

REFORMASI PENAHANAN DAN PENGHINDARAN PENAHANAN BAGI PENGGUNA DAN PECANDU NARKOTIKA DALAM RKUHAP



INSTITUTE FOR
CRIMINAL JUSTICE
REFORM

Reformasi Penahanan dan Penghindaran Penahanan bagi Pengguna dan Pecandu Narkotika dalam RKUHAP

Penulis:

Maidina Rahmawati

Girlie Lipsky Aneira Br Ginting

Penyunting:

Maidina Rahmawati

Desain Sampul:

Elisabeth Garnistia A.

Lisensi Hak Cipta:



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

ISBN:

Penerbit:

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: **Januari 2022**

Kata Pengantar

Dalam KUHAP, saat ini belum termuat bahwa penahanan bersifat *exceptional*, artinya tidak wajib, tidak harus digunakan, hanya apabila diperlukan untuk kepentingan pemeriksaan. Sayangnya ketika bicara tindak pidana diancam dengan pidana penjara lebih dari 5 tahun, maka penahanan seolah wajib, ketika bicara narkoba? Pasal pengusaan, kepemilikan mengancam pidana penjara di atas 5 tahun, jelas mudah untuk melakukan penahanan.

Penahanan memberikan kompleksitas tersendiri dalam masalah sistem peradilan pidana di Indonesia. Satu per tiga penghuni rutan dan lapas berasal dari penahanan pra persidangan, yang harusnya tidak mudah dilakukan.

Lantas apa saja sebenarnya yang perlu diperbaiki dalam hukum penahanan di Indonesia? Penelitian ini memaparkan aspek-aspek penting yang harus diperhatikan yang membawa masalah dalam praktik penahanan saat ini.

Terkait dengan pengguna dan pecandu narkoba? ICJR telah berulang kali menyerukan agar Pemerintah dan DPR melakukan reformasi Kebijakan Narkoba di Indonesia. Saat ini Indonesia merupakan negara yang masih represif dalam menyelenggarakan kebijakan narkotikanya dalam UU No. 35 tahun 2009. UU ini belum memberikan jaminan rehabilitasi pecandu narkoba dan dekriminialisasi kepada pengguna narkoba. Akibatnya, angka pecandu dan pengguna narkoba di dalam Lapas dari tahun ke tahun terus meningkat, tanpa intervensi kesehatan mengakibatkan hak atas keamanan dan kesehatan mereka terlanggar.

Pemenjaraan jelas bukan merupakan solusi bagi pengguna narkoba, malah akan menyebabkan Lapas sebagai “surga” bagi peredaran narkoba yang dapat menimbulkan sistem dan aparatur negara yang koruptif. Tak heran, pihak Kementerian Hukum dan HAM serta Ditjen PAS kewalahan menangani kasus peredaran narkoba di dalam Lapas.

Semoga tulisan ini dapat menambahkan pukulan bagi kita untuk segera berbenah.

Selamat Membaca!

Erasmus A.T. Napitupulu
Direktur Eksekutif ICJR

Daftar Isi

Daftar Isi.....	iv
1. Pendahuluan.....	1
1.1. Latar Belakang.....	1
1.2. Pertanyaan Penelitian.....	5
1.3. Tujuan Penelitian.....	6
2. Pembahasan.....	6
2.1. Kerangka Hukum dan Instrumen Internasional tentang Batasan Penahanan.....	6
2.1.1. Ketentuan Umum.....	6
2.1.2. Batasan Melakukan Penangkapan.....	11
2.1.3. Batasan Alasan dilakukan Penahanan.....	11
2.1.4. Alasan Penahanan Lanjutan dan Kewajiban Evaluasi Berkala.....	19
2.1.5. Mempertimbangkan Bentuk Alternatif Lain.....	20
2.1.6. Jangka Waktu Penahanan.....	20
2.1.7. Kewajiban Negara pada saat Penahanan.....	21
2.1.8. Otoritas yang Meninjau Penahanan.....	22
3. Kerangka Hukum dan Instrument Internasional tentang Penghindaran Penahanan dan Pemenjaraan bagi Pengguna dan Pecandu Narkotika.....	23
4. Pengaturan Penahanan dalam RKUHAP.....	23
4.1. Syarat Penahanan.....	23
4.2. Jangka Waktu Penahanan.....	24
4.3. Jenis Penahanan.....	25
4.4. Penangguhan Penahanan.....	25
4.5. Pembantaran.....	26
4.6. Pemeriksaan oleh Hakim Pemeriksaan Pendahuluan.....	26
5. Kompabilitas aturan penahanan di RKUHAP dengan Instrumen HAM.....	27
6. Penutup.....	36
a. Kesimpulan.....	36
b. Rekomendasi.....	36

Referensi	37
Profil Penulis	39
Profil ICJR	40

Reformasi Penahanan dan Penghindaran Penahanan bagi Pengguna dan Pecandu Narkotika dalam RKUHAP

1. Pendahuluan

1.1. Latar Belakang

Masalah penggunaan penahanan dalam rumah tahanan yang eksekutif merupakan salah satu permasalahan dalam sistem peradilan pidana di Indonesia. Hingga September 2020, jumlah tahanan di seluruh Indonesia mencapai 48.449 orang, menghabiskan sekitar 36% dari jumlah kapasitas orang yang mampu disediakan oleh rutan dan lapas di seluruh Indonesia.¹ Angka ini belum termasuk jumlah orang yang ditahan dalam tempat penahanan yang tidak terhitung dalam data sistem database pemasyarakatan di bawah Kementerian Hukum dan HAM. Mayoritas penghuni rutan dan lapas juga berasal dari tindak pidana narkotika. Di rutan dan lapas, orang yang ditahan harus berdesakan di tengah kondisi *overcrowding*. Kondisi ini membawa dampak pemenuhan layanan kesehatan² dan juga membawa kerentanan keamanan³ bagi petugas dan sesama penghuni rutan dan lapas.

Sedangkan penahanan pada tempat-tempat penahanan lain selain datanya tidak tersedia jelas, juga pun kondisinya tak kalah memprihatinkan. Terdapat kecenderungan terjadinya kelebihan penghuni pada tempat-tempat penahanan di kantor-kantor kepolisian, khususnya sejak masa pandemi Covid-19 sejak Maret 2020, berdasarkan pemantauan media, paling tidak terdapat kelebihan penghuni tahanan di Rutan Polres Nunukan⁴ pada September 2020, Rutan Polres Kulon Progo pada Juni 2020⁵, dan Rutan Polres Bontang.⁶ Penyebab penuhnya penghuni jumlah tahanan pada kantor kepolisian tidak terlepas dari adanya kebijakan Kementerian Hukum dan HAM yang melakukan penundaan penerimaan tahanan pada rutan dan lapas,⁷ di satu sisi belum ada aturan yang menjamin penggunaan alternatif penahanan pada penyidikan dan penuntutan yang harus dilakukan oleh penyidik dan penuntut umum.

¹ <http://smslap.ditjenpas.go.id/public/grl/current/monthly/year/2020/month/9>

² Kondisi Kesehatan rutan dan lapas di Indonesia masih menjadi masalah: ICJR, 2020, *RKUHP Mengancam Lapas*,

³ Jumlah perbandingan penghuni rutan dan lapas dengan jumlah petugas sangat minim, per 10 April 2018, berdasarkan data yang diperoleh dari Direktorat Jenderal Pemasyarakatan, jumlah petugas dan penghuni adalah 1:65, Ditjen PAS, *Data Pemasyarakatan*, 2018, hlm. 40

⁴ <https://www.niaga.asia/sel-polres-nunukan-penuh-tahanan-tidur-bergantian-tiap-2-jam/>

⁵ <https://portaljogja.pikiran-rakyat.com/yogyaistimewa/pr-25400815/kejari-pindahkan-semilan-narapidana-dari-rutan-polres-kulon-progo>

⁶ <https://kaltim.tribunnews.com/2020/06/05/sel-tahanan-polres-bontang-penuh-ternyata-ini-dampaknya>

⁷ Melalui Surat Menteri Hukum dan HAM Nomor M.HH.PK.01.01.01-04 tahun 2020 tentang Penundaan Sementara Pengiriman Tahanan ke Rutan dan Lapas di Lingkungan Kementerian Hukum dan HAM

Hak kebebasan seseorang memang dapat dibatasi dan bersifat tidak absolut, kebebasan seseorang dapat dibatasi misalnya dalam pelaksanaan penegakan hukum pidana,⁸ namun harus dipastikan bahwa pembatasan kebebasan seseorang tersebut tidak boleh sewenang-wenang dan harus dilakukan sesuai dengan penghormatan terhadap *rule of law*.⁹ Permasalahan mengenai batasan kewenangan membatasi hak kebebasan seseorang adalah hal yang penting, karena hak ini merupakan hak yang cukup fundamental, ketika seseorang ditangkap atau ditahan secara sewenang-wenang atau bertentangan dengan hukum, hak lain misalnya hak untuk mengakses bantuan hukum, mengakses keluarga ataupun hak untuk bebas dari penyiksaan juga berpotensi untuk terlanggar.¹⁰

Pasal 9 ayat 1 ICCPR yang sudah diratifikasi Indonesia menjelaskan tidak seorang pun dapat dirampas kebebasannya kecuali berdasarkan alasan-alasan yang sah, sesuai dengan prosedur yang ditetapkan oleh hukum. Setiap orang yang ditangkap atau ditahan berdasarkan tuduhan pidana, wajib segera dihadapkan ke depan pengadilan atau pejabat lain yang diberi kewenangan oleh hukum untuk menjalankan kekuasaan peradilan, dan berhak untuk diadili dalam jangka waktu yang wajar, atau dibebaskan. Pasal 9 ayat (3) ICCPR juga menjelaskan bukan merupakan suatu ketentuan umum, bahwa orang yang menunggu diadili harus ditahan, pembebasan dapat diberikan atas dasar jaminan untuk hadir pada waktu sidang, pada setiap tahapan pengadilan dan pada pelaksanaan putusan, apabila diputuskan demikian.

Berdasarkan kerangka hukum internasional tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa penahanan pada masa tunggu persidangan atau *pre-trial detention* tidak bersifat wajib. Keputusan untuk melakukan penahanan harus berdasarkan pertimbangan *tidak sewenang-wenang*, yang mana harus sesuai, adil, dapat diprediksi, harus beralasan, benar-benar diperlukan dan proporsional yang sejalan dengan *rule of law*. Keputusan untuk menahan seseorang dalam bentuk penahanan apapun dapat dikatakan sewenang-wenang jika tidak ada evaluasi ulang berkala atas pembenaran untuk melakukan penahanan.

Dalam kerangka hukum acara di Indonesia saat ini, memang batasan tentang pelaksanaan untuk melakukan pembatasan kemerdekaan seseorang. Pembatasan pertama yaitu dalam bentuk penangkapan, yang merupakan tindakan penyidik berupa pengekangan sementara waktu kebebasan tersangka atau terdakwa apabila terdapat cukup bukti guna kepentingan penyidikan atau penuntutan dan atau peradilan.¹¹ Perintah penangkapan dilakukan terhadap seorang yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti permulaan yang cukup.¹² Putusan MK 21/PUU-XII/2014 mendefinisikan “bukti permulaan yang cukup”, dalam KUHAP yaitu minimal dua alat bukti yang termuat dalam Pasal 184 KUHAP. Penangkapan dalam KUHAP dapat dilakukan untuk paling lama satu hari.

⁸ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 10

⁹ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 10

¹⁰ UN, *Chapter 5: Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention*
<https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>

¹¹ Pasal 1 angka 20 KUHAP

¹² Pasal 17 KUHAP

Selain itu, pembatasan kemerdekaan juga terkait dengan kewenangan melakukan penahanan, yang merupakan penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik, atau penuntut umum atau hakim dengan penetapannya.¹³ Pasal 20 KUHAP menjelaskan kewenangan penyidik, penuntut umum, dan hakim terkait dengan kepentingan pemeriksaan dapat melakukan penahanan. Syarat penahanan dapat dikelompokkan menjadi syarat objektif dan syarat subjektif.¹⁴ Disebut sebagai dasar hukum atau objektif, karena undang-undang sendiri telah menentukan terhadap pasal-pasal kejahatan tindak pidana mana penahanan dapat diterapkan, sedangkan syarat subjektif bergantung pada penilaian aparat penegakan hukum.

Syarat subjektif diatur dalam Pasal 21 ayat (1) KUHAP menjelaskan penahanan dapat dilakukan bagi tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup. Pada dasarnya KUHAP tidak memberikan pengertian mengenai bukti yang cukup, namun berdasarkan Putusan MK 21/PUU-XII/2014, “bukti permulaan”, “bukti permulaan yang cukup”, dan “bukti yang cukup” dalam KUHAP diartikan adalah minimal dua alat bukti yang termuat dalam Pasal 184 KUHAP. Syarat subjektif lainnya adalah terdapat kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana. Sedangkan syarat objektif diatur dalam Pasal 21 ayat (5) KUHAP, bahwa penahanan hanya dapat dilakukan pada tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara dengan ancaman pidana penjara lima tahun atau lebih. Dan penahanan pada tindak pidana tertentu yang diatur dalam Pasal 21 ayat (4) huruf b.

