

Pengadilan Negeri Tangerang

No Perkara: 1269/PI D.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



Jakarta, Oktober 2009

Dipersiapkan dan Disusun oleh :

Syahrial Martanto Wirawan, S.H.

Direktur Program

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)

Anggara, S.H.

Koord. Div. Advokasi HAM

Perhimpunan Bantuan Hukum dan HAM Indonesia (PBHI)

Wahyu Wagiman, S.H.

Koord. Pengembangan Sumber Daya HAM

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

Zainal Abidin, S.H.

Direktur Riset dan Publikasi

Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI)

Supriyadi Widodo Eddyono, S.H.

Koordinator

Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN)

I. Pernyataan Kepentingan

1. Institute for Criminal Justice Reform (ICJR) adalah organisasi non pemerintah yang dibentuk di Jakarta pada Agustus 2007 dengan mandat sebagai organisasi kajian independen yang memfokuskan diri pada reformasi sistem peradilan pidana, reformasi hukum pidana, dan reformasi hukum pada umumnya. ICJR berusaha mengambil prakarsa memberi dukungan dalam konteks membangun penghormatan terhadap prinsip negara hukum dan secara bersamaan membangun budaya hak asasi manusia dalam sistem peradilan pidana dan reformasi hukum pidana;
2. Perhimpunan Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia Indonesia (Indonesian Legal Aid and Human Rights Association) disingkat PBHI adalah perkumpulan yang berbasis anggota individual dan bersifat non-profit yang didedikasikan bagi pemajuan dan pembelaan hak-hak manusia (promoting and defending human rights) tanpa membedakan suku, agama, warna kulit, etnis, jender, status dan kelas sosial, karir dan profesi maupun orientasi politik dan ideologi. PBHI didirikan pada 5 November 1996 di Jakarta melalui Kongres yang diikuti 54 orang anggota pendiri sebagai wadah berhimpun setiap orang yang peduli atas hak-hak manusia dengan mengutamakan keberagaman. PBHI mencanangkan tiga misi utama, yaitu [1] mempromosikan nilai-nilai hak-hak manusia; [2] membela korban pelanggaran hak-hak manusia; dan [3] mendidik anggota dan calon anggota sebagai pembela hak-hak manusia;
3. Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (Institute for Policy Research and Advocacy), disingkat ELSAM, adalah organisasi advokasi kebijakan yang berdiri sejak Agustus 1993 di Jakarta. Awalnya berbentuk yayasan, kemudian dalam perkembangannya berubah menjadi perkumpulan pada 8 Juli 2002. ELSAM bertujuan untuk mewujudkan tatanan masyarakat yang berpegang kepada nilai-nilai hak asasi manusia, keadilan, dan demokrasi, baik dalam rumusan hukum maupun dalam pelaksanaannya. Untuk mencapai tujuannya, ELSAM melakukan usaha-usaha sebagai berikut: (1) melakukan pengkajian terhadap kebijakan-kebijakan dan/atau hukum, penerapannya, serta dampaknya terhadap kehidupan sosial, ekonomi, dan budaya; (2) mengembangkan gagasan dan konsepsi atau alternatif kebijakan atas hukum yang tanggap terhadap kebutuhan masyarakat dan melindungi hak asasi manusia; (3) melakukan advokasi dalam berbagai bentuk bagi penenuhan hak-hak, kebebasan, dan kebutuhan masyarakat yang berkeadilan; dan (4) menyebarluaskan informasi berkenaan dengan gagasan, konsep, dan kebijakan atau hukum yang berwawasan hak asasi manusia, demokrasi, dan keadilan di tengah masyarakat luas;

4. Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (Indonesian Legal Aid Foundation) disingkat YLBHI adalah organisasi bantuan hukum yang didirikan di Jakarta pada 28 Oktober 1970. Dalam menjalankan kerja-kerja dan program-programnya, YLBHI menyandarkannya pada nilai-nilai dasar organisasi, visi dan misi lembaga yang disusun dan disepakati bersama oleh seluruh kantor-kantor LBH di Indonesia. YLBHI bersama-sama dengan komponen-koponen masyarakat dan Bangsa Indonesia yang lain berhasrat kuat dan akan berupaya sekuat tenaga agar di masa depan dapat: (1) terwujudnya suatu suatu sistem masyarakat hukum yang terbina di atas tatanan hubungan sosial yang adil dan beradab/berperikemanusiaan secara demokratis (A just, humane and democratic socio-legal system); (2) terwujudnya suatu sistem hukum dan administrasi yang mampu menyediakan tata-cara (prosudur-prosudur) dan lembaga-lembaga melalui mana setiap pihak dapat memperoleh dan menikmati keadilan hukum (A fair and transparent institutionalized legal-administrative system); dan (3) terwujudnya suatu sistem ekonomi, politik dan budaya yang membuka akses bagi setiap pihak untuk turut menentukan setiap keputusan yang berkenaan dengan kepentingan mereka dan memastikan bahwa keseluruhan sistem itu tetap menghormati dan menjunjung tinggi HAM (An open political-economic system with a culture that fully respects human rights);
5. Indonesian Media Defense Litigation Network (IMDLN) adalah jaringan yang dibentuk di Jakarta pada 18 Agustus 2009 oleh sekelompok advokat yang selama ini telah bekerja untuk kepentingan pembelaan hak asasi manusia di Indonesia. Jaringan ini dibentuk sebagai respon atas disahkannya UU No 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagai bagian dari kelompol advokasi yang bertujuan untuk menyediakan mempertahankan kemerdekaan berekspresi secara umum dan kemerdekaan berpendapat secara khusus di Indonesia dan menyediakan pembelaan bagi kepentingan para pengguna "new media" di Indonesia;
6. ICJR, PBHI, ELSAM, YLBHI, dan IMDLN mengajukan Komentar Tertulis ini kepada Pengadilan Negeri Tangerang untuk memberikan pandangan dan memberikan dukungan kepada Majelis Hakim PN Tangerang yang memeriksa perkara dengan No Perkara: 1269/PEN.PID.B/2009/PN.TNG untuk menilai apakah dalam kasus yang sedang diperiksa ini Negara Republik Indonesia telah bertindak dengan melakukan pelanggaran terhadap ketentuan Kemerdekaan Berekspresi dan Berpendapat sebagaimana yang dijamin dalam Pasal 28 F UUD 1945 jo Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (Vide UU No 12 Tahun 2005)

II. Selintas Tentang Amicus Curiae

7. "Amicus Curiae", merupakan istilah Latin yang mungkin jarang terdengar di pengadilan Indonesia¹. Amicus curiae merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi hukum Romawi, yang kemudian berkembang dan dipraktikkan dalam tradisi common law, yang mengizinkan pengadilan untuk mengundang pihak ketiga untuk menyediakan informasi atau fakta-fakta hukum berkaitan dengan isu-isu yang belum familiar.
8. Amicus curiae yang dalam bahasa Inggris disebut "friend of the court", diartikan "someone who is not a party to the litigation, but who believes that the court's decision may affect its interest²". Secara bebas, amicus curiae diterjemahkan sebagai friends of the court atau 'Sahabat Pengadilan', dimana, pihak yang merasa berkepentingan terhadap suatu perkara memberikan pendapat hukumnya kepada pengadilan. Miriam Webster Dictionary memberikan definisi amicus curiae sebagai "one (as a professional person or organization) that is not a party to a particular litigation but that is permitted by the court to advise it in respect to some matter of law that directly affects the case in question".
9. Dengan demikian, amicus curiae disampaikan oleh seseorang yang tertarik dalam mempengaruhi hasil dari aksi, tetapi bukan merupakan pihak yang terlibat dalam suatu sengketa; seorang penasihat kepada pengadilan pada beberapa masalah hukum yang bukan merupakan pihak untuk kasus yang biasanya seseorang yang ingin mempengaruhi hasil perkara yang melibatkan masyarakat luas.
10. Dalam tradisi common law, mekanisme amicus curiae pertama kali 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

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

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

11. 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.
12. Perkembangan terbaru lainnya dari praktik *amicus curiae* adalah diterapkannya *amicus curiae* dalam penyelesaian sengketa internasional, yang digunakan baik oleh lembaga-lembaga negara maupun organisasi internasional.
13. Sementara untuk Indonesia, *amicus curiae* belum banyak dikenal dan digunakan, baik oleh akademisi maupun praktisi. Sampai saat ini, baru dua *amicus curiae* yang diajukan di Pengadilan Indonesia, *amicus curiae* yang diajukan kelompok penggiat kemerdekaan pers yang mengajukan *amicus curiae* kepada Mahkamah Agung terkait dengan peninjauan kembali kasus majalah *Time versus Soeharto* dan *amicus curiae* dalam kasus "Upi Asmaradana" di Pengadilan Negeri Makasar, dimana *amicus curiae* diajukan sebagai tambahan informasi buat majelis hakim yang memeriksa perkara³.
14. Walaupun *amicus curiae* belum dikenal dalam sistem hukum Indonesia, namun dengan berpegangan pada ketentuan Pasal 28 ayat (1) UU No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi "Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat", sebagai dasar hukum pengajuan *amicus curiae*, maka tidak berlebihan apabila mekanisme ini dapat digunakan sebagai salah satu strategi yang dapat digunakan untuk mengklarifikasi prinsip-prinsip hukum dan konstitusi, terutama kasus-kasus yang melibatkan berbagai UU atau pasal yang kontroversial.

III. Ringkasan Fakta Hukum

15. Prita Mulyasari, seorang ibu rumah tangga dengan dua orang anak telah menjadi tahanan Kejaksaan Negeri Tangerang dan ditahan di LP Wanita Tangerang sebagai tersangka kasus

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

pencemaran nama baik terhadap RS Omni Internasional yang terletak di Alam Sutera, Serpong Tangerang berdasarkan Pasal 27 ayat (3) UU ITE sejak 13 Mei 2009.

16. Kasus ini bermula saat Prita Mulyasari memeriksakan kesehatannya di RS Omni Internasional pada 7 Agustus 2008 dan mengeluhkan pelayanan yang diberikan oleh RS Omni Internasional dan juga dokter yang merawatnya yaitu dr. Hengky Gosal, SpPD, dan dr Grace Herza Yarlen Nela. Permintaan Rekam Medis dan Keluhan yang tidak ditanggapi dengan baik tersebut telah "memaksa" Prita menuliskan pengalamannya melalui surat elektronik di Milis
17. Prita Mulyasari digugat oleh Rumah Sakit Omni Internasional atas tuduhan Pencemaran nama baik lewat millis. Kasus ini bermula dari surat elektronik yang dibuat oleh Prita yang berisi pengalamannya saat dirawat di unit gawat darurat Omni Internasional pada 7 Agustus 2008. Email itu berisi keluhannya atas pelayanan yang diberikan oleh RS Omni Internasional dan juga dokter yang merawatnya yaitu dr. Hengky Gosal, SpPD, dan dr Grace Herza Yarlen Nela. Saat itu ia menderita sakit kepala dan mual-mual. Di bagian gawat darurat ia ditangani dokter jaga, Indah. Dari pemeriksaan laboratorium, dinyatakan trombosit darah warga Villa Melati Mas Tangerang ini 27.000, jauh di bawah normal yang seharusnya sekitar 200.000. Prita diminta menjalani rawat inap dan memilih dokter spesialis. Sesuai dengan saran Indah, ia memilih dokter Hengky. Diagnosis dokter menyatakan ia terkena demam berdarah. Menurut Prita, ia lalu mendapat suntikan dan infus yang diberikan tanpa penjelasan dan izin keluarganya. Belakangan, ia kaget pada saat Hengky memberitahukan revisi hasil laboratorium tentang jumlah trombosit darahnya. Yang awalnya 27.000 kini menjadi 181.000. Dokter juga menyatakan ia terkena virus udara. Lantaran tak puas dengan perawatan di rumah sakit itu, Prita memutuskan pindah rumah sakit.
18. Dari sinilah kemudian muncul persoalan baru. Tatkala ia meminta catatan medis lengkap, termasuk semua hasil tes darahnya, pihak rumah sakit menyatakan tidak bisa mencetak data tersebut. Prita lantas menghadap Manajer Pelayanan RS Omni, Grace. Hasilnya sama saja. Inilah yang lantas membuat ia, pada 15 Agustus 2008, menulis surat elektronik ke sejumlah rekannya. Surat Prita ini rupanya sampai juga ke manajemen Omni Internasional. Omni mengambil langkah cepat. Selain memasang iklan, ya itu tadi, "memberi pelajaran" untuk Prita, melaporkan perempuan tersebut ke polisi.
19. Rumah Sakit Omni Internasional kemudian tidak hanya menggugat Prita Mulyasari secara perdata atas tuduhan pencemaran nama baik lewat milis, namun juga memasang Iklan

setengah halaman pada 8 September 2009 dengan judul "Pengumuman dan Bantahan", di harian Kompas. Intinya, bantahan Omni terhadap surat elektronik Prita Mulyasari berjudul "Penipuan Omni Internasional Hospital Alam Sutera Tangerang", yang dikirim sebuah mailing list (milis). Surat elektronik itu membuat Omni berang. Menurut pengacara Omni Internasional, Heribertus, isi surat Prita telah mencemarkan nama baik rumah sakit tersebut beserta sejumlah dokter mereka: Hengky Gosal dan Grace Hilza Yarlen Nela.

