

# **Pencemaran Nama Baik Melalui Sarana Informasi dan Transaksi Elektronik (Kajian Putusan MK No. 2/PUU-VII/2009)**

Mahrus Ali

---

## **ABSTRACT**

*Libel crime is an offence attacking the honor and image of person. There are at least two elements in the libel crime in which a judge has an obligation to prove them, subjective and objective element as well as malice. An offender cannot be blamed for his/her conduct unless he/she commits these elements. In the term of article 27 (3) of electronic transaction and information act no 11 of 2008, its content is still in accordance with the rule of law conception and several articles of Indonesia Constitution of 1945 dealing with some fundamental rights of citizen and the right of freedom to express and to obtain information. State has untitled to make any limitation by prohibiting certain activities attacking the honor and image of person which is based on the same rights of the same freedom.*

**Keywords:** *Libel Crime, Malice, Electronic Transaction and Information*

## **POSISI KASUS**

Kasus ini berkaitan dengan pengujian Pasal 27 ayat (3) undang-undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) dengan Pasal 1 ayat (2), Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28, Pasal 28C ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28E ayat (2) dan ayat (3), Pasal 28F, dan Pasal 28G ayat (1)

UUD 1945. Substansi Pasal 27 ayat (3) terkait pencemaran nama baik melalui sarana informasi dan transaksi elektronik yang dianggap bertentangan dengan hak-hak mendasar warga Negara yang dijamin secara eksplisit di dalam Undang-undang Dasar 1945.

Pemohon perkara No. 2/PUU-VII/2009 ini antara lain; Edy Cahyono (Pemohon I), Nenda Inasa Fadhilah (Pemohon II), Amrie Hakim (Pemohon III), Perhimpunan Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia Indonesia (PBHI) yang diwakili oleh Syamsuddin Radjab, SH, MH dalam kedudukannya sebagai Ketua Badan Pengurus Nasional PBHI (Pemohon IV), Aliansi Jurnalis Independen (AJI) yang diwakili oleh Nezar Patria, MSc dalam kedudukannya sebagai Ketua Umum AJI (Pemohon V), dan Lembaga Bantuan Hukum Pers (LBH Pers) yang diwakili oleh Hendrayana, SH dalam kedudukannya sebagai Direktur Eksekutif LBH Pers (Pemohon VI).

Menurut para pemohon, UU No 11 tahun 2008 tentang ITE mengkonsolidasikan berbagai aspek terkait dengan teknologi informasi elektronik secara lebih spesifik, lebih khusus dan komprehensif. Namun ternyata UU ITE oleh beberapa pihak pemangku kepentingan, secara sengaja juga diarahkan untuk secara sistematis mencoba memasung kembali hak-hak konstitusional dari para Pemohon dengan memasukkan sejumlah pasal-pasal yang masuk dalam kategori dalam perampas kebebasan menyatakan pendapat, berekspresi, akses informasi dan hal-hal yang terkait dengan hak asasi manusia lainnya.

Pada dasarnya, para Pemohon tidak menolak lahirnya UU ITE tersebut dan pada awalnya para Pemohon justru sangat mendukung inisiatif pemerintah untuk mengusulkan undang-undang ini, karena undang-undang ini penting untuk mengisi kekosongan hukum mengenai teknologi informasi. Namun jika kemudian pasal dalam rumusan undang-undang tersebut justru sengaja dan secara sadar dan dengan sedemikian rupa dirumuskan agar kami, para Pemohon, dipasung kebebasan berbicara, pendapat, tulisan, dan ekspresi, maka para Pemohon secara tegas menolak Pasal 27 ayat (3) UU ITE.

Terdapat enam alasan yang dikemukakan para pemohon mengapa Pasal 27 ayat (3) di atas bertentangan dengan substansi Pasal 27 dan Pasal 28 UUD 1945. *Pertama*, bertentangan dengan prinsip-prinsip negara hukum. Salah satu makna Negara hukum

adalah “*a legal system in which rules are clear, well understood, and fairly enforced*”. Sedangkan salah satu cirinya adalah adanya kepastian hukum yang mengandung asas *legalitas, prediktibilitas, dan transparansi*. Ketentuan Pasal 27 ayat (3) UU ITE yang menyatakan bahwa “*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*” tidak mencerminkan aturan yang jelas, mudah dipahami, dan dilaksanakan secara adil (*fair*). Selain itu, rumusan Pasal 27 ayat (3) adalah rumusan yang tidak jelas, sumir dan berpotensi disalahgunakan secara sewenang-wenang sehingga hal itu merupakan bentuk pelanggaran atas konsep negara hukum (*the rule of law*).

Ketentuan Pasal 27 ayat (3) juga secara nyata UU ITE dirumuskan tanpa mengindahkan asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik dan asas-asas mengenai materi muatan peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

*Kedua*, melanggar prinsip-prinsip kedaulatan rakyat. Salah satu prinsip dalam sebuah negara yang berdasarkan kedaulatan rakyat adalah terselenggaranya suatu mekanisme yang secara teratur dapat dipertanggung jawabkan dalam memilih para penyelenggara negara. Untuk dapat memilih para penyelenggara negara, maka masyarakat berhak untuk dapat memiliki informasi latar belakang yang cukup tentang calon-calon tersebut. Dengan memiliki informasi latar belakang yang cukup tersebut, maka masyarakat dapat menentukan pilihan secara bijak dan tepat dalam memilih para calon penyelenggara negara.

Kehadiran Pasal 27 ayat (3) UU ITE berpotensi dapat menyumbat saluran informasi yang terpenting bagi masyarakat untuk mengetahui informasi latar belakang dari para calon penyelenggara Negara, karena dengan rumusan materi seperti itu hak dari para Pemohon untuk mengirim, menerima, mengolah, mempergunakan, dan menyebarluaskan informasi latar belakang dari para calon penyelenggara negara melalui seluruh media dan saluran komunikasi yang tersedia, termasuk media Internet, kepada orang

lain dan/atau masyarakat secara keseluruhan, berpotensi terhambat. Rumusan materi Pasal 27 ayat (3) UU ITE jauh lebih lentur dari rumusan pada BAB XVI KUHP tentang Penghinaan menyebabkan para Pemohon ketakutan untuk mengirim, menerima, mengolah, mempergunakan, dan menyebarkan informasi latar belakang dari para calon penyelenggara negara melalui seluruh media dan saluran komunikasi yang tersedia, termasuk media Internet, kepada orang lain dan/atau masyarakat secara keseluruhan. Ketakutan dari para Pemohon tersebut akan menyebabkan kerugian bagi masyarakat secara luas, karena masyarakat tidak mampu lagi untuk memperoleh informasi latar belakang dari para calon penyelenggara negara.

*Ketiga*, melanggar asas *lex certa* dan kepastian hukum. Syarat *lex certa* (undang-undang yang dirumuskan terperinci dan cermat) sering dikaitkan dengan kewajiban pembuat undang-undang untuk merumuskan suatu ketentuan pidana. Perumusan ketentuan pidana yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum.

Sebagai ketentuan yang mengatur kaidah larangan dan memuat sanksi pidana, maka rumusan Pasal 27 ayat (3) terikat dengan syarat *lex certa*, yakni dengan memberikan penjelasan secara terperinci dan rumusan yang cermat atas perbuatan pidana yang diformulasikan. Meskipun dalam perkembangannya hukum pidana dalam peraturan perundang-undangan di luar KUHP telah berkembang sedemikian pesat, namun pada hakikatnya ketentuan pidana dalam undang-undang yang tersebar diluar KUHP dalam pandangan sistem hukum pidana tidak boleh meninggalkan asas-asas umum dan tetap mendasarkan pada ketentuan yang terdapat pada Buku I KUHP.

