

Amicus Curiae (Sahabat Pengadilan) Dalam Kasus Florence Sihombing

**Pada Perkara Nomor 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk Di
Pengadilan Negeri Yogyakarta**

Diajukan Oleh :



Jakarta, 2105

Amicus Curiae Dalam Kasus Florence Sihombing Pada Perkara Nomor 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk Di Pengadilan Negeri Yogyakarta

Disusun oleh:

Supriyadi W. Eddyono

Senior Researcher Associate

Anggara

Senior Researcher Associate

Erasmus A.T. Napitupulu

Researcher Associate

Yonatan Iskandar Chandra

Junior Researcher Associate

Lisensi Hak Cipta



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

Diterbitkan oleh :

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)

Jln. Cempaka No. 4, Pasar Minggu, Jakarta Selatan 12530

Phone/Fax: (62-21) 7810265

icjr.or.id | infoicjr@icjr.or.id | @icjrid

Dipublikasikan pertama kali pada:

30 Maret 2015

BAB I

Pernyataan Kepentingan

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.

BAB II

Posisi Amicus Curiae dalam Peradilan di Indonesia

1. “Amicus curiae” atau “Friends of the Court” merupakan merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi hukum Romawi, yang kemudian berkembang dan dipraktikkan dalam tradisi common law. Melalui mekanisme Amicus curiae ini, pengadilan diberikan izin untuk mengundang pihak ketiga guna menyediakan informasi atau fakta-fakta hukum berkaitan dengan isu-isu yang belum familiar.
2. Amicus curiae yang dalam bahasa Inggris disebut “*friend of the court*”, diartikan “*A person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter*”.¹ Karena itu dalam Amicus Curaie ini, pihak yang merasa berkepentingan terhadap suatu perkara memberikan pendapatnya kepada pengadilan.
3. Dengan demikian, amicus curiae disampaikan oleh seseorang yang tertarik dalam mempengaruhi hasil dari aksi, tetapi bukan merupakan pihak yang terlibat dalam suatu sengketa; atau dapat juga seorang penasihat yang diminta oleh pengadilan untuk beberapa masalah hukum, sebab seseorang dimaksud memiliki kapasitas yang mumpuni untuk masalah hukum yang sedang diperkarakan di pengadilan, dan orang tersebut bukan merupakan pihak dalam kasus bersangkutan, artinya seseorang tersebut tidak memiliki keinginan untuk mempengaruhi hasil perkara yang melibatkan masyarakat luas.
4. Dalam tradisi common law, mekanisme amicus curiae pertama kalinya diperkenalkan pada abad ke-14. Selanjutnya pada abad ke-17 dan 18, partisipasi dalam amicus curiae secara luas tercatat dalam All England Report. Dari laporan ini diketahui beberapa gambaran berkaitan dengan amicus curiae:
 1. Fungsi utama amicus curiae adalah untuk mengklarifikasi isu-isu faktual, menjelaskan isu-isu hukum dan mewakili kelompok-kelompok tertentu;
 2. amicus curiae, berkaitan dengan fakta-fakta dan isu-isu hukum, tidak harus dibuat oleh seorang pengacara (lawyer);
 3. amicus curiae, tidak berhubungan penggugat atau tergugat, namun memiliki kepentingan dalam suatu kasus;
 4. izin untuk berpartisipasi sebagai amicus curiae
5. Di Amerika Serikat, sebelum terjadinya kasus *Green v. Biddle* pada awal abad ke 19, lama sekali pengadilan menolak untuk memperbolehkan partisipasi amicus curiae dalam proses peradilan. Namun, sejak awal abad 20, amicus curiae memainkan peranan penting dalam kasus-kasus yang menonjol (landmark) dalam sejarah hukum Amerika Serikat, seperti misalnya kasus-kasus hak sipil dan aborsi. Bahkan, dalam studi yang dilakukan tahun 1998, amicus curiaetelah berpartisipasi dalam lebih dari 90 persen kasus-kasus yang masuk ke Mahkamah Agung (US Supreme Court).
6. Sementara untuk Indonesia, amicus curiae meski belum banyak dikenal dan digunakan oleh akademisi maupun praktisi, akan tetapi praktik ini mulai bermunculan di berbagai kasus. Amicus Curaie mulai digunakan dalam kasus – kasus di Pengadilan Negeri di bawah

¹ Bryan A. Garner (Ed.), *Black’s Law Dictionary Eighth Edition*, (Thomson: West Group, 2004)

Mahkamah Agung seperti *amicus curiae* yang diajukan kelompok pegiat kemerdekaan pers kepada Mahkamah Agung terkait dengan peninjauan kembali kasus majalah Time versus Soeharto², *amicus curiae* dalam kasus “Upi Asmaradana” di Pengadilan Negeri Makassar³, dimana *amicus curiae* diajukan sebagai tambahan informasi untuk majelis hakim yang memeriksa perkara, dan *amicus curiae* dalam kasus “Prita Mulyasari” di Pengadilan Negeri Tangerang, dimana *amicus curiae* diajukan sebagai informasi pelengkap bagi Majelis Hakim yang memeriksa perkara Prita Mulyasari⁴. Selain itu ada pula *Amicus Curiae* yang diajukan untuk mendukung Peninjauan Kembali kasus Erwin Arnada⁵ dan *Amicus Curiae* untuk Kebijakan Bailout Century.⁶

7. Selain beragam *Amicus Curiae* di Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung, *Amicus Curiae* juga dipraktekkan dalam berbagai perkara di Mahkamah Konstitusi. Dalam perkara – perkara di Mahkamah Konstitusi, posisi *Amicus Curaie* dinyatakan sebagai bukti/keterangan yang bersifat Ad Informandum.
8. Keberlakuan *Amicus Curiae* dalam sistem hukum Indonesia pada umumnya didasarkan pada ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyatakan: “*Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.*” Oleh karena itu, tidak berlebihan apabila mekanisme ini dapat digunakan sebagai salah satu strategi yang dapat digunakan untuk mengklarifikasi prinsip-prinsip hukum, terutama kasus-kasus yang melibatkan berbagai undang-undang atau pasal-pasal yang kontroversial.

² Penggiat Kemerdekaan Pers Ajukan Amicus Curiae
<http://www.tempo.co/read/news/2008/08/12/063130486/Penggiat-Kemerdekaan-Pers-Ajukan-Amicus-Curiae>

³ Anggota Komisioner Komnas Jadi Saksi Upi <http://nasional.news.viva.co.id/news/read/70953-anggota-komisioner-komnas-ham-jadi-saksi-upi>

⁴ Kasus Prita: Lima LSM Ajukan Amicus Curiae
<http://megapolitan.kompas.com/read/2009/10/14/16474375/Kasus.Prita.Lima.LSM.Ajukan..quot.Amicus.Curiae.quot>

⁵ Dukung Erwin, Insan Pers Ajukan Amicus Curiae
<http://megapolitan.kompas.com/read/2010/10/12/16024428/Dukung.Erwin.Insan.Pers.Ajukan.Amicus.Curiae>

⁶ Jadi Amicus Curiae, Todung CS: Jangan Kriminalisasikan Kebijakan Bailout Century
<http://hukumonline.com/berita/baca/lt53beac83dc525/jadi-amicus-curiae--todung-cs--jangan-kriminalisasikan-kebijakan-bailout-century>

BAB III

Kronologi Kasus

10. Bahwa pada tanggal 27 Agustus 2014 sekitar pukul 14.00 WIB, Florence Sihombing sedang sakit. Florence kemudian bermaksud berobat ke Rumah Sakit Bethesda, dengan menggunakan kendaraan bermotor roda dua (motor). Karena bahan bakar motornya menipis, Florence memutuskan untuk mengisi bahan bakar dulu di SPBU ter-dekat, yaitu SPBU Lempuyangan.
11. Bahwa sesampai di SPBU, ternyata antrian pengisian bahan bakar *Premium* dan *Pertamax 92* sangat panjang karena sedang terjadi kelangkaan bahan bakar. Florence memutuskan mengisi bahan bakar *Pertamax 95* karena antriannya sedang sepi. Namun Florence tidak dilayani oleh Pihak SPBU karena dianggap mengantri pada jalur khusus mobil, padahal Florence sering mengisi bahan bakar *Pertamax 95* di SPBU tersebut di tempat yang sama, dan sepengetahuan Florence pada SPBU tersebut pengisian bahan bakar *Pertamax 95* hanya ada satu jalur.
12. Bahwa pada saat itu sedang banyak wartawan di SPBU tersebut, kemudian oknum-oknum wartawan mengambil foto Florence secara tanpa izin, padahal Florence telah secara tegas menolak untuk diambil gambarnya. Karena merasa kesal, selanjutnya Florence memutuskan pulang ke kost Florence.
13. Bahwa setelah di kost ada teman Florence yang menanyakan kepada Florence mengenai pemberitaan elektronik tentang insiden di SPBU, Florence sontak kaget dan mencari tahu, ternyata terdapat pemberitaan dimana wajah dan plat motor Florence ter-pampang secara jelas, dengan ulasan berita yang menyatakan bahwa Florence *telah menyerobot antrian pengisian bahan bakar di SPBU*.
14. Bahwa sebagai akibat dari insiden di SPBU dan pemberitaan di Media, serta kondisi Florence yang sedang sakit, Florence kemudian menuliskan keluhan dan ekspresi emosinya pada media sosial "Path"- Media sosial yang bersifat pribadi dan tertutup, dimana hanya teman-teman sesama pengguna Path, yang sudah terkonfirmasi dengan Path Florence lah yang bisa saling melihat tulisan di dalam Path. Dengan akun Path Florence Sihombing, yaitu:

"Jogja Miskin, Tolol dan Tak Berbudaya. Teman-teman Jakarta-Bandung jangan mau tinggal di Jogja."

"Orang Jogja bangsat. Kakak mau beli Pertamina 95 mentang-mentang pake motor harus antri di jalur mobil trus gak dilayani. Malah disuruh antri di jalur motor yang stuck panjangnya gak ketulungan. Diskriminasi. Emangnya aku gak bisa bayar apa. huh. KZL."
15. Selanjutnya, status Florence tersebut di-*capture* dan *screenshot*-nya disebar di dunia maya oleh empat orang teman Path Florence, yaitu Irsyam Fanani, Hasbi Ash Siddiqy Vad'aq, Aditya Perdana Muhammad Dan Indra Adinar.

