



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 78/PUU-XXI/2023**

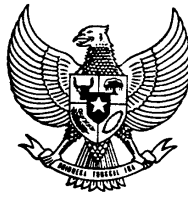
PERIHAL

**PENGUJIAN MATERIIL UNDANG-UNDANG NOMOR 1
TAHUN 1946 TENTANG PERATURAN HUKUM PIDANA
JUNCTO UNDANG-UNDANG NOMOR 4 TAHUN 1976
TENTANG PERUBAHAN DAN PENAMBAHAN BEBERAPA
PASAL DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM
PIDANA BERTALIAN DENGAN PERLUASAN
BERLAKUNYA KETENTUAN PERUNDANG-UNDANGAN
PIDANA, KEJAHATAN PENERBANGAN, DAN KEJAHATAN
TERHADAP SARANA/PRASARANA PENERBANGAN
JUNCTO UNDANG-UNDANG NOMOR 27 TAHUN 1999
TENTANG PERUBAHAN KITAB-KITAB UNDANG-UNDANG
HUKUM PIDANA YANG BERKAITAN DENGAN
KEJAHATAN TERHADAP KEAMANAN NEGARA; KITAB
UNDANG-UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA; DAN
UNDANG-UNDANG NOMOR 19 TAHUN 2016 TENTANG
PERUBAHAN ATAS UNDANG-UNDANG NOMOR 11 TAHUN
2008 TENTANG INFORMASI DAN TRANSAKSI
ELEKTRONIK TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR
NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945**

ACARA

**MENDENGARKAN KETERANGAN AHLI PEMOHON
(X)**

**J A K A R T A
RABU, 31 JANUARI 2024**



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 78/PUU-XXI/2023**

PERIHAL

Pengujian Materiil Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana juncto Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1976 tentang Perubahan dan Penambahan beberapa Pasal dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana bertalian dengan Perluasan Berlakunya Ketentuan Perundang-Undangan Pidana, Kejahatan Penerbangan, dan Kejahatan terhadap Sarana/Prasarana Penerbangan juncto Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1999 tentang Perubahan Kitab-Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang Berkaitan dengan Kejahatan terhadap Keamanan Negara; Kitab Undang-Undang-Hukum Pidana; dan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

PEMOHON

1. Haris Azhar
2. Fatiah Maulidiyanti
3. Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI), dalam hal ini diwakili oleh Muhamad Isnur selaku Ketua Umum dan Zainal Arifin selaku Ketua Bidang Advokasi dan Jaringan
4. Aliansi Jurnalis Indonesia (AJI), dalam hal ini diwakili oleh Sasmito selaku Ketua Umum dan Ika Ningtyas Unggraini selaku Sekretaris Jenderal

ACARA

Mendengarkan Keterangan Ahli Pemohon (X)

**Rabu, 31 Januari 2024, Pukul 08.35 – 10.12 WIB
Ruang Sidang Gedung Mahkamah Konstitusi RI,
Jln. Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat**

SUSUNAN PERSIDANGAN

- | | |
|---------------------------|-----------|
| 1) Suhartoyo | (Ketua) |
| 2) Saldi Isra | (Anggota) |
| 3) Arief Hidayat | (Anggota) |
| 4) Enny Nurbaningsih | (Anggota) |
| 5) Daniel Yusmic P. Foekh | (Anggota) |
| 6) M. Guntur Hamzah | (Anggota) |
| 7) Ridwan Mansyur | (Anggota) |
| 8) Arsul Sani | (Anggota) |

Saiful Anwar**Panitera Pengganti**

Pihak yang Hadir:

A. Kuasa Hukum Pemohon:

1. Mohammad Fandi
2. Nafirdo Ricky Qurniawan
3. Delpedro Marhaen
4. Sri Afianis
5. Hasta (Staf)

B. Ahli dari Pemohon:

1. Eko Riyadi
2. Yance Arizona

C. Pemerintah:

- | | |
|-----------------------|---------------|
| 1. Surdiyanto | (Kemenkumham) |
| 2. Fauzi Ibrahim Reza | (Kemenkumham) |
| 3. Kartika Saraswati | (Kominfo) |
| 4. M. Faqih | (Kominfo) |
| 5. Josua Sitompul | (Kominfo) |
| 6. Basri | (Kejaksaan) |

*Tanda baca dalam risalah:

[sic!]: tanda yang digunakan apabila penggunaan kata dalam kalimat yang digunakan oleh pembicara diragukan kebenarannya antara ucapan dengan naskah/teks aslinya.

... : tanda elipsis dipakai dalam kalimat yang terputus-putus, berulang-ulang, atau kalimat yang tidak koheren (pembicara melanjutkan pembicaraan dengan membuat kalimat baru tanpa menyelesaikan kalimat yang lama).

(...): tanda yang digunakan pada kalimat yang belum diselesaikan oleh pembicara dalam sidang, namun disela oleh pembicara yang lain.

SIDANG DIBUKA PUKUL 08.35 WIB**1. KETUA: SUHARTOYO [00:00]**

Persidangan Perkara Nomor 78/PUU-XXI/2023 dibuka dan Persidangan dinyatakan terbuka untuk umum.

KETUK PALU 3X

Selamat pagi, assalamualaikum wr. wb. Salam sejahtera untuk kita sekalian. Diperkenalkan yang hadir untuk Pemohon.

2. KUASA HUKUM PEMOHON: MOHAMMAD FANDI [00:27]

Baik, terima kasih, Yang Mulia Majelis Hakim. Perkenalkan, nama saya Mohammad Fandi, selaku Kuasa Hukum. Di sebelah yang paling kanan ada Delpedro Marhaen. Di sebelah saya ada Nafirdo Ricky, dan di sebelah kiri saya ada Sri Afianis, dan di belakang ada staf namanya Hasta. Terima kasih.

3. KETUA: SUHARTOYO [00:43]

Baik, dari Pemerintah (Presiden).

4. PEMERINTAH: SURDIYANTO [00:47]

Ya, terima kasih, Yang Mulia. Bismillahirrahmaanirrahiim, assalamualaikum wr. wb. Kami dari Kuasa Presiden, saya sendiri Pak Surdiyanto. Kemudian, sebelah saya dari Kominfo, yaitu Mbak Karta[sic!] Saraswati, ya. Kemudian dari Kejaksaan juga ada Pak Basri, Pak.

5. KETUA: SUHARTOYO [01:09]

Baik.

6. PEMERINTAH: SURDIYANTO [01:10]

Terima kasih.

7. KETUA: SUHARTOYO [01:11]

Pak Surdiyanto. Agenda dari Sidang pagi hari ini untuk mendengar Keterangan Ahli dari Pemohon. Satu, Dr. Eko Riyadi, S.H., M.H., kemudian dua, Dr. Yance Arizona, S.H., M.H. Silakan, Bapak-Bapak,

maju untuk mengucapkan sumpah dulu! Dimohon berkenan Yang Mulia Bapak Ridwan Mansyur untuk memandu.

8. HAKIM ANGGOTA: RIDWAN MANSYUR [01:45]

Baik, Yang Mulia Ketua, terima kasih.

Bapak Dr. Eko Riyadi, S.H., M.H., Bapak Dr. Yance Arizona, S.H., M.H., ikuti lafal sumpah janji Ahli ... kami ulangi, lafal sumpah Ahli yang akan saya tuntunkan menurut agama Islam.

"Bismillahirrahmaanirrahiim. Demi Allah, saya bersumpah sebagai Ahli akan memberikan Keterangan yang sebenarnya sesuai dengan keahlian saya."

9. SELURUH AHLI DARI PEMOHON: [02:12]

"Bismillahirrahmaanirrahiim. Demi Allah, saya bersumpah sebagai Ahli akan memberikan Keterangan yang sebenarnya sesuai dengan keahlian saya."

10. HAKIM ANGGOTA: RIDWAN MANSYUR [02:30]

Terima kasih, Yang Mulia Ketua.

11. KETUA: SUHARTOYO [02:33]

Silakan kembali ke tempat dulu! Yang akan didengar yang siapa dulu ini, Kuasa Hukum?

12. KUASA HUKUM PEMOHON: MOHAMMAD FANDI [02:42]

Pertama-tama ada Ahli Eko Riyadi, kemudian Pak Yance.

13. KETUA: SUHARTOYO [02:45]

Pak Eko dulu, ya.

14. KUASA HUKUM PEMOHON: MOHAMMAD FANDI [02:47]

Ya, betul.

15. KETUA: SUHARTOYO [02:48]

Silakan, Pak Eko! Di podium kalau ada Keterangannya, bisa. Waktunya kurang-lebih 10 menit.

16. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [03:08]

Baik, Yang Mulia. Sebelum dimulai izinkan saya klarifikasi, saya belum doktor, sedang menempuh S3. Terima kasih, Yang Mulia.

Assalamualaikum wr. wb. Yang Mulia Hakim Konstitusi yang saya hormati, izinkan saya menyampaikan pandangan terkait perkara yang sedang disidangkan pada hari ini. Kontribusi yang ingin saya haturkan pada Persidangan ini adalah kerangka teoritik terkait dengan pembatasan hak asasi manusia. Ada dua hal yang akan saya coba jawab.

Yang pertama adalah mengapa Hakim Mahkamah harus mempertimbangkan hak asasi manusia? Hukum hak asasi manusia berkembang dalam situasi saling pengaruh antara hukum nasional dan hukum internasional. Memang sebelum hukum ... sebelum tahun 1948, hak asasi manusia banyak berkembang dalam praktik hukum nasional di banyak negara. Namun setelahnya, hukum internasional memberikan tempat yang cukup besar bagi berkembangnya instrumen hak asasi manusia yang lebih mengikat.

Pertanyaannya adalah bagaimana kerangka teoritik penerapannya di level domestik? Hal ini terkait dengan tanggung jawab kepatuhan atau responsibility of compliance. Otoritas domestik memiliki tanggung jawab kepatuhan dalam pelaksanaan standar hak asasi manusia sebagaimana diatur di dalam traktat internasional. Tanggung jawab ini menjadi kewajiban aktor domestik, yaitu pemerintah, anggota parlemen, dan kekuasaan kehakiman. Kepatuhan dapat membantu lembaga peradilan untuk mendorong perubahan kebijakan eksekutif dalam melindungi hak-hak yang fundamental. Doktrin ini juga terkait dengan doktrin iktikad baik. Walaupun tafsir dan kesimpulan yang dibuat oleh lembaga perjanjian atau treaty bodies tidak mengikat secara formal, namun negara pihak pada perjanjian internasional memiliki kewajiban untuk menunjukkan iktikad baik terhadap keluaran lembaga tersebut. Iktikad baik dimaknai sebagai praduga kebenaran atas temuan lembaga perjanjian dan mengharuskan negara pihak, termasuk lembaga peradilan nasional untuk menyajikan alasan yang baik jika ada pendapat yang bertentangan.

