Amicus Curiae Kasus (Sahabat Peradilan) Dalam Kasus Alnoldy Bahari alias Ki Ngawur Permana

Perkara Nomor: 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl di Pengadilan Negeri Pandeglang

terkait Dugaan Melakukan Tindak Pidana Penyebaran Informasi yang Ditujukan Untuk Menimbulkan Rasa Kebencian Atau Permusuhan Individu/ Kelompok Berdasarkan Suku, Agama, Ras dan Antargolongan (SARA) dan Penodaan Agama



Amicus Curiae Kasus (Sahabat Peradilan)
Dalam Kasus Alnoldy Bahari alias Ki Ngawur Permana

Perkara Nomor: 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl di Pengadilan Negeri Pandeglang

terkait Dugaan Melakukan Tindak Pidana Penyebaran Informasi yang Ditujukan Untuk Menimbulkan Rasa Kebencian Atau Permusuhan Individu/ Kelompok Berdasarkan Suku, Agama, Ras dan Antargolongan (SARA) dan Penodaan Agama

Disampaikan Oleh:
Lembaga Studi & Advokasi Masyarakat (ELSAM)

April 2018

***Amicus Curiae* Kasus (Sahabat Peradilan)**
Dalam Kasus Alnoldy Bahari alias Ki Ngawur Permana
Perkara Nomor: 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl di Pengadilan Negeri Pandeglang

A. Pernyataan Kepentingan Sebagai *Amici*

B. Sekilas *Amicus Curiae*

C. Ringkasan Fakta Hukum

D. Kemerdekaan Berekspresi dan Hak Asasi Manusia

E. Pembatasan Kemerdekaan Berekspresi dalam Hukum Internasional
E. 1 Tujuan Pembatasan

F. Perumusan Penyebaran Kebencian Rezim UU ITE Tidak Tepat

G. Persoalan Penodaan Agama Dalam Hukum Internasional

H. Kesalahan Pengaturan dan Praktik Penjatuhan Kejahatan Penodaan Agama dan Praktik Ujaran Kebencian di Indonesia.
H. 1 Kegagalan Menerjemahkan Penodaan
H. 2 Tindak Pidana Penyebar Kebencian Bertujuan Menjaga Pluralitas Bukan Pengekangan Ekspresi
H. 3 Tidak adanya unsur "Ditujukan untuk Menghasut"
H. 4 Pencemaran Nama Baik Berbeda dengan Penodaan Agama

I. Rekomendasi

J. Profil ELSAM

A. Pernyataan Kepentingan Sebagai *Amici*

1. **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;

2. Demi 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;

3. ELSAM mengajukan Komentar Tertulis ini kepada Pengadilan Negeri Pandeglang untuk memberikan pandangan dan dukungan kepada Majelis Hakim Pengadilan Negeri Pandeglang yang memeriksa Perkara dengan Nomor: 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl, serta memaparkan pandangan masyarakat sipil tentang pelanggaran terhadap demokrasi yang dirinci sebagai pelanggaran atas kepastian hukum, kebebasan berpikir, mengemukakan pendapat dan berekspresi serta pelanggaran atas hak kebebasan beragama dan berkeyakinan.

B. Sekilas *Amicus Curiae*

4. "*Amicus Curiae*", merupakan istilah Latin yang mungkin jarang terdengar di pengadilan Indonesia.[1] *Amicus curiae* merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi hukum Romawi, yang kemudian berkembang dan dipraktikkan dalam tradisi *common law*, yang mengizinkan pengadilan untuk mengundang pihak ketiga untuk menyediakan informasi atau fakta-fakta hukum berkaitan dengan isu-isu yang belum *familiar*.

5. *Amicus curiae* merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi hukum Romawi, yang kemudian berkembang dan dipraktikkan dalam tradisi *common law*. Dalam tradisi *common law,* mekanisme *amicus curiae* untuk pertama kalinya diperkenalkan pada abad ke-14. Selanjutnya pada abad ke-17 dan 18, partisipasi dalam *amicus curiae* secara luas tercatat dalam All England Report.

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

6. Negara-negara penganut tradisi hukum *common law,* telah sering menggunakan mekanisme *amicus curiae* dalam sistem hukumnya. Misalnya Belanda, Amerika, dan Argentina. Sejarah Amerika Serikat menuliskan, sebelum terjadinya kasus Green v. Biddle pada awal abad ke-19, cukup lama pengadilan menolak untuk memperbolehkan partisipasi *amicus curiae* dalam proses hukum di Pengadilan. Baru pada awal abad ke-20 *amicus curiae* mulai memainkan peranan penting dalam peradilan, yaitu dalam kasus-kasus hak sipil, dan aborsi. Bahkan, menurut sebuah studi yang dilakukan pada tahun 1998, *amicus curiae*, telah berpartisipasi dalam lebih dari 90 persen kasus-kasus yang masuk ke Mahkamah Agung.

7. 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.

8. *Amicus curiae* yang dalam bahasa Inggris disebut "*friend of the court*", diartikan "*someone who is not a party to the litigation, but who believes that the court's decision may affect its interest*2". Secara bebas, *amicus curiae* diterjemahkan sebagai *friends of the court* atau 'Sahabat Pengadilan', dimana, pihak yang merasa berkepentingan terhadap suatu perkara memberikan pendapat hukumnya kepada pengadilan. *Miriam Webster Dictionary* memberikan definisi *amicus curiae* sebagai "*one (as a professional person or organization) that is not a party to a particular litigation but that is permitted by the court to advise it in respect to some matter of law that directly affects the case in question*".

9. Dengan demikian, *amicus curiae* disampaikan oleh seseorang yang tertarik dalam mempengaruhi hasil dari aksi, tetapi bukan merupakan pihak yang terlibat dalam suatu sengketa; seorang penasihat kepada pengadilan pada beberapa masalah hukum yang bukan merupakan pihak untuk kasus yang biasanya seseorang yang ingin mempengaruhi hasil perkara yang melibatkan masyarakat luas.

10. Dalam tradisi *common law*, mekanisme *amicus curiae* pertama kalinya diperkenalkan pada abad ke-14. Selanjutnya pada abad ke-17 dan 18, partisipasi dalam *amicus curiae* secara luas tercatat dalam *All England Report*. Dari laporan ini diketahui beberapa gambaran berkaitan dengan *amicus curiae*:
    a. fungsi utama *amicus curiae* adalah untuk mengklarifikasi isu-isu faktual, menjelaskan isu-isu hukum dan mewakili kelompok-kelompok tertentu;
    b. *amicus curiae*, berkaitan dengan fakta-fakta dan isu-isu hukum, tidak harus dibuat oleh seorang pengacara (*lawyer*);
    c. *amicus curiae*, tidak berhubungan penggugat atau tergugat, namun memiliki kepentingan dalam suatu kasus;
    d. izin untuk berpartisipasi sebagai *amicus curiae*.

11. Di Amerika Serikat, sebelum terjadinya kasus Green v. Biddle pada awal abad ke-19, lama sekali pengadilan menolak untuk memperbolehkan partisipasi *amicus curiae* dalam proses peradilan. Namun, sejak awal abad 20, *amicus curiae* memainkan peranan penting dalam kasus-kasus yang menonjol (*landmark*) dalam sejarah hukum Amerika Serikat, seperti misalnya kasus-kasus hak sipil dan aborsi. Bahkan, dalam studi yang dilakukan tahun 1998, *amicus curiae*, telah berpartisipasi dalam lebih dari 90 persen kasus-kasus yang masuk ke Mahkamah Agung.

