

Amicus Brief (Komentar Tertulis)

**Untuk digunakan sebagai bahan pertimbangan bagi Majelis Hakim
Peninjauan Kembali pada Mahkamah Agung RI
Pada Kasus
Erwin Arnada Vs. Negara Republik Indonesia**

Delik Kesusilaan dan Kemerdekaan Pers dalam Perkara Majalah Playboy di Indonesia

Diajukan Oleh:

**Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN),
Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), dan
Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)**

Jakarta, 2011

Daftar Isi

I. Pernyataan Kepentingan	4
II. Selintas Mengenai <i>Amicus curiae</i>	6
III. Ringkasan Fakta Hukum	8
3.1. Kronologi	8
3.2. Dakwaan dan Tuntutan	9
3.3. Putusan Tk 1 PN	9
3.4. Putusan Tk 2 PT	10
3.5. Memori Kasasi Jaksa	10
3.6. Putusan Mahkamah Agung RI	11
IV. Analisis: I menguji delik Kesusilaan dalam Kerangka Hukum Pidana Indonesia	12
4.1. Delik kesusilaan dalam kaitannya dengan HAM	12
4.2. Delik Kesusilaan di KUHP	17
V. Analisis: II Menguji Kebebasan pers	26
5.1. Delik Kesusilaan, Pers dan kaitannya dalam sistem Hak asasi manusia	26
5.2. Majalah Playboy adalah Pers dan Kontennya adalah Produk Pers	27
5.3. Peran Dewan Pers dan Peredaran Majalah dalam Kategori Majalah Hiburan Dewasa	29
VI. Kesimpulan	31

Dipersiapkan dan disusun oleh:

Anggara

Senior Associate

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR) Indonesia

anggara@icjr.or.id

Supriyadi Widodo Eddyono

Koordinator

Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN)

supi_aja@yahoo.com

Syahrial M. Wiryawan

Senior Associate

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR) Indonesia

[sahrial@icjr.or.id](mailto:syahrial@icjr.or.id)

Wahyu Wagiman

Koordinator Pengembangan Sumber Daya HAM

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

wahyu@elsam.or.id

Wahyudi Djafar

Peneliti Hukum dan Hak Asasi Manusia

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

wahyudidjafar@gmail.com

Zainal Abidin

Sekretaris

Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN)

abizainal@gmail.com

Editor

Adiani Viviana

Sekretaris Eksekutif

Institute for Criminal Justice Reform

diani@icjr.or.id

Bagian I

Pernyataan Kepentingan

1. **Indonesian Media Defense Litigation Network (IMDLN)** adalah sebuah 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 kelompok advokasi yang bertujuan untuk mempertahankan kemerdekaan berekspresi secara umum dan kemerdekaan berpendapat secara khusus di Indonesia, dan menyediakan pembelaan bagi kepentingan para pengguna “new media” di Indonesia;
2. **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;
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. **IMDLN, ICJR dan ELSAM** mengajukan Komentar Tertulis ini kepada Majelis Hakim Peninjauan Kembali pada Mahkamah Agung Republik Indonesia, untuk memberikan pandangan dan memberikan dukungan kepada Majelis Hakim Peninjauan Kembali pada Mahkamah Agung RI yang memeriksa perkara Erwin Arnada Vs. Negara Republik Indonesia untuk menilai apakah dalam kasus yang sedang diperiksa ini, Negara Republik Indonesia telah melakukan tindakan pelanggaran terhadap ketentuan Kemerdekaan Berekspresi dan

Berpendapat sebagaimana yang dijamin dalam Pasal 28F UUD 1945 *jo.* Pasal 19 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik (Vide UU No. 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan International Covenant on Civil and Political Rights 1976 menjadi Undang-undang).

Bagian II

Mengenai *Amicus curiae* yang Diajukan

5. “*Amicus curiae*”, merupakan istilah dalam bahasa Latin yang mungkin jarang terdengar dalam pengadilan Indonesia.¹ *Amicus curiae* merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi hukum Romawi, yang kemudian berkembang dan diperaktikkan dalam tradisi *common law*. Melalui mekanisme *Amicus curiae* ini, pengadilan diberikan izin untuk mengundang pihak ketiga guna menyediakan informasi atau fakta-fakta hukum berkaitan dengan isu-isu yang belum *familiar*.
6. *Amicus curiae* yang dalam bahasa Inggris disebut “*friend of the court*”, diartikan “*someone who is not a party to the litigation, but who believes that the court's decision may affect its interest*”. 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.² *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*”. Pengertian yang hampir sama juga diberikan oleh *Black's Law Dictionary*, yang menyebutkan bahwa *Amicus curiae* adalah, “*A person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter*”.³
7. Dengan demikian, *amicus curiae* disampaikan oleh seseorang yang tertarik dalam mempengaruhi hasil dari aksi, tetapi bukan merupakan pihak yang terlibat dalam suatu sengketa; atau dapat juga seorang penasihat yang diminta oleh pengadilan untuk beberapa masalah hukum, sebab seseorang dimaksud memiliki kapasitas yang mumpuni untuk masalah hukum yang sedang diperkarakan di pengadilan, dan orang tersebut bukan merupakan pihak dalam kasus bersangkutan, artinya seseorang tersebut tidak memiliki keinginan untuk mempengaruhi hasil perkara yang melibatkan masyarakat luas.
8. 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;

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

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

³ Bryan A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary* Eighth Edition, (Thomson: West Group, 2004).

- d. izin untuk berpartisipasi sebagai *amicus curiae*.
- 9. Di Amerika Serikat, sebelum terjadinya kasus Green v. Biddle pada awal abad ke 19, lama sekali pengadilan menolak untuk memperbolehkan partisipasi *amicus curiae* dalam proses peradilan. Namun, sejak awal abad 20, *amicus curiae* memainkan peranan penting dalam kasus-kasus yang menonjol (*landmark*) dalam sejarah hukum Amerika Serikat, seperti misalnya kasus-kasus hak sipil dan aborsi. Bahkan, dalam studi yang dilakukan tahun 1998, *amicus curiae* telah berpartisipasi dalam lebih dari 90 persen kasus-kasus yang masuk ke Mahkamah Agung (US Supreme Court).
- 10. 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.
- 11. Sementara untuk Indonesia, *amicus curiae* belum banyak dikenal dan digunakan, baik oleh akademisi maupun praktisi. Khusus untuk kebebasan berekspresi sampai saat ini, baru 3 *amicus curiae* yang diajukan di Pengadilan Indonesia, *amicus curiae* yang diajukan kelompok pegiat kemerdekaan pers yang mengajukan *amicus curiae* kepada Mahkamah Agung terkait dengan peninjauan kembali kasus majalah Time versus Soeharto, *amicus curiae* dalam kasus "Upi Asmaradana" di Pengadilan Negeri Makasar,⁴ dimana *amicus curiae* diajukan sebagai tambahan informasi untuk majelis hakim yang memeriksa perkara, dan *amicus curiae* dalam kasus "Prita Mulyasari" di Pengadilan Negeri Tangerang, dimana *amicus curiae* diajukan sebagai informasi pelengkap bagi Majelis Hakim yang memeriksa perkara Prita Mulyasari.⁵
- 12. Walaupun *amicus curiae* belum dikenal dalam sistem hukum Indonesia, namun dengan berpegangan pada ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi, "*Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*," dapat menjadi dasar hukum bagi pengajuan *amicus curiae*. Selain itu dalam Pasal 180 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana juga dinyatakan, "*Dalam hal diperlukan untuk menjernihkan duduknya persoalan yang timbul di sidang pengadilan, hakim ketua sidang dapat minta keterangan ahli dan dapat pula minta agar diajukan bahan baru oleh yang berkepentingan*." Oleh karena itu, 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 undang-undang atau pasal-pasal yang kontroversial.

⁴ 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

⁵ <http://megapolitan.kompas.com/read/2009/10/14/16474375/Kasus.Prita:Lima.LSM.Ajukan>.

Bagian III

Ringkasan Fakta Hukum

3.1. Kronologi

13. Kronologi umum kasus terkait adalah sebagai berikut:
- a. Pada Tanggal 6 Oktober 2005, Akta Pendirian PT. Velvet Silver Media dengan No. 06 tertanggal 6 Oktober 2005 dibuat oleh Kantor Notaris dan PPAT Marlina Flora, S.H.
 - b. Pada Tanggal 7 Maret 2006 Perjanjian Kerjasama antara Playboy Enterprise International dengan PT. Velvet Silver Media ditandatangani dan sejak itu PT. Velvet Silver Media merupakan pemegang lisensi penerbitan Majalah Playboy Indonesia.
 - c. Pada tanggal 7 April 2006, saat Playboy terbit perdana, ormas Front Pembela Islam (FPI) langsung mendatangi kantor Playboy di Jalan TB. Simatupang Jakarta Selatan berunjuk rasa dengan melakukan orasi, perusakan, dan pembakaran.
 - d. Pada tanggal 29 Juni 2006, polisi menetapkan Pemimpin Redaksi Majalah Playboy Erwin Arnada, dan model majalah ini, yaitu Kartika Oktavina Gunawan dan Andhara Early, sebagai tersangka terkait kasus kesusilaan.
 - e. Pada tanggal 7 Juni 2006, Playboy Indonesia kembali terbit setelah tidak terbit untuk edisi Mei 2006 akibat kontroversi dan ancaman yang merebak. Kantor Playboy Indonesia pindah ke Bali setelah kantor di Jakarta beberapa kali dirusak.
 - f. Pada bulan Juli 2006, setelah terbitnya Playboy Indonesia edisi ke-2 dan ke-3, Fla Priscilla dan Julie Estelle kemudian juga ditetapkan sebagai tersangka.
 - g. Pada bulan Juli 2006 Majalah Playboy Indonesia akhirnya tutup setelah menerbitkan edisi ketiga.
 - h. Pada tanggal 5 April 2007, Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan memutus untuk tidak menerima dakwaan Jaksa Penuntut Umum atas terdakwa Pemimpin Redaksi Majalah Playboy Erwin Arnada dalam perkara kesusilaan.
 - i. Pada tanggal 22 Oktober 2007 Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta No. 255/PID/2007/PT. DKI menerima permintaan banding JPU dan menguatkan putusan PN Jakarta Selatan yang dimintakan banding.
 - j. Pada tanggal 18 Februari 2008 JPU kemudian mengirimkan memori kasasi.

- k. Pada tanggal 29 Juli 2009, putusan Majelis Hakim Kasasi Mahkamah Agung mengabulkan permohonan kasasi dari Jaksa Penuntut Umum dalam kasus Playboy dengan menyatakan terdakwa Erwin Arnada selaku Pimpinan Redaksi Majalah Playboy Indonesia, terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan tindak pidana kesusilaan. Hakim menjatuhkan pidana terhadap Erwin selama dua tahun penjara.