Bila dihubungkan dengan rumusan Pasal 27 ayat (3), beberapa pengertian kunci yakni: pengertian “tanpa hak”, pengertian “mendistribusikan”, pengertian “mentransmisikan”, dan pengertian “membuat dapat diaksesnya” tidak dijelaskan sehingga hal itu tidak dapat memenuhi syarat *lex certa* atau yang dikenal sebagai *bestimmtheitsgebot*.

*Keempat*, sangat berpotensi disalahgunakan. Penghinaan dalam KUHP dapat digolongkan ke dalam 5 jenis yaitu menista, fitnah,

penghinaan ringan, pengaduan fitnah, dan persangkaan palsu. Namun dalam UU ITE, penghinaan dan pencemaran nama baik tersebut tidak lagi dibedakan berdasarkan objek, gradasi hukumannya dan juga berdasarkan jenisnya, namun hanya disatukan dalam satu tindak pidana dalam Pasal 27 ayat (3). Pasal 27 ayat (3) juga tidak memberikan sebuah syarat penting dalam mengatur muatan penghinaan dan pencemaran nama baik tersebut dengan tidak memberikan syarat pembuktian kebenaran untuk kepentingan umum dan menyamaratakan seluruh muatan penghinaan dan pencemaran nama baik tersebut dengan menghilangkan syarat delik aduan sebagai salah satu syarat penting dalam tindak pidana penghinaan dan pencemaran nama baik.

Selain itu, Pasal 27 ayat (3) UU ITE tidak menyebutkan secara tegas, pasti dan limitatif tentang perbuatan apa yang diklasifikasikan sebagai penghinaan. Sebagai akibatnya, tidak ada kepastian hukum serta akan menimbulkan dan mengakibatkan tindakan sewenang-wenang dari pihak penguasa, aparat hukum, individu maupun golongan tertentu untuk menafsirkan perbuatan tertentu sebagai penghinaan atau tidak.

*Kelima*, berpotensi melanggar kebebasan berekspresi, berpendapat, menyebarkan informasi. Kebebasan berekspresi merupakan salah satu syarat penting yang memungkinkan berlangsungnya demokrasi dan partisipasi publik dalam pembuatan keputusan-keputusan. Kebebasan berekspresi ini tidak hanya penting bagi martabat individu, tetapi juga untuk berpartisipasi, pertanggungjawaban, dan demokrasi. Pelanggaran terhadap kebebasan berekspresi seringkali terjadi berbarengan dengan pelanggaran lainnya, terutama pelanggaran terhadap hak atas kebebasan untuk berserikat dan berkumpul.

Jaminan terhadap kebebasan berekspresi dan kemerdekaan menyatakan pikiran dan pendapat secara lisan dan tulisan ini secara eksplisit diatur di dalam Bab X Pasal 28E ayat (2) dan ayat (3), dan Pasal 28F Amandemen Kedua UUD 1945. Dalam hubungan ini, kehadiran Pasal 27 ayat (3) UU ITE yang tidak jelas dan multitafsir berpotensi bertentangan dan melanggar prinsip-prinsip hak asasi manusia, baik yang terdapat dalam konstitusi maupun instrumen hak asasi manusia lainnya.

*Keenam*, mempunyai efek jangka panjang yang menakutkan. Pasal 27 ayat (3) *juncto* 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. Efek yang akan diterima oleh para Pemohon (I sampai III) tidak hanya hukuman penjara dan denda yang luar biasa besarnya, akan tetapi juga para Pemohon tersebut akan kehilangan sama sekali kesempatan untuk dapat terlibat dalam penyelenggaraan pemerintahan ataupun sebagai bagian dari profesi hukum.

Beberapa ketentuan perundang-undangan yang terkait dengan pemberlakuan Pasal 27 ayat (3) *juncto* Pasal 45 ayat (1) UU ITE antara lain; Pasal 58 huruf f UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan II UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, Pasal 5 huruf n UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, Pasal 12 huruf g *juncto* Pasal 11 ayat (2) UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, Pasal 16 ayat (1) huruf d UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Pasal 3 ayat (1) huruf h UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat, Pasal 21 ayat (1) huruf g UU No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia, Pasal 23 ayat (4) huruf a UU No. 43 Tahun 1999 tentang Perubahan atas UU No. 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian.

Berdasarkan enam alasan di atas para pemohon memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa dan memutus permohonan pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE untuk; *pertama*, menerima dan mengabulkan seluruh permohonan pengujian undang-undang para Pemohon; *kedua*, menyatakan materi muatan Pasal 27 ayat (3) UU ITE bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 1 ayat (2), Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28, Pasal 28C ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28E ayat (2) dan ayat (3), Pasal 28F, dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945; *ketiga*, menyatakan materi muatan Pasal 27 ayat (3) UU ITE tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat; dan *keempat*,

memerintahkan amar Putusan Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan permohonan pengujian UU No. 11 Tahun 2008 tentang ITE terhadap UUD 1945 untuk dimuat dalam Berita Negara dalam jangka waktu selambat-lambatnya tiga puluh (30) hari kerja sejak Putusan diucapkan. Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi menolak permohonan para pemohon tersebut.

## ELABORASI TEORITIK PENCEMARAN NAMA BAIK DALAM HUKUM PIDANA

Uraian teoritis konsep pencemaran nama baik khususnya yang diatur di dalam KUHP penting dikemukakan didasarkan pada dua alasan. *Pertama*, ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam KUHP saat ini dijadikan sebagai pedoman dasar penyusunan perundang-undangan pidana di luar KUHP. Tujuannya adalah agar tercipta harmonisasi dan kesatuan sistem pemidanaan substantif.<sup>1</sup> Pengertian sistem pemidanaan dapat mencakup pengertian yang sangat luas. L. H.C Hulsman sebagaimana dikutip oleh Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa sistem pemidanaan adalah aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pemidanaan.<sup>2</sup>

Secara luas pemidanaan adalah suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim. Oleh karena itu, sistem pemidanaan mencakup keseluruhan ketentuan perundang-undangan yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan.<sup>3</sup> Sedangkan jika aturan perundang-undangan dibatasi pada hukum pidana substantif yang terdapat dalam KUHP, dapatlah dikatakan bahwa keseluruhan ketentuan dalam KUHP baik berupa aturan umum Buku I maupun aturan khusus Buku II dan III pada hakikatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan. Ketentuan-ketentuan tersebut menjadi pedoman bagi peraturan perundang-undangan pidana di luar KUHP.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Barda Nawawi Arief, *Pedoman Perumusan/Formulasi Ketentuan Pidana dalam Perundang-undangan*, Bahan Kuliah Program Doktor Ilmu Hukum, (Yogyakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2006), hlm 3

<sup>2</sup> Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, (Jakarta: Kencana, 2008), hlm 115

<sup>3</sup> *Ibid.*, hlm 115-116

<sup>4</sup> Barda Nawawi Arief, *Pedoman....op.cit.*, hlm 5

*Kedua*, Pasal 27 ayat (3) UU No. 11 tahun 2008 tentang ITE tidak memberikan pengertian pencemaran nama baik, sehingga pengertian dan unsur-unsur pencemaran nama baik diambil dari Pasal-pasal terkait dalam KUHP. Hal demikian merupakan konsekuensi logis dari dijadikannya KUHP sebagai system pemidanaan atau dasar bagi penyusunan perundang-undangan di luar KUHP, termasuk UU ITE.

Di dalam KUHP delik pencemaran nama baik secara eksplisit diatur mulai Pasal 310 sampai dengan Pasal 321. Terkait dengan hal ini, pertanyaan pokok yang perlu diajukan adalah apa makna pencemaran nama baik? Secara singkat dapat dikemukakan bahwa yang dimaksud dengan pencemaran nama baik adalah menyerang kehormatan atau nama baik seseorang. Pengertian ini merupakan pengertian umum (*delik genus*) delik pencemaran nama baik. Sedangkan sifat khusus atau bentuk-bentuk (*delik species*) pencemaran nama baik antara lain; pencemaran/penistaan (Pasal 310 ayat 1); pencemaran/penistaan tertulis (Pasal 310 ayat 2); fitnah (Pasal 311); penghinaan ringan (Pasal 315); pengaduan fitnah (Pasal 317); persangkaan palsu (Pasal 318); dan penistaan terhadap orang yang meninggal (Pasal 320).