BAB IV

Kemerdekaan Berekspresi dan Pembatasan Yang Sah

16. Delik penghinaan kaitannya erat dengan pembatasan hak berekspresi yang pengaturannya berhubungan erat dengan eksistensi perlindungan hak asasi manusia. Hak untuk bebas berekspresi secara tegas disebut dalam Pasal 19 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (disingkat DUHAM) dan Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (Kovenan Sipol). Pada Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik dinyatakan bahwa :
1. *Setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan.*
 2. *Setiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat; hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari pembatasan-pembatasan secara lisan, tertulis, atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya.*
 3. *Pelaksanaan hak-hak yang dicantumkan dalam ayat 2 pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggungjawab khusus. Oleh karenanya dapat dikenai pembatasan tertentu, tetapi hal ini hanya dapat dilakukan sesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk:*
 - a) *Menghormati hak atau nama baik orang lain;*
 - b) *Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum*
17. Interpretasi resmi dari Pasal 19 Kovenan Sipol terdapat dalam Komentar umum (*General Comment*) Nomor 34. Komentar Umum No 34 ini terdiri dari beberapa bagian yaitu : (1) *General remarks*; (2) *Freedom of opinion*; (3) *Freedom of expression*; (4) *Freedom of expression and the media*; (5) *Right of Access to information*; (6) *Freedom of expression and political rights*; (7) *The application of article 19 (3)*; (8) *Limitative scope of restrictions on freedom of expression in certain specific areas*; dan (9) *The relationship of articles 19 and 20*.⁷
18. Secara internasional, eksistensi penghinaan dalam hukum pidana telah menjadi sorotan khusus. Karena keberadaannya sering dijadikan benteng pertahanan oleh pemerintah di negara manapun atas kritik dan protes dari warga negaranya masing-masing sekaligus senjata yang efektif untuk membungkam pendapat-pendapat tajam terhadap para penguasa. Tidak heran jika kritik atas penggunaan penghinaan dalam hukum pidana tidak hanya datang dari kelompok organisasi masyarakat sipil namun juga dari berbagai organisasi internasional.
19. Setidaknya *UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression* telah secara tegas menyatakan bahwa penjatuhan pidana penjara bukanlah hukuman yang sah untuk penghinaan. Dalam laporannya, *UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression* telah berulang kali mendesak agar Negara – Negara yang masih menjadikan penghinaan dalam hukum pidananya untuk menghapuskan penghinaan dalam sistem hukum pidana. Setiap tahunnya, Komisi HAM PBB juga secara terus menerus menyatakan keprihatinannya tentang penyalahgunaan delik penghinaan dalam penerapannya. Dalam Joint Declaration 1999 dan 2002, *UN Special Rapporteur*, the *OSCE Representative on Freedom of the Media*, dan the *Organization of American States Special Rapporteur on Freedom of Expression* telah menyatakan dengan tegas bahwa *“Criminal defamation is not a justifiable restriction on*

⁷ Lihat Komentar Umum No 34 tentang Pasal 19 ICCPR <http://icjr.or.id/komentar-umum-no-34-tentang-kebebasan-berekspresi/>

freedom of expression; all criminal defamation laws should be abolished and replaced, where necessary, with appropriate civil defamation laws.”⁸

20. Komentar Umum No 34 memperkuat perlindungan hukum internasional terhadap kebebasan berekspresi dan menyediakan petunjuk resmi kepada negara, termasuk pengadilan tentang perkembangan kebijakan dan adjudikasi yang berdampak pada hak ini. Namun demikian, jaminan kebebasan berekspresi dalam Pasal 19 Kovenan Sipol ini kemudian dibatasi oleh ketentuan Pasal 19 ayat (3) yang membolehkan pembatasan dalam hal – hal tertentu dan dengan syarat – syarat tertentu. Pasal 19 ayat (3) Kovenan Sipol menyatakan *“yang ditetapkan undang-undang yang tujuannya 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”*.
21. Meskipun kemerdekaan berekspresi masuk dalam kategori hak dasar yang penting, hak ini adalah hak yang dapat dibatasi. Oleh karena itu, dalam setiap sistem HAM Internasional ataupun Nasional mengakui jika kemerdekaan berekspresi hanya bisa dibatasi dengan pembatasan yang sangat terbatas dan harus dibuat dengan hati-hati yang harus sesuai dengan ketentuan Pasal 19 ayat (3) dari Kovenan Sipol.⁹
22. Pembatasan yang diperkenankan dalam hukum Internasional harus diuji dalam metode yang disebut uji tiga rangkai (*three part test*) yaitu:¹⁰
 - a. Pembatasan harus dilakukan hanya melalui undang-undang;
 - b. Pembatasan hanya diperkenankan terhadap tujuan yang sah yang telah disebutkan dalam Pasal 19 ayat (3) Kovenan Sipol;
 - c. Pembatasan tersebut benar-benar diperlukan untuk menjamin dan melindungi tujuan yang sah tersebut.
17. Salah satu muatan yang paling penting dalam Komentar Umum No. 34 adalah mengenai pandangan terkait pembatasan dalam Kebebasan Berekspresi. Secara umum telah disampaikan bahwa pembatasan tersebut harus dilakukan berdasarkan Undang-Undang berdasarkan kebutuhan yang telah dibatasi yaitu untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang tepat terhadap hak-hak dan hak atas reputasi orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil dalam hal kesusilaan, ketertiban dan kesejahteraan umum dalam suatu masyarakat yang demokratis.
18. Berdasarkan Pasal 19 ayat (3) Kovenan Sipol, norma pembatasan harus dirumuskan dengan Undang-Undang yang memiliki pengaturan rinci yang cukup untuk memungkinkan seseorang atau individu untuk mengatur perilakunya dan aturan tersebut harus dapat diakses oleh publik. Undang-Undang juga harus memberikan arahan yang jelas bagi mereka yang dituduh melanggar hak orang lain untuk memastikan jenis ekspresi apa yang dapat dibatasi dan apa yang tidak.
19. Komentar Umum No. 34 juga menyebutkan bahwa pembatasan tidak hanya harus sesuai dengan ketentuan ketat berdasarkan Pasal 19 ayat (3) namun juga harus sesuai dengan ketentuan dan tujuan Kovenan Sipol itu sendiri. Undang-Undang tersebut tidak boleh

⁸ Toby Mendel, The Case against Criminal Defamation Law, dalam Ending the Chilling Effect halaman 30 – 31. <http://www.osce.org/fom/13573>

⁹ *Ibid*, hlm. 15

¹⁰ Uji Tiga Rangkai ini telah diakui oleh UN Human Rights Committee dalam Mukong vs Cameroon, view adopted 21 July 1994

melanggar ketentuan non-diskriminatif dari Kovenan dan salah satu yang paling penting adalah Undang-Undang tersebut tidak memberikan hukuman-hukuman yang tidak sesuai dengan Kovenan salah satunya adalah hukuman fisik; *"Laws must not violate the non-discrimination provisions of the Covenant. Laws must not provide for penalties that are incompatible with the Covenant, such as corporal punishment"*.

20. Masuk kedalam syarat yang diamanatkan dalam Pasal 19 ayat (3) Kovenan Sipol, bahwa salah satu alasan untuk dapat dilakukannya pembatasan untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang tepat terhadap hak-hak dan hak atas reputasi orang lain, berdasarkan paragraph 28 pada Komentar Umum No. 34, terjadi penekanan yang menjelaskan posisi istilah *"rights"* (hak-hak) dalam pembatasan tersebut. Istilah hak-hak tersebut tentu saja harus merujuk pada hak asasi manusia sebagaimana diakui dalam Kovenan dan lebih umum dalam hukum hak asasi manusia internasional. Komentar Umum No. 34 memberikan contoh pembatasan yang tepat dalam kategori ini, yaitu pembatasan pada kebebasan berekspresi dalam rangka untuk menjamin hak untuk memilih dalam politik misalnya, dimana diperbolehkan melakukan pembatasan bagi bentuk ekspresi yang melakukan intimidasi atau paksaan namun pembatasan tersebut tidak dapat dilakukan dalam menghambat kebebasan berekspresi pada contoh-contoh seperti debat politik, atau misalnya ajakan untuk tidak memilih dalam pemilihan suara yang tidak wajib. Pada dasarnya pembatasan ini harus dilakukan dengan hati-hati dengan kembali merujuk pada aturan awal pengaturan hukumnya.
21. Pembatasan kedua berhubungan dengan perlindungan terkait keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum. Sangat menarik ketika Komentar Umum No. 34 juga memberikan penekanan khusus bahwa Undang-Undang harus sangat hati-hati untuk memastikan bahwa aturan terkait keamanan nasional dibuat dan ditetapkan dengan cara-cara yang sesuai dengan persyaratan yang ketat dari ayat (3). Komentar Umum No. 34 memberikan contoh terkait penerapan hukum yang tidak sesuai berkaitan dengan keamanan nasional, misalnya menahan atau membatasi informasi publik atau suatu informasi yang menjadi perhatian publik yang tidak membahayakan keamanan nasional atau dengan menuntut dan atau menindak jurnalis, peneliti, aktifis, pembela hak asasi manusia atau orang lain karena telah menyebarkan informasi tersebut.
22. Pembatasan sebagaimana dimaksudkan sebelumnya juga tidak dapat dimasukkan dalam kewenangan hukum untuk pembatasan terhadap informasi yang berkaitan dengan sektor komersial, perbankan dan kemajuan ilmu pengetahuan. Dalam beberapa pengamatan, Komite Hak Asasi Manusia PBB menemukan jika kasus pembatasan pada penerbitan pernyataan dalam mendukung perselisihan perburuan, termasuk untuk mengadakan mogok nasional bukanlah pembatasan dengan alasan keamanan nasional.¹¹
23. Selanjutnya pembatasan atas dasar Ketertiban Umum hanya diperbolehkan dalam keadaan tertentu, misalnya mengatur pidato di tempat umum tertentu. Proses persidangan terkait bentuk-bentuk ekspresi dapat diuji terhadap ketertiban umum. Dalam rangka memenuhi ketentuan Pasal 19 ayat (3), proses persidangan tersebut dan hukuman yang dijatuhkan harus terbukti dapat dibenarkan dalam pelaksanaan kekuasaan peradilan untuk mempertahankan proses yang teratur,¹² proses tersebut tidak dapat digunakan untuk membatasi hak dalam pembelaan.
24. Pembatasan atas dasar bertentangan dengan moral juga menjadi sorotan utama dari Komentar Umum No.34. Komentar Umum No. 34 mengutip pandangan dalam Komentar

¹¹ lihat communication No. 518/1992, *Sohn v. Republic of Korea*, Views adopted on 18 March 1994.

¹² Lihat communication No. 1373/2005, *Dissanayake v. Sri Lanka*.

