

MASA DEPAN KEBEBASAN BEREKSPRESI DAN BERPENDAPAT DI UJUNG PALU HAKIM

***Amicus Curiae* (Sahabat Pengadilan)**

**Pada Perkara Pidana Nomor 432/Pid.Sus/2019/PN Bna
Di Pengadilan Negeri Banda Aceh**



Diajukan oleh



Jakarta, 17 Februari 2020

MASA DEPAN KEBEBASAN BEREKSPRESI DAN BERPENDAPAT DI UJUNG PALU HAKIM

Amicus Curiae (Sahabat Pengadilan)

**Pada Perkara Pidana Nomor 432/Pid.Sus/2019/PN Bna
Di Pengadilan Negeri Banda Aceh**

**Diajukan oleh
Lembaga Studi & Advokasi Masyarakat (ELSAM)**



Jakarta, 17 Februari 2020

A. Pernyataan Kepentingan Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) 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. Sejak awal didirikan, 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. Untuk mencapai tujuannya, ELSAM melakukan usaha-usaha sebagai berikut: (1) melakukan pengkajian terhadap kebijakan-kebijakan dan/atau hukum, penerapannya, serta dampaknya terhadap kehidupan sosial, ekonomi, dan budaya; (2) mengembangkan gagasan dan konsepsi atau alternatif kebijakan atas hukum yang tanggap terhadap kebutuhan masyarakat dan melindungi hak asasi manusia; (3) melakukan advokasi dalam berbagai bentuk bagi pemenuhan hak-hak, kebebasan, dan kebutuhan masyarakat yang berkeadilan; dan (4) menyebarkan informasi berkenaan dengan gagasan, konsep, dan kebijakan atau hukum yang berwawasan hak asasi manusia, demokrasi, dan keadilan di tengah masyarakat luas;
3. Selaras dengan tujuan tersebut ELSAM turut aktif dalam melakukan advokasi berkaitan dengan perlindungan kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat yang merupakan hak konstitusional warga negara sebagaimana telah dijamin dalam konstitusi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Adapun bentuk-bentuk advokasi yang ELSAM lakukan dengan cara memberikan sejumlah masukan melalui kertas kebijakan ataupun melalui seminar ataupun workshop sebagai upaya guna memastikan bahwa kewajiban negara untuk menghormati, memenuhi dan melindungi hak asasi manusia khususnya hak atas kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat;

4. Dengan demikian, ELSAM mengajukan komentar tertulis ini kepada Pengadilan Negeri Banda Aceh untuk memberikan pandangan dan sebagai wujud dukungan masyarakat sipil kepada Majelis Hakim Pengadilan Negeri Banda Aceh yang memeriksa perkara Nomor: 432/Pid.Sus/2019/PN Bna, atas nama terdakwa Saiful Mahdi;
5. Penyusunan *amicus curiae* atau sahabat pengadilan ini terbatas pada isu permasalahan sebagai berikut:
 - Apakah penyampaian gagasan, pendapat dan respon melalui ekspresi kritik yang disampaikan via *whatsapp* terhadap penyelenggaraan rekrutmen CPNS Dosen Universitas Syiah Kuala yang dilakukan Saiful Mahdi merupakan suatu bentuk kebebasan yang harus dilindungi oleh konstitusi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945?
 - Apakah Saiful Mahdi telah memenuhi unsur-unsur sebagaimana yang di maksud dalam Pasal 27 ayat (3) Jo. 45 ayat (3) Undang-Undang No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE)?
6. Dalam menyusun *amicus curiae* ini, khususnya mengulas beberapa isu permasalahan tersebut, amici merujuk pada instrumen hukum dan peraturan perundang-undangan termasuk dan tidak terbatas pada konvenan-konvenan internasional yang telah diratifikasi menjadi hukum nasional maupun yang telah diterima secara universal dan putusan-putusan pengadilan, serta dokumen-dokumen hukum yang telah kami terima dari Tim Pengacara Publik LBH Banda Aceh selaku pengacara Saiful Mahdi. Adapun rujukan tersebut diantaranya:

A. Peraturan Perundang-undangan

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 ("UUD NRI 1945")
2. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ("KUHP")
3. Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia ("UU HAM")

4. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia 1948 (“DUHAM”)
5. Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik sebagaimana yang telah diratifikasi oleh Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik (“Kovenan Hak Sipil Politik”)
6. UN Commission on Human Rights, The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4 (“Prinsip-Prinsip Siracusa”)

B. Putusan Pengadilan

1. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 50/PUU-VI/2008
2. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 2/PUU-VII/2009
3. Putusan Perkara Nomor: 314/Pid.B/2015/PN. KRS, atas nama terdakwa “Joko Hariono” di Pengadilan Negeri Kraksaan
4. Putusan perkara Nomor: 22 PK/Pid.sus/2011, atas Nama terdakwa Prita Mulyasari di Mahkamah Agung.