20. Pada 11 Mei 2009, PN Tangerang memenangkan gugatan perdata dari RS Omni Internasional terhadap Prita Mulyasari dan Prita diputus untuk membayarkan ganti rugi materil sebesar Rp. 161 juta dan ganti rugi immateril sebesar Rp. 100 juta.
21. Tidak perlu memakan waktu yang lama setelah kekalahan dalam perkara perdata, pada 13 Mei 2009 Prita telah ditahan oleh Kejaksaan Negeri Tangerang. Berdasarkan Pasal 43 ayat (6) UU No 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik disebutkan bahwa "Dalam hal melakukan penangkapan dan penahanan, penyidik melalui penuntut umum wajib meminta penetapan ketua pengadilan negeri setempat dalam waktusatu kali dua puluh empat jam."
22. Atas tekanan dari masyarakat yang terus menguat sejak 28 Mei 2009, sehari sebelum Prita menjalani sidang perkara pidana, pada 3 Juni 2009 penahanan atas dirinya telah dialihkan menjadi tahanan kota
23. Pada 4 Juni 2009, persidangan atas nama terdakwa Prita Mulyasari digelar, Prita didakwa dengan dakwaan alternatif yaitu melanggar Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS
24. Pada 25 Juni 2009, PN Tangerang memutuskan bahwa dakwaan Jaksa Penuntut Umum batal demi hukum atas alasan bahwa UU ITE baru akan berlaku dua tahun setelah disahkan. Putusan ini segera mengundang kontroversi, karena penahanan atas Prita Mulyasari dikarenakan dituduh telah melanggar Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE jelas membutuhkan penetapan dari Ketua Pengadilan Negeri Tangerang.

IV. Kemerdekaan Berekspresi dan Hak Asasi Manusia

25. Kebebasan berekspresi merupakan salah satu element penting dalam demokrasi. Bahkan, dalam sidang pertama PBB pada tahun 1946, sebelum disyahkannya Universal

Declaration of Human Rights atau traktat-traktat diadopsi, Majelis Umum PBB melalui Resolusi No. 59 (I) tertanggal 14 Desember 1946 telah menyatakan bahwa "hak atas informasi merupakan hak asasi manusia fundamental dan standar dari semua kebebasan yang dinyatakan "suci" oleh PBB".

26. Kebebasan bereksresi merupakan salah satu syarat penting yang kemungkinan berlangsungnya demokrasi dan partisipasi publik dalam pembuatan keputusan-keputusan. Warga negara tidak dapat melaksanakan haknya secara efektif dalam pemungutan suara atau berpartisipasi dalam pembuatan keputusan-keputusan publik apabila mereka tidak memiliki kebebasan untuk mendapatkan informasi dan mengeluarkan pendapatnya serta tidak mampu untuk menyatakan pandangannya secara bebas. Kebebasan bereksresi ini tidak hanya penting bagi martabat individu, tetapi juga untuk berpartisipasi, pertanggungjawaban, dan demokrasi. Pelanggaran terhadap kebebasan bereksresi seringkali terjadi berbarengan dengan pelanggaran lainnya, terutama pelanggaran terhadap hak atas kebebasan untuk berserikat dan berkumpul.
27. Kemerdekaan berpendapat merupakan salah satu hak asasi manusia yang sangat strategis dalam menopang jalan dan bekerjanya demokrasi. Sulit membayangkan sistem demokrasi bisa bekerja tanpa adanya kebebasan menyatakan pendapat, sikap, dan bereksresi.
28. Dalam konteks ini, maka untuk menjamin bekerjanya sistem demokrasi dalam sebuah negara hukum, Kemerdekaan Berpendapat dalam Hukum Internasional dijamin dan diatur dalam Pasal 19 baik itu dalam Deklarasi Universal HAM dan juga Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik. Oleh karena itu pada pondak negaralah terletak beban kewajiban untuk melindungi kemerdekaan berpendapat atau yang lebih dikenal sebagai state responsibility
29. Dalam konteks hukum internasional, Pelaksanaan terhadap Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik dapat dirujuk pada Pendapat Umum 10 Kemerdekaan Bereksresi (Pasal 19): 29/06/83 dimana berdasarkan Pendapat Umum No 10 (4) tentang Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik pada pokoknya menegaskan bahwa pelaksanaan hak atas kemerdekaan bereksresi mengandung tugas-tugas dan tanggung jawab khusus, dan oleh karenanya pembatasan-pembatasan pembatasan tertentu terhadap hak ini diperbolehkan sepanjang berkaitan dengan kepentingan orang – orang lain atau kepentingan masyarakat secara keseluruhan. Namun ada yang lebih dari sekedar pembatasan, karena Komentar Umum 10 (4) juga menegaskan bahwa penerapan

pembatasan kebebasan kemerdekaan bereksresi tidak boleh membahayakan esensi hak itu sendiri.

30. Kemerdekaan Bereksresi terutamanya kemerdekaan berpendapat memiliki sejumlah alasan menjadi kenapa salah satu hak yang penting dan menjadi indikator terpenting dalam menentukan seberapa jauh iklim demokrasi di sebuah negara dapat terjaga. Menurut Toby Mendel bahwa "Terdapat banyak alasan mengapa kebebasan bereksresi adalah hak yang penting, pertama-tama karena ini adalah sebagai dasar dari demokrasi, kedua kebebasan bereksresi berperan dalam pemberantasan korupsi, ketiga kebebasan bereksresi mempromosikan akuntabilitas, dan keempat kebebasan bereksresi dalam masyarakat dipercaya merupakan cara terbaik untuk menemukan kebenaran"⁴
31. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, disingkat DUHAM (Universal Declaration of Human Rights/ UDHR) disyahkan Majelis Umum PBB pada tanggal 10 Desember 1948. DUHAM ini mengatur mengenai standar hak asasi manusia yang diterima oleh seluruh Negara-negara anggota PBB.
32. DUHAM juga menghadirkan kembali dasar normative yang membimbing untuk memformulasikan standar-standar bagi kebebasan bereksresi. Pasal 19 DUHAM menyatakan bahwa "setiap orang berhak atas kebebasan mempunyai dan mengeluarkan pendapat dan bereksresi; dalam hal ini termasuk kebebasan menganut pendapat tanpa mendapat gangguan, dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan keterangan-keterangan dan pendapat dengan cara apa pun dan dengan tidak memandang batas-batas". Selanjutnya Pasal 20 DUHAM menyatakan bahwa Setiap orang mempunyai hak atas kebebasan berkumpul dan berserikat tanpa kekerasan, dan tidak seorang pun boleh dipaksa untuk memasuki suatu perkumpulan.
33. Namun demikian, ketentuan Pasal 19 dan Pasal 20 DUHAM ini dibatasi oleh ketentuan Pasal 29 DUHAM, yang memperbolehkan adanya pembatasan "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 kesesuaian, ketertiban dan kesejahteraan umum dalam suatu masyarakat yang demokratis". Hak-hak dan kebebasan-kebebasan ini dengan jalan bagaimana pun sekali-kali tidak boleh dilaksanakan bertentangan dengan tujuan dan prinsip-prinsip Perserikatan Bangsa-Bangsa.

⁴ Keterangan ahli disampaikan pada 23 Juli 2008 dalam Perkara No 14/PUU-VI/2008 di Mahkamah Konstitusi

34. Keberadaan DUHAM ini telah menimbulkan dampak yang besar bagi pembangunan hukum hak asasi manusia, baik nasional maupun internasional. Pada dasarnya semua traktat hak asasi manusia diadopsi oleh badan-badan PBB sejak 1948, yakni dengan mengelaborasi serangkaian prinsip-prinsip dalam DUHAM. Hasilnya, saat ini DUHAM secara luas dianggap sebagai Magna Carta, yang harus dipatuhi oleh setiap aktor 38 di seluruh dunia. Hal yang pada awalnya hanya dianggap sebagai aspirasi bersama, kini disambut sebagai "penafsiran otoritatif" dari hak asasi manusia dan menjadikannya sebagai hukum kebiasaan internasional, yang membentuk "global bill of rights".
35. Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR), mulai berlaku sejak tahun 1976⁵. ketentuan-ketentuan dalam Kovenan ini merupakan jabaran lebih lanjut dari prinsip-prinsip yang terdapat dalam DUHAM dan mengikat secara hukum bagi negara-negara yang meratifikasinya. Pasal 19 ICCPR menyatakan :
1. Setiap orang akan berhak mempunyai pendapat tanpa adanya paksaan.
 2. Setiap orang akan berhak menyatakan pendapat; hak ini mencakup kebebasan mencari, menerima dan memberikan informasi dan segala macam gagasan tanpa memperhatikan batas, baik secara lisan maupun tulisan atau tercetak, dalam bentuk seni, atau melalui sarana lain menurut pilihannya sendiri.
 3. Pelaksanaan hak-hak yang diberikan dalam ayat 2 pasal ini disertai berbagai kewajiban dan tanggungjawab khusus. Maka dari itu dapat dikenakan pembatasan tertentu, tetapi hal demikian hanya boleh ditetapkan dengan undang-undang dan sepanjang diperlukan untuk: (a) menghormati hak atau nama baik orang lain; (b) menjaga keamanan nasional atau ketertiban umum (public order) atau kesehatan atau kesusailaan umum.
36. Untuk menjabarkan tentang menghormati hak atau nama baik orang lain, United Nation on Economic and Social Council yang mengeluarkan resolusi dikenal dengan nama Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights yang menegaskan bahwa "When a conflict exists between a right protected in the Covenant and one which is not, recognition and consideration should be given to the fact that the Covenant seeks to protect the most fundamental rights and freedoms. In this context especial weight should be afforded to rights not subject to limitations in the Covenant."⁶

⁵ Diratifikasi oleh Indonesia melalui UU No 12 Tahun 2005

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

37. Apabila dikaitkan dengan ketentuan Pasal 19 DUHAM, isi Pasal 19 Kovenan memiliki beberapa elemen penting, yaitu adanya sebuah perbedaan antara kebebasan berpikir (Pasal 18) dan kebebasan berpendapat. Walaupun pada kenyataannya tidak ada batasan yang jelas antara "pikiran" dan "pendapat"; keduanya bersifat internal. "Pikiran" mengacu pada sebuah proses, sementara "pendapat" merupakan hasil dari proses tersebut³⁹. Hak-hak dan kebebasan ini ada tanpa terikat batasan wilayah. Hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi dapat diterapkan tidak hanya dalam satu negara saja, tetapi berlaku secara internasional. Sehingga hak-hak ini menjadi hak-hak internasional
38. Melihat implikasi dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia Kovenan, kebebasan untuk memiliki pendapat dan tanpa paksaan adalah sesuatu yang absolut, sementara kebebasan untuk berekspresi dimungkinkan untuk tunduk pada batasan-batasan tertentu. Kebebasan berekspresi ini mencakup kebebasan untuk mencari, menerima dan meneruskan informasi dan ide-ide.
39. Keberadaan hak yang penting ini, termasuk hak atas informasi, sebagai bagian dari hak asasi manusia yang mendasar telah diakui secara luas. The African Commission on Human and Peoples' Rights memberikan catatan sehubungan dengan Pasal 9 dari Konvensi Afrika sebagai berikut: "This Article reflects the fact that freedom of expression is a basic human right, vital to an individual's personal development, his political consciousness, and participation in the conduct of the public affairs of his country."⁷
40. The European Court of Human Rights (ECHR) juga telah mengakui peranan dari kemerdekaan berekspresi sebagai berikut: "Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man ... it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received ... but also to those which offend, shock or disturb the State or any other sector of the population. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"."⁸
41. Pentingnya kemerdekaan berekspresi juga telah diakui dalam beragam putusan pengadilan di berbagai negara termasuk Indonesia. Melalui beragam putusannya Mahkamah Agung RI dan Mahkamah Konstitusi RI juga mengakui peranan dari

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

⁸ Hadnyside V. United Kingdom, 7 December 1976, Application No 5493/72, 1 EHRR 737, para 49, sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hal 9

Kemerdekaan Berekspresi, Kemerdekaan Berpendapat, dan Kemerdekaan Pers dalam menjaga kedaulatan rakyat.

