Korea dalam melembagakan kebebasan berbicara sebagai instrumen penting demokrasi dengan bersikap transparan dan responsif terhadap opini dan kritik publik. Pembatasan kebebasan berbicara harus dilakukan dengan pertimbangan yang ketat dan secara proporsional. Dalam menangani kasus kebebasan berbicara, MK harus mempertimbangkan uji proporsionalitas terhadap argumen Negara untuk menentukan batasan dalam kasus kebebasan berbicara⁶.

Menilik pada ketiga penelitian di atas, penelitian tersebut memiliki pembahasan yang sama yaitu terkait konsep kebebasan berpendapat. Namun dalam penelitian ini meskipun membahas hal sama terkait konsep kebebasan berpendapat, penelitian ini merupakan penelitian yang lebih memfokuskan bagaimana pembatasan hak kebebasan berpendapat adalah hal yang konstitusional menurut konstitusi karena batasan-batasan tersebut selain telah diatur dalam konstitusi juga untuk melindungi hak-hak orang lain. Untuk itu, penelitian terkait konsep hak kebebasan berpendapat dalam konstitusi khususnya bagaimana konstitusi memberikan batasan terhadap hak tersebut serta membandingkan dengan negara seperti Indonesia, Hongaria dan Jerman belum ada yang secara spesifik membahasnya. Kajian mengenai konsep tersebut pada konstitusi negara lain seperti Hongaria dan Jerman diharapkan dapat menjadi bahan perbandingan yang objektif sehingga diharapkan didapatkan praktik terbaik (*best practice*) konsep pembatasan hak kebebasan berpendapat.

Penelitian ini merupakan penelitian yang mengkaji dan membandingkan konsep kebebasan berpendapat antara MK Indonesia dan MK Hongaria dan Jerman. MK Hongaria dan MK Jerman dipilih karena memiliki beberapa kesamaan dalam beberapa hal, antara lain: sama-sama mempunyai Konstitusi yang tertulis dimana dalam konstitusinya diatur

⁶ M. Lutfi Chakim (2020), Freedom of Speech and The Role of Constitutional Courts: The Cases of Indonesia and South Korea, *Indonesia Law Review*. Vol. 10: No. 2, Article 4.

terkait pembatasan terhadap hak-hak warga negaranya. Persamaan lainnya adalah ketiganya memiliki Mahkamah Konstitusi yang tersentralisasi, yaitu memiliki kedudukan atau posisi MK tersendiri dan tidak bergabung dengan pengadilan lainnya seperti Mahkamah Agung. Kemudian, baik MK Indonesia, Jerman maupun Hongaria juga pernah mengeluarkan Putusan terkait kebebasan berpendapat dan putusannya menjadi suatu *landmark decisions*. Dengan demikian, penelitian ini bermaksud meneliti mengenai konsep hak kebebasan berpendapat dalam konstitusi dengan menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi terkait kebebasan berpendapat dan melakukan kajian perbandingan dengan konsep tersebut pada konstitusi di negara lain seperti Hongaria dan Jerman. Kajian perbandingan ini penting dilakukan untuk mengetahui bagaimanakah persamaan dan perbandingan konstitusi dan Mahkamah Konstitusi Indonesia, Jerman dan Hongaria mengatur hak kebebasan berpendapat serta pembatasannya sehingga dapat ditemukan konstruksi hukum yang lebih baik dalam memecahkan persoalan hukum.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah diatas, rumusan masalah dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah pengaturan hak kebebasan berpendapat menurut konstitusi di Indonesia?
2. Bagaimana pengaturan hak kebebasan berpendapat menurut konstitusi di negara Hongaria dan Jerman ?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan latar belakang dan rumusan masalah, tujuan dari penelitian ini yaitu:

1. untuk mengetahui dan menganalisis pengaturan hak kebebasan berpendapat menurut konstitusi di Indonesia
2. untuk mengkaji dan membandingkan pengaturan hak kebebasan berpendapat antara negara Indonesia dengan negara Hongaria dan Jerman.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini akan bermanfaat:

1. Secara khusus, yakni Mahkamah Konstitusi untuk menambah khasanah sumber kajian ilmiah terkait pengaturan hak kebebasan berpendapat yang merupakan salah satu hak konstitusional warga negara Indonesia;
2. Secara umum dapat memberikan suatu pandangan baru terkait pengaturan hak kebebasan berpendapat dalam konstitusi tidak hanya di negara Indonesia tetapi juga negara-negara lain seperti Jerman dan Hongaria yang juga memiliki Mahkamah Konstitusi.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

Bahwa isu yang hendak dikaji adalah bagaimana pengaturan hak kebebasan berpendapat dalam konstitusi di negara Indonesia dan negara Hongaria serta Jerman. Selain itu, baik Indonesia, Hongaria dan Jerman dianggap memiliki beberapa persamaan terhadap isu kebebasan berpendapat, antara lain yaitu Mahkamah Konstitusi di Indonesia, Hongaria dan Jerman merupakan pengadilan konstitusi yang tersentralisasi atau lembaga kekuasaan kehakiman yang terpisah dengan lembaga lainnya pernah mengadili terkait isu kebebasan berpendapat dan putusannya pernah menjadi *landmark decisions* menjadi putusan yang monumental. Kemudian persamaan lainnya yang dimiliki Indonesia, Hongaria dan Jerman adalah bagaimana konstitusi ketiga negara tersebut juga mengatur secara langsung terhadap pembatasan hak-hak warga negara terkait isu kebebasan berpendapat. Oleh karena itu, untuk menjawab permasalahan dalam rumusan masalah diatas perlu dikaji bagaimana hubungan antara teori negara hukum dan demokrasi, teori konstitusi dan hak asasi manusia serta mekanisme *judicial review* terkait permasalahan tersebut.

A. Kerangka Teori

1. Teori Negara Hukum dan Demokrasi

Salah satu prinsip dasar yang mendapatkan penegasan dalam perubahan UUD 1945 adalah prinsip Negara hukum, sebagaimana tertuang dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang berbunyi "Negara Indonesia adalah Negara hukum". Faktanya, Prinsip-prinsip Negara hukum selalu mengalami perkembangan seiring dengan perkembangan masyarakat, Kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, serta semakin kompleksnya kehidupan masyarakat di era global. Dua isu pokok yang

senantiasa menjadi sumber perkembangan prinsip-prinsip negara hukum adalah masalah pembatasan kekuasaan dan perlindungan HAM.⁷

Selain sebagai negara hukum, Indonesia juga sebagai negara demokrasi. Dalam suatu negara hukum yang berdemokrasi, hal yang paling penting yaitu adanya jaminan terhadap hak asasi manusia. Mengutip pendapat Prof. Dr. Sri Soemantri M., SH (1982) ada empat unsur terpenting negara hukum, yaitu: pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan; adanya jaminan terhadap hak asasi manusia atau warga negara; adanya pembagian kekuasaan dalam negara; adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechterlijke controle*).⁸

Pemikiran tentang negara hukum sudah ada sejak masa Yunani purba atau Yunani kuno (*ancient Greek*) dan mengalami perubahansampai sekarang. Setidaknya terdapat tiga istilah asing yang sama-sama diterjemahkan sebagai "Negara Hukum" dalam Bahasa Indonesia, yaitu *Rechtsstaat*, *Etat de droit*, dan *Rule of Law*. Sementara itu, ajaran *Rechtsstaat* sendiri juga berkembang sedemikian pesat sehingga, dalam batas-batas tertentu, ajaran *Rechtsstaat* modern justru bertentangan ajaran *Rechtsstaat* klasik dari masa Stahl tersebut. Misalnya, gagasan pengujian undang-undang yang ditentang oleh ajaran *Rechtsstaat* klasik justru menjadi ciri utama ajaran *Rechtsstaat* modern. Demikian pula *Rule of Law*, yang perkembangannya tatkala dipraktikkan di Amerika Serikat ternyata menjadi sangat berbeda, bahkan dalam hal-hal tertentu juga kontradiksi, dengan perkembangan

⁷ Jimly Asshiddiqie, Menuju Negara Hukum yang Demokratis, PT Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, 2009, h.211-212.

⁸ Sri Soemantri M., 1982. Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia. Bandung: Alumni. Hal. 29.

dan praktik di negeri asalnya, Inggris. *Rechtsstaat* adalah ajaran negara hukum yang berkembang di Jerman yang secara umum diartikan sebagai "suatu pemerintahan menurut hukum," baik dalam perwujudannya yang lama atau klasik maupun modern.⁹

Perbedaan mendasar antara ajaran *Rechtsstaat* klasik yang lama dengan yang modern di Jerman yaitu meskipun sama-sama memberikan perlindungan terhadap kebebasan dan hak-hak dasar warga negara, *Rechtsstaat* yang lama menganggap undang-undang sebagai *supreme law*, sedangkan yang modern menganggap bahwa konstitusi merupakan *supreme law*. Inilah dasar pemikiran dibentuknya Mahkamah Konstitusi Federal Jerman (*Bundesverfassungsgericht*). Dengan demikian, undang-undang tidak boleh bertentangan dengan konstitusi dan harus dapat diuji konstiusionalitasnya ketika terdapat undang-undang yang melanggar kebebasan dan hak-hak dasar warga negara. Oleh karena itu, Jerman lebih tepat jika disebut *Verfassungsstaat* daripada menganut ajaran *Rechtsstaat*.

Sementara itu, Menurut Jimly Asshiddiqie prinsip-prinsip the *Rule of Law* maupun *Rechtsstaat* dapat digabungkan dan menjadi ciri dari negara hukum. Kemudian Jimly Asshiddiqie membagi menjadi dua belas prinsip pokok yang menjadi pilar utama penyangga negara hukum:

- (a) Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*). Prinsip ini bukan hanya membutuhkan pengakuan secara normatif tetapi juga empirik. Pengakuan normatif terwujud dalam pembentukan norma hukum secara hirarkis yang berpuncak pada supremasi konstitusi. Sedangkan pengakuan empirik terwujud dalam perilaku pemerintahan dan masyarakat yang mendasarkan diri pada aturan hukum.
- (b) Persamaan dalam Hukum (*Equality before the Law*). Dalam prinsip ini terkandung pengertian bahwa bukan hanya setiap orang memiliki

⁹ *Ibid*

kedudukan yang sama dalam hukum dan pemerintahan tetapi juga bahwa setiap sikap dan tindakan diskriminatif adalah sikap dan tindakan terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara untuk mendorong mempercepat perkembangan kelompok tertentu (*affirmative action*).

- (c) Asas Legalitas (*Due Process of Law*). Segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Perundang-undangan tersebut harus ada dan berlaku terlebih dulu atau mendahului perbuatan yang dilakukan. Artinya, setiap perbuatan administratif harus berdasarkan *rules and procedures*. Agar hal ini tidak menjadikan birokrasi terlalu kaku, maka diakui pula keberlakuan asas *friesermessen* yang memungkinkan para pejabat administrasi negara mengembangkan dan menetapkan sendiri *beleidsregels* atau *policy rules* yang berlaku internal dalam rangka menjalankan tugas yang dibebankan oleh peraturan sah.
- (d) Pembatasan Kekuasaan. Maksudnya, ada pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. Tujuannya untuk menghindari penyalahgunaan kekuasaan dan mengembangkan mekanisme *checks and balances* antara cabang-cabang kekuasaan negara.
- (e) Organ-organ Pendukung yang Independen. Prinsip ini merujuk pada pengaturan adanya lembaga pendukung yang bersifat independen dalam rangka pembatasan kekuasaan, misalnya bank sentral, organisasi tentara, kepolisian, dan kejaksaan serta lembaga-lembaga baru seperti Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Komisi Pemilihan Umum, Ombudsman, Komisi Penyiaran Indonesia, dan lain-lain. Sifat independen dari lembaga-lembaga tadi menjadi penting sebagai

jaminan bahwa demokrasi tidak akan disalahgunakan oleh pemerintah.

- (f) Peradilan Bebas dan Tidak Memihak. Hakim tidak boleh memihak kepada siapa pun kecuali kepada kebenaran dan keadilan. Juga tidak boleh dipengaruhi oleh siapa pun, baik oleh kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi). Untuk itu, tidak boleh ada intervensi terhadap putusan pengadilan.
- (g) Peradilan Tata Usaha Negara. Keberadaan peradilan tata usaha negara secara khusus disebut (meskipun, sebagai bagian dari kekuasaan peradilan ia juga terikat pada prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak), karena dalam negara hukum harus terbuka kesempatan bagi warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi yang menjadi kompetensi peradilan tata usaha negara. Artinya, dengan adanya peradilan ini, hak-hak warga negara yang terancam terlanggar oleh keputusan pejabat administrasi negara, sebagai pihak yang berkuasa, akan terjamin dari adanya pelanggaran itu. Tetapi, keberadaan peradilan ini harus diikuti oleh jaminan bahwa putusannya ditaati oleh pejabat administrasi negara.
- (h) Peradilan Tata Negara (*Constitutional Court*). Negara hukum modern juga lazim mengadopsi gagasan pembentukan mahkamah konstitusi. Tujuannya, memperkuat sistem *checks and balances* antara cabang-cabang kekuasaan negara untuk menjamin demokrasi.
- (i) Perlindungan Hak Asasi Manusia. Jaminan perlindungan terhadap hak asasi manusia ini harus disertai dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Terbentuknya negara tidak boleh mengurangi arti dan makna kebebasan dasar dan hak asasi. Dengan kata lain, jika di suatu negara hak asasi manusia terabaikan atau pelanggaran terhadapnya tidak dapat diatasi secara adil maka

negara itu tidak dapat disebut sebagai negara hukum dalam arti yang sesungguhnya.

- (j) Bersifat Demokratis (*Demokratische Rechtsstaat*). Maksudnya, dianut dan dipraktikkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peran-serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga peraturan perundang-undangan yang diterapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan masyarakat. Hukum tidak boleh dibuat dan diterapkan secara sepihak oleh dan/atau hanya untuk kepentingan penguasa. Hukum tidak boleh dibuat hanya untuk menjamin kepentingan beberapa orang yang berkuasa, melainkan untuk keadilan bagi semua orang. Dengan kata lain, negara hukum yang dikembangkan bukanlah *absolute rechtsstaat* tetapi *demokratische rechtsstaat*.
- (k) Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara (*Welfare Rechtsstaat*). Maksudnya, cita-cita hukum itu, baik yang dilembagakan melalui gagasan negara hukum maupun gagasan negara demokrasi, dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum.
- (l) Transparansi dan Kontrol Sosial. Maksudnya, harus ada transparansi dan kontrol sosial terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum sehingga dapat memperbaiki kelemahan mekanisme kelembagaan demi menjamin kebenaran dan keadilan. Kebutuhan akan adanya partisipasi langsung dikarenakan mekanisme perwakilan di parlemen tidak selalu dapat diandalkan sebagai satu-satunya saluran aspirasi rakyat.¹⁰

¹⁰ Jimly Asshiddiqie, 2008, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi: Jakarta, h. 49-52.

Sementara itu, dalam putusan MK Nomor 49/PUU-IX/2011, MK berpandangan bahwa Indonesia adalah negara hukum yang demokrasi konstitusional atau negara demokrasi yang berdasar atas hukum, sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3) UUD 1945. Oleh karenanya, konstitusi Indonesia diposisikan sebagai hukum tertinggi dalam suatu negara. Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 yang memberi kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang berfungsi mengawal konstitusi atau Undang-Undang Dasar (*the guardian of the constitution*) dan penafsir tertinggi Undang-Undang Dasar (*the ultimate interpreter of the constitution*) bertujuan untuk menjamin pelaksanaan dan penegakkan konstitusi.

