

Briefing Paper No. 2/2010

“Pidana Penghinaan adalah Pembatasan Kemerdekaan Berpendapat yang Inkonstitusional”

Amicus Curiae (Komentar Tertulis)

diajukan oleh:

ELSAM, ICJR, IMDLN, PBHI dan YLBHI

Pengadilan Negeri Tangerang
Nomor Perkara: 1269/PID.B/2009/PN.TNG
Kasus: “Prita Mulyasari *versus* Negara Republik Indonesia”



ICJR IMDLN



Jakarta, Februari 2010

**“Pidana Penghinaan adalah
Pembatasan Kemerdekaan Berpendapat yang Inkonstitusional”**

© 2010 ELSAM

Editor: Eddie Sius Riyadi

Desain Sampul & Tata Letak: Pudji Saksono

Cetakan Pertama: Februari 2010

Semua penerbitan ELSAM didedikasikan kepada para korban pelanggaran hak asasi manusia, selain sebagai bagian dari usaha pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia di Indonesia.

Penerbit:

ELSAM – Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat

Jln. Siaga II No. 31, Pejaten Barat, Pasar Minggu, Jakarta 12510
Tlp.: (021) 797 2662; 7919 2519; 7919 2564; Fax.: (021) 7919 2519
E-mail: office@elsam.or.id; Web-site: www.elsam.or.id

Dicetak oleh:

SERPICO

Jl. Djuanda No. 44, Bekasi
Telp./Fax.: (021) 88851618
E-mail: serpico.print@gmail.com

Kata Pengantar Penerbit

Kemerdekaan Berkepres, terutama kemerdekaan berpendapat memiliki sejumlah alasan untuk dijadikan sebagai salah satu hak yang penting dan menjadi indikator terpenting dalam menentukan seberapa jauh iklim demokrasi di sebuah negara dapat terjaga. Prita Mulyasari, Kho Seng Seng, Risang Bima Wijaya, Bersihar Lubis adalah contoh sempurna bagaimana sebuah ketentuan pidana digunakan sebagai alat untuk memenjarakan kemerdekaan berpendapat. Delik ini tidak hanya terkena pada jurnalis dan aktivis, namun juga dapat dikenakan terhadap warga negara biasa.

Beragam cara telah dilakukan oleh beberapa kalangan untuk menguji konstitusionalitas dari tindak pidana penghinaan yang dianggap mengekang kebebasan berpendapat, baik yang terdapat dalam KUHP maupun Undang-undang Informasi Transaksi Elektronik (ITE), melalui Mahkamah Konstitusi. Namun semuanya kandas di tangan Mahkamah Konstitusi. Sehingga, Mahkamah Konstitusi gagal dalam melakukan *balancing of rights* dalam melihat kompleksitas delik yang dikenal juga sebagai delik reputasi. Akibatnya trend penggunaan delik reputasi semakin hari semakin meningkat, baik dalam kasus – kasus korupsi maupun kritik-kritik yang disampaikan masyarakat terkait dengan kinerja pemerintahan, korporasi ataupun kinerja badan yang menyediakan layanan umum kepada masyarakat.

Dalam kasus yang menyita perhatian publik sepanjang 2009, yaitu Prita Mulyasari melawan Negara Republik Indonesia

dengan dakwaan melakukan kejahatan reputasi sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE, ELSAM bersama-sama dengan YLBHI, PBHI, ICJR dan IMDLN telah membuat dan mengirimkan *amicus curiae* ke Pengadilan Negeri Tangerang yang mengadili Prita Mulyasari.

Memang, istilah *amicus curiae*, dalam bahasa Inggris-nya *friend of court* atau sahabat pengadilan, belum banyak dikenal di Indonesia, apalagi digunakan dalam praktik peradilan di Indonesia, baik oleh akademisi maupun praktisi. Namun, di Amerika Serikat dan dalam praktik penyelesaian sengketa internasional *amicus curiae* memiliki peranan yang sangat penting dalam kasus-kasus yang menonjol (*landmark*). Oleh karenanya, diterbitkannya buku ini diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam penyebarluasan ide dan pemikiran mengenai pentingnya alternatif dalam perlindungan hak asasi manusia, khususnya yang melalui mekanisme peradilan. Sehingga, ke depan praktik dan penerapan *amicus curiae* dalam proses peradilan dapat lebih mendapatkan tempat yang baik dari kalangan akademisi, praktisi maupun masyarakat pada umumnya.

Jakarta, February 2010

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

Tim Penyusun:

Syahrial Martanto Wiryawan, S.H.

Direktur Program Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)

Anggara, S.H.

Koordinator Divisi Advokasi HAM

Perhimpunan Bantuan Hukum dan HAM Indonesia (PBHI)

Wahyu Wagiman, S.H.

Koordinator Pengembangan Sumber Daya HAM

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

Zainal Abidin, S.H.

Direktur Riset dan Publikasi

Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI)

Supriyadi Widodo Eddiyono, S.H.

Koordinator Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN)

Daftar Isi

Kata Pengantar Penerbit.....	iii
Daftar Isi.....	vii
I. Pernyataan Kepentingan.....	1
II. Selintas tentang Amicus Curiae.....	4
III. Ringkasan Fakta Hukum.....	8
IV. Kemerdekaan Berekspresi dan Hak Asasi Manusia....	12
V. Pembatasan Kemerdekaan Berekspresi dalam Hukum Internasional.....	23
V.1. Pembatasan I.....	24
V.2. Pembatasan II.....	27
V.3. Pembatasan III.....	29
VI. Persoalan Mendasar dalam Delik Penghinaan dalam Hukum Internasional.....	32
VI.1. Menghentikan Diskusi/Perdebatan dalam Lembaga Publik.....	33
VI.2. Melindungi Perasaan dari pada Reputasi.....	33
VI.3. Melindungi Ketertiban Umum dari pada Reputasi.....	34
VI.4. Ketiadaan Pembelaan/Alasan Pembena yang Cukup.....	35
VII. Problematika Delik Penghinaan dalam Hukum Indonesia.....	36
VII.1. Niat Kesengajaan untuk Menghina.....	38
VII.2. Pemisahan Opini dan Fakta.....	38
VII.3. Kebenaran Pernyataan.....	39
VIII. Pidana Penjara dalam Delik Penghinaan adalah Hukuman yang Ekseksif.....	41
IX. Perumusan Norma Ancaman Pidana dalam Delik Penghinaan Tanpa Landasan Filosofis.....	48

X.	Kontroversi dalam UU Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE).....	50
X.1.	Tingginya Ancaman Pidana untuk Penghinaan	51
X.2.	Ancaman Pidana untuk Perjudian Malah Turun Drastis	52
X.3.	Duplikasi Tindak Pidana Pengancaman.....	52
X.4.	Segala Jenis Informasi Dapat Dipidana	52
XI.	Kontroversi Pasal 27 ayat (3) UU ITE	53
XI.1.	Unsur dengan Sengaja dan Tanpa Hak.....	56
XI.2.	Unsur Mendistribusikan	59
XI.3.	Unsur Mentransmisikan.....	59
XI.4.	Unsur Membuat Dapat Diaksesnya.....	60
XII.	Ancaman Pidana Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE Membunuh Hak-Hak Sipil dan Politik	66
XIII.	Politik Hukum yang Represif	72
XIV.	Rekomendasi	76

I. Pernyataan Kepentingan

1. **Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)** adalah organisasi non-pemerintah yang dibentuk di Jakarta pada Agustus 2007 dengan mandat sebagai organisasi kajian independen yang memfokuskan diri pada reformasi sistem peradilan pidana, reformasi hukum pidana, dan reformasi hukum pada umumnya. ICJR berusaha mengambil prakarsa memberi dukungan dalam konteks membangun penghormatan terhadap prinsip negara hukum dan secara bersamaan membangun budaya hak asasi manusia dalam sistem peradilan pidana dan reformasi hukum pidana.
2. **Perhimpunan Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia Indonesia (Indonesian Legal Aid and Human Rights Association) disingkat PBHI** adalah organisasi perhimpunan berbasis anggota individual dan bersifat non-profit yang didedikasikan bagi pemajuan dan pembelaan hak asasi manusia (*promoting and defending human rights*) tanpa membedakan suku, agama, warna kulit, etnis, gender, status dan kelas sosial, karier dan profesi maupun orientasi politik dan ideologi. PBHI didirikan pada 5 November 1996 di Jakarta melalui kongres yang diikuti 54 orang anggota pendiri sebagai wadah berhimpun bagi setiap orang yang peduli atas hak asasi manusia dengan mengutamakan keberagaman. PBHI mencanangkan tiga misi utama, yaitu [1] mempromosikan nilai-nilai hak asasi manusia; [2] membela korban pelanggaran hak asasi manusia; dan [3] mendidik anggota dan calon anggota sebagai pembela hak asasi manusia.

3. **Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (Institute for Policy Research and Advocacy), disingkat ELSAM,** adalah organisasi advokasi kebijakan yang berdiri sejak Agustus 1993 di Jakarta. Awalnya berbentuk yayasan, kemudian dalam perkembangannya berubah menjadi perkumpulan pada 8 Juli 2002. ELSAM bertujuan untuk mewujudkan tatanan masyarakat yang berpegang teguh pada nilai-nilai hak asasi manusia, keadilan, dan demokrasi, baik dalam rumusan hukum maupun dalam pelaksanaannya. Untuk mencapai tujuannya, ELSAM melakukan usaha-usaha sebagai berikut: (1) melakukan pengkajian terhadap kebijakan-kebijakan dan/atau hukum, penerapannya, serta dampaknya terhadap kehidupan sosial, ekonomi, dan budaya; (2) mengembangkan gagasan dan konsepsi atau alternatif kebijakan atas hukum yang tanggap terhadap kebutuhan masyarakat dan melindungi hak asasi manusia; (3) melakukan advokasi dalam berbagai bentuk bagi pemenuhan hak-hak, kebebasan, dan kebutuhan masyarakat yang berkeadilan; dan (4) menyebarluaskan informasi berkenaan dengan gagasan, konsep, dan kebijakan atau hukum yang berwawasan hak asasi manusia, demokrasi, dan keadilan di tengah masyarakat luas.

4. **Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (Indonesian Legal Aid Foundation), disingkat YLBHI,** adalah organisasi bantuan hukum yang didirikan di Jakarta pada 28 Oktober 1970. Dalam menjalankan kerja-kerja dan program-programnya, YLBHI menyandarkannya pada nilai-nilai dasar organisasi, visi

dan misi lembaga yang disusun dan disepakati bersama oleh seluruh kantor-kantor LBH di Indonesia. YLBHI bersama-sama dengan komponen-komponen masyarakat dan bangsa Indonesia yang lain, yang berhasrat kuat dan akan berupaya sekuat tenaga agar di masa depan dapat: (1) terwujudnya suatu sistem masyarakat hukum yang terbina di atas tatanan hubungan sosial yang adil dan beradab/berperikemanusiaan secara demokratis (*a just, humane and democratic socio-legal system*); (2) terwujudnya suatu sistem hukum dan administrasi yang mampu menyediakan tata cara (prosedur-prosedur) dan lembaga-lembaga di mana setiap pihak dapat memperoleh dan menikmati keadilan hukum (*a fair and transparent institutionalized legal-administrative system*); dan (3) terwujudnya suatu sistem ekonomi, politik dan budaya yang membuka akses bagi setiap pihak untuk turut menentukan setiap keputusan yang berkenaan dengan kepentingan mereka, dan memastikan bahwa keseluruhan sistem itu tetap menghormati dan menjunjung tinggi HAM (*an open political-economic system with a culture that fully respects human rights*).

5. **Indonesian Media Defense Litigation Network (IMDLN)** adalah jaringan yang dibentuk di Jakarta pada 18 Agustus 2009 oleh sekelompok advokat yang selama ini telah bekerja untuk kepentingan pembelaan hak asasi manusia di Indonesia. Jaringan ini dibentuk sebagai respon atas disahkannya UU Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) sebagai bagian dari kelompok advokasi yang

bertujuan untuk menyediakan dan mempertahankan kemerdekaan berekspresi secara umum dan kemerdekaan berpendapat secara khusus di Indonesia dan menyediakan pembelaan bagi kepentingan para pengguna “*new media*” di Indonesia.

6. **ICJR, PBHI, ELSAM, YLBHI, dan IMDLN** mengajukan Komentar Tertulis ini kepada Pengadilan Negeri Tangerang untuk memberikan pandangan dan memberikan dukungan kepada Majelis Hakim Pengadilan Negeri Tangerang yang memeriksa perkara dengan Nomor Perkara: 1269/PEN.PID.B/2009/PN.TNG untuk menilai apakah dalam kasus yang sedang diperiksa ini Negara Republik Indonesia telah bertindak dengan melakukan pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan tentang Kemerdekaan Berekspreasi dan Berpendapat sebagaimana yang dijamin dalam Pasal 28 huruf F UUD 1945 *jo* Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (Vide UU Nomor 12 Tahun 2005).

II. Selintas Tentang Amicus Curiae

7. “*Amicus Curiae*” merupakan istilah Latin yang mungkin jarang terdengar di pengadilan Indonesia.¹ *Amicus curiae* merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi hukum Romawi, yang kemudian berkembang dan dipraktikkan dalam tradisi *common law*, yang

1 Hukumonline, *Amicus Curiae* Dipakai Membantu Permohonan PK, [12/8/08]

mengizinkan pengadilan untuk mengundang pihak ketiga untuk menyediakan informasi atau fakta-fakta hukum berkaitan dengan isu-isu yang belum *familiar*.

8. *Amicus curiae* yang dalam bahasa Inggris disebut “*friend of the court*”, diartikan “*someone who is not a party to the litigation, but who believes that the court’s decision may affect its interest.*”² Secara bebas, *amicus curiae* diterjemahkan sebagai *friends of the court* atau Sahabat Pengadilan, di mana pihak yang merasa berkepentingan terhadap suatu perkara memberikan pendapat hukumnya kepada pengadilan. *Miriam Webster Dictionary* memberikan definisi *amicus curiae* sebagai “*one (as a professional person or organization) that is not a party to a particular litigation but that is permitted by the court to advise it in respect to some matter of law that directly affects the case in question*”.

9. Dengan demikian, *amicus curiae* dapat disampaikan oleh seseorang yang tertarik untuk mempengaruhi hasil dari aksi, tetapi bukan merupakan pihak yang terlibat dalam suatu sengketa. Misalnya, seorang penasihat dapat menyampaikan *amicus curiae* kepada pengadilan atas beberapa masalah hukum yang dianggap ganjil, kendati ia bukan merupakan para pihak dalam kasus tersebut, namun dalam hal ini, ia ingin mempengaruhi hasil atau paling tidak ia memiliki kepentingan dalam suatu perkara yang melibatkan masyarakat luas, dan atau perkara tersebut telah berdampak luas bagi masyarakat.

2 <http://www.techlawjournal.com/glossary/legal/amicus.htm>

10. Dalam tradisi *common law*, mekanisme *amicus curiae* ini pertama kalinya diperkenalkan pada abad ke-14. Selanjutnya, pada abad ke-17 dan 18, partisipasi dalam *amicus curiae* makin meningkat dan secara luas tercatat dalam *All England Report*. Dari laporan ini dapat diketahui beberapa gambaran dasar yang berkaitan dengan kegunaan dan fungsi *amicus curiae*, antara lain:
 - a. fungsi utama *amicus curiae* adalah untuk mengklarifikasi isu-isu faktual, menjelaskan isu-isu hukum dan mewakili kelompok-kelompok tertentu;
 - b. *amicus curiae* berkaitan dengan fakta-fakta dan isu-isu hukum, tidak harus dibuat oleh seorang pengacara (*lawyer*);
 - c. *amicus curiae*, tidak berhubungan dengan penggugat atau tergugat, namun memiliki kepentingan dalam suatu kasus;
 - d. izin untuk berpartisipasi sebagai *amicus curiae*.

