

MERDEKA UNTUK BICARA



**AMICUS CURIAE DALAM PERKARA NO. 1303/PID.B/2019/PN JKT.PST, NO.
1304/PID.B/2019/PN JKT.PST, DAN NO. 1305/PID.B/2019/PN JKT.PST**

ATAS NAMA TERDAKWA (1)
PAULUS SURYANTA GINTING, (2) CHARLES KOSSAY, (3)
AMBROSIUS MULAIT ALS. AMBO, (4) ISAY WENDA, (5) ANES
TABUNI, DAN (6) ARINA ELOPERE



INSTITUTE FOR
CRIMINAL JUSTICE
REFORM

MERDEKA UNTUK BICARA

Amicus Curiae dalam perkara No. 1303/Pid.B/2019/PN Jkt.Pst,
No. 1304/Pid.B/2019/PN Jkt.Pst, dan No. 1305/Pid.B/2019/PN Jkt.Pst
atas nama (1) Paulus Suryanta Ginting, (2) Charles Kossay, (3) Ambrosius Mulait Als.
Ambo, (4) Isay Wenda, (5) Anes Tabuni Als. Dano Anes Tabuni, dan (6) Arina Elopere
Als. Wenebita Gwijangge

Penulis:

Genoveva Alicia K.S. Maya
Erasmus A.T. Napitupulu

Desain Cover:

Genoveva Alicia K.S. Maya

Foto:

Fatimah Huurin Jannah
Novrian Arbi / ANTARA FOTO

Lisensi Hak Cipta:



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

ISBN:

Diterbitkan oleh:

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)
Jalan Kompleks Departemen Kesehatan Blok B4, Pasar Minggu, Jakarta Selatan 12520
Phone/Fax:021-7981190

 <http://icjr.or.id>  infoicjr@icjr.or.id      ICJRID

Dipublikasikan pertama kali: Maret 2020

DAFTAR ISI

DAFTAR ISI.....	3
BAB I.....	4
Pernyataan Kepentingan <i>Institute for Criminal Justice Reform</i> (ICJR) Sebagai Amici .	4
BAB II	6
Posisi <i>Amicus Curiae</i> dalam Peradilan di Indonesia	6
BAB III	9
Kronologi Kasus	9
BAB IV	13
Makar Tidak Ditujukan Untuk Mengkriminalisasi Ekspresi Politik yang Sah	13
BAB V.....	19
Perbuatan dalam Makar Harus Berkonsekuensi Logis Dengan Tujuan Makar	19
BAB VI	21
Para Terdakwa Memiliki Hak atas Kebebasan Berekspresi dan Berpendapat, Serta Ekspresi Politik yang Sah Tidak Dapat Dipidana dengan Makar.....	21
Referendum Merupakan Bagian Dari Ketatanganan Indonesia dan Merupakan Ekspresi Politik yang Sah.....	26
BAB VII	29
Kesimpulan	29
PROFIL LEMBAGA	30

BAB I

Pernyataan Kepentingan *Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)* Sebagai Amici

1. ICJR adalah organisasi non pemerintah yang berdiri sejak 2007 dengan mandat sebagai organisasi kajian independen yang memfokuskan diri pada reformasi sistem peradilan pidana, reformasi hukum pidana, dan reformasi hukum pada umumnya. ICJR berusaha mengambil prakarsa memberi dukungan dalam konteks membangun penghormatan terhadap prinsip negara hukum dan secara bersamaan membangun budaya hak asasi manusia dalam sistem peradilan pidana dan reformasi hukum pidana;
2. Sebagai Organisasi Non Pemerintah yang tumbuh dan berkembang secara swadaya, ICJR, atas kehendak dan keinginan sendiri di tengah masyarakat yang didirikan atas dasar kepedulian untuk dapat memberikan perlindungan dan penegakan hak asasi manusia serta berkeadilan di Indonesia sebagaimana tertuang Dalam Anggaran Dasar dan/atau Anggaran Rumah Tangga ICJR disebutkan dengan tegas mengenai tujuan didirikannya organisasi, dan Para Pemohon juga telah melaksanakan kegiatan sesuai dengan Anggaran Dasar-nya;
3. Dalam Pasal 4 Anggaran Dasar ICJR, dinyatakan bahwa Perkumpulan berasaskan pada Pancasila dan berlandaskan pada prinsip-prinsip hak asasi manusia sebagaimana diatur dalam UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, dan Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik serta perjanjian-perjanjian internasional lain di bidang hak sipil dan politik yang telah diratifikasi oleh Negara Republik Indonesia;
4. Selanjutnya pada ketentuan Pasal 6 Anggaran Dasar Perkumpulan dinyatakan bahwa Perkumpulan ICJR bertujuan untuk (1) Mendorong pembentukan hukum yang berkeadilan serta mengupayakan reformasi peradilan dan (2) Mendorong kebijakan pembaharuan peradilan pidana yang berorientasi pada nilai-nilai hak asasi manusia dan kebebasan dasar;
5. Dalam mencapai maksud dan tujuannya ICJR telah melakukan berbagai macam usaha/kegiatan yang dilakukan secara terus menerus, sebagaimana halnya telah menjadi pengetahuan umum (*notoire feiten*);
6. ICJR Turut aktif dalam setiap proses pengambilan kebijakan negara, termasuk dalam pembentukan beragam peraturan perundang-undangan, dengan cara memberikan sejumlah masukan kritis, serta hasil studi, dalam rangka memastikan bahwa setiap kebijakan yang dihasilkan selaras dengan kewajiban negara untuk menghormati, memenuhi dan melindungi hak asasi manusia setiap warga negara. Dan Secara aktif menyelenggarakan berbagai pelatihan dalam rangka penguatan kapasitas para penyelenggara negara, baik legislatif, pemerintah maupun aparat

penegak hukum, sehingga dalam kinerjanya senantiasa memastikan diaplikasikannya prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia;

7. ICJR terus-menerus melakukan kampanye publik dalam rangka peningkatan kesadaran warga negara akan hak-hak konstitusionalnya yang dijamin oleh UUD 1945, termasuk di dalamnya hak atas informasi dan hak atas keadilan. Kampanye Pemohon dapat dilihat di situs resmi masing-masing Pemohon di www.icjr.or.id, www.reformasikuhp.org, www.hukumanmati.web.id, dan www.pantaukuhap.id;
8. ICJR menerbitkan berbagai macam buku maupun bentuk-bentuk publikasi lainnya dalam rangka mendorong partisipasi masyarakat dalam setiap proses pengambilan kebijakan negara maupun dalam penyelenggaraan negara secara umum, khususnya guna memastikan pengintegrasian prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia dalam penyelenggaraan negara, publikasi digital ICJR dapat dilihat di situs resmi ICJR di www.icjr.or.id;
9. Terkait isu peradilan dan sistem peradilan pidana, ICJR merupakan organisasi yang kerap melakukan pemantauan dan penelitian terhadap kasus-kasus yang terjadi di seluruh Indonesia atas praktek dan implementasi aturan mengenai peradilan. Beberapa penelitian dan *paper policy* dapat di lihat di www.icjr.or.id.