Memang telah disebutkan bahwa penahanan yang diatur di KUHAP tidak diberlakukan wajib terhadap setiap tersangka/terpidana tindak pidana. Namun, batasan yang diatur dalam berbagai instrumen hukum internasional belum sepenuhnya diatur, salah satunya terkait dengan evaluasi berkala tentang keabsahan penahanan. Dalam kerangka hukum acara di Indonesia, pengujian keabsahan penangkapan dan penahanan hanya dilakukan berdasarkan mekanisme *complain* melalui lembaga praperadilan dan konteksnya bukan evaluasi berkala, namun hanya diajukan secara *post factum*.¹⁵

Mekanisme praperadilan dilaksanakan dengan konsep seperti hukum acara perdata (mengajukan gugatan, hakim pasif) yang tidak efektif dalam memberikan ruang perlindungan bagi tersangka dan terdakwa untuk mencari keadilan atas upaya paksa yang dialaminya. Terdapat beberapa kelemahan dalam lembaga praperadilan tersebut, salah satu studi BPHN tahun 2007 menyimpulkan bahwa banyak celah hukum di dalam ketentuan KUHAP yang mana praktiknya sangat bergantung pada diskresi aparat penegak hukum, praperadilan dinilai baru dapat berfungsi ketika pelanggaran atas pelaksanaan upaya paksa telah terjadi (*post factum*), sehingga

¹³ Pasal 1 angka 21 KUHAP

¹⁴ Yahya Harapap. 2015, *Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP Penyidikan Dan Penuntutan*. Jakarta, Sinar Grafika, hlm. 166

¹⁵ Pasal 1 angka 10 jo Pasal 77 KUHAP

lebih bersifat represif daripada preventif.¹⁶ Praperadilan yang dibatasi oleh waktu sebelum masuk ke dalam pemeriksaan perkara juga berdampak tidak efektifnya lembaga ini.

Berdasarkan hasil riset ICJR, dari 80 putusan praperadilan yang diteliti, hanya 2 permohonan yang dikabulkan oleh hakim, sisanya ditolak dan sebagian gugur berdasarkan ketentuan Pasal 82 ayat (1) huruf d KUHAP,¹⁷ Dalam pemeriksaan praperadilan pun, hakim cenderung hanya memeriksa prosedur administrasi, seperti kelengkapan surat, bukan memeriksa dengan seksama syarat yang diuji dalam praperadilan tersebut, misalnya telah dilaksanakan atau/tidaknya syarat subjektif dan syarat objektif dilakukannya penahanan dalam Pasal 21 ayat (1) dan (4) KUHAP.¹⁸ Beban pembuktian dalam lembaga praperadilan pun menjadi persoalan, karena dilaksanakan dengan konsep mengajukan gugatan, maka yang mendalilkan harus membuktikan, dalam hal ini tersangka, sehingga menjadi sulit bagi pencari keadilan untuk membuktikan hal tersebut padahal syarat upaya paksa dapat dilakukan sangat bergantung dengan subjektivitas aparat penegak hukum yang bertindak sebagai termohon praperadilan.¹⁹

Sebagai upaya untuk mengatasi ketidakefektifan lembaga praperadilan tersebut, hadirilah konsep hakim pemeriksa pendahuluan yang diinisiasi oleh perumus Rancangan KUHAP tahun 2012 salah satunya memiliki kewenangan untuk menguji keabsahan penahanan. Konsep ini merupakan perubahan penting dalam rancangan KUHAP²⁰ dengan memberikan solusi atas lembaga praperadilan yang bersifat pasif dan tidak mandiri.

Di satu sisi, RKUHAP juga mencoba mengatur secara berbeda tentang syarat-syarat penahanan, memuat syarat subjektif penahanan yang dilakukan hanya terhadap tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup dan ada terdapat syarat kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan melarikan diri; merusak dan menghilangkan alat bukti dan/atau barang bukti; mempengaruhi saksi; melakukan ulang tindak pidana; terancam keselamatannya atas persetujuan atau permintaan tersangka atau terdakwa. Selain itu, jangka waktu penahanan juga diatur secara berbeda dari yang diatur pada KUHAP saat ini.

Terdapat juga penguatan yang diakomodir oleh RKUHAP terkait dengan upaya penggunaan alternatif penahanan selain penahanan pada rumah tahanan. Pada dasarnya khusus untuk tindak

¹⁶ BPHN, *Penelitian Hukum tentang Perbandingan antara Penyelesaian Putusan Praperadilan dengan Kehadiran Hakim Komisaris dalam Peradilan Pidana*, dalam *Prospek Hakim Pemeriksa Pendahuluan dalam Pengawasan Penahanan dalam Rancangan KUHAP*, Supriyadi Widodo Eddyono dan Erasmus Napitupulu, (Jakarta: 2014), hal. 5

¹⁷ gugatan praperadilan gugur apabila perkara sudah mulai diperiksa oleh pengadilan negeri “dalam hal suatu perkara sudah mulai diperiksa oleh pengadilan negeri sedangkan pemeriksaan mengenai permintaan kepada praperadilan belum selesai, maka permintaan tersebut gugur”, lihat *Praperadilan: Barang Usang yang Harus Ditinggalkan, Apapun Taruhannya!*, <http://icjr.or.id/praperadilan-barang-usang-yang-harus-ditinggalkan-apapun-taruhannya/>,

¹⁸ lihat *Institusi Praperadilan Sudah Layak Dimusiumkan*, <http://icjr.or.id/institusi-praperadilan-sudah-layak-dimusiumkan/>

¹⁹ sebagai contoh, Pasal 21 ayat (1) KUHAP mengatur dapat tidaknya penahanan dilakukan, penahanan dapat dilakukan terhadap tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup. Kata “diduga” ini sangat bergantung dengan subjektivitas aparat penegak hukum

²⁰ Naskah Akademik Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana tahun 2012, hal. 6

pidana narkoba bagi pengguna dan pecandu narkoba, KUHAP saat ini menjamin upaya penghindaran pengguna narkoba dalam sistem peradilan pidana untuk ditahan pada tempat penahanan yang dimuat dalam penjelasan Pasal 21 ayat (4) huruf d. Dalam konteks yang lebih detail, juga terdapat pengaturan khusus tentang mekanisme *treatment* bagi orang dalam peradilan yang memiliki kebutuhan kesehatan, yaitu dalam konteks pembantaran.

Namun, pun jaminan terkait dengan penghindaran penahanan bagi pecandu narkoba ini tidak dimuat dalam UU Narkoba yang sekarang berlaku. Dalam RKUHAP, pengaturan mengenai pembantaran mengalami beberapa penguatan, dalam Pasal 67 ayat (7) dijelaskan apabila pada masa penahanan tersangka atau terdakwa karena sakit dirawat di rumah sakit pada tahap penyidikan, penuntutan, dan/atau persidangan dilakukan pembantaran, maka masa penahanannya tidak dihitung. Namun penguatan rumusan ini tidak dalam pengaturan seperti dalam KUHAP yang menjamin penghindaran penahanan bagi pecandu narkoba. Catatan mendasar juga terdapat dalam ketentuan saat ini, dalam UU No. 35 tahun 2009 tentang Narkoba, dalam Pasal 76 disebutkan bahwa untuk perkara narkoba, penangkapan dilakukan paling lama 3 x 24 (tiga kali dua puluh empat) dan dapat diperpanjang paling lama 3 x 24 (tiga kali dua puluh empat) jam. Sehingga total masa penangkapan dapat dilakukan mencapai 6 hari.

Padahal dalam konteks tindak pidana narkoba penting untuk menghindarkan pengguna narkoba dari penahanan. Sesuai dengan rekomendasi PBB pada UNGASS 2016, negara-negara peserta telah berkomitmen untuk mengatasi permasalahan pelayanan kesehatan pengguna narkoba dengan mempromosikan dan memperkuat inisiatif yang berhubungan dengan pelayanan, yaitu upaya rehabilitasi, reintegrasi sosial dan program dukungan pemulihan.²¹ UNODC juga telah menyerukan rehabilitasi yang terdiri dari edukasi, pelayanan dan dukungan akan efektif menjadi alternatif dari pemenjaraan untuk pecandu narkoba.²² Langkah awal untuk menghindarkan pecandu narkoba dari pemenjaraan adalah dengan menghadirkan peluang yang komprehensif mengenai alternatif penahanan bagi pengguna narkoba. Selain itu, dalam konteks umum, penting juga untuk mengkaji peluang reformasi bagi pengaturan penahanan dalam rancangan KUHAP.

1.2. Pertanyaan Penelitian

1. Bagaimana rancangan KUHAP menghadirkan reformasi bagi hukum acara pidana di Indonesia tentang penahanan?
2. Bagaimana rancangan KUHAP mendukung penghindaran penahanan bagi pengguna dan pecandu narkoba?

²¹ UNGASS, Outcome Document of the 2016 United Nations General Assembly Special Session on the World Drug Problem New York, 19-21 April 2016, <https://www.unodc.org/documents/postungass2016/outcome/V1603301-E.pdf>, hlm. 6

²² UNODC, *From coercion to cohesion: Treating drug dependence through health care, not punishment, Discussion Paper*, 2010. New York, hlm. 5

1.3. Tujuan Penelitian

1. Menyusun masukan pada pengaturan rancangan KUHAP untuk menjamin reformasi penahanan secara umum.
2. Menyusun masukan pada pengaturan rancangan KUHAP untuk menjamin reformasi penahanan untuk mendukung penghindaran penahanan bagi pengguna dan pecandu narkoba.

2. Pembahasan

2.1. Kerangka Hukum dan Instrumen Internasional tentang Batasan Penahanan

2.1.1. Ketentuan Umum

Sesuai dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dijelaskan bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 juga menyatakan setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi, serta ayat (2) menyatakan bahwa setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain.

Kemudian, dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia Pasal 33 ayat (1) dijelaskan bahwa setiap orang berhak untuk bebas dari penghilangan paksa dan penghilangan nyawa. Dalam Pasal 34 UU HAM juga dijelaskan setiap orang tidak boleh ditangkap, ditahan, dipaksa, dikecualikan, diasingkan, atau dibuang secara sewenang-wenang. Selanjutnya, Indonesia juga meratifikasi *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik) melalui UU No. 12 Tahun 2005 dengan salah satu pertimbangan bahwa bangsa Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional, menghormati, menghargai, dan menjunjung tinggi prinsip dan tujuan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa serta Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia. Juga, dalam pertimbangan pengesahan ICCPR tersebut dinyatakan bahwa pada dasarnya ICCPR tidak bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945, sesuai dengan sifat negara Republik Indonesia sebagai negara hukum yang menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia yang menjamin persamaan kedudukan semua warga negara di dalam hukum, dan keinginan bangsa Indonesia untuk secara terus-menerus memajukan dan melindungi hak asasi manusia dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.

Sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) ICCPR dinyatakan bahwa setiap Negara Pihak ICCPR berjanji untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam ICCPR bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya, tanpa pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau

sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya. Apabila hak-hak dalam ICCPR belum diatur dalam ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lainnya yang ada, setiap Negara Pihak ICCPR berjanji untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan, sesuai dengan proses konstitusinya dan dengan ketentuan - ketentuan dalam ICCPR untuk menetapkan ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lain yang diperlukan untuk memberlakukan hak-hak yang diakui ICCPR.

Pasal 7 ICCPR menjelaskan tidak seorang pun yang dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Pada khususnya, tidak seorang pun dapat dijadikan obyek eksperimen medis atau ilmiah tanpa persetujuan yang diberikan secara bebas. Pasal 9 ICCPR menjelaskan bahwa setiap orang berhak atas kebebasan dan keamanan pribadi. Tidak seorang pun dapat ditangkap atau ditahan secara sewenang-wenang. Tidak seorang pun dapat dirampas kebebasannya kecuali berdasarkan alasan-alasan yang sah, sesuai dengan prosedur yang ditetapkan oleh hukum. Pasal 9 ayat (2) ICCPR menjelaskan setiap orang yang ditangkap wajib diberitahu pada saat penangkapannya dan harus sesegera mungkin diberitahu mengenai tuduhan yang dikenakan terhadapnya. Setiap orang yang ditahan berdasarkan tuduhan pidana, wajib segera dihadapkan ke depan pengadilan atau pejabat lain yang diberi kewenangan oleh hukum untuk menjalankan kekuasaan peradilan, dan berhak untuk diadili dalam jangka waktu yang wajar, atau dibebaskan.

Selanjutnya, dalam Pasal 9 ayat (4) ICCPR dijelaskan, siapapun yang dirampas kebebasannya dengan cara penangkapan atau penahanan, berhak untuk disidangkan di depan pengadilan, yang bertujuan agar pengadilan tanpa menunda-nunda dapat menentukan keabsahan penangkapannya, dan memerintahkan pembebasannya apabila penahanan tidak sah menurut hukum. Kemudian sesuai dengan ayat (5), setiap orang yang telah menjadi korban penangkapan atau penahanan yang tidak sah, berhak untuk mendapat ganti kerugian yang harus dilaksanakan.

Dengan konsep ini, memang diakui bahwa hak kebebasan seseorang memang dapat dibatasi dan bersifat tidak absolut, kebebasan seseorang dapat dibatasi misalnya dalam pelaksanaan penegakan hukum pidana,²³ namun harus dipastikan bahwa pembatasan kebebasan seseorang tersebut tidak boleh sewenang-wenang dan harus dilakukan sesuai dengan penghormatan terhadap *rule of law*.²⁴

Komentar Umum tentang Pasal 9 ICCPR tentang kebebasan dan keamanan pribadi menjelaskan tentang operasionalisasi hak ini. Komentar Umum yang pertama diterbitkan pada 30 Juni 1982 yaitu Komentar Umum No. 8. Komentar Umum ini menjelaskan bahwa syarat-syarat yang dijelaskan dalam Pasal 9 ICCPR tidak hanya diberlakukan pada penahanan untuk kepentingan proses peradilan pidana, namun semua bentuk perampasan hak atas kebebasan.²⁵

Selanjutnya, Komentar Umum ini menjelaskan tentang Pasal 9 ayat (3) ICCPR tentang hak bagi orang yang ditangkap atau ditahan untuk segera dihadapkan ke depan pengadilan atau pejabat

²³ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 10

²⁴ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 10

²⁵ General comment No. 8: Article 9 (Right to liberty and security of persons, para. 1

lain yang diberi kewenangan oleh hukum untuk menjalankan kekuasaan peradilan. Komentar Umum menjelaskan bahwa definisi “segera” bisa ditentukan oleh hukum suatu negara, namun Komite ICCPR menjelaskan bahwa penundaan tersebut tidak boleh lebih dari beberapa hari.²⁶

Selain itu, Komentar Umum ini juga menjelaskan tentang lamanya penahanan pra persidangan. Komentar Umum tetap menyerukan bahwa lamanya waktu penahanan harus sesuai dengan syarat ICCPR yaitu penghormatan pada hak "untuk diadili dalam waktu yang wajar atau untuk dibebaskan". Dalam Komentar Umum ditegaskan, penahanan pra persidangan harus menjadi pengecualian dan sesingkat mungkin, kacamata yang digunakan Komite ICCPR adalah pengurangan durasi penahanan pra persidangan.²⁷

Selanjutnya, Komentar Umum No. 8 diperbarui dengan Komentar Umum No. 35 yang diterbitkan pada 23 Oktober 2014. Sebagai pengantar, Komentar Umum menjelaskan pentingnya pembahasan tentang hak atas kebebasan dan keamanan ini, bahwa hak atas kebebasan dan keamanan sangat berharga, karena perampasan kebebasan dan keamanan seseorang sepanjang sejarah merupakan cara utama untuk merusak penikmatan hak-hak lainnya.

