

KORBAN PELECEHAN YANG MENJADI TERSANGKA

PASAL 27
AYAT (1) UU ITE

Amicus Curiae (Sahabat Pengadilan)

Dalam Kasus Baiq Nuril
Maknun Pada Nomor
Register Perkara :
265/Pid.Sus/2017/PN.Mtr
Di Pengadilan Negeri
Mataram



Amicus Curiae (Sahabat Pengadilan) Dalam Kasus Baiq Nuril Maknun Pada Nomor Register Perkara : 265/Pid.Sus/2017/PN.Mtr Di Pengadilan Negeri Mataram

Disusun oleh:

Erasmus A.T. Napitupulu
Supriyadi W. Eddyono

Desain Cover :

Basuki Rahmat

Lisensi Hak Cipta



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

ISBN:

ISBN 978-602-6909-60-2



9 786026 909602

Diterbitkan oleh:

Institute for Criminal Justice Reform

Jl. Siaga II No. 6F, Pejaten Barat,
Pasar Minggu, Jakarta Selatan, 12510
Phone/Fax : 021 7945455
Email : infoicjr@icjr.or.id
<http://icjr.or.id> | @icjrid

Daftar Isi

Pernyataan Kepentingan Institute for Criminal Justice Reform (ICJR) Sebagai Amici	4
Posisi Amicus Curiae dalam Peradilan di Indonesia	6
Kronologi Kasus	9
Masalah Konstruksi Pasal 27 ayat (1) UU ITE	13
Nuril, Korban yang Seharusnya Dilindungi, Bukan Dipidana.....	20
Kesimpulan.....	23
Profil Penulis.....	24
Profil ICJR	25

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 ICJR 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 pengutan 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 ICJR dapat dilihat di situs resmi ICJR 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 Curiae 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
 - i. Amicus Curiae Dalam Kasus Yusniar Pada Nomor Register Perkara: PDM-856/Mks/Euh.2/10/2016 Di Pengadilan Negeri Makasar, diajukan oleh Institute for Criminal Justice Reform (ICJR) Februari tahun 2017
7. Selain beragam Amicus Curiae di Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung, Amicus Curiae juga dipraktikkan dalam berbagai perkara di Mahkamah Konstitusi. Dalam perkara-perkara di Mahkamah

Konstitusi, posisi Amicus Curiae dinyatakan sebagai bukti/keterangan yang bersifat Ad Informandum. 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.

BAB III

Kronologi Kasus

1. Ibu Nuril, bernama lengkap Baiq Nuril Maknun, perempuan berumur 36 tahun ini seorang ibu rumah tangga. Ibu Nuril bersama suami dan ketiga anaknya tinggal di rumah yang dipinjamkan keluarganya di Kecamatan Labu Api, Kabupaten Lombok Barat, NTB. Sebelumnya Ibu Nuril menjadi tenaga honorer di SMAN 7 Mataram. Namun ia kemudian diberhentikan oleh M, kepala sekolah di SMA tersebut. M kemudian melaporkan secara pidana Ibu Nuril dalam kasus informasi dan transaksi elektronik (ITE), Ibu Nuril di tuduh mencemarkan nama baiknya.
2. M, selaku kepala sekolah di SMAN 7 Mataram dikenal cukup dekat dengan Ibu Nuril dan Ibu L (Bendahara SMAN 7 Mataram). Sebab, seringkali Ibu Nuril dan Ibu L diajak lembur di sekolah, kadang sampai waktu maghrib. Dari keterangan Ibu Nuril, hampir setiap hari M menelpon dirinya, awalnya memang membicarakan soal pekerjaan, tapi ujung-ujungnya pasti M membicarakan hal-hal yang mengarah ke pelanggaran kesusilaan, yang sangat tak pantas dilakukan seorang Kepala Sekolah. Bahkan, dari keterangan Ibu Nuril, dirinya kerap kali dirayu dan diajak menginap berdua di hotel oleh M, tapi Ibu Nuril tetap menolaknya;
3. Bahwa awalnya pada waktu yang tidak dapat diingat dengan pasti pada bulan Agustus tahun 2014 sekitar Pukul 16.30 Wita bertempat di rumah Ibu Nuril di BTN BHP Telagawaru, Desa Perampuan, Kecamatan Labu Api, Kabupaten Lombok Barat, NTB, Ibu Nuril mendapat telpon dari M, yang juga merupakan atasannya di SMAN 7 Mataram selaku kepala sekolah. Dalam perbincangan tersebut M menceritakan kepada Ibu Nuril tentang perbuatan asusilanya/ "hubungan badannya" dengan perempuan selain isterinya;
4. Kemudian Ibu Nuril dengan inisiatifnya sendiri merekam pembicaraan M tersebut dengan Hp Nokia miliknya. Perekaman tersebut dilakukan Ibu Nuril dengan niat semata-mata untuk dijadikan bukti bahwa dirinya tidak memiliki hubungan khusus dengan M. Sebab, di sekolah tempatnya bekerja berhembus kabar bahwa Ibu Nuril memiliki hubungan khusus dengan M karena sering diajak bekerja lembur bertiga dengan Ibu L (Bendahara SMAN 7 Mataram) sampai waktu maghrib.
5. Bahwa Hp Nokia yang digunakan Ibu Nuril untuk merekam pembicaraan M tersebut diberikan kepada kakak iparnya, LAR (Pegawai di Dinas Kebersihan Kota Mataram). Sebab, Hp Nokia tersebut hampir rusak dan agak susah digunakan karena sudah pernah terjatuh. Ibu Nuril pun sempat menceritakan terkait rekaman dalam Hp Nokia tersebut kepada salah seorang temannya yang bekerja di SMAN 7 Mataram, yaitu F;
6. Kemudian selang beberapa waktu yang tidak dapat diingat dengan pasti tepatnya, salah satu pegawai di SMAN 7 Mataram, yaitu HIM meminta rekaman tersebut kepada Ibu Nuril saat bertemu di sekolah. Ibu Nuril pun merasa bingung dari mana pak HIM mengetahui tentang rekaman tersebut. Bahkan, hampir setiap kali bertemu dengan Ibu Nuril, HIM selalu menanyakan dan ingin meminta rekaman tersebut dengan alasan akan dibawa ke DPRD supaya kepala sekolah dipindahkan karena tidak ingin dipimpin oleh orang seperti itu;