C. Dokumen-dokumen dan Media Elektronik

1. Dakwaan Jaksa Penuntut Umum Kejaksaan Negeri Banda Aceh, No. Reg. Perkara: PDM-122/BNB/11/2019
2. Keterangan Ahli Pihak Terdakwa, Dr. Herlambang P. Wiratraman berjudul “*Kritik Akademisi Terhadap Institusinya Sebagai Kebebasan Ekspresi dan Kebebasan Akademik*”, pada 11 Februari 2020.
3. Kronologi kasus yang diperoleh dari Tim Pengacara Publik LBH Banda Aceh

B. Sekilas tentang Amicus Curiae dan Posisinya dalam Peradilan di Indonesia

7. “Amicus Curiae”, merupakan istilah Latin yang mungkin jarang terdengar di pengadilan Indonesia. Amicus curiae merupakan konsep hukum yang berasal dari tradisi hukum Romawi, yang kemudian berkembang dan dipraktekkan dalam tradisi common law, yang mengizinkan pengadilan untuk mengundang pihak ketiga untuk menyediakan informasi atau fakta-fakta hukum berkaitan dengan isu-isu yang belum *familiar*;

8. 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;
9. 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;
10. Amicus curiae yang dalam bahasa Inggris disebut "*friend of the court*", diartikan "*someone who is not a party to the litigation, but who believes that the court's decision may affect its interest*". Secara bebas, amicus curiae diterjemahkan sebagai *friends of the court* atau 'Sahabat Pengadilan', dimana, pihak yang merasa berkepentingan terhadap suatu perkara memberikan pendapat hukumnya kepada pengadilan. 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*";
11. 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;

12. 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;

13. 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;

14. Di Indonesia, amicus curiae belum banyak dikenal dan digunakan, baik oleh akademisi maupun praktisi. Namun, hingga saat ini, beberapa amicus curiae telah diajukan di Pengadilan Indonesia, termasuk dan tidak terbatas pada amicus curiae yang pernah diajukan oleh ELSAM, diantaranya:

- 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 Asmaradhana” di Pengadilan Negeri Makassar, dimana amicus curiae diajukan sebagai tambahan informasi buat majelis hakim yang memeriksa perkara;
- 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 Mulyasari yang dijerat Pasal 27 ayat (3) UU No. 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi 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 kasus kriminalisasi aktivis lingkungan, Heri Budiawan alias Budi Pego di PN Banyuwangi, 19 Januari 2018;
 - h. Amicus Curiae yang diajukan ELSAM dalam kasus Alnoldy Bahari alias Ngawur Permana di PN Pandeglang pada Bulan April 2018;
 - i. Amicus Curiae yang diajukan ELSAM dalam kasus Penyalahgunaan Data Pribadi yang berdampak terjadinya Kekerasan Seksual Berbasis Daring terhadap Kennedy Jennifer Dhillon di PN Jakarta Pusat pada bulan Mei 2019;
15. Walaupun amicus curiae belum dikenal dalam sistem hukum Indonesia, namun dengan berpegangan pada ketentuan Pasal 28 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi, "*Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*", sebagai dasar hukum pengajuan amicus curiae, maka tidak berlebihan apabila mekanisme ini dapat digunakan sebagai salah satu strategi yang dapat digunakan untuk mengklarifikasi prinsip-prinsip hukum dan konstitusi, terutama kasus-kasus yang melibatkan berbagai UU atau pasal yang kontroversial;