Lembaga peradilan seharusnya mengacu pada hukum HAM internasional yang ditafsirkan dalam ketentuan hukum nasional. Hal ini perlu dilakukan untuk memastikan konsistensi penafsiran hukum nasional dengan kewajiban hukum internasional. Di level domestik Indonesia, sesungguhnya, hukum hak asasi manusia telah memiliki landasan hukum yang kokoh. Namun demikian, implementasinya seringkali masih diselimuti debat soal model pemberlakuan hukum antara monisme dan dualisme. Simon Butt menggunakan istilah 'diselimuti ketidakpastian' untuk menggambarkan situasi, dimana secara formal seringkali Indonesia terlihat monish karena beberapa traktat secara otomatis diterapkan dan sering digunakan, khususnya dalam interpretasi

pada kasus-kasus konstitusional di Mahkamah Konstitusi. Namun, Mahkamah Agung terlihat cenderung dualis karena menggunakan hukum internasional hanya untuk mengisi kekosongan hukum dan bukan untuk menguji hukum nasional. Ketidakpastian ini sebenarnya memiliki dua implikasi yang agak serius. Yang pertama adalah dari sisi hukum internasional, Indonesia berpotensi akan menghadapi kritisisme yang sangat kuat saat mengikuti forum internasional, misalnya melalui mekanisme yang ada di Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Yang kedua, ketidakjelasan ini berpotensi melanggar hak yang diperintahkan oleh traktat internasional untuk dipenuhi. Indonesia bisa berdalih belum memiliki peraturan domestik sebagai alasan atas pelanggaran HAM. Pertanyaan pentingnya adalah apakah hak asasi manusia hanya dapat diinterpretasikan dari perspektif domestik Indonesia atau dimungkinkan untuk meminjam perspektif internasional? Saya berargumentasi bahwa hak asasi manusia yang diakui di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara historis dan substantif sangat dipengaruhi oleh hukum internasional hak asasi manusia. Mahkamah seyogianya menggunakan hukum internasional hak asasi manusia adalah menafsirkan HAM, khususnya terkait Klausul Pembatasan. Hubungan antara tafsir konstitusional dengan hukum internasional akhir-akhir ini mempengaruhi praktik penanganan perkara konstitusional di banyak negara. Relasi yang interseksional ini disebut oleh Vicki Jackson misalnya sebagai *set of overlapping or shared value*. Jackson mengatakan bahwa hukum internasional dan hukum konstitusi itu saling tergantung. Yang itu terjadi karena tiga hal. Yang pertama adalah desain konstitusi modern yang sesuai dengan hukum internasional merupakan perundangan kontemplatif penyesuaian unsur-unsur utama dalam konstitusi. Yang kedua, penyusunan konstitusi sangat dipengaruhi oleh pertimbangan hukum asing dan hukum internasional sebagai bagian dari kesadaran akan evolusi sumber hukum yang muncul dalam konstitusi baru. Yang ketiga, saling pengaruh antar konsep dasar dalam konstitusi dapat terjadi dan hukum internasional bisa terjadi.

Selain hukum nasional dipengaruhi oleh hukum internasional, hukum internasional juga dapat dipengaruhi oleh interpretasi praktik-praktik negara misalnya melalui putusan peradilan mereka. Pada konteks inilah konstitusi sebuah negara bisa disebut sebagai institusi penyambung atau mediating institution antara komunitas global dengan komunitas nasional.

Terkait peran mediatif ini, ada satu teori yang ditawarkan oleh David S. Law yaitu *generic constitutional theory*. Yang didasarkan pada fakta bahwa pasca-Perang Dunia II, hak-hak generik yang diatur di dalam hukum hak asasi internasional telah diadopsi dalam sebagian besar negara-negara di dunia. Hal ini juga didasarkan pada bukti empirik bahwa hak asasi manusia telah menjadi praktik berbagi

konstitusionalisme global dan adopsi hak-hak generik terus meningkat dari tahun ke tahun.

Pertanyaan kedua yang hendak saya jawab adalah bagaimana membangun argumentasi pembatasan hak asasi manusia yang absah? Di bidang hukum hak asasi manusia, perkara yang hari ini sedang disidangkan adalah terkait dengan penerapan doktrin pembatasan terhadap hak-hak individu yang pengujiannya memerlukan dua langkah. Yang pertama, pengadilan dalam hal ini Mahkamah harus menentukan apakah ada hak-hak individu yang dibatasi. Dan kedua, apakah pembatasan tersebut dapat dibenarkan atau justified. Inti pengujian keabsahan ini terletak pada tes proporsionalitas yang harus menjawab empat pertanyaan. Yang pertama adalah apakah pembatasan itu dilakukan dalam rangka tujuan yang sah? Apakah pembatasan itu terhubung secara rasional dengan tujuan? Dan yang ketiga, apakah tindakan itu adalah tindakan yang paling tidak membatasi dibanding semua cara lain yang sama efektifnya? Dan yang keempat, tindakan tersebut bukan tindakan yang tidak proporsional.

Untuk menguji proporsionalitas tersebut, ada satu teori lain yang bisa dipakai adalah teori keseimbangan yang salah satunya adalah menggunakan model analisis untung rugi. Pengadilan harus menyeimbangkan antara keuntungan bagi kepentingan umum dan kerugian hak-hak individu yang dibatasi. Prinsip keseimbangan juga akan digunakan saat hak-hak tertentu atau klausul tertentu dalam konstitusi dilanggar atau dibebani. Operasionalisasinya adalah bagaimana membandingkan antara pelanggaran terhadap hak atau pembatasan terhadap hak dan seberapa besar kepentingan pemerintah. Salah satu instrumen untuk menguji hak dan kepentingan tersebut adalah dengan menggunakan data empirik yang mampu menjelaskan reliabilitas empirik dari kerugian yang telah terjadi. Dalam konteks reliabilitas data empirik ini, maka data-data tentang penggunaan dan/atau penyalahgunaan penggunaan Pasal 310 ayat (1) KUHP, Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang ITE, Pasal 45 ayat (3) Undang-Undang ITE harus menjadi bagian dari data yang harus diperiksa di pengadilan.

Terakhir, berangkat dari hal tersebut, saya berargumentasi bahwa Mahkamah Konstitusi tidak hanya mengadili norma, tetapi juga menguji perkara riil atau data-data empirik dalam kaitannya dengan norma tertentu, khususnya untuk memastikan bahwa tidak ada kerugian yang diderita secara berlebihan oleh orang-orang atau warga negara yang dibatasi haknya.

Terima kasih, Yang Mulia. Assalamualaikum wr. wb.

17. KETUA: SUHARTOYO [13:18]

Walaikumsalam wr. wb. Silakan, Pak Yance.

18. AHLI DARI PEMOHON: YANCE ARIZONA [13:35]

Bismillahirrahmanirrahiim. Assalamualaikum wr. wb. Majelis Hakim Konstitusi yang saya hormati, Para Pemohon dan Kuasanya, serta Presiden dan Kuasanya, izinkan saya menyampaikan keterangan ahli berkaitan dengan klausul pembatasan (limitation clauses) dari ... dengan menggunakan berbagai studi perbandingan konstitusi. Saya hendak memulai keterangan ini dengan mengutip satu anekdot yang disampaikan oleh Zachary Elkins, Tom Ginsburg, dan James Melton dalam buku 'Constitution in Authoritarian Regimes.' Disampaikan begini, "What is the difference when an old joke in the Soviet Union between the Soviet Union and the U.S. constitution? The Soviet constitution guarantees freedom of speech, the U.S. constitution guarantees freedom after speech." Saya hendak mengadaptasi anekdot tersebut untuk memberikan perbandingan antara negara demokratis dan otoriter di dalam ilustrasi berikut.

Apa yang membedakan antara kebebasan berpendapat di negara demokratis dan negara otoriter? Pada negara demokratis, kebebasan berpendapat itu dijamin setiap saat. Sedangkan pada negara otoriter, kebebasan untuk berpendapat juga dijamin, tetapi yang tidak dijamin adalah kebebasan orang setelah berpendapat. Dalam beberapa dekade terakhir, pembatasan terhadap kebebasan berpendapat telah menjadi salah satu strategi utama yang digunakan oleh negara dan pemimpin dengan watak otoritarian untuk melakukan represi terhadap kritik yang diajukan kepada pemerintah. Sebagaimana diungkap secara detail di dalam buku Steven Levitsky dan Daniel Ziblatt tentang 'How Democracies Die' tahun 2018, dan juga dalam studi perbandingan konstitusi yang dilakukan oleh Aziz Z. Huq dan juga Tom Ginsburg tahun 2023 dalam artikel yang berjudul 'Comparative Constitutional of Democratic Backsliding Report on the State of the Field'.

Pada banyak negara, termasuk Indonesia, persekusi dan pembungkaman terhadap kritik yang diajukan oleh masyarakat telah menurunkan kualitas demokrasi di Indonesia. Salah satunya ditunjukkan dengan berbagai indeks tentang demokrasi yang dikeluarkan oleh berbagai lembaga internasional. Padahal, Undang-Undang Dasar 1945 sebagai konstitusi Indonesia merupakan konstitusi yang banyak mengakomodasi ketentuan-ketentuan mengenai hak asasi manusia. Penelitian dari David S. Law dan juga Mila Versteeg menunjukkan bahwa sudah menjadi satu tren global konstitusi-konstitusi di setiap negara mengakomodasi hak asasi manusia, termasuk hak kebebasan berpendapat dalam ... diungkapnya dalam artikel yang berjudul The Evolution of an Ideology of Global Constitutionalism. Di dalam keterangan saya juga menampilkan empat grafik yang disampaikan oleh David Law dan Versteeg yang menunjukkan bahwa secara global, konstitusi di semua negara sudah hampir seperti seragam karena

semuanya mengatur tentang kebebasan untuk berpendapat dan juga berbagai norma HAM lainnya. Bahkan negara seperti Eritrea dan juga Korea Utara yang represif juga di dalam konstitusinya mengatur tentang kebebasan berpendapat. Salah satu persoalan yang membedakannya memang terletak di dalam praktik. Namun, hal lain yang juga mesti dicermati adalah bagaimana hak-hak tersebut telah diatur dan dibatasi dengan baik, sehingga tidak menimbulkan pelanggaran hak yang eksekutif.

Konstitusi di berbagai negara telah mengatur berbagai klausul pembatasan atau limitation clauses. Ada tiga pendekatan utama yang digunakan menurut studi yang dilakukan oleh Dawood Ahmed dan Elliot Bulmer tahun 2017 yang berjudul Limitation Clauses. Tiga pendekatan itu pertama adalah pendekatan tanpa menggunakan norma pembatasan di dalam konstitusi, seperti yang diterapkan di Amerika terkait dengan amendemen pertama tentang kebebasan pers dan kebebasan berpendapat. Tidak ada pembatasan di dalam konstitusi Amerika, tetapi pembatasan itu diberikan kepada pengadilan ketika mengadili kasus konkret. Hal itu cukup rasional di tengah situasi peradilan yang mapan dan independen. Pola kedua adalah pembatasan yang bersifat umum seperti yang digunakan di konstitusi Maladewa bahwa hak asasi manusia diakui sepanjang tidak bertentangan dengan norma-norma ajaran Islam secara umum. Cara yang ketiga adalah pembatasan yang bersifat khusus, seperti yang diterapkan di dalam konstitusi India. Di dalam konstitusi India setiap hak-hak tertentu yang diakui diikuti dengan pembatasan-pembatasan spesifik bagaimana hak-hak tersebut harus dibatasi.

Di Indonesia, pembatasan dilakukan di dalam Pasal 28J ayat (2) adalah pembatasan yang bersifat umum yang berlaku untuk banyak ketentuan hak asasi manusia yang dijamin di dalam Undang-Undang Dasar 1945. Tanpa pengaturan yang lebih konkret, klausul pembatasan bisa ditafsirkan secara eksekutif yang pada gilirannya justru akan mematikan hak asasi manusia. Studi yang dilakukan oleh India membantu untuk merumuskan klausul pembatasan atau limitation clauses yang tetap mengutamakan perlindungan hak asasi manusia. Pembatasan tersebut harus memperhitungkan tujuan dan landasan pembatasannya. Studi perbandingan konstitusi menunjukkan bahwa tujuan yang legitimate untuk membatasi hak asasi manusia tertentu adalah untuk melindungi hak orang lain, kesehatan masyarakat, keamanan nasional, moral publik dan mempromosikan keadilan. Sementara itu, dari sisi landasannya antara lain dasar pembatasan yang sah, cakupan pembatasan yang proporsional, tidak menghapus inti dari kebebasan pendapat, dan pemeriksaan prosedur khusus untuk pembentukan peraturan, serta adanya klausul batas waktu tertentu atau sunset clauses.

