



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 46/PUU-XIV/2016**

PERIHAL
**PENGUJIAN UNDANG-UNDANG NOMOR 1 TAHUN 1946
TENTANG PERATURAN HUKUM PIDANA ATAU KITAB
UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA JUNCTO
UNDANG-UNDANG NOMOR 73 TAHUN 1958
TENTANG MENYATAKAN BERLAKUNYA
UNDANG-UNDANG NOMOR 1 TAHUN 1946
TENTANG PERATURAN HUKUM PIDANA UNTUK
SELURUH WILAYAH REPUBLIK INDONESIA DAN
MENGUBAH KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA
TERHADAP
UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK
INDONESIA TAHUN 1945**

ACARA
**MENDENGARKAN KETERANGAN PIHAK TERKAIT
[YAYASAN LEMBAGA BANTUAN HUKUM (YLBH)] DAN
AHLI PIHAK TERKAIT ICJR
(IX)**

J A K A R T A

KAMIS, 22 SEPTEMBER 2016



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 46/PUU-XIV/2016**

PERIHAL

Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana juncto Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana [Pasal 284 ayat (1) sampai dengan ayat (5)] terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

PEMOHON

1. Euis Sunarti
2. Rita Hendrawaty Soebagio
3. Dinar Dewi Kania, dkk.

ACARA

Mendengarkan Keterangan Pihak Terkait [Yayasan Lembaga Bantuan Hukum (YLBHI)] dan Ahli Pihak Terkait ICJR (IX)

Kamis, 22 September 2016, Pukul 11.10 – 13.44 WIB
Ruang Sidang Gedung Mahkamah Konstitusi RI,
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat

SUSUNAN PERSIDANGAN

- | | |
|-------------------------|-----------|
| 1) Arief Hidayat | (Ketua) |
| 2) Anwar Usman | (Anggota) |
| 3) I Dewa Gede Palguna | (Anggota) |
| 4) Suhartoyo | (Anggota) |
| 5) Aswanto | (Anggota) |
| 6) Maria Farida Indrati | (Anggota) |
| 7) Wahiduddin Adams | (Anggota) |
| 8) Patrialis Akbar | (Anggota) |
| 9) Manahan MP Sitompul | (Anggota) |

Fadzlun Budi SN

Panitera Pengganti

Pihak yang Hadir:

A. Pemohon:

1. Rita Hendrawati Soebagio
2. Nurul Hidayati Kusuma Hastuti Ubaya
3. Akmal
4. Sabriaty Aziz
5. Euis Sunarti

B. Kuasa Hukum Pemohon:

1. Feizal Syah Menan
2. Anggi Aribowo
3. M. Andrian Kamil
4. Aristya Kusuma Dewi

C. Ahli dari Pemohon:

1. Roichatul Aswidah
2. Anugerah Rizky Akbari

D. Pemerintah:

1. Prautani Wira S.
2. Hotman Sitorus
3. Desmilia Eka
4. Wahyu Jaya
5. Fitri

E. Pihak Terkait:

- | | |
|---------------------|--------------------|
| 1. Samsul Munir | (Komnas Perempuan) |
| 2. Bahrain | (YLBHI) |
| 3. Titin Suprihatin | (PERSISTRI) |
| 4. Ijah Khodijah | (PERSISTRI) |

F. Kuasa Hukum Pihak Terkait:

1. Erasmus Napitupulu
2. Supriyadi Widodo Eddyono
3. Naila

SIDANG DIBUKA PUKUL 11.10 WIB

1. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Bismillahirrahmaanirrahiim.

Sidang dalam Perkara Nomor 46/PUU-XIV/2016 dengan ini dibuka dan terbuka untuk umum

KETUK PALU 3X

Saya cek kehadirannya. Pemohon 46, silakan. Siapa yang hadir?

2. KUASA HUKUM PEMOHON: FEIZAL SYAH MENAN

Terima kasih, Yang Mulia. Pada hari ini hadir 5 dari 12 Pemohon, Yang Mulia yaitu pertama Ibu Prof. Dr. Euis Sudarti, M.Si, kedua Ibu Rita Hendrawaty Soebagio, Sp.Psi, M.Si. Ketiga, Ibu Nurul Hidayati Kusuma Hastuti Ubaya. Empat, Dr. Sabriati Aziz, dan lima, Pak Akmal Safir (suara tidak terdengar jelas). Adapun dari tim penasihat hukum hadir empat orang, yaitu saya sendiri Feizal Syah Menan. Kemudian sebelah kiri saya Ibu Aristya, Bapak Anggi, dan Bapak Andrian. Terima kasih, Majelis.

3. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik, terima kasih, Pemohon. Dari DPR tidak hadir, dari Pemerintah yang mewakili Presiden, silakan.

4. PEMERINTAH: HOTMAN SITORUS

Terima kasih, Yang ... terima kasih, Yang Mulia. Pemerintah diwakili oleh dari kejaksaan, Ibu Prautani Wira S. sebelah kiri. Kemudian Ibu Desmilia Eka, dan dari Kementerian Hukum dan HAM saya sendiri Hotman Sitorus, Bapak Jaya ... Wahyu Jaya kemudian Ibu Nur Fitri Astari. Terima kasih, Yang Mulia.

5. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik, terima kasih. Pihak Terkait dari Yayasan Bantuan Hukum Indonesia, tidak ada? Oke, silakan.

6. PIHAK TERKAIT: BAHRAIN (YLBHI)

Majelis, perkenalkan saya Bahrain dari Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia dalam hal ini diundang oleh Majelis untuk menyampaikan keterangan. Terima kasih.

7. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Oh, jadi anu, ya, Yayasan Bantuan Hukum Indonesia belum didengar keterangannya? Belum, ya, baik. Kemudian Ahli ... Pihak Terkait dari ICJR yang hadir siapa?

8. PIHAK TERKAIT: SUPRIYADI WIDODO EDDYONO (ICJR)

Hadir, Yang Mulia dengan dua Ahli.

9. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Pada hari ini sebetulnya kita juga mengundang MUI yang sudah mengajukan sebagai Pihak Terkait, tapi belum hadir akan kita dengar keterangannya juga pada kesempatan yang akan datang.

Kalau begitu, agendanya kita pada hari ini adalah mendengarkan keterangan dari Yayasan Bantuan Hukum Indonesia kemudian kita akan mendengarkan Ahli yang diajukan oleh ICJR, ada dua ya? Ibu Roichatul dan Pak Anugerah, betul? Baik.

Sebelumnya saya mohon bisa maju ke depan untuk diambil sumpahnya terlebih dahulu. Keduanya beragama Islam, muslim. Saya persilakan perkenan dari Yang Mulia Pak Wahiduddin.

10. HAKIM ANGGOTA: WAHIDUDDIN ADAMS

Untuk Ahli, ikuti lafal yang saya tuntunkan.

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

11. SELURUH AHLI BERAGAMA ISLAM BERSUMPAH:

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

12. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Ya, terima kasih. Silakan kembali ke tempat, terima kasih. Kelupaan saya dari Komnas Perempuan, Pihak Terkait hadir?

13. PIHAK TERKAIT: SAMSUL MUNIR (KOMNAS PEREMPUAN)

Hadir, izin Majelis. Dari Komnas HAM yang hadir Emda Robi ... eh, sori, Komnas Perempuan, Emda Robbi. Kuasa Hukum, saya sendiri Samsul Munir. Kedua, M. Afif. Ketiga, Naila Rizki.

14. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik.

15. PIHAK TERKAIT: SAMSUL MUNIR (KOMNAS PEREMPUAN)

Terima kasih.

16. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terus kemudian dari Persatuan Islam Istri? Ya, belum saya anu. Silakan.

17. PIHAK TERKAIT: TITIN SUPRIHATIN (PERSISTRI)

Terima kasih, Yang Mulia. Dari Persistri saya hadir Ibu Titin Suprihatin didampingi Ibu Ijah Khodijah.

18. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik, terimakasih. Mohon maaf, dari Komnas Perempuan dan dari Persatuan Islam Istri yang belum saya apa ... tanya kehadirannya. Ya, pada sidang yang akan lalu sudah hadir semua ini, ya, baik, terima kasih.

Sekarang agenda kita yang pertama mendengarkan keterangan dari Yayasan Bantuan Hukum Indonesia, saya persilakan di podium, ya.

19. PIHAK TERKAIT: BAHRAIN (YLBHI)

Terima kasih, Yang Mulia. Assalamualaikum wr. wb. Salam sejahtera untuk kita semua. Bismillahirrahmaanirrahiim.

Saya akan membacakan berkenaan dengan alasan-alasan saya Yang Mulia supaya lebih cepat.

20. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Ya. Silakan.

21. PIHAK TERKAIT: BAHRAIN (YLBHI)

Berkenaan dengan alasan-alasan hukum Pemohon sebagai Pihak Terkait tidak langsung:

- a. Permohonan uji materiil yang diajukan oleh Para Pemohon yang meminta MK untuk membuat norma baru dengan memperluas definisi pasal-pasal yang diuji adalah bertentangan dengan hak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat seseorang, sebagaimana yang dijamin dalam Pasal 28G ayat (1) juncto Putusan MK Nomor 50/PUU-VI/2008 serta bertentangan dengan Pasal 28 ayat (1) ... 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

Permohonan uji materiil yang diajukan Para Pemohon adalah pertama, memperluas definisi Pasal 284 ayat (1) KUHP dengan membentuk norma baru yang merupakan upaya untuk mengkriminalisasikan semua bentuk elasi seksual orang dewasa di luar perkawinan baik ekstra, marital, maupun nonmarital atas dasar kesepakatan suka sama suka atau konsensual adults sexual relationship.

Kedua, memperluas definisi Pasal 285 KUHP sehingga tampak menggunakan bahasa yang netral, gender karena juga menempatkan laki-laki sebagai potensial korban meski tetap dalam hubungan di luar perkawinan dengan pelakunya.

Dan ketiga, memperluas definisi Pasal 292 KUHP tentang perbuatan cabul yang dilakukan orang dewasa terhadap orang-orang yang belum dewasa. Dalam jenis kelamin yang sama, guna mengkriminalisasikan hubungan seksual antara dua orang dewasa dalam jenis kelamin yang sama.

Dengan demikian, jelaslah bahwa ide dasar di balik permohonan uji materiil ketentuan dalam Pasal 284 KUHP, 285 KUHP, dan Pasal 292 KUHP yang diajukan oleh Para Pemohon adalah agar MK membuat norma baru sehingga negara dapat memenjarakan mereka yang melakukan hubungan seksual di luar perkawinan di antara orang dewasa atas dasar suka sama suka, perkosaan terhadap laki-laki dan perempuan di luar perkawinan, serta kriminalisasi terhadap kelompok masyarakat yang memiliki orientasi seksual nonnormatif, nonheteroseksual atau disebut juga sebagai kelompok seksual minoritas. Karena Para Pemohon sebagai perorangan merasa dirugikan hak konstitusionalnya untuk mendapatkan kepastian hukum dan perlindungan sebagai pribadi, keluarga, dan masyarakat atas berlakunya pasal-pasal a quo.

Bahwa upaya Para Pemohon untuk menjadikan negara mempunyai wewenang untuk mengkriminalisasikan orang-orang dewasa

yang tidak terikat perkawinan dalam kaitan permohonan perluasan Pasal 284 KUHP dan melakukan kriminalisasi terhadap kelompok-kelompok seksual minoritas berkaitan dengan perluasan 292 KUHP adalah bertentangan dengan prinsip nondiskriminasi yang dijamin dalam Pasal 28 ayat (1), 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Kemudian bertentangan pula dengan hak atas dasar kehidupan pribadi atau privacy right dan penghormatan terhadap martabat manusia the right to dignity yang dijamin oleh Pasal 28G ayat (1), serta bertentangan pula dengan Pasal 28 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 tentang persamaan di muka hukum atau equality before the law.

Bahwa hak atas dasar martabat manusia the right to dignity dipahami sebagai pondasi dan memberikan substansi untuk hak asasi manusia lainnya. Misalnya, hak untuk kesetaraan, nondiskriminasi, privasi, dan kebebasan dari penyiksaan dan perlakuan tidak manusiawi dan merendahkan martabat atau hukuman, dalam makalahnya berjudul Martabat Manusia dan Penentuan Judicial Hak Asasi, Prof. Christopher Mac Craden mengeksplorasi sejarah dan evolusi martabat manusia sebagai prinsip agama, filsafat, politik, dan hukum yang menelusuri sumbernya dari berbagai karya filsafat dan teori politik abad ke-18.

Seperti yang dikemukakan Immanuel Kant dan Marrie (suara tidak terdengar jelas) bahwa penghapusan perbudakan didasarkan kepada penghormatan terhadap martabat Indonesia ... martabat manusia ... mohon maaf, dan pentingnya konsep martabat manusia sebagai dasar untuk pengembangan piagam PBB dan deklarasi hak asasi manusia. Lebih penting lagi bahwa instrumen tersebut didasarkan kepada pandangan bahwa hak asasi manusia tidak hanya tentang etika radikal, individualisme, melainkan karena esensial bagi promosi atas kebajikan bersama. Terjemahan bebas atau Pihak Terkait.

Bahwa dasar-dasar pertama dan utama pengakuan atas hak dan penghormatan terhadap martabat manusia termuat dalam piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa UN Charter 1945 yang menyatakan, "We the people of the united nation determined to refirm fight in the fundamental human right in the dignity and work of the human person in the equal right of man and women and of national and skull." Sejak itu, hak atas penghormatan terhadap manusia menjadi sangat sentral dan mendasar dalam perumusan semua deklarasi ataupun konvensi-konvensi hak asasi manusia.

Sebagai misalnya tercantum dalam (suara tidak terdengar jelas) Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia atau DUHAM yang menyatakan, "Recognition of the in hand dignity and the equal enable right of the of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world," dan Pasal 1 DUHAM yang menyatakan, "All human being are born free and equal and dignity and right."

Bahwa baik (suara tidak terdengar jelas) konvensi hak sipil dan politik maupun konvensi hak ekonomi, sosial, dan budaya yang sudah

diratifikasi oleh pemerintah Indonesia juga membuat penghormatan terhadap martabat manusia dengan menyatakan menimbang bahwa sesuai dengan prinsip-prinsip yang diproklamirkan dalam piagam perserikatan bangsa-bangsa, pengakuan atas harkat dan martabat sesuai dengan hak-hak yang sama dan tak terpisahkan dari seluruh anggota umat manusia merupakan landasan dari kebebasan, keadilan, dan perdamaian di dunia, mengakui bahwa hak-hak ini berasal dari harkat dan martabat yang melekat pada setiap manusia. Prinsip tersebut kemudian ditegaskan dalam Pasal 10 konvensi hak sipil dan politik dan Pasal 13 konvensi hak ekonomi sosial dan budaya serta berbagai instrument HAM regional seperti Asian Human Right Declaration, African Human Right Charter, Review Arab, Human Right Charter, dan sebagainya.

Bahwa selain bertentangan dengan hak atas martabat manusia tersebut di atas, permohonan Para Pemohon juga bertentangan dengan hak atas perlindungan diri pribadi yang dijamin oleh Pasal 28G ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Hak atas perlindungan diri pribadi atau disebut juga dengan hak privacy merupakan hak fundamental bagi setiap orang. Hak ini mendasari hak atas otonomi dan integritas tubuh (the body integrity) serta identitas pribadi dan dalam kaitan dengan Pasal 284 dan 292 KUHP berkaitan pula dengan identitas gender dan seksualitas manusia. Ini berarti bahwa masalah aktivitas seksual masuk dalam kategori dan definisi urusan pribadi karena tidak satu pun orang mempunyai hak yang mempertanyakan bagaimana dua orang dewasa yang atas kesepakatan atau suka sama suka melakukan hubungan seksual sebagaimana hak privacy itu melindungi juga hubungan seksual dari kelompok berorientasi heteroseksual, maka hak privacy harus pula diberlakukan terhadap kelompok homoseksual atau kelompok dengan identitas gender dan orientasi seksual yang berbeda dengan kelompok heteroseksual yang selama ini menikmati hak-haknya yang dijamin oleh konstitusi.

Hak atas privacy juga berkaitan erat dengan harkat, derajat, dan kehormatan sebagai manusia, hak atas kesetaraan, dan hak untuk tidak didiskriminasikan, serta hak untuk tidak diperlakukan secara tidak manusiawi, serta berkaitan dengan hak menyatakan pendapat dan berkumpul. Sebagai contoh dalam masyarakat yang demokratis penting untuk menjaga privacy dalam komunikasi di antara masyarakat. Kekhawatiran akan adanya pantauan terhadap anggota masyarakat dari pihak-pihak yang tidak bertanggungjawab akan mengakibatkan ketidakbebasan dalam berpendapat. Keadaan tersebut dapat mengakibatkan ide-ide konstruktif dalam kehidupan demokrasi tidak dapat disuarakan artinya hak privacy menjamin hak atas rasa aman, perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu merupakan hak asasi manusia sebagaimana yang dinyatakan

dalam Pasal 28G ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Bahwa hak atas privacy dan/atau hak kebebasan pribadi juga berkaitan dengan hak untuk mendefinisikan dan memutuskan diri sendiri. Hak berekspresi dan hak untuk mempunyai relasi seksual dasar konsesus selain keterkaitan yang bersifat saling menguatkan kehadiran hak privacy juga harus diartikan sebagai balancing dari hak atas kebebasan berpendapat. Maksud dari balancing tersebut adalah hak atas reputasi yang merupakan bagian dari hak privacy harus menjadi batasan dari hak atas kebebasan berpendapat. Konsep balancing tersebut dinyatakan secara tegas dalam Pasal 28J ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 yang menyatakan bahwa dalam menjalankan hak asasinya hak asasi seseorang akan dibatasi oleh hak asasi orang lain. Namun demikian pasal ini tidak boleh dijadikan alasan pula untuk menghormati, tidak menghormati, dan/atau menghilangkan hak asasi orang lain sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 28 deklarasi umum hak asasi manusia dan sirakh prinsip. Dalam hal hak atas kebebasan berpendapat, maka hak atas reputasi orang lain menjadi batasan setiap warga negara dapat menjalankan hak berpendapatnya. Berdasarkan uraian di atas, meski tidak secara eksplisit kata-kata yang digunakan mengenai hak atas privacy rumusan Pasal 28G ayat (1) telah mengandung nilai-nilai hak atas privacy yang dijamin di dalam Pasal 12 deklarasi umum hak asasi manusia dan Pasal 17 Konvensi Hak Sipil Politik yang telah diratifikasi dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005. Oleh karena itu, Pasal 28G ayat (1) dapat dikatakan sebagai landasan konstitusional mengenai jaminan hak atas privacy. Bahwa dalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-VI/2008 tentang Perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, Mahkamah Konstitusi memberikan terjemahan atas artikel 28 UDHR dan artikel 17 ICCPR. Dalam terjemahan tersebut kata *privasi* diterjemahkan sebagai urusan pribadi atau masalah pribadi sebagaimana yang tertera dalam Pasal 28G Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sebagai berikut.