7. Setelah kurang lebih dua minggu terus-terusan diminta, barulah rekaman tersebut mau diberikan, tapi tempatnya ada di Hp Nokia yang diberikan kepada kaka iparnya, LAR;
8. Kemudian, pada waktu yang tidak dapat diingat dengan pasti antara bulan Desember tahun 2014 sampai bulan Januari 2015, Ibu Nuril pun pergi membawa anaknya yang baru berumur 3 tahun bersama temannya, salah seorang pegawai di SMAN 7 Mataram, yaitu NA dan HIM juga datang ke tempat kerja kaka iparnya di Dinas Kebersihan Kota Mataram di Jalan Sandubaya, Kecamatan Sandubaya, Kota Mataram;
9. Setelah sampai di sana Ibu Nuril meminjam Hp Nokia yang ada di kakak iparnya dan kemudian diberikan kepada HIM;
10. Pada saat itu juga, anaknya Ibu Nuril menangis karena pipis di celana dan Ibu Nuril pun membawa anaknya ke belakang. Ibu Nuril pun meninggalkan NA dan HIM di halaman Dinas Kebersihan Kota Mataram. Sehingga, Ibu Nuril tidak melihat dan tidak tahu bagaimana cara dan proses HIM memindahkan isi rekaman yang ada di dalam Hp Nokia tersebut ke laptopnya;
11. Kemudian, rekaman tersebut dikirim oleh HIM ke Pak MHJ (Guru di SMAN 7 Mataram) dan Pak MHK (Pegawai di SMAN 7 Mataram). Lalu, Pak MHJ mengirim ke Pak SKR (Pegawai di SMAN 7 Mataram) dan ke Ibu ID (Pengawas SMAN 7 Mataram di Dinas Dikpora Kota Mataram);
12. Setelah rekaman tersebut beredar, Ibu Nuril dan HIM dipanggil oleh Kepala Dinas Dikpora Kota Mataram untuk menanyakan kebenaran isi rekaman tersebut. Sekitar 4 (empat) hari setelah pemanggilan itu, Ibu Nuril langsung diberitahukan oleh salah satu pegawai di SMAN 7 Mataram bahwa dirinya telah diberhentikan bekerja di SMAN 7 Mataram oleh M selaku kepala sekolah;
13. Kemudian setelah kejadian itu, beberapa pejabat di SMAN 7 Mataram dipanggil ke Dinas Dikpora Kota Mataram dan disampaikan di sana bahwa akan ada mutasi pegawai untuk menjadi pengawas. Beberapa waktu setelah itu, M berhenti menjadi Kepala Sekolah SMAN 7 Mataram dan dipromosikan menjadi Pengawas tetapi tidak mau. Akhirnya, M menjabat sebagai Kepala Seksi Pendidikan Luar Sekolah (PLS) di Dinas Dikpora Kota Mataram;
14. Karena merasa malu dan telah diberhentikan dari jabatannya sebagai kepala sekolah, M melaporkan Ibu Nuril ke Polres Mataram dengan Laporan Polisi Nomor: LP/K/216/2015/Polres Mataram tertanggal 17 Maret 2015 dengan dugaan melakukan tindak pidana di bidang informasi dan transaksi elektronik (ITE), yaitu dengan sengaja dan tanpa hak membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan atau penghinaan sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) atau Pasal 310 KUHP;
15. Setelah adanya laporan tersebut, Ibu Nuril sempat diajak oleh beberapa pegawai SMAN 7 Mataram untuk pergi bersilaturahmi ke rumah M supaya mau berdamai, tetapi tidak berhasil karena M meminta jabatannya sebagai kepala sekolah dikembalikan baru laporannya tidak akan dilanjutkan;
16. Setelah kurang lebih 1 (satu) tahun tidak ada kabar dengan kasus tersebut, Ibu Nuril dan keluarga menganggap bahwa kasus tersebut telah selesai. Akan tetapi, pada tanggal 27 Maret 2017 Ibu Nuril dipanggil kembali oleh Penyidik Polres Mataram dan ia datang sendiri dengan membawa anaknya yang barumur 5 (lima) tahun karena tidak mengira dirinya akan ditahan;

