



SALINAN

**PUTUSAN  
Nomor 7/PUU-XV/2017**

**DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA**

**MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

[1.1] Yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh:



Nama : **Perkumpulan Masyarakat Pembaharuan Peradilan Pidana  
(*Institute for Criminal Justice Reform*)**

Alamat : Jalan Cempaka Nomor 4, Poltangan, Pasar Minggu, Jakarta Selatan

diwakili oleh **Anggara**, beralamat di Jalan Galunggung Nomor 52, Kelurahan Karang Tengah, Kecamatan Karang Tengah, Kota Tangerang, dan **Wahyu Wagiman**, beralamat di Puri Pesona Blok A/1 RT/RW 004/009, Bojong, Pondok Terong, Cipayung, yang bertindak sebagai Ketua dan Sekretaris Badan Pengurus Perkumpulan.

Dalam hal ini berdasarkan Surat Kuasa Khusus Nomor 001/SKK/PUU-MK/ICJR/XII/2016, tertanggal 14 Desember 2016 dalam hal ini memberi kuasa kepada Supriyadi Widodo Eddyono, S.H., Wahyudi Djafar, S.H., Robert F. Sidauruk, S.H., MBL., Erasmus A. T. Napitupulu, S.H., dan Ajeng Gandini Kamilah, S.H., kesemuanya adalah Advokat/Pengacara Publik/Asisten Advokat/Asisten Pengacara Publik, yang memilih domisili hukum pada kantor *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR), yang beralamat di Jalan Siaga II Nomor 6F, Pejaten Barat, Pasar Minggu, Jakarta Selatan, baik bersama-sama ataupun sendiri-sendiri untuk dan atas nama pemberi kuasa;

Selanjutnya disebut sebagai ----- **Pemohon;**

- [1.2] Membaca permohonan Pemohon;  
Mendengar keterangan Pemohon;  
Mendengar dan membaca keterangan Presiden;  
Mendengar dan membaca keterangan Dewan Perwakilan Rakyat;  
Mendengar dan membaca keterangan ahli Pemohon;  
Memeriksa bukti-bukti Pemohon;  
Membaca kesimpulan Pemohon;

## 2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan dengan surat permohonan bertanggal 16 Desember 2016, yang diterima Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 16 Desember 2016 berdasarkan Akta Penerimaan Berkas Permohonan Nomor 242/PAN.MK/2016 dan telah dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi dengan Nomor 7/PUU-XV/2017 pada tanggal 17 Januari 2017, yang telah diperbaiki dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 6 Februari 2017, menguraikan hal-hal yang pada pokoknya sebagai berikut:

### A. Kewenangan Mahkamah Konstitusi

1. Bahwa Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) menyatakan, "*Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi*";
2. Bahwa selanjutnya Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyatakan, "*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum*";
3. Bahwa berdasarkan ketentuan di atas, Mahkamah Konstitusi berwenang melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, yang juga didasarkan pada Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003

tentang Mahkamah Konstitusi yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang menyatakan, "*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: (a) menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*";

4. Bahwa sebagai pengawal konstitusi, MK juga berwenang memberikan penafsiran terhadap sebuah ketentuan pasal-pasal undang-undang agar berkesesuaian dengan nilai-nilai konstitusi. Tafsir MK terhadap konstitusionalitas pasal-pasal undang-undang tersebut merupakan tafsir satu-satunya (*the sole interpreter of constitution*) yang memiliki kekuatan hukum. Sehingga terhadap pasal-pasal yang memiliki makna ambigu, tidak jelas, dan/atau multi tafsir dapat pula dimintakan penafsirannya kepada MK;
5. Bahwa melalui permohonan ini, Pemohon mengajukan pengujian sepanjang frasa "maka" yang tercantum dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
6. Bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka Mahkamah Konstitusi berwenang untuk memeriksa dan mengadili permohonan *a quo*;

#### **B. Kedudukan Hukum Pemohon**

7. Bahwa Pemohon adalah Pemohon yang merupakan Badan Hukum Privat, yang memiliki *legal standing* dan menggunakan haknya untuk mengajukan permohonan ini dengan menggunakan prosedur *organization standing* (*legal standing*); (bukti P-3)
8. Bahwa Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai Pemohon pengujian Undang-Undang karena terdapat keterkaitan sebab akibat (*causal verband*) berlakunya frasa "maka" dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, Pasal 139c, dan Pasal 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946, sehingga menyebabkan hak konstitusional Pemohon dirugikan;
9. Bahwa doktrin *organization standing* atau *legal standing* merupakan sebuah prosedur beracara yang tidak hanya dikenal dalam doktrin akan tetapi juga

telah dianut dalam berbagai peraturan perundangan di Indonesia, seperti Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, UU Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, dan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan;

10. Bahwa pada praktik peradilan di Indonesia, *legal standing* telah diterima dan diakui menjadi mekanisme dalam upaya pencarian keadilan, yang mana dapat dibuktikan antara lain:
  - a. Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan;
  - b. Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 060/PUU-II/2004 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air terhadap UUD 1945;
  - c. Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 7/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2011 tentang Intelijen Negara terhadap UUD 1945.
  - d. Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-X/2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum terhadap UUD 1945.
11. Bahwa organisasi dapat bertindak mewakili kepentingan publik/umum adalah organisasi yang memenuhi persyaratan yang ditentukan dalam berbagai peraturan perundang-undangan maupun yurisprudensi, yaitu:
  - a. berbentuk badan hukum atau yayasan;
  - b. dalam anggaran dasar organisasi yang bersangkutan menyebutkan dengan tegas mengenai tujuan didirikannya organisasi tersebut;
  - c. telah melaksanakan kegiatan sesuai dengan anggaran dasarnya;
12. Bahwa Pemohon adalah Organisasi Non Pemerintah atau Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) yang tumbuh dan berkembang secara swadaya, atas kehendak dan keinginan sendiri di tengah masyarakat yang didirikan atas dasar kepedulian untuk dapat memberikan perlindungan dan penegakan hak asasi manusia serta berkeadilan di Indonesia sebagaimana tertuang Dalam Anggaran Dasar dan/atau Anggaran Rumah Tangga Pemohon disebutkan dengan tegas mengenai tujuan didirikannya organisasi, dan Pemohon juga

telah melaksanakan kegiatan sesuai dengan Anggaran Dasar-nya. Dalam Pasal 4 Anggaran Dasar Pemohon, Perkumpulan Masyarakat Pembaharuan Peradilan Pidana, dinyatakan bahwa Perkumpulan berasaskan pada Pancasila dan berlandaskan pada prinsip-prinsip hak asasi manusia sebagaimana diatur dalam UUD 1945, Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, dan Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik serta perjanjian-perjanjian internasional lain di bidang hak sipil dan politik yang telah diratifikasi oleh Negara Republik Indonesia. Selanjutnya pada ketentuan Pasal 6 Anggaran Dasar Perkumpulan dinyatakan bahwa Perkumpulan bertujuan untuk (1) Mendorong pembentukan hukum yang berkeadilan serta mengupayakan reformasi peradilan dan (2) Mendorong kebijakan pembaharuan peradilan pidana yang berorientasi pada nilai-nilai hak asasi manusia dan kebebasan dasar (vide bukti P-3).

13. Bahwa dalam mencapai maksud dan tujuannya Pemohon telah melakukan berbagai macam usaha/kegiatan yang dilakukan secara terus menerus, sebagaimana halnya telah menjadi pengetahuan umum (*notoire feiten*). Adapun, bentuk kegiatan yang telah dilakukan oleh Pemohon adalah sebagai berikut:

- a. Turut aktif dalam setiap proses pengambilan kebijakan negara, termasuk dalam pembentukan beragam peraturan perundang-undangan, dengan cara memberikan sejumlah masukan kritis, serta hasil studi, dalam rangka memastikan bahwa setiap kebijakan yang dihasilkan selaras dengan kewajiban negara untuk menghormati, memenuhi dan melindungi hak asasi manusia setiap warga negara;
- b. Secara aktif menyelenggarakan berbagai pelatihan dalam rangka penguatan kapasitas para penyelenggara negara, baik legislatif, pemerintah maupun aparat penegak hukum, sehingga dalam kinerjanya senantiasa memastikan diaplikasikannya prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia;
- c. Terus-menerus melakukan kampanye publik dalam rangka peningkatan kesadaran warga negara akan hak-hak konstitusionalnya yang dijamin oleh UUD 1945, termasuk di dalamnya hak atas informasi dan hak atas keadilan. Kampanye Pemohon dapat dilihat disitus resmi masing-masing

Pemohon di [www.icjr.or.id](http://www.icjr.or.id), [www.reformasikuhp.org](http://www.reformasikuhp.org),  
[www.hukumanmati.web.id](http://www.hukumanmati.web.id) , dan [www.pantaukuhap.id](http://www.pantaukuhap.id)

- d. Melakukan pendampingan hukum secara cuma-cuma bagi kelompok masyarakat yang harus berhadapan dengan hukum terhadap isu-isu yang menjadi fokus dari Pemohon;
  - e. Menerbitkan berbagai macam buku maupun bentuk-bentuk publikasi lainnya dalam rangka mendorong partisipasi masyarakat dalam setiap proses pengambilan kebijakan negara maupun dalam penyelenggaraan negara secara umum, khususnya guna memastikan pengintegrasian prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia dalam penyelenggaraan negara, publikasi digital Pemohon dapat dilihat di situs resmi Pemohon di [www.icjr.or.id](http://www.icjr.or.id)
14. Bahwa selain jaminan perlindungan konstitusional bagi ruang partisipasi aktif masyarakat dalam pembangunan bangsa dan negara, penegasan serupa juga mengemuka di dalam sejumlah peraturan perundang-undangan, seperti Pasal 15 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Ketentuan ini mengatakan bahwa setiap orang, baik secara pribadi maupun kolektif berhak untuk mengembangkan dirinya dalam rangka membangun masyarakat, bangsa dan negara. Bahkan di dalam Pasal 16 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia disebutkan secara khusus tentang hak individu atau kelompok untuk mendirikan suatu organisasi untuk tujuan sosial dan kebajikan, termasuk menyelenggarakan pendidikan dan pengajaran hak asasi manusia;
  15. Bahwa persoalan yang menjadi objek pengujian oleh Pemohon merupakan persoalan seluruh warga negara Indonesia yang bukan hanya urusan Pemohon, objek permohonan secara langsung bersentuhan dengan persoalan hak asasi manusia dan keadilan, khususnya dalam hukum pidana sehingga nyata menjadi persoalan setiap warga negara;
  16. Bahwa dalam isu pembaharuan hukum pidana, Pemohon telah melakukan berbagai upaya. dalam mendorong proses pembaharuan hukum pidana sesuai dengan visi misi Pemohon yakni pembaharuan hukum pidana yang sesuai dengan Hak asasi manusia. Pemohon telah melakukan beberapa hal yang dilakukan secara konsisten, yaitu:

- a. Pemohon merupakan Koordinator Aliansi Nasional Reformasi KUHP (Aliansi KUHP), Aliansi ini memiliki dua fokus utama: (i) mendorong lahirnya rumusan-rumusan pengaturan delik yang berperspektif HAM dan (ii) mendorong luasnya partisipasi publik dalam proses pembahasan dan perumusan ketentuan dalam KUHP. Atas dasar itu, Aliansi KUHP yang dikoordinir oleh Pemohon telah secara konsisten membantu kerja-kerja pembahasan Rancangan KUHP mulai dari penyusunan di Pemerintah sampai dengan pembahasan di DPR dengan mengirimkan masukan langsung.
  - b. Pemohon telah melakukan upaya terkait isu makar sebagai bahan kajian. Secara spesifik Pemohon telah melakukan berbagai penulisan hukum terkait Pasal "Makar" dalam KUHP, selain itu juga Pemohon telah memberikan masukan secara langsung berupa Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) ke DPR terkait rumusan Pasal "Makar" guna mendukung kerja-kerja pembahasan Rancangan KUHP di DPR. (vide bukti P-4).
  - c. Pemohon dan Aliansi KUHP juga telah melakukan diskusi-diskusi terfokus untuk membahas persoalan Makar dan melakukan desiminasi informasi pembahasan ke Publik. (vide bukti P-4)
  - d. Lebih lanjut seluruh kerja-kerja Aliansi KUHP dapat diakses pada [www.reformasikuhp.org](http://www.reformasikuhp.org) (vide bukti P-4)
17. Pemohon juga aktif melakukan pembaharuan hukum pidana melalui jalan pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi. Dalam semua putusan Mahkamah Konstitusi dimana Pemohon menjadi Pemohon atau Pihak Terkait, Pemohon dinyatakan memiliki kepentingan hukum terkait isu-isu pembaharuan hukum pidana oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan-putusannya tersebut, diantaranya:
- a. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 78/PUU-XI/2013 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
  - b. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 77/PUU-XII/2014 tentang Pemohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

- c. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 76/PUU-XII/2014 tentang Pengujian Pasal 245 UU Nomor 17 Tahun 2014 tentang MPR, DPR, DPD, DPRD (UU MD3) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
18. Lebih jauh, pengajuan permohonan pengujian sepanjang frasa “makar” dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 merupakan wujud kepedulian dan upaya Pemohon untuk perlindungan, pemajuan dan pemenuhan hak asasi manusia, keadilan dalam hukum pidana di Indonesia;
19. Frasa “Makar” yang tidak memiliki definisi dalam KUHP kemudian berakibat pada tidak adanya kepastian hukum. Bahwa kesalahan pemaknaan dan terjemahan yang berakibat pada bergesernya pemaknaan “Makar” terlihat nyata dalam pasal-pasal yang ada dalam Rancangan KUHP yang saat ini di bahas di DPR;
20. Bahwa dalam Rancangan KUHP tersebut, frasa “Makar” juga tidak didefinisikan sebagaimana mestinya, justru Rancangan KUHP memuat pengaturan yang menambah ketidak pastian hukum dari frasa “Makar”. Dalam Pasal 191 Rancangan KUHP, disebutkan bahwa :
- “Makar adalah niat untuk melakukan suatu perbuatan yang telah diwujudkan dengan adanya permulaan pelaksanaan perbuatan tersebut.”*
- Bahwa dari pengaturan di atas, jelas-jelas Rancangan KUHP juga tidak menjawab apa definisi dari “Makar” tersebut, yang seharusnya frasa “Makar” adalah “*aanslag*” atau “Serangan”.
21. Bahwa gagalnya rancangan KUHP mendefinisikan dan memberikan pijakan yang tepat terkait frasa “Makar” akan melanggengkan situasi ketidak pastian hukum dan hilangnya jaminan perlindungan hukum bagi warga negara Indonesia, lebih dari itu mengakibatkan tidak terwujudnya reformasi hukum pidana yang berkeadilan;
22. Bahwa dalam beberapa putusan Mahkamah Agung yang diteliti oleh Pemohon (akan dibahas lebih lanjut dalam pokok permohonan), Jaksa dan Hakim telah salah menerapkan unsur “Makar”, Makar hanya dimaknai sebagai unsur “niat”, bukan “perbuatan” sebagaimana mestinya, sehingga dalam banyak putusan tersebut tidak ada pembuktian terkait perbuatan “makar yang berarti ”serangan”;

23. Selanjutnya sebagai pihak yang sangat fokus pada pembaharuan hukum pidana sebagaimana telah disebutkan di atas, juga berdasarkan Anggaran Dasar Perkumpulan Pemohon dengan mandat dan tujuan untuk (1) Mendorong pembentukan hukum yang berkeadilan serta mengupayakan reformasi peradilan dan (2) Mendorong kebijakan pembaharuan peradilan pidana yang berorientasi pada nilai-nilai hak asasi manusia dan kebebasan dasar, adanya frasa “makar” jelas-jelas mengakibatkan Pemohon tidak dapat mencapai tujuan yang dimandatkan dalam Anggaran Dasar Perkumpulan Pemohon;
24. Bahwa dengan demikian, adanya frasa makar dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 secara faktual atau setidaknya potensial telah merugikan hak-hak konstitusional Pemohon Kehadiran Pasal *a quo* dengan cara langsung maupun tidak langsung telah merugikan berbagai macam usaha-usaha yang sudah dilakukan secara terus-menerus oleh Pemohon dalam rangka menjalankan tugas dan peranannya untuk mendorong perlindungan, pemajuan dan pemenuhan hak asasi manusia, keadilan dalam hukum pidana di Indonesia;
25. Bahwa berdasarkan uraian di atas, jelas Pemohon telah memenuhi kualitas maupun kapasitas sebagai Pemohon pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 sebagaimana ditentukan dalam Pasal 51 huruf c Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi *juncto* UU Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, maupun sejumlah putusan Mahkamah Konstitusi yang memberikan penjelasan mengenai syarat-syarat untuk menjadi pemohon pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Karenanya, jelas pula Pemohon memiliki hak dan kepentingan hukum mewakili kepentingan publik untuk mengajukan permohonan pengujian sepanjang “frasa” makar Pasal 87, Pasal 104, 106, 107, 139a, 139b, dan 140 KUHP terhadap UUD 1945;

### C. Pokok Perkara

#### Ruang lingkup pasal yang diuji

|            |  |
|------------|--|
| Pasal 87   | Dikatakan ada <b>makar</b> untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53.  |
| Pasal 104  | <b>Makar</b> dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun   |
| Pasal 106  | <b>Makar</b> dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun  |
| Pasal 107  | (1) <b>Makar</b> dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.<br>(2) Para pemimpin dan pengatur <b>makar</b> tersebut dalam ayat (1), diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun  |
| Pasal 139a | <b>Makar</b> dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun  |
| Pasal 139b | <b>Makar</b> dengan maksud meniadakan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan negara sahabat atau daerahnya yang lain, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun  |
| Pasal 140  | (1) <b>Makar</b> terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala negara sahabat, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.<br>(2) Jika <b>makar</b> terhadap nyawa mengakibatkan kematian atau dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana penjara paling lama dua puluh tahun.<br>(3) Jika <b>makar</b> terhadap nyawa dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun |

#### Argumentasi konstitusional yang digunakan

|                    |  |
|--------------------|--|
| Pasal 28D ayat (1) | Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.   |
| Pasal 28G ayat (1) | Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi. |

### Sejarah Pemberlakuan pasal-pasal dalam Undang-undang a quo

26. Bahwa Undang-Undang *a quo* merupakan peraturan hukum pidana positif Indonesia yang dalam sejarahnya berasal dari *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie (WvSNI)* yang diberlakukan di Indonesia pertama kali dengan *Koninklijk Besluit (Titah Raja)* Nomor 33 tertanggal 15 Oktober 1915 dan mulai diberlakukan sejak tanggal 1 Januari 1918. WvSNI merupakan turunan dari WvS (*Wetboek van Strafrecht*) negeri Belanda yang dibuat pada tahun 1881 dan diberlakukan di negara Belanda pada tahun 1886. Walaupun WvSNI notabene turunan (*copy*) dari WvS Belanda, namun pemerintah kolonial pada saat itu menerapkan asas konkordansi (penyesuaian) bagi pemberlakuan WvS di negara jajahannya. Beberapa pasal dihapuskan dan disesuaikan dengan kondisi dan misi kolonialisme Belanda atas wilayah Indonesia.
27. Bahwa setelah Indonesia menyatakan kemerdekaannya pada tahun 1945, untuk mengisi kekosongan hukum pidana yang diberlakukan di Indonesia maka dengan dasar Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945, WvSNI tetap diberlakukan. Pemberlakuan WvSNI menjadi hukum pidana Indonesia ini menggunakan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana Indonesia. Dalam Pasal VI Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 disebutkan bahwa nama *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* diubah menjadi *Wetboek van Strafrecht* dan “dapat disebut Kitab Undang-undang Hukum Pidana”. Di samping itu, undang-undang ini juga tidak memberlakukan kembali peraturan- peraturan pidana yang dikeluarkan sejak tanggal 8 Maret 1942, baik yang dikeluarkan oleh pemerintah Jepang maupun oleh panglima tertinggi Balatentara Hindia Belanda.
28. Bahwa pasal-pasal *a quo* merupakan saduran dari *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie (WvSNI)* dengan penjelasan sebagai berikut: **(bukti P- 5)**

| Pasal    | KUHP terjemahan versi BPHN  | Art    | <i>Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie (WvSNI) (engelbrecht)</i>       |
|----------|---|--------|---|
| Pasal 87 | Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah | Art 87 | Aanslag tot een felt bestaat, zoodra het voornemen des daders zich door een begin |

|            |   |          |   |
|------------|---|----------|---|
|            | ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam Pasal 53.  |          | van uitvoering, in den ..zin... art 53 heeft geopenbaard.   |
| Pasal 104  | Makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.                                | Art 104  | De aanslag ondernomen met het oogmerk om den koning, de regeeren de Koningin of den Regent van het leven of devrijheid te berooven of tot regeeren ongeschikt te maken, wordt gestraft met de doodstraf of levenslange gevangenstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren  |
| Pasal 106  | Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.  | Art 106  | De aanslag ondernomen met het oogmerk om het grondgebied van den staat geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan aff te scheiden. Wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdlr..van ten hoogste twintig jaem  |
| Pasal 107  | (1) Makar dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.<br>(2) Para pemimpin dan pengatur makar tersebut dalam ayat 1, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun | Art 107  | (1) De aanslag ondernomen met het. Oogmerk oin omwenteling teweeg te brengen. wordt gestafct melt gevangenisstraf of tijdeleke van ten hoogste vijftien jaren<br>(2) Leiders en aaleggers van een aanslag als in het eerste lid bedoeld. Worden gestraft met levenslange gevangemisstraf of tujdekijke van ten hoogste twintig jaren. |
| Pasal 139a | Makar dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dan suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun.  | Art 139a | De aanslag ondernomen met het oogmerk om het grondgebied van een bevrienden staat geheel of gedeeltelijke onttrekken aan de heerschappij van het aidaar gevestigd gezag. Wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogse vijf jaren   |

|            |  |          |  |
|------------|--|----------|--|
| Pasal 139b | Makar dengan maksud untuk meniadakan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan negara sahabat atau daerahnya yang lain, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun.  | Art 139b | De aanslag ondernomen met het oogmerk om den gevestigden regeeringsvorm van een bevrienden staat of van eenekolonie of ander gebiedsdeel van een bevrienden staat te vernietigen of op onwettige wijze te veranderen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren  |
| Pasal 140  | <p>(1) Makar terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala negara sahabat, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.</p> <p>(2) Jika makar terhadap nyawa berakibat kematian atau dilakukan dengan rencana terlebih dahulu, diancam dengan pidana penjara paling lama dua puluh tahun.</p> <p>(3) Jika makar terhadap nyawa dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.</p> | Art 140  | <p>(1) De aanslag op het leven of de vrijheid van een regreeringvorm vorst of ander hoofd van een bevrienden saat wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren.</p> <p>(2) Indien de aanslag op het leven den dood ten gevolge heeft of met voorbedachten rade wordt ondermanen, wordt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren opgelegd.</p> <p>(3) Indien de aanslag op het leven met voorbedachten rade ondernomen den dood ten gevolge heeft, wordt de doodstraf of levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren opgelegd</p> |

29. Bahwa menurut ketentuan yang diatur dalam Pasal VIII angka 12 Undang-Undang Nomor 1 tanggal 26 Februari 1946, Berita Republik Indonesia II, Kata-kata "*de regeeren de Koningin of den Regent*" dalam rumusan Pasal 104 *Wetboek van Strafrecht* di atas diganti dengan kata-kata *den president of den vice-President*, sehingga rumusan Pasal 104 WvS atau Pasal 104 Kitab Undang Undang Hukum Pidana berbunyi, *De aanslag ondernomen met het oogmerk om den koning, den president of den vice-Presdient van het leven of devrijheid te berooven of tot regeeren ongeschikt te maken, wordt gestraft met*

*de doodstraf of levenslange gevangenschap of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren*

30. Bahwa dalam perkembangannya, beberapa kali Indonesia memiliki KUHP “versi terjemahan”. Namun Sampai dengan saat ini, belum ada peraturan perundang-undangan yang menetapkan terjemahan WvSNI versi mana yang dipakai secara hukum, dengan kata lain, Indonesia masih menggunakan KUHP versi bahasa Belanda atau WvSNI dengan terjemahan versi tidak berdasarkan penetapan oleh peraturan perundang-undangan;
31. Bahwa setelah Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946, maka pasal-pasal Undang-Undang *a quo* yang dimohonkan belum pernah diubah sekalipun oleh Pemerintah Indonesia sebagai suatu kebijakan kriminal yang baru diatur sejak diberlakukannya Undang-Undang *a quo* pertama kali;
32. Bahwa sampai saat ini juga belum ada peraturan perundang-undangan yang secara resmi menerjemahkan WvSNI. Terjemahan-terjemahan dari Moeljatno, Soesilo, dan Badan Pembinaan Hukum Nasional, bukanlah merupakan terjemahan resmi yang disahkan oleh Pemerintah. Dengan perkataan lain, KUHP saat ini ada dari dua bahasa yakni Belanda dan Indonesia.

**Sepanjang tidak dimaknai sebagai serangan, frasa Makar dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 (KUHP) bertentangan dengan Pasal 28D (1) UUD 1945 dan Pasal 28G ayat (1)**

33. Bahwa salah satu pilar terpenting dari terbentuknya negara Indonesia selain bersandar pada prinsip kedaulatan rakyat, juga penegasan pada prinsip negara hukum, hal ini sebagaimana termaktub di dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang dengan tegas menyatakan, “*Negara Indonesia adalah Negara Hukum*”;
34. Bahwa salah satu unsur terpenting dari negara hukum adalah adanya jaminan serta tegaknya prinsip kepastian hukum, hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Gustav Radbruch yang menjelaskan bahwa cita hukum (*Idee des Rechts*), yang kemudian dilembagakan dalam suatu bentuk negara hukum, dapat diklasifikasikan ke dalam tiga prinsip umum, yaitu: *purposiveness*—kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), *justice*—keadilan (*gerechtigheit*), dan *legal certainty*—kepastian hukum (*rechtssicherheit*)

35. Bahwa 'kepastian hukum' atau *legal certainty* dalam tradisi klasik the rule of law menurut pendapat dari Friedrich von Hayek adalah salah satu atribut utama dari *the rule of law*, selain dua atribut lainnya, yakni atribut berlaku umum (*generality*), dan atribut kesetaraan (*equality*);
36. Bahwa kepastian hukum (*legal certainty*) menurut pendapat Hayek berarti hukum dapat diprediksi, atau memenuhi unsur prediktibilitas, sehingga seorang subjek hukum dapat memperkirakan peraturan apa yang mendasari perilaku mereka, dan bagaimana aturan tersebut ditafsirkan dan dilaksanakan. Kepastian hukum merupakan aspek penting yang sangat terkait dengan kebebasan bertindak dari seseorang;
37. Bahwa sejalan dengan teori mengenai cita hukum tersebut, UUD 1945 juga telah menegaskan adanya jaminan kepastian hukum bagi setiap warga negara dalam ruang negara hukum Indonesia, sebagaimana dituliskan di dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*";
38. Bahwa merujuk pada pendapat Prof. Dr. Nurhasan Ismail, sebagaimana dikutip dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 3/PUU-VIII/2010 pada Pengujian UU Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil (halaman 74), dikatakan bahwa kepastian hukum didefinisikan adanya kejelasan norma yang menjadi acuan berperilaku bagi setiap orang. Kejelasan norma tentu harus ada indikator dan ukurannya. Tiga indikator untuk menyatakan bahwa sebuah norma itu memberikan kepastian hukum meliputi:
- a. Norma mengandung konsistensi, baik secara internal di dalam undang-undang maupun konsistensi horizontal dengan undang-undang yang lain ataupun konsistensi secara vertikal dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, dalam hal ini adalah dengan UUD 1945;
  - b. Konsep penormaannya atau rumusan normanya tidak mengandung multi makna, tidak mengandung multitafsir;
  - c. Ada suatu implikasi yang sangat jelas terhadap pilihan-pilihan perilaku yang sudah diatur di dalam undang-undang atau di dalam peraturan perundang-undangan.

39. Bahwa selain dalam putusan Mahkamah Konstitusi di atas, salah satu asas dalam membentuk peraturan perundang-undangan dalam UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan adalah kejelasan tujuan dan kejelasan rumusan, yang melalui Penjelasan Pasal 5 Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan ini diartikan sebagai:

- a) *setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus mempunyai tujuan yang jelas yang hendak dicapai;*
- f) *setiap Peraturan Perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan peraturan perundang-undangan, sistematika, pilihan kata atau istilah, serta bahasa hukum yang jelas dan mudah dimengerti sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya.*

40. Bahwa yang dimaksud dengan kata “*Aanslag*” dalam pasal-pasal *a quo* kebanyakan penerjemahan telah diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia sebagai kata “Makar”.

41. Bahwa menurut Djoko Prakoso, berdasarkan kesimpulan buku “Tindak Pidana Makar Menurut KUHP” yang ditulis dan diterbitkan pada 1985, Kata “Makar” merupakan terjemahan dari kata “*Aanslag*” yang berarti “Serangan”. KUHP kita tidak memberikan definisinya namun hanya penafsiran yang otentik (khusus) yang terdapat dalam Pasal 87 KUHP. (bukti P-6)

42. Bahwa menurut Lamintang, jika dihubungkan dengan tindak pidana yang diatur dalam Pasal 104 KUHP kiranya “*Aanslag*” hanya tepat diartikan sebagai *aanval* (serangan) atau sebagai *misadadige aanranding* (penyerangan dengan maksud tidak baik) (bukti P - 7)

43. Bahwa Wirjono Prodjodikoro juga menggunakan kata “Makar” sebagai terjemahan kata “*Aanslag*”, yang menurut beliau adalah “Serangan”. Sehingga dapat dipahami bahwa menurut Wirjono Prodjodikoro, “*Aanslag*” adalah “Serangan.” (vide bukti P-6)

44. Bahwa R. Soesilo dalam komentarnya terkait KUHP, disebutkan bahwa “*aanslag* (makar atau penyerangan) itu biasanya dilakukan dengan perbuatan kekerasan”. Bahwa kemudian perbuatan makar (*aanslag*) ditujukan tergantung pada tujuan yang tercantum pada pasal, misalnya Pasal 104 yaitu melakukan “penyerangan dengan perbuatan kekerasan dengan niat hendak membunuh

atau merampas kemerdekaan atau menjadikan tidak cakap memerintah Presiden atau Wakil Presiden; (bukti P-9)

45. Bahwa R. Soesilo secara konsisten memberikan komentar terkait delik-delik Makar sesuai pemahaman Makar sebagai serangan dengan kekerasan, komentar dalam pasal lain misalnya dalam Pasal 107 KUHP, R. Soesilo berkomentar bahwa Pasal 107 KUHP adalah melakukan “penyerangan dengan perbuatan kekerasan dengan maksud dari penyerangan ini adalah menggulingkan pemerintahan; (vide bukti P-9)
46. Bahwa apabila diteliti secara historis, dalam KUHP versi Balai Pustaka 1921 (sebelum kemerdekaan), “*aanslag*” tidak serta merta diterjemahkan menjadi “makar” melainkan disandingkan, bahkan dalam beberapa pasal seperti Pasal 140, tidak digunakan frasa “Makar” melainkan menggunakan langsung frasa “*aanslag*”. Barulah pada KUHP versi Balai Pustaka 1940, frasa “makar” mulai digunakan berdiri sendiri dalam beberapa pasal seperti Pasal 139a, 139b dan Pasal 140. Namun begitu frasa “makar” masih disandingkan dengan “*aanslag*” dalam seluruh pasal awal tentang makar;

| Pasal     | KUHP versi Balai Pustaka 1921  | Pasal     | KUHP versi Balai Pustaka 1940   |
|-----------|--|-----------|---|
| Pasal 87  | Maka adalah Makar ( <i>aanslag</i> ), kalau telah ada pertjobaan jang boleh dihokoem akan melakoekan percobaan jang dimaksoed  | Pasal 87  | Makar ( <i>aanslag</i> ) akan sesoeatoe perboeatan itoe ada, kalau soedah njata maksoed orangnja, karena soedah dimoelainja mendjalankan perboeatan itoe meneroet maksoed pasal 53  |
| Pasal 104 | Makar ( <i>aanslag</i> ) jang dimoelai dengan maksoed (niat) hendak memboenoh Baginda Radja, Baginda Ratoe (Radja perempoean) atau Pemangkoe Radja, atau dengan niat hendak merampas Kebebasan mereka itoe atau hendak mendjadikan mereka itoe tiada sanggoep memerintah, dihoekoem dengan hoekoeman mati atau hoekoeman pendjara se'oemoer hidoep atau hoekoeman pendjara bagi sementara selama-lamanja | Pasal 104 | Makar ( <i>aanslag</i> ) jang dilakoekan dengan maksoed (niat) hendak memboenoh Baginda Radja, Baginda Ratoe (Radja perempoean) atau Regent, atau dengan niat hendak merampas kemerdekaan mereka itoe atau hendak mendjadikan mereka itoe tiada sanggoep memerintah, dihoekoem mati atau pendjara seoemoer hidoep atau pendjara sementara selama-lamanja doea poeloeh tahoen. |

|            |   |            |   |
|------------|---|------------|---|
|            | doea poeloeh tahoen.  |            |   |
| Pasal 106  | Makar (aanslag) jang dimoelai dengan maksoed hendak mena'loekkan tanah djadjahan Keradjaan sama sekali atau sebahagiannja kebawah pemerintah asing atau dengan niat hendak memisahkan sebahagian dari djadjahan itoe, dihoekoem dengan hoekoeman pendjara se'oemoer hidoep atau hoekoeman pendjara bagi sementara selama-lamanja doea poeloeh tahoen. | Pasal 106  | Makar (aanslag) jang dilakoekan dengan niat hendak mena'loekkan tanah djadjahan keradjaan sama sekali atau sebahagiannja kebawah pemerintahan asing atau dengan niat hendak memisahkan sebahagian dari djadjahan itoe, dihoekoem pendjara se'oemoer hidoep atau pendjara sementara selama-lamanja doea poeloeh tahoen.    |
| Pasal 107  | Makar (aanslag) jang dimoelai dengan maksoed hendak meniadakan bangoen pemerintah jang sah menoeroet grondwet atau peratoeran pergantian naik tacht keradjaan, atau hendak mengoebahnja dengan djalan jang tidak sah, dihoekoem dengan fioekoeman pendjara selama-lamanja lima belas tahoen.  | Pasal 107  | (1) Makar (aanslag) jang dilakoekan dengan niat hendak memoetar negeri, dihoekoem pendjara selama-lamanja lima belas tahoen.<br>(2) Pemimpin dan pengatjoe (jang mengatjoe-atjoe) makar jang terseboet pada ajat pertama, dihoekoem pendjara se'oemoer hidoep atau pendjara sementara selama-lamanja doea poeloeh tahoen. |
| Pasal 139a | Aanslag jang dilakoekan dengan maksoed akan melepaskan daerah negeri jang bersahabat atau djadjahan atau bahagian daerah negeri jang bersahabat dari pemerintahan koeasa jang ada disitoe, baik sama sekali, maoepoen sebagiannja, dihoekoem dengan hoekoeman pendjara selama-lamanja lima tahoen   | Pasal 139a | Makar jang dilakoekan dengan maksoed akan melepaskan daerah negeri jang bersahabat atau djadjahan atau bahagian daerah negeri jang bersahabat, baik sama sekali, maoe poen sebagiannja dari pada pemerintahan jang koeasa disitoe, dihoekoem pendjara selama-lamanja lima tahoen.   |
| Pasal 139b | Aanslag jang dilakoekan dengan maksoed akan membinasakan atau mengoebah dengan d jalan jang tidak sah peratoeran pemerintahan jang telah tetap dari soeatoe negeri jang bersahabat atau dari soeatoe djadjahan atau soeatoe bagian  | Pasal 139b | Makar jang dilakoekan dengan maksoed akan membinasakan atau mengoebah dengan djalan jang tidak sah peratoeran pemerintahan jang telah tetap dalam sesoeatoe negeri jang bersahabat atau dalam sesoeatoe djadjahan   |

|           |   |           |  |
|-----------|---|-----------|--|
|           | daerah lain dari soeatoe negeri jang bersahabat, dihoekoem dengan hoekoeman pendjara selama-lamanja empat tahoen.   |           | atau bagian daerah lain dari negeri jang bersahabat, dihoekoem pendjara selamalamanja empat tahoen.  |
| Pasal 140 | <p>(1) Aanslag atas njawa atau kemerdekaan radja jang memerintah atau kepala lain dari keradjaan jang bersahabat (dengan negeri Belanda), dihoekoem dengan hoekoeman pendjara selama-lamanja lima belas tahoen.</p> <p>(2) Djikalau aanslag itoe menjebabkan mati,- atau dikerdjakan dengan sengadja, maka dikenakanlah hoekoeman pendjara se'oemoer hidoep atau hoekoeman pendjara sementara selama-lamanja doea poeloh tahoen.</p> <p>(3) Djikalau aanslag atas njawa jang dilakoekan dengan sengadja itoe menjebabkan mati, maka dikenakanlah hoekoeman mati atau hoekoeman pendjara se'oemoer hidoep atau hoekoeman pendjara sementara selama-lamanja doea poeloh tahoen.</p> | Pasal 140 | <p>(1) Makar menghilangkan njawa atau kemerdekaan radja jang memerintah atau kepala lain dalam keradjaan jang bersahabat, dihoekoem pendjara selama-lamanja lima belas tahoen.</p> <p>(2) Djikalau makar itoe menjebabkan mati, atau dikerdjakan sesoedah dipertimbangkan lebih dahaeloe, maka dikenakanlah hoekoeman pendjara se'oemoer hidoep atau hoekoeman pendjara sementara selama-lamanja doea poeloh tahoen.</p> <p>(3) Djikalau makar menghilangkan njawa jang dilakoekan sesoedah dipertimbangkan lebih dahaeloe itoe menjebabkan mati maka dikenakanlah hoekoeman mati atau hoekoeman pendjara se'oemoer hidoep atau hoekoeman pendjara sementara selamalamanja doea poeloh tahoen.</p> |

47. Bahwa bukti sejarah perjalanan pengaturan frasa “makar” yang dapat diakses melalui KUHP terjemahan versi balai pustaka menunjukkan bahwa frasa “makar” adalah identik bahkan merupakan terjemahan langsung dari frasa “*aanslag*” dengan demikian maka frasa “makar” harusnya memiliki pemaknaan yang sama dengan frasa “*aanslag*” yang berarti serangan;

48. Bahwa apabila ditelaah lebih otentik, berdasarkan *Memorie van Tolichting* (MvT) KUHP di Belanda, definisi dan pengertian tersebut juga pernah ditanyakan oleh Raad Van State pada waktu Pasal 104 KUHP dibentuk. Dan dalam jawabannya Menteri Kehakiman telah menjelaskan bahwa apa yang dimaksudkan dengan *aanslag op de person* ialah *elke daad van geweld tegen de person* atau setiap tindak kekerasan terhadap seseorang. (vide bukti P-7 dan bukti P-8)
49. Bahwa, menurut Prof. Noyon dan Prof. Langemeijer, kebanyakan “*Aanslag*” merupakan tindak kekerasan atau setidaknya merupakan percobaan–percobaan untuk melakukan tindak kekerasan. (vide bukti P-7)
50. Bahwa untuk memahami serangan seperti apa yang dimaksudkan dalam frasa “*aanslag*” yang seharusnya menjadi pemaknaan dalam frasa “*makar*”, sesungguhnya dapat dilihat dari MvT pembahasan frasa “*aanslag* itu sendiri” :

Bahwa berdasarkan MvT *Laporan (Pembahasan) Parlemen terkait Pasal makar dalam 107 KUHP, berikut Jawaban Pemerintah (perumus)*

*Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord*

*De Raad van State maakte de opmerking, dat het begrip van aanslag zonder meer te onbestemd is om in een Wetboek van Strafrecht strafbaar te worden gesteld. (Zie advies, ad artt. 118, 119, 125 [109, 110, 116]). De Regering antwoordde (zie rapport), dat eene aanvulling overbodig scheen, omdat in de aangehaalde artikelen niet, onbepaald van een aanslag maar van een aanslag op den persoon wordt gesproken, en de uitdrukking elke daad van geweld (met inbegrip van de poging) omvat, welke ondernomen wordt tegen de in die artikelen genoemde hooge personen, die niet valt in eene zwaardere strafbepaling. Eene minderheid der Commissie was van oordeel, dat de strekking van aanslag in de artt. 100 en 101 juist ook door deze toelichting der Regering niet duidelijk is. Immers het geldt hier niet een aanslag op den persoon. Moet nu desnietteenstaande toch alleen aan daden van geweld worden gedacht? Dit zou echter niet overeenstemmen met, de bepaling van art. 88 [79]. waarvan de strekking veel verder reikt. Aan den andere kant zou het begrip te ruim kunnen worden opgevat. Vooral in het geval van art. 101 zou de onbestemdheid van aanslag tot verkeerde praktische gevolgen kunnen leiden, en pogingen, door middel van geschriften of vereenigingen ondernomen om den grond wettigen regeringsvorm langs vreedzamen weg te veranderen, als strafbare aanslag volgens art. 101 kunnen worden gequalificeerd.*

*De Commissie is echter van meening, dat de interpretatie veilig aan de jurisprudentie kan worden overgelaten, welke in de algemeene bepaling der strafbare poging een voldoende leiddraad vindt om den aanslag welke hier bedoeld wordt te onderscheiden van wetenschappelijke verhandelingen of politieke besprekingen.*

*De uitdrukking “aanslag” zou, taalkundig, alleen bezwaar kunnen hebben voor zooveel betreft het laatste feit in art. 101 genoemd verandering van*

*regeeringsvorm of troonopvolging kan ook op niet strafwaardige wijze beoogd worden.*

*Door de bijvoeging “op onwettige wijze” is de zin verduidelijkt.*

**Dengan Terjemahan:**

*[Laporan (Pembahasan) Parlemen berikut Jawaban Pemerintah*

Dewan Negara mengatakan bahwa pengertian ‘aanslag’ (serangan) sudah pasti terlalu samar untuk (dapat) dipidana di dalam Kitab Hukum Pidana. (Lihat pendapat, ad artt. 118, 119, 125 [109, 110, 116]). Pemerintah telah menjawab (lihat laporan), yang tampaknya berlebihan untuk ditambahi lagi, karena, di dalam pasal-pasal yang dikutip, **serangan tidak selalu dimaksudkan sebagai serangan terhadap diri seseorang**, serta istilah tersebut **meliputi setiap tindakan kekerasan (termasuk percobaan untuk itu)**, yang diambil (dan ditujukan) terhadap orang-orang penting yang tercantum di dalam artikel-artikel tersebut, yang tidak termasuk di dalam suatu ketentuan pidana yang memberatkan.