11. Di Amerika Serikat, sebelum terjadinya kasus *Green vs. Biddle* pada awal abad ke 19, pihak pengadilan menolak untuk mempergunakan partisipasi *amicus curiae* dalam proses peradilan. Namun, sejak awal abad 20, *amicus curiae* memainkan peranan penting dalam sejarah hukum Amerika Serikat, terutama dalam kasus-kasus yang menonjol (*landmark*) seperti misal, kasus-kasus hak-hak sipil dan aborsi. Bahkan, dari studi yang dilakukan tahun 1998, *amicus curiae*, telah berpartisipasi lebih dari 90 persen dalam setiap kasus-kasus yang masuk ke Mahkamah Agung.

12. Perkembangan terbaru dari praktik *amicus curiae* adalah bahwa mekanisme *amicus curiae* ini telah digunakan

dalam penyelesaian sengketa internasional, baik oleh lembaga-lembaga negara maupun organisasi internasional.

13. Sementara untuk Indonesia, *amicus curiae* belum banyak dikenal dan digunakan, baik oleh akademisi maupun praktisi. Sampai saat ini, baru dua *amicus curiae* yang diajukan di Pengadilan Indonesia, yaitu *amicus curiae* yang diajukan kelompok penggiat kemerdekaan pers kepada Mahkamah Agung terkait dengan Peninjauan Kembali kasus majalah Time *versus* Soeharto dan *amicus curiae* dalam kasus “Upi Asmaradana” di Pengadilan Negeri Makasar. Pada kedua kasus ini, *amicus curiae* diajukan sebagai tambahan informasi buat majelis hakim yang memeriksa perkara.³
14. Walaupun *amicus curiae* belum dikenal dalam sistem hukum Indonesia, namun dengan berpegangan pada ketentuan Pasal 28 ayat (1) UU Nomor 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, bahwa “*Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”. Klausul ini dapat dipakai sebagai dasar hukum dalam pengajuan *amicus curiae*, selain itu mekanisme ini juga dapat dipergunakan sebagai salah satu strategi untuk

3 Penggiat Kemerdekaan Pers Ajukan *amicus curiae* **Koran Tempo, Jakarta**, Selasa, 12 Agustus 2008, dan Anggota Komisioner Komnas HAM jadi Saksi Upi: Yosep Prasetyo akan bersaksi sebagai *Amicus Curiae* atau sahabat Pengadilan, **VIVAnews**, Selasa, 30 Juni 2009, 07:06 WIB

mengklarifikasi prinsip-prinsip hukum dan konstitusi, terutama untuk kasus-kasus yang melibatkan berbagai UU atau pasal-pasal yang dianggap kontroversial.

III. Ringkasan Fakta Hukum

15. Prita Mulyasari, seorang ibu rumah tangga dengan dua orang anak telah menjadi tahanan Kejaksaan Negeri Tangerang dan ditahan di Lembaga Pemasyarakatan (LP) Wanita Tangerang sebagai tersangka kasus pencemaran nama baik terhadap Rumah Sakit Omni Internasional yang terletak di Alam Sutera, Serpong Tangerang berdasarkan Pasal 27 ayat (3) UU ITE sejak 13 Mei 2009.
16. Kasus ini bermula saat Prita Mulyasari memeriksakan kesehatannya di Rumah Sakit Omni Internasional pada 7 Agustus 2008 dan kemudian ia mengeluhkan pelayanan yang diberikan oleh Rumah Sakit Omni Internasional dan juga dokter yang merawatnya yaitu dr. Hengky Gosal, SpPD, dan dr Grace Herza Yarlen Nela. Permintaan rekam medis dan keluhan yang tidak ditanggapi dengan baik tersebut telah “memaksa” Prita menuliskan pengalamannya melalui surat elektronik di milis.
17. Prita Mulyasari digugat oleh Rumah Sakit Omni Internasional atas tuduhan pencemaran nama baik lewat millis. Kasus ini bermula dari surat elektronik

yang dibuat oleh Prita yang berisi pengalamannya saat dirawat di unit gawat darurat Omni Internasional pada 7 Agustus 2008. Email itu berisi keluhannya atas pelayanan yang diberikan oleh Rumah Sakit Omni Internasional dan juga dokter yang merawatnya yaitu dr. Hengky Gosal, SpPD, dan dr Grace Herza Yarlen Nela. Saat itu ia menderita sakit kepala dan mual-mual. Di bagian unit gawat darurat ia ditangani oleh seorang dokter jaga bernama Indah. Dari pemeriksaan laboratorium, dinyatakan trombosit darah dari Prita Mulyasari hanya 27.000, jauh di bawah normal yaitu sekitar 200.000. Prita diminta menjalani rawat inap dan memilih dokter spesialis. Sesuai dengan saran Indah, ia memilih dokter Hengky. Diagnosis dokter menyatakan ia terkena demam berdarah. Menurut Prita, ia lalu mendapat suntikan dan infus yang diberikan tanpa penjelasan dan izin keluarganya. Belakangan, ia kaget pada saat Hengky memberitahukan revisi hasil laboratorium tentang jumlah trombosit darahnya. Yang awalnya 27.000 kini menjadi 181.000. Dokter juga menyatakan ia terkena virus udara. Lantaran tak puas dengan perawatan di rumah sakit itu, Prita memutuskan pindah rumah sakit.

18. Dari sinilah kemudian muncul persoalan baru. Tatkala ia meminta catatan medis lengkap, termasuk semua hasil tes darahnya, pihak rumah sakit menyatakan tidak bisa mencetak data tersebut. Prita lantas menghadap Manajer Pelayanan Rumah Sakit Omni Internasional, Grace, dan hasilnya sama saja. Pada 15 Agustus 2008, ia menulis surat elektronik dan dikirim ke sejumlah

rekannya. Surat ini rupanya sampai juga ke pihak manajemen Rumah Sakit Omni Internasional. Pihak Rumah Sakit pun mengambil langkah cepat. Selain memasang iklan, yang bernada "memberi pelajaran" kepada Prita, mereka juga melaporkan Prita ke polisi.

19. Rumah Sakit Omni Internasional tidak hanya menggugat Prita Mulyasari secara perdata atas tuduhan pencemaran nama baik lewat milis, namun juga memasang iklan setengah halaman di harian umum Kompas pada 8 September 2009 dengan judul "Pengumuman dan Bantahan". Intinya, pihak Rumah Sakit Omni Internasional memberikan bantahan atas surat elektronik dari Prita Mulyasari berjudul "Penipuan Omni Internasional Hospital Alam Sutera Tangerang", yang dikirim melalui sebuah milis. Karena surat elektronik itulah membuat pihak Omni Internasional menjadi berang. Menurut pengacara Rumah Sakit Omni Internasional, Heribertus, menyatakan isi surat Prita telah mencemarkan nama baik rumah sakit tersebut beserta sejumlah dokter mereka yaitu dr Hengky Gosal dan Grace Hilza Yarlen Nela.
20. Pada 11 Mei 2009, Pengadilan Negeri Tangerang memenangkan gugatan perdata dari Rumah Sakit Omni Internasional terhadap Prita Mulyasari. Dari putusan itu Prita diwajibkan membayarkan ganti rugi materil sebesar Rp 161 juta dan ganti rugi immateril sebesar Rp 100 juta.

21. Pada 13 Mei 2009, pasca putusan perkara perdata, Prita telah ditahan oleh Kejaksaan Negeri Tangerang. Penahanan itu mengacu pada Pasal 43 ayat (6) UU Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yaitu bahwa *“Dalam hal melakukan penangkapan dan penahanan, penyidik melalui penuntut umum wajib meminta penetapan ketua pengadilan negeri setempat dalam waktu satu kali dua puluh empat jam.”*
22. Atas tekanan yang kuat dari masyarakat, maka sejak 28 Mei 2009, sehari sebelum menjalani sidang perkara pidananya status tahanan Prita dirubah, dan pada 3 Juni 2009 penahanan terhadap Prita telah dialihkan menjadi tahanan kota.
23. Pada 4 Juni 2009, persidangan atas nama terdakwa Prita Mulyasari digelar, Prita didakwa dengan dakwaan alternatif yaitu melanggar Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS
24. Pada 25 Juni 2009, Pengadilan Negeri Tangerang memutuskan bahwa dakwaan Jaksa Penuntut Umum batal demi hukum atas alasan bahwa UU ITE baru akan berlaku dua tahun setelah disahkan. Putusan ini segera mengundang kontroversi, karena penahanan atas Prita Mulyasari dikarenakan dituduh telah melanggar Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE jelas membutuhkan penetapan dari Ketua Pengadilan Negeri Tangerang.

IV. Kemerdekaan Berekspresi dan Hak Asasi Manusia

25. Kebebasan berekspresi merupakan salah satu elemen penting dalam demokrasi. Dalam sidang pertama PBB pada tahun 1946, sebelum disahkannya Universal Declaration of Human Rights dan diadopsinya traktat-traktat, Majelis Umum PBB melalui Resolusi Nomor 59 (I) tertanggal 14 Desember 1946 telah menyatakan bahwa "hak atas informasi merupakan hak asasi manusia fundamental dan standar dari semua kebebasan yang dinyatakan "suci" oleh PBB".

26. Kebebasan berekspresi merupakan salah satu syarat penting yang memungkinkan berlangsungnya demokrasi dan merupakan sarana bagi publik untuk berpartisipasi dalam pembuatan keputusan-keputusan. Warga negara tidak dapat melaksanakan hak-haknya secara efektif dalam pemungutan suara atau berpartisipasi dalam pembuatan keputusan-keputusan publik, apabila mereka tidak memiliki kebebasan untuk mendapatkan informasi dan mengeluarkan pendapatnya serta tidak mampu untuk menyatakan pandangannya secara bebas. Kebebasan berekspresi tidak hanya penting bagi penghargaan martabat individu, tetapi juga pengaruhnya besar untuk mendorong partisipasi, dan pertanggungjawaban dalam penyelenggaraan negara demokrasi. Pelanggaran terhadap hak-hak kebebasan berekspresi seringkali terjadi berbarengan dengan pelanggaran hak-hak lainnya, terutama pelanggaran

terhadap hak atas kebebasan untuk berserikat dan berkumpul.

27. Kemerdekaan berpendapat merupakan salah satu hak asasi manusia yang sangat strategis dalam menompang jalan dan bekerjanya demokrasi. Sulit untuk dibayangkan jikalau sebuah sistem demokrasi bekerja tanpa adanya hak-hak dan kebebasan untuk menyatakan pendapat, sikap, dan berekspresi.
28. Dalam konsteks ini, maka untuk menjamin bekerjanya sistem demokrasi dalam sebuah negara hukum, perlu adanya perlindungan khusus terhadap hak-hak kebebasan berpendapat dan berekspresi. Perlindungan hak-hak jenis ini telah tertulis dalam hukum Internasional dan kemudian diatur dalam Pasal 19 Deklarasi Universal HAM dan Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik. Amanat yang diatur dalam Piagam PBB dan Kovenan ini adalah mewajibkan bagi setiap negara pihak agar menjamin perlindungan atas hak-hak kebebasan berpendapat dan berekspresi. Oleh karena itu, pada pundak negaralah terletak kewajiban untuk melindungi hak-hak kemerdekaan berpendapat dan atau perlindungan hak-hak tersebut merupakan tanggung jawab negara (*state responsibility*).
29. Dalam konteks hukum internasional, pelaksanaan terhadap Pasal 19 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik dapat merujuk pada Pendapat Umum Nomor 10 (4) Tentang Kemerdekaan Berekspresi (Pasal 19), di mana pada pokoknya menegaskan

bahwa pelaksanaan hak atas kemerdekaan berekspresi mengandung tugas-tugas dan tanggung jawab khusus, dan oleh karena itu pembatasan-pembatasan tertentu terhadap hak-hak ini diperbolehkan sepanjang berkaitan dengan kepentingan orang-orang lain atau kepentingan masyarakat secara keseluruhan. Namun ada yang lebih dari sekedar pembatasan, karena Komentar Umum Nomor 10 (4) juga menegaskan bahwa penerapan pembatasan kebebasan kemerdekaan berekspresi tidak boleh membahayakan esensi hak itu sendiri.

30. Kemerdekaan Bereksprei terutama menyangkut kemerdekaan berpendapat memiliki sejumlah alasan yang kuat untuk diklaim sebagai hak yang tidak bisa dibatasi dalam kondisi-kondisi tertentu. Mengapa? Karena hak untuk berpendapat menjadi salah satu hak yang penting dan menjadi indikator dalam menentukan seberapa jauh iklim demokrasi dipraktikkan di sebuah negara dan seberapa besar hak-hak kebebasan berekspresi tetap terpelihara. Menurut Toby Mendel bahwa “terdapat banyak alasan mengapa kebebasan berekspresi adalah hak yang dianggap penting, antara lain; *pertama*, karena ini adalah sebagai dasar dari demokrasi, *kedua* kebebasan berekspresi berperan dalam pemberantasan korupsi, *ketiga*, kebebasan berekspresi mempromosikan akuntabilitas, dan *keempat*, kebebasan berekspresi dalam masyarakat dipercaya merupakan cara terbaik untuk menemukan kebenaran”.⁴

4 Keterangan ahli yang disampaikan pada 23 Juli 2008 dalam Perkara Nomor 14/PUU-VI/2008 di Mahkamah Konstitusi.

31. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, (DUHAM) disahkan Majelis Umum PBB pada tanggal 10 Desember 1948. Deklarasi ini mengatur mengenai standar hak asasi manusia yang diterima oleh seluruh negara-negara anggota PBB.
32. DUHAM menghadirkan kembali dasar normatif, untuk memformulasikan standar-standar bagi kebebasan berekspresi. Dasar normatif itu termaktub pada Pasal 19 DUHAM, bahwa "Setiap orang berhak atas kebebasan mempunyai dan mengeluarkan pendapat dan berekspresi; dalam hal ini termasuk kebebasan menganut pendapat tanpa mendapat gangguan, dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan keterangan-keterangan dan pendapat dengan cara apa pun dan dengan tidak memandang batas-batas". Selanjutnya, Pasal 20 DUHAM menjelaskan bahwa Setiap orang mempunyai hak atas kebebasan berkumpul dan berserikat tanpa kekerasan, dan tidak seorang pun boleh dipaksa untuk memasuki suatu perkumpulan.
33. Namun demikian, ketentuan Pasal 19 dan Pasal 20 DUHAM ini dibatasi oleh ketentuan Pasal 29 DUHAM, dengan memperbolehkan adanya pembatasan yang ditetapkan undang-undang yang tujuannya adalah semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang tepat terhadap hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil dalam hal kesusilaan, ketertiban dan kesejahteraan umum dalam

suatu masyarakat yang demokratis. Ini berarti hak-hak dan kebebasan-kebebasan ini dengan jalan apapun tidak bisa dilaksanakan jika bertentangan dengan tujuan dan prinsip-prinsip Piagam PBB.