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

Bahwa dalam putusan a quo, Mahkamah Konstitusi dalam mendefinisikan hak privasi telah menggunakan Pasal 12 universal declaration of human rights yang berbunyi, “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to protection of the law against such intervent.”

Isi Pasal 12 tersebut dalam Putusan Mahkamah Konstitusi a quo diterjemahkan sebagai berikut.

"Tidak seorang pun boleh diganggu urusan pribadinya, keluarganya, rumah tangganya, atau hubungan surat menyuratnya dengan sewenang-wenang, juga tidak diperkenankan melakukan pelanggaran atas kehormatannya dan nama baiknya. Setiap orang berhak mendapatkan perlindungan hukum terhadap gangguan-gangguan atau pelanggaran seperti itu."

Bahwa Mahkamah Konstitusi dalam putusan a quo juga mengacu ke Pasal 17 ICCPR. Mahkamah Konstitusi pas ... menterjemahkan Pasal 17 ICCPR tersebut sebagai berikut.

"Tidak ada seorang pun yang boleh dicampuri secara sewenang-wenang atau secara tidak sah dicampurinya masalah pribadi, keluarga, rumah, atau korespondensinya atau secara tidak sah diserang kehormatan dan nama baiknya. Setiap orang berhak atas perlindungan hukum terhadap campur tangan atau serangan tersebut."

Bahwa dalam General Common Human Rights Commodity Nomor 16 tentang Pasal 17 ICCPR yang memberikan jaminan terhadap hak atas privasi, tidak dijelaskan makna yang tegas mengenai apa yang dimaksud dengan privasi. Namun, beberapa pakar hukum memberikan definisi dan makna dari atas privasi, misalnya Russell Brown, Hakim Agung Kanada mengartikan hak atas privasi sebagai hak lahir akibat adanya hak atas milik pribadi terhadap suatu sumber daya tertentu. Hak ini juga bermakna untuk melindungi segala hal yang bersifat informasi, pribadi yang tak dapat dibuka umum. Akan tetapi, dalam kasus *Toonen vs Australia Human Right Community* pada pokoknya menyatakan bahwa *adult consensual sexual activity in private in covert by the concept of privacy*.

Bahwa hak atas privasi tidak sekadar sebagai hak untuk memiliki rahasia pribadi atau sifat kerahasiaan, melainkan merupakan sebuah justifikasi untuk memproteksi otonomi manusia yang bermartabat sehingga dapat berpartisipasi sepenuhnya dalam kehidupan sosial.

Dalam makalahnya *The Concept of Rights to Privacy*, Colin dari Law School of Dublin menyatakan, "Privacy is a great in the regget to beyond the simple protection of the secret of confident so as include the social dimension of human right existence. Protection privacy and court the individual to fully and then a social spare by facility experimentation in demands and the development of the sense of individual and social identity."

Sebagaimana layaknya sifat dasar dari hak asasi manusia yang tidak terbagi, saling berkaitan, dan bergantung satu sama lainnya, hak atas privasi memiliki kaitan erat dengan hak atas untuk menentukan nasib sendiri yang melahirkan juga apa yang disebut dengan hak atas integritas tubuh yang merupakan fokus penghormatan terhadap hak

seksual dan kesehatan, reproduksi, sebagaimana tercantum dalam consensus ICPD 1994 yang juga ditandatangani oleh Indonesia.

Bahwa selain bersumber pada Pasal 12 DUHAM dan Pasal 17 Konvensi Hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005, hak atas privasi juga diakui dalam deklarasi hak asasi manusia ASEAN, juga liga Arab, dan negara Amerika, Afrika, Eropa, dan lainnya. Dengan bunyi yang sama, hak-hak yang disebut dalam berbagai instrumen HAM internasional dan regional terkompilasi dalam Yogyakarta Principal.

Bahwa argumen sosiologis dan publik moral digunakan oleh Para Pemohon untuk melakukan intervensi terhadap hak atas privasi dan kehormatan pribadi, dan keluarga seseorang, bertentangan dengan hak asasi manusia in casu hak atas privasi, prinsip non diskriminasi, dan prinsip equality before the law yang dijamin dalam Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Para Pemohon juga telah menghalangi sekelompok orang untuk menikmati hak asasi manusianya termasuk nilai-nilai demokrasi lainnya termasuk hak untuk menikmati pluralitas dan keberagaman gender dan seksualitas yang diakui oleh banyak komunitas Indonesia seperti di Bali, Makassar, Ponorogo, dan menjadi praktik di dalam masyarakat tertentu dan bahkan lembaga pendidikan keagamaan.

Bahwa atas dasar uraian tersebut di atas bahwa upaya Para Pemohon melakukan kriminalisasi, diskriminasi, dan pengabaian atas martabat manusia dan hak atas privasi serta adalah inkonstitusional serta bertentangan dengan Pasal 5 Konvensi Hak Sipil dan Politik yang berbunyi, "Tidak satupun dalam konvensi ini yang dapat ditafsirkan sebagai memberi hak pada suatu negara, kelompok, atau perseorangan untuk melakukan kegiatan yang ditujukan untuk menghancurkan hak-hak dan kebebasan-kebebasan yang diakui dalam konvensi ini."

Bahwa Mahkamah Konstitusi sebagai bagian dari instrumen negara hendaknya melaksanakan pula Pasal 28I ayat (4) Undang-Undang Dasar Tahun 1945, "Perlindungan, pemajuan, penegakkan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah." Juncto Pasal 71 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 untuk mempromosikan, menghormati, memenuhi kewajibannya dalam melaksanakan hak asasi manusia khususnya semua konvensi internasional yang telah diratifikasi.

Bahwa selain itu, Pihak Terkait tidak ingin menyampaikan kepada MK bahwa dalam melakukan pengujian terhadap undang-undang selain harus sesuai dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dan prinsip-prinsip hak asasi manusia yang universal, juga harus memperhatikan ethic of the care terhadap kelompok-kelompok yang selama ini didiskriminasikan karena pada umumnya negara atau pemerintah hanya memperhatikan kepentingan kelompok mayoritas. Putusan Pengadilan Nepal dalam Perkara Sunil Babu Pant, Nepal dapat menjadi acuan sebagai sebuah pengadilan tidak saja memperhatikan hak-hak asasi

manusia dalam putusannya, juga menggunakan ethic of care terhadap kelompok yang selama ini tidak dikenal dan tidak diketahui eksistensinya oleh hukum.

Bahwa terkait ethic of the care kiranya juga perlu melihat bagaimana Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Nomor 011-017/PUU-1/2003 yang menggunakan International Covenant on Civil and Politics Rights dalam pertimbangan hukumnya, padahal saat itu Indonesia belum melakukan atau meratifikasi konvensi atau covenant tersebut. Bahwa selain itu juga, perlu memahami TAP MPR Nomor 6/MPR/2001 Tahun 2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa bahwa etika sosial dan budaya bertolak rasa dari kemanusiaan yang mendalam dengan menampilkan kembali sikap jujur, sikap peduli, saling memahami, saling menghargai, saling mencintai, dan saling menolong di antara sesama manusia dan warga bangsa. Sejalan dengan itu, perlu menumbuh kembangkan kembali budaya malu, yakni malu berbuat kesalahan dan semua yang bertentangan dengan moral agama dan nilai-nilai keluhuran bangsa Indonesia. Untuk itu juga perlu ditumbuh kembangkan kembali budaya keteladanan yang harus diwujudkan dalam perilaku para pemimpin, baik formal maupun informal pada setiap lapisan masyarakat. Etika ini dimaksud untuk menumbuhkan dan mengembangkan kembali kehidupan berbangsa dan mengembangkan budaya nasional yang bersumber dari budaya daerah agar mampu melakukan adaptasi, interaksi dengan bangsa lain dan tindakan proaktif sejalan dengan tuntutan globalisasi, untuk itu perlu diperlakukan penghayatan dan pengalaman agama yang benar, kemampuan adaptasi ketahanan dan kreatifitas budaya dari masyarakat.

Bahwa terkait juga perlu memperhatikan TAP MPR Nomor 6/MPR/2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa disebut bahwa etika penegakkan hukum yang berkeadilan dimaksudkan untuk menumbuhkan kesadaran bahwa tertib sosial, ketenangan, keteraturan hidup bersama hanya dapat diwujudkan dengan ketaatan terhadap hukum dan seluruh peraturan yang berpihak kepada keadilan. Keseluruhan aturan hukum yang menjamin tegaknya supremasi dan kepastian hukum sejalan dengan upaya pemenuhan rasa keadilan yang hidup dan berkembang di masyarakat.

Bahwa dari perspektif hukum Islam, maka ethic of care sangat sentral dalam menunjukkan visi kemanusiaan Islam sebagai agama rahmatan lil 'alamin. Seperti diriwayatkan dalam sebuah Hadis sahih Imam Bukhori dari Abu Hurairah, Rasulullah SAW bersabda, "Telah diampuni seorang wanita pezina yang lewat di depan anjing yang menjulurkan lidahnya pada sebuah sumur."

Dia berkata, "Anjing ini hampir mati kehausan," lalu dilepasnya sepatunya dan diikatnya dengan kerudungnya lalu diberikan minum, maka diampuni wanita itu karena memberikan minum.

Dalam syarah sahih Bukhori yaitu Kitab *Umdatul Qari* jilid 15 halaman 277 disebutkan bahwa di antara faedah hadis ini adalah diterimanya amal seseorang pelaku dosa besar, asalkan dia seorang muslim. Dan bahwa Allah mungkin saja mengampuni dosar besar dengan amal yang kecil sebagai keutamaan. Kisah wanita pelacur Bani Israil sungguh menunjukkan betapa besar kasih sayang Allah terlebih hamba-hambanya yang merahmati bersama. Baginda Rasul pernah bersabda dalam hadis Usama bin Zaid, "Sungguh Allah merahmati hamba-hamba-Nya yang penyayang."

Bahwa pembukaan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 selain menegaskan *ethics of the rights*, tapi juga menegaskan *ethics of care* yang harus dijalankan oleh para hamba negara sebagaimana dinyatakan dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 sebagai berikut.

Kemudian daripada itu, untuk membentuk suatu pemerintahan negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia, dan seluruh tumpah darah Indonesia, dan untuk kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan. Bahwa alinea keempat pembukaan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 tersebut di atas menyatakan bahwa negara wajib memberikan rasa aman dan nyaman dengan cara memberikan perlindungan dan kepastian hukum kepada seluruh warganya.

Bahwa ketentuan-ketentuan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 terutama yang termuat dalam Bab 10 tentang hak asasi manusia, harus dilihat dalam framework dan prinsip-prinsip universal, non derogable rights ... non derogable dan pembatasan yang sah.

Oleh karena itu, dalam kerangka standar pelaksanaan hak asasi manusia tersebut, maka tidak terpisahkan pula tanggung jawab MK untuk ikut serta menghapuskan segala bentuk diskriminasi terhadap setiap warga negara Indonesia, baik laki-laki maupun perempuan, termasuk setiap orang yang mempunyai orientasi seksual, identitas, ekspresi gender yang berbeda dengan mayoritas sebagaimana telah menjadi kesepakatan nasional. Bahwa setiap orang berhak bebas dari diskriminasi dan dalam bentuk apa pun, maupun internasional yang tertuang dalam Yogyakarta Principal.

Untuk itu, MK diharapkan pula untuk memenuhi standar ... due dilligence standar uji tuntas, yaitu kewajiban untuk mengidentifikasi dampak yang sudah dan mungkin terjadi. Kewajiban mencegah dan mengurangi dampak yang mencederai kewajiban untuk menghukum, transparan, dan akuntabel.

Pihak Terkait berpendapat bahwa Pasal 28 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 292 dan Pasal 285 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana sama sekali tidak bertentangan dengan Pasal 28 ayat (1), Pasal 28B ayat (1) dan (2), Pasal 28H ayat (1), Pasal 28J Undang-

Undang Dasar Tahun 1945 dan tidak ada kerugian konstitusional yang didera oleh para Pemohon akibat adanya pasal-pasal a quo.

Mungkin itu, Majelis, Pemohon, demikian Pihak Terkait untuk mengajukan ... mohon ... apa namanya ... pertimbangan Majelis dengan yang adil. Jakarta, atas nama Kuasa Hukum Bahrain, S.H., M.H. Terima kasih.

22. KETUA : ARIEF HIDAYAT

Ya, terima kasih. Silakan, duduk. Saya tadi juga belum memanggil, apakah juga hadir Pihak Terkait dari Yayasan Peduli Sahabat? Ada, ya?

23. PIHAK TERKAIT: YAYASAN PEDULI SAHABAT

Hadir, Yang Mulia.

24. KETUA : ARIEF HIDAYAT

Baik, terima kasih. Berikutnya, sekarang kita akan mendengar keterangan Ahli. Pemohon ... dari ICJR, siapa dulu? Bu ... Ibu dulu atau ... Ibu Roichatul dulu? Silakan, Bu Roichatul. Roichatul Aswidah, silakan. Nanti berikutnya Pak Anugerah Rizky, ya?

25. AHLI DARI PIHAK TERKAIT: ROICHATUL ASWIDAH (ICJR)

Betul, Yang Mulia.

26. KETUA : ARIEF HIDAYAT

Silakan.

27. AHLI DARI PIHAK TERKAIT: ROICHATUL ASWIDAH (ICJR)

Assalamualaikum wr. wb. Selamat pagi, salam sejahtera bagi kita semua. Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Atas permintaan Pihak Terkait tidak langsung dalam pengujian Pasal 284 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), ayat (5), Pasal 285, dan Pasal 292 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana KUHP terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Izinkan bersama ini kami bacakan keterangan tertulis saya sebagai Ahli.

Yang Mulia, izinkan untuk pertama saya menyampaikan pemidanaan dalam perspektif hak asasi manusia sebagai wujud pelaksanaan kewajiban negara atau state obligation. Yang Mulia, seperti kita ketahui bersama, negara memiliki posisi yang sangat sentral dalam

hak asasi manusia, yaitu sebagai penanggung jawab serta penanggung kewajiban negara (state obligation) untuk mewujudkan hak asasi manusia. Konstitusi Indonesia mengatur tanggung jawab negara dalam hak asasi manusia, dimana Pasal 28I ayat (4) menyatakan bahwa perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.

Kewajiban negara atau state obligation juga diatur dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang telah disahkan oleh Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005. Pasal 2 kovenan tersebut mendefinisikan ruang lingkup kewajiban negara-negara pihak, dimana negara-negara pihak diwajibkan untuk menghormati (obligation to respect), hak-hak yang dijamin oleh kovenan, dan untuk menjamin (obligation to ensure), hak-hak tersebut bagi individu di wilayah kekuasaan mereka dan yang menjadi subjek yuridiksi mereka.

Kewajiban untuk menghormati seperti kita tahu bermakna bahwa negara diwajibkan untuk menahan diri dan tidak mengintervensi hak-hak individu. Sementara kewajiban untuk menjamin meliputi kewajiban untuk memenuhi (obligation to fulfill) dan kewajiban untuk melindungi (obligation to protect). Sesuai dengan prinsip yang dinyatakan dalam Pasal 26 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian (Vienna Convention on The Law of Treaties) negara-negara pihak diwajibkan untuk melaksanakan kewajiban-kewajibannya berdasarkan kovenan dengan iktikad baik (in good vibe).

Dalam hal ini, izinkan kami untuk mendalami satu kewajiban, yaitu kewajiban untuk melindungi (obligation to protect). Kewajiban ini memiliki rujukan utama pada ketentuan Pasal 2 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang memuat terminologi hak atas perlindungan hukum (rights to the protection of the law) yang memang memberi amanah kepada negara untuk mengambil langkah melakukan perlindungan, bukan hanya dari aparaturnya, namun juga terhadap intervensi pihak ketiga atau sesama masyarakat. Hal ini memberikan kewajiban kepada negara untuk memberikan perlindungan dengan dalam beberapa hal membatasi hak, termasuk dalam hal ini kemudian mengkriminalkan (criminalization) suatu perbuatan apabila langkah lain tidak mencukupi. Beberapa perbuatan pelanggaran hak asasi manusia kemudian ditetapkan sebagai sebuah tindakan pidana.

