

Kebebasan Berekspresi, Pembatasan-pembatasannya dan Penghapusan Pemenjaraan

Ifdhal Kasim

Ketua Komisi Nasional Hak Asasi Manusia

Keterangan Ahli disampaikan
pada Sidang Mahkamah Konstitusi, 23 Juli 2008

I. Kebebasan Berekspresi dan Hak atas Kehormatan

1. Kebebasan Berekspresi

Kebebasan berekspresi merupakan salah satu hak asasi manusia yang sangat strategis dalam menompang jalan dan bekerjanya demokrasi. Sulit membayangkan sistem demokrasi bisa bekerja tanpa adanya kebebasan menyatakan pendapat, sikap, dan berekspresi. Dalam kaitannya dengan hal ini, relevan diketengahkan disini pendapat Lord Steyn yang menyatakan: "Freedom of expression is, of course, intrinsically important: it is value for its own sake. But it is well recognized that it is also instrumentally important. It serves a number of broad objectives. First it promotes the self-fulfillment of individuals in society. Secondly, in the famous word of Holmes (echoing Jhon Stuart Mill), 'the best test of truth is the power of the thought to get it itself accepted in the competition of the market'. Thirdly, freedom of speech is the lifeblood of democracy. The free flow of information and ideas informs political debate. It is a safety valve: people are more ready to accept decisions that go against them if they can in principle seek to influence them. It acts as a brake on the abuse of power by public officials. It facilitates the exposure of errors in the governance and administration of justice of the country."¹

UUD 1945, Amandemen ke II, menjamin kebebasan tersebut. Pasal 28E (ayat 2) menyatakan, "**setiap orang berhak atas kebebasan menyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.**" Selanjutnya pada ayat 3 ditegaskan lagi bahwa, "**setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat.**" Jaminan konstitusional ini dielaborasi lebih jauh dalam UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia. Dikatakan pada Pasal 23 (ayat 2) UU tersebut, bahwa "**setiap orang bebas mempunyai, mengeluarkan dan menyebarkan pendapat sesuai hati nuraninya, secara lisan atau tulisan melalui media cetak maupun media cetak eletronik dengan memperhatikan nilai-nilai agama, kesusilaan, ketertiban, kepentingan umum, dan keutuhan bangsa.**"

¹ Dikutip dari Richard Clayton dan Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights* (New York: Oxford University Press, 2000). Hal 1007.

Kebebasan berekspresi juga telah mendapat pengakuan secara universal. Pengakuan tersebut tertuang dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (Universal Declaration of Human Rights) dan Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (International Covenant on Civil and Political Rights). Pasal 19 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia menyatakan, "**setiap orang berhak atas kebebasan berpendapat; hak ini termasuk kebebasan untuk berpegang teguh pada pendapat tanpa ada intervensi, dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan informasi dan ide melalui media, tanpa memandang batas-batas negara**". Sedangkan Pasal 19 (ayat 2) Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik merumuskannya sebagai berikut: "**setiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat; hak ini termasuk kebebasan mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari pembatasan-pembatasan, baik secara lisan, tertulis atau bentuk cetakan, karya seni, atau media lain sesuai dengan pilihannya**".

Pada pundak Negaralah terletak tanggungjawab untuk menjamin dan melindungi hak-hak tersebut. Tanggungjawab ini dikenal dengan istilah "State Responsibility".