34. Keberadaan DUHAM telah menimbulkan dampak yang begitu besar bagi pembangunan hukum hak asasi manusia, baik di tingkat nasional maupun internasional. Pada dasarnya semua traktat tentang hak asasi manusia telah diadopsi oleh badan-badan PBB sejak 1948, yaitu dengan mengelaborasi prinsip-prinsip yang ada dalam DUHAM. Hasilnya, adalah DUHAM secara luas dianggap sebagai Magna Carta (Piagam PBB untuk menjamin perlindungan hak asasi manusia universal), yang harus dipatuhi oleh setiap negara pihak (*state parties*) di seluruh dunia. Walau pada awalnya DUHAM hanya dianggap sebagai aspirasi bersama, kini disambut sebagai “penafsiran otoritatif” hak asasi manusia dan menjadikannya sebagai hukum kebiasaan internasional (*customery law*), yang membentuk “*global bill of rights*”.
35. Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights/ ICCPR*), mulai berlaku sejak tahun 1976.⁵ Ketentuan-ketentuan dalam Kovenan ini merupakan penjabaran lebih lanjut dari prinsip-prinsip yang terdapat dalam DUHAM dan mengikat secara hukum bagi negara-negara yang meratifikasinya. Pada Pasal 19 ICCPR menyatakan:

5 Diratifikasi oleh Indonesia melalui UU Nomor 12 Tahun 2005.

1. Setiap orang akan berhak mempunyai pendapat tanpa adanya paksaan.
 2. Setiap orang akan berhak menyatakan pendapat; hak ini mencakup kebebasan mencari, menerima dan memberikan informasi dan segala macam gagasan tanpa memperhatikan batas, baik secara lisan maupun tulisan atau tercetak, dalam bentuk seni, atau melalui sarana lain menurut pilihannya sendiri.
 3. Pelaksanaan hak-hak yang diberikan dalam ayat 2 pasal ini disertai berbagai kewajiban dan tanggungjawab khusus. Maka dari itu dapat dikenakan pembatasan tertentu, tetapi hal demikian hanya boleh ditetapkan dengan undang-undang dan sepanjang diperlukan untuk: (a) menghormati hak atau nama baik orang lain; (b) menjaga keamanan nasional atau ketertiban umum (*public order*) atau kesehatan atau kesusilaan umum.
36. Untuk menghormati hak atau nama baik orang lain, *United Nation on Economic and Social Council* mengeluarkan resolusi *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* yang menegaskan bahwa “*When a conflict exists between a right protected in the Covenant and one which is not, recognition and consideration should be given to the fact that the Covenant seeks to protect the most fundamental rights and freedoms. In this context especial weight should be afforded to rights not subject to limitations in the Covenant*”.⁶

6 UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), para 36.

37. Apabila dikaitkan dengan ketentuan Pasal 19 DUHAM, dan Pasal 19 Kovenan memiliki beberapa elemen penting yaitu ada sebuah perbedaan antara kebebasan berpikir (Pasal 18) dan kebebasan berpendapat. Walaupun tidak ada batasan yang jelas antara “pikiran” dan “pendapat” namun keduanya bersifat internal. “Pikiran” mengacu pada sebuah proses, sementara “pendapat” merupakan hasil dari proses tersebut. Hak-hak dan kebebasan ini ada tanpa terikat pada batasan wilayah. Artinya, hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi dapat diterapkan tidak hanya dalam satu negara saja, tetapi berlaku secara internasional. Sehingga hak-hak ini menjadi hak-hak internasional

38. Melihat implikasi dalam DUHAM dan Kovenan, maka kebebasan untuk berpendapat pada dasarnya tanpa paksaan, dan merupakan sesuatu yang bersifat absolut, sementara kebebasan untuk berekspresi masih dimungkinkan untuk tunduk pada batasan-batasan tertentu. Kebebasan berekspresi mencakup kebebasan untuk mencari, menerima dan meneruskan informasi dan ide-ide.

39. Keberadaan hak-hak ini, termasuk juga hak atas informasi, merupakan hak-hak yang mendasar dan telah diakui secara luas. Mengenai pengakuan hak-hak asasi jenis ini telah dibahas oleh *The African Commission on Human and Peoples Rights* yang memberikan catatan khusus sehubungan dengan ketentuan Pasal 9 Konvensi Afrika sebagai berikut “*This Article reflects*

the fact that freedom of expression is a basic human right, vital to an individual's personal development, his political consciousness, and participation in the conduct of the public affairs of his country".⁷

40. The European Court of Human Rights (ECHR) telah mengakui peranan dari kemerdekaan berekspresi, bahwa *"Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man ... it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received ... but also to those which offend, shock or disturb the State or any other sector of the population. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".⁸*
41. Arti pentingnya kemerdekaan berekspresi telah diakui juga dalam beragam putusan pengadilan di berbagai negara termasuk Indonesia. Misalnya, dalam beberapa putusannya, Mahkamah Agung Republik Indonesia dan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia telah mengakui peranan dari Kemerdekaan Berekspresi, Kemerdekaan Berpendapat, dan Kemerdekaan Pers dalam menjaga kedaulatan rakyat. Ulasan berikut ini menggambarkan bahwa Mahkamah Agung dan

7 Media Rights Agenda and Other *VS.* Nigeria, 31 Oktober 1998, Communication Nos. 105/93, 130/94, 128/94, dan 152/96, para 52, sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hlm. 9

8 *Hadnyside versus United Kingdom*, 7 December 1976, Application Nomor 5493/72, 1 EHRR 737, para 49, sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hlm. 9

Mahkamah Konstitusi telah meletakkan hak-hak dan kebebasan dasar ini dalam setiap pengambilan keputusan, terutama dalam kasus-kasus kebebasan pers dan beberapa kasus terkait lainnya.

Mahkamah Agung berpendapat bahwa:

“Kebebasan pers merupakan condition sine qua non bagi terwujudnya demokrasi dan Negara berdasar atas hukum karena tanpa kebebasan pers maka kemerdekaan menyatakan pikiran dan pendapat menjadi sia-sia. Maka tindakan hukum yang diambil terhadap pers yang menyimpang tidak boleh membahayakan sendi-sendi demokrasi dan negara berdasarkan hukum.”⁹

Mahkamah Konstitusi juga melalui putusannya berpendapat:

“Bahwa salah satu esensi demokrasi adalah kebebasan berkomunikasi dan memperoleh informasi melalui segala jenis saluran yang tersedia. Kebebasan berkomunikasi dan memperoleh informasi adalah darah hidup demokrasi. Patrik Wilson mengingatkan bahwa “demokrasi adalah komunikasi”. Warga demokrasi hidup dengan suatu keyakinan bahwa melalui pertukaran informasi, pendapat, dan gagasan yang terbuka, kebenaran akhirnya akan terbukti dan kepaluan akhirnya akan terkalahkan.”¹⁰

9 Putusan MA RI Nomor 1608 K/PID/2005 antara Bambang Harymurti versus Negara Republik Indonesia

10 Putusan MK Nomor 50/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE.

Lebih lanjut Mahkamah Konstitusi juga menegaskan bahwa:

“Berangkat dari pemikiran tersebut, maka kebebasan berkomunikasi dan memperoleh informasi, berpendapat, mengeluarkan ide dan gagasan, berkorespondensi dengan pers adalah media komunikasi massa. Perbincangan mengenai pers dalam sistem politik demokrasi menempati posisi sentral, mengingat kebebasan pers menjadi salah satu ukuran demokratis tidaknya suatu sistem politik. Kebebasan pers dalam sistem demokrasi politik dihubungkan dengan kebebasan penting lainnya, seperti kebebasan untuk berekspresi dan bertukar informasi. Dalam sistem politik demokrasi, kebebasan pers diperlukan sebagai sarana informasi bagi masyarakat, dan demokrasi hanya akan berjalan efektif jika warga negaranya memperoleh akses informasi dengan baik. Kebebasan pers yang meliputi media cetak, media elektronik, dan media lainnya merupakan salah satu sarana untuk mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan. Oleh karena itu kebebasan pers harus diorientasikan untuk kepentingan masyarakat dan bukan untuk kepe tingan orang atau kelompok tertentu.”¹¹

Mahkamah Konstitusi RI juga menyampaikan bahwa:

“Bahwa dalam konteks gagasan demokrasi, kemerdekaan pers harus memberi warna dan makna sebagai sarana yang membuka ruang perbedaan pendapat dan menjadi

11 Putusan MK Nomor 50/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE.

tempat menyampaikan kritik dan informasi. Ruang bagi perbedaan pendapat a quo hanya ada apabila kemerdekaan pers tidak dibelenggu, namun dengan tetap tunduk pada hukum dan kode etik jurnalistik.”¹²

Melalui putusannya Mahkamah Konstitusi kembali menegaskan:

“Bahwa kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pendapat dan pikiran melalui segala jenis saluran yang tersedia adalah salah satu jantung demokrasi. Kebebasan berbicara dan berpendapat adalah darah hidup demokrasi....maka kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pendapat dan pikiran melalui segala jenis saluran yang tersedia dimiliki pula oleh para blogger, komunitas facebook, milis dan sebagainya yang melakukan interaksi, korespondensi maupun aktivitas blogging di web. Dalam kedudukannya yang demikian, web blog atau blog, facebook, milis dan sebagainya tersebut dapat berfungsi sebagai salah satu “corong suara” rakyat. Kebebasan untuk berekspresi dan bertukar informasi sebagaimana dimiliki komunitas blogger, facebook, milis dan sebagainya penting artinya sebagai sarana informasi bagi masyarakat, karena demokrasi hanya akan berjalan efektif jika warga negaranya terinformasi dengan baik. Dalam kaitan ini informasi digunakan sebagai bahan pertimbangan warga negara untuk melakukan tindakan-tindakan, termasuk tindakan politik, baik dalam rangka berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan

12 Putusan MK Nomor 50/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE.

maupun menolak kebijakan Pemerintah yang dianggap merugikan kehidupan masyarakat.”¹³

V. Pembatasan Kemerdekaan Berekspresi dalam Hukum Internasional

42. Kemerdekaan berekspresi, masuk dalam kategori hak dasar, akan tetapi hak-hak jenis ini dapat dibatasi penggunaan dalam kondisi tertentu. Dalam sistem hukum HAM Internasional ataupun Nasional telah diakui bahwa kemerdekaan berekspresi hanya bisa dibatasi dengan konsep pembatasan yang bersifat terbatas dan harus dibuat dengan hati-hati. Konsep pembatasannya itu harus disesuaikan dengan ketentuan Pasal 19 ayat (3) Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (vide: UU Nomor 12 Tahun 2005).
43. Namun, yang tidak boleh dilupakan adalah bahwa prinsip pembatasan tersebut dapat diartikan sebagai salah satu upaya untuk membahayakan esensi hak-hak yang telah dijamin dalam hukum Internasional.¹⁴ Sebagai salah satu negara pihak yang telah meratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, Pemerintah Indonesia mempunyai kewajiban

13 Putusan MK Nomor 2/PUU-VII/2009 tentang Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE

14 UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), para 2.

untuk menyelaraskan ketentuan pembatasan tersebut dengan standar hak asasi manusia Internasional.

44. Pembatasan yang diperkenankan dalam hukum internasional harus diuji dalam metode yang disebut dengan uji tiga rangkai (*three part test*) yaitu (1) pembatasan harus dilakukan hanya melalui undang-undang; (2) pembatasan hanya diperkenankan terhadap tujuan yang sah yang telah disebutkan dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP; dan (3) pembatasan tersebut benar-benar diperlukan untuk menjamin dan melindungi tujuan yang sah tersebut.¹⁵

V.1. Pembatasan I

45. Hukum internasional dan pada umumnya konstitusi negara-negara modern hanya memperbolehkan pembatasan terhadap kemerdekaan berekspresi melalui undang-undang. Implikasi dari ketentuan ini adalah pembatasan kemerdekaan berekspresi tidak hanya sekadar diatur begitu saja oleh undang-undang, namun undang-undang yang mengatur tentang pembatasan tersebut harus mempunyai standar tinggi, kejelasan, aksesibilitas, dan menghindari ketidakjelasan rumusan.
46. *Siracusa Principles* menjelaskan bahwa pembatasan harus dirumuskan secara ketat, untuk kepentingan

15 Uji Tiga Rangkai ini telah diakui oleh UN Human Rights Committee dalam *Mukong vs. Cameroon*, views adopted 21 July 1994 dan juga oleh European Court of Human Rights dalam *Hungarian Civil Liberties Union vs. Hungary* (Application no. 37374/05).

hak yang dilindungi tersebut¹⁶, konsisten dengan tujuan ketentuan KIHSP¹⁷, maka pembatasan tersebut tidak boleh sewenang-wenang dan tanpa alasan yang sah¹⁸. Pembatasan tersebut harus dirumuskan dengan jelas dan dapat diakses oleh setiap orang,¹⁹ dan menyediakan pengaman serta ganti rugi terhadap dampak dan penerapan dari pembatasan yang ilegal dan cenderung disalahgunakan.²⁰

47. Rumusan *Siracusa Principles* ini di dalam sistem hukum Indonesia dikenal sebagai prinsip *Lex Certa* dan *Lex Stricta*. Kedua prinsip ini diakui sebagai prinsip penting dari sebuah negara hukum. Pemerintah Indonesia mengadopsi kedua prinsip ini melalui UU Nomor 10 Tahun 2004, dengan mengakui bahwa suatu UU harus dibentuk dengan berasaskan pada asas kejelasan rumusan, yaitu setiap peraturan perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan peraturan perundang-undangan, sistematika dan pilihan kata atau terminologi, serta bahasa hukumnya jelas dan mudah dimengerti sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya.²¹

16 UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), para 3.

17 UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), para 15.

18 UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), para 16.

19 UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), para 17.

20 UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), para 18.

21 Pasal 5 huruf f UU Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundangan.

48. Ketidakjelasan rumusan hanya mengundang penafsiran yang meluas baik dari instansi yang berwenang, demikian juga oleh orang-orang yang akan menjadi objek dari sebuah peraturan perundang-undangan. Ketidakjelasan rumusan juga akan berpotensi pada penyalahgunaan wewenang di mana instansi-instansi yang berwenang akan mencari cara untuk menggunakan ketentuan tersebut dalam situasi di mana tidak terdapat hubungan jelas antara maksud pembentuk UU dan tujuan akhir yang hendak dicapai dalam UU tersebut. Selain itu, ketidakjelasan rumusan akan mengandung resiko, apalagi kalau ketentuan-ketentuan yang ada dalam UU justru keliru menyediakan pemberitahuan yaitu dalam situasi apa suatu tindakan diperbolehkan atau dilarang. Kekeliruan-kekeliruan seperti ini dalam kenyataannya telah menimbulkan iklim ketakutan, dan efeknya cukup berpengaruh bagi penggunaan hak-hak atas kemerdekaan berekspresi di mana setiap warga akhirnya hanya berdiri pada zona aman untuk menghindari penerapan ketentuan-ketentuan yang tidak jelas tersebut.
49. Hampir setiap Pengadilan dibanyak yurisdiksi telah menegaskan bahwa ketidakjelasan rumusan dan pengertian yang meluas dalam sebuah undang-undang akan berpotensi menciptakan iklim ketakutan yang meluas di kalangan masyarakat. Bahkan Mahkamah Agung Federal Amerika Serikat, pernah menegaskan bahwa *"The constitutional guarantees of freedom of speech forbid the States to punish the use of words or language not*

*within "narrowly limited classes of speech."... [Statutes] must be carefully drawn or be authoritatively construed to punish only unprotected speech and not be susceptible of application to protected expression. Because First Amendment freedoms need breathing space to survive, government may regulate in the area only with narrow specificity"*²²

50. Selain itu ketentuan tentang pembatasan melalui undang-undang, juga melarang undang-undang yang memberikan kewenangan diskresi yang sangat luas untuk membatasi kemerdekaan berekspresi. Dalam kasus Ontario Film and Video Appreciation Society *versus* Ontario Board of Censors, Pengadilan Tinggi Ontario menegaskan bahwa *"It is accepted that law cannot be vague, undefined, and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law"*²³

V.2. Pembatasan II

51. Dalam melakukan penilaian terhadap tujuan yang sah, pembatasan tersebut haruslah secara langsung ditujukan untuk kepentingan atau tujuan yang sah, sebagaimana dinyatakan oleh Mahkamah Agung India yang menyatakan bahwa *"So long as the possibility [of*