Dengan demikian, sebagaimana kita ketahui bersama, mengkriminalkan suatu perbuatan menjadi tindak pidana adalah sebuah langkah yang menjadi pelaksanaan kewajiban negara, yaitu untuk melindungi (obligation to protect). Namun demikian, hal ini dilakukan sebagai langkah terakhir (ultimum remedium) atau last resort apabila langkah lain dianggap tidak mencukupi.

Negara-negara pihak dalam hal ini diwajibkan untuk mengambil langkah-langkah yang selayaknya atau untuk mengambil tindakan secara menyeluruh guna mencegah, menghukum, menyelidiki, serta melakukan

pemulihan yang disebabkan oleh tindakan beberapa orang atau kemudian beberapa aparat negara.

Hal kedua yang mungkin kemudian bisa kita ... kami paparkan adalah tentang hak atas privasi. Yang Mulia, hak yang paling terkait dengan pasal-pasal yang dimohonkan untuk diuji adalah hak atas privasi (rights to privacy). Hak ini diatur dalam Pasal 28G ayat (1) yang mengatur 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. Hak ini juga diatur dalam Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang seperti disampaikan sebelumnya telah disahkan oleh Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005, dimana Pasal 17 menyatakan, "Tidak seorang pun yang dapat secara sewenang-wenang atau secara tidak sah dicampuri masalah pribadi, keluarga, rumah, atau korespondensinya, atau secara tidak sah diserang kehormatan dan nama baiknya." Ayat (2) nya menyatakan, "Setiap orang berhak atas perlindungan hukum terhadap campur tangan atau serangan tersebut."

Hak atas privasi memiliki gagasan dasar yang menempatkan manusia sebagai subjek otonom atas dirinya sendiri. Hak atas privasi memberikan hak pada individu untuk mengisolasi diri dari orang lain untuk keluar dari kehidupan publik dan masuk ke dalam ruang dirinya yang paling privat, serta untuk mengembangkan dirinya sesuai dengan harapan dan keinginannya. Hak ini juga melindungi tindakan individu sepanjang tindakan tersebut tidak mengintervensi orang lain dan bila tidak membahayakan privasi orang lain. Di titik inilah pandangan absolut terhadap privasi mencapai titik akhir. Maka hak atas privasi melindungi ruang otonom individu bagi eksistensi diri serta tindakannya sepanjang tidak menyentuh ruang kebebasan orang lain. Yang dilindungi adalah ruang khusus dari eksistensi individu serta otonomi yang tidak bersentuhan dengan ruang kebebasan orang lain.

Yang Mulia, hak atas privasi ini memiliki beberapa berapa lingkup. Pertama adalah identitas atau identity yang melindungi kualitas atau keistimewaan seseorang yang meliputi antara lain nama seseorang, penampilan seseorang, bagaimana orang berpakaian, memiliki perasaan, memiliki pemikiran, dan juga memiliki keyakinan.

Hal kedua adalah integrity atau integritas yang melindungi integritas diri seseorang yang kemudian melarang antara lain perlakuan atau penghukuman yang tidak manusiawi ataupun misalnya penggeledahan badan secara sewenang-wenang.

Hal ketiga adalah intimacy yang meliputi ... atau keintiman yang meliputi kerahasiaan dari publik atas karakteristik pribadi, tindakan, ataupun data yang dimiliki oleh seseorang.

Yang keempat adalah otonomi atau ruang otonomi yang melindungi upaya individu untuk merealisasikan diri dengan tindakan yang tidak mengintervensi privasi orang lain.

Hal kelima yang dilindungi oleh hak atas privasi adalah seksualitas atau sexuality, hal ini berlaku bagi perilaku seksual dari seseorang dalam ranah privat atau konsumsi pornografi dalam ranah privat. Intervensi negara tentu diperbolehkan tatkala secara mutlak diperlukan untuk mereka yang terdampak seperti anak-anak. Regulasi yang mengatur perilaku seksual dalam hal ini harus secara hati-hati. Apabila tidak, maka kemudian dapat merupakan sebuah intervensi yang sewenang-wenang atas hak atas privasi.

Yang Mulia, hak atas privasi seperti yang disampaikan di atas tidaklah bersifat absolut. Hak ini dapat dibatasi oleh privasi orang lain dan dengan demikian per definition, hak ini tidak dibatasi sepanjang tidak melanggar hak orang lain. Akan tetapi, sering kali hal ini justru berbenturan dengan larangan negara khususnya apabila tindakan privat dianggap menyimpang dari hal yang diakui secara umum oleh norma-norma keagamaan, moral, ataupun sosial dimana publik kemudian merasa bertanggung jawab.

Jadi sekali lagi, Yang Mulia, privasi mengatur dan melindungi ruang otonom dan ruang yang paling privat dari seseorang. Pembatasan atas norma keagamaan, sosial, maupun moral memanglah sah. Deklarasi dan program hak asasi Wina yang merupakan hasil konferensi hak asasi manusia dunia pada tahun 1993 menyatakan dengan tegas bahwa semua hak asasi manusia adalah universal, tidak dapat dipisahkan, saling bergantung, dan berkait.

Kekhususan nasional dan regional atau particularity, serta berbagai latar belakang sejarah, budaya, dan agama adalah sesuatu yang penting dan harus terus menjadi pertimbangan. Adalah tugas-tugas negara apa pun sistem politik, ekonomi, dan budayanya untuk kemudian tetap memajukan, melindungi semua hak asasi manusia, dan kebebasan asasi. Dengan demikian, partikularitas memanglah kemudian diakui dan harus menjadi pertimbangan.

Yang Mulia, yang kemudian menjadi pertanyaan adalah saat manakah alasan partikularisme sebagai alasan pembatasan hak menjadi sah dan tidak merupakan ... dalam kaitan dengan hak atas privasi, sebuah intervensi secara sewenang-wenang atau tidak sah sebagaimana dilarang oleh Pasal 17 covenan internasional hak sipil dan politik. Di situlah ruang diskusi yang kemudian harus terus menerus meningkat kita pertanyakan dan harus terus menerus kita lakukan dengan hati-hati.

Putusan-putusan pengadilan hak asasi manusia Eropa (The European Court of Human Rights) dan Pengadilan HAM Inter Amerika (The Inter-American Court of Human Rights), serta pandangan dari Komite Hak Asasi Manusia PBB (The Human Rights Committee) menjadi rujukan untuk menjawab pertanyaan tersebut.

Dalam hal ini, seperti kita ketahui bersama bahwa pengadilan HAM Eropa menjadi rujukan yang penting oleh karena pengadilan HAM Eropa memiliki doktrin margin of appreciation. Doktrin margin of appreciation didasarkan pada gagasan bahwa setiap masyarakat memiliki ruang untuk menyelesaikan benturan antara hak individu dan kepentingan nasional berdasarkan standar moral masing-masing masyarakat. Dengan demikian, doktrin ini dapat menjadi rujukan bagaimana kita menafsirkan sejauh mana partikularisme kemudian dapat kita pakai sebagai alasan untuk membatasi hak-hak asasi manusia.

Negara pihak, dalam hal ini dari negara-negara Eropa yang menjadi negara pihak dari konvensi hak asasi manusia Eropa, lebih lanjut memiliki kesempatan dan ruang untuk menjaga keseimbangan antara kebaikan bersama (the common good) dan kepentingan serta hak individu saat membatasi hak.

Prinsip dasarnya adalah bahwa negara dipandang lebih memahami daripada hakim internasional untuk menilai bagaimana menerapkan konvensi pada konteks masing-masing negara. Doktrin ini menempatkan perlindungan berdasarkan konvensi hak asasi manusia Eropa (The European Convention of Human Rights) adalah sekunder (secondary) atau subsidi (subsidiary) dari perlindungan yang disediakan oleh masing-masing negara.

Terminologi margin of appreciation memberikan diskresi kepada negara untuk menilai situasi faktual yang dihadapi dan mempertimbangkan kondisi, serta lingkungan khusus particular dalam penerapan serta pelaksanaan ketentuan konvensi.

Yang Mulia. Namun demikian, tetap harus kita ingat bahwa diskresi tersebut, diskresi dari negara untuk membatasi berdasarkan situasi faktual yang dihadapi oleh negara harus tetap diletakkan dalam prinsip-prinsip umum pembatasan hak yang sebagaimana kita ketahui bersama adalah sebagai berikut.

Pertama, seluruh pembatasan harus berdasarkan hukum (prescribe by law) yang kemudian dapat dikontrol untuk menghindari pelaksanaan pembatasan hak yang sewenang-wenang. Yang kedua, harus didasarkan atas tujuan yang sah (legitimate aim) yang mengizinkan memang adanya pembatasan hak hanya berdasarkan hukum dan hanya apabila diperlukan dalam masyarakat yang demokratis (necessary in a democratic society). Diperlukan dalam masyarakat demokratis (necessary in a democratic society) kemudian harus dilengkapi dengan alasan pembatasan yang dilakukan memang sungguh-sungguh diperlukan. Kata *necessary* ditafsir oleh Pengadilan HAM Eropa harus berarti ada kebutuhan yang mendesak dan untuk adanya pembatasan. Di sinilah kemudian sebuah negara memang diperkenankan untuk menggunakan margin of appreciation.

Akan tetapi penilaian atas frasa *diperlukan dalam masyarakat demokratis*, kemudian juga memasukan sebuah prinsip yang paling

mendasar dalam prinsip ... dalam pembatasan hak, yaitu the principal of proportionality (prinsip proporsionalitas). Yang pada dasarnya kemudian mempertanyakan the recipient ness reasonableness dari pembatasan, apakah sebuah pembatasan itu reasonable atau tidak?

Walaupun sebuah negara memiliki diskresi dengan doktrin marginal appreciation, tetapi tetaplah bahwa pembatasan yang tidak diperlukan tidak seharusnya dilakukan. Pengadilan HAM Eropa dalam kasus Handyside vs U.K. kemudian memberlakukan 4 pertanyaan untuk melakukan tes, apakah pembatasan sungguh-sungguh diperlukan? Pertama, apakah ada kebutuhan yang mendesak untuk adanya pembatasan hak? Yang kedua, apabila ada kebutuhan yang mendesak tersebut, apakah pembatasan tersebut berkesesuaian dengan kebutuhan yang ada? Lalu yang ketiga, apakah langkah itu kemudian merupakan langkah yang proporsional untuk merespon kebutuhan tersebut? Yang keempat, apakah alasan-alasan yang dikemukakan relevan dan juga memadai?

Dalam kasus yang lain, Pengadilan HAM Eropa secara sederhana menggunakan frasa *adanya hubungan yang masuk akal antara cara dan tujuan yang diharapkan, serta adanya affair balance antara kepentingan individu dan kepentingan umum*. Pengadilan HAM Eropa biasanya mempertimbangkan beberapa faktor untuk melaksanakan prinsip proporsionalitas. Pertama adalah signifikansi hak, dimana dalam hal ini Pengadilan HAM Eropa memberlakukan beberapa hak yang bersifat fundamental untuk secara sangat hati-hati dibatasi. Dari Putusan Kasus *Dodgion vs U.K.* hak atas privasi masuk dalam kategori sebagai hak yang bersifat fundamental.

Yang kedua adalah objektivitas sejauh mana pembatasan diberlakukan untuk yang kemudian membedakan antara sifat objektif dari majelis dengan sifat objektif dari negara dengan alasan perlindungan moral yang dalam hal ini juga mendengar pandangan domestik atas masalah tersebut. Hal lain yang kemudian seringkali dipertimbangkan oleh Majelis Pengadilan HAM Eropa adalah adanya konsensus dalam hukum dan praktik di antara negara-negara Eropa. Pengadilan HAM Eropa dalam hal ini menafsirkan Konvensi HAM Eropa sebagai sebuah dokumen hidup (the living document). Yang dalam penerapannya juga memperhatikan konsensus yang muncul di antara negara-negara.

Oleh karena itu, dalam hal ini harus kita sadari bersama bahwa walaupun intervensi atas privasi mungkin justified. Namun demikian intervensi yang luas atas nama ketertiban umum, kebaikan bersama (common good), ataupun sosial mengurangi ruang privasi individu. Pembatasan oleh karenanya dan juga intervensi negara terhadap hak atas privasi tetap harus sungguh-sungguh memperhatikan prinsip-prinsip yang telah disebutkan sebelumnya, serta salah satunya sungguh-sungguh harus menghormati (reasonableness) walaupun terkait dengan tindakan yang terkait dengan kebaikan bersama.

Sehubungan dengan pasal-pasal yang dimohonkan ... baiklah, Yang Mulia, kita mendalami satu Putusan Pengadilan Eropa untuk Kasus *Dodgion vs U.K.* kasus ini memiliki kemiripan dalam beberapa dengan permohonan atas pasal-pasal yang dimohonkan. Dalam hal ini Pemerintah Inggris atau (UK) menyatakan bahwa pembatasan yang dilakukan diperlukan dalam masyarakat yang demokratis. *Dodgion vs U.K.*, Yang Mulia, adalah sebuah kasus yang masih menerapkan kriminalisasi atas tindakan home seksual yang terjadi dalam ruang privat untuk orang-orang dewasa. Hukum yang diajukan oleh pengadu kepada pengadilan (suara tidak terdengar jelas) disahkan oleh Pemerintah Inggris pada tahun 1861 dan 1885 dan saat ini hanya berlaku di Irlandia Utara.

Pengadilan HAM Eropa, dalam hal ini kemudian dengan sungguh-sungguh menafsirkan, apakah betul seperti yang dinyatakan oleh Pemerintah Inggris bahwa pembatasan ini sungguh-sungguh diperlukan dalam masyarakat yang demokratis untuk melindungi moral serta hak orang lain? Dan apakah betul bahwa ada kebutuhan yang mendesak dan bukan ... dan kemudian juga apakah betul pembatasan tersebut reasonable?

Dalam hal ini, Pengadilan HAM Eropa juga lebih lanjut menjelaskan bahwa dalam lingkup margin of appreciation, Pengadilan HAM Eropa kemudian juga mempertimbangkan apakah sifat dari kegiatan yang dibatasi tersebut menjadi sesuatu yang sangat penting untuk dilindungi atau boleh dibatasi?

Dalam kasus *Dudgeon versus UK*, Pengadilan HAM Eropa berpandangan bahwa dalam kasus ini terdapat fakta bahwa yang menjadi isu atau masalah adalah aspek yang paling intim dari kehidupan privat (a most intimate aspect of private live). Pada kasus ini, Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa kemudian memutuskan bahwa pembatasan homoseksual pada orang dewasa yang berdasarkan konsensual atau suka sama suka dan mengkriminalkannya sebagai pelanggaran Pasal 8 Konvensi HAM Eropa.

Pengadilan HAM Eropa memperkenankan adanya pembatasan homoseksualitas pada anak-anak dan memperkenalkan ... memperkenalkan juga untuk mengkriminalkannya, tetapi hanya pada anak-anak. Hal ini serupa dengan pandangan Komite HAM PBB. Komite menyatakan bahwa kirta semua menyadari homoseksualitas memanglah dilarang berdasarkan alasan moral, keagamaan, maupun budaya di banyak negara, dan dianggap sebagai hal yang kontroversial. Namun demikian, Badan HAM PBB Human Rights PBB dalam kasus *Toonen versus Australia* memutuskan dengan bulat apa yang diputuskan juga oleh Pengadilan HAM Eropa. Komite HAM PBB memutuskan bahwa larangan semua bentuk kontak seksual antara orang-orang dewasa, homoseksual dalam ruang privat merupakan pelanggaran atas Pasal 17 kovenan hak sipil dan politik.

Tentang argumen Pemerintah Australia bahwa hal ini dilakukan dengan alasan melindungi kesehatan publik, yaitu mencegah AIDS ... HIV AIDS. Komite menyatakan bahwa hal itu dapat dilakukan dengan berbagai macam program pendidikan.

Pengadilan HAM Eropa dan Komite HAM PBB dalam hal ini sungguh-sungguh memperhatikan prinsip-prinsip umum pembatasan (suara tidak terdengar jelas) proporsionalitas serta sungguh-sungguh menempatkan pembedaan sebagai last result atau ultimum remedium yang kemudian berpandangan bahwa pembedaan hanya diperlukan untuk anak-anak guna melindungi mereka oleh karena memang mereka belum mampu melindungi diri sendiri, serta belum mampu mengatur diri sendiri, termasuk ruang otonomnya.

Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi, dengan demikian kiranya dapat kita simpulkan bahwa hak atas privasi adalah hak yang mendasar yang mengakui dan melindungi manusia sebagai individu yang memiliki ruang otonom. Setiap manusia dewasa, lebih lanjut mampu mengatur ruang otonomnya berdasarkan akal budi yang diberikan sebagai karunia Tuhan Yang Maha Kuasa. Akal budi ini menjadi dasar dirinya dalam mengatur ruang otonomnya, termasuk untuk berbuat atau tidak berbuat atas sesuatu. Intervensi atau pembatasan yang tidak menganut prinsip-prinsip yang disebutkan sebelumnya akan merupakan sebuah intervensi yang sewenang-wenang terhadap ruang otonomi tersebut yang kemudian dapat berimplikasi secara luas, utamanya terhadap berbagai macam pelanggaran hak-hak kaum minoritas.

Dengan demikian, walaupun pembatasan hak atas privasi diperkenankan, akan tetapi pembatasan hanya apabila bersentuhan, dan melanggar hak dan privasi orang lain, serta dengan tetap memperhatikan prinsip-prinsip umum pembatasan hak. Seperti disebutkan sebelumnya, yaitu *prescribed by law*, berdasarkan tujuan yang sah dan juga memang diperlukan pada sebuah negara yang demokratis.

Pembatasan juga harus menjawab berbagai pertanyaan yang telah disebutkan sebelumnya (...)

28. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Agak dipersingkat, Ibu, sudah 15 menit.

29. AHLI DARI PIHAK TERKAIT: ROICHATUL ASWIDAH (ICJR)

Sungguh-sungguh ada ... satu menit lagi, Yang Mulia. Kebutuhan yang mendesak dan apakah pembatasan tersebut memang berkesesuaian dengan masalah yang ada?

Mengkriminalkan sebuah perbuatan sebagai bagian dari pembatasan hak asasi manusia, harus merupakan langkah terakhir dan

hanya diberlakukan bagi mereka yang belum mampu melindungi diri sendiri, ataupun belum mampu mengatur ruang otonomnya seperti anak-anak, ataupun bila perbuatan tersebut tidak dilakukan dengan kekerasan atau pemaksaan. Bagi berbagai masalah di luar itu yang muncul sejauh mungkin diatasi dengan memampukan akal budi dari setiap individu agar kemudian setiap individu dapat bertindak secara dewasa.

Demikian, Yang Mulia, keterangan yang dapat ... dapat diberikan. Terima kasih. Wassalamualaikum wr. wb.

30. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Walaikum salam wr. wb. Terima kasih, Ibu, silakan duduk. Langsung, Pak Anugerah Rizky. Waktunya tidak lebih dari 15 menit.

31. AHLI DARI PIHAK TERKAIT: ANUGERAH RIZKY AKHARI (ICJR)

Ya, terima kasih, Yang Mulia. Assalamualaikum wr. wb. Sebelum saya menyampaikan keterangan mohon izin untuk menampilkan bahan-bahan presentasi saya, Yang Mulia.

Ya, dalam kesempatan kali ini saya hanya akan mencoba untuk menjelaskan mengenai aspek kontrol kejahatan dan over kriminalisasi yang merupakan keahlian dari saya, yang kemudian relevan dengan apa yang disampaikan oleh Pihak Terkait dalam permohonan kali ini. Sebelum saya menyampaikan pokok-pokok keterangan saya, yang perlu kita perhatikan adalah ... next! Mohon, ya. Yang perlu kita perhatikan adalah bahwa kebijakan pidana dia akan selalu membenturkan dua hak, dua kepentingan. Yang pertama adalah kepentingan kolektif dan keamanan kolektif yang ingin diambil oleh negara untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang dicari-cari di dalam masyarakat. Tapi, jangan lupa bahwa satu hal lagi, satu kepentingan lagi yang harus kita benar-benar perhatikan adalah perlindungan hukum untuk individu dan juga kebebasan sipil. Dua kepentingan ini harus benar-benar diseimbangkan dalam konteks negara hukum, dalam konteks the rule of law. Itulah kenapa pada akhirnya kebijakan pidana tidak bisa diberikan kepada setiap perbuatan yang dianggap salah oleh masyarakat. Ketika satu perbuatan dianggap menjadi salah, itu menjadi satu hal dan banyak sekali sarana-sarana yang bisa digunakan sebelum akhirnya hukum pidana masuk dalam konteks ini.

Selanjutnya, ya, satu pendapat yang ingin saya sampaikan kepada sidang kita Yang Mulia kali ini adalah satu pendapat dan satu riset dari Daniel Pamers, dia mencoba untuk mengutip apa yang disampaikan oleh Robert dan Stallan tahun 1998 bahwa pada dasarnya masyarakat dan juga pengambil kebijakan tidak memiliki pemahaman yang akurat mengenai tipe atau jumlah kejahatan, begitupun juga dengan pilihan

hukuman atau tindakan pencegahan kejahatan. Tapi di satu sisi ketika satu kejahatan terjadi, masyarakat dan pengambil kebijakan selalu percaya bahwa angka ini semakin naik dari tahun ke tahun, dari waktu ke waktu. Tapi, pada dasarnya kebijakan-kebijakan dan rasionalitas yang diambil oleh masyarakat dan pengambil kebijakan begitu lemah, sehingga akhirnya hukum pidana di sini dipergunakan secara sewenang-wenang.

Nah, apa yang disampaikan oleh Robert dan Stallan di tahun 1998 dikonfirmasi oleh David Garland di tahun 1996, beliau mengatakan bahwa untuk menyelesaikan segala persoalan masyarakat, segala persoalan sosial, hukum pidana dianggap sebagai sarana yang paling mudah, untuk apa? Untuk menunjukkan kedaulatan negara bahwa negara hadir dan negara bisa mengatasi kejahatan ini. Tapi persoalannya adalah apa yang disampaikan oleh Garland hukum pidana tidak akan berfungsi maksimal ketika dia dimanfaatkan sebagai sarana pertama dan satu-satunya sarana untuk menyelesaikan segala persoalan ini. Garland menyatakan bahwa kedaulatan negara hanya akan menjadi seorang mitos belaka ketika negara mencoba untuk menyelesaikan segala persoalan dengan menggunakan hukum pidana.

Persoalannya adalah menurut David Garland, negara memiliki sumber daya yang terbatas banyak hal yang kemudian harus dilakukan oleh negara dan akhirnya hukum pidana dianggap sebagai sarana paling mudah sebagai simbol bahwa negara hadir. Tapi sebenarnya problem ini menjadi satu hal problematika karena menurut Garland harusnya negara mengajak masyarakat bersama-sama dengan seluruh elemennya untuk menyelesaikan masalah ini dan bukan menggunakan sarana penal. Dan itu yang dikonfirmasi juga oleh Husad di tahun 2004 dengan mengatakan bahwa hukum pidana harus selalu ditempatkan sebagai sarana terakhir dalam penyelesaian masalah sosial. Prinsip ini adalah prinsip yang paling utama dalam hukum pidana, mau di negara common law, mau di negara civil law, di belahan dunia mana pun hukum pidana harus selalu di tempatkan sebagai sarana terakhir untuk penyelesaian masalah sosial. Selanjutnya, ya!

Ya, dalam permohonan kali ini, Yang Mulia, Para Pemohon mencoba untuk meminta kepada Mahkamah Konstitusi untuk membuat norma baru memperluas Pasal 284 dengan turunannya, begitu juga Pasal 285, dan Pasal 292 yang semuanya berada dalam satu kategori delik yang bernama delik kesusilaan. Tapi satu hal sebelum kita sampai pada kesimpulan apakah yang dimohonkan oleh Pemohon kita akan diberikan konsekuensi pidana di dalamnya, ada beberapa constraints yang harus kita perhatikan. Satu study yang saya riset, yang saya satu kutip dalam keterangan saya kali ini adalah satu studi yang disampaikan oleh Douglas Husak. Husak mengatakan, "Ada beberapa constraints yang harus diperhatikan oleh kita, khususnya bagi pengambil kebijakan sebelum menentukan apakah satu persoalan akan dikenakan

konsekuensi pidana atau tidak.” Husak membedakan dua constraints, Yang Mulia. Ada constraints internal yang dia berasal dari konsep-konsep hukum pidana yang harus juga diperhatikan oleh kita semua khususnya pengambil kebijakan, dan juga legislator, dan juga Yang Mulia di sini, sebelum kita sampai pada keputusan satu persolaan ini akan dikriminalisasi atau tidak. Constraints lain ada constraints yang berasal dari eksternal yang mencoba lagi-lagi tadi menyeimbangkan adalah kepentingan-kepentingan kolektif dan keamanan kolektif dengan perlindungan hukum untuk individu, dengan juga kebebasan sipil.

Saya akan mencoba menjelaskan satu persatu di sini, Yang Mulia. Constraints yang pertama adalah non trivial harm or evil artinya apa, satu perbuatan ketika dia ingin disampaikan dalam konteks pidana, perbuatan itu harus merupakan perbuatan yang menimbulkan kerusakan dan diri yang jahat. Husak mengatakan bahwa jahat saja ... mohon maaf, jahat saja tidak bisa dijadikan justifikasi, sebelum dia menimbulkan kerusakan kepada yang lain. Dia mengambil contoh adalah berbohong atau kita selingkuh itu merupakan satu hal yang jahat, tapi dia tidak menimbulkan kerusakan. Oleh karenanya ketika ini ditarik menjadi hukum pidana atau menjadi satu hal yang lain lagi.

Nah, di dalam prinsip nontrivial harm or evil, ada 3 defense yang biasa digunakan oleh pengacara untuk membebaskan, paling tidak minimal menghindarkan konsekuensi pidana kepada kliennya.

Yang pertama adalah defense lesser of evil. Defense lesser of evil, dia akan mengatakan bahwa apa yang dilakukan klien saya sebenarnya tidak jahat. Tapi untuk sampai pada kita menggunakan defense ini, kita harus percaya bahwa perbuatan yang dipidana itu adalah perbuatan yang jahat dan menimbulkan kerusakan.

Defense yang kedua adalah defense of concent. Pengacara biasanya mengatakan bahwa klien saya tidak sengaja untuk melakukan perbuatan itu atau sama sekali tidak punya kesalahan dalam hal ini. Tapi ketika concent ini diberikan dalam pengadilan, kita juga harus sekali lagi percaya bahwa apa yang dilakukan oleh ... minimal apa yang dituduhkan dilakukan oleh klien pengacara ini adalah suatu hal yang jahat. Oleh karenanya, nilai nontrivial harm or evil menjadi satu hal yang penting.

Satu lagi yang biasa digunakan adalah defense of the minimize. Ketika misalkan apa yang dilakukan oleh klien ya, terdakwa dalam hal ini sebenarnya tidak terlalu merusak. Tapi sebelum kita sampai pada tiga defense ini, harus percaya bahwa satu perbuatan ini adalah satu perbuatan yang jahat dan menimbulkan kerusakan.

Saya akan masuk lagi ke concern yang kedua, Yang Mulia. Concern yang kedua adalah concern wrong fullness atau kesalahan. Statement yang disampaikan oleh Husak adalah ada beberapa hal di dalam hukum pidana kita yang bisa mengecualikan pertanggungjawaban pidana meskipun dia sebenarnya melakukan tindak pidana itu, Yang Mulia.

Ada kondisi-kondisi yang kemudian mengecualikan pertanggungjawaban pidana. Seperti misalnya ketika saya membunuh seseorang, tapi kemudian saya adalah eksekutor pada hukuman mati, saya akan dilepaskan dari pertanggungjawaban pidana. Ada hal-hal yang mengecualikan pertanggungjawaban pidana, dan inilah kenapa satu hal lagi concern yang harus diperhatikan oleh penegak hukum ... maaf ... maksud saya pengambil kebijakan adalah pertanggungjawaban pidana tidak akan dilakukan kecuali memang perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa ini adalah satu perbuatan yang salah.

Ini satu hal yang kemudian melingkupi dan harus juga disampaikan di sini dan juga harus melolosi tes ini sebelum kita sampai pada kesimpulan bahwa satu perbuatan adalah satu perbuatan yang pantas untuk dikenakan konsekuensi pidana. Itu dua hal yang bisa kita temukan dalam konteks hukum pidana dan kita temukan dalam hukum pidana kita, Yang Mulia.

Yang kedua, mohon maaf ... Concern yang ketiga adalah concern yang berhubungan dengan hukuman yang dijatuhkan oleh negara. Husak mengatakan bahwa pembeda hukum pidana dengan bidang hukum lainnya terletak pada kewenangan negara untuk menjatuhkan hukuman, Yang Mulia, dan beliau juga percaya yang namanya tindakan itu akan menjadi kriminal ketika negara memberikan hukumannya, dan hukuman yang diberikan negara bukanlah merupakan hukuman kecuali memang tindakannya adalah tindakan kriminal.

Dan oleh karena itu, concern yang ketiga menurut Douglas Husak adalah yang harus diperhatikan bahwa pidana baru bisa terjustifikasi ketika memang dia pantas dan bisa dirasionalisasikan kepada satu perbuatan tertentu.

Ada banyak hal yang menjadikan ini menjadi satu hal yang penting karena pidana bisa saja dia menjadi tidak pantas untuk dijatuhkan ketika memang tadi, terdakwa mempunyai kondisi-kondisi yang mengecualikan pertanggungjawaban pidana tadi. Atau pidana memang menjadi satu hal yang tidak pantas dijatuhkan ketika memang dia terlalu eksekusif, Yang Mulia. Ketika tingkat serius ... keseriusan tindak pidana tidak relevan dengan tinggi rendahnya pidana yang coba dijatuhkan.

Yang ketiga ... mohon maaf, yang keempat. Concern yang keempat berkaitan dengan burden of proof. Husak mengatakan di sini bahwa pidana pada intinya adalah memberikan penderaan. Dia memberikan derita kepada pelakunya dan oleh karena itu, ketika kita percaya bahwa hukuman yang akan dijatuhkan negara dalam konteks ini bukan sekadar hukuman dalam konteks hukum, tapi memberikan konsekuensi pidana terhadap terdakwa, maka kita harus menerapkan satu standar yang lebih tinggi lagi daripada nilai-nilai hukum yang lain untuk kemudian menjadikan satu tindakan ini menjadi kriminal. Dan menurut Husak, burden of proof atau pertanggungjawaban untuk

menentukan apakah ini tindakan pantas untuk dikriminalkan atau tidak, itu diserahkan kepada mereka yang mendukung permohonan ini, Yang Mulia.

Saya mencoba untuk menyampaikannya seperti ini. Bahwa hukum pidana dia memiliki segala jenis upaya yang dimiliki oleh negara untuk menghabisi atau memberikan derita kepada terdakwa. Oleh karenanya, ketika hukum pidana diposisikan sebagai sarana terdepan untuk menyelesaikan masalah sosial dan kita tidak bisa menyajikan bukti-bukti dan data-data yang berbasis pada saat scientific evidence, bukti-bukti yang ilmiah menjadi dipertanyakan, apakah memang justifikasi ini memang jelas atau tidak.

Saya akan coba memberikan contoh seperti ini, Yang Mulia. Anggaplah negara ingin mengkriminalisasi perbuatan memakan donat. Donat dianggap sebagai penyebab terjadinya diabetes, penyebab rusaknya kesehatan. Negara bisa memberikan justifikasi seperti ini, memberikan justifikasi bahwa donat meningkatkan angka gula darah, kemudian banyak masyarakat memakan donat, dan lain-lain. Ketika negara memberlakukan larangan terhadap pemakan ... maaf ... kegiatan memakan donat itu menjadi ... tidak menjadi soal ketika sarana yang digunakan adalah sarana-sarana nonpidana. Misalnya, negara masih bisa menggunakan pembatasan-pembatasan dari bidang hukum lain. Seperti misalnya meningkatkan pajak bagi mereka yang memproduksi donat atau misalkan melarang iklan, periklanan mengenai donat atau bahkan memberikan sarana-sarana lain selain menggunakan hukum pidana. Karena apa? Ketika negara melarang melakukan kegiatan memakan donat, satu orang dia sudah terenggut kebebasannya untuk memakan donat. Satu hal bahwa pembatasan yang dilakukan negara dengan menggunakan sarana non penal memiliki implikasi terhadap hak-hak yang dimiliki oleh individu.

Nah, konteks yang ingin saya sampaikan di sini betul negara memiliki kewenangan untuk menghukum seseorang yang melakukan perbuatan pidana tapi yang penting lagi untuk diperhatikan adalah bahwa individu juga memiliki hak untuk tidak dihukum. Individu memiliki hak untuk menanyakan kepada negara, dasar-dasar apa yang harus disampaikan oleh negara sampai pada kesimpulan bahwa perbuatan tertentu menjadi perbuatan pidana? Dan oleh karena itu menurut Husak, ketika negara melarang perbuatan memakan donat itu satu kebebasan sendiri sudah direnggut, tapi menjadi hal lain ketika negara memutuskan untuk memberikan konsekuensi pidana terhadap perbuatan memakan donat. Satu kebebasan sudah terambil karena larangan-larangan, tapi ketika negara juga kemudian menghukum orang ini memberikan (suara tidak terdengar jelas), memberikan stigma, memberikan perlakuan yang keras terhadap orang ini ada satu justifikasi lain yang harus juga diperhatikan oleh negara dan ini satu constraints, satu kelompok constraints yang berada dalam konteks internal, Yang Mulia.

Selanjutnya! Slide selanjutnya, mohon maaf. Ya, saya akan langsung saja, Yang Mulia. Ini adalah ... tadi adalah constraints- constraints yang internal yang harus diperhatikan sebelum negara memutuskan satu perbuatan menjadi perbuatan kriminal atau tidak. Constraints lain berada dalam konteks eksternal. Ada tiga constraints di sini, Yang Mulia. Yang pertama bahwa perbuatan untuk mengkriminalisasi, satu perbuatan tertentu itu harus memiliki satu kepentingan negara yang substansial. Tiga constraints ini merupakan satu perbuatan ... satu constraints ... satu kelompok constraints yang harus diperhatikan secara keseluruhan, Yang Mulia. Jadi yang pertama negara harus membuktikan bahwa negara memiliki kepentingan yang substansial ketika memutuskan untuk mengkriminalisasi satu perbuatan.

Yang kedua, tidak hanya berhenti di sana tapi negara atau siapapun yang mendukung itupun harus bisa membuktikan bahwa tindakan mengkriminalisasi memiliki tujuan yang langsung bisa masuk ke dalam tujuan yang tadi atau direct advancement of substantial state interest. Jadi, tidak hanya negara harus bisa membuktikan bahwa negara punya kepentingan yang substansial tapi negara juga harus bisa membuktikan bahwa kriminalisasi adalah sarana yang paling bisa mencapai tujuan negara yang substansial tadi.

Dan yang constraints yang ketiga dari konteks eksternal adalah kalau pun memang akhirnya negara bisa membuktikan substansial state interest dan juga direct advancement dari kriminalisasi negara juga masih harus bisa membuktikan bahwa kriminalisasi yang dilakukan tidak melebihi dari apa yang seharusnya diberikan.