*Pertama*, pencemaran/penistaan. Secara eksplisit ketentuan mengenai pencemaran/penistaan diatur di dalam Pasal 310 yang berbunyi sebagai berikut:

1. Barang siapa sengaja menyerang kehormatan atau nama baik seseorang, dengan menuduh sesuatu hal, yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum, diancam, karena pencemaran, dengan pidana paling lama sembilan bulan atau denda paling banyak tiga ratus rupiah.
2. Jika hal itu dilakukan dengan tulisan atau gambaran yang disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, maka yang bersalah, karena pencemaran tertulis, diancam pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau denda paling banyak tiga ratus rupiah.
3. Tidak merupakan pencemaran atau pencemaran tertulis, jika perbuatan terang dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa untuk membela diri.

Bila diperhatikan eksistensi ketentuan Pasal 310 KUHP mengenai pencemaran lisan yang diatur dalam Pasal 310 ayat (1), dan pencemaran tertulis yang diatur dalam Pasal 310 ayat (2). Unsur-

unsur delik Pasal 310 ayat (1) adalah (a) menyerang kehormatan atau nama baik seseorang, (b) dengan menuduh sesuatu hal, (c) dengan sengaja, dan (d) maksud supaya diketahui umum. Berdasarkan unsur-unsur ini, agar seseorang dapat dipidana berdasarkan Pasal 310 ayat (1), orang tersebut harus melakukan penistaan dengan cara menuduh seseorang telah melakukan sesuatu hal, tuduhan tersebut dimaksudkan agar tersiar atau diketahui oleh umum.

Makna “menyerang” dalam Pasal 310 ayat (1) janganlah dimaknai sebagai serangan fisik, karena objeknya memang bukan fisik, tapi perasaan mengenai kehormatan dan perasaan nama baik seseorang. Makna kehormatan adalah perasaan pribadi atau harga diri.<sup>5</sup> Kehormatan juga diartikan sebagai perasaan terhormat seseorang di mata masyarakat atau publik.<sup>6</sup> Menyerang kehormatan, sekalipun orang yang diserang adalah orang hina, berarti melakukan perbuatan menurut penilaian secara umum menyerang kehormatan seseorang.

Adapun nama baik adalah suatu rasa harga diri atau martabat yang didasarkan pada pandangan atau penilaian yang baik dari masyarakat terhadap seseorang dalam hubungan pergaulan hidup bermasyarakat.<sup>7</sup> Dengan kata lain, nama baik adalah kehormatan yang diberikan oleh masyarakat kepada seseorang berhubungan dengan kedudukannya di dalam masyarakat.<sup>8</sup>

Kehormatan dan nama baik memiliki pengertian yang berbeda, tapi keduanya tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lain. Karena menyerang kehormatan akan berakibat kehormatan dan nama baiknya tercemar, demikian juga menyerang nama baik akan berakibat nama baik dan kehormatan seseorang tercemar. Oleh sebab itu, menyerang salah satu di antaranya, kehormatan atau nama baik, sudah cukup dijadikan alasan untuk menuduh seseorang telah melakukan penistaan.

<sup>5</sup> Moch Anwar, *Hukum Pidana Bagian Khusus (KUHP Buku II)*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1994), hlm 136

<sup>6</sup> Mudzakkir, “Aspek Hukum Pidana Pasal 27 ayat (3) Undang-undang Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik”, Makalah disampaikan pada *Sosialisasi UUU No 11 tahun 2008 tentang ITE* yang diselenggarakan oleh Ditjen Aplikasi Telekomunikasi Departemen Komunikasi dan Informatika bekerjasama dengan FH UIL, Yogyakarta, tanggal 7 Desember 2009, hlm 6

<sup>7</sup> Adami Chazawi, *Hukum Pidana Positif Penghinaan*, (Surabaya: ITS Press, 2009), hlm 91

<sup>8</sup> Moch Anwar, *op.cit.*

Terdapat dua ukuran bahwa suatu ucapan yang menuduhkan suatu perbuatan sehingga dianggap menyerang kehormatan dan nama baik seseorang, yaitu ukuran subjektif dan ukuran objektif. Menurut ukuran subjektif, ada orang yang merasa terserang kehormatan dan nama baiknya akibat adanya ucapan orang lain yang menuduhkan suatu perbuatan. Kapan seseorang dapat dikatakan terserang kehormatan atau nama baiknya, tergantung pada subjektivitas korban, di mana ia merasa integritas pribadinya merasa tercemar. Sedangkan menurut ukuran objektif adalah didasarkan ukuran umum pada waktu dan tempat untuk menilai bahwa suatu perbuatan termasuk perbuatan merusak kehormatan atau nama baik atau tidak. Jika jawabannya positif, maka hal itu dapat dijadikan alasan untuk menetapkan perbuatan sebagai perbuatan penistaan. Di sini nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat menjadik ukurannya. Polisi, Jaksa dan Hakim harus mampu menangkap nilai-nilai kesopanan yang hidup di masyarakat.<sup>9</sup>

Perbuatan menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu harus dilakukan dengan sengaja. Pelaku memang menghendaki adanya akibat yang timbul dari perbuatannya, yakni orang lain yang dituju terserang kehormatan atau nama baiknya. Selain itu, kesengajaan di sini harus dijutukan kepada semua unsur yang ada dibelakangnya.<sup>10</sup> Kesengajaan juga ditujukan pada unsur “diketahui umum, artinya bahwa pelaku dalam melakukan perbuatan menyerang kehormatan atau nama baik seseorang, disadarinya bahwa dengan melakukan perbuatan tersebut dapat diketahui oleh umum.

Pasal 310 ayat (2) mengatur mengenai penistaan tertulis, di mana unsur-unsurnya terdiri; (a) semua unsur dalam ayat (1); (b) menuduh melakukan perbuatan dengan cara tulisan atau gambar yang disiarkan, dipertunjukkan, atau ditempelkan; dan (c) secara terbuka.

Makna “disiarkan” adalah tulisan atau gambar dibuat dalam jumlah yang cukup banyak, dapat dicetak atau diphoto copy, dan

---

<sup>9</sup> Adami Chazawi, *op.cit.*, hlm 95

<sup>10</sup> Lamintang dan Djisman Samosir, *Delik-delik Khusus Kejahatan yang Ditujukan terhadap Hak Milik dan Lain-lain Hak yang Timbul dari Hak Milik*, (Bandung: Tarsito, 1979), hlm 67-68

kemudian disebarakan dengan cara apapun. Sedangkan makna “dipertunjukkan” adalah memperlihatkan tulisan atau gambar yang isi atau maknanya menista kepada umum, sehingga orang banyak mengetahuinya. Makna “ditempelkan” adalah tulisan atau gambar ditempelkan pada benda lain yang sifatnya dapat ditemplei, seperti papan, dinding gedung, dan sebagainya.

Perbuatan menista baik dengan lisan maupun dengan tulisan, pelakunya tidak dipidana jika perbuatan tersebut dilakukan demi kepentingan umum atau untuk membela diri. Apa makna kedua kata tersebut tidak dijelaskan oleh secara yuridis normatif, sehingga untuk menilainya diserahkan pada penilaian hakim berdasarkan kasus yang diperiksanya.