Mahkamah Agung berpendapat bahwa

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

Mahkamah Konstitusi juga melalui putusannya telah berpendapat

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

Lebih lanjut Mahkamah Konstitusi juga menegaskan bahwa

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

⁹ Putusan MARI No 1608 K/PID/2005 antara Bambang Harymurti Vs. Negara Republik Indonesia

¹⁰ Putusan MK No 50/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE

¹¹ Putusan MK No 50/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE

Mahkamah Konstitusi RI juga menyampaikan bahwa

“Bahwa dalam konteks gagasan demokrasi, kemerdekaan pers harus memberi warna dan makna sebagai sarana yang membuka ruang perbedaan pendapat dan menjadi tempat menyampaikan kritik dan informasi. Ruang bagi perbedaan pendapat a quo hanya ada apabila kemerdekaan pers tidak dibelenggu, namun dengan tetap tunduk pada hukum dan kode etik jurnalistik.”¹²

Melalui putusannya Mahkamah Konstitusi kembali menegaskan

“Bahwa kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pendapat dan pikiran melalui segala jenis saluran yang tersedia adalah salah satu jantung demokrasi. Kebebasan berbicara dan berpendapat adalah darah hidup demokrasi...., maka kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pendapat dan pikiran melalui segala jenis saluran yang tersedia dimiliki pula oleh para blogger, komunitas facebook, milis dan sebagainya yang melakukan interaksi, korespondensi maupun aktivitas blogging di web. Dalam kedudukannya yang demikian, web blog atau blog, facebook, milis dan sebagainya tersebut dapat berfungsi sebagai salah satu “corong suara” rakyat. Kebebasan untuk berekspresi dan bertukar informasi sebagaimana dimiliki komunitas blogger, facebook, milis dan sebagainya penting artinya sebagai sarana informasi bagi masyarakat, karena demokrasi hanya akan berjalan efektif jika warga negaranya terinformasi dengan baik. Dalam kaitan ini informasi digunakan sebagai bahan pertimbangan warga negara untuk melakukan tindakan-tindakan, termasuk tindakan politik, baik dalam rangka berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan maupun menolak kebijakan Pemerintah yang dianggap merugikan kehidupan masyarakat”¹³

V. Pembatasan Kemerdekaan Berekspresi dalam Hukum Internasional

42. Kemerdekaan berekspresi, meski masuk dalam kategori hak yang mendasar akan tetapi bukanlah hak yang tidak bisa dibatasi. Dalam setiap sistem HAM Internasional ataupun Nasional telah mengakui jika kemerdekaan Berekspsi 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 Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (vide UU No 12 Tahun 2005)

¹² Putusan MK No 50/PUU-VI/2008 tentang Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE
¹³ Putusan MK No 2/PUU-VII/2009 tentang Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE

43. Namun, yang tidak boleh untuk dilupakan adalah prinsip pembatasan tersebut tidak boleh diartikan untuk membahayakan esensi hak – hak yang telah dijamin dalam hukum Internasional.¹⁴ Sebagai salah satu negara pihak yang melakukan ratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, Indonesia mempunyai kewajiban Internasional untuk menyelaraskan ketentuan pembatasan tersebut dengan standar hak asasi manusia Internasional
44. Pembatasan yang diperkenankan dalam hukum internasional harus diuji dalam metode yang disebut dengan uji tiga rangkai (three part test) yaitu (1) pembatasan harus dilakukan hanya melalui undang – undang; (2) pembatasan hanya diperkenankan terhadap tujuan yang sah yang telah disebutkan dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP; dan (3) pembatasan tersebut benar-benar diperlukan untuk menjamin dan melindungi tujuan yang sah tersebut¹⁵

V.1 Pembatasan I

45. Hukum internasional dan pada umumnya konstitusi negara – negara hukum modern di dunia hanya membolehkan pembatasan terhadap kemerdekaan berekspresi melalui undang – undang. Implikasi dari ketentuan ini tidak hanya dilakukan oleh undang – undang, akan tetapi juga undang – undang yang terkait dengan pembatasan ini harus mempunyai standar tinggi yaitu standar kejelasan dan aksesibilitas, atau dengan kata lain untuk menghindari “ketidakjelasan rumusan”.
46. Siracusa Principles juga menjelaskan bahwa pembatasan harus dirumuskan secara ketat dan untuk kepentingan hak yang dilindungi tersebut¹⁶, konsisten dengan tujuan ketentuan KIHSP¹⁷, pembatasan tersebut tidak boleh sewenang – wenang dan tanpa alasan yang sah¹⁸, pembatasan tersebut harus dirumuskan dengan jelas dan dapat diakses oleh setiap orang¹⁹, dan menyediakan pengaman serta ganti rugi terhadap dampak dan penerapan dari pembatasan yang ilegal dan cenderung disalahgunakan.²⁰
47. Kejelasan rumusan ini dikenal di Indonesia sebagai prinsip Lex Certa dan Lex Stricta.

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

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

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

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

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

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

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

Kedua prinsip ini diakui sebagai prinsip penting dari sebuah negara hukum. Indonesia melalui UU No 10 Tahun 2004 juga mengakuinya bahwa suatu UU harus dibentuk dengan berdasarkan pada asas kejelasan rumusan, yaitu setiap peraturan perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan peraturan perundang-undangan, sistematika dan pilihan kata atau terminologi, serta bahasa hukumnya jelas dan mudah dimengerti sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya.²¹

48. Ketidakjelasan rumusan hanya mengundang penafsiran yang meluas baik dari instansi yang berwenang ataupun dari orang – orang yang menjadi objek dari pengaturan sebuah undang-undang dan sebagai hasilnya ketidakjelasan rumusan akan berpotensi mengundang penyalahgunaan dan instansi yang berwenang akan mencari cara untuk menggunakan ketentuan tersebut dalam situasi dimana tidak terdapat hubungan dengan maksud asli pembentuk undang – undang atau tujuan sesungguhnya yang hendak dicapai dalam undang – undang tersebut. Ketidakjelasan rumusan tersebut akan gagal menyediakan pemberitahuan yang cukup dalam situasi apa suatu tindakan diperbolehkan atau dilarang yang kemudian akan menghasilkan iklim ketakutan dari kemerdekaan berekspresi dimana setiap warga hanya akan berdiri pada zona yang sangat aman untuk menghindari penerapan rumusan ketentuan yang tidak jelas tersebut.
49. Pengadilan di banyak jurisdiksi telah menegaskan bahwa ketidakjelasan rumusan dan pengertian yang meluas dalam sebuah undang – undang akan berpotensi menciptakan iklim ketakutan yang meluas di kalangan masyarakat. Mahkamah Agung Federal Amerika Serikat juga menegaskan bahwa “The constitutional guarantees of freedom of speech forbid the States to punish the use of words or language not within “narrowly limited classes of speech.” ... [Statutes] must be carefully drawn or be authoritatively construed to punish only unprotected speech and not be susceptible of application to protected expression. Because First Amendment freedoms need breathing space to survive, government may regulate in the area only with narrow specificity”²²
50. Selain itu ketentuan tentang pembatasan melalui undang – undang juga melarang undang – undang yang memberikan kewenangan diskresi yang sangat luas untuk membatasi kemerdekaan berekspresi. Dalam kasus Ontario Film and Video Appreciation Society v. Ontario Board of Censors, Pengadilan Tinggi Ontario menegaskan bahwa: “It is

²¹ Pasal 5 huruf f UU No 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundangan

²² Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972) p. 522, sebagaimana dikutip dalam “La Nacion” Amicus Brief, Article 19, hal 11

accepted that law cannot be vague, undefined, and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law”²³

IV.2 Pembatasan II

51. Dalam melakukan penilaian terhadap tujuan yang sah, pembatasan tersebut haruslah secara langsung ditujukan untuk kepentingan atau tujuan yang sah, sebagaimana dinyatakan oleh Mahkamah Agung India yang menyatakan bahwa “So long as the possibility [of a restriction] being applied for purposes not sanctioned by the Constitution cannot be ruled out, it must be held to be wholly unconstitutional and void”²⁴
52. Mahkamah Agung Canada juga memberikan penafsiran terhadap tujuan yang sah tersebut dengan mencatat “Justification under s.1 requires more than the general goal of protection from harm common to all criminal legislation; it requires a specific purpose so pressing and substantial as to be capable of overriding the Charter’s guarantees.”²⁵
53. Selanjutnya Mahkamah Agung Canada memberikan catatan bahwa untuk menilai apakah suatu pembatasan dalam kemerdekaan berekspresi benar – benar dibuat untuk tujuan yang sah, penilaian tersebut harus dilakukan baik dalam tujuan dari dibentuknya undang – undang ataupun penerapan dari sebuah undang – undang. Pada saat tujuan dibuatnya undang – undang tersebut melenceng dari tujuan yang sah sebagaimana telah disebutkan dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP maka pembatasan tersebut tidak bisa dibenarkan. “[B]oth purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation.”²⁶

IV.3 Pembatasan III

54. Frase pembatasan yang benar – benar diperlukan hanya bisa dicapai di beberapa negara pada umumnya ditambahkan dengan pembatasan yang benar – benar diperlukan dalam suatu masyarakat yang demokratis. Pembatasan yang ketiga ini menuntut adanya

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

²⁴ Thappar v. State of Madras, (1950) SCR 594, p.603., sebagaimana dikutip dalam “La Nacion” Amicus Brief, Article 19, hal 12

²⁵ R. v. Zundel, (1992) 2 SCR 731, p.733., sebagaimana dikutip dalam “La Nacion” Amicus Brief, Article 19, hal 12

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

standar yang tinggi dalam penerapannya agar suatu negara dapat meligitimasi kebijakan pembatasan yang diambil oleh negara tersebut.