C. Ringkasan Fakta

16. Bahwa pada akhir tahun 2018, sekira bulan oktober, diselenggarakan rekrutmen dosen di Fakultas Teknik Universitas Syiah Kuala, yang mengikuti skema nasional;
17. Bahwa saat itu ada dosen atas Nama Trisna yang merupakan dosen non PNS dan sudah mengajar selama lebih kurang 2 (dua) tahun di Fakultas Teknik Industri mengikuti kegiatan seleksi CPNS tersebut. Kemudian dalam tes yang dilakukan tersebut, khususnya dalam tahapan objektif yakni tes TKD memperoleh nilai tertinggi di Fakultas Teknik industri dan nomor 2 tertinggi di tingkat Universitas Syiah Kuala. Namun tiba-tiba dalam tes subjektif dan dilanjutkan dalam hal pengumuman akhir tiba-tiba Trisna tersebut tidak lulus;
18. Akibat kejadian tersebut, Saiful Mahdi selaku dosen FMIPA Universitas Syiah Kuala yang telah mengajar 25 tahun lamanya merasa ada yang aneh dan janggal, kemudian sekira bulan Maret 2019 dia membuat tulisan di dalam grup WA yang bernama **“UnsyiahKITA”** yang peserta atau anggota grupnya terdiri dari 100 dosen unsyiah;
19. Adapun redaksi tulisan tersebut yakni dengan kalimat ***“Innalillahi wainna ilaihi rajiun. Dapat kabar duka matinya akal sehat dalam jajaran pimpinan FT Unsyiah saat tes PNS kemarin. Bukti determinisme teknik itu sangat mudah dikorup? Gong Xi Fat Cai!!! Kenapa ada fakultas yang pernah berjaya kemudian memble? Kenapa ada fakultas baru begitu membanggakan? karena meritokrasi berlaku sejak rekrutmen hanya pada medioker atau yang terjerat “hutang” yang takut meritokrasi.”***
20. Bahwa akibat dari postingannya tersebut Saiful Mahdi kemudian diadukan oleh Dekan Teknik ke Senat Universitas, dan kemudian Saiful Mahdi dipanggil oleh Komisi F Senat Universitas, pada tanggal 18 Maret 2019, namun agenda tersebut

hanya klarifikasi atau meminta keterangan bukan sidang etik dengan kata lain terhadap Saiful Mahdi tidak pernah ada Sidang Etik;

21. Pada awal bulan Mei 2019 Rektor Universitas Syiah Kuala mengirimkan surat kepada Saiful Mahdi perihal Teguran Pelanggaran Etika Akademik tertanggal 6 Mei 2019 yang pada pokoknya berisi: “Sehubungan dengan surat Ketua Senat Universitas Syiah Kuala Nomor T/302/UN11.1/TP.02.02/2019 tanggal 22 April 2019 tentang Pelanggaran Etika Akademik, maka dengan ini kami meminta kepada Saudara agar menyampaikan Permohonan maaf secara tertulis kepada Pimpinan Fakultas Teknik Universitas Syiah Kuala dan disampaikan melalui Grup *WhatsApp* “**UnsyiahKITA**” dan Grup *WhatsApp* “**Pusat Riset dan Pengembangan**” dalam waktu 1 x 24 jam sejak surat ini Saudara terima. Apabila setelah waktu yang ditentukan Saudara belum menyampaikan permohonan maaf secara sebagaimana tersebut di atas, maka akan diberlakukan sanksi sebagai berikut: 1. Penundaan pemberian hak dosen (Pasal 78 angka (2) huruf c Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2005 tentang Guru dan Dosen, dan/atau; 2. Pemberian hukuman disiplin sedang berupa penundaan kenaikan gaji berkala dan pangkat selama 1 (satu) tahun (Pasal angka (3) huruf a dan b Peraturan Pemerintah Nomor 53 Tahun 2010 tentang disiplin Pegawai Negeri Sipil), dan/atau; 3. Dilarang mengikuti kegiatan akademik dan kegiatan yang sedang berlangsung di Universitas Syiah Kuala dalam jangka waktu tertentu (dua semester), Pasal 23 angka (3) Keputusan Rektor Universitas Syiah Kuala Nomor 323 Tahun 2003 tentang Peraturan Tata Tertib dan Etika Kehidupan Warga Universitas Syiah Kuala);