Constraints- constraints ini, Yang Mulia, yang saya pikir penting untuk kita diskusikan bersama-sama dalam Sidang Yang Mulia ini sebelum masuk ke dalam satu konteks yang lebih jauh untuk menentukan apakah satu perbuatan diberikan konsekuensi pidana atau tidak. Karena tadi, Yang Mulia, hukum pidana bukan hukum yang mudah untuk dimengerti, bukan hukum yang mudah untuk dilakukan, tapi konsekuensinya sangat berat, konsekuensinya sangat keras.

Dalam konteks Indonesia kita bisa memilih jenis hukuman apapun dari denda hingga hukuman mati. Dari denda, penjara, kurungan, hingga hukuman mati. Dan ini yang tidak dimiliki oleh bidang hukum yang lain. Karena apa? Kebebasan satu orang terlanggar tapi memberikan konsekuensi pidana dalam satu konteks tertentu itu menjadi satu hal yang berbeda. Selanjutnya!

Nah, satu hal lain yang ingin saya sampaikan kepada Sidang Yang Mulia ini adalah bahwa saat ini kita sudah terlalu banyak menggunakan sarana hukum pidana untuk menyelesaikan persoalan sosial, Yang Mulia. Saya mengutip satu studi yang disampaikan oleh John Miller di tahun 1934. John Miller sudah memprediksikan bahwa negara di belahan dunia manapun akan menggunakan hukum pidana sebagai bagian integral dari sarana kontrol sosial. Karena apa? Karena tadi yang saya sampaikan

bahwa hukum pidana adalah hukum yang paling mudah untuk menunjukkan keleluasaan negara bahwa negara ada, negara akan menyelesaikan masalah ini, tapi sebenarnya tidak menyelesaikan masalah itu, Yang Mulia.

Husak menyampaikan bahwa semakin banyak tindak pidana akan memberikan konsekuensi langsung pada makin banyaknya pemidanaan. Ketika makin banyak pemidanaan akan lebih banyak juga ketidakadilan yang hadir di sana, Yang Mulia.

Semakin banyak tindak pidana nanti saya akan coba sampaikan nanti bagaimana kondisi sekarang di Indonesia tapi satu hal ketika negara ingin mengkriminalisasi hampir semua perbuatan yang dianggap salah dan tidak menempatkan dua constraints tadi yang saya sampaikan, akibatnya apa? Negara tidak akan punya koleksi perbuatan-perbuatan apa saja yang sebenarnya dilarang dan diberikan konsekuensi pidana. Nanti saya akan sampaikan bagaimana kondisi aktual di Indonesia. Tapi karena semakin banyaknya pidana yang akan diberikan kepada setiap perbuatan yang dianggap salah, kemudian kita tidak bisa melihat bahwa apakah memang pada akhirnya penegak hukum bisa merasionalisasikan pilihan untuk memberikan satu pasal tertentu dalam hukum pidana untuk diterapkan ke dalam konteks yang benar. Dua pemikir di dalam hukum pidana Herbert Packer dan (suara tidak terdengar jelas) mengatakan bahwa semakin banyaknya tindak pidana yang diciptakan oleh negara, akan membuat kekhawatiran dan ketidakadilan semakin tinggi. Tapi menurut Packer dan Cadis mereka mengatakan bahwa yang diperhatikan adalah kultur penegak hukum.

Satu hal untuk hukum pidana adalah membuat satu perbuatan menjadi kriminal adalah satu bagian tertentu, tapi mengimplementasikannya menjadi suatu perbuatan yang lain, Yang Mulia. Dan banyak permasalahan di dalam hukum pidana terjadi karena apa? Karena penegak hukum tidak bisa mengimplementasikan dan menginterpretasikan apa yang menjadi perbuatan kriminal dengan baik. Dan ada satu jurang yang begitu luas karena legislator kita tidak pernah memberikan panduan yang cukup kepada penegak hukum untuk menjelaskan mana perbuatan yang dikriminalkan dan tidak melebar kepada konteks-konteks yang lain. Ini dalam kondisi yang ideal, Yang Mulia. Ketika kondisinya menjadi over kriminalisasi, banyak tindak pidana yang diberlakukan menjadi satu perbuatan yang lain.

Selanjutnya. Ini dari studi yang saya lakukan, Yang Mulia. Saya mencoba untuk membuat satu katalog mengenai tindak pidana-tindak pidana yang pernah kita ciptakan setelah reformasi. Dari tahun 1998 sampai 2014 dalam jangka waktu 16 tahun, seperti yang ditampilkan dalam presentasi. Yang garis biru itu menunjukkan produktivitas Indonesia dalam menghasilkan undang-undang, cukup tinggi kalau dilihat. Dari catatan saya, dari tahun 1998 sampai tahun 2014 ada 563 undang-undang yang telah kita sahkan. Yang menariknya, hampir

sepertiganya 154 undang-undang itu memiliki ketentuan pidana. Ini menunjukkan bahwa Indonesia masih menginginkan hukum pidana diberlakukan untuk mengontrol perilaku masyarakat dengan asumsi tadi, pidana bisa memberikan efek jera, pidana bisa memberi ... mengontrol perilaku, tapi tanpa pernah mengevaluasinya, apakah sebenarnya tujuan itu sudah masuk atau tidak.

Selanjutnya. Nah, slide yang ini, Yang Mulia, ini menunjukkan kalau tadi yang pertama itu adalah jumlah undang-undang yang ditampilkan oleh DPR dan Pemerintah dari tahun 1998 sampai 2014 dan perbandingannya satu banding tiga. Jadi, satu undang-undang dari tiga undang-undang itu pasti punya ketentuan pidana.

Nah, di slide kali ini yang warna biru itu adalah produktivitas undang-undang setelah dikurangi undang-undang yang sifatnya administrasi, Yang Mulia. Seperti misalkan Undang-Undang Pembentukan Kabupaten, Undang-Undang Pengesahan Perjanjian, undang-undang yang sebenarnya tidak memiliki materi lain selain memang pengesahan.

Nah, perbandingannya dengan undang-undang yang memiliki ketentuan pidana menjadi semakin besar. Kalau tadi satu banding tiga, hampir setengahnya kali ini, pasti memiliki ketentuan pidana.

Selanjutnya. Nah, ini adalah perbandingan, Yang Mulia, 154 undang-undang dengan undang-undang yang menciptakan kriminalisasi. Artinya satu undang-undang mungkin memiliki ketentuan pidana, tapi satu undang-undang lain dia bisa menciptakan tindak pidana baru. Inilah yang saya sampaikan sebagai undang-undang dengan kriminalisasi.

Dalam catatan saya, dari 154 undang-undang yang memiliki ketentuan pidana, 112 undang-undang hampir 100 ... maaf, 112 undang-undang menciptakan tindak pidana baru. Jadi, dari 154 tadi hampir sekitar 80% sampai 90% menciptakan tindak pidana baru.

32. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Dipersingkat, maaf, Pak.

33. AHLI DARI PIHAK TERKAIT: ANUGERAH RIZKY AKHARI (ICJR)

Ya, ya. Selanjutnya, Yang Mulia. Tapi dari proses tindak pidana baru dan tindak pidana yang ada, dari proses penciptaan kriminalisasi tadi. lebih banyak diberlakukan untuk tindak pidana yang telah ada. Artinya proses kriminalisasi yang kita miliki itu sebenarnya untuk me-update lagi tindak pidana yang baru dan memberikan hukuman yang lain. Hanya 716 tindak pidana baru.

Selanjutnya. Ini satu ... satu tampilan yang menurut saya penting harus kita perhatikan bahwa sebenarnya dari semakin banyak tindak pidana yang diciptakan dari garis tren yang warna biru dan dia semakin naik itu adalah tindakan-tindakan yang pelanggaran, Yang Mulia.

Tindakan-tindakan yang sebenarnya tidak memiliki konteks pidana, tapi karena kemudian undang-undang mencantumkan pidana, ini menjadi satu hal yang dikriminalkan.

Selanjutnya. Ini adalah proporsi hukuman yang dicantumkan di undang-undang. Hampir sekitar 40% mereka DPR dan Pemerintah Indonesia memiliki pilihan untuk menciptakan hukuman dua, kumulatif, Yang Mulia. Penjara atau denda, kurungan atau denda lain-lain. Jadi, kita selain memang mengutamakan pendekatan pidana, kita juga ternyata juga ingin menghukum dengan berat, dengan double hukuman.

Selanjutnya. Oh, ya, ini maksud saya, Yang Mulia. kalau yang tadi lebih banyak untuk menunjukkan bahwa tindak pidana yang baru diciptakan itu lebih banyak dihukum dan hukuman penjara.

Satu lagi selanjutnya, ya. Di sini, Yang Mulia, saya ingin menyampaikan bahwa sanksi pidana berbeda dari sanksi dari hukum lain, dia memiliki dua elemen yang harus kita perhatikan baik-baik sebelum menentukan apakah satu perbuatan dipidana atau tidak. Dia memiliki perlakuan keras, tapi tidak berhenti di sana saja, dia juga memiliki stigma. Ketika perbuatan melarang ... memakan donat tadi dilarang, dia masih belum menimbulkan konsekuensi apa pun selain terenggutnya kebebasan untuk memakan donat. Tapi ketika hukum pidana masuk, dia memberikan konsekuensi perlakuan keras dan dia juga memberikan stigma kepada orang yang memakan donat bahwa perbuatan itu jahat, perbuatan itu dilarang, dan Anda merupakan satu orang yang salah.

Terakhir, Yang Mulia, yang ingin saya sampaikan selanjutnya. Bahwa begitu seringnya kita menggunakan hukum pidana mengakibatkan bahwa hampir semua perbuatan dikenakan konsekuensi pidana. Bahkan saya bisa yakinkan bahwa anggota DPR pasti tidak hapal 716 tindak pidana yang mereka ciptakan dari tahun 1998 sampai 2014. Kita tidak tahu lagi perbuatan mana yang boleh dilakukan, mana yang tidak dilakukan. Tidak berhenti di sana juga, semua orang juga berpotensi dipidana.

Satu hal lain yang harus kita perhatikan baik-baik adalah semakin banyaknya tindakan kriminalisasi kita akan semakin memberikan wewenang dan kesempatan kepada penegak hukum untuk memproses perbuatan yang dilarang. Dalam konteks Amerika Serikat misalnya, penegak hukum kemudian bisa memberikan ... karena begitu banyaknya menu dari tindak pidana yang diberikan, penegak hukum bisa mendakwa banyak orang dengan dakwaan yang begitu banyak. Kemudian negosiasi dimulai untuk memberikan mana yang akan prebergain, mana yang tidak, mana yang akan didakwa mana yang tidak, dan ini ruang yang harus diambil oleh negara untuk menyelesaikan masalah-masalah sosial dengan mengontrol penggunaan hukum pidana dalam kondisi yang masih paling minimal. Dia juga merusak rule of law, Yang Mulia, dan sistem hukum pidana karena dengan banyaknya tadi kejahatan dan

pelanggaran, begitu banyaknya pelanggaran kita tidak lagi punya kategori mana perbuatan yang serius, mana perbuatan yang tidak serius karena semuanya masuk ke pidana.

Dan satu hal sebelum saya menutup keterangan saya bahwa hukum pidana adalah hukum yang keras, hukum pidana adalah hukum yang ingin menyeimbangkan antara kepentingan kolektif dan keamanan kolektif, tapi di satu sisi dia juga harus melindungi perlindungan hukum untuk individu dan juga kebebasan sipil dari masyarakat. Dan oleh karena itu, menyambung apa yang disampaikan oleh Ibu Roy bahwa hukum pidana tidak boleh diperlakukan sebagai sarana utama, harus dipikirkan cara-cara lain yang kira-kira bisa masih digunakan sebelum kita sampai kepada keputusan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan. Karena itu pada akhirnya ketika hukum pidana diberlakukan begitu masif seperti saat ini akan justru banyak ketidakadilan yang tumbuh dan masyarakat akan semakin skeptis dengan negara dan menimbulkan turunnya angka kepercayaan masyarakat kepada negara karena negara terlalu banyak eksekusi dan terlalu memudahkan menggunakan konsekuensi pidana terhadap perbuatan-perbuatan yang dianggap salah oleh kepentingan.

Terima kasih, Yang Mulia. Assalamualaikum wr. wb.

34. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Walaikumussalam wr. wb. Terima kasih, Pak Anugerah. Yang saya kaget tadi pada waktu menyebut Ibu Aswidah itu pakai Ibu Roi. Nama Islam kok jadi kayak nama barat, gitu.

Baik, sekarang giliran untuk berdiskusi tapi waktunya sangat terbatas, ini sudah pukul 12.40. Ada waktu 20 menit untuk kita bicara sehingga tanggapan atau respon yang dimintakan kepada Ahli tolong bisa disampaikan secara pendek dan to the point supaya waktunya bisa efektif, ya.

Yang pertama untuk Pemohon, dan Pemerintah, dan Pihak Terkait. Kita bisa meminta penjelasan lebih lanjut kepada Ahli, tapi Hakim di sini juga bisa meminta penjelasan lebih lanjut pada Pihak Terkait dari Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia dan juga kepada Ahli.

Saya persilakan dulu Pemohon kalau ada atau sudah cukup? Cukup. Baik, dari Pemerintah?

35. PEMERINTAH: HOTMAN SITORUS

Ada, Yang Mulia.

36. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Silakan.

37. PEMERINTAH: HOTMAN SITORUS

Terima kasih, Yang Mulia. Yang terhormat Ahli, Bapak Anugerah Rizky, ini khusus untuk Pak Anugerah Rizky. Tadi Pak Anugerah telah menyampaikan bahwa kriminalisasi ada satu ... salah satu pertimbangan adalah non trivial harm or evil, suatu kerusakan yang besar dan tentu bisa dikatakan kepada korban, dan ada juga asas di dalam hukum pidana itu yang disebut no victim no crime, tidak ada korban maka tidak ada kejahatan. Sehingga jika dikonstruksi kepada pasal yang diuji, dikonstruksi kepada pasal yang diuji, yaitu Pasal 284, apakah dengan mudah kita bisa melihat siapa yang menjadi korban? Kemudian hak kebendaan apa yang dilanggar? Kemudian siapa pelaku? Apakah dengan mudah bisa kita lihat seperti itu? Kepada Ahli. Adanya korban kemudian ada hak kebendaan yang dilanggar, kemudian ada pelaku, tapi jika kemudian dikonstruksi kepada pasal yang dimohonkan oleh Pemohon apakah kita menjadi kesulitan mengkonstruksi siapa yang menjadi korban? Siapa yang menjadi hak kebendaan? Apa yang menjadi hak kebendaan yang dilanggar? Kemudian siapa pelaku? Apakah kita bisa membandingkan dua delik ini sehingga nanti kita akan bisa mengatakan bahwa jika tidak ada korban, jika tidak ada hak kebendaan, jika tidak ada pelaku maka memang secara teoritik hukum pidana maka menjadi sulit.

Kemudian pertanyaan yang kedua adalah bahwa ada terdapat ahli-ahli sebelumnya di sini yang menyampaikan bahwa Pasal 284 mengandung nilai-nilai freesex, mengandung nilai-nilai freesex (kebebasan). Apakah dari sisi Ahli bisa memberikan pendapat bahwa sesungguhnya pasal ini ... apalagi dikaitkan misalnya bahwa norma ini telah lahir pada tahun 1800-an dimana dunia belum mengenal paham itu. Bahkan dunia mungkin belum mengenal paham itu. Apakah betul dalam pandangan Ahli, bahwa pasal ini mengandung nilai itu? Ataukah justru memang pasal ini adalah sebuah norma yang taat kepada prinsip yang tadi? No victim, no crime.

Kemudian, pertanyaan ketiga adalah tadi juga Ahli sudah menyampaikan bahwa kebijakan kriminalisasi itu perlu sangat dipertimbangkan matang dan ada salah satu prinsipnya juga legalitas. Dan Pasal 1 ayat (1) juga sangat tegas di kita mengatakan, "Suatu perbuatan tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang telah ada."

Bahasa latin selalu mengatakan nullum crimen sine lege sehingga pertanyaannya adalah bagi kita, apa makna perundang-undangan ini? Apakah terbatas kepada produk legislatif ataukah juga termasuk putusan

Majelis Hakim? Apakah sudah ada tren dunia sana, bahwa kriminalisasi bisa lahir dari putusan Majelis Hakim? Jika ini dikabulkan, apakah kita menjadi yang pertama ataukah memang kita pengikut dari negara-negara di luar sana? Mungkin ada penelitian-penelitiannya.

Kalau kita menjadi pengikut ya, barangkali dapat dibenarkan secara teori, tapi kalau kita memang menjadi yang pertama, ya tentu juga kita harus dapat meyakinkan secara teori. Demikian, Yang Mulia, yang dapat kami sa ... dalam, terima kasih.

38. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Dari meja Hakim? Yang Mulia Pak Patrialis, kemudian Yang Mulia Pak Manahan, dan Yang Mulia Pak Palguna. Saya persilakan. Waktunya mohon bisa di ini, Yang Mulia.

39. HAKIM ANGGOTA: PATRIALIS AKBAR

Ya, terima kasih, Pak Ketua. Pertama, saya ingin berikan apresiasi dulu ke Pak Rizky Anugerah Akbari, namanya pakai Akbar karena Anda telah memberikan paparan terhadap ilmu hukum pidana dan tidak menyinggung pada persoalan kasus, jadi saya berikan apresiasi untuk itu. Ya, itu saya kira sangat penting.