3.2. Dakwaan dan Tuntutan

14. Berdasarkan surat Dakwaan, Erwin Arnada secara umum didakwa oleh Jaksa Penuntut Umum telah melanggar:
 1. Primair: Melanggar Pasal 282 ayat (3) KUHP jo Pasal 55 ayat (1) ke - 1 KUHP jo Pasal 65 ayat (1) ke - 1 KUHP;
 2. Subsidair: Melanggar Pasal 282 ayat (1) KUHP jo Pasal 55 ayat (1) ke - 1 KUHP jo Pasal 65 ayat (1) ke - 1 KUHP;
 3. Lebih Subsidair: Melanggar Pasal 282 ayat (2) KUHP jo Pasal 55 ayat (1) ke - 1 KUHP jo Pasal 65 ayat (1) ke - 1 KUHP.

Pasal 282 KUHP

- (1) Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang telah diketahui isinya melanggar kesusilaan, atau barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membuat tulisan, gambaran atau benda tersebut, memasukkannya ke dalam negeri, meneruskannya, mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barang siapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkannya atau menunjukkannya sebagai bisa diperoleh, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling tinggi empat ribu lima ratus rupiah.
- (2) Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan, ataupun barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membuat, memasukkan ke dalam negeri, meneruskan mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barang siapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkan, atau menunjuk sebagai bisa diperoleh, diancam, jika ada alasan kuat baginya untuk menduga bahwa tulisan, gambasan atau benda itu menggarus kesusilaan, dengan pidana paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.
- (3) Kalau yang bersalah melakukan kejahanan tersebut dalam ayat pertama sebagai pencarian atau kebiasaan, dapat dijatuhkan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak tujuh puluh lima ribu rupiah

Pasal 55 ayat (1) ke 1 KUHP

Dipidana sebagai pelaku tindak pidana: mereka yang melakukan, yang menyuruh melakukan, dan yang turut serta melakukan perbuatan;

Pasal 65 ayat (1) ke 1 KUHP

Dalam hal perbarengan beberapa perbuatan yang harus dipandang sebagai perbuatan yang berdiri sendiri sehingga merupakan beberapa kejahatan, yang diancam dengan pidana pokok yang sejenis, maka dijatuhan hanya satu pidana.

15. Setelah dalam proses pembuktian maka Erwin Arnada dituntut terbukti telah melanggar Dakwaan Primair yaitu melanggar Pasal 282 ayat (3) KUHP jo Pasal 55 ayat (1) ke - 1 KUHP jo Pasal 65 ayat (1) ke - 1 KUHP.

3.3. Putusan Tingkat I, Pengadilan Negeri Jakarta Selatan

16. Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 2362/Pid.B/2006/PN.Jak.Sel Tanggal 5 April 2007 menyatakan bahwa Dakwaan JPU terhadap Erwin Arnada tidak dapat diterima dan membebankan biaya perkara kepada negara.

3.4. Putusan Tk 2, Pengadilan Tinggi DKI Jakarta

17. Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta No. 255/PID/2007/PT.DKI tanggal 22 Oktober 2007 yakni: menerima permintaan banding JPU dan menguatkan putusan PN Jakarta Selatan yang dimintakan banding.

3.5. Memori Kasasi JPU

18. JPU kemudian mengirimkan Memori Kasasi pada 18 Februari 2008 yang pada pokoknya sebagai berikut:
 - a. Majelis PT DKI Jakarta tidak menerapkan atau menerapkan peraturan hukum tidak sebagaimana mestinya berdasarkan pasal 253 (1) huruf a KUHAP. yakni: salah/keliru menafsirkan hukum yang di atur dalam UU. Dimana Hakim PT menyatakan bahwa seharusnya untuk kasus-kasus seperti playboy Jaksa Penuntut Umum mendakwakan dengan Pasal dalam UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers bukan pasal-pasal yang ada dalam KUHP karena hal tersebut merupakan *Lex Spesialis Derogat Legi Generalis*. Menurut jaksa pertimbangan tersebut adalah keliru.
 - b. Majelis hakim dalam memutuskan perkara tersebut tidak menerapkan hukum dalam Pasal 27 ayat (1) UU No. 14 Tahun 1970 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 35 Tahun 1999 tentang ketentuan-ketentuan Pokok kekuasaan Kehakiman yang pada pokoknya menyebutkan bahwa hakim dalam memutus perkara harus memperhatikan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, khususnya masyarakat Islam dan masyarakat Indonesia yang memegang teguh adat dan tradisinya, isi majalah tersebut bertentangan dengan norma-norma yang hidup dalam masyarakat.
 - c. Majelis hakim dalam memutuskan perkara tersebut tidak menerapkan Pasal 182 ayat (4) dengan sebagaimana mestinya yaitu tidak mempertimbangkan segala sesuatu yang terbukti dalam pemeriksaan di sidang. Yakni: telah diperolehnya fakta-fakta hukum yang signifikan tentang perbuatan terdakwa. Termasuk keterangan beberapa saksi ahli yang menyatakan bahwa: (1) pose-

pose foto Majalah Playboy tersebut termasuk kategori pornografis atau melanggar norma kesusaikan dalam masyarakat dan juga pengrusakan kesopanan di muka umum;⁶ (2) Majalah Playboy tersebut bersifat pornografi serta melanggar norma-norma agama dan nilai-nilai agama karena mempertontonkan sebagian besar aurat. Dampak dari tulisan atau gambar pada Majalah Playboy tersebut antara lain menimbulkan kersahan, ketidaknyamanan dan rasa tidak menyenangkan bagi masyarakat karena dapat mengancam kebobrokan moral sehingga banyak muncul kasus-kasus pemeriksaan dan kehamilan di luar nikah;⁷ (3) Majalah Playboy Indonesia ada kata-kata atau kalimat-kalimat yang termasuk kategori melanggar kesopanan dan kesusaikan, cabul/perbuatan cabul, pornoaksi dan pornografi.⁸

- d. Cara mengadili tidak dilaksanakan menurut UU, Pasal 253 ayat (1) huruf b KUHAP. Seharusnya putusan *quo* yang menyatakan dakwaan JPU tidak dapat diterima adalah keliru karena telah masuk dalam tahap pemeriksaan termasuk materi perkara.

3.6. Putusan Mahkamah Agung RI

- 19. Berdasarkan Pertimbangannya MA menyatakan bahwa Pengadilan Negeri telah salah dan keliru dalam pertimbangan hukumnya, maka terdakwa telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana sebagaimana yang diatur dan diancam dalam Pasal 282 ayat (3) KUHP Jo Pasal 55 ayat (1) KUHP Jo Pasal 65 ayat (1) KUHP, dalam dakwaan primair menjatuhkan pidana terhadap terdakwa dengan pidana penjara selama 2 (dua) tahun.

⁶ Saksi Dr Rudy Satriyo Munkantardjo, SH. MH.

⁷ Saksi Drs. Amirsyah Tambunan, M.AG.

⁸ Saksi Drs. Maryanto, M. Hum.

Bagian IV

Analisis Amicus Curie I: Menguji Delik Kesusilaan dalam Kerangka Hukum Pidana Indonesia

4.1. Delik kesusilaan dan HAM

20. Sebagai negara pihak dalam Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik dan telah meratifikasinya melalui UU No. 12 Tahun 2005, Indonesia terikat dengan Ketentuan Pasal 19 Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, yaitu:
 1. *Everyone shall have the right to hold opinions without interference.*
 2. *Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.*
 3. *The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary: (a) For respect of the rights or reputations of others; (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.*
21. Pengadilan HAM Eropa menyatakan bahwa "*Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man.... [I]t is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, 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'*".⁹
22. Meski kebebasan berekspresi adalah jalan untuk adanya masyarakat terbuka dan demokratis, namun hak tersebut tidaklah absolute. Pada umumnya konstitusi dan hukum internasional membolehkan adanya pembatasan terhadap kebebasan berekspresi, namun hanya jika pembatasan tersebut sesuai dengan persyaratan-persyaratan yang ketat.
23. Persyaratan pembatasan tersebut dikenal dengan nama "Uji Tiga Rangkai" atau Three Parts Test yaitu:

Pertama, pembatasan tersebut harus dinyatakan atau berdasarkan UU. Negara yang membatasi kebebasan berekspresi yang tidak secara spesifik berdasarkan UU tidaklah dapat diterima. Pembatasan harus dapat diakses dan diketahui luas oleh

⁹ Handyside v. United Kingdom, 7 December 1976, 1 EHRR 737, para. 49; lihat juga Compatibility of "Desacato" Laws with the American Convention on Human Rights, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1994, 202 and 205.

masyarakat sehingga masyarakat dapat mengetahui terlebih dahulu apa yang hendak dilarang dan dapat menyesuaikan tindakannya dengan ketentuan tersebut. Dalam kasus The Sunday Times Pengadilan HAM Eropa¹⁰ menyatakan standar yang harus diikuti untuk menentukan apakah pembatasan tersebut berdasarkan pada UU yang berlaku dengan menegaskan "*In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression 'prescribed by law'. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail*".

Suatu pembatasan tidak dapat memenuhi persyaratan pengujian 'prescribed by law', jika ketentuan tersebut tidak begitu jelas sehingga masyarakat tidak bisa cukup memprediksi apa persyaratan hukumnya. Seperti undang-undang atau bagian daripadanya tersebut akan berlaku atas dasar ketidakjelasan.

Ketentuan hukum yang menguraikan pelarangan atas publikasi yang cabul, tidak senonoh atau cenderung korup moral telah ditolak dalam beberapa wilayah yurisdiksi, diantaranya di Afrika Selatan dan Amerika Serikat, karena ketidakjelasannya. Dalam *ACLU v. Reno*, konstitusionalitas undang-undang yang menggunakan menggunakan kata 'tidak sopan' kata tanpa definisi lebih lanjut telah dinyatakan tidak konstitusional (*in-constitutional*), dan karenanya melanggar Amandemen Pertama "*Indecent in this statute is an undefined word which, standing alone, offers no guidelines whatsoever as to its parameters. Interestingly, another federal crime gives a definition to indecent entirely different from that proposed in the present case* [18 USC para. 1461 states, "The term 'indecent' as used in this section includes matter of a character tending to incite arson, murder or assassination"]. While not applicable here, this example shows the indeterminate nature of the word and the need for a clear definition, particularly in a statute which infringes upon protected speech."¹¹

Putusan ini dikuatkan oleh Mahkamah Agung AS yang juga difokuskan pada masalah ketidakjelasan.¹² Salah satu kunci fungsi dari hak asasi manusia justru untuk melindungi terhadap pembatasan bermotif politik semacam ini. Dalam kasus *Miller v. California*, Mahkamah Agung AS menetapkan apa yang dianggap sesuai standar yang selayaknya dalam hubungannya dengan kesesuaian: "*The basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether "the average person, applying contemporary community standards" would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest ... ; (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.*"¹³

Kedua, setiap pembatasan harus sesuai dengan satu dari pembatasan yang sah atau mempromosikan tujuan legislatif yang penting untuk mengesampingkan hak-hak yang dilindungi oleh konstitusi. Dalam hukum internasional, pasal 19 dari Kovenan

10 *Sunday Times v. United Kingdom*, 26 April 1979, 2 EHRR 245, para. 49.

