



EKSPRESI BUKAN OBJEK REPRESI

PENDAPAT TERTULIS SEBAGAI **AMICUS CURIAE (SAHABAT PENGADILAN)**
DALAM PERKARA PIDANA NOMOR: 890/PID.SUS/2022/PN JKT.BRT DI
PENGADILAN NEGERI JAKARTA BARAT ATAS NAMA TERDAKWA KRMT ROY
SURYO NOTODIPROJO

DIAJUKAN OLEH:
LEMBAGA BANTUAN HUKUM (LBH) JAKARTA



JAKARTA, 14 DESEMBER 2022

KEPENTINGAN LEMBAGA BANTUAN HUKUM (LBH) JAKARTA SEBAGAI *AMICI*¹

1. Bahwa **Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Jakarta** didirikan atas gagasan yang disampaikan pada Kongres Persatuan Advokat Indonesia (Peradin) ke III tahun 1969. Gagasan tersebut mendapat persetujuan dari Dewan Pimpinan Pusat Peradin melalui Surat Keputusan Nomor 001/Kep/10/1970 tanggal 26 Oktober 1970 yang isi penetapan pendirian Lembaga Bantuan Hukum Jakarta dan Lembaga Pembela Umum yang mulai berlaku tanggal 28 Oktober 1970.
2. LBH Jakarta bergerak di bidang pemberian bantuan hukum secara cuma-cuma bagi masyarakat miskin, buta hukum, dan tertindas. Sejak berdirinya, LBH Jakarta telah aktif mengadvokasi berbagai isu publik dan kasus hukum yang sejalan dengan visi perwujudan demokrasi substantif, penegakan Hak Asasi Manusia (HAM), dan perubahan struktural atas relasi kuasa yang timpang antara pihak-pihak yang berkuasa dan masyarakat.
3. Dalam Pasal 5 Anggaran Dasar Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI)—payung organisasi LBH Jakarta—disebutkan bahwa YLBHI mempunyai maksud dan tujuan untuk memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma, memajukan pengertian dan penghormatan terhadap nilai-nilai negara hukum dan martabat serta hak asasi manusia, berperan aktif dalam proses pembentukan hukum, penegakan hukum dan pembaruan hukum sesuai dengan konstitusi, Deklarasi Umum Hak-Hak Asasi Manusia, dan memajukan serta mengembangkan program-program yang mengandung dimensi keadilan dalam bidang politik, sosial, ekonomi, budaya, dan gender dengan fokus tetapnya pada bidang hukum.
4. Bahwa LBH Jakarta memiliki salah satu visi untuk “mewujudkan suatu sistem hukum dan administrasi yang mampu menyediakan tata-cara dan lembaga-lembaga melalui mana setiap pihak dapat memperoleh dan menikmati keadilan hukum (*a fair and transparent institutionalized legal-administrative system*).”
5. Bahwa untuk mewujudkan misi tersebut di atas, LBH Jakarta memiliki misi:
 - 1) Menanamkan, menumbuhkan, dan menyebarluaskan nilai-nilai negara hukum yang berkeadilan sosial, demokratis serta menjunjung tinggi HAM kepada seluruh lapisan masyarakat Indonesia tanpa terkecuali, berdasarkan Pancasila dan UUD 1945;
 - 2) Mempelopori, mendorong, mendampingi, dan mendukung program pembentukan hukum, penegakan keadilan hukum dan pembaharuan hukum nasional sesuai dengan Konstitusi yang berlaku dan Deklarasi Umum HAM (untuk selanjutnya disebut “**DUHAM**”) yang tanggap terhadap kepentingan lapisan masyarakat lemah dan miskin.
6. Bahwa dalam menjalankan misinya untuk “mempelopori, mendorong, mendampingi, dan mendukung program pembentukan hukum, penegakan keadilan hukum dan pembaharuan hukum nasional sesuai dengan Konstitusi yang berlaku dan Deklarasi Umum HAM”, LBH Jakarta kerap terlibat dalam advokasi kasus-kasus pelanggaran kebebasan berpendapat dan berekspresi maupun kasus-kasus yang berdimensi pelanggaran kebebasan beragama dan berkeyakinan, di antaranya – termasuk namun tidak terbatas pada:

¹ *Amici* adalah pengaju—orang atau organisasi—pendapat tertulis sebagai *amicus curiae* dalam suatu perkara.

- 1) Tergabung dalam Tim Advokasi Kebebasan Beragama sebagai kuasa hukum dari Para Pemohon Individual dalam perkara uji materi UU No.1/PNPS/1965 pada 2009;
 - 2) Bertindak selaku kuasa hukum Deden Sujana, Jemaat Ahmadiyah yang dikriminalisasi dengan Pasal 212 KUHP karena membela diri dari serangan kelompok-kelompok yang hendak menyerang pemukiman warga Ahmadiyah di Pengadilan Negeri Serang pada 2011;
 - 3) Tergabung dalam Tim Advokasi Hak Atas Kebebasan Beragama Atau Berkeyakinan (TAKBIR) yang memberikan bantuan hukum pada perkara dugaan penodaan agama dan makar terhadap eks-anggota Gerakan Fajar Nusantara (Gafatar), yaitu Mahful Muis, Drs. H. Abdussalam, dan Andry Cahya. di Pengadilan Negeri Jakarta Timur pada 2017;
 - 4) Bertindak selaku kuasa hukum dalam perkara dugaan ujaran kebencian terhadap Alnodly Bahari di Pengadilan Negeri Pandeglang pada 2019;
 - 5) Tergabung dalam Tim Advokasi Untuk Demokrasi (TAUD) yang memberikan bantuan hukum terhadap Moh. Jumhur Hidayat (Mantan Kepala BNP2TKI) dalam perkara dugaan ujaran kebencian dan penyebaran berita bohong di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan pada 2021.
7. Bahwa selain advokasi litigasi, LBH Jakarta juga konsisten dalam mendorong pemajuan negara hukum, HAM, dan Demokrasi, antara lain dengan menerbitkan berbagai publikasi mengenai pelanggaran HAM di antaranya yang berkaitan dengan kebebasan berpendapat dan berekspresi. Adapun kampanye dan publikasi tersebut dapat dilihat pada website www.bantuanhukum.or.id; akun *Instagram*: @lbh_jakarta, akun *Twitter*: @lbh_jakarta; dan akun *Facebook*: LBH Jakarta;
8. Bahwa dengan demikian, LBH Jakarta sangat memiliki kepentingan dalam memberikan pendapat serta pandangannya kepada Pengadilan *in casu* Majelis Hakim yang memeriksa dan mengadili perkara **Pidana Nomor: 890/Pid.Sus/2022/Pn Jkt.Br** di **Pengadilan Negeri Jakarta Barat Atas Nama Terdakwa KRMT Roy Suryo Notodiprojo**;

TENTANG *AMICUS CURIAE*

9. Asal usul *amicus curiae* berasal dari Hukum Romawi. Sejak abad ke-9, praktek ini mulai lazim di negeri-negeri dengan tradisi sistem hukum *common law*, khususnya di pengadilan tingkat banding atau pada kasus-kasus besar dan penting. Selanjutnya pada abad ke-17 dan 18, partisipasi dalam *amicus curiae* secara luas tercatat dalam *All England Report*.²
10. *Amicus Curiae* adalah istilah hukum, yang secara harfiah berasal dari bahasa Latin yang berarti "*friend of the court*" atau sahabat pengadilan. Mahkamah Agung Amerika Serikat mendefinisikan *amicus curiae* sebagai:³

"person or group who is not a party to a lawsuit, but has a strong interest in the matter, will petition the court for permission to submit a brief in the action with the intent of influencing the court's decision."