Menurut I Dewa Gede Palguna¹¹, penjelasan tentang ide pembentukan MK RI dan seluruh kewenangannya berasal dari gagasan atau paham negara hukum dan demokrasi khususnya ketentuan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945. Selain itu, dalam paham negara hukum, konstitusi atau undang-undang dasar dianggap sebagai hukum tertinggi atau lazim disebut prinsip atau doktrin konstitusionalisme. Ajaran konstitusionalisme ini menitikberatkan ajaran bahwa hak dasar atau hak konstitusional dapat tercipta jika kekuasaan negara dibatasi melalui konstitusi. Pembatasan itu tidak meliputi tidak hanya siapa saja pemegang kekuasaan namun juga melingkupi mekanisme pelaksanaan kekuasaan itu.

¹¹ I Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint): Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-hak Konstitusional Warga Negara*, 2013, Jakarta: Sinar Grafika, hal.25-27.

Dengan demikian, terdapat 4 (empat) syarat konstiusionalitas pelaksanaan kekuasaan menurut paham konstiusionalisme, sebagai berikut:

- 1) Bahwa penerima atau pemegang kekuasaan dalam praktik kekuasaan hendaknya berada dalam koridor ketentuan undang-undang dan dilaksanakan secara bertanggung jawab;
- 2) Pelaksanaan kekuasaan hendaknya sejalan dengan ide penghormatan atas individu dan hak-hak perorangan warga negara;
- 3) Bahwa kewenangan yang diserahkan kepada lembaga negara baik legislative, eksekutif maupun yudikatif hendaknya didistribusikan dengan sesuai/tepat untuk mencegah adanya penyalahgunaan kekuasaan
- 4) Bahwa pemerintah selaku perumus kebijakan dan badan legislasi selaku pengesah kebijakan tersebut hendaknya bertanggung jawab terhadap konstituen mereka.

2. Teori Konstitusi dan Hak Asasi Manusia

Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, hak manusia yang asasi adalah hak yang melekat secara kodrati padasetiap makhluk yang dilahirkan dengan sosok biologis manusia, yang memberikan jaminan moral dan menikmati kebebasan segala bentuk perlakuan yang mengakibatkan manusia tidak dapat hidup layak sebagai manusia yang dimuliakan Allah dan tidak mungkin dialihkan atau bahkan dirampas oleh siapapun, kepada/oleh para pengemban kekuasaan negara sekalipun kecuali untuk dikurangkan atas dasar persetujuan para penyandang hak itu melalui mekanisme atau prosedur legislatif yang sungguh mewakili untuk menjamin penegakkan hak-hak asasi manusia lain dalam kehidupan

masyarakat.¹² Pandangan ini sejalan dengan teori hak-hak kodrati atau *the natural rights theory*, dimana hak-hak manusia merupakan hak alamiah yang diberikan Tuhan melalui hukum kodrat. Esensi dari teori ini adalah setiap manusia memiliki hak untuk hidup, kebebasan pribadi dan hak milik.¹³ Sejatinya, keberadaan hak manusia merupakan salah satu unsur dari terbentuknya suatu negara hukum yaitu negara memberikan jaminan terhadap hak-hak tersebut dan diatur dalam konstitusi negara. Namun demikian, norma-norma HAM yang dimiliki setiap orang dapat bersinggungan satu sama lain sehingga membutuhkan penafsiran oleh MK untuk menyelesaikan permasalahan tersebut.

Ketentuan Hak Asasi Manusia idealnya diatur dan dimuat dalam konstitusi suatu negara, dalam hal ini UUD Tahun 1945. Hal ini penting karena dengan pengaturan hak asasi manusia di dalam konstitusi menegaskan bahwa HAM tidak sekedar sebagai hak alami (*natural rights*) atau hak hukum (*legal rights*) namun juga merupakan hak konstitusional (*constitutional rights*) yang memiliki fungsi tersendiri. Menurut Murphy, konstitusi memiliki 4 (empat) fungsi, yaitu:

- 1) Konstitusi menjadi sebuah ke-pura-puraan atau sebaliknya suatu kenyataan;
- 2) Sebagai penentu dasar fundamental susunan pemerintahan yang dibenarkan oleh hukum;
- 3) Sebagai pelindung hak-hak fundamental atau hak dasar (*Guardian of Fundamental Rights*);
- 4) Sebagai suatu perikatan, symbol dan aspirasi.¹⁴

¹²Soetandyo Wignjosebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Masalah*, 2002.Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), h.436-437.

¹³Salim HS dan Erlies Septiani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Disertasi dan Tesis*, 2016. Jakarta:PT Rajagrafindo Persada, h.276

¹⁴Bagir Manan dan Susi Dwi Harijanti, *Konstitusi dan HAM*,2016. Jurnal Padjajaran Ilmu Hukum, Volume 3 No.3, h.456

Kemudian, Bagir Manan dan Susi menyebut Konstitusi sebagai *the supreme law of the land* yaitu hak asasi tidak hanya sebagai *fundamental rights* tetapi juga sebagai *the supreme constitutional rights*. Maksudnya bahwa negara tidak sekedar berkewajiban untuk menghormati dan melindungi hak-hak asasi warga negara tetapi juga wajib memenuhi hak-hak tersebut.

Pada hakikatnya, konstitusi merupakan hukum dasar dalam pembuatan dan pelaksanaan hukum, atau dengan kata lain sebagai suatu syarat pembentukan hukum dan peraturan. Ditinjau dari aspek hukum, konstitusi merupakan hukum tertinggi dimana rakyat baik secara langsung maupun tidak langsung melalui dewan konstitusi adalah pembuat hukum tertinggi. Sementara itu, dalam perspektif moralitas, konstitusi merupakan hukum yang dapat memerintah pihak berwenang yang diperintahkan oleh semua aturan perundangan dalam suatu masyarakat. Selain itu, konstitusi dapat menuntut kewajiban karena menyuarakan kehendak masyarakat sehingga apapun teori moral yang digunakan untuk menentukan dan membatasi kepatuhan pada hukum berlaku juga untuk hukum konstitusi.¹⁵ Dari uraian pengertian konstitusi oleh K.C. Wheare dapat disimpulkan bahwa konstitusi sebagai hukum tertinggi dalam suatu negara tidak hanya mengatur hak asasi warga negara tetapi juga memberikan batasan terhadap hak-hak tersebut.

Hal itulah yang menjadi nilai lebih bagi suatu negara yang memiliki konstitusi khususnya konstitusi tertulis di negaranya. K.C. Wheare menilai bahwa terdapat perbedaan antara negara yang memiliki dan tidak memiliki konstitusi. Salah satunya adalah pengaturan hak-hak

¹⁵ K.C.Wheare, Konstitusi-Konstitusi Modern, diterjemahkan dari karya K.C. Wheare, Modern Constitutions (Oxford University Press,1996), Nusa Media, Bandung,2015,hlm.96.

warga negara seperti hak kebebasan berekspresi atau hak kebebasan berpendapat dalam konstitusi. Pengaturan hak-hak dalam konstitusi tentu saja memberikan manfaat lebih bagi warga negara karena konstitusi dalam batas tertentu memiliki kedudukan paling tinggi di antara peraturan-peraturan lain dalam sistem ketatanegaraan. Namun di satu sisi, adanya pengaturan hak warga negara dalam konstitusi menimbulkan adanya aturan pembatasan terhadap hak-hak ini. Konstitusi yang mencantumkan pernyataan tentang hak umumnya mengakui bahwa pembatasan dalam pelaksanaan hak hak tersebut memang harus ada.¹⁶

Dalam konstitusi di beberapa negara, ketentuan pengaturan hak – hak warga negara lazimnya berbarengan dengan ketentuan pembatasannya, misalkan saja penggunaan frasa “sesuai dengan hukum”. Sebagai contoh konstitusi di Irlandia memberikan kebebasan atau hak warga negara untuk menyatakan secara bebas keyakinan dan pendapat mereka atau hak untuk membentuk perserikatan. Namun demikian, hak-hak tersebut diberikan Batasan oleh perancang konstitusi dengan memasukkan frasa “tunduk pada ketertiban dan moralitas umum”. Negara memberikan akses tersedianya fasilitas atau saluran menyampaikan pendapat publik namun kebebasan warga negara berpendapat untuk mengkritik pemerintah tidak boleh sampai mengganggu ketertiban atau moralitas umum atau otoritas negara.¹⁷

Hubungan yang terbangun antara konstitusi dan HAM dengan berbagai macam dinamikanya memunculkan ide yang disebut hak konstitusional. Dalam konsteks hukum tata negara Amerika Serikat, hak konstitusional didefinisikan sebagai *right given or reserved to the people*

¹⁶ *Ibid.*, hlm.59.

¹⁷ *Ibid.*, hlm.64.

by the US Constitution, and in particular, the Bill of Rights (first ten amendments)). Dari definisi tersebut, secara mutatis mutandis, hak konstitusional di Indonesia dimaknai juga sebagai hak yang diterima dan diatur dalam undang-undang dasar. Pengertian ini yang dianut dalam UU Mahkamah Konstitusi yang menjelaskan bahwa Hak Konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Mengutip pendapat Maruarar Siahaan, dalam hubungan dengan kekuasaan negara, hak-hak warga negara diatur dalam konstitusi sebagai perlindungan dari perbuatan penyelenggara negara. Sebagai pemegang kedaulatan rakyat, perwujudan demokrasi tidak semata terlihat dari penentuan pihak yang dipilih dalam kursi kekuasaan negara melalui hak pilih rakyat yang menjadi salah satu hak konstitusional tetapi juga terlihat pada hak yang diatur dalam konstitusi yang merupakan batas yang tidak bisa dilanggar oleh penyelenggara negara dalam menjalankan kekuasaan negara, yaitu baik sebagai hak negara atau hak asasi. Dalam UUD 1945 terdapat hak-hak yang secara tegas disebut sebagai hak asasi dan termuat pada Bab XA UUD 1945, yaitu hak yang melekat pada harkat dan martabat manusia sejak lahir serta sejumlah hak-hak asasi lainnya.¹⁸

B. Konseptual

Dalam penelitian ini, Pengambilan contoh perbandingan MK Hongaria dan MK Jerman dengan Indonesia terkait Konsep Hak Kebebasan Berpendapat pada dasarnya mengacu pada 3 (tiga) hal, yaitu, Pertama, ketiga negara memiliki konstitusi yang tertulis. Menurut K.C. Wheare, dalam sejarah konstitusi Modern, konstitusi lahir akibat adanya kebutuhan

¹⁸ Titon Slamet Kurnia, Konstitusi HAM: UUD NRI Tahun 1945&MK RI, 2014, Pustaka Pelajar, Jogjakarta, hlm.9.

masyarakat untuk membentuk sistem pemerintahan yang baru, seperti Austria, Hongaria, Jerman dan Cekoslavia.¹⁹ Konstitusi adalah hukum dasar yang menjadi keyakinan atau pijakan dalam penyelenggaraan suatu negara. Konstitusi dapat berupa hukum dasar tertulis yang lazim disebut Undang-undang Dasar dan dapat pula tidak tertulis. Tidak semua negara memiliki konstitusi tertulis atau Undang-undang Dasar. Kerajaan Inggris sebagai contoh merupakan negara konstitusional yang tidak memiliki satu naskah Undang-undang dasar sebagai konstitusi tertulisnya. Untuk itu, konstitusi secara luas dapat diartikan sebagai nilai-nilai dan norma-norma yang hidup dalam praktik pengelolaan negara yang diakui sebagai hukum dasar. Untuk itu, menurut Jimly Asshiddiqie, pengertian konstitusi atau hukum dasar (*droit constitutionnel*) suatu negara tidak terbatas pada Undang-Undang Dasar sebagai konstitusi tertulis namun juga termasuk nilai-nilai dan norma-norma hukum dasar tidak tertulis yang hidup sebagai konvensi ketatanegaraan dalam praktik penyelenggaraan negara sehari-hari.²⁰

Persamaan kedua yaitu ketiga negara memiliki Mahkamah Konstitusi yang tersentralisasi, yaitu sistem pengujian konstitusional berdasarkan pemegang kewenangannya dalam hal ini dimiliki secara eksklusif atau tersentralisasi pada lembaga atau hakim tertentu.²¹ *Centralized system* adalah sistem pengujian konstitusional yang kewenangannya diberikan kepada pengadilan konstitusional khusus bukan kepada sistem pengadilan biasa. Sistem ini dibentuk berdasarkan pemikiran Hans Kelsen yang menyatakan bahwa pelaksanaan aturan konstitusional tentang legislasi dapat secara efektif dijamin hanya jika sebuah organ selain badan legislative diberikan tugas untuk menguji apakah sebuah hukum itu konstitusional atau tidak, dan tidak memberlakukannya jika sesuai dengan

¹⁹ *Ibid*, hlm.9.

²⁰ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia: Edisi Revisi*, 2006, Konstitusi Press: Jakarta, hlm.35.

²¹ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, 2010, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.81.

pendapat organ ini tidak konstitusional. Dapat diadakan organ khusus yang dibentuk untuk tujuan ini, seperti pengadilan khusus yang disebut Mahkamah Konstitusi (*constitutional court*). Organ yang mengontrol tersebut dapat menghapuskan secara keseluruhan undang-undang yang tidak konstitusional, sehingga tidak dapat diaplikasikan oleh organ lain.²² Negara Indonesia, Jerman dan Hongaria merupakan negara yang termasuk dalam klasifikasi sistem pengujian yang tersentralisasi karena mengadopsi model Kelsenian dimana awal cikal pertama Mahkamah Konstitusi pertama di dunia dimulai.

Sementara itu, sistem yang terdesentralisasi (*decentralized system*) adalah sistem pengujian konstitusional yang memberikan kewenangan kepada semua tingkatan pengadilan untuk memutuskan konstitusionalitas suatu aturan hukum. Jika sebuah pengadilan biasa memiliki kompetensi untuk menguji konstitusionalitas undang-undang, mungkin hanya dalam bentuk menolak untuk menerapkannya dalam kasus konkret ketika menyatakan bahwa undang-undang tersebut tidak konstitusional, sedangkan organ lain tetap diwajibkan menerapkannya. Sepanjang sebuah undang-undang belum dibatalkan (*annulled*) maka tetap berlaku.²³

Persamaan selanjutnya atau persamaan ketiga, adalah Mahkamah Konstitusi baik negara Indonesia, Jerman maupun Hongaria pernah memutus suatu perkara terkait konstitusionalitas pembatasan hak kebebasan berpendapat dan putusannya merupakan putusan yang monumental yang dapat dijadikan rujukan untuk perkara-perkara sejenis. Beberapa putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang monumental dan/atau menjadi rujukan terhadap putusan selanjutnya yang menafsirkan batasan kebebasan berpendapat, diantaranya yaitu: 1) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-II/2004 yaitu MK RI

²² *Ibid.*, hlm.83-84.

²³ *Ibid.*, hlm.82

berpendapat bahwa setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan patuh pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis; 2) kemudian Putusan MK Nomor 14/PUU-VI/2008 dimana MK RI berpendirian bahwa negara dapat membatasi hak individu atas kebebasan menyatakan pikiran dan sikap sesuai dengan hati nurani, hak untuk mengeluarkan pendapat dan bebas berkomunikasi.