Dalam konteks Indonesia, perumusan Pasal 28J ayat (2) yang menjadi klausul pembatasan tidak begitu banyak diperdebatkan di dalam

proses amendemen Undang-Undang Dasar 1945, kecuali terkait dengan pemasukan nilai-nilai agama sebagai salah satu prinsip pembatasan. Para penyusun konstitusi pun memahami bahwa prinsip-prinsip yang dijadikan sebagai tolak ukur pembatasannya tersebut bersifat umum dan dapat menimbulkan berbagai penafsiran di dalam pelaksanaannya.

Oleh karena itu, diperlukan satu penjelasan konstitusional yang mengenai tolak ukur dan prinsip-prinsip pembatasan HAM sebagaimana dimaksud di dalam Pasal 28J ayat (2). Lebih lanjut, ketentuan suatu undang-undang sebagaimana dimohonkan oleh Pemohon dapat dievaluasi dengan menggunakan tolak ukur yang lebih detail untuk menjelaskan Pasal 28J ayat (2) di Undang-Undang Dasar. Tanpa pembatasan yang demikian, maka pelanggaran terhadap hak asasi manusia yang telah dijamin oleh konstitusi rawan terjadi, termasuk dengan rumusan ketentuan yang dimohonkan oleh Pemohon.

Lalu, bagaimana ketika kita kaitkan dengan klausul pembatasan di dalam hukum tata negara Indonesia? Seperti tadi disampaikan bahwa tidak dapat dipungkiri bahwa ketentuan norma KUHP dan juga Undang-Undang ITE yang dimohonkan oleh Pemohon memiliki ketegangan dengan norma perlindungan hak asasi manusia satu sama lain. Seringkali, Mahkamah Konstitusi ataupun pemerintah meninjau pertentangan norma hak asasi manusia di dalam Undang-Undang Dasar dengan menggunakan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 sebagai tolak ukur.

Pasal 28J 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 kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis."

Permasalahannya adalah prinsip-prinsip pembatasan di dalam Pasal 28J ayat (2) tersebut tidak pernah mendapatkan penjelasan yang spesifik. Bila diuraikan satu per satu, terdapat lima prinsip menjadi tolak ukur dalam pembatasan Pasal 28J. Pertama adalah menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak kebebasan orang lain. Kedua, pertimbangan moral. Ketiga, nilai-nilai agama. Keempat, keamanan. Dan kelima, ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis. Dengan demikian, dibutuhkan suatu penjelasan yang lebih spesifik untuk menilai bagaimana pembatasan suatu hak telah sesuai dengan lima prinsip atau tolak ukur tersebut.

Namun, bila pokok permohonan ini hendak dinilai sekaligus dengan mempertimbangkan tujuan dan dasar pembatasan hak klausul pembatasan, maka beberapa hal mungkin perlu dikemukakan. Pertama, bisa ketentuan yang dimohonkan oleh Pemohon bisa saja bertentangan dengan prinsip menjamin pengakuan serta penghormatan atas

kebebasan orang lain apabila ketentuan tersebut tidak saja melindungi kebebasan orang lain sebagai rights-bearing subject, tetapi juga substansinya serta penerapannya selama ini yang juga digunakan untuk membentengi pejabat, jabatan, dan lembaga pemerintah.

Hal ini mengingatkan situasi bahwa yang memiliki kehormatan dan berhak terhadap perlindungan adalah warga negara. Selain itu, penggunaan yang terlalu luas bisa atau bahkan telah menjadikan ketentuan tersebut sebagai suatu sarana untuk membungkam kritik terhadap kebijakan pemerintah yang telah dijamin di dalam konstitusi.

Kedua. Ketentuan yang dimohon harus ditinjau dari efeknya terhadap aspek moral, seringkali moral dikaitkan dengan etika dan sopan-santun. Meskipun demikian, perlu merumuskan agar penilaian terhadap pertimbangan moral tersebut tidak dilakukan secara semena-mena karena tidak jelasnya aktor yang dapat menentukan kebenaran moral di dalam masyarakat. Selain itu, yang perlu ditelisik adalah niat jahat dari penyampaian informasi dan pendapat yang dilakukan oleh seseorang, bukan berfokus pada kesalahan informasinya. Di dalam dunia akademik, kesalahan informasi dan analisis merupakan sesuatu yang lumrah dan bukan hal yang melanggar moral etik akademik. Ia bisa menjadi suatu pelanggaran bila informasi yang diberikan tersebut adalah informasi yang bohong atau manipulatif. Sehingga apabila ada kekeliruan dalam publikasi hasil penelitian, maka tidak dapat dinilai sebagai pelanggaran moral atau etika akademik. Melainkan menunjukkan perlu dilakukan koreksi untuk menggapai kebenaran yang paling sah.

Ketiga. Nilai-nilai agama juga merupakan suatu prinsip yang lentur dan jamak karena sangat bergantung dari agama-agama yang berbeda, serta aliran-aliran yang terdapat di dalam setiap agama. Bila tidak dirumuskan dengan hati-hati, maka nilai-nilai agama bisa menghadirkan tirani mayoritas dan menguntungkan kelompok agama tertentu, dibandingkan dengan kelompok yang lain.

Keempat. Prinsip keamanan dikaitkan dengan keadaan bebas dari gangguan fisik dan psikis. Beberapa negara mengaitkan rumusan keamanan dengan keamanan negara, artinya pembatasan terhadap kebebasan berbicara berpendapat dapat dilakukan bila dapat menimbulkan gangguan terhadap keamanan negara secara keseluruhan. Namun, bila batasan seperti ini ... namun, batasan seperti ini sering ditafsirkan secara luas oleh penguasa yang menganggap kritik yang disampaikan kepada mereka sebagai suatu keresahan dan gangguan terhadap keamanan.

Kelima. Ketertiban umum suatu masyarakat yang demokratis. Hal ini dapat dijamin dengan merumuskan tindak pidana sebagai delik materiil daripada delik formil, sehingga ada tolok ukur dari akibat yang nyata dan hubungan kausal antara perbuatan dengan akibat yang terjadi. Beberapa rumusan ketentuan yang dimohonkan oleh Pemohon menyebutkan kata *keonaran* sebagai akibat, namun rumusan ini terlalu

sumir. KUHP baru Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023, telah merumuskan sebagai ... merumuskannya sebagai kerusuhan yang didefinisikan bahwa kerusuhan adalah suatu kondisi yang menimbulkan kekerasan terhadap orang lain ... orang atau barang yang dilakukan oleh sekelompok orang paling sedikit 3 (tiga) orang.

Perumusan yang lebih konkret terhadap prinsip atau norma pembatasan di dalam Pasal 28J ayat (2) sangat diperlukan untuk menjamin perlindungan dan pemenuhan hak warga negara. Tanpa tolok ukur yang jelas, ketentuan pembatasan bisa menyebabkan terjadinya pelanggaran hak yang eksekutif dan bisa menjadikan norma-norma hak asasi manusia lainnya yang telah dijamin di dalam konstitusi menjadi norma yang mati. Bila hal tersebut terjadi, maka konstitusi kita telah bisa jadi berubah seperti sham constitutions, sebagaimana disampaikan oleh David Law dan juga Mila Versteeg yang menjadi etalase yang tidak bisa digunakan untuk melindungi hak-hak asasi manusia.

Demikian, keterangan Ahli yang hendak saya sampaikan. Mudah-mudahan bisa menjadi bahan pertimbangan bagi Majelis Hakim untuk memutus perkara ini dengan seadil-adilnya. Terima kasih. Assalamualaikum wr. wb.

19. KETUA: SUHARTOYO [27:54]

Walaikumsalam wr. wb.

Baik. Silakan, Kuasa Hukum Pemohon, kalau ada yang mau ditanyakan untuk kedua Ahlinya?

20. KUASA HUKUM PEMOHON: MOHAMMAD FANDI [28:06]

Baik. Terima kasih, Majelis. Sedikit saja untuk mendalami pertanyaan-pertanyaan kepada Ahli.

Yang pertama mungkin kepada Ahli Pak Eko Riyadi. Pertanyaannya adalah apakah instrumen HAM internasional saat ini masih memberikan ruang bagi peserta atau negara kovenan yang telah meratifikasi Kovenan Hak Sipil Politik untuk menerapkan instrumen pidana terhadap kebebasan berekspresi maupun terhadap suatu bentuk pemberitaan?

Kemudian, saya minta pendapat Ahli, apakah pasal, baik Pasal 14, Pasal 15, 310 ayat (1) KUHP, 273 ITE, menurut Ahli telah memberikan perlindungan terhadap kelompok-kelompok tertentu? Dalam hal ini, seperti pembela hak asasi manusia, pembela lingkungan, serta kelompok-kelompok rentan lain yang menurut hukum HAM internasional harus dilindungi.

Kemudian. Saya menggunakan ... dalam Permohonan kami, kami menggunakan pendekatan pembatasan untuk menilai suatu undang-undang proporsional atau tidak, yakni dengan menggunakan pendekatan

three phase test[sic!] sebagaimana telah diuraikan dalam apa ... Permohonan kami. Pertanyaannya adalah khusus Pasal 15 Undang-Undang 1 Tahun 1946 yang pada pokoknya menyatakan, "Barang siapa menyiarkan kabar tidak pasti atau berlebihan yang tidak lengkap, sedangkan ia mengerti setidak-tidak patut menduga bahwa kabar demikian dapat menerbitkan keonaran." Menurut pendapat Ahli, apakah rumusan pasal tersebut telah sesuai dengan prinsip kebutuhan dan proporsional? Kemudian ... cukup untuk Ahli Eko Riadi.

Kemudian selanjutnya ke Bapak Yance Arizona. Di dalam Pasal 28I, kita mengetahui ada beberapa hak yang tidak dapat dibatasi dalam kondisi apapun. Nah, pertanyaannya adalah apakah hak tersebut dalam kerangka konstitusi negara kita, tetap dapat dibatasi berdasarkan ketentuan Pasal 28J? Apakah melihat pandangan ... memandangi Pasal 28I juga harus melihat ketentuan Pasal 28J atau Pasal 28I memang tidak dapat dibatasi dalam kondisi apa pun? Pertanyaan selanjutnya adalah ketika suatu negara, dalam arti aparat penegak hukumnya belum ramah terhadap nilai hak asasi manusia, nilai-nilai demokrasi, apakah dapat diterapkan suatu ketentuan pembatasan yang bersifat eksekutif? Pertanyaan saya ini berangkat dari data dari SAFEnet tahun 2020 yang menyatakan bahwa pejabat publik adalah pelapor tertinggi yang menggunakan pasal Undang-Undang ITE.

Kemudian, saya ingin bertanya ke pendapat Ahli. Apa makna sebagai partisipasi dalam Pasal 28C? Apakah dapat Pasal 28C dimaknai sebagai bentuk atau dapat kita sebagai warga maknai sebagai salah satunya adalah kritik terhadap penyelenggaraan negara?

Mungkin itu dari saya, Majelis. Terima kasih.

21. KETUA: SUHARTOYO [31:57]

Dari Pemerintah atau Presiden?

22. PEMERINTAH: SURDIYANTO [31:59]

Ya. Terima kasih, Yang Mulia, atas kesempatannya. Sebelum pertanyaan saya sampaikan ke Ahli, Yang Mulia, kami dari Kuasa Presiden ingin menyampaikan bahwa Undang-Undang ITE yang sekarang diuji itu terkait Pasal 27 dan Pasal 45 ayat (3), itu sudah diubah.

23. KETUA: SUHARTOYO [32:23]

Ya, nanti disampaikan di Kesimpulan.