Ayat (2) sampai dengan Ayat (5) Pasal 9 ICCPR menjelaskan tentang “*safeguard*” atau batasan untuk jaminan perlindungan kebebasan dan kemananan seseorang, *safeguard* pada bagian ayat (2) dan keseluruhan ayat (3) diaplikasikan pada peradilan pidana.

Yang diaplikasikan pada sistem peradilan pidana:

- Jaminan setiap orang yang ditangkap wajib diberitahu pada saat penangkapannya dan harus sesegera mungkin diberitahu mengenai tuduhan yang dikenakan terhadapnya.
- Jaminan setiap orang yang ditangkap atau ditahan berdasarkan tuduhan pidana, wajib segera dihadapkan ke depan pengadilan atau pejabat lain yang diberi kewenangan oleh hukum untuk menjalankan kekuasaan peradilan.
- Jaminan setiap orang yang ditangkap dan ditahan berhak untuk diadili dalam jangka waktu yang wajar, atau dibebaskan.
- Jaminan bukan merupakan suatu ketentuan umum, bahwa orang yang menunggu diadili harus ditahan, tetapi pembebasan dapat diberikan atas dasar jaminan untuk hadir pada waktu sidang, pada setiap tahap pengadilan dan tahap lain dari proses peradilan, dan, jika muncul selanjutnya, untuk pelaksanaan putusan.
- Jaminan siapapun yang dirampas kebebasannya dengan cara penangkapan atau penahanan, berhak untuk disidangkan di depan pengadilan, yang bertujuan agar pengadilan tanpa menunda-nunda dapat menentukan keabsahan penangkapannya, dan memerintahkan pembebasannya apabila penahanan tidak sah menurut hukum.
- Jaminan setiap orang yang telah menjadi korban penangkapan atau penahanan yang tidak sah, berhak untuk mendapat ganti kerugian yang harus dilaksanakan.

²⁶ General comment No. 8: Article 9 (Right to liberty and security of persons, para. 2

²⁷ General comment No. 8: Article 9 (Right to liberty and security of persons, para. 3

ICCPR menjelaskan 2 jenis larangan terkait dengan penahanan dan penangkapan, yaitu penahanan dan penangkapan tidak boleh sewenang-wenang atau *arbitrary* dan tidak boleh tidak berdasarkan alasan-alasan yang sah, sesuai dengan prosedur yang ditetapkan oleh hukum atau tidak boleh *unlawful*. Dengan konsep ini, suatu penahanan dan penangkapan bisa jadi sesuai dengan hukum atau *lawful* namun sewenang-wenang, bisa *unlawful* namun tidak sewenang-wenang, ataupun keduanya, *unlawful* dan sewenang-wenang.

Kesewenang-wenangan tidak sama dengan bertentangan dengan hukum, namun harus diartikan lebih luas dengan menyertakan unsur ketidaksesuaian, ketidakadilan, kekurangan prediktabilitas atau kejelasan dan *due process of law*²⁸ yang berarti tidak hanya harus sesuai dengan hukum namun harus masuk akal dilihat dari keadaan yang ada, harus benar-benar diperlukan misalnya untuk mencegah pelarian, mencegah gangguan pada alat bukti atau mencegah terulangnya kembali kejahatan.²⁹ Komentar Umum No. 35 menambahkan unsur kemasukakalan, keperluan dan proporsionalitas. Prediktabilitas juga menjadi pertimbangan bahwa status orang yang ditahan harus jelas, keputusan untuk menahan orang sewenang-wenang jika penahanan dilakukan tanpa adanya jaminan, adanya evaluasi kembali secara rutin mengenai keabsahan kelanjutan penahanan.³⁰

Dalam *United Nations Basic Principles and Guidelines on remedies and procedures on the right of anyone deprived of their liberty to bring proceedings before a court*, juga dijelaskan kondisi-kondisi yang memenuhi keadaan “sewenang-wenang” dan “*unlawful*”. Rangkuman terkait dengan 2 perbedaan kondisi tersebut tercantum dalam tabel berikut:

Tabel

Sewenang-wenang	<i>Unlawful</i>
<p>Tidak hanya bertentangan dengan hukum namun juga diinterpretasikan lebih luas dalam elemen</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ketidaksesuaian - Ketidakadilan - kekurangan prediktabilitas - kejelasan <i>due process of law</i> - elemen tingkat unsur kesalahan - keperluan - proporsionalitas³¹ 	<p>perampasan kebebasan tidak dikenakan atas dasar dan prosedur yang ditetapkan oleh hukum</p>

²⁸ 1134/2002, Gorji-Dinka v. Cameroon, para. 5.1; 305/1988, Van Alphen v. Netherlands, para. 5.8. dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 12

²⁹ Communication No. 458/1991, A. W. Mukong v. Cameroon (Views adopted on 21 July 1994), in UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), p. 181, para. 9.8 dalam *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, <https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>, hlm. 165

³⁰ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 12

³¹ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 11, 12

Sewenang-wenang	<i>Unlawful</i>
<p>semua masa yang dijalani dalam penahanan harus beralasan dan diperlukan³²</p> <ul style="list-style-type: none"> - harus ditentukan secara yudisial dengan waktu yang jelas - ketiadaan kejelasan untuk adanya evaluasi berkala untuk penahanan lanjutan 	
<p>Pada saat mustahil untuk menggunakan dasar hukum apa pun yang membenarkan perampasan kemerdekaan</p>	<p>Ketika perampasan kemerdekaan tidak dilakukan berdasarkan prosedur yang sesuai dengan hukum, baik hukum domestik maupun hukum internasional yang menjadi perhatian negara</p>
<p>Ketika perampasan kemerdekaan diakibatkan oleh pelaksanaan hak yang dijamin Pasal 7, 13, 14, 18, 19, 20 dan 21 DUHAM dan Pasal 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 dan 27 ICCPR</p>	<p>Termasuk juga penahanan yang awalnya tidak bertentangan dengan hukum namun pada penerapannya menjadi <i>unlawful</i> karena orang tersebut masih dalam penahanan karena adanya perubahan pada syarat penahanan³³</p>
<p>Ketika pencari suaka atau imigran atau pengungsi menjadi subyek penahanan administrasi yang panjang tanpa kemungkinan adanya pemulihan secara administrasi ataupun yudisial</p>	
<p>Ketika perampasan kemerdekaan terjadi karena pelanggaran hukum internasional berdasarkan alasan kelahiran, kebangsaan, etnis atau asal sosial, bahasa, agama, kondisi ekonomi, pandangan politik atau pandangan lain, gender, orientasi seksual, disabilitas atau status lainnya yang ditunjukkan atau berdampak pada pengabaian kesetaraan dalam hak asasi manusia</p>	

³² General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 12

³³ 1090/2002, Rameka v. New Zealand, paras. 7.3–7.4. dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 43

2.1.2. Batasan Melakukan Penangkapan

Setiap orang yang ditangkap ataupun ditahan karena dasar dakwaan pidana harus dibawa segera ke depan hakim atau petugas lain yang diizinkan oleh hukum untuk menguji kewenangan peradilan.³⁴ Definisi segera tersebut sangat bergantung pada keadaan objektif,³⁵ namun penundaan tidak seharusnya melebihi beberapa hari dari penangkapan, berdasarkan pandangan Komite HAM, waktu 48 jam cukup untuk membawa seseorang dan untuk mempersiapkan persidangan, penundaan lebih dari 48 jam hanya dalam kondisi pengecualian dan harus dijustifikasikan berdasarkan keadaan tertentu. Waktu yang definisikan lebih tepat oleh Komite HAM adalah kurang dari 48 jam, sedangkan pada anak harus lebih ketat, misalnya 24 jam.³⁶ Ketentuan harus segeranya seseorang ditangkap dihadapkan ke pengadilan ini harus berlaku pada semua kasus tanpa terkecuali tidak bergantung pada pilihan atau kemampuan dari tahanan.³⁷ Ketentuan ini juga harus berlaku bahkan sebelum tuntutan resmi diajukan, selama seseorang ditangkap dan ditahan atas dasar dakwaan pidana maka harus dihadapkan segera ke pengadilan, ketentuan ini guna menjamin penahanan berada dibawah kendali yudisial atau pengadilan. Sekalipun orang harus ditahan kembali, pada saat ia telah ditahan berdasarkan suatu dakwaan pidana, orang tersebut juga harus dihadapkan segera ke hakim untuk kontrol/kendali atas penahannya yang kedua. Hal ini melekat pada pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang dilaksanakan oleh otoritas yang independen, obyektif dan tidak memihak dalam kaitannya dengan masalah yang ditangani.

Setelah individu tersebut dibawa ke hadapan hakim, hakim harus memutuskan apakah individu tersebut harus dibebaskan atau dikembalikan ke tahanan untuk tambahan penyidikan atau menunggu persidangan. Jika tidak ada dasar hukum untuk melanjutkan penahanan, maka hakim harus memerintahkan pembebasan. Menurut Komite HAM, penahanan harus tidak melibatkan penahanan di kepolisian, tetapi harus dalam fasilitas yang terpisah di bawah otoritas yang berbeda, dimana resiko pelanggaran hak dapat dikurangi.

2.1.3. Batasan Alasan dilakukan Penahanan

Seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya bahwa pembatasan hak kebebasan seseorang memang dapat dibatasi, misalnya dalam hal adanya penegakan hukum pidana, namun yang harus dipastikan adalah bahwa pembatasan kebebasan tersebut tidak sewenang-wenang dan tidak melanggar hukum.

Pembatasan kemerdekaan seseorang tanpa basis izin hukum dinyatakan *unlawful* atau bertentangan dengan hukum.³⁸ Penahanan yang dilanjutkan padahal ada perintah peradilan

³⁴ Pasal 9 ayat (3) dan (4) ICCPR

³⁵ 702/1996, *McLawrence v. Jamaica*, para. 5.6; *Kovalev v. Belarus*, para. 11.3 dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 33

³⁶ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 33

³⁷ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 32

³⁸ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 22

untuk membebaskan ataupun adanya amnesti juga merupakan penahanan yang *unlawful* atau bertentangan dengan hukum.³⁹

ICCPR tidak memberikan alasan rinci yang diizinkan untuk merampas kebebasan seseorang dalam bentuk penahanan. Namun, Pasal 9 ICCPR mewajibkan bahwa prosedur untuk melaksanakan pembatasan kemerdekaan yang berdasarkan hukum harus dinyatakan dalam UU dan negara peserta harus memastikan kepatuhan atas prosedur yang ditetapkan hukum tersebut. Alasan substansi untuk mendasari suatu penangkapan dan penahanan harus dinyatakan dalam UU dan harus didefinisikan dengan presisi yang cukup untuk mencegah interpretasi ataupun penerapan yang terlalu luas atau sewenang-wenang.⁴⁰

Negara harus memastikan kepatuhan prosedur yang ditentukan oleh hukum, aturan tersebut harus mengidentifikasi siapa yang secara berwenang untuk melakukan penangkapan dan menentukan kapan surat perintah diperlukan. UU juga harus memastikan izin untuk melanjutkan penahanan harus didapatkan dari seorang hakim atau petugas lain, izin dimana seseorang dapat ditahan, kapan orang yang ditahan harus dibawa ke pengadilan dan batasan hukum tentang durasi penahanan. Terdapat juga *safeguards* atau batasan penting untuk orang-orang dalam penahanan misalnya *safeguard* untuk membuat rekaman penangkapan dan mengizinkan akses bantuan.⁴¹ Penahanan lanjutan dianggap *unlawful* atau bertentangan dengan hukum, apabila orang tersebut tetap ditahan, yang seharusnya berdasarkan perintah pengadilan dikeluarkan.⁴²

Terhadap tahanan atau orang yang ditahan untuk menunggu persidangan, harus dipastikan bahwa penahanan adalah bentuk yang dikecualikan bukan aturan atau penahanan bukan keharusan⁴³, pembebasan harus tunduk pada adanya jaminan kehadiran individu tersebut, termasuk jaminan kehadiran pada sidang, jaminan kehadiran pada setiap tingkatan persidangan dan juga kemungkinan jaminan melaksanakan eksekusi putusan. Penahanan harus ditentukan berbasis pada penentuan individual yang harus beralasan, diperlukan yang mempertimbangkan semua keadaan, misalnya untuk mencegah penerbangan orang tersebut, intervensi alat bukti ataupun keberulangan kejahatan.⁴⁴ Faktor penentu yang relevan harus secara spesifik diatur dalam UU dan tidak boleh menyertakan standar yang karet ataupun luas misalnya atas alasan “keamanan publik”.