Sebagian kecil dari anggota Komisi [perancang, red.] menilai bahwa ruang lingkup serangan dalam Pasal 100 dan 101 menjadi tidak jelas, justru dengan adanya penjelasan Pemerintah ini. Bagaimanapun juga, di sini tidak berlaku serangan terhadap diri seseorang. Apakah kemudian hanya dapat diartikan sebagai tindakan-tindakan kekerasan saja? Akan tetapi, itu tidak akan sesuai dengan ketentuan Pasal 88 [79] yang lingkungannya jauh lebih luas. Di sisi lain, istilah itu bisa jadi (justru) ditafsirkan terlalu luas. Terutama dalam kaitannya dengan Pasal 101, ketidakjelasan pengertian ‘serangan’ akan dapat menyebabkan dampak-dampak praktis yang keliru, serta percobaan-percobaan yang dilakukan dengan tulisan, atau serikat-serikat, untuk mengubah pemerintah yang konstitusional melalui jalan damai, (dianggap) sebagai ‘serangan’ yang dapat dipidana sesuai dengan Pasal 101.

Namun, Komisi (tetap) beranggapan, bahwa penafsirannya aman untuk diserahkan kepada yurisprudensi – yang (dapat) menemukan cukup arahan bagi pengertian umum suatu percobaan yang dapat dipidana, untuk membedakan serangan yang dimaksud di sini dari kegiatan akademis atau diskusi-diskusi politik. Istilah ‘aanslag’ mungkin, secara bahasa, hanya akan menimbulkan keberatan terkait uraian terakhir pada Pasal 101; perubahan dari bentuk pemerintahan atau penerus tahta juga dapat dicapai melalui cara yang tak layak untuk dipidana. Dengan tambahan ‘secara melanggar undang-undang’, kalimat itu menjadi lebih jelas.]

51. Bahwa dalam perdebatan yang terjadi pada pembahasan frasa “aanslag”, Pemerintah Belanda pada saat itu secara tegas menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan serangan adalah “serangan tidak selalu dimaksudkan sebagai serangan terhadap diri seseorang, serta istilah tersebut meliputi setiap tindakan kekerasan (termasuk percobaan untuk itu), yang diambil (dan ditujukan) terhadap orang-orang penting yang tercantum di dalam artikel-artikel tersebut, yang tidak termasuk di dalam suatu ketentuan pidana yang memberatkan.”;

52. Bahwa pengertian tersebut tidak serta merta diterima oleh sebagian anggota parlemen yang ingin memastikan bahwa istilah serangan yang demikian tidak boleh menyebabkan dampak-dampak praktis yang keliru, serta percobaan-percobaan yang dilakukan dengan tulisan, atau serikat-serikat, untuk mengubah pemerintah yang konstitusional melalui jalan damai;
53. Bahwa berdasarkan dari uraian di atas maka menerjemahkan “*Aanslag*” sebagai “Makar” dalam Undang-Undang *a quo* yang tidak disertai dengan adanya pemaknaan secara otentik berdasarkan tujuan aslinya atau “*original intent*” dari frasa makar sebagai serangan tidak dapat diterima;
54. Bahwa selanjutnya apabila dilihat Makna “Makar” dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, (Lihat <http://kbbi.web.id/makar> , diakses pada Minggu, 5 Februari 2016 pukul 22:21 WIB ) Makar diartikan sebagai:
- 1) *akal busuk; tipu muslihat,*
  - 2) *perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang, dan sebagainya,*
  - 3) *perbuatan (usaha) menjatuhkan pemerintah yang sah.....”*
55. Bahwa dari makna Makar berdasarkan KBBI di atas dapat dilihat bahwa pengertian “Makar” bergeser dari makna aslinya yang menerjemahkan kata “*aanslag*”, Makar dalam KBBI justru mengadopsi pengertian diluar pemaknaan awal sebagai “serangan” seperti akal busuk dan tipu muslihat sehingga mengaburkan pemaknaan original dari makar itu sendiri;
56. Bahwa apabila pengertian dalam KBBI dimasukkan pengertiannya dalam delik pidana dalam KUHP, maka akan terjadi kerancuan, sebagai contoh dalam Pasal 104 KUHP yang akan berbunyi:
- “akal busuk dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.”*
- atau:
- “perbuatan (usaha) menjatuhkan pemerintah yang sah dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan*

*pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.”*

57. Bahwa apabila melihat pemaknaan pasal di atas, maka “Makar” akan sangat jauh berbeda dengan maksud pengaturan “makar” sebagai kata ganti “aanslag” dalam bahasa Indonesia, kesalahan penerjemahan ini bahkan telah merubah pemaknaan dalam KBBI, yang secara langsung juga menunjukkan adanya kesalahan dalam penerjemahan frasa “aanslag”;
58. Bahwa, jika “Aanslag” langsung diartikan sebagai “Serangan” sebagaimana arti sesungguhnya, maka Pasal 104, 106, 107, 139a, 139b dan 140 memberikan gambaran yang jelas, perbuatan apa yang dinyatakan sebagai delik pidana, yakni serangan. Dengan rumusan sebagai berikut:

| Pasal      | KUHP  |
|------------|---|
| Pasal 104  | Serangan dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun  |
| Pasal 106  | Serangan dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dan wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.   |
| Pasal 107  | (1) Serangan dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.<br>(2) Para pemimpin dan pengatur serangan tersebut dalam ayat 1, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun   |
| Pasal 139a | Serangan dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun   |
| Pasal 139b | Serangan dengan maksud meniadakan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan negara sahabat atau daerahnya yang lain, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun   |
| Pasal 140  | (1) Serangan terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala negara sahabat, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.<br>(2) Jika serangan terhadap nyawa mengakibatkan kematian atau dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana penjara paling lama dua puluh tahun.<br>(3) Jika serangan terhadap nyawa dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana mati |

|  |  |
|--|--|
|  | atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun |
|--|--|

59. Bahwa pada dasarnya “Makar” atau “aanslag” adalah sebuah perbuatan, yaitu perbuatan “serangan”, kemudian, serangan sebagai metode tersebut memiliki tujuan masing-masing yaitu tergantung pada delik dalam pasal, misalnya Pasal 104 adalah serangan dengan maksud membunuh presiden, Pasal 105 adalah serangan dengan maksud memisahkan diri dari wilayah negara, Pasal 107 adalah serangan dengan maksud menggulingkan pemerintahan yang sah dan lain sebagainya;
60. Bahwa Pasal 87 KUHP terdapat dalam buku kesatu KUHP mencantumkan juga frasa “Makar” namun hal itu bukan merupakan pengaturan mengenai definisi dari “Makar”. Pasal 87 yang berbunyi, *“Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53”*, dimaksudkan untuk mengatur perluasan pertanggungjawaban pidana khusus untuk tindak pidana “makar” atau “aanslag” dimana dalam hal makar, pertanggungjawaban pidana sudah ada apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan. Dari rumusan pasal tersebut, maka unsur utamanya adalah (1) Niat dan (2) Permulaan pelaksanaan, sehingga tidak juga memberikan definisi pada arti “Makar”;
61. Bahwa Pasal 87 sebagai bentuk pertanggungjawaban “Makar” menghilangkan syarat ketiga dalam percobaan dan hanya mengadopsi unsur pertama dan kedua, yaitu niat dan permulaan perbuatan, lalu unsur “tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri” dihapuskan, sehingga apabila seseorang sudah memiliki niat dan ada permulaan pelaksanaan untuk melakukan makar atau serangan, pertanggungjawaban pidana sudah dianggap ada, tanpa perlu mempertimbangkan unsur selesainya pelaksanaan perbuatan;
62. Bahwa pemahaman unsur Pasal 87 hanya dapat dilakukan apabila “makar” dimaknai sebagai sebuah perbuatan yang memiliki perluasan pertanggungjawaban sendiri, apabila “makar” hanya dimaknai sebagai kata “sifat” atau “niat” sebagaimana dalam KBBI atau pergeseran makna makar

selama ini, maka jelaslah pengertian itu berpotensi menimbulkan terjadinya ketidakpastian hukum;

63. Bahwa dalam delik pidana, keharusan perumusan pidana yang bersandar pada asas kejelasan tujuan dan kejelasan rumusan merupakan bagian dari asas hukum pidana yang utama yaitu asas legalitas. Bahwa persoalan kejelasan tujuan dan kejelasan rumusan tidak hanya dalam posisi untuk melindungi warga negara dari perbuatan yang tidak jelas apakah perbuatan tersebut sudah diatur berdasarkan undang-undang atau tidak, namun juga memastikan bahwa aparat penegak hukum tidak salah dalam menerapkan hukum sehingga seseorang menjadi tidak dapat dijerat atau menggunakan hukum tersebut dengan sewenang-wenang diluar tujuan dari pengaturannya.
64. Bahwa penggunaan kata "Makar" sebagai pemaknaan dari "Aanslag" telah dengan nyata menimbulkan ketidakpastian hukum karena tidak dapat dengan jelas memaknai "Aanslag" sebagai "serangan".
65. Bahwa akibat ketidakpastian hukum terhadap delik Makar, maka pemenuhan Hak Konstitusi sebagai mana tertuang dalam Pasal 28G ayat (1) yang berbunyi "Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi." Tidak dapat terpenuhi;
66. Bahwa pergesaran Makna "Aanslag" sebagai serangan dalam Makar, telah mengakibatkan adanya ketidakjelasan penggunaan Pasal Makar dalam peradilan pidana. Bahwa dalam berbagai dakwaan yang diajukan oleh Jaksa, Makar kemudian tidak dimaknai sebagai suatu Serangan;
67. Bahwa dalam Kasus Sehu Blesman Alias Melki Bleskadit dalam Putusan MA Nomor 574 K/Pid/2012 didakwa melakukan "Makar" karena menjadi Ketua Panitia hari Perayaan Kemerdekaan Papua Barat yang dianggap niat untuk memisahkan diri dari Indonesia. Dalam dakwaannya, Jaksa sama sekali tidak menjelaskan unsur "Aanslag" atau "serangan" sebagaimana mestinya, dakwaan hanya menjabarkan niat dari terpidana untuk memisahkan diri dari Indonesia. Terpidana dipidana dengan 5 tahun penjara;
- Bahwa dalam kasus Sehu Blesman Alias Melki Bleskadit, Jaksa mendakwa yang bersangkutan atas perbuatan menjadi ketua panitia dan penanggung jawab Perayaan Kemerdekaan Papua Barat. Bahwa dalam acara tersebut,

terjadi beberapa orasi dan pembentangan bendera yang dianggap bendera Papua. Jaksa sama sekali tidak mendakwakan adanya unsur serangan dalam perbuatan yang dilakukan terdakwa, hal ini dapat di lihat dari barang bukti yaitu lembaran kertas undangan, kertas yang dianggap memiliki gambar kemerdekaan papua dan beberapa buah spanduk.

Mahkamah Agung kemudian memperberat pidana dari Terdakwa karena didasarkan atas alasan-alasan yang sama sekali tidak menjelaskan unsur makar sebagai serangan;

68. Bahwa dalam Kasus Semuel Waileruny dalam Putusan MA No. 1827 K/Pid/2007, didakwa dengan permufakatan Jahat untuk melakukan "Makar" karena ingin mengibarkan bendera RMS (Republik Maluku Selatan) yang dianggap niat untuk memisahkan diri dari Indonesia. Dalam dakwaannya, Jaksa juga tidak menguraikan unsur "Aanslag" atau "serangan" sebagaimana mestinya, dakwaan hanya menjabarkan niat dari terpidana untuk memisahkan diri dari Indonesia. Terpidana dipidana dengan 3 tahun penjara;

Bahwa dalam dakwaan, Jaksa mendakwa dengan perbuatan terdakwa yang mengirimkan pesan singkat SMS ke rekannya untuk melakukan persiapan upacara pengibaran Bendera RMS. Sama sekali tidak ada unsur serangan yang didakwakan oleh Jaksa, apabila melihat barang bukti yang didapat yaitu Hand Phone (telepon genggam), dokumen, disket, foto dan surat-surat maka terlihat bahwa terdakwa sama sekali tidak sedang merencanakan serangan.

Bahwa kemudian, dalam memori kasasinya, kuasa hukum terdakwa sudah menjelaskan konteks Makar sebagai serangan yang tidak dipertimbangkan oleh Hakim di tingkat pertama dan banding, namun, Hakim MA tetap tidak mempertimbangkan permohonan kasasi dengan alasan bahwa alasan tersebut tidak masuk dalam ranah kasasi;

69. Bahwa dalam Kasus Stepanus Tahapary als. Stevi dalam Putusan MA No. 2106 K/Pid/2008, didakwa dengan permufakatan Jahat untuk melakukan "Makar" karena menyimpan dokumentasi berupa VCD dan Dokumen konflik Maluku, Pelaksanaan HUT Republik Maluku Selatan dan upacara bendera Republik Maluku Selatan. Dalam dakwaannya, Jaksa juga tidak menguraikan unsur "Aanslag" atau "serangan" sebagaimana mestinya, dakwaan hanya menjabarkan niat dari terpidana untuk memisahkan diri dari Indonesia. Terpidana dipidana dengan 3 tahun penjara;

Bahwa terdakwa dihukum melakukan Makar dikarenakan menerima dan menyimpan dokumen yang dianggap dapat digunakannya dipelajari untuk memperjuangkan pemisahan wilayah Maluku. Dalam dakwaan, sama sekali Jaksa tidak menjelaskan ada persiapan “serangan” yang dilakukan oleh terdakwa. Hakim Agung menolak kasasi yang diajukan Jaksa, namun Hakim Agung MA sama sekali tidak mencoba untuk melihat penerapan hukum yang tidak sesuai dimana Hakim di pengadilan tingkat pertama dan banding sama sekali tidak menjelaskan pertimbangan unsur serangan.

70. Bahwa dalam Kasus Yakobus Pigai dalam Putusan MA Nomor 1977 K/PID/2008, oleh Hakim Agung dipidana dengan Pidana Makar yang diartikan sebagai Kejahatan Terhadap Negara. Dirinya dipidana penjara selama 5 tahun karena mengibarkan Bendera Bintang Kejora yang dianggap sebagai tindakan Makar. Baik Jaksa dan Hakim tidak memasukkan unsur “Makar” sebagai “Serangan” atau “Aanslag” bahkan Hakim Agung kemudian menyederhanakan perbuatan mengibarkan bendera Bintang kejora tanpa adanya unsur “Serangan” menjadi Kejahatan Terhadap Negara.

Bahwa dalam kasus ini, Hakim tingkat pertama kemudian membebaskan terdakwa dengan pertimbangan tidak adanya perbuatan “makar” yang dilakukan oleh para terdakwa. Jaksa kemudian mengajukan Kasasi dikarenakan menilai Hakim salah dalam menerapkan hukum. Dalam memori kasasinya Jaksa memberikan pengertian “unsur makar” sebagai berikut :

*“Judex facti dalam putusannya menyatakan bahwa unsur tersebut tidak terbukti dengan alasan bahwa Terdakwa mengirim SMS ke rekan-rekannya hanya berupa informasi saja, padahal kata makar atau aanslag hendaknya jangan selalu harus diartikan sebagai suatu tindak kekerasan, karena yang dimaksudkan kata makar dalam rumusan yang diatur dalam Pasal 106 KUHPidana sebenarnya adalah setiap tindakan yang dilakukan oleh orang yang merugikan kepentingan hukum Negara berupa utuhnya wilayah Negara, dalam hal ini kata makar itu juga harus diartikan setiap tindakan yang dilakukan dengan maksud untuk mencapai salah satu akibat yang disebutkan di dalam rumusan tindak pidana, baik yang menjurus pada timbulnya akibat seperti itu, maupun yang dapat dianggap sebagai suatu percobaan untuk menimbulkan akibat seperti yang dimaksudkan dalam rumusan tindak pidana. Dengan demikian seseorang itu telah dapat*

*dipersalahkan melakukan makar seperti yang dimaksudkan dalam Pasal 106 KUHPidana, yaitu bukan saja jika perilakunya itu ternyata benar-benar telah menghasilkan suatu *voltooid misdrijf* atau suatu kejahatan yang selesai melainkan juga dalam hal perilakunya hanya menghasilkan suatu *poging* atau suatu percobaan.”*

Bahwa dalam memori kasusnya, Jaksa terlihat memaknai Makar keluar dari pengertian originalnya yaitu “serangan”, Jaksa menilai bahwa “Makar” merupakan setiap “tindakan yang merugikan kepentingan hukum negara”. Kesalahan pemaknaan unsur “makar” yang berarti “serangan” oleh Jaksa ini kemudian dijadikan pertimbangan oleh Hakim Agung MA yang memaknai sangat sederhana makar, dengan hanya menilai makar dari perbuatan “penaikan bendera Bintang Kejora” tanpa memberikan pertimbangan terkait unsur makar;

71. Bahwa, selain Kasus-Kasus diatas sesungguhnya hampir semua kasus yang dipidana dengan Pasal Makar memiliki karekteristik yang sama, yaitu tidak dijelaskannya unsur “Makar” sebagai serangan oleh Jaksa dan Hakim. Kondisi ini menunjukkan bahwa penggunaan Makar telah bergeser akibat adanya pergeseran makna Makar sebagai “*Aanslag*” atau “serangan”.
72. Bahwa apabila dicermati maka baik Jaksa dan Hakim saat ini tidak mampu untuk memaknai makar, bahkan dalam beberapa putusan, Jaksa memberikan pemahaman yang keluar dari jalur pemaknaan Makar yang sesungguhnya sudah tidak dapat lagi dimaknai berbeda dari kata “*aanslag*”, bahwa kondisi seperti ini justru berbenturan dengan tujuan asli frasa makar atau “*aanslag*” pada saat dibentuk, yaitu tidak boleh diartikan meluas dari pengertian “serangan” sehingga dapat menyasar perbuatan-perbuatan lain diluar perbuatan serangan;
73. Bahwa kondisi ketidakpastian ini menimbulkan tidak adanya jaminan perlindungan hukum bagi warga negara Indonesia, kondisi seperti ini dapat berakibat Jaksa dengan sesuka hati manafsirkan suatu pasal pidana, kondisi ini justru diperburuk dengan putusan Hakim khususnya Hakim Agung yang tidak memberikan putusan yang sesuai dengan penerapa hukum yang tepat perihal “makar”;
74. Bahwa dengan tidak adanya kepastian hukum dan jaminan perlindungan hukum, akibat dari bergesernya pemaknaan *Aanslag* sebagai serangan, maka

Sepanjang tidak dimaknai sebagai serangan, frasa Makar dalam Pasal 87, Pasal 104, 106, 107, 139a, 139b, dan 140 Undang-Undang Nomor.1 Tahun 1946 (KUHP) bertentangan dengan Pasal 28D (1) UUD 1945 dan Pasal 28G ayat (1).

#### **D. Petitem**

Berdasarkan alasan-alasan hukum dan konstitusional di atas, maka Pemohon dalam hal ini memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk dapat memutus hal-hal sebagai berikut:

- a) Mengabulkan permohonan Pemohon untuk seluruhnya;
- b) Menyatakan Pasal 87, Pasal 104, 106, 107, 139a, 139b, dan 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana (KUHP), bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang apabila frasa“makar” tidak dimaknai sebagai “*aanslag*” atau “serangan”;

Atau apabila Majelis Mahkamah Konstitusi berpendapat lain mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.2] Menimbang bahwa untuk menguatkan dalilnya, Pemohon mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-9, sebagai berikut:

1. Bukti P – 1: Fotokopi Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 (KUHP);
2. Bukti P – 2: Fotokopi Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945;
3. Bukti P – 3: Fotokopi Identitas Pemohon;
4. Bukti P – 4: Buku berjudul Tindak Pidana Makar Dalam Rancangan KUHP;
5. Bukti P – 5: Fotokopi Kitab Oendang-Oendang Hoekoeman, Balai Pustaka Jakarta, 1948;
6. Bukti P – 6: Fotokopi Tindak Pidana Makar Menurut KUHP, Djoko Prakoso, 1985;
7. Bukti P – 7: Fotokopi Delik-Delik Khusus Kejahatan terhadap Kepentingan Hukum Negara, Edisi Kedua, P. A. F Lamintang dan Theo Lamintang, 2010;

8. Bukti P – 8: Fotokopi *Geschiedenis Nam Het Wetboek Van Strafrecht*, H. J. Smidt, 1891.
9. Bukti P – 9: Fotokopi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentari-komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal.

Selain itu, Pemohon mengajukan tujuh orang ahli yang telah didengar keterangannya dalam persidangan Mahkamah masing-masing pada tanggal 23 Mei 2017, 13 Juni 2017, dan 13 Juli 2017 serta satu keterangan tertulis ahli yang pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

#### 1. Sri Wiyanti Eddyono

Delik makar sebagai delik politik. Pengaturan tentang pasal-pasal makar, secara definitif di dalam KUHP terdapat pada Buku II tentang Kejahatan Negara, bab tentang kejahatan terhadap keamanan negara. Dalam khazanah hukum pidana, pengaturan ini dapat dikategorikan sebagai kejahatan politik atau pidana politik untuk melindungi negara atau proteksi negara. Walaupun secara nomenklatur tidak pernah disebutkan bahwa makar adalah hukum pidana politik, namun dalam khazanah ilmu pengetahuan hukum, maka kita bisa dapat mengambil kesimpulan bahwa hukum pidana makar adalah bagian dari kejahatan politik.

Perlindungan terhadap negara, yang dimaksud adalah perlindungan terhadap kehidupan bernegara yang meliputi perlindungan terhadap kehidupan organisasi negara, termasuk kehidupan lembaga-lembaga negara. Wirjono Prodjodikoro menyatakan bahwa kejahatan-kejahatan terhadap keamanan negara itu memiliki sifat khusus, yaitu sifat pengkhianatan, baik yang bersifat *intern* dan *extern*. Pengkhianatan intern adalah tindak pidana dalam cakupan internal keamanan kenegaraan, baik untuk mengubah struktur kenegaraan, atau struktur pemerintahan yang ada, dan terhadap kepala negara. Sementara, pengkhianatan extern mencakup upaya yang membahayakan keamanan negara terhadap serangan dari luar maupun upaya yang membahayakan keamanan negara lain.

Sebagai delik politik jika dibandingkan dengan delik umum, maka tindak kejahatan berdasarkan tujuan yang dilandasi pada keyakinan politik memang menjadi isu sentral. Pertanyaannya kemudian adalah keyakinan politik yang seperti apa? Sebab, istilah politik itu sendiri adalah mencakupi pengertian yang luas dan dapat meliputi keyakinan bahwa apa yang dilakukan oleh seseorang sebagai upaya untuk memperbaiki sistem pemerintahan negara agar menjadi lebih

baik. Upaya-upaya yang dilakukan dalam hal ini misalnya untuk menyampaikan pendapat, baik secara langsung atau pun dengan berbagai mekanisme yang dianggap sangat wajar dalam masyarakat yang demokratis, seperti halnya melakukan demonstrasi atau protes lainnya. Ahli menekankan pentingnya kembali merujuk kepada pengertian kepentingan negara yang harus dilihat sebagai kepentingan kehidupan bernegara yang demokratis dan dalam koridor yang telah ditetapkan dalam konstitusi dan dalam kerangka hubungan antarnegara dan warganya dengan kerangka HAM.

Bahwa keamanan negara ini bukan keamanan yang sangat sempit, hanya melihat kepada kepentingan negara sebagai struktur lembaga negara maupun pihak yang menjadi pemimpin negara. Hal ini tentu tidak mengabaikan adanya pihak-pihak yang disebut oleh Rummelink sebagai penjahat politik. Seseorang yang harus dibedakan dengan mereka yang disebut melakukan perbuatan politik. Rummelink menekankan seorang pelaku kejahatan politik menghendaki pengakuan dari norma-norma yang diperjuangkan agar dapat diterima oleh tertib hukum yang berlaku. Sedangkan perbuatan politik, dimaksudkan bahwa perbuatan yang dilakukan bukan semata-mata karena keberatan terhadap norma yang dilanggar, akan tetapi keberatan terhadap norma-norma lain yang menjadi bagian dari tertib hukum atau berkeberatan terhadap situasi-situasi hukum yang dianggap tidak adil. Menegaskan apa yang disebutkan oleh Rummelink, Ahli berpendapat perbuatan politik merupakan perbuatan yang natural yang disandarkan pada kesadaran seseorang terhadap situasi politik kenegaraan dan bahkan kesadarannya sebagai warga negara yang dijamin oleh konstitusi. Sementara, kejahatan politik memiliki suatu pandangan untuk memaksa keyakinannya dan kemudian melakukan langkah-langkah konkret untuk itu dengan berbagai cara, misalnya penggunaan cara-cara pemaksaan dengan kekerasan.

Perbedaan antara perbuatan politik dengan kejahatan politik dalam kejahatan negara, memang tidak secara nyata diatur di dalam KUHP. Bahkan, KUHP pun tidak secara spesifik menekankan adanya keyakinan politik tertentu yang meletakkan bahwa KUHP memiliki definisi yang cenderung luas terhadap rumusannya, terutama dalam makar. Peletakan konteks delik makar sebagai delik politik menjadi penting untuk kemudian mengkaji definisi makar di KUHP dan sejauh mana definisi ini merepresentasikan delik makar itu sebagai bagian dari delik politik.

Ahli membagi ada empat perbedaan definisi makar. *Pertama* adalah yang disampaikan oleh Wirjono Prodjodikoro, yang menyebutkan makar sebagai *aanslag*, atau serangan. Kemudian mendefinisikan lebih lanjut makar secara khusus sebagaimana disebutkan Pasal 87 KUHP. Secara tegas, Wirjono menyebutkan bahwa makar sebagai sebuah perbuatan sudah ada jika kehendak dari si pelaku sudah tampak berupa permulaan pelaksanaan, bukan sebagai permulaan persiapan. Selain Wirjono Prodjodikoro yang mendefinisikan *aanslag* sebagai serangan, juga Chazawi. Chazawi juga mendefinisikan *aanslag* sebagai penyerangan atau serangan. Namun kedua ahli tersebut sama-sama tidak memberikan penjelasan lebih lanjut, serangan itu seperti apa? Apakah serangan yang sifatnya fisik ataupun yang bersifat nonfisik.

Kategori *Kedua*, disampaikan oleh R. Soesilo yang menerjemahkan Pasal 87 tentang makar sebagai perbuatan dianggap ada apabila si pembuat kejahatan sudah ternyata dengan dimulainya melakukan perbuatan itu. Dan makar diartikan dengan *aanslag* yang biasanya dilakukan dengan perbuatan kekerasan. Jadi sama dengan Prof. Wirjono Prodjodikoro, baik Soesilo juga menekankan bahwa harus adanya niat dan adanya perbuatan pelaksanaan. Soesilo juga menekankan bahwa perencanaan lebih dahulu tidak perlu sepanjang unsur sengaja telah ada.

Kategori *Ketiga*, disampaikan Andi Hamzah yang menyebutkan, "*Aanslag* sebagai percobaan membunuh." Lebih lanjut Andi Hamzah menjelaskan bahwa percobaan membunuh ini pada awalnya ditujukan kepada raja, namun dalam konteks sekarang dapat ditujukan kepada presiden. Mengacu pada Purwadarminto, Moeljanto menyebutkan istilah makar adalah merujuk pada usaha atau perbuatan. Kata *usaha* atau *perbuatan* ini sebetulnya mirip dengan apa yang disampaikan oleh Moeljanto yang menyatakan *aanslag* sebagai usaha atau perbuatan. Baik Moeljanto, Andi Hamzah, Projodikoro, dan Soesilo menyebutkan dua unsur yang disebut sebagai perbuatan makar, yaitu niat dan permulaan pelaksanaan.

Ahli ingin langsung merujuk kepada apa yang dimaksud dengan Moeljanto dalam membedakan niat. Yaitu niat menurut Moeljanto ada dua, yaitu pertama niat dalam percobaan yang selesai dan kedua percobaan yang terhenti. Menurut Moeljanto pada tahap pertama yang disebut dengan perbuatan yang dengan sengaja, dimana niat tidak saja meliputi melakukan kegiatan yang sudah dituju

tetapi juga kegiatan yang diketahui akan menimbulkan akibat tertentu. Sehingga memang Moeljanto menekankan bahwa makar adalah sebagai delik materil.

Dengan demikian, Moeljanto menyimpulkan bahwa niat tidak sama dengan kesengajaan, walaupun niat secara potensial bisa berubah menjadi kesengajaan ketika seseorang sudah melaksanakan perbuatannya yang disetujui. Namun, ketika kegiatan pelaksanaan yang dituju belum selesai maka niat masih ada yang memberikan arah kepada perbuatan itu. Karena isi niat tidak diambil dari kesengajaan apabila kejahatan sudah terjadi. Maka Moeljanto menegaskan bahwa perlu dibuktikan secara sendiri, apakah isi kejahatan sudah ada sejak niat belum diwujudkan sebagai perbuatan. Pandangan Moeljanto adalah Prakoso, yang kemudian menyatakan percoobaan yang belum selesai memiliki makna yang bersifat subjektif. Dimana niat adalah sepenuhnya keinginan terdakwa, dimana diwujudkan dalam tindakan yang disengaja sebagai tujuannya.

Bahwa para ahli hukum sebetulnya memang meletakkan makar sebagai sebuah kejahatan yang berbahaya. Termasuk Moeljanto yang menyebutkan bahwa walaupun si terdakwa mengurungkan niatnya masih dimungkinkan terdakwa diproses secara hukum. Menyimak pada penjelasan para ahli, maka dapat dilihat ada persamaan dan perbedaan penekanan antara satu ahli dan ahli lain terhadap apa yang disebut makar dan unsur-unsur yang ada. Setiap ahli menekankan bahwa makar adalah delik yang khusus untuk melindungi keamanan negara. Namun, bagaimana delik ini digunakan agaknya ada perbedaan penafsiran. Ada yang melihat makar sebagai serangan, kekerasan, ataupun upaya yang bersifat konkret. Tidak ada penjelasan yang lebih khusus serangan dan kekerasan yang seperti apa. Apakah serangan dalam bentuk fisik ataupun serangan dalam bentuk nonfisik? Namun apakah serangan, kekerasan, atau upaya? Maka para ahli bersepakat terhadap setidaknya ada dua elemen, yaitu niat dan permulaan pelaksanaan. Permulaan pelaksanaan ini dibedakan dengan permulaan persiapan. Dengan kesepahaman yang sama bahwa permulaan pelaksanaan merupakan unsur yang penting, maka sesungguhnya makar ini merupakan perbuatan yang sudah nyata dan diwujudkan dengan adanya permulaan pelaksanaan.

Bagaimana dampak perbedaan penafsiran dalam penerapannya? Penafsiran yang beragam ini dapat berdampak pada penerapan Pasal-pasal yang berbeda. Dalam konteks politik yang terjadi pada era yang berbeda pula, Ahli ingin

menggambarkan ada tiga era yang menerapkan pasal ini secara berbeda. Pada Era Orde Lama pada tahun 1950 khususnya pada tahun 1965, makar pembunuhan terhadap Presiden beberapa kali terjadi, dimana pemidanaan mati diberlakukan berdasarkan Pasal 104 KUHP dan juga bersamaan dengan Undang-Undang Nomor Darurat 12 Tahun 1951 kepada sebagian besar terdakwa.

Selain itu, makar juga digunakan untuk mengadili mereka yang melakukan pemberontakan PKI, DI/TII di Jawa Barat, Aceh, dan Kahar Muzakkar di Sulawesi, pemberontakan RMS, dan kemudian pemberontakan Pasundan oleh Westrling, Permesta. Dimana pemberontakan-pemberontakan itu terhadap terdakwa diadili dengan menggunakan pasal-pasal kejahatan keamanan negara dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1951 dan sebagian besar dihukum mati. Ahli dapat menyimpulkan pada era ini, terlihat bahwa makar memang ditekankan kepada serangan secara langsung, baik kepada presiden, maupun kepada Pemerintahan RI, termasuk serangan dengan menggunakan amunisi dan granat.

Bagaimana pada era Orde Baru pada tahun 1965 sampai 1998? Berbeda dengan Orde Baru dan Orde Lama. Orde Baru pasal-pasal makar jarang digunakan. Namun sebaliknya, Pemerintah Orde Baru mengatur secara tersendiri tentang kejahatan ideologis atau kejahatan yang terkait dengan subversif di dalam Undang-Undang Nomor 1 PNPS Tahun 1963 tentang Pemberantasan Kegiatan Subversif. Undang-undang ini tersebut tentu dianggap sudah dianalisis oleh banyak pihak, memiliki rumusan yang sangat luas, dan sangat subjektif sifatnya, sehingga memberi ruang untuk menafsirkan secara berlebihan dan digunakan secara efektif untuk menakuti mereka yang kritis yang memiliki pandangan yang berbeda dengan pemerintah pada saat ini.

Ahli mencoba untuk menghitung secara cepat, setidaknya ada lebih dari 2.000 terpidana sejak tahun 1970 hingga 1998, yang menjadi korban penetapan Undang-Undang 11 PNPS 1963. Dengan adanya undang-undang ini, memang pasal-pasal makar nyaris tidak digunakan oleh pemerintah Orde Baru. Bagaimana dengan masa Reformasi pasca-1998? Dengan adanya reformasi, Undang-Undang Nomor 11 PNPS Tahun 1963 tentang Pemberantasan Kegiatan Subversi dicabut dengan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 1999 tentang Pencabutan Undang-Undang Nomor 11 PNPS Tahun 1963 dan juga pemerintah menerbitkan Undang-Undang Nomor 57 tahun 1999 tentang Perubahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang berkaitan dengan kejahatan terhadap keamanan negara. Undang-

undang ini menambahkan 6 poin baru di dalam Pasal 2 tentang Kejahatan Keamanan Negara, yaitu Pasal 107A, 107B, 107E, sampai F Undang-Undang ini setidaknya mengatur 2 jenis kejahatan, yaitu kejahatan terkait penggantian ideologi negara, yaitu Pancasila dan kejahatan sabotase terhadap sarana prasarana militer dan distribusi pengadaan bahan pokok.

Dengan adanya pencabutan Undang-Undang Nomor 1 PNPS Tahun 1963 tentang Pemberantasan Kegiatan Subversif, maka pemerintah di Era Reformasi memang tidak bisa menggunakan undang-undang tersebut lagi. Dan bersamaan dengan itu, maka kasus-kasus yang menggunakan pasal makar, KUHP pun mulai kembali muncul, sebagaimana telah dipaparkan pula oleh Pemohon dalam dokumen permohonannya. Bedanya, di Era Reformasi tidak menekankan pembuktian yang didasarkan pada serangan atau tindakan kekerasan sebagaimana dalam Orde Lama.

Ahli menyampaikan beberapa putusan yang dianalisa. Putusan terkait dengan makar antara lain, yaitu Putusan MA Nomor 574K Pidana 2012, Putusan MA Nomor 19K Pidana 2003, Putusan MA Nomor 169K Pidana 2005, Putusan MA Nomor 189 Pidana 2009, dan Putusan MA Nomor 1827K Pidana 2007, dan Putusan Nomor 1972 Tahun 2008. Ahli mau menyimpulkan, bahwa Pasal-Pasal 87, 104, 106, 107, 139A, 139B, dan Pasal 140 yang diajukan oleh Pemohon untuk diuji di hadapan Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi, merupakan pasal yang rumusannya menimbulkan perbedaan penafsiran. Hal ini karena kejahatan makar sebagai kejahatan terhadap keamanan negara adalah merupakan bagian dari hukum pidana politik, dimana penerapannya pun tidak bisa lepas dari kepentingan politik dalam menafsirkan keamanan negara. Hal ini dapat dilihat di satu era dengan era lain, baik di masa Orde Lama, Orde Baru, dan Era Reformasi.

Dengan demikian, Saksi Ahli menyarankan bahwa keamanan negara perlu diletakkan sebagai keamanan kehidupan bernegara, dimana dalam kehidupan bernegara, terdapat berbagai unsur, termasuk dan tidak terbatas pada warga negara dan institusi-institusi negara. Dalam kerangka hukum pidana politik, maka hukum pidana setidaknya melindungi kehidupan orang perorangan, kelompok masyarakat, dan negara secara bersamaan. Oleh karena itu, kebutuhan adanya penafsiran yang terbatas dan jelas tentang tindakan makar menjadi penting. Penafsiran ini akan membantu para pelaksana hukum untuk bekerja sebaik-baiknya dalam menerapkan hukum yang berkeadilan dengan tidak harus

menunggu pengesahan RUU KUHP. Penegasan terhadap pasal, pasal tersebut juga dapat digunakan untuk membantu pembentukan hukum baru.

## 2. Ahmad Sofian

Ahli akan menyampaikan lima bagian dalam makalah Ahli. Pertama, berisi tentang pendahuluan, kedua, pengaturan delik makar, ketiga tentang sejarah delik makar, keempat, tafsir makar, dan yang terakhir adalah pendapat Ahli, yaitu pendapat Ahli sendiri.

Pertama, dari sisi pendahuluan. Kalau kita lihat bahwa delik makar itu ada diatur di dalam Buku II dan Bab 1 KUHP mengenai Kejahatan Terhadap Negara. Ini menunjukkan bahwa kenapa ditempatkan di Bab 1, ini menunjukkan bahwa kejahatan ini merupakan sebuah kejahatan yang serius, atau yang paling serius, dibandingkan dengan kejahatan-kejahatan lainnya, kejahatan terhadap tubuh dan nyawa, atau kejahatan kesusilaan, atau kejahatan terhadap materiil atau benda. Namun, walaupun begitu penting delik makar ini ditempatkan di dalam Bab 1 Buku II, tetapi ternyata tidak memiliki tafsir yang tegas dan jelas. Karena itu, para ilmuwan berbeda pendapat terhadap apa yang dapat dimaknai terhadap makar. Bukan hanya ilmuwan hukum pidana di Indonesia, bahkan ilmuwan hukum pidana di Belanda juga punya pandangan yang berbeda terhadap apa yang dimaknai dengan aanslag. Karena itu, sidang kali ini menjadi penting untuk memberikan tafsir terhadap apa sebenarnya makar itu.

Kedua adalah tentang pengaturan makar. Ahli sebelumnya sudah menyampaikan bahwa makar ada diatur di dalam Buku II Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 108, Pasal 110, dan Pasal 140. Ada dua pasal yang sudah dihapus, Pasal 105, Pasal 109. Keenam pasal tersebut kalau kita cek ditempatkan di dalam buku yang berbeda, Pasal 87 ada di dalam Buku 1 tentang Ketentuan Umum. Artinya apa? Ketentuan Umum memberikan tafsir terhadap delik atau terhadap elemen-elemen delik yang ada di dalam Buku II, Buku III, itu Pasal 87. Lima pasal lainnya ada di Buku II mengatur tentang strafbaar feit atau tindak pidananya, perbuatan-perbuatan yang dilarang. Jadi, Buku I memberikan tafsir (pemaknaan). Buku II mengatur tentang delik yang dilarang. Kalau kita baca di dalam Pasal 87, Ahli menggunakan KUHP versinya Prof. Moeljatno, "Dikatakan ada makar untuk melakukan sesuatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan seperti dimaksud dalam Pasal 53." Pasal 53 adalah tentang Posing atau percobaan melakukan tindak pidana.

Meskipun sudah ada menjelaskan sedikit tentang Makar di Pasal 87, namun ternyata dua elemen yang disebut makar tersebut ada niat dan permulaan pelaksanaan, kalau niat sudah jelas, tapi permulaan pelaksanaan itu yang tidak jelas. Banyak tafsir yang berbeda terhadap apa yang dimaksud dengan permulaan pelaksanaan itu, sebagaimana yang dimaksudkan oleh pengertian elemen makar di dalam Pasal 87.

Sebelum Ahli memberikan tafsir terhadap itu atau ilmunan-ilmuan lain memberikan tafsir terhadap itu, maka penting bagi kita untuk mengetahui tentang sejarah makar, dimasukkannya di dalam KUHP. Sangat terbatas literatur yang menjelaskan tentang masalah sejarah makar ini. Ahli coba mencari beberapa literatur di Indonesia dan juga literatur-literatur yang ada di Belanda, tapi para ilmunan sepakat bahwa dimasukkannya pasal makar di dalam KUHP Belanda itu, dilakukan pada 1920. Artinya, ketika KUHP Belanda disusun, belum ada delik makar. Jadi, delik makar ini terjadi ketika terjadinya revolusi komunis di Eropa yang meruntuhkan kekuasaan Tsar Nikolas II di Rusia dan mereka berkuasa. Tsar Nikolas II, kalau kita lihat sejarahnya, memiliki hubungan kekerabatan dengan Raja di Inggris. Raja di Inggris juga memiliki hubungan kekerabatan dengan Raja di Belanda. Karena saking takutnya, Belanda juga direvolusi oleh komunis, maka mereka akhirnya memasukkan delik *aanslag* di dalam kitab undang-undangnya pada tahun 1920. Jadi sebelumnya tidak ada, ya, tidak ada.

Dengan demikian, sebetulnya kalau kita lihat tafsir historis, ini karena kekhawatiran Raja di Belanda atau kekuasaan di Belanda diruntuhkan oleh kekuasaan komunis, sehingga dimasukkan pasal itu yang diatur di dalam Staatsblad 619 tanggal 28 Juli 1920 yang disebut dengan anti revolusi wet. Jadi, anti revolusi wet ini diintegrasikan dengan Wetboek van Strafrecht-nya Belanda. Namun *aanslag* tidak didefinisikan Ahlingnya, hanya ada diatur di dalam Pasal 87 Ahli sebutkan tadi. Sebelumnya tidak mengenal istilah *aanslag*. Sebelum 1920, *aanslag* tidak dikenal di dalam KUHP Belanda yang ada hanya *fogging*. *Fogging* adalah percobaan melakukan tindak pidana yang elemennya jelas ada tiga. Ada niat, ada permulaan pelaksanaan, permulaan pelaksanaan itu terhenti bukan karena kehendak dari si pelaku, tapi ada faktor eksternal yang menghentikan permulaan pelaksanaan itu.

Pasal-pasal *aanslag* ini selanjutnya dimasukkan di dalam pasal-pasal KUHP Indonesia atau *wetboek van strafrecht voor nederlandsch-indie* tahun 1930.

Kenapa selang waktunya 10 tahun? Karena tahun 1926 terjadi pemberontakan komunis di Indonesia karena itu Belanda juga khawatir kekuasaannya dipereteli oleh komunis sehingga dimasukkanlah delik makar itu pada tahun 1930 di dalam WVS-nya Indonesia. Sekali lagi ini menunjukkan bahwa pasal-pasal makar itu dimaksudkan untuk melindungi penguasa dari rongrongan, atau tekanan, atau agresi pihak-pihak luar, atau pihak-pihak internal yang ingin mengambil kekuasaan itu.

Bagian keempat dari paper Ahli, tafsir tentang pasal-pasal makar. Karena kita bicara tafsir dalam filsafat ilmu, Ahli yakin Yang Mulia sudah paham tentang hermeneutika atau ilmu tafsir-menafsir dalam hukum. Untuk mengetahui norma apa yang bisa dipergunakan dalam peristiwa konkret tertentu. Kalau kita kaji lebih jauh ternyata ilmu tafsir-menafsir ini dalam ilmu hukum ada 10 jenis. Ada tafsir menurut tata bahasa, ada tafsir resmi dari undang-undang itu atau yang disebut dengan *authentic interpretation*. Ada tafsir historis, ada tafsir sistematis, ada tafsir nasional atau yang sudah dikembangkan dalam konteks hukum nasional. Kemudian, ada tafsir teologis atau sosiologis, ekstentif, restrektif, analogis, dan *a contrario*. Ini tafsir-tafsir yang bisa kita gunakan sebagai landasan teori untuk memberikan tafsir terhadap makar. Tadi Ahli coba memberikan tafsir secara historis berdasarkan ketentuan yang sudah dimasukkan dalam anti revolusi wet 1920. Kita bisa menggunakan tafsir-tafsir yang lain dalam memaknai apa yang dimaksud dengan makar. Dari satu tafsir tersebut, kesemuanya memiliki kekurangan dan kelebihan tergantung kepada konteks peristiwa konkret yang ingin digunakan terhadap artikel atau pasal-pasal tertentu. Bisa jadi tafsir historis dan teologis lebih baik dibandingkan misalnya dengan tafsir tata bahasa atau tafsir secara sistematis atau analogis. Jadi, sangat tergantung kepada konteks yang mau ditafsir dalam peristiwa konkret tertentu.

