

Amicus Curiae (Sahabat Pengadilan) Dalam Kasus Yusniar

**Pada Nomor Register Perkara: 1933/Pid.Sus/B/2016/PN.Mks
Di Pengadilan Negeri Makasar**

Diajukan Oleh :



Jakarta, 22 Februari 2017

**Amicus Curiae (Sahabat Pengadilan) Dalam Kasus Yusniar
Pada Nomor Register Perkara: 1933/Pid.Sus/B/2016/PN.Mks
Di Pengadilan Negeri Makasar**

Disusun oleh:

**Supriyadi W. Eddyono
Direktur Eksekutif Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)**

BAB I

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

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

dalam kinerjanya senantiasa memastikan diaplikasikannya prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia;

7. ICJR Terus-menerus melakukan kampanye publik dalam rangka peningkatan kesadaran warga negara akan hak-hak konstitusionalnya yang dijamin oleh UUD 1945, termasuk di dalamnya hak atas informasi dan hak atas keadilan. Kampanye Pemohon dapat dilihat disitus resmi masing-masing Pemohon di www.icjr.or.id, www.reformasikuhp.org.id, www.hukumanmati.web.id, dan www.pantaukuhap.org
8. ICJR Menerbitkan berbagai macam buku maupun bentuk-bentuk publikasi lainnya dalam rangka mendorong partisipasi masyarakat dalam setiap proses pengambilan kebijakan negara maupun dalam penyelenggaraan negara secara umum, khususnya guna memastikan pengintegrasian prinsip-prinsip perlindungan hak asasi manusia dalam penyelenggaraan negara, publikasi digital Pemohon Keberatan I dapat dilihat di situs resmi Pemohon Keberatan I di www.icjr.or.id.
9. Terkait isu defamasi-penghinaan terkait dengan UU ITE, ICJR merupakan organisasi yang kerap melakukan pemantau dan penelitian kasus-kasus yang terjadi di seluruh Indonesia atas praktek dan implementasi UU ITE. Beberapa penelitian dan paper policy dapat di lihat di www.icjr.or.id

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*”. Karena itu dalam Amicus Curiae 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:
 - a. Fungsi utama amicus curiae adalah untuk mengklarifikasi isu-isu faktual, menjelaskan isu-isu hukum dan mewakili kelompok-kelompok tertentu;
 - b. amicus curiae, berkaitan dengan fakta-fakta dan isu-isu hukum, tidak harus dibuat oleh seorang pengacara (lawyer);
 - c. amicus curiae, tidak berhubungan penggugat atau tergugat, namun memiliki kepentingan dalam suatu kasus;
 - d. izin untuk berpartisipasi sebagai amicus curiae
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 curiae telah 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 Curiae mulai digunakan dalam kasus – kasus di Pengadilan Negeri di bawah Mahkamah Agung yakni:

- a. Amicus curiae yang diajukan kelompok pegiat kemerdekaan pers kepada Mahkamah Agung terkait dengan peninjauan kembali kasus majalah Time versus Soeharto.
 - b. Amicus curiae dalam kasus “Prita Mulyasari” di Pengadilan Negeri Tangerang, dimana amicus curiae diajukan sebagai informasi pelengkap bagi Majelis Hakim yang memeriksa perkara Prita Mulyasari. Dalam No Perkara: 1269/PID.B/2009/PN.TNG, Kasus: “Prita Mulyasari Vs. Negara Republik Indonesia, Pidana Penghinaan adalah Pembatasan Kemerdekaan Berpendapat yang Inkonstitusional” *Amicus Curiae* (Komentar Tertulis) diajukan oleh : ELSAM, ICJR, IMDLN, PBHI dan YLBHI, Oktober 2009.
 - c. Amicus curiae dalam kasus “Upi Asmaradana” di Pengadilan Negeri Makasar dimana amicus curiae diajukan sebagai tambahan informasi untuk majelis hakim yang memeriksa perkara. *Amicus Curiae* (Komentar Tertulis) diajukan oleh: oleh Institute for Criminal Justice Reform (ICJR) April 2010
 - d. Amicus Curiae yang diajukan untuk mendukung Peninjauan Kembali kasus Erwin Arnada. Amicus Brief (Komentar Tertulis) Untuk digunakan sebagai bahan pertimbangan bagi Majelis Hakim Peninjauan Kembali pada Mahkamah Agung RI Pada Kasus Erwin Arnada Vs. Negara Republik Indonesia Delik Kesusilaan dan Kemerdekaan Pers dalam Perkara Majalah Playboy di Indonesia Diajukan Oleh: Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN), Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), dan Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM). Jakarta, 2011
 - e. Amicus Curiae untuk Kebijakan Bailout Century. *Amicus Curiae* Kasus: “Pembunuhan Atas Indra Pelani di Pengadilan Negeri Muara Bulian dalam Perkara Nomor: 75/PID. B/2015/PN. MBN DAN NOMOR: 76/PID.B/2015/ PN. MBN.
 - f. Amicus Curiae (Sahabat Pengadilan) Dalam Kasus Florence Sihombing Pada Perkara Nomor 382/Pid.Sus/2014/PN.Yyk Di Pengadilan Negeri Yogyakarta, Diajukan Oleh Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), tahun 2015.
 - g. Amicus Curiae Dalam Sidang Perkara Pembunuhan Berencana Terhadap Aktivist Tani Salim Kancil Dan Tosan & Pelanggaran Izin Usaha Tambang Oleh PT. IMMS Dan Kepala Desa Selok Awar-Awar, Hariyono, Di Pantai Watu Pecak, Lumajang, Jawa Timur Lembaga Bantuan Hukum Jakarta, Maret 2016
 - h. Amicus Curie terkait Permohonan Praperadilan Ketetapan Penyampingan Perkara Kejaksaan Agung Republik Indonesia (TAP-012/A/JA/03/2016 dan TAP-013/A/JA/03/2016) dalam Perkara No. 35/Pid.Prap/2016/PN.JKT.SEL. dan Perkara No. 22/Pid.Prap/2016/ PN.JKT.SEL Di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan diajukan oleh Institute for Criminal Justice Reform (ICJR),2016
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. Keberlakuannya Amicus Curiae dalam sistem hukum Indonesia pada umumnya didasarkan pada ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyatakan: “*Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.*” Oleh karena itu, tidak berlebihan apabila mekanisme ini dapat digunakan sebagai salah satu strategi yang dapat digunakan untuk