*Kedua*, fitnah. Secara umum fitnah diartikan sebagai kata-kata yang tidak benar yang biasanya dipakai untuk menuduh seseorang. Dalam tata bahasa Indonesia, fitnah diartikan sebagai perkataan yang dimaksudkan menjelekkkan orang.<sup>11</sup> Ketentuan mengenai fitnah diatur dalam Pasal 311 yang menyatakan bahwa:

1. Jika melakukan kejahatan pencemaran lisan atau pencemaran tertulis, dalam hal dibolehkan untuk membuktikan bahwa apa yang dituduhkan itu benar, tidak membuktikannya dan tuduhan dilakukan bertentangan dengan apa yang diketahui, maka ia diancam karena melakukan fitnah, dengan pidana penjara paling lama 4 tahun.
2. Pencabutan hak-hak tersebut dalam Pasal 35 No-13 dapat dijatuhkan.

Berdasarkan ketentuan di atas, unsur-unsur Pasal 311 adalah (a) melakukan kejahatan pencemaran lisan atau pencemaran tertulis; (b) adanya izin untuk membuktikan kebenaran tuduhan; (c) dapat dapat membuktikan kebenaran itu; (d) tuduhan dilakukan; dan (e) tuduhan dilakukan bertentangan dengan apa yang diketahui.

Dari unsur-unsur tersebut terkandung makna bahwa seseorang yang melakukan tindak pidana pencemaran baik lisan maupun tertulis, di mana atas tuduhannya ia diizinkan untuk membuktikannya dan ia tidak dapat membuktikannya, sementara tuduhan yang dilakukannya itu bertentangan dengan hal yang diketahuinya,

<sup>11</sup> Leden Marpaung, *Tindak Pidana terhadap Kehormatan Pengertian dan Penerapannya*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1997), hlm 31

maka orang itu dikatakan telah melakukan fitnah. Namun perlu dicatat bahwa tidak setiap orang yang melakukan tindak pidana pencemaran dapat diizinkan untuk membuktikan kebenaran atas tuduhannya itu. Hanya tindak pidana pencemaran dengan alasan tertentu saja yang dapat diizinkan, sedangkan terhadap tindak pidana pencemaran yang dilakukan atas alasan-alasan di luar itu tidak diizinkan untuk membuktikan kebenaran tuduhan.

Izin untuk membuktikan kebenaran tuduhan dalam tindak pidana pencemaran dapat diberikan oleh hakim, jika (a) tuduhannya itu dilakukan demi kepentingan umum; (b) dilakukan untuk membela diri; dan (c) dalam hal yang difitnah itu adalah pegawai negeri yang sedang menjalankan tugasnya (Pasal 312). Pembuktian dalam Pasal 312 tidak diperbolehkan, bila hal yang dituduhkan hanya dapat dituntut atas pengaduan dan pengaduan dimaksud tidak diajukan (Pasal 313).

Hal lain yang juga diperhatikan adalah Pasal 314 KUHP, yang berkaitan dengan tindak pidana memfitnah, apabila orang yang dikira telah dipersalahkan oleh hakim karena perbuatan yang dituduhkannya, dalam hal ini tidak dapat dijatuhkan karena memfitnah. Pasal 314 berbunyi:

1. Jika yang dihina dengan putusan hakim yang menjadi tetap, dinyatakan bersalah atas hal yang dituduhkan, maka pemidanaan karena fitnah tidak mungkin.
2. Jika dengan putusan hakim yang menjadi tetap dibebaskan dari hal yang dituduhkan, maka putusan itu dipandang sebagai bukti sempurna bahwa hal yang dituduhkan tidak benar.
3. Jika terhadap yang dihina telah dimulai penuntutan pidana karena hal yang dituduhkan padanya, maka penuntutan karena fitnah dihentikan sampai mendapat putusan yang menjadi tetap, tentang hal yang dituduhkan.

*Ketiga*, penghinaan ringan. Bentuk penghinaan ringan terdapat dalam Pasal 315 KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

Tiap-tiap penghinaan dengan sengaja yang tidak bersifat pencemaran atau pencemaran tertulis yang dilakukan terhadap seseorang, baik di muka umum dengan lisan atau tulisan, maupun di muka orang itu sendiri dengan lisan atau perbuatan, atau dengan surat yang dikirimkan atau diterimakan kepadanya, diancam karena penghinaan ringan dengan pidana penjara

paling lama empat bulan dua minggu atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.

Berdasarkan ketentuan Pasal di atas, diketahui bahwa unsur-unsur penghinaan ringan adalah (a) dengan sengaja; (b) menyerang; (c) kehormatan atau nama baik orang; (d) dengan lisan atau tulisan dimuka umum, dengan lisan atau perbuatan di muka orang itu sendiri, atau dengan surat yang dikirimkan atau diterimakan kepadanya; dan (e) tidak bersifat pencemaran atau pencemaran tertulis.

Di dalam Pasal 315 KUHP tidak mensyaratkan bahwa pelaku harus menuduhkan sesuatu hal. Setiap penghinaan yang tidak bersifat pencemaran dikategorikan sebagai penghinaan ringan. Penghinaan yang tidak bersifat pencemaran ini adalah setiap penghinaan dalam pengertiannya yang bersifat sosiologis. Jadi dalam hal ini karena penghinaan secara umum diartikan sebagai upaya menjelekkan orang, maka penghinaan ringan in dapat diartikan sebagai setiap upaya menjelekkan orang lain yang tidak bersifat pencemaran.<sup>12</sup> Ucapan-ucapan yang dapat dikategorikan sebagai penghinaan ringan misalnya memaki seseorang dengan mengatakan *anjing, asu, sundel, bajingan* dan lain sebagainya.<sup>13</sup>

Untuk terjadinya penghinaan ringan, selain dapat dilakukan di muka umum baik dengan lisan maupun tulisan, penghinaannya itu dapat juga dilakukan di muka atau di hadapan orangnya sendiri baik berupa ucapan atau perbuatan. Seseorang yang memaki orang lain dengan mengatakan *lonte, perek*, pelacur atau dengan perbuatan seperti meludahi muka orang, merupakan perbuatan-perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai penghinaan ringan.

*Keempat*, pengaduan fitnah. Istilah ini dikemukakan oleh Wirdjono Prodjodikoro.<sup>14</sup> Tindak pidana pengaduan fitnah diatur dalam Pasal 317 KUHP yang berbunyi:

1. Barang siapa dengan sengaja mengajukan pengaduan atau pemberitahuan palsu kepada penguasa, baik secara tertulis maupun untuk dituliskan, tentang seseorang sehingga kehormatan atau nama baiknya terserang, diancam, karena melakukan pengaduan fitnah, dengan pidana penjara paling lama empat tahun.

<sup>12</sup> Tongat, *Hukum Pidana Materiil Tinjauan atas Tindak Pidana terhadap Subjek Hukum dalam KUHP*, (Jakarta: Djambatan, 2003), hlm 167

<sup>13</sup> R. Susilo, *KUHP Serta Komentar Lengkap Pasal Demi Pasal*, (Bogor: Politica, 1988), hlm 228

<sup>14</sup> Wirdjono Prodjodikoro, *Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, (Bandung: Eresco, 1986), hlm 103

2. Pencabutan atas hak-hak tersebut dalam Pasal 35 No 1-3 dapat dijatuhkan.

Berdasarkan ketentuan di atas, unsur-unsur Pasal 317 KUHP adalah (a) dengan sengaja; (b) mengajukan pengaduan atau pemberitahuan palsu; (c) secara tertulis atau untuk dituliskan; (d) kepada penguasa; (e) tentang seseorang; dan (f) sehingga kehormatan atau nama baiknya terserang.