24. PEMERINTAH: SURDIYANTO [32:27]

Enggak, artinya apakah ini masih relevan di (...)

25. KETUA: SUHARTOYO [32:30]

Ya, nanti Hakim yang menilai. Kan Bapak sekarang ada pertanyaan, tidak?

26. PEMERINTAH: SURDIYANTO [32:35]

Oke, terima kasih, Yang Mulia.

Kemudian, terhadap Ahli, ya, mungkin untuk Pak Ahli Edi ... Eko Edi[sic!], ya. Yang tadi menyampaikan beberapa pandangan, ya, terkait dengan pembatasan hak asasi manusia. Yang ingin saya tanyakan yang pertama adalah bisa enggak, Ahli memberikan penjelasan perbedaan antara hak asasi manusia dengan hak konstitusi? Karena ini hampir mirip, ya. Jadi, di mana batasan-batasan antara hak konstitusional dengan hak asasi manusia? Sehingga nanti bisa kita lihat di mana yang sebagai landasan, sebagai dasar untuk mengukur atas pelanggaran hak itu.

Kemudian yang kedua, tadi juga Ahli menyampaikan masalah terkait dengan hukum internasional. Kalau tidak salah tadi bahwa kita juga harus mengikuti hukum internasional untuk menentukan konstitusi. Nah, bagaimana caranya ketika kita ingin me-adopt hukum internasional, kemudian kita akan masukkan dalam konstitusi? Caranya seperti apa, gitu? Karena kalau selama ini kita belum pernah memiliki cara untuk me-adopt hukum internasional sebagai norma konstitusi. Kalau sebagai norma undang-undang itu sudah sering. Biasanya kita caranya dengan meratifikasi. Nah, kalau dengan konstitusi bagaimana caranya?

Kemudian yang ketiga, ya. Ini terkait dengan masalah pembatasan hak asasi, ya, terutama terkait dengan pidana. Bisa enggak, Ahli memberikan pandangan, ya, bagaimana cara merumus suatu ketentuan pidana yang tidak melanggar konstitusi? Karena pada prinsipnya ketentuan pidana itu jelas membatasi, jelas mengurangi hak, atau bahkan bisa menghilangkan hak seseorang. Sedangkan undang-undang tidak boleh melanggar konstitusi. Apakah Ahli bisa memberikan pandangan bagaimana cara merumus untuk suatu ketentuan pidana yang tidak melanggar konstitusi? Itu pertanyaan untuk Pak Eko Edi[sic!], ya.

Kemudian untuk Pak (...)

27. KETUA: SUHARTOYO [35:12]

Pak Yance.

28. PEMERINTAH: SURDIYANTO [35:14]

Yance. Ya, itu saya ingin memberikan pertanyaan terkait dengan Pasal 24J. Pasal 24J jelas-jelas membatasi sebuah pembatasan hak, ya. Nah, bagaimana jika Pasal 24J itu tidak di ... Undang-Undang Dasar Tahun 1945 itu tidak ada Pasal 24J, ya, tidak ada pembatasan hak, gitu ya? Sehingga ukurannya seperti apa? Mengukur norma-norma yang melanggar hak itu ketika Pasal 20J[sic!] itu tidak ada. Apakah bisa sebebaskan itu sehingga untuk kontrol bahwa pasal itu ada mengurangi hak orang, menghilangkan hak orang itu jelas tidak ada.

Nah, bagaimana Ahli, ya, memberikan gambaran sedikit ketika ... atau pembatasan hak itu tidak ada atau dikurangi, tidak seperti di pasal (ucapan tidak terdengar jelas). Pada prinsipnya, Pasal 24 apa ... 28A sampai J itu memang itu adalah rambu-rambu, jangan sampai norma-norma undang-undang itu melanggar hak-hak yang diatur dalam itu.

Nah, bagaimana Ahli bisa memberikan suatu argumentasi jika pembatasan itu terlalu bebas, terlalu luas, atau terlalu tidak ada?

Kemudian yang ... yang berikutnya. Ya, tadi Pasal 24 tentang ... ya, masalah keonaran itu. Nah, ini kalau menurut Ahli, apakah keonaran itu di dalam pasal yang diuji itu merupakan delik atau bukan? Atau apakah Ahli bisa memberikan pandangan, ya, terkait dengan masalah keonaran di pasal yang diuji itu? Karena ini kata Ahli tadi, memang ini sering disalahgunakan. Nah, keonaran itu kalau menurut Ahli, delik atau bukan? Kalau itu delik, seperti apa deliknya? Tetapi kalau itu bukan merupakan delik, bisa enggak Ahli mempunyai argumen bahwa itu tidak ... tidak delik atau bukan delik?

Mungkin itu, Yang Mulia, terima kasih.

29. KETUA: SUHARTOYO [37:42]

Baik. Nanti di ... bisa difilter karena Ahli kan bukan ahli pidana juga. Tapi enggak apa-apa, kan ditanyakan.

Dari Hakim Prof. Enny, silakan. Nanti Yang Mulia ... atau Prof. Enny dulu? Silakan, Prof.

30. HAKIM ANGGOTA: ENNY NURBANINGSIH [38:05]

Baik, terima kasih, Yang Mulia Pak Ketua.

Terima kasih kepada Pak Yance dan Pak Eko. Saya tidak bolos sekarang, Pak Yance. Terima kasih, Pak Yance dan Pak Eko, ya, sekali lagi.

Begini, kalau saya cermati apa yang sudah disampaikan oleh kedua Ahli ini, tampaknya mengarahkan bahwa problem yang dihadapi saat ini sebetulnya dari tangkapan saya, ini sebetulnya problem

implementasi norma. Tampaknya begitu kalau saya menangkapnya di sini. Justru ini yang nanti ... ini menjadi penilaian dari Mahkamah, ya. Tapi kalau kemudian saya ingin penegasan, ini sebetulnya betul enggak ini problemnya problem implementasi norma? Tapi tangkapan saya begitu, ya. Kenapa? Karena pada bagian akhir dari yang Pak Eko sampaikan itu, ini menarik buat saya. Ya, artinya, meminta kepada Mahkamah tidak hanya mengadili norma, tapi mengadili kasus konkret, kan begitu. Lah, apakah itu tidak kemudian membawa MK kepada sebuah lembaga perbandingan berikutnya, gitu, lho? Apakah tidak menimbulkan persoalan di dalam proses penegakan hukum ketika kemudian kita melihat kewenangan yang ada di Mahkamah Agung? Bagaimana kemudian ... apa namanya ... hal ini bisa dilakukan. Kalau putusan dari MK ini kan putusan yang bersifat erga omnes sebetulnya? Lah, ini tolong nanti dijelaskan bagian akhir yang disampaikan oleh Pak Eko. Ini ... ini menggambarkan sebetulnya problem ... problem kasus konkret ini, implementasi norma. Jadi, itu yang menyebabkan saya bertanya, apakah betul begitu? Walaupun nanti Mahkamah akan menilai, gitu, ya.

Kemudian, yang berikutnya adalah ke Pak Yance. Ini menarik ini, Pak Yance, ya. Apakah memang kalau kita lihat ini memang pengaturan soal HAM memberikan kebebasan sedemikian rupa, tidak hanya dalam konstitusi, tapi juga dalam berbagai macam produk peraturan perundang-undangan mulai dari undang-undang. Kalau kemudian dilakukan pembatasan di situ, ada pembatasan-pembatasan, apakah pembatasan itu sendiri kemudian dibuat serigid mungkin, itu justru tidak kemudian menimbulkan pertentangan dengan kebebasan itu sendiri? Bagaimana kemudian Anda memberikan sebuah tolak ukurnya berkaitan dengan yang Anda minta, ini harusnya ada sebuah pembatasan dilakukan oleh Mahkamah? Gitu. Bagaimana pembatasan itu kemudian bisa tidak menimbulkan problem terhadap kebebasan itu sendiri? Apakah ada contohnya negara lain yang kemudian membangun sebuah instrumen pembatasan, serigid mungkin gitu loh, sehingga tidak beririsan dengan problem kebebasan? Ya, itu saya kira dua hal itu. Terima kasih, Pak Ketua.

31. KETUA: SUHARTOYO [40:58]

Baik, Yang Mulia Bapak Arsul.

32. HAKIM ANGGOTA: ARSUL SANI [41:06]

Terima kasih, Yang Mulia Pak Ketua Mahkamah Konstitusi. Saya mengucapkan terima kasih juga kepada Pak Dr. Yance dan Pak Eko. Bagi saya, Pak Dr. Yance dan Pak Eko, di negara manapun memang mencari titik tengah antara civil liberties, kebebasan sipil, ya, dengan kepentingan

kebebasan sipil, dengan kepentingan yang lain, kepentingan menjaga kehormatan warga negara, kepentingan katakanlah dalam konteks kenegaraan kita, misalnya nilai-nilai agama, bahkan kepentingan keamanan nasional itu adalah hal yang apa ... tidak mudah. Dan itu sekali lagi juga ada di berbagai negara lainnya.

Nah, saya teringat waktu saya belajar di Skotlandia itu kemudian diperkenalkan dengan sebuah doktrin yang saya yakin Pak Yance paling tidak itu sangat pahamlah soal ini, ya, Doktrin yang diintroduksi oleh ECHR (European Court of Human Rights), apa yang disebut dengan margin of appreciation, ya, margin apresiasi, yang berusaha untuk, ya, menempatkan jalan tengah atau menemukan jalan tengah antara kepentingan negara di satu sisi dengan kepentingan warga negaranya di sisi lain, ya. Saya kira perdebatan-perdebatan kita termasuk di dalam proses legislasi ini adalah menemukan jalan tengah itu, ya, ketika RKUHP, ketika kemudian juga revisi Undang-Undang ITE, ya.

Nah, ada negara yang kemudian mengambil politik hukumnya, kalau saya ambil contoh misalnya Amerika Serikat, ya, itu dengan pendekatan bukan penalisasi terhadap misalnya defamation, tapi dengan ... apa ... legal channel yang lain, gugatan berdata, kan seperti itu. Nah, saya ingin minta pandangan, Saksi, ya. Margin of appreciation konkretnya itu seperti apa, ya, antara dua kepentingan ini, untuk menengahi dua kutub? Karena kutubnya Pemohon pasti kutub yang menekankan pada civil liberties kutubnya tadi yang tergambar dari apa yang disampaikan oleh Kuasa Presiden adalah kutub kepentingan yang lain. Kepentingan negaralah, sebut saja begitu, atau kepentingan publik yang lain. Saya ingin mendapatkan penjelasan itu.

Yang berikutnya, saya menguatkan yang tadi ditanyakan juga oleh Yang Mulia Prof. Enny Nurbaningsih. Problem kita itu sesungguhnya, apakah problem norma atau problem kalau kita pinjam satu unsur, ya, dari Lawrence Friedman tentang teori sistem hukum itu, kultur penegakan hukum kita. Nah, kalau kemudian problemnya adalah problem kultur penegakan hukum kita yang di masyarakat juga diakui, makanya ada ungkapan, tajam ke bawah, tumpul ke atas, tajam ke kiri, tumpul ke kanan. Bukan hanya atas-bawah, kiri-kanan juga, gitu ya. Enggak usah saya uraikanlah kiri-kanannya itu yang mana, ya. Apakah itu sebetulnya? Nah, kalau kemudian kita sepakat bahwa persoalannya ada pada kultur penegakan hukum, apakah menurut Ahli tepat Mahkamah Konstitusi itu kemudian untuk katakanlah menyelesaikan dengan ... apa ... memberikan keputusan terkait dengan inkonstitusionalitas dari norma hukum itu?

Terima kasih.

33. KETUA: SUHARTOYO [45:43]

Prof. Guntur. Silakan, Prof.