55. Pada saat negara memerlukan sebuah pembatasan maka, pembatasan tersebut harus berdasarkan pada (1) ketentuan KIHSP yang membolehkan adanya pembatasan tersebut; (2) kebutuhan dari masyarakat; (3) untuk menjamin tujuan yang sah; dan (4) pembatasan tersebut proporsional untuk mencapai tujuan tersebut.²⁷
56. European Court of Human Rights telah berulangkali menegaskan standar yang ketiga ini dengan mencatat "Freedom of expression, as enshrined in Article 10, is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established."²⁸
57. European Court of Human Rights juga menegaskan bahwa pembatasan ini memerlukan analisa khusus dengan mencatat bahwa "[There is a] "pressing social need" [whether] the inference at issue was "proportionate to the legitimate aim pursued" and whether the reasons adduced...to justify it are "relevant and sufficient."²⁹
58. Mahkamah Agung Canada juga mencatat secara khusus persyaratan yang diperlukan dalam melakukan analisa terhadap pembatasan ini "[T]he party invoking [the limitation] must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": R. v. Big M Drug Mart Ltd., *supra*, at p.352...There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: R. v. Big M Drug Mart Ltd., *supra*, at p.352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance."³⁰

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

²⁸ See, for example, *Thorgeirson v. Iceland*, 25 June 1992, Application No. 13778/88, 14 EHRR 843, para. 63., sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hal 13

²⁹ See *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, Application No. 9815/82, EHRR 407, paras. 39-40., sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hal 13

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

59. Mahkamah Agung Federal Amerika Serikat juga mencatat pentingan pembatasan yang tidak boleh meluas dengan mencatat bahwa "Even though the Government's purpose be legitimate and substantial, that purpose cannot be pursued by means that stifle fundamental personal liberties when the end can be more narrowly achieved."³¹

60. Akhirnya, kami ingin menegaskan bahwa dampak dari pembatasan tersebut haruslah proporsional dalam artian bahwa pembatasan yang memberikan perlindungan terhadap reputasi atau nama baik yang secara serius telah mencederai kemerdekaan berekspresi tidak akan pernah lolos dari uji tiga rangkap ini. Suatu masyarakat demokratis hanya bisa tercapai dengan adanya arus dan lalu lintas informasi dan gagasan yang tersedia dengan bebas dan dampak dari pembatasan tersebut tidak boleh mencederai kepentingan umum yang lebih luas

VI. Persoalan Mendasar Dalam Delik Penghinaan Dalam Hukum Internasional

61. Meski ketentuan undang – undang yang mengatur tentang penghinaan dalam beberapa hal tidak melanggar pembatasan yang diperbolehkan menurut ketentuan Pasal 19 ayat (3) KIHSP (vide UU No 12 Tahun 2005) yaitu untuk melindungi reputasi/nama baik, namun dalam kenyataannya ketentuan tentang penghinaan tersebut pada umumnya memiliki masalah yaitu bahwa ketentuan tersebut sangat mudah ditafsirkan secara meluas.

62. Susi Dwi Harjanti, salah seorang pakar hukum ketatanegaraan dari Universitas Padjadjaran, menegaskan bahwa perlindungan HAM tidak harus selalu dilakukan dengan menerapkan ketentuan hukum pidana. Namun juga dapat dilindungi dengan area hukum lainnya...pada dasarnya kepentingan yang dilindungi oleh pasal ini adalah pada wilayah kepentingan individu. Oleh karenanya, dalam konteks ilmu hukum secara umum, pengaturan kepentingan antar individu lebih menitikberatkan penggunaan upaya hukum perdata dibandingkan hukum pidana.³²

Beberapa masalah yang muncul dalam pengaturan penghinaan khususnya dalam hukum pidana adalah:

³¹ Shelton v. Tucker, 364 US 479 (1960), p. 488., sebagaimana dikutip dalam "La Nacion" Amicus Brief, Article 19, hal 14

³² Susi Dwi Harjanti, SH, LLM, Anotasi Hukum terhadap Putusan MK Perkara No 14/PUU-VI/2008, hal 4

VI.1 Menghentikan diskusi/perdebatan dalam lembaga publik

63. Pada umumnya ketentuan penghinaan dalam hukum pidana secara jelas ditujukan untuk menghentikan atau menyebarkan ketakutan untuk melakukan perdebatan atau diskusi terhadap lembaga atau pejabat negara dengan cara memberikan rumusan yang meluas yang seketika dalam melarang kritik terhadap kepala negara atau lembaga negara, atau pejabat negara dengan cara menambah hukuman pidana terhadap kejadian penghinaan yang ditujukan terhadap objek – objek tersebut. Dalam banyak kasus, perumusan norma hukum pidana yang kabur dalam penghinaan dapat digunakan secara efektif oleh para pejabat publik dan tokoh masyarakat untuk menghentikan kritik terhadap mereka dan menghentikan perdebatan dan diskusi tentang hal yang menarik perhatian masyarakat. Ketentuan seperti ini justru mampu secara efektif menumbuh suburkan sensor diri diantara media dan anggota masyarakat.

VI. 2. Melindungi perasaan daripada reputasi

64. Hal lain yang pokok adalah, penggunaan norma pidana penghinaan mempunyai potensi yang tinggi untuk disalahgunakan untuk melindungi perasaan ketimbang reputasi. Hal yang pokok dalam melindungi perasaan adalah hal yang sangat subjektif dan tidak dapat diukur dengan faktor eksternal, salah satu bukti yang kuat dalam hal ini adalah pernyataan seseorang "yang dianggap menghina" diukur dengan perasaan dari seseorang "yang dianggap terhina". Ketentuan pidana ini yang melindungi perasaan dapat secara efektif menempatkan posisi saksi korban dalam kedudukan yang kuat, karena yang diperlukan saksi korban adalah untuk menjelaskan kepada pengadilan bahwa pernyataan yang menghina tersebut telah menyebabkan serangan anda secara praktis adalah ketidakmungkinan terdakwa untuk menyediakan bukti yang dapat mendukung kedudukannya. Dalam banyak jurisdiksi terminologi hukum pidana yang dipakai adalah kehormatan. Kehormatan sendiri adalah suatu istilah yang ambigu karena dapat berkaitan satu atau kedua faktor ini yaitu terkait dengan perasaan pribadi seseorang dan/atau terkait dengan pandangan masyarakat terhadap orang tersebut

VI.3. Melindungi ketertiban umum daripada reputasi

65. Dibanyak negara ketentuan tentang pidana penghinaan seringkali, pada kenyataannya, malah bertujuan untuk melindungi ketertiban umum daripada melindungi reputasi. Kebingungan ini dapat dicari pada akar masalah munculnya delik penghinaan di masa lampau. Di masa lalu, penghinaan, pada kenyataannya, dapat memunculkan gangguan

terhadap ketertiban umum seperti duel dan bahkan perang. Masalah dalam delik ini adalah: (1) tingginya potensi untuk menyebabkan kebingungan dalam penerapannya seperti munculnya duplikasi dengan ketentuan yang lain yang akan menyebabkan standar hukum mana yang dapat diterapkan; (2) dapat menyebabkan pengadilan untuk menerapkan delik penghinaan tanpa adanya aspek ketertiban umum yang hasilnya akan munculnya vonis yang proporsional dalam konteks ketertiban umum, namun sangat eksesif dalam hal penghinaan; dan (3) hubungan antara delik penghinaan dengan ketertiban umum dapat menyebabkan pengadilan akan meminta pertanggungjawaban individu terhadap reaksi/respon pihak lain daripada melakukan penilaian terhadap konteks yang melingkupi munculnya pernyataan tersebut

VI. 4. Ketiadaan pembelaan/alasan pemberar yang cukup

66. Pada umumnya ketentuan pidana penghinaan tidak menyediakan alasan pemberar yang cukup³³, seperti sengketa apakah suatu pernyataan adalah pendapat atau fakta yang tidak benar atau apakah terdapat alasan yang dapat dibenarkan untuk mempublikasikan pernyataan tersebut. Bahkan pada umumnya ketentuan penghinaan membolehkan pengadilan berpendapat bahwa pernyataan tersebut telah menyebabkan serangan terhadap reputasi daripada untuk membuktikan apakah fakta tersebut dapat dibuktikan³⁴.

VII. Problematika Delik Penghinaan Dalam Hukum Indonesia

67. Meski secara formal Indonesia mengakui dan menjamin kemerdekaan berpendapat dalam konstitusinya, namun dalam praktek pembuatan UU, kemerdekaan berpendapat masih mendapat tantangan khususnya bila terjadi silang sengketa antara hak atas reputasi dan juga hak atas kemerdekaan berpendapat. Dalam banyak kasus, pengadilan lebih memilih untuk mendahulukan hak atas reputasi ketimbang secara jernih menimbang dan mempertimbangkan kedua hak yang sama – sama diakui ini
68. Sejarah delik reputasi sendiri, berdasarkan pendapat Nono Anwar Makarim, dapat ditelusuri hingga ke 1275 saat Statute of Westminster memperkenalkan apa yang dinamakan Scandalum Magnatum yang menyebutkan “ sejak sekarang tidak boleh

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

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

lagi orang secara lancang mengutarakan atau menerbitkan berita dan cerita bohong yang dapat menumbuhkan konflik atau kemungkinan konflik atau fitnah antara raja dan rakyatnya atau orang-orang besar didalam negeri ini³⁵ Scandalum Magnatum sendiri bertujuan menciptakan proses perdamaian dari keadaan yang dapat mengancam ketertiban umum ketimbang untuk melindungi reputasi serta pemulihana nama baik.

69. Terlalu banyak kegaduhan bersenjata dan korban jiwa yang timbul akibat rasa tersinggung seorang oleh apa yang dianggapnya penghinaan oleh orang lain. Dendam bahkan mengambil posisi lebih penting ketimbang perlindungan reputasi semata. Jaman itu informasi jarang bisa diperoleh dan sulit dikonfirmasi. Desas-desus gampang sekali mengakibatkan adu anggar dan pistol didepan umum. Kadangkala kegaduhan bahkan sedemikian meluas sampai menyerupai pemberontakan. Menurut Mahkamah Agung Kanada tujuan undang-undang tersebut adalah untuk mencegah beredarnya rumor palsu. Dalam masyarakat yang didominasi tuan-tuan tanah yang kekuasaannya begitu besar amarah sipembesar lokal bahkan bisa mengancam keamanan negara.
70. Delik reputasi di Indonesia, delik genusnya dapat ditemukan dalam Bab XVI WvS tentang Penghinaan. Ada tiga persoalan pokok dalam memandang delik reputasi dalam WvS yaitu:

VII.1. Niat kesengajaan untuk menghina

71. Meski pada umumnya delik reputasi dalam WvS mensyaratkan adanya unsur "niat kesengajaan untuk menghina", namun tampaknya Mahkamah Agung sejak Putusannya No 37 K/Kr/1957 tertanggal 21 Desember 1957 secara konsisten menyatakan bahwa "tidak diperlukan adanya animus injuriandi (niat kesengajaan untuk menghina)" Hal yang menarik dari unsur niat kesengajaan untuk menghina ini dapat ditafsirkan tindakan mengirimkan surat kepada instansi resmi yang menyerang nama baik dan kehormatan orang lain sudah diterima sebagai bukti adanya unsur kesengajaan untuk menghina

VII.2. Pemisahan opini dan fakta

72. Delik reputasi dalam WvS jelas tidak memisahkan secara tegas antara opini dan fakta, tidak adanya pemisahan yang tegas ini dapat mengakibatkan pembuat opini dapat dipidana berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dalam hal ini dapat

³⁵ Keterangan ahli disampaikan pada 23 Juli 2008 dalam perkara No 14/PUU-VI/2008 di Mahkamah Konstitusi

dilihat kasus Bersihar Lubis (2007) yang dipidana bersalah berdasarkan Pasal 207 WvS