Unsur “sengaja” menunjuk pada adanya kesengajaan untuk mengajukan pengaduan atau pemberitahuan palsu kepada penguasa tentang seseorang sehingga kehormatan atau nama baiknya orang itu terserang, dan hal itu harus dibuktikan. Apabila seseorang mengajukan pengaduan atau pemberitahuan palsu kepada penguasa, tetapi pengaduan atau pemberitahuan itu ternyata keliru atau kurang betul, dan perbuatan tersebut dilakukan tanpa kesengajaan, maka terhadap orang itu tidak dapat dikatakan telah melakukan tindak pidana dalam Pasal 317 KUHP.<sup>15</sup>

*Kelima*, persangkaan palsu. Pasal 318 KUHP menyatakan bahwa:

1. Barang siapa dengan sesuatu perbuatan sengaja menimbulkan secara palsu persangkaan terhadap seseorang bahwa dia melakukan suatu perbuatan pidana, diancam, karena menimbulkan persangkaan palsu, dengan pidana penjara paling lama empat tahun.
2. Pencabutan hak-hak tersebut dalam Pasal 35 No 1-3 dapat dijatuhkan.

Jenis tindak pidana ini merupakan perbuatan yang dilakukan dengan sengaja untuk menimbulkan secara palsu persangkaan terhadap seseorang bahwa orang itu telah melakukan perbuatan pidana. Kesengajaan ini ditujukan atau dimaksudkan agar orang itu disangka atau didakwa melakukan suatu perbuatan pidana. Bila dirinci, unsur-unsur Pasal 318 KUHP antara lain; (a) dengan sengaja; (b) melakukan suatu perbuatan; (c) menimbulkan secara palsu persangkaan terhadap seseorang; dan (d) bahwa dia (seolah-olah) melakukan suatu perbuatan pidana.

*Keenam*, penistaan terhadap orang yang meninggal. Ketentuan bentuk khusus delik pencemaran ini diatur dalam Pasal 320 KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

---

<sup>15</sup> Tongat, *op.cit.*, hlm 171

1. Barang siapa terhadap seorang yang sudah mati melakukan perbuatan yang kalau masih hidup akan merupakan pencemaran atau pencemaran tertulis, diancam dengan pidana penjara paling lama empat bulan dua minggu atau denda paling banyak tiga ratus rupiah.
2. Kejahatan ini tidak dituntut kalau tidak ada pengaduan salah seorang anggota keluarga sedarah maupun semenda dalam garis lurus atau menyimpang sampai derajat kedua dari yang mati itu, atau atas pengaduan suami (istrinya)
3. Jika karena lembaga matrilineal kekuasaan bapak dilakukan oleh orang lain daripada bapak, maka kejahatan juga dapat dituntut atas pengaduan orang itu.

Kepentingan hukum yang hendak dilindungi dari Pasal 320 KUHP adalah kehormatan atau nama baik keluarga atau ahli waris orang yang sudah meninggal. Ketika sebelumnya telah dijelaskan bahwa objek delik pencemaran nama baik adalah harga diri (kehormatan atau nama baik), maka orang yang memiliki harga diri tentu saja adalah orang yang masih hidup. Kejahatan penghinaan terhadap orang mati, pada dasarnya ditujukan kepada perlindungan terhadap kehormatan atau nama baik dari keluarga yang ditinggalkannya atau ahli warisnya mengenai diri alhamhum.

Unsur-unsur Pasal 320 KUHP bila dirinci sebagai berikut; (a) melakukan perbuatan terhadap orang yang sudah meninggal; (b) perbuatan tersebut bila masih hidup merupakan pencemaran atau pencemaran tertulis; dan (c) yang berhak mengadukan keluarga sedarah maupun semenda dalam garis lurus atau menyimpang sampai derajat kedua.

Selain hal yang telah dijelaskan di atas, perlu dikemukakan bahwa semua delik pencemaran nama baik yang diatur dalam Pasal 310 sampai Pasal 321 KUHP merupakan delik aduan, suatu delik yang penuntutannya hanya dilakukan jika ada pengaduan dari pihak yang terkena atau yang dirugikan, kecuali apabila berbagai tindak pidana tersebut dilakukan terhadap pegawai negeri yang sedang menjalankan tugasnya yang sah (Pasal 319 KUHP).

Di dalam Pasal 27 (3) UU ITE pengertian penghinaan dan pencemaran nama baik tidak dijelaskan, namun demikian dapat disimpulkan secara logik (sistematik) bahwa yang dimaksud

pencemaran nama baik adalah yang terdapat dalam Pasal 310 ayat (1) KUHP yang dihubungkan dengan Pasal 310 ayat (2) dan Pasal 315 KUHP. Secara eksplisit rumusan Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE berbunyi sebagai berikut:

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 dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 1 miliar.

Berdasarkan rumusan Pasal ini pengertian pencemaran atau penghinaan merujuk pada pengertian yang sama dalam KUHP. Hal ini karena sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya bahwa keseluruhan ketentuan dalam KUHP baik berupa aturan umum Buku I maupun aturan khusus Buku II dan III pada hakikatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan, sehingga menjadi pedoman bagi peraturan perundang-undangan pidana di luar KUHP.

Untuk menjerat pelaku dengan Pasal 27 ayat (3) di atas, terdapat dua hal yang perlu diperhatikan aparat penegak hukum agar eksistensi Pasal tersebut tidak dijadikan sebagai alat politik untuk memberangus kreativitas dunia Pers. *Pertama*, terbuktinya unsur subjektif dan unsur objektif tentang Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik bersifat kumulatif. Artinya, aparat penegak hukum tidak serta merta menyatakan pelaku bersalah melanggar Pasal 27 ayat (3) bila unsur subjektif terbukti, tapi masih harus membuktikan apakah Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik memang melanggar nilai-nilai di masyarakat atau tidak.

Dalam hubungan ini, kehadiran para pakar di bidang ITE, Bahasa, dan Pers sangat penting untuk dihadirkan aparat penegak hukum untuk menilai apakah suatu tulisan atau gambar terkait Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik tertentu yang didistribusikan, ditransmisikan, atau dapat diakses memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik atau tidak. Jadi,

bukan berdasarkan pengaduan korban semata apalagi penafsiran sepihak aparat penegak hukum. Selama ini, tidak sedikit insan Pers yang diadili karena pencemaran nama baik lebih didasarkan pada terbuktinya unsur subjektif.

*Kedua*, perlunya penambahan satu unsur kesalahan yakni unsur niat jahat (*malice*) khusus terkait dengan pemberitaan melalui saran ITE. Unsur ini perlu ditambahkan karena pers, lembaga penyiaran dan LSM terkait dengan pemajuan HAM dan kebijakan pemerintahan memiliki kekhususan, yaitu sebagai institusi sosial yang memiliki peranan penting dalam melakukan fungsi kontrol sosial terhadap penyelenggaraan Negara dan kehidupan masyarakat. Di samping itu, kekhususan pengaturan demikian didukung oleh hak masyarakat untuk mendapatkan informasi yang pengejawantahannya dilakukan oleh mereka.<sup>16</sup> Dengan penambahan unsur ini, tidak semua tulisan terkait ITE dikategorikan sebagai melanggar Pasal 27 ayat (3) bila pelakunya memang tidak memiliki niat jahat.

Kelemahan Pasal 27 ayat (3) UU ITE terletak pada ancaman sanksi pidana yang berlaku untuk tujuh bentuk pencemaran nama baik. Padahal, akibat hukum dari masing-masing bentuk pencemaran nama baik tidak sama, sehingga penyamarataan ancaman sanksi tanpa mempertimbangan cara perbuatan dilakukan dan akibatnya tidak tepat berdasarkan doktrin ilmu hukum pidana. Pasal 27 (3) tidak memisah mana yang menjadi unsur pemberat dan mana yang menjadi unsure yang memperingan terkait dengan pencemaran nama baik melalui sarana ITE. Akibatnya, ancaman sanksi pidana pun tidak disamakan untuk semua bentuk pencemaran nama baik.