12. Sementara untuk Indonesia, *amicus curiae* belum banyak dikenal dan digunakan, baik oleh akademisi maupun praktisi. Sampai saat ini, beberapa *amicus curiae* telah diajukan di Pengadilan Indonesia:
    a. *Amicus Curiae* yang diajukan kelompok penggiat kemerdekaan pers yang mengajukan *amicus curiae* kepada Mahkamah Agung terkait dengan peninjauan kembali kasus majalah Time versus Soeharto dan *amicus curiae* dalam kasus "Upi Asmaradana" di Pengadilan Negeri Makasar, dimana *amicus curiae* diajukan sebagai tambahan informasi buat majelis hakim yang memeriksa perkara[2].
    b. *Amicus Curiae* peninjauan kembali kasus Majalah TIME versus Soeharto;
    c. *Amicus Curiae* peninjauan kembali praperadilan atas Surat Ketetapan Penghentian Penuntutan (SKPP) Bibit-Chandra;
    d. *Amicus Curiae* yang diajukan ICJR, ELSAM, PBHI, dan IMLDN dalam kasus Prita Muyasari yang dijerat Pasal 27 ayat (3) UU No. 11 tahun 2008 tentang Inforasi danTransaksi Elektronik (UU ITE);
    e. *Amicus Curiae* yang diajukan ELSAM, Sawit Watch, dan PILNET dalam kasus Anwar Sadat (aktivis WALHI Sumsel) di PN Palembang;
    f. *Amicus Curiae* yang diajukan ELSAM, WALHI, KontraS, KPA dan TuK Indonesia dalam perkara pembunuhan terhadap Indra Pelani di PN Jambi, September 2015.
    g. *Amicus Curiae* yang diajukan ELSAM dalam perkara Kasus Heri Budiawan alias Budi Pego pada Perkara Nomor:559/Pid.B/2017/PN.Byw di Pengadilan Negeri Banyuwangi
    h. *Amicus Curiae* yang diajukan ELSAM pada Mahkamah Konstitusi terkait Perkara Nomor: Nomor 56/PUU-XV/2017 terkait Permohonan Judicial Review Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1965 tentang Pencegahan, Penyalahgunaan, dan/atau Penodaan Agama (UU Penodaan Agama)

13. Walaupun *amicus curiae* belum dikenal dalam sistem hukum Indonesia, namun dengan berpegangan pada ketentuan Pasal 28 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi "*Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*", sebagai dasar hukum pengajuan *amicus curiae*, maka tidak berlebihan apabila

[2] 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.

mekanisme ini dapat digunakan sebagai salah satu strategi yang dapat digunakan untuk mengklarifikasi prinsip-prinsip hukum dan konstitusi, terutama kasus-kasus yang melibatkan berbagai UU atau pasal yang kontroversial.

C. Ringkasan Fakta Hukum

14. Pada 14 November 2013, Terdakwa Alnoldy Bahari dan istri memulai membangun usaha ternak kambing di Kampung Gadog RT 11 RW 05 Desa Cikadu, Kec. Cibitung, Pandeglang, Banten.

15. Pada 23 Juli 2015
    a. Terdakwa dan istrinya memutuskan pindah dari Jakarta ke tempat mereka berwirausaha di Banten tetapi belum mengurus keterangan pindah dan belum mengubah KTP atau KK;
    b. Masyarakat sekitar resah dengan kehadiran Terdakwa dan istrinya, karena mereka dicurigai sebagai penganut paham Ahmadiyah seperti di Cikeusik disebabkan keduanya memelihara anjing, padahal masyarakat setempat juga banyak yang memelihara anjing; dan
    c. Terdakwa dan istrinya diperingatkan oleh Kepala Desa Didin Syamsudin untuk segera pindah dari tempat tersebut atau pindah alamat KTP dari Jakarta ke Kampung Gadog dengan batas waktu selama 7 (tujuh) hari sehingga mereka langsung kembali ke Jakarta dan mengurus kepindahan ke Banten.

16. Pada 30 Maret 2016
    a. Terdakwa dan istrinya resmi pindah menjadi warga Kampung Gadog;
    b. Terdakwa dan istrinya tetap mendapatkan perlakuan buruk dari warga yakni pegawainya tidak betah bekerja dengannya karena ditakut-takuti warga, mobil miliknya dibaret, rumah dilempari dengan berbagai benda hingga lampu jalan yang dibangun dirusak warga.

17. Pada September 2017 – 5 November 2017
    a. Istri terdakwa kami mengikuti Pilkades Desa Cikadu dengan tujuan untuk terjun ke dalam masyarakat guna memperkenalkan diri, meluruskan isu negatif tentang mereka sekaligus menjawab keraguan dari masyarakat tentang mereka berdua;
    b. Dalam Pilkades tersebut, istri terdakwa kami menjadi korban kampanye hitam karena dia seorang perempuan dan menjadi lawan dari petahan.

18. Pada 7-24 November 2017
    a. Terdakwa dan istrinya ingin meneruskan perjuangan mereka yang dipromosikan pada saat Pilkades melalui Yayasan Pendidikan Vendra yang

didirikan tanggal 15 Agustus 2017. Mereka sudah mulai membuat kartu anggota yayasan dan kartu anak asuh, termasuk membantu program penuntasan sengketa tanah;

b. Pesantren di samping rumah Terdakwa masih mengusik kehidupan keluarganya seperti berisik pada saat malam hari di bulan puasa hingga melempari rumah Terdakwa dan mengakibatkan kaca rumahnya pecah.

19. Pada 25 November 2017
    a. Sekitar pukul 09.00 WIB, Sekdes yang bernama Pak Yayan mengirim pesan melalui whatsapp yang isinya memberitahu mereka untuk segera keluar dari rumah. Terdakwa lalu menelepon Pak Yayan dan diakui bahwa info tersebut didapat dari Ketua Badan Pengawasan Desa (BPD) yang bernama Pak Tata. Sedangkan Pak Tata mendapatkan info tersebut dari Kodim Pandeglang tentang adanya pengumpulan massa yang akan bergerak ke rumah Terdakwa kami;
    b. Terdakwa dan istrinya segera keluar dari rumah dan berencana bertemu dengan Pak Tata di perempatan Pasar Cibaliung. Saat itu Terdakwa melewati rumah Pak Dullah (mantan Lurah) dan melihat sekitar lima puluhan orang sedang berkumpul;
    c. Di jalan, Terdakwa mampir ke rumah Pak Yayan, tetapi tidak ada ekspresi panik dari Pak Yayan dan hanya menyuruh Terdakwa dan istrinya berangkat duluan menuju warung Pak Kadar dan sedangkan ia akan menyusul;
    d. Di warung, Pak Yayan menunjukan status facebook Terdakwa dalam bentuk gambar tangkap (*screen capture*) yang dipermasalahkan oleh warga. Pada Berita Acara Pemeriksaan (BAP) dijelaskan bahwa ada 6 (enam) status di bulan Oktober – November 2017 yang dijadikan sebagai bukti, yakni:
        i. Disini wanita tidak boleh masuk masjid;
        ii. Aku bersaksi bahwa tiada tuhan selain selain Allah swt. Bila belum melihat Allah maka anda adalah saksi palsu;
        iii. Allah swt. Kalau lagi bete kalimatnya “mereka seperti binatang ternak dan lebih hina dari seekor binatang ternak dan lebih hina dari seekor binatang ternak;
        iv. Buku sekeren apapun kalau ditawarkan ke daerah yg masih banyak orang tololnya, maka ia akan jadi bungkus tempe;
        v. Kalau alim ulama abal-abal sudah masuk ke dunia berpolitik maka ayat Al Quran bukanlah lagi pedoman sebagai kebenaran mutlak;
        vi. Lirik lagu dari masjid: “pemerintah tidak adil” yang milih pemerintah setempat siapa? Jadi salah siapa???
        vii. Aneh sama sekitar sini, alim ulama di junjung tinggi2 padahal pelajaran rutinnya cuma belajar baca Al Quran dan bacaan sholat “
        viii. Tiap menjelang maghrib terdengar mantra2 kemiskinan dan keluhan dari masjid sekitar sini. Pantes warganya banyak yang nggak maju2

ix. Saya Islam dan saya benar2 bersaksi bahwa tiada tuhan selain Allah. Saya telah melihat Allah. Kamu?

e. Terdakwa dan istrinya kemudian diajak ke Koramil Cibaliung dan mereka mendapatkan telepon dari Kodim Pandeglang yang menginformasikan bahwa ada massa yang akan bergerak ke rumah mereka untuk mengusir mereka berdua karena status facebook tersebut;
f. Kemudian datang perwakilan Koramil yang awalnya berjaga di rumah Terdakwa dan memberikan berita bahwa massa menuntut Terdakwa dan istrinya harus pindah maksimal Senin, 27 November 2017. Terdakwa meminta untuk dilakukan mediasi dan disepakati akan akan dilaksanakan pada hari Senin, 27 November 2017 dengan difasilitasi oleh Muspika dan bertempat di kantor kecamatan Cibitung.