Ahli coba mengutip pandangan Dr. Andi Hamzah, mengatakan bahwa makar benar katanya adalah terjemahan dari bahasa Belanda *aanslag* yang terdapat dalam Pasal 104 dan seterusnya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia. Kalau kita cek di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda yang berlaku saat ini ada Pasal 92 KUHP Belanda. Namun kalau terjemahan KUHP Belanda itu Pasal 92 dan seterusnya di bawah judul *serious offense againts the security of the state*.

Ahli mengutip terjemahan lengkap Pasal 92, tapi dimulai dengan *attempt* bukan *attack*, bukan serangan. Jadi, *aanslag* diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris dengan *an attempt*. Kalau kita cek *an attempt* itu adalah sebuah percobaan, dan seterusnya itu sama. Jadi, diawali dengan *an attempt*. Jadi, menerjemahkan *aanslag* ke dalam bahasa Inggris itu dengan *an attempt*. Dari Pasal 92 ini jelas bahwa *aanslag* diterjemahkan menjadi *attempt* atau lazim disebut dengan kalau kita terjemahkan dalam Bahasa Indonesia itu disamakan dengan banyak ilmuwan hukum pidana menerjemahkan *attempt* itu dengan percobaan. Pertanyaan bagi Ahli ketika membaca ini, kenapa *aanslag* itu diterjemahkan dengan *attempt* dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda yang diterbitkan oleh Master University Belanda, tahun 1997. Apakah karena tata bahasa Inggris tidak mengenal terjemahan yang tepat, *aanslag*? Atau apakah karena dalam tradisi *common law* tidak mengenal perbuatan *aanslag*?

Terkait dengan masalah ini, Andi Hamzah mengatakan bahwa terjemahan *aanslag* menurut beliau bisa juga dibuat dengan *attempt on man's life*. Percobaan pembunuhan terhadap manusia. *Attempt* sendiri dalam *Black Law Dictionary* juga Ahli kutip di dalam paper ini secara lengkap. Ada dua pandangan, pandangan dari penulis *Black Law Dictionary*, yaitu Bryan A. Garner dan pandangan seorang filosofi hukum yang juga di dalam *Black Law Dictionary*, yaitu Glanville L. Williams. Keduanya juga memakai kata-kata *attempt*, di dalam menerjemahkan yang disebut dengan *aanslag*. Itu tafsir menurut tata bahasa. Kalau kita baca Pasal 104 KUHP, maka kata (*aanslag*) yang dilakukan dengan niat dan seterusnya. Pasal 104 ini tafsir dari P.A.F. Lamintang digolongkannya menjadi dua bagian Pasal 104 tentang Makar itu. Pertama adalah unsur subjektif, yang kedua adalah unsur objektif. Unsur subjektifnya sudah jelas dengan niat, unsur objektifnya cukup banyak, ada makar, atau yang dilakukan, atau yang menghilangkan nyawa, atau merampas kemerdekaan, atau membuat tidak mampu memerintah presiden atau wakil presiden. Ini unsur objektifnya.

Pasal 104 ini dan dari uraian-uraian kajian literatur di Indonesia dan Belanda, Ahli menyimpulkan ada dua kelompok yang saat ini memberikan tafsir terhadap *aanslag* atau makar. Kelompok ilmuwan pertama menafsirkannya sebagai serangan atau tindak kekerasan, itu kelompok ilmuwan pertama. Pendukung-pendukungnya cukup banyak. Kelompok Ilmuwan kedua menafsirkannya sebagai delik percobaan yang tidak lengkap. Atau kalau bahasa Prof. Moeljatno, percobaan

yang diamputasi katanya. Delik percobaan yang diamputasi karena unsur dari percobaan itu ada tiga elemen. Satu elemen, elemen yang terakhir diamputasi. Jadi yang pertama menafsirkannya sebagai serangan, kelompok ilmuwan pertama atau tindak kekerasan. Kelompok ilmuwan kedua menafsirkannya sebagai delik percobaan, atau *attempt*, atau *poging* yang diamputasi atau tidak lengkap. Kelompok yang pertama serangan atau tindak kekerasan. Jadi kelompok ilmuwan yang menafsirkannya dengan serangan dan tindak kekerasan. Sudah disebutkan, misalnya R. Soesilo menyebutkannya sebagai perbuatan kekerasan dengan dimulainya perbuatan pelaksanaan atau *uitvoerings handelingen*. Jadi ada perbuatan pelaksanaan yang mengandung elemen kekerasan. Perbuatan pelaksanaan itu tidak mungkin kalau tidak dilakukan dengan tindak kekerasan. Apa itu tindak kekerasan? Tindak kekerasan itu dimaknai menggunakan tenaga atau kemampuan jasmani yang bisa menimbulkan dampak yang luar biasa kepada korban, contohnya menggunakan senjata atau menggunakan alat-alat lainnya yang dimaknai bisa membuat pingsan atau tidak berdaya. Jadi, perbuatan pelaksanaan dalam konteks serangan itu menurut beliau adalah ada tindak kekerasan yang dilakukan, tanpa tindak kekerasan, maka itu tidak digolongkan sebagai perbuatan pelaksanaan.

### 3. Fadillah Agus

Apabila kata “makar” pada Pasal 102 KUHP dimaknai sebagai “*aanslag*” yang berarti “serangan”, maka pengertian tentang kata “serangan” dapat ditinjau dari sudut pandang hukum humaniter dan hukum pidana internasional. “Serangan” yang dalam bahasa Inggrisnya “*attack*” setidaknya dijumpai pada dua dokumen hukum internasional, yang pertama adalah instrumen hukum humaniter internasional yakni Konvensi-konvensi Jenewa 1949 beserta Dua Protokol Tambahannya 1977 serta instrumen hukum pidana internasional yaitu Statuta Roma tahun 1998 untuk Mahkamah Pidana Internasional (ICC).

Kata-kata “*attack*” banyak digunakan pada instrumen hukum humaniter internasional bahkan sebelum Konvensi-konvensi Jenewa 1949 dibuat, namun definisi/pengertian kata “*attack*” baru diatur dalam Pasal 49 ayat (1) Protokol Tambahan I tahun 1977, sebagai berikut : “*Attacks*” means acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence.” (Serangan artinya tindak kekerasan yang ditujukan terhadap musuh, baik pada waktu menyerang atau bertahan).

Penggunaan kata “attack” pada suatu operasi militer dalam melakukan serangan antara lain diatur pada Pasal 52 ayat (4) sebagai berikut:

*Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are:*

- (a) *those which are not directed at a specific military objective;*
- (b) *those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or*
- (c) *those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol*

(Dilarang melakukan serangan yang membabi buta. Serangan yang membabi buta adalah“

- (a) Serangan yang tidak ditujukan kepada suatu sasaran militer yang spesifik.
- (b) Serangan yang menggunakan cara atau alat bertempur yang tidak dapat ditujukan kepada suatu sasaran militer yang spesifik;
- (c) Serangan yang menggunakan cara atau alat bertempur yang akibatnya tidak dapat dibatasi sebagaimana disyaratkan oleh Protokol ini)

Sedangkan penggunaan kata “attack” dalam suatu operasi militer untuk bertahan antara lain diatur pada Pasal 54 ayat (2) juncto ayat (4), sebagai berikut:

2. *It is prohibited to attack, destroy, remove or render useless objects indispensable to the survival of the civilian population, such as food-stuffs, agricultural areas for the production of food-stuffs, crops, livestock, drinking water installations and supplies and irrigation works, for the specific purpose of denying them for their sustenance value to the civilian population or to the adverse Party, whatever the motive, whether in order to starve out civilians, to cause them to move away, or for any other motive.*
5. *In recognition of the vital requirements of any Party to the conflict in the defence of its national territory against invasion, derogation from the prohibitions contained in paragraph 2 may be made by a Party to the conflict within such territory under its own control where required by imperative military necessity.*

Menurut ketentuan Pasal 54 ayat (2) dilarang menyerang, menghancurkan, obyek-obyek yang mutlak diperlukan bagi kelangsungan hidup penduduk sipil, seperti bahan makanan, daerah-daerah pertanian yang menghasilkan bahan makanan, hasil panen, ternak, instalasi air minum dan irigasi dengan tujuan khusus untuk meniadakan nilai obyek-obyek itu sebagai sumber pangan bagi penduduk sipil

atau pihak lawan, apapun alasannya. Sedangkan ayat (5) mengatur bahwa pengecualian atas pengaturan pada ayat (2) di atas dibolehkan ketika suatu negara mempertahankan integritas wilayah nasionalnya terhadap suatu invasi oleh Negara lain asal saja hal tersebut dilakukan di wilayah yang berada dibawah kekuasaannya dan didasarkan atas kepentingan militer yang sangat mendesak. Artinya suatu Negara boleh menyerang dan menghancurkan objek-objek tersebut yang berada di bawah kekuasaannya ketika Negara yang bersangkutan mempertahankan integritas wilayahnya dari invasi negara lain dan didasarkan pada kepentingan militer yang sangat mendesak.

Ketentuan lain adalah Pasal 42 ayat (1) sebagai berikut : *“No person parachuting from an aircraft in distress shall be made the object of attack during his descent.”*

Pasal ini melarang menyerang musuh yang sedang melayang-layang di udara dengan parasut dikarenakan dia terpaksa terjun dari pesawatnya.

Dari tiga ketentuan tersebut diatas jelas bahwa “attack” atau “serangan” adalah suatu perbuatan fisik dengan menggunakan sarana tertentu, baik metode maupun alat bertempur, yang ditujukan kepada orang atau objek tertentu untuk mencapai suatu tujuan. Contoh serangan yang membabi buta, yaitu serangan yang tidak membedakan kombatan dengan penduduk sipil atau sasaran militer dengan objek sipil, antara lain pemboman atas suatu kota dengan maksud melakukan pembumihangusan (carpet bombing) atau serangan yang mengakibatkan kerugian dipihak penduduk sipil yang tidak sebanding dengan keuntungan militer yang didapatkan dari operasi militer yang bersangkutan. Untuk melakukan serangan semacam ini hanya bisa dilakukan dengan menggunakan metode dan senjata tertentu.

Demikian juga halnya dengan perusakan atau penghancuran sebuah gudang makanan atau instalasi air minum yang tidak mungkin dilakukan tanpa menggunakan cara atau alat (senjata) tertentu. Hal yang samajuga ketika akan menyerang musuh yang sedang melayang di udara turun dengan parasut hanya bisa dilakukan dengan menggunakan senjata.

Dengan demikian pengertian “attack” atau “serangan” menurut hukum humaniter internasional adalah suatu perbuatan kekerasan dengan menggunakan cara atau senjata tertentu yang ditujukan kepada pihak lawan untuk tujuan mengalahkan atau melemahkan pihak lawan tersebut.

Di samping itu kata “serangan” juga terdapat pada Statuta Roma 1998 atau yang dikenal dengan nama Statuta ICC. Statuta ini mengatur tentang tanggung jawab pidana individu atas dilakukannya kejahatan-kejahatan yang sangat serius yang menjadi keprihatinan seluruh umat manusia secara keseluruhan (*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*), yaitu genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan agresi.

Penggunaan kata “serangan” atau “attack” dijumpai pada Pasal 7 ayat (1) Statuta Roma yang mengatur tentang kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*) sebagai berikut:

*For the purpose of this Statute, ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack.*

(Untuk tujuan Statuta ini, kejahatan terhadap kemanusiaan adalah setiap perbuatan berikut yang dilakukan sebagai serangan yang meluas atau sistematis yang ditujukan terhadap penduduk sipil, dengan mengetahui adanya serangan tersebut).

Tindakan atau perbuatan yang dikatakan sebagai serangan yang meluas atau sistematis menurut Pasal ini antara lain adalah: pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi atau pemindahan paksa penduduk sipil, penyiksaan dan perkosaan. Dari “*underlying acts*” tersebut jelas bahwa “serangan” yang dimaksud oleh Pasal ini hanya bisa terjadi dengan melakukan suatu perbuatan fisik yang lazimnya menggunakan metode dan/atau alat tertentu.

Hal tersebut diperkuat dengan adanya tambahan predikat “meluas” atau “sistematis”. Meluas artinya jumlah korbannya banyak dan/atau wilayah dimana perbuatan tersebut dilakukan pada cakupan wilayah yang luas, sedangkan sistematis artinya perbuatan tersebut menunjukkan satu pola yang sama dan merupakan bagian dari suatu kebijakan.

Kemudian pada Pasal 7 ayat (2) huruf (a) juga digunakan diberikan definisi dari “serangan yang ditujukan terhadap penduduk sipil” yaitu “*attack directed against civilian population*” sebagai berikut :

*Attack directed against any civilian population’ means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack*

(Serangan yang ditujukan terhadap penduduk sipil adalah serangkaian perbuatan yang mencakup pelaksanaan berganda dari perbuatan yang dimaksud dalam ayat 1 terhadap penduduk sipil sesuai dengan atau sebagai kelanjutan dari kebijakan Negara atau organisasi untuk melakukan serangan tersebut).

Ketentuan tersebut di atas mempertegas bahwa kata “serangan” atau “attack” adalah perbuatan fisik karena serangan yang dimaksud adalah “multiple commission of act” atau pelaksanaan berganda dari suatu perbuatan (“*underlying act*”) yang diatur sebelumnya. Contohnya adalah serangkaian pembunuhan, serangkaian pengusiran paksa atau serangkaian penyiksaan. *Underlying acts* tersebut tidak mungkin jika bukan merupakan suatu perbuatan fisik.

Ketentuan Pasal 7 Statuta Roma tersebut kemudian diadopsi oleh Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Pasal 9 UU 26/2000 mengatur tentang kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai berikut:

“Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa:

- a. pembunuhan;
- b. pemusnahan;
- c. ....”

Sedangkan pada bagian Penjelasan UU ini dikatakan :

“Yang dimaksud dengan “serangan yang ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil” adalah suatu rangkaian perbuatan yang dilakukan terhadap penduduk sipil sebagai kelanjutan kebijakan penguasa atau kebijakan yang berhubungan dengan organisasi”.

Selanjutnya dari kasus-kasus yang telah diadili oleh Pengadilan HAM, yakni kasus Timor Timur, Tanjung Priok dan Abepura, semua dakwaan dan putusannya adalah kejahatan terhadap kemanusiaan. Dan dipersidangan jelas bahwa kasus yang diperiksa adalah berupa serangan berupa tindak kekerasan berupa perbuatan fisik yang ditujukan terhadap penduduk sipil dengan menggunakan cara dan/atau alat (senjata) tertentu.

Selanjutnya kata-kata “attack” atau “serangan” juga banyak digunakan di Pasal 8 Statuta Roma yang mengatur tentang kejahatan perang, baik untuk perang yang bersifat internasional maupun perang yang bersifat non-internasional. Berikut ini

adalah contoh penggunaan kata “attack” untuk kejahatan perang yang terjadi pada perang yang bersifat internasional:

*Attacking or bombarding, by whatever means, towns, villages, dwellings or buildings which are undefended and which are not military objectives;*

(Menyerang atau membom, dengan sarana apa pun, kota-kota, desa, perumahan atau gedung-gedung yang tidak dipertahankan dan yang bukan merupakan sasaran militer).

*Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;*

(dengan sengaja mengarahkan serangan kepada penduduk sipil atau orang-orang sipil yang tidak terlibat langsung dalam pertempuran).

Kejahatan perang juga bisa terjadi pada sengketa bersenjata yang bersifat non-internasional, dimana kejahatan tersebut juga antara lain dilakukan dengan melakukan “serangan” atau “attack”. Contohnya adalah sebagai berikut :

*Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peace keeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects under the international law of armed conflict;*

(Dengan sengaja mengarahkan serangan terhadap personil, instalasi, material, satuan atau kendaraan yang terlibat dalam bantuan kemanusiaan atau misi penjaga perdamaian sesuai dengan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa sepanjang mereka berhak atas perlindungan yang diberikan kepada orang-orang dan objek-objek sipil berdasarkan hukum perang;

*Intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives;*

(Dengan sengaja melakukan serangan terhadap gedung-gedung yang digunakan untuk tujuan-tujuan keagamaan, pendidikan, kesenian, ilmu pengetahuan atau amal sosial, monumen bersejarah, rumah sakit dan tempat-tempat di mana orang-orang sakit dan terluka dikumpulkan, sepanjang tempat tersebut bukan sasaran militer).

Dari empat contoh bentuk “serangan” yang merupakan kejahatan perang tersebut diatas, masing-masing dua pada waktu perang yang bersifat internasional dan dua

pada waktu perang yang bersifat non-internasional, tampak bahwa serangan tersebut berupa perbuatan fisik dengan menggunakan cara dan/atau alat tertentu yang lazimnya adalah senjata.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa “serangan” atau “attack” dari sudut pandang hukum humaniter internasional dan hukum pidana internasional adalah tindak kekerasan berupa perbuatan fisik dengan menggunakan cara dan/atau alat tertentu yang lazimnya adalah senjata dan ditujukan terhadap orang lain yang merupakan lawan dari pihak yang melakukan serangan tersebut.

#### 4. Roichatul Aswidah

##### I. Pidanaan sebagai Pembatasan Hak Asasi Manusia

Dalam hak asasi manusia mengkriminalkan sebuah perbuatan menjadi tindak pidana adalah sebuah langkah untuk pelaksanaan kewajiban negara yaitu untuk melindungi (*obligation to protect*) yang dilakukan sebagai langkah terakhir (*ultimum remedium/last resort*, apabila langkah lain dianggap tidak mencukupi. Negara dalam hal ini diwajibkan untuk mengambil langkah-langkah yang selayaknya atau untuk mengambil tindakan secara menyeluruh guna mencegah, menghukum, menyelidiki, serta melakukan pemulihan yang disebabkan oleh tindakan-tindakan oleh orang-per-orang atau kelompok-kelompok.

Kewajiban untuk melindungi (*obligation to protect*) memiliki rujukan utama pada ketentuan Pasal 2 Kovenan Hak Sipil dan Politik yang memuat terminologi “hak atas perlindungan hukum (*right to the protection of the law*) yang memberi amanah kepada negara untuk mengambil langkah melakukan perlindungan bukan hanya dari aparat negara namun juga terhadap intervensi pihak ketiga atau sesama masyarakat. Hal ini memberikan kewajiban bagi negara untuk memberi perlindungan dengan membatasi hak termasuk mengkriminalkan -- apabila langkah lain tidak mencukupi -- pelanggaran atas hak sebagai tindakan pidana (*criminalization*). Dengan demikian, mengkriminalkan perbuatan menjadi tindak pidana pada dasarnya adalah pembatasan hak asasi manusia atau mengandung konsekuensi pembatasan hak asasi manusia.

Konstitusi kita mengatur pembatasan hak asasi manusia dalam Pasal 28J yang menyatakan: “[d]alam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan

*pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis*". Dari ketentuan ini, Konstitusi Indonesia mengatur dasar alasan pembatasan hak dimana pemberlakuannya harus "*dalam suatu masyarakat demokratis*" pun "*semata-mata*" yang berarti hanya dan hanya dengan dasar alasan: a). *penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain*; b). *pertimbangan moral*; c). *nilai-nilai agama*; d). *keamanan umum*; e). *ketertiban umum*.

Namun, harus kita ingat bahwa Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang telah disahkan oleh Indonesia melalui UU No. 12 Tahun 2005 memiliki ketentuan umum tidak boleh adanya pengurangan hak, --kecuali atas kondisi tertentu,-- yang dimaksudkan untuk mencegah adanya penyalahgunaan baik oleh negara atau pihak lain, untuk adanya pembatasan atas hak-hak apa pun yang ada dalam Kovenan. Pasal 5 (1) Kovenan Hak Sipil dan Politik menyatakan:

*Tidak ada satu ketentuan pun dalam Kovenan ini yang dapat ditafsirkan sebagai memberikan secara langsung kepada suatu Negara, kelompok atau perseorangan hak untuk melakukan kegiatan atau tindak apa pun yang bertujuan untuk menghancurkan hak atau kebebasan yang diakui dalam Kovenan ini, atau untuk membatasi hak dan kebebasan itu lebih besar daripada yang ditentukan dalam Kovenan ini.*

Pasal 5 (1) ini juga untuk menguatkan bahwa Kovenan Hak Sipil dan Politik tersebut haruslah didudukan pada maksudnya. Ketentuan tersebut juga melindungi hak yang diatur dalam Kovenan dari penafsiran yang salah terhadap ketentuan mana pun dari Kovenan yang digunakan untuk membenarkan adanya pengurangan hak yang diakui dalam Kovenan atau pembatasan pada tingkat yang melebihi dari pada yang ditentukan oleh Kovenan.

Sementara itu Putusan Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa menetapkan syarat-syarat pembatasan yaitu persyaratan *lawfulness*, *legitimate aim* dan *necessity*. Untuk menetapkan apakah *necessity* terpenuhi, Pengadilan Eropa biasanya menerapkan dua tes yaitu 'perlu dalam masyarakat demokratis/*necessary in a democratic society*' dan proporsional pada kebutuhan yang diinginkan (*proportional to the desired need*).

Dalam Kasus *Handyside v. UK*, Pengadilan hak Asasi Manusia Eropa menyatakan bahwa berkaitan dengan persyaratan "keperluan" (*necessity*) negara harus mendefinisikan adanya kebutuhan/tekanan sosial. Bahwa pembatasan

dilakukan untuk menjawab adanya kebutuhan sosial tersebut. Tujuan yang sah (*legitimate aim*) dinilai apakah pembatasan sesuai dengan cara-cara pencapaian tujuan ketentuan terkait. Dengan demikian harus diperiksa terlebih dahulu apakah ketentuan yang mengatur hak terkait menetapkan cara atau pun pembatasan berkaitan dengan tujuan ketentuan tersebut. Sementara itu, proporsionalitas dinilai dengan melihat antara lain sebarap besar atau berapa banyak orang yang terkena dampak (*affected*) oleh ketentuan pembatasan hak. Sementara itu, *Prinsip Siracusa* yang diakui oleh masyarakat internasional yang mengatur prinsip pembatasan hak asasi manusia menyatakan istilah '*necessary*' mengimplikasikan bahwa pembatasan:

- *Didasarkan pada salah satu alasan yang membenarkan pembatasan yang diakui oleh pasal yang relevan dalam Kovenan.*
- *Menjawab kebutuhan sosial.*
- *Untuk mencapai sebuah tujuan yang sah.*
- *Proporsional pada tujuan tersebut di atas.*

Prinsip Siracusa juga menyatakan bahwa penilaian pada perlunya pembatasan harus dibuat berdasar pertimbangan-pertimbangan obyektif. Secara tegas hal itu juga dinyatakan oleh Komentar Umum Kovenan Hak Sipil dan Politik yang menyatakan bahwa:

*Negara-negara pihak harus menahan diri dari melakukan pelanggaran terhadap hak-hak yang diakui dalam Kovenan, dan pembatasan apa pun terhadap salah satu atau lebih dari hak-hak tersebut harus memiliki alasan yang sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam Kovenan. Ketika pembatasan semacam itu dibuat, maka Negara-negara harus menunjukkan kebutuhan mereka dan hanya mengambil langkah-langkah yang proporsional guna mencapai tujuan-tujuan yang sesuai dengan hukum untuk menjamin perlindungan yang berkelanjutan dan efektif terhadap hak-hak yang diakui dalam Kovenan. Pembatasan-pembatasan tidak boleh diterapkan atau dilakukan dalam cara yang dapat melemahkan inti suatu hak yang diakui oleh Kovenan.*

Lebih dari itu, harus pula kita ingat bahwa Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik memnyatan pembatasan diatur berdasar hukum (*prescribed by law*) dan diperlukan dalam negara yang demokratis (*necessary in a democratic society*). Prinsip Siracusa lebih lanjut mendefinsikannya, sebagai berikut:

- Tentang diatur berdasarkan hukum (*prescribed by law/conformity with the law*). **Tidak ada pembatasan yang bisa diberlakukan kecuali didasarkan oleh hukum nasional. Namun hukum yang membatasi hak tersebut tidak boleh sewenang-wenang dan tanpa alasan. Aturan hukum yang membatasi pelaksanaan hak asasi manusia harus jelas dan bisa diakses siapa pun.** Selain itu negara harus menyediakan upaya perlindungan dan pemulihan yang memadai terhadap penetapan atau pun penerapan pembatasan yang bersifat sewenang-wenang terhadap hak-hak tersebut. Hukum tersebut harus dapat **diakses, tidak bersifat ambigu, dan dibuat secara hati-hati dan teliti**, yang memungkinkan setiap individual untuk melihat apakah suatu tindakan bertentangan dengan hukum atau tidak.
- Tentang diperlukan dalam masyarakat yang demokratis (*in a democratic society*). **Beban untuk menetapkan persyaratan pembatasan ini ada pada negara yang menetapkan aturan pembatasan dengan menunjukkan bahwa pembatasan tersebut tidak mengganggu fungsinya demokrasi di dalam masyarakat.** Adapun model masyarakat yang demokratis dapat mengacu pada masyarakat yang mengakui dan menghormati hak asasi manusia yang tercantum dalam Piagam PBB dan DUHAM.

Bahwa dengan demikian, menkriminalkan perbuatan menjadi tindak pidana yang pada dasarnya merupakan pembatasan hak asasi manusia atau pun mengandung konsekwensi pembatasan hak asasi manusia haruslah tunduk pada prinsip-prinsip di atas. Harus ditekankan bahwa prinsip "***prescribed by law***" tidak hanya mengamanahkan bahwa pembatasan harus diatur berdasarkan hukum. Namun demikian, lebih jauh hukum tersebut **tidak boleh sewenang-wenang, jelas, tidak bersifat ambigu dan dibuat secara hati-hati dan teliti**. Dalam hal ini, **hukum tidak diperkenankan bersifat multi interpretasi, namun harus ketat dan limitatif**.

Terkait dengan pasal-pasal makar yang dimohonkan, seperti kita ketahui bersama, hampir semua negara demokratis mengatur tentang kepentingan negara di dalam hukum pidananya. Bahwa dalam hal ini, sudah benar diatur dalam hukum (*prescribed by law*). Namun demikian, oleh karena pada dasarnya hal ini akan menimbulkan pembatasan terhadap hak asasi manusia, maka perumusannya

sekali lagi harus jelas dimana ***hukum yang membatasi hak tersebut tidak boleh sewenang-wenang dan tanpa alasan dimana aturan hukum yang membatasi pelaksanaan hak asasi manusia harus jelas dan bisa diakses siapa pun. Hukum tersebut harus dapat diakses, tidak bersifat ambigu, dan dibuat secara hati-hati dan teliti.***

Bahwa pendefinisian yang tidak hati-hati dimana pasal-pasal “makar” tidak didefinisikan sesuai aslinya yaitu makar (*aanslag*), dapat dinyatakan tidaklah bersifat limitatif yang dengan demikian tidak sesuai dengan prinsip-prinsip pembatasan di atas. Bahwa Pasal makar harus didefinisikan secara limitatif untuk mencegah tidak jelasnya penerapan Pasal-Pasal tersebut. Penerapan pasal-pasal makar secara luas dapat mengakibatkan sifat yang tidak jelas serta ambigu yang pada akhirnya dapat menjadi ancaman bagi hak asasi manusia.

## **II. Ketentuan Pasal-Pasal Makar dan Ancaman terhadap Hak Asasi Manusia**

Izinkan kami mendalami ancaman bagi hak asasi manusia dalam hal pasal makar tidak didefinisikan secara limitatif. Menurut studi ICJR, dalam praktiknya penggunaan tindak pidana makar khususnya dalam Pasal 106 dan 110 KUHP mengalami perluasan dalam pengadilan. Dalam Studi ICJR tahun 2016 terhadap 15 kasus makar yang diadili dalam pengadilan di Indonesia yang menunjukkan bahwa hampir mayoritas penggunaan pasal-pasal makar justru menysasar kepada ekspresi politik, baik kebebasan berpendapat maupun kebebasan berekspresi. Dalam Studi ICJR, beberapa kasus terkait ekspresi politik secara damai dipidana dengan pasal-pasal makar tersebut.

UUD 1945 hasil amandemen kedua, menjamin kebebasan berekspresi:

### ***Pasal 28***

*Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang*

### ***Pasal 28E (3)***

*Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.*

### ***Pasal 28F***

*Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia*

Sementara itu, Pasal 19 (2) Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik menjamin kebebasan berekspresi bahwa “[s]etiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat; hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan ide apapun, tanpa memperhatikan mediana, baik secara lisan, tertulis atau dalam bentuk cetakan, dalam bentuk seni, atau melalui media lainnya, sesuai dengan pilihannya”.

Kovenan tersebut mengatur pembatasan kebebasan berekspresi sebagaimana termuat dalam Pasal 19 ayat (3): “Pelaksanaan hak yang diatur dalam ayat (2) Pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggung jawab khusus. Oleh karena itu hak tersebut dapat dikenai pembatasan tertentu, namun pembatasan tersebut hanya diperbolehkan apabila diatur menurut hukum dan dibutuhkan untuk: (a) menghormati hak atau nama baik orang lain; (b) melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral masyarakat”.

Baik berdasarkan Konstitusi kita maupun Kovenan Hak Sipil dan Politik, hak atas kebebasan berekspresi tidak termasuk hak-hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun (*non-derogable rights*). Dengan demikian, pembatasan atas hak ini diperbolehkan, termasuk yang paling relevan dalam hal ini, atas dasar klausul pembatas keamanan nasional. Tentulah dalam hal ini semua prinsip pembatasan hak asasi manusia yang telah disebutkan di atas harus diterapkan. Sementara itu, terkait klausul pembatas keamanan nasional, Prinsip Siracusa menyatakan:

*Klausul ini digunakan hanya untuk melindungi eksistensi bangsa, integritas wilayah atau kemerdekaan politik terhadap adanya kekerasan atau ancaman kekerasan. Negara tidak boleh menggunakan klausul ini sebagai dalih untuk melakukan pembatasan yang sewenang-wenang dan tidak jelas. Pembatasan dengan klausul ini juga tidak sah, jika tujuan yang sesungguhnya atau dampak yang dihasilkannya adalah untuk melindungi kepentingan-kepentingan yang tidak berhubungan dengan keamanan nasional. Termasuk misalnya untuk melindungi suatu pemerintahan dari rasa malu akibat kesalahan yang dilakukan atau pengungkapan kesalahan yang dilakukan, atau untuk menutup-nutupi informasi tentang pelaksanaan fungsi institusi-institusi publiknya, atau untuk menanamkan suatu ideologi tertentu.*

Dengan demikian, atas dasar *eksistensi bangsa, integritas wilayah atau kemerdekaan politik terhadap adanya kekerasan atau ancaman kekerasan* dapat

diberlakukan pembatasan kebebasan berekspresi. Tentulah pembatasan tersebut tidak boleh membahayakan perlindungan kebebasan berekspresi dan tunduk pada prinsip-prinsip di atas oleh karena perlu pula kita perhatikan bahwa dalam hukum internasional hak asasi manusia, hak atas kebebasan berekspresi masuk dalam zona irisan antara hak sipil dan politik. Walaupun pembatasan atas hak ini diperbolehkan, namun pembatasan tersebut harus tetap melindungi hak ini dari intervensi negara maupun pihak lain oleh karena pentingnya hak ini bagi adanya dan berfungsinya demokrasi.

Hal yang sangat penting untuk diingat adalah prinsip umum bahwa tidak ada pembatasan atau dasar untuk menerapkan pembatasan tersebut terhadap hak yang dijamin oleh Kovenan Hak Sipil dan Politik yang diperbolehkan, kecuali seperti apa yang terdapat dalam Kovenan itu sendiri. Di dalam Prinsip Siracusa disebutkan bahwa pembatasan hak tidak boleh membahayakan esensi hak. Semua klausul pembatasan harus ditafsirkan secara tegas dan ditujukan untuk mendukung hak-hak dan bahwa pembatasan harus ditafsirkan secara jelas dalam konteks hak-hak tertentu yang terkait. Prinsip ini menegaskan bahwa pembatasan hak tidak boleh diberlakukan secara sewenang-wenang.

Dalam hukum Indonesia, pembatasan kebebasan berekspresi telah dilakukan melalui sejumlah Undang-undang termasuk dalam hal ini berdasarkan klausul pembatas keamanan nasional yang dimaksudkan untuk melindungi kehidupan bangsa (*the life of the nation*), *eksistensi bangsa*, *integritas wilayah atau kemerdekaan politik terhadap adanya kekerasan atau ancaman kekerasan*. Undang-Undang yang relevan untuk disebutkan adalah UU No. 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum, dimana Pasal 6 menyatakan bahwa Warga negara yang menyampaikan pendapat di muka umum berkewajiban dan bertanggung jawab untuk salah satunya menjaga keutuhan persatuan dan kesatuan bangsa. Dalam hal tidak memenuhi ketentuan ini, Pasal 15 UU tersebut menyatakan pelaksanaan penyampaian pendapat di muka umum dapat dibubarkan.

Dapat disampaikan pula antara lain, UU No. 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik (UU KIP) juga mengatur informasi yang dikecualikan dalam kegiatan mencari informasi maupun membagikan informasi, antara lain informasi Publik yang apabila dibuka dan diberikan kepada Pemohon Informasi Publik dapat membahayakan pertahanan dan keamanan negara.

Dengan demikian, perwujudan dan pembatasan kebebasan berekspresi dapat diatur dengan menggunakan antara lain Undang-Undang tersebut di atas yang mengatur secara khusus berbagai aspek kebebasan berekspresi. Tidak seharusnya pembatasan kebebasan berekspresi menggunakan ketentuan tentang makar dengan pemaknaan yang luas. Hal ini demi menjunjung prinsip-prinsip pembatasan hak asasi manusia dan asas proporsionalitas dan nesalitas sehingga tidak mengancam hak asasi manusia.

### III. Penutup

Dapat dinyatakan bahwa mengkriminalkan perbuatan menjadi tindak pidana haruslah tunduk pada prinsip-prinsip pembatasan hak asasi manusia, khususnya ketentuan tentang "*prescribed by law*" yang tidak hanya bermakna diatur berdasar hukum, namun hukum yang jelas, tidak sewenang-wenang, tidak ambigu, dirumuskan secara teliti dan hati-hati dengan pula menjunjung asas proporsionalitas dan nesalitas dalam negara demokratis. Oleh karena itu ketentuan tentang makar haruslah dimaknai secara limitatif dan hendaknya dikembalikan pada rumusan awalnya yaitu "*Aanslag*" yang berarti serangan guna memenuhi prinsip di atas.

### 5. Anugerah Rizki Akbari

Dalam kesempatan kali ini, Ahli akan mencoba untuk menjelaskan polemik tafsir aanslag dalam putusan pengadilan. Ahli menolak untuk mencoba menggunakan istilah makar karena istilah makar ini memiliki banyak sekali interpretasi dalam praktik yang akan Ahli jelaskan dalam kesempatan kali ini. Penting untuk Ahli sampaikan di sini bahwa kata *makar*, dulu sama sekali tidak dikenal dalam KUH pidana kita. KUH pidana kita untuk diketahui bersama banyak sekali terjemahannya. Setelah Ahli melakukan penelusuran, Ahli menemukan dua dokumen penting KUHP tahun 1921 dan KUHP tahun 1940. Dua-duanya ketika kita menggunakan istilah masuk ke dalam Pasal 104, Pasal 106, Pasal 110, Pasal 139A, Pasal 139B, sampai Pasal 140, istilah *makar* selalu disandingkan dengan kata-kata *aanslag*. Tidak ada istilah makar yang kemudian muncul sendiri, kecuali di Pasal 139 ke bawah setelah terbitan tahun 1940.

Pada awalnya istilah *makar* itu selalu disandingkan (*aanslag*) yang mengartikan bahwa sebenarnya istilah makar ini muncul pertama kali dari istilah Belanda. Di dalam PPT Ahli, Ahli menyandingkan dua terjemahan, Bagian pertama, *de aanslag ondernomen met het oogremek [sic!] om het grondgebied [sic!]*, itu adalah

penulisan dari Pasal 106 *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands-Indie* yang menjadi cikal bakal KUHP nasional Ahli, kita Indonesia. Di bawahnya itu ada Pasal 106 KUHP, terlihat bahwa aanslag kemudian langsung diterjemahkan sebagai makar. Dalam Bahasa Belanda, aanslag berarti serangan. Kemudian, mungkin tafsir Ahli ini di luar dari keahlian Ahli sebagai hukum pidana, kemudian aanslag ini dikategorikan sebagai makar dalam Bahasa Indonesia, tapi sebenarnya dalam berbagai terjemahan versi KUHP kita, makar selalu disandingkan dengan kata-kata aanslag. Ahli ingin menjelaskan sedikit tentang model perumusan tindak pidana di dalam KUHP. Banyak sekali permasalahan makar yang nanti juga Ahli nanti akan jelaskan dalam penjelasan berikutnya berhubungan dengan apa yang dimaksud makar dan di posisi sebagaimana, apakah dia sebagai inti delik, unsur delik, maupun kualifikasi tindak pidana.

Dalam KUH Pidana Indonesia, ada 3 model perumusan tindak pidana. Pertama adalah tindak pidana yang disebutkan kualifikasi deliknya tanpa dirumuskan unsur-unsurnya. Sebagai contoh adalah Pasal 351 ayat (1) tentang Penganiayaan. Dalam rumusan KUHP 351 ayat (1), dia hanya disebutkan kualifikasinya saja, penganiayaan, tanpa menyebutkan unsur-unsurnya. Agar kita tahu apa unsur-unsur dari pasal penganiayaan, kita harus melihat pada *memorie van toelichting* dan berbagai doktrin yang berkembang dalam hukum pidana, yaitu dengan sengaja menyebabkan rasa sakit kepada orang lain. Kedua adalah ada permodel perumusan, dimana unsur dirumuskan sebagai rumusan pasal tanpa menyebut kualifikasi deliknya. Misalnya Pasal 344, di sana disebutkan, "Barang siapa merampas nyawa orang lain atas permintaan orang itu sendiri yang jelas dinyatakan dengan kesungguhan hati," itu semuanya adalah unsur tindak pidana, tapi dia tidak menyebutkan kualifikasinya apa. Ketiga, dirumuskan unsur-unsurnya dan dia sekaligus disebutkan kualifikasinya apa, misalnya pasal pencurian. Pasal 362, "Barang siapa mengambil barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum," itu adalah semua unsur dari pasal pencurian. Kemudian pada frasa selanjutnya *diancam karena pencurian*. Jadi, KUHP sudah memberikan kualifikasi sekaligus meluruskan unsur pada Pasal 362 KUHP ini.

Setelah kita mengetahui bagaimana KUHP merumuskan model tindak pidananya, kita coba melihatnya dalam konteks rumusan Pasal 104 dan 106, ini adalah 2 contoh pasal yang kita permasalahan dalam sidang ini. Tapi

sebenarnya, masih banyak sekali bentuk-bentuk aanslag dalam KUH Pidana kita. Pasal 104 KUHP misalkan, di sana dikatakan bahwa makar dengan maksud membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan presiden atau wakil presiden memerintah. Dari Pasal 104 ini terlihat bahwa KUH Pidana hanya merumuskan unsur-unsur tindak pidana tanpa menyebut kualifikasi. Jadi penting untuk dipahami bersama bahwa makar bukanlah kualifikasi tindak pidana, dia bukan nama tindak pidana, melainkan unsur dari tindak pidana itu sendiri. Begitu juga di Pasal 106 KUHP dikatakan, "Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara," itu adalah unsur-unsur tindak pidana tanpa menyebut kualifikasinya, Kenapa Ahli merasa penting untuk melihat ini? Karena banyak sekali dalam praktik yang kemudian salah, dengan memaknai makar sebagai kualifikasi tindak pidana. Ahli akan jelaskan lagi di penjelasan berikutnya.

Problem interpretasi makar "banyak sekali didukung oleh ketentuan Pasal 87 KUH Pidana". Mohon izin untuk membacakan, "Dikatakan ada makar untuk melakukan satu perbuatan apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam Pasal 53."

Ketentuan Pasal 87 KUH Pidana, ini dicantumkan dalam buku 1 KUH Pidana yang mengatur tentang Ketentuan Umum. Khusus untuk Pasal 87, dia menjelaskan istilah dalam buku 2 KUHP. Jadi Pasal 1, buku 1 KUHP di bab terakhir, itu ada tentang Ketentuan Umum. Di sana dia menjelaskan istilah-istilah yang digunakan dalam perumusan tindak pidana. Tapi dalam konteks Pasal 87 KUHP, itu bukan definisi atau kualifikasi delik, tapi dia hanya membuat konteks dalam menghukum tindakan makar. Kenapa demikian? Karena Pasal-Pasal 104, 106, 110, 139A, B, sampai 140 dianggap sedemikian berbahayanya, sehingga akhirnya tidak perlu tindak pidana itu selesai, sepanjang ada niat melakukan serangan dan ada permulaan pelaksanaan, itu sudah cukup untuk kita pidana.

Konteks makar dalam Pasal 87, itu sebenarnya mirip dengan lembaga dalam hukum pidana bernama percobaan tindak pidana. Kalau percobaan tindak pidana, kita punya 3 syarat. Pertama, syarat dengan niat untuk melakukan tindak pidana yang bermula dari permulaan pelaksanaan, tapi tidak terselesainya kejahatan bukan karena kehendak pelaku. Makar dalam konteks penghukuman aanslag, dia hanya dibatasi sampai syarat kedua. Jadi syarat tidak terselesainya perbuatan

bukan karena kehendak pelaku, itu dihilangkan. Tapi berbeda antara permulaan pelaksanaan dengan perbuatan persiapan.

Dalam rezim percobaan tindak pidana ada beberapa fase. Jadi ada niat, ada perbuatan persiapan, ada permulaan pelaksanaan, sampai tindak pidananya selesai. KUH Pidana kita sama sekali tidak mengkriminalisasi yang disebut sebagai perbuatan persiapan yang biasanya dalam doktrin hukum pidana yang diartikan sebagai permulaan niat, bukan sampai permulaan bertentangan dengan kepentingan hukum. Jadi, kalau biasanya di contoh-contoh buku klasik kita, kalau kita ingin membunuh orang, ketika kita membeli pisau, itu belum dipidana. Karena kita belum tahu pisau itu akan digunakan untuk apa. Tapi ketika dia sudah dimulai ditancapkan atau mulai diserang orang itu, maka ada kepentingan hukum yang terlanggar. Di situ yang disebut sebagai permulaan pelaksanaan dalam teori objektif percobaan.