## **ANALISIS PUTUSAN MK TENTANG PASAL 27 AYAT (3) UU ITE**

Dalam konteks putusan Mahkamah Konstitusi ini, penjelasan mengenai konsep teoritik pencemaran nama baik dalam hukum pidana perlu dikemukakan untuk mengetahui apakah eksistensi Pasal 27 ayat (3) UU ITE melanggar HAM warga negara dan

<sup>16</sup> Salman Luthan, "Pengaturan Pers dalam Hukum Pidana", Makalah disampaikan pada Focus Group Discussion Kajian terhadap RUIU KUIHP 2004, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 29 Juni 2005, hlm 4

dianggap bertentangan dengan kemerdekaan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pendapat dan pikiran serta hak atas kebebasan informasi.

Terkait dengan eksistensi HAM, MK dalam putusannya mengatakan, bahwa:<sup>17</sup>

Penghargaan terhadap harkat dan martabat kemanusiaan tidak boleh tercederai oleh tindakan-tindakan yang mengusik nilai-nilai kemanusiaan melalui tindakan penghinaan dan pencemaran nama baik. Mendengungdengungkan nilai-nilai demokrasi tanpa disertai dengan penghargaan terhadap nilai-nilai kemanusiaan sama halnya dengan menggelincirkan demokrasi itu sendiri pada titik terendah dan itulah saat kematian demokrasi yang diagungkan itu, karenanya konstitusi memberikan jaminan bahwa setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.

Ini artinya, memaknai HAM dalam konteks Indonesia tidak boleh dilepaskan dari dasar falsafah yang dijadikan pedoman pelaksanaan HAM di Indonesia. Dasar falsafah hak asasi manusia di Indonesia adalah terletak pada adanya keseimbangan dengan kewajiban asasinya sebagai anggota masyarakat. Pemikiran ini berimplikasi bahwa dalam hak asasi manusia kepentingan pribadi seseorang tetap diletakkan dalam kerangka kesadaran kewajiban masyarakatnya, dan kewajiban terhadap masyarakat dirasakan lebih besar dari kepentingan seseorang. Dengan kata lain, di samping sadar akan kewajibannya manusia Indonesia perlu juga mengetahui hak-haknya sebagai perorangan dan anggota masyarakat. Sebab, implementasi hak asasi manusia harus senantiasa dikaitkan dengan kewajiban asasi sebagai bagian dari masyarakat.<sup>18</sup>

Bila dikaitkan dengan rumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE, pada dasarnya bertujuan untuk menjaga keseimbangan antara perlindungan atas diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dengan kebebasan berbicara, berekspresi, mengemukakan pendapat dan pikiran serta mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi. Keseimbangan itu

---

<sup>17</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi No. No. 2/PUU-VII/2009, hlm 132

<sup>18</sup> Mien Rukmini, *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan dalam Hukum pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, (Bandung: Alumni, 2003), hlm 54

diperlukan untuk menghindari terjadinya “hukum rimba” dalam dunia maya (*cyberspace*) karena banyaknya pelanggaran yang tidak dapat diselesaikan karena tidak ada hukum yang mengaturnya.<sup>19</sup>

Pemikiran ini sesuai dengan ketentuan Pasal 69 ayat (2) UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM yang menyatakan bahwa “*setiap Hak Asasi Manusia seseorang menimbulkan kewajiban dasar dan tanggungjawab untuk menghormati hak asasi orang lain secara timbal balik serta menjadi tugas pemerintah untuk menghormati, melindungi, menegakkan dan memajukannya*”. Kemudian, dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai pertimbangan moral, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis (Pasal 70).

Dalam kaitannya dengan hukum pidana yang melarang perbuatan mencemarkan kehormatan dan nama baik seseorang, Mahkamah berpendapat bahwa nama baik, martabat, atau kehormatan seseorang adalah salah satu kepentingan hukum yang dilindungi oleh hukum pidana karena merupakan bagian dari hak konstitusional setiap orang yang dijamin oleh UUD 1945 maupun hukum internasional, karenanya apabila hukum pidana memberikan sanksi pidana tertentu terhadap perbuatan yang menyerang nama baik, martabat, atau kehormatan seseorang, hal itu tidaklah bertentangan dengan UUD 1945.<sup>20</sup>

Berdasarkan penjelasan di atas, dapat disimpulkan bahwa pengaturan delik pencemaran dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE pada dasarnya tidak dapat dikategorikan sebagai pelanggaran terhadap hak-hak individu warga Negara (pemohon), sebab memaknai HAM sendiri tidak dapat dilepaskan dari hak orang lain tentang hak sama, dan kewajiban tiap-tiap warga negara untuk menghormati hak orang lain, sehingga timbul keseimbangan dalam memaknai dan melaksanakan HAM.

Ketika Negara melakukan pembatasan terhadap hak-hak warga Negara melalui hukum pidana, hal itu tidaklah dapat serta

<sup>19</sup> Putusan, hlm 139

<sup>20</sup> Putusan, hlm 136

merta dikatakan sebagai bentuk penolakan dan pengingkaran terhadap nilai-nilai demokrasi. Mendengung-dengungkan nilai-nilai demokrasi tanpa *dibarengi* dengan penghargaan terhadap nilai-nilai kemanusiaan sama halnya dengan menggelincirkan demokrasi itu sendiri pada titik terendah dan saat itu bisa terjadi kematian bagi demokrasi yang diagungkan itu, karenanya konstitusi memberikan jaminan bahwa setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.<sup>21</sup>

Selain itu, Pasal 27 ayat (3) UU ITE oleh pemohon dinyatakan bertentangan dengan kemerdekaan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pendapat dan pikiran serta hak atas kebebasan informasi yang secara eksplisit dijamin oleh UUD 1945. Pasal 28E ayat (3) mengatur tentang hak kebebasan berekspresi dan berpendapat. Masalahnya, apa esensi dari Pasal dimaksud? Kebebasan mengeluarkan pendapat mencakup hak untuk mencari, menerima dan menyebarkan gagasan serta informasi. Kebebasan ini merupakan suatu hak yang memiliki banyak sisi yang menunjukkan keluasan dan cakupan hukum hak asasi manusia. Pengeluaran pendapat dilindungi dalam bentuk verbal maupun tertulis di berbagai medium seperti seni, kertas, dan internet. Makna kebebasan mengeluarkan pendapat, tentu saja, bukanlah tidak terbatas. Harus ada langkah-langkah yang perlu diambil untuk memastikan agar kebebasan mengeluarkan pendapat tidak merugikan hak dan kebebasan orang lain.<sup>22</sup>

Artinya, walaupun kebebasan mengeluarkan pendapat merupakan hak konstitusional setiap warga Negara yang secara eksplisit dijamin oleh Undang-undang Dasar 1945, tapi makna kebebasan tersebut jangan dimaknai sebebas-bebasnya tanpa mengindahkan norma hukum dan norma-norma yang lain. Sebab, pemaknaan hak asasi manusia termasuk hak atas kebebasan untuk mengeluarkan pendapat harus diletakkan dalam konteks

---

<sup>21</sup> Putusan, hlm 137

<sup>22</sup> Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, dan Eko Riadi, *Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia, Universitas Islam Indonesia, 2008), hlm 100-101

sistem hukum nasional dengan Pancasila yang menjadi pedoman dasarnya. Kebebasan untuk mengeluarkan pendapat yang dimiliki seseorang dan merupakan hak asasinya tidak boleh merugikan apalagi melanggar kebebasan dan hak yang sama yang dimiliki oleh orang lain.