20. Pada 26 November 2017
    a. Terdakwa dan istrinya sedang berada di rumah Ibu Erum dan Pak Ukar yang berada di seberang Masjid Gadog dan mereka melihat banyak orang memakai baju putih-putih berdatangan ke arah Masjid;
    b. Pada siang hari, saat berangkat ke pasar, Terdakwa mampir ke ATM bertemu dengan Koramil yang kemudian mengamankannya sedangkan istrinya juga dijemput dari Ibu Erum oleh Koramil dan juga Kepolisian Sektor Cibaliung Cibitung;
    c. Menurut Pak Dedy, polisi Polsek Cibitung, bahwa Terdakwa dan istrinya terpaksa diamankan demi keselamatan nyawa mereka berdua. Di Koramil tersebut juga hadir Pak Endang (PJS Kades), Pak Yayan (Sekdes), Pak Deden (Babinmas), dan pihak Koramil;
    d. Terdakwa dan istrinya kemudian dibawa ke Polsek Cibaliung dan mereka ditemui oleh Kapolsek dan sempat dihardik, dibawa ke ruang interogasi, direkam, dan diinterogasi selama 1 (satu) jam. Menurut polisi saat itu, mereka bukan tahanan dan hanya diperiksa sebagai saksi;
    e. Terdakwa dan istrinya dibawa ke Polres Pandeglang dan pada jam 23.00 WIB Terdakwa di periksa sebagai saksi hingga jam 01.00 WIB malam sedangkan istrinya diperiksa hingga pukul 16.00 WIB.

21. Pada 27 November 2017
    a. Pukul 02.00 WIB, datang Pak Solihin (anak Pak Dullah dan wakil Front Pembela Islam), Pak Indra (Ketua Rukun Tetangga), dan Pak Dudi (guru) di Polres Pandeglang. Saat itu Terdakwa dan istrinya di hadapan mereka menandatangani kesepakatan bersedia pergi dari rumah tersebut demi menciptakan situasi yang kondusif;
    b. Setelah diperiksa, Terdakwa diminta untuk menandatangani dan memberi cap jempol beberapa lembar kertas yang berisi status facebooknya;

c. Kemudian malamnya, Terdakwa dan istrinya dengan penjagaan ketat oleh polisi dibawa ke Hotel Pandeglang Raya;
d. Terdapat info bahwa ada Laporan Polisi No: LP/222/XI/2017/Banten/Polres Pandeglang terkait kasus ini.

22. Pada 28 November 2017, Terdakwa dan istrinya tetap tinggal di kamar hotel dan mendapat kabar jika kasus ini sudah masuk media.

23. Pada 29 November 2017
    a. Terdakwa diminta tanda tangan surat kuasa pengamanan barang-barangnya yang masih ada di rumah dan diminta kooperatif dengan polisi sehingga mereka menandatangani surat tersebut;
    b. Polisi mengeluarkan Sprindik No: SP. Sidik/158/XI/2017/Reskrim.

24. Pada 30 November 2017
    a. Terdakwa dan istrinya dibawa kembali ke Polres Pandeglang untuk menginventaris barang;
    b. Sesampaianya di sana, Terdakwa segera diperiksa dan ditetapkan menjadi tersangka dengan salah satu alat buktinya adalah Berita Acara Pemeriksaan Laboratoris Kriminalistis.

25. Pada 1 Desember 2017
    a. Pukul 13.00 WIB Terdakwa diperiksan lanjutan sebagai tersangka;
    b. Surat perintah penangkapan, surat perintah penahanan, surat pemberitahuan penahanan kepada keluarga, dan SPDP ditulis diterima Terdakwa dan istrinya pada tanggal 1 Desember 2017;
    c. Polisi menyita akun facebook milik Terdakwa dengan nama: **ARNOLDY BAHARI (Kyai Ki Ngawur Permana**)

26. Pada 4 Desember 2017, Pukul 13.00, perwakilan massa, Pak Dullah, dan Solihin (FPI), datang menemui Terdakwa di Polres Pandeglang untuk mediasi dan Pak Dullah berjanji mengusahakan pencabutan laporan dan Terdakwa meminta maaf jika ada kesalahan, akan tetapi tidak ada kelanjutan dari hal ini.

27. Pada 26 Desember 2017
    Istri Terdakwa dan keluarganya mendatangi Pak Dullah dan Pak Yayan sembari membawa surat permohonan maaf dan permohonan pencabutan berkas laporan polisi. Pak Dullah dan Pak Yayan menyampaikan bahwa mereka tidak mengira kasus ini akan menjadi sejauh ini karena tuntutan masyarakat hanya agar Terdakwa dan keluarganya tidak lagi tinggal di Cibitung. Pak Dullah dan PakYayan berjanji akan memfasilitasi para pelapor dengan keluarga Terdakwa, tetapi tidak ada tindak lanjutnya hingga kini.

Berdasarkan 2 (dua) pokok penting dalam perkara ini sebagaimana disebut di atas, maka kami bermaksud meminta kepada ELSAM sebagai *amicus curiae* (sahabat peradilan) untuk mengirimkan pendapat hukum kepada Ketua Pengadilan Negeri Pandeglang dan Majelis Hakim perkara ini.

D. Kemerdekaan Berekspresi dan Hak Asasi Manusia

28. Dalam konteks untuk menjamin bekerjanya sistem demokrasi dalam sebuah negara hukum, Kemerdekaan Berpendapat dalam Hukum Internasional dijamin dan diatur dalam Pasal 19 baik itu dalam Deklarasi Universal HAM dan juga Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik. Oleh karena itu pada pundak negaralah terletak beban kewajiban untuk melindungi kemerdekaan berpendapat atau yang lebih dikenal sebagai *state responsibility*.

29. Dalam konteks hukum internasional, Pelaksanaan terhadap Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik dapat dirujuk pada Pendapat Umum 10 Kemerdekaan Berekspresi (Pasal 19): 29/06/83 dimana berdasarkan Pendapat Umum No 10 (4) tentang Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik pada pokoknya menegaskan bahwa pelaksanaan hak atas kemerdekaan berekspresi mengandung tugas-tugas dan tanggung jawab khusus, dan oleh karenanya pembatasan-pembatasan pembatasan tertentu terhadap hak ini diperbolehkan sepanjang berkaitan dengan kepentingan orang–orang lain atau kepentingan masyarakat secara keseluruhan. Namun ada yang lebih dari sekedar pembatasan, karena Komentar Umum 10 (4) juga menegaskan bahwa penerapan pembatasan kebebasan kemerdekaan berekspresi tidak boleh membahayakan esensi hak itu sendiri.