mengklarifikasi prinsip-prinsip hukum, terutama kasus-kasus yang melibatkan berbagai undang-undang atau pasal-pasal yang kontroversial.

BAB III

Kronologi Kasus

Kronologi

1. Pada Minggu, Tanggal 13 Maret 2016 sekiranya Pukul 09.00 WITA, Yusniar berada di Rumahnya di Jalan Sultan Alauddin Lr. 8 No. 3 RT. 02 RW. 09 Kelurahan Pabaeng-baeng, Kecamatan Tamalate, Kota Makassar. Yusniar bersama dengan keluarganya dikagetkan ketika , datang rombongan orang yang kira-kira berjumlah 100 orang. Salah seorang dari rombongan bernama Zul, yang belakangan diketahui anak dari Sudirman Sijaya (Pelapor), menginstruksikan kepada rombongan orang untuk membongkar rumah.
2. Sejumlah orang pun mulai merusak menggunakan palu besar, linggis, dan balok kayu. dinding dan atap rumah yang ditinggali Yusniar bersama ayahnya Baharuddin Dg. Situju, Ibu dan keluarganya yang lain pun dirusak. Yusniar yang menyaksikan peristiwa tersebut pun ketakutan dan hanya bisa menangis pasrah tak dapat berbuat apa-apa, apalagi melakukan perlawanan terhadap massa yang merusak.
3. Peristiwapengrusakan tersebut dipicu adanya sengketa kewarisan antara Baharuddin Bersaudara dengan saudara tirinya, Dg. Kebo bersaudara (beda Ibu). Dimana objek sengketa adalah sebidang tanah yang dikuasai bersama dan terletak di jalan Sultan Alauddin Lr. 8 No. 3 RT. 02 RW. 09 Kelurahan Pabaeng-baeng, Kecamatan Tamalate, Kota Makassar. Bahwa sejak semasa hidupnya kakek terdakwa yang bernama Dg Madda, telah lebih dulu membagi tanah tersebut kepada kedua istrinya. Satu petak diberikan kepada istri pertamanya (Dg. Daning) ibu kandung dari Dg. Kebo Bersaudara, sedang satu petak lainnya diberikan kepada Istri keduanya (Dg Kama) Ibu dari Baharuddin Bersaudara. Namun Dg. Kebo bersaudara yang tidak puas dengan pembagian tersebut, hingga akhirnya rombongan yang melakukan pengrusakan rumah itu datang. Sengketa antara kedua pihak tidak sedang dalam proses pengadilan, sehingga kegiatan rombongan orang tersebut adalah bukan atas perintah eksekusi pengadilan.
4. Pukul 12.00 WITA, seseorang dari rombongan yang belakangan diketahui adalah Sudirman Sijaya, Anggota Komisi III DPRD Kab. Jeneponto Periode 2014-2019 dari Fraksi Gerindra, lalu memukul seng bagian atap rumah sambil berteriak ***"Bongkar! saya anggota dewan, saya pengacara"*** diikuti perkataan salah seorang dari rombongan bahwa Sudirman Sijaya adalah pengacara dari Dg. Kebo. Setelah instruksi Sudirman Sijaya tersebut aktivitas pengrusakan kembali dilanjutkan, sampai akhirnya dihentikan oleh aparat kepolisian yang tiba di lokasi. Nyaris saja rumah kayu semi permanen yang sempit dan hanya berukuran ± 5 x 10 meter, yang dihuni 4 (empat) orang kepala Keluarga itu, rata dengan tanah.
5. Yusniar menyaksikan betul peristiwa pembongkaran, yang nyaris saja membuat dirinya dan keluarganya kehilangan satu-satunya tempat tinggal dan sudah barang tentu akan membuat dia dan keluarganya semakin menderita. Yusniar pun menyimpan kekecewaan dan kesedihan atas pengrusakan rumahnya. Sehari setelah peristiwa, 14 Maret 2016, Yusniar lalu mengekspresikan