BAB II

Posisi *Amicus Curiae* dalam Peradilan di Indonesia

10. "*Amicus curiae*" atau "*Friends of the Court*" merupakan merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi hukum Romawi, yang kemudian berkembang dan dipraktikkan dalam tradisi common law. Melalui mekanisme *Amicus curiae* ini, pengadilan diberikan izin untuk mengundang pihak ketiga guna menyediakan informasi atau fakta-fakta hukum berkaitan dengan isu-isu yang belum familiar;
11. *Amicus curiae* yang dalam bahasa Inggris disebut "*friend of the court*", diartikan "*A person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter*". Karena itu dalam *Amicus curiae* ini, pihak yang merasa berkepentingan terhadap suatu perkara memberikan pendapatnya kepada pengadilan;
12. Dengan demikian, *Amicus curiae* disampaikan oleh seseorang yang tertarik dalam mempengaruhi hasil dari aksi, tetapi bukan merupakan pihak yang terlibat dalam suatu sengketa; atau dapat juga seorang penasihat yang diminta oleh pengadilan untuk beberapa masalah hukum, sebab seseorang dimaksud memiliki kapasitas yang mumpuni untuk masalah hukum yang sedang diperkarakan di pengadilan, dan orang tersebut bukan merupakan pihak dalam kasus bersangkutan, artinya seseorang tersebut tidak memiliki keinginan untuk mempengaruhi hasil perkara yang melibatkan masyarakat luas;
13. Dalam tradisi *common law*, mekanisme *Amicus curiae* pertama kalinya diperkenalkan pada abad ke-14. Selanjutnya pada abad ke-17 dan 18, partisipasi dalam *Amicus curiae* secara luas tercatat dalam *All England Report*. Dari laporan ini diketahui beberapa gambaran berkaitan dengan *Amicus curiae*:
 - a. Fungsi utama *Amicus curiae* adalah untuk mengklarifikasi isu-isu faktual, menjelaskan isu-isu hukum dan mewakili kelompok-kelompok tertentu;
 - b. *Amicus curiae*, berkaitan dengan fakta-fakta dan isu-isu hukum, tidak harus dibuat oleh seorang pengacara (lawyer);
 - c. *Amicus curiae*, tidak berhubungan penggugat atau tergugat, namun memiliki kepentingan dalam suatu kasus;
 - d. Izin untuk berpartisipasi sebagai *Amicus curiae*.
14. Di Amerika Serikat, sebelum terjadinya kasus *Green v. Biddle* pada awal abad ke 19, lama sekali pengadilan menolak untuk memperbolehkan partisipasi *Amicus curiae* dalam proses peradilan. Namun, sejak awal abad 20, *Amicus curiae* memainkan peranan penting dalam kasus-kasus yang menonjol (landmark) dalam sejarah

hukum Amerika Serikat, seperti misalnya kasus-kasus hak sipil dan aborsi. Bahkan, dalam studi yang dilakukan tahun 1998, *Amicus curiae* telah berpartisipasi dalam lebih dari 90 persen kasus-kasus yang masuk ke Mahkamah Agung (*US Supreme Court*);

15. Sementara untuk Indonesia, *Amicus curiae* meski belum banyak dikenal dan digunakan oleh akademisi maupun praktisi, akan tetapi praktik ini mulai bermunculan di berbagai kasus. *Amicus curiae* mulai digunakan dalam kasus-kasus di Pengadilan Negeri di bawah Mahkamah Agung yakni:
 - a. *Amicus curiae* yang diajukan kelompok pegiat kemerdekaan pers kepada Mahkamah Agung terkait dengan peninjauan kembali kasus majalah Time versus Soeharto.
 - b. *Amicus curiae* dalam kasus “Prita Mulyasari” di Pengadilan Negeri Tangerang, dimana *Amicus curiae* diajukan sebagai informasi pelengkap bagi Majelis Hakim yang memeriksa perkara Prita Mulyasari. Dalam No Perkara: 1269/PID.B/2009/PN.TNG Kasus: “Prita Mulyasari Vs. Negara Republik Indonesia, Pidana Penghinaan adalah Pembatasan Kemerdekaan Berpendapat yang Inkonstitusional” *Amicus curiae* (Komentar Tertulis) diajukan oleh : ELSAM, ICJR, IMDLN, PBHI dan YLBHI, Oktober 2009.
 - c. *Amicus curiae* dalam kasus “Upi Asmaradana” di Pengadilan Negeri Makasar dimana *Amicus curiae* diajukan sebagai tambahan informasi untuk majelis hakim yang memeriksa perkara. *Amicus curiae* (Komentar Tertulis) diajukan oleh: oleh *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) April 2010
 - d. *Amicus curiae* yang diajukan untuk mendukung Peninjauan Kembali kasus Erwin Arnada. *Amicus Brief* (Komentar Tertulis) Untuk digunakan sebagai bahan pertimbangan bagi Majelis Hakim Peninjauan Kembali pada Mahkamah Agung RI Pada Kasus Erwin Arnada Vs. Negara Republik Indonesia Delik Kesusilaan dan Kemerdekaan Pers dalam Perkara Majalah Playboy di Indonesia Diajukan Oleh: *Indonesia Media Defense Litigation Network* (IMDLN), *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR), dan Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) . Jakarta, 2011
 - e. *Amicus curiae* untuk Kebijakan Bailout Century. *Amicus curiae* Kasus: “Pembunuhan Atas Indra Pelani di Pengadilan Negeri Muara Bulian dalam Perkara Nomor: 75/PID. B/2015/PN. MBN dan Nomor: 76/PID. B/2015/ PN. MBN.
 - f. *Amicus curiae* (Sahabat Pengadilan) Dalam Kasus Florence Sihombing Pada Perkara Nomor 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk Di Pengadilan Negeri Yogyakarta, Diajukan Oleh *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR), tahun 2015.

- g. *Amicus curiae* Dalam Sidang Perkara Pembunuhan Berencana Terhadap Aktivis Tani Salim Kancil Dan Tosan & Pelanggaran Izin Usaha Tambang Oleh Pt. Imms Dan Kepala Desa Selok Awar-Awar, Hariyono, Di Pantai Watu Pecak, Lumajang, Jawa Timur Lembaga Bantuan Hukum Jakarta, Maret 2016
 - h. *Amicus curiae* terkait Permohonan Praperadilan Ketetapan Penyampingan Perkara Kejaksaan Agung Republik Indonesia (TAP-012/A/JA/03/2016 dan TAP-013/A/JA/03/2016) dalam Perkara No. 35/Pid.Prap/2016/PN.JKT.SEL. dan Perkara No. 22/Pid.Prap/2016/ PN.JKT.SEL Di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan diajukan oleh *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR), 2016
 - i. *Amicus curiae* Dalam Kasus Yusniar Pada Nomor Register Perkara: PDM-856/Mks/Euh.2/10/2016 Di Pengadilan Negeri Makasar, diajukan oleh *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) Februari tahun 2017
 - j. *Amicus curiae* Dalam Kasus WA Pada Nomor Register Perkara: 6/PID.SUS-Anak/2018/JMB Di Pengadilan Tinggi Jambi, diajukan oleh *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) Agustus tahun 2018
 - k. *Amicus curiae* Dalam Kasus Samin, Sukma, dan Nanto Pada nomor Register Perkara: 397/PID.B/2018/PN.IDM, diajukan oleh *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) Desember tahun 2018
 - l. *Amicus Curiae* dalam perkara Peninjauan Kembali Kasus Baiq Nuril Maknun di Mahkamah Agung, diajukan oleh *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) Januari tahun 2019
 - m. *Amicus Curiae* dalam Perkara Permohonan Pra Peradilan Kasus Onrizal dengan nomor register perkara 99/Pid.Pra/2019/PN Mdn, diajukan oleh *Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR) Desember tahun 2019
16. Selain beragam *Amicus curiae* di Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung, *Amicus curiae* juga dipraktikkan dalam berbagai perkara di Mahkamah Konstitusi. Dalam perkara-perkara di Mahkamah Konstitusi, posisi *Amicus Curiae* dinyatakan sebagai bukti/keterangan yang bersifat *Ad Informandum*. Keberlakuan *Amicus Curiae* dalam sistem hukum Indonesia pada umumnya didasarkan pada ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyatakan: "Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat." Oleh karena itu, tidak berlebihan apabila mekanisme ini dapat digunakan sebagai salah satu strategi yang dapat digunakan untuk mengklarifikasi prinsip-prinsip hukum, terutama kasus-kasus yang melibatkan berbagai undang-undang atau pasal-pasal yang kontroversial.