22 Gooding *versus* Wilson, 405 U.S. 518 (1972) p. 522, sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hlm. 11.

23 (1983) 31 O.R. (2d) 583 (Ont H.C.), p 592, sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hlm. 11.

a restriction] being applied for purposes not sanctioned by the Constitution cannot be ruled out, it must be held to be wholly unconstitutional and void".²⁴

52. Mahkamah Agung Canada juga memberikan penafsiran terhadap tujuan yang sah dengan mencatat *"Justification under s.1 requires more than the general goal of protection from harm common to all criminal legislation; it requires a specific purpose so pressing and substantial as to be capable of overriding the Charter's guarantees".²⁵*
53. Selanjutnya, Mahkamah Agung Canada memberikan catatan bahwa untuk menilai apakah suatu pembatasan dalam kemerdekaan berekspresi benar-benar dibuat untuk tujuan yang sah, oleh karena itu penilaian tersebut harus dilakukan baik dalam tujuan dari dibentuknya undang-undang ataupun penerapan dari sebuah undang-undang. Pada saat tujuan dibuatnya undang-undang tersebut melenceng dari tujuan yang sah sebagaimana telah disebutkan dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP, maka pembatasan tersebut tidak bisa dibenarkan. *"[B]oth purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation".²⁶*

24 Thappar vs. State of Madras, (1950) SCR 594, p.603., sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hlm. 12.

25 R. vs. Zundel, (1992) 2 SCR 731, p.733., sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hlm. 12.

26 R. vs. Big M Drug Mart Ltd., (1985) 1 SCR 295, p.331 (Supreme Court of Canada), sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hlm. 12

V.3. Pembatasan III

54. Frase pembatasan benar-benar diperlukan, dan pada umumnya bisa dicapai di beberapa negara jikalau pembatasan tersebut menjadi benar-benar dibutuhkan dalam suatu masyarakat yang demokratis. Pembatasan ketiga ini menuntut adanya standar yang tinggi dalam penerapannya agar suatu negara dapat meligitimasi kebijakan pembatasan yang diambil oleh negara tersebut.
55. Pada saat negara memerlukan sebuah pembatasan maka, pembatasan tersebut harus berdasarkan pada (1) ketentuan KIHSP yang membolehkan adanya pembatasan tersebut; (2) kebutuhan dari masyarakat; (3) untuk menjamin tujuan yang sah; dan (4) pembatasan tersebut proporsional untuk mencapai tujuan tersebut.²⁷
56. European Court of Human Rights telah berulang kali menegaskan standar yang ketiga ini dengan mencatat bahwa *“Freedom of expression, as enshrined in Article 10, is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established”*.²⁸

27 UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), para 10

28 See, for example, *Thorgeirson versus vs. Iceland*, 25 June 1992, Application Nomor 13778/88, 14 EHRR 843, para. 63., sebagaimana dikutip dalam “La Nacion” Amicus Brief, Article 19, hlm. 13

57. European Court of Human Rights juga menegaskan bahwa pembatasan ini memerlukan analisis khusus dengan mencatat bahwa “[There is a] “*pressing social need*” [whether] the inference at issue was “*proportionate to the legitimate aim pursued*” and whether the reasons adduced...to justify it are “*relevant and sufficient.*”²⁹
58. Mahkamah Agung Canada secara khusus mencatat beberapa persyaratan yang diperlukan dalam melakukan analisis terhadap pembatasan ini, antara lain bahwa “[T]he party invoking [the limitation] must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves “a form of proportionality test”: *R. vs. Big M Drug Mart Ltd.*, supra, at p.352...There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair “as little as possible” the right or freedom in question: *R. vs. Big M Drug Mart Ltd.*, supra, at p.352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of “sufficient importance”.³⁰

29 See *Lingens versus vs. Austria*, 8 July 1986, Application Nomor 9815/82, EHRR 407, paras. 39-40., sebagaimana dikutip dalam “La Nacion” Amicus Brief, Article 19, hlm. 13

30 *R. vs. Oakes* (1986), 1 SCR 103, pp.138-139. *R. vs. Big M Drug Mart Ltd.*, note 29., sebagaimana dikutip dalam “La Nacion” Amicus Brief, Article 19, hlm. 13

59. Mahkamah Agung Federal Amerika Serikat juga mencatat arti penting pembatasan yang tidak boleh meluas dengan mencatat bahwa *“Even though the Government’s purpose be legitimate and substantial, that purpose cannot be pursued by means that stifle fundamental personal liberties when the end can be more narrowly achieve.”*³¹
60. Akhirnya, kami ingin menegaskan bahwa dampak dari pembatasan tersebut haruslah proporsional dalam artian bahwa pembatasan tetap memberikan perlindungan terhadap reputasi atau nama baik. Pembatasan yang telah mencederai kemerdekaan berekspresi tidak akan pernah lolos dari uji tiga rangkai ini. Selain itu, pembatasan yang berlebihan atas kebebasan berekspresi akan berpengaruh pada rusaknya fungsionalitas masyarakat untuk memelihara dan menjaga tatanan demokrasi. Suatu masyarakat demokratis hanya bisa tercapai apabila ada arus dan lalu lintas informasi beserta gagasan-gagasan yang tersedia dapat diakses dengan bebas. Dengan demikian, pembatasan tersebut tidak boleh mencederai kepentingan umum yang lebih luas.

31 Shelton vs. Tucker, 364 US 479 (1960), p. 488., sebagaimana dikutip dalam “La Nacion” Amicus Brief, Article 19, hlm. 14

VI. Persoalan Mendasar dalam Delik Penghinaan dalam Hukum Internasional

1. Meski ada ketentuan undang-undang yang mengatur tentang penghinaan, dan dalam beberapa hal tidak melanggar pembatasan yang diperbolehkan menurut ketentuan Pasal 19 ayat (3) KIHSP (vide: UU Nomor 12 Tahun 2005) yaitu untuk melindungi reputasi/nama baik, namun dalam kenyataannya ketentuan tentang penghinaan pada umumnya memiliki masalah, ini dikarenakan ketentuan tersebut sangat mudah ditafsirkan secara meluas.
2. Susi Dwi Harjanti, salah seorang pakar hukum ketatanegaraan dari Universitas Padjadjaran, menegaskan bahwa perlindungan HAM tidak harus selalu dilakukan dengan menerapkan ketentuan hukum pidana, namun juga dapat dilindungi dengan area hukum lainnya. Pada dasarnya kepentingan yang dilindungi oleh Pasal 19 ayat (3) KIHSP (vide: UU Nomor 12 Tahun 2005) ini adalah pada wilayah kepentingan individu. Oleh karena itu dalam konteks ilmu hukum secara umum, pengaturan kepentingan antar individu lebih menitikberatkan penggunaan upaya hukum perdata dibandingkan hukum pidana.³²

32 Susi Dwi Harjanti, SH, LLM, Anotasi Hukum terhadap Putusan MK Perkara Nomor 14/PUU-VI/2008, hlm. 4

Beberapa masalah yang muncul dalam pengaturan penghinaan khususnya dalam hukumpidana adalah:

VI.1. Menghentikan Diskusi/Perdebatan dalam Lembaga Publik

61. Pada umumnya, ketentuan penghinaan dalam hukum pidana secara jelas ditujukan untuk menghentikan atau menyebarkan ketakutan agar tidak melakukan perdebatan atau diskusi-diskusi soal penyimpangan perilaku lembaga-lembaga atau pejabat-pejabat negara. Ketentuan penghinaan ini memberikan rumusan yang luas yang melarang kritik terhadap kepala negara atau lembaga negara, atau pejabat negara, dan bahkan adanya penambahan hukuman pidana jika terdapat kejahatan penghinaan yang ditujukan kepada objek-objek tersebut. Dalam banyak kasus, perumusan ketentuan pidana penghinaan yang dianggap kabur telah digunakan secara efektif oleh para pejabat publik dan tokoh masyarakat untuk menghentikan kritik terhadap mereka, begitu juga untuk menghentikan perdebatan dan diskusi tentang hal-hal yang menjadi isu aktual dan menarik perhatian masyarakat. Ketentuan seperti ini justru mumpuni untuk menumbuhsurburkan sensor diri dari kritikan media dan masyarakat.

VI.2. Melindungi Perasaan dari pada Reputasi

62. Penggunaan ketentuan pidana penghinaan justru berpotensi untuk disalahgunakan, walaupun

ketentuan itu hanya untuk melindungi perasaan ketimbang reputasi. Hal yang pokok dalam melindungi perasaan adalah lebih berdimensi subjektif dan agak sulit diukur dengan faktor-faktor eksternal. Salah satu bukti yang kuat adalah pernyataan seseorang “yang dianggap menghina” diukur dengan perasaan dari seseorang “yang dianggap terhina”. Ketentuan pidana ini yang lebih kepada melindungi perasaan, dapat secara efektif menempatkan posisi saksi korban dalam kedudukan yang kuat, karena yang diperlukan dari saksi korban adalah menjelaskan kepada pengadilan bahwa pernyataan yang menghina tersebut telah menyebabkan serangan diri secara praktis, sehingga terdakwa tidak dimungkinkan untuk menyediakan bukti yang dapat mendukung kedudukannya. Bahkan dalam istilah hukum pidana yang sering dipakai adalah istilah kehormatan. Namun istilah kehormatan sendiri adalah sebuah istilah yang ambigu, karena berkaitan dengan faktor perasaan pribadi seseorang dan/atau terkait dengan faktor pandangan masyarakat terhadap orang tersebut.

VI.3. Melindungi Ketertiban Umum dari pada Reputasi

63. Di banyak negara ketentuan tentang pidana penghinaan dalam kenyataannya lebih ditujukan untuk melindungi ketertiban umum dari pada melindungi reputasi. Munculnya delik penghinaan di masa lampau merupakan suatu reaksi atas terjadinya kejadian-kejadian yang dikategorikan dapat menimbulkan gangguan atas ketertiban umum seperti

misal, duel dan peperangan antar kelompok. Akan tetapi, delik penghinaan ini, dalam penerapannya telah menimbulkan masalah, antara lain (1) penerapan delik penghinaan ini telah menimbulkan kebingungan, ini akibat dari rumusan delik yang kurang jelas dan tidak lugas sehingga dalam penerapannya muncul duplikasi dengan ketentuan-ketentuan yang lain. Faktor ini juga telah menyebabkan kontroversi, dan kira-kira standar hukum mana yang dapat diterapkan; (2) pengadilan dapat menerapkan delik penghinaan dengan mengesampingkan aspek ketertiban umum, sehingga hasilnya adalah munculnya vonis pengadilan yang proporsional dalam konteks ketertiban umum, namun sangat eksektif dalam hal penghinaan; dan (3) hubungan antara delik penghinaan dengan ketertiban umum, dapat menyebabkan pengadilan justru meminta pertanggungjawaban individu atas reaksi ataupun respon pihak lain, ketimbang melakukan penilaian terhadap konteks dengan munculnya pernyataan tersebut.

VI.4. Ketiadaan Pembelaan/Alasan Pembena yang Cukup

64. Pada umumnya ketentuan pidana penghinaan tidak menyediakan alasan pembena yang cukup.³³ Misalnya, soal sengketa apakah suatu pernyataan adalah pendapat atau fakta yang tidak benar atau

33 Sebagai contoh, Pasal 310 WvS hanya menyediakan alasan pembena demi kepentingan umum. Dan tidak ada alasan lain yang dapat digunakan untuk menghindari jerat pidana penghinaan kecuali alasan pemaaf yaitu daya paksa sebagaimana diatur dalam Pasal 48 WvS

apakah pernyataan tersebut mengandung alasan yang dapat dibenarkan, sehingga pernyataan tersebut boleh dipublikasikan. Pada umumnya ketentuan penghinaan memperbolehkan pengadilan untuk berpendapat bahwa pernyataan tersebut telah menyebabkan serangan terhadap reputasi, dari pada membuktikan apakah fakta tersebut dapat dibuktikan salah atau benarnya.³⁴

VII. Problematika Delik Penghinaan dalam Hukum Indonesia

65. Meski secara formal, Indonesia sudah mengakui dan menjamin kemerdekaan berpendapat dalam konstitusinya, namun secara faktual, dalam praktik pembuatan UU tentang kemerdekaan berpendapat masih terjadi silang sengketa antara hak atas reputasi dan hak atas kemerdekaan berpendapat. Demikian juga dalam praktik pelaksanaan UU, di mana dalam banyak kasus, biasanya pengadilan lebih memilih untuk mendahulukan hak atas reputasi ketimbang mensejajarkan kedua hak tersebut.

34 Ketentuan Penghinaan yang diatur dalam Bab XVI WvS telah memberikan gambaran yang menarik. Ketentuan Pasal 310 WvS selalu terhubung dengan ketentuan Pasal 311 WvS, di mana Pasal 310 WvS menafikan apakah suatu pernyataan itu benar atau salah, sementara Pasal 311 WvS membolehkan pengadilan untuk memerintahkan terdakwa membuktikan kebenaran tuduhannya

66. Sejarah delik reputasi sendiri, menurut Nono Anwar Makarim dapat ditelusuri hingga ke tahun 1275, yaitu pada saat *Statute of Westminster* memperkenalkan *Scandalum Magnatum* yang menyebutkan bahwa “... sejak sekarang tidak boleh lagi orang secara lancang mengutarakan atau menerbitkan berita dan cerita bohong yang dapat menumbuhkan konflik atau kemungkinan konflik atau fitnah antara raja dan rakyatnya atau orang-orang besar di dalam negeri ini”.³⁵ Pada dasarnya, *Scandalum Magnatum* ini bertujuan menciptakan proses perdamaian dari keadaan yang dapat mengancam ketertiban umum, ketimbang untuk melindungi reputasi serta pemulihan nama baik.
67. Terlalu banyak kegaduhan bersenjata dan korban jiwa yang timbul akibat rasa tersinggung seorang oleh apa yang dianggapnya sebagai penghinaan oleh orang lain. Pada zaman dahulu, merasa tersinggung karena penghinaan telah menimbulkan dendam kesumat, ini berarti melawan perasan dihina atau tersinggung bukan lagi upaya perlindungan reputasi semata, melainkan sebagai penyaluran ekspresi dendam. Apalagi pada jaman itu informasi jarang bisa diperoleh dan sulit dikonfirmasi. Desas-desus gampang sekali mengakibatkan adu anggar dan pistol didepan umum. Kadang kala kegaduhan, sedemikian meluasnya hingga menyerupai pemberontakan. Menurut Mahkamah Agung Kanada, tujuan undang-undang tersebut adalah untuk mencegah beredarnya rumor

35 Keterangan ahli disampaikan pada 23 Juli 2008 dalam perkara Nomor 14/PUU-VI/2008 di Mahkamah Konstitusi.

palsu. Dalam masyarakat yang didominasi tuan-tuan tanah yang kekuasaannya begitu besar, amarah si pembesar lokal bahkan bisa mengancam keamanan negara.

68. Delik reputasi di Indonesia, dapat ditemukan dalam Bab XVI WvS tentang Penghinaan. Ada tiga persoalan pokok dalam memandang delik reputasi dalam WvS yaitu:

VII.1. Niat Kesengajaan untuk Menghina

69. Pada umumnya delik reputasi dalam WvS mensyaratkan adanya unsur “niat kesengajaan untuk menghina”, namun tampaknya Mahkamah Agung sejak Putusannya Nomor 37 K/Kr/1957 tertanggal 21 Desember 1957 secara konsisten menyatakan bahwa “tidak diperlukan adanya *animus injuriandi* (niat kesengajaan untuk menghina)” Akan tetapi, unsur niat kesengajaan untuk menghina, dapat ditafsir sedemikian rupa, contohnya, tindakan mengirimkan surat kepada instansi resmi yang menyerang nama baik dan kehormatan orang lain sudah dianggap sebagai bukti adanya unsur kesengajaan untuk menghina.