11. Menurut Siti Aminah, unsur-unsur *amicus curiae* dapat diuraikan sebagai berikut:⁴
 - a. Seseorang, sekumpulan orang atau organisasi yang tidak memiliki hubungan dan kepentingan dengan para pihak dalam satu perkara,
 - b. memiliki ketertarikan dan berkepentingan terhadap hasil putusan pengadilan,
 - c. dengan cara memberikan pendapat/informasi berdasarkan kompetensinya tentang masalah hukum atau fakta hukum atau hal lain yang terkait kasus tersebut ke pengadilan,
 - d. untuk membantu pengadilan dalam memeriksa dan memutus perkara (menjadi sahabat),
 - e. secara sukarela dan prakarsa sendiri, atau karena pengadilan memintanya,
 - f. dalam bentuk memberikan "pendapat hukum" (legal opinion), atau memberikan keterangan di persidangan, atau melalui karya ilmiah.
 - g. ditujukan untuk kasus-kasus berkaitan dengan kepentingan publik,
 - h. hakim tidak memiliki kewajiban untuk mempertimbangkannya dalam memutus perkara.
12. Meskipun praktik *amicus curiae* lazim dipergunakan di negara dengan sistem hukum *common law*, hal ini tidak berarti praktik ini tidak ada atau tidak diterapkan di Indonesia. Jika merujuk pada semangat *amicus curiae*, yakni untuk membantu hakim agar adil dan bijaksana dalam memutus suatu perkara, maka hal ini telah diakui dan dipraktekan dalam sistem hukum di Indonesia. *Amicus curiae* pernah diajukan dalam beberapa perkara seperti di antaranya:
 - a. *Amicus Curiae* yang diajukan kelompok pegiat kemerdekaan pers kepada Mahkamah Agung terkait dengan peninjauan kembali kasus majalah Time lawan Soeharto pada 1999;
 - b. *Amicus Curiae* dalam perkara gugatan *class action* Perbuatan Melawan Hukum ganti kerugian korban eks tahanan politik 1965 oleh The Centre on Housing Rights and Eviction (COHRE) pada 2005;
 - c. *Amicus Curiae* dalam perkara Prita Mulyasari dalam No Perkara: 1269/PID.B/2009/PN.TNG, diajukan oleh ELSAM, ICJR, IMDLN, PBHI, dan YLBHI pada 2009;

² Siti Aminah, *Menjadi Sahabat Keadilan Panduan Menyusun Amicus Brief*, ILRC-HIVOS, Jakarta, 2014, hal. 11

³ *Ibid*, hal. 8.

⁴ *Ibid*, hal.11.

- d. Amicus curiae dalam perkara Praperadilan atas Surat Ketetapan Penghentian Penuntutan Bibit-Chandra yang diajukan sekelompok akademisi, yaitu Hamid Chalid, Topo Santoso, Ningrum Sirait, Laode Syarif, dan Edward O.S. Hiariej pada 2010;
 - e. Amicus curiae dalam perkara pembunuhan berencana terhadap aktivis tani Salim Kancil dan Tosan & pelanggaran Izin Usaha Tambang oleh PT. IMMS di pantai Watu Pecak, Lumajang, Jawa Timur yang diajukan oleh Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Jakarta pada 2016;
 - f. Amicus curiae dalam perkara dugaan penodaan agama Basuki Tjahaja Purnama Als. Ahok yang diajukan oleh Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Jakarta pada 2017;
 - g. Amicus Curiae dalam kasus Baiq Nuril dengan nomor register perkara 265/Pid.Sus/2017/PN Mtr di Pengadilan Negeri Mataram, Korban Pelecehan seksual yang menjadi tersangka Pasal 27 ayat (1) UU ITE pada 2017;
 - h. Amicus curiae dalam perkara Stella Monica yang diajukan oleh ICJR pada 2021.
13. Kewajiban Hakim untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman membuka seluas-luasnya informasi dan pendapat dari berbagai kalangan, baik yang menjadi para pihak yang berperkara, maupun melalui masukan dari pihak di luar para pihak yang berperkara, termasuk di dalamnya ruang bagi *amicus curiae*.

BAB I KRONOLOGI KASUS

14. Terdakwa Roy Suryo, sekitar bulan Juni 2022 melihat adanya unggahan yang *viral* di media sosial Twitter terkait foto meme Stupa Borobudur yang bagian wajah stupanya telah direkayasa dan diubah menjadi foto yang menampilkan Presiden Joko Widodo. Kemudian, Terdakwa Roy Suryo melakukan tangkapan layar (*screenshot*) foto meme tersebut.
15. Pada 10 Juni 2022, Terdakwa Roy Suryo mengunggah hasil tangkapan layar berupa meme tersebut melalui akun twitternya dengan *username*: @KMRTRoySuryo2 dengan kalimat atau *caption*:

“Mumpung akhir pekan yang ringan2 saja Twit-nya. Sejalan dengan protes rencana kenaikan harga tiket naik candi Borobudur (dari 50 ribu ke 750 ribu (sdh sewarasnya) ditunda itu, banyak kreativitas netizen mengubah salah satu stupa terbuka yang ikonik di Borobudur itu, lucu hehehe Ambyar”

16. Pada 17 Juni 2022, perwakilan Dharmapala Nusantara, salah satu organisasi umat Buddha di Indonesia melaporkan Terdakwa Roy Suryo ke Polda Metro Jaya karena perbuatan Terdakwa Roy Suryo tersebut dianggap melecehkan agama Buddha. Namun, laporan tersebut ditolak.
17. Pada 20 Juni 2022, Dharmapala Nusantara kembali melaporkan Terdakwa Roy Suryo ke ke Bareskrim Mabes Polri dan diterima. Pada saat bersamaan, terdapat laporan lain atas nama pelapor Pribadi Kurniawan Santosa ke Polda Metro jaya dan diterima.
18. Perkara ini terus bergulir hingga Jaksa Penuntut Umum melimpahkan berkas perkara *a quo* ke Pengadilan Negeri Jakarta Barat dan membacakan surat dakwaan di sidang pertama pada 12 Oktober 2022.
19. Penuntut umum menyatakan perbuatan Terdakwa Roy Suryo sengaja menyebarkan informasi yang menimbulkan rasa kebencian terhadap individu dan kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antar golongan (SARA) sebagaimana Pasal 28 ayat (2) Jo. Pasal 45A UU No. 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan atas UU No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (untuk selanjutnya disebut “**UU ITE**”). Terdakwa Roy Suryo juga dinilai sengaja melakukan perbuatan yang sifatnya menodai suatu agama tertentu di Indonesia sebagaimana Pasal 156a Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (untuk selanjutnya disebut “**KUHP**”). Terdakwa Roy Suryo juga dinilai telah menyebarkan kabar yang tidak dapat dipastikan kebenarannya dan dapat menimbulkan keonaran di masyarakat sebagaimana Pasal 15 UU No.1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana.
20. LBH Jakarta sangat menyayangkan proses hukum yang dijalankan terhadap Terdakwa Roy Suryo dengan nomor perkara 890/PID.SUS/2022/PN JKT.BRT. dengan alasan-alasan yang akan dijabarkan dalam bab berikutnya.

BAB II
PENDAPAT SEBAGAI AMICI

A. MEME MERUPAKAN KEBEBASAN BERPENDAPAT DAN BEREKSPRESI DENGAN BENTUK ARTISTIK (*ARTISTIC EXPRESSION*) DALAM MENYUARAKAN ISU PUBLIK

21. Kebebasan berpendapat dan berekspresi merupakan salah satu aspek penting demokrasi. Negara yang demokratis tercermin dari adanya perlindungan terhadap kebebasan berkumpul, mengemukakan pendapat, dan diskusi terbuka.
22. Bahwa dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara yang demokratis, kemerdekaan menyatakan pikiran dan pendapat sesuai dengan hati nurani dan hak memperoleh informasi dan informasi publik, merupakan hak asasi manusia yang paling hakiki. Perlindungan akan kebebasan berpendapat dan berekspresi dapat mendukung pengawasan, kritik, dan saran terhadap penyelenggaraan pemerintahan. Perlindungan ini penting untuk menegakkan keadilan dan kebenaran, memajukan kesejahteraan umum, dan mencerdaskan kehidupan bangsa.
23. Bahwa salah satu tujuan dari negara demokrasi adalah membentuk situasi perlindungan dan penegakan hak asasi manusia. Hal ini tercermin dalam Pasal 21 ayat (3) DUHAM yang menyatakan:

Pasal 21 ayat (3) DUHAM

“Kehendak rakyat harus menjadi dasar kekuasaan pemerintah; kehendak ini harus dinyatakan dalam pemilihan umum yang dilaksanakan secara berkala dan murni, dengan hak pilih yang bersifat umum dan sederajat, dengan pemungutan suara secara rahasia ataupun dengan prosedur lain yang menjamin kebebasan memberikan suara.”

24. Bahwa Pasal 28F Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (untuk selanjutnya disebut “**UUD NRI 1945**”) menyatakan:

Pasal 28F UUD NRI 1945

“Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.”

25. Bahwa Pasal 19 ayat (2) Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik sebagaimana diratifikasi oleh Republik Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan *International Covenant On Civil And Political Rights* (Kovenan Internasional Tentang Hak-Hak Sipil Dan Politik) (untuk selanjutnya disebut “**KIHSP**”), melindungi semua bentuk ekspresi dan cara penyebarannya. Bentuk seperti itu termasuk bahasa lisan, tulisan dan isyarat dan ekspresi non-verbal seperti gambar dan objek seni. Sarana ekspresi termasuk buku, koran, pamflet, poster, spanduk, pakaian dan pengaduan/permohonan hukum. Kebebasan mencakup pula semua bentuk mode ekspresi audio-visual serta elektronik dan berbasis internet.
26. Bahwa Pasal 23 ayat (2) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia (untuk selanjutnya disebut “**UU HAM**”) menjamin bahwa setiap orang memiliki kebebasan untuk mempunyai, mengeluarkan dan menyebarkan pendapat sesuai hati nuraninya, secara lisan dan

atau tulisan melalui media cetak maupun elektronik dengan memperhatikan nilai-nilai agama, kesusilaan, ketertiban, kepentingan umum, dan keutuhan bangsa.