Umum No. 22 yang menyebutkan bahwa konsep moral berasal dari banyak tradisi sosial, filsafat dan agama, akibatnya pembatasan dalam hal ini untuk tujuan melindungi moral harus didasarkan pada prinsip-prinsip yang tidak berasal dari pemahaman eksklusif suatu tradisi saja ; *“the concept of morals derives from many social, philosophical and religious traditions; consequently, limitations... for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition”*, pembatasan tersebut harus dipahami dalam bingkai hak asasi manusia secara universal dan prinsip non-diskriminasi.¹³

25. Pada prinsipnya, pembatasan terhadap kebebasan berekspresi tidak boleh terlalu luas, merujuk pada Komentar Umum No. 27,¹⁴ tindakan pembatasan harus sesuai dengan prinsip proporsionalitas, harus sesuai dengan tujuan dan pencapaian terhadap fungsi dari perlindungan, prinsip proporsionalitas ini harus dihormati dan diakui juga oleh pejabat yang berwenang dalam penerapan hukumnya. Pembatasan juga harus memperhatikan bentuk ekspresi serta sarana penyebarannya, misalnya dalam situasi debat publik dalam suatu masyarakat demokratis.
26. Ketika suatu Negara yang menundukkan diri pada Kovenan Sipol membuat suatu aturan yang sah untuk pembatasan kebebasan berekspresi, maka Negara tersebut harus menunjukkan dengan spesifik dan tepat sifat dari ancaman serta kebutuhan dan proporsionalitas dari tindakan yang diambil dengan menyeimbangkan terkait ekspresi atau pendapat dengan ancaman yang timbul.¹⁵
27. 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 sekedar diatur begitu saja oleh undang-undang yang mengatur tentang pembatasan tersebut, melainkan harus mempunyai standar tinggi, kejelasan, aksesibilitas, dan menghindari ketidakjelasan rumusan.¹⁶
28. *Siracusa Principles* menjelaskan bahwa pembatasan harus dirumuskan secara ketat untuk kepentingan hak yang dilindungi tersebut¹⁷ dan konsisten dengan tujuan ketentuan Kovenan Sipol,¹⁸ sehingga pembatasan tersebut tidak boleh dilakukan dengan sewenang-wenang dan tanpa alasan yang sah.¹⁹ Pembatasan tersebut harus dirumuskan dengan jelas dan dapat diakses oleh setiap orang²⁰ dan menyediakan pengaman serta ganti rugi terhadap dampak dan penerapan dari pembatasan yang ilegal dan cenderung disalahgunakan.²¹

¹³ Lihat Paragraph 32 General Comment No. 34

¹⁴ Lihat Paragraph 34 General Comment No. 34

¹⁵ Lihat communication No. 926/2000, *Shin v. Republic of Korea* .

¹⁶ *Amicus Curiae, Prita Mulyasari vs Negara Republik Indonesia*. 2009. Elsam, ICJR, IMDLN, PBHI, YLBHI, Jakarta hlm. 16

¹⁷ UN Doc E/CN.4/1984/4 para 3

¹⁸ UN Doc E/CN.4/1984/4 para 15

¹⁹ UN Doc E/CN.4/1984/4 para 16

²⁰ UN Doc E/CN.4/1984/4 para 17

²¹ UN Doc E/CN.4/1984/4 para 18

BAB V

Konstruksi Pasal 27 ayat (3) UU ITE

29. Bila di lacak, dalam proses penyusunan UU ITE baik di naskah akademis maupun dalam RUU ITE, pada dasarnya RUU ITE tidak akan ditemukan yang mengatur mengenai rencana kriminalisasi muatan penghinaan dan pencemaran nama baik di ranah maya²² Awalnya pengaturan mengenai perbuatan yang dilarang dalam RUU diatur dalam BAB VII perbuatan yang dilarang, dalam pasal 26 yakni : *setiap orang dilarang menyebarkan informasi elektronik yang memiliki muatan pornografi, pornoaksi, perjudian dan atau tindak kekerasan melalui computer. Jadi dalam pasal tersebut tidak ada tercantum jenis penghinaan atau pencemaran nama baik.*²³
30. Khusus Pasal 27 ayat (3) tentang penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, mengandung kekaburan definisi, khususnya terkait dengan penjelasan dalam unsur-unsurnya: (i) unsur dengan ‘sengaja dan tanpa hak’; (ii) unsur ‘mendistribusikan, mentransmisikan dan membuat dapat diaksesnya’. Tidak semua istilah tersebut dijelaskan dalam UU ITE, dan terdapat problematika karena sejumlah istilah tersebut (mendistribusikan dan transmisi) adalah istilah teknis yang dalam praktiknya tidak sama di dunia teknologi informasi (TI) dan dunia nyata.²⁴ Dalam persidangan Pengujian Pasal 23 Ayat (1) UU ITE di Mahkamah Konstitusi, Problem-problem terkait dengan rumusan telah menjadi bahan perdebatan yang cukup signifikan antara pemohon maupun pemerintah saat itu.²⁵
31. Perumusan yang demikian, kembali mengulangi permasalahan dalam KUHP dan berbagai UU lainnya yang terkait dengan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik,²⁶ Dalam UU ITE pada Bab VII tentang Perbuatan yang dilarang pada pasal 27 ayat (3) disebutkan bahwa
- “Setiap orang dengan sengaja 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”.*
32. Rumusan tindak pidana yang diatur dalam Pasal ini adalah tindak pidana formal yang tidak memerlukan implikasi atau akibat, jadi walaupun tidak jelas ada kerugian yang diderita atau mengakibatkan hal-hal tertentu maka akan dapat dikenakan oleh pasal ini. Struktur aturan dalam pasal ini juga menunjukkan bahwa tidak perlu semua unsur cara dibuktikan (mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya) sehingga walaupun jika salah satu cara saja (alternatif) dilakukan untuk Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki salah satu muatan tersebut maka telah dianggap sempurnalah dan terpenuhinya kejahatan yang larang oleh pasal 27 ayat (3) ini.²⁷
33. Jika dibandingkan konstruksi penghinaan dalam KUHP dengan UU ITE maka hanya dapat diketemukan kesamaan di dua unsur yaitu unsur kesengajaan dan juga unsur menyerang kehormatan/nama baik. Sementara Pasal 310 KUHP menuntut bahwa tindakan tersebut

²² Lihat Risalah RUU ITE tahun 2008 bagian RUU ITE.

²³ *Ibid*

²⁴ *Ibid*, hal. 65-68.

²⁵ Lihat. Supriyadi Widodo Eddyono, Problem Hukum & Hak Asasi Manusia Dalam Muatan Pasal 27 UU No 11 tahun 2008 tentang ITE, ICJR dan IMDLN, 2011

²⁶ Lihat Supriyadi Widodo Eddyono, dkk, Analisis Situasi Penerapan Hukum Penghinaan di Indonesia, Jakarta: ICJR dan TIFA, 2012

²⁷ *Ibid*

harus dilakukan dimuka umum akan tetapi dalam konstruksi Pasal 27 ayat (3) maka konstruksinya adalah "mendistribusikan, mentransmisikan, membuat dapat diaksesnya Informasi dan/atau Dokumen Elektronik" sehingga tidak diperlukan adanya unsur di muka umum.

a) Masalah Perumusan Unsur

34. Berdasarkan rumusan pasal 27 ayat (3) maka terdapat beberapa unsur penting yang dapat di lihat secara lebih teliti yaitu:

a.1. Unsur Setiap Orang

35. Walaupun setiap orang bukanlah merupakan unsur tindak pidana, melainkan merupakan unsur Pasal yang merujuk kepada siapa saja orang perorangan sebagai pendukung hak dan kewajiban yang didakwa melakukan suatu Tindak Pidana dan setiap orang tersebut akan selalu melekat pada setiap perumusan tindak pidana, sehingga ia akan terbukti apabila semua unsur tindak pidana tersebut telah terpenuhi dan pelakunya dapat dimintai pertanggung jawaban pidana mencakup dalam keadaan sehat jasmani dan rohaninya dan telah membenarkan identitas-identitasnya namuna setiap orang yang di maksud dalam pasal ini berarti "setiap orang" sehingga yang dapat digunakan dalam Pasal ini adalah seseorang, individu, bukan kelompok orang, organisasi, badan hukum atau korporasi.

a.2. Unsur Dengan Sengaja dan Tanpa Hak

36. Kesengajaan adalah unsur kesalahan, sebagaimana dalam doktrin kesalahan terdiri dari dua bentuk yakni kesengajaan dan kelalai an. Undang-undang sendiri tidak memberikan keterangan mengenai arti dari kesengajaan. Dalam MvT ada sedikit keterangan tentang *opzettelijk*, yaitu sebagai *weillens en wetens* yang dalam arti harafiah dapat disebut sebagai menghendaki dan mengetahui maksudnya orang yang melakukan perbuatan dengan sengaja berarti ia menghendaki mewujudkan perbuatan dan ia mengetahui, mengerti nilai perbuatan serta sadar akan akibat yang timbul dari perbuatan itu , apabila dihubungkan dengan kesengajaan yang terdapat dalam rumusan tindak pidana dalam Pasal 27 ayat (3), maka kesengajaan dikatakan ada apabila adanya suatu kehendak atau adanya suatu pengetahuan atas suatu perbuatan atau hal-hal atau unsur-unsur tertentu serta menghendaki dan atau mengetahui atau menyadari akan akibat yang timbul dari perbuatan.
37. Bahwa menurut keterangan dari MvT yang menyatakan bahwa setiap unsur kesengajaan dalam rumusan suatu tindak pidana selalu ditujukan pada semua unsur yang ada di belakang perkataan unsur sengaja selalu diliputi unsur kesengajaan itu. Maka kesengajaan dalam Pasal 27 ayat (3), harus dibuktikan pada unsur-unsur sebagai berikut: 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 .
38. Kesengajaan sebagaimana Pasal 27 ayat (3) berarti : seseorang mengetahui dan sadar bahwa perbuatan mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik sebagai perbuatan yang dilakukan " tanpa hak", suatu perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya atau bertentangan dengan hak orang lain. Perbuatan pelaku dalam kaitannya dengan pencemaran nama baik dan lain-lain (Pasal 310 KUHP, Pasal 311 KUHP, Pasal 317 KUHP, Pasal 318 KUHP dan Pasal 368 KUHP) merupakan *Actus Reus* yang mendekatkan pada *schuld* yang berbentuk "Opzet" (sampai pada opzet yang terendah yaitu "opzet bij mogelijkheid" yakni melakukan perbuatan kesengajaan akan kemungkinan terjadinya akibat yang lain , yang tidak menjadi

pertimbangannya sebelum ia melakukan perbuatan tersebut (*dolus eventualis / opzet bij mogelkheidbewustzijn*).