30. Kemerdekaan Berekspresi terutamanya kemerdekaan berpendapat memiliki sejumlah alasan menjadi kenapa salah satu hak yang penting dan menjadi indikator terpenting dalam menentukan seberapa jauh iklim demokrasi di sebuah negara dapat terjaga. Menurut Toby Mendel bahwa "Terdapat banyak alasan mengapa kebebasan berekspresi adalah hak yang penting, pertama-tama karena ini adalah sebagai dasar dari demokrasi, kedua kebebasan berekspresi berperan dalam pemberantasan korupsi, ketiga kebebasan berekspresi mempromosikan akuntabilitas, dan keempat kebebasan berekspresi dalam masyarakat dipercaya merupakan cara terbaik untuk menemukan kebenaran"[3]

31. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, disingkat DUHAM (Universal Declaration of Human Rights/ UDHR) disyahkan Majelis Umum PBB pada tanggal 10 Desember 1948. DUHAM ini mengatur mengenai standar hak asasi manusia yang diterima oleh

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

seluruh Negara-negara anggota PBB. DUHAM juga menghadirkan kembali dasar normative yang membimbing untuk memformulasikan standar-standar bagi kebebasan berekspresi. Pasal 19 DUHAM menyatakan bahwa "setiap orang berhak atas kebebasan mempunyai dan mengeluarkan pendapat dan berekspresi; dalam hal ini termasuk kebebasan menganut pendapat tanpa mendapat gangguan, dan untuk mencari, menerima dan menyampaikan keterangan-keterangan dan pendapat dengan cara apa pun dan dengan tidak memandang batas-batas".

32. Keberadaan DUHAM ini telah menimbulkan dampak yang besar bagi pembangunan hukum hak asasi manusia, baik nasional maupun internasional. Pada dasarnya semua traktat hak asasi manusia diadopsi oleh badan-badan PBB sejak 1948, yakni dengan mengelaborasi serangkaian prinsip-prinsip dalam DUHAM. Hasilnya, saat ini DUHAM secara luas dianggap sebagai Magna Carta, yang harus dipatuhi oleh setiap aktor 38 di seluruh dunia. Hal yang pada awalnya hanya dianggap sebagai aspirasi bersama, kini disambut sebagai "penafsiran otoritatif" dari hak asasi manusia dan menjadikannya sebagai hukum kebiasaan internasional, yang membentuk *"global bill of rights"*.

E. Pembatasan Kemerdekaan Berekspresi dalam Hukum Internasional

33. Dalam konteks pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi, meskipun Kovenan (ICCPR) dalam rumusannya telah mencoba untuk memberikan jaminan perlindungan hak sedetail mungkin, akan tetapi dalam pelaksanaannya kerap melahirkan ketegangan, antara jaminan perlindungan hak yang satu dengan lainnya. Salah satunya ialah ketegangan antara ketentuan Pasal 19 ICCPR yang melindungi setiap bentuk opini dan ekspresi, dengan ketentuan Pasal 17 ICCPR yang memberikan perlindungan bagi privasi seseorang termasuk reputasinya. Situasi ini sesungguhnya memperlihatkan sifat alamiah dari suatu hak, yang melahirkan banyak antinomi. Dalam rangka menyeimbangkan ketegangan itu dilahirkanlah prinsip pembatasan, termasuk dalam pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi. Namun demikian musti diingat, pembatasan tidak boleh diterapkan atau dilakukan dengan cara yang dapat melemahkan esensi dari suatu hak yang diakui oleh Kovenan (ICCPR).[4]

34. Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik *(International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR)*, mulai berlaku sejak tahun 19765. ketentuan-ketentuan dalam Kovenan ini merupakan jabaran lebih lanjut dari prinsip-prinsip yang terdapat dalam DUHAM dan mengikat secara hukum bagi negara-negara yang meratifikasinya. Pasal 19 ICCPR menyatakan :

[4] ICCPR/C/21/Rev.1/Add.13, General Comment No. 31 (80) Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Partiesto the Covenant.

a. Setiap orang akan berhak mempunyai pendapat tanpa adanya paksaan.
b. Setiap orang akan berhak menyatakan pendapat; hak ini mencakup kebebasan mencari, menerima dan memberikan informasi dan segala macam gagasan tanpa memperhatikan batas, baik secara lisan maupun tulisan atau tercetak, dalam bentuk seni, atau melalui sarana lain menurut pilihannya sendiri.
c. Pelaksanaan hak-hak yang diberikan dalam ayat 2 pasal ini disertai berbagai kewajiban dan tanggungjawab khusus. Maka dari itu dapat dikenakan pembatasan tertentu, tetapi hal demikian hanya boleh ditetapkan dengan undang-undang dan sepanjang diperlukan untuk: (a) menghormati hak atau nama baik orang lain; (b) menjaga keamanan nasional atau ketertiban umum (public order) atau kesehatan atau kesusilaan umum.

35. Apabila dikaitkan dengan ketentuan Pasal 19 DUHAM, isi Pasal 19 Kovenan memiliki beberapa elemen penting, yaitu adanya sebuah pembedaan antara kebebasan berpikir (Pasal 18) dan kebebasan berpendapat. Walaupun pada kenyataannya tidak ada batasan yang jelas antara "pikiran" dan "pendapat"; keduanya bersifat internal. "Pikiran" mengacu pada sebuah proses, sementara "pendapat" merupakan hasil dari proses tersebut. Hak-hak dan kebebasan ini ada tanpa terikat batasan wilayah. Hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi dapat diterapkan tidak hanya dalam satu negara saja, tetapi berlaku secara internasional. Sehingga hak-hak ini menjadi hak-hak internasional.

36. Selanjutnya Pasal 20 DUHAM menyatakan bahwa "Setiap orang mempunyai hak atas kebebasan berkumpul dan berserikat tanpa kekerasan, dan tidak seorang pun boleh dipaksa untuk memasuki suatu perkumpulan."

37. Namun demikian, ketentuan Pasal 19 dan Pasal 20 DUHAM ini dibatasi oleh ketentuan Pasal 29 DUHAM, yang memperbolehkan adanya pembatasan "yang ditetapkan undang-undang yang tujuannya semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang tepat terhadap hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil dalam hal kesusilaan, ketertiban dan kesejahteraan umum dalam suatu masyarakat yang demokratis". Hak-hak dan kebebasan-kebebasan ini dengan jalan bagaimana pun sekali-kali tidak boleh dilaksanakan bertentangan dengan tujuan dan prinsip-prinsip Perserikatan Bangsa-Bangsa.

E. 1 Tujuan Pembatasan

38. Hukum pencemaran nama baik didefinisikan sebagai hukum yang bertujuan untuk melindungi orang terhadap pernyataan palsu atau fakta palsu yang menyebabkan kerusakan pada reputasi mereka.

39. Tujuan utama hadirnya hukum pencemaran nama baik adalah untuk menjaga dan melindungi reputasi serta privasi seseorang. Kendati begitu, jika diterapkan dengan tidak hati-hati, justru akan menghambat penikmatan hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat, termasuk juga menghambat akses pihak lain untuk menerima informasi.

40. Hukum pencemaran nama baik harus dibatasi secara ketat. Dalam menerapkan hukum ini harus terlebih dahulu dipenuhi elemen-elemen berikut ini: (1) pernyataan yang diungkapkan merupakan suatau kebohongan (palsu); (2) bersifat faktual; (3) menimbulkan kerusakan; (4) mengganggu reputasi orang; dan (5) dipublikasikan kepada pihak ketiga. Oleh karenanya, suatu hukum pencemaran nama baik harus dikatakan inkonstitusional jika dimaksudkan untuk melindungi perasaan pribadi atau bahkan untuk melindungi ketertiban umum, gagal menyediakan pertahanan — pembelaan yang memadai, dan jika diterapkan dengan kerusakan yang tidak proporsional dengan tindakannya.[5]

41. Kemerdekaan berekspresi, meski masuk dalam kategori hak yang mendasar akan tetapi bukanlah hak yang tidak bisa dibatasi. Dalam setiap sistem HAM Internasional ataupun Nasioal telah mengakui jika kemerdekaan Berekspresi hanya bisa dibatasi dengan pembatasan yang sangat terbatas dan harus dibuat dengan hati – hati yang harus sesuai dengan ketentuan Pasal 19 ayat (3) dari Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (vide UU No 12 Tahun 2005)