22. Berdasarkan surat tersebut, Saiful Mahdi membalas surat Rektor dengan tembusan ke atasan langsung Rektor yaitu Menteri Riset Teknologi dan Pendidikan Tinggi (Menristekdikti), tertanggal 15 Mei 2019 yang ditujukan kepada Rektor Universitas Syiah Kuala yang pada pokoknya: “*Sehubungan dengan surat saudara No. 3504/UN11/KP. 06.05/2019 tentang “Teguran pelanggaran Etika Akademik” (salinan surat terlampir), saya menyatakan keberatan dengan isi dan*

tujuan surat dan teguran yang dimaksud dengan dasar sebagai berikut: 1. Saya **TIDAK MENGETAHUI** isi surat tersebut karena tidak disusun sebagaimana seharusnya rumusan suatu surat teguran. Surat itu tidak menjelaskan: (1) norma etika akademik yang telah saya langgar, dan juga tidak menjelaskan (2) perbuatan Saya yang dianggap melanggar norma tersebut. Yang tertera dalam surat tersebut hanya ancaman hukuman yang diatur dalam UU No. 14/2005 tentang Guru dan Dosen, Peraturan Pemerintah No. 53/2010 tentang Disiplin PNS, dan Keputusan Rektor Unsyiah No. 323/2003 tentang Peraturan Tata Tertib dan Etika Kehidupan Warga Universitas Syiah Kuala. 2. Saya tidak pernah disidangkan dalam suatu sidang majelis etika akademik di Universitas Syiah Kuala. Sebuah sidang etika akademik harus dijalankan oleh sebuah majelis etika akademik atau sejenisnya secara independen dan transparan oleh anggota-anggota majelis yang independen dan dipilih secara terbuka dan juga independen. “Etika akademik” atau mungkin “Kode etik” yang dimaksud juga harus ditetapkan dan disetujui secara terbuka dengan sosialisasi dan diseminasi yang luas sehingga semua anggota yang menjadi subjek dan objek “etika akademik” dan atau “kode etik” tersebut mengetahui dan memahaminya. Sebagaimana kita tahu bersama pertemuan antara Saya dan Komisi F Senat Universitas Syiah Kuala pada tanggal 18 Maret 2019 bukanlah sidang majelis etik, tapi hanya media untuk klarifikasi (undangan terlampir). Hal ini dikonfirmasi dalam komunikasi whatsapp kita pada tanggal 11 Maret 2019 dimana di dalamnya Saudara menyatakan “Bapak ikut saja dengan senat dan klarifikasi biar cepat selesai”. Demikian pula, saya telah menanyakan secara langsung pada Ketua Komisi F dalam pembukaan pertemuan 18 Maret 2019 itu “Apakah ini sidang majelis etik?” dan dijawab dan dinyatakan oleh Ketua Komisi F bahwa itu rapat verifikasi dan bukan sidang etik, dan diiyakan demikian juga oleh seluruh anggota Komisi F. Kemudian dipertegas dalam proses rapat yang tidak dibuka dengan pernyataan bahwa pertemuan itu adalah sidang etika. Suatu sidang etika harus dinyatakan secara terbuka di awal pertemuan sebagai sidang etika dan bila ini gagal dilakukan maka sidang etika itu serta merta batal demi hukum karena tidak menjalankan prosedur/acara sidang. Tanpa dinyatakan sebagai sidang, proses itu menjadi menyesatkan (misleading) dan

tidak adil bagi tertuduh pelanggar etika. Demikian surat keberatan ini Saya sampaikan dengan sebenarnya. Tembusan: 1. Menteri Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi, Ketua Ombudsman RI Perwakilan Aceh, Dekan Fakultas MIPA Unsyiah, Dekan Fakultas Teknik Unsyiah.”;

23. Pada Juli 2019, saiful mahdi mendapat surat panggilan dari Kepolisian, dimana ia diminta hadir di Kepolisian Resor Kota Banda Aceh pada hari Kamis tanggal 4 Juli 2019, untuk dimintai keterangan sebagai saksi terlapor dalam perkara dugaan tindak pidana Pencemaran Nama Baik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (3) Undang-undang RI Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Undang-undang RI Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik;
24. Saiful Mahdi memenuhi panggilan penyidik, disana diketahui bahwa yang membuat pengaduan adalah Taufik Saidi, yang diketahui merupakan Dekan Fakultas Teknik Universitas Syiah Kuala. Menurut penjelasan penyidik, mereka sudah melakukan penyidikan dengan memeriksa 2 (dua) orang saksi, yakni Muzaidin dan Marwan (dosen dan juga panitia penerimaan CPNS tahun 2018);
25. Dalam perkembangan kasus, terdapat fakta setelah ekspresi kritik Saiful Mahdi di Whatsapp group, dugaan kejanggalan terkait rekrutmen CPNS diperbincangkan secara luas, baik di internal kampus, maupun di luar kampus. Hingga tersiar kabar bahwa tanggal 27 Februari 2019, Kementerian DIKTI mengeluarkan surat pembatalan terhadap SR (dengan nomor peserta 20009230000xxx) di Universitas Syiah Kuala, melalui surat keputusan Nomor: B/42/A.A2.KP.02.01/2019 tentang Pembatalan Kelulusan Pelamar Seleksi CPNS Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi dengan alasan Tidak memenuhi syarat akreditasi pada formasi Putra/Putri Lulusan Terbaik yang mensyaratkan akreditasi A/Unggul untuk program studi dan perguruan tinggi sebagaimana diatur pada huruf F angka 1.d Permen PAN RB Nomor 36 Tahun 2018. Namun, selang satu hari kemudian, 28 Februari 2019, SR tetap dinyatakan sebagai Dosen PNS di Jurusan Teknik Industri Fakultas Teknik Universitas Syiah Kuala;