27. Bahwa sebagai salah satu bagian dari kebebasan berpendapat dan berekspresi, ekspresi seni merupakan hal penting bagi setiap orang, secara individu maupun dalam komunitas bersama-sama dengan individu lainnya untuk membangun dan mengekspresikan kemanusiaannya. Mereka menciptakan, menggunakan, atau terikat dengan ekspresi dan penciptaan seni. Fungsi kesenian dapat sebagai bentuk ritual-ritual yang sifatnya religius, sarana mengemukakan ekspresi estetik, penyampaian pandangan politik, dan menegaskan identitas kultural.
28. Bahwa jika dikaitkan dengan apa yang dilakukan oleh Terdakwa Roy Suryo sebagaimana dijelaskan di kronologi kasus, maka meme—yang terlebih dahulu tersebar di media sosial twitter— yang ia sebarakan beserta *caption* di dalamnya merupakan bentuk ekspresi politik dalam menyuarakan isu publik mengenai komersialisasi wisata budaya Candi Borobudur dan disampaikan melalui bentuk atau medium artistik —dalam hal ini *meme*. Hal tersebut jelas dilindungi berdasarkan rezim hukum dan HAM baik nasional maupun internasional.

B. UNGGAHAN TERDAKWA ROY SURYO BUKAN MERUPAKAN PENDAPAT DAN EKSPRESI YANG DILARANG DALAM DISKURSUS HAM INTERNASIONAL

29. Bahwa kebebasan berpendapat dan berekspresi masuk dalam kategori hak yang dapat dibatasi (*derogable rights*). Pembatasan terhadapnya dibatasi dengan pembatasan yang sangat terbatas dan harus dibuat dengan hati-hati dan harus sesuai dengan ketentuan Pasal 19 ayat (3) KIHSP, Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945, maupun prinsip-prinsip pembatasan yang diakui, seperti Prinsip Siracusa, Standar Minimum Paris, Prinsip Johannesburg, Prinsip Camden, dan Rencana & Aksi Rabat.
30. Bahwa KIHSP menjamin bahwa pendapat dan segala bentuk ekspresi dilindungi kebebasannya, dan apabila Negara membatasi maka harus memenuhi persyaratan sebagaimana sudah dijelaskan sebelumnya. Namun demikian, terdapat bentuk-bentuk ekspresi yang tidak dilindungi, bahkan Negara berkewajiban untuk melarangnya dalam yurisdiksi masing-masing. Hal tersebut dapat dilihat dalam Pasal 20 KIHSP yang menyatakan sebagai berikut:
 1. *Segala propaganda untuk perang harus dilarang oleh hukum.*
 2. *Segala advokasi yang menganjurkan kebencian atas dasar kebangsaan, ras atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan harus dilarang oleh hukum.*
31. Bahwa *Rabat Plan of Action* juga memberikan enam faktor (*six-part test*) untuk menguji tingkat keseriusan suatu hasutan yang dikecualikan dari bentuk-bentuk ekspresi yang dilindungi. Hal tersebut adalah sebagai berikut:
 - a. **Konteks sosial dan politik** pada saat pidato dibuat dan disebarluaskan;
 - b. **Status pembicara**, khususnya posisi individu atau organisasi yang melakukan hasutan dalam konteks penonton kepada siapa pidato diarahkan;
 - c. **Niat**, yang berarti bahwa kelalaian dan kecerobohan tidak cukup untuk dianggap pelanggaran berdasarkan Pasal 20 KIHSP, yang menyatakan bahwa distribusi atau sirkulasi belaka tidak sama dengan advokasi atau hasutan;

- d. **Isi dan bentuk pidato**, khususnya sejauh mana pidato itu provokatif dan langsung, serta bentuk, gaya, sifat argumen yang digunakan;
 - e. **Luas atau jangkauan ujaran**, seperti luas dan jumlah pendengarnya, termasuk apakah itu selebaran tunggal atau disiarkan di media arus utama atau melalui internet, frekuensi, jumlah dan luasnya komunikasi, apakah audiens memiliki sarana untuk menindaklanjuti hasutan;
 - f. **Kemungkinan yang ditimbulkan**, termasuk yang akan segera terjadi, yang berarti bahwa beberapa tingkat risiko kerugian harus diidentifikasi, termasuk melalui penentuan (oleh pengadilan, sebagaimana disarankan dalam *Rabat Plan of Action*) mengenai kemungkinan masuk akal bahwa pidato akan berhasil menghasut dilakukannya tindakan nyata terhadap kelompok sasaran.
32. Bahwa jika dilihat dari segi muatan konten ekspresi atau pendapat, berdasarkan *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, paragraph 20 – 36* terdapat beberapa ekspresi dan pendapat yang dilarang (dengan atau tanpa ancaman pidana), yaitu apabila berkaitan dengan:
- 1. *Pornografi anak;*
 - 2. *Seruan untuk mendorong tindakan yang mengarah ke genosida;*
 - 3. *Advokasi kebencian berbasis ras, agama, ataupun kebangsaan yang merupakan ajakan untuk mendiskriminasi, permusuhan, ataupun kekerasan; dan*
 - 4. *Ajakan kepada terorisme.*
33. Bahwa jika dikaitkan dengan apa yang dilakukan oleh Terdakwa Roy Suryo sebagaimana dijelaskan di kronologi kasus, maka unggahannya tersebut merupakan bentuk ekspresi politik dalam menyuarakan isu publik mengenai komersialisasi wisata budaya Candi Borobudur dan bukan ekspresi yang dilarang.

C. PASAL 28 AYAT (2) UU ITE HARUS DIDASARI MOTIF MEMBANGKITKAN RASA KEBENCIAN DAN/ATAU PERMUSUHAN ATAS DASAR SARA

34. Bahwa jika dilihat, corak kesengajaan dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE adalah “sengaja sebagai maksud (*opzet als oogmerk*)”. Hal tersebut dapat dilihat pada frasa “yang ditujukan untuk” dalam rumusan redaksional Pasal 28 ayat (2) UU ITE.
35. Bahwa menurut Eddy O.S. Hiariej, suatu kesengajaan sebagai maksud merupakan suatu bentuk kesengajaan dimana “motif seseorang melakukan perbuatan, tindakan, dan akibatnya benar-benar terwujud.”⁵
36. Bahwa dengan corak kesengajaan berupa “sengaja sebagai maksud (*opzet als oogmerk*)” sudah barang tentu mengandung motif di dalamnya. Adapun yang dimaksud dengan motif adalah hal yang mendorong seseorang untuk melakukan suatu perbuatan (*driving force*). Jika dikaitkan dengan tindak pidana, maka motif menjadi dorongan yang terdapat dalam sikap batin atau niat pelaku untuk melakukan tindak pidana. Motif dapat digambarkan sebagai tujuan mendasar dari suatu tindakan yang menggerakkan niat seseorang.

⁵ Eddy O.S. Hiariej, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014, hal. 136.

37. Bahwa pentingnya pembuktian motif dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE dipertegas dalam halaman 18 Lampiran Surat Keputusan Bersama (SKB) Menteri Komunikasi dan Informatika, Jaksa Agung, dan Kapolri masing-masing No.229, 154, dan KB/2/VI Tahun 2022 Tentang Pedoman Implementasi atas Pasal Tertentu dalam UU Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik Sebagaimana Telah Diubah dengan UU Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan atas UU Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (untuk selanjutnya disebut “**SKB Pedoman Implementasi UU ITE**”) yang menyatakan:

“d. Perbuatan yang dilarang dalam pasal ini motifnya membangkitkan rasa kebencian dan/atau permusuhan atas dasar SARA. Aparat Penegak Hukum harus membuktikan motif membangkitkan yang ditandai dengan adanya konten mengajak, mempengaruhi, menggerakkan masyarakat, menghasut/mengadu domba dengan tujuan menimbulkan kebencian, dan/atau permusuhan.”

38. Bahwa dengan demikian, Penuntut Umum dalam perkara *a quo* harus dapat membuktikan bahwa perbuatan yang ia dakwaan dengan Pasal 28 ayat (2) UU ITE dilatari dengan motif membangkitkan rasa kebencian dan/atau permusuhan atas dasar SARA;

D. PASAL 28 AYAT (2) UU ITE TIDAK DITUJUKAN UNTUK MEMIDANA SESEORANG YANG MENYAMPAIKAN PENDAPAT, PERNYATAAN TIDAK SETUJU, ATAU KETIDAKSUKAAN PADA INDIVIDU ATAU KELOMPOK MASYARAKAT

39. Bahwa berdasarkan halaman 19 SKB Pedoman Implementasi UU ITE disebutkan bahwa:

“Penyampaian pendapat, pernyataan tidak setuju atau tidak suka pada individu atau kelompok masyarakat tidak termasuk perbuatan yang dilarang, kecuali yang disebarkan itu dapat dibuktikan ada upaya melakukan ajakan, mempengaruhi, dan/atau menggerakkan masyarakat, menghasut/mengadu domba untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan berdasar isu sentimen perbedaan SARA.”