perasaannya dan mengeluarkan pendapatnya. Ia yang melihat langsung orang yang mengaku anggota dewan dan pengacara bersama dengan massanya melakukan pengrusakan rumahnya, pun menulis status di dinding media sosial *facebook* miliknya. "*Alhamdulillah Akhirnya Selesai Jg Masalahnya. Anggota Dpr Tolo, pengacara Tolo Mau Na Bantu Orang Yg bersalah..Nyata2nya Tanahnya Ortuku Pergiko Ganggu2i Poenk...*"tulisnya.

6. Tidak jelas, bagaimana sampai status tersebut bisa dianggap *penghinaan atau pencemaran nama baik* bagi/terhadap pelapor, padahal tak ada nama terlapor di dalam statusnya. Terlebih lagi pelapor dan Yusniar sama sekali tak berteman di jejaring sosial Facebook. Tidak butuh waktu lama, pada 15 Maret 2016, postingan tersebut malah langsung dilaporkan oleh Sudirman Sijaya yang merasa tersinggung, dengan dugaan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (3) UU RI No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik di Polrestabes Makassar. Laporan Sudirman Sijaya itu berbuntut panjang, hingga akhirnya Yusniar yang ditetapkan sebagai tersangka oleh Penyidik Polrestabes Makassar, dan saat ini tengah didudukkan sebagai terdakwa, terancam hukuman maksimal 6 tahun penjara dan denda 1 milyar Rupiah.

Proses Hukum

7. Sebulan setelah dilaporkan pada 15 Maret 2016 Yusniar pun menerima panggilan polisi untuk dimintai keterangannya sebagai saksi atas dugaan penghinaan/pencemaran nama baik Sudirman Sijaya. Setelah menjalani 3 kali pemeriksaan sebagai saksi status Yusniar pun ditingkatkan menjadi tersangka.
8. Pada 26 Agustus 2016 didampingi tim penasehat hukumnya dari Koalisi Anti Kekerasan, Yusniar diperiksa sebagai tersangka. Dalam pemeriksaan tersebut tim penasehat hukum memasukkan Surat Permohonan Untuk Tidak Dilakukan Penahanan beserta jaminan dari pihak keluarga Yusniar, sehingga penyidik tidak melakukan penahanan.
9. Pada 24 Oktober 2016 dilakukan pelimpahan berkas tahap II di Kejaksaan Negeri Makassar. Tim penasehat hukum kembali memasukkan Surat Permohonan Untuk Tidak Dilakukan Penahanan beserta jaminan dari pihak keluarga Yusniar. Jaksa Neng Marlinawati menolak permohonan tersebut dan melakukan penahanan terhadap Yusniar.
10. Pada 26 Oktober 2016 tim penasehat hukum yang tergabung dalam Koalisi Anti Kekerasan menggelar konferensi pers dan menyanggah penahanan oleh jaksa tersebut. Lengkapnya dalam pernyataan sikapnya yang dibacakan pada kesempatan tersebut, tim penasehat hukum Yusniar menyatakan; *Pertama*, Mengecam Kriminalisasi Kebebasan berpendapat dan Proses hukum terhadap Yusniar; *Kedua*, Menyanggah tindakan Penahanan yang dilakukan oleh Jaksa Penuntut Umum terhadap Yusniar; *Ketiga*, Meminta Kepada Badan Kehormatan DPRD Jeneponto untuk segera memeriksa Sudirman Sijaya dan memberikan Sanksi; dan *Keempat*, Meminta Kepada Kepolisian Daerah Sulawesi Selatan untuk segera memproses Laporan Polisi Tindak Pidana Pengrusakan secara bersama-sama oleh Sudirman Sijaya.
11. Sidang perdana digelar 2 November 2016 dengan agenda pembacaan dakwaan Jaksa Penuntut Umum. Bertempat di Pengadilan Negeri Makassar sidang tersebut dipimpin oleh hakim ketua Kasianus Telaumbanua, S.H., M.H., dengan hakim anggota Budiansyah, S.H., M.H., dan I Made Subagya M, S.H., M.H. Dalam dakwaan Jaksa, Yusniar didakwa dengan dakwaan tunggal