Instrumen regional yang mengatur mengenai aturan tentang pembatasan kemerdekaan antara lain *The African Charter on Human and Peoples' Rights* tahun 1981, *The American Convention on*

³⁹ 856/1999, *Chambala v. Zambia*, para. 7.3; 138/1981, *Mpandanjila et al. v. Zaire*, para. 10. dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 22

⁴⁰ Philippines (CCPR/CO/79/PHL, 2003), para. 14 (vagrancy law vague), Mauritius (CCPR/CO/83/MUS, 2005), para. 12 (terrorism law), Russian Federation (CCPR/C/RUS/CO/6, 2009), para. 24 (“extremist activity”), dan Honduras (CCPR/C/HND/CO/1, 2006), para. 13 (“unlawful association”) dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 22

⁴¹ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 23

⁴² General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 22

⁴³ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 38

⁴⁴ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 38

Human Rights tahun 1969 dan *The European Convention on Human Rights* tahun 1950. Dari instrumen-instrumen regional tersebut, hanya *European Convention on Human Rights* yang secara khusus menyebutkan dasar-dasar atau alasan yang secara hukum dapat membenarkan perampasan kemerdekaan. Daftar ini lengkap dan harus diinterpretasikan secara ketat. Alasan-alasan tersebut salah satunya yang termaktub dalam Pasal 5 ayat 1 huruf c *European Convention on Human Rights* yaitu penangkapan dan penahanan yang berasal dari tujuan untuk membawa orang tersebut ke depan otoritas hukum yang kompeten dengan alasan dugaan yang masuk akal, telah melakukan tindak pidana atau dipertimbangkan secara beralasan perlu untuk mencegah orang tersebut untuk melakukan tindak pidana atau kabur setelah melakukan tindak pidana.⁴⁵

Pengadilan HAM Eropa dalam putusan *Buzadji v. Moldova*, menetapkan 5 alasan mengenai penahanan sebelum persidangan di bawah Pasal 5 ayat (1) huruf c Konvensi tersebut, yaitu atas dasar alasan 1) resiko akan kabur; 2) resiko akan menghalangi penyidikan; 3) resiko akan melakukan tindak pidana lanjutan; 4) resiko akan menyebabkan gangguan publik jika dibebaskan; dan 5) kebutuhan untuk melindungi orang yang ditahan tersebut. Pertimbangan ini harus dikombinasikan dengan pertimbangan awal yaitu adanya dugaan yang masuk akal seseorang telah melakukan tindak pidana. Catatan mendasar, dugaan yang masuk akal melakukan tindak pidana untuk dapat dikatakan “relevan” dan “cukup” harus menyertakan alasan-alasan lain seperti 5 jenis alasan yang disebutkan, harus ada dalam setiap keputusan untuk melakukan penahanan.⁴⁶

a. Dugaan yang masuk akal melakukan tindak pidana

Pengadilan HAM Eropa menyatakan dugaan yang masuk akal melakukan tindak pidana sebagai dasar dapat dilakukannya penahanan, namun hal ini tidak memberikan justifikasi penahanan yang tidak menentu.⁴⁷ Sistem dalam konvensi HAM Eropa membangun pemahaman bahwa penahanan hanya dapat digunakan sebagai upaya terakhir dan **dijalankan tanpa melanggar prinsip praduga tidak bersalah.**

Dalam putusan Pengadilan Eropa kasus *Stepuleac v. Moldova*, no. 8207/06, dugaan yang masuk akal tersebut harus didasarkan pada bagian yang esensial, yaitu **berdasarkan keberadaan fakta atau informasi yang memenuhi pengamatan yang objektif bahwa orang tersebut mungkin melakukan tindak pidana.**⁴⁸ Kemasukakalan tersebut dinilai dari semua keadaan.⁴⁹ Bahkan

⁴⁵ Pasal 5 ayat 1 huruf c *European Convention on Human Rights*,

⁴⁶ *Buzadji v. Moldova*, no. 23755/07, para 88, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-164928%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-164928%22]})

⁴⁷ UN, *Chapter 5 Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention*, <https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>, hlm. 173

⁴⁸ *Stepuleac v. Moldova*, no. 8207/06 dalam <https://rm.coe.int/assessment-tool-on-pre-trial-detention-en/16807823b7>

⁴⁹ Eur. Court HR, *Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom* dalam UN, *Chapter 5 Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention*, <https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>, hlm. 174

dugaan yang asli atau “genuine” dari penyidik, tidak serta merta memenuhi penilaian objektif dari pengamat.⁵⁰

“Kemasukakalan” tersebut berarti ambang batas bagi dugaan yang mana harus memenuhi pengamatan yang objektif tentang kemungkinan tuduhan melakukan tindak pidana.⁵¹ Tidak ada ada dugaan yang masuk akal jika tindakan atau fakta yang dilakukan terhadap orang yang ditahan bukan merupakan suatu tindak pidana pada saat terjadi.⁵² Pengadilan HAM Eropa dalam kasus *Kavala v. Turkey* menyebutkan ketiadaan tentang fakta, informasi dan bukti yang menunjukkan seseorang telah terlibat dalam suatu tindak pidana, tidak menjadi dasar seseorang dapat ditahan. Bukti yang dihadirkan harus cukup untuk mendukung penemuan bahwa ada dugaan yang masuk akal bagi orang tersebut pada saat akan dilakukan penahanan.⁵³

Pengadilan HAM Eropa dalam kasus tindak pidana teroris, menyatakan bahwa alasan dugaan yang masuk akal tersebut tidak selalu dapat ditentukan dengan standar yang sama dengan tindak pidana konvensional.⁵⁴ Namun demikian, urgensi menangani tindak pidana teroris tidak dapat membenarkan penerapan karet gagasan tentang 'kemasukakalan' dimana inti dari hak atas keamanan yang dijamin Pasal 5 ayat (1) huruf c.

Pengadilan HAM Eropa melalui berbagai putusan memberikan standar bentuk-bentuk penahanan yang tidak memenuhi unsur kemasukakalan tersebut. Penahanan dianggap tidak masuk akal ketika dugaan melakukan tindak pidana berasal hanya dari kesaksian korban sendiri, yang tidak dikuatkan oleh fakta, informasi atau bukti lainnya. Misalnya, korban tidak menjelaskan nama pelaku, sehingga orang yang dituju cenderung abstrak; dugaan berasal dari *single fact* atau fakta sepihak mengenai hubungan pelaku yang dituduh dengan tindak pidana, misalnya seseorang menyatakan menyaksikan suatu tindak pidana, penyidik tidak melakukan penyelidikan untuk memverifikasi fakta dan keputusan untuk menangkap diambil tanpa adanya penyelidikan; dugaan berasal dari operasi indikasi dari intelijen tanpa adanya pernyataan, informasi yang konkret tentang laporan mengenai suatu tindak pidana,⁵⁵ ataupun dugaan berasal dari pernyataan sepihak informan polisi (misalnya dalam operasi informasi) yang mana informan

⁵⁰ *Stepuleac v. Moldova*, no. 8207/06 dalam <https://rm.coe.int/assessment-tool-on-pre-trial-detention-en/16807823b7>

⁵¹ <https://bianet.org/english/human-rights/217091-ecthr-ruling-on-kavala-his-pre-trial-detention-not-based-on-reasonable-suspicion>

⁵² *Kandzhov v. Bulgaria*, no. 68294/01, § 57) dalam <https://rm.coe.int/assessment-tool-on-pre-trial-detention-en/16807823b7>

⁵³ Dalam kasus ini Pengadilan HAM Eropa menyatakan tidak ada kemasukakalan dalam pembatasan kemerdekaan Kavala, terkait dengan keterlibatan Kavala dalam kasus yang dituduhkan adanya kekerasan, unsur kekerasan tidak mampu dijelaskan lewat bukti yang dikumpulkan, menurut Pengadilan HAM Eropa hal ini tidak mendukung terpenuhinya kemasukakalan seseorang dibatasi kemerdekaannya

⁵⁴ UN, *Chapter 5 Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention*, <https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>, hlm. 174

⁵⁵ *Lazoroski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 4922/04, para 48 dalam <https://rm.coe.int/assessment-tool-on-pre-trial-detention-en/16807823b7>

tersebut identitasnya disembunyikan, pernyataan informan tersebut harus didukung oleh bukti penguat lainnya atau didukung oleh fakta atau informasi lain.⁵⁶

Dugaan melakukan tindak pidana yang menjadi dasar dilakukannya tindak pidana juga harus berdasarkan itikad baik. Ketika suatu penyidikan tidak didasari oleh itikad baik, maka dugaan yang masuk akal tidak ada terpenuhi. Prinsip berdasarkan dugaan yang masuk akal tidak dihormati apabila alasan pembatasan kemerdekaan adalah untuk:

- Penuntutan berbasis politik untuk menekan aktivisme politik atau aktivisme sipil dari orang yang ditahan
- Viktimisasi seseorang atas dirinya yang menjadi *whistle-blower*
- Sikap diskriminatif berdasarkan alasan yang dilindungi misalnya berdasarkan konsep umum pencegahan diskriminasi, contohnya berbasis etnis

b. Mencegah orang untuk kabur setelah melakukan tindak pidana

Salah satu alasan yang menjadi dasar dilakukannya penahanan adalah resiko tersangka kabur. Namun yang harus ditekankan bahwa alasan untuk mencegah orang kabur tidak dapat didasarkan secara sepihak berdasarkan kejahatan dari tindak pidana ataupun berdasarkan ancaman pidana yang ada.⁵⁷ Resiko ini harus dinilai dengan adanya beberapa faktor yang relevan yang mengkonfirmasikan adanya resiko ini.⁵⁸ Resiko orang untuk kabur harus dinilai berdasarkan faktor-faktor terkait dengan karakteristik seseorang, kondisi moral, rumah, pekerjaan, aset, hubungan keluarga dan semua keterhubungan dengan negara dimana ia didakwa.⁵⁹

Penahanan menjadi tidak menghormati prinsip, ditujukan untuk mencegah orang kabur, apabila Pengadilan menjustifikasikan keperluan untuk menahan hanya berbasiskan kejahatan tindak pidana dan apabila Pengadilan menjustifikasikan keperluan untuk menahan hanya berbasiskan tingkat ancaman pidana yang dituduhkan.

Pengadilan yang memutuskan penahanan harus merujuk pada berbagai kriteria: kepribadian orang yang dituduh melakukan tindak pidana, dengan ikatannya dengan komunitasnya misalnya: kepribadiannya, sosial, keluarga, ikatan pekerjaan, status tempat tinggal, kekayaan dan aset ataupun faktor lainnya yang relevan yang mengkonfirmasi keberadaan bahaya bahwa orang tersebut akan melarikan diri. Jika kemungkinan tersebut sangat kecil, maka penahanan tidak dapat dijustifikasi.

Pengadilan tingkat pertama dan pengadilan yang lebih tinggi harus menahan diri untuk memutuskan penahanan berdasarkan alasan yang diulang-ulang dari penyidik dalam kerangka umum ataupun dalam kerangka *stereotype*, tanpa mengindikasikan alasan lain mengapa hakim

⁵⁶ Labita v. Italy, no. 26772/95, § 157) dalam <https://rm.coe.int/assessment-tool-on-pre-trial-detention-en/16807823b7>

⁵⁷ Panchenko v. Russia, para 106, dalam <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-68148%22%5D%7D>

⁵⁸ Panchenko v. Russia, para 107, dalam <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-68148%22%5D%7D>

⁵⁹ Neumeister v. Austria, no. 1936/63, § 10, <https://rm.coe.int/assessment-tool-on-pre-trial-detention-en/16807823b7>

menyatakan bahwa orang yang digunakan melakukan tindak pidana akan kabur atau melarikan diri. Pengadilan harus menghindari untuk mengkonfirmasi penahanan dengan cara yang identik, misalnya dengan kata-kata yang sama atau dengan *stereotype* tanpa menjelaskan lebih rinci mengapa ada alasan resiko kabur.⁶⁰ Walaupun menyetujui penahanan, pengadilan harus menyatakan alasan mengapa mengikuti kehendak penyidik melakukan penahanan, alasan mengapa tidak menentang permohonan penyidik, misalnya mengapa tidak mengganti penahanan dengan pengawasan pengadilan.⁶¹

c. Mencegah orang untuk menghalangi penyidikan

Berdasarkan putusan pengadilan HAM Eropa dijelaskan bahwa keputusan tentang penahanan atas dasar mencegah orang menghalangi penyidikan tidak dapat didasarkan pada penjelasan yang abstrak, alasan ini harus didukung oleh bukti yang faktual.⁶²

Sama seperti alasan pertama, terkait dengan kekhawatiran seseorang akan kabur/melarikan diri, tidak dapat dijelaskan hanya dengan narasi yang abstrak, berbasis *stereotype* ataupun adalah alasan yang diulang-ulang. Perlu ada pertimbangan kasus per kasus yang kuat tentang alasan kenapa seseorang akan melarikan diri ataupun menghalangi penyidikan.⁶³ Alasan penahanan tidak dapat dibenarkan hanya berlandaskan tingkat kejahatan.⁶⁴

Jaminan syarat dapat dilakukannya pembatasan kemerdekaan terlanggar jika pengadilan menentukan alasan “resiko menghalangi penyidikan” dalam bentuk abstrak, yaitu dengan hanya menyatakan bahwa jika dilepaskan, orang tersebut akan menghalangi jalannya peradilan. Misalnya, menyatakan orang tersebut akan memberi tekanan pada saksi atau akan menghancurkan bukti, namun tanpa memperkuat tuduhan tersebut dengan fakta dan bukti dari kasus pidana. Misalnya ketika:

- Pengadilan mengacu pada kebutuhan penyidik melakukan tindakan investigasi lebih lanjut secara *abstracto*, tanpa secara rinci menjelaskan hubungan sebab akibat antara ketidakmungkinan melakukan investigasi apabila orang tersebut dibebaskan
- Pengadilan tingkat pertama dan pengadilan yang lebih tinggi membuat keputusan dengan mengulangi alasan yang dibawa oleh penyidik, dengan cara yang abstrak dan *stereotype*, tanpa menyebutkan alasan yang cukup bahwa orang tersebut akan menghalangi peradilan

⁶⁰ <https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>

⁶¹ Tomasi v. France, judgment of 27 August 1992, Series A, No. 241-A, p. 37, para. 98 dalam <https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>

⁶² Trzaska V. Poland, para 64-65 menyatakan resiko akan adanya kerja sama antar tersangka tidak dapat diterima tanpa adanya kondisi atau keadaan factual yang menjelaskan resiko ini, hal ini juga diperburuk dengan fakta bahwa tersangka lainnya justru dibebaskan <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58750%22%5D%7D>

⁶³ Piruzyan v. Armenia, para 99-100, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-111631%22%5D%7D>

⁶⁴ Piruzyan v. Armenia, para 100, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-111631%22%5D%7D>

Risiko untuk mencegah adanya tekanan kepada saksi dapat diterima pada tahap awal penahanan.⁶⁵ Namun, ini tidak dapat hanya didasarkan pada tingkat hukuman yang akan diberikan, alasan akan memberikan tekanan pada saksi tetap juga harus dikaitkan dengan fakta spesifik.⁶⁶

Alasan adanya kebutuhan untuk melanjutkan tindakan penyidikan ataupun kondisi dimana persidangan belum diselesaikan bukan merupakan alasan yang dapat diterima untuk menahan seseorang.⁶⁷ Risiko seseorang akan menghalangi penyidikan dapat berkurang dengan dilakukannya penyidikan, pemeriksaan dilakukan dan diverifikasi. Sehingga pada penahanan awal bisa saja risiko ini ada, namun kemudian hilang, sehingga penahanan tidak lagi beralasan.

d. Resiko akan Melakukan Tindak Pidana Lanjutan

Mengenai alasan ini, sama seperti alasan lainnya, harus dinilai berdasarkan fakta dari kasus, harus merupakan alasan yang masuk akal dan dapat terukur secara tepat, dengan memperhatikan keadaan dari suatu kasus, paling tidak berkaitan dengan sejarah dan kepribadian orang tersebut.⁶⁸ Alasan ini juga harus dijelaskan secara “relevan” dan “cukup”.⁶⁹

Pertimbangan tentang riwayat pernah melakukan tindak pidana dapat menjadi dasar yang beralasan yang mungkin menimbulkan perhatian terhadap risiko orang tersebut melakukan tindak pidana lagi. Namun yang menjadi catatan, pertimbangan soal orang tersebut tidak punya pekerjaan atau keluarga tidak dapat menjadi faktor penentu seseorang dinyatakan berisiko untuk kembali melakukan tindak pidana.⁷⁰ Risiko akan kembali melakukan tindak pidana hanya dapat menjadi dasar penahanan, jika ada bukti nyata dari risiko yang pasti akan terjadinya pengulangan tindak pidana.⁷¹

Namun, penahanan dapat dikategorikan melanggar hukum jika dalam alasan penahanan, penyidik mengacu pada bahaya melakukan tindak pidana lanjutannya secara abstrak - tanpa menyajikan fakta konkret atau bukti dari kasus pidana untuk membenarkan tuduhan tersebut. Misalnya di kasus ketika dalam mengabulkan permohonan, pengadilan mempresentasikan temuannya secara abstrak, hanya menyatakan bahwa terdakwa akan melakukan kejahatan lebih lanjut jika dibebaskan, tanpa membenarkan keputusan tersebut dengan fakta atau bukti konkret yang diperoleh dari kasus-kasus pidana.⁷²

⁶⁵ Jarzyński v. Polandia, para 43 dalam https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf

⁶⁶ Merabishvili v. Georgia, para 224 dalam https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf

⁶⁷ Piruzyan v. Armenia, para 98, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-111631%22%7D>

⁶⁸ Selçuk v. Turkey, para 34 dan Matznetter v. Austria, para 9 dalam <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-111631%22%7D>, hlm. 39

⁶⁹ <https://www.ohchr.org/documents/publications/training9chapter5en.pdf>, hlm. 194

⁷⁰ Sulaoja v. Estonia para 64 dalam https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf

⁷¹ Matznetter v Austria, para 64 dalam https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf, hlm. 17

⁷² <https://rm.coe.int/assessment-tool-on-pre-trial-detention-en/16807823b7>, hlm. 36

e. Mencegah risiko akan menyebabkan gangguan publik dan kebutuhan untuk melindungi orang yang ditahan

Tindak pidana tertentu dapat menimbulkan gangguan sosial yang menjadi dasar keabsahan penahanan, namun pada waktu yang spesifik. Namun dasar mengenai gangguan publik ini harus terus “relevan” dan “cukup” dengan didukung adanya dasar terkait fakta, yang dapat menunjukkan bahwa kebebasan tersangka akan secara nyata memberikan gangguan kepada publik.⁷³ Penahanan lanjutan dapat dikatakan sah, hanya apabila gangguan publik itu benar-benar masih nyata. Penahanan lanjutan tidak boleh digunakan dalam rangka mengharapakan adanya pidana penjara sebagai hukuman akhir.⁷⁴

Menurut pengadilan HAM Eropa, penahanan bisa dinilai sebagai melanggar hukum atau *unlawful*, jika hukum nasional tidak menetapkan penjelasan bahaya yang menyebabkan gangguan publik, misalnya terjadi ketika bila penyidik dan pengadilan gagal merujuk pada kondisi apa alasan ini, dan malah menggabungkan alasan ini dengan bahaya akan melakukan tindak pidana lanjutan atau merujuk alasan ini dalam bentuk abstrak, tanpa merujuk pada fakta, informasi, bukti dokumen lainnya yang dapat menjustifikasi temuan mengenai gangguan publik tersebut.⁷⁵

Dalam perkembangan selanjutnya, PBB dalam dokumen *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers* menyimpulkan:

Setiap orang yang ditahan atas dasar penuntutan pidana memiliki hak untuk diadili dalam waktu yang masuk akal atau untuk dibebaskan pada masa tunggu persidangan. Kemasukakalan penahanan pra persidangan dinilai dari semua keadaan pada kasus per kasus, penilaian tersebut terkait:

- a. Tingkat tindak pidana
- b. Resiko orang akan kabur/melarikan diri
- c. Resiko orang akan mempengaruhi saksi atau akan berkolusi dengan tersangka lain
- d. Perilaku orang yang ditahan
- e. Perilaku aparat penegak hukum dengan melihat kompleksitas penyidikan

Jika memungkinkan, pembebasan harus diberikan pada masa menunggu persidangan, jika diperlukan pembebasan tersebut dapat dilakukan dengan adanya jaminan bahwa tersangka akan hadir di persidangannya. Sepanjang masa penahanan, **hak praduga tidak bersalah harus dijamin.**⁷⁶

⁷³ Letellier v. France, para 51; I.A. v. France, para 104; Prencipe v. Monaco, para 79; Tiron v. Romania, para 41-42 dalam https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf , hlm. 39

⁷⁴ Michalko v. Slovakia,, para 149 dalam <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/A-Measure-of-Last-Resort-Full-Version.pdf>, hlm.17

⁷⁵ <https://rm.coe.int/assessment-tool-on-pre-trial-detention-en/16807823b7> , hlm 36

⁷⁶ UN, *Chapter 5 Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention*, <https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>, hlm. 196

2.1.4. Alasan Penahanan Lanjutan dan Kewajiban Evaluasi Berkala

Seperti yang dijelaskan sebelumnya bahwa penahanan dapat dibenarkan berdasarkan dugaan yang masuk akal seseorang melakukan tindak pidana. Hanya adanya alasan dugaan yang masuk akal, tidak cukup berlaku untuk menjadi alasan penahanan lanjutan. Alasan untuk melanjutkan penahanan harus “relevan” dan “cukup”, ketika penahanan telah dilakukan untuk beberapa lama.⁷⁷ Ketika penahanan sudah terjadi, keputusan perpanjangan penahanan atau penahanan lanjutan harus didasarkan pada alasan tambahan.⁷⁸ Penting bagi otoritas peradilan menunjukkan “penilaian khusus” dalam pelaksanaan persidangan. Persidangan dalam menentukan masa penahanan, lama ataupun sebentar harus berdasarkan alasan yang meyakinkan. Persidangan memiliki kewajiban untuk mempertimbangkan alternatif lain untuk memastikan orang tersebut hadir dalam persidangan kasusnya.⁷⁹ Penahanan lanjutan tidak dapat hanya didasari oleh alasan yang sebelumnya digunakan dalam keputusan pertama melakukan penahanan. Harus ditambah dengan alasan lain yang nyata yang memberikan alasan bahwa alasan tersebut masuk akal dan relevan.

Sekalipun penahanan sudah ditentukan diperbolehkan, harus ada evaluasi berkala dengan interval waktu yang tepat⁸⁰ apakah suatu penahanan beralasan dan perlu dikaitkan juga dengan kemungkinan adanya alternatif lain. Untuk menjamin kepatuhan untuk mencegah pelanggaran hak atas kemerdekaan seseorang, evaluasi atau peninjauan berkala ini harus berjalan otomatis, tidak hanya terkait dengan proses yang sudah terbangun dalam sistem, periode peninjauannya juga harus berdasarkan interval waktu yang tepat.⁸¹ Dalam putusan *Abdulkhakov v. Russi* Pengadilan HAM Eropa, interval ini harus merupakan waktu yang terbatas, pengadilan menyatakan waktu maksimum 2 bulan adalah interval maksimum untuk memenuhi alasan “masuk akal” atau “reasonable”, lebih dari 3 bulan tidak memenuhi alasan ini.⁸²

Sekalipun jaminan evaluasi ini sudah dilembagakan, namun sistem evaluasi yang semata-mata terletak pada kewenangan otoritas saja tidak cukup,⁸³ tetap perlu ada jaminan orang ditahan bisa menguji keabsahan penahanannya. Evaluasi ini pun harus berkaitan dengan aspek prosedural dan substansi, pengadilan yang melakukan evaluasi harus memiliki kewenangan untuk memerintah secara mengikat pembebasan seseorang ketika penahanan terhadapnya bertentangan dengan hukum atau *unlawful*.

Evaluasi ini ada pada saat awal ataupun pada masa penahanan untuk secara terus-menerus menguji keabsahan penahanan, untuk mencegah kondisi penahanan yang bertentangan dengan

⁷⁷ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-164928%22>}, para 92

⁷⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-164928%22>}, para 95-96

⁷⁹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-164928%22>}, para 87

⁸⁰ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 12

⁸¹ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf, para 247

⁸² *Abdulkhakov v. Russia* paras 209 dan 213 dalam Thea Coventry, 2017, *Pretrial detention: Assessing European Union Competence under Article 82(2) TFEU*, *New Journal of European Criminal Law* 8(1), hlm. 48

⁸³ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf, para 251

penghormatan hak sipil dan politik seseorang.⁸⁴ Jika masa penahanan sudah mencapai waktu terpanjang dari hukuman yang mungkin diterapkan untuk suatu kejahatan, maka tahanan harus dibebaskan.⁸⁵

2.1.5. Mempertimbangkan Bentuk Alternatif Lain

Penahanan yang absah berbeda kasus per kasus, namun yang harus diperhatikan bahwa orang tersebut berhak untuk segera diadili dalam waktu yang wajar dan berhak untuk dibebaskan.⁸⁶ Seperti yang dijelaskan sebelumnya dalam Pasal 9 ICCPR dan Komentar Umum ICCPR No. 35 bahwa jaminan kebebasan bersifat umum, penahanan yang bersifat pengecualian. Juga dijelaskan dalam *United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures*, atau “Tokyo Rules”, penahanan harus digunakan sebagai upaya terakhir pada peradilan pidana, dengan memperhatikan penyidikan tindak pidana dan perlindungan masyarakat dan korban.

Dalam Putusan *S., V. dan A. v. Denmark* Pengadilan HAM Eropa menjelaskan peninjauan kebutuhan penahanan sesuai dengan Pasal 5 ayat 1 huruf (c) Konvensi HAM Eropa, mensyaratkan penilaian bahwa tindakan yang tidak seberat penahanan harus dipertimbangkan dan terbukti tidak cukup untuk melindungi kepentingan individu atau publik. Tindak pidana yang menjadi dasar harus bersifat serius, yang mengakibatkan bahaya bagi kehidupan dan anggota tubuh atau kerusakan material yang signifikan. Selain itu, penahanan harus dihentikan segera setelah risiko tidak ada lagi berdasarkan peninjauan berkala, durasi penahanan harus menjadi faktor yang relevan. Penahanan apakah itu panjang ataupun singkat harus disertakan alasan yang masuk akal, disertai dengan kewajiban mempertimbangkan cara alternatif lain untuk memastikan orang tersebut hadir dalam persidangan.