40. Bahwa jika dilihat pada bagian kronologi kasus, Terdakwa Roy Suryo hanya mengunggah meme – yang terlebih dahulu tersebar di media sosial twitter–beserta *caption* di dalamnya merupakan bentuk ekspresi politik dalam menyuarakan isu publik mengenai ketidaksetujuannya terhadap komersialisasi wisata budaya Candi Borobudur. Terlebih, hal tersebut disampaikan secara damai di ruang digital.

E. PASAL 28 AYAT (2) UU ITE MERUPAKAN DELIK MATERIIL SEHINGGA AKIBAT DARI PERBUATAN YANG DIDAKWAKAN BERUPA “RASA KEBENCIAN ATAU PERMUSUHAN INDIVIDU DAN/ATAU KELOMPOK MASYARAKAT TERTENTU BERDASARKAN ATAS SUKU, AGAMA, RAS, DAN ANTAR GOLONGAN (SARA)” WAJIB DIBUKTIKAN

41. Bahwa menurut Andi Hamzah, karakteristik delik materiil terlihat dengan adanya akibat yang timbul, dengan atau tanpa menyebut perbuatan tertentu.⁶ Jika dilihat dan dikaitkan dengan Pasal 28 ayat (2) UU ITE, maka frasa “*menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA)*” merupakan

⁶ Andi Hamzah, *Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2017, hal. 99.

akibat yang ditimbulkan dari suatu perbuatan dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE. Hal ini mengisyaratkan bahwa pasal ini merupakan delik materiil.

42. Bahwa ancaman pidana Pasal 28 ayat (2) UU ITE diatur lebih lanjut di dalam Pasal 45A ayat (2) UU ITE yang berbunyi sebagai berikut:

Pasal 45A ayat (2) UU ITE

*“Setiap orang yang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/ata kelompok masyarakat tertentu berdasarkan suku, agama, ras dan antargolongan (SARA) sebagaimana dimaksud **Pasal 28 ayat (2)** dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/ atau denda paling banyak Rp. 1.000.000.000 (satu milyar rupiah).”*

Menurut akademisi hukum pidana Fakultas Hukum Universitas Bina Nusantara, Dr. Ahmad Sofian, rumusan dalam Pasal 45A ayat (2) UU ITE yang mengancam pidana perbuatan yang dilarang dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE merupakan delik materiil. Hal tersebut selengkapnya ia nyatakan sebagai berikut:⁷

“...delik yang dirumuskan dalam Pasal 45A ayat (1) dan (2) dirumuskan secara materiil, ini artinya selain unsur perbuatan yang harus dipenuhi, maka unsur akibat yang dilarang juga harus muncul, dan harus ada hubungan antara perbuatan dengan timbulnya akibat tersebut, dan akibat ini pun harus bisa diukur.”

F. DELIK PENODAAN AGAMA TELAH KEHILANGAN RELEVANSINYA DALAM TATANAN MASYARAKAT DEMOKRATIS SEHINGGA SUDAH SEPATUTNYA TIDAK DIGUNAKAN DALAM PENEGAKAN HUKUM PIDANA SAAT INI
--

43. Bahwa dari sudut pandang kesejarahan, delik penodaan agama terbentuk di masa darurat dan adanya ketegangan politik di mana terjadi saling menghina dan melecehkan atas dasar kekuatan dan ideologi masing-masing pihak. Selain itu, delik penodaan agama juga dikeluarkan karena adanya ketakutan atas tindakan-tindakan yang dilakukan oleh anggota Partai Komunis Indonesia (PKI).⁸
44. Bahwa jika dilihat dalam bagian umum Penjelasan UU 1/PNPS/1965, Dekrit Presiden 5 Juli 1959 – yang menandai dimulainya demokrasi terpimpin–merupakan salah satu dasar sekaligus konteks keberlakuan delik ini. Menurut Moeljarto Tjokrowinoto, demokrasi terpimpin lebih menekankan pada aspek “terpimpin”-nya sehingga menjerus pada kepada *disguised authocracy*. Dalam demokrasi terpimpin, yang ada bukannya demokrasi dengan partisipasi rakyat dalam proses pembuatan keputusan, akan tetapi yang terjadi hanyalah politisasi, dimana partisipasi rakyat terbatas pada pelaksanaan atas keputusan-keputusan yang telah dibuat oleh penguasa.⁹

⁷ Ahmad Sofian, *Tafsir Delik Menebar “Berita Bohong” dan “Kebencian”*, <https://business-law.binus.ac.id/2019/11/05/tafsir-delik-menebar-berita-bohong-dan-kebencian/>, diakses pada 12 Desember 2022.

⁸ Arsil, dkk., *Penafsiran terhadap Pasal 156a Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tentang Penodaan Agama (Analisis Hukum dan Hak Asasi Manusia)*, LelP, Jakarta, Hal. 29.

⁹ Moeljarto Tjokrowinoto, *Beberapa pikiran tentang Sistem Kepartaian di Indonesia*, Seksi Penerbitan Fakultas Sospol UGM, Yogyakarta, 1968, hal.7.

45. Bahwa selanjutnya, pasca orde lama tumbang, kesadaran akan buruknya produk hukum yang dibuat sejak Dekrit Presiden 5 Juli 1959—termasuk UU 1/PNPS/1965—telah ada. Pada 9 Juni 1966 DPR-Gotong Royong mengeluarkan memorandum yang diberi judul Memorandum DPR-GR Mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan Republik Indonesia. Setelahnya, diadakanlah Sidang Umum MPRS ke-IV tahun 1966 yang menghasilkan TAP MPRS Nomor XIX/MPRS/1966 tentang Peninjauan Kembali Produk-Produk Legislatif Negara Di Luar Produk MPRS yang tidak sesuai dengan UUD 1945. Salah satunya adalah peninjauan kembali terhadap semua Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden sejak Dekrit 5 Juli 1959;
46. Akan tetapi, meskipun telah diperingatkan dan diperpanjang batas waktunya 2 kali oleh Pimpinan MPRS, ternyata tugas yang diberikan kepada pemerintah (eksekutif) dan DPR-GR (legislatif) masa itu tidak juga selesai sampai dengan batas waktu yang telah ditentukan. Oleh karena, maka pemerintah orde baru mengeluarkan UU PNPS No. 5 Tahun 1969 yang secara serta merta langsung menjadikan semua Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden menjadi UU—di mana di dalamnya juga termasuk Penetapan Presiden No. 1/PNPS/1965. Sehingga dapat dilihat bahwa proses peninjauan kembali terhadap Penetapan Presiden No. 1/PNPS/1965 tidak berlangsung sebagaimana mestinya.
47. Bahwa dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009, secara terang dinyatakan bahwa delik penodaan agama perlu direvisi. Hal tersebut selengkapanya dinyatakan sebagai berikut:¹⁰

[3.71] Menimbang bahwa Mahkamah dapat menerima pandangan para ahli, seperti Andi Hamzah, Azyumardi Azra, Eddy OS Hiariej, Emha Ainun Nadjib, Siti Zuhro, Jalaludin Rakhmat, Ahmad Fedyani Saifuddin, Taufik Ismail, dan Yusril Ihza Mahendra, yang menyatakan *perlunya revisi terhadap UU Pencegahan Penodaan Agama, baik dalam lingkup formil perundang-undangan maupun secara substansi agar memiliki unsur-unsur materil yang lebih diperjelas sehingga tidak menimbulkan kesalahan penafsiran dalam praktik.*

48. Bahwa dalam negara demokratis, politik hukum haruslah melahirkan produk hukum yang terikat pada beberapa hal, yakni: asas legalitas, pembagian kekuasaan, jaminan hak-hak dasar warga, serta pengawasan terhadap tindakan pemerintah (hubungannya dengan eksistensi PTUN).¹¹ Untuk menjamin beberapa hal di atas, wujud konkret politik hukum haruslah diisi dengan partisipasi yang dilakukan secara bermakna (*meaningful participation*), sebagai bentuk pelibatan masyarakat yang sungguh-sungguh dalam proses legislasi dengan memperhatikan 3 aspek sebagaimana dimaksud dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 91/PUU-XVIII/2020 (hal. 393), yang merujuk pada: (a) **hak masyarakat untuk didengar pendapatnya** (*right to be heard*); (b) **hak masyarakat untuk dipertimbangkan pendapatnya** (*right to be considered*); dan (3) **hak masyarakat untuk mendapatkan penjelasan atau jawaban atas pendapat yang diberikan** (*right to be explained*);
49. Bahwa oleh karenanya, dalam konteks negara hukum Indonesia yang demokratis hari ini jelas bahwa penerapan UU PNPS No 1 Tahun 1965 dengan Pasal 156a KUHP mengenai penodaan agama menjadi tidak relevan, terlebih, saat ini telah dilakukan beberapa kali amandemen terhadap UUD NRI 1945 yang memuat perlindungan hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara Indonesia;

¹⁰ Poin 3.71 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009, hal. 304.