VII.3. Kebenaran pernyataan

73. Delik reputasi, terutamanya Pasal 310 WvS, menurut Juswito Satrio (2005), tidak memerlukan kebenaran suatu pernyataan yang dianggap menghina, dalam bahasa yang sederhana seorang pelacur berhak merasa terhina apabila diteriaki sebagai pelacur. Sementara apabila pelaku delik reputasi diberikan kesempatan oleh Hakim untuk membuktikan kebenaran tuduhannya namun ia tidak membuktikannya maka terhadap pelaku tersebut dijatuhi dengan pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 311 WvS. Oleh karena itu terdapat keterkaitan erat antara Pasal 310 dan Pasal 311 WvS
74. Disamping itu Pasal 310 WvS juga tidak menjelaskan tentang pengertian penghinaan itu sendiri selain dari "sengaja untuk menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal yang maksudnya terang untuk diketahui umum. Seperti yang telah dijelaskan diatas tentang niat kesengajaan untuk menghina, lagi-lagi hukum pidana gagal dalam memandang dalam ukuran apakah seseorang dapat dikualifikasi telah melakukan penghinaan. Menurut Dr. Mudzakkir, SH, MH, ahli pemerintah pada Pengujian Pasal 310, 311, 316, dan 207 WvS, maka ukuran yang dipakai dalam hukum pidana adalah subjektif yang diobjektifisir. Artinya subjektif adalah perasaan orang yang terhina, diobjektifisir adalah diukur secara objektif pada umumnya di tempat dimana perbuatan dilakukan, apakah perbuatan tersebut itu termasuk kategori perbuatan menghina atau tidak atau menurut pandangan masyarakat di tempat mana perbuatan tersebut dilakukan sebagai perbuatan tercela tidak baik atau menghina³⁶. Ukuran ini juga mempunyai kelemahan mendasar, mengingat penerapan delik penghinaan pada umumnya selalu dalam keadaan yang tidak seimbang antara si penghina dan si terhina. Posisi si Terhina selalu dalam posisi yang kuat baik secara ekonomi, politik, ataupun hukum, sementara si Penghina selalu dalam posisi yang lemah atau dilemahkan baik secara ekonomi, politik, ataupun hukum.
75. Selain itu sulit untuk melihat apakah suatu pernyataan adalah sebuah kritik ataukah sebuah penghinaan, maka Dr. Mudzakkir, SH, MH, lagi – lagi menggambarkan dengan cukup baik bagaimana rentannya kritik yang dapat seketika berubah menjadi tindak pidana penghinaan tersebut. Beliau menggambarkan "Harus dibedakan antara melakukan kritik terhadap seseorang (termasuk kritik terhadap presiden) dengan penghinaan, karena

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

keduanya memiliki makna yang berbeda. Kritik tidak sama dengan menghina. Menghina adalah suatu perbuatan pidana, karena penghinaan merupakan kesengajaan untuk menyerang kehormatan atau nama baik seseorang yang diawali dengan adanya kesengajaan jahat atau niat jahat (criminal intent) agar orang lain terserang kehormatan atau nama baiknya. Jika terjadi, tindakan kritik yang didahului, disertai atau diikuti dengan perbuatan menghina, maka yang dipidana menurut hukum pidana bukan perbuatan kritiknya, melainkan perbuatan penghinaannya".³⁷

76. Oleh karena itu terdapat persoalan pokok dalam memandang delik penghinaan yaitu adanya hubungan yang sistemik antara rumusan norma yang kabur dengan penerapan dari norma tersebut, yang pada akhirnya membuat para hakim secara konsisten telah melakukan penerapan yang merugikan hak-hak konstitusional dari warga negara. Persoalan pada norma tersebut terletak pada rumusan unsur yang sifatnya "karet", sehingga tidak memenuhi prinsip *lex certa* dalam suatu perumusan delik pidana³⁸

VIII. Pidana Penjara Dalam Delik Penghinaan Adalah Hukuman Yang Eksesif

77. Dalam hukum hak asasi manusia Internasional, negara memang diwajibkan untuk menciptakan instrumen dan/atau mekanisme untuk melindungi hak atas reputasi. Untuk melindungi hak atas reputasi, pada umumnya negara – negara di dunia melakukannya melalui dua instrumen hukum yaitu hukum pidana dan juga hukum perdata.
78. Namun perlindungan terhadap kehormatan dan reputasi individu tersebut juga harus dilihat relasinya dengan keberadaan hak yang lain, yakni hak atas kebebasan menyatakan pendapat (*freedom of speech*), bereksresi (*freedom of expression*), dan kebebasan pers (*freedom of the press*). Perlindungan terhadap hak atas reputasi tidak boleh sampai menjadi senjata ampuh untuk membungkam kemerdekaan berpendapat seperti yang terjadi pada masa Orde Baru
79. Kehormatan dan reputasi –sebagai bagian dari *rights of privacy*– memang harus dilindungi, tetapi tanpa harus mengurangi atau mengancam free speech. Dalam kaitannya dengan hal ini, relevan diketengahkan putusan Bonnard v. Perryman di pengadilan Inggris, yang menyatakan: "The rights of free speech is one which it is for the public interest that individuals should possess and, indeed, that they should exercise without impediment, so

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

³⁸ Susi Dwi Harjanti, SH, LLM, Anotasi Hukum terhadap Putusan MK dengan No Perkara 14/PUU-VI/2008, hal 6

long as no wrongful acts is done; and unless as alleged libel is untrue there is no wrong committed..."

80. Keduanya harus dijamin dan dilindungi oleh negara. Dalam konteks tanggungjawabnya itu, Negara dapat melakukan "derogation" dalam bentuk pengurangan atau pembatasan terhadap kedua hak tersebut. Sebab keduanya masuk dalam kategori "non-derogable rights". Tetapi dengan izin ini bukan berarti Negara boleh bertindak semaunya yang dapat membahayakan esensi hak.
81. Oleh karena itu ketentuan derogation ini dipagari dengan ketentuan ini: "Tidak satupun ketentuan dari Kovenan ini yang dapat ditafsirkan sebagai memberi hak pada suatu Negara, kelompok atau perorangan untuk melakukan kegiatan yang ditujukan untuk menghancurkan hak-hak dan kebebasan-kebebasan yang diakui dalam Kovenan ini, atau untuk membatasinya lebih daripada yang telah ditetapkan dalam Kovenan ini"³⁹
82. Lebih lanjut Komentar Umum (General Comment) Kovenan Hak- hak Sipil dan Politik menggarisbawahi pula: "Negara-negara Pihak harus menahan diri melakukan pelanggaran terhadap hak-hak yang diakui dalam Kovenan, dan pembatasan apa pun terhadap salah satu atau lebih dari hak-hak tersebut harus memiliki alasan yang sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam Kovenan. Ketika pembatasan semacam itu dibuat, maka Negara-negara harus menunjukkan kebutuhan mereka dan hanya mengambil langkah-langkah yang proporsional guna mencapai tujuan-tujuan yang sesuai dengan hukum untuk menjamin perlindungan yang berkelanjutan dan efektif terhadap hak-hak yang diakui dalam Kovenan, Pembatasan-pembatasan tidak boleh diterapkan atau dilakukan dengan cara yang dapat melemahkan esensi suatu hak yang diakui oleh Kovenan".⁴⁰
83. Oleh karena itu penggunaan instrumen hukum pidana justru dapat membatasi esensi hak itu sendiri, oleh karena itu tak heran apabila Pelapor Khusus PBB untuk Kemerdekaan Berekspresi setiap tahun selalu menyerukan agar negara – negara yang meratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik untuk menghapuskan ketentuan pencemaran nama baik dalam hukum pidana. Gema penghapusan itu pun sudah sedemikian hebatnya sampai-sampai Sidang Umum PBB pada awal 2009 juga menyerukan kepada negara-negara anggota PBB untuk melakukan penghapusan ketentuan pencemaran nama baik dalam hukum pidananya.

³⁹ Pasal 5 ayat (1) Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (UU No 12 Tahun 2005)

⁴⁰ CCPR/C/21/Rev.1/add.13, General Comment No 31 (80) Nature of the General Legal Obligation Imposes on States Parties to the Covenant

84. Hak atas reputasi sebagaimana juga hak atas kemerdekaan berekspresi mendapatkan perlindungan dari hukum internasional terutama dalam Pasal 12 Deklarasi Universal HAM dan juga Pasal 17 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik. Konstitusi Indonesia juga menjamin perlindungan hak atas reputasi ini mendasarkan pada Pasal 28 G. Namun yang menjadi pertanyaan pokok, tepatkah bila asumsi dasar yang digunakan bahwa hanya hukum pidana yang dipandang sebagai satu-satunya cara dari bentuk perlindungan dari negara terhadap hak atas reputasi?
85. Jika melihat dari beragam putusan dari pengadilan-pengadilan hak asasi manusia berusaha melakukan penyeimbangan terhadap kedua hak tersebut. Beberapa pendapat juga menarik untuk diikuti yaitu pendapat dari Pengadilan HAM Eropa dalam kasus Lingens vs. Austria yang menyatakan bahwa hukuman pidana dalam delik reputasi dapat berakibat tekanan terhadap kemerdekaan berekspresi. Selain itu Inter-American Commission on Human Rights juga mencatat dalam kesimpulan dalam "Report on the Compatibility of "Desacato" Laws With the American Convention on Human Rights" yang pada pokoknya menyatakan bahwa "akan terjadi efek yang menakutkan (hukuman pidana) dalam kemerdekaan berespresi". Selain itu jika melihat pendapat Mahkamah Agung Amerika Serikat pada 1964 menyatakan bahwa "Even in Livingston's day [circa 1830s], however, preference for the civil remedy, which enabled the frustrated victim to trade chivalrous satisfaction for damages, had substantially eroded the breach of the peace justification for criminal libel laws." lebih lanjut Mahkamah Agung Amerika Serikat juga menyatakan bahwa ". . . under modern conditions, when the rule of law is generally accepted as a substitute for private physical measures, it can hardly be urged that the maintenance of peace requires a criminal prosecution for private defamation".⁴¹
86. Selain itu Komisi HAM PBB, dalam resolusinya tentang kemerdekaan berekspresi, setiap tahun selalu menyerukan keprihatinannya terhadap berlangsungnya apa yang Komisi HAM PBB namakan "abuse of legal provisions on defamation and criminal libel". Tiga komisi internasional yang dibentuk dengan mandat untuk mempromosikan kemerdekaan berekspresi yaitu UN Special Rapporteur, OSCE Representative on Freedom of the Media dan OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression pada December 2002 juga mengeluarkan pernyataan 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."

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

87. Berdasarkan data dari Article 19, sebuah organisasi non pemerintah internasional, menyatakan bahwa beberapa negara seperti Timor Leste (2000), Ghana (2001), Ukraine (2001) and Sri Lanka (2002), telah menghapus delik reputasi dalam WvSnya masing – masing. Dan negara – negara ini tidak mengalami kenaikan yang signifikan, kuantitatif dan kualitatif, tentang pernyataan yang bersifat menyerang kehormatan sejak mereka menghapus delik reputasi dalam Hukum Pidannya.
88. Hukum pidana Indonesia juga menyediakan jenis – jenis hukuman pidana yang terdiri dari (1) pidana pokok dan (2) pidana tambahan⁴². Ketentuan Delik Penghinaan dalam Bab XVI WvS pada umumnya tidak mengharuskan agar pengadilan menjatuhkan putusan pidana pokok yaitu pidana penjara, namun pengadilan diberikan kebebasan untuk menentukan jenis pidana pokok mana yang akan dijatuhkan, dalam hal ini pidana penjara atau pidana denda, dan juga pengadilan masih dapat menjatuhkan pidana tambahan sebagaimana dapat diketemukan dalam Pasal 311 ayat (2) WvS, Pasal 317 ayat (2) WvS, dan Pasal 318 WvS.⁴³
89. Pidana penjara pada dasarnya dapat menyebabkan munculnya iklim ketakutan yang mendalam yang dapat membahayakan kemerdekaan berekspresi. Ketentuan pidana penghinaan dapat menimbulkan munculnya vonis pidana yang berat seperti pidana penjara. Meski ancaman pidana penjara itu ditentukan rendah, masih dapat menimbulkan dampak yang mendalam seperti kemungkinan prosedur penahanan oleh instansi yang berwenang, ditahan sebelum dan selama proses peradilan berlangsung dan dapat menyebabkan pandangan dimasyarakat bahwa seorang terdakwa/terpidana penghinaan yang menjalani hukuman penjara disamakan kedudukannya dengan penjahat biasa dalam kasus pidana lainnya. Begitupula terhadap dijatuhkannya pidana percobaan, meski terpidana tersebut dapat bebas sementara waktu, namun kemungkinan untuk dipenjara sewaktu-waktu juga sangat tinggi apabila terpidana tersebut melakukan pelanggaran hukum pidana lainnya termasuk pidana lalu lintas.
90. Ketentuan pidana penghinaan diperburuk dengan kenyataan bahwa pada dasarnya aktor – aktor yang sosial yang kuat seperti pejabat negara, pejabat tinggi di pemerintahan, pengusaha ternama pada umumnya menggunakan dan menyalahgunakan ketentuan