Ahli menyampaikan beberapa riset Ahli berkaitan dengan putusan-putusan yang berkaitan dengan aanslag, akan terlihat bagaimana Mahkamah Agung, pengadilan, dan di bawahnya serta kejaksaan memaknai makar ini dalam bahasa dan pengertian yang berbeda-beda yang mengakibatkan banyak sekali persoalan dalam praktik.

Tafsir aanslag baik di 104, 106, 110, 139, dan 140, yang pertama dimaknai sebagai pengibaran bendera gerakan separatis. Misalnya dalam kasus dengan terdakwa Stevi Likumahua dan Adrian Tomaso, kedua terdakwa ini didakwa dengan melanggar Pasal 106 tadi, makar untuk memisahkan dari negara NKRI, hanya karena dia menyiapkan Bendera Republik Maluku Selatan pada hari ulang tahun Republik Maluku Selatan. Sama sekali tidak ada serangan yang dilakukan. Tapi ketika dia mengibarkan bendera, jaksa penuntut umum sudah melihat bahwa ini ada serangan terhadap NKRI dan kemudian Mahkamah Agung dengan pengadilan di bawahnya mencoba melihat itu sebagai kategori makar. Varian berikutnya, dalam kasus Samuel Waileruny. Beliau berkomunikasi via telepon dan pesan singkat untuk mempersiapkan upacara pengibaran bendera Front Kedaulatan Maluku. Jadi hanya dengan kita SMS dan telepon pun untuk menyiapkan upacara kemerdekaan, upacara pengibaran bendera, itu sudah dianggap makar oleh jaksa penuntut umum dan Mahkamah Agung. Ada kasus, Yusak Pakage. Dia hanya membicarakan pertemuan tentang pengibaran bendera Bintang Kejora. Jadi Yusak Pakage, dia adalah salah satu pegiat gereja di Papua,

kalau Ahli tidak salah, kemudian mengumpulkan beberapa orang dan membicarakan, membuat rapat untuk pengibaran bendera, seperti halnya kita mempersiapkan upacara-upacara pada umumnya. Tapi kemudian penuntut umum dan Mahkamah Agung lagi-lagi melihat ini sebagai satu tindak pidana dan masuk ke dalam Pasal 106 KUHP. Kemudian yang menariknya lagi, di kasus Michael Patisinai, dia dipidana hanya karena mempersiapkan alat-alat untuk menjahit bendera. Terlihat bahwa banyak sekali tafsir yang berbeda yang kemudian terlalu berat, kemudian sehingga akhirnya cukup untuk kita kategorikan sebagai kejahatan terhadap keamanan negara, hanya karena mempersiapkan alat untuk menjahit bendera. Selanjutnya. Di varian berikutnya, makar diartikan sebagai persiapan kemerdekaan gerakan separatis. Moses Holago hanya karena menghadiri rapat pembentukan struktur pemerintahan Papua Barat, kemudian dia dikriminalisasi, masuk, dan dihukum. Stefanus Tahapary menyediakan, dia mengumpulkan CD dan kepingan dokumen-dokumen politik demikian, tentang konflik Maluku dan upacara kemerdekaan RMS, serta menyimpan pidato penyelenggara eksekutif pemerintahan transisi RMS, kemudian disidangkan oleh penuntut umum dan dihukum oleh pengadilan. Lalu Sehu Blesman, dihukum karena menyampaikan orasi politik pembebasan wilayah dari NKRI. Orasi politik ini hanya untuk memperkuat basis pendukungnya bahwa dia menginginkan pembebasan Republik Melanesia yaitu Papua Barat dan Papua, serta beliau mengibarkan bendera dalam suatu acara perkumpulan.

Makar ternyata dalam praktik pengadilan karena tidak ada definisi yang jelas tentang ini, kemudian diartikan sebagai ibadah yang dilakukan oleh orang-orang yang berada dalam lingkungan gerakan separatis. Christine Kakisina misalkan, dia hanya menyediakan makanan dan minuman saat dilangsungkannya ibadah di lingkungan Front Kedaulatan Maluku. Tapi kemudian, penuntut umum menyidangkan perkara ini dan menghukum dia dengan sekian penjara. Berdoa dan membaptis anak di lingkungan FKM juga dianggap sebagai makar oleh pengadilan. Paul Lodwyk Krikhof alias Ongker di tahun 2014 melalui Pengadilan Negeri Ambon, hanya karena meniup terompet dan menyanyikan lagu rohani untuk memeriahkan hari ulang tahun, ini kemudian dianggap sebagai aanslag dalam Pasal 106 KUHP. Tapi menariknya, majelis hakim di sana membuat pertimbangan, makar diartikan sebagai memisahkan diri sebagai negara yang berdaulat adalah merusak kedaulatan negara. Jadi sedemikian besar tafsir dari

aanslag di Pasal 106, sehingga akhirnya meniup terompet, itu dikategorikan sebagai serangan terhadap keamanan negara. Obeth Kosay dan kawan-kawan hanya karena menghadiri upacara pemakaman Anggota Tentara Revolusi Papua Barat, dimana keenam terdakwa ini menyerahkan Bendera Bintang Kejora dan ditancapkan di samping jenazah sebagai penghormatan terakhir kepada jenazah, kemudian dikriminalisasi, disidangkan, dan dihukum oleh Pengadilan Negeri Wamena.

Ada satu yang menarik lagi, Makar atau aanslag kemudian ditafsirkan menjadi anggota organisasi separatis. Salamin alias Ahmad Mujahid dan Mujiono Agus Salim, keduanya mendaftarkan Organisasi Masyarakat Indonesia Membangun yang diduga sebagai perwakilan dari Negara Islam Indonesia dan mendaftarkan, mengajukan sebagai ormas. Keduanya menghimpun dana untuk kebutuhan organisasi, tapi kemudian ini dikriminalisasi oleh penuntut umum dan dianggap sebagai makar atau aanslag dalam Pasal 106. Menariknya, Ahli ingin menyitir sedikit pernyataan penuntut umum dalam surat tuntutan, dimana penuntut umum yakin bahwa yang dimaksud makar adalah gerakan sekelompok orang dalam operasionalnya harus merupakan gerakan di bawah tanah dan perbuatan makar tidak mungkin dilakukan secara terang-terangan.

Terlihat banyak sekali ketidakkonsistenan tafsir tentang aanslag di dalam putusan-putusan pengadilan, dimana ketika seseorang mendaftarkan organisasi masyarakat, masih dianggap sebagai gerakan separatis yang berada di bawah tanah. Ini menunjukkan banyak sekali ketimpangan tafsir berkaitan dengan aanslag ini. Bahkan Supandi dan Nur Basuki ketika dia menjadi camat dan kepala bagian komunikasi NII. Ketika kita melihat temuan-temuan ini, kita coba kemudian memasukkan ke dalam rumusan KUHP lagi. Tadi dikatakan makar dengan maksud supaya seluruh sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan wilayah dari negara Indonesia, ketika kita ubah dengan temuan-temuan itu mengakibatkan mengibarkan bendera menjadi anggota atau mempersiapkan kemerdekaan, ibadah di lingkungan gerakan separatis, berorasi politik dengan maksud supaya seluruh, itu terlalu besar untuk kemudian kita kriminalisasi dan hukum dengan pidana penjara seumur hidup atau penjara 20 tahun. Terlihat bahwa ada ambiguitas definisi makar. Kalau kemudian makar diartikan sebagai ancaman terhadap NKRI, Ahli ingin mencoba untuk mengajak membaca bersama-sama Pasal 139A KUHP. Pasal 139A KUHP mengatakan

bahwa makar dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama 5 tahun. Kalau kemudian makar diartikan sebagai serangan terhadap NKRI, kenapa kemudian KUHP kita mengkriminalisasi tindakan aanslag (serangan) untuk melepaskan wilayah negara sahabat dari yang lain.

Sebagai penutup dari keterangan Ahli, perlu kiranya kita mendefinisikan ulang apa yang dimaksud sebagai makar. Kita harus kembali pada titik tekan pada apa yang menjadi bibit dari makar ini, yaitu aanslag. Dengan demikian, ketika kita mendefinisikan sebagai serangan terhadap presiden dan wakil presiden untuk tidak memerintah, serangan untuk memisahkan wilayah, serangan untuk menggulingkan pemerintahan, itu kemudian cocok ketika kemudian serangan ini kita kriminalisasi dengan pidana yang sedemikian tinggi sehingga konteks kategori delik kejahatan terhadap keamanan negara itu terjamin. Satu hal yang terakhir, dalam hukum pidana, kita melihat satu asas penting yaitu *lex certa*, *lex scripta*, dan *lex stricta* di mana rumusan tindak pidana harus tegas, harus jelas, dan harus dinyatakan secara tertulis karena ketika rumusan tindak pidana dibiarkan kabur, dibiarkan ambigu, dan terlalu bisa ditafsirkan ke sana kemari, maka akan banyak sekali ketidakadilan yang muncul dalam praktiknya. Satu lagi, hukum pidana selalu harus diposisikan dalam posisi sebagai ultimum remedium karena tujuannya adalah untuk menyelaraskan *social order* dalam masyarakat, bukan untuk menyumbangkan suatu ketidakteraturan dalam masyarakat.

## 6. Arsil (Keterangan Tertulis)

Dalam tulisan ini, Ahli akan menegaskan pentingnya menghapus kata ‘makar’ dalam KUHP dan diganti dengan ‘serangan’ atau sejenisnya karena istilah ini selain tidak tepat untuk menerjemahkan kata ‘aanslag’, juga karena istilah ‘makar’ telah berkembang sedemikian rupa di masyarakat yang maknanya telah jauh menyimpang dari pengertian ‘aanslag’.

### Apakah yang dimaksud dengan Makar?

Dalam pergaulan sehari-hari makar kerap diartikan sebagai rencana untuk menggulingkan pemerintah. Tak perlu Ahli kutip definisi ‘makar’ menurut KBBI atau kamus-kamus lainnya. Pemahaman makar yang demikian bisa kita ketahui lewat interaksi masyarakat sehari-hari. Banyak masyarakat yang sering bersendah gurau dengan mengatakan “*mau makar ya?*”, hal ini banyak terjadi di masyarakat kita.

Pengertian makar dalam konteks tersebut terkait dengan sebuah rencana untuk menggulingkan pemerintahan yang sah. Pengertian tersebut telah dipahami oleh sebagian besar masyarakat Indonesia. Namun hal ini berbeda jika pengertian tersebut menjadi pengertian yang akan digunakan dalam hukum pidana dalam KUHP. Jika makar diartikan sebagai niat, rencana maupun upaya untuk menggulingkan pemerintah, pengertian ini akan menjadi bermasalah untuk diterapkan pada beberapa pasal di KUHP.

Salah satu permasalahan tersebut bisa dilihat dalam Pasal 107 KUHP, timbul pertanyaan bagaimana kita memahami pasal 107 KUHP jika makar diartikan sebagai rencana atau niat untuk menggulingkan pemerintah yang sah.

*Lihat Pasal 107 (1)*

**Makar** dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

Jika kita terapkan pengertian 'makar' sebagaimana di atas maka pasal 107 menjadi sangat tidak jelas.

**Upaya atau rencana menggulingkan pemerintah**(makar) dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

Kejanggalan juga akan terjadi jika pengertian tersebut diterapkan dalam Pasal 104 KUHP yang berbunyi:

**Makar** dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

Jika kita terapkan pengertian 'makar' maka akan menjadi:

**Upaya atau rencana menggulingkan pemerintah** (makar) dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun

Kejanggalan akan semakin membingungkan jika pengertian tersebut kita terapkan di Pasal 139a KUHP:

**Makar** dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah

*yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun*

Yang jika diterapkan pengertian makar sebagaimana di atas pasal ini akan menjadi:

***Upaya atau rencana menggulingkan pemerintah*** (makar) dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun

Berbagai permasalahan di atas menunjukkan bahwa tidak mungkin pembuat KUHP bermaksud mengartikan pasal-pasal yang mengandung unsur makar bermakna seperti di atas, karena ketentuan-ketentuan tersebut menjadi sangat tidak logis untuk diterapkan.

Permasalahan menjadi semakin kacau karena banyak pakar dan akademisi hukum pidana yang seakan menganggap arti kata 'makar' telah jelas. Umumnya pakar dan akademisi hukum pidana ketika ditanya mengenai pengertian makar mereka akan merujuk pada Pasal 87 KUHP yang berbunyi:

*Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam Pasal 53.*

Pasal 87 KUHP ini memang terletak di Bab IX KUHP dimana judul bab tersebut adalah "Arti Beberapa Istilah Dalam Kitab Undang-Undang". Perumusan Pasal 87 KUHP seakan menjelaskan bahwa Pasal 87 adalah pengertian dari makar. Apakah benar Pasal 87 mendefinisikan Makar itu sendiri? Hal ini dapat dijawab dengan melakukan menelisik rumusan Pasal 87 KUHP tersebut.

Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan

- Apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan
- Seperti dimaksud dalam Pasal 53 KUHP

Dari uraian di atas maka makar seakan diartikan sebagai permulaan pelaksanaan untuk melakukan suatu perbuatan. Jika demikian artinya, mari kita terapkan kembali ke pasal-pasal yang menggunakan istilah 'makar'.

Pasal 107

***Makar*** dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

Jika pengertian pasal 87 di atas diterapkan, akan menjadi:

**Permulaan pelaksanaan** dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

Pertanyaan yang selanjutnya muncul dari rumusan diatas adalah mengenai unsur perbuatan yang dimaksud. Jenis perbuatan apa yang masuk ke dalam pengertian permulaan pelaksanaan. Jika pemahaman ini yang digunakan, maka akan sangat membahayakan. Pengertian perbuatan pelaksanaan yang tidak diuraikan bentuk perbuatannya akan berdampak bagi dapatnya semua perbuatan diartikan sebagai permulaan pelaksanaan, segala hal nantinya bisa dikatakan sebagai makar, dan menjadi dapat dipidana.

Ahli berpandangan bahwa Pasal 87 KUHP pada dasarnya **bukanlah** definisi dari makar. Namun merupakan perluasan dari makar. Pasal 87 KUHP bermaksud memperluas bahwa untuk dapat dikatakan makar maka **tidak perlu makar itu telah selesai**, sepanjang makar telah dimulai, maka telah dianggap sempurna. Namun demikian, timbul kembali pertanyaan dasar, yaitu apa sebenarnya arti makar itu sendiri.

### Definisi Aanslag

Sebelum mengurai apa definisi aanslag, kiranya perlu Ahli sampaikan sekilas proses pembahasan pasal-pasal di WvS (KUHP Belanda) yang menggunakan kata aanslag. Kata aanslag awalnya pada draft WvS digunakan tidak hanya pada pasal 92-94, 109, 110, 115 WvS (104-106, 140 KUHP) namun juga digunakan ada pasal 109, 110, dan 116 WvS (131, 132 dan 141 KUHP). Namun Tweede Kamer kemudian mengusulkan agar istilah aanslag pada pasal-pasal yang disebut terakhir diubah menjadi *feitelijkaanranding*. Rekomendasi ini disebabkan karena dengan digunakannya istilah aanslag pada pasal-pasal yang terakhir ini (pasal 109, 110, dan 116 WvS) menimbulkan ambiguitas.

Sebagai contoh, dalam Pasal 109 WvS yang sebelumnya bernomor Pasal 118 rumusannya sebagai berikut, yang artinya:

Tiap-tiap **aanslag** terhadap diri Raja atau Ratu, yang tidak termasuk dalam ketentuan pidana lain yang lebih berat, diancam dengan pidana penjara paling lama delapan tahun.

Ketentuan ini pada dasarnya membingungkan jika dikaitkan dengan pasal sebelumnya, yaitu pasal 92 WvS yang artinya:

*Aanslag* dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah,

diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

Bagaimana membedakan kedua perbuatan tersebut? Kapan terdapat *aanslag* yang tidak termasuk dalam ketentuan pidana lain ini? Kapan *aanslag* yang terjadi akan dikenakan Pasal 92 WvS atau 109? Permasalahan ini kemudian ditanggapi oleh Raadvan State yang sebelumnya pada pembahasan pasal 79 WvS (87 KUHP) juga telah mempertanyakan, apakah ketentuan pasal 79 ini juga perlu diberlakukan pada pasal-pasal 118, 119 dan 125 yang kemudian menjadi pasal 109, 110 dan 116 WvS.

Istilah *aanranding* sendiri cukup sering digunakan dalam WvS dan juga WvS NI (KUHP Hindia Belanda). Istilah ini bisa ditemukan dalam rumusan asli berbahasa belanda dari pasal 49 ayat (2) KUHP atau 41 (2) WvS.

- (1) *Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke **aanranding***
- (2) *Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de **aanranding** veroorzaakt*

Ketentuan ini diterjemahkan dalam KUHP hampir seluruh terjemahan menjadi:

- (1) Tidak dipidana, barang siapa melakukan perbuatan pembelaan terpaksa untuk diri sendiri maupun untuk orang lain, kehormatan kesusilaan atau harta benda sendiri maupun orang lain, karena ada **serangan** atau **ancaman serangan** yang sangat dekat pada saat itu yang melawan hukum
- (2) Pembelaan terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan oleh keguncangan jiwa yang hebat karena **serangan** atau ancaman serangan itu, tidak dipidana

Istilah ini juga ditemukan dalam pasal 289 KUHP, yang diterjemahkan menjadi:

Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang untuk melakukan atau membiarkan dilakukan perbuatan cabul, diancam karena melakukan perbuatan yang **menyerang** kehormatan kesusilaan, dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.

Sementara itu dalam beberapa kamus bahasa belanda, *aanslag* diartikan sebagai *gewelddadigeaanval* yang dalam bahasa inggris artinya *violentattack*.

*Aanslag* memiliki arti yang sama dengan *onslaught* dalam bahasa Inggris yang artinya juga *violent attack*, *fierce attack* atau segala serangan yang bersifat kuat (*vigorous*).

Dalam penggunaan kata ini sehari-hari *aanslag* digunakan untuk bentuk perbuatan yang memang lebih luas dibanding *aanranding*, atau tidak ditujukan pada individu. Istilah ini biasanya digunakan untuk serangan teroris, penyerbuan oleh pasukan bersenjata dll. Sebagai contoh pemberitaan mengenai serangan bom di Irak yang menewaskan 60 orang, istilah serangan yang digunakan adalah *aanslag* bukan *aanranding* (*Derde aanslag in Bagdad, meer dan 60 doden in Irak*). Begitu juga dengan pemberitaan serangan terhadap kantor polisi di Paris pada awal Januari 2016 yang lalu (*Aanslag op politiebureau Parijs verijdeld*).

Makna *aanslag* sebagai sebuah serangan yang bersifat kuat dan berbahaya ini lah yang kemudian juga menyebabkan diaturnya secara khusus dalam pasal 87 KUHP (79 WvS) bahwa khusus untuk *aanslag* tidak dipersoalkan apakah tujuan dari serangan tersebut tercapai atau tidak, bahkan seandainya pun serangan tersebut dihentikan atas kehendak sendiri, dipidana sebagai kejahatan selesai. Atau dengan kata lain, ketentuan pengurangan hukuman seperti yang diatur dalam pasal percobaan tidak berlaku bagi *aanslag*.

Jika makar diartikan dalam konteks ini, maka Pasal 87 KUHP (yang diadopsi dari Pasal 79 WvS /KUHP Belanda 1881) menjadi logis. Karena tanpa adanya Pasal 87 ini akan menjadi sulit untuk menentukan kapan misalnya 'penyerangan dengan maksud membunuh presiden' sebagaimana diatur dalam Pasal 104 dianggap telah sempurna sebagai delik? Apakah jika serangan tersebut tidak berhasil membunuh presiden berarti akan dianggap sebagai delik percobaan? Bagaimana jika serangan telah dimulai, presiden belum terbunuh, tiba-tiba para pelaku berhenti melakukan serangan, berpikir ulang dan tidak jadi mau membunuh presiden, yang mana menurut Pasal 53 yang mengatur tentang Percobaan jika tujuan belum tercapai namun perbuatan dihentikan atas kehendak sendiri menjadi tidak dapat dipidana?

Tentu sangatlah berbahaya jika melakukan penyerangan dengan maksud membunuh presiden (raja/ratu), membuatnya tidak dapat memerintah, menggulingkan pemerintah, melepaskan wilayah, dan lain-lain menjadi tidak dapat dipidana padahal serangan tersebut telah dimulai namun dihentikan karena kehendak sendiri sebagaimana Pasal 53 KUHP, sementara kerugian / kerusakan

yang tidimbulkan dari penyerangan tersebut telah ada dan terjadi. Karena hal tersebut, maka pembuat KUHP merumuskan Pasal 87 KUHP (Pasal 79 WvS) tersebut. Dengan pengaturan Pasal 87 tersebut maka selesai atau tidaknya serangan tidak menjadi soal, yang penting telah dimulai.

Lantas timbul pertanyaan, mengapa pembuat KUHP tidak memberikan definisi '*aanslag*' namun justru mengatur perluasannya? Pertanyaan tersebut dapat dijawab dengan menyatakan bahwa istilah *aanslag* bagi mereka sudah cukup jelas, tidak perlu didefinisikan. Sama halnya bagi kita jika kita pembuat KUHP tersebut, apakah kita perlu definisikan lagi apa itu 'serangan' atau 'menyerang'?

### **Penutup**

Istilah 'makar' seharusnya sudah tidak lagi kita pergunakan dalam KUHP. Istilah ini terlalu luas dan tidak sejalan dengan maksud pembuat KUHP. Tentu Ahli tidak bermaksud menghapuskan kata ini dari kosa kata dalam Bahasa Indonesia, namun sebatas penghapusan kata ini dari KUHP (dan RKUHP tentunya) dan sebaiknya diganti dengan istilah "serangan", "penyerangan", "menyerang" atau "melakukan serangan" atau istilah lainnya yang sepadan dengan istilah-istilah tersebut.

Dengan mengganti istilah tersebut menjadi istilah yang lebih mendekati '*aanslag*', akan menghindari kesalahan penerapan pasal-pasal 104, 106, 107 dan pasal lainnya yang memuat unsur makar dalam KUHP, yang sangat membahayakan pelaksanaan hak kebebasan berekspresi dan berkumpul. Sehingga perbuatan-perbuatan tertentu misalnya sekedar demonstrasi belaka, walaupun tuntutan untuk mengganti presiden, atau mengibarkan bendera selain Merah Putih tidak serta merta dapat dipidana.

### **7. Tristam Pascal M.**

Ahli diminta sebagai Saksi Ahli untuk menjelaskan beberapa pertanyaan yang diajukan oleh Pemohon. Apakah *aanslag* dalam hukum pidana Belanda, baik dari MvT WvS Belanda, literatur, ataupun pendapat para ahli pidana Belanda, dimaknai sebagai serangan atau sebagai unsur? Kemudian apakah *aanslag* harus dilakukan dalam konteks serangan (*violent attack*), atau kekerasan fisik? Dengan tujuan tentunya sesuai dengan pasal-pasal makar, yaitu Pasal 104 dan seterusnya. Pertanyaan lebih spesifik adalah apakah tepat *aanslag* diterjemahkan sebagai makar dengan segera konsekuensinya, termasuk memahami makar hanya sebagai niat dan bukan sebagai suatu perbuatan atau serangan?

Ahli diminta sebagai Ahli karena Ahli kebetulan menerjemahkan beberapa buku dari bahasa Belanda, hukum, ke dalam Bahasa Indonesia. Beberapa di antaranya adalah kajian sosiologi legal, kemudian kepastian hukum di negara berkembang, buku tentang polisi zaman Hindia Belanda, dan yang terpenting adalah yang buku yang Remmelink, *Hukum Pidana*, sekarang sudah direvisi dan diterjemahkan ulang. Ahli akan menjawab pertanyaan-pertanyaan yang diajukan oleh Pemohon, beranjak dari pengertian leksikal, gramatikal, dan menelusuri istilah *aanslag* dalam bahasa Belanda dan terjemahan dalam Bahasa Indonesia, juga sebagaimana digunakan dalam pengertian sehari-hari maupun dalam hukum.

Temuan terpenting adalah setelah menelusuri pengertian *aanslag* yang Ahli lakukan adalah melakukan penelusuran lewat Google dan juga membaca beberapa kamus Indonesia-Belanda, Belanda-Indonesia, termasuk tesaurus. *Aanslag* itu pengertiannya bisa sangat luas, tidak hanya terbatas pada makar. KBBI memang juga memberikan pengertian yang berbeda-beda pada *aanslag*, termasuk langsung *aanslag* diterjemahkan sebagai makar, tapi itu mungkin melihat bagaimana ahli-ahli hukum pidana Indonesia mengartikan kata *aanslag*.

Temuan berikutnya adalah ketika Ahli menelusuri dari mana asalnya pemahaman *aanslag* langsung pada makar. Ahli temukan bahwa buku Engelbrecht yang mencantumkan WvS itu langsung menerjemahkan *aanslag* sebagai makar dalam pasal-pasal yang disebut. Dilihat dari pengertiannya yang begitu luas, kemudian Ahli juga membandingkannya dengan pengertian *aanslag* terjemahkan dalam bahasa Inggris dan kemudian dikembalikan dalam Bahasa Indonesia, maka Ahli temukan ketidakcocokan. Kalau *aanslag* terjemahkan dalam bahasa Inggris menjadi *onslaught* atau *violent attack*, diterjemahkan kembali ke dalam Bahasa Indonesia menjadi serangan. Jadi, makar di sini tidak tepat langsung diterjemahkan sebagai makar sekalipun tujuan dari pasal-pasalnya tetap melindungi kepentingan negara atau kalau kita lihat secara sistematis ada kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pasal-pasal yang kemudian dikumpulkan ke dalam pengertian makar.

Sumber rujukan utama juga adalah terjemahan WvS Indonesia ke dalam bahasa Inggris. Kenapa ini Ahli jadikan acuan? Karena di dalam praktik hukum pidana Ahli temukan banyak sekali terjemahan yang sebenarnya tidak resmi dari WvS Soehino dan seterusnya yang kemudian juga masih merujuk pada terjemahan *Engelbrecht* yang pertama. *Aanslag* yang langsung diterjemahkan

sebagai makar. Bahkan satu ketentuan yang terlepas dari kumpulan terhadap serangan negara, aanslag yang harusnya diterjemahkan sebagai *perpetration* atau poging juga diterjemahkan langsung sebagai makar.

Temuan lainnya adalah kemungkinan besar penerjemah yang menulis menguatkan WvS tejemahan keliru, langsung menerjemahkan aanslag sebagai makar. Sekalipun tidak menghilangkan esensi pasal-pasal yang dikumpulkan ini. Tujuannya adalah melindungi kepentingan negara.

Ahli langsung saja pada kesimpulan. Mungkin nanti bisa lewat tanya jawab. Beranjak dari penelusuran makna *aanslag tot het feit dan aanslag*, jadi ada dua konsep yang berbeda. Sebagaimana digunakan dalam ketentuan Perundang-Undangan WvS atau sekarang KUH Pidana dapat diambil kesimpulan sebagai berikut.

Di dalam terjemahan pasal-pasal kejahatan terhadap keamanan negara, buku kedua, kejahatan, bab 1 kejahatan terhadap keamanan negara, 104 et seq, dan seterusnya, dan kejahatan terhadap negara sahabat dan terhadap kepala negara sahabat serta wakilnya. Buku kedua, bab 3, kata *aanslag* maupun *aanslag tot het feit* keliru diterjemahkan langsung sebagai makar, yang kemudian dalam praktik hukum langsung dikaitkan dengan pengertian makar dalam KBBI, pengertian ketiga, "Makar sebagai niat menggulingkan pemerintahan yang sah". Lagipula pengertian kata *aanslag* dengan *aanslag tot het feit* harus dibedakan satu sama lain. Keduanya merujuk pada pengertian yang berbeda makna sesuai konteks penempatannya dalam sistematika perundang-undangan. Penelusuran ini tidak berhasil mendapatkan dokumen MvT atau MvA dari WvS 1818. Perdebatan di parlemen atau pendekatan historis perundang-undangan maupun pandangan ahli hukum pidana Indonesia-Belanda tentang sejarah pengertian *aanslag* atau *aanslag tot het feit*. Namun, pendekatan *lexical gramatikal* dan sistematis terhadap makna dan penggunaan istilah tersebut, cukup menunjukkan bahwa kedua istilah di atas tidak serta-merta dapat disamakan dengan makar dalam pengertian upaya menggulingkan pemerintahan yang sah.

Beranjak dari itu, penempatan istilah makar di depan setiap ketentuan pasal-pasal kejahatan terhadap keamanan negara, dan kejahatan terhadap negara sahabat, dan kepala negara sahabat serta wakilnya, sebagaimana muncul dalam WvS dalam Bahasa Indonesia di Engelbrecht dan banyak terjemahan tidak resmi lainnya, justru mengaburkan tujuan kriminalisasi perbuatan (*assault atau violent*

*attack*). Dalam hal ini, tujuan kriminalisasi adalah melindungi keamanan negara dari perbuatan-perbuatan tindak pidana umum yang dilakukan dalam konteks yang dirangkai secara berturut-turut dari ancaman terhadap nyawa kemerdekaan kepala negara, gangguan terhadap jalannya pemerintah yang sah, pemberontakan bersenjata, dan upaya memisahkan diri secara melawan hukum. Mungkin pengertian terakhir yang *sedition* atau makar dalam pengertian yang digunakan secara umum dalam hukum pidana atau di pengertian orang awam.

## 8. Imam Nasima

### **Bagaimana MvT pembahasan pasal makar memaknai unsur makar sebagai serangan?**

a) Untuk menjawab pertanyaan ini, kami akan mencoba menjelaskan terlebih dahulu bagaimana penggunaan kata ‘aanslag’ secara umum, untuk menunjukkan bahwa penerjemahannya ke dalam kata ‘makar’ telah memperluas makna yang terkandung di dalamnya. Selanjutnya, kami akan membahas sejarah pembahasan pasal-pasal yang dimohonkan uji satu persatu, berikut relevansinya. Dalam pembahasantersebut, akan terlihat bagaimana pengertian ‘aanslag’ memang sedari awal tidak dimaksudkan untuk mengatur suatu bentuk perbuatan tertentu. Terutama dalam kaitannya dengan norma Pasal 106 dan 107 KUHP, di mana perbuatan itu tidak jelas ditujukan terhadap seseorang (sehingga dapat disimpulkan sebagai suatu bentuk serangan fisik atau yang dapat disetarakan dengan itu), adanya ketidakjelasan atau ketidakpastian ini dikhawatirkan akan membatasi hak untuk berserikat dan hak untuk mengeluarkan pendapat. Ketika itu, disepakati untuk menyerahkan pemaknaannya kepada yurisprudensi (praktek peradilan) – yang diharapkan dapat memberikan panduan dalam membedakan perbedaan antara ‘aanslag’ yang dimaksud di dalam pasal-pasal tersebut, dengan kegiatan-kegiatan akademis atau diskusi-diskusi politik.

Penggunaan kata ‘aanslag’ secara umum

- b) Terdapat tujuh pasal KUHP yang memuat kata ‘makar’ dan dimohonkan uji oleh Pemohon dalam perkara ini:
- a) Pengertian ‘makar’ (Pasal 87);
  - b) ‘Makar’ dengan maksud membunuh, merampas, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden (Pasal 104);

- c) 'Makar' dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara (Pasal 106);
  - d) 'Makar' dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah (Pasal 107);
  - e) 'Makar' dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di situ (Pasal 139a);
  - f) 'Makar' dengan maksud untuk meniadakan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan negara sahabat atau daerahnya yang lain (Pasal 139b);
  - g) 'Makar' terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala negara sahabat (Pasal 140).
- c) Dalam ketujuh pasal tersebut, kata 'makar' dipilih secara konsisten sebagai terjemahan dari kata 'aanslag (ondernemen)' dalam Bahasa Belanda, namun dari hasil penelusuran kami, sebenarnya hanya sebagian unsur dari kata 'makar' yang barangkali dapat dipersamakan dengan kata 'aanslag', yaitu percobaan untuk melakukan pembunuhan atau suatu serangan.
- (1) Kata 'makar' didefinisikan oleh KBBI Online sebagai: (1) akal busuk; tipu muslihat; (2) perbuatan (usaha) dengan maksud hendak menyerang (membunuh) orang, dan sebagainya; (3) perbuatan (usaha) menjatuhkan pemerintahan yang sah.
  - (2) Kata 'makar' diterjemahkan oleh A. Teeuw (Kamus Indonesia-Belanda, KITLV/LIPI, PT Gramedia Pustaka Utama, 2002) sebagai: (1) *list, streek, misleiding* [trik, muslihat, tipu daya]; (2) *(daad) van agressie; aanslag* [perbuatan menyerang]; (3) *subversieve actie, samenzwering tegen de staat* [tindakan subversif, permufakatan jahat terhadap negara]. Menariknya, A. Teeuw yang sebagian besarnya mengacu pada KBBI, tidak menggunakan kata 'aanslag' sebagai terjemahan Bahasa Belanda dari kata 'serangan'.
  - (3) Kata 'aanslag' didefinisikan oleh Van Dale Online sebagai: (1) *manier van raken van de toetsen* [cara menyentuh tuts-tuts (piano)]; (2) *slag op een toets* [ketukan/ketikan pada tuts]; (3) *het plaatsen tegen de schouder* [meletakkan di atas bahu/membidikkan]; (4) *dat wat zich heeft afgezet* [apa yang tertinggal (kerak/bercak)]; (5) *poging tot moord of overrompeling* [percobaan pembunuhan atau serangan tak terduga]; (6) *het vaststellen van het bedrag van de belasting* [penetapan jumlah pajak yang harus dibayar].

- (4) Kata 'aanslag' diterjemahkan oleh Susi Moeimam dan Hein Steinhauer (Kamus Belanda-Indonesia, KITLV, 2005) ke dalam dua kelompok kata, pertama sebagai: (1) lapisan; (2) membidikkan, dan kedua sebagai: (1) ketikan; (2) percobaan pembunuhan; (3) (formulir) tagihan pajak; (4) serangan.
- d) Dari tiga definisi kata 'makar' yang diuraikan oleh KBBI Online, ternyata hanya definisi kedua saja yang jelas menyebut adanya aspek serangan, serta definisi kedua dan ketiga yang jelas menyebutkan adanya suatu perbuatan. Apabila dilihat terjemahannya dalam Bahasa Belanda oleh A. Teeuw, definisi kedua pulalah yang akan kembali disebut sebagai 'aanslag' di dalam Bahasa Belanda. Selanjutnya, dari ketiga definisi tersebut, definisi kedua itu pula yang mendekati uraian kata 'aanslag' menurut Van Dale Online, yaitu percobaan pembunuhan atau serangan tak terduga. Definisi kedua ini juga yang mendekati terjemahan yang digunakan oleh Susi Moeimam dan Hein Steinhauer untuk kata 'aanslag', yaitu percobaan pembunuhan dan serangan.
- e) Kesimpulannya, dari segi penggunaan bahasa secara umum, kata 'makar' ternyata mengandung arti yang lebih luas dari arti kata 'aanslag' dan kata 'aanslag' itu sendiri lebih umum diartikan sebagai suatu 'serangan' atau 'perbuatan menyerang'. Demi menjaga kejelasan dalam uraian kami selanjutnya, karena bisa jadi 'serangan' yang dimaksudkan di sini lebih spesifik lagi sifatnya, kami akan secara konsisten menggunakan kata 'aanslag' sebagaimana aslinya untuk perbuatan(-perbuatan) yang tercantum di dalam Pasal 87, 104, 106, 107, 139a, 139b, dan 140 KUHP.

Pengertian 'aanslag' menurut KUHP: tidak mengacu pada suatu bentuk perbuatan tertentu, namun hanya mengatur maksud atau tujuan yang hendak dicapai

- f) Bentuk perbuatan 'aanslag' yang dapat dipidana dapat bermacam-macam bentuknya, karena uraian yang diberikan KUHP lebih terfokus pada tujuan dari dilakukannya perbuatan terkait, yaitu (1) dilakukan dengan maksud membunuh, merampas kebebasan, atau membuat Presiden/Wakil Presiden tak dapat menjalankan pemerintahan (Pasal 104); (2) dilakukan dengan maksud supaya sebagian atau seluruh wilayah negara berada dalam penguasaan asing atau memisahkan sebagian wilayahnya (Pasal 106); dan (3) dilakukan dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah (Pasal 107).

- g) Penggunaan istilah yang tidak menguraikan bentuk perbuatan ini memang berpotensi mengurangi kepastian hukum, sehingga memicu perdebatan dalam sejarah pembahasan pasal-pasal terkait. Di bawah ini akan kami uraikan sebagian perdebatan yang terekam dalam sejarah pembahasan (MvT) dari pasal-pasal *Wetboek van Strafrecht* (Sr) yang berlaku di Belanda ketika itu. Meskipun peraturan-peraturan dari *Wetboek van Strafrecht* (WvS) Hindia Belanda tidak sepenuhnya sama dengan Sr yang berlaku di Belanda, namun pada dasarnya terdapat persamaan rumusan untuk beberapa pasal. Ini berlaku sepenuhnya (kecuali adanya kekurangan/kekeliruan dalam penerjemahannya) untuk Pasal 87, Pasal 104, dan Pasal 106.
- h) Untuk Pasal 107, terdapat rumusan yang berbeda, akibat dari adanya struktur tata negara yang berbeda. Selain itu, untuk Pasal 139a dan Pasal 139b tidak dapat ditemukan padanannya di dalam Sr, karena, dilihat dari isinya, dimaksudkan untuk melindungi terlepasnya wilayah koloni atau negeri sahabat ke bawah kekuasaan penguasa setempat. Selanjutnya, hal-hal yang relevan terkait 'aanslag' akan kami uraikan lebih lanjut di bawah ini, serta tabel perbandingan pasal-pasal tersebut. Bagaimanapun juga, penerjemahan frase 'aanslag ondernomen' ('aanslag' yang dilakukan) ke kata 'makar' semata, sama sekali tidak memperhitungkan adanya kata 'ondernomen' (yang dilakukan) sebagai indikasi sedang/ telah dilakukannya suatu perbuatan tertentu. Penerjemahan ini pada akhirnya tidak mengundang perdebatan mengenai perbuatan apa yang sedang/ telah dilakukan, sehingga memperkuat adanya ketidakpastian tadi.

Pasal 87: 'aanslag' meliputi kejahatan dan tindak percobaan untuk itu, sehingga pelaku tidak dapat menarik diri; harus ada permulaan pelaksanaan dan perbuatan persiapan tidak dipidana

|          |  |   |
|----------|--|---|
| Pasal 87 | Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53. | Aanslag tot een feit bestaat, zoodra het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering, in den zin van art. 53 heeft geopenbaard. |
|----------|--|---|

- i) Apabila kita cermati isi Pasal 87 KUHP, memang bisa jadi timbul pertanyaan, karena sebagian orang mungkin menyamakan dilakukannya suatu perbuatan, dengan adanya niat untuk melakukan perbuatan itu. Apalagi, seperti telah

disebutkan tadi, ketika kata 'ondernomen' (yang dilakukan) bahkan dihilangkan dalam penerjemahannya. Padahal, maksud pembuat undang-undang dengan rumusan tersebut adalah penyetaraandilakukannya suatu perbuatan, dengan percobaan (yang dapat dipidana) untuk melakukan perbuatan itu.

“Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam Pasal 53.”

Penjelasan lebih lanjut dapat dilihat di dalam Pasal 53 KUHP yang menguraikan pengertian 'percobaan yang dapat dipidana', yaitu jika telah ada permulaan pelaksanaan dari niat untuk melakukan kejahatan tertentu dan tidak sempurnanya pelaksanaan itu bukan hanya karena kehendak pelaku sendiri.

“Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri.”

Telah dilakukannya tindak percobaan yang dapat dipidana akan disetarakan dengan tindak pidana yang telah dilakukan secara sempurna, namun tetap harus telah ada permulaan pelaksanaan dari kejahatan terkait. Sehubungan dengan percobaan ini, di dalam MvT-nya diuraikan (Smidt, I, hlm. 420):

“Percobaan dapat secara umum disebut sebagai suatu perbuatan yang mengakibatkan dimulainya pelaksanaan suatu niat tertentu, namun tidak sempurna; pendeknya, permulaan pelaksanaan dari suatu perbuatan yang diniatkan.

[...]

Syarat-syarat atau kriterianya adalah:

- (1) niat untuk melakukan suatu perbuatan tertentu yang ditentukan dengan undang-undang sebagai kejahatan yang dapat dipidana;
- (2) permulaan pelaksanaan dari kejahatan;
- (3) tidak sempurnanya kejahatan yang dilakukan disebabkan oleh keadaan yang tidak tergantung pada kehendak pelaku sendiri.

[...]

Niat untuk melakukan suatu kejahatan dapat terwujud dalam bentuk perkataan atau perbuatan. Perwujudan dalam bentuk kata-kata, terkadang menjadi suatu delik tersendiri (pengancaman atau penghasutan) yang dapat dipidana, tidak akan dapat dianggap sebagai percobaan untuk melakukan

kejahatan yang diniatkan. Pengancaman dengan penghasutan untuk melakukan pembunuhan atau pembakaran bukanlah permulaan pelaksanaan dari pembunuhan atau pembakaran.”

Dalam hal ini, Pasal 87 KUHP hanya menyebutkan kriteria pertama dan kedua, yaitu telah adanya permulaan pelaksanaan untuk melakukan kejahatan. Artinya, berbeda dengan tindak-tindak pidana pada umumnya, pelaku tindak pidana yang diatur di dalam Pasal 87 ini tidak akan dapat dianggap menghentikan sendiri pelaksanaan kejahatan yang telah dimulainya. Namun, percobaan tetap dibedakan dari perbuatan-perbuatan persiapan saja, karena adanya syarat permulaan pelaksanaan tersebut. Sebagaimana dijelaskan di dalam MvT-nya (Smidt, I, hlm. 528):

“Istilah ini muncul dalam ketiga bab pertama dari buku kedua. Ia meliputi percobaan yang dapat dipidana (menurut Pasal 55 [45]/53, red.) atas tindakan yang diniatkan, sebagaimana Pasal 105 C.P.B. dan § 82 kitab undang-undang Jerman, tidak semata perbuatan-perbuatan persiapan saja, sama halnya dalam hukum kita yang menurut Pasal 88 C.P. di Perancis telah diubah dengan undang-undang dari tahun 1832 dengan ketentuan ini: »L'exécution et la tentative constitueront seules l'attentat [pelaksanaan perbuatan dan semata percobaan (untuk itu)].”

Selain itu, terdapat pula masukan dari Dewan (Pertimbangan) Negara (Raad van State) yang tercatat dalam proses pembahasannya (Smidt, I, hlm. 529):

“Oleh karenanya, ‘aanslag’ mengandung arti percobaan yang dapat dipidana [untuk suatu kejahatan], sekaligus kejahatan yang sempurna [itu sendiri]. Sebagaimana halnya percobaan yang dapat dipidana secara umum, perbuatan-perbuatan persiapan terkait ‘aanslag’ juga tidak dapat dipidana.”