BAB III

Kronologi Kasus

17. Bahwa pada 18 Agustus 2019 di Asrama Jayawijaya, Lenteng Agung, Jakarta Selatan, Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, dan Isay Wenda, bersama dengan Anes Tabuni als. Dano Anes Tabuni, Tansya Mariam, dan beberapa korwil dan anggota persatuan mahasiswa dan pemuda Papua yang ada di Jakarta melakukan pertemuan untuk mempersiapkan unjuk rasa di depan Mabes TNI AD dan depan Istana Negara guna merespon insiden dugaan rasisme di Surabaya terhadap masyarakat Papua yang akan dilaksanakan pada 22 Agustus 2019 dengan tuntutan menolak rasisme, menyuarakan perlunya referendum bagi masyarakat Papua dan menuntut kemerdekaan Papua;
18. Bahwa pada 22 Agustus, bertempat di Depan Mabes TNI AD dan Istana Negara RI sekitar pukul 10.00 WIB, para Terdakwa bersama-sama dengan Anes Tabuni alias Dano Anes Tabuni dan peserta demo lainnya sekira 100 orang melakukan unjuk rasa dengan tuntutan menolak rasisme, menyuarakan referendum bagi Papua dan menuntut kemerdekaan Papua. Para Terdakwa melakukan aksinya dengan cara membuka baju, mengibarkan Bendera Bintang Kejora, dan melukis wajah serta dada mereka dengan Bendera Bintang Kejora;
19. Bahwa kemudian pada 25 Agustus 2019 Para Terdakwa bersama dengan Anes Tabuni alias Dano Anes Tabuni, Tansya Mariam, beberapa Korwil serta anggota persatuan Mahasiswa dan pemuda Papua di Jakarta kembali mengadakan pertemuan untuk teklap aksi unjuk rasa tanggal 28 Agustus 2019 yang direncanakan akan bertempat di depan Istana Presiden. Rapat teklap ini dihadiri oleh kurang lebih 15 - 17 orang bertempat di Sekretariat FRI-WP Lenteng;
20. Bahwa dalam pertemuan tersebut para Terdakwa menyepakati untuk melakukan gerakan unjuk rasa di depan Mabes TNI AD dan di depan Istana Negara guna merespon insiden dugaan rasisme di Surabaya terhadap masyarakat Papua;
21. Bahwa tuntutan aksi tersebut adalah untuk menolak rasisme, menolak kebijakan otonomi khusus Papua, menuntut hak menentukan nasib sendiri atau referendum dan menuntut kemerdekaan Papua;
22. Bahwa dalam pertemuan tersebut disepakati pula beberapa hal, diantaranya ditunjuknya Issay Wenda sebagai koordinator investigasi, Charles Kessay sebagai koordinator umum aksi, Dano Tabuni sebagai koordinator lapangan dan penunjukan Michael Himan untuk mencetak spanduk aksi;
23. Bahwa dalam rapat teklap aksi tersebut, tidak ada agenda ataupun kesepakatan forum untuk membawa bendera bintang kejora ke aksi 28 Agustus 2019 di Istana;

24. Bahwa notulen rapat tersebut adalah Amrosius Mulait dan dokumen notulensi ada di laptop Amrosius Mulait;
25. Bahwa pada 27 Agustus 2019, Dano Tabuni mengantarkan surat pemberitahuan aksi ke Polda Metro Jaya dan telah menandatangani 3 surat pernyataan yang diberikan oleh Kepolisian;
26. Bahwa pada 27 Agustus 2019, bertempat di Asrama Jayawijaya, Lenteng Agung, Para Terdakwa kembali mengadakan rapat untuk mematangkan rencana aksi unjuk rasa yang akan dilaksanakan 28 Agustus 2019;
27. Bahwa pada 28 Agustus 2019 kemudian terjadi aksi mahasiswa Papua bertempat di depan Mabes TNI AD dan depan Istana Presiden dengan jumlah massa sekira 100 orang dengan tuntutan:
 - a. Meminta pemerintah Republik Indonesia melakukan referendum di Papua agar Papua menjadi Negara Papua Merdeka yang memisahkan diri dari Negara Kesatuan Republik Indonesia
 - b. Menuntut diprosesnya orang-orang yang berbuat rasis terhadap mahasiswa Papua di Surabaya, menuntut kemerdekaan atau referendum bagi Papua atau diadakannya referendum bagi Papua dengan maksud untuk melepaskan wilayah Papua dan Papua barat dari NKRI dan mengibatkan bendera Bintang Kejora sebagai simbol Papua Merdeka;
28. Bahwa pada aksi tersebut Issay Wenda dan Charles Kossay datang terlambat dan oleh karenanya aksi diikordinatori oleh Dhano Tabuni. Ketika keduanya hadir mereka melihat massa aksi sudah mengibatkan bendera bintang kejora dan Arina Elopere mukanya berlukiskan bendera bintang kejora;
29. Bahwa Issay Wenda dan Charles Kossay tidak mengetahui sumber berkibarnya bendera bintang kejora;
30. Bahwa Polisi sempat melakukan penahanan, namun karena jumlah massa aksi yang membeludak kemudian Polisi membiarkan bendera bintang kejora berkibar;
31. Bahwa di dalam aksi ini, Paulus Suryanta Ginting diduga mengundang media asing untuk meliput aksi demonstrasi yang diikuti dengan pengibaran bendera tersebut;
32. Bahwa kemudian setelah aksi selesai, mahasiswa berkumpul di LBH Jakarta;
33. Bahwa pada 30 Agustus 2019, sekitar pukul 19.30, Charles Kossay dan Dano Anes Tabuni kemudian ditangkap di asrama Lani Jaya Depok oleh petugas dari Polda Metro Jaya berjumlah 50 orang dan berpakaian preman dengan kronologi sebagai berikut:

- a. Bahwa di asrama Lani Jaya Depok, tiba-tiba muncul kurang lebih 50 orang polisi berpakaian preman yang memaksa masuk asrama dengan menggunakan senjata laras pendek dan menodongkan pistol dan mencekik leher penghuni asrama;
 - b. Bahwa setelah berhasil masuk ke asrama, Polisi mengumpulkan penghuni perempuan dan laki-laki secara terpisah dan diminta untuk tiarap;
 - c. Bahwa Polisi tidak menggunakan ataupun memperlihatkan tanpa pengenal dan tidak membawa saksi dari perwakilan RT/RW serta tidak memperlihatkan surat izin penggeledahan dan penyitaan;
 - d. Bahwa pada penangkapan itu, Polisi melakukan penyitaan terhadap telepon genggam Dano Tabuni dan Charles Kossay, ToA, selendang, spanduk, serta surat-surat milik koordinator wilayah Lani Jaya
 - e. Bahwa setelah itu Polisi membacakan surat penangkapan untuk Dano Tabuni dan Charles Kossay atas perbuatan makar terkait pengibaran bendera bintang kejora di depan Istana Negara.
34. Bahwa setelah melakukan penangkapan terhadap Charles Kossay dan Dano Anes Tabuni, pada 31 Agustus 2019 kepolisian menangkap Issay Wenda dan Amrosius Mulait setelah mereka melakukan aksi solidaritas meminta pembebasan Charles Kossay dan Dano Anes Tabuni. Issay Wenda dan Ambrosius Mulait ditangkap dengan memperlihatkan surat perintah penangkapan dengan status tersangka, bersamaan dengan itu polisi kemudian memborgol Issay Wenda dan Ambrosius Mulait dan membawa mereka ke Mako Brimob;
35. Bahwa pada saat penangkapan, Polisi juga melakukan penyitaan terhadap telepon genggam Issay yang kemudian dibuka oleh Penyidik serta dompet;
36. Bahwa di hari yang sama, sekitar pukul 18.00 WIB, Ariana Elopere, Norince, dan Naliana ditangkap di Asrama Nduga, Jalan Kebun Raya II Tebet oleh 5 (lima) orang anggota kepolisian yang berpakaian preman yang mengaku ingin bertanya-tanya tentang Budaya Papua dan mengantar undangan;
37. Bahwa pada saat penangkapan Ariana Elopere, Norince, dan Naliana, Polisi juga melakukan penggeledahan dan penyitaan terhadap telepon genggam ketiganya;
38. Bahwa pada saat penangkapan dan penggeledahan serta penyitaan ini, Polisi tidak menunjukkan surat penangkapan dan penyitaan sama sekali;
39. Bahwa masih pada 30 Agustus 2019, Polisi yang berpakaian preman juga melakukan penangkapan terhadap Paulus Suryanta di Plaza Indonesia;
40. Bahwa berdasarkan kronologi kejadian yang telah diuraikan di atas, Penyidik menilai Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, dan Isay Wenda