39. Problemnya lagi adalah bahwa dalam kaitan dengan pasal 310 KUHP, maka dalam pasal-pasal tentang pencemaran/penistaan (penghinaan) atau “smaad”, seperti halnya Pasal 310 ayat (1) dan (2) KUHP, terdapat kata-kata sebagai unsur delik, yaitu “dengan sengaja” di muka kata-kata “menyerang kehormatan atau nama baik seseorang. Walaupun pelaku pencemaran nama baik memberikan alasan pembelaan bahwa Pelaku tidak mempunyai “maksud” (niat) atau tidak terbukti secara “sengaja” untuk melakukan penghinaan, yang seakan akan untuk menghindari adanya “opzet” (sengaja) sebagai salah satu unsur dari pasal 310 KUHP. Hal tersebut akan terbentur pada doktrin dan yurisprudensi yang berkembang dalam KUHP yang membenarkan bahwa bukan “animus injuriandi” yang disyaratkan oleh Pasal 310 KUHP, melainkan cukup adanya kesadaran, pengetahuan, ataupun pengertian pada pelaku bahwa pernyataannya obyektif yang akan berakibat dan menyerang kehormatan atau nama baik seseorang. Jadi doktrin saat ini menyatakan bahwa bukan tujuan utama untuk menghina atau adanya kesengajaan untuk menghina seseorang sebagai syarat pemidanaan.

a.3. Unsur mendistribusikan atau mentransmisikan atau membuat dapat diaksesnya

40. UU ITE mendefinisikan Pengertian Informasi Elektronik dan dokumen elektronik. Pengertian Informasi Elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, electronic data interchange (EDI), surat elektronik (electronic mail), telegram, teleks, telecopy atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya. sedangkan pengertian dokumen elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, electronic data interchange (EDI), surat elektronik (electronic mail), telegram, teleks, telecopy atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.
41. Namun mengherankan beberapa elemen penting lainnya dalam mengartikan pasal ini justru tidak dijelaskan dalam UU ITE yakni pengertian “mendistribusikan”, pengertian “mentranmisikan” dan juga pengertian “membuat dapat diaksesnya” juga tidak dijelaskan dalam UU ini²⁸.
- Pengertian “mendistribusikan” tidak dijelaskan dalam UU, mungkin maksud perumusnya adalah membuat sesuatu dapat sehingga dapat terdistribusi. Mengenai terminologi distribusi sendiri kemungkinan juga di persamakan dengan menyebarkan.²⁹
 - Pengertian “Mentranmisikan” juga tidak dijelaskan dalam UU mungkin ini akan dijelaskan berkaitan dengan istilah teknis³⁰.
 - Sedangkan pengertian “Akses” adalah kegiatan melakukan interaksi dengan Sistem Elektronik yang berdiri sendiri atau dalam jaringan.
42. Istilah tersebut bersifat teknis dan tidak baku, sehingga dengan tidak adanya penjelasan yang memadai akan elemen tersebut tentunya akan menimbulkan banyaknya tafsiran yang akan di

²⁸ Ibid

²⁹ Dalam kamus besar Bahasa Indonesia distribusi adalah penyaluran (pembagian atau pengiriman) kepada beberapa orang atau beberapa tempat. Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 1990, cet. Ke 3, h. 209

³⁰ Dalam kamus besar Bahasa Indonesia transmisi adalah pengiriman (penerusan) pesan dan sebagainya dari seseorang kepada orang (benda) lain: --berita atau jaringan-ibid

lakukan padahal bila kita mencari pengertian elemen tersebut baik dalam pengertian kamus maka pengertian mendistribusikan, mentransmisikan, dan membuat dapat diaksesnya sebagaimana terdapat dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Keempat dan juga *Black Law Dictionary, Eight Edition* ternyata berbeda dengan pengertian mendistribusikan, mentransmisikan, dan membuat dapat diaksesnya sebagaimana dimengerti oleh kalangan yang bergelut dalam dunia IT sekalipun.³¹

43. Mendistribusikan dalam dunia IT tidak sama dengan distribusi benda dalam dunia nyata yang biasanya mendistribusikan bisa dinyatakan sebagai salinan. Dalam IT Pembagian salinan ini dari sisi waktu memiliki implikasi yang berbeda, bisa saja bahwa yang dibagikan itu dapat langsung diterima atau juga lama dalam artian bisa diterimanya pada waktu yang berbeda. Artinya Waktu antara mulai dibagikan dengan diterima itu bisa dilakukan sekejap, bisa lama. Hal yang ke dua, dalam IT arah distribusi bisa dilakukan dengan dua cara yakni bisa dikirim atau bisa ditarik, pull and push dari pendistribusi yang mengirim atau penerima yang mengambil, bisa dua arah dan bisa gabungan keduanya. Kegiatan mendistribusikan terdapat dua pihak yang terlibat yaitu pengirim dan penerima dan tidak memerlukan keterlibatan aktif dari kedua pihak tersebut, cukup salah satu pihak (pengirim atau penerima), untuk mendistribusikan suatu informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik. Kemudian dalam IT, jalur yang dipakai untuk melakukan distribusi atau mendistribusikannya itu banyak cara, bisa melalui web, bisa melalui milis, bisa melalui peer to peer, dan melalui server lain.”³²

Sebagai contoh jika salah satu cara adalah bahwa lewat web seseorang penulis memasang suatu dokumen kemudian pengunjung masing-masing mengambil satu salinan. Jadi ketika seseorang mengunjungi satu web secara otomatis dia mengambil satu salinan tapi belum tentu salinan itu disimpan. Biasanya pengunjung harus melakukan langkah tambahan untuk menyimpan salinan tersebut. Kemudian kalau informasi didistribusikan lewat web ada yang memerlukan pendaftaran sehingga penerima aslinya tercatat, ada juga yang bebas. Ada juga distribusi lewat milis dimana pendistribusian pengirim hanya mengirim satu kemudian sekian banyak peserta milis otomatis mendapat satu salinan. Jadi ini hampir seperti mesin fotokopi.

44. Sedangkan Mentransmisikan dalam IT hanyalah bagian dari distribusi informasi dan dalam mentransmisikan selalu mempunyai dua pihak yang interaksinya sekejap dengan alat yang dipakai juga harus sama. Sehingga Ini adalah istilah yang mengaitkan banyak pihak. Oleh karena itu Multitafsir yang timbul dari istilah “mendistribusikan” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE dapat mengakibatkan penerapan hukum yang luas. Termasuk juga perbedaan penafsiran mengenai “Apakah kata mendistribusikan dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE menyangkut offline atau offline dan online.”³³
45. Bahwa pengertian sesuatu dapat diakses itu, mencakup ada yang membuatnya dan ada yang menerbitkan. jadi misalnya dengan sebuah dokumen ditulis, ada yang menuliskannya, namun belum tentu yang menulis itu sendiri yang memasang di tempat distribusi, jadi harus ada pihak yang dapat menerbitkan; ada pembuat, ada penerbit, dan kemudian ada perantara menerbitkan hal itu, misalnya membutuhkan komputer, membutuhkan server.

³¹ Ibid

³² Ahli Pemohon, Andika Triwidada, pada 12 Februari 2009 Perkara No 2/PUU – VII/2009

³³ Ibid

46. Rumusan membuat dapat diaksesnya selalu ada pihak perantara terkait membuat dapat diakses, ada pembaca yang melakukan akses dan ada komputer dan berbagai perangkat, ada software di sana yang dapat diakses, rumusan dapat diakses juga bisa berlaku pada dua hal bahwa boleh jadi yang diakses itu adalah muatannya langsung, tetapi kebanyakan di internet yang menuliskannya itu hanya alamat tautan. Jadi ketika seseorang mendistribusikan informasi dia hanya menyatakan informasi lengkapnya ada di tempat A, di tempat B. Jadi dia menunjukkan jalur tapi itu juga sebetulnya membuat sesuatu itu dapat diakses karena orang tanpa diberi bantuan tautan tadi mereka belum tahu ada di mana informasi itu. suatu informasi yang disimpan di flash disk ataupun laptop apabila berpindah tangan ke orang lain maka frasa membuat dapat diaksesnya dapat berlaku pada kondisi itu.³⁴

“Frasa “membuat dapat diaksesnya” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE bertentangan dengan pengertian “akses” dalam Pasal 1 angka 15 UU ITE. Pertentangan ini menimbulkan ambiguitas yang mengakibatkan ketidakpastian hukum. Pada Pasal 27 ayat (3) UU ITE, frasa “membuat dapat diaksesnya” menunjuk pada pengaksesan informasi elektronik. Sementara, “akses” dalam Pasal 1 angka 15 UU ITE menunjuk pada pengaksesan sistem elektronik. Berikut kutipan Pasal 1 angka 15 UU ITE: “Akses adalah kegiatan melakukan interaksi dengan sistem elektronik yang berdiri sendiri atau dalam jaringan”. Dalam pengetahuan tentang Teknologi Informasi, pengertian yang benar tentang “akses” seperti dinyatakan dalam Pasal 1 angka 15 UU ITE yaitu mengakses sistem elektronik. Dengan demikian, frasa “membuat dapat diaksesnya” dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE jelas salah/keliru.” bahwa “Frasa “membuat dapat diaksesnya” memiliki maksud “memberi kemampuan untuk melakukan interaksi dengan sistem elektronik”.

47. 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”. “Membuat link (taut) dari suatu website ke website yang lain merupakan perbuatan membuat dapat diakses website yang ditautkan. Celaknya, dengan Pasal 27 ayat (3) UU 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.”³⁵

a.4. Unsur “Muatan penghinaan atau pencemaran nama baik” & Hubungannya dengan pasal 310 dan 311 KUHP

48. Nama baik adalah kehormatan yang diberikan oleh masyarakat umum kepada seseorang karena perbuatannya atau karena kedudukannya.³⁶ ada juga yang disebut dengan penistaan dan fitnah (defamation). Penistaan dibagi menjadi dua yaitu penistaan lisan dan penistaan tulisan. Dalam hal penistaan tulisan, Leden memberikan definisi adalah penistaan dengan tulisan atau gambar yang dapat dibaca atau dilihat orang lain. Sedangkan fitnah atau defamation dalam kamus besar bahasa Indonesia adalah menjelekkkan orang. Dalam ilmu hukum pidana fitnah adalah menista dengan surat atau tulisan tetapi ia diijinkan untuk membuktikannya, tetapi ternyata ia tidak dapat membuktikannya sebagaimana pasal 311 KUHP³⁷ Penghinaan adalah suatu tindakan yang tidak diperlukan keterlibatan orang lain, akan tetapi penghinaan dapat dilakukan sendiri.

³⁴ ibid

³⁵ Ibid

³⁶ Leden Marpaung, Opcit, h. 15

³⁷ Ibid, h. 31

49. Untuk melihat penghinaan sebagai kejahatan terhadap reputasi patut dilihat doktrin dan yurisprudensi yang berkembang seputar kejahatan terhadap reputasi ini. Tindak pidana penghinaan pada dasarnya merupakan suatu tindakan, pernyataan, atau sikap yang secara sengaja dilakukan untuk menyerang reputasi atau kehormatan orang lain. Kehormatan itu sendiri terdapat beberapa tafsir misalnya bahwa apabila kehormatan ditafsirkan sebagai harga atau martabat manusia yang disandarkan kepada tata susila, maka tidak dapat dikatakan kehormatan seseorang itu tidak dapat dilanggar oleh orang lain, karena di dalam hal itu orang itu sendirilah yang dapat merendahkan kehormatannya, yaitu apabila ia melakukan sesuatu perbuatan yang tidak patut atau yang tidak senonoh.³⁸
50. Hal paling penting terkait dengan unsur ini adalah, rumusan muatan penghinaan atau pengertiannya dalam pasal ini justru tidak dirumuskan sama sekali. Akibatnya maka akan cenderung bersifat kabur dan subyektif, karena Kata kerja menghina tergolong kata yang pemaknanya dapat bersifat subyektif. Sesuatu perbuatan yang dibahas akan menghina oleh suatu penutur dapat saja tidak disebut menghina oleh penutur yang lain atau oleh petutur yang diajak berbicara atau yang menjadi obyek dari apa yang dikatakan menghina itu. Apalagi dalam frase dalam Pasal 27 ayat (3) ini digunakan frase yang berlapis, yakni memiliki muatan penghinaan, jadi, kalau penghinaan ada muatan, maka masih memiliki muatan yang permaknanya juga berlapis-lapis dan amat subyektif.³⁹
51. Pemaknaan kata benda penghinaan sendiri itu saja sudah berkemungkinan subyektif, lalu masih lagi disandingkan dengan kata muatan, jadi potensi interpretasi yang kabur itu bertambah juga.⁴⁰ Jika dalam Pasal 310 KUHP frase yang digunakan adalah menyerang kehormatan atau nama baik, itu biasanya memang pelakunya adalah orang pertama. Tapi dapat dibayangkan, jika informasi bahwa ini kemudian disebar, maka apakah orang yang ke dua, ke tiga itu juga menyerang kehormatan atau nama baik seseorang misalnya. Hal yang sama berpotensi berlaku juga untuk Penerapan Pasal 27 (3) yang menyebarkan, dokumen atau informasi yang memiliki muatan penghinaan itu, karena orang ke dua, ke tiga, dan ke empat itu maksudnya harusnya berbeda dengan kualifikasi yang pertama”.
52. Oleh karena pengertian yang sumir dalam frase “Muatan penghinaan atau pencemaran nama baik” maka untuk menghindari subyektifitas maka akhirnya frase itu kemudian mau tidak mau harus menginduk atau merujuk ke norma awal dari pasal pidana yang terkait yakni yang diatur dalam Pasal 310 ayat (2), Pasal 311 dan pasal 315 KUHP, yang kerap di sebut sebagai “*genus crime*” pidana penghinaan dan pencemaran nama baik. Jadi apa yang pengertian dasarnya penghinaan dan pencemaran nama baik haruslah di uji dengan pengertian yang sama dengan 310 ayat (2) dan 311, mencakup pula ketentuan-ketentuan khusus pasal tersebut seperti: unsur kejahatannya, alasan pembenarnya, maupun doktrin doktrin umum dalam penggunaannya.
53. Dari rumusan pasal dalam Pasal 310 ayat (2), Pasal 311 dan pasal 315 KUHP maka pengertian umum atau dasar perbuatan pidana penghinaan dan pencemaran nama baik adalah “dengan sengaja menyerang kehormatan atau nama baik”, lihat di bawah ini:
 - pasal 310: Merusak kehormatan atau nama baik seseorang dengan jalan menuduh dia melakukan Sesuatu perbuatan dengan maksud nyata akan tersiarnya tuduhan itu
 - Pasal 311 kejahatan pencemaran dibolehkan untuk membuktikan apa yang dituduhkannya benar jika tidak maka diancam melakukan fitnah