11 *ACLU v. Reno*, 929 F. Supp. 824 (1996), 861.

12 *Reno v. ACLU*, 26 June 1997, No. 96-511.

13 *Miller v. California*, 413 US 15, 24.

Internasional Hak-hak Sipil dan Politik membolehkan pembatasan dari kebebasan berekspresi hanya jika penting untuk melindungi hak dan kehormatan orang lain, keamanan nasional, atau ketertiban umum, kesehatan, dan moral. Khususnya, dalam rangka untuk menentukan apakah pembatasan dalam konteks hukum kesesilaan dibenarkan, perlu untuk memeriksa sejumlah faktor penting: sejarah undang-undang tersebut, apakah kepemilikan sederhana dari bahan – bahan yang melanggar kesesilaan tersebut harus merupakan tindak pidana dan apakah ada upaya untuk membedakan bahan 'ofensif' dan materi yang sebenarnya berbahaya. Tindakan yang membatasi kebebasan berekspresi yang dimotivasi oleh kepentingan lain meski jika berdasarkan UU adalah pelanggaran terhadap jaminan hukum ini.

Ketiga, setiap pembatasan haruslah beralasan dan penting atau dapat dijustifikasi dalam sebuah masyarakat demokratis. Karena pentingnya kebebasan berekspresi dalam sebuah masyarakat demokratis, maka tidaklah cukup untuk Pemerintah jika hanya menyatakan bahwa pembatasan yang dilakukan telah sesuai dengan tujuan yang sah. Pembatasan ini harus proporsional dengan pentingnya tujuan yang sah. Dimana membahayakan kebebasan berekspresi yang disebabkan oleh pembatasan melebihi manfaat dalam hal memajukan tujuan yang sah, pembatasan tersebut tidaklah konstitusional.

Alasan yang mendasari adalah untuk memastikan bahwa pembatasan, bahkan saat dinyatakan bahwa pembatasan tersebut untuk melayani tujuan yang sah, pembatasan tersebut harus dirumuskan secara baik dan proporsional. Adalah tugas pemerintah, bahkan saat berusaha untuk mencapai tujuan yang sah, diperlukan kemampuan dan ketelitian dalam membatasi kebebasan.

24. Pengadilan pengadilan yang berbeda memiliki pendekatan yang berbeda, akan tetapi terdapat dua tema sentral yang dijalankan melalui yurisprudensi. *Pertama*, tindakan tersebut harus secara hati-hati dirancang dan diharapkan untuk benar-benar memajukan tujuan yang sah dalam praktek. Tindakan yang dimaksudkan untuk melayani suatu tujuan yang sah tetapi yang dalam prakteknya gagal mencapai tujuan yang sah jelas tidak dapat dibenarkan. *Kedua*, dampak dari pembatasan harus, sejauh mungkin, hanya terbatas pada ekspresi yang berbahaya yang memang dirancang untuk dibatasi. Syarat ini berarti bahwa pembatasan yang membatasi pendapat yang sah, termasuk materi-materi yang mungkin berbahaya, tidak dapat dibenarkan.
25. Berdasarkan Konvensi HAM Eropa, suatu persinggungan dengan kebebasan berekspresi tidak hanya harus ditentukan oleh hukum dan memiliki tujuan yang sah, tetapi juga harus 'diperlukan dalam masyarakat demokratis'. Dalam rangka untuk menentukan apakah sebuah pembatasan diperlukan dalam masyarakat demokratis, pengadilan memeriksa apakah ada persinggungan: "... corresponded to a 'pressing social need', whether it was 'proportionate to the legitimate aim pursued', and whether the reasons given by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient' under Article 10 (2)".¹⁴
26. Pengadilan Eropa juga telah mengembangkan doktrin yang disebut "margin apresiasi" (*margin of appreciation*), dimana negara-negara Eropa memiliki derajat dalam menentukan, dalam kerangka budaya, beberapa jenis ekspresi yang

¹⁴ The Sunday Times Case, note , para. 62.

dapat dibatasi, tapi ruang lingkup aplikasi dari margin apresiasi tetap berada dalam pengawasan Eropa. Mengenai kasus berurusan dengan hal seperti kecabulan dan penodaan agama, bagaimanapun, Mahkamah cenderung untuk memungkinkan negara-negara dapat mengambil tindakan luas dalam bentuk kebijakan dalam memutuskan apa yang cocok untuk masyarakat mereka.

27. Pengadilan Inter-Amerika juga berpendapat bahwa untuk menjadi dibenarkan, suatu pembatasan terhadap kebebasan berekspresi harus “diperlukan untuk memastikan” salah satu tujuan yang sah. Pengadilan mengadopsi uji kebutuhan yang diartikulasikan oleh Pengadilan Eropa dan secara khusus mengharuskan Negara untuk menunjukkan bahwa *“the legitimate objective invoked cannot reasonably be achieved through a means less restrictive of a right protected by the Convention”*.¹⁵
28. Bawa ketentuan kesusilaan terutama yang terkait dengan kesusilaan telah berjalan jauh dari ide yang berasal dari abad ke 19 yaitu untuk menjaga “moral masyarakat” dan menuju pada tujuan yang lebih terbatas untuk mengatasi bahaya tertentu. Justifikasi yang meluas yang mendukung ketentuan kesusilaan pada masa hukum tersebut dibangun tidak lagi cocok dalam perkembangan rejim hukum hak asasi manusia.
29. Perkembangan tujuan dari ketentuan kesusilaan telah diakui juga di dunia internasional. Sebagai contoh dalam Prinsip-Prinsip Siracusa,¹⁶ mencatat dalam sebuah paragraf singkat tentang “moral masyarakat” yang menyatakan *“since public morality varies over time and from one culture to another, a state which invokes public morality as a ground for restricting human rights, while enjoying a certain margin of discretion, shall demonstrate that the limitation in question is essential to the maintenance of respect for fundamental values of the community”*.¹⁷ Adalah penting untuk menambahkan bahwa prinsip tersebut juga menyatakan bahwa *“the margin of discretion left to states does not apply to the rule of non-discrimination as defined in the Covenant”*.¹⁸
30. Pentingnya perkembangan dari konsep kesusilaan telah juga diakui oleh Pengadilan HAM Eropa (ECtHR) dalam kasus *Muller v. Switzerland* yang menyatakan *“It is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting states a uniform conception of morals. The view taken of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era, characterized, as it is by a far reaching evolution of opinions on the subject”*.¹⁹

15 Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion, OC-5/85 of 13 November 1985, Series A, No. 5, 7 HRLJ 74 (1986), 186.

16 United Nations, Economic and Social Council, U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights,” Annex, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984).

17 Prinsip 27 dari Siracusa Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights

18 Prinsip 28 dari Siracusa Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights

19 Lihat *Muller vs. Switzerland* (1988), 13 EHRR 212, para 35

31. Meski Pasal 240 KUHP di Belanda juga mengkriminalisasi perbuatan, “*he who knows or has serious reasons to suspect that an image or object is offensive to decency and (1) displays publicly or offers this image or object in or at public places; and (2) sends this image or object to another person, otherwise than at this person's request*”, Mahkamah Agung Belanda menegaskan bahwa distribusi konsensual dari materi-materi yang bersifat melanggar kesusilaan tidak bisa dituntut berdasarkan Pasal 240.²⁰ Mahkamah Agung Belanda menolak menyatakan telah terjadi pelanggaran kesusilaan, karena penerima dari materi tersebut mengetahui atau dapat diduga mengetahui adanya konten yang tidak pantas atau melanggar kesusilaan; karena mereka telah meminta atau menyetujui untuk menerima materi-materi tersebut, dan materi tersebut tidak dikirimkan atau ditayangkan dalam tempat umum, dan tidak dipaksa oleh siapapun.
32. Ketentuan Pasal 185 KUHP Spanyol malah hanya membatasi pertunjukkan kegiatan kesusilaan di depan anak – anak ataupun di depan kamu difabel, dan berdasarkan ketentuan Pasal 186 KUHP Spanyol menyatakan bahwa materi-materi yang melanggar kesusilaan (pornografi) terlarang didistribusikan kepada anak-anak. Ketentuan ini menyatakan bahwa keadaan yang merugikan hanya muncul bila konten yang melanggar kesusilaan atau pornografi disebarluaskan pada kelompok rentan yang spesifik, dimana mereka bisa jadi tidak mampu untuk menyatakan pendapat terhadap materi-materi tersebut.
33. Kerajaan Inggris juga telah jarang menggunakan ketentuan Obscene Publications Act (OPA) 1959, dan diketahui tidak pernah ada penuntutan berdasarkan UU tersebut sejak 1991. Sejak mengeluarkan Human Rights Act pada 1998, mengimplementasikan European Convention of Human Rights, ketentuan OPA telah tidak digunakan di Pengadilan. Beberapa pengamat hukum menyatakan bahwa OPA adalah ketentuan hukum lama yang mendasarkan pada kata “ketidak sopanan, ketelanjangan, dan bejat serta korup” yang memiliki kesan kuat adanya elemen criminal yang sangat subjektif.²¹
34. KUHP Kanada memberikan definisi tentang materi-materi ketelanjangan sebagai berikut “*For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.*”²²
35. Mahkamah Agung Canada telah menafsirkan secara luas arti dari “*undue exploitation*” dalam bagian ini, dengan menyatakan pengujian yang dominan adalah pengujian berdasarkan standar masyarakat “*community standard*” dan moral masyarakat dengan lebih menekankan adanya pengujian untuk bahaya (harm test). Namun, Mahkamah Agung Canada menegaskan “*it is a standard of tolerance, not taste ... not what Canadians think is right for themselves to see [but] what the community would [not] tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure*”²³. Hal ini kemudian pertama

20 October 30, 1984, nr. 77785U

21 Lihat <http://www.guardian.co.uk/world/2009/jul/04/girls-scream-aloud-obscenity-laws>.

22 S. 163(8) of the Criminal Code, RSC 1985, c. C-46.

23 R. v. Butler [1992] 1 SCR 452, 477, 485.

kalinya toleransi dari “*community standard*” harus ditentukan pada adanya resiko bahaya terdapat pada tindakan tersebut. Delapan tahun kemudian, pada 2000, Mahkamah Agung juga menegaskan bahwa kesusilaan harus memasukkan bahaya yang ditimbulkan. Mahkamah menyatakan bahwa “*not all sexually explicit erotica depicting adults engaged in conduct which is considered to be degrading or dehumanizing is obscene. The material must also create a substantial risk of harm which exceeds the community's tolerance*”.²⁴

36. Pada 2005, Mahkamah Agung Kanada telah meninggalkan standar “moral masyarakat” dan berfokus seluruhnya pada prinsip kebahayaan (principles of harm) di *R v. Labaye*, yang menyatakan bahwa, “*indecent criminal conduct will be established where the Crown proves beyond a reasonable doubt the following two requirements: 1) by its nature, the conduct at issue causes harm or presents a significant risk of harm to individuals or society in a way that undermines or threatens to undermine a value reflected in and thus formally endorsed through the Constitution or similar fundamental laws [and] 2) the harm or risk of harm is of a degree that is incompatible with the proper functioning of society*”.