42. Namun, yang tidak boleh untuk dilupakan adalah prinsip pembatasan tersebut diartikan untuk membahayakan esensi hak – hak yang telah dijamin dalam hukum Internasional.[6] Sebagai salah satu negara pihak yang melakukan ratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, Indonesia mempunyai kewajiban Internasional untuk menyelaraskan ketentuan pembatasan tersebut dengan standar hak asasi manusia Internasional.
43. Pembatasan yang diperkenankan dalam hukum internasional harus diuji dalam metode yang disebut dengan uji tiga rangkai (three part test) yaitu (1) pembatasan harus dilakukan hanya melalui undang – undang; (2) pembatasan hanya diperkenankan terhadap tujuan yang sah yang telah disebutkan dalam Pasal 19 ayat (3) KIHSP; dan (3) pembatasan tersebut benar-benar diperlukan untuk menjamin dan melindungi tujuan yang sah tersebut[7]

---

[5] Lihat Article 19, Defamation ABC: A Simple Introduction to Key Concepts of Demation Law, 2006. Dapat diakses di http://www.article19.org/data/files/pdfs/tools/defamation-abc.pdf. Lihat juga Alan Davidson, *The Law of Electronic Commerce*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), hal. 205.

[6] UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984)., para 2

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

F. Perumusan Penyebaran Kebencian Rezim UU ITE Tidak Tepat

44. Pergeseran pengaturan dari offline crime ke online juga ditemukan dalam tindak pidana penyebaran kebencian. Pasal 28 ayat (2) UU ITE secara spesifik mengatur larangan ekspresi yang dimanisfestasikan melalui kata-kata/ucapan (speech), bukan merupakan perbuatan (conduct), yang didasarkan pada kebencian atas SARA. Adapun bunyi Pasal 28 ayat (2) UU ITE berbunyi : "Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antargolongan (SARA). Ancaman pidana tersebut jauh lebih tinggi ketimbang KUHP. Dalam KUHP setiap perbuatan pidana penyebaran kebencian diancam 4 tahun penjara (Pasal 156), 5 tahun penjara Pasal 156a) dan 2 tahun 6 bulan (Pasal 157). Sedangkan dalam UU ITE ancaman paling tinggi bagi pelaku penyebar kebencian adalah 6 (enam) tahun atau denda paling banyak Rp 1 miliar (Pasal 45 ayat (2).

45. Rumusan Pidana Penyebaran Kebencian dan Penodaan Agama di Indonesia selain UU ITE

Pasal 156 KUHP:	(1) Barangsiapa menyatakan di muka umum perasaan kebencian atau penghinaan terhadap sesuatu beberapa golongan isi negara Republik Indonesia dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya empat tahun atau denda sebanyak-banyaknya empat ribu lima ratus rupiah. (2) Perkataan "golongan" dalam pasal ini dan pasal yang berikut berarti: tiap-tiap bagian isi negara Republik Indonesia yang berbedaan dengan suatu atau beberapa bagian isi negara lain karena rasnya, negeri asalnya, agamanya, tempat asalnya, keturunannya, kebangsaannya atau kedudukannya menurut hukum tata negara.
Pasal 156a KUHP	Dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya lima tahun barangsiapa dengan sengaja di muka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan: (1) Yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalah-gunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia; (2) Dengan maksud agar supaya orang tidak menganut agama apapun juga yang bersendikan ke-Tuhanan Yang Maha Esa (UU No. 1 Pnps Tahun 1965).

Pasal 157 KUHP	(1) Barangsiapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan tulisan atau gambar, yang isinya menyatakan perasaan permusuhan, kebencian atau penghinaan terhadap atau antara beberapa golongan isi-negara Republik Indonesia, dengan maksud supaya isinya diketahui oleh umum atau lebih diketahui oleh umum, dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya dua than enam bulan atau denda sebanyak-banyaknya empat ribu lima ratus rupiah. (2) Kalau yang bersalah melakukan kejahatan itu dalam pekerjaannya, dan pada waktu melakukan kejahatan itu belum lagi lewat lima tahun sesudah pemidanaannya yang dahulu, menjadi tetap karena kejahatan semacam itu juga, maka dapat dicabut haknya melakukan pekerjaan itu.
Pasal 4 UU PDRE	Tindakan diskriminatif ras dan etnis berupa: 1. menunjukkan kebencian atau rasa benci kepada orang karena perbedaan ras dan etnis yang berupa perbuatan: 2. Membuat tulisan atau gambar untuk ditempatkan, ditempelkan, atau disebarluaskan di tempat umum atau tempat lainnya yang dapat dilihat atau dibaca oleh orang lain. 3. Berpidato, mengungkapkan, atau melontarkan kata-kata tertentu di tempat umum atau tempat lainnya yang dapat didengar orang lain. 4. Mengenakan sesuatu pada dirinya berupa benda, atau kata-kata, atau gambar di tempat umum atau tenpat

	lainnya yang dapat dibaca oleh orang lain. 5. Melakukan perampasan nyawa orang, penganiayaan, pemerkosaan, perbuatan cabul, pencurian dengan kekerasan, atau perampasan kemerdekaan berdasarkan diskirminasi ras dan etnis
Kepolisian Republik Indonesia menerbitkan Surat Edaran Kepolisian Republik Indonesia (Polri) Nomor SE/6/X/2015 Tentang Penanganan Penyebaran Kebencian.	

46. Dalam praktiknya tindakan penyebaran kebencian dalam bentuk tradisional atau offline di Indonesia marak dilakukan oleh kelompok/ormas intoleran terhadap kelompok agama tertentu. Namun oleh karena perumusan dalam UU ITE belum tepat sesuai dengan kebutuhan dan prinsip pengaturan penyebaran kebencian yang terlalu luas sehingga pemidanaannya cenderung terlampau luas dan berpotensi mengancam kebebasan ekspresi seseorang. Dan kenyataannya putusan pengadilan tersebut turut mempengaruhi kehidupan sosial masyarakat secara umum.

Beberapa praktik penggunaan pasal pencemaran nama baik dan penodaan agama di Indonesia:

Kasus Alexander Aan/ grup atheis (No: 45 /PID.B/2012/PN.MR),didakwa menggunakan Pasal 28 (2) UU ITE	Artikel berjudul "Nabi Muhammad tertatik pada menantunya sendiri"; sebuah gambar yang bertajuk "Nabi Muhammad bersetubuh dengan pembantunya sendiri" dan gambar ka'bah dilanda banjir. Alexander merasa hal itu merupakan pendapatnya dan akan mempertahankan pendapatnya tersebut. Pada 18 Januari 2012, Alexander ditangkap secara beramai-ramai oleh masyarakat Pulau Panjang karena tulisannya dalam "Group Ateis Minang" di laman facebook dianggap meresahkan, menyebarkan permusuhan dan kebencian, dan menodai agama Islam pada waktu yang bersamaan. Sekelompok pegawai negeri sipil telah lama"mengawasi aktifitas Aan di laman group tersebut dan belakangan menjadi gelisah karena tantangan teologis yang diajukan Aan sangat bertentangan dengan keyakinan umum yang dipahami masyarakat tentang agama Islam.