Penahanan tidak boleh diwajibkan untuk kejahatan tertentu tanpa pertimbangan individual.⁸⁷ Penahanan waktu tertentu tidak dapat ditentukan berdasarkan ancaman pidana, harus berdasarkan pertimbangan kebutuhan.⁸⁸

Hakim harus memeriksa adanya alternatif penahanan pra persidangan misalnya penanggungan penahanan, gelang elektronik ataupun kondisi lain yang membuat penahanan tidak diperlukan dalam keadaan tersebut.⁸⁹

2.1.6. Jangka Waktu Penahanan

⁸⁴ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 12

⁸⁵ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 38

⁸⁶ UN, *Chapter 5 Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention*, <https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>, hlm. 173

⁸⁷ Argentina (CCPR/CO/70/ARG, 2000), para. 10; Sri Lanka (CCPR/CO/79/LKA, 2003), para. 13 dalam ⁸⁷ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 38

⁸⁸ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 38

⁸⁹ 1178/2003, *Smantser v. Belarus*, para. 10.3 dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 38

Masa penahanan erat kaitannya dengan penangkapan, karena keduanya merupakan pembatasan kemerdekaan seseorang. Perampasan kemerdekaan seseorang tidak dibenarkan terjadi secara berlarut. Pada penjelasan sebelumnya, telah dinyatakan bahwa waktu yang direkomendasikan untuk membatasi kebebasan seseorang dalam penangkapan, menurut Komite HAM tidak boleh lebih dari 48 jam. Setelah itu, orang tersebut harus dihadapkan di depan pengadilan untuk ditentukan apakah bisa dibebaskan ataupun ada alasan untuk membenarkan terjadinya penahanan. Maka, penangkapan harus sesingkat mungkin, ketika penangkapan sudah berlarut seharusnya dihitung sebagai penahanan. Pada dasarnya rujukan instrumen internasional tidak memberikan angka pasti berapa jumlah hari maksimal untuk suatu negara dapat memberlakukan penahanan yang sah. Namun yang ditekankan, prosesnya harus dengan penilaian hakim, jeda waktu untuk harus dibawa ke muka hakim yaitu 48 jam.

2.1.7. Kewajiban Negara pada saat Penahanan

Setiap orang yang ditangkap ataupun ditahan karena dasar dakwaan pidana harus dibawa segera ke depan hakim atau petugas lain yang diizinkan oleh hukum untuk menguji kewenangan peradilan.

Ketentuan harus segeranya seseorang yang ditangkap untuk dihadapkan ke pengadilan ini, harus berlaku pada semua kasus tanpa terkecuali, tidak bergantung pada pilihan atau kemampuan dari tahanan. Ketentuan ini juga harus berlaku bahkan sebelum tuntutan resmi diajukan, selama seseorang ditangkap dan ditahan atas dasar dakwaan pidana, maka harus dihadapkan segera ke pengadilan, ketentuan ini guna menjamin penahanan berada di bawah kendali yudisial atau pengadilan. Sekalipun orang harus ditahan kembali, pada saat ia telah ditahan berdasarkan suatu dakwaan pidana, orang tersebut juga harus dihadapkan segera ke hakim untuk kontrol/kendali atas penahannya yang kedua. Hal ini melekat pada pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang dilaksanakan oleh otoritas yang independen, obyektif dan tidak memihak dalam kaitannya dengan masalah yang ditangani.

Setelah individu tersebut dibawa ke hadapan hakim, hakim harus memutuskan apakah individu tersebut harus dibebaskan atau dikembalikan ke tahanan untuk tambahan penyidikan atau menunggu persidangan. Jika tidak ada dasar hukum untuk melanjutkan penahanan, maka hakim harus memerintahkan pembebasan. Menurut Komite HAM, penahanan harus tidak melibatkan penahanan di kepolisian, tetapi harus dalam fasilitas yang terpisah di bawah otoritas yang berbeda, dimana resiko pelanggaran hak dapat dikurangi.

Pengadilan yang meninjau suatu penahanan harus memiliki kewenangan untuk membebaskan tahanan yang penahannya merupakan penahanan yang bertentangan dengan hukum,⁹⁰ ketika suatu peradilan menyatakan pembebasan, maka ayat 4 pasal 9 ICCPR menjadi operatif, perintah

⁹⁰ 4 and 8.2 (habeas corpus for bail). 132 1 dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 42

pembebasan tersebut harus segera dijalankan, penahanan yang dilakukan terus akan menjadi sewenang-wenang sesuai dengan Pasal 9 ayat 1 ICCPR.⁹¹

Hak untuk dihadapkan kepada pengadilan, pada prinsipnya berlaku sejak penangkapan dan setiap masa tunggu yang substansial sebelum tahanan dapat menguji penahanan yang tidak diizinkan.⁹² Pada umumnya, tahanan berhak untuk hadir dalam persidangan secara fisik terutama apabila kehadiran secara fisik tersebut akan memberikan penilaian tentang keabsahan dari penahanan tersebut berkaitan dengan apabila pertanyaan mengenai perlakuan tahanan mengemuka⁹³, pengadilan harus memiliki kewenangan untuk memerintahkan tahanan dibawa ke muka pengadilan, terlepas dari apakah tahanan meminta atau tidak untuk hadir.⁹⁴

2.1.8. Otoritas yang Meninjau Penahanan

Segera di hadapan hakim atau pejabat lain yang diberi wewenang oleh hukum untuk menjalankan kekuasaan kehakiman menawarkan jaminan yang diperlukan untuk independensi dari eksekutif dan para pihak yang terlibat dalam penahanan.⁹⁵ Menurut Konvensi HAM Eropa, yang melakukan pengujian kebutuhan menahan haruslah otoritas yang bisa melepaskan/menghentikan penahanan, harus terlepas dari eksekutif ataupun para pihak misalnya jaksa dan penasihat hukum.⁹⁶

⁹¹ 856/1999, *Chambala v. Zambia*, para. 7.2 dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 42

⁹² 291/1988, *Torres v. Finland*, para. 7.2 (seven days) dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 42

⁹³ Body of Principles (note 102 above), principle 32, para. 2; general comment No. 29, para. 16 dalam General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 42

⁹⁴ General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), para. 42

⁹⁵ Pasal 5 ayat (3) Konvensi HAM Eropa dan <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-164928%22%7D> para 98

⁹⁶ (<file:///Users/maidinarahmawati/Downloads/A-Measure-of-Last-Resort-Full-Version.pdf>, para 31)

3. Kerangka Hukum dan Instrument Internasional tentang Penghindaran Penahanan dan Pemenjaraan bagi Pengguna dan Pecandu Narkotika

Terkait dengan masalah kesehatan, Komentar Umum 35 ICCPR menyerukan Negara pihak harus merevisi undang-undang dan praktik yang sudah ketinggalan zaman di bidang kesehatan mental untuk menghindari penahanan sewenang-wenang. Komite menekankan kerugian yang melekat pada setiap perampasan kebebasan dan juga kerugian khusus yang dapat mengakibatkan situasi rawat inap paksa. Negara pihak harus menyediakan layanan perawatan sosial alternatif atau berbasis masyarakat yang memadai bagi penyandang disabilitas psikososial, untuk memberikan alternatif kurungan yang tidak terlalu membatasi. Pengguna dan pecandu narkotika dengan ataupun tanpa masalah *disorder* tidak dapat ditahan dalam mekanisme peradilan pidana.

Sesuai dengan rekomendasi PBB pada UNGASS 2016, negara-negara peserta telah berkomitmen untuk mengatasi permasalahan pelayanan kesehatan pengguna narkotika dengan mempromosikan dan memperkuat inisiatif yang berhubungan dengan pelayanan, yaitu upaya rehabilitasi, reintegrasi sosial dan program dukungan pemulihan.⁹⁷ UNODC juga telah menyerukan rehabilitasi yang terdiri dari edukasi, pelayanan dan dukungan akan efektif menjadi alternatif dari pemenjaraan untuk pecandu narkotika⁹⁸ Langkah awal untuk menghindarkan pecandu narkotika dari pemenjaraan adalah dengan menghadirkan peluang yang komprehensif mengenai alternatif penahanan bagi pengguna narkotika.

4. Pengaturan Penahanan dalam RKUHAP

Terdapat upaya pembaruan pengaturan mengenai penahanan yang diakomodir oleh RKUHAP. RKUHAP mengatur secara berbeda beberapa aspek berkaitan dengan penahanan.

4.1. Syarat Penahanan

Ketentuan mengenai syarat penahanan diatur dalam Pasal 59 RKUHAP dengan syarat:

- Hanya dapat dilakukan berdasarkan surat perintah penahanan atau penetapan hakim terhadap tersangka atau terdakwa yang melakukan tindak pidana
 - a. Diancam lebih dari 5 tahun
 - b. Ditentukan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 282 ayat (3), Pasal 284, Pasal 296, Pasal 351 ayat (1), Pasal 353 ayat (1), Pasal 372, Pasal 378, Pasal 379a, Pasal 453,

⁹⁷ UNGASS, Outcome Document of the 2016 United Nations General Assembly Special Session on the World Drug Problem New York, 19-21 April 2016, <https://www.unodc.org/documents/postungass2016/outcome/V1603301-E.pdf>, hlm. 6

⁹⁸ UNODC, *From coercion to cohesion: Treating drug dependence through health care, not punishment, Discussion Paper*, 2010. New York, hlm. 5

Pasal 454, Pasal 455, Pasal 459, Pasal 480 dan Pasal 506 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Terhadap tersangka atau terdakwa yang tidak mempunyai tempat tinggal tetap, dapat dilakukan penahanan meskipun tidak memenuhi kriteria syarat sebelumnya. Penahanan dilakukan terhadap tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana, berdasarkan bukti yang cukup dan ada kekhawatiran tersangka atau terdakwa akan :

- a. melarikan diri;
- b. merusak dan menghilangkan alat bukti dan/atau barang bukti;
- c. mempengaruhi saksi;
- d. melakukan ulang tindak pidana;
- e. terancam keselamatannya atas persetujuan atau permintaan tersangka atau terdakwa.

4.2. Jangka Waktu Penahanan

Tahapan	Rujukan Pasal	Otoritas yang menahan	Jangka Waktu
Penyidikan	Pasal 60 ayat (1)	Penyidik	5 hari
Penyidikan	Pasal 60 ayat (2)	Diperpanjang oleh penuntut umum ⁹⁹	5 hari
Penyidikan	Pasal 60 ayat (3), (4),(5),(6)	Penyidik dapat mengajukan permohonan perpanjangan penahanan kepada Hakim Pemeriksa Pendahuluan (HPP) ¹⁰⁰ , untuk menentukan perpanjangan penahanan diperlukan atau tidak	20 hari Catatan: di sini ada 2 pilihan, diperpanjang PU atau mengajukan HPP
Penyidikan	Pasal 60 ayat (8)	Permintaan penyidik ke hakim PN dengan tembusan kepada PU	30 hari

⁹⁹ Oleh: 1. kepala kejaksaan negeri dalam hal penahanan dilakukan oleh kejaksaan negeri; kepala kejaksaan tinggi dalam hal penahanan dilakukan oleh kejaksaan tinggi; atau Direktur Penuntutan Kejaksaan Agung dalam hal penahanan dilakukan oleh Kejaksaan Agung, Pasal 59 RCUHAP 2012

¹⁰⁰ Pasal 60 ayat (4) RCUHAP 2012

Setelah menerima surat dari Penyidik, Hakim Pemeriksa Pendahuluan wajib memberitahu dan menjelaskan kepada tersangka melalui surat atau dengan cara mendatangi secara langsung mengenai:

1. tindak pidana yang disangkakan terhadap tersangka;
2. hak-hak tersangka; dan
3. perpanjangan penahanan.

Penuntutan	Pasal 60 ayat (8) huruf b	Permintaan penuntut umum	30 hari
Penuntutan	Pasal 60 ayat (9)	Dapat diperpanjang	30 hari
Penuntutan	Pasal 60 ayat (9)	Dapat diperpanjang	30 hari
Pemeriksaan sidang PN	Pasal 61 ayat (1)	Hakim PN mengeluarkan penetapan	30 hari
Pemeriksaan sidang PN	Pasal 61 ayat (2)	Dapat diperpanjang oleh ketua PN	30 hari
Pemeriksaan sidang PN	Pasal 61 ayat (3)	Dapat diperpanjang oleh ketua PN	30 hari
Pemeriksaan sidang banding	Pasal 62 ayat (1)	Hakim PT mengeluarkan penetapan	30 hari
Pemeriksaan sidang banding	Pasal 62 ayat (2)	Dapat diperpanjang oleh Ketua PT	30 hari
Pemeriksaan sidang kasasi	Pasal 63 ayat (1)	Hakim Agung mengeluarkan penetapan	30 hari
Pemeriksaan sidang kasasi	Pasal 63 ayat (2)	Dapat diperpanjang oleh Ketua MA	60 hari

4.3. Jenis Penahanan

Penahanan dalam KUHAP berupa penahanan dalam Rumah Tahanan Negara. Dalam KUHAP hanya dikenal bentuk penahanan ini.

4.4. Penangguhan Penahanan¹⁰¹

Atas permintaan tersangka atau terdakwa, sesuai dengan kewenangannya, Hakim Pemeriksa Pendahuluan atau Hakim Pengadilan Negeri dapat menangguhkan penahanan dengan jaminan uang dan/atau orang.

Hakim pemeriksa pendahuluan, atau hakim pengadilan negeri, sewaktu-waktu atas permintaan penuntut umum, dapat mencabut penangguhan penahanan dalam hal tersangka atau terdakwa melanggar syarat penangguhan penahanan yang ditentukan.

¹⁰¹ Pasal 67 ayat (1) – (7) RCUHAP 2012

Terhadap penangguhan penahanan oleh hakim pengadilan negeri pada tahap pemeriksaan di sidang pengadilan, penuntut umum dapat mengajukan keberatan perlawanan kepada Ketua pengadilan negeri yang bersangkutan. **Dalam hal penuntut umum mengajukan keberatan perlawanan, terdakwa tetap dalam tahanan sampai dengan diterimanya penetapan Ketua pengadilan negeri.**

Apabila Ketua pengadilan negeri menerima perlawanan penuntut umum, maka dalam waktu 1 (satu) hari terhitung sesudah penetapan Ketua pengadilan negeri, hakim pengadilan negeri wajib mengeluarkan surat perintah penahanan kembali.