Saya ingin pendalaman pada yang mewakili LBHI. Dari paparan tadi, saya ingin langsung pada satu persoalan yang saya anggap ini bagian dari kesimpulan. Komentar saya pertama begini, apabila seseorang melakukan hubungan suami istri tanpa pernikahan yang sah, sebagaimana yang diatur oleh negara ini, ya. Bahkan konstitusi kita juga sudah secara tegas menyatakan setiap orang berhak melanjutkan keturunan, harus dengan perkawinan yang sah. Dan perkawinan yang sah itu jelas ada di dalam undang-undang peradilan agama kita ya, Undang-Undang Nomor 1 ... Undang-Undang Perkawinan, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.

Nah, apabila seseorang melakukan hubungan suami istri tanpa pernikahan yang sah secara terus menerus, bahkan boleh dikatakan hidupnya semen leven, ya. Kemudian juga melakukan biseks, melakukan hubungan sesama sejenis secara terus menerus, bahkan keduanya ini perbuatan itu adalah bagian dari hobi, bahkan juga mata pencahariannya. Tadi Saudara mengatakan itu adalah "bagian dari persoalan privasi."

Nah, pertanyaan saya pertama, apakah menurut hati nurani Saudara ... hati nurani Saudara, perbuatan seperti ini, seperti yang Saudara katakan tadi adalah Saudara mencoba mengaitkan dengan TAP MPR Nomor 6, saya kira bagus sekali kutipannya, apakah perbuatan-perbuatan seperti itu termasuk kualifikasi melakukan pelanggaran terhadap nilai-nilai agama, morality, integrity, bahkan juga Saudara

mengatakan ada moral, malu dalam melakukan kesalahan. Juga ada kaitannya dengan budaya ketauladanan. Kemudian, juga Saudara mengutip mengenai penghayatan agama yang benar. Ini bagaimana?

Yang kedua berkaitan dengan itu. Apabila orang yang berkualifikasi yang saya katakan seperti itu, terus dipromosikan di negara ini menjadi pejabat negara. Bagaimana sikap Saudara sebagai orang yang paham terhadap hukum dan juga banyak memberikan bantuan-bantuan hukum kepada masyarakat? Bahkan juga selalu mengumandangkan penegakan nilai-nilai moral dan etika integritas di tengah-tengah bangsa ini, bagaimana pandangan Saudara terhadap orang itu? Even di Amerika pun sekali pun, Bill Clinton yang baru diduga saja sudah kiamat, Amerika, apalagi Indonesia.

Yang ketiga pertanyaan saya adalah apa sih akibat hukum yang diperoleh terhadap seorang anak keturunan yang dilahirkan dari satu perkawinan yang tidak sah? Apa akibat hukumnya di negara ini? Apakah dia juga akan menjadi korban? Kemudian, akibat hukum bagi perempuan yang tidak dikawini dengan sah, apakah dia juga tidak akan jadi korban? Tiga hal yang mendasar ini saya ingin menanyakan kepada Saudara yang mewakili LBH.

Kemudian, kepada Ahli, Ibu Roichatul yang tadi dipanggil Roi oleh Pak Anugrah, ya. Tadi Saudara mengatakan bahwa memberikan perlindungan dalam membatasi hak dan mengkriminalkan sebuah perbuatan menjadi tindak pidana untuk melindungi sesuatu, untuk melindungi suatu perbuatan adalah sesuatu yang diterapkan sebagai sesuatu yang sifatnya the last resorts atau ultimum remedium, konteksnya kan ke sana. Pertanyaan saya adalah mengingat luar biasanya akibat sosial yang dirasakan di tengah-tengah bangsa ini terhadap perbuatan-perbuatan pemerkosaan, kekerasan-kekerasan seksual, bahkan juga tidak sedikit korban-korban homoseksual, serta kejahatan-kejahatan seksual lainnya, termasuk juga persoalan moralitas bangsa yang diakibatkan oleh perbuatan-perbuatan pelacuran, ada beberapa kepala daerah yang sangat tegas untuk melawan itu sekarang. Pertanyaan saya adalah apabila kemudian saya kaitkan dengan Saudara mengatakan tadi bahwa ini ada kaitannya dengan persoalan intervensi negara diperbolehkan akibat lingkungan yang berdampak, tadi ujungnya ke sana. Jadi, ada dampak terhadap lingkungan. Pertanyaan saya adalah apabila Saudara punya suami, kemudian suami Saudara secara terus-menerus melakukan hubungan pelacuran, dan kemudian juga melakukan hubungan seksual dengan sejenis, apakah ini tidak punya dampak terhadap diri Saudara, anak-anak Saudara, dan lingkungan Saudara, keluarga besar Saudara? Pertanyaan saya demikian. Karena ini kita menyampaikan ini tentu tidak hanya untuk umum, tapi juga untuk pribadi kita. Saya ingin tegaskan kepada Saudara apakah berdampak apa tidak? Saya kira begitu, Pak Ketua. Terima kasih.

40. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih, Yang Mulia. Pak Manahan, Yang Mulia, silakan.

41. HAKIM ANGGOTA: MANAHAN MP SITOMPUL

Terima kasih, Yang Mulia. Saya mau konfirmasi lebih lanjut tadi paparan yang panjang dari yang mewakili Yayasan Bantuan Hukum, ya, Indonesi. Di permulaan tadi Saudara mengutarakan bahwa terjadi diskriminasi, itu yang pertama tadi saya kutip. Terus kemudian di tengah-tengah ada Saudara perkuat lagi adanya perlindungan pribadi atau privacy yang Anda kutip juga dari Pasal 12 Declaration of Human Rights dan seterusnya telah disahkan dengan undang-undang di Indonesia. Kemudian, Saudara bawakan ke Pasal 28G ayat (1) jaminan atas hak asasi. Nah, tadi Saudara juga menyatakan adanya masyarakat minoritas, saya langsung kepada LGBT yang mungkin masih dianggap itu masyarakat minoritas. Nah, pertanyaan saya, apakah dari uraian Saudara tadi ini dapat kita simpulkan bahwa hak-hak penyimpangan seksualitas oleh kaum LGBT ini tadi haruskah dilindungi oleh negara dengan mengutip tadi Human Rights Declaration dengan Pasal 28G ayat (1) itu? Karena di belakang tadi Saudara uraikan tadi kita harus memegang teguh kebudayaan kita, agama, moral, dan sebagainya. Bagaimana pendapat Saudara mengenai itu? Itu kepada Kuasa dari Yayasan Bantuan Hukum Indonesia.

Kepada Ahli Ibu Roichatul Aswidah dan juga nanti mungkin bisa ditanggapi oleh Pak Anugerah. Saya langsung kepada tadi bahwa pidana itu harusnya yang terakhir atau ultimatum remedium bukan premium remedium, dan ini saya melihat kepada keadaan masyarakat kita belakangan ini banyaknya terjadi hubungan seksual di antara mereka-mereka yang sudah dewasa dan ini tidak di-cover oleh Pasal 284 KUHP Pidana tadi.

Nah, adanya hubungan seksual, baik itu hubungan seksual menyimpang dalam hal ini homoseksual maupun heteroseksual yang notabene ini sangat banyak terjadi sehingga remaja-remaja kita yang tergolong sudah dewasa itu terjerembab dalam suatu keadaan. Pertama, terjadi perkawinan yang disebut dengan MBA (Married By Accident), tapi married-nya juga belum sah kadang-kadang tentu dampaknya juga akan ada anak yang akan lahir dan juga akan mengganggu kepada lingkungan keluarga. Nah, apakah teori yang tadi itu the last resort itu masih bisa dipertahankan? Kalau tidak ada sebagai "penakut" yang tertera atau tercantum di dalam Undang-Undang Hukum Pidana, itu pertanyaan saya apakah masih bisa dipertahankan itu teori last resort tadi itu dengan keadaan masyarakat kita sekarang ini yang harus ada suatu menakut ataupun ancaman yang mungkin bisa meredam keadaan itu, tidak terlalu

menggejolak seperti sekarang ini. Barangkali itu saja pertanyaan saya, terima kasih.

42. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih, Yang Mulia. Pak Palguna, silakan Yang Mulia.

43. HAKIM ANGGOTA: I DEWA GEDE PALGUNA

Terima kasih, Pak Ketua. Saya hanya ... bertanya kepada Ahli Pak Anugerah saja. Begini, Pak. Kita tahu dalam doktrin hukum pidana itu unsur kesalahan adalah fundamental sehingga ada ajaran *geen straf zonder schuld*, tidak ada pemidanaan kalau tidak ada kesalahan. Yang menjadi persoalan adalah kesalahan itu adalah kesalahan dalam hukum pidana, pertanyaan saya kemudian adalah kita ini hidup dengan berbagai norma, norma pribadi, norma antarpribadi, norma kesusilaan, norma kesopanan, norma agama, dan baru kemudian norma hukum. Yang jadi soal kemudian adalah adakah satu teori yang bisa menjelaskan kapan *the appropriate time* (waktu yang tepat) atau saat yang tepat dimana norma dalam kesopanan, ada norma dalam kesusilaan atau norma agama itu kemudian diserat menjadi kesalahan dalam norma hukum sehingga tidak terjadi *overcriminalization* itu tadi. Saya kalau ada studi yang mengenai ini, saya ingin Saudara tunjukkan mengenai hal itu.

Di sisi lain, secara *a contrario* bolehkah kita berpikir bila suatu negara ternyata *overcriminalization* dalam menerapkan kebijakan pidananya apakah bisa berarti juga, bisa katakan ... bisa juga kita mengatakan ada kegagalan dalam norma kesopanan, norma kesusilaan, norma agama itu, dan sehingga demikian tidak bisa ditimpakan kesalahannya kepada kekeliruan dalam sistem hukum. Apakah bisa kita berpikir secara *a contrario* seperti itu? Kalau saya mengikuti penjelasan Saudara seperti itu tadi kan dengan adanya pertimbangan dan dua hasil studi yang Saudara tunjukkan itu. Itu yang pertama.

Kemudian yang kedua, begini. Saudara mungkin karena saya lihat semua berdasarkan pada hasil studi makanya saya senang, apakah ada satu hasil studi yang menunjukkan begini. Anda kan, tadi menyebutkan saya yakin kalau sekarang misalnya kita tunjukkan 700 berapa? 750 sekian pidana itu atau ... 700 apa 7.000? Mungkin kita tidak hafal lagi pidana itu yang terjadi bahkan mungkin sekarang sebenarnya terjadi pelanggaran pidana di mana-mana yang tidak kita berikan hukuman?

Salah satu yang pernah dihadirkan di dalam ruangan persidangan ini misalnya sampai sekarang kalau ada orang yang menelantarkan binatang peliharaannya ternyata menurut sistem hukum pidana kita masih tidak bisa dipidana sebenarnya itu. Nah, jadi saya mau tanya sebenarnya kepada Ahli. apakah ada studi juga yang menunjukkan bahwa *overcriminalization* itu sebenarnya juga berakibat kepada

pengabaian tentang perbuatan pidana yang terjadi oleh negara? Itu dua hal yang mau saya tanyakan. Terima kasih, Pak Ketua.

44. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik, terima kasih, Yang Mulia. Dari Yang Mulia Pak Wakil, saya persilakan.

45. HAKIM ANGGOTA: ANWAR USMAN

Ya, terima kasih, Yang Mulia. Saya ya langsung ke Mas Bahrain ya. Tadi mengutip hadis tadi bagaimana seorang pelacur katakanlah itu bisa dimaafkan karena hanya memberi minum pada seekor anjing. Jadi seolah-olah ini dijadikan alasan bahwa itu pun masih bisa masuk surga. Kalau pemahaman kita atau saya paling tidak, itu merupakan bukti bahwa Allah, ya, Tuhan, Maha pengasih dan Maha penyayang, "Innallaha gafurur rahim," itu. Kalau kita kaitkan dengan ayat ya dalam Alquran, "Wala taqrabu al zina," itu kan sudah jelas. Jangankan dilakukan, dekati saja enggak boleh. Nah, bagaimana menurut Anda, Pak Mas Bara ini.

Kemudian untuk Mas Akbar. Kalau saya tidak salah dengar tadi bahwa bohong atau selingkuh itu kejahatan tapi tidak menimbulkan kerusakan. Ya, betul, ya? Saya kalau selingkuh itu tidak, hanya itu patokanya. Saya tidak bisa bayangkan kerusakan apa yang dimaksud? Bagaimana rumah tangga akan hancur kalau terjadi perselingkuhan? Belum lagi paling tidak kerusakan batin, moral, dan sebagainya.

Kemudian untuk Ibu kita, Ibu Roichatul. Menurut Ibu, mana yang lebih baik, mencegah atau mengobati sesuatu termasuk penyakit, ya, penyakit masyarakat dan lain-lain sebagainya? Terima kasih.

46. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih. Masih ada kayaknya Pak Suhartoyo kemudian Prof. Maria. Ini untuk Hakim, untuk pertanyaannya saja sudah 20 menit lebih. Nanti kita anukan untuk yang jawaban-jawaban juga akan kita batasi. Silakan, Yang Mulia.

47. HAKIM ANGGOTA: SUHARTOYO

Ya, Pak Ketua. Terima kasih, Yang Mulia. Atau lebih baik juga nanti tertulis lebih. Ini begini, Pak. Saya ke Pak Anugrah saja. Tadi saya tertarik dengan statemen Anda yang menjelaskan burden of proof tadi, ya. Itu dalam konteks beban pembuktian atau apa? Kalau dalam konteks beban pembuktian, seharusnya sistem hukum kita juga tidak perlu ada yang diragukan. Karena apa? Di sistem hukum kita kan sudah seseorang

yang kemudian didakwa telah melakukan sesuatu, tindak pidana dalam konteks ini kan. Dia juga diberi kesempatan untuk mengajukan pembelaan diri lho. Bahkan dalam tindak pidana, tindak pidana tertentu itu ada reversal burden of proof, ya kan? Diberi kesempatan untuk membalikan beban pembuktian. Jadi keraguan-keraguan Anda itu seharusnya seperti apa yang ... persisnya ... konkretnya seperti apa? Saya ingin pandangan Anda karena kalau ini kemudian Anda letakan pada sisi yang tidak seimbang bahwa ini merugikan seseorang tersangka atau terdakwa rasanya juga tidak proporsional. Ini tapi barangkali Anda punya argumen lain bahwa ini tetap harus diletakan bahwa ini tetap diskriminasi, bukan memperlakukan yang seimbang.

Padahal sekali lagi bahwa seseorang yang disangka, didakwa tetap diberi kesempatan untuk mengajukan pembelaan diri sampai sebelum hakim itu menjatuhkan putusan yang menyatakan yang bersangkutan salah atau tidak. Jadi kalau konteksnya burden of proof itu adalah mengenai beban pembuktian, saya ingin penjelasan Anda. Kecuali punya argumen lain bahwa konteksnya bukan itu. Tapi saya kira apalagi kalau burden of proof itu bukan mengenai beban pembuktian kan.

Kemudian yang kedua. Saya masih kaitan dengan Pak Pal juga yang ... tapi saya dari angel 80%-90% ketentuan pidana ketika itu diterapkan akan mendatangkan ternyata tindak pidana baru. Artinya Pak Anugrah begini, apakah ketika kemudian di depan mata kita atau baru diketahui kemudian, ternyata ketika kita menerapkan salah satu ketentuan pidana, kemudian ternyata itu secara dimensi ... dimensional ternyata mengandung tindak pidana yang lain, yang baru. Apakah kemudian kita menutup mata, biarkan saja? Daripada kita membuka di permukaan nanti yang muncul banyak lebih baik jangan. Jangan dibuka kran itu. Apa enggak terjadi lebih pembiaran lagi sehingga dengan apa ... rambu-rambu yang sedemikian ketat saja tindak pidana itu tidak terbendung, Pak. Banyak orang ada kecenderungan untuk melakukan tindak pidana. Apalagi kalau kemudian diberi kelonggaran-kelonggaran bahwa jangan dibuka ini. Kepalanya ini nanti ekornya akan ... saya minta pandangan Anda dari ... terima kasih, Pak Ketua.

48. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih. Prof. Maria saya persilakan.

49. HAKIM ANGGOTA: MARIA FARIDA INDRATI

Terima kasih, Pak Ketua. Pertanyaan saya kepada Pak Anugrah. Saya mencermati memang tapi rupanya saya sangat kaget bahwa Mas Anugrah justru melihat sekian undang-undang yang membuat ketentuan pidana yang ada di dalam itu. Memang dalam satu kajian dan suatu yang diajukan oleh pakar perundang-undangan yang ada. Saya sebut Pak

Hamid Attamimi ini, dia mengatakan bahwa kalau itu sanksi pidana, ketentuan pidana, maka letaknya dalam undang-undang.

Tapi permasalahannya adalah bahwa sekarang ini justru apa yang ada di dalam undang-undang yang ada tentang peraturan perundang-undangan dikatakan bahwa materi muatan undang-undang itu adalah seluruh kebutuhan hukum masyarakat. Sehingga orang menganggap bahwa kalau itu diperlukan hukum, maka untuk bisa diimplementasikannya itu perlu dengan undang-undang. Sehingga di sana dirumuskan sanksi-sanksi pidana supaya aturan-aturan itu menjadi Undang-Undang, tidak dengan peraturan perundang-undangan yang lain.