VII.2. Pemisahan Opini dan Fakta

70. Delik reputasi dalam WvS jelas tidak memisahkan secara tegas antara opini dan fakta. Tidak adanya pemisahan yang tegas ini dapat mengakibatkan pembuat opini dapat dipidana berdasarkan

peraturan perundang-undangan yang berlaku, hal ini dapat dilihat dalam kasus Bersihar Lubis (2007) yang dipidana bersalah berdasarkan Pasal 207 WvS.

VII.3. Kebenaran Pernyataan

71. Delik reputasi, terutama dalam Pasal 310 WvS, menurut Juswito Satrio (2005), tidak memerlukan kebenaran suatu pernyataan yang dianggap menghina. Dalam bahasa yang sederhana seorang pelacur berhak merasa terhina apabila diteriaki sebagai pelacur. Apabila pelaku delik reputasi diberikan kesempatan oleh Hakim untuk membuktikan kebenarannya, namun ia tidak dapat membuktikannya maka pelaku tersebut dijatuhi dengan pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 311 WvS. Oleh karena itu, antara Pasal 310 dan Pasal 311 WvS terdapat keterkaitan yang erat, dan kedua Pasal ini saling mempengaruhi satu dengan yang lainnya.
72. Disamping itu, Pasal 310 WvS tidak menjelaskan tentang pengertian penghinaan juga soal pengertian "sengaja untuk menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal yang maksudnya untuk diketahui umum. Maka apa yang telah dijelaskan di atas tentang niat kesengajaan untuk menghina, lagi-lagi hukum pidana ternyata gagal dalam memandang ukuran apakah seseorang dapat dikualifikasi telah melakukan penghinaan. Menurut Dr. Mudzakkir, SH, MH, Ahli Pemerintah pada pengujian Pasal 310, 311, 316, dan 207 WvS, maka ukuran yang dipakai dalam hukum pidana adalah subjektif yang

diobjektifisir. Arti subjektif adalah perasaan orang yang terhina, sedangkan diobjektifisir adalah diukur secara objektif pada umumnya di tempat di mana perbuatan itu dilakukan, apakah perbuatan tersebut termasuk kategori perbuatan menghina atau tidak, atau menurut pandangan masyarakat di tempat di mana perbuatan tersebut dilakukan sebagai perbuatan tercela, tidak baik atau menghina.³⁶ Ukuran ini mempunyai kelemahan mendasar, mengingat penerapan delik penghinaan pada umumnya selalu dalam keadaan yang tidak seimbang antara si Penghina dan si Terhina. Lazimnya, posisi dari si Terhina selalu dalam posisi yang kuat baik secara ekonomi, politik, ataupun hukum, sementara si Penghina selalu dalam posisi yang lemah atau dilemahkan baik secara ekonomi, politik, ataupun hukum.

73. Selain itu, sulit untuk melihat apakah suatu pernyataan adalah sebuah kritik atautkah sebuah penghinaan. Hal ini dijelaskan oleh Dr Mudzakkir, SH, MH, yang menggambarkan bahwa bagaimana rentannya kritik, yang seketika dapat berubah menjadi tindak pidana penghinaan. Menurut Mudzakkir, “harus dibedakan antara melakukan kritik terhadap seseorang (termasuk kritik terhadap presiden) dengan penghinaan, karena keduanya memiliki makna yang berbeda. Kritik tidak sama dengan menghina. Menghina adalah suatu perbuatan pidana, karena penghinaan merupakan kesengajaan untuk menyerang kehormatan atau nama

36 Keterangan Ahli Pemerintah yang disampaikan pada persidangan di Mahkamah Konstitusi pada 23 Juli 2008 untuk Pengujian Pasal 310, 311, 316, dan 207 WvS.

baik seseorang yang diawali dengan adanya kesengajaan jahat atau niat jahat (*criminal intent*) agar orang lain terserang kehormatan atau nama baiknya. Jika terjadi, tindakan kritik yang didahului, disertai atau diikuti dengan perbuatan menghina, maka yang dipidana menurut hukum pidana bukan perbuatan kritiknya, melainkan perbuatan penghinaannya".³⁷

74. Oleh karena itu, terdapat persoalan pokok dalam memandang delik penghinaan yaitu adanya hubungan yang sistemik antara rumusan norma yang kabur dengan penerapan dari norma tersebut, dan pada akhirnya membuat para hakim secara konsisten telah melakukan penerapan yang merugikan hak-hak konstitusional dari warga negara. Persoalan yang ada dalam norma tersebut adalah terletak pada rumusan unsur-unsur yang sifatnya "karet", sehingga tidak memenuhi prinsip *lex certa* dalam suatu perumusan delik pidana.³⁸

VIII. Pidana Penjara dalam Delik Penghinaan adalah Hukuman yang Eksesif

75. Dalam hukum hak asasi manusia internasional, negara diwajibkan untuk menciptakan instrumen dan/atau

37 Keterangan Ahli Pemerintah yang disampaikan pada persidangan di Mahkamah Konstitusi pada 23 Juli 2008 untuk Pengujian Pasal 310, 311, 316, dan 207 WvS.

38 Susi Dwi Harjanti, SH, LLM, Anotasi Hukum terhadap Putusan MK dengan Nomor Perkara 14/PUU-VI/2008, hlm. 6.

mekanisme untuk melindungi hak atas reputasi. Pada umumnya, negara-negara di dunia mengatur perlindungan hak atas reputasi, melalui dua instrumen hukum nasionalnya yaitu hukum pidana dan hukum perdata.

76. Namun perlindungan terhadap kehormatan dan reputasi individu, harus dilihat relasinya dengan keberadaan hak-hak yang lainnya, yakni hak atas kebebasan menyatakan pendapat (*freedom of speech*), berekspresi (*freedom of expression*), dan kebebasan pers (*freedom of the press*). Jadi, perlindungan terhadap hak atas reputasi tidak boleh sampai menjadi senjata ampuh untuk membungkam kemerdekaan berpendapat seperti yang terjadi pada masa Orde Baru.
77. Kehormatan dan reputasi – sebagai bagian dari *rights of privacy* – memang harus dilindungi, tetapi tanpa harus mengurangi atau mengancam *free speech*. Dalam konteks ini, yang perlu diperhatikan adalah bagaimana perlindungan kehormatan dan reputasi berelasi secara paralel dengan hak atas kebebasan berbicara. Ini dapat dilihat dalam putusan *Bonnard versus Perryman* di pengadilan Inggris, yang menyatakan bahwa “*The rights of free speech is one which it is for the public interest that individuals should possess and, indeed, that they should exercise without impediment, so long as no wrongful acts is done; and unless as alleged libel is untrue there is no wrong committed...*”
78. Keduanya harus dijamin dan dilindungi oleh negara, artinya perlindungan hak-hak ini merupakan tanggung

jawab negara. Namun demikian, dalam mengemban tanggungjawabnya itu, negara dapat melakukan “*derogation*” berupa pengurangan atau pembatasan terhadap kedua hak-hak tersebut. Ini dikarenakan kedua hak tersebut masuk dalam kategori “*non-derogable rights*” di mana negara punya wewenang untuk menanggukuhkan pemenuhan atas kedua hak ini. Tetapi, ini bukan berarti bahwa dengan prinsip *derogation*, negara boleh bertindak semaunya dan dapat membahayakan esensi hak.

79. Oleh karena itu, ketentuan *derogation* ini telah dipagari dengan ketentuan Pasal 5 ayat (1) Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, bahwa “*Tidak satupun ketentuan dari Kovenan ini yang dapat ditafsirkan sebagai memberi hak pada suatu Negara, kelompok atau perorangan untuk melakukan kegiatan yang ditujukan untuk menghancurkan hak-hak dan kebebasan-kebabasan yang diakui dalam Kovenan ini, atau untuk membatasinya lebih dari pada yang telah ditetapkan dalam Kovenan ini*”.³⁹
80. Kemudian, ini diperkuat dengan Komentar Umum (*General Comment*) Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik, yaitu bahwa “*Negara-negara Pihak harus menahan diri melakukan pelanggaran terhadap hak-hak yang diakui dalam Kovenan, dan pembatasan apa pun terhadap salah satu atau lebih dari hak-hak tersebut harus memiliki alasan yang sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam Kovenan. Ketika pembatasan semacam itu dibuat, maka negara-negara harus menunjukkan kebutuhan mereka dan hanya mengambil*

39 Lihat Pasal 5 ayat (1) Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik dan atau UU Nomor 12 Tahun 2005

*langkah-langkah yang proporsional guna mencapai tujuan-tujuan yang sesuai dengan hukum untuk menjamin perlindungan yang berkelanjutan dan efektif terhadap hak-hak yang diakui dalam Kovenan. Pembatasan-pembatasan tidak boleh diterapkan atau dilakukan dengan cara yang dapat melemahkan esensi suatu hak yang diakui oleh Kovenan”.*⁴⁰

81. Penggunaan instrumen hukum pidana justru dapat membatasi esensi hak itu sendiri, maka tidak heran jika setiap tahun Pelapor Khusus PBB untuk Kemerdekaan Berekspresi selalu menyerukan agar negara-negara yang meratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, menghapuskan ketentuan pencemaran nama baik dalam hukum pidananya. Seruan penghapusan itu bahkan sampai dibahas lagi dalam Sidang Umum PBB pada awal 2009 ini, yang menyerukan kepada negara-negara anggota PBB untuk menghapus ketentuan pencemaran nama baik dalam hukum pidana nasionalnya masing-masing.

82. Hak atas reputasi, sebagaimana juga hak atas kemerdekaan berekspresi mendapatkan perlindungan dari hukum internasional yaitu dalam Pasal 12 Deklarasi Universal HAM dan Pasal 17 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik. Demikian juga dengan Konstitusi Indonesia menjamin perlindungan hak atas reputasi ini telah diatur pada Pasal 28 G. Namun, yang menjadi pertanyaan adalah, apakah asumsi dasar bahwa hanya hukum pidana yang dipandang sebagai satu-satunya

40 CCPR/C/21/Rev.1/add.13, General Comment Nomor 31 (80) Nature of the General Legal Obligation Imposes on States Parties to the Covenant.

cara yang tepat dari negara untuk memberi perlindungan terhadap hak atas reputasi?

83. Jika melihat beragam putusan dari pengadilan-pengadilan hak asasi manusia, tampak bahwa pengadilan-pengadilan tersebut sudah memunculkan beberapa pendapat barunya dalam rangka melakukan penyeimbangan terhadap kedua hak tersebut. Adapun beberapa pendapat yang menarik untuk diikuti, diantaranya pendapat dari Pengadilan HAM Eropa dalam kasus *Lingens versus Austria* yaitu bahwa hukuman pidana dalam delik reputasi dapat berakibat tekanan terhadap kemerdekaan berekspresi. Selain itu, *Inter-American Commission on Human Rights* juga mencatat beberapa pendapat dalam "Report on the Compatibility of "Desacato" Laws With the American Convention on Human Rights" yang pada pokoknya adalah bahwa "akan terjadi efek yang menakutkan (hukuman pidana) dalam kemerdekaan berekspresi". Demikian juga dengan pendapat Mahkamah Agung Amerika Serikat pada 1964 yang menyatakan "*Even in Livingston's day [circa 1830s], however, preference for the civil remedy, which enabled the frustrated victim to trade chivalrous satisfaction for damages, had substantially eroded the breach of the peace justification for criminal libel laws.*" Dalam konteks ini Mahkamah Agung Amerika Serikat ini juga menegaskan bahwa "*...under modern conditions, when the rule of law is generally accepted as a substitute for private physical measures, it can hardly be urged that the maintenance of peace requires a criminal prosecution for private defamation*".⁴¹

41 Toby D. Mendel, Presentation on International Defamation Standard, 2004, hlm. 4.

84. Hampir setiap tahun Komisi HAM PBB dalam resolusinya tentang kemerdekaan berekspresi, selalu menyerukan keprihatinannya terhadap berlangsungnya *“abuse of legal provisions on defamation and criminal libel”*. Ada tiga komisi internasional yang dibentuk dengan mandat untuk mempromosikan kemerdekaan berekspresi yaitu UN Special Rapporteur, OSCE Representative on Freedom of the Media dan OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, dan pada Desember 2002 telah mengeluarkan pernyataan penting bahwa *“Criminal defamation is not a justifiable restriction on freedom of expression; all criminal defamation laws should be abolished and replaced, where necessary, with appropriate civil defamation laws.”*
85. Berdasarkan data *Article 19*, yaitu sebuah laporan organisasi non-pemerintah internasional, menyebutkan bahwa beberapa negara seperti Timor Leste (2000), Ghana (2001), Ukraine (2001) and Sri Lanka (2002), telah menghapus delik reputasi dalam WvS-nya masing-masing. Semenjak mereka menghapus delik reputasi dalam Hukum Pidananya, pernyataan yang bersifat menyerang kehormatan justru tidak mengalami kenaikan yang signifikan, baik secara kuantitatif maupun kualitatif.
86. Hukum pidana Indonesia juga menyediakan jenis-jenis hukuman pidana yang terdiri dari (1) pidana pokok dan (2) pidana tambahan⁴². Ketentuan Delik Penghinaan

42 Pasal 10 WvS menyebutkan pidana pokok adalah pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda, dan pidana tutupan, sementara

dalam Bab XVI WvS pada dasarnya tidak mengharuskan pengadilan menjatuhkan putusan pidana pokok yaitu pidana penjara, namun pengadilan diberikan kebebasan untuk menentukan jenis pidana pokok mana yang akan dijatuhkan, dalam hal ini pidana penjara atau pidana denda. Pengadilan juga dapat menjatuhkan pidana tambahan sebagaimana diatur dalam Pasal 311 ayat (2) WvS, Pasal 317 ayat (2) WvS, dan Pasal 318 WvS.⁴³

87. Pidana penjara, di satu sisi dapat menyebabkan munculnya iklim ketakutan yang mendalam, dan di sisi lain dapat membahayakan kemerdekaan berekspresi. Begitu juga dengan ketentuan pidana penghinaan dapat menimbulkan vonis pidana yang berat seperti pidana penjara. Meskipun ancaman pidana penjaranya ditentukan rendah, akan tetapi dapat menimbulkan efek yang mendalam dan luas. Efek ini muncul karena sistem maupun prosedur penahanan yang dilakukan oleh instansi-instansi yang berwenang, sebelum dan selama proses peradilan berlangsung telah menimbulkan pandangan buruk di masyarakat bahwa seorang terdakwa atau terpidana penghinaan yang menjalani hukuman penjara disamakan dengan penjahat biasa dalam kasus-kasus pidana lainnya. Demikian juga dalam pidana percobaan, meski terpidana dapat bebas untuk

pidana tambahan adalah pencabutan hak-hak tertentu, perampasan barang-barang tertentu, pengumuman putusan hakim.

43 Ketentuan-ketentuan tersebut mensyaratkan bahwa pengadilan dapat menjatuhkan putusan dengan menggunakan ketentuan Pasal 35 angka (1)-angka (3) WvS, yaitu hak memegang jabatan pada umumnya atau jabatan yang tertentu, hak memasuki angkatan bersenjata, hak memilih dan dipilih berdasarkan aturan -aturan umum.

sementara waktu, namun kemungkinan untuk dipenjara sewaktu-waktu dapat dilakukan, apabila terpidana melakukan pelanggaran hukum pidana lainnya..

88. Ketentuan pidana penghinaan, semakin diperburuk dengan hadirnya aktor-aktor seperti pejabat negara, pejabat tinggi, pengusaha yang acapkali menggunakan dan menyalahgunakan ketentuan pidana penghinaan ini untuk melindungi mereka dari kritik atau dari pengungkapan fakta-fakta atas penyimpangan perilaku mereka.