yaknimelakukan pencemaran nama baik sebagaimana Pasal 27 ayat (3) UU RI No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Atas dakwaan jaksa tersebut tim penasehat hukum Yusniar menyatakan akan mengajukan eksepsi.

12. Eksepsi tim penasehat hukum pada 9 November 2016 pada pokoknya menyatakan keberatan atas dua hal. *Pertama*, dalam kasus ini pelapor tidak memenuhi kualifikasi korban atau orang yang berhak untuk mengadakan penghinaan/pencemaran nama baik atas status facebook Yusniar. Konten status Yusniar dianggap tidak memuat identitas siapa orang yang dihina atau dicemarkan nama baiknya, serta tidak jelas mengacu kepada siapa konten yang diduga memiliki muatan penghinaan atau pencemaran nama baik tersebut. Oleh karena itu tim penasehat hukum menilai orang yang dimaksud dalam status yang diposting Yusniar sangatlah kabur. *Kedua*, perbuatan Yusniar yang dimaksud menghina dan mencemarkan nama baik tidak diuraikan sebagaimana unsur delik penghinaan yakni menyerang kehormatan dengan cara menuduhkan perbuatan tertentu. Jaksa penuntut umum hanya menguraikan kata “anggota Dpr tolo, pengacara tolo” dalam status Yusniar sebagai perbuatan yang menyerang kehormatan, sedang menurut penasehat hukum hal tersebut harus sebuah tuduhan tertentu misalnya seperti korupsi, mencuri, atau menipu.
13. Jaksa penuntut umum menanggapi keberatan tim penasehat hukum pada 16 November 2016 dengan menyatakan apa yang didalilkan tim penasehat hukum telah memasuki pokok perkara. Hal tersebut diamini majelis hakim melalui putusan sela pada 23 November 2016 yang pada pokoknya menyatakan keberatan tim penasehat hukum tentang status Yusniar kabur dan tidak jelas siapa yang dihina/dicemarkan nama baiknya, tetap harus dibuktikan. Dalam sidang pembacaan putusan sela hakim juga menyatakan menerima permohonan pengalihan penahanan Yusniar yang diajukan tim penasehat hukum dengan ibu Yusniar sebagai penjamin dari tahanan rumah tahanan negara ke tahanan kota. Jaksa Penuntut Umum telah menghadirkan 2 Saksi Ahli yakni Saksi Ahli ITE dan Ahli Bahasa. Sidang selanjutnya mendengarkan Keterangan Saksi Ahli dari Terdakwa Selasa, 17 Januari 2016 di PN Makassar.

BAB IV

Kemerdekaan Berekspresi dan Pembatasan Yang Sah

1. 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 :
 2. *Setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan.*
 3. *Setiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat; hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari pembatasanpembatasansecara lisan, tertulis, atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya.*
 4. *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*
2. 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*.¹
3. 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.
4. 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*

¹ Lihat <http://icjr.or.id/komentar-umum-no-34-tentang-kebebasan-berekspresi/>

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 freedom of expression; all criminal defamation laws should be abolished and replaced, where necessary, with appropriate civil defamation laws.”*²

5. 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”*.
6. 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.³
7. Pembatasan yang diperkenankan dalam hukum Internasional harus diuji dalam metode yang disebut uji tiga rangkai (*three part test*) yaitu:⁴
 - 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 Bereksprei. 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.

² Toby Mendel, The Case against Criminal Defamation Law, dalam Ending the Chilling Effect halaman 30 – 31.
<http://www.osce.org/fom/13573>

³ *Ibid*, hlm. 15

⁴ Uji Tiga Rangkai ini telah diakui oleh UN Human Rights Committee dalam Mukong vs Cameroon, view adopted 21 July 1994

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 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 perburuhan, termasuk untuk mengadakan mogok nasional bukanlah pembatasan dengan alasan keamanan nasional.⁵
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

⁵ lihat communication No. 518/1992, *Sohn v. Republic of Korea*, Views adopted on 18 March 1994.