Sementara itu Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Hongaria yang menjadi rujukan beberapa putusan lainnya terkait kebebasan berpendapat, yaitu Decision 30/1992 (V.26.) AB yang menyatakan inkonstitusionalitas Pasal 269 ayat (2) UU IV Tahun 1978 tentang Hukum Pidana (*Criminal Code*). Permohonan ini diajukan dengan menggunakan batu uji Pasal 61 UUD Republik Hongaria tentang pelaksanaan kebebasan berekspresi dan kebebasan pers yang dijamin oleh konstitusi Hongaria. Dalam putusan ini, MK Hongaria membatalkan ketentuan Pasal 269 ayat (2) yang memberikan ancaman sanksi pidana, pelatihan korektif dan denda yang merendahkan atau menyinggung bangsa Hongaria dan bangsa lainnya karena dianggap membatasi hak kebebasan berekspresi. Namun MK Hongaria memberikan penekanan bahwa harkat dan martabat masyarakat dapat digunakan untuk membatasi pelaksanaan kebebasan berekspresi di Hongaria. Putusan MK ini tidak menutup kemungkinan untuk badan legislatif mengatur ancaman sanksi pidana dalam mengatur pembebasan kebebasan berekspresi namun disarankan untuk lebih memberikan ancaman sanksi sosial untuk

memberikan perlindungan yang lebih efektif terhadap martabat masyarakat.²⁴

Sementara itu, Putusan MK Jerman yang monumental terkait hak kebebasan berpendapat yaitu pada kasus *the Luth* atau disebut juga *The Luth case* [BVerfGE 7,198-230]. Kasus terkait kebebasan berbicara pertama kali di Jerman adalah perselisihan antara Erich Luith dengan Veit Harlan, seorang produser film pada rezim Nazi yang pernah didakwa atas tindakan persekongkolan dalam penganiayaan terhadap orang-orang Yahudi. Luth mengajak masyarakat Jerman/public, pemilik bioskop dan distributor film untuk memboikot film yang diproduksi Harlan karena Harlan merupakan sutradara film Nazi dimana film-film yang diproduksinya banyak mengandung propaganda Nazi. Namun seruan boikot tersebut oleh Pengadilan Negara Bagian Hamburg dilarang karena dianggap melanggar ketentuan Pasal 826 KUHPerdara/Kode Sipil Jerman (*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*).

Pengadilan Hamburg berpendapat meskipun putusannya bertentangan dengan kebijakan publik namun Pengadilan berpendapat hal ini didasari bahwa Harlan telah lulus prosedur "Denazifikasi" dan juga tidak dijatuhi hukuman karena melakukan kejahatan Nazi. Oleh karena itu, atas dasar "keyakinan demokratis terhadap hukum dan moral rakyat Jerman" maka tindakan Luth ini dianggap melanggar ketentuan Pasal 826. Kemudian Luth mengajukan *Constitutional Complaint* kepada Mahkamah Konstitusi Federal Jerman terkait Putusan Pengadilan ini karena pada dasarnya Luth memiliki hak konstitusional yang dijamin dalam ketentuan Pasal 5 *Basic Law* yaitu hak setiap orang untuk mengeluarkan pendapatnya atau kebebasan berpendapat. Serta ketentuan Pasal 5 ayat (2) yang menyatakan bahwa

²⁴ Constitutional Court of Hungary Decision 30/1992 (V.26.) AB, diunduh pada tanggal 5 Desember 2021 melalui website MK Republik Hongaria, https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2017/11/en_0030_1992.pdf,p.15-16.

terdapat 3 (tiga) klausul yang dapat membatasi kebebasan berekspresi, dimana salah satunya adalah klausul peraturan umum (*general law*).²⁵

Kemudian MK Federal Jerman memutuskan untuk membatalkan dan menyatakan bahwa keputusan Pengadilan Negara Bagian Hamburg melanggar hak dasar Luth dalam *Basic Law* yaitu hak atas kebebasan berekspresi serta berpandangan bahwa suatu aturan umum dapat dibatasi oleh ketentuan terkait hak dasar dalam konstitusi Jerman. MK Jerman berpendapat bahwa dalam menerapkan ketentuan Pasal 826 KUHPerdara/Kode Sipil Jerman (*Bürgerliches Gesetzbuch*), Pengadilan Hamburg tersebut perlu memperhatikan keseimbangan antara kebebasan berekspresi dalam *Basic Law* dan kepentingan Harlan dan perusahaan produksi film²⁶. Putusan MK Jerman ini didasari pada konsep teori hukum Jerman yang menyatakan bahwa suatu nilai "objektif" adalah nilai yang berlaku secara umum dan abstrak, terpisah dari hak "subjektif" yaitu hak yang dimiliki seseorang yang berasal dari akibat hukum seseorang. Dengan demikian, dasar penilaian putusan MK Jerman tidak hanya terkait pada kedudukan hak-hak individu seseorang namun juga mempertimbangkan semua hubungan hukum dari nilai-nilai tersebut.²⁷

Selain itu, menurut Mahkamah Konstitusi Jerman, nilai-nilai konstitusi harus lebih dipertimbangkan daripada klausa undang-undang karena pada dasarnya ketentuan umum dalam suatu undang-undang merujuk pada nilai "moral" yang baik yang mempertimbangkan kepentingan dan nilai-nilai

²⁵ Robert Alexy, Constitutional Rights, Balancing and Rationality, Ratio Juris.Vol.16 No.2 June 2003, hal. 132-133. Diunduh pada tanggal 25 November 2021, <https://www.corteidh.or.cr>.

²⁶ Headnotes (non-official) Putusan MK Jerman BVerfGE 7, 198-230, sebagaimana dikutip dan diunduh dalam laman resmi MK Federasi Jerman (*Bundesverfassungsgericht*), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1958/01/rs19580115_1bvr040051en.html, tanggal 10 Desember 2021

²⁷ Peter E. Quint., Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory, Maryland Law Review, Volume 48, Issue 2, h.261-262, diunduh pada tanggal 10 Desember 2021, <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2740&context=mlr>

masyarakat termasuk nilai-nilai konstitusional itu sendiri.²⁸ Menurut Carmen Moldovan, salah satu konsekuensi adanya ketentuan hak dalam konstitusi Jerman adalah adanya pengurangan perlindungan terhadap kebebasan berekspresi dalam rangka melindungi hak konstitusional lainnya yaitu hak atas perlindungan harkat martabat orang lain.²⁹ Dengan demikian, sejatinya perlindungan terhadap hak konstitusional warga negara Jerman perlu mendasarkan pada nilai-nilai konstitusi dimana dalam suatu hak konstitusional seseorang terkandung juga hak-hak konstitusional orang lain.

Menurut I Gede Pasek, penggunaan hak kebebasan mengemukakan pendapat harus berdasar pada prinsip bebas dan bertanggung jawab. Bebas artinya bahwa segala ide, pikiran atau pendapat kita, dapat dikemukakan secara bebas tanpa tekanan dari siapa pun. Bertanggung jawab maksudnya bahwa ide, pikiran atau pendapat kita tersebut mesti dilandasi akal sehat, niat baik dan norma-norma yang berlaku. Hal ini sejalan dengan penjelasan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 Tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat Di Muka Umum yang berbunyi bahwa perwujudan kehendak warga negara secara bebas dalam menyampaikan pikiran secara lisan dan tulisan dan sebagainya harus tetap dipelihara agar seluruh tatanan sosial dan kelembagaan baik infrastruktur maupun suprastruktur tetap terbebas dari penyimpangan atau pelanggaran hukum yang bertentangan dengan maksud, tujuan dan arah dari proses keterbukaan dalam pembentukan dan penegakan hukum sehingga tidak menciptakan disintegrasi sosial, tetapi justru harus dapat menjamin rasa aman dalam kehidupan masyarakat. Untuk itu, kemerdekaan menyampaikan pendapat di muka umum perlu dilaksanakan dengan tanggung jawab dan mengacu pada ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan prinsip

²⁸ *Ibid.*h.264

²⁹ Carmen Moldovan, Brief Considerations on the German Constitutional Approach of the Freedom of Expression, *Acta Universitatis Danubius, Juridica*, Vol 11, No 2 (2015), h.39. diunduh <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/view/2961/2759>

hukum internasional sebagaimana tercantum dalam Pasal 29 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia 1948 (*Universal Declaration Of Human Rights 1948*).³⁰

ICCPR memberikan klasifikasi terhadap jenis-jenis hak, yaitu Non-Derogable Rights dan Derogable Rights. Hak Non-Derogable Rights adalah hak-hak yang bersifat absolut yang tidak boleh dikurangi pemenuhannya oleh negara pihak, walau dalam keadaan darurat sekalipun. Hak-hak yang termasuk ke dalam jenis ini adalah:

1. hak atas hidup (*right to life*) Pasal 3,
2. hak bebas dari penyiksaan (*right to be free from torture*) Pasal 5,
3. hak bebas dari perbudakan (*right to be free from slavery*) Pasal 4,
4. hak bebas dari penahanan karena gagal memenuhi perjanjian utang (Pasal 9),
5. hak bebas dari pemidanaan yang berlaku surut,
6. hak sebagai subjek hukum, dan
7. hak atas kebebasan berpikir, keyakinan dan agama (Pasal 200).

Klasifikasi kedua adalah Derogable Right, yakni hak-hak yang boleh dikurangi atau dibatasi pemenuhannya oleh negara-negara pihak. Termasuk jenis hak ini adalah:

1. hak atas kebebasan berkumpul secara damai,
2. hak atas kebebasan berserikat, termasuk membentuk dan menjadi anggota serikat buruh, dan
3. hak atas kebebasan menyatakan pendapat atau berekspresi; termasuk kebebasan mencari, menerima dan memberikan informasi dan segala macam gagasan tanpa memperhatikan batas (baik melalui tulisan maupun tulisan).

³⁰ I Gede Pasek Eka Wisanjaya, Pengaturan Hak Menyatakan Pendapat Di Muka Umum Secara Bebas Dan Bertanggung Jawab, diunduh dari <https://repository.unud.ac.id/h.5-h.6>.

Dengan demikian, Pengaturan hak kebebasan berpendapat dalam hukum internasional termasuk dalam *Derogable Right*, yakni hak-hak yang boleh dikurangi atau dibatasi pemenuhannya oleh negara-negara pihak. Selain itu, Pasal 19 ICCPR sejatinya merupakan ketentuan hak kebebasan berekspresi yang bersifat restriktif maksudnya yaitu kebebasan terhadap hak tersebut dapat dilakukan jika tidak melanggar undang-undang demi menghormati hak, martabat orang lain dan dalam rangka perlindungan keamanan nasional.

Berbicara tentang martabat (*human dignity*), martabat manusia menjadi suatu hak yang dijamin konstitusi merupakan hal baru yang muncul pada bagian konstitusionalisme pasca Perang Dunia II, sementara itu kebebasan berbicara sudah muncul menjadi bagian dari konstitusionalisme modern sejak abad kedelapan belas. Martabat manusia dianggap sebagai landasan norma dari berbagai hak individu yang diperoleh dan untuk dilindungi oleh manusia itu sendiri.³¹ Kebutuhan akan konsep landasan norma (*fundamental norm*) terhadap berbagai hak individu terakomodasi dalam Deklarasi Hak Asasi Manusia (UDHR) Tahun 1948, bahkan dalam UU Dasar Jerman Tahun 1949 disebutkan secara tegas bahwa martabat manusia itu tidak dapat diganggu gugat. Hal itu kemudian diikuti hampir semua negara yang memiliki konstitusi dimana negara berkewajiban untuk menghormati dan melindungi martabat manusia.

Meskipun suatu negara tidak menyebut secara tegas pengaturan martabat manusia dalam konstitusinya, namun martabat manusia tetap dianggap memiliki peran penting dan menjadi landasan prinsip-prinsip atas suatu hak individu dalam penafsiran di pengadilan. Sebagai contoh, negara Kanada dalam Piagam Hak-hak Kebebasan Kanada Tahun 1982 tidak memunculkan prinsip penghargaan terhadap martabat manusia namun

³¹ Dieter Grimm.2021. Bab 6 tentang: *Freedom of Speech and Human Dignity*. Dalam The Oxford Handbook of Freedom of Speech, h.106. Edited by Stone, Adrienne and Schauer, Frederick, Oxford Univeristy Press, USA.

dalam pertimbangan hukum Putusan Mahkamah Agung Kanada pada tahun 1988 dalam kasus R v Morgentaler disebutkan bahwa gagasan tentang martabat manusia dapat ditemukan hampir di setiap hak dan kebebasan dalam piagam.³²

Dalam Konvensi Hak Asasi Manusia Eropa (ECHR) tidak dikenal adanya jaminan akan hak dan martabat manusia. Namun demikian dalam beberapa putusannya, pengadilan hak asasi manusia Eropa banyak menggunakan harkat dan martabat manusia sebagai acuan atau rujukan dalam memutus suatu perkara. Kedudukan atau peran martabat memang berbeda antara satu negara dengan negara lainnya.

Oleh karena itu, Aharon Barak membagi menjadi 3 (tiga) bentuk martabat, yaitu

- 1) martabat sebagai nilai konstitusional, maksudnya yaitu martabat tidak termasuk dalam bagian konstitusi tertulis namun diterima sebagai landasan atau alas rujukan dalam penafsiran konstitusional;
- 2) martabat sebagai hak; dan
- 3) martabat sebagai hak dasar/kerangka, juga disebut 'hak dasar/*mother right*'.³³

Walaupun makna martabat tidak didefinisikan secara baku dan memerlukan penafsiran, martabat itu sendiri berada dalam tataran aturan dasar atau norma yang dibentuk mengacu pada prinsip kebebasan individu untuk membatasi ruang lingkup hak dan memberikan makna kebebasan dalam melindungi objek tertentu. Pada akhirnya, martabat kemudian dianggap sebagai milik semua manusia tanpa memandang ras, suku, warna kulit, jenis kelamin dan sebagainya.³⁴

³² *Ibid.*, h.107.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, h.109.

Berbicara hubungan antara martabat dengan kebebasan berbicara memiliki dua sisi positif dan negatif. Di satu sisi dianggap negatif karena menjadi suatu pembenaran dalam membatasi kebebasan berbicara. Namun disisi lain, martabat sebagai prinsip atau hak konstitusional digunakan sebagai alas pemersatu berbagai hak individu yaitu memberikan hak kebebasan berbicara sekaligus melindungi dari fitnah atau ucapan berbahaya lainnya dari kebebasan berbicara itu sendiri.³⁵

Sementara itu, Alexander Tsesis, dalam teori keseimbangan kebebasan berpendapatnya memberikan kriteria kriteria penilaian oleh hakim apakah suatu kebebasan berekspresi melanggar hak atau tidak, yaitu:

- 1) Apakah menyebabkan kerugian konstitusional atau tidak, serta melanggar undang-undang dan peraturan-peraturan lainnya;
- 2) Apakah pembatasan kebebasan berekspresi ini telah dilindungi secara sejarah atau tradisional
- 3) Apakah kebijakan pembatasan yang dilakukan pemerintah memberikan manfaat atau dampak terhadap kesejahteraan umum masyarakat atau tidak serta dalam rangka mendukung peraturan atau undang-undang atau tidak;
- 4) Adanya kesesuaian antara pengaturan kebebasan berpendapat yang dipermasalahkan dengan kepentingan umum;
- 5) Apakah ada alternatif atau solusi yang lebih baik agar tidak terlalu membatasi kebebasan berekspresi tersebut.³⁶

³⁵ *Ibid.*, h.111.

³⁶ Alexander Tsesis, *Balancing Free Speech*, 2016, Boston University Law Review, Volume 96 No.2,2016., diakses pada <https://www.bu.edu> tanggal 20 November 2021, h.4.