¹¹ Zainal Arifin Mochtar, *Politik Hukum Pembentukan Undang-Undang*, EA Books, Yogyakarta, 2022, hal. 19.

50. Bahwa dalam praktik peradilan, terdapat kaidah hukum yang lahir dalam putusan pengadilan, yang memberikan perangkat penafsiran bagi hakim agar dapat memutus perkara dengan mempertimbangkan perubahan kondisi sosial-kemasyarakatan yang konkret. Hal tersebut terdapat dalam **Putusan Mahkamah Agung 0395K/PID/1995** yang menyatakan:

“Bahwa dengan berjalannya waktu yang begitu panjang dimana tatanan kehidupan sosial politik telah mengalami perubahan yang sangat mendasar, maka hakim dalam menafsirkan undang-undang harus memperhatikan masalah sosial kemasyarakatan yang konkret.”

51. Bahwa dengan berubahnya konfigurasi politik serta kondisi sosial-kemasyarakatan dalam tatanan yang demokratis sebagaimana telah dijelaskan di atas, maka sudah sepatutnya Majelis Hakim dalam perkara *a quo* mengesampingkan dakwaan yang demikian.

G. DELIK PENODAAN AGAMA MERUPAKAN UPAYA TERAKHIR (*ULTIMUM REMEDIUM/THE LAST RESORT*) SETELAH ADA TINDAKAN FORMIL-ADMINISTRATIF DARI MENTERI AGAMA BERSAMA MENTERI/JAKSA AGUNG DAN MENDAGRI ATAU OLEH PRESIDEN

52. Bahwa sebagai bagian dari hukum publik, hukum pidana pada hakikatnya tidak tergantung dari kehendak individu yang *in concreto* langsung dirugikan, tetapi pelaksanaannya digantungkan pada negara yang diasumsikan sebagai representasi kepentingan umum.¹²
53. Bahwa yang membedakan antara hukum pidana dengan bidang hukum lain ialah sanksi hukum pidana merupakan pemberian ancaman penderitaan dan pengenaan penderitaan. Perbedaan demikian menjadi alasan untuk menganggap hukum pidana itu sebagai *ultimum remedium*, yaitu usaha terakhir guna memperbaiki tingkah laku manusia, serta memberikan tekanan psikologis agar orang lain tidak melakukan kejahatan. Oleh karena sanksinya bersifat penderitaan istimewa, maka penerapan hukum pidana sedapat mungkin dibatasi dengan kata lain penggunaannya dilakukan jika sanksi-sanksi hukum lain tidak memadai lagi.¹³
54. Bahwa salah satu contoh posisi *ultimum remedium* hukum pidana dapat dilihat dalam UU 1/PNPS/1965. Dalam ketentuan tersebut, sebelum seseorang dijatuhi pidana berdasarkan UU 1/PNPS/1965 terlebih dahulu harus ada tindakan dari Menteri Agama bersama Menteri/Jaksa Agung dan Menteri Dalam Negeri atau Presiden Republik Indonesia. Mengenai hal tersebut, Dr. Eva Achjani Zulfa, S.H., M.H, akademisi hukum pidana pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia dalam keterangannya sebagai ahli dalam perkara pidana nomor: 1107/Pid.Sus/2016/PN.Jkt.Tim atas nama terdakwa Mahful Muis, Drs. H. Abdussalam, dan Andry Cahya, eks-anggota Gerakan Fajar Nusantara (Gafatar) di Pengadilan Negeri Jakarta Timur menyatakan:¹⁴

“Norma yang terkandung pada Pasal 4 juga terikat dengan norma pada Pasal 3 (UU 1/PNPS/1965), sehingga sudah seharusnya sebelum seseorang dapat dijatuhi pidana berdasarkan ketentuan Pasal 4, terlebih dahulu harus ada tindakan dari Menteri Agama bersama Menteri/Jaksa Agung dan Mendagri atau oleh Presiden.”

¹² Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia*, Refika Aditama, Jakarta, 2003, hal. 14.

¹³ J.M. van Bemmelen, *Hukum Pidana*, Binacipta, Jakarta, 1984, hal. 13.

¹⁴ LBH Jakarta, *Ahli Hukum Pidana: Pasal 156a KUHP Huruf a Dan b Tidak Dapat Dipisahkan Penerapannya*, <https://bantuanhukum.or.id/ahli-hukum-pidana-pasal-156a-kuhp-huruf-dan-b-tidak-dapat-dipisahkan-penerapannya/>, diakses pada 13 Desember 2022.

Hal tersebut karena jika ditinjau dari sisi historis pembentukan UU 1/PNPS/1965, maka masing-masing ketentuan dalam UU tersebut disadari oleh para penyusun UU sebagai hal yang sangat sensitif, sehingga tindakan represif dalam bentuk pemidanaan harus dihindari. Oleh karenanya, pemidanaan dengan menggunakan Pasal 4 UU 1/PNPS/1965 (156a KUHP) tanpa didahului oleh persyaratan formil-administratif sebagaimana diatur dalam Pasal 3 UU 1/PNPS/1965 merupakan proses hukum yang prematur;

55. Bahwa menurut Prof. Shidarta, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Bina Nusantara, **Pasal 156a KUHP yang berakar dari ketentuan UU 1/PNPS/1965 lahir dengan semangat pencegahan. Namun nyatanya, pasal ini kerap ditafsirkan dan diterapkan secara ahistoris sehingga dampaknya secara konkret adalah penegakan hukum yang cenderung hukum represif karena menempatkan pendekatan pemidanaan sebagai *premium remedium*.** Hal tersebut ia nyatakan sebagai berikut:¹⁵

*“Bahaya ketiga, terletak pada diabaikannya semangat pencegahan yang dibawa oleh Penpres ini, dan bukan sekali-kali penindakan. **Pasal 4 atau Pasal 156a KUHP adalah tindakan represif, yang baru diberlakukan setelah Pasal 1-3 ini dijalani terlebih dulu. Pengabaian terhadap eksistensi Pasal 1-3 Penpres ini tidak saja mencederai nalar kita bila ditinjau dari metode penafsiran sistematis, melainkan juga terlebih-lebih bila dilakukan melalui metode penafsiran historis. Bahaya tafsir a-historis ini sungguh-sungguh telah terjadi di dalam banyak kasus-kasus yang bersentuhan dengan Pasal 156a KUHP.**”*

56. Bahwa selain itu, Prof. Shidarta juga menyampaikan bahwa Pasal 156a KUHP (Pasal 4 UU 1/PNPS/1965) tidak boleh dilepaskan dari keterkaitannya dengan Pasal 1 s.d. 3 UU 1/PNPS/1965. Hal tersebut selengkapny ia nyatakan sebagai berikut:¹⁶

*“Kita patut bertanya, apakah dengan diakomodasikannya Pasal 156a KUHP, lalu berarti Pasal 1, 2, dan 3 dari Penpres ini menjadi hilang sama sekali? Tentu jawabnya tidak karena Pasal 156a KUHP tidak mungkin eksis tanpa dasar Penpres ini, yang menurut ketentuan Pasal 5-nya mulai berlaku pada tanggal 27 Januari 1965. Jika demikian halnya, bagaimana kita harus memahami keterkaitan antara Pasal 1 s.d. 3 Penpres tersebut dengan Pasal 156a KUHP? Oleh karena **Pasal 156a KUHP adalah identik dengan Pasal 4 Penpres, maka Pasal 156a KUHP tidak boleh dibaca secara terpisah dari spirit yang melatarbelakangi Penetapan Presiden No. 1/PNPS Tahun 1965 ini. Pasal 4 Penpres atau Pasal 156a KUHP merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari pasal-pasal lainnya di dalam Penpres. Apabila Pasal 156a KUHP dibaca secara terpisah, seakan-akan lahir tiba-tiba tanpa latar belakang dan dasar hukum yang melahirkannya, maka akan terlihat bahaya yang terjadi.**”*

H. NIAT JAHAT (EVIL MIND/MENS REA) DALAM DELIK PENODAAN AGAMA WAJIB DIBUKTIKAN DENGAN ADANYA MAKSUD AGAR ORANG TIDAK MENGANUT AGAMA APA PUN YANG BERSENDIKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

57. Bahwa Pasal 156a KUHP berbunyi sebagai berikut:

¹⁵ Shidarta, *Bahaya Tafsir A-Historis Terhadap Pasal 156a KUHP*, <https://business-law.binus.ac.id/2018/07/10/bahaya-tafsir-a-historis-terhadap-pasal-156a-kuhp/>, diakses pada 13 Desember 2022.