2. Hak atas Kehormatan

Selain menjamin kebebasan berekspresi, rezim hukum hak asasi manusia juga menjamin hak individu atas kehormatan atau reputasi (*right to honour or reputation*). Dalam kepustakaan hak asasi manusia, soal kehormatan dan reputasi ini dimasukkan ke dalam bagian hak-hak privasi (*privacy rights*). Sebagai bagian dari hak-hak privasi, maka hak atas kehormatan atau reputasi ini harus pula mendapat perlindungan yang setara dengan hak-hak privasi lainnya. Apalagi kehormatan atau reputasi merupakan atribut yang melekat pada setiap individu. Tanpa atribut itu, maka seseorang akan kehilangan martabat atau integritasnya sebagai manusia. Makanya hak ini dirumuskan secara negatif. Marilah kita baca salah satu ketentuan dalam Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik, yaitu Pasal 17 (ayat 1) -- yang menandakan pentingnya jaminan perlindungan negara terhadap hak ini, sebagai berikut: "**Tidak seorangpun dapat secara sewenang-wenang atau secara tidak sah dicampuri masalah pribadinya, ... atau secara tidak sah diserang kehormatan dan nama baiknya**". Kemudian ditambahkan dalam ayat berikutnya (ayat 2), bahwa: "**Setiap orang berhak atas perlindungan hukum terhadap campur tangan atau serangan tersebut**".

Negara dengan demikian bertanggungjawab melindungi hak-hak tersebut. Salahsatu bentuk perlindungan Negara terhadap hak atas kehormatan atau reputasi tersebut adalah dengan mencantumkannya ke dalam hukum pidana nasionalnya. Yaitu dengan melakukan kriminalisasi terhadap setiap serangan atau perbuatan yang merampas atau merusak integritas setiap orang (*crimes against integrity of person*). Sebutlah mulai dari perbuatan seperti pencemaran nama baik (*defamation*), penghinaan (*slander*), hingga kepada fitnah atau menista (*libel*). Semua perbuatan ini dinyatakan sebagai tindak pidana (delik). Hampir semua negara demokratis telah melakukan kriminalisasi terhadap perbuatan tersebut sebagai bentuk proteksi terhadap martabat manusia. Biasanya perbuatan-perbuatan itu dikelompokkan ke dalam "*crimes against honour and reputation*". Jelas sekali tujuannya adalah untuk memberikan perlindungan terhadap integritas seseorang (*integrity of the person*).

Hukum nasional kita juga memberikan perlindungan yang memadai terhadap hak tersebut. Melalui Amandemen ke-II UUD 1945, hak atas kehormatan atau reputasi ini telah pula mendapat perlindungan konstitusionalitasnya. Lebih gamblangnya

marilah kita simak bunyi ketentuan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, bahwa: **"Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, ..."** Begitu pula melalui undang-undang organiknya, hak atas kehormatan dan reputasi ini mendapat penegasan lagi, sebagaimana dikutip berikut ini: **"Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan hak miliknya"** (Pasal 29 ayat (1) UU No.39/1999 tentang Hak Asasi Manusia). Begitu pula dengan kriminalisasi terhadap hak-hak ini sudah tertuang dalam hukum pidana nasional kita, antara lain yang tertuang pada Pasal 310 dan 311 KUHP, dan Pasal 316 dan 207 KUHP. Dengan demikian, pelanggaran terhadap hak-hak ini akan berurusan dengan hukum pidana.

Tetapi perlindungan terhadap kehormatan dan reputasi individu tersebut juga harus dilihat relasinya dengan keberadaan hak yang lain, yakni hak atas kebebasan berbicara (*free speech*), berekspresi (*freedom of expression*), dan kebebasan pers (*freedom of the press*) --yang juga harus diproteksi oleh Negara sebagaimana dipaparkan di atas. Jangan sampai kriminalisasi terhadap perbuatan yang menyerang kehormatan dan reputasi tersebut menjadi senjata ampuh dalam menghadapi kebebasan berbicara atau kebebasan pers, seperti yang pernah terjadi di masa Orde Baru. Kehormatan dan reputasi --sebagai bagian dari *rights of privacy*-- memang harus dilindungi, tetapi tanpa harus mengurangi atau mengancam *free speech*. Dalam kaitannya dengan hal ini, relevan diketengahkan putusan *Bonnard v. Perryman* di pengadilan Inggris, yang menyatakan: "The rights of free speech is one which it is for the public interest that individuals should possess and, indeed, that they should exercise without impediment, so long as no wrongful acts is done; and unless as alleged libel is untrue there is no wrong committed... Maka untuk alasan inilah, dewasa ini, sudah semakin banyak negara yang telah meninggalkan tindak pidana menyerang reputasi dan kehormatan; mereka telah menghapus *defamation, slander, insult, false news* (kabar bohong) sebagai tindak pidana dalam hukum pidananya.