dibenarkan dalam pelaksanaan kekuasaan peradilan untuk mempertahankan proses yang teratur,⁶ 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 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.⁷
25. Pada prinsipnya, pembatasan terhadap kebebasan berekspresi tidak boleh terlalu luas, merujuk pada Komentar Umum No. 27,⁸ 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.⁹
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.¹⁰
28. *Siracusa Principles* menjelaskan bahwa pembatasan harus dirumuskan secara ketat untuk kepentingan hak yang dilindungi tersebut¹¹ dan konsisten dengan tujuan ketentuan Kovenan Sipol,¹² sehingga pembatasan tersebut tidak boleh dilakukan dengan sewenang-wenang dan tanpa alasan yang sah.¹³ Pembatasan tersebut harus dirumuskan dengan jelas dan dapat diakses oleh setiap

⁶ Lihat communication No. 1373/2005, *Dissanayake v. Sri Lanka*.

⁷ Lihat Paragraph 32 General Comment No. 34

⁸ Lihat Paragraph 34 General Comment No. 34

⁹ Lihat communication No. 926/2000, *Shin v. Republic of Korea* .

¹⁰ *Amicus Curiae, Prita Mulyasari vs Negara Republik Indonesia*. 2009. Elsam, ICJR, IMDLN, PBHI, YLBHI, Jakarta hlm. 16

¹¹ UN Doc E/CN.4/1984/4 para 3

¹² UN Doc E/CN.4/1984/4 para 15

¹³ UN Doc E/CN.4/1984/4 para 16

orang¹⁴ dan menyediakan pengaman serta ganti rugi terhadap dampak dan penerapan dari pembatasan yang ilegal dan cenderung disalahgunakan.¹⁵

¹⁴ UN Doc E/CN.4/1984/4 para 17

¹⁵ UN Doc E/CN.4/1984/4 para 18

BAB V

Masalah Konstruksi Pasal 27 ayat (3) UU ITE

1. 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 maya¹⁶ Awalnya pengaturan mengenai perbuatan yang dilarang dalam RUU diatur dalam BAB VII perbuatan yang dilarang, dalam pasal 26 yakni : *setiap orang dilarang menyebarkan informasi eletronik 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.*¹⁷
2. Khusus Pasal 27 ayat (3) tentang penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, mengandung keaburan 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.¹⁸ 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.¹⁹
3. Perumusan yang demikian, kembali mengulangi permasalahan dalam KUHP dan berbagai UU lainnya yang terkait dengan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik,²⁰ 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”.
4. 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 di kenakan 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.²¹

¹⁶ Lihat Risalah RUU ITE tahun 2008 bagian RUU ITE.

¹⁷ *Ibid*

¹⁸ *Ibid*, hal. 65-68.

¹⁹ Lihat. Supriyadi Widodo Eddyono, *Problem Hukum & Hak Asasi Manusia Dalam Muatan Pasal 27 UU No 11 tahun 2 2008 tentang ITE, ICJR dan IMDLN*, 2011

²⁰ Lihat Supriyadi Widodo Eddyono, dkk, *Analisis Situasi Penerapan Hukum Penghinaan di Indonesia*, Jakarta: ICJR dan TIFA, 2012

²¹ *Ibid*

5. 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 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

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

Unsur Setiap Orang

7. 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.

Unsur Dengan Sengaja dan Tanpa Hak

8. 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.
9. 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 .
10. 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 mendekati 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 mogelijkheidsbewustzijn*).

11. Problemanya 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 pidana.

Unsur mendistribusikan atau mentransmisikan atau membuat dapat diaksesnya

12. 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.
13. 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 ini²².
 - 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.²³
 - Pengertian “Mentranmisikan” juga tidak dijelaskan dalam UU mungkin ini akan dijelaskan berkaitan dengan istilah teknis²⁴.

²² Ibid

²³ 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

²⁴ Dalam kamus besar Bahasa Indonesia transmisi adalah pengiriman (penerusan) pesan dan sebagainya dari seseorang kepada orang (benda) lain: --berita atau jaringan-ibid

- Sedangkan pengertian "Akses" adalah kegiatan melakukan interaksi dengan Sistem Elektronik yang berdiri sendiri atau dalam jaringan.
14. Istilah tersebut bersifat teknis dan tidak baku, sehingga dengan tidak adanya penjelasan yang memadai akan elemen tersebut tentunya akan menimbulkan banyaknya tafsiran yang akan dilakukan 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.²⁵
 15. 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."²⁶

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.

16. 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."²⁷

²⁵ Ibid

²⁶ Ahli Pemohon, Andika Triwidada, pada 12 Februari 2009 Perkara No 2/PUU – VII/2009

²⁷ Ibid

17. 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.
18. 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.²⁸

“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”.