4.2. Delik Kesusilaan dalam Kerangka Hukum Pidana Indonesia

37. Terkait dengan Putusan No 972 K/ K/ Pid/ 2008, dimana Erwin Ananda dinyatakan telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana kesusilaan Pasal 282 ayat (3) KUHP jo Pasal 55 ayat (1) ke 1 Jo Pasal 65 ayat (1) KUHP, maka dalam komentar tertulis ini perlu dipaparkan mengenai konteks sejarah pasal tersebut (282 KUHP) dan pasal-pasal lainnya yang berkenaan dengan tindak pidana kesusilaan berikut perkembangannya. Dalam KUHP disebutkan bahwa bentuk-bentuk pelanggaran kesusilaan yang dilakukan tersebut dapat melalui lagu, pidato, tulisan dan gambar, selengkapnya di atur dalam Buku Kedua Bab XIV tentang Kejahatan terhadap Kesusilaan dan Buku Ketiga Bab VI tentang Pelanggaran Kesusilaan KUHP.
38. KUHP yang berlaku sekarang ini telah mulai diberlakukan sejak tahun 1918. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 menjadikan *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana bagi Indonesia. Mengenai konsep tindak pidana kesusilaan. Pertama-tama perlu dijelaskan mengenai konsep tindak pidana dalam Bab XIV Buku Kedua dan Bab VI Buku Ketiga KUHP. Dalam kedua bab tersebut, Wirjono Prodjodikoro membagi dua jenis tindak pidana yakni:
 1. Tindak pidana melanggar kesusilaan (*zedelijkheid*). Untuk kejahatan melanggar kesusilaan terdapat pada pasal 281 sampai dengan 299, sedangkan untuk pelanggaran golongan pertama (kesusilaan) dirumuskan dalam pasal 532 sampai pasal 535.
 2. Tindak pidana melanggar kesopanan (*zeden*) yang bukan kesusilaan, artinya tidak berhubungan dengan masalah seksual, untuk kejahatan kesopanan ini dirumuskan dalam jenis pelanggaran terhadap kesopanan (di luar hal yang

²⁴ Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice), [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69

berhubungan dengan masalah seksual) dirumuskan dalam pasal 236 sampai dengan 547.²⁵

39. Pendapat Wirjono tersebut didasarkan pada tafsir terjemahan padanan kata yang termuat dalam teks aslinya yakni *zedelijheid* dan *zeden*. Dalam naskah asli, Bab XIV dan Bab VI memiliki titel *Misdrijven tegen de zeden* dan *Overtredingen betreffende de zeden*. Oleh ahli hukum Indonesia kata *zeden* diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sebagai kesusilaan dan kesopanan.²⁶
40. Namun menurut Wirjono Prodjodikoro kata *zeden* memiliki arti yang lebih luas dari kesusilaan. Kesopanan (*zeden*) pada umumnya adalah mengenai adat kebiasaan yang baik dalam hubungan antara berbagai anggota masyarakat. Sedangkan kesusilaan (*zedelijheid*) juga merupakan adat kebiasaan yang baik tersebut (*zeden*) namun khusus setidaknya mengenai kelamin (*seks*) seseorang.²⁷ Dalam konteks maksud pembentuk KUHP, kesopanan (*zeden*) memiliki dua ranah pengaturan secara substansial yakni kesopanan dibidang kesusilaan (disebut *zedelijheid*) dan kesopanan diluar bidang kesusilaan (disebut *zeden*).²⁸ Kata kesusilaan dipahami sebagai suatu pengertian adab sopan santun dalam hal yang berhubungan dengan seksual atau dengan nafsu birahi.²⁹ Dalam penjelasan Pasal-Pasal 281-299 dan Pasal 532-535 terjemahan KUHP oleh R. Soegandhi, kesusilaan identik dengan rasa kesopanan yang berkaitan dengan nafsu kekelaminan. Selanjutnya R. Soesilo dengan jelas menyebut kesusilaan dalam penjelasan KUHP Pasal 281 sebagai perasaan malu yang berhubungan dengan nafsu kelamin.

Tabel 1. Kejahatan Kesusilaan

Pasal		Uraian Jenis dan Kualifikasi
282 ayat (1)	1	menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang telah diketahui isinya melanggar kesusilaan, atau barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum,
	2	membikin tulisan, gambaran atau benda tersebut (yang merusak kesusilaan. <i>pen</i>), memasukkannya ke dalam negeri,

²⁵ Lihat dalam Adam Chawazi, Tindak Pidana mengenai Kesopanan, hlm. 3. Lihat juga Wirjono Prodjodikoro, Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia, Refika Aditama, 2003 hlm. 111.

²⁶ Sebagai contoh KUHP yang diterjemahkan oleh R. Soesilo menggunakan kata kesopanan sedangkan R. Sugandhi memilih kesusilaan sebagai padanan dari *zeden*. Wirjono Prodjodikoro menyebutnya sebagai *zeden* – *delicten*.

²⁷ Wirjono, *op.cit.*, hlm. 112.

²⁸ Kamoes Indonesia – Indonesisch – Nederlands en Nederlands – Indonesisch oleh A.L.N. Kramer Sr; *zedelijheid* mengacu pada istilah kesusilaan, sedangkan *zede(n)* mengacu pada ‘adat’ (*zeden* en *gebruiken* – adat *istiadat*). Graven Hage 1948 – Batavia, GB Van Zonen Uitgever Maatschappij N.V. Sementara itu dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia WJS Poerwodarminto kata *susila* tidak secara khusus menunjuk hal ikhwal yang berkaitan dengan seksualitas. *Susila*; sopan, baik budi bahasanya, beradab. Balai Pustaka, jakarta 1952. Demikian pula terdapat pada Kamus Besar Bahasa Indonesia kata *susila* diartikan: (1) baik budi bahasanya, beradab, sopan; (2) adat *istiadat* yang baik, sopan santun, kesopanan, keadaban, kesusilaan; (3) pengetahuan tentang adab. Sedangkan kesusilaan adalah: (1) perihal *susila*, yang berkaitan dengan adab dan sopan santun; (2) norma yang baik, kelakuan yang baik, tata krama yang luhur. Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ketiga, Departemen Pendidikan Nasional, Balai Pustaka, Jakarta, 2003.

²⁹ R. Soesilo, *op. cit.*, hlm. 2.

		meneruskannya, mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan.
	3	dengan terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkannya atau menunjukkannya sebagai bisa diperoleh
282 ayat (2)		Jenis tindak pidana sama dengan Pasal 282 ayat (1) perbedaannya adalah pada ayat (1) orang yang berbuat harus <i>mengetahui</i> bahwa isi dari obyek tulisan, gambar, atau benda tersebut melanggar perasaan kesopanan/kesusilaan. Sedangkan pada ayat (2) orang itu tidak perlu mengetahuinya, sudah cukup apabila padanya ada alasan sungguh-sungguh untuk menduga, bahwa obyek tulisan, gambar, atau benda tersebut melanggar perasaan kesopanan/kesusilaan. ³⁰
282 ayat (3)	4	Melakukan kejahatan seperti yang dimaksud dalam ayat (1) sebagai pencaharian atau kebiasaan
283 ayat (1)	5	menawarkan, memberikan untuk terus maupun untuk sementara waktu, menyerahkan atau memperlihatkan tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan, maupun alat untuk mencegah atau menggugurkan kehamilan kepada seorang yang belum dewasa, dan yang diketahui atau sepatutnya harus diduga bahwa umurnya belum tujuh belas tahun, jika isi tulisan, gambaran, benda atau alat itu telah diketahuinya.
283 ayat (2)	6	membacakan isi tulisan yang melanggar kesusilaan di muka orang yang belum dewasa sebagaimana dimaksud dalam ayat yang lalu, jika isi tadi telah diketahuinya.
283 ayat (3)		Jenis tindak pidana sama dengan Pasal 283 ayat (1) perbedaannya adalah pada ayat (1) orang yang berbuat harus <i>mengetahui</i> bahwa isi dari obyek tulisan, gambar, atau benda tersebut melanggar perasaan kesopanan/kesusilaan. Sedangkan pada ayat (3) orang itu tidak perlu mengetahuinya, sudah cukup apabila padanya ada alasan kuat baginya untuk menduga, bahwa tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan atau alat itu adalah alat untuk mencegah atau menggugurkan kehamilan.
283 bis		Residive : melakukan salah satu kejahatan tersebut dalam pasal 282 dan 283 dalam menjalankan pencarinya dan ketika itu belum lampau dua tahun sejak adanya pemidanaan yang menjadi pasti karena kejahatan semacam itu.