❖ **Mekanisme Judicial Review**

Eugene V. Rostow mengutip quote Alexander Hamilton yang menyatakan bahwa diperlukan ketabahan luar biasa bagi para hakim dalam menjalankan tugas mereka sebagai pelindung setia konstitusi, sementara pelanggaran legislatif terhadap Konstitusi diawali dengan suara masyarakat mayoritas. Pendapat Hamilton tersebut menurut Rostow didasari pada pendapat bahwa sesungguhnya pelaksanaan judicial review adalah tidak demokratis. Hal ini dilatarbelakangi oleh pandangan bahwa Konstitusi dapat diizinkan untuk berkembang tanpa adanya pengawasan kehakiman dan mengartikan Konstitusi sejajar dengan penafsiran presiden, kongres dan lembaga legislative negara bagian.

Menurut Eugene V. Rostow, pengujian konstitusionalitas yang dilakukan para hakim merupakan bentuk pertanggung jawaban dan perlindungan terhadap hak-hak rakyat. Selain itu, pengadilan dapat membantu menjaga keseimbangan pluralis dalam masyarakat ataupun dari kemungkinan dominasi pemerintah negara bagian atau federal, kongres, presiden. Untuk itu, berdasarkan pada karakteristiknya, *judicial review* disesuaikan untuk mempertahankan kesempatan dan elastisitas perkembangan konstitusional dan juga dalam rangka melakukan pengawasan *judicial review* terhadap cabang-cabang pemerintahan terpilih (*elected branches of government*).³⁷

Pada pokoknya, pengujian peraturan perundang-undangan terbagi atas 3 (tiga), yaitu;

- (1) berdasar subjek yang melakukan pengujian yaitu dilakukan oleh hakim (*toetsingsrecht van de rechter* atau *judicial review*), lembaga legislatif (*legislative review*) dan lembaga eksekutif (*executive review*).
- (2) objek peraturan yang diuji, maka peraturan perundang-undangan yang diuji terbagi atas: (i) seluruh peraturan perundang-undangan

³⁷ Leonard W. Levy, *Judicial Review: Sejarah Kelahiran, Wewenang dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, 2005, Nusamedia dan Nuansa: Bandung, hlm. 103.

(*legislative acts* dan *executive acts*) dan tindakan administratif (*administrative action*) terhadap UUD diuji oleh hakim pada seluruh jenjang peradilan dan (ii) UU terhadap UUD diuji oleh hakim-hakim pada Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*), sedangkan peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU diuji oleh hakim-hakim di Mahkamah Agung (*Supreme Court*). Pengujian dengan pembagian objek seperti ini secara umum tidak dilakukan dalam kasus yang kongkrit, dan secara umum dilakukan pada negara yang menggunakan sistem hukum *civil law*.

- (3) waktu pengujian yaitu pengujian yang dilakukan sesudah UU disahkan (*judicial review*) dan pengujian yang dilakukan sebelum UU disahkan (*judicial preview*).³⁸

Sementara itu, menurut I Dewa Gede Palguna (2013), bentuk-bentuk perlindungan hak konstitusional melalui mekanisme peradilan setidaknya dapat diklasifikasi menjadi 4 (empat), antara lain:

- 1) Perlindungan hak konstitusional melalui pengadilan tata negara (c.q. Mahkamah Konstitusi)
- 2) Perlindungan hak konstitusional melalui pengadilan administrasi atau tata usaha negara
- 3) Perlindungan hak konstitusional melalui pengadilan biasa (*regular courts*)
- 4) Perlindungan hak konstitusional melalui pengadilan hak asasi manusia *ad hoc*.³⁹

³⁸ Tim Penyusun Hukum Acara MK, Hukum Acara Mahkamah Konstitusi, 2010, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, hlm.81-83.

³⁹ I Dewa Gede Palguna, *Op.Cit.*hal.152.

Oleh karena itu, pembentukan Mahkamah Konstitusi di berbagai negara tidak lepas dari perubahan hukum dan ketatanegaraan dalam hal pengujian produk hukum yaitu undang-undang atau disebut juga *judicial review* oleh suatu lembaga peradilan. Waktu atau momentum esensial perkembangan *judicial review* adalah pada saat Mahkamah Agung Amerika membatalkan ketentuan dalam Judiciary Act 1789 yaitu pada kasus *Marbury vs. Madison*.⁴⁰ Hal tersebut secara tidak langsung menggerakkan George Jellinek agar kewenangan Mahkamah Agung Austria dapat diperluas untuk melakukan *judicial review*. Kemudian pendapat baru dari Hans Kelsen mengenai kewenangan *judicial review* untuk dilakukan oleh suatu lembaga diluar MA yaitu lembaga baru tersendiri yang akhirnya diterima dan menjadi bagian perubahan Konstitusi Austria 1920. Lembaga baru tersebut adalah Mahkamah Konstitusi (*verfassungsgerichtshof*).⁴¹

Di Indonesia sendiri meskipun pada awalnya gagasan untuk melakukan hak menguji materiil sempat ditolak oleh beberapa tokoh nasional pada saat itu seperti Prof.Dr.Soepomo karena alasan tidak sesuai dengan sistem hukum Indonesia dan belum adanya sumber daya manusia yang memadai. Pada pokoknya, Prof.Soepomo menilai UUD 1945 tidak menganut teori Trias Politica.⁴² Kemudian seiring perkembangan ketatanegaraan Indonesia dan karena adanya perubahan ketiga amandemen UUD 1945, terbentuklah lembaga kekuasaan kehakiman selain Mahkamah Agung, yaitu Mahkamah Konstitusi di Indonesia yang mempunyai kewenangan hak menguji undang-undang terhadap UUD 1945.

⁴⁰ Tim Penyusun Hukum Acara MK, *Op.Cit.*hal.1. Istilah *judicial review* oleh MK dapat disebut juga sebagai Constitutional review.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Sri.Soemantri, *Hak Menguji Materiil di Indonesia*, 1972, Alumni: Bandung, hal.50-51

(1) Indonesia

Istilah *judicial review* di Indonesia digunakan dalam hal pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Pengujian UU terhadap UUD 1945 adalah kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi sesuai amanat konstitusi Pasal 24C UUD NRI 1945. Pada saat perubahan ketiga UUD 1945, Mahkamah Konstitusi lahir dan mengakibatkan perubahan ketatanegaraan Indonesia yang sangat signifikan. Hal ini menjadi suatu perubahan fenomenal dan penting karena kewenangan pengujian UU terhadap UUD 1945 yang awalnya oleh DPR beralih menjadi kewenangan suatu lembaga kekuasaan kehakiman baru dan pertama kali ada di Indonesia. Dengan demikian konstitusi menjadi penentu bagaimana dan siapa saja yang melaksanakan kedaulatan rakyat dalam penyelenggaraan negara dengan batas sesuai dengan wewenang yang diberikan oleh konstitusi itu sendiri. Bahkan, konstitusi juga menentukan substansi yang harus menjadi orientasi sekaligus sebagai batas penyelenggaraan negara, yaitu ketentuan tentang hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara yang perlindungan, pemenuhan, dan pemajuannya adalah tanggung jawab negara.

(2) Hongaria

Gagasan Konstitusi Hongaria (1989) berasal dari penghormatan komunitas internasional terhadap hak asasi manusia. Mahkamah Konstitusi Hongaria merupakan bagian dari suatu preseden yang mengadopsi model MK Eropa Barat utamanya dalam memberikan makna atau arti konstitusi negaranya. Ide ini sangat lekat dengan tradisi *transantional constitutionalis*. Struktur konstitusional negara Hongaria cenderung didominasi hasil dari hubungan yang berasal dari persetujuan antara komponen-komponen politik. Komponen tersebut setuju untuk mengaktualisasikan prinsip konstitusionalisme dan republik demokrasi berdasar negara hukum. Dengan

demikian, hal ini tidak dapat dinegasikan memiliki keterkaitan dengan keberlakuan konstitusi sebagai hukum dasar yang mengikat dan berdasar atas prinsip kedaulatan suatu negara.⁴³

Pada tahun 1989 parlemen Hongaria membentuk pengadilan tersendiri dari pengadilan umum yang dinamakan Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi Hongaria adalah institusi terpisah, sui generis organ konstitusional dan memiliki kekuasaan secara eksklusif dalam melaksanakan pengujian konstitusional produk legislatif. Sejatinya, MK Hongaria merupakan badan yang dibentuk akibat adanya perubahan Pasal 32/A Konstitusi Hongaria dengan mengesahkan UU Nomor XXXII tentang Mahkamah Konstitusi. Pembentukan MK Hongaria merupakan pengejawantahan dari transformasi demokrasi atas sistem politiknya secara damai. MK Hongaria resmi dan efektif melaksanakan kewenangannya pada tanggal 1 Januari 1990.⁴⁴

MK Hongaria dianggap sebagai bentuk perkembangan generasi ketiga MK Eropa setelah MK Austria sebagai generasi pertama dan menjadi ibu kandung MK Jerman, Italia dan Perancis. Kemudian generasi kedua adalah MK Spanyol dan Portugal. Dengan demikian, kewenangan MK Hongaria menjadi agak berbeda dengan generasi sebelumnya dan digenapkan dengan kewenangan paripurna dalam menyelesaikan sengketa hasil pemilihan umum yang pada umumnya telah dimanfaatkan kelompok minoritas dalam mempertanyakan keabsahan kekuasaan atau kemenangan minoritas. Keberadaan MK Hongaria diharapkan dapat menumbuhkan dan meningkatkan kepastian hukum terhadap arti keadilan substantif di Hongaria.⁴⁵

⁴³ Jimly Asshiddiqie dan Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi di 10 Negara*, 2012., Sinar Grafika: Jakarta, h.178.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*h.179.

Selain itu, kekuasaan paling dominan dari kewenangan MK generasi ketiga adalah fungsinya dalam menguji undang-undang *in abstracto*. Hal ini merupakan kegiatan utama peradilan MK yang lazim disebut *Kelsenian Court*. Persoalan ini meningkat sejalan dengan munculnya kedarasan akan pentingnya relasi institusional dengan kekuasaan legislatif. Atau dengan kata lain bahwa acapkali putusan MK menginginkan adanya perbaikan yang dilakukan oleh badan legislatif selaku pembentuk undang-undang.⁴⁶

Pada sistem yang ada saat ini, MK Hongaria menggunakan konsepsi *living law* dalam mengekstensifikasi kewenangannya dalam penentuan konstitusionalitas penerapan hukum oleh pengadilan dan pemerintah. Gagasan ini diharapkan menjadi terobosan penting dalam mewujudkan perlindungan hak asasi manusia secara lebih nyata. Dalam pelaksanaan penafsiran konstitusinya, MK Hongaria cenderung mengadopsi praktik MK di Jerman.⁴⁷

Mengacu pada UU XXXII Tahun 1989 tentang MK, MK Hongaria memiliki setidaknya 8 (delapan) kewenangan, antara lain:

- 1) Pengujian secara *ex ante* atas rancangan undang-undang, atat tertib parlemen sebelum diberlakukan dan perjanjian internasional sebelum ditetapkan;
- 2) Pengujian secara *ex post* atas undang-undang, dan juga peraturan perundangan lain yang ditetapkan oleh pemerintahan negara.
- 3) Menguji perselisihan antara perjanjian internasional dengan undang-undang, dan juga peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh pemerintahan negara.
- 4) Memutus permohonan konstitusional berkenaan dengan pelanggaran hak-hak konstitusional yang dijamin oleh konstitusi.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid*.h.180.

- 5) Menyisihkan suatu hal yang tidak konstitusional akibat kelalaian. (*the elimination of unconstitutionality by omission*).
- 6) Menghentikan sengketa kewenangan antara lembaga negara dengan pemerintahan daerah, atau lembaga pemerintah lainnya, ataupun sengketa kewenangan antara pemerintahan daerah.
- 7) Interpretasi konstitusi.
- 8) Memeriksa seluruh perkara terkait dengan pelanggaran konstitusi.⁴⁸

(3) Jerman

MK Federal Jerman dibentuk bersamaan dengan diterbitkannya Undang-undang Dasar Jerman atau *Basic Law* pada tahun 1949. Dalam ketentuan UUD Jerman ini, kewenangan yang dimiliki MK Jerman ini sangat luas sehingga menjadi rujukan MK hampir di seluruh dunia. Setelah MK Jerman terbentuk, kekuasaan menguji untuk menentukan segala hal dalam UUD dengan melakukan interpretasi menjadikan MK Jerman turut serta dalam menentukan arah kebijakan negara.⁴⁹

Berikut adalah kompetensi MK Federal Jerman:

- 1) Pengujian konstitusional (*constitutional review*) yaitu penyelesaian perselisihan yang dihadapi oleh lembaga-lembaga tinggi negara. Klasifikasi ini tergolong dalam kewenangan penyelesaian sengketa kewenangan antara Pemerintah Federasi dengan negara bagian (*federal states*) atau perselisihan antara lembaga tinggi antar pemerintah federal.
- 2) Terminology judicial review, yaitu masing-masing digunakan pada saat MK Jerman melakukan pengujian norma hukum secara konkrit (*concrete norm control*) atau ketika melakukan pengujian undang-undang secara umum (*abstract norm control*). Untuk pengujian

⁴⁸ *Ibid.*, h.185-186.

⁴⁹ *Ibid.*, h.37.

norma hukum abstrak, permohonan pengujian ini harus diajukan kepada MK setidaknya 30 (tiga puluh) hari sejak rancangan undang-undang (RUU) diadopsi secara final tetapi belum diundangkan.

- 3) Permohonan konstitusional (*constitutional complaint*) yaitu hak mengajukan permohonan/petisi perorangan ataupun kelompok apabila terdapat hak konstitusional Pemohon yang diatur dalam *Basic Law* Tahun 1949 dilanggar baik oleh produk hukum ataupun putusan peradilan umum (*ordinary judges*).
- 4) Penyelesaian sengketa hasil pemilihan umum sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 41 II *Basic Law*.⁵⁰

⁵⁰ *Ibid.*,h.47-48.

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Jenis Penelitian

Pada dasarnya, penelitian merupakan rangkaian metode untuk mengetahui dan mendapatkan jawaban atas objek permasalahan. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yaitu penelitian hukum dengan melakukan kajian terhadap penerapan aturan hukum atau permasalahan hukum dari segi normatif dengan menggunakan teori dan konsep di bidang hukum dan menemukan kesimpulan antara kajian teoritis dan penerapan hukum positif tersebut.⁵¹

B. Pendekatan Penelitian

Menurut Efendi dan Ibrahim (2016), metoda pendekatan dalam suatu penelitian normative dapat memberikan potensi seorang peneliti untuk menggunakan hasil-hasil temuan ilmu hukum empiris dan ilmu lainnya untuk analisis dan eksplanasi hukum tanpa mengubah ciri ilmu hukum sebagai ilmu normatif.⁵² Oleh karenanya, penelitian ini hendak menggabungkan antara pendekatan perundang-undangan (*statutory approach*) dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*).

Pendekatan perundang-undangan yaitu pendekatan yang menggunakan bahan hukum berupa aturan hukum dan perundang-undangan terkait hak kebebasan berpendapat. Kemudian, pendekatan perbandingan yaitu metode yang dilakukan dengan membandingkan suatu aturan hukum antara satu negara dengan negara lainnya untuk menganalisis dan mengidentifikasi persamaan dan perbedaan aturan hukum tersebut.

⁵¹ Jonaedi Efendi dan Johnny Ibrahim, Metode Penelitian Hukum Normatif dan Empiris, 2016, Jakarta: KENCANA, h.125

⁵² *Ibid.*, h.130.