³⁸ Lihat Yenti Ganarsih,

³⁹ Ahli Pemohon, Lihat putusan Perkara No 2/PUU – VII/2009

⁴⁰ Ahli Pemohon, Lihat putusan Perkara No 2/PUU – VII/2009

- Pasal 315 Tiap---tiap penghinaan dengan sengaja yang tidak bersifat pencemaran atau pencemaran tertulis
54. Syarat demokratis menjadi dasar legalitas untuk menentukan ada atau tidaknya perbuatan pencemaran nama baik ataupun penghinaan. Syarat Demokratis yang tidak membolehkan/membenarkan adanya pemidanaan terhadap pernyataan pernyataan yang tidak diucapkan atau ditulis di muka umum, sehingga karenanya "*private correspondence*" maupun "*private coversation*" tidak boleh atau tidak dibenarkan dijadikan subyek maupun obyek pemidanaan selain Syarat Demokratis, perlu dipahami adanya syarat publisitas, bahwa delik yang berkaitan dengan penghinaan atau pencemaran nama baik dalam kaitan dengan hukum pidana haruslah memenuhi syarat, yaitu ia haruslah dilakukan dalam bentuk tertulis maupun lisan dengan mempergunakan sarana media cetak maupun elektronik ataupun dilakukan secara lisan; Perbuatan yang dipidanakan harus terdiri atas pernyataan fikiran atau perasaan (seseorang). Dari perumusan delik, maka unsur publikasi merupakan suatu syarat untuk dapat menumbuhkan suatu kejahatan, apabila kejahatan itu dilakukan dengan suatu tulisan dengan demikian dalam kasus kasus yang berkaitan dengan delik pencemaran nama dan atau penghinaan, karena itulah maka syarat demokratis dan syarat publikasi sebagai syarat yang absolut sifatnya. Hal ini dikarenakan terhadap delik penghinaan/ pencemaran nama baik akan selalu didasari adanya unsur "dengan maksud untuk diketahui oleh umum", dan syarat publikasi dalam kaitan dengan unsur "dengan maksud untuk diketahui oleh umum" inilah yang dapat menentukan suatu perbuatan itu memenuhi rumusan delik atautkah tidak.
 55. Secara eksplisit dalam pasal 311 KUHP (fitnah) tidak dapat diartikan mengikuti persyaratan substansiel dari unsur 310 KUHP (penghinaan) karenanya terdapat keterkaitan normatif antara kedua ketentuan tersebut, artinya perbuatan fitnah pada pasal 311 KUHP harus menunggu putusan pidana tentang "penghinaan" (Pasal 310 KUHP); namun apabila suatu tuntutan adanya perbuatan fitnah, maka imlisitas keterkaitan ini hanya tertuju pada pasal 311 KUHP tentang "beban pembalikan pembuktian" atau "*The Reversal Burden of Proof*" (Omkering van de Bewijslast), artinya apabila hakim menghendaki, maka Terdakwa wajib membuktikan apa yang dituduhkan (kepada pelapor) adalah Benar. Jika dalam hal Terdakwa tidak berkehendak membuktikan tuduhan tersebut meskipun hakim menghendakinya, maka ia (Terdakwa) melakukan perbuatan "fitnah" menurut hukum pidana. Jadi sebenarnya yang harus dipertimbangkan adalah : apakah substansiel yang diberitakan itu mengandung kebenaran atau tidak, dan bukan mengenai artian gramatikal dari substansi tulisan dan gambar yang tidak ada relevansinya."
 56. Selain itu terdapat soal kaitan antara pasal 311 KUHP dengan pasal 310 KUHP mengenai pembuktiannya yang akan menentukan struktur dakwaannya, yaitu delik penistaan/pencemaran sebagai bagian umum dari kelompok delik "penghinaan" yang dalam sistem anglo saxon dikenal sebagai kelompok "libel" yang tertuang dalam bentuk pernyataan tertulis, tercetak atau dalam bentuk pencemaran lainnya, selain itu terdapat bentuk "slander" yang tertuang dalam bentuk ucapan lisan, maka struktur yang tepat adalah dalam bentuk sangkaan awal pasal 310 KUHP dan baru kemudian pasal 311 KUHP, karena apabila terdakwa diminta oleh Hakim untuk membuktikan bahwa perbuatannya bukan sebagai penghinaan, tetapi ia tidak berkehendak membuktikannya, maka ia (Terdakwa) barulah dikenakan pasal 311 KUHP (fitnah). Baik "Libel" maupun "slander" merupakan "defamatory statement", yaitu suatu bentuk pernyataan-pernyataan mengenai suatu (orang) dan yang membawa orang tersebut dalam apa yang kemudian disebut sebagai kebencian ("*hatred*"), ejekan/cemoohan ("*ridicule*") ataupun penghinaan ("*contempt*"); "*Contempt*" atau "*Minachting*" yang diterjemahkan sekarang ini sebagai "penghinaan" semula diartikan secara limitatif dalam bentuk formil saja, karena jelas paham Belanda selama beberapa dekade silam ini telah memperluas bentuk penghinaan sebagai 2 (dua) macam penghinaan, yaitu yang

dinamakan sebagai “materiale belediging” (penghinaan material) dan “formeele belediging” (penghinaan formil).

b) Pasal 27 ayat (3) Merupakan Delik aduan

57. Rumusan pasal 27 ayat (3) tidak jelas mengatur mengenai apakah ini delik aduan atau bukan. Ini adalah masalah yang sangat penting. Yang menunjukkan cacat bawaan dalam perumusannya. Namun karena genus crime dari Pasal 27 ayat (3) adalah Pasal 310 ayat (2), Pasal 311 dan pasal 315 KUHP maka mengenai statusnya sebagai delik aduan atau tidak harus disesuaikan pula dengan ketentuan Pasal 310 ayat (2), Pasal 311 dan pasal 315 KUHP yang merupakan delik aduan. Jadi tidak mungkin penyidik melakukan penyidikan tanpa menerima pengaduan. Sebagai delik aduan maka aparat penegak hukum baru dapat memproses pelaku apabila ada pengaduan dari korban atau pihak yang dirugikan.
58. M. Yahya Harahap,⁴¹ menyatakan bahwa Undang- Undang telah membagi dua kelompok pelapor yaitu: Orang yang diberi "hak" melapor atau mengadu. Orang tertentu, yakni orang yang mengalami, melihat, menyaksikan atau orang yang menjadi korban tindak pidana terjadi, "berhak" menyampaikan laporan kepada penyelidik atau penyidik. Hak menyampaikan laporan atau pengaduan, tidak diberikan kepada orang yang "mendengar".
59. Menurut M. Yahya Harahap pendengaran tidak dimasukkan dalam kategori orang yang berhak untuk melapor adalah realistis dan rasional, karena sangat sulit menjamin kebenaran dan keobyektifan pendengaran, bisa merupakan berita palsu atau bohong atau tidak sesuai dengan yang sebenarnya. Kelompok pelapor atas dasar "kewajiban" hukum. Kelompok ini merupakan kebalikan dari kelompok a, dalam kelompok ini sifat pelaporan merupakan "kewajiban" bagi orang- orang tertentu, yaitu orang yang mengetahui permufakatan untuk melakukan tindak pidana terhadap ketentraman umum, atau terhadap jiwa atau hak milik atau setiap pegawai negeri dalam rangka melaksanakan tugas, mengetahui tentang terjadinya tindak pidana.
60. M. Yahya Harahap berpendapat bahwa hakikat dari pelaporan dan pengaduan adalah merupakan "pemberitahuan" oleh seseorang kepada pejabat yang berwenang tentang sesuatu kejadian peristiwa pidana. Perbedaannya, **pada pengaduan oleh karena sifatnya terikat pada jenis - jenis delik aduan, maka orang yang menyampaikan pemberitahuan harus orang "tertentu" seperti yang disebut dalam rumusan Pasal Pidana yang bersangkutan. Jadi, pada pengaduan, pemberitahuan hanya dapat dilakukan oleh orang yang tertentu yang menjadi korban peristiwa pidana, baru lah pihak yang berwenang dapat melakukan penyidikan dan penuntutan.** Bahwa Pasal 72 ayat (1) KUHP menyatakan: Selama orang yang terkena kejahatan yang hanya dituntut atas pengaduan, belum enam belas tahun dan juga belum cukup umur atau orang yang di bawah pengampuan karena suatu sebab lainnya keborosan, maka yang berhak mengadu adalah wakilnya yang sah dalam perkara perdata.

c) Ketiadaan penggolongan jenis penghinaan dan pencemaran nama baik

61. Rumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE bersifat kabur dan sempit karena dalam Pasal 27 ayat (3) tidak ditemukan perbuatan apa yang diklasifikasikan sebagai penghinaan. Bersifat sempit karena tidak memuat penggolongan penghinaan. Harusnya pengertian dan penggolongan penghinaan dapat saja menunjuk pada ketentuan Bab XVI buku II KUHP tentang penghinaan, bahwa penghinaan adalah perbuatan menyerang kehormatan atau nama baik seseorang, dapat digolongkan atas: pencemaran, pencemaran tertulis, fitnah, penghinaan ringan,

⁴¹ Yahya Harahap, Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP (Penyidikan dan Penuntutan), Jakarta : Sinar Grafika, 1985, halaman 118- 119)

pengaduan fitnah, dan persangkaan palsu.” Karena genus crime dari Pasal 27 ayat (3) adalah Pasal 310 ayat (2), Pasal 311 dan pasal 315 KUHP maka mengenai penggolongannya maka harus disesuaikan pula dengan ketentuan Pasal 310 ayat (2), Pasal 311 dan pasal 315 KUHP.