IX. Perumusan Norma Ancaman Pidana dalam Delik Penghinaan Tanpa Landasan Filosofis

89. Perumusan ketentuan ancaman pidana dalam delik penghinaan di Indonesia tidak didasari dengan landasan filosofis yang baik, dan ini dapat dibuktikan pada tabel berikut ini

Jenis Aturan	Ketentuan	Ancaman
WvS		
Pasal 142	Penghinaan terhadap kepala negara sahabat	Penjara 5 tahun dan denda 4500
Pasal 142 a	Penghinaan terhadap bendera negara sahabat	Penjara 4 tahun dan denda 4500
Pasal 143	Penghinaan terhadap wakil negara asing	Penjara 5 tahun dan denda 4500

Pasal 144	Penghinaan terhadap kepala negara sahabat dan wakil negara asing dalam bentuk selain lisan	Penjara 9 bulan dan denda 4500
Pasal 154 a	Penghinaan terhadap bendera negara Indonesia	Penjara 4 tahun dan denda 3000
Pasal 207	Penghinaan terhadap penguasa atau badan umum	Penjara 1 tahun 6 bulan dan denda 4500
Pasal 208	Penghinaan terhadap penguasa atau badan umum dalam bentuk selain lisan	Penjara 4 bulan dan denda 4500
Pasal 310	Menista	Penjara 9 bulan dan denda 4500, jika dalam bentuk selain lisan penjara 1 tahun 4 bulan dan denda 4500
Pasal 311	Fitnah	Penjara 4 tahun
Pasal 315	Penghinaan ringan	Penjara 4 bulan 2 minggu dan denda 4500
Pasal 316	Penghinaan terhadap pejabat yang menjalankan tugas	pemberatan 1/3 dari delik asalnya
Pasal 317	Pengaduan fitnah	Penjara 4 tahun
Pasal 318	Persangkaan palsu	Penjara 4 tahun
Pasal 320	Penghinaan terhadap orang mati	Penjara 4 bulan 2 minggu dan denda 4500
Pasal 321	Penghinaan terhadap orang mati dalam bentuk selain lisan	Penjara 1 bulan 2 minggu dan denda 4500
UU Nomor 32 Tahun 2002 Tentang Penyiaran		
Pasal 36 ayat (5) huruf a jo Pasal 57	Fitnah	Penjara 5 tahun dan denda 10.000.000.000
UU Nomor 10 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD		

Pasal 84 ayat (1) huruf c jo Pasal 270	Penghinaan terhadap calon dan/atau peserta pemilu	Penjara minimum 6 bulan dan maximum 24 bulan dan denda min Rp. 6.000.000 dan maximum Rp. 24.000.000
UU Nomor 42 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden		
Pasal 41 ayat (1) huruf c jo Pasal 214	Penghinaan terhadap calon dan/atau pasangan calon Presiden/Wakil Presiden	Penjara minimum 6 bulan dan maximum 24 bulan dan denda min Rp. 6.000.000 dan maximum Rp. 24.000.000
UU Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah		
Pasal 78 huruf b jo Pasal 116	Penghinaan terhadap calon kepala daerah dan calon wakil kepala daerah	Penjara minimum 3 bulan dan maximum 1 tahun 6 bulan 5 tahun dan denda min 600.00 dan maximum 6.000.000
UU Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik		
Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 36 jo Pasal 45 ayat (1)	Penghinaan dan/atau pencemaran nama baik	Penjara 6 tahun dan denda 1.000.000.000.

X. Kontroversi dalam UU Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE)

90. Banyak keganjilan soal perumusan norma tindak pidana yang ada dalam UU ITE, terutama mengenai perumusan ketentuan “dengan sengaja dan tanpa hak”⁴⁴ yang begitu

44 Tidak diperoleh penjelasan yang cukup memuaskan terkait dengan perumusan unsur “tanpa hak” karena tak ada satupun otoritas yang mempunyai kewenangan untuk memberikan hak kepada siapapun untuk melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam UU ITE

kontroversial, dan beberapa dari keganjilan itu dapat diutarakan sebagai berikut:

X.1. Tingginya Ancaman Pidana untuk Penghinaan

91. Tingginya ancaman pidana untuk delik penghinaan jelas menimbulkan dampak ketakutan yang luar biasa bagi para pengguna internet. Tidak ada alasan dan penjelasan-penjelasan apapun yang kemudian menjadi alasan pembenar bagi ancaman pidana untuk delik penghinaan ini diatur begitu tinggi. Selain itu, para pembuat UU ITE melupakan prinsip penjatuhan pidana dalam delik penghinaan seperti di WvS. WvS justru mengakomodasi beragam jenis ancaman pidana yang bisa dijatuhkan, meski dalam praktiknya tidak pernah dipertimbangkan atau dipergunakan, yaitu (1) hak untuk memegang jabatan pada umumnya atau jabatan tertentu (2) hak memasuki Angkatan Bersenjata (3) hak memilih dan dipilih (4) hak untuk menjadi Advokat atau pengurus, wali, wali pengawas, pengampu, pengampu pengawas (5) hak untuk menjalankan kekuasaan sebagai bapak, perwalian, atau pengampuan (6) hak menjalankan mata pencaharian tertentu.⁴⁵ Dan ancaman pidananya bisa menjadi 9 tahun dan denda 1.300.000.000,00 bila Pasal 27 ayat (3) UU ITE digabungkan dengan Pasal 316 WvS.⁴⁶

45 Lihat ketentuan Pasal 35 WvS

46 Pasal 316 WvS menentukan jika yang dihina adalah pegawai negeri maka ancaman pidananya ditambah 1/3-nya

X.2. Ancaman Pidana untuk Perjudian Malah Turun Drastis

92. Jika dalam delik Penghinaan, ancaman pidananya tinggi, maka untuk perjudian malah sebaliknya. Jika dalam Pasal 303 WvS ancaman pidana penjara untuk perjudian adalah 10 tahun, maka ancaman pidana penjara dalam Pasal 27 ayat (2) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE menjadi 6 tahun. Mengenai hal ini tidak ada keterangan yang memuaskan dari para pembentuk UU ITE, kira-kira apa dan mengapa hal-hal yang kontroversial seperti ini dapat terjadi.

X.3. Duplikasi Tindak Pidana Pengancaman

93. Tindak pidana pengancaman dalam UU ITE dirumuskan dalam dua Pasal yaitu Pasal 27 ayat (4) dan Pasal 29. Duplikasi seperti ini bisa menjadi bumerang, karena dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dalam proses penegakkan hukumnya.

X.4. Segala Jenis Informasi Dapat Dipidana

94. Pasal 28 ayat (1) merumuskan unsur-unsur “berita bohong” hal ini dapat menyebabkan ketidakpastian, karena bisa jadi informasi atau berita bohong tersebut dilakukan melalui media cetak, akan tetapi transaksinya melalui transaksi elektronik. Pada Pasal 28 ayat (2) menggunakan unsur-unsur “menyebarkan informasi”, dan hal ini merupakan ketidakcermatan dari para pembentuk UU ITE, karena tidak terdapat penjelasan tentang alasan-alasan apa dan mengapa tidak digunakan

kalimat “informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik”?

95. Selain itu, yang perlu dilihat adalah relasi antara delik pengancaman dengan penyebaran kebencian. Di negara-negara hukum modern, aturan mengenai pidana penyebaran kebencian selalu diberikan sanksi pidana yang tinggi, karena ini adalah salah satu jenis tindak pidana yang menjadi sarana pencegahan terjadinya kejahatan genosida. Namun dalam UU ITE, tidak memperhatikan secara rigid aturan soal penyebaran kebencian.

No	UU	Jenis Kejahatan	Ancaman Pidana
1	KUHP	Pengancaman (368)	9 bulan
2		Penyebaran Kebencian (156)	4 tahun dan denda Rp. 4500
3		Penyebaran Kebencian (157)	2 tahun 6 bulan dan denda Rp. 4500
4	UU ITE	Pengancaman (27 ayat 4)	Penjara 6 tahun dan denda 1 Milyar
5		Pengancaman (29)	12 tahun dan denda 1 milyar
6		Penyebaran Kebencian (28 ayat 2)	6 tahun dan denda 1 milyar

XI. Kontroversi Pasal 27 ayat (3) UU ITE

96. Dalam UU ITE, penghinaan tidak lagi dibedakan berdasarkan objek dan jenisnya, namun disatukan dalam satu tindak pidana, sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (3) berbunyi: *“Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau*

Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/ atau pencemaran nama baik."

97. Dalam perumusan ini maka ada tiga unsur yang harus dicermati yaitu
 1. Unsur kesengajaan dan tanpa hak
 2. Unsur mendistribusikan, mentransmisikan, membuat dapat diaksesnya Informasi dan/atau Dokumen Elektronik
 3. Unsur muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik

98. Sejak kelahirannya, Republik Indonesia ini tidak dibentuk sebagai negara kekuasaan, namun secara tegas diproklamkan bahwa Indonesia adalah Negara Hukum. Seperti yang dikatakan oleh Frans Magnis Suseno, negara hukum didasarkan pada suatu keinginan bahwa kekuasaan negara harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil. Hukum menjadi landasan dari segenap tindakan negara, dan hukum itu sendiri harus baik dan adil. Baik karena sesuai dengan apa yang diharapkan oleh masyarakat dari hukum, dan adil karena maksud dasar segenap hukum adalah keadilan. Ada empat alasan utama untuk menuntut agar negara diselenggarakan dan menjalankan tugasnya berdasarkan hukum, meliputi (1) kepastian hukum, (2) tuntutan perlakuan yang sama (3) legitimasi demokratis, dan (4) tuntutan akal budi.

99. Di dalam negara hukum, aturan perundangan-undangan yang dibuat harus berisi nilai-nilai keadilan bagi semua

orang. Seperti yang dikutip oleh Jimly dalam Wolfgang Friedman "*Law in a Changing Society*" membedakan antara *organized public power* (the rule of law dalam arti formil) dengan *the rule of just law* (the rule of law dalam arti materiel). Negara hukum dalam arti formil (klasik) menyangkut pengertian hukum dalam arti sempit, yaitu peraturan perundang-undangan tertulis, belum tentu menjamin keadilan substantif. Negara hukum dalam arti materiel (modern) atau *the rule of just law* merupakan perwujudan dari negara hukum dalam arti luas yang menyangkut pengertian keadilan di dalamnya, yang menjadi esensi dari pada sekedar memfungsikan peraturan perundang-undangan dalam arti sempit. *Rule of law* juga dapat dimaknai sebagai "*legal system in which rules are clear, well- understood, and fairly enforced*". Oleh karena itu salah satu ciri negara hukum adalah adanya kepastian hukum yang mengandung asas legalitas, prediktibilitas, dan transparansi.

100. Karena salah satu ciri penting dari negara hukum adalah kepastian hukum, maka penguasaan bahasa hukum dalam peraturan perundang-undangan mutlak diperlukan bagi pejabat pembentuk peraturan perundang-undangan (khususnya para perancang). Hukum sangat terkait dengan bahasa yang harus dituangkan dalam bentuk penormaam yang sistematis dan logis sehingga tidak menimbulkan multitafsir.
101. DenganmenilikipendapatProf.H.A.SNatabaya,S.H,LLM, bahwa kekhasan penggunaan bahasa dalam peraturan perundang-undangan terkait dengan fungsinya dalam

menuangkan gagasan-gagasan substantif yang bersifat normatif, dalam arti mengandung norma hukum untuk menggariskan tingkah laku dalam kehidupan masyarakat. Bahasa peraturan perundang-undangan menuntut kecermatan dan ketelitian lebih dalam penggunaan bahasa; suatu tuntutan yang tidak terlepas dari sifat hukum itu sendiri. Hukum sebagai keseluruhan aturan tingkah laku yang bertujuan mencapai ketertiban dalam masyarakat mengharuskan adanya ketegasan, kejelasan, dan ketepatan, dalam penyusunan kalimat. Disamping itu dituntut pula adanya konsistensi. Semua itu dimaksudkan untuk mencegah agar perumusan norma hukum tidak menimbulkan kemaknagandaan dan kesamaran, sehingga menjamin kepastian hukum.⁴⁷

102. Ada beberapa persoalan kunci dalam memandang ketidakpastian rumusan dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE yaitu:

XI.1. Unsur dengan Sengaja dan Tanpa Hak

103. Menurut keterangan Menteri Komunikasi dan Informasi (Menkominfo) dan Menteri Hukum dan HAM (Menhukham) pada persidangan di Mahkamah Konstitusi pada 12 Februari 2009 unsur “dengan sengaja” diartikan sebagai “pelaku harus menghendaki perbuatan mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik

⁴⁷ Prof HAS Natabaya, *Menata Ulang Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia*, hlm. 334, Penerbit Mahkamah Konstitusi RI.

dan mengetahui bahwa Informasi dan/atau Dokumen Elektronik tersebut memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik". Sementara unsur "tanpa hak" dapat diartikan sebagai "perumusan sifat melawan hukum yang dapat diartikan (1) bertentangan dengan hukum dan (2) bertentangan dengan hak atau tanpa kewenangan atau tanpa hak".⁴⁸

104. Unsur dengan sengaja dan tanpa hak juga telah didefinisikan secara berbeda oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusannya. Yang menarik adalah bagaimana MK memberikan definisi yang berbeda tentang "dengan sengaja" dan "tanpa hak" pada Putusan Nomor 50/PUU-VI/2008 dan Putusan Nomor 2/PUU-VII/2009.

Dalam Putusan Nomor 50/PUU-VI/2008, Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE, Mahkamah Konstitusi (MK) menyatakan (garis tebal):

"Bahwa unsur dengan sengaja dan tanpa hak merupakan satu kesatuan yang dalam tataran penerapan hukum harus dapat dibuktikan oleh penegak hukum. Unsur "dengan sengaja" dan "tanpa hak" berarti pelaku "menghendaki" dan "mengetahui" secara sadar bahwa tindakannya

48 Keseluruh definisi tersebut memberikan komplikasi tersendiri, karena suatu informasi/dokumen elektronik harus dinyatakan terlebih dahulu berdasarkan putusan pengadilan, sebagai informasi/dokumen elektronik yang menghina berdasarkan aturan tindak pidana penghinaan dalam WvS. Karena tanpa putusan pengadilan, tentu informasi/dokumen elektronik yang dianggap menghina tersebut harus dinyatakan terlebih dahulu sebagai informasi/dokumen elektronik yang tidak mempunyai sifat penghinaan.

dilakukan tanpa hak. Dengan kata lain, pelaku **secara sadar menghendaki dan mengetahui bahwa perbuatan** “mendistribusikan” dan/atau “mentransmisikan” dan/atau “membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik” adalah **memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik**. Adapun unsur tanpa hak merupakan unsur melawan hukum. **Pencantuman unsur tanpa hak dimaksudkan untuk mencegah orang melakukan perbuatan** mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”⁴⁹

Sementara dalam **Putusan Perkara Nomor 2/PUU-VII/2009**, Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE, MK malah menyatakan (garis tebal):
“Bahwa unsur sengaja berarti pelaku menghendaki dan mengetahui perbuatan mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan mengetahui bahwa informasi dan/atau dokumentasi elektronik tersebut memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, sedangkan unsur tanpa hak merupakan

49 Dalam dakwaannya, Jaksa Penuntut Umum, menggunakan argumen dalam Putusan MK Nomor 50/PUU-VI/2008, hal ini justru secara teoritis melemahkan dakwaan Jaksa. Berdasarkan putusan MK ini Jaksa seharusnya juga menyeret semua orang yang menyebarkan email Prita Mulyasari

unsur melawan hukum. **Unsur tanpa hak dimaksudkan untuk menghindarkan orang yang melakukan perbuatan** mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan mengetahui bahwa informasi dan/atau dokumen elektronik tersebut memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik **berdasarkan hukum dapat dipidana.”**

XI.2. Unsur Mendistribusikan

105. Unsur “mendistribusikan” dalam UU ITE tidak didefinisikan dengan tepat. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) mendistribusikan berarti menyalurkan (membagikan, mengirimkan) kepada beberapa orang atau ke beberapa tempat (seperti pasar, toko).⁵⁰

XI.3. Unsur Mentransmisikan

106. UU ITE juga tidak menjelaskan definisi yang benar soal arti “mentransmisikan”. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, mentransmisikan didefinisikan sebagai mengirimkan atau meneruskan pesan dari seseorang (benda) kepada orang lain (benda lain).⁵¹

50 Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Keempat, hlm. 336, Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional.