C. Jenis Data

Pada dasarnya, dalam pelaksanaan penelitian normatif dapat menggunakan Data primer dan sekunder. Data sekunder terdiri data bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Bahan hukum primer adalah pernyataan yang memiliki otoritas hukum yang ditetapkan oleh suatu cabang kekuasaan pemerintahan yang meliputi; undang-undang yang dibuat parlemen, putusan-putusan pengadilan, dan peraturan eksekutif/administratif. Bahan hukum sekunder terdiri dari bahan hukum sekunder dalam arti luas dan arti sempit. Dalam arti sempit misalnya buku-buku hukum berisi ajaran atau doktrin, terbitan berkala berupa artikel-artikel hukum dan narasi tentang istilah berupa kamus atau ensiklopedi hukum. Dalam arti luas yaitu bahan hukum yang tidak tergolong bahan hukum primer termasuk segala karya ilmiah hukum yang tidak dipublikasikan.⁵³

Dengan demikian, penelitian ini merupakan penelitian kepustakaan yang menggunakan data sekunder yang terdiri atas bahan hukum primer seperti UUD Tahun 1945, peraturan perundang-undangan terkait hak kebebasan berpendapa, Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi; bahan hukum sekunder berupa buku, jurnal hukum dan tulisan hukum terkait hak kebebasan berpendapat; dan bahan hukum tersier yaitu kamus, ensiklopedia, dan lain-lain.

D. Teknik Pengumpulan Data

Penelitian ini melakukan 2 (dua) tahapan pengumpulan data, yaitu penelitian pendahuluan dan penelitian tahap kedua/penelitian akhir. Penelitian pendahuluan merupakan kegiatan mengumpulkan bahan hukum primer dalam menemukan permasalahan hukum normatif

⁵³⁵³ I Made Pasek Diantha, Metode Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum, 2016. Jakarta. Prenadamedia Group, h.143-145

proposal penelitian. Kemudian setelah ditemukan permasalahan hukum normatif dalam proposal penelitian maka dilakukan pengumpulan bahan data lanjutan dengan cakupan lebih luas dan sistematis.

E. Teknik Analisa Data

Dalam melakukan analisa data, peneliti akan menggunakan metode analisis kualitatif yang bersifat deskriptif, yaitu dengan memaparkan gambaran data yang diperoleh dari hasil penelitian untuk dianalisa dan dihubungkan agar didapat suatu kesimpulan.

F. Sistematika Penelitian

Hasil penelitian ini disusun sebagai berikut:

BAB I. Pendahuluan dengan menguraikan latar belakang, rumusan masalah, tujuan dan manfaat. **BAB II** berupa uraian landasan teori dan konseptual seperti teori demokrasi dan konstitusi yang digunakan untuk menjadi dasar dan bahan pendukung dalam menjawab permasalahan dalam rumusan masalah penelitian ini. **BAB III** menjelaskan metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini. **BAB IV** merupakan bahasan diskusi analisis hasil dari penelitian yang terdiri dari 2 (dua) isu yang harus dijawab dalam penelitian ini. **BAB IV** yaitu pada bagian pertama tentang Konsep Hak Kebebasan Berpendapat Menurut Konstitusi di Indonesia dan bagian kedua terkait pengaturan konstitusi hak kebebasan berpendapat di beberapa negara. **BAB V** yaitu penutup yang menyampaikan simpulan dan rekomendasi yang dapat digunakan atau dapat bermanfaat untuk pengembangan ilmu hukum khususnya terkait hak kebebasan berpendapat di Indonesia.

BAB IV

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Pengaturan Hak Kebebasan Berpendapat dalam Konstitusi

Sebagaimana yang dikemukakan Jimly Asshiddiqie bahwa salah satu isu penting dalam melembagakan gagasan perlindungan dan kemajuan hak asasi manusia adalah permasalahan penegakan mekanisme hak asasi manusia dalam praktik di berbagai negara yang berbeda-beda karena faktor perbedaan latar belakang kondisi sosial, ekonomi, budaya atau bahkan lembaga itu sendiri. Hal ini juga menimbulkan polemik mengenai universalitas konsep hak asasi manusia dengan mekanisme untuk mengimplementasikan prinsip hak asasi manusia dalam praktik di lapangan.⁵⁴ Oleh karena itu, Jimly Asshiddiqie mencatat bahwa terdapat setidaknya 3 (tiga) kritikan terhadap konsep universalitas hak asasi manusia, antara lain:

- 1) Kritikan terhadap konsep dasar baik substantif maupun mekanisme pelembagaan dan pengambilan keputusan sebagai instrumen universal. Hal ini melihat bahwa adanya perbedaan sudut pandang penilaian konsep dasar terhadap universalitas hak asasi manusia meskipun secara umum diterima hampir di seluruh dunia.
- 2) Kritikan kedua adalah terkait penerapan prinsip universalitas hak asasi manusia di masing-masing negara. Apabila melihat pada latar belakang kondisi sejarah, sosial, ekonomi, budaya yang berbeda-beda tiap negara tentu saja berdampak pada perbedaan implementasi konsep HAM itu sendiri. Untuk negara-negara yang memiliki latar belakang tradisi Civil Law dianggap hanya menerima konsep universalitas HAM

⁵⁴ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, 2011, Jakarta: Sinar Grafika, hlm. 230-233.

dalam aturan tertulis saja namun dalam praktiknya berbeda dengan apa yang telah diatur secara tertulis. Oleh karena itu, pentingnya peningkatan apresiasi terhadap konsep HAM melalui perumusan batas-batas keseimbangan yang rasional dan proporsional terkait universitas dan reaktivitas konseptual dan prosedur HAM dan hak-hak dasar atas informasi yang bebas.⁵⁵

1. Indonesia

Sejatinya, pembentukan Mahkamah Konstitusi di Indonesia sebagai ikhtiar dalam penegakkan hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara secara maksimal dalam penyelenggaraan negara hukum dan berdemokrasi sebagaimana di atur dalam konstitusi. Pengaturan hak-hak asasi manusia khususnya hak konstitusional warga negara dalam konstitusi suatu negara sejatinya mengikat secara langsung kepada seluruh cabang kekuasaan negara.

Pengaturan hak kebebasan berpendapat di Indonesia diatur dalam:

- a. Pasal 23E ayat (3) UUD 1945;
- b. Pasal 23 ayat (2) dan Pasal 73 UU Hak Asasi Manusia;
- c. Pasal 2 UU Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat Di Muka Umum;
- d. Undang-undang Pers;
- e. Pasal 4 dan pasal 16 UU Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis.

⁵⁵ *Ibid.*

Menurut Jimly Asshiddiqie, terdapat dua pandangan mengenai ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945. Sebagian berpendapat bahwa pasal ini tidak berlaku terhadap ketentuan Pasal 28I yang memang dikhususkan tidak dapat dibatasi dalam keadaan apa pun. Namun, putusan Mahkamah Konstitusi resmi menyatakan bahwa pasal ini berlaku untuk semua kategori hak asasi manusia yang terdapat dalam UUD 1945. Artinya, semua jenis hak asasi manusia dapat dibatasi, (i) asalkan dengan undang-undang, dan (ii) pembatasannya dengan undang-undang itu haruslah dengan maksud semata-mata (a) untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan (b) untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, kemanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.⁵⁶

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dalam beberapa putusan monumentalnya telah memberikan penafsiran terhadap pembatasan hak antara lain hak kebebasan berekspresi, berpendapat dan sebagainya, diantaranya yaitu:

1) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-II/2004 tentang Pengujian UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (UU Pengadilan HAM).

Permohonan ini diajukan oleh Pemohon yang dinyatakan bersalah dan dijatuhi hukuman pidana penjara oleh Pengadilan Hak Asasi Manusia *Ad Hoc*, Pengadilan HAM Jakarta Pusat dalam perkara pelanggaran HAM Berat di Timor Timur berupa pembunuhan dan penganiayaan terhadap para penduduk sipil Pro Kemerdekaan. Pemohon adalah mantan Gubernur Timor

⁵⁶ Jimly Asshiddiqie, Komentaris Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, 2013, Sinar Grafika; Jakarta., hlm.127.

Timur periode tahun 1994 -1999 yang beranggapan bahwa ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Pengadilan HAM yang mengatur dasar persidangan berdasarkan Asas Berlaku Surut atau Asas Retroaktif melanggar hak konstitusional Pemohon.

Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah berpendapat bahwa ketentuan Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 harus dipahami secara bersamaan dan komprehensif. Hal ini dilatarbelakangi alasan bahwa pelaksanaan hak dan kebebasan setiap individu, setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan patuh pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis.

Selain itu, Mahkamah membenarkan tindakan pemberlakuan hukum retroaktif yang terbatas, terutama terhadap kejahatan yang luar biasa (*extraordinary crimes*) berdasarkan parameter keseimbangan antara kepastian hukum dan keadilan dengan menggunakan pertimbangan tiga tujuan hukum yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), keadilan hukum (*gerechtigkei*t), dan kebergunaan hukum (*zweckmassigkeit*). Oleh karena itu, Mahkamah berpandangan bahwa alasan kepentingan umum yang harus dilindungi dapat digunakan sebagai pertimbangan paling utama dalam menilai konstitusionalitas norma yang diujikan karena pengesampingan asas non reaktif dilakukan untuk menyelamatkan kepentingan manusia secara keseluruhan yang nilainya melebihi kepentingan manusia sebagai individu.⁵⁷

⁵⁷ Pertimbangan hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-II/2004, h.50-54.

2) Putusan MK Nomor 5/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Dalam putusan ini, Mahkamah mengabulkan permohonan Pemohon karena penyadapan meskipun termasuk hak yang dapat dibatasi namun pengaturannya dirasa belum jelas dalam undang-undang. Sehingga Mahkamah menilai meskipun penyadapan merupakan pelanggaran terhadap hak asasi manusia namun sudah sepatutnya jika negara ingin menyimpangi hak privasi tersebut sepanjang berkesesuaian dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945.

3) Putusan MK Nomor 50/PUU-VI/2008 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Bahwa sebelum menilai konstitusionalitas norma pasal-pasal yang diujikan, mahkamah memberikan pandangannya secara umum terkait pentingnya penghargaan terhadap harkat dan martabat kemanusiaan yang tidak boleh dirusak dengan perbuatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik yang bertentangan dengan nilai-nilai kemanusiaan. Kemudian terkait kebebasan berkomunikasi dan memperoleh informasi, berpendapat, mengeluarkan ide dan gagasan, berkorespondensi dengan pers dalam sistem politik demokrasi menempati posisi sentral. Kebebasan pers dalam sistem demokrasi politik dihubungkan dengan kebebasan penting lainnya, seperti kebebasan untuk berekspresi dan bertukar informasi. Oleh karena itu kebebasan pers harus diorientasikan untuk

kepentingan masyarakat dan bukan untuk kepentingan orang atau kelompok tertentu.

Sementara itu, Mahkamah berpandangan bahwa pengaturan dan pembatasan hukum tidak terbatas pada tindakan dalam dunia nyata (*real/physical world*) namun meliputi aktivitas dan perilaku manusia di dunia maya (*cyberspace*) pun tidak dapat dilepaskan dari pengaturan dan pembatasan oleh hukum. Pengaturan dan pembatasan oleh hukum tersebut ditetapkan karena setiap orang mempunyai kewajiban terhadap masyarakatnya dan dalam pelaksanaan hak-hak dan kekuasaan-kekuasaannya setiap orang hanya dapat dibatasi oleh hukum yang semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang layak atas hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain. Mahkamah dihadapkan pada dua kepentingan hukum yaitu antara melindungi kebebasan berbicara, menyampaikan pendapat dengan lisan dan tulisan, dan kebebasan berkomunikasi dan memperoleh informasi sebagai hak-hak yang bersifat hak-hak konstitusional (*constitutional rights*) warga negara, berhadapan dengan hak-hak dasar (*basic rights*) akan perlindungan terhadap harkat, martabat, dan nama baik orang lain.

Menurut Mahkamah, meskipun setiap orang mempunyai hak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi, tetapi tidak menghilangkan hak negara untuk mengatur agar kebebasan untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi tidak melanggar hak-hak orang lain untuk mendapatkan perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan nama baiknya yang juga dijamin oleh konstitusi. Kewenangan negara untuk mengatur

dapat dibenarkan, bahkan menjadi tanggung jawab negara, terutama Pemerintah, antara lain dengan menuangkannya dalam Undang-Undang [vide Pasal 28I ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945] untuk menciptakan situasi yang lebih kondusif bagi terpenuhinya hak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan nama baik seseorang. Rumusan Pasal a quo hanya membatasi terhadap siapa saja yang “dengan sengaja” dan “tanpa hak” untuk mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.

Ketentuan dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE tersebut sangat sejalan dengan ketentuan Pasal 28G ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 yakni perlindungan kehormatan dan martabat manusia, pembebasan dari perlakuan yang merendahkan derajat dan martabat manusia, serta bersesuaian dengan ketentuan Pasal 31 ayat (3) UUD 1945 yaitu pendidikan terhadap masyarakat yang meningkatkan keimanan, ketakwaan, dan akhlak mulia. Oleh karena itu, Mahkamah berpendapat bahwa konsep pembedaan dalam UU ITE merupakan delik yang dikualifikasi sebagai penghinaan atau pencemaran nama baik sehingga konsepnya akan mengacu kepada KUHP namun ancaman pidanaannya lebih berat. Perbedaan ancaman pidana antara KUHP dengan UU ITE adalah wajar karena distribusi dan penyebaran informasi melalui media elektronik relatif lebih cepat, berjangkauan luas, dan memiliki dampak yang masif. Bahwa pembatasan-pembatasan yang dilakukan oleh negara tidak dalam rangka mengurangi hak-hak dasar untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan,

mengolah, dan menyampaikan informasi, melainkan untuk memberikan jaminan kepada orang lain untuk menikmati kebebasan dirinya dari ancaman serangan terhadap kehormatan dirinya, keluarganya, serta merendahkan harkat dan martabat kemanusiaan yang dapat menyebabkan dirinya tidak dapat hidup secara layak sebagai manusia yang dimuliakan oleh Sang Pencipta.

Rumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE adalah untuk menjaga keseimbangan antara kebebasan dan perlindungan individu, keluarga, kehormatan, dan martabat, dengan kebebasan orang lain untuk berbicara, berekspresi, mengemukakan pendapat dan pikiran serta mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi dalam suatu masyarakat demokratis. Keseimbangan tersebut diperlukan untuk menghindari terjadinya "hukum rimba" dalam dunia maya (cyberspace) karena banyaknya pelanggaran yang tidak dapat diselesaikan sebab tidak ada hukum yang mengaturnya. Aturan Pasal 27 ayat (3) UU ITE, menurut Mahkamah, tidak bertentangan dengan UUD 1945 karena meskipun ada ketentuan Pasal 28F UUD 1945 yang berbunyi, "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", tetapi dalam pelaksanaannya, kemerdekaan pers tidaklah sebebas-bebasnya. Dengan kata lain, negara dibenarkan membatasi atau mengatur agar kebebasan pers tersebut tidak melanggar hak-hak asasi orang lain,

sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 28G ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 28J ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945.