26. Perkembangan fakta kasus tersebut dan ekspresi kritik dugaan masalah dalam proses rekrutmen, tidak menghentikan kasus Saiful Mahdi. Ia dijadikan Tersangka hingga prosesnya berlanjut sampai meja persidangan di Pengadilan Negeri Banda Aceh, Nomor Perkara: 432/Pid.Sus/2019/PN Bna di Pengadilan Negeri Banda Aceh;

27. Sebagaimana diketahui dari Dakwaan Kejaksaan Negeri Banda Aceh No. Reg. Perkara: PDM-122/BNB/11/2019, bahwa Saiful Mahdi didakwa dengan Pasal 27 ayat (3) Jo. 45 ayat (3) Undang-Undang No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE);

D. Pendapat Amici

28. Berdasarkan kronologis yang telah diuraikan tersebut, serta membaca Dakwaan *a quo* dan dokumen-dokumen terkait, amici secara umum berpendapat bahwa kasus *a quo* berkaitan dengan tulisan/postingan berupa ekspresi kritik Saiful Mahdi atas dugaan permasalahan yang terjadi dalam proses rekrutmen CPNS Dosen di Universitas Syiah Kuala. Dengan demikian, untuk lebih jauh menguraikan hal ini dan menjawab beberapa isu permasalahan yang ada, pada bagian ini pendapat amici akan disusun berdasarkan sistematika sebagai berikut:

- I. Kritik Sebagai Bentuk Kemerdekaan Ekspresi dan Kemerdekaan Berpendapat
- II. Pembatasan Kebebasan Ekspresi dan Kemerdekaan Berpendapat dalam Sistem Hukum Hak Asasi Manusia
- III. Problematika Delik Penghinaan dalam Kerangka Hukum
- IV. Analisis Unsur-Unsur dalam Dakwaan *a quo*

I. Kritik Sebagai Bentuk Kemerdekaan Berekspresi dan Kemerdekaan Berpendapat

29. Kritik pada dasarnya merupakan bagian dari kebebasan atau kemerdekaan berekspresi dan kemerdekaan berpendapat. Dalam konteks sistem demokrasi, kritik merupakan elemen penting dalam sistem demokrasi. Semakin tinggi intensitas kritik, pertanda adanya kepedulian, kepekaan dan partisipasi;
30. Kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat merupakan aspek HAM yang sangat strategis dalam menopang jalan dan bekerjanya demokrasi. Untuk menjamin bekerjanya sistem demokrasi dalam sebuah negara hukum, keduanya mendapatkan jaminan dalam Sistem Hukum HAM;
31. Hukum HAM Internasional telah memberikan pondasi dasar jaminan kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat. Hal itu sebagaimana didasarkan pada Pasal 19 DUHAM dan Pasal 19 Kovenan Hak Sipil Politik. Kovenan Hak Sipil Politik ini bahkan telah tersemat dalam hukum nasional setelah Indonesia meratifikasi melalui Undang-Undang No. 12 Tahun 2005;
32. DUHAM disahkan oleh Majelis Umum PBB pada tanggal 10 Desember 1948, telah mengatur mengenai standar HAM yang diterima oleh seluruh Negara-negara anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa;
33. DUHAM menghadirkan dasar normatif yang membimbing dan 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 apapun dan dengan tidak memandang batas-batas”*, walaupun senyatanya ketentuan pasal ini dibatasi oleh ketentuan Pasal 29 DUHAM yang memperbolehkan adanya pembatasan. Oleh

karenanya, amici berpendapat bahwa pembatasan tersebut merupakan hal penting yang akan diuraikan tersendiri dalam bagian selanjutnya;