telah menjadi inisiator dalam pertemuan-pertemuan persiapan aksi yang melibatkan pengibaran bendera bintang kejora, dan menjadi narator serta penghubung media asing yang mengangkat isu kemerdekaan Papua dengan referendum;

41. Bahwa berdasarkan kronologi kejadian yang telah diuraikan di atas, Penuntut Umum kemudian mendakwa Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, Isay Wenda, Anes Tabuni, dan Arina Elopere dengan perbuatan Makar dengan maksud untuk memisahkan Provinsi Papua dan Papua Barat dari NKRI, sebagaimana dimaksud di dalam ketentuan Pasal 106 KUHP jo. Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP atau Pasal 110 ayat (1) KUHP;

BAB IV

Makar Tidak Ditujukan Untuk Mengkriminalisasi Ekspresi Politik yang Sah

42. Bahwa ketentuan mengenai makar diatur di dalam beberapa pasal Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, yang merupakan terjemahan dari WvSNI yang diberlakukan di Indonesia berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana;

43. Bahwa pasal-pasal tersebut adalah:

(1) Pasal 87

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

(2) Pasal 104

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

(3) Pasal 106

Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun.

(4) Pasal 107

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

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

(5) Pasal 139a

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

(6) Pasal 139b

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

(7) Pasal 140

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

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

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

44. Bahwa ketentuan Pasal 106 KUHP yang digunakan Penuntut Umum di dalam dakwaannya terhadap Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, Isay Wenda, Anes Tabuni, dan Arina Elopere sebelum diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia berbunyi sebagai berikut:

"De aanslag ondernomen met het oogremek om het grondgebied van den staat geheel of gedeeltlijk omder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan aff te scheiden. Wordt gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdlr...van ten hoogste twintig jaem"

45. Bahwa kemudian ketentuan Pasal 106 tersebut diterjemahkan berdasarkan KUHP terjemahan BPHN sebagai:

"Makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun."

46. Bahwa kata *"aanslag"* dalam pasal tersebut di WVsNI, dalam KUHP diterjemahkan sebagai kata "makar";

47. Bahwa dalam membaca delik makar, Majelis Hakim tidak dapat membaca secara terpisah Pasal 106 KUHP dengan ketentuan yang ada di dalam Pasal 87 buku I KUHP;

48. Bahwa dalam Pasal 87 KUHP disampaikan bahwa:

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

49. Bahwa Pasal 53 ayat (1) KUHP menyatakan:

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

50. Bahwa jika melihat konstruksi dalam Pasal 87 KUHP, maka ketentuan Pasal 106 KUHP harus dibaca sebagai:

"Permulaan pelaksanaan dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara, diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara paling lama dua puluh tahun"

51. Bahwa pertanyaan selanjutnya kemudian adalah perbuatan apakah yang dapat dikatakan sebagai permulaan pelaksanaan sebagai perwujudan dari niat dalam ketentuan Pasal 106 KUHP;

52. Bahwa permulaan pelaksanaan menurut Moeljatno¹ memiliki 3 (tiga) syarat:

(1) Secara objektif apa yang dilakukan terdakwa harus mendekati kepada delik yang dituju. Atau dengan kata lain, harus mengandung potensi untuk mewujudkan delik tersebut.

(2) Secara subjektif, dipandang dari sudut niat, harus tidak ada keraguan lagi, bahwa yang telah dilakukan oleh terdakwa itu, ditujukan atau diarahka pada delik yang tertentu tadi.

(3) Bahwa apa yang dilakukan oleh terdakwa merupakan yang bersifat melawan hukum.

53. Meskipun terdapat perdebatan mengenai apakah makar harus dalam bentuk serangan (aanslag),² dimana dalam terjemahan aslinya, makar memang disebut

¹ Moeljatno, *Hukum Pidana Delik-Delik Percobaan*. Yogyakarta-Surabaya, FH UGM, Universitas Airlangga dan UII, 1993.

² Bahwa untuk dapat melihat hal tersebut, perlu untuk diketahui makna sesungguhnya dari makar yang merupakan terjemahan dari aanslag;

- Prof. Noyon dan Prof. Langemeijer, mengartikan makar sebagai tindak kekerasan atau setidaknya tidaknya merupakan percobaan-percobaan untuk melakukan tindak kekerasan. Namun Prof. Noyon dan Prof. Langemeijer menekankan bahwa tidak setiap aanslag selalu harus diartikan sebagai tindak kekerasan karena dalam praktek orang juga dapat menjumpai beberapa aanslag yang dilakukan tanpa didahului dengan kekerasan;

serangan (aanslag), namun dalam penelusuran secara historis yang dilakukan oleh Imam Nasima,³ terlihat jelas bahwa delik makar harus memiliki konsekuensi kuat antara perbuatan dan tujuan, sehingga ekspresi politik tidak dapat dikategorikan sebagai delik makar;

54. Bahwa apabila ditelusuri di dalam pembahasan WvSNI yang termuat di dalam MvT, diketahui bahwa yang dimaksudkan sebagai "aanslag" di dalam ketentuan Pasal 107 KUHP adalah sebagai berikut:

" De Raad van State maakte de opmerking, dat het begrip van aanslag zonder meer te onbestemd is om in een Wetboek van Strafrecht strafbaar te worden gesteld. (Zie advies, ad artt. 118, 119, 125 [109, 110, 116]). De Regering antwoordde (zie rapport), dat eene aanvulling overbodig scheen, omdat in de aangehaalde artikelen niet, onbepaald van een aanslag maar van een aanslag op den persoon wordt gesproken, en de uitdrukking elke daad van geweld (met inbegrip van de poging) omvat, welke ondernomen wordt tegen de in die artikelen genoemde hooge personen, die niet valt in eene zwaardere strafbepaling. Eene minderheid der Commissie was van oordeel, dat de strekking van aanslag in de artt. 100 en 101 juist ook door deze toelichting der Regering niet duidelijk is. Immers het geldt hier niet een aanslag op den persoon. Moet nu desniettemaanstaande toch alleen aan daden van geweld worden gedacht? Dit zou echter niet overeenstemmen met, de bepaling van art. 88 [79]. waarvan de strekking veel verder reikt. Aan 17 den andere kant zou het begrip te ruim kunnen worden opgevat. Vooral in het geval van art. 101 zou de onbestemdheid van aanslag tot verkeerde praktische gevolgen kunnen leiden, en pogingen, door middel van geschriften of vereenigingen ondernomen om den grond wettigen regeringsvorm langs vreedzamen weg te veranderen, als strafbare aanslag volgens art. 101 kunnen worden gequalificeerd.