34. HAKIM ANGGOTA: M. GUNTUR HAMZAH [45:47]

Baik, terima kasih, Yang Mulia Pak Ketua.

Para Ahli yang saya hormati, pertanyaan saya singkat saja. Yang pertama, sebetulnya kita kan mengenal yang namanya asas penyelesaian konflik norma. Ada asas *lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*, dan sebagainya. Dalam kaitannya dengan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Dasar dan Pasal 28J ayat (2), 21[sic!] tentu menghargai yang namanya kebebasan berpendapat, mengemukakan pikiran secara lisan, tulisan, dan seterusnya. Di Pasal 28J ayat (2) itu tentu memberikan pembatasan sepanjang itu ditetapkan dengan undang-undang. Nah, menurut kedua Ahli, kira-kira menurut Saudara yang mana nih yang harus menjadi prioritas baku yang harus dijadikan sebagai pegangan dalam hal dua aspek ini ya ... apa namanya ... tidak kontradiktif, tetapi dia berbenturan. Itu saya kira kedua Ahli berdasarkan pemahaman pemikirannya, mohon diberikan penjelasan.

Kemudian yang kedua, ada enggak, saran dari Ahli jika seorang pejabat dipersekusi misalnya, ya. Apakah pejabat itu karena memang dengan sifat jabatannya yang memang selalu ... apa ... menjadi sorotan publik, itu kita tidak bisa nafikan. Tetapi apakah seorang pejabat itu karena dia misalnya dipersekusi, dikritik, dan sebagainya, HAM sampai-sampai misalnya masuk ke wilayah yang sifatnya sudah personal dan seterusnya, apakah itu didiamkan saja? Menurut Ahli itu bagaimana sebaiknya? Apakah didiamkan saja atau memang menurut Ahli, ya, perlu didorong ke menggunakan upaya hukum, gitu? Atau mungkin menurut Ahli ada pemikiran atau ada solusi yang bisa disampaikan berdasarkan bacaan Saudara menyangkut human rights ini?

Jadi, saya kira dalam konteks hak asasi yang Saudara sudah kemukakan, saya bisa memahami. Tapi kira-kira ini menjawabnya bagaimana kalau itu dihadapkan, coba kita ... Saudara dalam suatu saat, ya kita doakan juga nanti suatu saat jadi pejabat, kira-kira bagaimana mengambil posisi seperti itu? Memang tidak gampang, tidak ringan, tetapi memang mudah juga untuk memang dilakukan kritik-kritik itu. Jadi, kalau menurut saya, kira-kira Saudara Ahli penginnya bagaimana sikap pejabat itu terkait dengan konteks yang seperti itu? Bisa dipahami, ya?

Terima kasih, saya kembalikan ke Pak Ketua. Terima kasih.

35. KETUA: SUHARTOYO [48:59]

Baik, Prof, terima kasih.
Yang Mulia Prof. Arief, silakan, Prof.

36. HAKIM ANGGOTA: ARIEF HIDAYAT [49:06]

Saya melanjutkan apa yang disampaikan oleh Pak Arsul. Sebetulnya masih keinginan saya, enggak mau tanya tadinya, tapi sudah dilontarkan Pak Arsul, saya terpaksa meneruskan dengan beberapa tambahan.

Yang pertama begini, saya pernah bertamu ke Strasbourg di Mahkamah HAM Eropa, tiga jam diterima oleh Presiden Mahkamah HAM Eropa. Waktu itu saya berdiskusi langsung dengan Presiden HAM Eropa, ada hal yang menarik. Ternyata Mahkamah HAM Eropa pun menerapkan hak asasi manusia tidak secara universal, tapi secara partikular yang dikenal di Indonesia sebagai HAM yang partikular. Menggunakan apa yang disebut tadi, yang disebut oleh Prof. Arsul itu margin of appreciation.

Saya pernah membaca buku-buku mengenai HAM yang diterbitkan pada waktu era Orde Baru, tulisannya Pak Ismail Saleh, Menteri Kehakiman, yang kemudian diteruskan oleh Prof. Muladi. Itu begini, hak asasi manusia di Indonesia itu tidak universal, tidak selalu mengadopsi secara utuh HAM internasional, tapi disesuaikan dengan situasi, kondisi. Nah, situasi, kondisi itu bisa ideologi, sehingga HAM yang dipraktikkan di Indonesia itu cantolan yang tertinggi adalah dibatasi oleh ideologi bangsa. Tidak boleh bertentangan dengan ideologi dan Dasar Negara Indonesia, yaitu Pancasila. Ini saya mohon penjelasan dan komentar lebih lanjut. Jadi, kan enggak universal berarti kalau di Indonesia. Nah, kalau yang enggak universal itu, gimana praktiknya bisa diterapkan di Indonesia? Apakah Saudara setuju dengan yang universal? Ataukah Anda Ahli setuju dengan yang partikular, tapi kemudian implementasinya itu?

Nah, dalam rangka implementasi, saya pernah menulis makalah begini. Sistem pemerintahan yang demokratik mempraktikkan atau menerapkan penafsiran HAM secara ekstensif. Sedangkan sistem pemerintahan yang otoriter, non-demokratik pasti menerapkan HAM-nya secara represif. Jadi, ada penafsiran HAM yang ekstensif dan ada penafsiran HAM yang restriktif. Misalnya saja, contoh Pasal 28 lama Undang-Undang Dasar, kebebasan berserikat ditafsirkan di era Orde Baru hanya terdiri dari dua partai politik dan satu golongan karya. Sedangkan sekarang Pasal 28-nya masih, ditafsirkan oleh pemerintahan yang sekarang katanya non-democratic, kebebasan berserikat memunculkan banyak partai politik yang setiap kali pemilu selalu berubah-ubah, ini praktik itu.

Kemudian juga kalau dikaitkan dengan satu penelitian yang dilakukan oleh yang pernah saya baca Stuart McCully. Stuart McCully itu melakukan penelitian di Afrika, seluruh substansi hukum yang dipraktikkan di Inggris itu bisa berjalan dengan baik pada waktu dipraktikkan di Inggris. Karena kalau menurut Friedman, hukum itu

terdiri dari struktur, substansi, dan kultur. Kenapa seluruh instrumen hukum yang baik di Inggris dipraktikkan di Inggris baik, menurut Stuart McCully, karena didukung oleh kultur hukum yang baik. Nah, begitu ditransfer, dipraktikkan, diadopsi di negara-negara Afrika, itu enggak jalan. Karena apa? Kultur yang ada di Afrika dengan ada yang di Inggris itu beda. Proses demokratisasi dan praktik demokrasi di Inggris itu sudah berjalan seribu tahun, hampir seribu tahun. Sedangkan di Afrika baru merdeka di tahun 1945 atau abad ke-20, sehingga kultur hukumnya ini tidak ikut tertransfer ke Afrika. Sehingga Stuart McCully pada satu kesimpulan, "Hukum dan segala instrumennya itu tidak bisa diadopsi, tidak bisa ditransfer dari satu negara ke negara yang lain, harus ada yang disebut dukungan kultur hukumnya."

Dalam praktik begini, saya mohon untuk bisa kedua Ahli, Mas Yance atau Mas Eko, pandangan-pandangan yang kayak begini ini kalau di Indonesia bagaimana sih sebetulnya harus dilakukan? Ya, atau malah kalau saya tanya, ada kecenderungan sekarang ini kita sudah mengalami proses konsolidasi demokrasi dari era Orde Baru yang orang sering mengatakan non-democratic, setelah era Reformasi itu ke arah yang democratic. Tapi ada gejala apakah sekarang bergeser lagi mengarah kepada yang non-democratic itu, setelah kita melewati 20 atau 30 tahun lagi? Sehingga banyak sekarang penafsiran-penafsiran yang ke arah yang non-democratic dengan menafsirkan hak asasi manusia yang sebetulnya sudah panjang lebar diuraikan di perubahan konstitusi, perubahan Undang-Undang Dasar, tapi praktiknya cenderung menyempit lagi ke arah yang penafsiran yang menyempit atau penafsiran yang restriktif. Sehingga banyak perkara-perkara kasus-kasus yang muncul berhubungan apa yang dipraktikkan dalam Undang-Undang ITE ini. Itu yang saya mohon untuk bisa dikomentari kedua Ahli, Mas Yance dan Mas Eko. Terima kasih. Saya kembalikan, Pak Ketua.

37. KETUA: SUHARTOYO [55:24]

Baik, Prof.
Prof. Saldi, terakhir.

38. HAKIM ANGGOTA: SALDI ISRA [55:28]

Terima kasih, Pak Ketua. Saudara Ahli, tadi Dr. Yance mulai dengan anekdot. Saya ingat salah satu anekdot yang populer di kemukakan Ronald Reagan itu ketika masih terjadi perang dingin antara Amerika dengan Uni Soviet, ketika itu adalah dia cerita satu kali dia ketemu dengan Presiden Rusia ... apa ... Uni Soviet dan Presiden Amerika mengatakan begini, "Kita kalau di gedung putih itu," katanya, "Kalau ada warga negara yang meneriakkan, turunkan Ronald Reagan, turunkan Ronald Reagan", itu dijamin, dijawab oleh Presiden Uni Soviet.

“Ya, kita juga enggak apa-apa”, katanya, kalau ada ribuan pun orang Rusia berteriak di depan Kremlin itu, “Turunkan Ronald Reagan, turunkan Ronald Reagan, tidak akan kami hukum,” katanya kan. Nah itu, itu anegdot bagaimana dia membayangkan... apa ... jadi tempat itu kadang-kadang memang berpengaruh untuk kebebasan berekspresi. Tapi saya ingin dapat pengayaan yang agak lebih mendasar, ya, terutama dengan mulai dari Mas Eko dulu, Ahli Eko. Tadi mendorong Mahkamah untuk ikut menilai kasus konkretnya. Mungkin kalau Mas Eko baca putusan-putusan Mahkamah Konstitusi, beberapa pertimbangannya itu ada yang menggunakan kasus konkret. Ini kan di sebelahnya itu kan, Dr. Yance kan mendalami betul putusan-putusan Mahkamah Konstitusi. Walaupun ada kekeliruan juga menilai yang tidak hadir dalam persidangan itu. Nah, itu, nanti di sisi lainlah kita ceritakan itu.

Nah, saya ingin dapat perspektif dari Mas Eko, terutama kalau Dr. Yance mau mengemukakan juga dipersilakan. Ada dua hal yang berbeda yang harus diberikan pengayaan kepada kami Hakim Konstitusi dalam melihat keberadaan Mahkamah Konstitusi Indonesia dengan konsep judicial review yang muncul di Peradilan Amerika Serikat. Apa yang membedakannya itu adalah kalau di Amerika Serikat itu, itu GR muncul memang karena penafsiran Hakim. Jadi kalau dibaca konstitusi Amerika Serikat, enggak ada diperintahkan ke Mahkamah Agungnya untuk punya kewenangan menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Tapi di Indonesia, judicial review itu muncul karena diberikan oleh konstitusi.

Tolong kami dibantu sekarang oleh kedua Ahli, apa implikasi dua latar belakang yang berbeda ini dalam menilai norma-norma yang tersangkut atau yang terkait dengan HAM itu. Jadi, saya katakan model US muncul karena penafsiran Hakim, kalau yang di Indonesia ini muncul karena dijamin oleh konstitusi atau diberikan oleh konstitusi. Jadi, semua GR, kalau dibaca misalnya amandemen I, amandemen II, konstitusi Amerika Serikat itu, dua-duanya berbasis kasus konkret. Bahkan satu kali ada seorang ... apa namanya ... wartawan memunculkan nama laki-laki telanjang yang itu kulitnya mirip, tampilannya mirip Muhammad Ali. Dan itu pernah dibawa ke ... apa ... ke ... ke ... apa ... proses persidangan dan diputuskan orang boleh menggunakan kebebasan ekspresinya kalau kemudian itu tidak bentrok dengan kebebasan orang lain. Nah itu, itu kalau ingin baca, saya baca itu ceritanya di buku yang ditulis oleh Bambang Sadono, dia soal kebebasan pers itu.