4.5. Pembantaran¹⁰²

Apabila pada masa penahanan, tersangka atau terdakwa karena sakit dirawat di rumah sakit pada tahap penyidikan, penuntutan, dan/atau persidangan dilakukan pembantaran, maka masa penahannya tidak dihitung. Selama pembantaran, tersangka atau terdakwa dalam pengawasan Penyidik, Penuntut Umum, atau Hakim. Ketentuan lebih lanjut mengenai syarat, tata cara, dan pengawasan penangguhan penahanan dan pembantaran tersangka atau terdakwa diatur dengan Peraturan Pemerintah.

4.6. Pemeriksaan oleh Hakim Pemeriksaan Pendahuluan

Hakim pemeriksaan pendahuluan berwenang menetapkan dan memutuskan antara lain:

- sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan, atau penyadapan;
- pembatalan atau penangguhan penahanan;
- ganti kerugian dan/atau rehabilitasi untuk seseorang yang ditangkap atau ditahan secara tidak sah;
- pelanggaran terhadap hak tersangka apapun yang lain yang terjadi selama tahap penyidikan.¹⁰³

Permohonan mengenai pemeriksaan terhadap materi tersebut diatas oleh hakim pemeriksa pendahuluan diajukan oleh tersangka atau penasihat hukumnya,¹⁰⁴ namun hakim pemeriksa pendahuluan juga dapat memutuskan hal-hal di atas inisiatifnya sendiri.¹⁰⁵

Hakim pemeriksa pendahuluan memberikan keputusan dalam waktu paling lambat 2 (dua) hari terhitung sejak menerima permohonan. Keputusan tersebut diberikan dengan pemeriksaan berdasarkan hasil penelitian salinan dari surat perintah penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan, penyadapan, atau catatan lainnya yang relevan. Hakim pemeriksa pendahuluan ini juga dapat mendengar keterangan dari tersangka atau penasihat hukum,

¹⁰² Pasal 67 ayat (7)-(9) RKUHAP 2012

¹⁰³ Pasal 112 ayat (1) RKUHAP

¹⁰⁴ Pasal 112 ayat (2) RKUHAP

¹⁰⁵ Pasal 112 ayat (3) RKUHAP

penyidik atau penuntut umum. Apabila diperlukan, hakim pemeriksa pendahuluan dapat meminta keterangan dibawah sumpah dari saksi yang relevan dan alat bukti surat yang relevan.¹⁰⁶

Implikasi adanya putusan ataupun penetapan hakim pemeriksa pendahuluan yang menyatakan suatu penahanan tidak sah, penyidik atau penuntut umum pada tingkat pemeriksaan masing-masing harus mengeluarkan tersangka dari tahanan,¹⁰⁷ hakim pemeriksa pendahuluan juga dapat menetapkan atau memutuskan bahwa penahanan tidak sah, hakim pemeriksa pendahuluan juga menetapkan jumlah pemberian ganti kerugian dan/atau rehabilitasi.¹⁰⁸

Hakim pemeriksa pendahuluan melakukan pemeriksaan atas permohonan ganti kerugian atau rehabilitasi dalam jangka waktu paling lama 5 (lima) hari kerja setelah menerima permohonan, harus mulai menyidangkan permohonan; sebelum memeriksa dan memutus, wajib mendengar pemohon, penyidik, atau penuntut umum; dalam jangka waktu 7 (tujuh) hari kerja setelah menyidangkan, harus sudah memberikan putusan. Dalam hal perkara sudah diperiksa oleh pengadilan negeri, permohonan ganti kerugian atau rehabilitasi tidak dapat diajukan kepada hakim pemeriksa pendahuluan.¹⁰⁹ Penetapan atau putusan hakim pemeriksa pendahuluan tidak dapat diajukan upaya hukum banding atau kasasi.¹¹⁰

5. Kompabilitas aturan penahanan di RKUHAP dengan Instrumen HAM

Pada bagian ini akan dibahas mengenai kesesuaian rumusan RKUHAP mengenai penahanan sesuai dengan instrument Hak Asasi Manusia yang dibahas sebelumnya, standar yang harus dipenuhi disadur dari bagian sebelumnya.

No	Aspek	Standar yang harus terpenuhi	Ketentuan dalam RKUHAP
1.	Alasan penangkapan	Bukti yang cukup untuk mendukung penemuan ada dugaan yang masuk akal orang melakukan tindak pidana	Pasal 55 Berdasarkan bukti permulaan yang cukup, namun ketentuan RKUHAP tidak memberikan definsi, perlu mensinkronkan dengan putusan MK 21/PUU-XII/2014
2.	Alasan penangkapan	Larangan dugaan melakukan tindak pidana hanya berdasarkan keterangan saksi saja	Pasal 55 Catatan perlu mensinkronkan dengan putusan MK 21/PUU-XII/2014

¹⁰⁶ Pasal 112 ayat (4) RKUHAP

¹⁰⁷ Pasal 113 ayat (2) RKUHAP

¹⁰⁸ Pasal 113 ayat (5) RKUHAP

¹⁰⁹ Pasal 114 RKUHAP

¹¹⁰ Pasal 122 RKUHAP

3.	Alasan penangkapan	Larangan dugaan hanya dari keterangan sepihak polisi/ petugas dalam operasi	Pasal 55 Catatan perlu mensinkronkan dengan putusan MK 21/PUU-XII/2014
4.	Penangkapan	Orang yang ditangkap wajib diberitahu pada saat penangkapannya dan harus sesegera mungkin diberitahu mengenai tuduhan yang dikenakan terhadapnya	Pasal 56 ayat (1) Sudah terakomodir
5.	Penangkapan	Jangka waktu tidak lebih dari 48 jam	Pasal 57 ayat (1) Paling lama 1 hari Namun kewajiban harus dihadapkan pada hakim kurang dari 48 jam tidak terpenuhi, karena penahanan pertama 5 hari
6.	Penangkapan	Kewajiban dalam 48 jam orang yang ditangkap dihadapkan ke hakim/pengadilan (tidak berdasarkan permintaan terdakwa)	Tidak ada
7.	Penangkapan	Adanya rekaman penangkapan pada petugas yang menangkap	Tidak ada
8.	Penahanan	Aturan harus menyatakan penahanan adalah bentuk pengecualian, bukan keharusan	Pasal 59 ayat (5), (1) Namun tidak secara tegas menjelaskan bahwa ini adalah bentuk pengecualian
9.	Penentuan penahanan	Kewajiban dihadapkan ke hakim sebelum adanya keputusan penahanan	Tidak ada Penahanan dalam RKUHAP tetap ditentukan oleh otoritas yang melakukan, diperiksa hakim pemeriksa pendahuluan hanya pada tahap penyidikan, itu pun bersifat pilihan (Pasal 60 ayat (3), (4),(5),(6) RKUHAP)
10.	Penentuan penahanan	Harus berdasarkan penentuan berbasis penilaian individual	Tidak ada

11.	Penentuan penahanan	<p>Kewajiban harus mempertimbangkan bentuk alternatif lain</p> <ul style="list-style-type: none"> - Jaminan hadir sidang - Pengawasan pengadilan, dll 	<p>Tidak ada</p> <p>** dalam RKUHAP, alternatif non penahanan di rutan semakin berkurang karena telah diatur secara tegas menyatakan bahwa tempat penahanan satu-satunya adalah di rumah Tahanan Negara dan hak ini menghapuskan bentuk-bentuk penahanan lainnya seperti yang telah diatur dalam KUHAP saat ini seperti penahanan rumah dan penahanan kota</p>
12.	Penentuan Penahanan	<p>Harus memastikan izin untuk melanjutkan penahanan harus didapatkan dari seorang hakim atau petugas lain</p>	<p>Penentuan oleh hakim pemeriksa pendahuluan hanya pada penyidikan (Pasal 60 ayat (2) dan (3))</p>
13.	Alasan penahanan	<p>Pengaturan alasan penahanan untuk mencegah orang kabur/melahirkan diri</p> <p>namun dalam pertimbangan harus dijelaskan faktor-faktor terkait karakteristik seseorang kondisi moral, rumah, pekerjaan, asset, hubungan keluarga dan semua keterhubungan tempat dimana ia didakwa</p>	<p>Pasal 59 ayat (5)</p> <p>** Namun tidak ada pengaturan/penjelasan mengenai pertimbangan faktor terkait karakteristik seseorang, kondisi moral, rumah, pekerjaan, asset, hubungan keluarga dan semua keterhubungan tempat dimana ia didakwa</p>
14.	Alasan penahanan	<p>Alasan penahanan atas dasar mencegah orang menghalangi penyidikan,</p> <p>namun, tidak dapat didasarkan pada penjelasan yang abstrak/umum, alasan ini harus didukung oleh bukti yang faktual</p>	<p>Pasal 59 ayat (5)</p> <p>**tidak ada pengaturan/penjelasan mengenai alasan ini harus didukung oleh bukti yang faktual dan tidak hanya didasarkan pada penjelasan yang abstrak/umum</p>

15.	Alasan penahanan	Alasan penahanan atas dasar kekhawatiran akan menekan saksi lain Namun harus didasarkan pada fakta yang spesifik	Pasal 59 ayat (5) **tidak ada pengaturan/penjelasan bahwa harus didasarkan pada fakta yang spesifik
16.	Alasan penahanan	Alasan penahanan atas dasar kekhawatiran melakukan kembali tindak pidana Namun risiko akan kembali melakukan tindak pidana hanya dapat menjadi dasar penahanan jika ada bukti nyata dari risiko yang pasti akan terjadinya pengulangan tindak pidana	Pasal 59 ayat (5) **namun tidak ada pengaturan/penjelasan bahwa risiko akan kembali melakukan tindak pidana hanya dapat menjadi dasar penahanan jika ada bukti nyata dari risiko yang pasti akan terjadinya pengulangan tindak pidana
17.	Alasan penahanan	Alasan penahanan atas dasar kepentingan publik yang harus dijelaskan oleh UU	Tidak ada
18.	Alasan penahanan	Larangan alasan penahanan karena penyidikan yang belum selesai atau persidangan yang belum mulai	Tidak ada
19.	Penahanan	Larangan Penahanan ditentukan hanya berdasarkan ancaman pidana perbuatan	Tidak ada
20.	Penahanan	Kalaupun menyetujui penahanan, pengadilan harus menyatakan alasan mengapa mengikuti kehendak penyidik melakukan penahanan, alasan mengapa tidak menentang permohonan penyidik, misalnya mengapa tidak mengganti penahanan dengan pengawasan pengadilan	Pasal 59 ayat (3) **hanya dijelaskan mengenai dalam surat perintah penahanan atau penetapan hakim harus mencantumkan <u>alasan penahanan</u>
21.	Penahanan	Kewajiban menjelaskan secara rinci alasan penahanan dilakukan di setiap tahapan penahanan	Tidak ada

22.	Penahanan	Kewajiban adanya evaluasi berkala terhadap penahanan (evaluasi terbangun di sistem)	Tidak ada
23.	Evaluasi Penahanan	Kewajiban evaluasi dalam interval maksimal 2 bulan	Interval penahanan memang dibawah 2 bulan, namun evaluasi tidak dilakukan hakim
24.	Evaluasi Penahanan	Kewajiban adanya evaluasi berbasis aduan/gugatan	Tidak ada Evaluasi oleh hakim hanya pada penyidikan, dan berbasis gugatan
25.	Evaluasi Penahanan	Kewajiban evaluasi oleh pengadilan harus pada aspek prosedural dan aspek substansial	Tidak ada
26.	Evaluasi Penahanan	Evaluasi di depan pengadilan wajib dihadiri oleh tersangka/terdakwa	Tidak ada
27.	Evaluasi Penahanan	Penguji penahanan berhak meminta tersangka/terdakwa hadir	Tidak ada
28.	Tempat Penahanan	Penahanan harus tidak melibatkan penahanan di kepolisian (harus fasilitas yang terpisah)	Tidak ada Penjelasan Pasal 64 masih memungkinkan adanya tempat penahanan pada otoritas yang melakukan penahanan
29.	Jangka waktu penahanan		Total jangka waktu penahanan hingga 390 hari, hanya kurang 10 hari dari ketentuan sekarang. Jauh dibawah 240 hari.
30.	Penahanan melanggar hukum dan/atau sewenang-wenang	Jaminan otomatis setiap orang yang ditangkap dan ditahan secara melawan hukum dan sewenang-wenang akan mendapatkan kompensasi	Tidak otomatis, harus berbasis putusan HPP (Pasal 65 ayat (1) dan (2)) Dan HPP tidak melakukan evaluasi berkala (evaluasi hanya di penyidikan)

31.	Penahanan melanggar hukum dan/atau sewenang-wenang	Kompensasi dapat berupa kompensasi finansial	Tidak otomatis, harus berbasis putusan HPP (Pasal 65 ayat (1) dan (2)) Dan HPP tidak melakukan evaluasi berkala (evaluasi hanya di penyidikan)
32.	Penahanan melanggar hukum dan/atau sewenang-wenang	Kompensasi/ganti rugi sebagai penegakan hukum, bukan berdasarkan kebaikan negara atau diskresi	Tidak otomatis, harus berbasis putusan HPP (Pasal 65 ayat (1) dan (2)) Dan HPP tidak melakukan evaluasi berkala (evaluasi hanya di penyidikan)
33.	Penahanan melanggar hukum dan/atau sewenang-wenang	Pengaturan pembayaran yang harus dilakukan segera	Tidak Tersedia pengaturan ini
34.	Penahanan melanggar hukum dan/atau sewenang-wenang	Kompensasi berupa kerugian materil/immaterial	Tidak ada jaminan bisa ganti kerugian immateril
35.	Otoritas yang menentukan penahanan	<ul style="list-style-type: none"> - Harus terlepas dari unsur eksekutif - Bukan berasal dari para pihak (penyidik, penuntut umum, hakim perkara) 	Tidak ada HPP yang meninjau sebelum penahanan hanya untuk perpanjangan penahanan oleh penyidik
36.	Bantuan hukum berkaitan dengan penahanan	Harus ada jaminan bantuan hukum yang dapat bekerja aktif untuk penentuan ditahan/tidak nya seseorang	Tidak ada jaminan bahwa penasihat hukum memiliki akses untuk men- <i>challenge</i> keputusan penahanan

Dari tabel di atas menunjukkan secara umum RKUHAP belum sepenuhnya memenuhi standar Instrumen HAM. Banyak aspek penguatan HAM yang belum terpenuhi.