⁴² Pasal 10 WvS menyebutkan pidana pokok adalah pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda, dan pidana tutupan, sementara pidana tambahan adalah pencabutan hak-hak tertentu, perampasan barang – barang tertentu, pengumuman putusan hakim

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

pidana penghinaan untuk melindungi mereka dari kritik atau dari pengungkapan fakta yang memalukan meskipun terdapat kebenaran terhadap fakta tersebut

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

91. Perumusan norma ancaman pidana dalam delik penghinaan di Indonesia tidak memiliki landasan filosofis yang baik, hal ini dapat dibuktikan pada tabel di bawah ini

Jenis Aturan	Ketentuan	Ancaman
WvS		
Pasal 142	Penghinaan terhadap kepala negara sahabat	Penjara 5 tahun dan denda 4500
Pasal 142 a	Penghinaan terhadap bendera negara sahabat	Penjara 4 tahun dan denda 4500
Pasal 143	Penghinaan terhadap wakil negara asing	Penjara 5 tahun dan denda 4500
Pasal 144	Penghinaan terhadap kepala negara sahabat dan wakil negara asing dalam bentuk selain lisan	Penjara 9 bulan dan denda 4500
Pasal 154 a	Penghinaan terhadap bendera negara Indonesia	Penjara 4 tahun dan denda 3000
Pasal 207	Penghinaan terhadap penguasa atau badan umum	Penjara 1 tahun 6 bulan dan denda 4500
Pasal 208	Penghinaan terhadap penguasa atau badan umum dalam bentuk selain lisan	Penjara 4 bulan dan denda 4500
Pasal 310	Menista	Penjara 9 bulan dan denda 4500, jika dalam bentuk selain lisan penjara 1 tahun 4 bulan dan denda 4500
Pasal 311	Fitnah	Penjara 4 tahun

Pasal 315	Penghinaan ringan	Penjara 4 bulan 2 minggu dan denda 4500
Pasal 316	Penghinaan terhadap pejabat yang menjalankan tugas	pemberatan 1/3 dari delik asalnya
Pasal 317	Pengaduan fitnah	Penjara 4 tahun
Pasal 318	Persangkaan palsu	Penjara 4 tahun
Pasal 320	Penghinaan terhadap orang mati	Penjara 4 bulan 2 minggu dan denda 4500
Pasal 321	Penghinaan terhadap orang mati dalam bentuk selain lisan	Penjara 1 bulan 2 minggu dan denda 4500
UU No 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran		
Pasal 36 ayat (5) huruf a jo Pasal 57	Fitnah	Penjara 5 tahun dan denda 10.000.000.000
UU No 10 tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD		
Pasal 84 ayat (1) huruf c jo Pasal 270	Penghinaan terhadap calon dan/atau peserta pemilu	Penjara min 6 bulan dan max 24 bulan dan denda min Rp. 6.000.000 dan max Rp. 24.000.000
UU No 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden		
Pasal 41 ayat (1) huruf c jo Pasal 214	Penghinaan terhadap calon dan/atau pasangan calon Presiden/Wakil Presiden	Penjara min 6 bulan dan max 24 bulan dan denda min Rp. 6.000.000 dan max Rp. 24.000.000
UU No 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah		
Pasal 78 huruf b jo Pasal 116	Penghinaan terhadap calon kepala daerah dan calon wakil kepala daerah	Penjara min 3 bulan dan max 1 tahun 6 bulan 5 tahun dan denda min 600.00 dan max 6.000.000
UU No 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik		
Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 36 jo Pasal 45 ayat (1)	Penghinaan dan/atau pencemaran nama baik	Penjara 6 tahun dan denda 1.000.000.000.

X. Kontroversi Dalam UU No. 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE)

92. Beragam keganjilan dalam perumusan norma tindak pidana dalam UU ITE begitu mudah ditampilkan, selain perumusan norma dengan sengaja dan tanpa hak⁴⁴ yang begitu kontroversial, ada beragam keganjilan yang dapat diutarakan sebagai berikut

IX.1. Tingginya ancaman pidana untuk penghinaan

93. Tingginya ancamana pidana untuk penghinaan jelas menimbulkan dampak ketakutan yang luar biasa bagi para pengguna internet. Tak ada alasan apapun kenapa ancamana pidana untuk tindak pidana penghinaan ini mesti naik begitu tinggi. Selain itu, para pembuat UU ITE juga melupakan prinsip penjatuhan pidana dalam tindak pidana penghinaan seperti di WvS. WvS setidaknya malah mengakomodasi beragam jenis ancamana pidana yang bisa dijatuhkan meski prakteknya juga tidak pernah dipertimbangkan untuk dipergunakan yaitu (1) hak untuk memegang jabatan pada umumnya atau jabatan tertentu (2) hak memasuki Angkatan Bersenjata (3) hak memilih dan dipilih (4) hak untuk menjadi Advokat atau pengurus, wali, wali pengawas, pengampu, pengampu pengawas (5) hak untuk menjalankan kekuasaan sebagai bapak, perwalian, atau pengampuan (6) hak menjalankan mata pencaharian tertentu.⁴⁵ Ancaman ini bisa menjadi 9 tahun dan denda 1.300.000.000,00 bila Pasal 27 ayat (3) UU ITE digabungkan dengan Pasal 316 WvS⁴⁶

IX.2. Ancaman pidana untuk perjudian malah turun drastis

94. Jika dalam Penghinaan, ancamana pidananya menjadi tinggi, maka untuk perjudian malah menjadi sebaliknya. Jika dalam Pasal 303 WvS ancamana pidana penjara untuk perjudian adalah 10 tahun, maka ancamana pidana penjara dalam Pasal 27 ayat (2) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE menjadi hanya 6 tahun. Inipun tidak diperoleh keterangan yang memuaskan dari para pembentuk UU ITE kenapa hal ini dapat terjadi

IX.3. Duplikasi tindak pidana pengancaman

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

⁴⁵ Lihat ketentuan Pasal 35 WvS

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

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

IX.4. Segala jenis informasi dapat dipidana

96. Pasal 28 ayat (1) hanya menggunakan unsur "berita bohong" ini juga dapat menyebabkan ketidakpastian karena bisa jadi informasi atau berita bohong tersebut dilakukan melalui media cetak hanya tujuan transaksinya adalah melalui transaksi elektronik. Pasal 28 ayat (2) hanya menggunakan unsur "menyebarluaskan informasi", hal ini menandakan kecerobohan dan ketidakcermatan dari para pembentuk UU ITE karena tidak juga didapatkan penjelasan yang memuaskan kenapa tidak digunakan kalimat informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik?

97. Selain itu bisa pula dilihat relasi yang menarik antara delik pengancaman dengan penyebarluaskan kebencian. Diseluruh negara hukum modern di dunia, pidana penyebarluaskan kebencian selalu diberikan ancaman pidana yang tinggi karena ini adalah jenis tindak pidana yang merupakan sarana pencegahan terjadinya kejadian kejahatan genosida namun dalam UU ITE berbicara lain

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

XI. Kontroversi Pasal 27 ayat (3) UU ITE

98. Dalam UU ITE, penghinaan tidak lagi dibedakan berdasarkan objek dan juga berdasarkan jenisnya, namun disatukan dalam satu tindak pidana dikumpulkan dalam Pasal 27 ayat (3) yang berbunyi : "Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik."

99. Dalam perumusan ini maka ada 3 unsur yang harus dicermati yaitu
1. Unsur kesengajaan dan tanpa hak
 2. Unsur mendistribusikan, mentransmisikan, membuat dapat diaksesnya Informasi dan/atau Dokumen Elektronik
 3. Unsur muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik
100. Sudah menjadi hal yang diketahui oleh umum, sejak kelahirannya, Republik Indonesia tidak pernah dimaksudkan sebagai negara kekuasaan namun secara tegas telah diproklamirkan bahwa Indonesia adalah Negara Hukum. Seperti yang dikatakan oleh Frans Magnis Suseno, Negara hukum didasarkan pada suatu keinginan bahwa kekuasaan negara harus harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil. Hukum menjadi landasan dari segenap tindakan negara, dan hukum itu sendiri harus baik dan adil. Baik karena sesuai dengan apa yang diharapkan oleh masyarakat dari hukum, dan adil karena maksud dasar segenap hukum adalah keadilan. Ada empat alasan utama untuk menuntut agar negara diselenggarakan dan menjalankan tugasnya berdasarkan hukum: (1) kepastian hukum, (2) tuntutan perlakuan yang sama (3) legitimasi demokratis, dan (4) tuntutan akal budi.
101. Di dalam negara hukum, aturan perundangan-undangan yang tercipta harus berisi nilai-nilai keadilan bagi semua orang. Seperti yang dikutip oleh Jimly, Wolfgang Friedman dalam bukunya "Law in a Changing Society" membedakan antara organized public power (the rule of law dalam arti formil) dengan the rule of just law (the rule of law dalam arti materiel). Negara hukum dalam arti formil (klasik) menyangkut pengertian hukum dalam arti sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis, dan belum tentu menjamin keadilan substansif. Negara hukum dalam arti materiel (modern) atau the rule of just law merupakan perwujudan dari Negara hukum dalam luas yang menyangkut pengertian keadilan di dalamnya, yang menjadi esensi daripada sekedar memfungsikan peraturan perundang-undangan dalam arti sempit. Rule of law juga dapat dimaknai sebagai "legal system in which rules are clear, well- understood, and fairly enforced". Oleh karenanya salah satu ciri negara hukum adalah adanya kepastian hukum yang mengandung asas legalitas, prediktibilitas, dan transparansi
102. Karena salah satu ciri penting dari negara hukum adalah kepastian hukum, maka penguasaan bahasa hukum/ peraturan perundang-undangan mutlak diperlukan baik bagi pejabat pembentuk peraturan perundang-undangan (khususnya para perancang), karena hukum sangat terkait dengan bahasa yang harus dituangkan dalam bentuk penormaan yang sistematis dan logis sehingga tidak menimbulkan multi tafsir.

103. Jika menilik pendapat dari Prof H.A.S Natabaya, SH, LLM, ke-khasan penggunaan bahasa dalam peraturan perundang – undangan terkait dengan fungsinya dalam menuangkan gagasan substantif yang bersifat normatif dalam arti mengandung norma hukum untuk menggariskan tingkah laku dalam kehidupan masyarakat. Bahasa peraturan perundang – undangan menuntut kecermatan dan ketelitian lebih dalam penggunaan bahasa; suatu tuntutan yang tidak terlepas dari sifat hukum sendiri. Hukum sebagai keseluruhan aturan tingkah laku yang bertujuan mencapai ketertiban dalam masyarakat mengharuskan adanya ketegasan, kejelasan, dan ketepatan, baik dalam penyusunan kalimat. Disamping itu dituntut pula adanya konsistensi. Semua itu dimaksudkan untuk mencegah agar perumusan norma hukum tidak menimbulkan kemaknagandaan dan kesamaran, sehingga menjamin kepastian hukum.⁴⁷
104. Terdapat beberapa persoalan kunci dalam memandang ketidakpastian rumusan dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE yaitu

XI.1. unsur dengan sengaja dan tanpa hak

105. Menurut keterangan Menkominfo dan Menhukham pada persidangan di Mahkamah Konstitusi pada 12 Februari 2009 unsur dengan sengaja diartikan sebagai "pelaku harus menghendaki perbuatan mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dan mengetahui bahwa Informasi dan/atau Dokumen Elektronik tersebut memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik". Sementara unsur tanpa hak dalam kesempatan yang sama juga diartikan sebagai "perumusan sifat melawan hukum yang dapat diartikan (1) bertentangan dengan hukum dan (2) bertentangan dengan hak atau tanpa kewenangan atau tanpa hak".⁴⁸
106. Unsur dengan sengaja dan tanpa hak juga telah didefinisikan secara berbeda oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusannya. Terdapat fakta yang menarik tentang bagaimana MK memberikan definisi yang berbeda tentang "dengan sengaja" dan "tanpa hak" pada Putusan No 50/PUU-VI/2008 dan Putusan No 2/PUU-VII/2009.