II. Pembatasan terhadap Kebebasan Berekspresi

Pemaparan di atas telah menunjukkan relasi antara hak atas kebebasan berekspresi dengan hak atas kehormatan atau reputasi. Keduanya harus dijamin dan dilindungi oleh negara. Dalam konteks tanggungjawabnya itu, Negara dapat melakukan '*derogation*' dalam bentuk pengurangan atau pembatasan terhadap kedua hak tersebut. Sebab keduanya masuk dalam kategori '*non-derogable rights*'. Tetapi dengan izin ini bukan berarti Negara boleh bertindak semaunya yang dapat membahayakan esensi hak. Makanya ketentuan *derogation* ini dipagari dengan ketentuan ini: **"Tidak satupun ketentuan dari Kovenan ini yang dapat ditafsirkan sebagai memberi hak pada suatu Negara, kelompok atau perorangan untuk melakukan kegiatan yang ditujukan untuk menghancurkan hak-hak dan kebebasan-kebabasan yang diakui dalam Kovenan ini, atau untuk membatasinya lebih daripada yang telah ditetapkan dalam Kovenan ini"** (Pasal 5 ayat (1) Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik). Pembatasan dengan demikian tidak boleh merusak perlindungan HAM secara keseluruhan.

Jadi meskipun hak-hak tersebut dapat dikurangi atau dibatasi pemenuhannya, pengurangan atau pembatasannya harus dilandaskan pada: (i) dinyatakan melalui hukum (*prescribed by law*); (ii) ketertiban umum (*public order*); (iii) kesehatan dan moral publik (*moral and public health*); (iv) keamanan nasional (*national security*);

(v) keamanan publik (*public safety*); (vi) hak dan kebebasan orang lain (*rights and freedom of others*); (vii) hak dan reputasi orang lain (*rights and reputations of others*); dan (x) diperlukan dalam masyarakat yang demokratis (*necessary in a democratic society*). Ketentuan-ketentuan inilah yang menjadi prinsip pembatasan, dan menjadi koridor yang harus dipenuhi oleh Negara. Lebih lanjut Komentar Umum (*General Comment*) Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik menggarisbawahi pula: "Negara-negara Pihak harus menahan diri 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 dengan cara yang dapat melemahkan esensi suatu hak yang diakui oleh Kovenan".²

Prinsip pembatasan yang hampir sama juga dianut oleh konstitusi kita. Pasal 28J UUD 1945, merumuskan prinsip-prinsip pembatasan sebagai berikut: (i) ditetapkan dengan undang-undang; (ii) penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; (iii) tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral; (iv) nilai-nilai agama; (v) keamanan; dan (vi) ketertiban umum dalam suatu demokratis. Prinsip-prinsip pembatasan ini juga harus diterapkan dengan cara yang tidak melemahkan esensi suatu hak yang diakui oleh UUD. Itu artinya, adanya suatu undang-undang tidak dapat dijadikan "excuse" untuk melanggar satu atau lebih hak yang diakui oleh UUD. Pasal 28J dengan demikian tidak dapat digunakan secara serampangan untuk membenarkan pelanggaran hak-hak yang diakui oleh UUD melalui sebuah Undang-Undang. Justru Undang-Undang semacam itu harus dicabut atau diharmoniskan dengan perlindungan hak-hak yang diakui dalam UUD dan instrumen-instrumen hak asasi manusia internasional yang sudah kita ratifikasi.

Secara lebih spesifik, dalam kaitannya dengan pembatasan terhadap hak atas kebebasan berekspresi dengan tujuan untuk penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, khususnya hak atas kehormatan dan reputasi orang lain (*rights to honour and reputations of others*), dapat diberlakukan apabila memang ditujukan secara benar untuk kepentingan melindungi reputasi atau kehormatan seseorang (*protection of a legitimate reputation interest*). Bukan sebaliknya, digunakan untuk membungkam kritik. Atau seperti yang dirumuskan dalam "*Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation*", yang dirancang oleh organisasi Article 19, yang menyatakan: defamation laws cannot be justified if their purpose or effect is to: (i) prevent legitimate criticism of officials or the exposure of official wrongdoing or corruption; (ii) protect the 'reputation' of objects, such as State or religious symbols, flags or national insignia; (iii) protect the 'reputation' of the State or nations.