Pengaturan kejahatan terhadap keamanan negara ditujukan untuk melindungi keamanan negara, bukan hukuman terhadap pelanggaran terhadap kepercayaan atau loyalitas pada negara

- j) Kata ‘makar’ yang dalam penggunaan sehari-hari lebih dipahami sebagai bentuk pengkhianatan atau pelanggaran terhadap kepercayaan yang diberikan (negara/pemerintah), mungkin juga tidak sepenuhnya sesuai dengan maksud awal dari ketentuan-ketentuan itu sendiri. Latar belakang adanya pasal-pasal mengenai kejahatan terhadap keamanan negara yang memuat kata ‘aanslag’

inidapat ditelusuri kembali dalam penjelasan umum Bab I. Di sana ditegaskan, bahwa kepentingan yang hendak dilindungi bukanlah kepercayaan atau loyalitas terhadap negara, tetapi keamanan negara (Smidt, II, hlm. 11):

“Bab ini memuat kejahatan-kejahatan yang secara langsung mengakibatkan Negara Belanda dalam keadaan bahaya, baik dengan merampas raja dari negeri itu, maupun dengan secara sengaja mempublikasikan rahasia-rahasia yang diperlukan untuk kepentingan negara, atau dengan secara sengaja merugikan negara dalam negosiasi-negosiasi. Di sini orang akan menemui apa yang di tempat lain (a.l. dalam Pasal 80-93 kitab undang-undang Jerman) dibedakan ke dalam istilah pengkhianatan negara dan pengkhianatan tingkat tinggi.

Alasan mengapa istilah-istilah itu tadi tidak digunakan, didasari sifat dari kejahatan-kejahatan yang diuraikan di sini. Setiap pengkhianatan mengasumsikan pelanggaran suatu kewajiban berdasar kepercayaan. Oleh karenanya, mungkin hanya warga negara Belanda atau, dalam pengertian paling luas, juga orang asing yang tinggal di negeri ini, akan dapat dipidana. Ini tidaklah cukup. Bukan pelanggaran atas kepercayaan, namun bahaya serius terhadap keamanan negaralah yang menjadi dasar dari pemidanaan, dan akan bagus bagi keamanan negara, jika orang asing yang ada di luar negeri dan bersalah melakukan kejahatan-kejahatan yang diuraikan dalam Pasal 99-103 [92-96] dan 113 [105] itu dapat dipidana (lihat Pasal 4, no. 1, Buku I).”

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, perbuatan-perbuatan terkait kejahatan terhadap keamanan negara ini setidaknya-tidaknya telah harus memenuhi kriteria suatu percobaan yang dapat dipidana, yaitu adanya niat untuk melakukan kejahatan yang telah mulai dilaksanakan. MvT-nya sendirimenegaskan(Smidt, II, hlm. 12):

“Kriteria ‘aanslag’ yang dapat dipidana merujuk pada uraian Pasal 88 [79] dan telah dijelaskan di sana.

Sebuah permufakatan jahat ada, persis seperti yang terlihat dari kata itu sendiri, begitu dua orang atau lebih telah sepakat untuk melakukan kejahatan [Pasal 80].

Sepanjang tidak ada ‘aanslag’, tidak juga permufakatan jahat, tidak pula penghasutan sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 140 [131/154, red.],

maka hanya ada kecenderungan-kecenderungan dan niatan-niatan saja— yang [masih] membutuhkan petunjuk adanya suatu kehendak tetap dan, bagi negara, tak ada bahaya mengancam yang dapat membuat hal seperti itu dapat dipidana. Tak ada dasar yang mencukupi, bagi kejahatan-kejahatan yang diuraikan dalam bab ini, untuk menyimpang begitu jauh dari prinsip-prinsip umum, bahwa hanya perbuatan-perbuatan persiapan saja, tanpa diikuti oleh permulaan pelaksanaan, dan terlebih lagi suatu usulan yang tidak diterima [Bandingkan Pasal 90 C.P., Pasal 111 C.P.B., Pasal 84, 86, D. Wb.], akan diancam dengan hukuman pidana.”

Pasal 104: ‘aanslag’ yang dilakukan dengan maksud membunuh, merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden, bukan hanya dalam bentuk kekerasan

|           |  |   |
|-----------|--|---|
| Pasal 104 | Makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun. | De aanslag ondernomen met het oogmerk om den Koning, de regeerende Koningin of den Regent van het leven of de vrijheid te berooven of tot regeeren ongeschikt te maken, wordt gestraft met de doodstraf of levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren. |
|-----------|--|---|

- k) Pasal 104 KUHP ini pada dasarnya sama dengan pasal serupa di dalam WvS, UU No. 1/1946 hanya mengubah frase “*den Koning, de regeerende Koningin, of den Regent*” [Raja, Ratu yang memerintah, atau Bupati] menjadi “Presiden atau Wakil Presiden”. Dari rumusannya sendiri dapat dilihat, Pasal 104 ini jelas ditujukan untuk melindungi nyawa, kebebasan, dan kemampuan Presiden dan Wakil Presiden dalam menjalankan tugasnya dalam pemerintahan. Dengan demikian, ‘aanslag’ di sini meliputi segala perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk merampas atau menghilangkan hal-hal tersebut. Menurut MvT-nya, ini tidak hanya harus dipahami sebagai dilakukannya suatu tindak kekerasan saja, namun termasuk juga menyediakan segala sesuatu yang

bersifat merusak (misalnya meracun atau menyekap) untuk mencapai tujuan atau maksud tersebut (Smidt, II, hlm. 13):

“[...] Meniadakan kemampuan untuk memerintah dapat terjadi dengan berbagai macam cara; namun begitu ‘aanslag’ dengan tujuan ini dilakukan, tidak ada bedanya apakah pelaku mencoba untuk mencapai tujuannya dengan suatu tindak kekerasan atau dengan menyediakan sesuatu yang bersifat merusak.”

Pasal 106 dan Pasal 107: pengertian ‘aanslag’ melahirkan perdebatan terkait potensi pelanggaran hak berserikat dan hak untuk mengeluarkan pendapat

|           |  |  |
|-----------|--|--|
| Pasal 106 | Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun   | De aanslag ondernomen met het oogmerk om het grondgebied van den staat geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan af te scheiden, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren.   |
| Pasal 107 | (1) Makar dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun. (2) Para pemimpin dan pengatur makar tersebut dalam ayat 1, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun | (1) De aanslag ondernomen met het oogmerk om omwenteling teweeg te brengen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren. (2) Leaders en aanleggers van een aanslag als in het eerste lid bedoeld, worden gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren. |

- l) Berbeda dengan pasal sebelumnya yang jelas menyangkut suatu obyek konkret, yaitu nyawa, kebebasan, dan kemampuan memerintah Presiden atau Wakil Presiden, kedua pasal selanjutnya menyangkut suatu obyek yang sifatnya abstrak. Pasal 106 KUHP ditujukan untuk melindungi keutuhan negara, sementara Pasal 107 KUHP ditujukan untuk melindungi posisi pemerintah. Terdapat perbedaan rumusan antara Pasal 107 KUHP/WvS dengan

padanannya di dalam Sr yang lebih menekankan pada perlindungan terhadap bentuk pemerintahan yang konstitusional dan urutan tahta kerajaan. Pasal 107 KUHP ini, oleh karenanya, tak dapat dipisahkan dari Pasal 88 bis KUHP:

“Dengan penggulingan pemerintahan dimaksud meniadakan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar.”

m) Bagaimanapun, dalam pembahasannya di parlemen, pengertian ‘aanslag’ telah mengundang perdebatan keras. Kesepakatannya ketika itu, penafsiran atas pengertian ‘aanslag’ ini diserahkan kepada praktek peradilan (yurisprudensi) dan penegasan dimasukkannya frase ‘op onwettige wijze’ (secara tidak sah) – yang juga dapat dijumpai pada Pasal 88 bis sebagaimana tersebut di atas. Di bawah ini uraiannya (Smidt, II, hlm. 14-15):

“Dewan Negara memberikan tanggapan bahwa pengertian ‘aanslag’ sudah pasti terlalu samar untuk dapat dipidana di dalam Kitab Hukum Pidana. (Lihat pendapat, ad artt. 118, 119, 125 [109, 110, 116]). Pemerintah telah menjawab (lihat laporan), yang tampaknya berlebihan untuk ditambahi lagi, karena, di dalam pasal-pasal yang dikutip, ‘aanslag’ tidak selalu dimaksudkan sebagai ‘aanslag’ terhadap diri seseorang, serta istilah tersebut meliputi setiap tindakan kekerasan (termasuk percobaan untuk itu), yang diambil (dan ditujukan) terhadap orang-orang penting yang tercantum di dalam artikel-artikel tersebut, yang tidak termasuk di dalam suatu ketentuan pidana yang memberatkan.

Minoritas dari anggota Komisi [perancang, red.] menilai bahwa ruang lingkup ‘aanslag’ dalam Pasal 100 dan 101 menjadi tidak jelas, justru dengan adanya penjelasan Pemerintah ini. Bagaimanapun, di sini tidak berlaku ‘aanslag’ terhadap diri seseorang. Apakah kemudian hanya dapat diartikan sebagai tindakan-tindakan kekerasan saja? Akan tetapi, itu tidak akan sesuai dengan ketentuan Pasal 88 [79] yang lingkungannya jauh lebih luas. Di sisi lain, istilah itu bisa jadi (justru) ditafsirkan terlalu luas.

Terutama dalam kaitannya dengan Pasal 101, ketidakjelasan pengertian ‘aanslag’ akan dapat menyebabkan dampak-dampak praktis yang keliru, serta percobaan-percobaan yang dilakukan dengan tulisan, atau serikat-serikat, untuk mengubah bentuk pemerintahan yang konstitusional melalui

jalan damai, (dianggap) sebagai ‘aanslag’ yang dapat dipidana sesuai dengan Pasal 101.

Namun, Komisi (tetap) beranggapan, bahwa penafsirannya aman untuk diserahkan kepada yurisprudensi – yang (dapat) menemukan cukup arahan bagi pengertian umum suatu percobaan yang dapat dipidana, untuk membedakan ‘aanslag’ yang dimaksud di sini dari kegiatan akademis atau diskusi-diskusi politik.

Istilah ‘aanslag’ mungkin, secara bahasa, hanya akan menimbulkan keberatan terkait uraian terakhir pada Pasal 101; perubahan dari bentuk pemerintahan atau penerus tahta juga dapat dicapai melalui cara yang tak layak untuk dipidana. Dengan tambahan ‘secara tidak sah’, maka kalimat itu menjadi lebih jelas.”

Pasal 140: penerapan pasal-pasal serupa dalam rangka pelaksanaan kewajiban internasional

|           |  |   |
|-----------|--|---|
| Pasal 140 | <p>(1) Makar terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala negara sahabat, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.</p> <p>(2) Jika makar terhadap nyawa berakibat kematian atau dilakukan dengan rencana terlebih dahulu, diancam dengan pidana penjara paling lama dua puluh tahun.</p> <p>(3) Jika makar terhadap nyawa dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.</p> | <p>(1) De aanslag op het leven of de vrijheid van een regeerend vorst of ander hoofd van een bevrienden staat wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren.</p> <p>(2) Indien de aanslag op het leven den dood ten gevolge heeft of met voorbedachten rade wordt ondernomen, wordt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren opgelegd.</p> <p>(3) Indien de aanslag op het leven met voorbedachten rade ondernomen den dood ten gevolge heeft, wordt de doodstraf of levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren opgelegd.</p> |
|-----------|--|---|

- n) Berbeda dari ketiga pasal sebelumnya (104, 106, dan 107 KUHP), ketiga pasal lainnya (Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP) termasuk ke dalam bab yang berbeda, yaitu mengenai kejahatan terhadap kepala negara dan perwakilan negara-negara sahabat. Dalam hal ini, terdapat perbedaan antara Sr dan WvS, di mana Sr hanya memuat kejahatan terhadap kepala negara dan perwakilan negara-negara sahabat, jadi tidak meliputi kejahatan terhadap negara sahabat. Menurut penjelasan umum di dalam MvT-nya, ketentuan-ketentuan ini dimaksudkan sebagai sarana untuk memenuhi kewajiban internasional negara (Smidt, II, hlm. 47):

“Kewajiban-kewajiban internasional dan kepentingan negara untuk memenuhi kewajiban itu menuntut adanya ketentuan-ketentuan pidana dalam bab ini – yang harus dilihat dalam hubungannya dengan kedua bab sebelumnya dan dengan poin 1 pada Pasal 4 dan 5 dari Buku Pertama [pemberlakuan beberapa pasal tertentu terhadap tindak pidana yang dilakukan di luar negeri, red.].

Namun, perkecualian-perkecualian dari ketentuan umum semestinya hanya terbatas pada beberapa kejahatan berat. Pengaturan yang terlalu luas, sehingga juga terdapat ancaman pidana terhadap kejahatan-kejahatan politik murni di luar negeri yang dilakukan terhadap suatu kekuasaan di luar negeri, mungkin akan melampaui tujuannya dan mengundang anomali yang tak lagi berdasar. Bagaimanapun juga, jika seorang warga negara Belanda dan seorang asing melakukan tindak pidana tertentu di luar negeri dan keduanya pulang kemari, warga negara Belandanya akan dapat dipidana di sini, sementara orang asingnya tidak dapat diekstradisi dan tidak pula dipidana di sini.

Oleh karena itu, rancangannya hanya membatasi pada ‘aanslag’-‘aanslag’ pada nyawa dan kebebasan, serta tidak mencantumkan ‘aanslag’ untuk meniadakan kemampuan memerintah (Pasal 99 [92/104, red.]), tindak-tindak pidana yang diuraikan pada Pasal 100-102 [93-95/106-107, red.], dan setiap permufakatan jahat. [...]”

- o) Selanjutnya, dapat dilihat bahwa Pasal 139a, 139b, dan 140 KUHP pada dasarnya memuat esensi yang sama dengan Pasal 106 KUHP (untuk Pasal 139b KUHP), Pasal 107 KUHP (untuk Pasal 139a KUHP), dan Pasal 104

KUHP (untuk Pasal 140 KUHP). Jika dicermati, dapat pula dilihat bahwa MvT-nya sendiri telah menjelaskan maksud pengaturan bab ini tidak meliputi tindak-tindak pidana selain 'aanslag' pada nyawa dan kebebasan kepala negara atau perwakilan negara-negara sahabat. Sejauh ini, kami belum menemukan penjelasan mengapa WvS/KUHP pada akhirnya memasukkan ketiga pasal tersebut.

- p) Berdasarkan kajian kami atas MvT dari beberapa pasal yang memuat kata 'aanslag', dapat disimpulkan bahwa memang ada masalah ketidakjelasan atau ketidakpastian dari pengertian kata 'aanslag' tersebut. Pilihan pembuat undang-undang ketika itu adalah menyerahkannya kepada praktek peradilan (yurisprudensi) yang diharapkan akan memperjelas bagaimana pasal-pasal tersebut semestinya diterapkan. Di bawah ini akan coba kami tampilkan satu contoh kasus penerapan pasal serupa di Belanda, terutama sehubungan dengan norma Pasal 93 Sr (Pasal 106 KUHP) dan Pasal 94 Sr (Pasal 107 KUHP). Bagaimanapun, sebagaimana dapat dibaca dalam paragraf-paragraf sebelumnya, penerjemahan ke dalam kata 'makar' telah menghilangkan sama sekali adanya nuansa perbedaan antara perbuatan yang dapat dipidana (dan yang tidak) menurut pasal-pasal tersebut, sehingga membuat keberlakuan norma-norma terkait di Indonesia menjadi pasti tidak pasti. Penggunaan frase 'serangan yang dilakukan' sebagai terjemahan 'aanslag ondernomen' (yang kemudian akan menemukan pemaknaan lebih lanjut oleh yurisprudensi berdasarkan MvT-nya) barangkali dapat dipertimbangkan sebagai uraian yang mungkin dapat mengurangi ketidakpastian tersebut, serta mengembalikan perlindungan atas hak berserikat dan hak mengeluarkan pendapat kembali sebagai unsur intrinsik tak terpisahkan dalam pemaknaan pasal terkait.

**Bagaimana praktik penggunaan pasal makar di Belanda, khususnya dalam konteks pembuktian unsur makar itu di Persidangan/Putusan yang ada, apakah "serangan" menjadi unsur yang tidak terpisahkan dalam pembuktian makar?**

- a) Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, sehubungan dengan penerapan Pasal 104 (dan Pasal 140) KUHP mungkin tidak akan begitu bermasalah, karena obyek yang dilindungi cukup konkret, yaitu nyawa, kebebasan, dan kemampuan memerintah Presiden dan Wakil Presiden (atau kepala negara sahabat untuk Pasal 140). Ini terbaca pula dalam MvT-nya, di mana

perdebatan mengenai ketidakjelasan atau ketidakpastian bentuk perbuatan baru muncul, justru ketika Pemerintah ketika itu menyatakan bahwa bentuk 'aanslag'-nya ditujukan terhadap diri pihak-pihak yang dilindungi. Ini mungkin yang dalam bahasa awam kemudian dipahami sebagai bentuk percobaan pembunuhan atau serangan tak terduga (terhadap diri Presiden/Wakil Presiden/kepala negara).

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya pula, bentuk perbuatan tersebut dapat berupa tindak kekerasan, ataupun dengan menyediakan sesuatu yang bersifat merusak nyawa, kebebasan, atau (untuk Presiden dan Wakil Presiden) kemampuan pihak terkait dalam menjalankan fungsi pemerintahan. Meskipun dalam hal ini tetap tidak terdapat kepastian mengenai bentuk perbuatan, sepertinya tidak akan begitu sulit untuk membayangkan – dan mungkin menyepakati – batasan dari perbuatan yang dapat dipidana. Tentu dalam dakwaan harus dinyatakan dan dibuktikan tindakan apa persisnya yang akan berakibat pada terpenuhinya uraian delik dalam pasal tersebut (lihat, misalnya, HR, 22-06-1976, nr. 68169, ECLI:NL:PHR:1976:AB5614 – meskipun dalam perkara ini esensinya adalah permufakatan jahat untuk melakukan kejahatan tersebut).

Berbeda halnya dengan penerapan Pasal 106 KUHP (Pasal 93 Sr; Pasal 100 dalam MvT) atau Pasal 107 KUHP (Pasal 94 Sr; Pasal 101 dalam MvT) yang mengundang ketidakpastian dalam penerapannya (Smidt, II, hlm. 15):

“Minoritas dari anggota Komisi [perancang, red.] menilai bahwa ruang lingkup 'aanslag' dalam Pasal 100 dan 101 menjadi tidak jelas, justru dengan adanya penjelasan Pemerintah ini. Bagaimanapun, di sini tidak berlaku 'aanslag' terhadap diri seseorang. Apakah kemudian hanya dapat diartikan sebagai tindakan-tindakan kekerasan saja? Akan tetapi, itu tidak akan sesuai dengan ketentuan Pasal 88 [79] yang lingkungannya jauh lebih luas. Di sisi lain, istilah itu bisa jadi (justru) ditafsirkan terlalu luas.”

Untuk itu, dalam menjawab pertanyaan ini, kami mencoba mencari contoh kasus di mana Pasal 93 Sr atau Pasal 94 Sr diterapkan.

- b) Kami ternyata hanya berhasil menemukan satu contoh kasus terkait penerapan Pasal 93 Sr dan Pasal 94 Sr tersebut, yaitu 'Mussert-arrest' (NOR 1945/46, 124, 20 Maret 1946). Perlu diketahui, perkara ini merupakan bagian dari penegakan hukum luar biasa yang terjadi setelah meletusnya perang dunia

kedua, di mana sebelumnya (Mei 1940 – Mei 1945) negeri Belanda sempat diduduki oleh pasukan Nazi-nya Hitler. Terdakwa dalam perkara ini, Anton Adriaan Mussert, adalah salah satu pendiri NSB (Nationaal-Socialistische Beweging/Gerakan Nasional-Sosialistis), sebuah organisasi simpatisan Nazi yang didirikan di Belanda di tahun 1931. Dalam perkara ini, Mussert didakwa, antara lain, telah melakukan perbuatan “dengan maksud mendukung, dilakukannya ‘aanslag’ dengan maksud untuk menundukkan kerajaan di bawah kekuasaan asing, dengan mencoba menggerakkan orang lain untuk turut serta melakukan kejahatan” (bandingkan Pasal 93 Sr) dan “secara sengaja dengan maksud mempersiapkan, [...], dilakukannya ‘aanslag’ menurut rencana berikut, dengan maksud menghilangkan bentuk pemerintahan yang konstitusional dalam Kerajaan Belanda, [...], rencana itu ditujukan untuk disampaikan kepada Komisaris Kerajaan Jerman di Belanda Seyss Inquart dan kepala negara Jerman Adolf Hitler” (bandingkan Pasal 94 Sr).

|              |  |  |
|--------------|--|--|
| Pasal 93 Sr. | De aanslag ondernomen met het oogmerk om het Rijk geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan af te scheiden, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie.    | ‘Aanslag’ yang dilakukan dengan maksud untuk menundukkan sebagian atau seluruh (wilayah) Kerajaan di bawah kekuasaan asing, atau untuk memisahkan sebagian bagiannya, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup, atau untuk waktu tertentu dengan maksimal tiga puluh tahun, atau denda kategori kelima. |
| Pasal 94 Sr. | De aanslag ondernomen met het oogmerk om de grondwettige regeringsvorm of de orde van troonopvolging te vernietigen of op onwettige wijze te veranderen, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie. | ‘Aanslag’ yang dilakukan dengan maksud untuk menghilangkan bentuk pemerintahan yang konstitusional atau mengubah urutan tahta, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup, atau untuk waktu tertentu dengan maksimal tiga puluh tahun, atau denda kategori kelima.  |

- c) Selanjutnya, dalam dakwaan terkait diuraikan secara merinci tindakan yang dilakukan oleh Mussert tersebut, yaitu – singkatnya – menyurati Hilter untuk menjadikan bangsa Belanda sebagai salah satu sekutunya pada awal bulan September 1940, mengirimkan telegram kepada Hitler dengan pernyataan ingin menyerahkan kesejahteraan bangsa Belanda dan menunggu perintahnya, mengikrarkan kesetiaannya sampai mati di hadapan Hitler pada bulan Desember 1941, mengambil sumpah setia pengurus NSB pada bulan Juni 1942, dan melakukan berbagai kegiatan sebagai Pemimpin NSB untuk mewujudkan Persekutuan Negara-Negara Jerman Raya. Sementara, terkait dengan dakwaan penghancuran bentuk pemerintahan yang konstitusional, disebutkan pula rencana yang memuat beberapa masukan dan kontribusi Mussert dalam rangka mengganti bentuk pemerintahan yang konstitusional di Belanda dengan pemerintahan baru di bawah Mussert.
- d) Kembali ke pertanyaan sebelumnya, dalam uraian di atas dapat dilihat bahwa dalam prakteknya penggunaan pasal-pasal terkait kejahatan terhadap keamanan negara memang harus diikuti dengan penjabaran uraian delik dan pembuktian dari masing-masing unsur. Kata ‘aanslag’ sendiri harus selalu diuraikan sebagai suatu perbuatan atau rangkaian perbuatan dalam rangka mencapai tujuan yang disebutkan di dalam masing-masing pasal tersebut. Perbuatan itu memang tidak selalu harus termanifestasi dalam suatu bentuk kekerasan atau serangan fisik, tetapi dalam kasus-kasus konkret tetap harus dilihat secara nyata kaitannya dengan (dan probabilitasnya untuk) benar-benar melahirkan ancaman yang nyata terhadap negara. Dalam kasus Mussert tadi, misalnya, dakwaan terhadap Mussert didasarkan pada usahanya untuk menundukkan negeri Belanda di bawah kekuasaan Hitler dan usahanya mengganti pemerintahan yang konstitusional secara tidak sah, bukan pada fakta didirikannya NSB, ataupun pendapat-pendapatnya mengenai ideologi fasisme. Dalam hubungannya dengan sejarah pembahasan pasal terkait, hal ini perlu selalu diperhatikan dalam rangka melindungi hak-hak warga negara untuk berserikat dan mengeluarkan pendapat.
- e) Sebagai catatan penutup, perlu kiranya diketahui bahwa terjemahan Pasal 106 KUHP yang saat ini beredar dan dikutip oleh Pemohon tidaklah lengkap, sehingga mengakibatkan tujuan dari perbuatan yang dilarang oleh pasal tersebut menjadi tidak pasti. Ini tentu membuat tindak pidana yang

perbuatannya sudah tidak pasti ini, menjadi semakin tidak pasti lagi. Dalam hal ini, terjemahan versi BPHN mungkin lebih tepat digunakan sebagai acuan dan dapat lebih memberikan panduan mengenai unsur-unsur yang harus dibuktikan dalam praktek penegakan hukum.

| Pasal 106 KUHP   | Pasal 106 WvS  | Pasal 106 KUHP versi BPHN   |
|--|--|---|
| Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun | De aanslag ondernomen met het oogmerk om het grondgebied van den staat geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan af te scheiden, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren. | Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun. |

[2.3] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Presiden menyampaikan keterangan dalam persidangan tanggal 9 Mei 2017 dan telah menyerahkan keterangan tertulis yang disampaikan di Kepaniteraan Mahkamah tanggal 5 Juni 2017 dan 12 Juli 2017, yang pada pokoknya sebagai berikut:

#### I. POKOK-POKOK ISI PERMOHONAN PEMOHON

Bahwa Pemohon merasa telah dirugikan hak konstitusionalnya oleh berlakunya ketentuan Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP dengan alasan pada pokoknya sebagai berikut:

1. Bahwa KUHP tidak memberikan definisi frasa makar sehingga frasa makar yang dalam KUHP Belanda diartikan dari kata *aanslag* diterjemahkan kebahasa Indonesia sebagai kata makar. Bahwa sampai saat ini belum ada peraturan perundang-undangan yang secara resmi menerjemahkan WvSNI. Terjemahan-terjemahan dari Moeljatno, Soesilo, dan Badan Pembinaan Hukum Nasional, bukanlah merupakan terjemahan resmi yang disahkan

oleh Pemerintah. Dengan perkataan lain, KUHP saat ini ada dari dua Bahasa yakni Belanda dan Indonesia.

2. Bahwa penggunaan kata Makar sebagai pemaknaan dari aanslag telah menimbulkan ketidakpastian hukum karena tidak dapat dengan jelas memaknai aanslag sebagai serangan, sehingga frasa aanslag seharusnya hanya dimaknai sebagai serangan agar pemenuhan hak konstitusi sebagaimana tertuang dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 dapat terpenuhi.
3. Menurut Pemohon hampir semua kasus yang dipidana dengan pasal Makar memiliki karakteristik yang sama, yaitu tidak dijelaskannya unsur makar sebagai serangan oleh Jaksa dan Hakim. Kondisi ini menunjukkan bahwa penggunaan makar telah bergeser akibat adanya pergeseran makna makar.
4. Pergeseran makna *aanslag* yang tidak hanya diartikan sebagai serangan telah mengakibatkan ketidakjelasan penggunaan pasal makar dalam peradilan pidana. Dimana Hakim maupun Jaksa dalam menangani perkara pidana tidak menjelaskan unsur makar sebagai serangan sehingga baik Jaksa maupun Hakim tidak mampu untuk memaknai makar yang sesungguhnya berbeda dari kata *aanslag*. Kondisi seperti ini justru berbenturan dengan tujuan asli frasa makar atau aanslag pada saat dibentuk, yaitu tidak boleh diartikan meluas dari pengertian serangan sehingga dapat menysasar perbuatan lain diluar perbuatan serangan.

## **II. TENTANG KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI UNTUK MEMERIKSA, MENGADILI DAN MEMUTUS PERMOHONAN *A QUO*.**

Terhadap kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili dan memutus permohonan *a quo*, Pemerintah dapat memberikan penjelasan sebagai berikut:

1. Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman mempunyai peranan penting dalam usaha menegakkan konstitusi dan prinsip Negara hukum sesuai dengan tugas dan wewenangnya sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang Dasar 1945. Dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a sampai dengan huruf d Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 (untuk selanjutnya disebut UU MK), bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang untuk :

- a. menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945;
  - b. memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945;
  - c. memutus pembubaran partai politik, dan;
  - d. memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
2. Bahwa para Pemohon dalam register perkara Nomor 7/PUU-XV/2017 tanggal 6 Februari 2017 pada pokoknya menyatakan permohonannya sebagai berikut:
- a. Bahwa Pemohon dalam permohonannya menganggap Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan untuk memeriksa pengujian undang-undang ini dan oleh karenanya memohon kepada Mahkamah supaya menyatakan hal ketentuan Pasal Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang frasa makar tidak dimaknai sebagai aanslag atau serangan.
  - b. Bahwa menurut Pemohon, dalam **praktek penegakan hukum** hampir semua kasus yang dipidana dengan Pasal Makar memiliki karakteristik yang sama, yaitu tidak dijelaskannya unsur makar sebagai serangan oleh Jaksa dan Hakim. Kondisi ini menunjukkan bahwa penggunaan Makar telah bergeser akibat adanya pergeseran makna makar sebagai aanslag atau serangan. Sebagai contoh antara lain:
    - 1) Kasus Sehu Bleman alias Melki Bleskadit dalam Putusan MA Nomor 574 K/Pid/2012 didakwa melakukan "Makar" karena menjadi Ketua Panitia hari Kemerdekaan Papua Barat yang dianggap niat untuk memisahkan diri dari Indonesia. Dalam dakwaannya, Jaksa sama sekali tidak menjelaskan unsur "Aanslag" atau "Serangan" sebagaimana mestinya, dakwaan hanya menjabarkan niat dari Terpidana untuk memisahkan diri dari Indonesia.
    - 2) Kasus Samuel Waileruny dalam Putusan MA Nomor 1827 K/Pid/2007 didakwa dengan permufakatan jahat untuk melakukan "Makar" karena ingin mengibarkan bendera RMS (Republik Maluku Selatan) yang dianggap niat untuk memisahkan diri dari Indonesia. Dalam dakwaannya, Jaksa juga tidak menguraikan unsur "Aanslag" atau "Serangan" sebagaimana mestinya, dakwaan hanya menjabarkan

niat dari Terpidana untuk memisahkan diri dari Indonesia. Terpidana dipidana dengan 3 tahun penjara.

3) Kasus Yakobus Pigai dalam Putusan MA Nomor 1977 K/Pid/2008, oleh Hakim Agung dipidana dengan Pidana Makar yang diartikan sebagai kejahatan terhadap Negara. Dirinya dipidana penjara selama 5 tahun karena mengibarkan Bendera Bintang Kejora yang dianggap sebagai tindakan Makar. Baik Jaksa dan Hakim tidak memasukkan unsur "Makar" sebagai "Serangan" atau "*Aanslag*" bahkan Hakim Agung kemudian menyederhanakan perbuatan mengibarkan Bendera Bintang Kejora tanpa adanya unsur "Serangan" menjadi kejahatan terhadap Negara.

c. Bahwa menurut Pemerintah terhadap permohonan Pemohon lebih berkaitan dengan Penerapan Norma (Implementasi) suatu Undang-Undang yaitu Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP. Permohonan Pemohon menurut Pemerintah sesungguhnya yang dipermasalahkan Pemohon lebih merupakan *constitutional complaint* daripada *judicial review* atau *constitutional review*. Namun, oleh Pemohon permasalahan tersebut diajukan sebagai permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 dengan dalil bahwa ketentuan pasal *a quo* yang dimohonkan pengujian itu bertentangan dengan UUD 1945.

d. Bahwa harus dibedakan antara pengujian konstiusionalitas norma Undang-Undang (*constitutional review*) dan persoalan yang timbul sebagai akibat dari penerapan suatu norma Undang-Undang yang di sejumlah negara dimasukkan ke dalam ruang lingkup persoalan gugatan atau pengaduan konstiusional (*constitutional complaint*). Dalam hal yang pertama (*constitutional review*), yang dipersoalkan adalah apakah suatu norma Undang-Undang bertentangan atau tidak dengan konstitusi, sedangkan dalam hal yang kedua (*constitutional complaint*) yang dipersoalkan apakah suatu perbuatan pejabat publik (atau tidak berbuat sesuatunya pejabat publik) telah melanggar suatu hak dasar (*basic rights*) seseorang, yang antara lain dapat terjadi karena pejabat publik yang bersangkutan keliru dalam menafsirkan norma Undang-Undang dalam penerapannya.

3. Berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Pasal 10 huruf a UU MK dan Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pemerintah berpendapat bahwa Mahkamah Konstitusi tidak memiliki kewenangan untuk memeriksa perkara constitutional complaint karena kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah pengujian undang-undang yang berarti menguji kesesuaian antara isi undang-undang tertentu dengan isi Undang-Undang Dasar sesuai Pasal 24C UUD 1945 dan adalah tepat jika Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi secara bijaksana menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).

### III. TENTANG KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PEMOHON.

Bahwa dalil Pemohon terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon, sebagai berikut :

1. Ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, menyatakan bahwa Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Undang-undang, yaitu:
  - a. *perorangan warga negara Indonesia;*
  - b. *kesatuan masyarakat hukum adat, sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;*
  - c. *badan hukum publik atau privat; atau*
  - d. *lembaga negara.*

Ketentuan diatas dipertegas dalam penjelasannya, bahwa yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945. Dengan demikian, agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon, yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka terlebih dahulu Pemohon harus menjelaskan dan membuktikan :

- a. Kualifikasi permohonan dalam perkara ini, sebagaimana daitur dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang

Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi;

- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya, dalam kualifikasi dimaksud yang dianggap telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang diuji;
  - c. Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon, sebagai akibat berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujiannya.
2. Bahwa berdasarkan pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007, Pemohon harus memenuhi syarat, yaitu:
- a. adanya hak konstitusional Pemohon yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
  - b. bahwa hak konstitusional Pemohon tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;
  - c. bahwa kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
  - d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan untuk diuji;
  - e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.
3. Sehubungan dengan kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon, Pemerintah menyampaikan hal-hal sebagai berikut:
- a. Bahwa Pemohon adalah organisasi non pemerintah atau Lembaga Swadaya Masyarakat dan berkembang secara swadaya, atas kehendak dan keinginan sendiri ditengah masyarakat yang didirikan atas dasar kepedulian untuk dapat memberikan perlindungan dan penegakkan hak asasi manusia serta berkeadilan di Indonesia.
  - b. Bahwa menurut Pemohon, dalam beberapa putusan Mahkamah Agung yang diteliti oleh Pemohon, Jaksa dan Hakim telah salah menerapkan unsur makar, makar hanya dimaknai sebagai unsur niat, bukan perbuatan sebagaimana mestinya, sehingga dalam banyak putusan tersebut tidak ada pembuktian terkait perbuatan makar yang berarti serangan.
4. Bahwa Pemohon mendalilkan mengalami kerugian yang bersifat potensial maupun bersifat aktual dimana terdapat potensi kerugian yang dialami

Pemohon dimana menurut Pemohon adanya frasa makar dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP telah merugikan berbagai macam usaha yang telah dilakukan secara terus menerus oleh Pemohon dalam rangka menjalankan tugas dan perannya mendorong perlindungan, pemajuan dan pemenuhan ham, keadilan dalam hukum pidana di Indonesia.

5. Bahwa menurut Pemerintah, perlu dipertanyakan kepentingan Pemohon, apakah sudah tepat sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kepentingannya dirugikan dengan berlakunya ketentuan Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP, dan juga apakah terdapat kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat *spesifik* (khusus) dan aktual, atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi, dan apakah ada hubungan sebab akibat (*causal verband*), antara kerugian dimaksud dengan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan untuk diuji.

Dalam hal ini, Pemerintah berpendapat bahwa :

- a. Pemohon dalam perkara *a quo* tidak mempunyai *legal standing*, untuk mengajukan permohonan karena tidak memenuhi ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi *juncto* Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi antara lain Nomor 006/PUU-III/2005, tanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007.
- b. Bahwa dalam permohonan *a quo* tidak ditemukan adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) dan aktual bahkan bersifat potensial sebagaimana dinyatakan Pemohon dalam permohonan *a quo* dengan berlakunya Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP, karena potensi kerugian yang dialami para Pemohon bukanlah kerugian nyata yang dialami dan hanya merupakan asumsi.

Berdasarkan hal tersebut di atas, Pemerintah berpendapat permohonan Pemohon tidak memenuhi kualifikasi sebagai pihak yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dan adalah tepat jika Majelis Hakim Mahkamah

Konstitusi secara bijaksana menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).

Namun demikian, Pemerintah menyerahkan sepenuhnya kepada Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilainya apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak, sebagaimana yang ditentukan oleh Pasal 51 ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003, maupun berdasarkan Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terdahulu (Putusan Mahkamah Konstitusi antara lain Nomor 006/PUU-III/2005, tanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007).

#### **IV. PENJELASAN PEMERINTAH ATAS PERMOHONAN PENGUJIAN UNDANG-UNDANG YANG DIMOHONKAN OLEH PEMOHON**

1. Sebelum memberikan keterangan terhadap pasal-pasal yang di uji pemerintah menyampaikan pandangannya sebagai berikut:
  - 1) Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 Negara Indonesia adalah negara hukum yang mempunyai makna bahwa perlindungan dan penegakan hukum di Indonesia harus tercipta perdamaian dan ketertiban umum sebagaimana dimaksud dalam pembukaan UUD 1945.
  - 2) Dalam pembukaan UUD 1945 menyatakan, Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia.
  - 3) Perlindungan dan penegakan hukum merupakan segala upaya pemerintah untuk menjamin adanya kepastian hukum untuk memberi perlindungan kepada warganya agar hak-haknya sebagai seorang warga negara dapat terpenuhi.
  - 4) Berdasarkan *American Institute of International Law* pada tahun 1916, *Konvensi Montevideo 1933* mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban Negara, dan dalam Draft *Declaration on the Right and Duties of State*

yang disusun oleh Komisi Hukum Internasional PBB Tahun 1949 hak-hak dasar yang paling sering ditekankan, yaitu:

- a) hak kemerdekaan;
  - b) hak persamaan negara-negara atau persamaan derajat;
  - c) hak yurisdiksi teritorial;
  - d) hak membela diri atau hak mempertahankan diri
  - e) kewajiban untuk tidak mengambil jalan kekerasan atau perang
  - f) kewajiban untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban traktat dengan itikad baik
- 5) Sedangkan Menurut prinsip yurisdiksi teritorial, negara mempunyai yurisdiksi terhadap semua persoalan dan kejadian di dalam wilayahnya. Menurut Hakim Lord Macmillan suatu negara memiliki yurisdiksi terhadap semua orang, benda, perkara pidana atau perdata dalam batas-batas wilayahnya sebagai wujud kedaulatan negara. Semua negara yang berdaulat harus memiliki yurisdiksi terhadap semua orang dan benda di dalam batas-batas teritorialnya dan dalam semua perkara perdata dan pidana yang timbul di dalam batas-batas teritorial.
- 6) Kedaulatan yang dimiliki oleh negara pada hakikatnya memuat tanggung jawab dasar untuk melindungi individu-individu, harta benda dan untuk menjalankan fungsi pemerintahan di wilayah teritorial masing-masing.
- 7) Dengan kedaulatan yang ada pada negara, Negara diberi kekuasaan membentuk hukum sesuai karakteristik negaranya. Karakteristik Negara dapat mempengaruhi terciptanya hukum yang berlaku pada suatu Negara. Dengan terciptanya hukum sesuai karakteristik negara maka hukum tidak hanya sebagai alat untuk mengatur akan tetapi hukum dapat memberikan kemasyarakatan bagi bangsa dan Negara. Dengan hukum yang demikian maka Negara dapat membuat aturan sesuai kebutuhan baik pengaturan secara umum atau secara khusus.
- 8) Untuk menciptakan hukum yang sesuai karakteristik Negara, selain menciptakan hukum sendiri juga negara dapat melakukan kondifikasi hukum. Kondifikasi merupakan suatu langkah memproses suatu hukum ke dalam suatu undang-undang (*codex*) yang dilakukan secara resmi oleh pemerintah untuk mendapatkan legitimasi negara. Tujuan dari

pada kodifikasi hukum adalah agar dapat suatu kesatuan hukum dan suatu kepastian hukum.

- 9) Indonesia telah banyak melakukan kodifikasi hukum antara lain KUHP, KUH Perdata, KUHD dan KUHP. Tujuan lain kodifikasi bahwa Indonesia memandang sebagai Negara hukum, sehingga kodifikasi dilakukan untuk dapat memenuhi kebutuhan hukum yang sedemikian kompleks sehingga kodifikasi dapat memberikan untuk mencegah terjadinya kekosongan hukum atau fakumnya hukum.
- 10) Kodifikasi KUHP dilakukan pada tahun 1915 dibentuk satu kodifikasi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana baru melalui S.1915:732. Kodifikasi hukum itu tertera dalam "*Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie*" yang berlaku bagi seluruh penghuni Indonesia sejak 1 Januari 1918. Melalui Kitab Undang-Undang Hukum Pidana itu, setiap peristiwa pidana yang terjadi diselesaikan berdasarkan pasal-pasal yang sesuai dengan peristiwa hukumnya.
- 11) Kemudian setelah Indonesia merdeka, berdasarkan pasal II aturan hukum peralihan UUD 1945 yang berbunyi, segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku selama belum diadakan yang baru menurut UUD. demikian pula maksud ketentuan yang terdapat dalam Pasal 192 konstitusi RIS dan Pasal 142 UUD sementara 1950. Dengan ketentuan itu, maka segala aturan yang berlaku sebelum adanya UUD tersebut, dinyatakan tetap berlaku sebagai hukum RI sendiri, khususnya peraturan-peraturan hukum pidana yang berlaku di zaman hindia belanda dahulu tetap berlaku dalam Negara RI.
- 12) Dalam prakteknya Indonesia melakukan kodifikasi KUHP, dengan kodifikasi terbuka, kodifikasi yang dilakukan dengan membuka diri terhadap tambahan-tambahan diluar induk kodifikasi. Semula maksudnya induk permasalahannya sejauh yang dapat dimasukkan ke dalam suatu buku kumpulan peraturan yang sistematis, tetapi diluar kumpulan peraturan itu isinya menyangkut permasalahan di luar kumpulan peraturan yang isinya menyangkut permasalahan-permasalahan dalam kumpulan peraturan pertama tersebut. Hal ini dilakukan berdasarkan atas kehendak perkembangan hukum itu sendiri. Dalam kodifikasi ini hukum dibiarkan berkembang menurut kebutuhan

masyarakat dan hukum tidak lagi disebut sebagai penghambat kemajuan masyarakat.

13) Menurut Pemohon Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 disamakan dengan WvS (KUHP). Berdasarkan asas konkordansi, yang memberlakukan sebuah produk hukum asing sebagai undang-undang di Indonesia. Dalam konteks pemberlakuan hukum internasional, konsep pemberlakuan WvS menjadi undang-undang Indonesia berdasarkan asas konkordansi yang dianut UUD 1945 melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946. Sehingga Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 memiliki ketentuan pasal-pasal yang berbeda dengan ketentuan WvS (KUHP). Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 berisi ketentuan yang merevisi dan menyesuaikan pasal-pasal KUHP agar dapat diterapkan di Indonesia. Sehingga Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tidak dapat disebut sebagai WvS karena sifat Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 adalah sebagai undang-undang yang memberlakukan WvS sebagai bagian dari konsep konkordansi yang dianut UUD 1945. Jika hal ini mempersamakan pasal-pasal dari WvS sebagai pasal-pasal yang sama dengan Undang-Undang yang memberlakukannya adalah tidak tepat. Hal itu menyebabkan permohonan Pemohon bias objek yang diperkarakan (*obscuur libel*) karena di dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tidak terdapat Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140.