Tabel 2. Pelanggaran Kesusilaan

Pasal		Uraian Jenis dan Kualifikasi
532	1	di muka umum menyanyikan lagu-lagu yang melanggar kesusilaan.
	2	di muka umum mengadakan pidato yang melanggar kesusilaan.
	3	di tempat yang terlihat dari jalan umum mengadakan tulisan atau

³⁰ Lihat R. Soesilo, KUHP serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal Politea, Bogor, 1995.

		gambaran yang melanggar kesusilaan.
533	4	di tempat untuk lalu lintas umum dengan terang-terangan mempertunjukkan atau menempelkan tulisan dengan judul, kulit, atau isi yang dibikin terbaca, maupun gambar atau benda, yang mampu membangkitkan nafsu birahi para remaja
	5	di tempat untuk lalu lintas umum dengan terang-terangan memperdengarkan isi tulisan yang mampu membangkitkan nafsu birahi para remaja
	6	secara terang-terangan atau tanpa diminta menawarkan suatu tulisan, gambar atau barang yang dapat merangsang nafsu birahi para remaja maupun secara terang-terangan atau dengan menyiarkan tulisan tanpa diminta, menunjuk sebagai bisa didapat, tulisan atau gambar yang dapat membangkitkan nafsu birahi para remaja
	7	menawarkan, memberikan untuk terus atau sementara waktu, menyerahkan atau memperlihatkan gambar atau benda yang demikian, pada seorang belum dewasa dan di bawah umur tujuh belas tahun
	8	memperdengarkan isi tulisan yang demikian di muka seorang yang belum dewasa dan di bawah umur tujuh belas tahun

41. Pasal-pasal dalam tindak pidana kesusilaan di KUHP menunjukkan hanya dalam Pasal 533 ayat (1), ayat (2), ayat (3), yang mengindikasikan rumusan deliknya berupa delik material. Sedangkan mengenai kualifikasi perbuatan, perbedaan mendasar kualifikasi tindak pidana kejahatan dan pelanggaran kesusilaan, khususnya antara Pasal 282 dengan Pasal 533 adalah mengenai rumusan “menyerang/melanggar perasaan kesusilaan” dan rumusan “membangkitkan/menimbulkan nafsu birahi para remaja”. Dalam penjelasannya, Soesilo menguraikan bahwa “menimbulkan nafsu birahi para remaja” adalah sama dengan jika dapat membangunkan nafsu seksual yang terpendam menimbulkan bayangan atau angan-angan perbuatan seksual atau menimbulkan keinginan untuk melakukan perbuatan-perbuatan seksual. Menurut Soesilo, akan sangat lain dengan arti “menyerang/melanggar perasaan kesusilaan” dalam Pasal 282. Di sini, batas sifat obyeknya (gambar atau buku) sukar ditentukan sehingga menurut beliau harus diletakkan kepada anggapan dan putusan hakim.³¹ Menurut R Sugandhi, Pasal 282 menjangkau orang yang menulis, membuat, dan menyiarkan, sedangkan Pasal 533 hanya melarang orang yang mempertunjukkan, menempelkan, dan sebagainya ditempat yang terlihat oleh umum.³²
42. Perbuatan yang merusak kesusilaan (*schennis der eerbaarheid*) adalah perbuatan yang menyerang rasa kesusilaan masyarakat. Kesusilaan yang dirusak sebenarnya adalah apa yang dirasakan sebagai kesusilaan oleh segenap orang dalam suatu masyarakat sehingga dapat dikatakan bahwa yang tersinggung adalah rasa susila dari semua orang dalam masyarakat tersebut. Rumusan tersebut merupakan rumusan yang sifatnya abstrak sebab perbuatan-perbuatan yang dirumuskan oleh pembentuk undang-undang, isi dan wujud konkritnya tidak dapat ditentukan (wujud konkritnya sangat banyak bahkan tidak terbatas atau wujud perbuatannya baru dapat diketahui pada saat perbuatan itu telah

³¹ *Ibid.*, hlm. 204–207 dan 341–342.

³² Lihat R Sugandhi, KUHP dengan Penjelasannya, penerbit Usaha Nasional Surabaya, 1981.

terjadi secara sempurna).³³ Van Bemmelen memberikan uraian mengenai pengertian "merusak kesusilaan" yakni: pelanggaran kehormatan kesusilaan di muka umum ialah terjemahan dari "*outrage public a la pudeur*" dalam Pasal 303 Code Penal.³⁴ Ini dapat ditafsirkan sebagai "tidak ada kesopanan di bidang seksual".

43. Jadi sopan ialah tindakan atau tingkah laku yang seseorang tidak usah malu apabila orang lain melihatnya atau sampai mengetahuinya dan juga oleh karenanya orang lain itu umumnya tidak akan terperanjat apabila melihat atau sampai mengetahuinya.³⁵ Namun unsur di muka umum (secara terbuka atau dimuka umum/*openbaar*) pada Pasal 281 adalah unsur yang melekat pada sifat perbuatan yang tercela (merusak kesusilaan) atau melanggar hukum pada perbuatan yang merusak kesusilaan tersebut. Unsur *openbaar* inilah yang menjadi penyebab perbuatan tercela tersebut menjadi sebuah konstruksi tindak pidana yang merusak kesusilaan umum. Di muka umum menurut Wirjono Prodjodikoro berarti tidak hanya di tempat yang terbuka untuk umum, namun meliputi pula tempat-tempat yang perbuatannya dapat dilihat dari tempat umum. Patut dicermati pula bahwa KUHP Indonesia mencantumkan (memasukkan) unsur kesengajaan (*opzettelijk*) yang merupakan salah satu penyimpangan dari asas konkordansi dalam penyerapan hukum Belanda di Indonesia waktu itu. Naskah WvS Belanda tidak memasukkan unsur "sengaja" dalam kejahatan merusak kesusilaan dimuka umum. Hal tersebut didasarkan oleh pertimbangan Pemerintah Hindia Belanda sebab bagi masyarakat Indonesia waktu itu merupakan suatu hal yang biasa (wajar), tidak melanggar rasa kesusilaan. Misalnya untuk orang-orang yang mandi disungai secara bersama-sama antara laki-laki dan perempuan.³⁶
44. Mengenai tindak pidana kesusilaan KUHP menunjukkan sikap yang agak restriktif dengan menciptakan suatu karya legislatif dalam lapangan yang tidak lebih dari yang diperlukan. Hal ini tercermin dengan tidak mudahnya akan menjadikan suatu perbuatan yang tercela menjadi suatu delik yang dapat dipidakan. KUHP dalam hal ini mengikuti *Code Penal* Perancis yang mengadakan pembatasan secukupnya terhadap delik-delik mengenai kesusilaan.³⁷ Paralel dengan fenomena mengkriminalisasikan perbuatan-perbuatan dengan basis "hukum/penafsiran agama" juga terjadi dalam pembentukan dan perkembangan hukum pidana di Belanda. KUHP Belanda juga mengeliminasi anasir-anasir hukum kanonik yang hendak mengidentifikasi semua perbuatan yang mengandung dosa dengan rumusan-rumusan suatu tindak pidana. Bahwa tidak semua hal yang tercela menurut norma-norma susila (agama) dapat dikualifikasi begitu saja sebagai

³³ Lihat Hukum Pidana 3 bagian Khusus Delik-Delik Khusus, J.M. van Bemmelen, Bina Cipta, November 1986, hlm.177–178.

³⁴ Dalam hal ini W.J.P Pompe pada ceramahnya "*strafrecht en zedelijkheid*" tidak sepaham dengan pendirian Van Bemelen yang menyempitkan pengertian mengenai delik kesusilaan yang hanya terbatas pada masalah seks. Pompe tidak berkehendak untuk mengidentikkan kata "susila" dengan "*zedelijkheidnormen*", dan ia berkeinginan untuk mengintegrasikan pengertian susila dengan apa yang dikemukakan oleh "*normaalspraakgebruik*". Lihat Oemar Seno Adji, Hukum (Acara) Pidana dalam Prospeksi, Erlangga, Jakarta, 1981.

³⁵ Lihat Leden Marpaung, Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Masalah Prevensinya, Sinar Grafika, 1996, hal 33–34.

³⁶ Lihat Wirjono, *op.cit.*, hlm. 113 dan Adam Chazawi, *op.cit.*, hlm. 14–16.

³⁷ Lihat Wirjono, *ibid.*, hlm. 20–21.

suatu tindak pidana, tidak semua perbuatan yang “*zedelijkstrafwaardig*” adalah “*juridis strafbaar*”. Garis pemikiran inilah yang nampaknya diteruskan dalam konkordansi hukum Belanda ke Hindia Belanda.³⁸

45. Dalam konteks tindak pidana kesusilaan, sudah dijelaskan adanya keterbatasan bahasa untuk dapat memberikan definisi yang memiliki presisi tinggi (*precision principle*). Keterbatasan rumusan delik yang secara harafiah tidak pernah dapat memberikan kejelasan secara sempurna dan tuntas, merupakan situasi yang disadari oleh para pakar pidana khususnya. Hal ini dapat ditengarai dengan acapkali peraturan perundang-undangan menggunakan istilah umum yang global dan tidak pernah dapat secara persis menunjukkan tindakan apa yang diancamkan pidana oleh ketentuan pidana tersebut. Berkenaan dengan keadaan itu, maka dapat dikatakan bahwa pandangan yang menyatakan suatu ketentuan pidana seharusnya bersifat pasti (*atau certa*) sebenarnya tidak tepat (*mutlak*).³⁹

46. Menurut Prof. Marjanne Termoshuizen-Arts:

“Kepastian hukum, ketentuan pidana seringkali juga dirumuskan mengikuti aturan tertib teknis yuridis dan menggunakan jargon-jargon khas hukum. Alhasil rumusan demikian menjadi sulit dimengerti masyarakat umum yang bukan ahli hukum. Maka dari itu perbuatan masyarakat umum galibnya tidak bepedomankan pada rumusan atau bunyi ketentuan pidana melainkan justru oleh norma-norma sosial yang melatarbelakangi rumusan peraturan perundangan-undangan tersebut. Kelompok masyarakat yang dalam praktik menjadi sasaran dari perumusan delik ialah para yuris yang akan dan harus menerapkan bunyi ketentuan perundang-undangan tersebut. Jadi rumusan perundang-undangan sebenarnya secara khusus ditujukan kepada pejabat pemerintah seperti pejabat penyidik yang berwenang melaksanakan upaya paksa dan hakim yang berwenang menjatuhkan sanksi pidana”.⁴⁰

47. Hal inilah yang menurut beliau dan beberapa kalangan perguruan tinggi di Indonesia, mendorong perkembangan yurisprudensi di kalangan hakim Belanda cukup maju, dan memberikan kontribusi bagi pembaruan hukum melalui putusan-putusan yang berwibawa. Sementara itu di Indonesia, proses untuk melahirkan yurisprudensi-yurisprudensi yang berwibawa tidak berjalan karena sistem peradilan (dan pengelolaan kelembagaannya) yang tidak menunjukkan performa yang semakin baik. Patut dikutip salah satu Putusan Makamah Agung Belanda yang relevan untuk mengaitkan formula perumusan delik kesusilaan dengan konteks kepentingan praktik pengadilan mengingat

³⁸ Lihat Wirjono, *op. cit.*, hlm. 20–22.

³⁹ Lihat Marjanne Termoshuizen-Arts ceramah Hukum Pidana “Same Riot, Different Development” Peranan Hakim dalam Proses Pembentukan Hukum, FH UI Depok, 3–4 April 2006. Selanjutnya beliau memberikan gambaran bahwa kita selalu menghadapi masalah ketidakpastian relatif tentang ruang lingkup atau jangkauan ketentuan pidana, ketidakpastian relatif tentang karakteristik kasus-kasus yang akan timbul dalam praktik dimasa depan, dan ketidakpastian relatif tentang perubahan-perubahan yang akan terjadi dalam kenyataan sosial dan sistem hukum beserta norma suatu negara tertentu.