Dalam situasi legitimasi bagi perlindungan reputasi tidak dapat ditunjukkan, maka kebebasan berekspresi tidak dapat dibatasi. Begitu pula sebaliknya, hak atas kehormatan dan reputasi orang lain (*rights to honour and reputations of others*) tidak dapat lagi diproteksi. Contohnya adalah, orang yang dituduh koruptor tidak

² CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, *General Comment* No. 31 (80) *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*.

dapat menggunakan pasal pencemaran nama baik (*defamation*) atau penghinaan (*libel*) untuk melindungi dirinya dari laporan atau kritik orang lainnya, seperti yang sering terjadi di sini. Dalam konteks inilah hak atas kebebasan berekspresi, yang salah satunya adalah *free speech*, menjadi sangat penting.

III. Pemenjaraan sebagai Sanksi yang Tidak Absah

Berdasarkan pembahasan di atas, relevan apabila kita mengajukan pertanyaan: apakah adil orang yang menjalankan profesinya atau bukan dengan itikad baik, dengan mengungkap penyalahgunaan kewenangan, diganjar dengan hukuman penjara karena dituduh melakukan tindak pidana pencemaran nama baik atau penghinaan?

Delik pencemaran nama baik atau penghinaan dalam KUHP kita gagal memberikan perlindungan terhadap hak atas kebebasan berekspresi. Gagal dalam arti rumusan yang terlalu luas, dan tidak sebandingnya kerugian yang disebabkan dengan hukuman yang ditimpakan kepada pelanggarnya. Tidak proporsional antara "*harm*" dan "*sanction*". Apalagi terlalu sering delik ini disalahgunakan, seperti yang menjadi *concern* Komite Hak Asasi Manusia PBB, yang memantau hampir diseluruh dunia telah terjadi: "*the abuse of legal provisions on criminal libel*".³

Makanya Komite Hak Asasi Manusia PBB untuk Hak-hak Sipil dan Politik berulang-ulang sudah menghimbau agar Negara-negara Pihak dari Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik segera meninjau kembali pemberlakuan sanksi penjara bagi tindak pidana penghinaan atau pencemaran nama baik. Begitu pula dengan Pelapor Khusus PBB untuk Kebebasan Menyatakan Pendapat dan Ekspresi, juga memberi penilaian bahwa pemenjaraan bukanlah sanksi yang absah bagi tindak pidana p.encemaran nama baik atau penghinaan (*imprisonment is not a legitimate sanction for defamation and libel*).⁴ Dalam laporannya tahun 2000 dan 2001, Pelapor Khusus PBB tersebut kembali mengingatkan Negara-negara agar menghapus sanksi pemenjaraan untuk tindak pidana penghinaan atau pencemaran nama baik.

Sejalan dengan kecenderungan internasional tersebut, sudah saatnya pula bagi kita sekarang untuk meninjau dan menghapus sanksi pemenjaraan bagi tindak pidana penghinaan atau pencemaran nama baik. Penerapan sanksi yang demikian ini jelas bertentangan dengan semangat konstitusi, yang menjamin "setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum" (Pasal 28D UUD 1945). Jelas penerapan sanksi pemenjaraan untuk tindak pidana pencemaran nama baik atau penghinaan, tidak memberikan perlindungan dan kepastian hukum yang adil. Apalagi tindak pidana ini sering disalahgunakan oleh memiliki *power* yang besar dalam menghadapi kritik.

³ Lihat Resolusi 2000/38, 20 April 2000. para.3.

⁴ Lihat *Promoting and protecting of the right to freedom of opinion and expression*, UN Doc. E/CN.4/1999/64, 29 Januari 1999, para 28.