BAB I Buku II KUHP mengatur tentang Delik terhadap Keamanan Negara di Indonesia. Pengaturan-pengaturan mengenai Delik Terhadap Keamanan Negara tersebut dimaksudkan untuk melindungi serangan individu maupun kelompok yang dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksakan kehendak mereka terhadap Negara atau kelompok warga.

Kejahatan-kejahatan terhadap keamanan negara diatur dalam Titel I Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Di dalamnya memuat tindak-tanduk pidana yang bersifat mengganggu kedudukan Negara sebagai suatu kesatuan yang berdiri di tengah-tengah masyarakat internasional yang terdiri dari berbagai negara yang merdeka dan berdaulat. Perbuatan yang

dimaksud dalam Buku II Bab I KUHP ini bisa disinonimkan dengan “penghianatan” atau “*treason*”. Dengan demikian pengaturan mengenai Delik Terhadap keamanan Negara dalam Bab I Buku II KUHP adalah suatu bentuk perwujudan adanya perlindungan hukum bagi keamanan dan keselamatan Negara.

Bambang Poernomo dalam bukunya Kapita Selekta hukum pidana, mengatakan karena nilai akibat yang ditimbulkan justru lebih membahayakan daripada nilai sasarannya yang menjadi tujuan kejahatan ini. Akibat yang tidak terkendali sangat membahayakan bukan saja harta kekayaan atau jiwa orang saja melainkan akibatnya secara langsung membahayakan kehidupan perekonomian, kehidupan demokrasi, ketentraman lahir bathin setiap orang dan kepentingan sosial bagi orang banyak

Loebby Loqman dalam bukunya berjudul Delik Politik di Indonesia, perbuatan yang diatur dalam Delik terhadap Keamanan Negara mungkin bertujuan atau berlatar belakang politik. Akan tetapi juga ada kemungkinan tidak diperlukan latar belakang atau tujuan politik sehingga pengaturan Delik terhadap Keamanan Negara yang termuat dalam BAB I Buku II mempunyai sifat yang lebih luas. Hal ini dikarenakan aktivitas kejahatan yang termasuk Delik Terhadap Keamanan Negara seperti makar untuk membunuh Presiden dan Wakil Presiden, pemberontakan bersenjata, kegiatan mata-mata, sabotase dan bahkan terorisme, amatlah sukar untuk dinilai dari perilakunya secara konkrit.

Dilihat dari sisi objek kejahatan dari jenis-jenis Delik Terhadap keamanan Negara ini terdapat pada berbagai aspek mengenai kepentingan hukum Negara, misalnya kepentingan hukum atas keamanan dan keselamatan Presiden dan Wakil Presiden, keamanan pemerintahan dalam melaksanakan tugasnya, kepentingan hukum bagi keutuhan wilayah negara, kepentingan hukum atas rahasia Negara, kepentingan hukum atas pertahanan dan keamanan Negara terhadap serangan dari luar, dan sebagainya, yang semua itu tercermin dari rumusan kejahatan dalam pasal-pasal yang bersangkutan.

Pasal-pasal tersebut memuat delik-delik yang bersifat mengganggu kedudukan Negara atau Pemerintahan di sebuah Negara sebagai satu

kesatuan yang berdiri di tengah-tengah masyarakat, yang masing-masing merdeka dan berdaulat.

Dalam hal ini delik-delik yang bersifat mengganggu kedudukan Negara atau Pemerintahan diatur dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b dan pasal 140 KUHP dimana pasal-pasal tersebut bertujuan melindungi kepentingan negara dalam arti luas melindungi kehidupan berbangsa bernegara karena batasan delik makar dalam pasal-pasal tersebut merupakan pencegahan terhadap tindakan-tindakan yang akan mengancam keamanan negara sehingga apabila makar diartikan hanya dengan serangan maka risiko yang ditimbulkan terhadap negara akan lebih besar.

2. Pandangan pemerintah terhadap pidana makar sebagai berikut:

- 1) Tindak pidana makar terdiri dari beberapa macam bentuk tindak pidana seperti tindak pidana makar dengan maksud untuk menghilangkan nyawa Presiden atau wakil Presiden, tindak pidana makar dengan maksud untuk membawa seluruh atau sebagian wilayah negara kebawah kekuasaan asing atau untuk memisahkan sebagian wilayah negara, dan tindak pidana makar dengan maksud menggulingkan pemerintah. Dilihat dari macam-macam jenis tindak pidana makar, tindak pidana makar dengan maksud menggulingkan pemerintah, merupakan salah satu tindak pidana yang berkaitan langsung dengan adanya pemerintah yang berlangsung di suatu negara. Tindak pidana makar dengan maksud menggulingkan pemerintah, menyebabkan munculnya beberapa pengaturan tindak pidana makar sebagai upaya untuk mengamankan jalannya pemerintahan yang sedang berlangsung.
- 2) Tindak pidana makar untuk menggulingkan pemerintah, tentunya disikapi dengan membuat instrumen hukum dalam meminimalisir tindak pidana makar. Instrumen hukum yang dibuat, tentu memiliki beberapa konsep. Konsep tersebut dapat dilihat dari politik hukumnya. Politik Hukum merupakan kebijakan dasar penyelenggara negara dalam bidang hukum yang akan, sedang, dan telah berlaku yang bersumber dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat untuk mencapai tujuan negara yang dicita-citakan.
- 3) Hal demikian dijalankan untuk menjamin sesuai Pasal 28 Undang-

Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yaitu, “Kemerdekaan berserikat dan berkumpul mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan Undang-Undang” Hal ini merujuk pada keadilan bagi warga negara dalam proses berbangsa dan bernegara dalam mengemukakan pendapatnya, sehingga muncul keseimbangan antara pengaturan tindak pidana makar dalam kejahatan terhadap keamanan negara dengan keadilan yang didapat warga negara. Oleh karena itu, Indonesia sebagai negara hukum memerlukan instrumen hukum pengaturan tindak pidana makar dalam pelaksanaan pemerintahannya. Mengingat dalam Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 menyatakan, “Segala Warga Negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”.

- 4) Selain Negara Indonesia sebagai Negara hukum, Indonesia juga Negara yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 yang melindungi kehidupan bersama dan untuk melindungi masyarakat yang adil dan makmur yang harus dijauhkan dari segala macam bahaya baik dari dalam maupun luar.
- 5) Dengan sendi-sendi Negara hukum, Pancasila dan UUD 1945 terimplementasi juga sebagai Negara Hukum Demokrasi yakni, Kebebasan dijunjung tinggi dalam rangka meningkatkan konsep negara hukum yang di dalamnya mencakup hak-hak asasi manusia.
- 6) Politik hukum pengaturan tindak pidana makar mengarah pada upaya pemerintah dalam melakukan pembaharuan hukum yang disesuaikan dengan kebutuhan masyarakat yaitu hak-hak warga negara dan kebutuhan pemerintah dengan memerlukan upaya keselamatan dan keamanan Negara.
- 7) Kebijakan terkait tindak pidana makar, berdasarkan kaidah-kaidah hukum yang berlaku. Kebijakan tentang tindak pidana makar dapat dilihat dari unsur-unsur tindak pidana makar dari aspek hukum pidana. Sedangkan dalam konteks hukum tata negara pengaturan tentang tindak pidana makar dapat dilihat melalui politik hukum yang dibangun dengan menyelaraskan sesuai dengan prinsip-prinsip negara hukum demokrasi agar menghasilkan kebijakan yang efektif, adil dan menjamin

hak-hak dasar warga negara di dalam menyampaikan aspirasinya pada proses berbangsa dan bernegara.

- 8) Dalam sejarahnya kepala negara atau kepala pemerintahan selalu diancam dengan tindakan makar yang dapat mengancam keselamatannya. Bahkan menurut Josh Chafetz, dari peradaban Julius Caesar ancaman makar terhadap keselamatan bahkan nyawa kepala negara/kepala pemerintahan juga terjadi (Josh Chafetz, *Impeachment and Assassination*, *Minnesota Law Review*; 2010). Bahkan pada era para nabi pun ancaman terhadap keselamatan pimpinan juga begitu marak. Sehingga para ahli berpendapat bahwa keberadaan pasal-pasal tindak pidana makar tidak hanya sekedar bertujuan untuk melindungi personal presiden dan/atau wakil presiden beserta keluarganya, tetapi tujuannya untuk melindungi proses penyelenggaraan pemerintahan dan negara.
- 9) Demi menciptakan hubungan yang harmonis antara rakyat/warga negara dan pihak penguasa (pemerintah), pihak pemerintah sebagai pemegang kekuasaan negara harus dapat melaksanakan pemerintahan yang mengedepankan prinsip-prinsip negara hukum demokratis. Selain itu, rakyat sendiri juga harus dapat memahami hak dan kewajibannya sebagai warga negara yang baik. Dalam hal ini, harus diperhatikan agar supaya keperluan untuk melindungi dan mempertahankan kehidupan negara di satu pihak diimbangi sebaik-baiknya dengan falsafah Pancasila, dengan ketentuan-ketentuan dari konstitusi dengan asas-asas negara hukum demokrasi yang tersimpul dalam "*the Rule of Law*", dengan prinsip-prinsip demokrasi serta dengan hak-hak dasar masyarakat.
- 10) Dalam Negara hukum demokrasi harus ada keseimbangan antara kekuasaan Negara dengan kekuasaan rakyat. Kekuasaan Negara terimplementasi bagaimana Negara menjalankan yuridiksinya sedangkan kekuasaan rakyat bahwa rakyat diberikan kebebasan oleh Negara untuk dapat ikutserta menentukan kebijakan Negara demi kepentingannya. Yuridiksi Negara merupakan hak Negara untuk mempertahankan Negara dari segala ancaman baik ancaman dari dalam maupun dari luar. Sedangkan hak rakyat bagaimana hak-hak rakyat dijamin dalam UUD 1945.

**3. Keterangan pemerintah terhadap Pasal-Pasal yang diuji diantaranya sebagai berikut:**

- 1) Pemohon merasa dirugikan dengan berlakunya Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 Undang-Undang Nomor 1 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan dianggap bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945, sepanjang kata “Makar” tidak dimaknai sebagai “serangan”.
- 2) Makna dari permohonan bahwa pemohon menggagap semua pasal-pasal *a quo* dapat menjadi tindak pidana makar jika telah nyata terjadinya serangan terhadap pemerintah yang sah. Dan jika belum adanya serangan maka menurut Pemohon bukan merupakan tindakan makar.
- 3) Pemerintah dalam menyikapi permohonan tersebut memberikan keterangan sebagai berikut:
  - a) Bahwa pemohon hanya memaknai kata “makar” sesuai makna kata dari bahasa belanda *aanslag* (serangan) atau dengan kata lain pemohon hanya memaknai secara sederhana tidak dimaknakan sebagai norma hukum.
  - b) Jika dimaknakan secara sederhana kata “makar” sebagai “serangan” menjadi hal yang benar, tetapi belum dapat disimpulkan serangan yang bagaimana atau seperti apa. Pemaknaan secara sederhana dapat dipahami oleh siapapun yang sifatnya umum dan dapat digunakan secara umum sesuai kebutuhan secara bahasa pemaknaan yang benar tetapi tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.
  - c) Sedangkan pemaknaan secara norma hukum merupakan pemaknaan yang diarahkan untuk menjadi beberapa makna yang mengikat sesuai kebutuhan yang akan difungsikan untuk suatu tujuan.
  - d) Norma hukum merupakan aturan yang dibuat oleh lembaga-lembaga tertentu, sehingga dengan tegas dapat melarang serta memaksa orang untuk dapat berperilaku sesuai dengan keinginan pembuat peraturan sehingga penormaan mempunyai tujuan.

- e) Jika dimaknai secara norma hukum kata “makar” dapat dimaknai sebagai niat menyerang, percobaan menyerang, perencanaan menyerang, perbuatan menyerang, atau pelaksanaan penyerangan. Memaknakan kata “makar” secara norma hukum tersebut akan difungsikan sesuai kebutuhan pembentuk peraturan. Yang dalam ilmu peraturan perundang-undangan Pemaknaan tersebut akan dinormakan secara hukum. Penormaan secara hukum menjadi suatu ketentuan yang dapat mempunyai kekuatan hukum mengikat karena didalam rumusnya memuat larangan atau bahkan dapat memaksa seseorang untuk berperilaku sesuai keinginan pembentuk peraturan.
- f) Ketentuan Pasal-pasal *a quo* merupakan norma hukum yang diatur sesuai kebutuhan oleh pembentuk peraturan dengan maksud dan tujuan yang hendak dicapai.
- g) Politik hukum pasal-pasal *a quo* adalah untuk memberikan rasa aman dalam penyelenggaraan pemerintahan Negara, hal ini terlihat dengan diaturnya beberapa pasal dengan gradasi pasal yang bertahap serta sanksi yang berbeda-beda. Sehingga pasal-pasal tersebut merupakan instrument hukum bagi Negara untuk bertindak baik dari tindakan pencegahan sampai dengan tindakan penanganan perbuatan pidana makar.
- h) Sehingga pemerintah dalam hal ini melihat bahwa pemohon tidak melihat secara kepentingan Negara dalam pengaturan pidana makar tersebut akan tetapi hanya melihat dari segi analogi saja. Hal ini terlihat pada permohonan yang menguji terhadap seluruh pasal “makar” yang tercantum dalam KUHP. Yang secara tidak langsung pemohon ingin menjadikan kata “makar” dalam KUHP menjadi bukan norma hukum tetapi hanya memaknakan secara sederhana.
- i) Secara insensial bahwa pasal-pasal *a quo* merupakan norma hukum pidana yang telah dibangun dengan politik hukum dalam rangka untuk melaksanakan salah satu yurisdiksi Negara yakni mempertahankan Negara dengan ancaman dari dalam.
- j) Jika hal ini dikabulkan pemerintah sangat keberatan karena akan membawa dampak yang sangat berat bagi pemerintah untuk bertindak melindungi segenab bangsa dan Negara baik ancaman dari

dalam maupun luar, yang artinya menghilangkan norma hukum berarti menimbulkan kekosongan hukum.

4) Sebagai bahan pertimbangan pemerintah memberikan pandangan korelensi pasal *a quo* sebagai berikut:

a) Pasal 87 KUHP menegaskan percobaan perbuatan dengan maksud sebagaimana disebutkan dalam Pasal 104, 106 dan 107 sudah dikategorikan sebagai tindak pidana makar. Makar minimal merupakan delik percobaan sekaligus menegaskan sebagai delik formil, karena tidak mempersoalkan terwujud atau tidaknya akibat dari tindak pidana yang dikehendaki sebagaimana rumusan delik, akan tetapi cukup dengan adanya niat yang ditunjukkan dengan dilakukannya permulaan perbuatan serta tidak selesainya perbuatan tersebut bukan atas kehendak sendiri, sudah cukup untuk dijerat dengan delik makar. Jadi seluruh upaya percobaan yang dapat menimbulkan dampak langsung terhadap terwujudnya maksud dari perbuatan delik-delik di atas meskipun faktanya tujuannya bisa jadi tidak terwujud merupakan bagian dari delik makar.

b) Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan seperti yang dimaksudkan dalam Pasal 53 KUHP. Di dalam Pasal 53 KUHP menjelaskan tentang percobaan melakukan kejahatan (*poeging tot misdrijf is strafbar*) yang rumusannya adalah:

Mencoba Melakukan kejahatan, dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri.

c) Pasal 104, 106 dan 107, Pasal 139a, Pasal 139b, 139c dan Pasal 140 KUHP pada pokoknya melarang tentang perbuatan dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden, memisahkan diri dari NKRI atau menggulingkan pemerintahan yang sah. merupakan delik materiil dari ketentuan pidana makar yang secara jelas pasal –pasal tersebut berbunyi sebagai berikut:

Pasal 104

*Makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden pemerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.*

Pasal 106

*Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.*

Pasal 107

- (1) Makar dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.*
- (2) Para pemimpin dan pengatur makar tersebut dalam ayat (1), diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.*

Pasal 139a

*Makar dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun.*

Pasal 139b

*Makar dengan maksud meniadakan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan negara sahabat atau daerahnya yang lain, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun.*

Pasal 139c

*Permufakatan jahat untuk melakukan kejahatan sebagaimana dirumuskan dalam pasal-pasal 139a dan 139b, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan.*

Pasal 140

- (1) Makar terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala Negara sahabat, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.*

(2) Jika makar terhadap nyawa mengakibatkan kematian atau dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

(3) Jika makar terhadap nyawa dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

d) Makar dalam pengertian hukum positif adalah berasal dari kata *aanslag* (Belanda), yang menurut arti harfiah adalah penyerangan atau serangan, oleh karenanya unsur makar meliputi perlawanan terhadap pemerintahan yang sah dengan maksud untuk menjatuhkan pemerintahan atau menentang kebijakan yang sudah menjadi ketetapan dengan melawan hukum, baik melalui dengan kekuatan senjata maupun dengan kekuatan lainnya atau dengan cara lain. Inti arti makar adalah gerakan sekelompok orang dalam operasionalnya harus merupakan gerakan dibawah tanah, dalam arti tidak dilakukan secara terang-terangan.

#### **Penjelasan:**

#### **Pasal 104**

##### 1) Makar;

Melakukan perbuatan makar ditafsirkan secara otentik dalam Pasal 87 KUHP yaitu “Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dan adanya permulaan pelaksanaan seperti dimaksud dalam Pasal 53”. Makar dapat diartikan juga dengan serangan atau penyerangan dengan maksud tidak baik. Suatu perbuatan dapat dinyatakan sebagai perbuatan Makar, apabila perbuatan permulaan pelaksanaan merupakan perwujudan niat dan pelaku, sesuai dalam arti Pasal 53, yaitu percobaan melakukan kejahatan yang dapat dihukum. Pasal 53 menentukan secara eksplisit, bahwa perbuatan percobaan itu tidak dapat dihukum apabila pelaksanaan kehendak itu terhenti karena keinginan sendiri secara sukarela. Namun dalam Pasal 104 perbuatan Makar tetap dapat dihukum meskipun pelaksanaan kehendaknya terhenti karena

keinginan sendiri secara sukarela Dalam melakukan makar ini tersirat suatu perbuatan berencana. Tetapi pembuat undang-undang tidak bermaksud demikian, tidak hanya makar dengan perbuatan berencana namun bahkan makar (serangan) paling ringan saja sudah merupakan bahaya bagi keamanan Negara, hingga ancaman hukuman yang terberat terhadap perbuatan makar itu sudah dapat dipertanggungjawabkan menurut keadilan. Ada pendapat bahwa makar jangan diartikan atau di identikkan dengan suatu tindak kekerasan saja karena tindakan makar sebenarnya ialah segala tindakan yang dilakukan untuk merugikan kepentingan-kepentingan hukum tertentu dari Presiden dan Wakil Presiden.

Pendapat tersebut adalah pendapat dari Noyon-Langemeijer yang dikutip dalam buku P.A.F. Lamintang yang berjudul Delik-delik Khusus Kejahatan Terhadap Kepentingan Hukum Negara, Halaman 9:

“kebanyakan makar merupakan tindakan kekerasan atau setidaknya percobaan-percobaan untuk melakukan tindakan kekerasan seperti itu ..... namun tidak setiap makar harus diartikan dengan tindakan kekerasan, karena dalam praktek juga dijumpai beberapa makar yang dapat dilakukan orang tanpa melakukan suatu tindak kekerasan, misalnya makar untuk mengubah bentuk pemerintahan yang sah, dimana makar tersebut hanya merupakan suatu cara untuk mencapai suatu tujuan tertentu.”

Makar dengan maksud adalah percobaan yang tidak sah. Makar merupakan perbuatan yang tidak sah sama sekali dengan tujuan untuk mencapai sesuatu yang tidak sah. Perbuatan Makar yang merupakan perbuatan percobaan dalam pengertian Pasal 53 KUHP yang dijadikan kejahatan yang berdiri sendiri dan dinyatakan sebagai kejahatan yang sempurna.

Dikarenakan sebagian pendapat mensyaratkan keharusan dilakukannya suatu permulaan pelaksanaan oleh pelaku untuk menyelesaikan makar, maka apakah mungkin seseorang dituntut karena percobaan melakukan makar (misal makar menurut Pasal 104 KUHP), mengingat bahwa untuk adanya suatu percobaan yang dapat dipidana dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP, pembentuk Undang-undang telah mensyaratkan bahwa pelaku harus sudah mewujudkan maksudnya dalam suatu permulaan pelaksanaan. Menurut Lamintang dalam buku yang berjudul Delik-delik Khusus Kejahatan

Terhadap Kepentingan Hukum Negara, halaman 15, terhadap seseorang itu tidak mungkin dikenakan dakwaan telah mencoba melakukan makar atau didakwa, melanggar Pasal 53 ayat (1) *juncto* Pasal 104 KUHP, karena dengan dilakukannya permulaan pelaksanaan dan tindak pidana yang diatur dalam Pasal 104 KUHP itu sendiri, maka tindak pidana makar seperti yang dimaksudkan dalam Pasal 104 KUHP itu dengan sendirinya harus dianggap telah selesai dilakukan oleh orang tersebut.

Hal ini sejalan dengan pendapat Van Bemmelen (P.A.F. Lamintang yang berjudul *Delik-delik Khusus Kejahatan Terhadap Kepentingan Hukum Negara*), yang menyatakan bahwa pada makar itu tindak pidananya sendiri merupakan suatu tindakan pelaksanaan seperti yang dimaksudkan dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP, maka tidak mungkin terdapat suatu percobaan untuk melakukan suatu makar.

Namun kembali Wirjono Prodjodikoro (dalam buku *Tindak-tindak Pidana tertentu di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1986, hal. 195-196) mengemukakan pandangannya yang berbeda yaitu: “ada kemungkinan dilakukan percobaan (*poging*) untuk makar dari Pasal 104, jadi, dalam hal makar untuk membunuh Kepala Negara, perbuatan si pelaku yang baru merupakan perbuatan persiapan untuk tindak pidana pembunuhan biasa sudah dapat merupakan permulaan pelaksanaan dari tindak pidana makar untuk membunuh Kepala Negara”. Jadi menurut pendapatnya, ada percobaan terhadap makar namun hal itu, terbatas pada Makar dalam Pasal 104, karena inti perbuatan makar dalam pasal tersebut adalah membunuh Presiden.

Jadi percobaan membunuh (Presiden) adalah dapat dipidana dikaitkan dengan tindakan makar tersebut. Jadi, dapat disimpulkan bahwa perbuatan makar oleh pembuat undang-undang tidak hanya dimaksudkan dengan tindakan kekerasan atau anarki namun tindakan diluar itupun jika itu ditujukan kepada kepentingan yang membahayakan keamanan Negara, bahkan percobaan makar dalam membunuh Presiden dapat dipidana dan sudah merupakan bahaya yang harus dicegah dengan sanksi pidana yang maksimum.

2) dengan maksud;

Unsur ini adalah unsur subjektif dari pasal ini yang berarti pelaku mempunyai niat atau kehendak atau bertujuan, hingga tujuan tersebut tidak perlu telah terlaksana. Maksud itu harus meliputi perbuatan menghilangkan jiwa, merampas kemerdekaan atau menjadikan tidak mampu menjalankan pemerintahan atas Presiden atau Wakil Presiden.

3) untuk menghilangkan nyawa;

Menghilangkan nyawa terdiri atas pembunuhan (Pasal 338) dan pembunuhan dengan berencana (Pasal 340) dan perbuatan percobaan atas kedua jenis kejahatan tersebut.

Menurut Noyon-Langemeijer (P.A.F. Lamintang yang berjudul *Delik-delik Khusus Kejahatan Terhadap Kepentingan Hukum Negara*, halaman 25): tidak semua kesengajaan menghilangkan nyawa Presiden dan Wakil Presiden itu dapat dimaksudkan dalam pengertian tindak pidana makar seperti yang dimaksudkan dalam Pasal 104 KUHP, terutama jika meninggalnya Presiden atau Wakil Presiden itu merupakan suatu akibat tidak langsung dari suatu perbuatan yang telah dilakukan oleh seseorang.”

Dalam hal ini, perbuatan pelaksanaan dapat masih berupa perbuatan yang secara formil belum selesai atau sedemikian jauh dari sempurna sehingga sudah merupakan perbuatan selesai namun tidak menimbulkan akibat yang dituju (dalam kejahatan materiil). Dimana perbuatan yang sempurna adalah menimbulkan matinya korban (Pasal 338), namun karena sesuatu faktor atau hal yang diluar kekuasaan si pelaku tidak menimbulkan akibat matinya sasaran yang dituju. Dalam hal ini dapat diambil contoh Peristiwa Cikini tanggal 30 November 1957 di Jakarta dimana perbuatan melempar granat telah dilakukan terhadap Presiden **Soekarno**, namun ada faktor yang diluar kemampuan si pelaku, sehingga tidak menimbulkan kematian pada yang dituju. Jika peristiwa itu dipandang sebagai pembunuhan maka hal itu adalah percobaan pembunuhan. Namun jika dipandang dari kejahatan terhadap keamanan Negara, karena korbannya adalah Presiden, maka peristiwa itu bukan percobaan pembunuhan, melainkan berupa kejahatan selesai yakni kejahatan makar (Adami Chazawi, *Kejahatan Terhadap Keamanan & Keselamatan Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hal. 15).

4) untuk merampas kemerdekaan;

Merampas kemerdekaan harus dilihat menurut Pasal 333 KUHP, namun Pasal 333 memuat 2 tindakan yaitu merampas kemerdekaan dan melanjutkan perampasan kemerdekaan itu, sedangkan Pasal 104 hanya memuat tindakan yang meniadakan kebebasan, berhubung tindakan melanjutkan peniadaan kebebasan tidak dapat dihubungkan dengan makar yang bertujuan untuk melaksanakan sesuatu yang belum ada Menurut Van Hattum ((P.A.F. Lamintang yang berjudul Delik-delik Khusus Kejahatan Terhadap Kepentingan Hukum Negara, halaman 32):

“kemerdekaan disini merupakan semacam kemerdekaan bergerak. Hambatan terhadap kemerdekaan bergerak tersebut bukan hanya dapat dicapai semata-mata dengan penutupan dan pengangkutan secara tidak bebas, melainkan juga dapat dicapai dengan pemaksaan secara psikis, yakni jika karena pemaksaan tersebut seseorang menjadi dihambat dalam kebebasan untuk bergerak.” Dari uraian tersebut jelas bahwa yang dimaksud dengan makar yang dilakukan dengan maksud untuk merampas kemerdekaan Presiden atau Wakil Presiden dalam rumusan Pasal 104 KUHP itu sebenarnya adalah makar yang dilakukan dengan maksud untuk merampas kebebasan bergerak dari Presiden atau Wakil Presiden.”

5) untuk meniadakan kemampuan menjalankan pemerintahan;

Untuk meniadakan kemampuan menjalankan pemerintahan dapat terjadi dengan beberapa cara dan tidak dipersoalkan jenis sarana dan cara yang dipergunakan dalam melakukan makar untuk mencapai tujuannya. Melakukan percobaan untuk menjadikan tidak mampu, dengan cara atau sarana yang tepat, perbuatannya secara berdiri sendiri dapat merupakan perbuatan yang dapat dihukum. Pengertian tidak mampu untuk menjalankan pemerintahan tidak dijumpai dalam undang-undang, hanya menurut Moch. Anwar dan beberapa penulis berikan contoh-contoh mengenai sarana yang diperlukan seperti kekerasan dan pemberian bahan-bahan berbahaya serta hal-hal yang dapat menimbulkan ketidakmampuan dalam tubuh dan fikiran maupun dalam kesusilaan.<sup>55</sup>

Dalam hal ini harus dipahami ketidakmampuan dimaksudkan baik secara fisik maupun secara psikis. Selain itu untuk dapat didakwa melanggar Pasal

104 KUHP, seorang pelaku itu harus mempunyai pengetahuan bahwa makar yang ia lakukan itu ditujukan kepada seorang Presiden atau Wakil Presiden.

6) Presiden atau Wakil Presiden.

Objek dari perbuatan makar adalah Presiden atau Wakil Presiden. Hal ini dapat dinyatakan sebagai suatu kejahatan terhadap keamanan Negara yang dipersamakan dengan keamanan pimpinan negaranya. Jika tidak diketahui bahwa korban adalah kepala Negara, maka kejahatan itu bukan merupakan kejahatan terhadap keamanan Negara. Disini maksud atau niat harus ditujukan pada menghilangkan jiwa atau merampas kemerdekaan kepala Negara, jika tidak, maka kejahatan itu merupakan kejahatan pembunuhan biasa, pembunuhan berencana atau perampasan kebebasan dengan pemberatan.

**Pasal 106 KUHP**

Dalam Pasal 106 KUHP diatur mengenai delik makar yang dilakukan dengan maksud membawa seluruh atau sebagian wilayah negara ke bawah kekuasaan asing atau untuk memisahkan sebagian wilayah negara, yang rumusan di bahasa Belanda berbunyi sebagai berikut :

*“De aanslag ondernomen met het oogmerk om het grondgebied van den staat geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan aft e scheiden, wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren”*

Artinya:

“Makar (*aanslag*) yang dilakoeakan dengan niat hendak mena’loekkan tanah djadjahan keradjaan sama sekali atau sebahagiannya kebawah pemerintahan asing ataoe dengan niat hendak memisahkan sebahagian dari dajadjahan itoe, dihoekoem pendjara se’oemoer hidoep atau pendjara sementara sela-lamanya doea poeloeh tahun.”

Dalam KUHP Indonesia, ketentuan PAsal 106 KUHP adalah sebagai berikut:

“Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari

wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama 20 (dua puluh) tahun.”

Dari rumusan Pasal 106 KUHP di atas, dapat diketahui bahwa unsur-unsur dari delik makar yang diatur dalam Pasal 106 KUHP tersebut adalah sebagai berikut:

- 1) Makar  
Tentang pengertian makar sama dengan penjelasan dalam Pasal 104 KUHP, namun objek makar dalam Pasal 106 KUHP adalah integritas wilayah negara Republik Indonesia.
- 2) Dengan maksud;  
Merupakan unsur subjektif, bahwa orang yang melakukan harus bermaksud melakukan suatu tindakan yang dapat diberikan kualifikasi membuat wilayah Negara jatuh ke tangan musuh baik seluruh atau sebagian
- 3) Supaya seluruh atau sebagian wilayah Negara jatuh ke tangan musuh;  
Hal ini berhubungan dengan integritas dan wilayah Negara, dengan membawa kebawah kekuasaan asing. Artinya ialah Negara sebagai suatu Negara merdeka menjadi hapus. Negara dijadikan Negara jajahan atau dibawah kedaulatan Negara lain, sehingga Negara kehilangan sama sekali kemerdekaannya.
- 4) Memisahkan sebagian dari wilayah Negara;  
Memisahkan sebagian dari wilayah Negara berarti sebagian dari wilayah Negara dijadikan Negara yang berdiri sendiri atau Negara yang merdeka terlepas dari Negara RI.

#### **Pasal 107 KUHP**

Dalam KUHP Indonesia, ketentuan pengaturan Pasal 107 adalah sebagai berikut:

- (1) *Makar dengan maksud untuk menggulingkan pemerintahan, diancam dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun;*
- (2) *Para pemimpin dan para pengatur makar tersebut dalam ayat (1), diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama 20 (dua puluh) tahun.*

Dari rumusan delik yang diaatur dalam Pasal 107 KUHP di atas, dapat diketahui bahwa delik makar yang dilakukan dengan maksud untuk

merobohkan atau menggulingkan pemerintahan tersebut mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

1) Makar

Seperti penjelasan Pasal 104 KUHP.

2) Dengan maksud;

Berarti mempunyai niat atau kehendak atau bertujuan hingga tujuan tersebut tidak perlu telah terlaksana.

3) Menggulingkan Pemerintahan

Atas hal ini ada penafsiran secara otentik dalam Pasal 88 bis yang berbunyi:

*“Dengan penggulingan Pemerintahan dimaksud meniadakan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar.”*

Bentuk Pemerintahan adalah bentuk penyelenggaraan Pemerintahan atas Negara. Yang meliputi pembentukan Pemerintahan dan cara kerja alat-alat kelengkapan Negara, dan untuk itu diatur dalam UUD 1945.

Alat-alat kelengkapan negara seperti dimaksud UUD 1945 adalah:

- a) Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- b) Dewan Perwakilan Rakyat;
- c) Presiden dan Wakil Presiden;
- d) Mahkamah Agung;
- e) Dewan Pertimbangan Agung.

Pasal 1 ayat (1) UUD 1945 memuat tentang bentuk pemerintahan yaitu:

*“Negara Indonesia ialah Negara Kesatuan yang berbentuk Republik.”*

Jadi menurut Pasal 88 bis, menggulingkan pemerintahan terdiri atas 2

(dua) perbuatan yaitu:

- a) Meniadakan; atau
- b) Mengubah bentuk pemerintahan menurut Undang-undang Dasar secara tidak sah.

Meniadakan bentuk pemerintahan menurut UUD 1945 merupakan perbuatan menghapus sama sekali bentuk pemerintahan berdasarkan UUD 1945, ini berarti mengganti dengan bentuk pemerintahan yang baru. Seperti bentuk Republik diganti menjadi bentuk kerajaan. Sedangkan

mengubah secara tidak sah menjadi bentuk pemerintahan menurut UUD 1945 merupakan perbuatan :

- a) Menghapus atau meniadakan sebagian dari bentuk Pemerintahan secara tidak sah;
- b) Menghapus atau meniadakan salah satu alat kelengkapan Negara dengan jalan tidak sah.

Hingga dalam hal ini tidak terjadi penghapusan bentuk pemerintahan secara keseluruhan.

Unsur Pasal 107 ayat (2) adalah :

- a) Pemimpin; dan
- b) Pengatur makar yang dimaksud pada ayat (1)

Dimana Pemimpin adalah orang-orang yang memberikan perintah-perintah, sedangkan pengatur adalah penyelenggara. Ini merupakan keadaan-keadaan yang memberatkan pidana sehingga ancaman pidananya diperberat.

Telah pula disisipkan delik Ideologi di bagian Pasal 107 KUHP ini yaitu Pasal 107a KUHP, Pasal 107b KUHP, Pasal 107c KUHP, Pasal 107d KUHP, Pasal 107e KUHP dan Pasal 107f KUHP. Delik ideology ini mengatur mengenai penyebaran ideology komunisme/marxisme – leninisme dalam segala bentuk dan perwujudannya.

#### **Pasal 139a KUHP**

Makar dengan maksud melepaskan wilayah, untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan dari pemerintahan yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

Unsur-Unsurnya adalah:

- 1) dengan maksud untuk melepaskan dari pemerintahan yang sah;
- 2) daerah negara sahabat (seluruhnya atau sebagian);
- 3) jajahan negara sahabat (seluruhnya atau sebagian);
- 4) bagian dari negara sahabat (seluruhnya atau sebagian).

Dalam Bab II Buku II KUHP yang berjudul Kejahatan-Kejahatan terhadap Negara Asing Bersahabat dan terhadap Kepala dan Wakil Negara-Negara tersebut terdapat Pasal-Pasal yang mengatur mengenai “makar” di dalamnya antara lain adalah Pasal 139a KUHP yang memuat tindak pidana berupa makar yang dilakukan dengan maksud untuk melepaskan daerah

suatu negara bersahabat atau tanah jajahan atau daerah lain dari negara tersebut, baik seluruhnya atau sebagian, dari kekuasaan Pemerintah di situ. Hukumannya adalah maksimum hukuman penjara 5 (lima) tahun. Pasal ini sangat erat kaitannya dengan Pasal 106 KUHP dimana unsurnya sebagian besar sama dengan Pasal 139a KUHP.

#### **Pasal 139b KUHP**

Makar dilakukan dengan maksud untuk menghapuskan atau mengubah dengan jalan tidak sah bentuk pemerintahan yang telah tetap dari suatu negara sahabat atau dari suatu jajahan atau bagian daerah lain dari negara sahabat, dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya empat tahun.

Unsur-Unsurnya adalah makar yang dilakukan dengan maksud untuk:

- 1) menghapus atau mengubah dengan jalan tidak sah;
- 2) bentuk pemerintahan yang telah tetap.
- 3) dari suatu negara sahabat atau dari suatu jajahan atau sebagian dari suatu negara sahabat.

#### **Pasal 140 KUHP**

- (1) *Makar untuk menghilangkan nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala lainnya dari negara sahabat, lainnya diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.*
- (2) *Jika makar terhadap nyawa dilakukan dengan rencana atau berakibat maut diancam pidana penjara paling lama dua tahun.*
- (3) *Jika makar terhadap nyawa dilakukan dengan rencana berakibat maut diancam pidana mati atau pidana penjara selama waktu tertentu paling lama dua puluh tahun.*

Unsur-Unsurnya adalah :

- 1) Makar untuk :
  - a) menghilangkan nyawa
  - b) menghilangkan kemerdekaan :
  - c) raja yang memerintah negara sahabat,
  - d) kepala lain dari negara sahabat.
- 2) Makar untuk menghilangkan jiwa :
  - a) menyebabkan mati, atau
  - b) dilakukan dengan rencana lebih dahulu,

- 3) Makar untuk menghilangkan jiwa itu,
  - a) yang direncanakan dirancang lebih dahulu,
  - b) menyebabkan mati.

Pasal 140 KUHP senada dengan Pasal 104 KUHP, karena sama-sama makar terhadap nyawa atau kemerdekaan Kepala Negara atau Wakilnya, Pasal 139a senada dengan Pasal 106 KUHP yaitu sama-sama makar untuk memisahkan wilayah negara, demikian juga terhadap Pasal 139b dengan Pasal 107 KUHP. Perbedaannya hanya bahwa Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107 KUHP itu mengenai negara kita, sedangkan Pasal 139a, Pasal 139b dan Pasal 140 KUHP adalah menyangkut negara sahabat sehingga ancaman pidananya dibedakan.

Bahwa delik terhadap keamanan negara adalah bentuk perwujudan adanya perlindungan hukum bagi keamanan dan keselamatan negara khususnya terhadap kehidupan ketatanegaraan. Aktivitas kejahatan yang termasuk dalam delik terhadap keamanan negara seperti makar untuk membunuh Presiden dan/atau Wakil Presiden, tidak saja diartikan secara sederhana sebagai kekerasan karena tindakan makar sebenarnya adalah tindakan yang dilakukan untuk merugikan kepentingan-kepentingan hukum Presiden dan/atau Wakil Presiden, bahkan percobaan makar dalam membunuh Presiden dan atau Wakil Presiden dapat dipidana karena merupakan bahaya yang harus dicegah dengan sanksi pidana maksimum. Sehingga tidak tepat abila makar haya dimaknai sebagai serangan mengingat serangan terhadap individu Presiden dan Wakil Presiden ataupun para Penguasa, bukan berarti bahwa serangan terhadap individu mereka, akan tetapi terhadap kualitas mereka dan terhadap fungsi mereka.

Dengan demikian dalil Pemohon yang menyatakan penggunaan kata Makar dalam Pasal 104 KUHP, Pasal 106, KUHP, Pasal 107 KUHP, Pasal 107 KUHP , Pasal 139a KUHP, pasal 139b KUHP dan Pasal 140 KUHP sebagai pemaknaan dari *aanslag* bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 adalah dalil yang tidak berdasarkan atas hukum karena tujuan dari dicantumkannya pasal- pasal *a quo* justru memberi jaminan, perlindungan dan kepastian hukum serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

## V. PETITUM

Berdasarkan keterangan tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, untuk memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menerima Keterangan Pemerintah secara keseluruhan;
2. Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*);
3. Menolak permohonan pengujian Pemohon seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian Pemohon tidak dapat diterima (*niet onvankelijke verklaard*);
4. Menyatakan ketentuan Pasal 104, pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b dan Pasal 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana mempunyai kekuatan hukum mengikat dan tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Namun apabila Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain mohon kiranya dapat memberikan putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.4] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat menyampaikan keterangan dalam persidangan Mahkamah tanggal 24 Juli 2017 dan telah menyerahkan keterangan tertulis yang diterima di Kepaniteraan pada tanggal 27 Juli 2017, yang pada pokoknya sebagai berikut:

### A. KETENTUAN KUHP YANG DIMOHONKAN PENGUJIAN TERHADAP UUD TAHUN 1945

Bahwa para Pemohon dalam permohonannya mengajukan pengujian beberapa pasal dalam KUHP sebagai berikut:

1. Pasal 87

*“Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53”*

2. Pasal 104

*“Makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun”*

3. Pasal 106

*“Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun”*

4. Pasal 107

*Ayat (1) Makar dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.*

*Ayat (2) Para pemimpin dan pengatur makar tersebut dalam ayat (1), diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.*

5. Pasal 139a

*“Makar dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun”.*

6. Pasal 139b

*“Makar dengan maksud meniadakan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan negara sahabat atau daerahnya yang lain, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun”*

7. Pasal 140

*“Ayat (1) Makar terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala negara sahabat, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.*

*Ayat (2) Jika mekar terhadap nyawa mengakibatkan kematian atau dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian,*

*diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.*

*Ayat (3) Jika makar terhadap nyawa dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun”*

**B. HAK DAN/ATAU KEWENANGAN KONSTITUSIONAL YANG DIANGGAP PARA PEMOHON TELAH DIRUGIKAN OLEH BERLAKUNYA PASAL-PASAL A QUO KUHP**

Para Pemohon dalam permohonannya mengemukakan bahwa hak konstitusionalnya telah dirugikan dan dilanggar oleh berlakunya ketentuan pasal-pasal *a quo* sebagaimana dikemukakan dalam permohonannya yang pada intinya sebagai berikut:

a. Bahwa Para Pemohon mendalilkan Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 terkait kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final dalam menguji undang-undang terhadap UUD 1945, serta Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut UU Mahkamah Konstitusi).

(vide perbaikan permohonan halaman 2)

b. Bahwa para Pemohon adalah organisasi non pemerintah atau lembaga swadaya masyarakat yang tumbuh dan berkembang secara swadaya, atas kehendak dan keinginan sendiri di tengah masyarakat yang didirikan atas dasar kepedulian untuk dapat memberikan perlindungan dan penegakan hak asasi manusia serta berkeadilan di Indonesia sebagaimana tertuang dalam Anggaran dasar dan Anggaran Rumah Tangga para Pemohon sehingga para Pemohon beranggapan memiliki kedudukan hukum sebagai para Pemohon pengujian undang-undang dalam perkara *a quo*.

(vide perbaikan permohonan halaman 3)

c. Bahwa Para Pemohon beranggapan definisi jelas tentang frasa makar yang terdapat dalam KUHP (Pasal 87, 104, 106,107,139a, 139b dan 140) belum ada. Sehingga berakibat pada tidak adanya kepastian hukum. Adapun

kesalahan pemaknaan menurut para Pemohon berakibat pada bergesernya pemaknaan “Makar” yang terlihat nyata dalam pasal-pasal yang ada dalam rancangan KUHP yang saat ini dibahas di DPR yang akan melanggengkan situasi ketidakpastian hukum dan hilangnya perlindungan hukum bagi warga negara Indonesia dan pada gilirannya akan mengakibatkan tidak terwujudnya reformasi hukum pidana yang berkeadilan.