4) Putusan MK Nomor 14/PUU-VI/2008 tentang Pengujian Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Permohonan ini diajukan oleh seorang wartawan yang diputus bersalah berdasarkan Putusan PN Sleman Nomor 39/Pid B/2004/PN Sleman tertanggal 22 Desember 2004 *juncto* Putusan Pengadilan Tinggi Yogyakarta Nomor 21/PID/2005/PTY tertanggal 28 Maret 2005 *juncto* Putusan Mahkamah Agung Nomor 1374 K/Pid/2005 tertanggal 13 Januari 2006 yang pada pokoknya menyatakan bahwa Pemohon terbukti secara sah dan meyakinkan telah melakukan tindak pidana penghinaan atau pencemaran nama baik sebagaimana diatur dalam Pasal 310 ayat (2) *juncto* Pasal 64 ayat (1) KUHP. Pemohon beranggapan bahwa hak konstitusionalnya sebagai wartawan dan perseorangan warga negara Indonesia yang diatur dalam Pasal 28E ayat (2) dan ayat (3) serta Pasal 28F UUD 1945 telah dilanggar dengan adanya ketentuan Pasal 311 ayat (1) KUHP berbunyi, "*Jika yang melakukan kejahatan pencemaran atau pencemaran tertulis dibolehkan untuk membuktikan apa yang dituduhkan itu benar, tidak membuktikannya, dan tuduhan dilakukan bertentangan dengan apa yang diketahui, maka dia diancam melakukan fitnah dengan pidana penjara paling lama empat tahun*".

Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah berpandangan bahwa sejatinya Konstitusi memberikan jaminan perlindungan hak mengeluarkan pendapat dan negara wajib melindungi hak tersebut sekaligus wajib melindungi hak konstitusional lainnya yang sama derajatnya dengan hak atas kehormatan dan martabat. Untuk itu, negara dapat membatasi hak individu atas

kebebasan menyatakan pikiran dan sikap sesuai dengan hati nurani, hak untuk mengeluarkan pendapat dan bebas berkomunikasi. Bahkan, tanpa ada ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 itu pun sesungguhnya pada diri setiap pemilik hak atas kebebasan itu seharusnya telah ada kesadaran bahwa dalam setiap hak akan selalu melekat kewajiban, setidaknya kewajiban untuk tidak menyalahgunakan hak itu. Lebih-lebih untuk hak-hak yang bersubstansikan kebebasan, kesadaran akan adanya pembatasan yang melekat dalam hak itu merupakan suatu keharusan.

Selain itu, Mahkamah berpendapat bahwa meskipun sanksi atas pelanggaran terhadap pembatasan hak kebebasan berpendapat di beberapa negara bukan lagi pidana penjara, namun tidaklah serta merta menjadi inkonstitusional sanksi pidana penjara dalam Pasal 310 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 311 ayat (1) KUHP. Mahkamah berpandangan bahwa dalam suatu negara tidaklah selalu sama pemahaman mengenai hal terkait nilai-nilai yang dianut oleh suatu masyarakat tentang sesuatu yang dianggap baik, patut, adil, benar, dan sebagainya. Hal ini juga berlaku untuk masalah penentuan proporsional-tidaknya suatu sanksi pidana yang diancamkan terhadap suatu perbuatan, hal ini juga bergantung pada nilai-nilai yang dianut oleh suatu masyarakat yang selalu akan mengalami perubahan dan perkembangan sesuai dengan rujukan atau acuan masyarakat tentang sesuatu yang dianggap ideal. Oleh karenanya Mahkamah berkesimpulan bahwa nama baik, martabat, atau kehormatan seseorang adalah bagian dari hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh UUD 1945 maupun hukum internasional sehingga harus dilindungi karena

merupakan kepentingan hukum yang dilindungi melalui pemberian sanksi hukum pidana.⁵⁸

5) **Putusan MK Nomor 81/PUU-VIII/2020 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.**

Permohonan diajukan oleh Pemohon Perorangan dan Perkumpulan Aliansi Jurnalis Independen (AJI) terkait konstitusionalitas pembatasan hak yang diterapkan kepada hak atas informasi melalui medium Internet. Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah berpendapat bahwa kewenangan pemerintah memutus akses informasi dan/atau dokumen elektronik sebagaimana diatur Pasal 40 ayat (2b) UU 19/2016 apabila tidak didahului dengan terbitnya keputusan administrasi pemerintahan atau keputusan tata usaha negara (KTUN) bersifat tertulis tidak bertentangan dengan UUD 1945. Hal ini dilatar belakangi pemikiran bahwa karakteristik virtualitas ruang siber karakter sangat cepat baik di mana saja, kapan saja, dan kepada siapa saja. Untuk itu, penambahan frasa tidak didahului dengan terbitnya keputusan administrasi pemerintahan atau keputusan tata usaha negara (KTUN) bersifat tertulis justru akan menghambat peran Pemerintah untuk melindungi kepentingan umum dari segala bentuk gangguan muatan/konten dilarang (ilegal). Pemutusan akses oleh Pemerintah tidaklah dapat diartikan menegasikandan melanggar hak konstitusional Pemohon khususnya hak berkomunikasi dan memperoleh informasi. Bagaimanapun juga hak tersebut pun tidak boleh juga

⁵⁸ Pertimbangan hukum Putusan MK Nomor 14/PUU-VI/2008 h.280-287.

menghilangkan hak negara untuk melindungi kepentingan umum, terlebih kepentingan anak-anak dari bahaya informasi yang memiliki muatan yang dilarang (ilegal) secara cepat. Terlebih lagi, terhadap tindakan pemerintah tersebut terbuka ruang untuk dilakukan proses hukum sesuai dengan peraturan perundang-undangan sehingga hak para Pemohon untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi tetap dijamin.

Bahwa dalam keterangan ahli yang merupakan mantan Ketua Komnas HAM tahun 2007-2012. Ifdhal Kasim berpendapat bahwa basis konstitusional pembatasan hak (*limitation of rights*) adalah ketentuan Pasal 28J ayat (1) UUD 1945. Namun hakikat pembatasan hak itu terdapat pada tujuan pembatasan hak itu sendiri yang merupakan bagian dari bunyi Pasal 28J ayat (1) UUD 1945, antara lain untuk "menghormati hak asasi manusia orang lain" dan "memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis".

Selain itu, Ifdhal Kasim menyebutkan prasyarat-prasyarat Konstitusionalitas Pembatasan Hak dan Kebebasan berdasar konstitusi. Kualifikasi ini bukan semata menentukan parameter pelanggaran hak dan kebebasan tersebut namun untuk memberikan pondasi faktor-faktor pemenuhan suatu hak dan kebebasan tersebut dapat dibatasi atau tidak. Prasyarat tersebut, antara lain:

- a). Pembatasan harus dengan hukum ("*provided by the law*")
Syarat ini sesuai dengan prinsip legalitas yaitu pembatasan harus dilakukan dengan landasan hukum yang jelas. Penggunaan istilah "hukum" atau "*law*" disini mengacu pada hukum yang dibuat dalam proses legislasi, yaitu undang-undang (untuk negara dengan tradisi Civil Law), dan setingkat dengan ini (untuk

negara dengan tradisi Common Law). Mengutip pendapat Prof. Manfred Nowak yang menyebutkan bahwa "*Interference based solely on an administrative provision or a vague statutory authorization violate Art, 19 ICCPR*". Kemudian, Hukum yang dimaksud disini juga harus mudah diakses oleh publik, dan mudah dimengerti. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, juga menegaskan bahwa "Legal rules limiting the exercise of human rights shall be clear and accessible for everyone". Dengan demikian, pembatasan hak ini diperbolehkan sepanjang terdapat basis hukum yang jelas dan tegas.

Ketentuan universal tersebut tidak berbeda jauh dengan ketentuan dalam konstitusi dan hukum nasional kita dimana UUD 1945 Amandemen, mewajibkan pada setiap orang "*tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang*". Begitu juga dengan hukum nasional, menyatakan: "*Hak dan kebebasan yang diatur dalam Undang-undang ini hanya dapat dibatasi oleh dan berdasarkan undang-undang*".

b). Pembatasan harus legitimatif dengan tujuannya.

Pembatasan dilakukan bukan dengan maksud kesewenang-wenangan, tetapi dengan maksud untuk menyeimbangkan hak individu yang bertentangan dan menyelaraskan dengan kepentingan negara mengatur kepentingan bersama. Jadi pembatasan ini diperlukan (*necessary*) bukan hanya untuk menghormati hak orang lain, tetapi juga untuk kebaikan bersama (*common goods*). Keperluan inilah yang menjadi legitimasi dilakukannya pembatasan. Mengutip sebuah policy papers, mengatakan: "*Limitation on rights are restriction that are*

necessary to balance competing or conflict rights, or to harmonize rights with other public objectives”.

Kondisi yang diperlukan atau prasyarat menerapkan pembatasan tersebut adalah untuk salah satu dari tujuan ini: (i) menghormati hak atau nama baik orang lain; dan (ii) melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum. Untuk menghormati hak atau nama baik orang lain (reputasi), maka hak kebebasan menyatakan pendapat atau berekspresi dapat dibatasi. Begitu juga untuk melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum, maka hak berkumpul atau hak unjukrasa secara demokratis dapat dibatasi, atau hak kebebasan bergerak juga dapat dibatasi. Kemudian dalam konteks menjaga kesehatan masyarakat dari pandemik, maka hak dan kebebasan dapat dibatasi. Dan, selanjutnya, dalam rangka menjaga moral publik, maka informasi dengan konten yang *hoax*, menghasut, *hate speech*, *religious hatred*, pornografi anak, atau ilegal lainnya dapat dibatasi oleh negara. Berdasarkan keperluan-keperluan inilah pembatasan dilakukan dengan tujuan meraih keseimbangan dan tujuan bersama. Konstitusi dan hukum nasional kita juga mengatur hal yang sama, yaitu pembatasan dimaksudkan untuk meraih tujuan bersama. Dalam UUD 1945 Amandemen tujuan pembatasan dirumuskan: "semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis". Sedangkan hukum nasional menyatakan: "semata-mata untuk menjamin pengakuan dan

penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan dasar orang lain, kesusilaan, ketertiban umum, dan kepentingan bangsa”.

Tetapi perlu juga ditambahkan, bahwa alasan keperluan (*necessary*) ini harus dilakukan dengan mempertimbangkan prinsip proporsionalitas (*proporsionalty principle*). Maksudnya cara yang digunakan oleh negara untuk membatasi hak harus dilakukan proporsional dengan tujuan yang dikehendaki. Sehingga tidak kebablasan. Proporsionalitas ini untuk menjaga supaya pembatasan yang diperlukan itu tetap berada dalam koridor masyarakat yang demokratis.⁵⁹

Dalam putusan tersebut, Mahkamah berpendapat landasan hukum pemerintah melakukan pemutusan akses dalam mencegah penyebaran informasi dan/atau dokumen elektronik secara illegal adalah berdasar ketentuan perundang-undangan dan mengganggu ketertiban umum. Negara perlu hadir dalam menjaga dan membatasi lalu lintas dunia siber karena karakteristik internet yang bersifat cepat, luas, massif dan tiak mengenal ruang dan waktu sehingga apabila mengandung muatan illegal yang berpotensi memiliki dampak buruk dapat dicegah dan dikendalikan dalam rangka melindungi kepentingan umum seluruh warga masyarakat Indonesia. Oleh karenanya pemutusan akses terhadap Informasi Elektronik dan atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar hukum adalah konstitusional dan tidak bertentangan dengan

⁵⁹ Keterangan tertulis Ahli Ifdhal Kasim yang dimasukkan menjadi bagian tidak terpisah dalam Putusan MK Nomor 81/PUU-XVIII/2020 tentang Pengujian UU ITE, hal.207-211.

UUD 1945. Meskipun dalam putusan *a quo* terdapat 2 (dua) pendapat hakim yang menyatakan pendapat berbeda (*Dissenting Opinion*), namun dalam penjelasannya kedua hakim tersebut pada dasarnya menyetujui pengaturan pemutusan akses informasi oleh pemerintah sebagai bagian dari pembatasan hak asasi manusia atau hak konstitusional warga negara. Namun karena menyangkut pembatasan hak tersebut, baik Suhartoyo maupun Saldi Isra berpandangan perlu adanya mekanisme/prosedur yang jelas yang dilakukan Pemerintah dalam melakukan pembatasan hak tersebut.

Dengan demikian, pembatasan hak dalam kebebasan berpendapat di Indonesia adalah konstitusional karena sebagaimana ketentuan pasal 28J ayat (2) UUD Tahun 1945, setiap orang tanpa terkecuali wajib taat kepada pembatasan yang ditetapkan dengan Undang-undang untuk menjamin dan menghormati hak dan kebebasan orang lain selaras dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam masyarakat demokratis.

2. Hongaria

Kebebasan berekspresi secara umum, opini atau penilaian-penilaian beralasan tidak dapat dijadikan dasar penuntutan pidana. Namun demikian, putusan MK Hongaria pada tahun 2014 mempertimbangkan bahwa tidak selalu penilaian-penilaian beralasan tersebut dapat dilindungi oleh konstitusi setiap saat. Sehingga kebebasan menyatakan pendapat tersebut tidak menyebabkan perlindungan terhadap martabat manusia, privasi dan hak atas reputasi menjadi hilang. Warga negara yang memiliki jabatan publik dan politisi yang bertindak di ruang publik berhak mendapatkan perlindungan terhadap hak-hak pribadi tersebut sepanjang penilaian-

penilaian dan pendapat yang berkaitan dengan pribadi orang tersebut tidak berkaitan dengan aktivitas-aktivitasnya sebagai pejabat publik, dan dalam ruang lingkup pembahasan publik. Dalam hal ini yang dilindungi adalah terkait dengan kehidupan pribadi atau keluarga individu tersebut. Dengan demikian, menurut MK Hongaria tuntutan secara perdata dapat dibenarkan secara terbatas Ketika opini tersebut bersifat penuh (total), eksplisit dan merusak secara signifikan status manusia dari individu tersebut.

Persamaan antara konstitusi Hongaria dan konstitusi Indonesia adalah kebebasan berekspresi atau menyatakan pendapat dapat dibatasi untuk melindungi harkat dan martabat manusia serta ketertiban umum. Dan baik MK Indonesia maupun MK Hongaria dan pertimbangan putusannya mempertimbangkan kedua hal tersebut walaupun dalam putusan yang berbeda.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Hongaria dalam *Decision* 30/1992 (V.26.) AB yang menyatakan inkonstitusionalitas Pasal 269 ayat (2) UU IV Tahun 1978 tentang Hukum Pidana (*Criminal Code*). Pasal 269 UU Hukum Pidana ini berbunyi,

- (1) Seseorang yang didepan pertemuan umum/dihadapan public yang besar melakukan penghasutan atau ujaran kebencian: a) terhadap warga negara Hongaria atau warga negara lainnya; b) terhadap setiap orang, agama atau ras, atau kelompok tertentu diantara masyarakat, melakukan kejahatan dan diancam dengan hukuman pidana penjara minimal 3 (tiga) tahun.
- (2) Setiap orang yang menyinggung atau merendahkan di hadapan publik warga negara Hongaria, warga negara lainnya. Orang, agama atau ras, atau melakukan perbuatan yang sejenis, diancam pidana karena pelanggaran ringan dengan pidana penjara paling lama satu tahun, pelatihan korektif atau denda.

Dalam pertimbangan putusannya, MK Hongaria memberikan beberapa penilaian tentang kebebasan berpendapat. MK Hongaria menyatakan,

"As a summary of its position, the Constitutional Court points out that the restriction of the freedom of expression and the freedom of the press is necessitated and justified by the negative historical experiences connected to raising hatred against certain groups of people, by the protection of constitutional values, and by the obligation of the Republic of Hungary to comply with its commitments under international law".