17. Akan tetapi, saat itu juga (tanggal 27 Maret 2017) Ibu Nuril langsung ditahan oleh penyidik. Kemudian, Ibu Nuril langsung menelpon suaminya, Isnaini yang sedang bekerja di salah satu restoran di Gili Trawangan untuk memberitahukan bahwa dirinya akan ditahan oleh kepolisian dan supaya suaminya datang ke kantor Polres Mataram untuk menjemput anaknya dan membawa pulang sepeda motornya;
18. Kurang lebih sekitar satu minggu setelah Ibu Nuril ditahan, suaminya berhenti bekerja di Gili Trawangan karena tuntutan pekerjaan di sana yang mengharuskan untuk menginap di pulau karena jarak yang jauh dari rumahnya. Sementara, kondisi ketiga anaknya tidak ada yang menjaga dan mengurusnya di rumah. Terlebih lagi, ketiga anaknya masih di bawah umur, anak pertama sedang duduk kelas 2 SMP (14 tahun), anak kedua kelas 5 SD (11 tahun), dan anak ketiga masih berumur 5 tahun;
19. Ibu Nuril ditahan penyidik kepolisian sejak tanggal 24 Maret 2017 sampai dengan 15 April 2017 dengan Surat Perintah Penahanan Nomor: Sprin – Han/35/III/2017/Reskrim dari Polres Mataram dan ditahan Jaksa Penuntut Umum pada Kejaksaan Negeri Mataram sejak tanggal 12 April 2017 sampai dengan 1 Mei 2017;
20. Setelah Ibu Nuril ditahan selama kurang lebih selama 2 (dua) bulan dari tingkat kepolisian sampai kejaksaan, pada tanggal 4 Mei 2017 Ibu Nuril mendapat panggilan untuk mengikuti sidang perdana di Pengadilan Negeri Mataram dengan agenda pembacaan Surat Dakwaan dari Jaksa Penuntut Umum;
21. Ibu Nuril didakwa telah melakukan tindak pidana: *“...dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan melanggar kesusilaan”*, sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 27 ayat (1) *juncto* Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, dengan ancaman pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan denda paling banyak Rp. 1.000.000.000,- (satu miliar rupiah).

Proses Hukum

22. Ibu Nuril setidaknya telah menjalani tujuh kali sidang sampai dengan 14 Juni 2017. Sidang pertama Nuril berlangsung Rabu, 3 Mei 2017, dengan agenda pembacaan dakwaan oleh Jaksa Penuntut Umum. Ibu Nuril didakwa melakukan tindak pidana dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan atau mentransmisikan dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan yaitu pasal 27 ayat (1) Jo pasal 45 ayat (1) Undang-Undang No 11 tahun 2008 tentang ITE.
23. Sidang kedua Ibu Nuril dilanjutkan pada Rabu, 10 Mei 2017 dengan agenda mendengarkan keterangan saksi. Sidang ketiga dilanjutkan pada Rabu, 17 Mei 2017 dengan agenda masih pemeriksaan saksi
24. Sidang keempat dilakukan pada Rabu, 24 Mei 2017 dengan agenda utama masih pemeriksaan saksi dan mendengarkan keterangan ahli dari Kominfo.
25. Sidang selanjutnya yaitu Sidang Kelima dilakukan pada Selasa 30 Mei 2017 dengan agenda masih pemeriksaan saksi. Sidang keenam dilakukan pada Rabu, 31 Mei 2017 dengan agenda adalah mendengarkan keterangan ahli dari Komnas Perempuan RI. Dalam Sidang 31 Mei 2017 ini, Hakim

PN Mataram melakukan penangguhan penahanan pada Ibu Nuril dari tahanan rutan menjadi tahanan Kota.

26. Sidang ketujuh atau Sidang Tuntutan dilakukan pada Rabu 14 Juni 2017, oleh JPU, Ibu Nuril sebagai terdakwa dianggap terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan atau mentransmisikan dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan, yaitu melanggar pasal 27 ayat (1) Jo pasal 45 ayat (1) Undang-Undang No 11 tahun 2008 tentang ITE.

BAB IV

Masalah Konstruksi Pasal 27 ayat (1) UU ITE

1. Dalam proses penyusunan UU ITE baik di naskah akademis maupun dalam RUU ITE, pada dasarnya tidak akan ditemukan pasal dalam RUU yang mengatur mengenai rencana kriminalisasi muatan Kesusilaan di ranah maya.¹ Pengaturan mengenai perbuatan yang dilarang diatur dalam BAB VII perbuatan yang dilarang, dalam pasal 26 RUU ITE, yakni :

“setiap orang dilarang menyebarkan informasi elektronik yang memiliki muatan pornografi, pornoaksi dan atau tindak kekerasan melalui computer atau sistem elektronik.”²

2. Apabila ditelusuri, Pasal 26 RUU ITE ini kemudian diubah menjadi Pasal 27 dan dipecah menjadi empat perbuatan yang dilarang. Perlu dicatat bahwa dalam risalah pembahasan RUU ITE, tidak dijelaskan alasan memecah ketentuan dalam Pasal 26 RUU ITE menjadi beberapa perbuatan dalam pasal 27 UU ITE, rumusan dalam pasal 27 UU ITE juga tidak dijelaskan secara lengkap. Salah satu pasal pidana adalah Pasal 27 ayat (1) UU ITE, mengatur tentang kesusilaan.

3. Pasal 27 ayat (1) UU ITE secara lengkapnya yakni:

Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan

4. Khusus Pasal 27 ayat (1) tentang kesusilaan, 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.³
5. Dalam persidangan Pengujian Pasal 27 Ayat (3) UU ITE di Mahkamah Konstitusi, Problem-problem terkait dengan rumusan telah menjadi bahan perdebatan yang cukup signifikan antara pemohon⁴ Barulah pasca perubahan UU ITE tahun 2016 pemerintah kemudian memberikan penjelasan terkait unsur-unsur tersebut.

¹ Lihat Risalah RUU ITE tahun 2008 bagian perbuatan yang dilarang, tidak ada penjelasan terkait dengan definisi kesusilaan yang diatur dalam RUU ITE

² *Ibid*

³ *Ibid*, hal. 65-68.

⁴ Lihat. Supriyadi Widodo Eddyono, Problem Hukum & Hak Asasi Manusia Dalam Muatan Pasal 27 UU No 11 tahun 2008 tentang ITE, ICJR dan IMDLN, 2011

Masalah Perumusan Unsur

6. Berdasarkan rumusan pasal 27 ayat (1) 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 kelalaian. 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 (1), 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 (1), 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 yang melanggar kesusilaan.
10. Kesengajaan sebagaimana Pasal 27 ayat (1) 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 kesusilaan 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 mogelijkheidbewustzijn*).