(vide perbaikan permohonan halaman 6)

d. Bahwa Para Pemohon beranggapan adanya frasa makar dalam KUHP (Pasal 87, 104, 106,107,139a,139b dan 140) secara faktual atau setidaknya potensial telah merugikan hak-hak konstitusional para Pemohon dengan cara langsung ataupun tidak langsung telah merugikan berbagai macam usaha-usaha yang dilakukan oleh para Pemohon dalam menjalankan tugas dan peranannya untuk mendorong perlindungan, pemajuan dan pemenuhan hak asasi manusia, keadilan dalam hukum pidana di Indonesia.

(vide perbaikan permohonan poin 24 halaman 7)

Bahwa para Pemohon dalam permohonannya mengemukakan bahwa ketentuan dalam Undang-Undang *a quo* bertentangan dengan UUD 1945 sebagai berikut:

- Pasal 28D ayat (1)

*“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastiaan hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”*

- Pasal 28G ayat (1)

*“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.”*

Bahwa berdasarkan sejumlah alasan tersebut, para Pemohon dalam petitumnya memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk memberikan putusan sebagai berikut:

1. Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk seluruhnya.
2. Menyatakan Pasal 87, 104, 106,107,139a,139b dan 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana (KUHP) adalah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia

Tahun 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang apabila frasa “makar” tidak dimaknai sebagai “aanslag” atau “serangan”

3. Atau apabila MK berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

### C. KETERANGAN DPR RI

Terhadap dalil para Pemohon sebagaimana diuraikan dalam permohonan yang diajukan kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi, DPR RI dalam penyampaian pandangannya terlebih dahulu menguraikan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) dapat dijelaskan sebagai berikut:

#### 1. Kedudukan hukum (*legal standing*) Para Pemohon.

Kualifikasi yang harus dipenuhi oleh para Pemohon sebagai Pihak telah diatur dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi, yang menyatakan bahwa “*Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang yaitu:*

- a. *perorangan warga negara Indonesia;*
- b. *kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;*
- c. *badan hukum publik atau privat; atau*
- d. *lembaga negara.”*

Hak dan/atau kewenangan konstitusional yang dimaksud ketentuan Pasal 51 ayat (1) tersebut, dipertegas penjelasannya bahwa “*yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*”. Ketentuan Pasal 51 ayat (1) ini menegaskan bahwa hak-hak yang secara eksplisit diatur di dalam UUD 1945 saja yang termasuk “*hak konstitusional*”. Oleh karena itu menurut Undang-Undang Mahkamah Konstitusi agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, maka terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:

- a. Kualifikasinya sebagai Pemohon dalam permohonan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi;

- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Penjelasan Pasal 51 ayat (1) dianggap telah dirugikan oleh berlakunya Undang-undang.

Mengenai parameter kerugian konstitusional, Mahkamah Konstitusi telah memberikan pengertian pengertian dan batasan tentang kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu undang-undang harus memenuhi 5 (lima) syarat (vide Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan Nomor 011/PUU-V/2007) yaitu sebagai berikut:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon tersebut Pemohon tersebut dianggap oleh pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;
- c. bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik/khusus dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Jika kelima syarat tersebut tidak dipenuhi oleh para Pemohon dalam perkara pengujian undang-undang *a quo*, maka Para Pemohon tidak memiliki kualifikasi kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai para Pemohon. Menanggapi permohonan para Pemohon *a quo*, DPR RI berpandangan bahwa para Pemohon harus dapat membuktikan terlebih dahulu apakah benar para Pemohon sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji, khususnya dalam mengkonstruksikan adanya kerugian terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagai dampak dari diberlakukannya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji.

- 1) Bahwa argumentasi para Pemohon yang pada intinya menyatakan tujuan perkumpulan para Pemohon tidak dapat dicapai oleh adanya frasa makar dalam pasal *a quo* dengan menyatakan:

*“Sebagai pihak yang sangat fokus pada pembaruan hukum pidana sebagaimana berdasarkan anggaran dasar perkumpulan pemohon dengan mandat dan tujuan untuk mendorong pembentukan hukum yang berkeadilan serta mengupayakan reformasi peradilan dan kebijakan pembaruan peradilan pidana yang berorientasi pada nilai-nilai hak asasi manusia dan kebebasan dasar, adanya frasa makar jelas-jelas mengakibatkan pemohon tidak dapat mencapai tujuan yang dimandatkan dalam anggaran dasar perkumpulan pemohon”*

DPR RI berpandangan bahwa para Pemohon tidak menguraikan secara langsung hak dan kewenangan konstitusional yang telah dilanggar (khususnya terkait pasal *a quo* yang mengatur tentang frasa makar).

Para Pemohon mendalilkan bahwa tujuan perkumpulan dari para Pemohon tidak dapat dicapai karena adanya frasa makar dalam pasal *a quo* sangat tidak relevan. Sebab adanya frasa makar tersebut **tidak menanggukhan pelaksanaan kinerja** dari perkumpulan dalam mencapai tujuan mulia perkumpulan sebagaimana didalilkan dalam permohonan.

- 2) Selain itu, DPR RI juga berpandangan bahwa para Pemohon tidak dapat membuktikan secara logis hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian yang dialami para Pemohon dengan berlakunya pasal *a quo* yang dimohonkan pengujian. Bahwa kerugian yang dialami para Pemohon, sesungguhnya bukanlah akibat langsung dari berlakunya pasal *a quo*, namun kerugian tersebut muncul berdasarkan anggapan para Pemohon bahwa dengan berlakunya pasal *a quo* menjadikan tujuan perkumpulannya menjadi tidak terlaksana.

Berdasarkan pada hal-hal yang telah disampaikan tersebut DPR RI berpandangan bahwa para Pemohon secara keseluruhan tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) karena tidak memenuhi ketentuan Pasal 51 ayat (1) dan Penjelasan UU Mahkamah Konstitusi, serta tidak memenuhi persyaratan kerugian konstitusional yang diputuskan dalam putusan Mahkamah Konstitusi terdahulu. Bahwa para Pemohon dalam

permohonan *a quo* tidak menguraikan secara konkrit mengenai hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang dianggap dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji, utamanya dalam mengkonstruksikan adanya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji tersebut.

Berdasarkan uraian-uraian tersebut di atas, terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon, DPR RI menyerahkan sepenuhnya kepada Ketua/Majelis Hakim Konstitusi Yang Mulia untuk mempertimbangkan dan menilai apakah para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sebagaimana yang diatur dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 011/PUU-V/2007 mengenai parameter kerugian konstitusional.

## **2. Pengujian Pasal-Pasal *a quo* KUHP terhadap UUD 1945.**

Para Pemohon dalam permohonan *a quo* berpendapat bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya telah dirugikan atau berpotensi dirugikan dengan berlakunya ketentuan tentang KUHP yang terdapat dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139 a, Pasal 139 b dan Pasal 140. yakni, bahwa ketentuan Pasal *a quo* tersebut bersifat tidak memenuhi rasa keadilan sehingga merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dijamin Pasal UUD 1945 yakni : Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1).

Terhadap dalil-dalil yang dikemukakan para Pemohon tersebut, DPR RI berpandangan dengan memberikan Keterangan/penjelasan sebagai berikut:

- 1) Bahwa dalam pembukaan alinea ke empat UUD 1945 menegaskan bahwa tujuan pembentukan negara Indonesia adalah tercapainya tujuan negara dengan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Tujuan bernegara tersebut seyogyanya menjadi dasar falsafah dalam seluruh pembentukan Undang-Undang termasuk KUHP. Sebagaimana dalam pertimbangan filosofis UU KUHP. Secara filosofis Tujuan hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan orang perseorangan atau hak asasi manusia dan masyarakat. Sehingga

dalam konteks Ke-Indonesiaan maka tujuan hukum pidana harus sesuai dengan falsafah Pancasila yang mampu membawa kepentingan yang adil bagi seluruh warga Negara. Lebih lanjut disebutkan bahwa negara Republik Indonesia adalah negara hukum yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945, artinya hukum pidana menjadi instrumen negara yang bertujuan mewujudkan tata kehidupan bangsa yang sejahtera, aman, tenteram dan tertib. Bahwa Indonesia sebagai Negara hukum telah dinyatakan secara tegas dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945. Sehubungan dengan hal tersebut, menurut *Frederich Julius Stahl*, ada tiga ciri Negara hukum. *Pertama*, perlindungan hak asasi manusia. *Kedua*, pembagian kekuasaan. *Ketiga*, pemerintahan berdasarkan undang-undang dasar. Demikian pula menurut *A.V Dicey*, bahwa ciri dari *rule of law* adalah supremasi hukum, persamaan di depan hukum dan proses hukum yang adil. Supremasi hukum bermakna bahwa hukum mengedepankan undang-undang untuk mencegah kesewenang-wenangan negara terhadap warga negara;

- 2) Bahwa dalam perspektif dasar negara pancasila dalam sila Pertama Ketuhanan Yang Maha Esa, maka Pidana harus dipastikan merupakan tuntutan keadilan dan kebenaran Tuhan. Tidak boleh ada pemidanaan karena dendam dan pembalasan, melainkan seseorang dipidana oleh karena pelaku telah berdosa. Selanjutnya dalam batang tubuh UUD Tahun 1945 diatur lebih lanjut bahwa Indonesia adalah negara hukum, sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945. Sehingga dalam kerangka menegaskan konsekuensi negara hukum maka sudah sangat logis negara membentuk peraturan perundang-undangan termasuk peraturan hukum pidana yang dijadikan sebagai dasar penggunaan kewenangan negara dalam mempertahankan ketertiban dan menerapkan hukuman pada pelaku yang menyebabkan ketidaktertiban dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.
- 3) Secara teoritis Hukum Pidana dapat didefinisikan sebagai Hukum yang mengatur mengenai pelanggaran-pelanggaran dan kejahatan-kejahatan terhadap kepentingan publik (umum/masyarakat), yang mana perbuatan tersebut diancam dengan hukuman berupa penderitaan atau siksaan.

Kata kejahatan adalah tingkah laku atau perbuatan yang jahat yang tiap-tiap orang merasakannya, bahwa itu jahat, seperti pembunuhan, pencurian, penipuan dan sebagainya yang dilakukan oleh manusia. Menurut Saparinah Sadli kejahatan atau tindak kriminal merupakan salah satu bentuk dari perilaku menyimpang yang selalu ada dan melekat pada tiap bentuk masyarakat; tidak ada masyarakat yang sepi dari kejahatan. Lebih lanjut dinyatakan, perilaku menyimpang itu merupakan suatu ancaman yang nyata atau ancaman terhadap norma-norma sosial yang mendasari kehidupan atau keteraturan sosial; dapat menimbulkan ketegangan individual maupun ketegangan-ketegangan sosial; dan merupakan ancaman riil atau potensiil bagi berlangsungnya ketertiban sosial.

- 4) Bahwa pemberlakuan KUHP merupakan bentuk tanggung jawab Negara untuk memenuhi dan melindungi hak asasi manusia. KUHP diberlakukan guna menyempurnakan peraturan-peraturan hukum Pidana Hindia Belanda dan Jepang yang sudah tidak sesuai lagi dengan nilai Pancasila serta terdapat kesulitan dalam penerapannya. Bahwa saat ini, RUU KUHP juga dalam proses pembahasan di DPR RI. Diharapkan pada masa yang akan datang terdapat peraturan hukum pidana yang murni yang merupakan produk hukum bangsa Indonesia dan mengedepankan nilai-nilai Pancasila;
- 5) Bahwa dalam konteks hukum pidana, sebagai pengejawantahan perlindungan hak asasi manusia dan supremasi hukum, Pasal 1 ayat (1) KUHP menyatakan secara tegas "*tidak ada perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas kekuatan perundang-undangan pidana yang telah ada sebelum perbuatan tersebut dilakukan*". Ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP dalam interpretasi doktrinal dikenal dengan asas legalitas. Ahli Prof. Dr. Eddy O.S Hiariej, SH., M.Hum mengatakan bahwa salah satu prinsip yang paling mendasar dalam hukum pidana ini adalah asas legalitas, yang mana menurut pendapat *Machteld Boot* yang mengutip *Weigend*, *Jesheck* mengatakan : Didalam asas legalitas itu terkandung empat makna. Yang pertama, adalah *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (tidak ada perbuatan tanpa undang-undang yang jelas). *Nullum crimen nulla poena sine lege certa* (tidak ada perbuatan pidana

tanpa undang-undang yang jelas). *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta* (tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang tertulis). selanjutnya yang terakhir *adalah nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang yang ketat);

6) Bahwa dengan banyaknya bentuk kejahatan yang diatur dalam ketentuan Undang-undang, berarti banyak pula kepentingan hukum yang dilindungi oleh hukum pidana. Walaupun begitu banyak kepentingan hukum yang dilindungi, tetapi berbagai kepentingan hukum tersebut dapat dikelompokkan menjadi 3 golongan besar kepentingan hukum (R. Tresna, 1959), yaitu:

- a) Kepentingan Hukum Perorangan/Individu (individuale belangen);
- b) Kepentingan Hukum Masyarakat (sociale belangen); dan
- c) Kepentingan Hukum Negara (staat belangen).

7) Bahwa makar masuk dalam kategori kejahatan atas kepentingan hukum negara, makar berasal dari kata *aanslag*, yang menurut arti harfiahnya adalah penyerangan atau serangan yang lebih diarahkan pada menjaga kepentingan hukum negara atas kejahatan serangan. Terdapat kemiripan antara unsur perbuatan makar dengan unsur di dalam Pasal 53 KUHP yang menentukan secara eksplisit bahwa perbuatan percobaan itu tidak dapat dihukum apabila pelaksanaan kehendak itu terhenti karena keinginan sendiri secara sukarela. Namun, dalam Pasal 104 KUHP, perbuatan makar tetap dapat dihukum meskipun pelaksanaan kehendaknya terhenti karena keinginan sendiri secara sukarela. Dalam melakukan makar ini tersirat suatu perbuatan berencana. Namun demikian, rumusan Pasal 104 KUHP dalam hal ini bukan hanya ditujukan kepada makar dengan perbuatan berencana saja, namun bahkan makar paling ringan saja yang menimbulkan akibat bahaya terhadap keamanan Negara, sudah dapat dikenakan ancaman hukuman (H.AK. Moch. Anwar. *Hukum Pidana Bagian Khusus*, Bandung, 1982. Hlm. 218);

8) Bahwa ahli juga berpendapat pada dasarnya kesepakatan untuk melakukan suatu kejahatan tidaklah dapat dipidana karena baru sebatas mengungkapkan apa yang ada dalam pemikiran atau benak pelaku. Apa yang ada dalam pemikiran tidaklah dapat dipidana

berdasarkan *adagium cogitationis poenam nemo patitur* (seseorang tidak dapat dihukum hanya karena yang ada dalam pemikirannya). Akan tetapi terhadap kejahatan-kejahatan tertentu untuk mencegah dampak atau akibat yang muncul dari kejahatan tersebut sampai pada tahap permulaan pelaksanaan, misalnya dalam hal "*permufakatan jahat*", pada tahap perbuatan persiapan saja jika pembentuk undang-undang memandang perlu maka sudah dapat dijatuhkan pidana. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa frasa "*makar*" tidak harus *an sich* dimaknai sebagai "*aanslag*" atau "*serangan*", karena sebagaimana telah dijelaskan diatas bahwa tidak selesainya perbuatan sudahlah dapat memenuhi unsur pidana perbuatan makar, jika suatu niat dan permulaan pelaksanaan suatu perbuatan memiliki dampak yang cukup luas dan membahayakan bagi keamanan bangsa dan negara;

- 9) Bahwa selain beberapa pendapat ahli diatas, perlu diketahui pula bahwa KUHP telah mengalami beberapa perubahan salah satunya melalui Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1999 tentang Perubahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Yang Berkaitan Dengan Kejahatan Keamanan Negara, dengan menambahkan 6 (enam) ketentuan baru di antara Pasal 107 dan Pasal 108 Bab I Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tentang Kejahatan Terhadap Keamanan Negara yang dijadikan Pasal 107 huruf a, Pasal 107 huruf b, Pasal 107 huruf c, Pasal 107 huruf d, Pasal 107 huruf e, dan Pasal 107 huruf f.

Di dalam perubahan Pasal 107 KUHP tersebut ketentuan tentang apa yang dimaksud dengan makar diperinci kembali dan diuraikan unsur-unsurnya sehingga menjadi lebih jelas dan terukur kriterianya serta terhindar dari multitafsir. Adanya perubahan ini didasari oleh pertimbangan bahwa KUHP terutama yang berkaitan dengan ketentuan mengenai kejahatan terhadap keamanan negara belum memberi landasan hukum yang kuat dalam usaha mempertahankan Negara Kesatuan Republik Indonesia yang berlandaskan Pancasila sebagai dasar negara;

- 10) Terkait Pasal 87 KUHP yaitu "*Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dan adanya*

*permulaan pelaksanaan seperti dimaksud dalam Pasal 53* ". Artinya Suatu perbuatan dapat dinyatakan sebagai perbuatan Makar, apabila perbuatan permulaan pelaksanaan merupakan perwujudan niat dan pelaku. Pasal 53 menentukan secara eksplisit, bahwa perbuatan percobaan itu tidak dapat dihukum apabila pelaksanaan kehendak itu terhenti karena keinginan sendiri secara sukarela. Pengaturan pasal ini telah sejalan dan Tidak terlihat bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang berisi kandungan pasal "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*". dalam perspektif Pasal 28D UUD 1945 pada ayat (1) adalah negara menegakkan supremasi hukum bagi seluruh masyarakat tanpa terkecuali. Hukum memegang peranan penting dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Hukum berfungsi mengatur segala hal agar segala hal yang dilakukan dapat berjalan tertib, lancar, dan sesuai aturan. Bahwa atas perbuatan makar yang normanya telah diatur bahwa percobaan makar sudah dapat dipidana harus dipahami bahwa regulasi tersebut demi menjaga kewibawaan pemerintah. Demikian juga dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 dimana dijelaskan bahwa setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi justru harus dipahami bahwa pengaturan pasal *a quo* demi memberikan perlindungan kepada diri pribadi, keluarga pada rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan atas perilaku kejahatan makar.

- 11) Dalam Pasal 104 KUHP diatur mengenai Delik Makar yang dilakukan untuk menghilangkan nyawa atau kemerdekaan Presiden dan Wakil Presiden, yang pada mulanya telah diatur dalam Pasal 104 *Wetboek van Strafrecht*, yang rumusannya dalam bahasa Belanda berbunyi sebagai berikut:

*"De aanslag ondernomen met het oogmerk om den Koning, de regeerende Koningin of den Regent van het leven of de vrijheid te berooven of tot regeeren ongeschikt te maken, wordt gestraft met de*

*doodstraf of levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren”.*

Artinya:

*“Makar (aanslag) yang dilakoekan dengan maksoed (niat) hendak memboenoech Baginda Radja, Baginda Ratoe (Radja perempoean) atau Regent, atau dengan niat hendak merampas kemerdekaan mereka itoe atau hendak mendjadikan mereka itoe tiada sanggoep memerintah, dihoekoem mati atau pendjara seoemoer hidoep atau pendjara sementara selama-lamanja doea poeloeh tahoen”.*

Menurut ketentuan yang diatur dalam Pasal VIII angka 12 Undang-Undang Nomor 1 tanggal 26 Februari 1946, Berita Republik Indonesia II, kata-kata *“den Koning, de regeerende Koningin of den Regent”* dalam rumusan Pasal 104 *Wetboek van Srafrecht* di atas diganti dengan kata-kata *den President of den Vice-President*, sehingga rumusan Pasal 104 *Wetboek van Strafrecht* atau Pasal 104 KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

*“De aanslag ondernomen met het oogmerk om den President of den Vice-President van het leven of de vrijheid te berooven of tot regeeren ongeschikt te maken, wordt gestraft met de doodstraf of levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren”.*

Artinya:

*“Makar yang dilakukan dengan maksud untuk menghilangkan nyawa, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden menjalankan pemerintahan, diancam dengan pidana mati atau penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama 20 (dua puluh) tahun”.*

Dalam perspektif Pasal 104, perbuatan Makar tetap dapat dihukum meskipun pelaksanaan kehendaknya terhenti karena keinginan sendiri secara sukarela. Dalam melakukan makar ini tersirat suatu perbuatan berencana. Tetapi pembuat undang-undang tidak bermaksud demikian, tidak hanya makar dengan perbuatan berencana namun bahkan makar paling ringan saja sudah merupakan bahaya bagi keamanan Negara, hingga ancaman hukuman yang terberat terhadap perbuatan makar itu sudah dapat dipertanggung jawabkan menurut keadilan. Makar tidak

selalu dapat diartikan dengan serangan untuk dapat memenuhi ketentuan Pasal 104 tersebut sebagai suatu bentuk perbuatan pidana makar, misalnya perbuatan dengan memberikan makanan/minuman yang mengandung racun kepada presiden tetap dapat dikatakan sebagai perbuatan makar meskipun dilakukan tanpa adanya serangan.

Dengan demikian DPR berpandangan bahwa istilah makar yang diatur dalam *Wetboek van Strafrech* dan yang diatur dalam KUHP adalah sama dan sampai saat ini masih dianggap relevan dengan perkembangan saat ini. Terbukti dalam Rancangan KUHP juga masih disebutkan tentang definisi makar sebagai niat untuk melakukan suatu perbuatan yang telah diwujudkan dengan adanya permulaan pelaksanaan perbuatan tersebut. Pemaknaan tersebut bukan tidak menjawab definisi makar sebagaimana dalil Para Pemohon. (*Vide* permohonan angka 20 hal 6). Akan tetapi pemaknaan tersebut telah dilakukan secara konsisten sebagaimana telah ditetapkan dalam KUHP demi mempertahankan kehormatan kepala negara sebagai salah satu simbol pemerintahan.

- 12) Bahwa ketentuan Pasal 106 KUHP terkait dengan makar yang menyerang keamanan dan keutuhan wilayah negara, DPR RI berpandangan bahwa integritas suatu negara adalah terjaminnya keamanan dan keutuhan wilayah negara dari segala bentuk gangguan baik yang bersumber dari dalam negara maupun dari luar negara. Kejahatan yang menyerang keamanan dan keutuhan wilayah ini juga dapat dianggap sebagai perbuatan makar. Pasal 106 KUHP ini Menurut (Adami Chazawi, 2002) dalam buku Kejahatan terhadap keamanan dan keselamatan negara disebutkan bahwa perbuatan makar ini tidak diidentikkan atau tidak sama dengan kekerasan (*geweld*). Bahwa dalam kejahatan ini tidak diperlukan benar-benar seluruh atau sebagian wilayah RI jatuh ketangan/kedalam kekuasaan musuh atau terpisahnya sebagian wilayah dari wilayah kesatuan Negara Republik Indonesia. Akan tetapi wujud permulaan pelaksanaan perbuatan dalam rangka mencapai maksud tersebut. dengan demikian obyek kejahatan Pasal 106 KUHP ini berupa kejahatan yang membahayakan kermanan dan keutuhan wilayah yang dapat dikategorikan sebagai tindakan makar

yaitu melakukan perbuatan dengan meletakkan seluruh atau sebagian wilayah Republik Indonesia ke tangan atau kedalam kekuasaan musuh dan melakukan perbuatan dengan memisahkan sebagian wilayah dari wilayah negara kesatuan Republik Indonesia.

13) Pendapat Adami Chazawi sejalan dengan pandangan *Noyon-Langemeijer*, dimana dijelaskan tentang kebanyakan makar merupakan tindakan kekerasan atau setidaknya percobaan untuk melakukan tindak kekerasan seperti itu, namun tidak setiap makar harus diartikan sebagai tindakan kekerasan, karena dalam praktek juga dijumpai beberapa makar yang dapat dilakukan orang tanpa melakukan suatu tindak kekerasan, misalnya makar untuk mengubah bentuk pemerintahan yang sah, dimana makar tersebut hanya merupakan suatu cara untuk mencapai suatu tujuan tertentu;

14) Terkait dengan Pasal 107 KUHP, DPR RI berpandangan bahwa Perbuatan makar yang dapat dipidana dalam Pasal 107 KUHP ini pada dasarnya berupa wujud permulaan pelaksanaan (dari suatu perbuatan menggulingkan pemerintahan atau tergulingnya pemerintahan dan tidaklah perlu berupa perbuatan yang begitu dahsatnya dengan kekerasan dalam rangka mencapai tujuan tersebut, makar sudah cukup dengan membentuk organisasi dengan alatnya seperti anggaran dasar, program kerja, tujuan yang ingin dicapai dan sebagainya yang semua wujudnya akan bermuara pada menggulingkan pemerintahan yang sah.

Bahwa perbuatan provokatif sebagaimana dicontohkan oleh Para Pemohon (vide permohonan hal. 21) yang telah terbukti melakukan perbuatan permulaan yang dapat dianggap merongrong pemerintahan yang sah atau dengan maksud mengganggu proses pemerintahan dengan menghasut lisan melalui orasi pada saat demonstransi ataupun menghasut secara tertulis melalui tulisan dengan brosur dan pamlet yang pada intinya menggulingkan pemerintahan. Meskipun tidak dilakukan dengan perbuatan mengangkat senjata ataupun dengan tindakan kekerasan tetap dapat dianggap sebagai perbuatan makar. Demikian juga dalam ayat (2) Pasal 107 KUHP yang menentukan pemberatan pidana pada pimpinan atau orang yang mengatur makar

tersebut dengan penjara pidana seumur hidup atau maksimum 20 tahun, DPR RI berpendapat bahwa pemberatan hukuman tersebut oleh karena keterlibatan secara aktif baik secara obyektif maupun subyektif dari pimpinan tersebut lebih dominan dibandingkan yang lainnya. Keberhasilan tindakan makar tentu tidak lepas rancangan pimpinan makar sehingga kesalahan dan pertanggungjawaban pidananya juga harus lebih berat.

- 15) Terkait Pasal 139 a, 139 b dan 140 KUHP yang merupakan kejahatan terhadap kepentingan hukum negara sahabat. DPR RI berpandangan bahwa setiap negara memiliki spirit dalam mempertahankan negaranya masing-masing yang demikian harus dihormati oleh negara lain termasuk dari warga negara suatu negara. Meskipun Kejahatan atas pasal tersebut tidak secara langsung menyerang kepentingan hukum negara di dalam negeri akan tetapi kejahatan tersebut juga memiliki derajat yang hampir sama dengan kejahatan makar sebagaimana yang diatur dalam Pasal (104, 106 dan 107) KUHP.
- 16) Secara umum pasal kejahatan atas keutuhan negara dan pemerintahan serta kejahatan pada negara sahabat yang diatur dalam Pasal (106, 107, 139 a, 139 b dan 140) KUHP tidak bertentangan dengan UUD Tahun 1945 dalam Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) setidaknya pada argumentasi bahwa pemidanaan pada pelaku kejahatan makar yang dilakukan dengan maksud untuk mengganggu keamanan suatu negara dan negara lain dapat dibenarkan secara logis sebab berkaitan dengan kedaulatan suatu negara. Pengaturan norma makar pada keamanan negara dan negara lain sebagai kejahatan luar biasa dapat dibenarkan sebab telah bersesuaian dengan pengakuan hak dasar berupa rasa aman sebagaimana yang diatur dalam Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945. Segala bentuk kejahatan pasti mereduksi rasa aman dan dapat menimbulkan ketakutan. Kejahatan pada pemerintahan baik berupa gangguan dan ancaman mesti memberikan efek ketakutan pada warga negara.
- 17) DPR RI berpandangan bahwa keamanan negara merupakan hal yang sangat fundamental demi mewujudkan Kesejahteraan masyarakat. Segala bentuk potensi gangguan terhadap keamanan negara harus

diantisipasi oleh negara, dan hal tersebut merupakan kewajiban negara. Kebebasan setiap orang dalam hal ini dibatasi oleh diantaranya yakni nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum. Sebagaimana yang telah digariskan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi:

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

- 18) DPR RI juga berpandangan bahwa pemohon dalam hal ini yaitu Perkumpulan Masyarakat Pembaharuan Peradilan Pidana atau *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) yang merupakan Badan Hukum Privat berbentuk Organisasi Non Pemerintah atau Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM), merupakan elemen masyarakat dan merupakan bagian dari warga negara yang juga memiliki kewajiban untuk turut serta dalam usaha keamanan negara. Sebagaimana yang ditegaskan dalam Pasal 30 ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi: *“Tiap-tiap warga negara berhak dan wajib ikut serta dalam usaha pertahanan dan keamanan negara”.*
- 19) DPR RI berpandangan bahwa tidak diuraikannya unsur-unsur makar tidak mengurangi substansi makar yang pada intinya merupakan bagian dari delik-delik terhadap keamanan negara. Makar terhadap negara dan bentuk pemerintahan negara merupakan tindak pidana yang berbahaya yang mengancam kelestarian bangsa dan negara Indonesia. Ketertiban hukum yang harus dilindungi dalam hal ini adalah keamanan negara termasuk Keamanan kepala negara, Keamanan wilayah negara, dan Keamanan bentuk pemerintahan negara. Bahwa frasa “makar” dalam ketentuan Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP meskipun tidak dimaknai secara *an sich* sebagai “*aanslag*” atau “*serangan*” tidaklah bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945. Pasal *a quo* telah sejalan dengan amanat konstitusi dan tidak bertentangan dengan UUD

1945, dan tidak merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon.

20) DPR RI berpandangan bahwa khusus frasa makar yang dapat diartikan sebagai *aanslag* (serangan) telah dirangkum pada Pasal 108 KUHP yang selengkapnya disebutkan bahwa:

*Barang siapa bersalah karena pemberontakan, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun :*

- a. orang yang melawan pemerintah Indonesia dengan senjata;*
- b. orang yang dengan maksud melawan Pemerintah Indonesia menyerbu bersama-sama atau menggabungkan diri pada gerombolan yang melawan Pemerintah dengan senjata.*

Pada pasal ini serangan yang diwujudkan dengan penggunaan senjata untuk melawan pemerintahan adalah salah satu bentuk perbuatan makar. Makar dalam pasal ini dapat diidentikkan dengan *aanslag* yang diartikan sebagai bentuk serangan secara fisik. Pemaknaan makar sebagai serangan pada pasal-pasal *a quo* yang mengatur jenis makar berbeda antara satu dan lainnya dianggap tidak praktis dan berpotensi menimbulkan kekosongan hukum (*Recht Vacuum*). Sebab bentuk perbuatan makar yang telah diatur dalam pasal *a quo* tidak hanya bermakna sebagai bentuk serangan secara fisik tetapi juga bermakna sebagai segala bentuk perbuatan bukan serangan fisik yang dapat mengancam kewibawaan negara. Menurut DPR RI ketentuan pasal-pasal *a quo* telah jelas dan tidak bersifat multitafsir, sehingga tidak perlu dinyatakan sebagai ketentuan yang bersifat *conditionally constitutional* (konstitusional bersyarat).

Demikian keterangan DPR RI kami sampaikan untuk menjadi bahan pertimbangan bagi Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, memutus, dan mengadili Perkara *a quo* dan dapat memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa para Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum (*Legal Standing*);
2. Menolak permohonan pengujian para Pemohon untuk seluruhnya atau setidaknya tidaknya menyatakan permohonan pengujian para Pemohon tidak dapat diterima;

3. Menerima Keterangan DPR RI secara keseluruhan;
4. Menyatakan Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana (KUHP) tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945);
5. Menyatakan Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana (KUHP) tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Apabila Yang Mulia Hakim Majelis Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.5] Menimbang bahwa Mahkamah telah menerima kesimpulan Pemohon yang diterima Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 1 Agustus 2017, yang pada pokoknya tetap pada pendiriannya;

[2.6] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan merujuk berita acara persidangan, yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan putusan ini;

### 3. PERTIMBANGAN HUKUM

#### **Kewenangan Mahkamah**

[3.1] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945), Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, selanjutnya disebut UU MK), dan Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076, selanjutnya disebut UU 48/2009), salah satu kewenangan konstitusional Mahkamah adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang

putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar;

[3.2] Menimbang bahwa permohonan Pemohon adalah pengujian konstusionalitas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, selanjutnya disebut KUHP) terhadap UUD 1945, yang menjadi salah satu kewenangan Mahkamah, sehingga Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;

### **Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon**

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta Penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama);
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara;

Dengan demikian, Pemohon dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 harus menjelaskan terlebih dahulu:

- a. kedudukannya sebagai Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. ada tidaknya kerugian hak dan/atau kewenangan konstusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;

[3.4] Menimbang bahwa Mahkamah sejak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007, bertanggal 20 September 2007, serta putusan-putusan selanjutnya, berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.5] Menimbang bahwa Pemohon mendalilkan selaku badan hukum privat atau perkumpulan merasa dirugikan hak konstitusionalnya dengan berlakunya Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP, dengan alasan-alasan yang pada pokoknya sebagai berikut:

1. Bahwa pemahaman unsur Pasal 87 hanya dapat dilakukan apabila “makar” dimaknai sebagai sebuah perbuatan yang memiliki perluasan pertanggungjawaban sendiri, apabila “makar” hanya dimaknai sebagai kata “sifat” atau “niat” sebagaimana dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia atau pergeseran makna makar selama ini, maka jelaslah pengertian itu berpotensi menimbulkan terjadinya ketidakpastian hukum;
2. Bahwa penggunaan kata “makar” sebagai pemaknaan dari “*aanslag*” telah dengan nyata menimbulkan ketidakpastian hukum karena tidak dapat dengan jelas memaknai “*aanslag*” sebagai “serangan”;
3. Bahwa akibat ketidakpastian hukum terhadap delik Makar, maka pemenuhan Hak Konstitusi sebagai mana tertuang dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, “Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”. Tidak dapat terpenuhi;

4. Bahwa apabila dicermati maka baik Jaksa dan Hakim saat ini tidak mampu untuk memaknai makar, bahkan dalam beberapa putusan, Jaksa memberikan pemahaman yang keluar dari jalur pemaknaan makar yang sesungguhnya sudah tidak dapat lagi dimaknai berbeda dari kata "*aanslag*", bahwa kondisi seperti ini justru berbenturan dengan tujuan asli frasa makar atau "*aanslag*" pada saat dibentuk, yaitu tidak boleh diartikan meluas dari pengertian "serangan" sehingga dapat menysar perbuatan-perbuatan lain di luar perbuatan serangan;
5. Bahwa kondisi ketidakpastian ini menimbulkan tidak adanya jaminan perlindungan hukum bagi warga negara Indonesia, kondisi seperti ini dapat berakibat Jaksa dengan sesuka hati manafsirkan suatu pasal pidana, kondisi ini justru diperburuk dengan putusan Hakim khususnya Hakim Agung yang tidak memberikan putusan yang sesuai dengan penerapan hukum yang tepat perihal "makar";
6. Bahwa dengan tidak adanya kepastian hukum dan jaminan perlindungan hukum, akibat dari bergesernya pemaknaan *aanslag* sebagai serangan, maka Sepanjang tidak dimaknai sebagai serangan, frasa makar dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP bertentangan dengan Pasal 28D (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945.

[3.6] Menimbang bahwa dengan mendasarkan pada Pasal 51 ayat (1) UU MK dan putusan Mahkamah mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) serta dikaitkan dengan kerugian yang dialami oleh Pemohon, menurut Mahkamah:

- a. Pemohon sebagai badan hukum publik berupa perkumpulan yang bertujuan:
  - 1). Mendorong pembentukan hukum yang berkeadilan serta mengupayakan reformasi peradilan dan
  - 2). Mendorong kebijakan pembaharuan peradilan pidana yang berorientasi pada nilai-nilai hak asasi manusia dan kebebasan dasar. (vide Pasal 6 Anggaran Dasar) merasa dirugikan hak konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945, khususnya Pasal 28D (1) dan Pasal 28G ayat (1), serta Pemohon menganggap hak konstitusional tersebut dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- b. Kerugian konstitusional Pemohon setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;

- c. Terdapat hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian, serta ada kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

Berdasarkan pertimbangan tersebut, menurut Mahkamah, Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*;

[3.7] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo* dan Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan;

#### **Pokok Permohonan**

[3.8] Menimbang bahwa pokok permohonan Pemohon adalah pengujian konstitusionalitas Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP yang menyatakan:

Pasal 87: *“Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam pasal 53.*

Pasal 104: *Makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden memerintah, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.*

Pasal 106: *Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.*

Pasal 107: (1) *Makar dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.*  
(2) *Para pemimpin dan pengatur makar tersebut dalam ayat 1, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.*

Pasal 139a: *Makar dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di situ, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun.*

Pasal 139b: *Makar dengan maksud meniadakan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan negara sahabat atau daerahnya yang lain, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun.*

Pasal 140: (1) *Makar terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala negara sahabat, diancam dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.*

- (2) *Jika makar terhadap nyawa mengakibatkan kematian atau dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.*
- (3) *Jika makar terhadap nyawa dilakukan dengan rencana terlebih dahulu mengakibatkan kematian, diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun”*

terhadap Pasal 28D (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945;

Dengan dalil permohonan Pemohon yang apabila Mahkamah formulasikan, sebagai berikut: bahwa penggunaan kata “makar” sebagai pemaknaan dari “*aanslag*” telah dengan nyata menimbulkan ketidakpastian hukum karena tidak dapat dengan jelas memaknai “*aanslag*” sebagai “serangan”. Bahwa akibat ketidakpastian hukum terhadap delik makar, maka pemenuhan hak konstitusi sebagaimana tertuang dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, “*Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi*”, tidak dapat terpenuhi. Bahwa kondisi ketidakpastian ini menimbulkan tidak adanya jaminan perlindungan hukum bagi warga negara Indonesia, kondisi seperti ini dapat berakibat Jaksa dengan sesuka hati manafsirkan suatu pasal pidana, kondisi ini justru diperburuk dengan putusan Hakim khususnya Hakim Agung yang tidak memberikan putusan yang sesuai dengan penerapan hukum yang tepat perihal “makar”. Dengan tidak adanya kepastian hukum dan jaminan perlindungan hukum, akibat dari bergesernya pemaknaan *aanslag* yang seharusnya diartikan sebagai serangan, maka frasa “makar” dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP bertentangan dengan Pasal 28D (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai sebagai “serangan”.

[3.9] Menimbang bahwa untuk menguatkan dalil permohonannya, Pemohon telah mengajukan bukti-bukti tertulis yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-9 dan mengajukan ahli sebagaimana selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara;

[3.10] Menimbang bahwa Presiden telah memberikan keterangan secara tertulis yang keterangan selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara;

[3.11] Menimbang bahwa Dewan Perwakilan Rakyat telah memberikan keterangan secara tertulis yang keterangan selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara;

[3.12] Menimbang bahwa setelah memeriksa dengan saksama dalil permohonan Pemohon, bukti-bukti dan ahli yang diajukan Pemohon serta mendengar keterangan pihak-pihak di persidangan, sebagaimana disebutkan pada paragraf [3.10] dan [3.11] di atas, selanjutnya Mahkamah akan memberikan pertimbangan terhadap pokok permohonan Pemohon;

[3.13] Menimbang bahwa setelah memeriksa dan mempelajari secara saksama dalil Pemohon maka isu konstitusional yang harus dipertimbangkan adalah apakah benar bahwa Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 dikarenakan istilah “makar” dalam pasal-pasal tersebut tidak diartikan sebagai “serangan” (*aanslag*)? Terhadap isu konstitusional tersebut Mahkamah mempertimbangkan bahwa oleh karena permohonan Pemohon adalah berkenaan dengan norma hukum pidana, maka sebelum mempertimbangkan konstitusionalitas norma dalam pasal-pasal KUHP yang dimohonkan pengujian, menjadi penting untuk terlebih dahulu meninjau secara umum fungsi dan tujuan hukum pidana sebagai berikut:

**[3.13.1]** Bahwa secara doktriner, fungsi hukum pidana secara umum tidak berbeda dengan fungsi hukum pada umumnya yaitu menciptakan atau menyelenggarakan ketertiban dalam masyarakat atau dengan kata lain menjaga ketertiban umum. Sementara secara khusus, hukum pidana dikatakan memiliki fungsi melindungi kepentingan hukum terhadap perbuatan yang hendak memperkosanya melalui penjatuhan sanksi berupa pidana. Berkenaan dengan fungsi khusus hukum pidana tersebut, kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh hukum pidana itu baik berupa kepentingan individu, kepentingan masyarakat, maupun kepentingan negara. Oleh karena itulah dalam KUHP terdapat pasal-pasal yang mengatur tentang kejahatan terhadap individu, kejahatan terhadap

kepentingan umum, dan kejahatan terhadap keamanan negara. Dengan demikian, secara doktriner maupun praktik negara-negara, terdapat pandangan di kalangan yuris yang secara universal telah diterima sebagai hukum (*opinio juris sive necessitatis*) bahwa negara pun memiliki kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum pidana dari perbuatan yang hendak memperkosanya. Oleh karena itu, terlepas dari perbedaan isi maupun ruang lingkungannya, di negara-negara yang kehidupan demokrasinya telah matang pun kejahatan terhadap negara tetap ada atau diatur dalam sistem hukumnya. Artinya, keberadaan norma hukum pidana yang mengatur tentang kejahatan terhadap negara *an sich* tidak serta-merta dapat dijadikan dasar argumentasi untuk menyatakan suatu negara tidak demokratis. Sehingga, dari perspektif demikian, oleh karena telah diterima secara universal maka, secara prinsip, keberadaan norma hukum pidana yang mengatur tentang kejahatan terhadap negara adalah konstitusional. Dikatakan secara prinsip sebab tidak terdapat ukuran atau kriteria konstitusionalitas yang dapat diberlakukan secara umum terhadap semua jenis kejahatan terhadap negara melainkan harus dinilai secara individual-kasuistis berdasarkan rumusan serta materi muatan normanya.