62. Jika menggunakan Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE tanpa menunjuk/merujuk pada KUHP untuk penggolongan penghinaan, maka akan menimbulkan kebingungan tentang berapa batas maksimum sanksi pidana penjara atau denda untuk tiap golongan penghinaan (pencemaran, pencemaran tertulis, fitnah, penghinaan ringan, pengaduan fitnah, dan persangkaan palsu). UU ITE sendiri tidak memuat penggolongan penghinaan. Yang dapat terjadi adalah kemungkinan aparat penegak hukum menentukan atau mengestimasi sendiri batas maksimum sanksi pidana penjara dan/atau denda untuk tiap golongan penghinaan, tentunya tidak melampaui batas maksimum sanksi pidana dalam Pasal 45 ayat (1) UU ITE.

d) Ketiadaan doktrin-doktrin “membela diri dan alasan pembenar”

63. Dalam perkara penghinaan, baik dalam hukum pidana maupun hukum perdata, menurut hukum nasional hanya ada satu alasan yang dapat digunakan untuk membela diri. Alasan tersebut diatur dalam Pasal 310 ayat (3) KUHP dan Pasal 1376 KUHPperdata. Walaupun secara internasional, terdapat perkembangan terhadap alasan pembenar (*defense*) yang dapat digunakan dalam perkara-perkara penghinaan. Secara umum, terutama sejak perkara New York Times Co v. Sullivan mengemuka, alasan pembenar yang mendasar yang umum digunakan yaitu: kebenaran pernyataan (*truth*); dan Hak-hak istimewa dan kesengajaan berbuat salah (*privilege and malice*). Selain dua alasan pembenar pokok ini, terdapat juga beberapa alasan pembenar yang umum digunakan secara internasional⁴² yaitu:
- a. Pernyataan dibuat dengan niat baik dan terdapat dasar yang cukup bahwa pernyataan tersebut adalah benar adanya (*Statements made in a good faith and reasonable belief that they were true*)
 - b. Pendapat (*Opinion*)
 - c. *Mere vulgar abuse*
 - d. Pendapat yang wajar dalam konteks kepentingan umum (*Fair comment on a matter of public interest*)
 - e. Persetujuan (*Consent*)
 - f. *Innocent dissemination*
 - g. Penggugat tidak akan mendapat kerugian yang berlanjut (*Claimantis incapable of further defamation*)
 - h. Telah memasuki daluwarsa (*statute of limitations*)
 - i. Tidak ada komunikasi dengan pihak lain (*No Third-party communication*)
 - j. Tidak ada kerugian yang nyata (*No actual injury*)
64. Pentingnya alasan pembenar ini ditegaskan dalam Pasal 19 ayat (3) Kovenan Sipol yang telah meletakkan syarat-syarat dasar tentang hal tersebut. Untuk itu penting dilihat bagaimana pandangan dari sisi hak asasi manusia untuk alasan-alasan pembenar dalam perkaraperkara penghinaan sebagaimana tercermin dalam Komentar Umum No 34.
65. Berdasarkan hasil penelitian ICJR, dari perkembangan penanganan perkara penghinaan dalam persidangan, sebenarnya beberapa pengadilan telah memperluas alasan-alasan pembenar tersebut yaitu:⁴³
- a. Di Muka Umum

⁴² Lihat Supriyadi Widodo Eddyono, Sriyana, dan Wahyu Wagiman, Analisis Situasi Penerapan Hukum Penghinaan di Indonesia, (Jakarta: ICJR dan TIFA, 2012).

⁴³ Supriyadi Widodo Eddyono dkk, Analisis Situasi Penerapan Hukum Penghinaan di Indonesia, ICJR 2012

- b. Kepentingan Umum
 - c. *Good Faith Statement*
 - d. Kebenaran Pernyataan (*Truth*)
 - e. *Mere Vulgar Abuse*
 - f. *Privilege and Malice* (Laporan ke Penegak Hukum, Profesi dan Kode Etik serta Pemegang Hak berdasarkan Undang-Undang)
66. Namun dalam pasal 27 ayat (3) seakan akan tidak ada kaitan dengan Pasal 310 maka seakan-akan tidak diperlukan alasan pembenar dalam Pasal ini, inilah yang menjadi akar masalahnya sehingga seakan-akan doktrin membela diri dan alasan pembenar tidak ada dalam rumusan Pasal 27 ayat (3) ITE

BAB VI

Konstruksi Pasal 28 ayat (2) UU ITE

a. Unsur dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE

66. Berdasarkan rumusan pasal 28 ayat (2), yaitu :

“Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA)”

maka terdapat beberapa unsur penting yang dapat di lihat secara lebih teliti yaitu:

a.1. Unsur dengan Sengaja dan Tanpa Hak

67. Unsur dengan sengaja dalam sejumlah putusan secara umum diartikan sebagai maksud atau niat, atau kesengajaan yang dikehendaki dan diinsyafi (*willen en wetens*). Kesengajaan dengan maksud atau tujuan, yaitu pelaku melakukan perbuatan yang akibatnya benar-benar ia kehendaki atau benar-benar terjadi: (i) kesengajaan sebagai sadar kepastian atau keharusan, (ii) kesengajaan sebagai kesadaran akan kemungkinan. Kesengajaan yang bersifat kemungkinan (*dolus eventualis*) adalah terjadi suatu tindakan atau akibat tertentu (sesuai dengan perumusan UU hukum pidana adalah perwujudan dari kesadaran akan kemungkinan pada diri pelaku).
68. Sementara unsur ‘tanpa hak’ diartikan sebagai perbuatan melawan hukum dalam perspektif formal, yaitu suatu perbuatan yang dilarang oleh hukum formal atau UU formal dengan akibat diterapkannya hukuman bagi siapa saja yang melakukan dan memenuhi unsur-unsur perbuatan yang disebutkan dalam UU pidana formal. Bahwa dalam pembentukan UU dalam setiap ketentuan pidananya telah dirumuskan perbuatan melawan hukumnya atau perbuatan tidak sah atau tanpa hak. Penjabaran yang demikian, merupakan penjabaran yang hampir serupa dalam kasus-kasus dengan tuduhan pelanggaran Pasal 28 ayat (2) UU ITE.

a.2. Unsur Menyebarkan Informasi

69. Penggunaan istilah ‘menyebarkan informasi’ tersebut sebetulnya berkonsekuensi sangat luas, artinya segala jenis informasi dan segala jenis dan bentuk penyebarannya, tidak terbatas pada ‘informasi elektronik atau ‘dokumen elektronik’. Padahal apa yang diatur dalam UU ITE adalah yang terkait dengan ‘informasi elektronik’. Dilihat dari perumusan Pasal 28 ayat (2) tersebut, sebetulnya telah kehilangan makna pengaturannya.
70. Jika kita merujuk pada putusan dalam perkara Alexander An, Majelis Hakim menafsirkan unsur ‘menyebarkan informasi’ dengan:

“Menimbang bahwa yang dimaksud dengan menyebarkan informasi dalam unsur ini adalah menyebarkan melalui internet dan perbuatan dilakukan dengan cara memposting atau me-link sesuatu konten agar muncul dalam media internet dengan tujuan tertentu oleh si pembuat.”

71. Pendapat majelis hakim dalam perkara Alexander An, tampak berupaya untuk menghubungkan bahwa unsur ‘menyebarkan informasi’ dengan perbuatan yang dilakukan oleh Alexander An melalui akun Facebook, dengan menyatakan secara langsung sebagai

‘menyebarkan melalui internet’, yang dilakukan dengan cara ‘mem-posting atau menghubungkan suatu konten agar muncul di media internet’. Lebih jauh majelis hakim mencoba menjelaskan makna ‘posting’ dan ‘link’ dengan merujuk sumber, yang patut diduga diambil secara sembarangan dari internet tanpa diimbangi dengan referensi lain secara lebih memadai. Hakim dalam perkara Alexander An telah sangat gegabah dalam menggunakan istilah yang dapat terlihat bersumber dari blog, dan bukan berasal dari sumber hukum yang valid.

“Bahwa yang dimaksud dengan pengertian mem-posting adalah kegiatan atau usaha untuk membuat artikel agar muncul di dalam media internet, baik dalam artikel blog maupun dalam status dalam jejaring sosial seperti Facebook ataupun Twitter”

(sumber: delevdiel.wordpress.com/2011/12/05/pengertian-posting-2).

“Bahwa yang dimaksud dengan link (atau disebut hyperlink) adalah suatu acuan dalam dokumen hiperteks (hypertext) ke dokumen yang lain atau sumber lain. Seperti halnya suatu kutipan di dalam literatur yang dikombinasikan dengan sebuah jaringan data dan sesuai dengan tujuan protokol teks”

(sumber: bloggersorong.com/pengertian-link.html).

72. Sama halnya dengan Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Konstruksi Pasal 28 ayat (2) UU ITE tidak dapat dipisahkan dengan “*genus crime*” nya yaitu pasal 156 KUHP. Pasal 156 KUHP berbunyi :

“Barangsiapa di depan umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian atau merendahkan terhadap satu atau lebih suku bangsa Indonesia dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya empat tahun dengan hukuman denda setinggi-tingginya empat ribu lima ratus rupiah”

73. Ada perbedaan mendasar pada unsur “menyebarkan informasi” dalam pasal 28 ayat (2) UU ITE dengan unsur Pasal 156 KUHP yakni “di muka umum menyatakan perasaan”. Pasal 156 dimasukkan ke dalam Bab tentang Ketertiban Umum dalam KUHP. Masuknya Pasal 156 KUHP ke dalam Bab tentang ketertiban umum berdasarkan sejarah karena perbuatan menyebarkan kebencian merupakan bahaya bagi kehidupan kemasyarakatan dan dapat mengganggu tata tertib masyarakat.⁴⁴ Sehingga masuklah unsur di muka umum, tidak sekedar seperti dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE dalam hal menyebarkan informasi.

74. Bahwa Lamintang⁴⁵ menerangkan maksud dari unsur “di muka umum menyatakan perasaan” sebagai berikut :

*Unsur didepan umum (in het openbaar); unsur mengenai suatu keadaan yang harus dipenuhi dalam membuktikan pelaku menjadi dapat dipidanakan. Pelaku hanya akan dapat dipidana jika perbuatan yang dilarang dalam Pasal 156 dilakukan didepan umum, **jika perbuatan tersebut tidak dilakukan didepan umum maka perbuatan tersebut tidak dapat dijatuhi pidana.** Putusan Mahkamah Agung Belanda (HR 22 Mei 1939 N.J 1939 no. 861), menyebutkan bawa tempat umum tersebut tidak perlu ditempat-tempat umum yakni tempat tempat yang didatangi oleh setiap orang melainkan cukup jika perbuatan tersebut dilakukan telah*

⁴⁴ Wirjono Prodjodikoro, Tindak-Tindak Pidana Tertentu, Refika Aditama, 2003, hlm. 147 –148.