⁴⁰ Lihat *ibid.*

keterbatasan bahasa untuk dapat menjelaskan secara tuntas mengenai suatu kualifikasi perbuatan:⁴¹

“Terkadang norma sosial yang terkandung dalam perumusan delik atau yang melatarbelakangi suatu ketentuan pidana sengaja dibuat samar-samar atau implisit. Hal yang melatarbelakangi ini tidak perlu dipandang sebagai kekurangan bahkan kesamaran tersebut harus dianggap perlu, jika didalam delik terkandung suatu pertimbangan moral seperti: *aanstotelijk voor de eerbaarheid* (melanggar kesusilaan), unsur demikian atau pertimbangan demikian seharusnya dimaknai lebih lanjut oleh hakim pidana” (HR Belanda di dalam putusan 31 Oktober 2001).

48. Dalam kerangka doktrin hukum yang agak berbeda, pornografi di Amerika Serikat tumbuh dari praktik pengadilan sehingga menemukan standar mengenai apa yang disebut sebagai *obscene material (the obscenity laws)*.⁴² Melalui kasus *Miller vs California* (tahun 1973) di Amerika Serikat, pada akhirnya hukum federal maupun setiap negara bagian, untuk mengatur kejahatan penjualan, distribusi, menyiaran benda/bahan-bahan yang didefinisikan sebagai barang cabul mengacu pada pengertian yang diinformulasikan dalam kasus ini. Oleh mahkamah Agung, melalui Kasus Miller, barang yang dapat dikategorikan sebagai cabul jika:⁴³
 1. *to the average person, applying contemporary community standards, taken as a whole, it predominantly appeals to a prurient interest in nudity, sex or excretion;*
 2. *the material taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political or scientific value, and*
 3. *the material depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined in subparagraphs a through e below:*
 - a. *acts of sexual intercourse, heterosexual or homosexual, normal or perverted, actual or simulated;*
 - b. *acts of masturbation;*
 - c. *acts involving excretory functions or lewd exhibition of the genitals;*
 - d. *acts of bestiality or the fondling of sex organs of animals;*
 - e. *sexual acts of flagellation, torture or other violence indicating a sadomasochistic sexual relationship*
49. Garis pemikiran untuk mendorong praktik pengadilan di Indonesia agar menghasilkan putusan-putusan yang memberikan penjelasan terhadap undang-undang, cukup relevan dengan konteks tindak pidana kesusilaan. Perumusan delik kesusilaan yang dirumuskan dalam KUHP Belanda dan Indonesia yang dilakukan secara samar, memiliki dasar argumentasi yang cukup memadai. Dalam hal-hal tertentu, ketidakjelasan ketentuan pidana sebagaimana tampak

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Karakteristik sistem hukum Amerika Serikat seperti halnya Inggris bersumber pada: a. Custom; b. Legislation; c. Case-law. Konsekuensi dipergunakannya *case-law*, jika satu perkara yang sama terdapat pertentangan antara *case-law* dan *statute-law*, maka pertama-tama akan dipergunakan *case-law*, sedangkan *statute-law* dikesampingkan. Lihat, Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, 2000, hlm. 35–36.

⁴³ Batasan ini selanjutnya dikenal sebagai *Miller Standart/Miller definition of obscenity*. Lihat *Final Report Attorney General's Commission on Pornography*, Juli 1986. www.porn-report.com/contents.htm.

dalam penggunaan istilah-istilah umum tidaklah terelakkan. Jika dipaksakan untuk membuat rumusan pidana yang sangat tajam dan sempit, maka luas cakupannya justru hilang dan dengan cara itu yang dikorbankan adalah tingkat kejelasan umum dari aturan-aturan dalam perundang-undangan.⁴⁴ Meskipun dirumuskan secara samar, yang paling penting pada akhirnya adalah pertanyaan apakah norma yang termaktub di dalam ketentuan pidana itu cukup menjelaskan perbuatan manakah yang dilarang dan diancamkan dengan sanksi pidana dan apakah norma yang bersangkutan cukup memberikan kemungkinan bagi tersangka/terdakwa untuk mengukur atau menguji perbuatannya terhadap norma yang bersangkutan.⁴⁵

50. Inti permasalahan yang terus mengemuka dalam wacana dan praktik hukum yang selama ini berkembang adalah mengenai ketidakmampuan hukum untuk menjangkau baik permasalahan-permasalahan yang muncul akibat maraknya pornografi dalam media massa maupun fenomena semakin permisifnya masyarakat Indonesia terhadap massifnya industri yang mengkomodifikasi seksualitas. Ketidakmampuan hukum dalam konteks permasalahan-permasalahan pornografi, semestinya diteropong dari berbagai perspektif. Pada bagian ini pengertian hukum secara prinsipil dibatasi dalam konteks aturan hukum. Aturan hukum dalam hal ini merupakan konkretisasi kaidah hukum yang dinyatakan dalam bentuk rumusan pasal-pasal yang menyebabkan kaidah hukum tersebut dapat dikenali, dipahami, dan diterapkan secara langsung untuk mengatur perilaku tertentu.⁴⁶
51. Di Indonesia terdapat berbagai norma-norma yang mempengaruhi kehidupan dan pergaulan masyarakat yang secara langsung atau tidak akan memberikan dampak bagi tata cara untuk bertingkah laku dan bertindak. Setidaknya pengaruh tersebut terdapat pada norma-norma agama, norma-norma moral, norma-norma adat, dan norma-norma yang dirumuskan sebagai hukum negara.⁴⁷ Norma-norma selain hukum negara, memiliki standar yang berbeda satu sama lain dalam hal mengkualifikasi sebuah perbuatan apakah menyalahi atau sesuai dengan norma-norma yang dianut sehingga parameter yang dibangun dalam memandang sebuah perbuatan bisa jadi berbeda secara nilai maupun ukuran lahiriahnya.
52. Terdapat tiga hal yang perlu menjadi titik perhatian pada 10 tahun terakhir ini terkait dengan isu-isu yang berkenaan dengan tindak pidana kesusilaan/kesopanan, yakni:
 1. *Pertama*, menyangkut absolutisme pandangan “supremasi hukum agama” yang mutatis mutandis harus menjadi hukum negara padahal dalam sila pertama Pancasila dan Pasal 29 Undang-undang Dasar 1945, “hukum agama” adalah bagian dari hukum nasional.

⁴⁴ Lihat Marjanne Termoshuizen-Arts “*Same Riot, Different Development*” Makalah Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia dan Belanda, FH UI Depok, 3–4 April 2006.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Lihat Ketrampilan Perancangan Hukum, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 1997, hlm. 3–4.

⁴⁷ Lihat Maria Farida Indrati Soeprapto, Ilmu Perundang-undangan Dasar-dasar dan Pembentukannya, Yogyakarta: Kanisius, 1998, hlm. 6-12

2. *Kedua*, fakta bahwa pandangan, nilai-nilai yang ada di masyarakat Indonesia sangat beragam sehingga tidak mungkin diseragamkan.
3. *Ketiga*, polemik mengenai kapasitas substansi dari norma “hukum agama” yang diusulkan sebagai hukum negara (KUHP). Tidak semua ketentuan “hukum agama” perlu dilegalkan sebab tidak semua norma tersebut akan bisa (efektif) ditegakkan dengan kekuasaan (alat) negara.⁴⁸
53. Bahwa penyalahgunaan kemajuan teknologi informasi dan maraknya distribusi benda-benda yang dapat dikategorikan sebagai produk industri komersial yang menjadikan seks sebagai komoditas cukup mengkhawatirkan perkembangannya di Indonesia akhir-akhir ini. Untuk itu memang diperlukan suatu perangkat hukum yang dapat melindungi anak-anak dibawah umur dari pengaruh negatif bahan-bahan pornografi. Sarana pidana, melalui KUHP adalah salah satu jalan untuk menanggulangi berkembangnya kejahatan dibidang kesusilaan.
54. Menurut Remmelink, tujuan hukum pidana adalah ditujukan untuk menegakkan tertib hukum dan melindungi masyarakat hukum. Pemahaman ini menempatkan hukum pidana bukan merupakan tujuan dalam dirinya sendiri, namun memiliki fungsi pelayanan atau fungsi sosial.⁴⁹ Jelas bahwa sarana pidana merupakan sanksi yang paling keras yang dapat disediakan oleh undang-undang. Selanjutnya dikemukakan oleh Merkel, bahwa tempat hukum pidana adalah selalu subsider terhadap upaya hukum lainnya. Pendapat ini ditegaskan Modderman kembali bahwa negara wajib bereaksi untuk menindak pelanggaran hukum atau ketidakadilan yang tidak dapat lagi ditanggulangi secara memadai oleh sarana hukum lain, dalam hal ini pidana adalah dan akan tetap harus dipandang sebagai ultimum remidium.⁵⁰
55. Dari konteks tujuan hukum pidana, KUHP memiliki keterbatasan untuk dapat memecahkan permasalahan-permasalahan pornografi atau delik kesusilaan lainnya. Hukum pidana merupakan salah satu sarana saja diantara sarana hukum lainnya dalam mengatasi persoalan-persoalan hukum. Di Indonesia terdapat peraturan perundang-undangan diluar KUHP yang memiliki muatan substansi mengatur mengenai hal yang terkait dengan delik-delik. Sebut saja Undang-undang Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pokok Pers, Undang-undang Nomor 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran, Peraturan Pemerintah Nomor 7 tentang Lembaga Sensor Film, hingga regulasi yang dikeluarkan Komisi Penyiaran melalui Keputusan KPI Nomor 009/SK/KPI/8/2004 tentang Pedoman Perilaku Penyiaran dan Standar Penyiaran.

⁴⁸ Lihat Jazuni, Legislasi Hukum Islam di Indonesia, Citra Aditya Bakti, 2005. Menurutnya tidak semua hukum Islam perlu dilegalkan karena tidak semua bagian dari hukum Islam memerlukan intervensi negara dalam penegakannya. Agama dan negara adalah dua entitas yang berbeda yang masing-masing memiliki otonominya sendiri. Ada wilayah yang secara bersama-sama diatur baik oleh negara maupun agama, seperti bidang hukum perkawinan, kewarisan, dan perwakafan (materi hukumnya merupakan wilayah agama, sedangkan administrasinya merupakan wilayah negara). Ada wilayah yang sepenuhnya “milik” agama, negara tidak mungkin memasukinya, seperti masalah keimanan dan ketakwaan. Negara tidak bisa memaksa karena negara tidak memiliki perangkat untuk mengukurnya (hlm. 488).

⁴⁹ Lihat, *op.cit.*, Remmelink, hlm. 14–15.

⁵⁰ *bid.*, hlm. 27–28.