-
- Djoko Prakoso, berdasarkan kesimpulan buku "Tindak Pidana Makar Menurut KUHP" yang ditulis dan diterbitkan pada 1985, kata "Makar" merupakan terjemahan dari kata "Aanslag" yang berarti "Serangan". KUHP kita tidak memberikan defenisinya namun hanya penafsiran yang otentik (khusus) yang terdapat dalam Pasal 87 KUHP;
 - Wirjono Prodjodikoro juga menggunakan kata "Makar" sebagai terjemahan kata "Aanslag", yang menurut beliau adalah "Serangan". Sehingga dapat dipahami bahwa menurut Wirjono Prodjodikoro, "Aanslag" adalah "Serangan";
 - R. Soesilo dalam komentarnya terkait KUHP, disebutkan bahwa "aanslag (makar atau penyerangan) itu biasanya dilakukan dengan perbuatan kekerasan". Bahwa kemudian perbuatan makar (aanslag) ditujukan tergantung pada tujuannya, sebagai contoh di dalam Pasal 106 KUHP obyek dalam penyerangan ini adalah kedaulatan atas negara;

Bahwa disebutkan pula dalam beberapa kamus Bahasa Belanda, "aanslag" diartikan sebagai "gewelddadige aanval" yang dalam Bahasa Inggris diterjemahkan sebagai "violent attack"; Bahwa "aanslag" juga memiliki arti yang sama dengan onslaught dalam Bahasa Inggris yang artinya adalah "violent attack, fierce attack" atau segala serangan yang bersifat kuat (vigorous);

³ Keterangan Ahli Imam Nasima dalam putusan MK No. 7/PUU-XV/2017

Terjemahan:

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

55. Bahwa di dalam MvT tersebut nampak adanya perdebatan mengenai perbuatan apa yang dapat digolongkan ke dalam *aanslag*;

56. Bahwa apabila merujuk kepada terjemahan bebas, bunyi ketentuan Pasal 106 KUHP dalam teks aslinya berbunyi sebagai berikut:

"Serangan yang dilakukan dengan maksud membawa wilayah negara untuk sebagian atau seluruh ke dalam kekuasaan asing atau memisahkan diri darinya diancam dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara sementara selama-lamanya 20 tahun"

57. Bahwa serangan di atas dalam konteksnya dapat pula dikaitkan pada semua perbuatan yang dilakukan dalam konteks perjuangan bersenjata kelompok separatis baik yang ingin memerdekakan diri sendiri atau bergabung dengan negara lain. Perjuangan untuk mencapai tujuan inilah yang muncul dalam ragam tindak pidana, termasuk pembunuhan, dst;

58. Bahwa semua tindak pidana (umum) sepanjang dilakukan dengan maksud-tujuan membentuk negara terpisah atau bergabung dengan negara lain (atau dalam konteks perjuangan memisahkan diri dari Negara Indonesia secara melawan hukum) dapat dikenakan ketentuan Pasal ini;

59. Bahwa dalam memaknai serangan sebagai *elements of crime* dalam pasal-pasal makar dapat dilihat sebagai 2 hal: secara khusus adalah tindak pidana yang berkaitan dengan upaya menghilangkan nyawa dan perampasan kemerdekaan, dan kategori kedua adalah serangan dalam arti umum yang dapat mencakup tindak pidana apapun sepanjang ditujukan (dan dapat dibuktikan per kaitannya) dengan tujuan (maksud atau kesengajaan pelaku) untuk memisahkan diri. Ini digunakan untuk membedakannya dari penggantian negara/pemerintahan melalui jalur-jalur konstitusional;⁴

⁴ Widati Wulandari dan Tristam P. Moeliono, *Problematika Pengertian Aanslag-Aanslag tot en feit: Perbandingan Makar dalam KUHP, WvSNI, dan Sr.*

60. Bahwa lebih lanjut minoritas dari anggota Komisi atau perancang WvSNI menilai ketidakjelasan pengertian "*aanslag*" di dalam Pasal 106 dan Pasal 107 akan menyebabkan dampak-dampak praktis yang keliru, serta **percobaan-percobaan yang dilakukan dengan tulisan, atau serikat-serikat, untuk mengubah bentuk pemerintahan yang konstitusional melalui jalan damai, yang dianggap sebagai "*aanslag*" yang dapat dipidana;**⁵
61. Bahwa perdebatan terjadi terkait potensi pelanggaran hak berserikat dan hak untuk mengeluarkan pendapat;⁶
62. Bahwa kemudian Komisi tetap beranggapan penafsiran mengenai perbuatan apa saja yang termasuk di dalam "*aanslag* dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara" aman untuk diserahkan kepada yurisprudensi yang dapat menemukan cukup arahan bagi pengertian umum suatu percobaan yang dapat dipidana, untuk membedakan aanslag yang dimaksud disini dari kegiatan akademis atau diskusi-diskusi politik. Komisi juga beranggapan bahwa istilah aanslag mungkin secara bahasa hanya akan menimbulkan keberatan terkait dampak praktis yang keliru. Namun, perubahan dari bentuk pemerintahan atau penerus tahta juga dapat dicapai melalui cara yang tak layak untuk dipidana;
63. Bahwa dari perdebatan tersebut dapat diketahui bahwa "*aanslag*" yang dimaksud di dalam Pasal 106 **tidak mencakup kegiatan yang merupakan cara mengubah bentuk pemerintahan yang konstitusional melalui jalan damai dan bahwa tidak semua perubahan bentuk pemerintahan patut untuk dipidana**, dikarenakan juga dapat dicapai melalui cara yang tak layak untuk dipidana;

⁵ Keterangan Ahli Imam Nasima dalam putusan MK No. 7/PUU-XV/2017

⁶ *Ibid.*

BAB V

Perbuatan dalam Makar Harus Berkonsekuensi Logis Dengan Tujuan Makar

64. Bahwa istilah *aanslag* di dalam Pasal 106 harus dibaca dan dimaknai dalam konteks kejahatan yang ditujukan terhadap keselamatan negara, sehingga serangan yang dimaksud di dalam ketentuan pasal tersebut harus dipahami dan dikaitkan dengan ada/tidaknya ancaman terhadap keselamatan negara;⁷
65. Bahwa perlu diperhatikan pula ketentuan lain yang berhubungan dengan Pasal 106 KUHP, yakni ketentuan Pasal 110 ayat (4) KUHP yang menyatakan bahwa:
- "Tidak dipidana barang siapa yang ternyata bermaksud hanya mempersiapkan atau memperlancar perubahan ketatanegaraan dalam artian umum"*
66. Bahwa untuk dapat lebih mudah melihat perbuatan apa sebenarnya yang dapat dikatakan sebagai makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara, maka Majelis Hakim harus memperhatikan konstruksi Pasal 106 KUHP;
67. Bahwa unsur delik dalam Pasal 106 KUHP adalah sebagai berikut:
- (1) Makar
 - (2) Dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara
68. Bahwa dengan memerhatikan unsur di dalam delik tersebut, makar atau *aanslag* yang dilakukan oleh si pembuatnya harus dimaknai dilakukan dengan **tujuan atau dengan maksud** supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara;
69. Bahwa jika kembali ke dalam konstruksi makar di dalam Pasal 87 KUHP, maka dapat dikatakan bahwa niat yang telah diwujudkan dalam permulaan pelaksanaan, harus merupakan perbuatan yang **secara logis berkonsekuensi** pada tujuan dari perbuatan makar dalam Pasal 106, yakni untuk membuat seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara;
70. Bahwa untuk dapat didakwa dengan Pasal 106 KUHP, seorang harus benar-benar mengetahui dan menghendaki perbuatan yang dilakukan akan berakibat pada "jatuhnya seluruh atau sebagian wilayah negara ke tangan musuh atau terpisahnya sebagian dari wilayah negara";