⁴⁵ Lihat Lamintang; Delik Delik Khusus Kejahatan-Kejahatan terhadap Kepentingan Negara, Penerbit Sinar Baru, Bandung, 1987.

dilakukan pelaku hingga pernyataannya dapat didengar oleh publik. Hal inilah yang disebut oleh Noyon – Langemeijer dan Wirjono Prodjodikoro mengenai sifat yang berbahaya dari perbuatan pelaku adalah, jika pernyataannya didengar oleh publik.

Unsur menyatakan (uiting geven); menurut Dr Van Haerinen diartikan sebagai perbuatan menunjukkan perasaannya (zijn gevorden te kennen geven). Bahwa perbuatan menunjukkan perasaan tidak hanya dapat dilakukan dengan mengucapkan kata-kata (lisan) melainkan juga dapat dilakukan dengan melakukan tindakan-tindakan.

75. Unsur ‘menyebarkan informasi’ selalu terkait dengan informasi atau konten apa yang disampaikan, yakni ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA).
76. Bahwa yang dimaksud dengan menimbulkan kebencian atau permusuhan (*hate speech*) tersebut haruslah ditujukan dalam niat untuk mengganggu ketertiban umum. Dalam kasus genosida di Rwanda, Paul Akayesu (Suku Hutu) sebagai walikota menyampaikan pidato untuk mengajak masyarakat untuk melakukan pembantaian terhadap suku Tutsi. Bahwa informasi yang diberikan tersebut haruslah bertujuan untuk terjadinya dampak lanjutan.
77. Dalam Pasal 3 *the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* menjelaskan bahwa hasutan/ ajakannya, adalah berupa mengajak untuk melakukan genosida sampai terjadinya kejahatan, misalnya genosida dalam peristiwa di Rwanda.
78. Sehingga harus dibuktikan bahwa penyebaran informasi dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE tidak dapat dipisahkan dengan tujuan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan. Bahwa rasa kebencian dan permusuhan itu pula harus memiliki tujuan adanya perbuatan berlanjut yang didasari atas rasa kebencian dan permusuhan tersebut.

BAB VII

Analisis Kasus

79. Florence didakwa dengan dakwaan alternatif, yaitu Dakwaan Kesatu Pasal 27 ayat (3) UU ITE jo. Pasal 45 ayat (1) UU ITE atau dakwaan kedua Pasal 28 ayat (2) UU ITE jo. Pasal 45 ayat (2) UU ITE. Pada lazimnya, surat dakwaan alternatif baru dapat diterapkan apabila dalam tindak pidana yang dilakukan terdakwa berada dalam “pesintuhan” dua atau beberapa pasal tindak pidana yang saling “berdekatan” corak dan ciri kejahatannya.
80. Terkait kasus yang dihadapi Florence, maka harus dilihat pemenuhan-pemenuhan dalam masing-masing unsur tindak pidana tersebut.

a) Dakwaan Kesatu : Pasal 27 ayat (3) UU ITE jo. Pasal 45 ayat (1) UU ITE

a. 1. Pasal 27 ayat 3 adalah Delik Aduan

81. Bahwa menurut putusan MK No. 50/PUU-VI/2008 tentang pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE terhadap UUD 1945, kontruksi Pasal 27 ayat (3) UU ITE tidak dapat dipisahkan dari norma hukum pokok dalam Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP. Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP merupakan delik aduan, sehingga secara bersamaan maka Pasal 27 ayat (3) adalah delik aduan juga. Sebagai delik aduan, maka dalam melakukan proses hukum terkait tindak pidana Pasal 27 ayat (3), Penyidik harus memastikan adanya aduan dari korban atau orang tertentu menurut Pasal 72 ayat (1) KUHP, yang menyatakan: "Selama orang yang terkena kejahatan yang hanya dituntut atas pengaduan, belum enam belas tahun dan juga belum cukup umur atau orang yang di bawah pengampuan karena suatu sebab lainnya keborosan, maka yang berhak mengadu adalah wakilnya yang sah dalam perkara perdata".
82. Dalam jenis delik ini maka penyidik harus terlebih dahulu melihat siapa yang menjadi korban dalam kasus Florence. Apabila ditarik melalui unsur Pasal 310 KUHP maka Korban adalah “seorang” yang nama baik atau kehormatannya diserang. Sehingga jelaslah yang memiliki kualifikasi sebagai “pengadu peristiwa pidana” dalam kasus ini adalah “orang” atau “orang tertentu berdasarkan Pasal 72 ayat (1) KUHP”, yang nama baik atau kehormatannya diserang.
83. Apabila melihat fakta dalam kasus Florence, maka pengadu berdasarkan Laporan Polisi No. LP/644/VIII/2014/DIY/SPKT tanggal 28 Agustus 2014, adalah **Fajar Rianto** yang bertindak mewakili LSM Jatisura, **Feryan Harto Nugroho, S.H.** yang mewakili Reptile Owners Yogyakarta, **Nanang Hartanto, S.H.** yang mewakili Advokat Muda Yogyakarta, dan **Mardiyono** yang mewakili Jaringan Radio Komunitas Yogyakarta, dengan materi “pencemaran nama baik Yogyakarta”.
84. Dari fakta tersebut terlihat bahwa terjadi kesalahan dalam proses penyidikan yang dilakukan oleh penyidik. **Pertama**, dalam kasus ini tidak ditemukan korban sesuai dengan rumusan Pasal 310 KUHP, yaitu seorang yang nama baik atau kehormatannya diserang. Sebab, dalam kasus ini, Penyidik mengkategorikan “Yogyakarta” sebagai korban. **Kedua**, pengadu yaitu **Fajar Rianto** yang bertindak mewakili LSM Jatisura, **Feryan Harto Nugroho, S.H.** yang mewakili Reptile Owners Yogyakarta, **Nanang Hartanto, S.H.** yang mewakili Advokat Muda Yogyakarta, dan **Mardiyono** yang mewakili Jaringan Radio Komunitas Yogyakarta bukan merupakan “seorang” atau “orang tertentu” sebagaimana kualifikasi dari Pasal 310 KUHP dan Pasal 72 ayat (1) KUHP.
85. Dengan begitu, apabila menggunakan kontruksi Pasal 27 ayat (3) UU ITE dan Pasal 310 KUHP, maka proses penyidikan yang dilakukan oleh penyidik dapat dikatakan tidak berdasar. Sebab

pengadu tidak memenuhi kualifikasi sebagai pengadu dalam delik aduan penghinaan sebagaimana telah dijabarkan diatas.

a.2. Tidak memenuhi mendistribusikan atau mentransmisikan atau membuat dapat diaksesnya

86. Perlu untuk diperhatikan bahwa Florence me-*posting* pendapatnya di sebuah media sosial bernama *path*, *path* merupakan *Social network* yang didesain dengan sistem sangat privasi dan tertutup. Artinya, setiap melakukan *posting*, kata-kata yang terdapat di *Path* hanya dapat dilihat tak lebih dari 150 orang, 150 orang merupakan jumlah maksimal pertemanan dalam *path*.
87. Menjadi catatan penting adalah bagaimana cara pengadu menerima pesan atau kata-kata yang di *posting* dalam akun *path* miliknya? Dalam fakta yang terungkap, bahwa tidak satupun dari para pengadu yang berteman dengan Florence di *path*. Dalam keterangan ahli **Josua Marojahan Sinambela** dalam BAP Ahli, dapat dipastikan bahwa yang membuat tersebar isi *posting*-an dari *path* milik Florence adalah orang-orang yang berteman dengan Florence pada media sosial tersebut. Baik dengan cara *direpath* (*diposting* ulang oleh teman lain) atau di *screen capture* (tangkap layar yang diabadikan).
88. Apabila melihat kontruksi unsur mendistribusikan atau mentransmisikan atau membuat dapat diaksesnya dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE maka hal yang harus diperhatikan adalah apakah Florence orang yang melakukan pendistribusian, pentransmisian ataupun yang membuat dapat diaksesnya *postingan* di *path* tersebut? Dalam persidangan terungkap bahwa orang yang melakukan penyebarluasan adalah teman *path* Florence.
89. Fakta yang sama juga diakui oleh JPU dalam dakwaan, yang menjelaskan bahwa :

“Bahwa status yang ditulis oleh Terdakwa pada media sosial Path secara default (standar) dapat dilihat atau dibaca oleh pengguna media sosial Path yang berstatus teman Akun Path FLORENCE SIHOMBING. Status tersebut dapat disebar (repath) oleh pengguna media sosial Path teman FLORENCE SIHOMBING, serta dapat di *screen capture* (tangkap layar yang diabadikan) oleh pengguna media sosial Path yang berstatus teman dengan FLORENCE SIHOMBING **sehingga status tersebut dapat disebar pada media sosial lain oleh pengguna media sosial yang bukan teman pada Akun Path FLORENCE SIHOMBING.**”

a.3. Pernyataan Emosi Bukan Penghinaan (*Mere vulgar abuse*)

90. Dalam dakwaannya, JPU mengakui adanya alasan emosi dari Florence sebelum melakukan *posting* di *path*. Dalam dakwaannya, JPU menyatakan bahwa :

“... Karena tidak dilayani, Terdakwa pulang ke kos Terdakwa yang beralamat di Jl. Srigunting No 2 Demangan Baru, Yogyakarta, lalu Terdakwa sempat melihat berita di media elektronik dan Terdakwa membaca berita tentang antrean Terdakwa yang direkam oleh wartawan yang sedang meliput kejadian di SPBU kemudian Terdakwa **merasa emosi dan kecewa** lalu menulis status di pada media *social Path* milik Terdakwa...”

91. Kata-kata yang dituliskan Florence harus dilihat sebagai efek dari kemarahannya atas fasilitas publik kota Yogyakarta. Kebebasan menyatakan pendapat terhadap pelayanan publik beberapa kali dianggap sah oleh putusan Hakim. Hal itu dapat dijumpai dalam Putusan Ervani Emy Handayani yang melakukan kritik terhadap tempat kerja suaminya, dalam kasus Ervani, Majelis Hakim PN Bantul mengatakan bahwa *posting* Ervani di Facebook yang menyatakan

“Iya sih Pak Har baik, yang nggak baik itu yang namanya Ayas dan Spv lainnya. Kami rasa dia nggak pantas dijadikan pimpinan Jolie Jogja Jewellery. Banyak yang lebay dan masih labil seperti anak kecil!” tidaklah mengandung pencemaran nama baik dan bukan penghinaan tapi sebagai bentuk kritik.