Bagian V

Analisis Amicus Curie II: Menguji Kebebasan Pers Dalam Kasus Playboy

5.1. Delik Kesusilaan dan Kebebasan Pers

56. Delik kesusilaan di Indonesia pada dasarnya diatur dalam Buku Kedua Bab XIV KUHP tentang Kejahatan Terhadap Kesusilaan yang diatur dari Pasal 281 hingga Pasal 303 bis dan Buku Ketiga Bab VI KUHP tentang Pelanggaran Kesusilaan yang diatur dari Pasal 532 hingga Pasal 547.
57. Meski diatur dalam KUHP sebagaimana dijelaskan di atas namun UU No. 40 Tahun 1999 juga mengatur tentang ketentuan yang serupa sepanjang mengenai norma kesusilaan yaitu pada Pasal 5 ayat 1 yang berbunyi "*Pers nasional berkewajiban memberitakan peristiwa dan opini dengan menghormati norma-norma agama dan rasa kesusilaan masyarakat serta asas praduga tak bersalah.*"
58. Selain itu sepanjang berkaitan dengan iklan yang muncul maka berlaku ketentuan Pasal 13 huruf a UU No. 40 Tahun 1999 yang berbunyi, "*Perusahaan pers dilarang memuat iklan: a. yang berakibat merendahkan martabat suatu agama dan atau mengganggu kerukunan hidup antarumat beragama, serta bertentangan dengan rasa kesusilaan masyarakat*".
59. UU No. 40 Tahun 1999 juga memuat ketentuan pidana terhadap pelanggaran Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 13 huruf a sepanjang mengenai pelanggaran kesusilaan yang dimuat dalam Pasal 18 ayat (2) yang berbunyi, "*Perusahaan pers yang melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 13 dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).*"
60. Pertimbangan Majelis Hakim Kasasi pada Mahkamah Agung RI dalam Putusan Kasasi No. 972 K/Pid/2008 halaman 36 paragraf 1 yang pada pokoknya menyatakan bahwa "*UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers sama sekali tidak mengatur delik penyebaran tulisan, gambar, atau benda yang telah diketahui isinya melanggar kesusilaan atau barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan, atau ditempelkan di muka umum, dan dia hanya mengatur pemberitaan atas peristiwa dan opini yang berhubungan dengan siaran baik seseorang atau beberapa orang*", adalah tidak tepat dan tidak berdasar.
61. Pasal 1 angka 1 UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers telah menyatakan bahwa, "*Pers adalah lembaga sosial dan wahana komunikasi massa yang melaksanakan kegiatan jurnalistik meliputi mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi baik dalam bentuk tulisan, suara, gambar, suara dan gambar, serta data dan grafik maupun dalam bentuk lainnya dengan menggunakan media cetak, media elektronik, dan segala jenis saluran yang tersedia.*"

62. Oleh karena itu mengingat ketentuan Pasal 1 angka 1 UU No. 40 Tahun 1999 jo Pasal 5 ayat (1) UU No. 40 Tahun 1999 justru menegaskan ketentuan yang melarang penyebaran informasi baik berupa tulisan, suara, gambar, suara dan gambar, serta data dan grafik yang memuat pelanggaran terhadap kesusilaan.
63. Bahwa apa yang dimaksud dengan pelanggaran terhadap kesusilaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 13 huruf a UU No. 40 Tahun 1999 tentu harus merujuk ketentuan dalam Buku Kedua Bab XIV KUHP tentang Kejahanan Terhadap Kesusilaan dan Buku Ketiga Bab VI KUHP tentang Pelanggaran Kesusilaan.
64. Pada dasarnya untuk melakukan penilaian apakah pers melakukan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 13 huruf a UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers maka harus melewati prosedur-prosedur tertentu terutamanya penggunaan instrumen Kode Etik Jurnalistik yang diatur secara khusus dalam UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers.
65. Prosedur-prosedur tertentu terutamanya penggunaan intrumen Kode Etik Jurnalistik dalam melakukan penilaian terhadap suatu perbuatan pidana yang dilakukan oleh Pers tersebut juga telah diakui oleh Mahkamah Agung RI setidak-tidaknya dalam Putusan MA No. 3173 K/Pdt/1993, Putusan MA No. 1608 K/PID/2005, dan Putusan MA No. 273 PK/PDT/2008.
66. Oleh karena itu, untuk menentukan apakah Erwin Arnada, Pemimpin Redaksi Majalah Playboy melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 13 huruf a UU No. 40 Tahun 1999 maka berlaku ketentuan Pasal 4 Kode Etik Jurnalistik yang menyatakan bahwa *"Wartawan Indonesia tidak membuat berita bohong, fitnah, sadis, dan cabul"*.
67. Berdasarkan hal-hal di atas, pemeriksaan pelanggaran secara etik tentang perbuatan yang dilakukan oleh Erwin Arnada, Pemimpin Redaksi Majalah Playboy menjadi keharusan, dan Pengadilan semestinya melihat pendapat dari Dewan Pers.

5.2. Majalah Playboy adalah Pers dan Kontennya adalah Karya Jurnalistik

68. UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers telah menentukan secara khusus apa yang dimaksud dengan pers dan produk pers. Ketentuan yang mengatur secara khusus ini yang menjadi garis batas (*firewall*) yang membedakan antara pers dan produk pers dengan pamflet atau cetakan atau selebaran gelap yang kerap beredar di tengah masyarakat.
69. Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 1 UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, maka yang dapat dikategorikan pers adalah lembaga sosial dan wahana komunikasi massa yang melaksanakan kegiatan jurnalistik meliputi mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi baik dalam bentuk tulisan, suara, gambar, suara dan gambar, serta data dan grafik maupun dalam bentuk lainnya dengan menggunakan media cetak, media elektronik, dan segala jenis saluran yang tersedia.

70. Secara khusus sebuah lembaga sosial dan wahama komunikasi massa di Indonesia untuk dapat masuk dalam kategori pers sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 angka 1 UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers maka kegiatan jurnalistik tersebut harus diselenggarakan oleh sebuah Perusahaan Pers sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 angka 2 jo Pasal 9 ayat (2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers.
71. Selain itu, secara implisit UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers menekankan pentingnya kegiatan jurnalistik yang diselenggarakan oleh Perusahaan Pers mematuhi Kode Etik Jurnalistik sebagaimana ditentukan oleh Pasal 1 angka 4 jo Pasal 7 ayat (2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers dan juga dapat ditemukan dalam Penjelasan Pasal 4 ayat (1) UU No. 40 Tahun 1999 yang pada pokoknya menyatakan, *“Kemerdekaan pers adalah kemerdekaan yang disertai kesadaran akan pentingnya penegakan supremasi hukum yang dilaksanakan oleh pengadilan, dan tanggung jawab profesi yang dijabarkan dalam Kode Etik Jurnalistik serta sesuai dengan hati nurani insan pers”*.
72. Berdasarkan ketentuan Pasal 3 UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers menekankan setidaknya 6 fungsi pers yaitu: (1) media informasi (2) media pendidikan, (3) media hiburan, (5) kontrol sosial dan (6) lembaga ekonomi.
73. Untuk itu Majalah Playboy yang diedarkan oleh PT. Velvet Silver Media, dimana penanggung jawab redaksi yaitu Erwin Arnada selaku Pemimpin Redaksi dapat dikategorikan berfungsi sebagai media hiburan dan tunduk pada keberlakuan UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, sepanjang PT. Velvet Silver Media sebagai penerbit Majalah Playboy memenuhi ketentuan Pasal 1 angka 2 jo Pasal 9 ayat (2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers.
74. Berdasarkan Pernyataan Dewan Pers Nomor 07/P-DP/IV/2006 Tentang Penerbitan Majalah Playboy Indonesia yang pada pokoknya menyatakan bahwa Majalah Playboy Indonesia dapat dikategorikan sebagai produk pers. Berdasarkan Pernyataan Dewan Pers tersebut maka secara formal Majalah Playboy Indonesia telah memenuhi ketentuan Pasal 1 angka 2 jo Pasal 9 ayat (2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers oleh karena itu penerbitan dan pertanggungjawaban dari isi Majalah Playboy tunduk pada ketentuan UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers.
75. Oleh karena itu Majalah Playboy tunduk pada ketentuan UU No 40 Tahun 1999 tentang Pers maka isi dari Majalah Playboy harus mengacu pada ketentuan Pasal 1 angka 4 jo Pasal 7 ayat (2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers. Ketentuan ini mengharuskan bahwa isi dari Majalah Playboy dibuat dengan ketaatan dan kepatuhan yang tinggi terhadap Kode Etik Jurnalistik. Berdasarkan hal-hal tersebut, penilaian atas isi dari penerbitan tersebut harus didasarkan kepada UU Pers No. 40 Tahun 1999 tentang Pers dan Kode Etik Jurnalistik.
76. Pernyataan Dewan Pers Nomor 07/P-DP/IV/2006 Tentang Penerbitan Majalah Playboy Indonesia telah menyatakan bahwa kemungkinan pelanggaran terhadap Kode Etik Jurnalistik, terutamanya pada peredaran Edisi Pertama adalah pada distribusi Majalah Playboy yang tidak sesuai dengan segmentasi yang disebutkan dalam sampul depan majalah tersebut, yakni sebagai majalah

hiburan untuk pria dewasa, maka majalah tersebut melanggar Kode Etik Jurnalistik, dalam konteks perlindungan anak dan remaja.

77. Karena Dewan Pers hingga saat ini tidak pernah memberikan penilaian terhadap isu apakah isi dari Majalah Playboy Indonesia telah melanggar Kode Etik Jurnalistik terutamanya pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 4 Kode Etik Jurnalistik maka dalam konteks isi dan iklan dari Majalah Playboy tidak dapat dikatakan telah melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 13 huruf a UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers.