34. Selanjutnya, kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat juga diatur dalam Kovenan Hak Sipil Politik. Ketentuan-ketentuan dalam Kovenan ini merupakan penjabaran lebih lanjut dari prinsip-prinsip yang terdapat dalam DUHAM dan mengikat secara hukum bagi negara-negara yang meratifikasinya. Ketentuan Pasal 19 Kovenan Hak Sipil Politik ini menyebutkan:

- (1) Setiap orang berhak untuk berpendapat tanpa campur tangan*
- (2) Setiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat; hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan pemikiran apapun, terlepas dari pembatasan-pembatasan secara lisan, tertulis atau dalam bentuk cetakan, karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya;*
- (3) Pelaksanaan hak-hak yang dicantumkan dalam ayat 2 pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggung jawab khusus. Oleh karenanya dapat dikenai pembatasan tertentu, tetapi hal ini hanya dapat dilakukan sesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk: (a) Menghormati hak atau nama baik orang lain; (b) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum;*

35. Sebagai bentuk pelaksanaan Pasal 19 Kovenan Hak Sipil Politik tersebut, *General Comment* (Komentar Umum), No. 34; *Article 19: Freedoms of opinion and expression*, paragraf 3 secara tegas menyatakan, "*bahwa pelaksanaan kebebasan berekspresi disertai dengan tugas dan tanggung jawab khusus. Untuk alasan ini ada wilayah secara terbatas kaitannya dengan pembatasan hak yang diizinkan dalam rangka untuk menghormati hak atau nama baik orang lain atau untuk perlindungan keamanan nasional atau ketertiban umum, atau kesehatan atau moral publik. Namun, ketika pihak Negara melakukan pembatasan maka pelaksanaan kebebasan berekspresi, tidak dibolehkan justru membuat hilangnya hak itu sendiri*";

36. Kecenderungan global di berbagai negara tentang diakuinya prinsip universalisme HAM, membuat negara-negara menempatkan HAM dalam konstitusi negara, tidak terkecuali kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat. Jaminan perlindungan kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat dalam konstitusi telah tertuang dalam beberapa pasal, diantaranya:

(1) Pasal 28: *“Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan Undang-undang.”*

(2) Pasal 28E ayat (3): *“Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.”*

(3) Pasal 28F: *“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.”*

37. Pentingnya kemerdekaan atau kebebasan berekspresi dan berpendapat juga telah diakui dalam beragam putusan baik oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Misalnya dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 2/PUU-VI/2009 tentang Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE, Mahkamah Konstitusi dalam putusannya berpendapat, *kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pendapat dan pikiran melalui segala jenis saluran yang tersedia adalah salah satu jantung demokrasi. Kebebasan berbicara dan berpendapat adalah darah hidup demokrasi...., maka kebebasan berekspresi, berbicara, mengeluarkan pendapat dan pikiran melalui segala jenis saluran yang tersedia dimiliki pula oleh para blogger, komunitas facebook, milis dan sebagainya yang melakukan interaksi, korespondensi maupun aktivitas blogging di web. Dalam kedudukannya yang demikian, web blog atau blog, facebook, milis dan sebagainya tersebut dapat berfungsi sebagai salah satu “corong suara” rakyat. Kebebasan untuk berekspresi dan bertukar informasi sebagaimana dimiliki komunitas blogger, facebook, milis dan sebagainya penting artinya sebagai sarana informasi bagi*

masyarakat, karena demokrasi hanya akan berjalan efektif jika warga negaranya terinformasi dengan baik. Dalam kaitan ini informasi digunakan sebagai bahan pertimbangan warga negara untuk melakukan tindakan-tindakan, termasuk tindakan politik, baik dalam rangka berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan maupun menolak kebijakan Pemerintah yang dianggap merugikan kehidupan masyarakat.”;

38. Dengan demikian, kritik sebagai bagian dari kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat, secara nyata telah diakui dan dilindungi eksistensinya oleh sejumlah norma HAM, baik nasional maupun internasional. Oleh karenanya, Negara memiliki kewajiban untuk memberikan jaminan perlindungan terhadap kritik sebagai wujud ekspresi kemerdekaan berpendapat tersebut;