92. Pernyataan seperti ini disebut dengan *Mere vulgar abuse*, sebuah pernyataan yang vulgar namun tidak dikategorikan sebagai menghina karena tidak dimaksudkan untuk merendahkan kehormatan. Contohnya, pernyataan yang dibuat dalam kondisi yang emosional. Florence, sesuai dengan dakwaan JPU, berada dalam keadaan emosional, sehingga seluruh kata-kata yang dilontarkannya di *path* adalah bentuk kritik terhadap pelayanan publik SPBU tempatnya mengisi BBM. Maka haruslah dilihat korelasi antara keadaan emosi dengan niat melakukan penginaan yang tidak terpenuhi.
93. Dalam putusan lain, meskipun Terdakwa dinyatakan bersalah, namun Pengadilan juga menyadari kemungkinan terjadinya pernyataan yang dibuat berdasarkan **emosi dan spontanitas**, oleh karena itu Pengadilan mengubah jenis hukuman dari hukuman penjara menjadi hukuman percobaan seperti dalam putusan No No: 07/PID/ 2011/PTK yang menyatakan “Menimbang, bahwa perbuatan terdakwa yang mengucapkan kata-kata penghinaan kepada saksi EG, adalah secara spontan, dalam emosi karena cemburu melihat saksi EG sedang berdua dengan GG di pasar Swalayan dan Terdakwa sebagai isteri dari GG, mengetahui EG, adalah isteri kedua dari GG”

b) Dakwaan Kedua : Pasal 28 ayat (2) UU ITE jo. Pasal 45 ayat (2) UU ITE

b.1. Tidak ada kesengajaan dalam mem-posting status

94. Bahwa dalam dakwaan, telah dinyatakan bahwa perbuatan Florence yang dalam hal ini menulis status dalam jejaring sosial “Path” disebabkan oleh beberapa peristiwa sebagaimana dicantumkan dalam Dakwaan:

“... Karena tidak dilayani, Terdakwa pulang ke kos Terdakwa yang beralamat di Jl. Srigunting No 2 Demangan Baru, Yogyakarta, lalu Terdakwa sempat melihat berita di media elektronik dan Terdakwa membaca berita tentang antrean Terdakwa yang direkam oleh wartawan yang sedang meliput kejadian di SPBU kemudian Terdakwa merasa emosi dan kecewa lalu menulis status di pada media sosial Path milik Terdakwa...”

95. Bahwa dapat kita lihat, penulisan status di media sosial yang dilakukan oleh Florence disebabkan rasa emosi dan kecewa Florence, bukan karena Florence sengaja atau berniat untuk membuat status tersebut. Oleh karena itu, tindakan yang dilakukan Florence dalam hal ini tidak termasuk dalam kategori sengaja.

b.2. Ketidaksesuaian terminologi “meyatakan perasaan di muka umum” dengan “mem-posting status di media sosial Path”

96. Dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE terdapat unsur “menyebarkan informasi” sedangkan dalam Pasal 156 KUHP yakni sebagai *genus cirmre* dari Pasal 28 ayat (2) UU ITE terdapat unsur “menyatakan informasi di muka umum”. Lantas, apakah mem-posting status dalam jejaring sosial “Path” dapat dimaknai dengan menyebarluaskan informasi di muka umum ? Tentu tidak termasuk dalam artian seperti itu. Jejaring media sosial “Path” adalah jejaring sosial yang bersifat pribadi dan tertutup.
97. Florence dalam hal ini tidaklah melakukan *posting* di muka umum, karena hanya dilakukan di jejaring sosial “Path” yang bersifat pribadi dan tertutup.

b.3. Bukan merupakan tindakan penyebaran Kebencian – tidak dapat dimaknai sebagai hasutan

98. Tindakan yang dilakukan Florence, dalam hal ini adalah status Florence dalam akun jejaring sosial “Path” yang mengatakan bahwa “Teman-teman Jakarta-Bandung jangan mau tinggal di Jogja.” Didakwa oleh Jaksa Penuntut Umum sebagai perbuatan menyebarluaskan rasa kebencian kepada Masyarakat Umum.
99. Perlu dipahami, bahwa perbuatan menyebarkan rasa kebencian atau *hate speech* ini pernah terjadi pada peristiwa di Rwanda, yang pada saat itu Paul Akayesu (Suku Hutu) sebagai walikota menyampaikan pidato untuk mengajak atau menghasut masyarakat untuk melakukan pembantaian terhadap suku Tutsi. Hal ini juga akhirnya masuk dalam rumusan pasal dalam *the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* yakni Pasal 3 yang mengatakan bahwa hasutan/ ajakannya berupa mengajak untuk melakukan genosida sampai terjadinya kejahatan genosida tersebut di Rwanda
100. Dari penjelasan di atas, bahwa tindakan menyebarluaskan ras kebencian (*hate speech*) harus memiliki niat atau tujuan untuk membuat orang yang menerima informasi tersebut menjadi benci sesuai dengan yang disampaikan oleh si penyebar.

101. Bahwa status yang dibuat Florence tidak dapat dikategorikan sebagai tindakan untuk mengajak atau menghasut, dalam hal ini masyarakat Jakarta dan Bandung untuk memiliki rasa benci terhadap kota Jogja. Dalam membuat status tersebut, Florence hanyalah disebabkan karena keadaan emosi karena tidak dilayani saat hendak membeli bahan bakar dan bukan bertujuan untuk membuat masyarakat Jakarta dan Bandung untuk memiliki rasa kebencian terhadap kota Jogja.
102. Lagipula, apakah dengan tidak tinggalnya masyarakat kota Jakarta dan Kota Bandung di Kota Jogja merupakan tindak pidana ? Tentu saja tidak. Dengan demikian, status yang dibuat oleh Florence tidaklah dapat dimaknai sebagai tindakan menyebarkan rasa kebencian atau hasutan untuk melakukan sebuah tindak pidana.
103. Selain itu, pada rumusan Pasal 28 ayat (2) “Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak **menyebarkan informasi ...**” hanya berlaku kepada orang yang melakukan tindakan penyebaran informasi. Dalam hal ini Florence **bukanlah sebagai penyebar** informasi tersebut, dan tidak ada tujuan dari Florence untuk melakukan penyebaran. Lagipula status tersebut yang dibuat di jejaring sosial “Path” yang adalah bersifat pribadi dan tidak terbuka untuk umum.

b.4. Jogja adalah Kota Administrasi

104. Dalam status Florence dituliskan;

*“Jogja Miskin, Tolol dan Tak Berbudaya. Teman-teman Jakarta-Bandung jangan mau tinggal di **Jogja**. **Orang Jogja** bangsat. Kakak mau beli Pertamina 95 mentang-mentang pake motor harus antri di jalur mobil trus gak dilayani. Malah disuruh antri di jalur motor yang stuck panjangnya gak ketulungan. Diskriminasi. Emangnya aku gak bisa bayar apa. huh. KZL.”*

105. Sebagaimana kita ketahui bahwa Jogja (Kota Yogyakarta) merupakan identitas dari sebuah kota administrasi di kawasan Jawa Tengah. Bahwa kata “Jogja” atau “orang Jogja” tidak dapat dimaknai sebagai suatu tuduhan yang mengarah kepada salah satu suku, ras, agama atau kelompok tertentu.
106. Bahwa oleh karena itu, kata “Jogja” atau “orang Jogja” memiliki pengertian yang sangat luas dan multitafsir sehingga tidak dapat dikategorikan sebagai suatu kelompok tertentu. Orang Jogja dapat diartikan setiap orang yang tinggal dalam kota administrasi Yogyakarta, sehingga bukan hanya suatu kelompok tertentu yang diserang atau ditujukan, namun kota Jogja secara keseluruhan, sehingga tidak termasuk dalam kategori rumusan Pasal 28 ayat (2) UU ITE yakni harus berlandaskan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA).
107. Oleh karena itu, status Florence hanyalah sebagai bentuk kemarahan atau luapan emosi dan tidak mengarah untuk menyebarkan kebencian kepada suatu kelompok tertentu.

b.5. Tidak adanya kelompok SARA yang diserang

108. Bahwa kata-kata “Jogja Miskin, Tolol dan Tak Berbudaya. Teman-teman Jakarta-Bandung jangan mau tinggal di Jogja.” Merupakan hanyalah sebatas luapan rasa kekecewaan, dan tidak sama sekali menimbulkan dampak apapun yang membuat masyarakat tidak ingin tinggal di Jogja.

109. Bahwa terdapat pengertian dari SARA adalah sebagai berikut :

Kelompok Suku/ Etnis : kelompok di mana para anggotanya memiliki kesamaan bahasa dan budaya atau suatu kelompok yang mengidentifikasikan dirinya memiliki identitas tersendiri atau suatu kelompok yang diidentifikasi oleh orang lain termasuk kelompok para pelaku kejahatan.⁴⁶

Kelompok Agama : kelompok yang juga termasuk agama-agama di luar lima (sekarang 6 agama) yang diakui di Indonesia.⁴⁷

Kelompok Ras : Kelompok yang biasanya ditandai oleh kesamaan ciri fisik dan rohani.⁴⁸

Kelompok Antargolongan : suatu kelompok masyarakat yang satu komunitas namun membentuk komunitas baru atas nama kepentingan yang dipatuhi.

110. Kota Jogja (Kota Yogyakarta) merupakan salah satu kota administrasi di Provinsi Jawa Tengah sehingga tidak dapat dikategorikan termasuk dalam kelompok SARA yang dimaksud dalam surat dakwaan.

111. Bahwa dari status yang dibuat oleh Florence tidak ada satupun yang mengarah/ menimbulkan kebencian atau permusuhan kepada salah satu dari kelompok-kelompok tersebut. Dalam hal ini Florence hanya menyebut “orang Jogja”, dan istilah “orang Jogja” tidaklah mewakili kelompok yang termasuk SARA.

112. Bahwa “orang Jogja” disini memiliki arti yang sangat luas dan tidak dapat di kategorisasi ke dalam suatu kelompok tertentu, sehingga tindakan yang dilakukan Florence tidak termasuk dalam kategori “menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA)”.

⁴⁶ Pedoman Mahkamah Agung terhadap unsur tindak pidana pelanggaran hak berat.

⁴⁷ Ibid

⁴⁸ Ibid

BAB V

Penutup

Rekomendasi

Pertama, penggunaan Pasal 27 ayat (3) UU ITE Jo. Pasal 45 ayat (1) UU ITE dalam kasus Florence Sihombing tidaklah tepat karena tidak sesuai dengan unsur dan konstruksi Pasal 27 ayat (3) UU ITE. Selain itu pilihan Jaksa untuk tidak mengaitkan Pasal 27 ayat (3) UU ITE dengan Pasal 310-311 KUHP telah mengakibatkan kesalahan dalam dakwaan terhadap Florence Sihombing.

Kedua, penggunaan Pasal 28 ayat (2) UU ITE jo. Pasal 45 ayat (2) UU ITE dalam dakwaan kedua kasus Florence Sihombing tidaklah tepat karena tidak sesuai dengan unsur dan konstruksi Pasal 28 ayat (2) UU ITE. Jaksa juga salah dengan tidak mengaitkan penggunaan Pasal 28 ayat (2) UU ITE dengan Pasal 156 KUHP.

Ketiga, meskipun pasal-pasal yang berpotensi dalam mengekang kebebasan berekspresi dan berpendapat, khususnya dalam hal kritik publik masih ada di Indonesia, namun penggunaannya harus dilakukan dengan hati-hati. Sebab dapat menimbulkan iklim ketakutan di tengah-tengah masyarakat. Penggunaan pasal-pasal pidana dalam kasus Florence juga menunjukkan permasalahan penghormatan terhadap hak konstitusional warga negara.