19. 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. Celakanya, 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.”²⁹

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

20. Nama baik adalah kehormatan yang diberikan oleh masyarakat umum kepada seseorang karena perbuatannya atau karena kedudukannya.³⁰ ada juga yang disebut dengan penistaan dan fitnah

²⁸ ibid

²⁹ Ibid

³⁰ Leden Marpaung, Opcit, h. 15

(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 menjelekkan 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 KUHP³¹ Penghinaan adalah suatu tindakan yang tidak diperlukan keterlibatan orang lain, akan tetapi penghinaan dapat dilakukan sendiri.

21. 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.³²
22. 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 pemaknanya juga berlapis-lapis dan amat subyektif.³³
23. 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.³⁴ 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”.
24. 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

³¹ Ibid, h. 31

³² Lihat Yenti Ganarsih,

³³ Ahli Pemohon, Lihat putusan Perkara No 2/PUU – VII/2009

³⁴ Ahli Pemohon, Lihat putusan Perkara No 2/PUU – VII/2009

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.

25. 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
 - Pasal 315 Tiap---tiap penghinaan dengan sengaja yang tidak bersifat pencemaran atau pencemaran tertulis
26. 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 ataukah tidak.
27. 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 implisitas 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.”

28. 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

29. 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.
30. M. Yahya Harahap,³⁵ 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 penyidik atau penyidik. Hak menyampaikan laporan atau pengaduan, tidak diberikan kepada orang yang "mendengar "
31. Menurut M. Yahya Harahap pendengaran tidak dimasukkan dalam kategori orang yang berhak untuk melapor adalah realistik 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.

³⁵ Yahya Harahap, Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP (Penyidikan dan Penuntutan), Jakarta : Sinar Grafika, 1985, halaman 118- 119)

32. 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) Ketidadaan penggolongan jenis penghinaan dan pencemaran nama baik

33. 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, 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.
34. 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) Ketidadaan doktrin-doktrin "membela diri dan alasan pembenar"

35. 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 internasional³⁶yaitu:

³⁶ Lihat Supriyadi Widodo Eddyono, Sriyana, dan Wahyu Wagiman, Analisis Situasi Penerapan Hukum Penghinaan di Indonesia, (Jakarta: ICJR dan TIFA, 2012).

- 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 (*Claimants 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 :³⁷
- a. Di Muka Umum
 - 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

³⁷ Supriyadi Widodo Eddyono dkk, Analisis Situasi Penerapan Hukum Penghinaan di Indonesia, ICJR 2012

BAB VII

Analisis Kasus Yusniar : “Unsur Setiap Orang” yang tidak terpenuhi dalam kasus tersebut

7.1. Unsur Setiap Orang

1. Pasal 27 ayat (3) menyatakan 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”*.
2. 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.
3. Pada 14 Maret 2016, Yusniar mengekspresikan perasaannya dan mengeluarkan pendapatnya. Ia yang melihat langsung orang yang mengaku anggota dewan dan pengacara bersama dengan massanya melakukan pengrusakan rumahnya, ia pun menulis status di dinding media sosial facebook miliknya. Yakni: *“Alhamdulillah Akhirnya Selesai Jg Masalahnya. Anggota Dpr Tolo, pengacara Tolo Mau Na Bantu Orang Yg bersalah..Nyata2nya Tanahnya Ortuku Pergiko Ganggu2i Poenk...”*tulisnya.
4. status tersebut bisa tidak memnuhi unsur “setiap orang” karena tidak jelas, identitas siapa yang di maksud - tak ada nama terlapor di dalam statusnya. Terlebih lagi pelapor dan Yusniar sama sekali tak berteman di jejaring sosial Facebook. konten status tersebut tidaklah memuat identitas siapa orang yang dihina atau dicemarkan nama baiknya, serta tidak jelas mengacu kepada siapa konten yang diduga memiliki muatan penghinaan atau pencemaran nama baik tersebut. Oleh karena sebagaimana telah diuraikan di atas, status yang diposting terdakwa sangatlah kabur
5. Sejak awal diterimanya laporan seyogianya pihak kepolisian seharusnya lebih teliti melihat bahwa aduan pelapor tidak layak untuk dilanjutkan prosesnya. Sebagaimana delik aduan, pasal penghinaan/pencemaran nama baik mensyaratkan pelapor adalah orang yang terserang kehormatannya atas kalimat penghinaan yang dilaporkan. Sedang dalam kasus ini, tidak ada nama yang dituliskan yang mana dimaksudkan untuk menyerang kehormatan pelapor. Kekeliruan yang sama juga terjadi ketika berkas dilimpahkan ke penuntut umum. Sangat disayangkan, ketika aparat penegak hukum hanya sekedar melaksanakan formalitas penegakan hukum, namun tidak cermat dalam penerapannya, yakni dalam hal menentukan siapa korban atau siapa yang berhak mengadakan status yang diposting terdakwa sebagai dugaan penghinaan/pencemaran nama baik.