Unsur mendistribusikan atau mentransmisikan atau membuat dapat diaksesnya

11. 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.
12. Namun mengherankan beberapa elemen penting lainnya dalam mengartikan pasal ini justru tidak dijelaskan dalam UU ITE melalui UU No. 11 Tahun 2008, sebelum akhirnya direvisi pada 2016, UU ITE tidak menjelaskan pengertian “mendistribusikan”, pengertian “mentransmisikan” dan juga pengertian “membuat dapat diaksesnya”.
13. 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.⁵
14. Mendistribusikan dalam dunia IT tidak sama dengan distribusi benda dalam dunia nyata yang biasanya 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 juga 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.”⁶

⁵ Ibid

⁶ Ahli Pemohon, Andika Triwidada, pada 12 Februari 2009 Perkara No 2/PUU – VII/2009

15. Penjelasan secara umum diatas kemudian dipersempit dalam UU ITE pasca revisi, berdasarkan penjelasan Pasal 27 ayat (1) UU ITE, disebutkan bahwa *Yang dimaksud dengan “mendistribusikan” adalah mengirimkan dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik kepada banyak Orang atau berbagai pihak melalui Sistem Elektronik.*
16. Dengan begitu, maka unsur “mendistribusikan” dimaknai “hanya” dalam konteks “mengirimkan” dan “menyebarkan”. Hal ini menunjukkan bahwa perbuatan mendistribusikan dilakukan secara aktif oleh pengirim dengan cara dikirim, sehingga tidak mencakup perbuatan “ditarik” dalam pengertian ilmu IT.
17. Sedangkan Mentransmisikan dalam penjelasan Pasal 27 ayat (1) UU ITE adalah mengirimkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang ditujukan kepada satu pihak lain melalui Sistem Elektronik. Secara ilmu IT, pengertian ini belumlah lengkap, sebab 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.⁷
18. Dari dua penjelasan di atas, maka perbedaan “mendistribusikan” dan “mentransmisikan” terletak pada subjek yang dituju. Dalam mendistribusikan subjek yang dituju harus banyak orang atau berbagai pihak, sedangkan dalam mentransmisikan hanya ditujukan kepada satu pihak lain. Persamaannya, kedua perbuatan tersebut harus dilakukan melalui Sistem Elektronik.
19. Kemudian, yang dimaksud sebagai Sistem Elektronik adalah serangkaian perangkat dan prosedur elektronik yang berfungsi mempersiapkan, mengumpulkan, mengolah, menganalisis, menyimpan, menampilkan, mengumumkan, mengirimkan, dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik. Atas dasar itu, jelaslah bahwa baik mendistribusikan dan mentransmisikan adalah kegiatan mengirim kepada subjek tertentu **harus** dalam suatu sistem elektronik.
20. Persoalan sesungguhnya muncul pada unsur berikutnya, yaitu rumusan “membuat dapat diakses”. Dalam penjelasan Pasal 27 ayat (1) disebutkan bahwa “Yang “membuat dapat diakses” adalah semua perbuatan lain selain mendistribusikan dan mentransmisikan melalui Sistem Elektronik yang menyebabkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dapat diketahui pihak lain atau publik.
21. 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.
22. 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

⁷ Ibid

ataupun laptop apabila berpindah tangan ke orang lain maka frasa membuat dapat diaksesnya dapat berlaku pada kondisi itu.⁸

23. 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 (1) 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 muatan yang melanggar kesusilaan.
24. Penjelasan unsur “membuat dapat diaksesnya” juga membuka peluang suatu perbuatan yang sangat luas dan multitafsir. Semua perbuatan lain selain mendistribusikan dan mentransmisikan melalui Sistem Elektronik yang menyebabkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dapat diketahui pihak lain atau public sangatlah luas. Apakah seluruh kegiatan ini mencakup perbuatan online serta offline dan dalam suatu sistem elektronik atau tidak.
25. Namun, yang menjadi catatan penting dari unsur “membuat dapat diaksesnya” telah menjawab pertanyaan di atas terkait apakah seluruh kegiatan ini mencakup perbuatan online serta offline dan dalam suatu sistem elektronik atau tidak. Dalam penjelasannya seluruh perbuatan dalam Pasal 27 ayat (1) harus dilakukan dalam sistem elektronik, sehingga, harus dibuktikan suatu perbuatan dilakukan dalam suatu sistem elektronik untuk memenuhi unsur “membuat dapat diaksesnya” dalam Pasal 27 ayat (1) UU ITE.

Unsur “muatan yang melanggar kesusilaan” dan hubungan dengan KUHP.

26. Dalam Pasal 27 ayat (1) UU ITE, salah satu unsur terpenting adalah “muatan yang melanggar kesusilaan”. Dalam pemaknaan unsur ini maka seluruh perbuatan lain yang menjadi unsur harus terkait dengan unsur adanya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.
27. Salah satu kelemahan dalam UU ITE karena UU ITE kemudian tidak memberikan penjelasan mengenai apa yang dimaksud dengan melanggar kesusilaan.
28. Bahwa apabila melihat UU ITE pasca revisi, pemerintah kemudian memberikan penjelasan bagi tindak pidana lain, seperti ketentuan Pasal 27 ayat (3) dan (4) UU ITE yang penjelasan muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik serta pemerasan dan/atau pengancaman harus merujuk KUHP. Maka ketentuan Pasal 27 ayat (1) menjadi rancu karena tidak diberikan rujukan apakah “kesusilaan” yang dimaksud adalah kesusilaan di KUHP atau tidak.
29. Kerancuan pengaturan Pasal 27 ayat (1) KUHP menjadi lebih bermasalah karena apabila “kesusilaan” yang dimaksud merujuk pada KUHP, maka artinya pasal 27 ayat (1) UU ITE tidak hanya merujuk pada satu jenis perbuatan atau delik, melainkan satu Bab dalam KUHP yang juga terbagi dalam kejahatan dan pelanggaran.
30. KUHP yang berlaku sekarang ini telah mulai diberlakukan sejak tahun 1918. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 menjadikan *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* sebagai Kitab