51 Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Keempat, hlm. 1485, Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional.

XI.4. Unsur Membuat dapat Diaksesnya

107. UU ITE sama sekali tidak memberi definisi yang lengkap tentang arti “membuat dapat diaksesnya.” UU ini hanya memberi definisi tentang “akses” sebagai suatu kegiatan melakukan interaksi dengan Sistem Elektronik yang berdiri sendiri atau dalam jaringan.⁵²

108. Seluruh unsur-unsur mendistribusikan atau mentransmisikan dalam dunia Informasi Teknologi (IT) memiliki perbedaan mendasar dengan konsep yang ada dalam kamus bahasa Indonesia. Dalam dunia IT, frasa mendistribusikan diartikan sebagai membagikan salinan yang dapat dilakukan melalui web, milis, peer to peer, broadcast, dan melalui server lain. Sementara, mentransmisikan adalah bagian dari kegiatan mendistribusikan. Distribusi informasi selalu melalui transmisi, yang hampir selalu berupa gabungan dari beberapa penggalan atau potongan transmisi karena keharusan keberadaan mesin perantara. Sementara frasa membuat dapat diaksesnya akan melibatkan pihak terkait (seperti pembuat, penerbit, perantara: hosting, isp/telko, warnet/kantor, pembaca, dan komputer). Dan boleh jadi yang disajikan bukan muatan sebenarnya, tapi hanya alamat tautan (hyperlink).⁵³

52 Pasal 1 angka 15 UU Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik

53 Keterangan Ahli, Andika Triwidada, dalam Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE dengan Nomor Perkara 2/PUU-VII/2009 pada 12 Februari 2009

109. Selain itu, dengan merujuk pada pendapat dari Ronny M.Kom, M.H.⁵⁴, yang menjelaskan sebagai berikut:
“Bahwa multitafsir yang timbul dari istilah “mendistribusikan” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE dapat mengakibatkan penerapan hukum yang tidak adil, jika ditinjau dari pemberian sanksi pidana penjara dan/atau denda. Misalnya, perbedaan penafsiran mengenai “Apakah kata mendistribusikan dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE menyangkut offline atau offline & online?””

Contoh kasus:

Seseorang menyebarkan video dalam *compact disk* yang memuat penghinaan terhadap seorang pejabat. Video tersebut digandakan menggunakan komputer dan disebarluaskan secara offline (berpindah tangan) kepada sebagian masyarakat.

Tafsiran 1: Kata “mendistribusikan” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE mencakup penyaluran informasi elektronik secara offline (manual) & online maka kasus tersebut menggunakan UU ITE. Bila terbukti memenuhi unsur Pasal 27 ayat (3) maka dikenakan sanksi pidana menurut UU ITE (sanksi pidana maksimum lebih berat)

Tafsiran 2: Kata “mendistribusikan” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE mencakup penyaluran informasi

54 Keterangan Ahli, Ronny M.Kom, M.H., dalam Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE dengan Nomor Perkara 50/PUU-VI/2008 pada 19 Maret 2009

elektronik secara online, maka kasus tersebut tidak dapat menggunakan UU ITE, berarti menggunakan WvS. Bila terbukti memenuhi unsur pasal-pasal penghinaan maka dikenakan sanksi pidana menurut WvS (sanksi pidana maksimum lebih ringan).

Selain itu multitafsir berikutnya adalah mengenai frasa “membuat dapat diaksesnya” dalam Pasal 27 ayat (3) UUU ITE bertentangan dengan pengertian “akses” dalam Pasal 1 angka 15 UUU ITE. Pertentangan ini menimbulkan ambiguitas yang mengakibatkan ketidakpastian hukum. Pada Pasal 27 ayat (3) UUU ITE, frasa “membuat dapat diaksesnya” menunjuk pada pengaksesan informasi elektronik. Sementara, “akses” dalam Pasal 1 angka 15 UUU ITE menunjuk pada pengaksesan sistem elektronik. Dalam pengetahuan tentang Teknologi Informasi, pengertian yang benar tentang “akses” seperti dinyatakan dalam Pasal 1 angka 15 UUU ITE yaitu mengakses sistem elektronik. Dengan demikian, frasa “membuat dapat diaksesnya” dalam Pasal 27 ayat (3) UUU ITE jelas salah/keliru.

Frasa “membuat dapat diaksesnya” memiliki maksud “memberi kemampuan untuk melakukan interaksi dengan sistem elektronik”. Bila menggunakan contoh: sistem elektronik berupa website, maka frasa “membuat dapat diaksesnya” berarti menyiarkan, menunjukkan informasi elektronik tentang letak/alamat/nama domain dari suatu website. Pada dasarnya membuat link (taut) dari suatu website ke website yang lain merupakan perbuatan membuat dapat diakses website yang ditautkan. Celakanya, dengan Pasal 27 ayat (3) UUU ITE, seseorang yang tidak bersalah dapat dipidana penjara

atau denda, karena orang tersebut tidak mampu membuktikan ketidaksengajaan dalam membuat dapat diakses website yang memuat informasi penghinaan. Penjelasannya sebagai berikut; (1) Bahwa informasi dalam suatu website bersifat dinamis, artinya dapat diubah setiap saat oleh pemilik website sebagai pengendali, bukan orang yang membuat link (taut) ke website tersebut; dan (2) Membuat Link (taut) ke suatu website merupakan kebiasaan (tradisi) dalam penyaluran informasi di dunia maya. Kegiatan ini, dapat membantu penyebaran ilmu pengetahuan secara cepat dan dalam jangkauan yang luas. Sayangnya, orang yang membuat link (taut) ke suatu website bukan sebagai pengendali website yang ditautkan. Pengendalinya berada pada pemilik website, yang kadang-kadang tanpa kejelasan identitas pemilik atau menggunakan identitas samaran.”

110. Selain itu Prof. Soetandyo Wignyosoebroto juga menjelaskan pendapatnya terkait dengan Pasal 27 ayat (3),⁵⁵ bahwa:

“Mereka yang berkeberatan atas diundangkannya pasal 27 ayat (3) UU ITE itu tak lain dari pada para pengguna sarana elektronik yang akan memanfaatkan sarana itu untuk mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, sekalipun bukan para pengguna ini yang bisa dituntut sebagai pembuat informasi/dokumen

55 Keterangan Ahli, Prof. Soetandyo Wignyosoebroto, dalam Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE dengan Nomor Perkara 2/PUU-VII/2009 pada 19 Maret 2009

elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik itu. Karena para pengguna sarana elektronik ini bukan pencipta informasi/dokumen elektronik yang bermuatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, akankah mereka ini dituntut sebagai pelaku kejahatan (dader) ataukah “hanya” sebagai penyerta (mededader) atau “cuma” sebagai pembantu pelaku kejahatan (medepleger).

Maka, amatlah tidak adil apabila di tengah kemajuan pendayagunaan informasi elektronik dewasa ini para pengguna sarana elektronik untuk tujuan penyebaran informasi ini harus menghadapi risiko yang jauh lebih besar untuk dibilang sebagai pelaku kejahatan dari sejawatnya yang melaksanakan tugas yang sama bersaranakan sarana yang lebih konvensional, bahkan juga menghadapi risiko yang jauh lebih besar dari si pembuat informasi yang bermuatan materi penghinaan/pencemaran nama baik itu sendiri.

Pasal 27 ayat (3) UU ITE ini bahkan tak hanya gampang mengancam mereka yang berprofesi sebagai pendistribusi dan/atau pen transmisi informasi/dokumen elektronik, tetapi juga amat mengancam mereka yang “membuat dapat diaksesnya” informasi/dokumentasi elektronik yang dimaksud. Tiba-tiba saja mereka semua ini, yang gagal memfilter informasi bermuatan penghinaan dan pencemaran nama baik (yang tolok ukurnya acapkali terbilang amat subjektif), akan segera saja dibebani tanggungjawab atas perbuatannya sebagai pelaku (dader).

Dibebani tanggungjawab sebagai penyerta (mededader), atau sebagai pembantu dalam perkara kejahatan (medepleger)

sekalipun, tidaklah pembebanan tanggungjawab seperti itu dapat dikatakan adil. Bagaimana mereka ini dapat dibilang sebagai penyerta atau pembantu dalam perkara kejahatan apabila pelaku utamanya (hoofddader) masih harus dicari lewat cara dan prosedur yang lebih rumit dan sulit, dan belum tentu dapat segera dimintai pertanggungjawabannya. Alih-alih, yang mendistribusikan informasi dan/atau dokumen elektronik yang nota bene belum tentu diketahui olehnya mengandung muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.

Sesungguhnya setiap peraturan perundang-undangan, khususnya yang bersanksi pidana itu, selalu mesti jelas kepentingan siapa (saja) yang akan dilindungi. Manakala perlindungan itu juga diupayakan berdasarkan hukum publik, casu quo hukum pidana, tentulah subjek yang hak-haknya akan dilindungi oleh sebuah aturan hukum undang-undang itu mestilah hak-hak yang pelanggarannya tak hanya akan merugikan kepentingan privat melainkan juga kepentingan publik”

“Tetapi, mengancamkan pidana yang tak kalah beratnya kepada “setiap orang (yang) dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”, (yang belum tentu diketahui olehnya), tidaklah bisa diterima. Menyamakan setiap orang yang mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau dapat diaksesnya informasi dan dokumen elektronik sebagai bagian dari aktivitas profesionalnya sehari-hari

dengan pelaku penghinaan dan/atau pelaku pencemaran yang sebenarnya (de echte dader) sulitlah pula diterima. Memperlakukan para pendistribusi dan pentransmisi ini sebagai mededader atau medepleger sekalipun tidaklah sekali-kali adil.”

111. Oleh karena itu, kami berpendapat bahwa secara umum pencatuman, penggunaan, dan penerapan Pasal 27 ayat 3 UU ITE jelas-jelas memiliki problem baik itu dari sisi kebahasaan maupun juga dari sudut ambiguitasnya. Lugasnya, ketentuan Pasal 27 UU ITE ini memiliki ketidakpastian hukum, dan ini dapat menyebabkan orang-orang yang tidak bersalah menjadi korban, karena penerapan Pasal ini.

XII. Ancaman Pidana Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE Membunuh Hak-Hak Sipil dan Politik

112. Setiap orang yang memenuhi unsur-unsur yang diatur dalam Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE, mempunyai implikasi yang akan diancaman dengan hukuman pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
113. Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE yang ancaman pidananya paling lama enam tahun penjara dapat dipergunakan untuk menghambat proses demokrasi,

khususnya akses bagi jabatan-jabatan publik yang mensyaratkan seseorang tidak pernah dihukum karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih;

114. Pengenaan ancaman pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun akan dapat menyapakan peluang bagi warga negara Indonesia untuk dapat menduduki jabatan-jabatan publik. Hal yang sama juga berlaku apabila seorang warga negara Indonesia menjadi bagian dari sistem pelayanan publik dan/atau pegawai negeri sipil, yang melakukan kritik dan kemudian disampaikan melalui media elektronik, maka kritik tersebut dianggap menghina kepada atasannya ataupun kantornya, sehingga ia dengan mudah diberhentikan sebagai pegawai negeri sipil.
115. Hanya karena melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud pada Pasal 27 ayat (3), ini dapat menyapakan hak warga negara Indonesia untuk menduduki jabatan-jabatan publik untuk selama-lamanya. Dalam hal ini para perumus UU *aquo* telah gagal dalam melihat dan mengklasifikasi apakah tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE termasuk kejahatan yang tidak dapat dimaafkan untuk selama-lamanya.
116. Oleh karena itu, efek yang akan diterima oleh para pelaku penghinaan tidak hanya hukuman penjara dan denda yang luar biasa besarnya, akan tetapi juga akan kehilangan sama sekali kesempatan untuk dapat terlibat

dalam penyelenggaraan pemerintahan ataupun sebagai bagian dari profesi hukum.

117. Untuk itu, ada baiknya beberapa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pemberlakuan Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU *aquo* dapat memberikan penjelasan yang cukup baik tentang argumen tersebut.

Pasal 58 huruf f UU Nomor 12 Tahun 2008 Tentang Perubahan II UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah

Calon Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah adalah warga Negara Republik Indonesia yang memenuhi syarat: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;

Pasal 5 huruf n UU Nomor 42 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden

Persyaratan menjadi calon Presiden dan calon Wakil Presiden adalah, sebagai berikut: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;

Pasal 12 huruf g jo Pasal 11 ayat (2) UU Nomor 10 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah

Pasal 11

- (1) Peserta Pemilu untuk memilih anggota DPD adalah perseorangan
- (2) Perseorangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat menjadi Peserta Pemilu setelah memenuhi persyaratan.

Pasal 12

Persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) huruf g, tidak pernah dijatuhi hukuman pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih; Pasal 50 ayat (1) huruf g UU Nomor 10 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah

Bakal calon anggota DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota harus memenuhi persyaratan, sebagai berikut: tidak pernah dijatuhi hukuman pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;

**Pasal 16 ayat (1) huruf d UU Nomor 24 Tahun 2003
Tentang Mahkamah Konstitusi**

Untuk dapat diangkat menjadi hakim konstitusi seorang calon harus memenuhi syarat sebagai berikut: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih

**Pasal 3 ayat (1) huruf (h) UU Nomor 18 Tahun 2003
Tentang Advokat**

Untuk dapat diangkat sebagai Advokat harus memenuhi persyaratan sebagai berikut: tidak pernah dipidana karena melakukan tindak pidana kejahatan yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih

**Pasal 21 ayat (1) huruf g UU Nomor 2 Tahun 2002
Tentang Kepolisian RI**

Untuk dapat diangkat sebagai anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia, seorang calon harus memenuhi syarat sekurang-kurangnya sebagai berikut: tidak pernah dipidana karena melakukan suatu kejahatan

**Pasal 23 ayat (4) huruf a UU Nomor 43 Tahun 1999
Tentang Perubahan atas UU Nomor 8 Tahun 1974
tentang Pokok-Pokok Kepegawaian**

Pegawai Negeri Sipil dapat diberhentikan dengan hormat tidak atas permintaan sendiri atau tidak dengan hormat karena hal-hal berikut ini: dihukum penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap karena melakukan tindak pidana kejahatan yang ancaman hukumannya 4 (empat) tahun atau lebih;

118. Ketentuan-ketentuan di atas, menjelaskan bahwa peraturan tentang penghinaan dan/atau pencemaran nama baik dalam hukum pidana, selain digunakan sebagai salah satu sarana pembalasan dendam, juga dapat digunakan sebagai sarana untuk memidanakan seseorang. Ketentuan inipun bisa dipakai untuk melenyapkan hak-hak sipil dan politik dari seluruh masyarakat Indonesia.
119. Gejala over-kriminalisasi dan over-legislasi sudah mulai terjadi, dan bahkan dalam konsep politik hukum pun gejala-gejala itu semakin menguat di mana para pembuat UU, sudah mulai membuat aturan-aturan yang nota bene mau mengatur segala hal dan bahkan hendak mengkriminalisasikan semua perbuatan.
120. Para pembuat UU dihinggapai gejala ketidakpercayaan terhadap kemampuan masyarakat untuk menangani persoalannya sendiri *in casu* dalam persoalan peng-

hinaan dan/atau pencemaran nama baik. Padahal sanksi atas tindak pidana penghinaan sudah diatur dalam Bab XVI WvS, namun ketentuan ini oleh para pembuat undang-undang (UU ITE dan beberapa UU terkait lainnya) dibuat semakin lentur, dan hukumannya pun semakin diperberat. Hal ini menambah keyakinan bagi masyarakat bahwa hukum pidana terkait dengan tindak pidana penghinaan, sangat rentan digunakan sebagai sarana pembalasan dendam.