7.2. Pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam penerapan Pasal A quo.

6. Bahwa menurut putusan MK No. 50/PUU-VI/2008 tentang pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE terhadap UUD 1945, konstruksi 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".

7.3. Perubahan Pasal 27 ayat (3) dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik

8. Bahwa perubahan dalam Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik telah mencantumkan dalam penjelasannya menyatakan bahwa "Ketentuan pada ayat ini mengacu pada ketentuan pencemaran nama baik dan/atau fitnah yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)."
7. Hal ini untuk menghindari multitafsir terhadap ketentuan larangan mendistribusikan, mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik bermuatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik pada ketentuan Pasal 27 ayat (3), dilakukan 3 (tiga) perubahan sebagai berikut: A. Menambahkan penjelasan atas istilah "mendistribusikan, mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik". b. Menegaskan bahwa ketentuan tersebut adalah delik aduan bukan delik umum. c. Menegaskan bahwa unsur pidana pada ketentuan tersebut mengacu pada ketentuan pencemaran nama baik dan fitnah yang diatur dalam KUHP.
8. Dalam jenis delik ini maka penyidik harus terlebih dahulu melihat siapa yang menjadi korban dalam kasus ini. 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 seharusnya adalah "orang" atau "orang tertentu berdasarkan Pasal 72 ayat (1) KUHP", yang nama baik atau kehormatannya diserang.

7.4. Pertimbangan Penting beberapa Putusan Pengadilan Terkait Status Pasal 27 ayat (3) UU ITE yang merupakan Delik Aduan Absolut³⁸

9. Salah satu kelemahan mendasar dari rumusan delik dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE adalah mengenai apakah delik ini merupakan delik biasa atau merupakan delik aduan absolut. Untuk diperlukan tafsir otentik mengenai apakah mengenai pertanyaan kunci ini. Terhadap pertanyaan kunci ini, maka Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Perkara N0 50/PUU-VI/2008 dan Perkara No 2/PUU-VII/2009 menyatakan tafsir terhadap pertanyaan kunci ini

“...keberlakuan dan tafsir atas Pasal 27 ayat (3) UU ITE tidak dapat dipisahkan dari norma hukum pokok dalam Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP sebagai genus delict yang mensyaratkan adanya pengaduan (klacht) untuk dapat dituntut, harus juga diperlakukan terhadap perbuatan yang dilarang dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE, sehingga Pasal a quo juga harus ditafsirkan sebagai delik yang mensyaratkan pengaduan (klacht) untuk dapat dituntut di depan Pengadilan”

10. Putusan Mahkamah Konstitusi telah merumuskan bahwa tafsir dan keberlakuan dari Pasal 27 ayat (3) UU ITE, juga dikonformasi oleh Pengadilan Negeri Bantul tentang apa yang dimaksud dengan “memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”
11. Dalam Pengadilan Negeri Bantul, di sebuah kasus yang melibatkan status di facebook (**Kasus Diah Sarastuty Pengadilan**), **Putusan Nomor:196/Pid.Sus/2014/PN.BTL**: menyatakan bahwa penafsiran norma yang termuat dalam pasal 27 ayat 3 UU ITE tidak bisa dilepaskan dari genusnya yaitu norma hukum yang termuat dalam pasal 310 dan pasal 311 KUHP sesuai dengan Putusan Mahkamah Konstitusi No.50/PUUVI/ 2008 “Menimbang, bahwa menurut Putusan Mahkamah Konstitusi No.50/PUUVI/ 2008 penafsiran norma yang termuat dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE mengenai penghinaan dan/atau pencemaran nama baik tidak bisa dilepaskan dari genusnya yaitu norma hukum pidana yang termuat dalam Bab XVI tentang penghinaan yang termuat dalam Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP. Sehingga Konstitusional Pasal 27 ayat (3) UU ITE harus dikaitkan dengan Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP;”
12. Terkait dengan keberlakuan dan tafsir yang sebangun dengan Pasal 310 dan 311 KUHP yang merupakan delik aduan absolut sebagaimana diatur dalam Pasal 72 KUHP, maka diperhatikan putusan **Mahkamah Agung No 183 K/Pid/2010**. Dalam pertimbangannya MA menyatakan bahwa oleh karena yang menjadi obyek pencemaran/penistaan adalah badan hukum, yaitu PT Duta Pertiwi maka mengingat delik tersebut merupakan delik aduan absolut maka yang seharusnya mengajukan pengaduan adalah Direktur Utama PT tersebut, bukan kuasa hukum PT Duta Pertiwi. Mahkamah Agung menyatakan:

“Bahwa sebagai pelapor atas tindak pidana tersebut adalah pihak yang tercemar (PT.Duta Pertiwi) sehingga seharusnya sebagai pelapor adalah Dirut PT. tersebut, karena Dirutlah yang dapat mewakili suatu PT., sedangkan dalam kasus a quo yang melapor adalah Dormauli Limbang, SH. , MH., kuasa hukum yang mendampingi PT. Duta Pertiwi , sedangkan menurut

³⁸ Menimbang Ulang Pasal 27 ayat (3) UU ITE dalam Putusan Pengadilan : Pertimbangan Putusan Pengadilan Terkait Penggunaan Pasal 27 ayat (3) UU No 11 Tahuntentang Informasi dan Transaksi Elektronik di Indonesia , Institute for Criminal Justice Reform, American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI), 2014 hal 39-42.

Pasal 72 KUHP dalam Delik Aduan Absolut, seharusnya yang melapor adalah Dirut yang mewakili PT. Duta Pertiwi” .

13. Sebagai delik aduan absolut, maka yang boleh melaporkan hanyalah orang yang menjadi “korban” penghinaan secara langsung dan laporan tidak boleh dilakukan oleh orang lain selain “korban” Karena terkait langsung dengan korban perlu diperhatikan mengenai penyebutan nama. Apabila dalam suatu pernyataan tidak ada penyebutan nama secara langsung yang dibarengi dengan adanya tuduhan maka pernyataan tersebut tidaklah memiliki muatan penghinaan sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE.
14. Dalam **Putusan Nomor : 292/Pid.B/ 2014/PN. Rbi**. Pengadilan Negeri Raba Bima telah menegaskan pentingnya penyebutan nama yang dibarengi dengan adanya tuduhan. “Menimbang, bahwa setelah Majelis Hakim mencermati komentar-komentar Terdakwa sebagaimana tersebut di atas, Terdakwa tidak pernah menyebut nama saksi Dra. NURFARHATI, M.Si dan Terdakwa juga tidak pernah menyerang nama baik saksi Dra. NURFARHATI, M.Si dengan menuduhkan sesuatu ; Menimbang, bahwa dengan demikian dokumen elektronik tersebut tidak memiliki muatan penghinaan atau pencemaran nama baik, dengan demikian unsur “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” tidak terpenuhi.”

7.5. Terdakwa justru merupakan korban

15. Di sisi lain pelapor yang merupakan pejabat publik seharusnya bisa menempatkan dirinya sebagai pengayom masyarakat dan memberikan perlindungan terhadap rakyat kecil, bukan sebaliknya justru diduga terlibat dalam pengrusakan rumah terdakwa. Terlebih dalam kapasitas pelapor sebagai orang yang mengerti hukum, seharusnya mengetahui dan memahami bahwa dalam konteks kasus penghinaan/pencemaran nama baik, proses pidana adalah upaya terakhir (*ultimum remedium*). Faktor-faktor tersebut diantaranya, yakni jangan menggunakan Hukum Pidana dengan cara emosional; jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak jelas korban atau kerugiannya; jangan menggunakan hukum pidana, apabila kerugian yang ditimbulkan dengan pembedaan akan lebih besar daripada kerugian oleh tindak pidana yang akan dirumuskan; serta jangan menggunakan hukum pidana apabila tidak didukung oleh masyarakat secara kuat.
16. Selanjutnya bila dilihat dari rentetan peristiwa, dalam kasus ini terdakwa adalah korban yang sesungguhnya. Di samping rumah tempat tinggalnya kini telah rusak, terdakwa adalah termasuk kelompok rentan sebagai perempuan. Apa yang dilakukan oleh Terdakwa adalah salah satu bentuk perlawanan diri karena ketidakkuasaan untuk melakukan perlawanan karena adanya relasi kuasa yang tidak seimbang (timpang), yang terjadi saat itu antara dirinya dengan orang yang mengaku dirinya anggota dewan dan seorang pengacara.
17. Dengan posisinya itu pelapor memiliki kekuatan, kekuasaan, dan massa pada saat itu. Ketimpangan itulah yang dialami oleh Terdakwa sebagai warga biasa. Ditambah lagi, harus dipahami pula bahwa dia adalah seorang perempuan yang berusaha mewakili orangtuanya untuk tampil membela hak anggota keluarganya. Bahwa Ekspresi perasaan yang dituangkan oleh Terdakwa dalam akun *facebook*-nya harus dipandang sebagai bentuk perlawanan kelompok rentan atas kesewenang-wenangan yang dialaminya.