5.3. Peran Dewan Pers dan Peredaran Majalah dalam Kategori Majalah Hiburan Dewasa

78. Ketentuan Pasal 15 ayat 2 huruf c dan d UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers menyatakan salah satu fungsi Dewan Pers adalah: (1) menetapkan dan mengawasi pelaksanaan Kode Etik Jurnalistik; (2) memberikan pertimbangan dan mengupayakan penyelesaian pengaduan masyarakat atas kasus-kasus yang berhubungan dengan pemberitaan pers. Peran sentral Dewan Pers ini juga diperkuat oleh Mahkamah Agung melalui beragam putusannya. Setidaknya dalam Putusan MA No. 3173 K/Pdt/1993, Putusan MA No. 1608 K/PID/2005, dan Putusan MA No. 273 PK/PDT/2008, serta melalui SEMA No. 13 Tahun 2008 yang pada pokoknya menyatakan, *“Bawa sehubungan dengan banyaknya perkara-perkara yang diajukan ke Pengadilan yang berhubungan dengan delik pers, maka untuk memperoleh gambaran objektif tentang ketentuan-ketentuan yang berhubungan dengan Undang-Undang Pers, maka Hakim dapat meminta keterangan seorang ahli di bidang pers. Oleh karena itu dalam penanganan/pemeriksaan perkara-perkara yang terkait dengan delik Pers hendaknya Majelis mendengar/meminta keterangan saksi ahli dari Dewan Pers, karena mereka lah yang lebih mengetahui seluk beluk Pers tersebut secara teori dan praktik”*.
79. Dalam kasus yang melibatkan Erwin Arnada, Pemimpin Redaksi Majalah Playboy Indonesia, maka Pengadilan seharusnya mempertimbangkan keterangan dan pendapat dari Dewan Pers.
80. Pendapat dari Dewan Pers ini penting mengingat bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi, *“Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”*, dan juga dalam Pasal 180 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana yang menyatakan, *“Dalam hal diperlukan untuk menjernihkan duduknya persoalan yang timbul di sidang pengadilan, hakim ketua sidang dapat minta keterangan ahli dan dapat pula minta agar diajukan bahan baru oleh yang berkepentingan”*.
81. Oleh karena penilaian terhadap kesalahan sepanjang menyangkut Majalah Hiburan Dewasa dalam konteks dugaan pelanggaran kesusilaan maka pendapat etik dari Dewan Pers harus menjadi bahan rujukan dari Pengadilan untuk dapat memutuskan dengan tepat dan baik tanpa harus mencederai Kemerdekaan Pers.
82. Mahkamah Agung dalam putusannya No. 1608 K/PID/2005 menegaskan tentang adanya kesalahan penerapan hukum yang dilakukan oleh pengadilan

negeri dan pengadilan tinggi yang memutus perkara ini. Mahkamah Agung berpendapat bahwa perkara ini tidak bisa hanya dilihat dari sudut pandang ketentuan KUHP sementara tindakan yang dilakukan oleh terdakwa dilakukan berdasarkan UU Pers.

83. Mahkamah Agung dalam putusannya No. 1608 K/Pid/2005 juga menilai filosofi yang dianut dalam UU Pers telah menempatkan posisi pers nasional sebagai pilar keempat dalam negara demokrasi. Meskipun demikian, Mahkamah Agung juga menyatakan keharusan adanya improvisasi dalam menciptakan yurisprudensi agar memberikan perlindungan hukum terhadap insan pers, dan sekaligus juga menempatkan UU Pers sebagai *lex specialist*. Diakui sendiri oleh Mahkamah Agung, bahwa UU Pers belum mampu memberikan perlindungan terhadap kemerdekaan pers, terutama dalam hal adanya delik pers karena tidak adanya ketentuan pidana dalam UU Pers, tetapi juga diberlakukan ketentuan KUHP. Mahkamah Agung juga menekankan pentingnya instrumen hukum dan kode etik pers untuk memastikan kehadiran pers bebas dan mencegah penyalahgunaan kebebasan pers.
84. Mahkamah Agung dalam putusannya No. 1608 K/Pid/2005 berpendapat pula, bahwa tindakan penghukuman dalam bentuk pemidanaan tidak mengandung upaya penguatan pers bebas dan malah membahayakan pers bebas, oleh karena itu tata cara yang diatur dalam UU Pers harus didahulukan daripada ketentuan hukum yang lain.
85. Selain itu, Dewan Pers bahkan telah mengeluarkan Peraturan No. 8/Peraturan-DP/X/2008 tentang Pedoman Penyebaran Media Cetak Khusus Dewasa tertanggal 28 Oktober 2008, yang pada pokoknya menyatakan bahwa Media cetak khusus dewasa adalah penerbitan yang memuat materi berupa tulisan dan atau gambar, yang berkandungan seks, kekerasan, dan mistik yang hanya patut dikonsumsi orang dewasa yang berusia 21 tahun atau lebih. Lebih lanjut dinyatakan bahwa penyebaran media khusus dewasa tidak dilakukan di tempat yang terjangkau anak-anak, lingkungan sekolah, dan tempat ibadah. Dalam peraturan tersebut juga diwajibkan ketentuan khusus bagi pengelola media hiburan khusus dewasa wajib menutup sebagian sampul depan dan belakang penerbitannya sehingga yang terlihat hanya nama media, nomor edisi, dan label khusus dewasa 21+.
86. Dalam konteks ini maka dapat ditarik satu kesimpulan, yaitu bahwa media hiburan khusus dewasa adalah pers, dan karenanya dilindungi oleh UU No. 40 Tahun 1999. Namun demikian, dalam pelaksanaan distribusinya memerlukan ketentuan-ketentuan etika khusus yang apabila disimpangi dapat menimbulkan pertanggungjawaban hukum, baik menurut ketentuan Pasal Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 13 huruf a UU No. 40 Tahun 1999 maupun ketentuan dalam peraturan perundang-undangan lainnya.

Bagian VI

Kesimpulan

Pertama, bahwa pelanggaran terhadap kesusilaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 13 huruf a UU No. 40 Tahun 1999 tentu harus merujuk ketentuan dalam Buku Kedua Bab XIV KUHP tentang Kejahatan Terhadap Kesusilaan dan Buku Ketiga Bab VI KUHP tentang Pelanggaran Kesusilaan.

Majalah Playboy Indonesia, yang diedarkan oleh PT. Velvet Silver Media, dimana penanggung jawab redaksi yaitu Erwin Arnada selaku Pemimpin Redaksi, dapat dikategorikan berfungsi sebagai media hiburan, yang tunduk pada keberlakuan UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, sepanjang PT. Velvet Silver Media sebagai penerbit Majalah Playboy memenuhi ketentuan Pasal 1 angka 2 jo Pasal 9 ayat (2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers. Dewan Pers melalui Surat Keputusan Nomor 07/P-DP/IV/2006 Tentang Penerbitan Majalah Playboy Indonesia, pada pokoknya telah menyatakan, bahwa Majalah Playboy Indonesia dapat dikategorikan sebagai produk pers. Berdasarkan Pernyataan Dewan Pers tersebut maka secara formal Majalah Playboy Indonesia telah memenuhi ketentuan Pasal 1 angka 2 jo Pasal 9 ayat (2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, sehingga penerbitan dan pertanggungjawaban dari isi Majalah Playboy, keseluruhannya tunduk pada ketentuan UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers.

Oleh karena Majalah Playboy tunduk pada ketentuan UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, maka isi dari Majalah Playboy harus mengacu pada ketentuan Pasal 1 angka 4 jo Pasal 7 ayat (2) UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers. Ketentuan ini mengharuskan bahwa isi dari Majalah Playboy dibuat dengan ketaatan dan kepatuhan yang tinggi terhadap Kode Etik Jurnalistik.

Berdasarkan hal-hal tersebut penilaian atas isi dari penerbitan tersebut harus didasarkan kepada UU Pers No. 40 Tahun 1999 tentang Pers dan Kode Etik Jurnalistik.

untuk melakukan penilaian apakah pers melakukan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 13 huruf a UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers, maka harus melewati prosedur-prosedur tertentu, khususnya terkait dengan penggunaan instrumen Kode Etik Jurnalistik yang diatur secara khusus dalam UU No. 40 Tahun 1999 tentang Pers. Dalam melakukan penilaian terhadap suatu perbuatan pidana yang dilakukan oleh Pers tersebut, Mahkamah Agung RI telah memberikan pengakuan, setidaknya dalam beberapa putusannya, seperti Putusan MA No. 3173 K/Pdt/1993, Putusan MA No 1608 K/PID/2005 dan Putusan MA Nomor 273 PK/PDT/2008. Oleh karena itu, untuk menentukan apakah Erwin Arnada, Pemimpin Redaksi Majalah Playboy melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 13 huruf a UU No. 40 Tahun 1999 maka berlaku ketentuan Pasal 4 Kode Etik Jurnalistik yang menyatakan bahwa, *“Wartawan Indonesia tidak membuat berita bohong, fitnah, sadis, dan cabul”*.

Berdasarkan hal-hal di atas, pemeriksaan pelanggaran secara etik tentang perbuatan yang dilakukan oleh Erwin Arnada, Pimpinan Redaksi Majalah Playboy menjadi keharusan, dan Pengadilan semestinya melihat pendapat dari Dewan Pers.

Kedua, bahwa tindak pidana kesusilaan dalam KUHP menunjukkan sikap yang agak restriktif dengan menciptakan suatu karya legislatif dalam lapangan yang tidak lebih dari yang diperlukan. Hal ini tercermin dengan tidak mudahnya suatu perbuatan akan dapat dikategorikan menjadi suatu perbuatan yang tercela, yang masuk dalam suatu delik yang dapat dipidakan. KUHP dalam hal ini mengikuti *Code Penal* Perancis yang mengadakan pembatasan secukupnya terhadap delik-delik mengenai kesusilaan. Paralel dengan fenomena mengkriminalisasikan perbuatan-perbuatan dengan basis “hukum/penafsiran agama” juga terjadi dalam pembentukan dan perkembangan hukum pidana di Belanda. KUHP Belanda juga mengeliminasi anasir-anasir hukum kanonik yang hendak mengidentifikasi semua perbuatan yang mengandung dosa dengan rumusan-rumusan suatu tindak pidana. Sehingga tidak semua hal yang tercela menurut norma-norma susila (agama) dapat dikualifikasi begitu saja sebagai suatu tindak pidana, tidak semua perbuatan yang “*zedelijkstrafbaar*” adalah “*juridis strafbaar*”.

Garis pemikiran inilah yang nampaknya harus diteruskan dalam konkordansi hukum Belanda ke Hindia Belanda. Di Indonesia, terdapat berbagai macam norma yang mempengaruhi kehidupan dan pergaulan masyarakat, yang secara langsung atau tidak langsung, akan memberikan dampak bagi tata cara untuk bertingkah laku dan bertindak. Setidaknya pengaruh tersebut terdapat pada norma-norma agama, norma-norma moral, norma-norma adat, dan norma-norma yang dirumuskan sebagai hukum negara. Norma-norma selain hukum negara, memiliki standar yang berbeda satu sama lain dalam hal mengkualifikasi sebuah perbuatan apakah menyalahi atau sesuai dengan norma-norma yang dianut, sehingga parameter yang dibangun dalam memandang sebuah perbuatan bisa jadi berbeda secara nilai maupun ukuran lahiriahnya.

Informasi Lebih Lanjut

Indonesia Media Defense Litigation Network (IMDLN)
Jl. Cempaka No 4, Pasar Minggu-Jakarta Selatan 12530
Phone/Fax (62-21) 7810265
id-mediadefense@icjr.or.id

Institute for Criminal Justice Reform (ICJR)
Jl. Cempaka No 4, Pasar Minggu – Jakarta Selatan 12530
Phone/Fax (62-21) 7810265
infoicjr@icjr.or.id

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)
Jl. Siaga II No 31, Pasar Minggu – Jakarta Selatan 12510
Phone : (62-21) 7972662, 7972662, 79192564
Fax : (62-21) 79192519
email : office@elsam.or.id