⁷ Widati Wulandari dan Tristam P. Moeliono, *Loc.Cit.*

71. Bahwa dicantumkan unsur "dengan maksud" dalam Pasal 106 juga menunjukkan pula adanya corak kesengajaan sebagai maksud di dalam delik tersebut, yakni kesengajaan sebagai maksud;
72. Bahwa menurut Vos, kesengajaan sebagai maksud artinya adalah bahwa pembuat delik menghendaki akibat perbuatannya. Andaikata pembuat sebelumnya sudah mengetahui bahwa akibat perbuatannya tidak akan terjadi, maka sudah tentu ia tidak pernah melakukan perbuatannya;⁸
73. Bahwa perlu diperhatikan pula keseluruhan unsur dalam Pasal 106 KUHP harus dikaitkan pada tujuan yang tercantum: yakni untuk memisahkan diri dari ikatan negara secara melawan hukum;⁹
74. Bahwa dalam dakwaan yang dibuat oleh Penuntut Umum, harus dapat ditemukan adanya kondisi-kondisi yang secara faktual menunjukkan adanya perbuatan yang secara logis dapat menunjukkan niat pelaku untuk mencapai tujuan tersebut;

⁸ Eddy O.S. Hiariej, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2016.

⁹ *Ibid.*

BAB VI

Para Terdakwa Memiliki Hak atas Kebebasan Berekspresi dan Berpendapat, Serta Ekspresi Politik yang Sah Tidak Dapat Dipidana dengan Makar

75. Bahwa dalam kerangka interasional, hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat dan ekspresi politik dijamin pelaksanaannya di dalam *Article 19 Universal Declaration of Human Rights*, yang berbunyi sebagai berikut:

"Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers."

Terjemahan:

"Setiap orang berhak atas kebebasan mempunyai dan mengeluarkan pendapat; dalam hal ini termasuk kebebasan menganut pendapat tanpa mendapat gangguan, dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan keterangan-keterangan dan pendapat dengan cara apa pun dan dengan tidak memandang batas-batas."

76. Bahwa dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi oleh Indonesia melalui UU Nomor 12 Tahun 2005, dalam Pasal 19 ayat (1) dan (2) diatur pula ketentuan mengenai hak atas kebebasan berpendapat:

(1) *Setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan.*

(2) *Setiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat; hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari pembatasan-pembatasan secara lisan, tertulis, atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya.*

77. Bahwa selain diakui di dalam *Universal Declaration of Human Rights*, kebebasan berekspresi dan berpendapat serta ekspresi politik juga merupakan hak setiap warga negara yang dijamin oleh Negara dan secara tegas disampaikan di dalam Pasal 28E ayat (3) UUD 1945;

78. Bahwa dalam Pasal 28E ayat (3) UUD 1945 dinyatakan bahwa:

"Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat"

79. Bahwa dalam menjalankan hak ini, terdapat limitasi tertentu yang harus diperhatikan, sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi:

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

80. Bahwa pembatasan tersebut juga dimuat di dalam Kovenan Sipol yang telah diratifikasi melalui UU Nomor 12 Tahun 2005 dalam Pasal 19 ayat (3):

"Pelaksanaan hak-hak yang dicantumkan dalam ayat 2 pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggung jawab khusus. Oleh karenanya dapat dikenai pembatasan tertentu, tetapi hak ini hanya dapat dilakukan sesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk:

(1) Menghormati hak atau nama baik orang lain;

(2) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum."

81. Bahwa sebagai turunan atas perlindungan terhadap hak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat, dibentuklah Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum yang pada pokoknya mengatur mengenai tata cara menyampaikan pendapat di muka umum yang diperbolehkan;

82. Bahwa apabila merujuk pada praktik di Eropa, dalam European Convention on Human Rights, disampaikan bahwa:

"Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or the rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

Terjemahan:

"Setiap orang memiliki hak atas kebebasan berekspresi. Termasuk di dalam hak ini adalah hak untuk memiliki pendapat dan menerima dan memberi informasi dan gagasan tanpa adanya intervensi dari otoritas publik dan terlepas dari pembatasan. Pasal ini tidak boleh digunakan untuk membatasi negara dari kewajiban lisensi penyiaran, TV, dan perfilman.

Pelaksanaan dari kebebasan ini, dikarenakan kebebasan ini disertai dengan tugas dan tanggung jawab, dapat menjadi subjek formalitas, syarat, dan pembatasan, atau hukuman sesuai dengan ketentuan perundang-undangan dan perlu di dalam masyarakat demokratis, atas dasar keamanan negara, integritas wilayah atau keamanannya publik, untuk pencegahan kejahatan, untuk melindungi kesehatan atau moral, untuk perlindungan reputasi dan hak orang lain, untuk mencegah penyebaran informasi rahasia, atau untuk mempertahankan otoritas dan imparialitas yudikatif."

83. Bahwa dalam praktik pelaksanaan Artikel 10 ECHR ini, setiap orang yang menyatakan opini politiknya berkaitan dengan isu yang sangat kontroversial, harus dapat melakukannya dengan tanpa ketakutan akan penyerangan dan negara justru memiliki kewajiban untuk melakukan tindakan supaya orang ini dapat melaksanakan haknya dengan aman;¹⁰
84. Bahwa dalam kerangka ECHR, dikatakan bahwa limitasi dalam pelaksanaan hak untuk menyampaikan opini politik hanya dapat diterima di dalam masyarakat demokratis apabila Pemerintah dapat membuktikan:
 - (1) *Bahwa orang yang menyampaikan pendapatnya memiliki maksud untuk menghasut audiens untuk berbuat kekerasan*
 - (2) *Bahwa akan ada bahaya yang berdampak serius yang akan terjadi*
 - (3) *Bahwa tidak ada cara lain untuk menghentikan orang yang menyampaikan pendapat*
85. Bahwa dalam kasus Stern Taulats dan Roura Capellera v. Spain, European Court of Human Rights menegaskan penjatuhan pidana kepada warga negara yang dilakukan oleh Spanyol merupakan pelanggaran terhadap Artikel 10 ECHR. Pengadilan menegaskan bahwa tindakan yang dilakukan Stern dan Roura dengan membakar foto keluarga kerajaan merupakan sebuah ekspresi politik berupa ketidaksetujuan terhadap monarki yang mana perbuatan tersebut tidak melampaui derajat provokasi yang diperbolehkan untuk menyampaikan pesan berisi kritik dalam kerangka kebebasan berekspresi. Lebih lanjut, Pengadilan juga menegaskan bahwa maksud dari Stern dan Roura melakukan hal tersebut bukanlah untuk menghasut siapapun melakukan kekerasan terhadap raja, dan

¹⁰ Andreas Svahn, *Freedom of Political Expression*, Tesis, Faculty of Lund, 2006, hal. 74.

peilaku-perilaku seperti ini harus diinterpretasikan sebagai ekspresi simbolik dari ketidakpuasan dan protes;¹¹