¹⁶ *Ibid.*

Pasal 156a KUHP

“Dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya lima tahun barang siapa dengan sengaja di muka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan:

- a. yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia;*
- b. dengan maksud agar supaya orang tidak menganut agama apa pun juga, yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa”*

58. Bahwa ketentuan mengenai penodaan agama di Indonesia dalam Pasal 156a KUHP di atas bersumber dari Pasal 4 UU 1/PNPS/1965, yang sebelumnya dikenal dengan Penetapan Presiden No. 1/PNPS/1965 tentang Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama. Pada 1969, ketentuan ini diperkuat kedudukannya melalui Undang-Undang berdasarkan UU PNPS No. 5/1969 yang secara serta merta langsung menjadikan semua Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden menjadi Undang-Undang;
59. Bahwa Pasal 156a KUHP ditujukan untuk melindungi ketentraman beragama dari penodaan/penghinaan serta ajaran-ajaran untuk tidak memeluk agama yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa.¹⁷ Hal tersebut dapat dilihat dalam bagian umum Penjelasan UU 1/PNPS/1965 yang menyatakan sebagai berikut:

“...aturan ini melindungi ketenteraman beragama tersebut dari penodaan/penghinaan serta dari ajaran-ajaran untuk tidak memeluk agama yang bersendikan Ke-Tuhanan Yang Maha Esa/(Pasal 4).”

60. Lebih lanjut, Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa perumusan ketentuan Pasal 156a KUHP ditujukan terhadap “agama,” dan bukan pada terganggunya perasaan agama atau ketertiban masyarakat pada umumnya.” Dengan demikian, maka seharusnya perbuatan yang dinilai melanggar perasaan keagamaan (*religious feeling*) tidak dapat disebut sebagai sebuah perbuatan “penodaan agama.”¹⁸
61. Bahwa berdasarkan maksud dan tujuan Pasal 4 UU 1/PNPS/1965 serta doktrin/pendapat ahli di atas, Pasal 156a KUHP pada huruf a haruslah dapat dibaca secara satu kesatuan utuh dengan Pasal 156a KUHP huruf b KUHP. Unsur-unsur Pasal 156a huruf a KUHP memuat *actus reus* dari bentuk perbuatan yang dapat dipidana sebagai suatu kesalahan (*schuld*), baik *opzet* atau *culpa*, maupun perbuatan melawan hukum (*wederrechtelijkheid*). Unsur pasal ini juga mensyaratkan adanya suatu niat sebagai bentuk *mens rea*. Artinya, frasa “dengan sengaja” pada bagian unsur “dengan sengaja dimuka umum” pada Pasal 156a KUHP huruf a haruslah diartikan sebagai bentuk sengaja dengan maksud (*Opzet Als Oogmerk*). Sedangkan unsur “dengan maksud agar supaya orang tidak menganut agama apa pun juga, yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa” dalam Pasal 156a huruf b KUHP haruslah dipandang sebagai suatu akibat yang dikehendaki dari maksud perbuatan sebagaimana dalam Pasal 156a huruf a KUHP;
62. Bahwa mengenai keharusan menerapkan Pasal 156a huruf a KUHP dan Pasal 156a huruf b KUHP secara integral (satu kesatuan), pernah disampaikan Dr. Eva Achjani Zulfa, S.H., M.H, akademisi

¹⁷ Indriyanto Seno Adji, *Hukum & Kebebasan Pers*, Diadit Media, Jakarta, 2008, hal. 29-30 dan hal. 60-61.

¹⁸ Barda Nawawi Arief, dikutip dari Arsil, dkk., *Op. cit*, Hal. 66.

hukum pidana pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia dalam keterangannya sebagai ahli dalam perkara pidana nomor: 1107/Pid.Sus/2016/PN.Jkt.Tim atas nama terdakwa Mahful Muis, Drs. H. Abdussalam, dan Andry Cahya, eks-anggota Gerakan Fajar Nusantara (Gafatar) di Pengadilan Negeri Jakarta Timur. Dalam kesempatan tersebut, ia menyatakan:¹⁹

“Pasal 156a huruf a dan b merupakan satu kesatuan, dan tidak dapat dilihat secara sendiri-sendiri. Hal ini dapat dicermati dari susunan tata bahasa serta rumusan pasal tersebut, dimana huruf a mengatur soal perbuatan, dan huruf b mengenai kesalahannya, ketidakterpisahan ini juga terlihat dari dipergunakannya tanda baca titik koma pada bagian akhir huruf a”

63. Bahwa oleh sebab itu, untuk dapat menerapkan ketentuan pasal ini, harus dipastikan terlebih dahulu bahwa pelaku memiliki kehendak supaya orang tidak menganut agama apapun yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa. Jika tidak dengan maksud demikian, maka unsur-unsur dalam pasal ini tidak terpenuhi.
64. Bahwa jika dikaitkan dengan perkara *a quo*, tidak terdapat ajakan atau seruan agar orang tidak menganut agama apapun. Terdakwa Roy Suryo justru hanya bicara mengenai kebijakan pemerintah, tanpa menyinggung ajaran agama apapun. Maksud dari perbuatannya adalah untuk mengkritik kebijakan pemerintah tentang harga tiket masuk Candi Borobudur dirasa terlalu mahal, maka tujuannya adalah untuk mengkritik pemerintah bukan untuk mengajak orang agar tidak menganut agama apapun yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa.

I. PASAL 15 UU 1/1946 LAHIR DARI POLITIK HUKUM PIDANA PEMERINTAH KOLONIAL HINDIA BELANDA YANG RASIS DAN DISKRIMINATIF TERHADAP KAUM BUMIPUTERA

65. Bahwa jika dilihat dari segi kesejarahan, Pasal 15 UU 1/1946 merupakan pencabutan sekaligus penambahan yang rumusannya berakar dari ketentuan Pasal 151 dari W.v.S. v. Eur. v. 1898 (KUHP Eropa 1898) yang kemudian diambil alih menjadi ketentuan Pasal 171 KUHP Hindia Belanda. Saat itu, pembentuk KUHP beralasan bahwa pengambilalihan tersebut dilakukan dengan mempertimbangkan kondisi khusus Hindia. Sedangkan di sisi lain, ketentuan tersebut sudah dipandang tidak perlu lagi bagi masyarakat Belanda saat itu.²⁰
66. Bahwa **tujuan dari Pasal 171 KUHP adalah untuk menghapuskan kegelisahan dalam masyarakat dari suatu kabar yang mengakibatkan hal-hal yang tidak diinginkan. Hal tersebut tak lepas pula dari cara pandang pembentuk KUHP yang melihat masyarakat bumiputera saat itu sebagai golongan masyarakat yang terbelakang.** Selengkapnya, *Memorie van Toelichting* (risalah pembahasan KUHP Belanda dan KUHP Hindia Belanda) terkait Pasal 171 KUHP menyebutkan bahwa:²¹

“...Berkenaan dengan masyarakat bumiputera yang gampang terkesan-mudah percaya, maka sebagaimana pengalaman mengajarkan, penyebaran berita bohong, seberapapun tidak masuk akal nya, ternyata begitu mudah menyulut kerusuhan dengan akibat-akibat yang buruk.

¹⁹ LBH Jakarta, *Loc.cit.*

²⁰ Arsil (Ed.), *Terjemahan Beberapa Bagian Risalah Pembahasan Wetboek van Strafrecht dan Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indië (KUHP Belanda dan KUHP Indonesia)*, Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), Jakarta, 2021, hal. 610.

²¹ *Ibid.*

Menyasar perbuatan seperti itu dengan pidana adalah tujuan dari ketentuan ini, di mana kesengajaan juga untuk memunculkan kerusuhan disebutkan tegas sebagai unsur tindak pidana.”