Dengan demikian, MK Hongaria berpendapat bahwa mengingat pengalaman sejarah yang cukup tidak baik yaitu adanya sejarah peningkatan kebencian terhadap kelompok tertentu maka pembatasan kebebasan berekspresi dan pers dianggap perlu dan dapat dibenarkan mengacu pada perlindungan nilai-nilai konstitusional dan kewajiban Pemerintah Hongaria untuk memenuhi komitmennya dalam hukum internasional. Selain itu, dalam pertimbangan hukumnya, MK Hongaria berpendapat bahwa kebebasan berekspresi pada pokoknya merupakan hak dasar (*mother right*) dari beberapa hak kebebasan lainnya atau disebut juga hak dasar komunikasi. Namun demikian, melakukan hasutan atau ujaran kebencian merupakan penyalahgunaan terhadap kebebasan berekspresi yang tidak dapat ditoleransi dalam sebuah negara demokrasi. Dalam ketentuan Pasal 54 ayat (1) Konstitusi Hongaria disebutkan bahwa setiap orang memiliki hak yang melekat dalam dirinya yaitu harkat martabat manusia. Untuk itu, harkat dan martabat manusia dapat digunakan untuk membatasi kebebasan berekspresi.⁶⁰

⁶⁰ Pertimbangan Hukum *Constitutional Court of Hungary Decision 30/1992 (V.26.) AB*,

Namun dalam perkembangannya, pandangan MK Hongaria mengalami beberapa perubahan terhadap hak kebebasan, misalkan dalam Decision No.18/2004. (V.25.) AB, MK Hongaria membatasi penerapan dan mempersempit ruang lingkup ruang lingkup tindak pidana yaitu melakukan hasutan terhadap masyarakat. Permasalahan ujaran kebencian tidak harus dikaitkan dengan hukum pidana. Menurut MK Hongaria, hukum pidana adalah *ratio in the regime of legal liability*, yaitu penggunaan hukum pidana menjadi alternative terakhir untuk digunakan atau diterapkan apabila sanksi yang diberikan dalam cabang hukum lain tidak memadai. Mahkamah berpendapat bahwa dengan mengkriminalisasi tindakan ujaran kebencian maka sesungguhnya pembentuk undang-undang atau legislator tidak memilih mekanisme yang paling tepat dengan membatasi kebebasan berekspresi untuk melindungi hak atas martabat manusia. Mahkamah menilai masih banyak cara lain yang dapat menghukum tindakan pencemaran nama baik tanpa harus membatasi kebebasan berekspresi seseorang. Dengan demikian, permasalahan ujaran kebencian tidak dapat serta merta diselesaikan dengan memperluas ruang lingkup perlindungan hukum pidana.⁶¹ Sehingga dalam putusan ini, MK Hongaria menilai perlu adanya keseimbangan dalam mendefinisikan pertanggung jawaban pidana dengan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi. *European Commission for democracy Through Law (Venice Commission)* menilai bahwa Putusan MK Hongaria ini menafsirkan batasan kebebasan berbicara yaitu apabila suatu tindakan ujaran kebencian sangat berbahaya yang dapat mengakibatkan emosi sebagian besar

⁶¹ Fruzsina Gardos-Orosz dan Krisztina Nagy, The Development of the Hate Speech Regulation in Hungary: from Criminal Law to Civil Law and Media Regulation, Adam Mickiewicz University Law Review, diunduh pada tanggal 22 November 2021, <http://ppuam.amu.edu.pl/uploads/PPUAM%20vol.%208/01%20Fruzsina.pdf> h.12-13. DOI:10.14746/ppuam.2018.8.01f

masyarakat dan membahayakan hak-hak dasar sehingga akhirnya mengganggu ketertiban umum dan sosial secara jelas maka dapat diberi sanksi hukum pidana.⁶²

Kemudian dalam Decision no. 95/2008 (VII. 3.) MK Hongaria, menilai bahwa tindak pidana penodaan agama adalah inkonstitusional karena dianggap tidak mengakibatkan bahaya secara langsung dan menimbulkan kekerasan serta melanggar hak individu.⁶³

Dalam opininya, Venice Commission menguraikan dasar hukum pembatasan kebebasan berbicara di Hungaria yaitu berlandaskan ketentuan Pasal 5.2 Amandemen Keempat paragraph 5 Pasal IX dari Fundamental Law yang berbunyi, "*The right to freedom of speech may not be exercised with the aim of violating the dignity of the Hungarian nation or of any national, ethnic, racial or religious community. Members of such communities shall be entitled to enforce their claims in court against the expression of an opinion which violates their community, invoking the violation of their human dignity as determined by law.*"

Ketentuan tersebut menegaskan bahwa hak kebebasan berbicara tidak diperbolehkan melanggar martabat bangsa Hongaria atau bangsa manapun, etnis, ras ataupun agama. Apabila ada anggota komunitas yang merasa terdapat hak kebebasan berpendapat seseorang melanggar martabatnya dapat memperjuangkan haknya tersebut di Pengadilan atas nama harkat martabat sebagaimana diatur dalam perundang-undangan. Selain itu, Venice Commission menyebutkan beberapa Putusan MK Hongaria terkait pembatasan hak

⁶² Opinion 720/2013 Venice Commission, Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, 14-15 June 2013, diunduh pada tanggal 1 Desember 2021, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad\(2013\)012-e,h.12-13](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2013)012-e,h.12-13).

⁶³ Fruzsina Gardos-Orosz dan Krisztina Nagy., *Op.Cit.*h.13.

atas kebebasan berpendapat, antara lain: Decision 30/1992, Decision 18/2004 dan Decision 95/2008.⁶⁴

Menurut Zoltan Szente⁶⁵, MK Hongaria belum memiliki konsistensi yang tetap dalam pendirian Putusannya. Hal ini didasari pada penggunaan interpretasi yang berbeda-beda dalam memutus baik perkara yang sejenis maupun yang tidak sejenis. Bahkan untuk perkara sejenis terkadang ditemukan Putusan yang didasarkan pada penggunaan sumber non hukum konstitusional dalam penafsirannya, antara lain faktor politik, keyakinan moral hakim dan kepentingan institusional.⁶⁶

Menurut Szente, MK Hongaria juga mengadopsi MK Jerman yang lebih mengutamakan fungsi untuk melindungi integritas dan pelanggaran konstitusi daripada perselisihan antar individu. MK Hongaria ini juga menganut teori integrasi Rudolf Smend yang berpandangan bahwa konstitusi dapat dilihat sebagai faktor integrasi dalam hal ini integrasi fungsi (*functioneele integratie*). Menurut teori ini, MK sebagai fungsi integrasi yaitu dianggap sebagai kesatuan yang holistic dari prinsip dan aturan sehingga mencakup latar belakang maupun alas pikiran yang dirujuk, diacu dalam memahami konstitusi.⁶⁷

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Zoltan Szente merupakan seorang Profesor Hukum Konstitusi di Universitas Szechenyi Istvan, Hongaria.

⁶⁶ Zoltan Szente, *The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View*, 2019, German Law Journal Volume 14 Issue 8, published online by Cambridge University Press, diunduh dalam laman <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/interpretive-practice-of-the-hungarian-constitutional-court-a-critical-view/3FA9C1EE315BABA93FD90740C3B6112>, tanggal 2 Desember 2021, p.1591.

⁶⁷ *Ibid.*

3. Jerman

HAM di Jerman dilindungi secara ekstensif oleh Konstitusi Jerman atau lazim disebut *Grundgesetz* atau lengkapnya adalah *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Basic Law for the Federal Republic of Germany)* (UUD Republik Jerman). *Grundgesetz* efektif berlaku sejak tanggal 8 Mei 1949 di Bonn sebagaimana telah diamandemen dengan Perjanjian Unifikasi (*Unification Treaty*) tanggal 31 Agustus 1990 dan UU Federal (*Federal Statute*) tanggal 23 September 1990 yang memberikan penekanan secara khusus terhadap HAM. Kalimat pertama dalam *Grundgesetz* adalah "Martabat Manusia Tidak Dapat Diganggu Gugat" (*Human Dignity is Inviolable*) yang kemudian diinterpretasikan sebagai instrumen untuk melindungi sejumlah HAM. Ketentuan tersebut dianggap sebagai "klausul abadi" dan tidak bisa diubah. Oleh karena itu, pengaruh kalimat *Human Dignity is Inviolable* sangat besar terhadap praktik peradilan di Jerman, karena selalu menjadi acuan dalam penjatuhan putusan khususnya Mahkamah Konstitusi Jerman atau disebut juga *Bundesverfassungsgericht (BverfG)*. *Grundgesetz* menjamin semua HAM yang diatur dalam UDHR dengan pengecualian terhadap hak untuk suaka.⁶⁸

Adapun hak-hak dasar warga negara atau disebut juga *Fundamental rights* atau *Grundrechte*, atau Hak-hak konstitusional dijamin dalam Konstitusi Federal dan Konstitusi Negara Bagian.⁶⁹ Hak-hak dasar warga negara Jerman diatur dalam ketentuan Pasal 1 sampai dengan Pasal 19 Konstitusi Jerman. Hak-hak dasar (*basic rights*) ini disebut juga sebagai hak-hak pertahanan (*defensive rights*)

⁶⁸ Titon Slamet Kurnia, Konstitusi HAM: UUD NRI Tahun 1945&MK RI, 2014, Pustaka Pelajar, Jogjakarta, hlm.114

⁶⁹ *Ibid*, hlm.115.

yang bertujuan untuk melindungi individu dari kesewenang-wenangan pemerintah. Salah satu cara dalam memperjuangkan hak warga negara yaitu melalui pengajuan permohonan atas permasalahan hak-hak warga negara kepada Mahkamah Konstitusi Federasi Jerman (the Federal Constitutional Court/*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) atau disebut juga *Verfassungsbeschwerde*.⁷⁰ Salah satu hal yang sangat penting berkenaan dengan Konstitusi Jerman adalah kemampuannya dalam membangun masyarakat politik di Jerman yang hidup dalam kebebasan.⁷¹

Pasal-pasal dalam konstitusi Jerman yang mengatur tentang pembatasan atas hak kebebasan yaitu antara lain:

a) Pasal 2 Kebebasan Individu (*Personal Freedom*)

- Pasal 2 ayat (1) menyatakan bahwa, "Setiap orang berhak untuk pengembangan kepribadiannya secara bebas sejauh tidak melanggar hak orang lain atau menyimpang terhadap aturan konstitusi atau aturan moral"
- Pasal 2 ayat (2) menyatakan bahwa," Setiap orang berhak untuk hidup dan tidak dapat diganggu gugat dirinya. Kebebasan individu tidak dapat diganggu gugat. Hak-hak ini hanya dapat dikurangi berdasarkan UU".

b) Pasal 5 Kebebasan Bereskrpresi (*Freedom of Expression, Arts and Sciences*)

- Pasal 5 ayat (1) menyatakan bahwa," Setiap orang mempunyai hak untuk mengungkapkan dan menyebarluaskan secara bebas pendapatnya dengan berbicara, menulis dan menggambar dan secara bebas pula untuk memperoleh informasi untuk dirinya dari sumber-

⁷⁰ W. Brenner, Susan. et al. *Constitutional Rights and New Technologies: A Comparative Study* (The Netherlands: T.MC.Asser Press, 2008),hlm.137.

⁷¹ *Ibid*.h.154.

sumber yang dapat diakses secara umum. Kebebasan pers dan kebebasan reportase radio dan gambar bergerak adalah dilindungi. Semua itu tidak boleh ada penyensoran”.

- Pasal 5 ayat (2) menyatakan bahwa,“ Hak-hak tersebut dibatasi oleh ketentuan-ketentuan UU yang bersifat umum, ketentuan-ketentuan UU untuk perlindungan kaum muda dan karena hak yang tidak dapat diganggu gugat dari kehormatan pribadi.
- Pasal 5 ayat (3) menyatakan bahwa,“ Seni dan ilmu pengetahuan, penelitian dan pengajaran adalah bebas. Kebebasan pengajaran tidak membebaskan orang dari kesetiaan pada konstitusi”.

Ketentuan Pasal 1 UUD Jerman mengatur martabat sebagai hak mutlak. Apabila martabat ditafsirkan sebagai "*Unantastbar*" maka martabat dianggap sebagai ketentuan yang mutlak/absolut sehingga setiao perbuatan hukum, baik legislatif atau lainnya yang berusaha membatasi atau melanggar martabat adalah inkonstitusional. Dengan demikian, Hak Kebebasan berbicara menjadi terbatas untuk melindungi hak martabat manusia lainnya.⁷²

Mahkamah Konstitusi Federal menerapkan dan menafsirkan Hukum Dasar Jerman untuk menyusun teori hak-hak dasar dalam yurisprudensi Jerman. Semua hak tidak sama dalam Konstitusi Jerman. Pasal 1 Hukum Dasar Jerman menyatakan bahwa "martabat manusia harus tidak dapat diganggu gugat", yang berarti bahwa martabat manusia adalah inti dari Konstitusi Jerman.

⁷² Dieter Grimm. *Op.Cit.*, hlm.112-113.

Dalam disertasinya, Yen-Hsiang Chang mengutip pendapat Olivier Jouanjan, Martabat manusia adalah hak mutlak di Jerman, yang tidak dapat dibatasi dan dikompromikan oleh hak lainnya. Martabat manusia adalah tatanan nilai konstitusional yang esensial dari Undang-Undang Dasar, yang telah menjadi asas formatif bagi pengertian dan penjelasan segala sesuatu yang lain.hak konstitusional. Artinya, semua hak dasar diakui sebagai "khusus" manifestasi dari prinsip martabat manusia." Selain itu, budaya di Jerman menyatakan bahwa kehormatan pribadi lebih tinggi daripada kebebasan berbicara.⁷³

Selain dalam konstitusinya, negara Jerman juga memiliki beberapa peraturan perundang-undangan terkait pengaturan dan pembatasan hak kebebasan berpendapat khususnya ujaran kebencian. Peraturan tersebut tersebar pada hukum pidana, administrasi dan perdata. Peraturan tersebut, antara lain:

- 1) Bagian 14, §§ 185 sampai dengan 200 KUHP Federal Jerman (*Strafgesetzbuch/StGB*) merupakan ketentuan yang memberi sanksi terhadap tindakan seseorang atau kelompok yang melakukan pencemaran nama baik atau penghinaan (*Beleidigungsdelikte atau Delikte gegen die persönliche Ehre*).
- 2) Pelanggaran terhadap tindakan ujaran kebencian juga diatur dalam hukum administrasi. Misalnya pelanggaran terhadap hak untuk berkumpul dalam Pasal 8 *Basic Law*. Pertemuan atau perkumpulan dapat dilarang ketika partai politik yang telah dinyatakan inkonstitusional menjadi penyelenggara acara tersebut sebagaimana diatur dalam ketentuan Undang-undang Rapat Umum atau *Versammlungsgesetz* 52.