Pertama, mengenai alasan penangkapan dijelaskan berdasarkan bukti yang cukup, namun RKUHAP belum memberikan penjelasan mengenai bukti permulaan yang cukup, belum disinkronkan dengan putusan MK 21/PUU-XII/2014 yang menjelaskan bukti permulaan yang cukup sebagai minimal 2 alat bukti.

Kedua, mengenai jangka waktu penangkapan, sudah sesuai dengan ketentuan menurut rekomendasi komite HAM, yaitu maksimal 48 jam (dalam RKUHAP 1x24 jam). Namun, kewajiban dalam 48 jam orang yang ditangkap dihadapkan ke hakim/pengadilan (tidak berdasarkan permintaan terdakwa) tidak dimuat dalam rumusan RKUHAP

Ketiga, dalam penangkapan harus diupayakan adanya rekaman petugas atau alat perekam dalam tubuh petugas, namun jaminan ini tidak tersedia dalam RKUHAP

Keempat, mengenai penahanan, aturan harus menyatakan penahanan adalah bentuk pengecualian, bukan keharusan, secara umum memang dipahami bahwa penahanan dalam RKUHAP tidak merupakan suatu kewajiban, namun rumusan pasal eksplisit seperti ini tidak dimuat dalam RKUHAP.

Kelima, mengenai otoritas yang menentukan penahanan diharuskan merupakan seorang hakim ataupun otoritas lain yang terlepas dari otoritas yang melakukan penahanan. Dalam RKUHAP sekalipun memperkenalkan kewenangan hakim pemeriksa pendahuluan yang salah satu kewenangannya adalah menguji suatu upaya paksa, namun untuk kewenangan penentuan penahanan sebelum penahanan dimulai, pemeriksaan hakim pemeriksa pendahuluan hanya untuk perpanjangan penahanan pada tahap penyidikan, sedangkan penentuan penahanan lainnya di tahap penuntutan, persidangan dilakukan oleh penuntut umum dan hakim, tidak terlepas dari otoritas yang melakukan penahanan.

Keenam, mengenai pemeriksaan penentuan penahanan harus berdasarkan penentuan berbasis penilaian individual. Dalam pemeriksaannya, kewajiban harus mempertimbangkan bentuk alternatif lain misalnya jaminan hadir sidang, pengawasan pengadilan, dan bentuk-bentuk alternatif lain, dan juga adanya kesempatan bagi tersangka/ terdakwa hadir dalam pemeriksaan untuk penentuan penahanan tersebut. Dalam RKUHAP jaminan ini belum tersedia. Bahkan, alternatif penahanan selain penahanan non rutan tidak lagi tersedia dalam RKUHAP.

Ketujuh, berkaitan dengan kewajiban adanya evaluasi berkala, ketentuan HAM internasional menjelaskan, kewajiban evaluasi dalam interval maksimal 2 bulan. Secara umum RKUHAP mengatur interval masa penahanan dibawah 2 bulan, namun evaluasi tersebut tidak dilakukan oleh hakim. Kemudian juga tidak ada aturan yang menjelaskan aspek individual yang harus diperiksa dalam penentuan penahanan.

Kedelapan, mengenai tempat penahanan. RKUHAP masih memperbolehkan adanya tempat penahanan di luar rumah tahanan, di tempat otoritas yang menahan, hal ini tidak diperbolehkan, karena membuka peluang terjadinya penyiksaan, karena pengawasan tidak berjenjang.

Kesembilan, mengenai jangka waktu penahanan, tidak dijelaskan secara universal mengenai batasan jangka waktu penahanan, namun dalam praktik di Belanda dalam rentang waktu maksimal 180-240 hari. Pada rumusan RKUHAP jangka waktu cukup panjang mencapai 390 hari, hanya berkurang 10 hari dari ketentuan KUHAP saat ini.

Kesepuluh, mengenai jaminan kompensasi/ganti kerugian atas adanya penahanan sewenang-wenang, yang mana jaminan ganti kerugian tersebut harusnya otomatis, terlepas adanya gugatan atau tidak. Dalam RKUHAP, memang diperkenalkan konsep hakim pemeriksa pendahuluan. Namun putusan hakim pemeriksaan pendahuluan terkait dengan ganti rugi ini hakim pemeriksa pendahuluan tidak melakukan evaluasi berkala (evaluasi hanya pada perpanjangan penahanan di penyidikan).

4.7. Kompabilitas RKUHAP untuk mendukung Penghindaran Penahanan dan Pemenjaraan Pengguna Narkotika

RKUHP memberikan penjelasan lebih jelas mengenai pembaratan, tidak seperti dalam KUHAP saat ini. Dalam Pasal 67 ayat (7) RKUHP dijelaskan apabila pada masa penahanan tersangka atau terdakwa karena sakit dirawat di rumah sakit pada tahap penyidikan, penuntutan, dan/atau persidangan dilakukan pembantaran, maka masa penahanannya tidak dihitung. Selama masa pembantaran tersangka atau terdakwa tersebut, tersangka dan terdakwa dalam pengawasan Penyidik, Penuntut Umum, atau Hakim. Ketentuan lebih lanjut mengenai syarat, tata cara, dan pengawasan penangguhan penahanan dan pembantaran tersangka atau terdakwa diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Namun RKUHAP tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan kondisi sakit tersebut apakah termasuk bagi pecandu narkotika, apakah juga termasuk pengguna narkotika yang masuk dalam masa perawatan baik di luar lembaga ataupun di dalam lembaga.

RKUHP juga tidak menjelaskan hukum acara untuk melaksanakan dekriminalisasi dengan diversifor selektif, misalnya mengatur tentang mekanisme merujuk pengguna narkotika dengan penguasaan jumlah tertentu untuk dirujuk ke lembaga untuk *assessment*.

Dalam RKUHAP diperkenalkan mekanisme jalur khusus dalam Pasal 199 RKUHAP. Yang diatur dalam mekanisme bahwa pada saat penuntut umum membacakan surat dakwaan, apabila terdakwa mengakui semua perbuatan yang didakwakan dan mengaku bersalah melakukan tindak pidana yang ancaman pidana yang didakwakan tidak lebih dari 7 (tujuh) tahun, penuntut umum dapat melimpahkan perkara ke sidang acara pemeriksaan singkat. Dalam penjelasan RKUHAP tentang acara pemeriksaan singkat pidana penjara yang dapat dijatuhkan terhadap terdakwa paling lama 3 (tiga) tahun. Sidang perkara singkat tersebut dilakukan dengan hakim tunggal. Hal ini dapat menjadi peluang untuk menghindarkan pengguna narkotika dari pemenjaraan. Namun, yang ditekankan, RKUHAP belum mempersiapkan hukum acara untuk

mendukung dekriminasi bagi pengguna narkoba, termasuk tidak ada ketentuan mengenai penahanan yang berbeda untuk tersangka dengan permasalahan penggunaan narkoba.

6. Penutup

a. Kesimpulan

RKUHP belum sepenuhnya memenuhi standar Instrumen HAM. Banyak aspek penguatan HAM yang belum terpenuhi, antara lain:

1. Alasan penangkapan
2. Jangka waktu penangkapan dan kewajiban dalam 48 jam orang yang ditangkap dihadapkan ke hakim/pengadilan (tidak berdasarkan permintaan terdakwa)
3. Kewajiban alat perekam pada penangkapan
4. Aturan harus menyatakan penahanan adalah bentuk pengecualian, bukan keharusan,.
5. Otoritas yang menentukan penahanan diharuskan merupakan seorang hakim ataupun otoritas lain yang terlepas dari otoritas yang melakukan penahanan.
6. Pemeriksaan penentuan penahanan harus berdasarkan penentuan berbasis penilaian individual.
7. Kewajiban adanya evaluasi berkala, sekaligus evaluasi tersebut dilakukan oleh hakim.
8. Mengenai tempat penahanan.
9. Jangka waktu penahanan
10. jaminan kompensasi/ganti kerugian atas adanya penahanan sewenang-wenang, yang mana jaminan ganti kerugian tersebut harusnya otomatis, terlepas adanya gugatan atau tidak.
11. Upaya penghindaran pengguna narkoba dari penahanan dan pemenjaraan, dalam hal ini untuk mendukung adanya dekriminialisasi dengan diversi selektif bagi pengguna narkoba.

Pada kesebelas aspek di atas RKUHP masih memuat catatan untuk perbaikan.

b. Rekomendasi

Berdasarkan paparan di atas dapat direkomendasikan:

1. Pemerintah dan DPR dalam pembahasan RKUHP perlu melakukan perubahan substansi RKUHP, karena masih banyak ketentuan yang tidak sejalan dengan perlindungan hak asasi manusia
2. Pemerintah dan DPR dalam pembahasan RKUHP perlu mengakomodir rumusan yang mendukung upaya dekriminialisasi pengguna narkoba

Referensi

Buku/Jurnal/Artikel:

Eddyono, Supriyadi Widodo dan Erasmus Napitupulu. 2014. *Penelitian Hukum tentang Perbandingan antara Penyelesaian Putusan Praperadilan dengan Kehadiran Hakim Komisaris dalam Peradilan Pidana*, dalam *Prospek Hakim Pemeriksa Pendahuluan dalam Pengawasan Penahanan dalam Rancangan KUHP*. Jakarta: BPHN

Harahap, Yahya. 2015. *Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHP Penyidikan Dan Penuntutan*. Jakarta: Sinar Grafika.

ICJR. 2020. *RKUHP Mengancam Lapas: Kondisi Kesehatan rutan dan lapas di Indonesia masih menjadi masalah*.

New Journal of European Criminal Law. 2017. *Pretrial detention: Assessing European Union Competence under Article 82(2) TFEU*.

UNODC. 2010. *From coercion to cohesion: Treating drug dependence through health care, not punishment, Discussion Paper*. New York. United Nations Office on Drugs and Crime.

Peraturan:

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) Tahun 1966 yang diratifikasi oleh Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana

Rancangan Undang-Undang Kitab Hukum Acara Pidana

Internet:

English Bianet. 2021. *ECtHR Ruling on Kavala His Pre-Trial Detention Not Based on Reasonable Suspicion* <https://bianet.org/english/human-rights/217091-ecthr-ruling-on-kavala-his-pre-trial-detention-not-based-on-reasonable-suspicion>

European Union and Council of Europe. *Pre-Trial Detention Monitoring Tool* <https://rm.coe.int/assessment-tool-on-pre-trial-detention-en/16807823b7>

Fahri, Muhammad. 2020. *Sel Tahanan Polres Bontang Penuh Ini Dampaknya*. Diakses pada 23 Juni 2021, dari <https://kaltim.tribunnews.com/2020/06/05/sel-tahanan-polres-bontang-penuh-ternyata-ini-dampaknya>

Niaga Asia. 2020. *Sel Polres Nunukan Penuh Tahanan Tidur Bergantian tiap 2 jam*. <https://www.niaga.asia/sel-polres-nunukan-penuh-tahanan-tidur-bergantian-tiap-2-jam/>

Portal Jogja. 2020. *Kejari Pindahkan Sembilan Narapidana dari Kulon Progo*.
<https://portaljogja.pikiran-rakyat.com/yogyaistimewa/pr-25400815/kejari-pindahkan-sembilan-narapidana-dari-rutan-polres-kulon-progo>

Sistem Database Pemasyarakatan. 2020.
<http://smslap.ditjenpas.go.id/public/grl/current/monthly/year/2020/month/9>
UN, *Chapter 5 Human Rights and Arrest, Pre-Trial and Administrative Detention*,
<https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>,

Putusan Pengadilan:

Putusan Pengadilan Ham Eropa. 2021. *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights*. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf

Putusan Pengadilan Ham Eropa. 2016. *Case of Buzadji v. The Republic of Moldova*.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-164928%22%5D%7D>

Putusan Pengadilan Ham Eropa. 2012. *Case of Piruzyan v. Armenia*
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-111631%22%5D%7D>

Putusan Pengadilan Ham Eropa. 2012. *Case Selçuk v. Turkey*.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-111631%22%5D%7D>

Putusan Pengadilan Ham Eropa. 2005. *Case Panchenko v. Russia*.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-68148%22%5D%7D>

DOKUMEN LEMBAGA INTERNASIONAL:

Human Right Committee. 2014. General comment No. 35 Article 9

UNGASS. 2016. *Outcome Document of the 2016 United Nations General Assembly Special Session on the World Drug Problem New York*.
<https://www.unodc.org/documents/postungass2016/outcome/V1603301-E.pdf>

Profil Penulis

Maidina Rahmawati, lulusan Fakultas Hukum Universitas Indonesia tahun 2016 yang saat ini berkarya sebagai Peneliti di Institute for Criminal Justice Reform (ICJR). Sejak Mei 2016 aktif dalam advokasi beberapa peraturan perundang-undangan terkait dengan kekerasan seksual, peradilan pidana yang adil bagi perempuan, dekriminialisasi pengguna narkoba, dan penguatan sistem hukum untuk menghilangkan diskriminasi kepada orang dengan HIV-AIDS.

Girlye Lipsky Aneira br Ginting, mahasiswa fakultas hukum universitas Sumatera Utara dan saat ini berkarya sebagai asisten peneliti di Institute for Criminal Justice Reform (ICJR).

Profil ICJR

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