Nah, saya ini memang khawatir bahwa semua kok jadi undang-undang? Sehingga banyak undang-undang yang saing tumpang-tindih, tidak sinkron satu sama lain, dan juga ada sanksi-sanksi pidana yang semestinya tidak ada, begitu. Tapi, apakah juga ... Mas Anugerah juga meneliti, apakah ketentuan-ketentuan yang kemudian dikriminalisasikan atau dijadikan pidana itu ada kajian-kajian ilmiah yang mendasarinya, gitu? Jadi, tidak asal, "Pokoknya ini jadi undang-undang, maka diberikan ketentuan pidana," begitu ya. Karena sekarang undang-undang itu dalam perumusannya harus disertai naskah akademik sehingga kalau dia mencantumkan sanksi akademis, muncul ... mencantumkan sanksi pidana, maka alasan itu apa? Apakah juga itu dikaji atau tidak? Terima kasih.

50. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik, terima kasih. Yang terakhir, mungkin dari saya seben ... anu ... mohon waktunya sedikit saja. Begini, saya salah satu yang berpendapat bahwa Mahkamah ini selain sebagai the guardian of the constitution adalah sebagai the guardian of the ideology, penjaga ideologi negara Pancasila sehingga saya melihat persidangan ini adalah ... saya tidak menunjuk mana masuk di sini dan mana di sini. Saya merasakan di dalam persidangan ini adalah perang ide antara pandangan yang konservatif dan pandangan yang liberal. Itu yang pertama.

Kemudian yang kedua, dari presentasi yang disampaikan oleh Ahli, saya melihat selalu mendasarkan ... ini maaf, Bu Roich. Mendasarkan pada prinsip-prinsip yang dibangun secara internasional universal. Padahal, kita tahu bahwa the founding fathers sudah mewariskan kepada kita satu prinsip, "Hukum di Indonesia harus dibangun berdasarkan ideologi dasar negara Pancasila."

Sedangkan yang berkembang di dunia internasional adalah prinsip hukum yang dibangun berdasarkan nilai-nilai yang universal yang kalau kita turunkan itu nilai-nilai yang didasari pada pemisahan agama, kepercayaan satu masyarakat dengan negara, itu dipisahkan. Atau dalam

bahasa yang strict, kita bisa melihat sistem hukum yang dicontohkan di dalam ... di dunia lain, bukan dunia gaib, tapi dunia bukan Indonesia adalah sistem hukum yang diletakkan secara sekuler.

Sedangkan sistem hukum yang warisan the founding fathers, meletakkan sistem hukum yang harus dibangun berdasarkan ideologi dasar negara Pancasila yang silanya bisa kita lihat sila pertama, kedua, ketiga, keempat, dan kelima sehingga saya katakan sistem hukum Indonesia itu sistem yang didasari pada arahan bintang pengarah yang ada di dalam ideologi dan dasar negara. Artinya, kalau kita menjabarkan sila yang pertama, sistem hukum Pancasila Indonesia harus dibangun sistem hukum yang disinari oleh sinar ketuhanan. Sinar ketuhanan berasal dari agama, kepercayaan apa pun yang ada di Indonesia. Tidak harus dari muslim, saya seorang muslim, tapi di sini sinar ketuhanan. Kita bisa lihat, membuat hukum di Indonesia selalu menggunakan irah-irah atas berkat rahmat Tuhan Yang Maha Kuasa. Mulai dari undang-undang, sampai ke perda, sampai ke apa pun. Besluit Presiden pun waktu mengangkat Hakim Konstitusi atas berkat rahmat Tuhan ini begini, begini, begini, mengangkat menjadi Hakim Konstitusi.

Begitu juga alat penegak hukum, keadilan berdasarkan ketuhanan. Saya setiap kali membacakan putusan, selalu irah-irahnya keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa Sehingga membangun hukum, menegakkan hukum di Indonesia harus disinari oleh sinar ketuhanan. Nah, kalau ada prinsip yang berbeda ini kan, berarti sistem hukum Indonesia harus diletakkan menurut warisan the founding fathers.

Nah, saya pengin mendapat pandangan. Dalam perkara ini, Ibu, kalau hukum Indonesia dibangun berdasarkan prinsip itu, itu harus bagaimana? Saya tidak butuh jawaban lisan karena ini membutuhkan pendalaman. Saya butuh jawaban yang sifatnya tertulis karena kita mempunyai karakteristik, mempunyai ciri yang khusus bahwa hukum kita tidak diletakkan dalam pembangunan hukum yang sifatnya sekuler, harus didasarkan pada sila-sila yang ada di dalam Pancasila sehingga apakah yang disebutkan Ibu tadi, Bu Roich, margin of appreciation di Indonesia itu yang bagaimana?

Margin of appreciation di Indonesia tidak diletakkan pada prinsip-prinsip yang sekuler, tapi diletakkan dalam prinsip-prinsip bernegara didasarkan pada ideologi dan dasar negara Pancasila sehingga tadi kaitannya apakah itu universal, apakah itu particular.

Saya minta jawaban yang tertulis, supaya kita semua bisa mendengarkan dasar komprehensif dan membaca secara komprehensif dari pandangan Ibu yang kelihatannya sangat mendalami instrumen internasionalnya. Saya mohon bisa dijabarkan bagaimana kalau di Indonesia? Itu, ya. Ada waktu masing-masing 5 menit pada Bapak, Ibu sekalian. Sekarang saya mulai dengan Pak Bahrain dulu. Kemudian, nanti Ibu Roi, dan Pak Anugerah, 5 menit masing-masing. Silakan.

51. PIHAK TERKAIT: BAHRAIN (YLBHI)

Terima kasih, Yang Mulia. Sangat membuka wacana, artinya berbicara Bhinneka Tunggal Ika, berbicara Pancasila itulah Indonesia. Kenapa kami berada di sini sebagai pihak yang tidak langsung atas kaitan dan pertanyaan-pertanyaan dari Majelis? Kita semua dalam konteks Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia yang berada 15 di provinsi, itu mengalami hal yang sangat-sangat buruk dalam proses bernegara. Semua masyarakat miskin itu datang ke LBH. Apa yang kita sampaikan? Mulai dari proses apakah orang baik, orang yang dianggap tidak baik, bahkan orang jahat sekalipun datang Lembaga Bantuan Hukum Indonesia. Apa yang ingin saya sampaikan di sini, kita melihatnya dalam kaca mata, mengapa bantuan hukum kita berbicara bantuan hukum struktural, ternyata kondisi ini bukan disebabkan oleh kondisi orang. Kondisi dia menjadi korban itu bisa faktor karena posisi struktural yang menyimpang. Saya contohkan kasus kita yang ada di ... dulu pada saat di Palembang, bagaimana tempat ... tempat pelacuran dihancurkan tanpa ada mekanisme yang sebenarnya apa yang mau diberesin dalam proses prostitusi, hanya menghancurkan? Ya, dihancurkan saja. Orang-orangnya mau diapain? Disuruh pulang. Yang padahal dalam konteks yang mendasar, apa yang harus dibenahin dalam pros ... praktik-praktik prostitusi? Bagaimana orang ini harus diubah? Jadi, ketika orang digusur, kemudian disuruh pulang tanpa penyelesaian yang mendasar, justru ini akan mengakibatkan kondisi-kondisi yang berulang-ulang. Ini yang ingin kita sampaikan kepada dalam konteks bagaimana negara harus hadir dalam konteks hadir, bukan harus menghukum. Dalam konteks menghukum juga bukan harus orang itu dianggap seorang pelacur harus dipidana, tidak. Itulah tanggung jawab negara bagaimana dia bisa memberikan pendidikan, apakah ... makanya dalam konteks LBH itu bantuan hukum struktural mencari yang ideal bagaimana penyelesaian terhadap proses yang terjadi di masyarakat, bukan pada posisi pembedaan itu menjadi efek.

Satu hal lagi yang kita contohkan, bagaimana tindakan-tindakan homoseksual itu juga terjadi kepada anak-anak? Nah, pertanyaanya kapan negara hadir terhadap korban? Justru pelakunya ditahan kemudian disidangkan di penjara, bukan malah baik, tapi malah terus meningkat proses itu terjadi.

Nah, korban tidak pernah dilakukan semacam pemulihan, sehingga konteks korban pada saat dia sebagai korban tidak pernah dibantu oleh negara, tidak pernah. Akhirnya itu yang terjadi terus-menerus, banyak pelaku berawal dari korban. Itu hasil yang kita temukan di lapangan. Artinya, ketika kita pun menghukum harus perhatikan juga efek dari korban itu seperti apa? Tapi sampai sekarang negara tidak pernah, baik itu korban pemerkosaan, korban homoseksual,

atau korban anak-anak yang dilakukan proses ... apa namanya ... hubungan, itu tidak pernah dilakukan pemulihan oleh negara.

Makanya, mengapa kita sampai hadir dalam proses ini? Ini harus kita luruskan. Kita semua beraneka ragam, siapapun ada. Nah, kehadiran negara itu penting untuk memberikan warna kepada masyarakatnya. Apa mungkin kita bunuh orang-orang yang dianggap ini adalah LGBT, ini adalah gay? Tidak. Di situlah peran negara harus hadir, bukan menghukum, tapi berikan porsi yang tepat apa yang harus dilakukan.

Nah, kaitannya terhadap hukum Islam kenapa seorang pelacur pun bisa masuk surga? Karena kami yakin hakikatnya manusia adalah suci. Apa yang membuat dia kotor? Ya, proses apa yang dia lihat. Makanya kita melakukan proses yang namanya perlindungan terhadap anak, kita melakukan itu adalah bagaimana anak adalah korban orang dewasa. Makanya kita minta pengadilan harus ada restoratif, pemidanaan, penghukuman adalah pilihan terakhir.

Nah, kondisi hakikatnya manusia adalah suci, sebelum dilahirkan juga dia juga ada perjanjian bersama-sama sang Khalik. Artinya tidak pernah tahu kita apakah orang yang suci atau tidak? Nah, kaitan ini ... ini yang kita sampaikan bahwasanya perlindungan proteksi terhadap masyarakat oleh negara itu penting, responsibility itu penting. Karena semua masyarakat kita beraneka ragam, kondisi masyarakat kita ... inilah dia kalau bercerita agama banyak sekali keyakinan-keyakinan yang sebenarnya negara tidak mengakomodir, seperti kepercayaan yang ada di Sumatera Utara, Parmalin, di Jawa Barat ada Penghayat, banyak hal kepercayaan yang harusnya itu dilindungi. Justru itu malah dikucilkan. Tapi kalau berbicara Pancasila, inilah warna negara kita. Kenapa kita harus respect? Karena tujuan negara hadir adalah untuk melindungi segenap bangsa Indonesia. Jadi kalau dalam posisi sekarang kita belum pernah melakukan apa yang namanya perlindungan kepada masyarakat kita, justru malah menghukum. Nah, ini yang menjadi problem bangsa Indonesia karena tidak sedikit pengalaman kita terhadap rumah pelacuran. Mereka tetap datang ke kita, mereka tetap datang minta perlindungan karena mereka merasa punya hak yang sama, mereka warga negara Indonesia. Apakah ini harus kita asingkan? Tidak. Mereka punya hak, mereka warga negara Indonesia. Artinya, ketika hanya melakukan penggusuran, tidak memberikan solusi yang tepat bagi proses yang terjadi, itu juga masalah.

Makanya kesalahan bangsa kita ini tidak menyelesaikan masalah, akar yang menjadi masalah ... akar masalah. Hanya menyelesaikan, selesai. Tidak, bukan itu masalahnya. Ada hal yang lebih penting untuk diselesaikan, baru kita berbicara idealnya seperti apa. Tapi kan, lagi-lagi kondisi-kondisi ini tidak pernah kita lihat bagaimana respect atau tanggung jawab negara untuk melakukan perlindungan kepada masyarakat siapa pun. Kita tidak melihat itu miskin, kaya, suku, ras ...

apa ... tidak. Tujuannya adalah untuk bagaimana perlindungan terhadap masyarakat, itu.

Jadi kalau kaitannya terhadap mengapa kita harus hadir? Karena seluruh orang-orang yang diduga LGBT, kemudian korban anak, semuanya itu hadir, datang ke LBH. Bagaimana, coba? Solusinya harus ada. Bukan berarti itu menjadi ... itu menjadi hal yang buruk, tidak. Justru kita harus mencari solusi yang tepat, treatment yang tepat terhadap orang-orang yang dianggap atau dituduh hal-hal yang tidak ideal dalam konteks agama, moral. Itulah tugas negara sebenarnya sebelum proses-proses itu terjadi. Itu dulu, Majelis. Terima kasih, Yang Mulia.

52. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih, Mas Bahrain. Berikutnya Bu Roi, silakan.

53. AHLI DARI PIHAK TERKAIT: ROICHATUL ASWIDAH (ICJR)

Terima kasih untuk beberapa pendalaman yang disampaikan oleh Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi. Saya akan menjawab secara pendek karena terbatasnya waktu.

Yang Mulia, dapat saya tekankan bahwa dalam kesempatan ini, kita semua memahami bahwa saya dan kita semua tidak sedang membenarkan perbuatan zina maupun free sex. Saya kira kita semua memahami bahwa perbuatan tersebut merupakan sebuah perbuatan yang tidak dapat dibenarkan. Namun demikian, yang menjadi diskusi saya kira adalah apakah kemudian hukum pidana menjadi satu-satunya tindakan yang kemudian bisa kita lakukan ataukah sebenarnya kita juga harus memikirkan bahwa ada berbagai macam langkah lain untuk kemudian menyelesaikan masalah tersebut?

Saya sendiri memiliki pandangan bahwa masalah sosial harus dan meminta kontribusi seluruh cabang ilmu dan bukan hanya ilmu hukum untuk menjawab masalah tersebut termasuk berbagai masalah yang sedang dibicarakan dalam Majelis ini.

Oleh karena itu, menjawab pertanyaan apakah pidana masih tetap kita pandang dan kita pegang sebagai ultimum remidium? Jawaban saya, ya.

Terhadap masalah ini pun sebenarnya kita harus meminta berbagai cabang ilmu yang lain, apakah kedokteran psikologi, pendidikan, dan seterusnya untuk menjawab masalah ini.

Seperti disampaikan oleh ahli pidana yang nanti kemudian nanti dijelaskan oleh Pak Anugerah, hukum pidana atau kriminalisasi memerlukan atau memiliki konsekuensi lain. Hal ini juga menjawab pertanyaan Pak Hakim Anwar Usman, apakah mencegah lebih daripada mengobati? Jawaban saya ya, dan khusus ... justru di situ maka letaknya

bahwa untuk masalah ini pun sebenarnya kita meminta cabang ilmu yang lain untuk lebih baik mencegah, apakah itu melalui pendidikan sejauh mana kontribusi keluarga, guru, sekolah, dan juga cabang ilmu yang lain untuk menjawab masalah ini, dan kemudian kita tidak hanya mendasarkan pada hukum apalagi kriminalisasi sebagai satu-satunya solusi untuk menjawab masalah tersebut.

Kita tahu bahkan pada perbuatan yang sudah dipidana sekalipun, kita masih tetap mengharapkan cabang ilmu yang lain dan ahli-ahli yang lain untuk juga memberi kontribusi untuk kemudian masalah tersebut bisa kemudian dapat kita atasi bersama sebagai bangsa.

Itu jawaban saya, jawaban yang lebih mendalam mungkin dapat kami sampaikan secara tertulis termasuk untuk menjawab pertanyaan Yang Mulia hakim Pak Arief Hidayat yang memang kemudian memerlukan pendalaman dalam keterangan tertulis saya. Terima kasih. Wassalamualaikum, wr. wb.

54. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih, Bu Roi. Silakan, Pak Anugerah.

55. AHLI DARI PIHAK TERKAIT: ANUGERAH RIZKY AKHARI (ICJR)

Ya. Terima kasih, Yang Mulia. Saya akan coba menjawab secara keseluruhan karena memang waktunya sempit. Nanti saya akan coba perdalam dalam keterangan tertulis, Yang Mulia.

Konsep sebenarnya konsep non trivial harm or evil itu memang harus diambil, Bapak Hotman Sitorus. Nah, di dalam Pasal 284, yang harus diperhatikan adalah bahwa delik ini ada dalam konteks delik kasus kesusilaan. Jadi, nilai-nilai yang dia langgar adalah nilai-nilai kesusilaan. Nah, tetapi kesusilaan seperti apa? Ini yang harus kita perhatikan. Nah, ketika Pasal 284 dalam konteks KUHP saat ini, yang dilindungi adalah nilai-nilai perkawinan karena kemudian ... karena kemudian rumusan ini tercantum dalam ... Ini sebenarnya berkorelasi dengan Pasal 27BW. Ketika memang nilai-nilai perkawinan dulu dipengaruhi oleh Katolik yang kemudian menganggap ini perkawinan satu dan tidak terpisahkan. Nah, ketika tercemar perkawinan kemudian hukum pidana masuk, tapi pun Bapak Sitompul ... Sitorus ... Sitorus ... Bapak Sitorus, mohon maaf. Bapak Sitorus, tapi pun ketika hukum pidana masuk ada beberapa filter yang diberikan oleh KUHP. Pertama yang bisa mengadukan hanya suami atau istri yang tercemar, kemudian mereka harus terpisah meja dan tempat tidur, atau cerai, kemudian juga mereka harus melaporkan duaduanya tidak boleh salah satu. Nah, konteks ini yang kemudian diperhatikan sebagai bentuk ultimum remedium, Yang Mulia.

Nah, berkaitan dengan apakah memang kemudian ultimum remedium harus kita perhatikan? Dalam setiap kasus, harus, Yang Mulia.

Karena hukum pidana memiliki konsekuensi yang berbeda dari hukum-hukum yang lain. Ketika kita melarang satu perbuatan itu menjadi tidak terlalu tinggi standarnya untuk memberikan justifikasi, tetapi ketika kita memberikan konsekuensi pidana yang bisa menjebloskan orang ke penjara, memberikan stigma hingga menghukum mati seseorang dalam konteks Indonesia ini menjadi satu hal yang berbeda. Makanya constraints internal dan constraints eksternal tadi harus benar-benar diperhatikan.