	Alexander didakwa atas pasal 28 ayat (2) juncto pasal 45 ayat (2) UU No. 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Eelektronik (ITE). Majelis hakim menilai berdasarkan keterangan para saksi dan alat bukti yang ada, tindakan Alexander dapat menimbulkan permusuhan SARA, namun tidak dijelaskan permusuhan seperti apa yang dimaksud.
Pengadilan Negeri Muaro, Sumatera Barat, menjatuhkan vonis 3 tahun 6 bulan. Kasus Sandy Hartono (No. 381 K/Pid/2012) didakwa menggunakan Pasal 28 (2) UU ITE	Kasus ini sesungguhnya bermula dari adanya rasa dendam dan kebencian terdakwa terhadap saksi TJAI TIAM dan saksi YOGA MULYANA, karena saksi TJAI TIAM pernah melaporkan terdakwa ke Kepolisian dengan dugaan melakukan tindak pidana penadahan, hingga akibatnya terdakwa ditahan sejak dari Kepolisian. Untuk membalaskan rasa sakit hatinya tersebut timbul niat terdakwa memfitnah saksi TJAI TIAM. pada akun facebook atas nama ATIAN CHAI tersebut terdakwa beberapa kali menuliskan pesan atau informasi pada wall/ dinding terdakwa dan wall saksi YOGA MULYANA maupun hanya menulis status di akunnya sendiri di mana informasi yang dituliskan tersebut baik berupa gambar-gambar maupun kalimat yang berisikan penghinaan terhadap Nabi Muhamad SAW dan merendahkan agama Islam. Sandy Hartono kemudian ditangkap saat sedang berada di sebuah warung internet di Mangga Dua, Jakarta ketika sedang membuka akun ATIAN CHAI. Pengadilan Negeri Pontianak memberikan pertimbangan bahwa kalimat maupun gambar yang dituliskan dan ditempel di wall/dinding facebook tersebut berpotensi menimbulkan konflik dan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antar golongan (SARA) khususnya dapat menimbulkan amarah bagi umat beragama islam. “Dapat dengan mudah tersebar ke khalayak umum.

	Hakim PN Pontianak memutus Sandy bersalah atas Pasal 28 (2) UU ITE dengan pidana penjara 6 tahun dan denda 500 juta rupiah (No. 347/Pid.B/2011/ PN.Ptk).
Kasus Dedy Rahman (No. 102 / PID.B./ 2013/ PN.SBB) didakwa menggunakan Pasal 28 (2) UU ITE dan Pasal 156 KUHP (alternatif)	Kasus Dedy ini bermula dari sebuah kecelakaan lalu lintas di Kabupaten Sumbawa pada 19 Januari 2013 yang dialami oleh I gde Nyoman Swarjana, seorang angggota Kepolisian dari suku Bali dan saudari Arniati, seorang pegawai catatan sipil dari suku Sumawa yang menyebabkan meninggalnya Saudari Arniati. Namun, meninggalnya Arniati di RSUD Sumbawa menimbulkan kecurigaan keluarga karena terdapat luka memar dan lebam. Hal ini lalu menimbulkan praduga tentang kematian Arniati. Lalu pada 20 Januari 2013, Dedy Rahman menuliskan sebuah status dalam jejaring sosial facebook Group RUNGAN SAMAWA yang isinya: "luk riri ...polisi Bali ...semate tau samawa... ya bakal terjadi lagi nih konflik SARA pang samawa ta" dalam bahasa Indonesia berarti "kok seperti ini polisi Bali bunuh orang Sumbawa, akan terjadi lagi konflik SARA lagi di Sumbawa ini." Grup Rungan Samawa merupakan grup yang anggotanya suku Samawa, sehingga status Dedy tersebut memicu kemarahan dan perdebatan dalam grup yang berisi 5.957 anggota tersebut. akun Dedy Zamawa juga menukiskan komentar diantaranya adalah "WE MAS .... TUTUSI .... SATE PENO AKAL TAU BALI PANG SAMAWA TA ... HARUS DIBASMI" Arti dalam Bahasa Indonesia "YA MAS BETUL SIH MAU BANYAK AKAL ORANG BALI DI SUMBAWA INI HARUS DIBASMI." Selasa tanggal 22 Januari 2013 telah terjadi pengerusakan dan penjarahan serta pembakaran terhadap Pura Suka Duka, mini market Dinasty, Toko Gratama dan Hotel Tambora, serta toko dan rumah-rumah milik orang Bali yang berada di Kabupaten Sumbawa.

	Dedy didakwa melalui pasal 28 (2) UU ITE karena statusnya di grup RUNGAN SAMAWA bersifat menghasut dan telah berakibat membentuk rasa kebencian terhadap sekelompok masyarakat di kabupaten Sumbawa yaitu suku Bali. Hakim Pengadilan Negeri Sumbawa Besar mempertimbangkan bahwa unsur "dengan sengaja" dapat dibuktikan dengan pernyataanya di grup Samawa yang terus diberikan meski sebagian besar anggota grup tersebut telah mengingatkan untuk tidak SARA. Adanya unsur "hasutan" dan "terhadap golongan penduduk, suku, ras ..." juga menurut hakim dapat dibuktikan. Hakim memutuskan Dedy bersalah melakukan tindak pidana pada Pasal 28 (2) UU ITE dan menetapkan pidana penjara 2 tahun 6 bulan dan denda 50 juta rupiah.
Kasus Sebastian Joe (No. 777 K/Pid.Sus/2013), didakwa menggunakan Pasal 28 (2) UU ITE dan Pasal 156 KUHP (alternatif)	Pada tanggal 19 Juni 2012, melalui akun Facebooknya, Sebastian Joemenulis: "Di dunia nyata ini tdk ada tempat untuk menghadap kpd yg disugestikan Y.M.K dlm khdpn. Krn yg disugestikan Y.M.K dlm khdpn itu tdk ada di dlm dunia nyata di dlm khdpn. tp...klu tempat untuk menghadap/menyembah berhalah dgn berbagai bentuknya/ banyak...x... yaaa..." Kemudian dilanjutkan pada tanggal 24 Juni 2012, dia menulis kembali: "menurut sebuah novel/komik/buku/qoran mengatakan bahwa ADAM dan HAWA diusir dari SURGA gara2 mereka dibujuk/dibisiki oleh jin/setan/iblis untuk memakan buah yg dilarang oleh Tuhannya, jd artinya jin/setan/iblis waktu itu jg tinggalnya di SURGA bersama ADAM dan HAWA dooong.....krn klu jin/setan/iblis tinggalnya di NERAKA, pastinya MEREKA tdk bisa membujuk/membisiki ADAM dan HAWA yg ada di SURGA krn hny yg berdekatan dan bertemulah yg bisa membisiki atau membujuk yg ada di dekatnya hehehehehe..."

	Selanjutnya pada tanggal 26 Juni 2012, dituliskannya: "kwhakhahahahaha...abis ngedemoin Tuhan biar turun dari kuasa mutlaknya yang sdh berabad abad, abis dia gk pernah turun2 dan gk pernah menyapah hamba2nya, dia sombong dan pelit, jadi ya harus diturunkan saja dari kuasa mutlaknya. ayooo...siapa yg siap menggantikan Tuhan....? tp harus baik juga benar, bijaksana dan dermawan yaaa..... hahahahahaha....." Atas dasar itu, Sebastian Joe didakwa dengan menggunakan Pasal 28 (2) UU ITE dan Pasal 156 KUHP. Ia dianggap telah "dengan sengaja menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan SARA". Pengadilan Negeri Ciamis (No. 278 / Pid.Sus /2012/PN.Cms.) tanggal 6 November 2012 memberikan putusan bahwa Sebastian terbukti bersalah melanggar Pasal 28 (2) UU ITE dengan pidana 4 tahun penjara. Putusan ini lalu dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Bandung (No. 463 Pid / 2012 / PT.Bdg) dengan pidana penjara 5 tahun dan denda 800 juta rupiah. Adapun permohonan kasasi terdakwa ditolak Mahkamah Agung. Pertimbangan yang diberikan hakim dalam putusannya adalah bahwa pernyataan Sebastian "menodai" Agama Islam dapat dilihat oleh semua orang dan isinya akan berakibat"menyesatkan" dan menyinggung umat Islam karena merupakan "penghinaan" terhadap aqidah dan ahlak yang diajarkan oleh agama Islam. Kesimpulan tersebut didasarkan pada hasil kajian Pondok pesantren Cijantung dalam rangka persiapan MUSDA (Musyawarah Daerah) MUI Kabupaten Ciamis, yang menyatakan tulisan Sebastian sebagai "memperolok-olokkan atau menista atau menodai Agama Islam." Akun facebook

	terdakwa termasuk kategori public dan dengan menulis di privasi publik berarti terdakwa telah memiliki niat untuk menyebarkan informasi. Dalam memori kasasi, terdakwa mengaku bahwa Front Pembela Islam (FPI) telah melakukan pemerasan terhadap Terdakwa/Pemohon kasasi dengan meminta uang sebesar sepuluh juta rupiah.