67. Bahwa keberadaan Pasal 14 dan Pasal 15 UU 1/1946 merupakan bagian dari upaya pemerintah kolonial Hindia Belanda untuk mempertahankan ketertiban umum (*rust en orde*) dari berita yang dipandang bohong termasuk juga berita yang dihembuskan oleh pihak yang menginginkan kemerdekaan. Sehingga ketentuan pidana tersebut diletakkan sebagai bagian dari Bab V mengenai Kejahatan Terhadap Ketertiban Umum dalam Buku II KUHP.²²

J. KETENTUAN PIDANA MENGENAI UJARAN KEBENCIAN, PENODAAN AGAMA, DAN KABAR BOHONG RENTAN DISALAHGUNAKAN SEBAGAI ALAT PEMIDANAAN YANG DIPAKSAKAN (KRIMINALISASI)

68. Bahwa dalam praktik peradilan, dikenal suatu proses yang disebut ‘kriminalisasi’. Berbeda dengan istilah ‘kriminalisasi’ sebagai terminologi ilmu Kriminologi dan ilmu Hukum Pidana. Kriminalisasi dalam konteks ini merujuk pada penegakan hukum yang dilakukan bukan untuk tujuan penegakan hukum itu sendiri. Penggunaan kewenangan-kewenangan penegakan hukum yang seolah-olah bertujuan untuk menegakan hukum namun sebenarnya tidak. Ada motif lain di baliknya yang semata-mata hanyalah untuk merugikan seseorang yang diproses hukum dilandasi dengan itikad buruk (*improper motive* atau *improper purpose*).²³
69. Bahwa fenomena kriminalisasi di atas, kurang lebih serupa dengan fenomena yang disebut *strategic lawsuit against public participation* (SLAPP) atau gugatan strategis terhadap partisipasi publik sebagai praktik penyerangan secara hukum kepada orang-orang yang membela urusan publik. Praktik ini di Indonesia adalah barang baru. Setidaknya fenomena ini baru muncul setelah rezim orde baru berakhir pada 1998. Pada zaman Orde Baru, tak ada kriminalisasi, adanya penggunaan langsung aparat militer untuk membungkam suara kritis warga sehingga kriminalisasi ataupun SLAPP merupakan wujud pergeseran intimidasi oleh kekuasaan.²⁴
70. Bahwa di Indonesia, penodaan agama menghadapi berbagai masalah pelanggaran prinsip-prinsip peradilan yang adil dan tidak memihak. Penerapan pasal tersebut sering dianggap dilakukan secara sewenang-wenang, karena tidak hanya menyasar pada perbuatan-perbuatan yang diatur dalam pasal-pasal tersebut, melainkan juga menjerat perbuatan-perbuatan yang tidak ada hubungannya dengan penodaan agama, pada titik ini terjadi kriminalisasi. Penanganan kasus-kasus penodaan agama juga kerap dipengaruhi persoalan-persoalan non-hukum seperti tekanan massa, dan dipolitisasi untuk target dan tujuan tertentu di luar persoalan hukum.²⁵
71. Bahwa delik penghinaan ujaran kebencian, penodaan agama, dan kabar bohong dirumuskan dengan tidak cukup jelas dan dirumuskan secara luas tanpa ada penjelasan yang memadai dan hal ini bertentangan dengan prinsip kejelasan (*lex certa*) sebagai salah satu prinsip dalam asas kriminalisasi dalam hukum pidana. Hal tersebut menyebabkan sulitnya membedakan antara ekspresi yang

²² Vidya Prahassacitta, *Rumusan Ketentuan Berita Bohong Dalam Hukum Pidana Di Indonesia*, https://business-law.binus.ac.id/2019/05/06/rumusan-ketentuan-berita-bohong-dalam-hukum-pidana-di-indonesia/#_ftn1, diakses pada 13 Desember 2022.

²³ KontraS, dkk., *Kriminalisasi Modus dan Kasus-kasusnya di Indonesia*, KontraS, Jakarta, 2016, hal. 8.

²⁴ Haris Prabowo, *Hegemoni SLAPP: Saat Polisi-Jaksa Langgengkan Kriminalisasi*, <https://tirto.id/hegemoni-slapp-saat-polisi-jaksa-langgengkan-kriminalisasi-gv9l>, diakses pada 14 Desember 2022.

²⁵ Arsil, dkk., *Op. cit*, hal. 89.

memang dapat dibatasi secara sah (*legitimate limitation*) menggunakan hukum pidana dengan ekspresi yang seharusnya dilindungi dan tidak dapat dipidana atau seharusnya ditangani dengan dengan langkah-langkah non-pidana.²⁶

72. Bahwa berdasarkan hasil riset dilakukan Setara Institute menyatakan sepanjang 1965-2017 terdapat 97 kasus penodaan agama.²⁷ Dari jumlah kasus di atas, sudah barang tentu masalah penerapan Pasal 156a KUHP yang berdampak pelanggaran prinsip-prinsip peradilan yang adil dan tidak memihak melekat di dalamnya. Sedangkan Amnesty International Indonesia mencatat, sepanjang 2021, terdapat 84 pembedaan menggunakan ketentuan dalam UU ITE dengan jumlah korban sebanyak 98.²⁸

K. PENERAPAN BERBAGAI KETENTUAN PIDANA MENGENAI UJARAN KEBENCIAN, PENODAAN AGAMA, DAN KABAR BOHONG MERUPAKAN SALAH SATU PENYEBAB KEMUNDURAN DEMOKRASI DI INDONESIA

73. Bahwa berdasarkan laporan indeks demokrasi tahun 2021 versi *The Economist Intelligence Unit* (EIU), sebuah lembaga riset yang asal Inggris. Indonesia menduduki peringkat ke-52 dari 165 negara di dunia dengan skor 6,71. EIU juga mengelompokkan Indonesia sebagai negara dengan demokrasi yang cacat (*flawed democracy*) karena memiliki masalah fundamental seperti rendahnya kebebasan pers, budaya politik yang anti kritik, partisipasi politik warga yang lemah, serta kinerja pemerintah yang belum optimal.²⁹
74. Bahwa menurut laporan *Freedom House* pada 2021. Kondisi penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan hak sipil & politik di Indonesia hanya mendapatkan nilai 59 dari total 100 dan tergolong dalam kategori *partly free*. Hal tersebut karena masih bercokolnya korupsi yang sistematis; diskriminasi dan kekerasan terhadap kelompok minoritas dan rentan; kekerasan sistematis di Papua; serta politisasi penggunaan pasal-pasal 'karet' mengenai pencemaran nama baik, berita bohong, dan **penodaan agama**.³⁰
75. Bahwa terdapat kajian beberapa pakar mengkonfirmasi laporan lembaga-lembaga di atas, hal satunya dengan menyebutnya kondisi Indonesia sedang dalam Regresi demokrasi yang salah satunya ditandai dengan pemberangusan kebebasan berekspresi dan dan mengemukakan pendapat sebagai

²⁶ Dian Rositawati, dkk., *Melindungi Ekspresi: Analisis Pidana dan HAM Putusan Pengadilan di Indonesia*, LeIP, Jakarta, 2022, Hal 302.

²⁷ Setara Institute, *97 Kasus Penistaan Agama Terjadi di Indonesia*, <https://setara-institute.org/setara-institute-97-kasus-penistaan-agama-terjadi-di-indonesia/>, diakses pada 14 Desember 2022.

²⁸ CNN Indonesia, *Amnesty Catat 84 Kasus Kriminalisasi Ekspresi Pakai UU ITE Selama 2021*, <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20211213140639-12-733388/amnesty-catat-84-kasus-kriminalisasi-ekspresi-pakai-uu-ite-selama-2021>, diakses pada 14 Desember 2022.

²⁹ Databoks, *Demokrasi Dunia 2021, Indonesia Masih Dinilai Lemah*, <https://databoks.katadata.co.id/datapublish/2022/02/14/indeks-demokrasidunia-2021-indonesia-masih-dinilai-lemah>, diakses pada 14 Desember 2022.

³⁰ Freedom House, *Indonesia Country Report 2021*, <https://freedomhouse.org/country/indonesia/freedom-world/2021>, diakses pada 14 Desember 2022.

konsekuensi logis dari “belokan otoritarian” (*authoritarian turn*) yang dipilih oleh Pemerintah Joko Widodo menjelang pemilihan umum 2019.³¹

76. Bahwa berdasarkan gambaran umum (*overview*) dua lembaga maupun kajian akademik di atas, setidaknya dapat diambil salah satu pola yang mempengaruhi kemunduran demokrasi di Indonesia, yakni lemahnya partisipasi publik karena penggunaan pasal-pasal ‘karet’ mengenai mengenai pencemaran nama baik, berita bohong, dan **penodaan agama**.
77. Bahwa ancaman pidana tentunya menimbulkan ketakutan publik dalam menyampaikan ekspresi dan pendapatnya. Berdasarkan survei yang dilakukan oleh Lembaga Penelitian, Pendidikan dan Penerangan Ekonomi dan Sosial (LP3ES) pada 8-15 April 2021, dinyatakan bahwa masyarakat semakin takut menyampaikan ekspresi dan pendapatnya di ruang publik. Dalam survei tersebut sebanyak 52,1 persen warga setuju ancaman kebebasan sipil meningkat, diiringi ketakutan mereka dalam berpendapat, berekspresi, berkumpul, berserikat sebagai fondasi penting kebebasan. Survei ini dilakukan terhadap 1.200 responden di 34 Provinsi.³²

L. DISKURSUS HAM KONTEMPORER YANG BERKEMBANG TELAH MENEMPATKAN DELIK UJARAN KEBENCIAN, PENODAAN AGAMA, DAN KABAR BOHONG SEBAGAI BENTUK PEMBASTAN HAM YANG BERLEBIHAN SEHINGGA HARUS DIHAPUSKAN