**[3.13.2]** Bahwa pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujian konstitusionalitasnya dalam permohonan *a quo* adalah berkenaan dengan kejahatan terhadap negara. Dengan menelaah secara saksama permohonan Pemohon telah ternyata bahwa keseluruhan dalil Pemohon berpusat pada keberatan terhadap penggunaan istilah “makar” yang menurut Pemohon seharusnya diartikan sebagai “serangan” sesuai dengan istilah aslinya dalam Bahasa Belanda yaitu “*aanslag*”. Dengan diartikannya “*aanslag*” sebagai “makar”, bukan “serangan”, maka menurut Pemohon telah timbul ketidakpastian hukum sebab jaksa bisa sesuka hati dalam menafsirkan kata “makar” itu dan hakim tidak memberikan putusan sesuai dengan pengertian yang tepat perihal “makar” tersebut. Dengan demikian, seluruh argumentasi Pemohon dalam mendalilkan inkonstitusionalnya pasal-pasal dalam KUHP yang dimohonkan pengujian bergantung pada konstitusional tidaknya istilah “makar” dalam pasal-pasal KUHP dimaksud. Dengan konstruksi permohonan Pemohon yang demikian, Mahkamah selanjutnya mempertimbangkan:

- a. Benar bahwa KUHP yang kita gunakan saat ini adalah warisan dari Pemerintah Kolonial Hindia Belanda, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands*

*Indie (WvS)*. Benar pula bahwa, secara historis sebagaimana diterangkan oleh ahli yang dihadirkan Pemohon, asal mula diadopsinya istilah “makar” dalam KUHP berasal dari istilah *aanslag* dalam Bahasa Belanda yang secara literal berarti “serangan”. Namun, yang menjadi pertanyaan kemudian: apakah karena alasan itu lalu serta-merta berarti istilah “makar” menjadi inkonstitusional atau bertentangan dengan UUD 1945? Berkenaan dengan hal ini hendaklah diingat bahwa latar belakang sejarah maupun makna literal dari suatu istilah atau terminologi yang digunakan dalam suatu norma undang-undang haruslah diberlakukan sebagai titik tolak bernalar dalam mempertimbangkan konstitusionalitas norma undang-undang yang bersangkutan, bukan dengan sendirinya sebagai pertimbangan penentu inkonstitusionalitasnya. Sebab pengujian konstitusionalitas suatu norma undang-undang pada dasarnya adalah eksaminasi kesesuaian (*compatibility*) norma undang-undang yang bersangkutan dengan cara pandang kita terhadap Konstitusi. Dengan kata lain, menguji konstitusionalitas suatu norma undang-undang berkait langsung dengan penafsiran konstitusi. Menafsirkan konstitusi berarti menemukan jawaban atas pertanyaan: bagaimana kita memandang konstitusi dan tujuan-tujuan yang hendak diwujudkan.

- b. Berdasarkan pertimbangan sebagaimana diuraikan pada huruf a di atas, maka dalam hubungannya dengan Permohonan *a quo*, pertanyaannya adalah bagaimanakah kita mengelaborasi UUD 1945 jika dikaitkan dengan ketentuan tentang “makar” dalam KUHP? Terhadap pertanyaan ini, Mahkamah berpendapat bahwa elaborasi harus dimulai dari memahami gagasan mendasar yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945, khususnya alinea keempat. Sebab di situlah kita dapat menemukan bukan hanya amanat tentang negara macam apa yang hendak dibentuk tetapi juga tujuan-tujuan yang hendak diwujudkan. Dengan demikian, dari pemahaman terhadap Pembukaan UUD 1945 alinea keempat tersebut kita dapat memahami UUD 1945 dihubungkan dengan persoalan-persoalan aktual dalam kehidupan bernegara, termasuk dalam menguji konstitusionalitas suatu norma undang-undang karena semangat yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945 alinea keempat itulah yang kemudian dijabarkan ke dalam pasal-pasal UUD 1945. Penalaran demikian, selain bersesuaian dengan kajian akademik tentang kedudukan pembukaan suatu konstitusi, juga sejalan dengan fakta

yang terjadi selama berlangsungnya proses perubahan UUD 1945 sebagaimana tercermin dalam pandangan fraksi-fraksi yang ada di Majelis Permusyawaratan Rakyat (vide Risalah Rapat Ke-2 Badan Pekerja MPR, 6 Oktober 1999).

- c. Hasil penalaran yang diperoleh setelah melakukan penelaahan secara komprehensif terhadap Pembukaan UUD 1945 alinea keempat adalah bahwa salah satu gagasan mendasar yang terkandung di dalamnya ialah gagasan untuk mewujudkan Indonesia sebagai negara yang berkedaulatan rakyat atau negara yang demokratis. Dalam perkembangan pemikiran kenegaraan modern, gagasan tentang negara yang demokratis tidak mungkin terjelma tanpa didampingi oleh gagasan tentang negara hukum. Oleh karena itulah dewasa ini jika berbicara tentang negara yang berkedaulatan rakyat atau negara yang demokratis secara implisit selalu dipahami sebagai negara demokrasi yang berdasar atas hukum atau negara hukum yang demokratis. Dengan demikian tepatlah ketika dalam menjabarkan amanat dalam Pembukaan UUD 1945 alinea keempat itu pasal-pasal UUD 1945 dimulai dengan penegasan bahwa Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk Republik di mana kedaulatan rakyat dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar dengan menegakkan prinsip-prinsip negara hukum, sebagaimana termaktub dalam Pasal 1 UUD 1945 sebagai satu kebulatan pengertian. Dengan penegasan tersebut berarti Indonesia adalah negara demokrasi yang berdasar atas hukum dan karenanya seluruh praktik penyelenggaraan kehidupan bernegara harus mengacu pada gagasan ini.
- d. Oleh karena Pemohon mendasarkan dalil atau argumentasinya pada isu perlindungan hak-hak konstitusional yang diatur dalam Pasal 28D ayat (1) dan dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 maka dalam mempertimbangkan dalil Pemohon tersebut haruslah bertolak dari gagasan tentang negara demokrasi yang berdasar atas hukum tersebut karena hanya dalam negara demokrasi yang berdasar atas hukum itulah hak-hak konstitusional warga negara itu dijamin dan dilindungi. Dalam kaitan ini, secara doktriner, terlepas dari variasi pendapat di kalangan cerdik pandai dalam mengidentifikasi ciri-ciri negara demokrasi yang berdasar atas hukum tersebut, terdapat tiga substansi mendasar di dalamnya, yaitu:

- 1) substansi yang memuat gagasan bahwa pemerintah (dalam arti luas) dibatasi oleh hukum. Sekalipun pada mulanya (dalam doktrin negara hukum yang klasik) gagasan ini ditujukan untuk membatasi kekuasaan penguasa (*in casu* raja) yang dimaksudkan untuk menghapuskan atau mencegah lahirnya kekuasaan yang bersifat tiranik, dalam perkembangan selanjutnya gagasan bahwa pemerintah (dalam arti luas) dibatasi oleh hukum itu sekaligus dimaksudkan untuk menjamin dan melindungi hak-hak dan kebebasan mendasar warga negara. Dalam gagasan ini terkandung pengertian bahwa aparat atau pejabat negara bekerja dalam suatu kerangka yang batas-batasnya ditentukan oleh hukum. Dalam negara demokrasi yang berdasar atas hukum tersebut, hukum tertinggi adalah Konstitusi atau Undang-Undang Dasar, sehingga hukum positif yang berlaku, baik substansi maupun cara pembentukannya, tidak boleh bertentangan dengan Konstitusi atau Undang-Undang Dasar;
- 2) substansi yang memuat gagasan tentang legalitas formal yaitu gagasan yang menekankan keharusan adanya suatu tertib hukum (*legal order*) yang dibuat dan dipertahankan oleh negara. Tertib hukum itu harus berisikan norma hukum yang bersifat umum, prospektif, diberlakukan sama, dan memberi kepastian sehingga setiap orang sejak awal sudah mengetahui perbuatan apa yang dibolehkan, yang dilarang untuk dilakukan, maupun yang harus dilakukan yang disertai dengan ancaman sanksi bagi pelanggarnya;
- 3) substansi yang memuat gagasan bahwa hukumlah yang memerintah, bukan manusia. Gagasan ini berkaitan dengan gagasan pertama dan kedua di atas yang kemudian melahirkan kebutuhan akan hadirnya hakim atau pengadilan. Hakim atau pengadilanlah yang harus menilai dan memutus apakah hukum positif yang ada yang kemudian menjadi bagian dari tertib hukum yang dibuat dan dipertahankan oleh negara telah sesuai atau justru bertentangan dengan Konstitusi. Hakim atau pengadilan pula yang harus menilai dan memutus manakala terjadi pelanggaran terhadap tertib hukum yang berlaku.

Dalam konteks Indonesia serta dihubungkan dengan ketiga substansi yang terkandung dalam gagasan negara demokrasi yang berdasar atas hukum tersebut, maka sebagai negara merdeka dan berdaulat Indonesia memiliki kebebasan

penuh untuk menentukan tertib hukumnya sendiri, termasuk dalam mengatur jenis dan ruang lingkup kejahatan yang dikategorikan sebagai kejahatan terhadap negara, dengan mengacu kepada gagasan yang terkandung dalam Konstitusinya, *in casu* UUD 1945, sebagai hukum tertinggi. Dari perspektif demikian maka, secara prinsip, keberadaan ketentuan tentang “makar” dalam tertib hukum pidana Indonesia adalah bagian dari kewenangan penuh Indonesia sebagai negara merdeka dan berdaulat untuk mengaturnya. Dengan kata lain, keberadaan pasal-pasal tentang “makar” dalam KUHP *an sich* tidak dapat diuji konstiusionalitasnya sebab hal itu diturunkan dari prinsip kedaulatan negara. Namun, pengujian konstiusionalitas tetap dapat dilakukan terhadap substansi atau materi muatan yang terkandung di dalam rumusan pasal-pasal itu, terutama agar tidak melanggar hak-hak konstiusional warga negara.

**[3.13.3]** Bahwa berdasarkan pertimbangan pada sub-paragraf **[3.13.2]** di atas, karena pengaturan tentang makar *an sich* dalam KUHP tidaklah bertentangan dengan UUD 1945, maka berkenaan dengan Permohonan *a quo*, hal yang harus dipertimbangkan selanjutnya adalah: apakah benar substansi atau materi muatan yang terkandung dalam pasal-pasal KUHP yang mengatur tentang “makar” bertentangan dengan UUD 1945 karena istilah “makar” tersebut tidak diartikan sebagai “serangan”, sebagaimana didalilkan Pemohon? Dalam hubungan ini, oleh karena ketentuan tentang “makar” dalam KUHP bertumpu pada Pasal 87 KUHP, maka pertimbangan terhadap seluruh dalil Pemohon akan bergantung pada konstiusional atau tidaknya ketentuan tentang “Makar” yang terdapat dalam Pasal 87 KUHP tersebut.

Pasal 87 KUHP selengkapnya berbunyi, “*Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan, apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, seperti dimaksud dalam Pasal 53*”. Penalaran hukum yang terbangun dari konstruksi rumusan dalam Pasal 87 KUHP tersebut adalah bahwa terlepas dari apapun makna perbuatan yang terkandung dalam istilah “makar” itu, padanya melekat persyaratan bahwa perbuatan itu dianggap (telah) ada jika terbukti ada niat untuk itu, sementara itu niat tersebut dianggap (telah) ada jika terbukti telah ada permulaan pelaksanaan, sedangkan permulaan pelaksanaan dianggap ada jika memenuhi ketentuan Pasal 53 KUHP. Sehingga, jika dirumuskan dalam persamaan yang sederhana apabila istilah “makar” disimbolkan dengan “A”, niat disimbolkan dengan “X”, permulaan pelaksanaan disimbolkan

dengan “Y”, dan Pasal 53 KUHP disimbolkan dengan “Z” maka akan diperoleh bentuk persamaan bahwa jika “A” = “X”, sedangkan “X” = “Y”, di mana “Y” = “Z”, maka “A” = “Z”. Bentuk persamaan sederhana ini menunjukkan bahwa adanya perbuatan yang dinamakan “makar” itu sangat bergantung pada adanya permulaan pelaksanaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 53 KUHP. Dengan kata lain, tidak dapat dikatakan ada makar apabila tidak terbukti ada niat; sementara itu, tidak dapat dikatakan ada niat jika tidak terbukti ada permulaan pelaksanaan; dan tidak dapat dikatakan ada permulaan pelaksanaan jika tidak terbukti terpenuhinya unsur-unsur permulaan pelaksanaan sebagaimana diatur dalam Pasal 53 KUHP. Artinya, niat saja tidaklah dengan sendirinya membuktikan adanya “makar”. Oleh karena itu menjadi penting untuk menganalisis apa yang dimaksud dengan “permulaan pelaksanaan” dalam Pasal 53 KUHP tersebut.

**[3.13.4]** Bahwa Pasal 53 KUHP berbunyi, *“Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan oleh kehendaknya sendiri”*. Berdasarkan rumusan Pasal 53 KUHP tersebut telah ternyata bahwa yang diatur dalam Pasal itu adalah tindak pidana percobaan di mana “permulaan pelaksanaan” hanyalah salah satu unsur dari tindak pidana percobaan tersebut, selain unsur “niat” dan unsur “tidak selesainya pelaksanaan perbuatan itu bukan karena kehendak pelaku”. Sementara itu, yang dirujuk oleh Pasal 87 KUHP ke dalam Pasal 53 KUHP tersebut bukanlah ihwal percobaan itu melainkan ihwal permulaan pelaksanaan yang membuktikan adanya niat untuk melakukan makar. Artinya, niat itu dianggap dengan sendirinya ada atau terbukti bila terbukti ada permulaan pelaksanaan sehingga dalam tindak pidana makar tidak ada percobaan. Oleh karena itu, yang menjadi pertanyaan kemudian adalah: apakah yang dimaksud dengan permulaan pelaksanaan? Karena KUHP tidak memuat penjelasan atau keterangan tentang “permulaan pelaksanaan” maka pengertian dari istilah dimaksud harus dicari di dalam doktrin atau pendapat para ahli dalam bidang hukum pidana. Berdasarkan pandangan para ahli dalam bidang hukum pidana, dapat dikatakan terdapat kesepakatan bahwa yang dimaksud dengan permulaan pelaksanaan adalah permulaan pelaksanaan dari suatu kejahatan yang di dalamnya harus dibedakan antara perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan. Para ahli juga sepakat bahwa tidak mudah untuk membedakan antara perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan sehingga

hal itu diserahkan kepada penilaian hakim dalam kasus *in concreto*. Berdasarkan pertimbangan di atas, jika dihubungkan dengan Pasal 87 KUHP, maka telah menjadi terang pengertian yang terkandung dalam rumusan Pasal 87 KUHP yaitu bahwa dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan apabila niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan yaitu adanya perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan di mana terbukti atau tidaknya ada perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan itu diserahkan kepada penilaian hakim.

Kemudian yang menjadi pertanyaan selanjutnya, apakah karena penilaian soal adanya permulaan pelaksanaan, khususnya berkenaan dengan perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan, diserahkan kepada penilaian hakim lalu berarti tidak ada kepastian hukum? Dalam hal ini Mahkamah berpendapat bahwa keadaan demikian bukan berarti menunjukkan adanya ketidakpastian hukum. Bukankah salah satu kewajiban hakim dalam memutus suatu perkara adalah menemukan apa hukumnya dalam suatu perkara konkrit yang dihadapinya sebagaimana dimaksud oleh *maxim iura novit curia* atau *ius curia novit* (hakim tahu hukumnya) yang justru lazim diterapkan di negara-negara penganut tradisi *civil law*, di mana Indonesia termasuk di dalamnya. Dari *maxim* inilah diterima ajaran tentang penemuan hukum oleh hakim yang dapat dilakukan melalui penafsiran hukum (*legal interpretation*) maupun melalui konstruksi hukum (*legal construction*), meskipun dalam hubungan ini harus disertai catatan bahwa khusus dalam bidang hukum pidana, penemuan hukum melalui konstruksi hukum dengan menggunakan analogi (*argumentum per analogiam*) masih menjadi perdebatan. Hal itu dikarenakan sebagian ahli masih berpandangan bahwa penerapan analogi bertentangan dengan salah satu substansi asas legalitas yang diberlakukan secara ketat dalam hukum pidana, dalam hal ini prinsip *nullum crimen, noela poena sine lege stricta* yang mengandung pengertian bahwa ketentuan hukum pidana harus ditafsirkan secara ketat atau sempit, tujuannya adalah agar tidak melahirkan tindak pidana baru (yang seharusnya hanya boleh dilakukan melalui perubahan undang-undang). Penerimaan *maxim ius curia novit* atau *iura novit curia* di negara-negara penganut tradisi *civil law* dapat dimengerti setidaknya karena dua alasan. *Pertama*, negara-negara penganut tradisi *civil law* sangat bergantung pada keberadaan hukum tertulis, khususnya undang-undang, padahal undang-undang tidaklah sempurna sehingga timbul kebutuhan untuk melengkapi

ketidaktepatan itu, karena itulah peran hakim dibutuhkan untuk melengkapinya melalui putusnya dalam kasus-kasus konkrit yang diajukan kepadanya. *Kedua*, ditinggalkannya adagium klasik bahwa hakim adalah semata-mata corong undang-undang. Oleh karena itu, mendalilkan ada ketidakpastian hukum terhadap suatu istilah hukum semata-mata dikarenakan istilah hukum dimaksud penilaiannya diserahkan hakim sama artinya dengan menolak *ius curia novit* yang secara *a contrario* berarti menerima adagium bahwa hakim hanyalah corong undang-undang.

**[3.13.5]** Bahwa, selanjutnya, rumusan norma Pasal 87 KUHP dimulai dengan pernyataan "*Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan...*" Hal itu dikarenakan jenis atau kategori perbuatan makar tersebut ada bermacam-macam, yaitu:

1. makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden, sebagaimana diatur dalam Pasal 104 KUHP;
2. makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau dengan maksud untuk memisahkan sebagian wilayah negara dari yang lain, sebagaimana diatur dalam Pasal 106 KUHP;
3. makar dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, sebagaimana diatur dalam Pasal 107 ayat (1) KUHP;
4. makar dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di sana, sebagaimana diatur dalam Pasal 139a KUHP;
5. makar dengan maksud menghapuskan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan negara sahabat atau daerahnya yang lain, sebagaimana diatur dalam Pasal 139b KUHP;
6. makar terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala negara lainnya dari negara sahabat, sebagaimana diatur dalam Pasal 140 ayat (1) KUHP.

Dengan demikian, bertolak dari penalaran sebagaimana diuraikan dalam pertimbangan pada sub-paragraf **[3.13.3]** dan sub-paragraf **[3.13.4]** di atas yang kemudian digunakan untuk memahami tindak pidana yang dirumuskan dalam Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107 ayat (1), Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140

ayat (1) KUHP, sebagaimana diuraikan pada angka 1 sampai dengan angka 6 tersebut, maka akan didapatkan pengertian sebagai berikut:

1. dalam konteks Pasal 104 KUHP, dikatakan ada perbuatan makar dengan maksud untuk membunuh, atau merampas kemerdekaan, atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden apabila niat untuk melakukan perbuatan itu telah terbukti dari adanya permulaan pelaksanaan yaitu berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan;
2. dalam konteks Pasal 106 KUHP, dikatakan ada perbuatan makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau dengan maksud untuk memisahkan sebagian wilayah negara dari yang lain, apabila niat untuk melakukan perbuatan itu telah terbukti dari adanya permulaan pelaksanaan yaitu berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan;
3. dalam konteks Pasal 107 ayat (1) KUHP, dikatakan ada perbuatan makar dengan maksud untuk menggulingkan pemerintah, apabila niat untuk melakukan perbuatan itu telah terbukti dari adanya permulaan pelaksanaan yaitu berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan;
4. dalam konteks Pasal 139a KUHP, dikatakan ada perbuatan makar dengan maksud melepaskan wilayah atau daerah lain dari suatu negara sahabat untuk seluruhnya atau sebagian dari kekuasaan pemerintah yang berkuasa di sana, apabila niat untuk melakukan perbuatan itu telah terbukti dari adanya permulaan pelaksanaan yaitu berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan;
5. dalam konteks Pasal 139b KUHP, dikatakan ada perbuatan makar dengan maksud menghapuskan atau mengubah secara tidak sah bentuk pemerintahan negara sahabat atau daerahnya yang lain, apabila niat untuk melakukan perbuatan itu telah terbukti dari adanya permulaan pelaksanaan yaitu berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan;
6. dalam konteks Pasal 140 ayat (1) KUHP, dikatakan ada perbuatan makar terhadap nyawa atau kemerdekaan raja yang memerintah atau kepala negara lainnya dari negara sahabat, apabila niat untuk melakukan perbuatan itu telah terbukti dari adanya permulaan pelaksanaan yaitu berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan.

Jadi, persoalannya bukanlah terletak pada ada atau tidak adanya pengertian “makar” melainkan pada pembuktian perihal ada atau tidaknya niat berupa permulaan pelaksanaan yang mencakup perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan untuk masing-masing jenis atau kategori perbuatan makar di atas. Dengan kata lain, persoalannya merupakan persoalan implementasi, bukan persoalan konstitusionalitas.

**[3.13.6]** Bahwa, berdasarkan pertimbangan pada sub-paragraf **[3.13.5]** di atas, jika mengikuti argumentasi Pemohon, yaitu istilah “makar” diartikan sebagai “serangan” dan bahkan “serangan” itu pun dibatasi pada pengertian serangan yang bersifat fisik, maka penalaran yang akan terbangun adalah sebagai berikut:

1. tidak ada relevansinya lagi mempersyaratkan adanya niat berupa permulaan pelaksanaan untuk perbuatan makar yang jenis atau kategorinya bermacam-macam itu karena serangan itu sudah terjadi;
2. negara (yang direpresentasikan oleh aparat penegak hukum) hanya bersifat pasif atau menunggu sampai benar-benar terjadi perbuatan berupa serangan fisik terhadap kepentingan hukumnya, yaitu kepentingan hukum untuk melindungi Presiden dan Wakil Presiden dari perbuatan yang bermaksud membunuh atau merampas kemerdekaan atau meniadakan kemampuan Presiden atau Wakil Presiden (Pasal 104 KUHP), kepentingan hukum untuk melindungi keutuhan wilayah negara (Pasal 106 KUHP), kepentingan hukum untuk melindungi pemerintah dari upaya penggulingan secara tidak sah terhadapnya (Pasal 107 ayat (1) KUHP), meskipun negara sesungguhnya telah mengetahui adanya niat melakukan perbuatan itu yakni adanya permulaan pelaksanaan berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan;
3. negara pun (yang direpresentasikan oleh aparat penegak hukum) hanya bersifat pasif dan menunggu sampai benar-benar terjadi perbuatan berupa serangan fisik yang bermaksud menyerang kepentingan hukum negara asing atau negara sahabat (Pasal 139a, Pasal 139b, Pasal 140 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) KUHP), meskipun negara sesungguhnya telah mengetahui adanya niat untuk melakukan perbuatan itu yakni dari adanya permulaan pelaksanaan berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan.

Sebagai konsekuensi dari penalaran pada angka 2 adalah negara dapat dinilai telah lalai melaksanakan kewajiban konstitusionalnya sebagaimana diamanatkan

oleh Pembukaan UUD 1945 alinea keempat, yaitu melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia. Sementara itu, sebagai konsekuensi dari penalaran pada angka 3 adalah negara (Indonesia) dapat dinilai telah lalai melakukan kewajiban hukum internasionalnya (*international legal obligation*), baik yang lahir dari hukum internasional yang bersifat umum (*general international law*), yaitu dalam hal ini kewajiban yang lahir dari prinsip tidak melakukan intervensi terhadap negara berdaulat lainnya, maupun yang lahir dari perjanjian internasional (*contractual international law*), terutama dalam hal ini kewajiban yang lahir dari Piagam PBB di mana Indonesia turut serta menjadi anggota, sebab telah membiarkan adanya kegiatan atau perbuatan yang berada di bawah yurisdiksinya yang bertujuan menyerang kepentingan negara berdaulat lainnya yang seharusnya dapat dicegah karena niat untuk melakukan aktivitas atau perbuatan itu sesungguhnya telah diketahui dari adanya permulaan pelaksanaan berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan. Tindakan pembiaran itu dapat dijadikan dasar oleh masyarakat internasional, khususnya negara asing yang kepentingannya diserang atau dirugikan, untuk menuntut negara (Indonesia) di forum internasional berdasarkan rezim hukum tanggung jawab negara (*state's responsibility*) yang berlaku dalam hukum internasional.

**[3.13.7]** Bahwa, pertanyaan selanjutnya yang harus dipertimbangkan adalah, apakah mempertahankan ketentuan tentang “makar” dalam KUHP berarti mengekang atau melanggar hak atas kemerdekaan menyatakan pendapat, termasuk kemerdekaan untuk melakukan kritik terhadap pemerintah, yang merupakan hak konstitusional yang dilindungi dalam negara demokrasi yang berdasar atas hukum? Adanya rumusan undang-undang yang menyatakan bahwa permulaan pelaksanaan yaitu berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan merupakan syarat yang tak dapat ditiadakan bagi adanya perbuatan makar telah dengan sendirinya secara hukum (*ipso jure*) menunjukkan bahwa makar bukan merupakan bagian dari kemerdekaan menyatakan pendapat. Sehingga, apabila dalam kenyataan atau dalam suatu peristiwa konkrit terbukti adanya fakta telah terjadinya permulaan pelaksanaan berupa perbuatan persiapan dan perbuatan pelaksanaan maka fakta itu sendiri (*ipso facto*) telah menolak bahwa perbuatan makar sebagai bagian dari kemerdekaan menyatakan pendapat. Bahkan, andaikata pun perbuatan-perbuatan yang oleh KUHP dikategorikan sebagai perbuatan makar tersebut dianggap sebagai bagian dari hak atas

kemerdekaan menyatakan pendapat, *quod non*, maka pelaku perbuatan demikian sesungguhnya telah melanggar kewajiban konstitusionalnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28J ayat (1) UUD 1945 sehingga pembatasan terhadapnya adalah konstitusional karena memenuhi persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945. Pasal 28J UUD 1945 selengkapnya berbunyi:

- 1) *Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara;*
- 2) *Dalam menjalankan haknya dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.*

Bertolak dari rumusan Pasal 28J UUD 1945 di atas, sulit untuk membangun argumentasi bahwa seseorang yang telah melakukan permulaan pelaksanaan untuk melakukan perbuatan sebagaimana diatur dalam Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107 ayat (1), Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP tidak menyerang tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara yang berakibat terlanggarnya hak asasi orang lain. Sebab, sekali lagi, andaikata pun perbuatan-perbuatan sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107 ayat (1), Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP dianggap sebagai bagian dari kemerdekaan menyatakan pendapat, *quod non*, maka pembatasan terhadapnya adalah konstitusional. Karena, berdasarkan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, ada dua syarat agar pembatasan terhadap hak asasi manusia dapat dinilai konstitusional, yaitu:

*pertama*, pembatasan itu harus dilakukan atau ditetapkan dengan undang-undang; *kedua*, maksud atau tujuan pembatasan (yang ditetapkan dengan undang-undang) itu adalah semata-mata untuk:

- 1) menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain;
- 2) memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Persyaratan *pertama* dengan sendirinya telah terpenuhi karena pembatasan tersebut ditetapkan dengan undang-undang, *in casu* KUHP. Persyaratan *kedua* pun terpenuhi sebab sulit diterima oleh penalaran yang wajar bahwa perbuatan sebagaimana diatur dalam Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107 ayat (1), Pasal 139a,

Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP tidak melanggar jaminan pengakuan serta penghormatan terhadap hak dan kebebasan orang lain, sekaligus sulit pula untuk diterima oleh penalaran yang wajar bahwa perbuatan sebagaimana diatur dalam Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107 ayat (1), Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP tersebut tidak bertentangan dengan pemenuhan akan tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis apabila terhadap perbuatan-perbuatan itu tidak dilakukan pembatasan.

**[3.13.8]** Bahwa dengan seluruh uraian dalam pertimbangan tersebut di atas telah jelas Mahkamah tidak sependapat dengan argumentasi yang didalilkan Pemohon dalam permohonannya, namun demikian sebelum sampai pada kesimpulan terhadap permohonan *a quo* penting bagi Mahkamah untuk mempertimbangkan sebagian pendapat yang berpandangan bahwa tindak pidana makar harus dikaitkan dengan tindak pidana percobaan sebagaimana yang dikehendaki dalam Pasal 53 KUHP dan argumentasi itu pula yang sebagian dijadikan dalil oleh Pemohon, bahwa terhadap tindak pidana makar baru dapat dilakukan tindakan hukum oleh penegak hukum ketika perbuatan tersebut telah nyata-nyata dilakukan oleh pelaku atau nyata-nyata ada “serangan”.

Bahwa memang benar unsur adanya niat dan perbuatan pelaksanaan sebagaimana yang dimaksudkan dalam Pasal 87 KUHP sedikit berbeda dengan unsur-unsur yang ada dalam Pasal tindak pidana percobaan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 53 KUHP. Dalam delik percobaan disyaratkan adanya “*perbuatan yang dilakukan pelaku tindak pidana tidak selesai bukan atas kehendaknya sendiri*”. Syarat itulah yang membedakan secara esensial dengan perbuatan pelaksanaan yang dimaksudkan dalam Pasal 87 KUHP. Sehingga dalam hal ini Mahkamah dapat memahami bahwa norma dalam Pasal 87 KUHP dan Pasal 53 KUHP mengatur sebuah tindak pidana yang sesungguhnya secara konkrit belum selesai dan yang membedakan hanyalah pada ancaman pidananya. Terhadap pelaku tindak pidana yang diduga melanggar Pasal 87 KUHP, telah dianggap melakukan tindak pidana makar yang selesai sehingga dapat diancam dengan pidana maksimal. Sementara itu terhadap sebagian pendapat yang berargumentasi bahwa tindak pidana makar mengandung unsur-unsur percobaan makar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 53 KUHP, maka ancaman pidananya dapat dikurangi sepertiganya.

Bahwa dengan uraian pertimbangan tersebut di atas, baik pendapat Mahkamah yang berkesimpulan bahwa tindak pidana makar tidak mengenal adanya tindak pidana percobaan maupun sebagian pendapat yang menganggap bahwa tindak pidana makar harus dikaitkan dengan tindak pidana percobaan, menurut Mahkamah kedua pendapat tersebut telah menjawab permasalahan inkonstitusionalitas pasal makar yang didalilkan Pemohon, di mana Pemohon merasa dirugikan dengan berlakunya Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP yang dianggap bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945, sepanjang kata “makar” tidak dimaknai sebagai “serangan”. Dengan kata lain, tindak pidana makar tidak harus diwujudkan dengan telah adanya tindakan “serangan” sebagaimana yang didalilkan Pemohon melainkan cukup dengan telah adanya niat dan perbuatan pelaksanaan ataupun adanya perbuatan pelaksanaan yang tidak selesai bukan atas kehendak sendiri dari pelaku.

Di samping uraian pertimbangan di atas penting Mahkamah tegaskan bahwa sejatinya apabila diikuti dalil Pemohon yang berpendapat pasal-pasal *a quo* baru dapat menjadi tindak pidana makar jika telah nyata terjadinya “serangan” terhadap pemerintah yang sah dan jika belum adanya serangan maka menurut Pemohon bukan merupakan tindakan makar. Dengan demikian secara sederhana maksud Pemohon adalah apabila kata “makar” dimaknai sebagai “serangan” sebagaimana terjemahan dari kata “*aanslag*”, maka akan diperoleh pemaknaan bahwa ketentuan Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP baru akan mendapatkan kepastian hukum. Sebab, menurut Pemohon, tindakan hukum oleh aparat penegak hukum baru dapat dilakukan terhadap seseorang yang diduga melakukan tindak pidana makar apabila telah nyata-nyata ada perbuatan serangan dari pelaku. Sehingga adanya tindakan penegak hukum sebagaimana yang dicontohkan oleh Pemohon, dimana penegak hukum dengan mudah melakukan penangkapan dan tindakan hukum lainnya terhadap orang-orang yang disangka telah melakukan tindakan makar, padahal menurut Pemohon orang-orang tersebut belum melakukan tindakan yang dapat dikategorikan sebagai makar telah menimbulkan ketidakpastian hukum dan berpotensi menjadi ruang aparat penegak hukum untuk melakukan tindakan sewenang-wenang.

Terhadap dalil Pemohon tersebut, sebagaimana telah dipertimbangkan sebelumnya, Mahkamah telah berpendapat bahwa delik makar cukup disyaratkan adanya niat dan perbuatan permulaan pelaksanaan, sehingga dengan terpenuhinya syarat itu terhadap pelaku telah dapat dilakukan tindakan penegakan hukum oleh penegak hukum. Demikian pula halnya dengan pendapat yang mengatakan bahwa perbuatan pelaksanaan yang tidak sampai selesai bukan atas kehendaknya sendiri (delik percobaan). Terhadap kedua pendapat tersebut telah cukup bagi aparat hukum untuk melakukan tindakan hukum terhadap pelaku tindak pidana makar dengan kata lain tidak perlu adanya perbuatan yang nyata-nyata adanya serangan. Sebagai ilustrasi dapat Mahkamah gambarkan, apabila dalil Pemohon tersebut diikuti, yang artinya bahwa istilah "*makar*" dimaknai sebagai "*serangan*", maka persoalan yang timbul kemudian adalah perbuatan makar baru dianggap ada apabila telah ada "*serangan*". Artinya telah ada perbuatan yang nyata dilakukan oleh pelaku dan telah terjadi akibat.

Bahwa penting bagi Mahkamah menjelaskan persoalan esensial yang menjadi pemicu perdebatan dan juga menjadi pendorong Pemohon mengajukan Permohonan ini adalah adanya penangkapan para pelaku yang diduga telah melakukan tindak pidana makar, padahal menurut Pemohon pelaku tersebut baru melakukan tindakan-tindakan yang belum nyata, bahkan ada yang baru sebatas konsep atau gagasan saja. Namun hal tersebut menurut Mahkamah tanpa bermaksud menilai kasus konkrit yang dicontohkan Pemohon, peristiwa yang sesungguhnya terjadi adalah aparat penegak hukum mengambil langkah-langkah dengan melakukan penangkapan pelaku yang diduga melakukan tindak pidana makar karena telah ada perbuatan pelaksanaan sebagaimana yang dikehendaki dalam Pasal 87 KUHP atau setidaknya-kalaupun mengikuti pendapat sebagian kalangan yang menyatakan tindak pidana makar juga mengandung delik percobaan, maka rangkaian perbuatan pelaku tersebut pun juga telah memenuhi unsur tindak pidana percobaan makar, sehingga penegak hukum telah ada alasan bahwa pelaku telah melakukan tindak pidana makar baik perbuatan pelaksanaan sebagai delik selesai sebagaimana dimaksud dalam Pasal 87 KUHP maupun juga tindak pidana percobaan makar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 53 KUHP.

Bahwa apabila akan dipersandingkan lebih jauh antara delik makar sebagai delik selesai sepanjang telah memenuhi kehendak dalam rumusan Pasal 87 KUHP dengan delik makar yang mengandung delik percobaan sebagaimana

yang diatur dalam Pasal 53 KUHP, maka dapat diuraikan pertimbangan, sebagai berikut:

Bahwa dalam rumusan Pasal 87 KUHP secara tegas dan jelas telah menyatakan bahwa untuk menduga pelaku telah melakukan perbuatan tindak pidana makar cukup diperlukan syarat yang sederhana yaitu ada niat dari pelaku dan niat itu telah ternyata ada perbuatan permulaan pelaksanaan. Dengan demikian cukup disyaratkan ada 2 (dua) unsur saja yaitu niat dan perbuatan permulaan pelaksanaan, sedangkan esensi dalam perbuatan yang diatur dalam tindak pidana percobaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 53 KUHP adalah tidak berbeda dengan kehendak Pasal 87 KUHP hanya ada tambahan syarat, bahwa unsur perbuatan tersebut tidak selesai bukan atas kehendak pelaku sebagaimana yang disyaratkan dalam Pasal 53 KUHP, adalah kedua hal yang sama-sama dengan sendirinya terpenuhi ketika penegak hukum melakukan tindakan terhadap pelaku pada perbuatan pelaksanaan dalam Pasal 87 KUHP, sebagaimana pendapat Mahkamah dan juga Pasal 53 KUHP sebagaimana pendapat sebagian kalangan. Dengan demikian hal tersebut semakin memperjelas argumentasi Mahkamah yang menyatakan bahwa tindak pidana makar adalah delik selesai dan bukan merupakan tindak pidana percobaan dan argumentasi sebagian kalangan yang berpendapat bahwa tindak pidana makar mengandung perbuatan yang hakekatnya adalah tindak pidana percobaan. Sebab penting bagi Mahkamah menegaskan bahwa yang membedakan secara esensial sebenarnya hanyalah ancaman pidananya adalah telah sejalan dan saling melengkapi dan kedua argumentasi tersebut justru menjadi jawaban yang komprehensif bahwa tindak pidana makar adalah sebuah tindak pidana yang perlu ekstra kewaspadaan bagi pemerintah karena sangat berkaitan dengan kelangsungan kehidupan kenegaraan yang tujuan fundamentalnya adalah melindungi segenap rakyat. Oleh karena itu tindakan yang dilakukan oleh penegak hukum selama ini telah didasarkan pada sebuah norma yang sudah cukup jelas. Adapun adanya tindakan penegak hukum yang melakukan penangkapan atau tindakan hukum lainnya sebagaimana yang didalilkan Pemohon, dimana pelaku masih dalam tahap perbuatan yang baru terbatas pada konsep, gagasan, dan pikiran, apabila hal yang disampaikan Pemohon tersebut benar adalah persoalan implementasi norma yang disebabkan karena tidak adanya persepsi yang sama antar penegak hukum tentang pengidentifikasian batas-batas yang jelas tentang tindak pidana makar

baik yang secara ketat menerapkan Pasal 87 KUHP maupun yang memaknai dengan mengaitkan tindak pidana percobaan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 53 KUHP.

**[3.13.9]** Bahwa setelah Mahkamah memberikan deskripsi sebagaimana pada uraian tersebut di atas dan setelah pula membaca dengan cermat seluruh permohonan Pemohon, ternyata tidak ditemukan konsep rumusan yang ditawarkan Pemohon untuk mengubah konstruksi pasal-pasal yang dinyatakan inkonstitusional oleh Pemohon agar kemudian dapat menciptakan kepastian hukum sebagaimana yang diinginkan Pemohon, kecuali semata-mata memohon untuk memaknai kata "*maka*" sebagai "*serangan*" dalam Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b, dan Pasal 140 KUHP. Argumentasi Pemohon bahwa dengan memaknai kata "*maka*" dalam pasal-pasal KUHP tersebut sebagai "*serangan*" tanpa disertai formulasi yang jelas tentang unsur-unsur tindak pidana dimaksud akan memberi kepastian hukum, sulit diterima. Sebab apabila kata "*maka*" begitu saja dimaknai sebagai "*serangan*" tanpa dikaitkan dengan rumusan norma lain yang ada pada pasal-pasal yang diminta pengujian oleh Pemohon, terutama Pasal 87 KUHP, hal itu justru akan menimbulkan ketidakpastian hukum karena penegak hukum baru dapat melakukan tindakan hukum terhadap seseorang yang diduga melakukan tindak pidana makar apabila orang yang bersangkutan telah melakukan tindakan "*serangan*" dan telah nyata timbul korban. Misalnya dalam hal tindak pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 104 KUHP, dimana Presiden dan Wakil Presiden telah mati terbunuh dan bahkan pemerintahan telah lumpuh baru dapat dilakukan tindakan hukum terhadap pelaku. Hal inilah yang dikhawatirkan Mahkamah apabila rumusan "*serangan*" harus dimaknai telah ada perbuatan serangan yang nyata-nyata dilakukan/terjadi. Lain halnya dengan rumusan yang telah ada seperti pada tindak pidana makar seperti saat ini yang harus dikaitkan antara Pasal 87 ataupun dengan Pasal 53 KUHP.

**[3.13.10]** Bahwa berdasarkan uraian di atas, pengaturan pasal-pasal KUHP *a quo* yang dimohonkan pengujian oleh Pemohon telah sejalan dan tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*". Dalam perspektif Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 konteksnya adalah negara menegakkan supremasi hukum bagi

seluruh masyarakat tanpa terkecuali. Hukum memegang peranan penting dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Hukum berfungsi mengatur segala hal agar segala hal yang dilakukan dapat berjalan tertib, lancar, dan sesuai aturan. Bahwa atas tindak pidana makar yang normanya telah diatur bahwa tindak pidana menurut Mahkamah telah dapat dijera pidana sepanjang telah memenuhi kehendak Pasal 87 KUHP atau sebagian pendapat telah memenuhi percobaan makar sebagaimana yang dikehendaki Pasal 53 KUHP, hal itu harus dipahami bahwa regulasi tersebut demi melindungi kepentingan negara. Demikian juga dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa, "*setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi*" justru harus dipahami bahwa pengaturan pasal *a quo* juga demi memberikan perlindungan kepada diri pribadi, keluarga pada rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan atas perilaku tindak pidana makar.

Bertolak dari pertimbangan di atas, tidak terdapat koherensi yang dapat diterima oleh penalaran yang wajar untuk mendalilkan bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang mengatur tentang makar bertentangan dengan hak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang berada di bawah kekuasaan seseorang, serta hak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi, sebagaimana diatur dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945. Terlebih lagi telah terbukti bahwa norma pasal-pasal dalam KUHP yang mengatur tentang makar tersebut tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang dijadikan landasan oleh Pemohon untuk sekaligus mendalilkan norma pasal-pasal dalam KUHP yang mengatur tentang "*makar*" dimaksud bertentangan dengan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945. Namun demikian, Mahkamah perlu menegaskan bahwa penegak hukum harus berhati-hati dalam menerapkan pasal-pasal yang berkenaan dengan makar sehingga tidak menjadi alat untuk membungkam kebebasan menyampaikan pendapat dalam negara demokratis yang menjadi salah satu semangat UUD 1945.

[3.14] Menimbang bahwa berdasarkan seluruh pertimbangan tersebut di atas, menurut Mahkamah, permohonan Pemohon tidak beralasan menurut hukum.

#### 4. KONKLUSI

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan:

- [4.1] Mahkamah berwenang mengadili permohonan Pemohon;
- [4.2] Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan *a quo*;
- [4.3] Permohonan Pemohon tidak beralasan menurut hukum.

Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226), dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076);

#### 5. AMAR PUTUSAN

##### **Mengadili,**

Menolak Permohonan Pemohon untuk seluruhnya.

Demikian diputus dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi yaitu Arief Hidayat, selaku Ketua merangkap Anggota, Anwar Usman, Suhartoyo, Manahan MP Sitompul, Aswanto, Maria Farida Indrati, Wahiduddin Adams, I Dewa Gede Palguna, dan Saldi Isra, masing-masing sebagai Anggota, pada hari **Kamis**, tanggal **dua puluh lima**, bulan **Januari**, tahun **dua ribu delapan belas**, yang diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari **Rabu**, tanggal **tiga puluh satu**, bulan **Januari** tahun **dua ribu delapan belas**, selesai diucapkan **pukul 14.35 WIB**, oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Arief Hidayat, selaku Ketua merangkap Anggota, Anwar Usman, Suhartoyo, Manahan MP Sitompul, Aswanto, Maria Farida Indrati, Wahiduddin Adams, I Dewa Gede Palguna, dan Saldi Isra, masing-masing sebagai

Anggota, dengan didampingi oleh Achmad Edi Subiyanto sebagai Panitera Pengganti, dihadiri oleh Pemohon/kuasanya, Presiden atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili.

**KETUA,**

ttd.

**Arief Hidayat**

**ANGGOTA-ANGGOTA,**

ttd.

ttd.

**Anwar Usman**

**Suhartoyo**

ttd.

ttd.

**Manahan MP Sitompul**

**Aswanto**

ttd.

ttd.

**Maria Farida Indrati**

**Wahiduddin Adams**

ttd.

ttd.

**I Dewa Gede Palguna**

**Saldi Isra**

**PANITERA PENGGANTI,**

ttd.

**Achmad Edi Subiyanto**