II. Pembatasan Kebebasan Berekspresi dan Kemerdekaan Berpendapat dalam Sistem Hukum Hak Asasi Manusia

39. Kemerdekaan berekspresi, termasuk juga kemerdekaan berpendapat, meskipun masuk dalam kategori hak, namun tidak berarti ia tidak bisa dibatasi. Oleh karenanya kebebasan berekspresi dan berpendapat disebut *derogable rights* atau hak-hak yang masih dapat dikurangi atau dibatasi pemenuhannya oleh negara dalam keadaan tertentu. Namun walaupun dapat dibatasi, pembatasannya dilakukan dengan sangat terbatas dan harus dibuat dengan hati-hati;

40. Ketentuan Pasal 29 DUHAM memperbolehkan adanya pembatasan. Secara lengkap ketentuan pasal tersebut menyebutkan:

- (1) Setiap orang mempunyai kewajiban terhadap masyarakat tempat satu-satunya di mana dia dapat mengembangkan kepribadiannya dengan bebas dan penuh.*
- (2) Dalam menjalankan hak-hak dan kebebasan-kebebasannya, setiap orang harus tunduk hanya pada pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh 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.

(3) Hak-hak dan kebebasan-kebebasan ini dengan jalan bagaimana pun sekali-kali tidak boleh dilaksanakan bertentangan dengan tujuan dan prinsip-prinsip Perserikatan Bangsa-Bangsa.

41. Dalam hukum internasional, pembatasan yang diperkenankan harus diuji dalam metode yang disebut dengan uji tiga rangkai (*three part test*). Hal ini telah diakui oleh UN Human Rights Committee dalam Kasus Mukong V. Cameroon dan juga oleh European Court of Human Rights dalam Hungarian Civil Liberties Union V. Hungary;
42. Adapun metode uji tiga rangkai tersebut diantaranya **pertama**, pembatasan harus dilakukan melalui undang-undang. **Kedua**, pembatasan hanya diperkenankan terhadap tujuan yang sah yang telah disebutkan dalam Pasal 19 ayat (3) Kovenan Hak Sipil Politik dan **ketiga**, pembatasan tersebut benar-benar diperlukan untuk menjamin dan melindungi tujuan yang sah tersebut;
43. Hukum Internasional dan pada umumnya konstitusi negara-negara hukum modern di dunia hanya membolehkan pembatasan terhadap kemerdekaan berekspresi melalui undang-undang. Implikasi dari ketentuan ini tidak hanya dilakukan oleh undang-undang, akan tetapi juga undang-undang yang terkait dengan pembatasan ini harus mempunyai standar tinggi yaitu standar kejelasan dan aksesibilitas, atau dengan kata lain untuk menghindari “ketidakjelasan rumusan”;
44. Selanjutnya, pembatasan hanya diperkenankan terhadap tujuan yang sah sesuai dengan Ketentuan Pasal 19 ayat (3) Kovenan Hak Sipil Politik yang secara lengkap menyebutkan:

(3) Pelaksanaan hak-hak yang dicantumkan dalam ayat 2 pasal ini menimbulkan kewajiban dan tanggung jawab khusus. Oleh karenanya dapat dikenai pembatasan tertentu, tetapi hal ini hanya dapat dilakukan sesuai dengan hukum dan sepanjang diperlukan untuk: (a) Menghormati hak atau nama baik orang lain; (b) Melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum atau kesehatan atau moral umum;

45. Penafsiran pembatasan dalam Pasal 19 ayat (3) Kovenan Hak Sipil Politik tersebut, harus juga didasarkan pada Prinsip-Prinsip Siracusa (*The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1984);

46. Prinsip-Prinsip Siracusa menjelaskan bahwa pembatasan harus dirumuskan secara ketat untuk kepentingan hak yang dilindungi tersebut (Paragraf 3), konsisten dengan tujuan ketentuan Kovenan Hak Sipil Politik (Paragraf 15), sehingga pembatasan tersebut tidak boleh dilakukan dengan sewenang-wenang dan tanpa alasan yang sah (Paragraf 16). Pembatasan tersebut dirumuskan dengan jelas dan dapat diakses oleh setiap orang (Paragraf 17), dan menyediakan pengaman serta ganti rugi terhadap dampak dan penerapan dari pembatasan ilegal dan cenderung disalahgunakan (Paragraf 18);