⁴⁷ Prof HAS Natabaya, Menata Ulang Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia, hal 334, penerbit Mahkamah Konstitusi RI

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

Dalam Putusan No 50/PUU-VI/2008, Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE, MK menyatakan (garis tebal):

“Bawa unsur dengan sengaja dan tanpa hak merupakan satu kesatuan yang dalam tataran penerapan hukum harus dapat dibuktikan oleh penegak hukum. Unsur “dengan sengaja” dan “tanpa hak” berarti pelaku “menghendaki” dan “mengetahui” secara sadar bahwa tindakannya dilakukan tanpa hak. Dengan kata lain, pelaku secara sadar menghendaki dan mengetahui bahwa perbuatan “mendistribusikan” dan/atau “mentransmisikan” dan/atau “membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik” adalah memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik. Adapun unsur tanpa hak merupakan unsur melawan hukum. Pencantuman unsur tanpa hak dimaksudkan untuk mencegah orang melakukan perbuatan mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”⁴⁹

Sementara dalam Putusan Perkara No 2/PUU-VII/2009, Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE, MK malah menyatakan (garis tebal):

“Bawa unsur sengaja berarti pelaku menghendaki dan mengetahui perbuatan mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan mengetahui bahwa informasi dan/atau dokumentasi elektronik tersebut memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, sedangkan unsur tanpa hak merupakan unsur melawan hukum. Unsur tanpa hak dimaksudkan untuk menghindarkan orang yang melakukan perbuatan mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan mengetahui bahwa informasi dan/atau dokumen elektronik tersebut memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik berdasarkan hukum dapat dipidana”

⁴⁹ Dalam dakwaannya, Jaksa Penuntut Umum, menggunakan argumen dalam Putusan MK No 50/PUU-VI/2008, hal ini justru secara teoritis melemahkan dakwaan Jaksa. Berdasarkan putusan MK ini Jaksa seharusnya juga menyeret semua orang yang menyebarkan email Prita Mulyasari

XI .2. unsur mendistribusikan

107. UU ITE tidak menjelaskan definisi dari mendistribusikan oleh karena itu harus diambil definisi baku melalui Kamus Besar Bahasa Indonesia yang memberikan definisi sebagai berikut menyalurkan (membagikan, mengirimkan) kpd beberapa orang atau ke beberapa tempat (spt pasar, toko)⁵⁰

XI .3. unsur mentransmisikan

108. UU ITE juga tidak menjelaskan definisi dari mentransmisikan oleh karena itu harus diambil definisi baku melalui Kamus Besar Bahasa Indonesia yang memberikan definisi sebagai berikut mengirimkan atau meneruskan pesan dr seseorang (benda) kpd orang lain (benda lain)⁵¹

XI .4. unsur membuat dapat diaksesnya

109. UU ITE juga sama sekali tidak memaparkan definisi dari membuat dapat diaksesnya selain hanya memberikan definisi tentang akses yaitu kegiatan melakukan interaksi dengan Sistem Elektronik yang berdiri sendiri atau dalam jaringan⁵²
110. Keseluruhan unsur mendistribusikan atau mentransmisikan dalam dunia IT memiliki perbedaan mendasar dengan konsep dalam bahasa Indonesia baku. Dalam dunia IT frasa mendistribusikan diartikan sebagai membagikan salinan yang dapat dilakukan melalui web, milis, peer to peer, broadcast, dan melalui server lain. Sementara mentransmisikan adalah bagian dari kegiatan mendistribusikan. Distribusi informasi selalu melalui transmisi, yang hampir selalu berupa gabungan dari beberapa penggalan/potongan transmisi karena keharusan keberadaan mesin perantara. Sementara frasa membuat dapat diaksesnya akan melibatkan pihak terkait (seperti pembuat, penerbit, perantara: hosting, isp/telko, warnet/kantor, pembaca, dan komputer). Dan boleh jadi yang disajikan bukan muatan sebenarnya, tapi hanya alamat tautan (hyperlink).⁵³

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

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

⁵² Pasal 1 angka 15 UU No 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik

⁵³ Keterangan Ahli, Andika Triwidada, dalam Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE dengan No Perkara 2/PUU-VII/2009 pada 12 Februari 2009

111. Selain itu jika merujuk pada pendapat dari Ronny M.Kom, M.H.⁵⁴, maka ia menjelaskan sebagai berikut:

"Bawa multitafsir yang timbul dari istilah "mendistribusikan" dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE dapat mengakibatkan penerapan hukum yang tidak adil ditinjau dari pemberian sanksi pidana penjara dan/atau denda. Misalnya, perbedaan penafsiran mengenai "Apakah kata mendistribusikan dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE menyangkut offline atau offline & online?"

Contoh kasus:

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

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

Tafsiran 2 : Kata "mendistribusikan" dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE mencakup penyaluran informasi elektronik secara online maka kasus tersebut tidak dapat menggunakan UU ITE, berarti menggunakan WvS. Bila terbukti memenuhi unsur pasal-pasal penghinaan maka dikenakan sanksi pidana menurut WvS (sanksi pidana maksimum lebih ringan)

Selain itu multitafsir berikutnya adalah mengenai Frasa "membuat dapat diaksesnya" dalam Pasal 27 ayat (3) 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. 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.

⁵⁴ Keterangan Ahli, Ronny M.Kom, M.H., dalam Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE dengan No Perkara 50/PUU-VI/2008 pada 19 Maret 2009

Frasa “membuat dapat diaksesnya” memiliki maksud “memberi kemampuan untuk melakukan interaksi dengan sistem elektronik”. Bila menggunakan contoh : sistem elektronik berupa website, maka frasa “membuat dapat diaksesnya” berarti menyiarkan, menunjukkan informasi elektronik tentang letak/alamat/nama domain dari suatu website. Pada dasarnya membuat link (taut) dari suatu website ke website yang lain merupakan perbuatan membuat dapat diakses website yang ditautkan. Celakanya, dengan Pasal 27 ayat (3) 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. Penjelasannya sebagai berikut; (1) Bahwa informasi dalam suatu website bersifat dinamis, artinya dapat diubah setiap saat oleh pemilik website sebagai pengendali, bukan orang yang membuat link (taut) ke website tersebut; dan (2) Membuat Link (taut) ke suatu website merupakan kebiasaan (tradisi) dalam penyaluran informasi di dunia maya. Kegiatan ini pula yang membantu penyebaran ilmu pengetahuan secara cepat dan dalam jangkauan yang luas. Sayangnya, orang yang membuat link (taut) ke suatu website bukan sebagai pengendali website yang di-taut-kan. Pengendalinya berada pada pemilik website, yang kadang- kadang tanpa kejelasan identitas pemilik atau menggunakan identitas samaran.”

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

“Mereka yang berkeberatan atas diundangkannya pasal 27 ayat (3) UU ITE itu tak lain daripada para pengguna sarana elektronik yang akan memanfaatkan sarana itu untuk mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, sekalipun bukan para pengguna ini yang bisa dituntut sebagai pembuat informasi/dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik itu. Karena para pengguna sarana elektronik ini bukan pencipta informasi/dokumen elektronik yang bermuatan penghinaan da/atau pencemaran nama baik, akankah mereka ini dituntut sebagai pelaku kejahatan (dader) ataukah “hanya” sebagai penyerta (mededader) atau “cuma” sebagai pembantu pelaku kejahatan (medepleger).

Maka amatlah tidak adil apabila di tengah kemajuan pendayagunaan informasi elektronik

⁵⁵ Keterangan Ahli, Prof. Soetandyo Wignyosoebroto, dalam Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE dengan No Perkara 2/PUU-VII/2009 pada 19 Maret 2009

dewasa ini para pengguna sarana elektronik untuk tujuan penyebaran informasi ini harus menghadapi risiko yang jauh lebih besar untuk dibilangkang sebagai pelaku kejahatan dari sejawatnya yang melaksanakan tugas yang sama bersaranakan sarana yang lebih konvensional, bahkan juga menghadapi risiko yang jauh lebih besar dari si pembuat informasi yang bermuatan materi penghinaan/pencemaran nama baik itu sendiri.

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

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

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

Lebih lanjut, beliau juga menyatakan bahwa "Tetapi, mengancamkan pidana yang tak kalah beratnya kepada ""setiap orang (yang) dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik", (yang belum tentu diketahui olehnya), tidaklah bisa diterima. Menyamakan setiap orang yang mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau dapat diaksesnya informasi dan dokumen elektronik sebagai bagian dari

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

113. Karena itu Kami, berpendapat bahwa secara umum pencatuman, penggunaan, dan penerapan Pasal 27 ayat 3 UU ITE jelas memiliki problem dari sisi kebahasan dan mempunyai ambiguitas karena memiliki ketidakpastian hukum yang tinggi yang dapat menyebabkan orang – orang yang tidak bersalah menjadi korban dalam penerapan Pasal 27 ayat (3) UU ITE

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

114. Setiap orang yang memenuhi unsur-unsur yang diatur dalam Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE, mempunyai implikasi di ancaman hukuman dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
115. Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE yang ancaman pidananya paling lama enam tahun penjara dapat dipergunakan untuk menghambat proses demokrasi khususnya akses bagi jabatan-jabatan publik yang mensyaratkan seseorang tidak pernah dihukum karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lima tahun atau lebih;
116. Pengenaan ancaman pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun akan dapat melenyapkan peluang warga negara Indonesia untuk dapat menduduki jabatan – jabatan publik, hal yang sama berlaku apabila seorang menjadi warga negara Indonesia menjadi bagian dari sistem pelayanan publik dan/atau pegawai negeri sipil, apabila kritik yang disampaikan melalui media elektronik dianggap menghina kepada atasannya ataupun kantor, maka akan dengan mudah diberhentikan sebagai pegawai negeri sipil.
117. Hanya karena melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud pada Pasal 27 ayat (3) akan dapat selama-lamanya melenyapkan hak warga negara Indonesia untuk menduduki jabatan –jabatan publik, hanya karena para perumus UU aquo gagal dalam melihat dan mengklasifikasi apakah tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE termasuk kejahatan yang tidak dapat dimaafkan untuk selama-lamanya.