Nah, tolong kami dibantu, jadi menjelaskan ini, ini harus masuk kasus konkret juga harus dibantu dengan menjelaskan bagaimana keberadaan dan tumbuhnya kekuasaan kehakiman di negara-negara yang mempraktikkan itu. Kalau kita kan jelas soal norma itu diberikan kepada Mahkamah Konstitusi, kasus konkretnya diselesaikan oleh Mahkamah Agung, bukan berarti kami tidak menggunakan kasus-kasus konkret untuk membangun argumentasi. Itu satu.

Yang kedua. Tadi kedua Ahli mengatakan bahwa kalau dibaca teks Undang-Undang Dasar 1945 yang sekarang, itu memang di situ melindungi hak warga negara, nah ... bukan hak pejabat. Nah sekarang, bagaimana menggunakan salah satu prinsip proportionality test itu untuk menjaga keseimbangan ini? Nah, tolong kami dibantu juga, ini memang kita ini kekurangan, ya, ada yang baik Hakim maupun kalangan kampus kita. Coba mengelaborasi rumusan-rumusan norma di konstitusi itu, apa saja unsur-unsurnya. Dan itu kan harus dikembangkan terus-menerus. Misalnya, kami sering menggunakan Pasal 1 ayat (3) kalau bicara soal negara hukum, tapi itu memang tidak elaboratif karena mungkin kami yang malas mencarinya atau bantuan kalangan kampus yang tidak juga signifikan untuk mengembangkan, apa sih prinsip-prinsip negara hukum yang dirumuskan oleh konstitusi kita? Nah oleh karena itu, Pak Dr. Yance, mungkin kami bisa dibantu juga, seperti dikatakan, bagaimana menemukan elaborasi terhadap Pasal 28J itu? Itu kalau dikonteskan dengan pasal-pasal HAM yang diuji oleh Pemohon ini.

Jadi kami dibantu juga, "Harusnya Mahkamah begini, satu, dua, tiga." Ya, kami akan mencari juga, tapi kan Ahli punya kewajiban juga menawarkan kepada kami, ini loh yang harus digunakan oleh Mahkamah untuk memberikan parameter dalam menilai norma ini. Nah itu, karena apa? Dia beda nanti artikel akademik dengan putusan pengadilan. Nah tolong kami dibantu juga, ini-ini yang harus digunakan oleh Mahkamah.

Terima kasih, Pak Ketua.

39. KETUA: SUHARTOYO [01:02:20]

Baik, Prof. Saldi.

Saya sedikit ya, Pak Yance dan Pak Eko. Mungkin Bapak-Bapak sudah membaca pasal-pasal yang diuji ya, 14, 15, 310, dan 27, 45 yang tadi. Untuk yang ITE sudah dipersoalkan oleh Pihak Pemerintah, Pak Surdiyanto.

Begini, Pak Yance tadi kan mengatakan bahwa kebebasan berpendapat itu kan dijamin konstitusi. Nah yang tidak dijamin itu adalah kebebasan setelah berpendapat itu. Nah persoalannya, saya tadi mencermati pasal-pasal yang 14, 15, 310 itu. Ini memang seseorang bisa dijerat untuk dikenakan Pasal 14, 15, 310 itu kalau melakukan sesuatu penyiaran atau pemberitahuan. Nah, penyiaran atau pemberitahuan itu bohong, baru kemudian korelasinya menimbulkan keonaran. Nah, karena meskipun kedua Ahli bukan orang pidana, bukan ahli pidana tapi karena tadi Pak Yance menyinggung soal ada salah satu unsur esensial adalah keonaran tadi. Nah, bagaimana sebenarnya kalau demikian ketika seseorang itu akan diuji dapat/tidaknya dikenakan pasal itu, harus diuji dulu bahwa apa yang disampaikan itu sebenarnya benar atau bohong. Sehingga ada dua ... dua pasal di dalam ... dua tahapan di dalam seseorang untuk dapat dikenakan Pasal 14, Pasal 15, dan Pasal

310. Artinya bahwa belum bisa kemudian dijerat dengan pasal ini kalau belum teruji bahwa apa yang disampaikan itu adalah sesuatu yang tidak benar. Saya isi itu saja sih yang saya tanyakan. Karena memang kemudian menjadi wilayahnya memang agak sulit kemudian mengambil apa ... titik di tengah itu.

Sedikit, saya tanya ke Kuasa Hukum Pemohon. Sebenarnya Prinsipal Saudara itu dikenakan pasal-pasal berapa saja di empiriknya, di kasus konkretnya?

40. KUASA HUKUM PEMOHON: MOHAMMAD FANDI [01:04:46]

Yang Mulia, kalau Prinsipal Pemohon I, Pemohon II khususnya, dikenakan Pasal 14 ayat (2), Pasal 15, Pasal 310, Pasal 27 ayat (3) juncto 45.

41. KETUA: SUHARTOYO [01:04:58]

45, ya. Nanti di Kesimpulan dilampirkan putusannya, ya?

42. KUASA HUKUM PEMOHON: MOHAMMAD FANDI [01:05:03]

Boleh, Majelis.

43. KETUA: SUHARTOYO [01:05:04]

Baik. Karena memang apalagi di Pasal 14 ayat (2) itu, Pak Yance, yang diduga atau patut diduga, atau disangka bahwa berita itu bohong, memang itu kemudian menjadi semacam ada elastisitas di situ, itu. Mungkin kalau tidak anu nanti ... enggak firm juga enggak apa-apa, dilewatkan saja apa yang saya tanyakan, Pak Yance dan Pak Eko. Silakan! Pak Eko dulu, ya.

44. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:05:34]

Terima kasih, Yang Mulia. Tantangan Yang Mulia Prof. Saldi saya terima, tapi karena belum firm, disertasi saya belum selesai, jadi saya belum bisa cukup fix soal itu. Tapi Insha Allah semoga tahun ini sudah ada apa ... bangunan yang jauh lebih solid untuk menjawab tantangan dari Prof. Saldi tadi. Saya mungkin minta izin untuk tidak menjawab satu per satu karena ada beberapa hal yang mirip dan berdekatan.

Yang pertama, saya mau mulai dengan semacam gugatan yang tadi disampaikan oleh Prof. Arief Hidayat. Bagaimana meletakkan hak asasi manusia yang universal itu dalam konteks ke-Indonesiaan dan seterusnya? Memang ada 2 pandangan yang sampai hari ini nampaknya di Indonesia sendiri belum klir menurut saya, Yang Mulia Prof. Arief

Hidayat. Hak asasi manusia itu prapositif atau positif? Itu pertanyaan yang sangat besar.

Bagi kalangan yang mengatakan bahwa hak asasi manusia itu prapositif, yang sebenarnya itu berujung mulai dari Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, maka negara kewenangan untuk mencoba mengintervensi hak asasi manusia itu menjadi sangat kecil karena memang dia prapositif. Jadi negara ada setelah hak asasi manusia. Nah, yang ini kemudian kalau hari ini yang cukup besar menulisnya adalah John Finnis, yang mazhab natural law, yang pandangannya memang sangat liberal.

Yang kedua, itu ada pandangan yang mengatakan bahwa hak asasi manusia itu positif. Dia ada karena diakui oleh negara. Ketika tidak diakui oleh negara, maka hak asasi manusia itu tidak ada. Tapi sebenarnya ada yang juga kritik yang ketiga, yang menurut saya itu sangat penting, yang dikeluarkan oleh Hannah Arendt, yang dia mengatakan bahwa jangankan ngomong hak asasi manusia, diakui sebagai manusia saja itu bisa jadi tidak diakui, gitu. Jadi, Hannah Arendt meneliti banalitas yang terjadi oleh tentara Jerman terhadap orang Yahudi pada masanya, gitu. Nah, diskursus hak asasi manusia ketika diletakkan dalam tiga pilihan ini memang menjadi sangat sulit.

Nah, bagaimana dengan di Indonesia? Yang saya baca, sebelum Indonesia merdeka dan awal Indonesia merdeka, sebenarnya kita sempat sering mendengar Soekarno itu berpidato yang judulnya adalah Respublika. Walaupun kalau saya baca lebih lengkap lagi, ternyata Respublika itu tidak banyak menyinggung hak warga negara, tapi lebih banyak digunakan konteksnya untuk mengatakan bahwa Indonesia tadi ... Indonesia nanti adalah negara republik dan bukan negara kerajaan. Jadi, saya belum menemukan tafsir yang cukup kuat sejak awal kemerdekaan sampai hari ini, bagaimana hak asasi manusia itu diletakkan. Apakah dia prapositif, atau positif yang itu diikuti oleh republican, gitu, ya, atau justru yang ketiga.

Nah, tapi di luar itu semua, saya bisa mengatakan bahwa kecenderungannya Indonesia sebenarnya sangat dipengaruhi oleh pandangan yang pertama, yang meletakkan hak asasi manusia sebagai prapositif. Mengapa demikian? Karena kita mengikuti Jean Jacques Rousseau, kita mengikuti John Locke, kita mengikuti Thomas Hobbes, kita kemudian mengikuti pembagian tiga cabang kekuasaan besar eksekutif, legislatif, yudikatif. Dan amandemen pada tahun 1999 sampai 2002, itu menunjukkan bahwa Indonesia sangat mengikuti pandangan hukum HAM internasional yang lebih dekat ke mazhab universalisme. Dan itu juga yang banyak sekarang digunakan di mekanisme internasional.

Nah, oleh karena itu, maka perdebatan tentang universalisme dan partikularisme itu memang to some extent, masih perlu kita diskusikan.

Tapi dalam konteks Indonesia hari ini, saya berargumentasi bahwa hak asasi manusia telah menjadi hak konstitusional.

45. HAKIM ANGGOTA: ARIEF HIDAYAT [01:10:36]

Sebentar, Mas.

46. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:10:36]

Inggih.

47. HAKIM ANGGOTA: ARIEF HIDAYAT [01:10:38]

Pak Ketua, mohon izin.

48. KETUA: SUHARTOYO [01:10:39]

Ya, Prof.

49. HAKIM ANGGOTA: ARIEF HIDAYAT [01:10:40]

Ini kalau kita kaitkan begini, pada waktu perdebatan di BPUPK dan BPUPKI, itu ada paham integralisme kan sebenarnya yang muncul. Lah, dari paham integralisme itu ditarik ke belakang, itu ada nilai-nilai yang kultural di Indonesia, manunggaling kawula gusti. Sehingga, kemudian di Indonesia dipahami hak asasi itu juga melekat di situ ada kewajiban hak asasi, gitu, ya. Ini gimana ini kalau kayak tadi yang sudah dijelaskan?

50. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:11:35]

Terima kasih, Yang Mulia.