⁷³ Yen-Hsiang Chang, Hate Speech and Democracy: Deciding What Sort of Legal Doctrine is Best Suited to Hate Speech Regulation in Taiwan (Dissertations), diunduh pada tanggal 10 Desember 2021, repository.law.indiana.edu/etd/79/ Maurer Theses and Dissertations | Student Scholarship | Maurer School of Law: Indiana University, hal.38

- 3) Dalam *The German Civil Code/Bürgerliches Gesetzbuch* atau KUH Perdata khususnya Pasal 823 (2) KUH Perdata dengan 185 dst yang mengatur perlindungan terhadap hak-hak lain seperti hak atas kepribadian seseorang (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) yang terlanggar dan diberlakukan semacam *remedies* atau kompensasi terhadap pelanggaran hak-hak orang lain tersebut.⁷⁴

Menurut MK Jerman, ketentuan pembatasan terhadap hak kebebasan berbicara/berpendapat dalam peraturan perundang-undangan tersebut merupakan sesuatu yang sah dan dibenarkan karena dalam *Basic Law* Jerman terdapat ketentuan pembatasan terhadap hak-hak pribadi untuk melindungi hak martabat seseorang (*right to personal honour*), perlindungan terhadap pemuda (*the protection of young persons*) dan ketentuan perundang-undangan itu sendiri sebagaimana termaktub dalam ketentuan Pasal 5 ayat (2) UUD Jerman (*Basic Law*). Brugger menjelaskan bahwa MK Jerman tidak mengikuti Mahkamah Agung Amerika ataupun Pendekatan Amerika yang memberikan prioritas umum pada hak kebebasan berbicara atau hak kebebasan berekspresi. Atau dengan kata lain, Mahkamah Agung Amerika Serikat menerapkan kebebasan berpendapat secara umum, sedangkan Mahkamah Konstitusi Jerman menerapkannya kasus per kasus tergaantung pada signifikansi dampak dari kebebasan berpendapat tersebut. Hal ini merujuk pada yurisprudensi Jerman yang berpandangan bahwa pembatasan hak atas kebebasan berpendapat sejatinya bertujuan untuk melindungi kepentingan konstitusional

⁷⁴ Winfried Brugger, "The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)", *German Law Journal* Vol.4 Issue 1, 01 January 2003, h.16-18, <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/treatment-of-hate-speech-in-german-constitutional-law-part-i/FA250939FC230E7DE047B4213B1447EC> diunduh pada tanggal 10 November 2021.

seperti hak terhadap martabat, kepribadian, kesetaraan, dan kehormatan dan perlindungan terhadap generasi muda. Dengan demikian, MK Jerman lebih fokus pada seberapa besar pengaruh khusus pembatasan tersebut dalam kasus konkrit yang menimbulkan pertanyaan selanjutnya mengenai sejauh mana peran MK Jerman dalam menafsirkan atau menerjemahkan ketentuan pembatasan hak tersebut dalam peraturan perundang-undangan terhadap konstitusi Jerman.⁷⁵

Oliver Jouanjan menguraikan bahwa terdapat hubungan yang tidak murni antara pembatasan hukum dan hak dasar atau sering disebut oleh pengadilan sebagai "interaction (*Wechselwirkung*)". Menurut Oliver, hukum umum yang berlaku dapat membatasi kebebasan berekspresi sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 5 *Basic Law*, sebaliknya kebebasan berekspresi dianggap dapat mendorong interpretasi atas hukum umum itu sendiri. Dalam penafsiran ini, dijelaskan bahwa hubungan antara ketentuan hukum umum dan kebebasan berekspresi sesungguhnya menjadi masalah apabila terkait dengan forum umum atau kepentingan umum. Namun demikian, ketentuan hukum umum ini bukan satu-satunya yang dapat membatasi kebebasan berekspresi di Jerman, perlindungan terhadap anak muda serta penghormatan terhadap kehormatan pribadi juga menjadi salah satu hal yang dapat membatasi kebebasan tersebut.⁷⁶

⁷⁵ *Ibid.*h.20.

⁷⁶ Oliver Jouanjan, Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany, Article 5 Indiana Law Journal, Volume 84 Issue 3, <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1126&context=ilj> hal.876

Terkait kebebasan berekspresi dalam hal ini kebebasan berpendapat, The Konrad-Adenauer-Siftung (KAS)⁷⁷ dalam bukunya tentang *70 Years German Basic Law the German Constitution and Its Court: Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in The Area of Fundamental Rights* menyebutkan Putusan MK Jerman yang fundamental terkait kebebasan berekspresi, antara lain:

a) Lüth, BVerfGE 7, 198

Putusan ini merupakan salah satu putusan MK yang sangat monumental karena memberikan pengaruh besar terhadap perkembangan kebebasan berekspresi di Jerman. Kasus yang diajukan Mr. Luth yang menyerukan pemboikotan terhadap film yang dianggap menimbulkan propaganda rasis mengingat sutradara film tersebut adalah pendukung Nazi. Namun perusahaan produksi film menganggap tindakan Luth dapat menimbulkan kerugian ekonomi [Pasal 130 (4) KUHP]. Oleh karena itu, MK Jerman melakukan penafsiran dengan prinsip proporsionalitas terhadap pembatasan hak kebebasan berbicara.

Pembatasan terhadap hak kebebasan berbicara dapat dilakukan jikalau mengganggu atau menyinggung beberapa atau bahkan mayoritas. Menurut Mahkamah, hukum umum sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 5 UUD Jerman adalah hukum yang tidak melarang suatu kebebasan berbicara namun merupakan undang-undang yang melindungi suatu kepentingan dalam pembatasan kebebasan pendapat seseorang yang berpotensi menimbulkan perbedaan politik, agama atau ideologis. Hukum yang bertujuan melarang adanya ideologi atau politik tertentu bukanlah termasuk

⁷⁷ KAS adalah suatu yayasan politik Jerman yang bekerja sama dengan the Christian Democratic Union of Germany (CDU) yang bertujuan untuk mempromosikan kebebasan, perdamaian dan keadilan.

dalam hukum umum sebagaimana tercantum dalam ketentuan Pasal 5 UUD Jerman.⁷⁸

b) Leipziger Volkszeitung (Leipzig People's Daily) - BVerfGE 27, 71

Putusan MK Jerman ini terkait kasus penyitaan surat kabar Komunis Jerman Timur yang dianggap berafiliasi dengan Partai Komunis Jerman sehingga menurut Mahkamah tindakan penyitaan ini dapat dibenarkan. Pembatasan terhadap hak kebebasan informasi ini dapat dibenarkan. Mahkamah menilai seharusnya pengadilan di daerah dapat menyeimbangkan antara kepentingan yang dilindungi hak dasar kebebasan atas informasi dengan kepentingan yang harus dilindungi dalam ketentuan hukum pidana yaitu terhadap bahaya yang ditimbulkan akibat proses informasi surat kabar tersebut.⁷⁹

Selain putusan-putusan monumental diatas, terdapat beberapa pertimbangan MK Jerman terhadap hak kebebasan berekspresi khususnya hak kebebasan berpendapat. Sebagai contoh, dalam pertimbangan hukum Putusan MK Jerman dalam perkara Holocaust Denial Case [1994] BverfGE 90, 241, bertanggal 13 April 1994, Mahkamah Konstitusi Jerman menggunakan martabat manusia sebagai salah satu rujukannya. MK Jerman berpendapat bahwa hal yang legal untuk menolak kasus Holocaust karena menimbulkan ancaman bagi hak dan martabat penduduk Yahudi di Jerman. MK tidak menganggap tuduhan tersebut sebagai pelanggaran

⁷⁸ The Konrad-Adenauer-Siftung (KAS), *70 Years German Basic Law the German Constitution and Its Court: Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in The Area of Fundamental Rights*, 2019, published by The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, diakses pada tanggal 1 Desember 2021, <https://www.kas.de/documents/278334/278383/70+Years+German+Basic+Law+-+Viewable+PDF.pdf/a1b0d6b8-c9d4-31ce-71d1-4a85e15ee9d1?version=1.0&t=1581480568462>, h.449-450.

⁷⁹ *Ibid*.h.456-458.

terhadap harga diri manusia, namun lebih merupakan semacam kritik yang keras yang berkaitan dengan kepentingan umum, dalam hal ini peran dari tentara dan angkatan bersenjata Jerman. Dalam menyeimbangkan kepentingan yang ada, MK menyatakan bahwa harga diri pribadi dari tentara² tersebut telah diserang dengan panggilan "pembunuh", namun demikian MK menyatakan bahwa pernyataan tersebut tidak sepenuhnya jelas apakah ditujukan kepada semua tentara Jerman, atau tentara Jerman tertentu, atau seluruh tentara di dunia. Di Jerman, isu sejarah berkenaan dengan paham Nazi atau peristiwa Holocaust pada era Perang Dunia II merupakan isu yang tidak ditolerir dan dapat memicu ancaman terhadap ketertiban umum sehingga MK beranggapan hukum dapat membatasi penyampaian pendapat berkenaan dengan penyebarluasan paham Nazi atau penyangkalan Holocaust.

Kemudian pada tanggal 4 November 2009, MK Jerman mengeluarkan Putusan Nomor 1 BvR 2150/08 tentang konstitusionalitas Pasal 130 KUHP terhadap ketentuan UUD Jerman khususnya Pasal 5. Kasus ini diajukan oleh Jurgen Rieger, yang merupakan pengacara di Hamburg dan juga Wakil Ketua Partai Demokrat Nasional. Ketentuan Pasal 130 KUHP mengatur pemberian sanksi selama 3 (tiga) tahun kepada siapapun yang membenarkan aturan tindakan kekejaman oleh Sosialis Nasional yaitu mengganggu ketertiban publik/umum dengan melanggar martabat para korban.

MK Jerman berpandangan bahwa kebebasan berbicara perlu dibatasi apabila melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (2) UUD Jerman. Selain itu, menimbang bahwa UUD dapat dipahami sebagai kebalikan dari totalitarianisme rezim Nazi maka dibenarkan untuk melakukan pembatasan kebebasan berbicara dalam rangka mencegah adanya propaganda rezim Nazi. Pada hakikatnya, pembatasan terhadap kebebasan berbicara tersebut dilakukan untuk melindungi kepentingan umum atau ketertiban umum dan

martabat atau penghargaan terhadap para korban Nazi dimana perlindungan terhadap martabat (*dignity*) merupakan salah satu nilai-nilai konstitusional tertinggi.⁸⁰ Dengan demikian, sesungguhnya pembatasan kebebasan berbicara yang dapat dibenarkan oleh MK Jerman berdasarkan UUD Jerman adalah dalam rangka melindungi rakyat Jerman terhadap masalah-masalah propaganda terkait Rezim Nazi.

⁸⁰ *Germany: Constitutional Court Upholds Free Speech Restriction in Banning Public Support of Former Nazi Regime*. 2009. Web Page. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2009-11-20/germany-constitutional-court-upholds-free-speech-restriction-in-banning-public-support-of-former-nazi-regime/>, diakses pada tanggal 2 Desember 2021.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Bahwa hukum nasional dan hukum internasional pada hakikatnya menjamin hak kebebasan berpendapat seseorang. Oleh karenanya, untuk melindungi kepentingan umum dan hak serta martabat orang lain, hak kebebasan berpendapat tidak dapat digunakan tanpa ada batasan karena bertentangan dengan konstitusi negara dan hukum internasional.
2. Bahwa Mahkamah Konstitusi Indonesia, Hongaria dan Jerman menggunakan alasan perlindungan terhadap martabat manusia (*human dignity*) dan ketertiban umum dalam memberikan batasan kebebasan berpendapat. Walaupun demikian, konstitusi Indonesia menggunakan parameter yang lebih kompleks sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 28J UUD Negara Republik Indonesia.

B. Saran

Meskipun MK RI telah melakukan penafsiran dalam putusan-putusan terkait hak kebebasan berpendapat di Indonesia, masih diperlukan adanya upaya lanjutan dari berbagai pihak untuk membentuk aturan mekanisme yang jelas baik dalam pelaksanaan maupun pengawasan terhadap implementasi hak kebebasan berpendapat di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

Asshiddiqie, Jimly, 2007, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer.

Asshiddiqie, Jimly, 2011, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta: Sinar Grafika.

Asshiddiqie, Jimly, 2013, *Komentar Atas UUD Negara Republik Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.

Budhijanto, Danrivanto, 2017, *Revolusi Cyberlaw Indonesia: Pembaruan dan revisi UU ITE 2016*, Bandung:PT Refika Aditama.

Fuady, Munir, 2013, *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group.

Grimm, Dieter.2021. Bab 6 tentang: Freedom of Speech and Human Dignity. Dalam The Oxford Handbook of Freedom of Speech, Edited by Stone, Adrienne and Schauer, Frederick, USA; Oxford Univeristy Press.

Diantha, I Made Pasek, 2016, *Metode Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum*, Jakarta: Prenadamedia Group.

Efendi, Jonaedi dan Johny Ibrahim, 2016, *Metode Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Jakarta: KENCANA

Levy, Leonard W, 2005, *Judicial Review: Sejarah Kelahiran, Wewenang dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, Bandung: Nusamedia dan Nuansa

Kurnia, Titon Slamet,2014, *Konstitusi HAM: UUD NRI Tahun 1945&MK RI*, Jogjakarta: Pustaka Pelajar.

Soemantri, Sri, 1972, *Hak Menguji Materiil di Indonesia*, Alumni: Bandung.

Thohari, A. Ahsin, 2016, *Hak Konstitusional dalam Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Erlangga.

Tim Penyusun Hukum Acara MK, 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI.

W. Brenner, Susan. et al., 2008, *Constitutional Rights and New Technologies: A Comparative Study*, The Netherlands: T.MC. Asser Press.

Anindyajati, Titis. Limitation of The Right to Freedom of Speech On the Indonesian Constitutional Court Consideration, *Indonesian Law Journal*, Volume 14 No.1 (2021)

Wiratraman, Herlambang P. and Sebastien Lafrance. "Protecting Freedom of Expression in Multicultural Societies: Comparing Constitutionalism in Indonesia and Canada". *Jurnal Yuridika*, Vol.36 No.1 (2021).

Gehan Gunatilleke, "Justifying Limitations on the Freedom of Expression," *Human Right Review* (2020), Justifying Limitations on the Freedom of Expression | SpringerLink (accessed 12 April 2021).

Zeldin, Wendy, Germany: Constitutional Court Upholds Free Speech Restriction in Banning Support of Former Nazi Regime.2009. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2009-11-20/germany-constitutional-court-upholds-free-speech-restriction-in-banning-public-support-of-former-nazi-regime/>

Oliver Jouanjan, Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany, Article 5 *Indiana Law Journal*, Volume 84 Issue 3, <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1126&context=ilj> hal.876

The Konrad-Adenauer-Siftung (KAS), *70 Years German Basic Law the German Constitution and Its Court: Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in The Area of Fundamental Rights*, 2019, published by The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, diakses pada tanggal 1 Desember 2021,

<https://www.kas.de/documents/278334/278383/70+Years+German+Basic+Law+-+Viewable+PDF.pdf/a1b0d6b8-c9d4-31ce-71d1-4a85e15ee9d1?version=1.0&t=1581480568462>

Fruzsina Gardos-Orosz dan Krisztina Nagy, The Development of the Hate Speech Regulation in Hungary: from Criminal Law to Civil Law and Media Regulation, Adam Mickicwics University Law Review, diunduh pada tanggal 22 November 2021, <http://ppuam.amu.edu.pl/uploads/PPUAM%20vol.%208/01%20Fruzsina.pdf>
h.12-13. DOI:10.14746/ppuam.2018.8.01f

Winffried Brugger, "The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)", German Law Journal Vol.4 Issue 1, 01 January 2003, h.16-18, <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/treatment-of-hate-speech-in-german-constitutional-law-part-i/FA250939FC230E7DE047B4213B1447EC> diunduh pada tanggal 10 November 2021.

Yen-Hsiang Chang, Hate Speech and Democracy: Deciding What Sort of Legal Doctrine is Best Suited to Hate Speech Regulation in Taiwan (Dissertations), diunduh pada tanggal 10 Desember 2021, Maurer Theses and Dissertations | Student Scholarship | Maurer School of Law: Indiana University,

Alexander Tthesis, [Balancing Free Speech, 2016, Boston University Law Review, Volume 96 No.2,2016., diakses pada https://www.bu.edu tanggal 20 November 2021](https://www.bu.edu)

Zoltan Szente, The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View,2019, German Law Journal Volume 14 Issue 8, published online by Cambridge University Press, diunduh dalam laman <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/interpretive-practice-of-the-hungarian-constitutional-court-a-critical-view/3FA9C1EE315BABA93FD90740C3B6112>, tanggal 2 Desember 2021.