118. Oleh karena itu efek yang akan diterima oleh para pelaku penghinaan tidak hanya hukuman penjara dan denda yang luar biasa besarnya, akan tetapi juga akan kehilangan sama sekali kesempatan untuk dapat terlibat dalam penyelenggaran pemerintahan ataupun sebagai bagian dari profesi hukum.
119. Untuk itu, beberapa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pemberlakuan Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU aquo dapat memberikan penjelasan yang cukup baik tentang argumen tersebut

Pasal 58 huruf f UU No 12 Tahun 2008 tentang Perubahan II UU No 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah

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

Pasal 5 huruf n UU No 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden

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

Pasal 12 huruf g jo Pasal 11 ayat (2) UU No 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah

Pasal 11

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

Pasal 12

Persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2):

g. tidak pernah dijatuhi hukuman pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih;

Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah

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

Pasal 16 ayat (1) huruf d UU No 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

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

Pasal 3 ayat (1) huruf (h) UU No 18 Tahun 2003 tentang Advokat

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

Pasal 21 ayat (1) huruf g UU No 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian RI

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

Pasal 23 ayat (4) huruf a UU No 43 Tahun 1999 tentang Perubahan atas UU No 8 Tahun 1974 tentang Pokok –Pokok Kepegawaian

Pegawai Negeri Sipil dapat diberhentikan dengan hormat tidak atas permintaan sendiri atau tidak

dengan hormat karena: dihukum penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap karena melakukan tindak pidana kejahatan yang ancaman hukumannya 4 (empat) tahun atau lebih;

120. Ketentuan – ketentuan di atas cukup menjelaskan betapa peraturan tentang penghinaan dan/atau pencemaran nama dalam hukum pidana akan sangat mudah digunakan sebagai sarana pembalasan dendam karena dengan mudah dapat digunakan untuk mempidanakan seseorang dan sekaligus juga melenyapkan hak – hak sipil sekaligus juga hak – hak politik dari seluruh masyarakat Indonesia.
121. Gejala over kriminalisasi dan over legislasi sudah mulai terjadi di Indonesia, dimana para pembuat UU, jika memungkinkan, akan membuat aturan untuk segala hal dan juga mengkriminalkan semua perbuatan.
122. Para pembuat UU dihinggapi gejala ketidakpercayaan atas kemampuan masyarakat sendiri untuk dapat menangani persoalannya sendiri in casu dalam persoalan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik. Oleh sebab itu jeratan tindak pidana yang sebenarnya sudah diatur dalam Bab XVI WvS tentang Penghinaan oleh para pembuat undang-undang dibuat semakin lentur dan hukumannya juga dibuat untuk semakin diperberat, hal ini menambah keyakinan dalam masyarakat Indonesia bahwa hukum pidana terkait dengan tindak pidana penghinaan akan sangat rentan digunakan sebagai sarana pembalasan dendam.

XIII. Politik Hukum Yang Represif

123. Politik hukum pidana Indonesia dalam konteks penghinaan jelas makin represif. Pemerintah dan DPR dapat dikatakan sangat menyukai menciptakan beragam delik baru tentang penghinaan yang sesungguhnya telah eksis dalam WvS. Maka boleh juga dikatakan bahwa tindakan pemerintah dan DPR tersebut ibarat jika memiliki kendaraan dan yang rusak adalah spionnya maka yang dilakukan oleh pemerintah dan DPR adalah membeli kendaraan baru ketimbang memperbaiki yang rusak. Meski sangat tidak disarankan dan represif, aturan tindak pidana penghinaan dalam WvS jelas masih memadai jika hanya

dimanfaatkan mencegah perbuatan penghinaan di Internet. Hal ini dapat dilihat dari beragam kasus penghinaan melalui internet yang masih didakwa dan diputus menggunakan WvS di antaranya kasus Ahmad Taufik, dalam kasus penyebaran kronologis penyerang kantor Tempo melalui milis, dan kasus Teguh Santosa, pada kasus penghinaan terhadap agama melalui situs berita <http://rakyatmerdeka.co.id>.

124. Kesemua kasus yang melibatkan dunia internet masih menggunakan dan terjangkau oleh WvS dan Mahkamah Agung tidak pernah terpaksa untuk membuat analogi yang diperluas, untuk memeriksa perkara penghinaan yang dilakukan melalui medium internet dengan menggunakan WvS. Dan yang lebih penting, tidak ada satupun negara hukum modern yang demokratis di dunia yang memiliki delik penghinaan dalam beragam peraturan perundang-undangan
125. Selain itu perumus WvS jelas jauh lebih bijak karena menggunakan beragam kategorisasi delik dan ancaman yang berbeda beda dalam kasus penghinaan. Namun jika melihat lebih dalam pada UU lain yang memuat delik penghinaan, maka kategorisasi delik ini telah ditinggalkan selain itu ancaman pidananya juga semakin dipertinggi tanpa landasan filosofis kenapa harus diperberat. Dalam pembahasan perumusan UU ITE maka tidak terdapat alasan filosofis selain alasan dari Kepolisian RI dan Kejaksaan Agung RI, jika merujuk pada Rapat Dengar Pendapat Umum yang dibuat oleh Depkominfo pada 21 Juli 2006, untuk bisa langsung ditahan.⁵⁶
126. Suatu ilustrasi menarik dapat dilihat pada Kamis, 19 Maret 2009, saat Jaksa Arief Muliawan, SH, MH, Kabag Sunproglapnil Kejaksaan Agung RI memberikan keterangan sebagai saksi pemerintah dalam persidangan di Mahkamah Konstitusi dengan menyatakan: "Seandainya pelaku (penghinaan) dihukum 10 atau 20 tahun pun, sebenarnya itu belum sebanding dengan akibat yang ditimbulkan oleh perbuatan tersebut".⁵⁷
127. Selain itu Pasal 27 ayat (3) UU ITE juga telah melanggar beberapa prinsip hukum pidana. Beberapa prinsip penting yang salah satunya diakui juga oleh Mahkamah Konstitusi yaitu dalam Putusan Mahkamah Putusan Mahkamah Konstitusi No 4/PUU-V/2007 tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang No 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, Mahkamah telah menyatakan bahwa: "(i) ancaman pidana tidak boleh dipakai untuk mencapai suatu tujuan yang pada dasarnya dapat dicapai dengan cara lain yang sama

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

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

efektifnya dengan penderitaan dan kerugian yang lebih sedikit, (ii) ancaman pidana tidak boleh digunakan apabila hasil sampingan (side effect) yang ditimbulkan lebih merugikan dibanding dengan perbuatan yang akan dikriminalisasi, (iii) ancaman pidana harus rasional, (iv) ancaman pidana harus menjaga keserasian antara ketertiban, sesuai dengan hukum, dan kompetensi (order, legitimation, and competence), dan (v) ancaman pidana harus menjaga kesetaraan antara perlindungan masyarakat, kejujuran, keadilan prosedural dan substantif (social defence, fairness, procedural and substantive justice)"

128. Selain itu jika mendasarkan pendapat Dr. Yenti Ganarsih, SH, MH, ahli hukum pidana dari Universitas Trisakti, yang merujuk pada pendapat Hoenagels yang menekankan pentingnya mempertimbangan berbagai faktor untuk melakukan kriminalisasi agar tetap menjaga dalil ultimum remedium dan tidak terjadi over criminalization antara lain : "(a) Jangan menggunakan Hukum Pidana dengan cara emosional; (b) Jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak jelas korban atau kerugiannya; (c) Jangan menggunakan hukum pidana, apabila kerugian yang ditimbulkan dengan pemidanaan akan lebih besar daripada kerugian oleh tindak pidana yang akan dirumuskan; (d) Jangan menggunakan hukum pidana apabila tidak didukung oleh masyarakat secara kuat; (e) Jangan menggunakan hukum pidana apabila penggunaannya diperkirakan tidak akan efektif; (f) Hukum pidana dalam hal-hal tertentu harus mempertimbangkan secara khusus skala prioritas kepentingan pengaturan; (g) Hukum pidana sebagai sarana represif harus didayagunakan secara serentak dengan sarana pencegahan".⁵⁸
129. Berdasarkan alasan – alasan yang telah dinyatakan diatas, maka keberadaan UU No 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik tersebut sebagai pedang bermata dua karena (1) menyediakan landasan hukum dalam transaksi bisnis yang dilakukan secara elektronik dan (2) menyediakan landasan terhadap politik hukum pidana yang represif.

XIV. Rekomendasi

1. Bawa kebebasan berekspresi adalah kebebasan dasar penting bagi martabat individu untuk berpartisipasi, pertanggungjawaban, dan demokrasi. Kemerdekaan berpendapat merupakan salah satu hak asasi manusia yang sangat strategis dalam menompang jalan dan bekerjanya demokrasi karena demokrasi tidak berjalan tanpa adanya kebebasan menyatakan pendapat, sikap, dan berekspresi.

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

2. Bahwa Indonesia telah menjamin kebebasan berekspresi dan berpendapat dalam Konstitusinya yaitu Pasal 28 F UUD 1945 dan dalam berbagai Undang-Undang diantaranya UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi oleh Indonesia dengan UU No 12 Tahun 2005. Oleh karenanya, hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat merupakan salah satu hak dasar terkuat dalam sistem hukum nasional karena jelas dilindungi oleh Konstitusi dan sejumlah instrumen hukum lainnya. pelanggaran atas hak-hak tersebut bukan saja melanggar hukum tetapi juga melanggar hak-hak konstitusional warga negara.
3. Bahwa Indonesia telah meratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik pada tahun 2005 sehingga berdasarkan pasal 2 Kovenan tersebut Indonesia harus:
 - a. berjanji untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya, tanpa pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.
 - b. apabila belum diatur dalam ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lainnya yang ada, setiap Negara Pihak dalam Kovenan ini berjanji untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan, sesuai dengan proses konstitusinya dan dengan ketentuan - ketentuan dalam Kovenan ini, untuk menetapkan ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lain yang diperlukan untuk memberlakukan hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini.
 - c. menjamin bahwa setiap orang yang hak-hak atau kebebasannya diakui dalam Kovenan ini dilanggar, akan memperoleh upaya pemulihan yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi.
4. Bahwa berdasarkan Pasal 2 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, Indonesia berkewajiban untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini (termasuk hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat) bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya. Artinya, Indonesia seharusnya melakukan perubahan terhadap segala undang-undang dan peraturan yang bertentangan dengan pasal hak-hak yang dijamin dalam Kovenan.
5. Bahwa hukum Indonesia yang terkait dengan hak kebebasan berekspresi dan berpendapat diantaranya Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS adalah ketentuan-ketentuan yang bertentangan dengan ketentuan internasional hak asasi manusia dan lebih khusus lagi bertentangan dengan jaminan hak sebagaimanya

dinyatakan dalam Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik. Ketentuan-ketentuan sebagaimana dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS adalah ketentuan yang tidak sejalan dengan maksud Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik termasuk pengaturan soal pembatasan yang diperbolehkannya. Penggunaan pasal-pasal tersebut merupakan ancaman nyata terhadap jaminan kebebasan berekspresi dan berpendapat.

6. Bahwa penggunaan Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS untuk mendakwa Sdr. Prita Mulyasari adalah dakwaan yang tidak tepat karena pasal-pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik.
7. Bahwa meskipun Pengadilan akan menerima Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Pasal 310 WvS dan Pasal 311 WvS sebagai suatu norma yang berlaku/eksis, Pengadilan haruslah menerapkannya secara hati-hati dan melihat jaminan hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat sebagaimana dijamin dalam Konstitusi, UU Hak Asasi Manusia dan UU No. 12 Tahun 2005 Tentang Ratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik.
8. Bahwa dalam hal Pengadilan menyatakan Sdr. Prita Mulyasari dinyatakan tidak bersalah maka Pengadilan harus memberikan pemulihan atas Sdr. Prita karena telah terlanggar hak-haknya. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yaitu menjamin bahwa setiap orang yang hak-hak atau kebebasannya diakui dalam Kovenan ini dilanggar, akan memperoleh upaya pemulihan yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi.

Informasi Lanjutan

Untuk informasi lebih lanjut silahkan hubungi

Syahrial Martanto Wirawan, S.H.

Direktur Program

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)

Jl. Cempaka No 4, Jagakarsa, Jakarta 12530

Phone/Fax (021) 7810265

Email : syahrial@icjr.or.id

Anggara, S.H.

Koord. Div. Advokasi HAM

Perhimpunan Bantuan Hukum dan HAM Indonesia (PBHI)

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

Telp (021) 85918064 Fax (021) 85918065

Email : anggara@anggara.org

Wahyu Wagiman, S.H.

Koord. Pengembangan Sumber Daya HAM

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

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

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

Email : wahyu@elsam.or.id

Zainal Abidin, S.H.

Direktur Riset dan Publikasi

Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI)

Jl. Diponegoro No 74

Telp (021) 85918064 Fax (021) 85918065

Email : zainal.abidin@ylbhi.or.id

Supriyadi Widodo Eddyono, S.H.

Koordinator

Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN)

Jl. Cempaka No 4, Jagakarsa, Jakarta 12530

Phone/Fax (021) 7810265

Email : supi_aja@yahoo.com