Betul, di sana ada integralisme yang didukung oleh Soepomo. Dan pada awal kemerdekaan, memang nampaknya kecenderungannya Soekarno dan Soepomo jauh lebih dominan dalam diskursus hak asasi manusia. Tetapi pascatahun 1999, nampaknya kecenderungannya adalah ke Hatta dan Yamin yang diikuti nalarnya. Sehingga kalau kita cek, sekaligus saya menjawab pertanyaan dari Pemerintah tadi. Hak asasi manusia yang ada di dalam konstitusi, kalau kita cek sebagian besar adalah merujuk ke pasal-pasal tertentu di dalam deklarasi universal Hak Asasi Manusia. Dan bahkan lebih sederhana, pasal di Undang-Undang Dasar 40 ... Undang-Undang Dasar, khususnya Pasal 28 sangat terinspirasi dari Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999. Jadi, sudah ada Undang-Undang Dasarnya ... Undang-Undang Nomor 39 dulu, dulu sempat ada TAP MPR Nomor 17 Tahun 1998, baru kemudian

Undang-Undang Dasarnya yang dibuat, gitu. Jadi sebenarnya diskursus hari ini menurut saya, lebih ... apa ... lebih prospektif kalau kita meletakkan ini menjadi diskursus ... menjadi diskursus hak-hak konstitusional. Nah, apa bedanya hak konstitusional dengan hak warga negara? Hak asasi manusia yang tadi ditanyakan oleh dari ... apa ... dari Pemerintah. Kalau normatifnya, tidak seluruh hak asasi manusia bisa menjadi hak warga negara. Karena hak warga negara itu sangat terikat dengan hubungannya antara dia dengan negara tertentu. Misalnya hak untuk dipilih menjadi presiden, hak untuk dipilih menjadi anggota legislatif, itu tidak bisa diberikan kepada non Warga Negara Indonesia. Sedangkan hak asasi manusia lebih luas dari itu, maka kita bisa sederhanakan hak warga negara, otomatis hak asasi manusia, sedangkan hak asasi manusia belum tentu menjadi hak warga negara. Tapi sebenarnya hari ini diskursus yang jauh lebih penting menurut saya adalah ini semua telah menjadi hak konstitusional, dimana sebagai negara hukum, Mahkamah Konstitusi memiliki tanggung jawab yang sangat besar untuk memastikan hak-hak tersebut terlindungi dan terpenuhi. Nah, itu yang pertama.

Kemudian yang kedua, tadi Yang Mulia Pak Arief Hidayat dan Pak Arsul, saya kira tadi sempat menyinggung soal margin of appreciation, ya. Margin of appreciation itu lahir dari perdebatan memang antara universalisme dan particularisme. Kasusnya, ini diadili di Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa, European Court of Human Rights dalam kasus Otto Preminger Institute melawan Austria. Kasusnya sederhananya begini, ada sebuah rumah produksi film yang memproduksi film, yang substansinya, mohon maaf saya harus katakan ini karena ini ada di putusannya. Film itu memang dibuat dalam rangka untuk mengkritik ajaran Protestan dan Katolik, terutama Katolik. Di film itu digambarkan bahwa Bunda Maria adalah seorang perempuan pelacur dan Jesus Christ adalah seorang anak idiot yang maniak seksual. Putusannya bunyinya begitu, jadi saya mohon maaf untuk mengatakan ini.

Film ini mau diedarkan di bioskop dan kemudian dilarang oleh pemerintahnya. Setelah dilarang oleh pemerintah, perkara ini kemudian masuk ke pengadilan melalui mekanisme domestik di Austria, sampai kemudian mentok exhausted of domestic remedies. Pemohon dinyatakan kalah oleh kebijakan pemerintah yang melarang peredaran film tersebut. Kemudian Pemohon naik membawa kasus ini ke pengadilan HAM Eropa.

Putusan pengadilan HAM Eropa intinya mengatakan bahwa kebebasan berekspresi dalam membuat film, memang itu kebebasan yang harus dilindungi oleh undang-undang dan dilindungi oleh negara. Tetapi, nah ini nanti saya akan masuk ke pertanyaan Prof. Enny dan Prof. Saldi. Tapi ketika realitas empiriknya itu ada kemungkinan serangan terhadap pluralisme yang itu menjadi basis bagi demokrasi, gitu, ya, maka kebebasan itu bisa dibatasi. Dalam konteks untuk memastikan nilai demokrasi, yaitu pluralisme, masyarakat tidak

tercederai karena itu. Nah, itulah kemudian dimaknai sebagai penghormatan mahkamah ... penghormatan European Court of Human Rights terhadap nilai-nilai kultural yang ada di Austria, begitu. Tetapi konteksnya waktu itu adalah ingin memastikan agar tidak ada individu warga negara yang menjadi korban atas kerusuhan-kerusuhan yang terjadi karena munculnya film tersebut. Nah, jadi margin of appreciation tidak boleh juga digunakan justru untuk berlindung dibalik norma untuk melindungi kepentingan negara, tapi margin of appreciation itu digunakan justru untuk memastikan tidak ada warga negara yang menjadi korban dan terlanggar hak-haknya.

51. HAKIM ANGGOTA: SALDI ISRA [01:17:20]

Maaf, ini kepentingan negara atau kepentingan pemerintah?

52. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:17:23]

Kepentingannya tetap kepentingan warga negara, tapi negara justru mengambil alih itu untuk memastikan bahwa tidak ada warga negara yang akan menjadi korban atas situasi itu.

53. HAKIM ANGGOTA: SALDI ISRA [01:17:35]

Pemerintah, ya, yang mengambil?

54. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:17:36]

Karena kebijakan legislasi tetap ada di negara, artinya pemerintah yang mengambil.

55. HAKIM ANGGOTA: SALDI ISRA [01:17:41]

Oke. Karena kalau bicara negara dalam konsep tradisional kan ada warga negara juga di dalamnya.

56. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:17:46]

Betul, tapi dalam konteks ini pemerintah.

57. HAKIM ANGGOTA: SALDI ISRA [01:17:49]

Oke.

58. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:17:51]

Itu yang terkait dengan margin of appreciation. Kemudian (...)

59. KETUA: SUHARTOYO [01:17:58]

Bisa agak dipersingkat, ya, Pak Eko.

60. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:18:00]

Baik.

Yang ketiga, saya ingin merespons Prof. Guntur. Saya akan sempit soal Pasal 28I ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2). Saya berpendapat dengan tegas mengatakan bahwa Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 tidak boleh dipergunakan untuk membatasi Pasal 28I ayat (1). Mengapa demikian? Karena Pasal 28I ayat (1) harusnya tunduk pada teori derogasi yang basisnya adalah Pasal 4 ayat (1) International Covenant on Civil and Political Rights dan dia berlakunya dalam konteks tata negara darurat. Jadi klir saya mengatakan Pasal 28J ayat (2) itu adalah teorinya limitasi, sedangkan Pasal 28J ayat (1) adalah derogasi. Derogasi hanya bisa dilakukan saat kondisi negara darurat, sedangkan Pasal 28J ayat (2) konteksnya adalah untuk membatasi hak asasi manusia di luar kondisi darurat.

61. HAKIM ANGGOTA: M. GUNTUR HAMZAH [01:19:03]

Pak Eko, bukan 28J ayat (1), tapi 28 ayat (1) yang saya maksud. Coba dilihat yang tentang kebebasan untuk mengnyatakan pikiran pendapat itu.

62. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:19:17]

28, baik.

Di luar 28I ayat (1), maka potensi bisa dibatasi adalah mungkin, tetapi pembatasannya tidak boleh secara serampangan. Nah, sebenarnya ... sebenarnya Pasal 28J ayat (2) itu hampir sama dengan Pasal 29 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, Pasal 19 Covenant on Civil and Political Rights, dan seterusnya, dan seterusnya. Yang membedakan adalah di situ ada nilai-nilai agama. Mungkin ruang lain kita bisa berdiskusi soal nilai-nilai agama.

Kemudian, saya ingin masuk ke pertanyaan Yang Mulia Prof. Enny Nurbaningsih, termasuk tadi sempat disampaikan oleh Prof. Saldi. Tahun 1959, ketika saya membaca pun saya kaget, Prof. Enny, di saat kita masih ribut ya, soal konstituante, di Mahkamah Konstitusi Federal Jerman itu ada kasus yang menarik. Pemerintah melarang, ada satu cok

... ada satu makanan yang dijual untuk merayakan Natal. Mereka sebut dengan istilah puffed rice, saya membahaskannya menjadi berondong, bahasa Jawa. Jadi, orang Jerman saat ingin merayakan hari Natal itu mereka biasanya makan santa klaus berbentuk cokelat, yang terbuat dari cokelat. Kemudian, ada pengusaha yang membuat cokelat serupa, tapi terbuatnya dari nasi, bukan dari cokelat. Situasi ini kemudian membuat pengusaha yang membuat cokelat dari berondong ini menjadi merasa terlanggar haknya karena orang menjadi keliru, pengingnya membeli yang cokelat, tapi kemudian membeli berondong.

Kasus ini sampai ke pengadilan HAM Eropa, pengadilan, sori ... ke Mahkamah Konstitusi Federal Jerman di tahun 1959. Yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi Jerman waktu itu adalah mengatakan betul terjadi pelanggaran kebebasan berekspresi di situ, sehingga Mahkamah Konstitusi Jerman memerintahkan agar berondong yang terbuat ... cokelat yang terbuat dari berondong ini kemudian diberi tanda untuk membedakan dengan yang terbuat dari cokelat. Tentu yang diuji adalah konstitusinya, normanya. Tetapi, Mahkamah Konstitusi kemudian memberi tafsir, memberi perintah untuk memastikan tidak ada pelanggaran antara satu hak dengan hak yang lain.

Saya masuk ke pertanyaan Prof. Saldi tadi. Menurut saya mungkin yang juga cukup menarik Prof. Saldi adalah kita melihat bagaimana Mahkamah Konstitusi Federal Jerman dengan Mahkamah Konstitusi Amerika. Mahkamah Konstitusi Federal Jerman justru dulu lahirnya adalah dari asosiasi hakim yang itu bagian dari Mahkamah Agung di sana. Asosiasi hakim itu membuka ruang bagi warga negara yang merasa haknya dilanggar, kemudian mengajukan judicial review dan kemudian melahirkan satu konsep baru, dan kemudian lahir Mahkamah Konstitusi.

Nah, tetapi kalau kita baca Mahkamah Konstitusi Jerman dengan Amerika memang berbeda. Lahirnya Mahkamah Konstitusi Jerman dalam konteks ini konteksnya proporsionalitas, memang lahir untuk membela warga negara atas kewenangan negara yang terlalu besar pada masa itu di bawah Weimar Constitution. Sedangkan di Amerika, sebaliknya justru judicial review itu digunakan "untuk membela negara" karena warga negaranya memang sudah sangat kuat.

Nah, bagaimana dengan Indonesia? Saya berargumentasi bahwa lahirnya Mahkamah Konstitusi Indonesia itu mirip dengan Jerman karena lahir pascaotoritarianisme. Maka saya berargumentasi bahwa Mahkamah Konstitusi harusnya hadir untuk memastikan warga negara tidak terlanggar haknya itu.

Nah, ini juga nanti kemudian, tadi ada pertanyaan dari Yang Mulia Prof Bapak Suhartoyo, kemudian dari Pak Arsul, soal ... Pak Arief Hidayat juga. Soal bagaimana menyeimbangkan kepentingan antara warga negara dan kepentingan negara. Saya membayangkan di negara yang cukup maju saja, seperti di Inggris yang tadi disebut oleh Yang Mulia

Prof Arief. Hak asasi manusia itu sangat dilindungi oleh peradilan, yang kulturnya baik saja, peradilan masih membantu, apalagi di Indonesia yang kultur hukumnya memang masih sangat lemah. Maka saat itulah Mahkamah Konstitusi harusnya hadir untuk memastikan hak-hak tersebut terlindungi.

Kalau terkait dengan apakah pejabat yang mendapatkan persekusi itu harus dilindungi? Saya ingin mengatakan bahwa sebenarnya yang tidak dibolehkan oleh hak asasi manusia itu ada dua, yang pertama adalah hate speech dan yang kedua adalah propaganda perang. Bagaimana dengan kritik yang itu ada di Pasal 19 International Covenant on Civil and Political Rights? Klir, sudah ada Camden Principles yang mengatakan bahwa kritik terhadap pejabat itu adalah bagian dari kebebasan berekspresi. Klir, bagian itu. Maka bagaimana membedakannya?