⁸ ibid

Undang-Undang Hukum Pidana bagi Indonesia. Mengenai konsep tindak pidana kesusilaan. Pertama-tama perlu dijelaskan mengenai konsep tindak pidana dalam Bab XIV Buku Kedua dan Bab VI Buku Ketiga KUHP. Dalam kedua bab tersebut, Wirjono Prodjodikoro membagi dua jenis tindak pidana yakni:⁹

- a. Tindak pidana melanggar kesusilaan (*zedelijkheid*). Untuk kejahatan melanggar kesusilaan terdapat pada pasal 281 sampai dengan 299, sedangkan untuk pelanggaran golongan pertama (kesusilaan) dirumuskan dalam pasal 532 sampai pasal 535.
 - b. Tindak pidana melanggar kesopanan (*zeden*) yang bukan kesusilaan, artinya tidak berhubungan dengan masalah seksual, untuk kejahatan kesopanan ini dirumuskan dalam jenis pelanggaran terhadap kesopanan (di luar hal yang berhubungan dengan masalah seksual) dirumuskan dalam pasal 236 sampai dengan 547.
31. Pendapat Wirjono tersebut didasarkan pada tafsir terjemahan padanan kata yang termuat dalam teks aslinya yakni *zedelijkheid* dan *zeden*. Dalam naskah asli, Bab XIV dan Bab VI memiliki titel *Misdrijven tegen de zeden dan Overtredingen betreffende de zeden*. Oleh ahli hukum Indonesia kata *zeden* diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sebagai kesusilaan dan kesopanan.¹⁰
32. Perbuatan yang merusak kesusilaan (*schennis der eerbaarheid*) adalah perbuatan yang menyerang rasa kesusilaan masyarakat. Kesusilaan yang dirusak sebenarnya adalah apa yang dirasakan sebagai kesusilaan oleh segenap orang dalam suatu masyarakat sehingga dapat dikatakan bahwa yang tersinggung adalah rasa susila dari semua orang dalam masyarakat tersebut. Rumusan tersebut merupakan rumusan yang sifatnya abstrak sebab perbuatan-perbuatan yang dirumuskan oleh pembentuk undang-undang, isi dan wujud konkritnya tidak dapat ditentukan (wujud konkritnya sangat banyak bahkan tidak terbatas atau wujud perbuatannya baru dapat diketahui pada saat perbuatan itu telah terjadi secara sempurna).¹¹ Van Bemmelen memberikan uraian mengenai pengertian “merusak kesusilaan” yakni: pelanggaran kehormatan kesusilaan di muka umum ialah terjemahan dari “*outrage public a la pudeur*” dalam Pasal 303 Code Penal.¹² Ini dapat ditafsirkan sebagai “tidak ada kesopanan di bidang seksual”.
33. Jadi sopan ialah tindakan atau tingkah laku yang seseorang tidak usah malu apabila orang lain melihatnya atau sampai mengetahuinya dan juga oleh karenanya orang lain itu umumnya tidak akan terperanjat apabila melihat atau sampai mengetahuinya.¹³ Namun unsur di muka umum (secara terbuka atau dimuka umum/openbaar) pada Pasal 281 adalah unsur yang melekat pada

⁹ Lihat dalam Adam Chawazi, Tindak Pidana mengenai Kesopanan, hlm. 3. Lihat juga Wirjono Prodjodikoro, Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia, Refika Aditama, 2003 hlm. 111.

¹⁰ Sebagai contoh KUHP yang diterjemahkan oleh R. Soesilo menggunakan kata kesopanan sedangkan R. Sugandhi memilih kesusilaan sebagai padanan dari *zeden*. Wirjono Prodjodikoro menyebutkannya sebagai *zeden – delicten*.

¹¹ Lihat Hukum Pidana 3 bagian Khusus Delik-Delik Khusus, J.M. van Bemmelen, Bina Cipta, November 1986, hlm.177–178.

¹² Dalam hal ini W.J.P Pompe pada ceramahnya “*strafrecht en zedelijkheid*” tidak sepaham dengan pendirian Van Bemmelen yang menyempitkan pengertian mengenai delik kesusilaan yang hanya terbatas pada masalah seks. Pompe tidak berkehendak untuk mengidentikkan kata “susila” dengan “*zedelijkheidnormen*”, dan ia berkeinginan untuk mengintegrasikan pengertian susila dengan apa yang dikemukakan oleh “*normaalspraakgebruik*”. Lihat Oemar Seno Adji, Hukum (Acara) Pidana dalam Prospekti, Erlangga, Jakarta, 1981.

¹³ Lihat Leden Marpaung, Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya, Sinar Grafika, 1996, hal 33–34.

sifat perbuatan yang tercela (merusak kesusilaan) atau melanggar hukum pada perbuatan yang merusak kesusilaan tersebut. Unsur openbaar inilah yang menjadi penyebab perbuatan tercela tersebut menjadi sebuah konstruksi tindak pidana yang merusak kesusilaan umum. Di muka umum menurut Wirjono Prodjodikoro berarti tidak hanya di tempat yang terbuka untuk umum, namun meliputi pula tempat-tempat yang perbuatannya dapat dilihat dari tempat umum. Patut dicermati pula bahwa KUHP Indonesia mencantumkan (memasukkan) unsur kesengajaan (opzettelijk) yang merupakan salah satu penyimpangan dari asas konkordansi dalam penyerapan hukum Belanda di Indonesia waktu itu. Naskah WvS Belanda tidak memasukkan unsur “sengaja” dalam kejahatan merusak kesusilaan dimuka umum. Hal tersebut didasarkan oleh pertimbangan Pemerintah Hindia Belanda sebab bagi masyarakat Indonesia waktu itu merupakan suatu hal yang biasa (wajar), tidak melanggar rasa kesusilaan. Misalnya untuk orang-orang yang mandi disungai secara bersama-sama antara laki-laki dan perempuan.¹⁴