86. Bahwa dari kasus ini dapat dilihat ekspresi politik dapat dilakukan melalui berbagai macam bentuk, selama tidak melampaui limitasi dalam pelaksanaan hak yang adalah tidak menghasut untuk berbuat kekerasan dan tidak ada bahaya yang serius yang akan terjadi sebagai dampaknya;
87. Bahwa kemudian di Indonesia sendiri, terdapat berbagai limitasi yang harus dipenuhi dalam penyampaian pendapat di muka umum, yang kesemuanya disampaikan di dalam ketentuan UU Nomor 9 Tahun 1998;
88. Bahwa dalam keadaan tertentu sebagaimana diatur dalam UU Nomor 9 Tahun 1998 demonstrasi dapat dibubarkan oleh pihak yang berwajib, namun pada dasarnya kegiatan demonstrasi tersebut tidak dilarang pelaksanaannya dan justru wajib untuk dihormati oleh Pemerintah dalam hal ini aparat yang bertanggung jawab;
89. Bahwa dengan demikian, demonstrasi di Indonesia merupakan perwujudan hak untuk berekspresi dan berpendapat serta berekspresi politik yang tidak dilarang dan justru dilindungi pelaksanaannya;
90. Bahwa dalam kronologi kejadian diketahui bahwa Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, Isay Wenda, Anes Tabuni, dan Arina Elopere terlibat di dalam demonstrasi sebagai respon atas adanya peristiwa rasisme terhadap mahasiswa papua di Surabaya;
91. Bahwa beberapa poin isu yang sebelumnya dibicarakan di dalam rapat teklap aksi pada 26 Agustus 2019 adalah aksi rasisme terhadap Papua, pengungsian di Nduga, serta lemahnya jaringan internet di Papua. Rapat ini dihadiri oleh Charles Kossay, Ambrosius Mulait, serta Isay Wenda;
92. Bahwa aksi pada tanggal 28 Agustus tersebut telah pula diberitahukan kepada Polda Metro Jaya oleh Dano Tabuni selaku Koordinator Lapangan aksi 28 Agustus 2019;
93. Bahwa berdasarkan uraian dakwaan yang disampaikan oleh Penuntut Umum, unjuk rasa yang dilakukan oleh Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, Isay Wenda, Anes Tabuni, dan Arina Elopere dilaksanakan dengan mengajukan beberapa tuntutan:
 - a. Meminta pemerintah RI melakukan referendum di Papua

¹¹ Stern Taulats dan Roura Capellera v. Spain, application number 51168/15, lihat dalam <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/stern-aulats-roura-capellera-v-spain/>

b. Menuntut diprosesnya orang-orang yang berbuat rasial terhadap mahasiswa Papua di Surabaya

94. Bahwa atas tuntutan inilah kemudian Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, Isay Wenda, Anes Tabuni, dan Arina Elopere didakwa dengan tindak pidana makar dengan maksud supaya seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara;
95. Bahwa sebagaimana telah dijelaskan di dalam bagian sebelumnya, konstruksi makar di dalam kerangka hukum pidana nasional Indonesia, dimaknai sebagai permulaan pelaksanaan yang dilakukan dengan maksud mencapai suatu tujuan tertentu, yang dalam Pasal 106 KUHP, adalah untuk menjatuhkan seluruh atau sebagian wilayah negara ke tangan musuh atau untuk memisahkan sebagian dari wilayah negara;
96. Bahwa mengenai permulaan pelaksanaan seperti apakah yang dapat dikatakan sebagai makar, beberapa ahli menyatakan pendapatnya bahwa hal tersebut harus berupa serangan, atau perbuatan-perbuatan lain yang secara langsung berkonsekuensi logis pada tercapainya tujuan di dalam pasal makar yang didakwakan;
97. Bahwa perlu diingat pula di dalam Pasal 110 ayat (4) KUHP diberikan pembatasan bahwa *barangsiapa yang ternyata bermaksud hanya mempersiapkan atau memperlancar perubahan ketatanegaraan dalam artian umum tidak dipidana*;
98. Bahwa tindakan demonstrasi tanpa kekerasan yang dilakukan dengan melakukan orasi, mengajukan tuntutan, dan mengibarkan simbol tertentu secara logis tidaklah dapat disebut sebagai suatu permulaan pelaksanaan untuk menjatuhkan seluruh atau sebagian wilayah negara ke tangan musuh atau untuk memisahkan sebagian dari wilayah negara;
99. Bahwa apabila memang tuntutan yang diajukan dalam demonstrasi untuk melakukan referendum tersebut merupakan perbuatan yang dimaksud Penuntut Umum sebagai tindak pidana makar, maka Penuntut Umum telah salah dalam memahami konstruksi pasal makar;
100. Bahwa dengan mengajukan tuntutan untuk melakukan referendum tidak serta merta sebagian atau seluruh wilayah negara akan jatuh ke tangan musuh atau sebagian dari wilayah negara akan terpisah;
101. Bahwa perlu diperhatikan pula bahwa dalam MvT Pasal 106 WvS NI yang diadopsi oleh Indonesia menjadi KUHP, disampaikan apabila makar yang dimaksudkan di dalam ketentuan Pasal 106 dan 107 WvS NI diperuntukkan bagi:¹²

¹² Geschiedenis van Het Wetboek van Strafrecht voor Ned.-Indie, hal 193.

"The participants in the armed resistance of a self-governing landscape, provided that this resistance is based on non-recognition of the Dutch authority and as a result, separation from a part of the territory of the State"

Terjemahan:

Orang yang terlibat dalam perlawanan bersenjata yang ingin menentukan nasib sendiri dan dalam kondisi tidak mengakui Pemerintahan Belanda, dan sebagai hasilnya ingin memisahkan diri dari Negara);

102. Bahwa dalam peristiwa demonstrasi ini, peserta yang terlibat jelas bukan merupakan kelompok bersenjata yang tidak mengakui keberadaan Pemerintah Indonesia, dan upaya yang dilakukan pun merupakan upaya penyampaian pendapat dan ekspresi politik yang sah untuk dilakukan dan dilaksanakan dengan menghormati hak-hak dan kebebasan orang lain, aturan hukum yang berlaku, serta ketertiban dan keamanan umum;

Referendum Merupakan Bagian Dari Ketatanganan Indonesia dan Merupakan Ekspresi Politik yang Sah

103. Bahwa dengan mengajukan tuntutan supaya Pemerintah Indonesia melakukan referendum di Papua dan Papua Barat, justru menunjukkan adanya penghormatan peserta demonstrasi terhadap pemerintahan yang berlaku di daerah tersebut, dan maka dari itu meminta dengan cara yang diperbolehkan dalam kerangka hukum yakni referendum;
104. Bahwa referendum pada dasarnya merupakan suatu mekanisme jajak pendapat kepada masyarakat yang bertujuan untuk mengambil suatu keputusan;¹³
105. Bahwa referendum bukanlah hal yang baru di Indonesia, dan permintaan untuk melakukan referendum telah pernah terjadi dan referendum pun pernah dilakukan di Timor Timur pada 30 Agustus 1999;¹⁴
106. Bahwa referendum tersebut merupakan langkah yang diambil Presiden B.J. Habibie, dimana dirinya memberikan pilihan kepada Timor Timur, atas dasar analisis *cost and benefit*, apakah menerima otonomi khusus dalam NKRI atau menolak otonomi khusus yang menyebabkan pemisahan dari Indonesia;¹⁵

¹³ Merujuk pada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1985 tentang Referendum, referendum adalah referendum adalah kegiatan untuk meminta pendapat rakyat secara langsung mengenai setuju atau tidak setuju terhadap kehendak Majelis Permusyawaratan Rakyat untuk mengubah Undang-Undang Dasar 1945;

¹⁴ Tirto, *Referendum Timor Leste: Jalan Panjang Kemerdekaan Sebuah Bangsa*, <https://tirto.id/referendum-timor-leste-jalan-panjang-kemerdekaan-sebuah-bangsa-bFyB>

¹⁵ Wikipedia, *Referendum Kemerdekaan Timor Leste 1999*, https://id.wikipedia.org/wiki/Referendum_kemerdekaan_Timor_Leste_1999