Itulah esensi dan makna dari kebebasan untuk mengeluarkan pendapat, yang intinya menekankan pada keseimbangan antara kebebasan dan hak setiap warga Negara untuk mengeluarkan pendapat dengan kebebasan dan hak warga Negara yang lain dalam masalah yang sama. Kesimpulan tersebut diperkuat oleh pendapat perumus Pasal 28E ayat (3), yang salah satu pendapatnya mengemukakan, bahwa:<sup>23</sup>

Kemudian berkaitan dengan masalah hak asasi tadi di dalam Pasal 28, kami mengkhususkan tersendiri tentang masalah penekanan mengenai hak asasi. Ayat (1), Negara menjamin dan menjunjung tinggi hak asasi manusia. Ayat (2) kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan tidak boleh bertentangan dengan norma agama, norma akhlak, norma sopan santun dan norma hukum. Jadi dua kaidah yang dianut di dalam kehidupan ini, kaidah pribadi dan kaidah antar pribadi harus kita cantumkan. Adanya suatu kecenderungan belakangan ini dengan era reformasi bahwa orang justru lebih mengedepankan satu kebebasan, sementara mereka mencoba mengenyampingkan masalah ketertiban padahal antara kebebasan dan ketertiban adalah merupakan antinom nilai yang tidak bisa kita pisahkan satu sama lain. Jadi boleh orang melakukan kebebasan di dalam melaksanakan praktek kehidupan dalam pelaksanaan hak asasi manusia, tapi empat norma ini tidak boleh mereka langgar. Kalaupun mereka berkumpul itu tidak boleh melanggar empat norma yaitu norma agama, norma akhlak yang bersifat kepada pribadi, norma sopan santun ketika mereka berhubungan dengan orang lain dan norma hukum mereka berhadapan dengan masyarakat secara keseluruhan, sedangkan norma agama adalah bagaimana hubungan mereka dengan Tuhan. Jadi empat aspek ini tentunya mencakup juga ajaran-ajaran yang ada di dalam agama mereka.

Jadi, *original intent* Pasal 28E ayat (3) sebenarnya mengacu pada cita hukum, nilai-nilai, dan pandangan hidup yang dianut

<sup>23</sup> Mahkamah Konstitusi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002, Buku VIII Warga Negara dan Penduduk, Hak Asasi Manusia, dan Agama*, (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008), hlm 171-172

Pancasila yang tercermin pada kelima sila, yang dalam konteks hak atas kebebasan mengeluarkan pendapat menekankan pada keseimbangan hak dan kewajiban. Makna kebebasan mengeluarkan pendapat tidak bersifat mutlak dan tanpa batas, melainkan terbatas dan dibatasi oleh hak dan kebebasan yang sama yang dimiliki orang lain, masyarakat, dan Negara. Dalam bahasa perumus Pasal tersebut dinyatakan bahwa, setiap orang berhak atas kebebasan menyatakan pikiran dan sikap seseorang dengan hati nurani. Setiap orang berhak atas kebebasan menyatakan pikiran dan sikap sesuai dengan hati nurani sepanjang tidak merugikan orang lain.<sup>24</sup>

Karena hak atas kebebasan untuk mengeluarkan pendapat harus menghormati dan tidak merugikan hak orang lain, maka hak tersebut dapat dibatasi. Hak asasi manusia menentukan bahwa pembatasan itu hanya dibenarkan kalau itu menyangkut ketertiban umum, kesusilaan misalnya, dan juga barangkali ada hal yang sangat fundamental untuk melindungi kepentingan-kepentingan masyarakat luas melalui undang-undang.<sup>25</sup> Dengan kata lain, Di dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan kesatuan undang-undang dengan maksud semata-mata menjalin pengakuan, penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang ada sesuai dengan moral, kelestarian hidup, keamanan, ketertiban umum dan masyarakat demokratis.<sup>26</sup>

Berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan bahwa hak atas kebebasan untuk mengeluarkan pendapat dalam Pasal 28E ayat (3) Undang-undang Dasar 1945 didasarkan pada dua hal. *Pertama*, di samping hak asasi manusia sebagai hak dasar, ada juga kewajiban dasar manusia dalam rangka hidup berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat. Tegasnya juga, tidak melanggar hak orang lain. *Kedua*, memenuhi kebutuhan hidup sebagai bangsa yang beradab dan Negara yang modern, dan untuk memenuhi tanggungjawab moral dan hukum.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, hlm 224

<sup>25</sup> *Ibid.*, hlm 149

<sup>26</sup> *Ibid.*, hlm 220

<sup>27</sup> *Ibid.*, hlm 196-197

Makna kebebasan berekspresi dan mengeluarkan pendapat di atas pada dasarnya sama dengan pendapat Mahkamah yang menyatakan:<sup>28</sup>

Kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pikiran dan pendapat adalah salah satu pilar demokrasi. Akan tetapi, tatkala kebebasan *a quo* tidak diimbangi dengan tanggung jawab moral dari para *blogger* maka yang terjadi justru kontra demokrasi seperti, kebohongan publik, pelanggaran asas praduga tidak bersalah dan sebagainya.

Pada bagian lain, Mahkamah lebih memperinci makna kebebasan berekspresi dan berpendapat dengan menyatakan sebagai berikut:<sup>29</sup>

Kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pikiran dan pendapat sebagai perwujudan kedaulatan rakyat di Indonesia adalah berdasarkan prinsip demokrasi, keadilan dan supremasi hukum. Hal ini berarti bahwa kebebasan *a quo* tidak dapat dilaksanakan hanya demi kepentingan dan selera atau hanya milik para *blogger*, tetapi adalah milik seluruh rakyat Indonesia. Oleh karenanya, para *blogger* di dalam berinteraksi di *blog* mereka tetap tunduk dan harus menundukkan diri pada prinsip-prinsip demokrasi, keadilan dan supremasi hukum. Dengan kata lain, kebebasan *a quo* tidak dapat berjalan tanpa menghormati proses demokrasi maupun tanpa mengindahkan aspek keadilan dan penegakan supremasi hukum. Dapat pula dikatakan bahwa di dalam implementasi kebebasan *a quo* harus ditiupkan dan dihidupkan pula di dalamnya roh prinsip kedaulatan rakyat, prinsip keadilan dan supremasi hukum. Kebebasan *a quo* tidak dapat dilepaskan dari tiga unsur *a quo*, yaitu: demokrasi, keadilan dan supremasi hukum.

Jika dihubungkan dengan eksistensi Pasal 27 ayat (3) UU ITE, kehadiran Pasal tersebut tidak dimaksudkan tidak dimaksudkan sebagai perangkat represif untuk membelenggu kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pikiran dan pendapat, melainkan untuk menjaga agar kebebasan *a quo* tidak masuk ke dalam lingkaran supra kekuasaan. Dengan kata lain, kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pikiran dan pendapat bukan berarti kebebasan yang sebebaskan-bebasnya, karena kebebasan yang sebebaskan-bebasnya dapat menggiring pelaksanaannya menjadi sebuah supra kekuasaan yang tidak tersentuh oleh siapa pun.

<sup>28</sup> Putusan, hlm 142

<sup>29</sup> *Ibid*

Pemohon mendalilkan rumusan Pasal 27 ayat (3) UU ITE mempunyai efek jangka panjang yang menakutkan. Terkait dengan hal ini, Mahkamah menyatakan bahwa:<sup>30</sup>

Perkembangan teknologi informasi beserta perkembangan instrumen canggih lainnya, hanya merupakan alat bantu untuk mempermudah kehidupan manusia yang hidup dan saling berpengaruh dalam dunia nyata (*real/physical world*) guna mencapai suatu kesejahteraan. Sehingga, fokus akhir dari pengaturan dan pembatasan oleh hukum *in casu* Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE), sebagaimana ketentuan Pasal 27 ayat (3) UU ITE, adalah untuk menjaga ketertiban hukum dalam lalu lintas interaksi manusia dalam media *cyber* yang secara langsung atau tidak langsung berakibat dalam dunia nyata. Kejahatan yang dilakukan di dunia maya dirasakan oleh korban dalam jangka waktu yang sangat panjang dan begitu meluas karena tanpa adanya sekat yang mampu membatasi penggunaan, kapan saja dan dimana saja semua orang dapat membuka fitur-fitur yang dimuat di dalamnya, sehingga justru korban dari kejahatan di dunia maya-lah yang mengalami efek dalam jangka panjang bukan pelaku kejahatannya. Oleh karena itu dalil Pemohon tidak tepat dan harus dikesampingkan.