G. Persoalan Penodaan Agama Dalam Hukum Internasional

47. Konten penodaan agama sebenarnya tidak diatur dalam ICCPR. Dalam hukum hak asasi manusia internasional, istilah "penodaan terhadap agama" tidak ditemukan karena raison d'etre (alasan adanya) peraturan hukum adalah untuk melindungi martabat dan hak manusia (prinsip humanitas).

48. Artinya, penegakan hukum relevan dan berfungsi sepanjang untuk menjamin dan melindungi nilai-nilai kemanusiaan seseorang. Tindakan yang secara jelas menyerang dan mengakibatkan pengurangan bahkan peniadaan sifat-sifat kemanusiaan seseorang merupakan tindakan yang melanggar hukum.

49. Ketentuan mengenai perlindungan terhadap agama merupakan *logical fallacy* sebab tidak ada ukuran untuk menentukan suatu agama telah ternoda atau dinodai. Nyatanya, hukum hak asasi manusia internasional hanya melarang perbuatan diskriminasi atau hasutan kebencian terhadap manusia lain yang dilakukan "atas dasar" agama, ras, dan suku bangsa. Yang menjadi subyek perlindungannya adalah manusia, bukan agama.

50. Alexander Brown diklasifikasikan sebagai berikut: penghinaan terhadap kelompok *(group defamation)*, *stereotip* atau stigmatisasi; ekspresi kebencian; ancaman terhadap ketertiban umum; penyangkalan (seperti *holocaust denial*); kejahatan yang merendahkan martabat dan kemanusiaan individu/kelompok *(dignitary crime)*; pelanggaran terhadap hak-hak sipil dan politik; kekerasan atas dasar kebencian *(hate crimes)*, dan pembatasan terhadap waktu, tempat, dan cara penyebaran (Brown, 2015).

H. Kesalahan Pengaturan dan Praktik Penjatuhan Kejahatan Penodaan Agama dan Praktik Ujaran Kebencian di Indonesia.

Beberapa masalah yang muncul dalam pengaturan penodaan agama dan praktik ujaran kebencian dalam hukum pidana di Indonesia:

H. 1 Kegagalan Menerjemahkan Penodaan

51. Jika dilihat dari paparan kasus diatas dan putusan pengadilannya, maka terlihat bahwa pengaturan atau instrumen hukum nasional Indonesia terkait penyebaran kebencian tidak mampu menerjemahkan atau menangkap praktik riil penyebaran kebencian.

52. Unsur *Incitement* sebagai salah satu elemen terpenting dalam mendefiniskan penyebaran kebencian tidak ditercantum dalam rumusan tersebut. Rumusan "pernyataan permusuhan, kebencian, dan yang merendahkan" yang sangat abstrak dan multitafsir mengakibatkan terjadinya sejumlah kasus diatas yang dapat membahayakan penikmatan atas kebebasan berekspresi dan berpendapat.

H. 2 Tindak Pidana Penyebar Kebencian Bertujuan Untuk Menjaga Pluralitas Bukan Pengekangan Ekspresi

53. Pada dasarnya pengaturan mengenai tindak pidana penyebaran kebencian dibutuhkan untuk menjaga nilai pluralitas dan melindungi hak-hak masyarakat secara luas. Namun pengaturan tersebut harus disinergikan dengan perlindungan hak kebebasan ekspresi termasuk bentukbentuk pembatasannya.

54. Rumusan Pasal 28 ayat (2) UU ITE yang semula bertujuan untuk membatasi praktik penyebaran kebencian justru digunakan untuk membatasi kebebasan ekspresi. Hal ini disebabkan karena rumusan tersebut tidak tepat karena multitafsir sehingga memperbesar celah disinterpretasi atau salah mendefinisikan jenis tindak pidana penyebaran kebencian. Terlihat dari unsur "pernyataan yang mengandung permusuhan" tidak ditafsirkan secara jelas sehingga pada praktiknya sering disalahgunakan untuk membatasi kebebasan ekspresi yang sah.

H. 3 Tidak adanya unsur "Ditujukan untuk Menghasut"

55. Sesuai dengan amanat Pasal 19(3) ICCPR bahwa harus ada rumusan jelas dan terbatas dalam mendefinisikan tindak pidana penyebaran kebencian, maka harus ada rumusan suatu bentuk ekspresi harus memuat unsur "ditujukan untuk menghasut" orang untuk melakukan tindak kekerasan atau pelanggaran hukum terhadap suatu golongan masyarakat dengan identitas tertentu yang menjadi inti dari pasal penyebaran kebencian

H. 4 Pencemaran Nama Baik Berbeda dengan Penodaan Agama

56. UU ITE memang tidak secara eksplisit menyebut istilah "penodaan agama", istilah itu secara terang-terangan muncul dalam UU Pers dengan rumusan "merendahkan martabat agama."Akan tetapi, rumusan "pencemaran dan/atau penghinaan nama baik" dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE kerapkali dimaknai tidak hanya dalam bentuk pencemaran nama baik terhadap nama orang per orang, melainkan dimaknai juga sebagai pencemaran nama baik terhadap agama.

57. Pemaknaan ini terjadi, sebagai contoh, di dalam kasus Alexander (2012) yang didakwa Pasal 27 ayat (2) UU ITE karena tulisannya difacebook dianggap menghina agama Islam. ICCPR memang meniscayakan diadakannya pengaturan mengenai pencemaran nama baik *(defamation law)* terkait dengan: (i) jaminan perlindungan terhadap hak dan nama baik orang lain serta (ii) perlindungan keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum yang termuat dalam Pasal 19 ayat (3) ICCPR. Muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik harus memiliki unsur-unsur berikut, (i) pernyataan merupakan suatu kebohongan, (ii) bersifat faktual, (iii) menimbulkan kerusakan, (iv) mengganggu reputasi orang lain, dan (v) dipublikasikan kepada pihak ketiga. Unsur-unsur tersebut harus dimaknai dalam kerangka Prinsip-Prinsip Siracusa dan Johannesburg di mana Negara harus membuktikan pembatasan akses terhadap konten internet tidak mengganggu berfungsinya masyarakat yang demokratis, yang menjunjung tinggi hak asasi manusia, sebagaimana tercantum dalam *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR).

58. Sedangkan dalam penodaan agama tidak pernah dikenal dalam ICCPR melainkan dari Undang-Undang Nomor 1/PNPS/Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama yang tidak sepenuhnya memiliki kepastian hukum dalam hal menilai tentang sebuah ajaran, perasaan dan perbuatan menyimpang atau melecegkan agama sehingga berpotensi menyebarkan kebencian.

59. Rumusan pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan menginformasikan bahwa tindak pidana penyebaran kebencian di Indonesia mencakup penyebaran kebencian baik melalui perkataan *(speech)* maupun perbuatan *(conduct)*. Hanya saja, pidana penyebaran kebencian melalui perbuatan hanya terbatas pada penyebaran kebencian yang didasarkan pada ras dan etnis belaka.

60. Frasa "melakukan perbuatan" dalam Pasal 156a KUHP dapat diartikan dalam konteks penyebaran kebencian yang diwujudkan melalui tindakan akan tetapi dalam praktiknya, kasus-kasus yang terkait dengan pasal ini merupakan perbuatan dalam ranah ucapan. Meskipun demikian, penyebaran kebencian berdasarkan identitas agama tidak bisa diartikan sebagai "kebencian terhadap agama" melainkan harus diartikan"kebencian terhadap individu atau kelompok karena identitas agamanya."