Nah, yang ingin saya katakan bahwa tidak semua hal memang pada akhirnya harus dihukum dengan hukum pidana. Kemudian kalau ditanya oleh Yang Mulia Manahan apakah hubungan seksual itu diperbolehkan? Hukum pidana mencoba memproteksi dan memilih nilai-nilai yang dilindungi. Dalam konteks hukum pidana yang dikriminalisasi baik itu kontak seksual itu terhadap anak-anak. Tadi yang disampaikan Ibu Roichatul anak-anak harus dilindungi. Dalam Konvensi Hak Anak kemudian dalam instrument internasional manapun anak-anak dianggap sebagai pihak yang memang tidak bisa menentukan baik dan benar dan belum bisa berpikir rasional. Oleh karenanya itu yang dikriminalisasi.

Nah, berkaitan dengan kesalahan, Yang Mulia Palguna, sebenarnya tidak ada studi yang bisa memberikan patokan secara resmi apa saja yang menjadi tolak ukur ketika norma kesusilaan diserap menjadi ilmu hukum, tetapi kita bisa menggunakan beberapa indikator-indikator yang tercantum dalam berbagai dokumen internasional maupun konstitusi kita untuk menentukan mana yang menjadi wewenang negara untuk membatasi hak dan kebebasan individu. Sebenarnya beberapa hak ini dan indikator ini saya sampaikan di tesis saya, Yang Mulia. Nanti bisa saya sertakan untuk Yang Mulia.

Selanjutnya berkaitan dengan penelantaran. Over kriminalisasi menjadi satu persoalan karena begini, Yang Mulia, memang ada beberapa perbuatan yang mati suri, tapi jangan dilupakan bahwa perbuatan ini masih bisa dihidupkan dan ketika kita memutuskan untuk mengkriminalisasi satu perbuatan kita memberikan kewenangan lagi, baru, kepada penegak hukum untuk memproses perbuatan itu. Satu contoh kriminalisasi yang sangat-sangat jelas adalah dalam studinya Husak dia memberikan kasus seperti ini, Yang Mulia. Ada satu kasus di Amerika namanya Rodrigues. Rodrigues ini bersama istrinya dia mendatangi pengedar narkoba, Yang Mulia. Kemudian ... mohon maaf, Rodrigues adalah pengedarnya. Rodrigues adalah pengedar narkoba, ada suami istri yang datang ke dia kemudian mereka transaksi jual beli narkoba. Nah, ketika hadir menjual beli narkoba, polisi hadir ke sana, dan akhirnya karena mereka kalang kabut mereka pergi, Yang Mulia. Nah, ketika ingin ditangkap karena takut mereka akan dihukum suami istri ini kemudian menelan bungkus-bungkus heroin itu ke dalam badannya. Nah, over kriminalisasi menjadi satu persoalan karena jaksa memiliki pilihan begitu banyak karena perbuatannya itu selalu tidak

terkontrol dan tindak pidana hukumannya itu terlalu tinggi. Jaksa punya pilihan untuk mendakwa Rodrigues dengan pengedaran narkotika, pengedaran narkotika dengan ukuran tertentu, pengedaran narkotika yang berada dalam range sekolah, kemudian adalah pengedaran narkotika yang mengakibatkan kematian. Nah, pilihan ini yang kemudian ketika over kriminalisasi menjadi persoalan ini menjadi menu bagi jaksa, bagi polisi karena dalam studinya Husak dikatakan bahwa sebenarnya pembuat hukum dalam hukum pidana itu bukan legislator tapi adalah jaksa dan polisi karena dia yang pertama kali akan membawa kasusnya ke sini. Nah, ini yang ingin diproteksi ... yang ingin diproteksi oleh over kriminalisasi dan ini menjadi satu persoalan dan beliau juga mengatakan, "Ketika perbuatan-perbuatan yang tidak ada justifikasinya diangkat menjadi satu perbuatan pidana ini jadi satu persoalan," dan saya mengutip kata-kata Husak dalam studinya, "Something is seriously gone wrong with our legislation." Karena memang akhirnya hukum pidana itu diberlakukan secara masif dan eksekutif.

Menyambung pertanyaan Prof. Maria. Studi yang saya lakukan, Prof. Maria, berkisar dari 1998 sampai 2014, tapi memang kesulitan utama dalam melaksanakan studi ini karena data tidak ada, Yang Mulia. Kesulitan melakukan studi di Indonesia adalah datanya susah. Saya mencoba untuk me-cross check ini ke BPHN ke berbagai website-website yang kemudian menyediakan data ini tapi naskah akademik itu menjadi susah. Naskah akademik satu perundang-undangan saja susah apalagi ketentuan pidana. Nah, ini yang menjadi satu persoalan. Karena ketika tindak pidana pelanggaran yang oleh dalam pemikir hukum pidana dianggap sebagai ... apa namanya ... bukan memiliki tindak pidana yang serius, begitu, dan ini tingkatnya menjadi tinggi itu menjadi satu persoalan. Saya sampaikan satu contoh yang kita kriminalisasi bareng-bareng, Yang Mulia. Di dalam Undang-Undang Arsip misalnya, ada satu ketentuan ketika arsip itu sudah usang, sudah memiliki masa retensi, masa retensinya sudah usang, dan kemudian satu pengelola arsip menghilangkan arsip ini tidak sesuai dengan prosedur, dia bisa kena hukuman 10 tahun, Yang Mulia. Kita bandingkan dengan korupsi, suap maksimal 5 tahun. Nah, yang kita pertanyakan ketika over kriminalisasi menjadi persoalan tidak ada sistem yang bisa menentukan mana keseriusan tindak pidana dan mana yang tidak serius? Begitu juga dengan pilihan hukuman yang ada. Menyambung pertanyaan dari Pak Hotman Sitorus, apakah ada putusan dari Mahkamah Konstitusi yang mengkriminalisasi satu perbuatan. Saya hanya ingin mengatakan seperti ini, Bapak. Bahwa sebelum kita melakukan perbuatan kriminalisasi, kita harus masuk ke dalam perdebatan sistem. Memberikan satu konsekuensi pidana terhadap satu perbuatan itu satu hal, tapi mengenakan pidana dan berapa tinggi rendahnya pidana ke dalam satu perbuatan itu menjadi hal lain.

Nah, dalam konteks uji materi menjadi wewenang dari Mahkamah Konstitusi memang untuk menentukan apakah norma ini konstitusional atau tidak. Tapi kemudian perdebatan yang harus kita sama-sama perhatikan adalah apakah kemudian dengan inkonstitusional atau konstitusionalitas satu norma dalam Pasal 284, 285, dan 292, kemudian menjadi sama dan masuk ke dalam sistem proporsionalitas hukuman. Nah, ini yang perlu kita persamakan dalam hal ini, Yang Mulia.

Dan terakhir menyangkut pertanyaan Yang Mulia Suhartoyo. Burden of proof yang kami maksud adalah beban pembuktian mengenai proposal kriminalisasi, Yang Mulia. Jadi ketika satu pihak mengajukan satu perbuatan tertentu untuk dikriminalisasi, maka orang itu yang wajib menyediakan data, bukti, dan rasionalisasi yang kuat agar kemudian perbuatan ini menjadi terjustifikasi untuk diberikan konsekuensi pidana.

Saya coba kembali lagi ke presentasi saya di awal bahwa pada dasarnya kita tidak memiliki kemampuan akurat, Yang Mulia. Ketika, Yang Mulia, misalkan menanyakan kepada saya berapa pantasnya hukuman? Saya tidak bisa memiliki kemampuan itu karena seperti yang disampaikan Ibu Roichatul, kita membutuhkan bidang ilmu hukum lain untuk bersama-sama memikirkan yang pertama apakah memang dia serius atau tidak, apakah dia menentukan harmful-nya atau tidak, apakah dia wrongfulness-nya juga sama atau tidak. Kemudian hukum pidana mungkin bisa masuk ketika dasar teorinya, ketika apakah hukum pidana ini hukumannya sama atau sesuai atau tidak, dan juga burden of proof yang tadi.

Nah, satu hal lagi, tidak semua kejahatan ... tidak semua fenomena sosial itu harus direspons dengan pidana. Yang harus di ... kita bersama-sama perlurus di sini adalah bahwa ada hal yang berkenaan dengan penegakan, ada hal yang berkenaan dengan kebijakan pidana. Dalam berbagai literatur dan praktik di internasional, ada pilihan-pilihan untuk memproses tindak pidana yang serius dengan mengecualikan tindak pidana yang tidak serius misalkan.

Di Belanda misalnya, drugs policy di sana memiliki policy of tolerance, sebenarnya perbuatan ini adalah perbuatan yang dilarang berdasarkan IU directory, tapi kemudian pemerintah Belanda menganggap ini sebagai suatu hal yang harus ditoleransi untuk menimbulkan keteraturan sosial dan memang di sana hukum pidana dicoba untuk ditahan-tahan sedemikian rupa sehingga akhirnya ketika hukum pidana masuk, negara dan masyarakat merasa bahwa hukum pidana adalah benar-benar senjata paling ampuh terakhir yang diberikan oleh negara untuk menyelesaikan masalah.

Ketika ini dibuka terlalu lebar, diobral, nilai itu menjadi semakin berkurang dan ketika negara memberikan kriminalisasi begitu luas, masyarakat tidak tahu lagi mana yang benar, mana yang dilarang, kita tidak bisa mengontrol perilaku penegak hukum untuk tidak memproses kita dengan tindak pidana yang macam-macam yang lucu-lucu misalkan,

kemudian kita bisa kena, itu menjadi suatu persoalan dan ini merusak sistem hukum, sistem negara hukum kita, Yang Mulia.

Oleh karena itu, saya tetap pada pandangan saya di awal bahwa hukum pidana tidak boleh dan tidak pernah boleh diutamakan dalam menyelesaikan persoalan sosial. Kalaupun memang ada, ini menjadi persoalan sosial yang harus kita tanyakan, apakah memang kita sudah melakukan hal-hal yang efektif untuk menyelesaikan masalah ini.

Saya ambil contoh misalkan, Yang Mulia, mohon maaf tidak terkorelasi dengan perkara ini. Tapi misalkan kebiri, gitu misalkan. Kebiri dilakukan sebagai bentuk negara hadir untuk menyelesaikan masalah sosial, tapi pertanyaannya apakah memang pendidikan seks usia dini sudah dilakukan secara benar. Apakah Kementerian Kesehatan sudah memberikan sosialisasi dengan baik. Apakah kemudian Kementerian Sosial sudah memberikan jaring sosial yang efektif. Perdebatan ini tidak pernah muncul di Indonesia karena Indonesia sebagaimana saya sampaikan tadi, terlalu sering dan terlalu ingin mempidana orang, padahal konsekuensi pidana itu bermacam-macam. Kita bisa mendapatkan perlakuan keras dan yang paling penting kita mendapatkan stigma.

Oleh karena itu, safe guard di dalam hukum pidana itu berlapis-lapis, Yang Mulia. Ada principal of ... apa ... self incrimination ... againts self incrimination. Dia tidak boleh mengakui perbuatannya, negara harus bisa membuktikan itu, harus ada presumption of innocence. Itulah kenapa ketika akhirnya hukum pidana dimasukkan, konsekuensinya begitu luar biasa beratnya.

Oleh karenanya, akan menjadi lebih baik dan memang ini terjadi di mana pun dan di belahan dunia mana pun, tidak hanya Indonesia dengan segala keanekaragaman ras, etnis, dan lain-lain. Bahwa hukum pidana harus selalu diposisikan dalam posisi yang terakhir. Demikian dari saya, Yang Mulia. Nanti akan saya sampaikan dalam keterangan tertulis. Terima kasih. Assalamualaikum wr. wb.

56. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Walaiku msalam wr. wb. Terima kasih, Pak Anugerah. Sekali lagi terima kasih pada Bu Roichatul dan Pak Anugerah yang telah memberikan keterangan pada persidangan ini.

Sebelum saya mengakhiri persidangan ini perlu saya cek kembali, saya tanyakan. Apakah dari ICJR masih akan menggunakan anu ... mengajukan ahli atau saksi?

57. PIHAK TERKAIT: ERASMUS NAPITUPULU (ICJR)

Baik. Sebenarnya kami ada ahli satu lagi yang harusnya hadir hari ini, Prof. Eddy O.S. Hiariej dari Universitas Gajah Mada, Yang Mulia. Tapi

karena berhalangan, beliau meminta apakah kami bisa menghadirkannya dalam persidangan berikutnya, Yang Mulia?

58. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Tertulis saja, ya, tertulis saja.

59. PIHAK TERKAIT: ERASMUS NAPITUPULU (ICJR)

Oke, baik, baik, Yang Mulia.

60. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Karena giliran Pihak Terkait yang lain ini.

61. PIHAK TERKAIT: ERASMUS NAPITUPULU (ICJR)

Baik, Yang Mulia.

62. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik, ya?

63. PIHAK TERKAIT: ERASMUS NAPITUPULU (ICJR)

Akan ada tiga tertulis berarti.

64. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Ya, jadi yang ICJR nanti tambahannya tertulis saja, ya. Kemudian sekarang kita menginjak ke Pihak Terkait Komnas Perempuan. Komnas Perempuan, ini di sini sudah mengajukan nama banyak sekali ini. Ini sidangny baru bisa selesai tahun 2015 nanti ... eh, 2025 nanti kalau banyak sekali begini. Saya mau tanyakan ini, ini prioritas saja, saksinya ada tiga, mau dihadirkan berapa? Yang penting-penting saja.

Jadi begini, persidangan di Mahkamah Konstitusi itu tidak dilihat dari segi saksi atau ahli dalam jumlah kuantitas, tapi itu lebih ke arah kualitas keterangannya, sehingga bisa di ... anu ... ini siapa ahli yang ada di tiga berapa? Atau tiga-tiganya memang harus tiga-tiganya ini karena sama-sama mereka memberikan keterangan yang hampir sama ini. Tiga-tiganya.

65. PIHAK TERKAIT: SAMSUL MUNIR (KOMNAS PEREMPUAN)

Ya, terima kasih, Majelis Hakim. Dari Komnas Perempuan yang sudah fixed akan memberikan keterangan ahli. Pertama, Pak Todung Mulya Lubis (...)

66. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Eenggak, yang saksi dulu, ada tiga ini yang diajukan.

67. PIHAK TERKAIT: SAMSUL MUNIR (KOMNAS PEREMPUAN)

Oh, ya. Saksi tiga-tiganya siap untuk hadir.

68. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Eenggak, tapi kan ini keterangannya hampir sama. Ini yang disampaikan paling sama ini karena kan mereka semuanya dari komunitas penghayat. Kemudian kalau mau ... anu ... penghayat I dari pengalaman tentang perkawinan, Melanie Subono satu, gitu ya, dua saja.

69. PIHAK TERKAIT: SAMSUL MUNIR (KOMNAS PEREMPUAN)

Boleh. Eenggak apa-apa.

70. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Kemudian yang ahlinya berapa? Ini ahlinya banyak sekali.

71. PIHAK TERKAIT: SAMSUL MUNIR (KOMNAS PEREMPUAN)

Ahlinya di sini ada delapan, yang siap untuk persidangan besok itu tiga. Pertama adalah Prof. Dr. Todung Mulya Lubis. Kedua, Prof. Dr. Justin Sudarminta. Ketiga, Dr. Donny Danardono.

72. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Ya, kalau begitu apakah yang lain akan juga memberikan keterangan ahlinya? Atau bisa ini saja tiga ini, yang mewakili tiga ini?

73. PIHAK TERKAIT: SAMSUL MUNIR (KOMNAS PEREMPUAN)

Ya, nanti kita ... apa ... tanyakan kembali kepada ahli, kalau memang bisa hadir, hadir, atau menyampaikan keterangan tertulis.

74. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik, kalau begitu agenda yang besok kita akan mendengarkan keterangan dari MUI sebagai Pihak Terkait. Kemudian dua saksi dari Komnas Perempuan, dan juga dua ahli dulu, ya, dua ahli dulu. Dua ahli dulu Prof. Todung sama Prof. Justin, ya, yang diajukan.

75. PIHAK TERKAIT: SAMSUL MUNIR (KOMNAS PEREMPUAN)

Siap.

76. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Kalau begitu sudah pasti ini persidangan yang akan datang, Selasa, 4 Oktober 2016 dengan agenda mendengarkan keterangan Pihak Terkait MUI, dan keterangan saksi dua orang, dan dua ahli dua orang juga dari Komnas Perempuan, ya.

Sekali lagi saya ulangi sidang berikutnya Selasa, 4 Oktober 2016, dimulai pada pukul 11.00 WIB dengan agenda mendengarkan keterangan Pihak Terkait MUI, dan dua ahli, dan dua saksi dari Pihak Terkait Komnas Perempuan.

Pemohon ada yang dipersoalkan, enggak? Cukup, ya. Dari Pemerintah cukup?

77. PEMERINTAH: HOTMAN SITORUS

Cukup, Yang Mulia.

78. KETUA: ARIEF HIDAYAT

Baik. Kalau begitu sidang selesai ditutup.

KETUK PALU 3X

SIDANG DITUTUP PUKUL 13.44 WIB

Jakarta, 22 September 2016
Kepala Sub Bagian Risalah,

t.t.d.

Rudy Heryanto
NIP. 19730601 200604 1 004

Risalah persidangan ini adalah bentuk tertulis dari rekaman suara pada persidangan di Mahkamah Konstitusi, sehingga memungkinkan adanya kesalahan penulisan dari rekaman suara aslinya.