107. Bahwa setelah referendum tersebut dilaksanakan, hasilnya 78,50% menghendaki adanya pemisahan dari Indonesia, sehingga kemudian Timor Timur lepas dari wilayah NKRI dan bergabung menjadi negara anggota PBB pada 20 Mei 2002;¹⁶
108. Bahwa artinya dari peristiwa tersebut dapat diketahui bahwa referendum merupakan salah satu bentuk perubahan ketatanegaraan yang dikenal dalam praktik ketatanegaraan di Indonesia;
109. Bahwa meskipun Indonesia tidak memiliki mekanisme ketatanegaraan yang diatur dalam tataran perundang-undangan mengenai referendum untuk tujuan menentukan nasib suatu daerah, namun demikian praktik ketatanegaraan merupakan sebuah sumber hukum ketatanegaraan, menunjukkan Indonesia memiliki sejarah untuk melangsungkan referendum dan hal tersebut sangat mungkin dilakukan;
110. Bahwa apabila dikaitkan dengan peristiwa ini, permintaan untuk melakukan referendum yang disuarakan oleh para demonstran adalah suatu permintaan yang sah sebagai sebuah ekspresi politik, sebab melihat sejarah ketatanegaraan Indonesia, hal tersebut sangatlah mungkin untuk dilakukan;
111. Bahwa permohonan tersebut diajukan di dalam demonstrasi sebab keputusan untuk melaksanakan referendum hanyalah berada di tangan Presiden sebagai Kepala Pemerintahan yang sah. Hal tersebut menunjukkan bahwa Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, Isay Wenda, Anes Tabuni, dan Arina Elopere masih mengakui kekuasaan Pemerintahan Indonesia terhadap wilayah Papua dan Papua Barat, dan tidak kemudian memisahkan wilayah tersebut begitu saja;
112. Bahwa permohonan referendum tersebut untuk dapat mencapai tujuan harus terlebih dahulu disetujui Presiden, yang artinya demonstrasi yang memohonkan referendum tidak serta merta berdampak pada terpisahnya Papua dan Papua Barat dari NKRI;
113. Bahwa perlu kembali ditegaskan, dalam Pasal 110 ayat (4) KUHP, disampaikan:
- "Tidak dipidana barang siapa yang ternyata bermaksud hanya mempersiapkan atau memperlancar perubahan ketatanegaraan dalam artian umum."*
114. Bahwa maka dari itu mengingat seluruh kondisi yang telah disampaikan di atas, perbuatan demonstrasi yang menuntut dilaksanakannya referendum untuk kemerdekaan Papua dan Papua Barat, yang dilakukan Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, Isay Wenda, Anes Tabuni, dan Arina Elopere jelas bukanlah merupakan suatu perbuatan makar, dikarenakan demonstrasi yang

¹⁶ Julian Duplain, *Q&A East Timor Referendum*, http://news.bbc.co.uk/2/hi/special_report/1999/05/99/east_timor/429053.stm

dilakukan merupakan suatu bentuk pelaksanaan dari hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat dan ekspresi politiknya;

115. Bahwa tuntutan yang disampaikan di dalam demonstrasi tersebut, juga merupakan sebuah bentuk ekspresi politik yang sah, sebab dalam praktiknya tuntutan tersebut pernah dilaksanakan di Indonesia, dan merupakan suatu bentuk mekanisme perubahan ketatanegaraan secara luas;

BAB VII

Kesimpulan

116. Bahwa ekspresi politik merupakan bagian dari kebebasan berekspresi dan berpendapat yang keberadaannya dijamin oleh UUD 1945 dan instrumen HAM internasional lainnya. Praktik-praktik penegakan hak ini menunjukkan bahwa ekspresi politik tidak dapat dibatasi kecuali melalui batasan-batasan yang sah;
117. Bahwa dengan memerhatikan hak tersebut, ekspresi politik yang sah tidak dapat dipidana, melainkan harus dilindungi oleh negara;
118. Bahwa praktik referendum dan ekspresi untuk meminta referendum sudah menjadi bagian dari praktik ketatanegaraan di Indonesia. Sebelumnya, Indonesia sudah pernah melakukan referendum untuk memutuskan apakah Timor Timur akan memisahkan diri dari NKRI atau tidak. Hal ini, dilakukan dengan sah dan bukan merupakan sebuah upaya makar;
119. Bahwa dalam pembuktian delik makar harus berkolerasi antara perbuatan dengan tujuan makar, bahwa perbuatan harus berkonsekuensi logis dengan tujuan dilakukannya makar yaitu seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara;
120. Bahwa ekspresi politik yang sah yaitu meminta adanya referendum jelas-jelas tidak dapat mengakibatkan seluruh atau sebagian wilayah negara jatuh ke tangan musuh atau memisahkan sebagian dari wilayah negara. Selain itu, hal ini juga tidak sesuai dengan *original intent* adanya pasal makar, yaitu tidak dapat ditujukan untuk menyasar ekspresi politik warga negara.
121. Bahwa dengan demikian, perbuatan Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, Isay Wenda, Anes Tabuni, dan Arina Elopere menyampaikan ekspresi politiknya sebagai perwujudan dari pelaksanaan hak kebebasan berekspresi dan berpendapat **dilindungi oleh konstitusi dan tidak dapat dipidana dengan makar**. Sehingga, Paulus Suryanta Ginting, Charles Kosay, Ambrosius Mulait, Isay Wenda, Anes Tabuni, dan Arina Elopere **harus dinyatakan tidak terbukti melakukan perbuatan makar sebagaimana didakwakan oleh pentutut umum dan dibebaskan dari segala tuntutan hukum**.

PROFIL LEMBAGA

Institute for Criminal Justice Reform, disingkat ICJR, merupakan lembaga kajian independen yang memfokuskan diri pada reformasi hukum pidana, reformasi sistem peradilan pidana, dan reformasi hukum pada umumnya di Indonesia. Salah satu masalah krusial yang dihadapi Indonesia pada masa transisi saat ini adalah mereformasi hukum dan sistem peradilan pidananya ke arah yang demokratis. Di masa lalu hukum pidana dan peradilan pidana lebih digunakan sebagai alat penopang kekuasaan yang otoriter, selain digunakan juga untuk kepentingan rekayasa sosial. Kini saatnya orientasi dan instrumentasi hukum pidana sebagai alat kekuasaan itu dirubah ke arah penopang bagi bekerjanya sistem politik yang demokratis dan menghormati hak asasi manusia. Inilah tantangan yang dihadapi dalam rangka penataan kembali hukum pidana dan peradilan pidana di masa transisi saat ini. Dalam rangka menjawab tantangan tersebut, maka diperlukan usaha yang terencana dan sistematis guna menjawab tantangan baru itu. Suatu grand design bagi reformasi sistem peradilan pidana dan hukum pada umumnya harus mulai diprakarsai. Sistem peradilan pidana seperti diketahui menduduki tempat yang sangat strategis dalam kerangka membangun the Rule of Law, dan penghormatan terhadap hak asasi manusia. Sebab demokrasi hanya dapat berfungsi dengan benar apabila ada pelembagaan terhadap konsep the Rule of Law. Reformasi sistem peradilan pidana yang berorientasi pada perlindungan hak asasi manusia dengan demikian merupakan “conditio sine quo non” dengan proses pelembagaan demokratisasi di masa transisi saat ini. Langkah-langkah dalam melakukan transformasi hukum dan sistem peradilan pidana agar menjadi lebih efektif memang sedang berjalan saat ini. Tetapi usaha itu perlu mendapat dukungan yang lebih luas. Institute for Criminal Justice Reform (ICJR) berusaha mengambil prakarsa mendukung langkah-langkah tersebut. Memberi dukungan dalam konteks membangun penghormatan terhadap the Rule of Law dan secara bersamaan membangun budaya hak asasi manusia dalam sistem peradilan pidana. Inilah alasan kehadiran ICJR.

Sekretariat:

Jl. Kompleks Departemen Kesehatan Blok B4, Pasar Minggu, Jakarta Selatan - 12520

Phone/Fax: 021 27807065 Email : infoicjr@icjr.or.id

 <http://icjr.or.id>  infoicjr@icjr.or.id      ICJRID