78. Bahwa kebebasan berpendapat dan berekspresi masuk dalam kategori hak yang dapat dibatasi (*derogable rights*). Pembatasan terhadapnya dibatasi dengan pembatasan yang sangat terbatas dan harus dibuat dengan hati-hati dan harus sesuai dengan ketentuan Pasal 19 ayat (3) ICCPR, Pasal 28J ayat (2) UUD NRI 1945, maupun prinsip-prinsip pembatasan yang diakui, seperti Prinsip Siracusa, Standar Minimum Paris, Prinsip Johannesburg, Prinsip Camden, dan Rencana & Aksi Rabat.
79. Bahwa standar penafsiran hukum atas kriteria pembatasan kebebasan berekspresi dan berpendapat berdasarkan ketentuan dan prinsip-prinsip pembatasan sebagaimana disebut di atas, disebut sebagai pembatasan HAM yang diizinkan (*Permissible Limitations*) yang merujuk pada beberapa hal secara kumulatif, yaitu:

a. Prescribed by law

Hal ini dapat ditafsirkan dalam 4 hal, yaitu:

- Tidak ada pembatasan atas HAM, kecuali dengan menegaskannya dalam hukum nasional yang berlaku secara umum yang konsisten dengan dengan KIHSP dan diberlakukan dalam kurun waktu terbatas.
- Hukum yang diterbitkan pembatasan HAMnya harus tidak dengan kesewenang-wenangan atau tanpa alasan yang dapat dipertanggungjawabkan
- Aturan hukum yang ditujukan untuk membatasi harus jelas dan dapat diakses semua pihak.

³¹ Thomas Power, *Jokowi’s Authoritarian Turn and Indonesia’s Democratic Decline*, Buletin Of Indonesian Economic Studies, Volume 54, 2018. Hal. 1.

³² CNN Indonesia, *Survei LP3ES: Warga Semakin Takut Menyatakan Pendapat*, <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20210506114502-20-639353/survei-lp3es-warga-semakin-takut-menyatakan-pendapat>, diakses pada 14 Desember 2022.

- Pengaturan yang layak harus pula disediakan atau diatur dalam ketentuan tersebut, termasuk ketika ada kewajiban aturan yang sifatnya abusif dan ilegal, atau konsekuensi atas pelaksanaan pembatasan hak tersebut.

b. Public order

Mengacu pada **Prinsip Siracusa**, yaitu:

- Ekspresi terkait ketertiban umum yang digunakan dalam ICCPR didefinisikan sebagai sekumpulan aturan yang memastikan berfungsinya kehidupan masyarakat atau ketentuan dalam prinsip-prinsip dasar terkait keberadaan masyarakat yang harus dilindungi. Penghormatan HAM adalah bagian dari ketertiban umum.
- Ketertiban publik harus ditafsirkan dalam konteks tujuan khusus untuk HAM yang dibatasi berdasarkan hal tersebut.
- Lembaga negara yang bertanggung jawab untuk mengelola ketertiban umum harus dapat diawasi kekuasaannya melalui parlemen, lembaga peradilan, dan badan khusus independen lainnya.

c. Legitimated aim

Penafsiran hal ini berkaitan dengan pembatasan yang harus memenuhi salah satu tujuan yang ditentukan yang tercantum dalam teks instrumen hukum hak asasi manusia (*legitimate aim*). Secara khusus, merujuk pada pasal 19 ayat (3) KIHSP.

d. Necessary

Langkah pembatasan harus diperlukan untuk mencapai tujuan yang ditentukan (*necessary aims*). Hal ini bisa diuji dari pertanyaan-pertanyaan berikut:

- Apakah batasan yang diusulkan proporsional dengan tujuannya? Apakah itu batasan paling tidak diperlukan untuk memenuhi tujuan?
- Apakah ada kepentingan publik yang utama dalam menyediakan informasi?
- Apakah pembatasan "mungkin tidak membahayakan hak itu sendiri"?

80. Bahwa sebagaimana telah dijelaskan di atas, serta berdasarkan pengalaman pendampingan LBH Jakarta dan berbagai kajian lembaga penelitian yang fokus pada pembaharuan hukum pidana, delik penghinaan ujaran kebencian, penodaan agama, dan kabar bohong dirumuskan dengan tidak cukup jelas dan dirumuskan secara luas tanpa ada penjelasan yang memadai dan hal ini bertentangan dengan prinsip kejelasan (*lex certa*) sebagai salah satu prinsip dalam asas kriminalisasi dalam hukum pidana. Ketidakjelasan rumusan dalam delik-delik tersebut di atas berdampak pada sulitnya membedakan antara ekspresi yang memang dapat dibatasi secara sah (*legitimate limitation*) menggunakan hukum pidana dengan ekspresi yang seharusnya dilindungi dan tidak dapat dipidana atau seharusnya ditangani dengan dengan langkah-langkah non-pidana.³³
81. Bahwa hampir setiap tahun Komisi HAM PBB dalam resolusinya tentang kemerdekaan berekspresi, selalu menyerukan keprihatinannya terhadap berlangsungnya, "***abuse of legal provisions on defamation and criminal libel.***" Terdapat pula tiga komisi internasional yang dibentuk dengan mandat untuk mempromosikan kemerdekaan berekspresi yaitu *UN Special Rapporteur*, *OSCE Representative on Freedom of the Media* dan *OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression*, dan pada Desember 2002 yang mengeluarkan pernyataan penting bahwa, "***Criminal defamation is not a***

³³ Dian Rositawati, dkk., *Loc.cit*

justifiable restriction on freedom of expression; all criminal defamation laws should be abolished and replaced, where necessary, with appropriate civil defamation laws."

82. Bahwa Frank La Rue, dalam Laporan Khusus PBB 20 April 2010 tentang *The Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression* turut menyampaikan keprihatinan dan memberikan rekomendasi sebagai berikut:
1. **Hukum Internasional tentang HAM melindungi individu dan kelompok orang bukan suatu hal yang abstrak atau institusi yang berhak untuk diberikan kritik dan komentar .**
 2. **Hukum pidana tentang penghinaan tidak boleh digunakan untuk melindungi suatu hal yang sifatnya subjektif, abstrak dan merupakan suatu konsep seperti negara, simbol nasional, identitas nasional, kebudayaan, pemikiran, agama, ideologi dan doktrin politik.**

BAB VII KESIMPULAN

1. Meskipun tidak secara eksplisit ditentukan dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, namun Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman mewajibkan Hakim untuk membuka seluas-luasnya informasi dan pendapat dari berbagai kalangan, baik yang menjadi para pihak yang berperkara, maupun melalui masukan dari pihak di luar para pihak yang berperkara—termasuk dalam bentuk komentar tertulis yang dituangkan dalam *amicus curiae*. Keberadaan *amicus curiae* yang sudah jamak dilakukan dalam praktik diharapkan dapat membantu kinerja Hakim dalam memutus perkara berdasarkan prinsip-prinsip demokrasi, negara hukum, dan hak asasi manusia.
2. Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Jakarta yang memiliki fokus pada perwujudan demokrasi substantif, penegakan Hak Asasi Manusia (HAM), dan perubahan struktural atas relasi kuasa yang timpang antara pihak-pihak yang berkuasa dan masyarakat. Untuk itu, LBH Jakarta merasa sebagai pihak yang berkepentingan dalam memberikan keterangan tertulis berupa *amicus curiae* dengan harapan menjadi pertimbangan dalam perkara *a quo* agar proses persidangan melahirkan putusan yang terhindar dari penghukuman yang tidak tepat.
3. Penghormatan dan perlindungan kebebasan berpendapat dan berekspresi dijamin berdasarkan rezim hukum dan HAM baik nasional maupun internasional. Untuk itu, hak asasi manusia merupakan prinsip fundamental yang tidak boleh absen dalam proses persidangan. Termasuk di dalamnya unggahan Terdakwa dalam akun *Twitter* pribadinya merupakan ekspresi sah yang masuk dalam lingkup kebebasan berpendapat dan berekspresi yang wajib dilindungi dari berbagai bentuk represi terhadapnya—termasuk yang dilakukan dengan instrumen hukum pidana.
4. Delik penghinaan, ujaran kebencian, penodaan agama, dan kabar bohong dirumuskan dengan tidak cukup jelas dan dirumuskan secara luas tanpa ada penjelasan yang memadai dan hal ini bertentangan dengan prinsip kejelasan (*lex certa*) sebagai salah satu prinsip dalam asas kriminalisasi dalam hukum pidana. Hal tersebut sangat berpotensi disalahgunakan dalam wujud kriminalisasi. Hal tersebut pula yang menurut berbagai kajian lembaga riset dan ilmuwan menjadi penyebab mundurnya demokrasi di Indonesia.
5. Proses hukum terhadap Terdakwa Roy Suryo harus dijalankan dengan kepatuhan dan ketaatan terhadap posisi *ultimum remedium* hukum pidana dan batas-batas unsur pasal yang didakwakan. Tanpanya, proses hukum ini akan menjadi peradilan yang sesat (*miscarriage of justice*).