Sepanjang yang dikritik adalah kebijakan ... kebijakannya, kebijakannya, termasuk perilakunya sebagai pejabat, Prof. Guntur Yang Mulia, maka itu adalah posisi dia dan konsekuensinya sebagai pejabat publik, tetapi ketika yang direndahkan itu adalah pribadinya bukan sebagai pejabat publik dan tidak ada hubungannya dengan pejabat publik, maka itu kita bisa kualifikasikan sebagai menyerang pribadi. Walaupun saya ingin memungkas bagian itu dengan mengatakan bahwa di negara-negara yang sudah cukup modern, sebenarnya menghindari penggunaan pidana untuk hal itu, tapi lebih banyak menggunakan mekanisme perdata. Saya kira Indonesia sudah mulai, sudah saatnya untuk menghindari penggunaan pasal pidana ini karena saya berpikir, ngapain negara harus capek-capek, gitu, ngapain negara harus mengeluarkan biaya yang cukup besar dalam proses peradilan untuk membela hak personal, yang sebenarnya harusnya itu menjadi bagian dari ruang privat yang bisa diajukan ke pengadilan perdata dalam konteks untuk membuktikan kerugian yang diderita atas serangan itu.

Nah, terakhir, merespons pertanyaan dari Pemohon tadi bahwa penggunaan pasal-pasal yang hari ini diajukan, kita bisa buktikan bahwa memang pasal-pasal itu sangat eksektif digunakan dan sangat lemah memberikan proteksi bagi kebebasan dasar warga negara. Maka menurut saya, memang sudah saatnya kita menegaskan kembali bahwa Negara Indonesia adalah negara yang demokratis, di mana kebebasan berekspresi dilindungi, di mana pejabat publik memang harus bisa menerima kritik atas posisinya sebagai pejabat publik.

Terima kasih, Yang Mulia.

63. KETUA: SUHARTOYO [01:27:37]

Baik. Lanjut, Pak Yance. Mohon disingkat-singkat yang sudah dijelaskan Pak Eko (...)

64. AHLI DARI PEMOHON: YANCE ARIZONA [01:27:45]

Yang sudah dijelaskan oleh Pak Eko tidak akan saya ulang.

Pertama, saya mau menyampaikan dalam tulisannya Dawood Ahmed dan Elliot Bulmer, dalam keterangan ahli itu dia membagi hak itu dalam tiga kategori, yaitu absolute rights, limitation rights, and qualified rights. Hak untuk hidup tidak bisa diperbudak. 28I ayat (1) itu termasuk di dalam absolute rights yang tidak bisa dibatasi. Tapi dalam hal ini, kebebasan berpendapat dia kategorikan sebagai qualified rights, jadi hak yang dikualifikasi. Jadi memang punya legitimasi dia untuk bisa dibatasi, jadi Pasal 28J ayat (2) itu relevan untuk itu. Hanya persoalannya adalah kita melihat Pasal 28J ayat (2), meskipun penelitian yang kami lakukan, Mahkamah Konstitusi sering sekali menggunakan pasal ini dalam putusan-putusan, tetapi termasuk misalkan dalam Putusan Nomor 140 Tahun 2009 tentang PNPS, Putusan Nomor 5 Tahun 2010 dalam pengujian Undang-Undang ITE terkait dengan penyadapan dan juga dalam putusan MK terkait dengan narkoba. Namun sejauh ini belum ada penjelasan yang lebih detail untuk menentukan tolak ukur dari lima prinsip yang terdapat di dalam Pasal 28J ayat (2) itu. Ini penting, supaya dia kemudian bisa digunakan sebagai standar yang lebih rigid untuk menilai konstitusionalitas suatu norma peraturan pengundangan termasuk yang sedang dimohonkan juga.

Nah, saya membayangkan, karena ketika MK menguji norma suatu undang-undang yang diuji kepada MK, MK juga seringkali juga memberikan penjelasan tentang norma konstitusi, misalkan ketika Putusan MK Nomor 1/PUU-I/2003 pengujian Undang-Undang Ketenagalistrikan dalam memberikan makna lima untuk kewenangan negara dalam sumber daya penguasaan bumi, air, dan kekayaan alam yang lainnya. Termasuk juga di dalam Putusan MK Nomor 3 Tahun 2010 dalam Pengujian Undang-Undang Wilayah Pesisir dan Pulau Kecil yang memberikan tolak ukur untuk apa makna sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Jadi, memang perlu membayangkan ada tolak ukur yang lebih rigid dari MK tentang apa yang dimaksud dengan pertimbangan moral dan bagaimana menentukan itu. Apa yang dimaksud dengan nilai-nilai agama, agama yang mana. Bagaimana menentukan itu menjadi penting supaya menjamin hak-hak yang sebenarnya dijamin di dalam konstitusi, tidak ditafsirkan, tidak mendorong terjadinya pelanggaran eksekutif.

Nah, dari Pemerintah tadi menyampaikan kalau tidak ada Pasal 28J ayat (2), apa yang kira-kira terjadi? Penelitian yang dibuat oleh Dawud Ahmed dan Elliot menunjukkan memang ada tiga pendekatan sebenarnya terkait dengan limitation clauses atau clauses pembatasan ini. Satu yang model tanpa pembatasan, seperti di konstitusi Amerika, di amendment pertama menyebutkan kongres tidak boleh membuat undang-undang yang membatasi kebebasan pers dan berbicara. Tapi itu bukan berarti bahwa menjadikan hak berpendapat kebebasan pers itu

sebagai hak yang absolut. Karena kemudian pembatasan itu diberikan kepada pengadilan ketika mengadili kasus konkret. Dan itu bisa diterima ketika lembaga peradilananya kredibel.

Nah yang kedua, pembatasan umum, tadi juga sudah saya sampaikan. Dan yang ketiga adalah pembatasan khusus seperti di konstitusi India yang rigid beberapa pasal HAM itu ada klausul-klausul pembatasan setiap hak-hak yang dijamin di dalam konstitusi India.

Nah, saya mau lompat ke beberapa hal. Tadi Prof. Saldi menyampaikan perbedaan JR di Amerika dan di Indonesia. Indonesia, ya, mengikuti Jerman, Jerman sebenarnya mengikuti model Austria, Austrian Model yang didirikan oleh Hans Kelsen. Perbedaannya memang tadi kalau di Amerika sebenarnya diungkap dengan baik dalam bukunya Tom Ginsburg *judicial review in new democracies in Asian cases* itu membedakan beberapa gelombang pengadopsian *judicial review*.

Nah, kita memang mengikuti model Austrian model, *abstract review*, bukan *concrete review* seperti di Amerika. Nah, di sini letak pentingnya karena ketika kita mengikuti (suara tidak terdengar jelas) model, dia diberikan kewenangannya oleh Konstitusi, Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan oleh Konstitusi untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Dan dalam menguji itu sebenarnya tentu juga ada implisit kewenangan MK untuk menafsirkan norma yang akan diuji. Jadi, menafsirkan konstitusi dulu untuk bisa dipergunakan sebagai kerangka untuk menganalisis permohonan yang diajukan ... undang-undang yang diajukan kepada Mahkamah Konstitusi.

Yang lain, saya mau merespons dari Prof. Enny. Juga tadi dari Yang Mulia Hakim Arsul Sani juga tentang mengadili kasus konkret. Saya pikir MK memang tidak perlu mengadili kasus konkret karena model kita bukan *concrete review*. Dia tidak mengadili kasus konkret, tetapi tentu juga MK jangan lepas dari kasus konkret itu. MK tidak mengadili, tetapi MK jangan sampai tidak mempertimbangkan kasus-kasus konkret di dalam putusannya. Misalkan tadi disampaikan *Safe Dave*[sic!] menunjukkan bahwa pasal yang diajukan ini paling sering digunakan oleh pemerintah, pejabat. Itu kan fakta gitu, yang sebenarnya tidak bisa diabaikan. Kenapa? Karena dengan mempertimbangkan fakta-fakta demikian kemudian Mahkamah Konstitusi memiliki peran untuk menjadikan konstitusi kita sebagai konstitusi yang hidup, *living constitution*, yang memperhatikan perkembangan sosial di dalam masyarakat ketika mengadili perkara.

Yang terakhir dari Prof. Arief. Memang banyak studi yang sudah menunjukkan bahwa tendensi kita sekarang itu sudah bergeser lagi ke arah otoritarianisme. Saya menyebutnya ini bukan bentuk otoritarianisme yang final, mungkin bisa jadi kita sedang mengarah kepada yang disebut dengan proses otoritarianisasi. Jangan-jangan kita mengarah proses itu. Kita belum menjadi sebuah negara otoritarian, tetapi gejala-gejala menunjukkan ke arah situ. Dan banyak studi yang dilakukan, termasuk

misalkan salah satunya oleh Thomas Power dan Eve Warburton yang menunjuk bukunya dari *Demokrasi di Indonesia: Dari Stagnasi ke Regresi*. Regresi demokrasi di Indonesia itu sudah menjadi perhatian banyak para penstudi, termasuk studi-studi perbandingan. Ini sebetulnya bukan gejala di Indonesia saja, tapi juga gejala global termasuk tulisan terakhir dari Tom Ginsburg juga melihat democratic backsliding yang terjadi di banyak negara. Di Indonesia, bukunya Prof. Jimly Assidique, *Oligarki dan Totalitarianisme Baru* menurut saya satu-satunya yang paling pertama studi hukum tata negara yang mencoba untuk menjelaskan hal ini.

Oleh karena itu, ketika Mahkamah Konstitusi kita didirikan untuk mengawal demokrasi di Indonesia, tentu dengan melihat gejala seperti itu juga ada panggilan moral kembali kepada Mahkamah Konstitusi untuk mengawal jangan sampai kita mengalami proses regresi demokrasi.

Demikian, Yang Mulia. Terima kasih.

65. KETUA: SUHARTOYO [01:35:11]

Baik.

Pemohon sudah habis, ya, Ahlinya?

66. KUASA HUKUM PEMOHON: MOHAMMAD FANDI [01:35:15]

Sudah cukup, Yang Mulia.

67. KETUA: SUHARTOYO [01:35:16]

Dari Pemerintah akan mengajukan ahli atau saksi?

68. PEMERINTAH: SURDIYANTO [01:35:21]

Dari Kuasa Presiden cukup, Yang Mulia.

69. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:35:24]

Yang Mulia, boleh dua kalimat saja?

70. KETUA: SUHARTOYO [01:35:29]

Boleh, 1-2 menit.

71. AHLI DARI PEMOHON: EKO RIYADI [01:35:30]

Saya ingin mengatakan bahwa saya sependapat dengan Mas Yance dan Yang Mulia semua bahwa Mahkamah Konstitusi memang

adalah pengadilan norma, tapi yang saya katakan adalah Mahkamah Konstitusi juga harus menguji perkara riil, empirik dalam konteks mengadili norma. Demikian, terima kasih.

72. KETUA: SUHARTOYO [01:35:52]

Baik, nanti ... nanti akan dicermati itu.

Baik. Dari Pemerintah juga tidak mengajukan ahli, jadi sidang hari ini adalah sidang terakhir.

Oleh karena itu, Para Pihak, Pemohon, dan Presiden, atau Pemerintah jika akan mengajukan kesimpulan ditunggu waktunya hingga hari Senin, tanggal 12 Februari, pukul ... 2024, pukul 10.00 WIB.

Terima kasih kepada Pak Eko dan Pak Yance atas keterangannya, mudah-mudahan bermanfaat bagi Para Hakim untuk mempertimbangkan putusan ini. Sidang selesai dan ditutup.

KETUK PALU 3X

SIDANG DITUTUP PUKUL 10.12 WIB

Jakarta, 31 Januari 2024
Panitera,
Muhidin