Selain yang dikemukakan oleh Mahkamah perlu juga diperhatikan bahwa bidang informasi dan transaksi elektronik memiliki sifat yang khusus atau karakteristik mengenai beberapa hal, yaitu:

1. Mudah untuk dimuat dalam media yang menggunakan secara elektronik atau siber, karena dengan hanya menekan beberapa tombol sudah dapat diakses oleh publik yang berbeda dengan menggunakan saran yang konvensional/non siber.
2. Penyebarannya sangat cepat dan meluas dalam dunia maya yang dapat diakses oleh siapapun pengakses dan di manapun ia berada, di dalam wilayah Indonesia dan di Negara lain di luar wilayah Indonesia yang umumnya tidak harus membeli atau berlangganan.
3. Daya destruktif dari pemuatan materi penghinaan dan/atau pencemaran nama baik dengan menggunakan media elektronik sangat luar biasa karena memiliki corak viktimisasi yang tidak terbatas. Ini jelas berbeda jika dimuat dan diedarkan dalam media plakat, tulisan di kerta, dalam surat yang dikirimkan, atau di media koran yang dapat dibaca oleh kalangan yang terbatas dan harus membeli atau berlangganan.

---

<sup>30</sup> Putusan, hlm 141

4. Memilik daya rusak yang efektif terhadap seseorang atau kelompok orang yang dijadikan target penghinaan dan/atau pencemaran nama baik melalui media elektronik.
5. Media elektronik akan dapat dipergunakan sebagai pilihan yang paling efektif bagi orang yang berniat melakukan tindak pidana penghinaan dan/atau pencemaran nama baik terhadap seseorang, karena di samping caranya yang mudah, efektif untuk mencapai tujuan, dan mudah untuk menghapuskan jejak atau barang bukti. Akan tetapi, jika didownload atau dicopy serta dimuat dan disebarikan oleh pihak lain menjadi tidak bisa/sulit dihapuskan karena telah tersimpan di banyak tempat penyimpanan, apalagi ada kebiasaan pembaca yang menyimpan di dalam file computer pribadinya.<sup>31</sup>

Atas dasar karakteristik yang khusus itulah, maka kehadiran Pasal 27 ayat (3) UU ITE diperlukan untuk menjadi dasar tindakan preventif dan represif judicial tindak pidana pencemaran nama baik melalui saran Informasi dan Transaksi Elektronik. Penggunaan Pasal 27 ayat (3) ini harus dilakukan secara hati-hati dan selektif dengan memperhatikan terbuktinya unsur subjektif dan unsur objektif serta adanya niat jahat (*malice*) dari pelaku ketika melakukan tindak pidana pencemaran nama baik. Terbuktinya unsur subjektif tidak cukup bagi aparat penegak hukum untuk memidana pelaku, dan jika hal itu tetap dilakukan, maka sebagaimana dikatakan oleh Herbert L. Packer, *the criminal sanction is at once primer guarantor and primer threatener of human freedom. Used providently and humanely, it is guarantor; used indiscriminately, it is threatener.*<sup>32</sup>

## PENUTUP

Pengertian dasar (*delik genus*) pencemaran nama baik adalah menyerang kehormatan atau nama baik seseorang. Sedangkan bentuk-bentuknya meliputi pencemaran/penistaan (Pasal 310 ayat 1), pencemaran/penistaan tertulis (Pasal 310 ayat 2), fitnah (Pasal 311), penghinaan ringan (Pasal 315), pengaduan fitnah (Pasal 317), persangkaan palsu (Pasal 318), dan penistaan terhadap orang

<sup>31</sup> Mudzakkir, *Aspek Hukum...op.cit.*, hlm 17

<sup>32</sup> Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, (California: Stanford University Press, 1968), hlm. 366

yang meninggal (Pasal 320). Terjadinya delik pencemaran nama tidak cukup bila aparat penegak hukum hanya mendasarkan diri pada adanya pengaduan seseorang bahwa kehormatan atau nama baiknya terserang (unsur subjektif), tapi juga harus didasarkan pada penilaian masyarakat termasuk kalangan profesi dan ahli bahasa tentang perbuatan pelaku. Dalam konteks Pasal 27 ayat (3) UU ITE penambahan unsur kesalahan yakni niat jahat (*malice*) mutlak diperlukan untuk menghindari digunakannya Pasal tersebut sebagai alat politik.

Bila konsep di atas dihubungkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 2/PUU-VII/2009, pada dasarnya eksistensi Pasal 27 ayat (3) tidak bertentangan dengan hak-hak warga Negara (para pemohon), kebebasan berekspresi dan berpendapat, dan prinsip Negara hukum, karena dasar falsafah hak asasi manusia di Indonesia adalah terletak pada adanya keseimbangan antara hak dan kewajiban asasi. Negara melalui jaminan UUD 1945 berhak membatasi hak-hak tersebut dengan dasar hak yang sama atas kebebasan yang sama. Selain itu, kehadiran Pasal 27 ayat (3) justru melindungi tindakan-tindakan seseorang yang dengan niat jahatnya menyerang kehormatan atau nama baik orang lain. Setiap warga Negara berhak atas kehormatan dan nama baiknya, sehingga dalam hubungan ini, pengaturan pembatasan melalui hukum pidana tidak dapat dikatakan sebagai pelanggaran terhadap hak-hak asasi warga Negara.

## DAFTAR PUSTAKA

- Adami Chazawi, *Hukum Pidana Positif Penghinaan*, (Surabaya: ITS Press, 2009)
- Barda Nawawi Arief, *Pedoman Perumusan/Formulasi Ketentuan Pidana dalam Perundang-undangan*, Bahan Kuliah Program Doktor Ilmu Hukum, (Yogyakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2006)
- \_\_\_\_\_, *Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, (Jakarta: Kencana, 2008)
- Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, (California: Stanford University Press, 1968)
- Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, dan Eko Riadi, *Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: Pusat Studi Hak Asasi Manusia, Universitas Islam Indonesia, 2008)
- Lamintang dan Djisman Samosir, *Delik-delik Khusus Kejahatan yang Ditujukan terhadap Hak Milik dan Lain-lain Hak yang Timbul dari Hak Milik*, (Bandung: Tarsito, 1979)
- Leden Marpaung, *Tindak Pidana terhadap Kehormatan Pengertian dan Penerapannya*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1997)
- Mahkamah Konstitusi, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Latar Belakang, Proses, dan Hasil Pembahasan 1999-2002, Buku VIII Warga Negara dan Penduduk, Hak Asasi Manusia, dan Agama*, (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008)
- Mien Rukmini, *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan dalam Hukum pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, (Bandung: Alumni, 2003)
- Moch Anwar, *Hukum Pidana Bagian Khusus (KUHP Buku II)*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1994)
- Mudzakkir, "Aspek Hukum Pidana Pasal 27 ayat (3) Undang-undang Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi

Elektronik”, Makalah disampaikan pada *Sosialisasi UU No 11 tahun 2008 tentang ITE* yang diselenggarakan oleh Ditjen Aplikasi Telekomunikasi Departemen Komunikasi dan Informatika bekerjasama dengan FH UII, Yogyakarta, tanggal 7 Desember 2009

Putusan Mahkamah Konstitusi No. No. 2/PUU-VII/2009

R. Susilo, *KUHP Serta Komentar Lengkap Pasal Demi Pasal*, (Bogor: Politica, 1988)

Salman Luthan, “Pengaturan Pers dalam Hukum Pidana”, Makalah disampaikan pada *Focus Group Discussion Kajian terhadap RUU KUHP 2004*, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 29 Juni 2005

Tongat, *Hukum Pidana Materiil Tinjauan atas Tindak Pidana terhadap Subjek Hukum dalam KUHP*, (Jakarta: Djambatan, 2003)

Wirdjono Prodjodikoro, *Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, (Bandung: Eresco, 1986)