34. Mengenai tindak pidana kesusilaan, KUHP menunjukkan sikap yang restriktif. Hal ini tercermin dengan tidak mudahnya menjadikan suatu perbuatan yang tercela menjadi suatu delik yang dapat dipidanakan. KUHP dalam hal ini mengikuti Code Penal Perancis yang mengadakan pembatasan secukupnya terhadap delik-delik mengenai kesusilaan.¹⁵ Garis pemikiran inilah yang nampaknya diteruskan dalam konkordansi hukum Belanda ke Hindia Belanda.¹⁶
35. Dalam konteks tindak pidana kesusilaan, sudah dijelaskan adanya keterbatasan bahasa untuk dapat memberikan definisi yang memiliki presisi tinggi (precision principle). Keterbatasan rumusan delik yang secara harafiah tidak pernah dapat memberikan kejelasan secara sempurna dan tuntas, merupakan situasi yang disadari oleh para pakar pidana khususnya. Hal ini dapat ditengarai dengan acapkali peraturan perundang-undangan menggunakan istilah umum yang global dan tidak pernah dapat secara persis menunjukkan tindakan apa yang diancamkan pidana oleh ketentuan pidana tersebut.
36. Sehingga, unsur kesusilaan yang dimaksud harus setidaknya-setidaknya merujuk pada ketentuan yang sudah ada atau dalam praktik di pengadilan. Pasal 27 ayat (1) UU ITE, memiliki kerancuan pemaknaan “kesusilaan”. Apabila dilihat kaitannya dengan penjelasan pada pasal 27 UU ITE lainnya yang merujuk KUHP, maka semua unsur dalam UU ITE harus dilekatkan pada unsur-unsur yang diatur dalam KUHP sebagaimana telah dijelaskan di atas.¹⁷

¹⁴ Lihat Wirjono, op.cit., hlm. 113 dan Adam Chazawi, op.cit., hlm. 14–16.

¹⁵ Lihat Wirjono, ibid., hlm. 20–21.

¹⁶ Paralel dengan fenomena mengkriminalisasikan perbuatan-perbuatan dengan basis “hukum/penafsiran agama” juga terjadi dalam pembentukan dan perkembangan hukum pidana di Belanda. KUHP Belanda juga mengeliminasi anasir-anasir hukum kanonik yang hendak mengidentifikasi semua perbuatan yang mengandung dosa dengan rumusan-rumusan suatu tindak pidana. Bahwa tidak semua hal yang tercela menurut norma-norma susila (agama) dapat dikualifikasi begitu saja sebagai suatu tindak pidana, tidak semua perbuatan yang “zedelijkstrafwaardig” adalah “juridis strafbaar”. Garis pemikiran inilah yang nampaknya diteruskan dalam konkordansi hukum Belanda ke Hindia Belanda. Lihat Wirjono, op. cit., hlm. 20–22.

¹⁷ Lihat Wirjono, op.cit., hlm. 113

BAB V

Nuril, Korban yang Seharusnya Dilindungi, Bukan Dipidana

37. Seperti yang telah dijelaskan di atas maka dikarenakan UU ITE tidak menjelaskan dan memberikan unsur yang jelas terhadap “muatan yang melanggar kesusilaan”, maka untuk tidak memberikan kerancuan pada pengaturan yang ada dalam KUHP, pembuktian terhadap unsur yang ada dalam Pasal 27 ayat (1) UU ITE harus merujuk pada KUHP.
38. Bahwa apabila melihat setidaknya pengaturan awal terkait kejahatan terhadap kesusilaan dalam KUHP, dalam Pasal 281 dan 282 KUHP, maka unsur di muka umum atau terbuka menjadi bagian yang sangat penting.

Pasal 281	Pasal 282 ayat (1)	Pasal 283 ayat (2)
Diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah: 1) barang siapa dengan sengaja dan terbuka melanggar kesusilaan ; 2) barang siapa dengan sengaja dan di depan orang lain yang ada di situ Bertentangan dengan kehendaknya, melanggar kesusilaan	Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang telah diketahui isinya melanggar kesusilaan , atau barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membikin tulisan, gambaran atau benda tersebut, memasukkannya ke dalam negeri, meneruskannya, mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barang siapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkannya atau menunjukkannya sebagai bisa diperoleh, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling tinggi empat ribu lima ratus rupiah.	Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan , ataupun barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membikin, memasukkan ke dalam negeri, meneruskan mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barang siapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkan, atau menunjuk sebagai bisa diperoleh, diancam, jika ada alasan kuat baginya untuk menduga bahwa tulisan, gambaran atau benda itu melanggar kesusilaan, dengan pidana paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah

39. Bahwa unsur di muka umum atau terbuka adalah unsur yang tidak bisa dipisahkan dari kesusilaan itu sendiri. Perlu untuk diingatkan kembali bahwa Unsur di muka umum atau terbuka inilah yang menjadi penyebab perbuatan tercela tersebut menjadi sebuah konstruksi tindak pidana yang merusak kesusilaan umum.
40. Dalam kasus Ibu Nuril, percakapan antara M dengan Ibu Nuril yang dilakukan dalam ruang privat (percakapan keduanya) tidak dapat dikategorikan sebagai tindakan yang melanggar kesusilaan, sebab tidak dilakukan dengan terbuka dan di muka umum. Hal ini dikarenakan unsur dalam Pasal 27 ayat (1) UU ITE menyebutkan rumusan “melanggar kesusilaan” yang sekali lagi harus merujuk KUHP, dimana diartikan adanya melanggar kesusilaan dalam hal perbuatan tersebut dilakukan secara terbuka atau di muka umum.
41. Bahwa sekalipun apabila perbuatan yang dimaksud dalam Pasal 27 ayat (1) UU ITE, semata-mata hanya mendistribusikan, mentransmisikan atau membuat dapat diakses, maka unsur kesengajaan dan tanpa hak untuk mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan harus dilakukan dengan terbuka atau di muka umum. Dengan kata lain niat untuk mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik tersebut tidak boleh dilepaskan dalam kerangka perbuatan dilakukan untuk dipertunjukkan di muka umum atau dengan terbuka.
42. Bahwa berdasarkan keterangan dari Ibu Nuril, perekaman yang dirinya lakukan semata-mata untuk melindungi diri dan membuktikan bahwa adanya pelecehan seksual yang dilakukan oleh M. Bahwa dari rangkaian fakta dan keterangan para saksi terlihat bahwa tidak ada niat dari Ibu Nuril untuk menyebarkan muatan kesusilaan di muka umum.
43. Selain itu, dari yurisprudensi putusan MA dan putusan Pengadilan Negeri lainnya, tindakan yang dilakukan oleh Ibu Nuril dapat dikategorikan sebagai perbuatan untuk memberikan peringatan kepada orang lain atas suatu perbuatan yang dapat merugikan orang lain. Bahwa perlu digarisbawahi M, berdasarkan keterangan saksi dan Ibu Nuril, telah melakukan tindakan asusila kepada setidaknya pada dua orang. Satu diantaranya adalah Ibu Nuril sendiri.
44. Dalam Putusan No. 1190/Pid.B/010/PN.TNG, Majelis Hakim dalam kasus tersebut menyatakan bahwa *“Menimbang, bahwa rumusan tindak pidana Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Informasi Dan Transaksi Elektrono, No.11 Tahun 2008 (UU ITE) mencantumkan unsur tanpa hak yang ditujukan agar orang yang berhak melakukan perbuatan mendistribusi, mentransmisikan, membuat dapat diakses invormasi elektronik tidak boleh dipidana;”*
45. Apabila dilihat dari struktur perumusan delik yang sebangun antara Pasal 27 ayat (3) dan Pasal 27 ayat (1) UU ITE yang sama sama mencantumkan unsur “tanpa hak”, maka pertimbangan Hakim tersebut dapat menunjukkan bahwa seseorang tidak dapat dipidana apabila mendistribusi, mentransmisikan, membuat dapat diakses informasi elektronik yang merupakan haknya.
46. Oleh karena itu dalam kondisi dan situasi yang dialami oleh Ibu Nuril yang menjadi korban pelecehan seksual maka sudah menjadi hak Ibu nuril untuk menyebarkan sebuah informasi elektronik yang dapat menunjukkan keterkaitan perbuatan Saksi M dengan pelecehan seksual yang didapat oleh Ibu Nuril.
47. Bahwa selain itu, dalam putusan MA No. 22/PK/Pid.Sus/2011 dan putusan MA No. 300 K/Pdt/2010, dalam Kasus Prita Mulya Sari, MA menyatakan terdakwa, Prita Mulya Sari tidak

terbukti melakukan tindak pidana 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 sebagaimana didakwa dengan pasal 27 ayat (3) UU ITE. Bahwa dalam pertimbangannya, hakim sepakat dengan argument dari Prita Mulya Sari yang menunjukkan bahwa tindakan mendistribusi, mentransmisikan, membuat dapat diakses informasi elektronik yang dia lakukan semata-mata sebagai perbuatan untuk memberikan “peringatan” kepada publik agar tidak merasakan apa yang menjadi Komplain dari dirinya pada RS Omni Internasional.

48. Dalam konstruksi yang sama, maka apabila muatan penghinaan diganti dengan muatan asusila, selama dilakukan untuk memberikan peringatan kepada orang lain, agar kejadian yang sama tidak terjadi pada orang lain, maka perbuatan Ibu Nuril tidak dapat dipidana. Catatan penting bahwa Ibu Nuril adalah korban menjadi kunci penting bahwa dirinya dapat memberikan peringatan kepada orang lain bahwa memang telah terjadi perbuatan asusila dan lebih spesifik pelecehan seksual oleh M.
49. Selain itu, catatan penting lainnya adalah seluruh perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak untuk mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan harus dilakukan dalam sebuah sistem elektronik, sehingga apabila perbuatan itu dilakukan dalam kondisi tidak melalui sistem elektronik maka perbuatan itu tidak terbukti memenuhi unsur Pasal 27 ayat (1) UU ITE.
50. Hakim perlu berhati-hati dalam melihat apa yang dimaksud dengan “Sistem elektronik”. Seperti telah dijelaskan dalam Bab sebelumnya, Sistem Elektronik adalah serangkaian perangkat dan prosedur elektronik yang berfungsi mempersiapkan, mengumpulkan, mengolah, menganalisis, menyimpan, menampilkan, mengumumkan, mengirimkan, dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik.¹⁸
51. Bahwa berdasarkan penjelasan di atas, perbuatan Ibu Nuril harus dibuktikan melalui sistem elektronik yang artinya tidak dilakukan di luar sistem elektronik. Sehingga menjadi penting, apakah meminjamkan/menyerahkan HP (Ponsel) termasuk dalam sebuah sistem elektronik? Apabila melihat penjelasan UU ITE, maka harus ada rangkaian perangkat dan prosedur elektronik, dimana tidak bisa dilakukan apabila secara offline atau tanpa melewati rangkaian prosedur elektronik tersebut. Perbuatan Ibu Nuril yang meminjamkan/menyerahkan HP (Ponsel) bukan termasuk sebuah tindakan dalam suatu sistem elektronik.