XIII. Politik Hukum yang Represif

121. Politik hukum pidana Indonesia dalam konteks penghinaan semakin bernuansa represif. Pemerintah dan DPR sangat menyukai dan menciptakan beragam delik-delik baru tentang penghinaan, sementara delik-delik penghinaan ini telah diatur dalam WvS. Tidak heran kalau ada ungkapan bahwa tindakan yang dilakukan oleh pemerintah dan DPR dalam konteks ini adalah ibarat menggantikan sebuah kendaraan yang rusak, walau yang rusak itu adalah spionnya, namun pemerintah dan DPR malah membeli kendaraan baru ketimbang memperbaiki spionnya yang rusak. Meski bersifat represif, aturan tindak pidana penghinaan dalam WvS masih dianggap memadai, jikalau aturan-aturan itu hanya digunakan untuk mencegah perbuatan penghinaan di Internet saja. Hal ini dapat dilihat dari beberapa kasus penghinaan melalui internet yang kemudian didakwa dan diputus dengan menggunakan

aturan-aturan yang ada dalam WvS, diantaranya kasus Ahmad Taufik, dalam kasus penyebaran kronologis penyerang kantor Tempo melalui milis, dan kasus Teguh Santosa, dalam kasus penghinaan terhadap agama melalui situs berita <http://rakyatmerdeka.co.id>.

122. Pada dasarnya, semua kasus yang melibatkan dunia internet masih bisa menggunakan aturan-aturan yang ada dalam WvS, dan bahkan Mahkamah Agung dalam memeriksa perkara penghinaan yang dilakukan melalui medium internet masih menggunakan WvS. Dalam pemeriksaan kasus-kasus tersebut Mahkamah Agung hampir tidak pernah membuat analogi yang bersifat luas dan bias. Dari berbagai studi yang pernah dilakukan terkait delik penghinaan melalui internet, menunjukkan bahwa tidak ada satupun negara-negara hukum modern yang demokratis menggunakan delik penghinaan dalam peraturan perundang-undangannya.
123. Perumusan WvS jauh lebih bijak karena menggunakan beragam kategorisasi delik dan ancaman yang berbeda-beda dalam kasus penghinaan. Namun, jika melihat lebih dalam pada UU lainnya yang memuat delik penghinaan, kategorisasi delik ini justru ditinggalkan. Demikian juga dengan ancaman pidananya semakin tinggi tanpa didasari dengan konsep filosofis yang jelas mengapa ancaman pidanya itu harus diperberat. Dalam perumusan UU ITE tidak terdapat alasan-alasan filosofis yang kuat, dan yang muncul hanya alasan-alasan normatif dari Kepolisian RI dan Kejaksaan Agung RI yaitu pelaku tindak pidana penghinaan sebagaimana

diatur dalam UU ini langsung ditahan. Alasan-alasan ini merujuk pada Rapat Dengar Pendapat Umum yang dibuat oleh Departemen Komunikasi dan Informasi (Depkominfo) pada 21 Juli 2006, bahwa pelakunya bisa langsung ditahan.⁵⁶

124. Ilustrasi menarik dapat dilihat dari keterangan yang disampaikan oleh Jaksa Arief Muliawan, SH, MH, Kabag Sunproglapnil Kejaksaan Agung RI yang memberikan keterangan sebagai saksi pemerintah dalam persidangan di Mahkamah Konstitusi, menyatakan "*Seandainya pelaku (penghinaan) dihukum 10 atau 20 tahun pun, sebenarnya itu belum sebanding dengan akibat yang ditimbulkan oleh perbuatan tersebut*".⁵⁷
125. Pasal 27 ayat (3) UU ITE telah melanggar beberapa prinsip-prinsip hukum pidana. Salah satu prinsip penting yang diakui juga oleh Mahkamah Konstitusi dan dijadikan pedoman dalam Putusan Mahkamah adalah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 4/PUU-V/2007 tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran. Mahkamah menyatakan bahwa "*(i) ancaman pidana tidak boleh dipakai untuk mencapai suatu tujuan yang pada dasarnya dapat dicapai dengan cara lain yang sama efektifnya dengan penderitaan dan kerugian yang lebih sedikit, (ii) ancaman pidana tidak boleh digunakan apabila hasil sampingan (side*

56 <http://blogs.depkominfo.go.id/artikel/2006/11/15/resume-rdpu-pansus-ruu-ite>, diakses pada 6 Agustus 2009.

57 Keterangan sebagai saksi Pemerintah yang disampaikan di Mahkamah Konstitusi pada Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE

effect) yang ditimbulkan lebih merugikan dibanding dengan perbuatan yang akan dikriminalisasi, (iii) ancaman pidana harus rasional, (iv) ancaman pidana harus menjaga keserasian antara ketertiban, sesuai dengan hukum, dan kompetensi (order, legitimation, and competence), dan (v) ancaman pidana harus menjaga kesetaraan antara perlindungan masyarakat, kejujuran, keadilan prosedural dan substantif (social defence, fairness, procedural and substantive justice)."

126. Menurut Dr. Yenti Ganarsih, S.H., M.H., ahli hukum pidana dari Universitas Trisakti, dengan merujuk pada pendapat Hoenagels yang menekankan pentingnya mempertimbangan berbagai faktor dalam melakukan kriminalisasi agar tetap menjaga dalil *ultimum remedium* dan tidak terjadi *over-criminalization* antara lain "*(a) Jangan menggunakan hukum pidana dengan cara emosional; (b) Jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak jelas korban atau kerugiannya; (c) Jangan menggunakan hukum pidana, apabila kerugian yang ditimbulkan dengan pemedanaan akan lebih besar dari pada kerugian oleh tindak pidana yang akan dirumuskan; (d) Jangan menggunakan hukum pidana apabila tidak didukung oleh masyarakat secara kuat; (e) Jangan menggunakan hukum pidana apabila penggunaannya diperkirakan tidak akan efektif; (f) Hukum pidana dalam hal-hal tertentu harus mempertimbangkan secara khusus skala prioritas kepentingan pengaturan; (g) Hukum pidana sebagai sarana represif harus didayagunakan secara serentak dengan sarana pencegahan*".⁵⁸

58 Keterangan Ahli Pemohon yang disampaikan pada persidangan di Mahkamah Konstitusi pada 23 Juli 2008 untuk Pengujian Pasal 310,311, 316, dan 207 WvS.

127. Berdasarkan alasan-alasan yang telah dibahas di atas, maka keberadaan UU Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik ini ibarat pedang bermata dua, karena (1) menyediakan landasan hukum dalam transaksi bisnis yang dilakukan secara elektronik dan (2) menyediakan landasan terhadap politik hukum pidana yang represif.

XIV. Rekomendasi

1. Bahwa kebebasan berekspresi adalah bagian dari hak-hak asasi dan kebebasan dasar (*human rights and fundamental freedom*) yang penting pengaruhnya bagi penghargaan martabat individu untuk ikut berpartisipasi, dan bertanggungjawab, dalam penyelenggaraan demokrasi. Demikian juga dengan kemerdekaan berpendapat merupakan salah satu hak asasi manusia yang strategis dalam menompang jalan dan bekerjanya demokrasi, karena demokrasi tidak akan berjalan tanpa adanya kebebasan-kebebasan untuk berpendapat, sikap, dan berekspresi.
2. Bahwa Indonesia telah menjamin kebebasan berekspresi dan berpendapat dalam Konstitusi, yaitu Pasal 28 F UUD 1945 dan juga dalam beberapa peraturan perundang-undangan lainnya, diantaranya UU Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi oleh Indonesia dengan UU Nomor 12 Tahun 2005. Oleh karena itu, hak

atas kebebasan berekspresi dan berpendapat merupakan salah satu hak dasar dalam sistem hukum nasional, karena sudah dilindungi oleh Konstitusi dan sejumlah peraturan hukum lainnya. Maka pelanggaran terhadap hak-hak tersebut bukan saja melanggar hukum, tetapi juga melanggar hak-hak konstitusional warga negara.

3. Bahwa Indonesia telah meratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik pada tahun 2005, dan berdasarkan pasal 2 Kovenan tersebut, Indonesia harus:
 - a. berjanji untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam Kovenan bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya, tanpa pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.
 - b. apabila belum diatur dalam ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lainnya yang ada, setiap Negara Pihak dalam Kovenan ini berjanji untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan, sesuai dengan proses konstitusinya dan dengan ketentuan-ketentuan dalam Kovenan ini, untuk menetapkan ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lain yang diperlukan untuk memberlakukan hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini.
 - c. menjamin bahwa setiap orang yang hak-hak atau kebebasannya diakui dalam Kovenan ini dilanggar, akan memperoleh upaya pemulihan yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi.

4. Bahwa berdasarkan Pasal 2 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, Indonesia berkewajiban untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini (termasuk hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat) bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya. Artinya, Indonesia seharusnya melakukan perubahan terhadap undang-undang dan peraturan yang bertentangan dengan Pasal 2 yang menyangkut hak-hak yang dijamin dalam Kovenan ini.
5. Bahwa hukum Indonesia, terkait dengan pemasangan hak-hak kebebasan berekspresi dan berpendapat diantaranya Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS bertentangan dengan ketentuan yang ada dalam Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang mengatur tentang jaminan perlindungan hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan dasar. Jadi, ketentuan-ketentuan yang ada dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS adalah ketentuan yang tidak sejalan dengan maksud Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, termasuk pengaturan soal pembatasan yang diperbolehkannya. Penggunaan pasal-pasal tersebut merupakan ancaman terhadap kebebasan berekspresi dan berpendapat.
6. Bahwa penggunaan Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS untuk mendakwa Saudari Prita Mulyasari adalah dakwaan yang tidak tepat karena pasal-pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik.

7. Bahwa meskipun Pengadilan menerima Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS sebagai suatu norma yang berlaku/eksis, tapi Pengadilan harus menerapkannya secara hati-hati, dengan melihat jaminan perlindungan hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat sebagaimana dijamin dalam Konstitusi, UU Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia dan UU Nomor 12 Tahun 2005 Tentang Ratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik.

8. Bahwa dalam hal Pengadilan menyatakan Saudari Prita Mulyasari dinyatakan tidak bersalah, maka Pengadilan harus memberikan pemulihan atas Saudari Prita karena hak-haknya telah terlanggar. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang menjamin bahwa setiap orang yang hak-hak atau kebebasannya diakui dalam Kovenan ini dilanggar, akan memperoleh upaya pemulihan yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi.

Informasi Lanjutan

Untuk informasi lebih lanjut silahkan hubungi:

Syahrial Martanto Wiryawan, S.H.

Direktur Program

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)

Jl. Cempaka No. 4, Jagakarsa, Jakarta 12530

Phone/Fax (021) 7810265

Email: syahrial@icjr.or.id

Anggara, S.H.

Koordinator Divisi Advokasi HAM

Perhimpunan Bantuan Hukum dan HAM Indonesia (PBHI)

Rukan Mitra Matraman Blok A2 No. 18, Jl Matraman Raya No.
148m Jakarta

Telp (021) 85918064 Fax (021) 85918065

Email : anggara@anggara.org

Wahyu Wagiman, S.H.

Koordinator Pengembangan Sumber Daya HAM

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

Jl. Siaga II No. 31, Pejaten Barat - Jakarta 12510,

Telp: (021) 7972662 atau (021) 79192564, Fax: (021) 79192519

Email : wahyu@elsam.or.id

Zainal Abidin, S.H.

Direktur Riset dan Publikasi

Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI)

Jl. Diponegoro No. 74

Telp (021) 85918064 Fax (021) 85918065

Email : zainal.abidin@ylbhi.or.id

Supriyadi Widodo Eddiyono, S.H.

Koordinator

Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN)

Jl. Cempaka No. 4, Jagakarsa, Jakarta 12530

Phone/Fax (021) 7810265

Email : supri_aja@yahoo.com

PROFIL ELSAM

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (*Institute for Policy Research and Advocacy*), disingkat **ELSAM**, adalah organisasi advokasi kebijakan, berbentuk Perkumpulan, yang berdiri sejak Agustus 1993 di Jakarta. Tujuannya turut berpartisipasi dalam usaha menumbuhkembangkan, memajukan dan melindungi hak-hak sipil dan politik serta hak-hak asasi manusia pada umumnya – sebagaimana diamanatkan oleh konstitusi UUD 1945 dan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa.

ELSAM mempunyai empat kegiatan utama sebagai berikut: (i) studi kebijakan dan hukum yang berdampak pada hak asasi manusia; (ii) advokasi hak asasi manusia dalam berbagai bentuknya; (iii) pendidikan dan pelatihan hak asasi manusia; dan (iv) penerbitan dan penyebaran informasi hak asasi manusia.

Susunan Organisasi Perkumpulan ELSAM

Badan Pengurus:

Ketua: Asmara Nababan, SH; **Wakil Ketua:** Drs. Hadimulyo, MSc.; **Sekretaris 1:** Ifdhal Kasim, SH; **Sekretaris 2:** Francisca Saveria Sika Ery Seda, PhD; **Bendahara:** Ir. Yosep Adi Prasetyo; **Anggota:** Abdul Hakim G. Nusantara, SH, LL.M; I Gusti Agung Putri Astrid Kartika, MA; Ir. Agustinus Rumansara, M.Sc.; Lies Marcoes, MA; Johni Simanjuntak, SH; Kamala Chandrakirana, MA; Maria Hartiningsih; E. Rini Pratsnawati; Sandra Yati Moniaga, SH; Ir. Suraiya Kamaruzzaman, LL.M; Raharja Waluya Jati; Abdul Haris Semendawai SH, LL.M; Sentot Setyasiswanto S.Sos; Tugiran S.Pd; Roichatul Aswidah MSc; Herlambang Perdana SH, MA

Badan Pelaksana:

Direktur Eksekutif: Dra. I Gusti Agung Putri Astrid Kartika, MA; *Deputi Program:* Indriaswati Dyah Saptaningrum, S.H. LL.M; *Deputi Internal:* Otto Adi Yulianto, SE; *Staf:* Adyani Hapsari W; Ahmad Muzani; Drs. Amiruddin, MSi; Atnike Nova Sigiro, S.Sos, M.Sc ; Betty Yolanda, SH, L.LM; Elisabet Maria Sagala, SE; Elly F. Pangemanan; Ester Rini Pratsnawati; Ikhana Indah Barnasaputri, SH; Khumaedy; Kosim; Maria Ririhena, SE; Pajjo Siti Sumarni, SE MSi; Triana Dyah, SS; Siti Mariatul Qibtiyah; Wahyu Wagiman SH; Yuniarti, SS

Alamat:

Jl. Siaga II No. 31, Pejaten Barat, Pasar Minggu, Jakarta 12510

Telp: (021) 797 2662; 7919 2564; Facs: (021) 7919 2519

Email: office@elsam.or.id

Website: www.elsam.or.id