61. Pembedaan ini sangat esensial karena menyangkut tujuan obyektif hukum—bukan subyektif—untuk memperlakuka sebuah perbuatan berdasarkan standar yang pasti demi keadilan, kebermanfaatan dan kepastian hukum. Mendefinisikan penyebaran kebencian berdasarkan agama sebagai "kebencian terhadap agama" justru kontraproduktif dengan tujuan hukum sebab hanya didasarkan pada "perasaan subyektif" penganut agama tertentu yang tidak mewakili dan tidak

merepresentasikan aspek diskriminatif terhadap seluruh komunitas dari agama terkait.

62. Sebagai sebuah peraturan yang secara khusus mengatur tindak pidana penyebaran kebencian dalam jaringan *(online hate speech)*, UU ITE bukan peraturan yang komprehensif dan integral.

63. Selain itu, rumusan Pasal 28 ayat (2) terlalu sumir sehingga menimbulkan multiinterpretasi yang berpotensi melahirkan peradilan sesat *(miscarriages of justice)*. Sejumlah frasa seperti "menyebaran informasi" dan "yang ditujukan menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan" dibiarkan begitu saja tanpa diiringi dengan rumusan pasal lain yang memberi definisi sebagai pedoman.

I. Rekomendasi

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

65. Indonesia telah menjamin kebebasan berekspresi dan berpendapat dalam Konstitusinya yaitu Pasal 28 F UUD 1945 dan dalam berbagai Undang-Undang diantaranya UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi oleh Indonesia dengan UU No 12 Tahun 2005. Oleh karenanya, hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat merupakan salah satu hak dasar terkuat dalam sistem hukum nasional karena jelas dilindungi oleh Konstitusi dan sejumlah instrumen hukum lainnya. pelanggaran atas hak-hak tersebut bukan saja melanggar hukum tetapi juga melanggar hak-hak konstitusional warga negara.

66. Indonesia telah meratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik pada tahun 2005 sehingga berdasarkan pasal 2 Kovenan tersebut Indonesia harus: (a) berjanji untuk menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya, tanpa pembedaan apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat lain, asal-usul kebangsaan atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya. (b) apabila belum diatur dalam ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lainnya yang ada, setiap Negara Pihak dalam Kovenan ini berjanji untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan, sesuai dengan proses konstitusinya dan dengan ketentuan – ketentuan dalam Kovenan ini, untuk menetapkan ketentuan perundang-undangan atau kebijakan lain yang diperlukan untuk memberlakukan hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini. dan (c) menjamin

bahwa setiap orang yang hak-hak atau kebebasannya diakui dalam Kovenan ini dilanggar, akan memperoleh upaya pemulihan yang efektif, walaupun pelanggaran tersebut dilakukan oleh orang-orang yang bertindak dalam kapasitas resmi.

67. Berdasarkan Pasal 2 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik, Indonesia wajib menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam Kovenan ini (termasuk hak atas kebebasan berekspresida dan berpendapat) bagi semua orang yang berada dalam wilayahnya dan tunduk pada wilayah hukumnya. Artinya, Indonesia seharusnya melakukan perubahan terhadap segala undang-undang dan peraturan yang bertentangan dengan pasal hak-hak yang dijamin dalam Kovenan.

68. Hukum Indonesia yang terkait dengan ujaran kebencian dan penodaan agama diantaranya Pasal 28 ayat(2) dan Pasal 156 dan 156a KUHP adalah ketentuan yang bertentangan dengan ketentuan internasional hak asasi manusia termasuk konsep ujaran kebencian secara umum. Hal ini mengakibatkan tidak terpenuhinya jaminan hak sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 19 Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik termasuk pengaturan pembatasan yang diperbolehkan. Ketentuan dalam Pasal 28 ayat (2) dan Pasal 156 KUHP dan praktik yang selama ini berlangsung merupakan ancaman nyata terhadap jaminan kebebasan bereskpresi dan berpendapat;

69. Penggunaan pasal 28 ayat (2) UU ITE dan Pasal 156 dan 156a KUHP untuk mendakwa Alnoldy Bahari tidak memenuhi prinsip ujaran kebencian dan penodaan agama karena tidak terpenuhinya unsur "bertujuan menghasut" sebagai salah satu unsur tindak Pidana. Maka, penggunaan pasal-pasal tersebut terhadap Alnoldy Bahari justru tidak sejalan dengan Pasal 19 ayat (2) Kovenan Internasional Hak Sipil politik;

70. Majelis Hakim perkara nomor 28/Pid.Sus/2018/PN Pdl di Pengadilan Negeri Pandeglang, sepatutnya memberikan putusan bebas terhadap Terdakwa Alnoldy Bahari. Karena kasus ini akan memperpanjang korban dari ketentuan Pidana yang bertentangan dengan Hukum Hak Asasi Manusia, dan semakin memperburuk situasi kebebasan berekspresi di Indonesia;

71. Jikalau Pengadilan akan menerima Pasal 28 ayat (2) Pasal 156 KUHP dan Pasal 156a KUHP sebagai suatu norma yang berlaku dan eksis, Pengadilan harus menerapkan secara hati-hati termasuk dalam menerjemahkan adanya ancaman 'tindakan' terjadinya permusuhan dan kebencian atas dikemukakannya pendapat atau ekspresi Terdakwa Alnoldy Bahari. Hal ini dikarenakan adanya tanggung jawab pengadilan untuk melihat jaminan hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat sebagaimana dijamin dalam Konstitusi UU Hak Asasi Manusia dan UU No.12 Tahun 2005 Ratifikasi Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik.

PROFIL ELSAM

Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (*Institute for Policy Research and Advocacy*), disingkat ELSAM, adalah organisasi advokasi kebijakan, berbentuk Perkumpulan, yang berdiri sejak Agustus 1993 di Jakarta. Tujuannya turut berpartisipasi dalam usaha menumbuhkembangkan, memajukan dan melindungi hak-hak sipil dan politik serta hak-hak asasi manusia pada umumnya – sebagaimana diamanatkan oleh konstitusi UUD 1945 dan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa. Sejak awal, semangat perjuangan ELSAM adalah membangun tatanan politik demokratis di Indonesia melalui pemberdayaan masyarakat sipil lewat advokasi dan promosi hak asasi manusia (HAM).

VISI: Terciptanya masyarakat dan negara Indonesia yang demokratis, berkeadilan, dan menghormati hak asasi manusia.

MISI: Sebagai sebuah organisasi non pemerintah (Ornop) yang memperjuangkan hak asasi manusia, baik hak sipil-politik maupun hak ekonomi, sosial, dan budaya secara tak terpisahkan.

KEGIATAN UTAMA: 1) Studi kebijakan dan hukum yang berdampak pada hak asasi manusia**; 2)** Advokasi hak asasi manusia dalam berbagai bentuknya**; 3)** Pendidikan dan pelatihan hak asasi manusia; 4) Penerbitan dan penyebaran informasi hak asasi manusia

PROGRAM KERJA: 1) Pengintegrasian prinsip dan norma hak asasi manusia dalam kebijakan dan hukum negara; 2) pengintegrasian prinsip dan norma hak asasi manusia dalam kebijakan tentang operasi korporasi yang berhubungan dengan masyarakat local; dan 3) penguatan kapasitas masyarakat sipil dalam memajukan hak asasi manusia

Alamat :
Jl. Siaga II No. 31, Pejaten Barat, Pasar Minggu, Jakarta Selatan, Indonesia - 12510
Tel: +62 21 7972662, 79192564, Fax: +62 21 79192519,
Surel: office@elsam.or.id Laman: www.elsam.or.id
Twitter: @elsamnews dan @elsamlibrary
Facebook: www.facebook.com/elsamjkt