¹⁸ Pasal 1 angka 5 UU No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik

BAB VI

Kesimpulan

- Dari penjelasan di atas dapat disimpulkan beberapa hal, Pertama, Amicus Curiae adalah sebuah konsep dukungan pada pengadilan dalam sebuah perkara, Amicus sudah jamak dilakukan untuk membantu hakim dalam mengambil putusan. Sejalan dengan itu, ICJR adalah pihak yang dapat menjadi amicus curiae berdasarkan praktik panjang aktivitas dan fokus ICJR dalam reformasi peradilan pidana dan sudah sering mengirimkan amicus curiae dalam berbagai kasus, sehingga amicus curiae ini diharapkan dapat membantu kinerja Hakim dalam memutus kasus Ibu Nuril.
- Kedua, pelanggaran dalam Pasal 27 ayat (1) UU ITE tidak bisa dipisahkan dan harus merujuk ketentuan pasal Kesusilaan dalam KUHP, sebab UU ITE sama sekali tidak memberikan pengertian dan pemahaman yang cukup terkait Pasal 27 ayat (1) UU ITE. Sehubungan dengan itu, maka unsur di muka umum dan terbuka harus menjadi unsur yang sangat penting, sehingga unsur-unsur yang ada dalam Pasal 27 ayat (1) harus pula dikaitkan dengan unsur di muka umum dan terbuka sebagaimana ada dalam KUHP. Untuk itu hakim harus secara teliti melihat Kasus Ibu Nuril apakah ada niat yang jelas untuk melakukan pelanggaran pasal 27 ayat (1) UU ITE dikaitkan dengan unsur di muka umum dan terbuka.
- Ketiga, bahwa seharusnya dalam konteks UU ITE unsur “tanpa hak” yang dikaitkan dengan perbuatan Ibu Nuril untuk mendistribusi, mentransmisikan, membuat dapat diakses informasi elektronik. Harusnya di kaitkan dalam sistem elektronik. Apa yang terjadi dalam kasus ini jelas tidak melalui sistem elektronik.
- Bahwa berdasarkan putusan pengadilan yang ada, sesuai dengan unsur “tanpa hak” maka perbuatan ibu Nuril harus dikaitkan dengan alasan adanya tindakan asusila dan pelecehan seksual yang terjadi kepada Ibu Nuril yang memiliki keterkaitan dengan perbuatan M. Bahwa selain itu, tindakan Ibu Nuril juga dapat dibenarkan karena merupakan tindakan “peringatan” kepada orang lain, agar tidak menjadi korban M seperti dirinya.

Profil Penulis

Erasmus A.T. Napitupulu, lulusan Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung yang saat ini berkarya sebagai Peneliti di Institute for Criminal Justice Reform (ICJR). Aktif dalam advokasi beberapa peraturan perundang-undangan dan isu hukum nasional, salah satunya Rancangan KUHP dan Rancangan KUHP.

Supriyadi Widodo Eddyono, saat ini aktif sebagai peneliti senior dan menjabat sebagai Direktur Eksekutif di ICJR.

Profil ICJR

Institute for Criminal Justice Reform, disingkat ICJR, merupakan lembaga kajian independen yang memfokuskan diri pada reformasi hukum pidana, reformasi sistem peradilan pidana, dan reformasi hukum pada umumnya di Indonesia.

Salah satu masalah krusial yang dihadapi Indonesia pada masa transisi saat ini adalah mereformasi hukum dan sistem peradilan pidananya ke arah yang demokratis. Di masa lalu hukum pidana dan peradilan pidana lebih digunakan sebagai alat penompang kekuasaan yang otoriter, selain digunakan juga untuk kepentingan rekayasa sosial. Kini saatnya orientasi dan instrumentasi hukum pidana sebagai alat kekuasaan itu dirubah ke arah penopang bagi bekerjanya sistem politik yang demokratis dan menghormati hak asasi manusia. Inilah tantangan yang dihadapi dalam rangka penataan kembali hukum pidana dan peradilan pidana di masa transisi saat ini.

Dalam rangka menjawab tantangan tersebut, maka diperlukan usaha yang terencana dan sistematis guna menjawab tantangan baru itu. Suatu *grand design* bagi reformasi sistem peradilan pidana dan hukum pada umumnya harus mulai diprakarsai. Sistem peradilan pidana seperti diketahui menduduki tempat yang sangat strategis dalam kerangka membangun *the Rule of Law*, dan penghormatan terhadap hak asasi manusia. Sebab demokrasi hanya dapat berfungsi dengan benar apabila ada pelembagaan terhadap konsep *the Rule of Law*. Reformasi sistem peradilan pidana yang berorientasi pada perlindungan hak asasi manusia dengan demikian merupakan "*conditio sine quo non*" dengan proses pelembagaan demokratisasi di masa transisi saat ini.

Langkah-langkah dalam melakukan transformasi hukum dan sistem peradilan pidana agar menjadi lebih efektif memang sedang berjalan saat ini. Tetapi usaha itu perlu mendapat dukungan yang lebih luas. ***Institute for Criminal Justice Reform*** (ICJR) berusaha mengambil prakarsa mendukung langkah-langkah tersebut. Memberi dukungan dalam konteks membangun penghormatan terhadap *the Rule of Law* dan secara bersamaan membangun budaya hak asasi manusia dalam sistem peradilan pidana. Inilah alasan kehadiran ICJR

Sekretariat

Jl. Siaga II No. 6F. Pejaten Barat, Pasar Minggu, Jakarta Selatan – 12510

Phone/Fax : 0217945455

Email : infoicjr@icjr.or.id

<http://icjr.or.id> | @icjrid