47. Frase pembatasan yang benar-benar diperlukan hanya bisa dicapai di beberapa negara, pada umumnya ditambahkan dengan pembatasan yang benar-benar diperlukan dalam suatu masyarakat yang demokratis. Pembatasan yang ketiga ini menuntut adanya standar yang tinggi dalam penerapannya agar suatu negara dapat melegitimasi kebijakan pembatasan yang diambil oleh negara tersebut;

48. Dengan demikian, amici menegaskan bahwa dampak dari ketatnya rumusan pembatasan dalam kerangka hukum yang ada, menyebabkan sebuah pembatasan hak tidak boleh dilakukan secara sewenang-wenang dan tanpa alasan yang sah;

III. Problematika Delik Penghinaan dalam Kerangka Hukum

49. Walaupun secara formal, Indonesia mengakui dan menjamin kemerdekaan berpendapat dalam konstitusinya, namun dalam praktek pembuatan undang-undang, kemerdekaan berpendapat masih mendapat tantangan khususnya terjadi silang sengketa antara hak atas reputasi dan juga hak atas kemerdekaan berpendapat. Dalam banyak kasus, pengadilan lebih memilih untuk mendahulukan hak atas reputasi ketimbang secara jernih menimbang dan mempertimbangkan kedua hak yang sama-sama diakui ini;
50. Melihat fenomena tersebut, dalam paparannya sebagai ahli pada persidangan Mahkamah Konstitusi pada Juli 2008 terhadap Pengujian Pasal 310, 311, 316 dan 207 KUHP, Nono Anwar Makarim menyebutkan bahwa Sejarah delik reputasi dapat ditelusuri hingga ke 1275 saat *Statute of Westminster* memperkenalkan apa yang dinamakan Scandalum Magnatum yang menyebutkan “. . . sejak sekarang tidak boleh lagi orang secara lancang mengutarakan atau menerbitkan berita dan cerita bohong yang dapat menumbuhkan konflik atau kemungkinan konflik atau fitnah antara raja dan rakyatnya atau orang-orang besar didalam negeri ini”. Scandalum Magnatum sendiri bertujuan menciptakan proses perdamaian dari keadaan yang dapat mengancam ketertiban umum ketimbang untuk melindungi reputasi serta pemulihan nama baik;
51. Nama baik adalah kehormatan yang diberikan oleh masyarakat umum kepada seseorang karena perbuatannya atau karena kedudukannya ada juga yang disebut dengan penistaan dan fitnah (*defamation*). Penistaan dibagi menjadi dua yaitu penistaan lisan dan penistaan tulisan. Konsep ini memberikan definisi adalah penistaan dengan tulisan atau gambar yang dapat dibaca atau dilihat orang lain. Sedangkan fitnah, mengacu pada Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah menjelekkan orang. Namun dalam hukum pidana, fitnah adalah menista dengan surat atau tulisan tetapi diizinkan untuk membuktikannya;

52. Berdasarkan yurisprudensi, berkembang seputar kejahatan terhadap reputasi, tindak pidana penghinaan pada dasarnya merupakan suatu tindakan, pernyataan, atau sikap yang secara sengaja dilakukan untuk menyerang reputasi atau kehormatan orang lain. Tafsir terhadap terminologi “kehormatan” sangat beragam, mulai dari kehormatan ditafsirkan sebagai harga atau martabat manusia yang disandarkan kepada tata susila, maka tidak dapat dikatakan kehormatan seseorang tidak dapat dilanggar oleh orang lain. Sehingga basis penilaiannya adalah pribadi individu sendiri yang dapat dikategorikan sebagai merendahkan kehormatan, apabila melakukan suatu perbuatan yang tidak patut atau tidak senonoh;
53. Delik reputasi di Indonesia, delik genusnya dapat ditemukan dalam Bab XVI KUHP tentang Penghinaan, khususnya dalam Pasal 310 dan Pasal 311. Ada tiga persoalan pokok dalam memandang delik reputasi dalam KUHP, diantaranya niat kesengajaan untuk menghina, pemisahan opini dan fakta, kebenaran pernyataan;
54. Walaupun pada umumnya delik reputasi dalam KUHP mensyaratkan adanya unsur “niat kesengajaan untuk menghina”, namun sepertinya Mahkamah Agung sejak Putusannya No. 37 K/Kr/1957 tertanggal 21 Desember 1957 telah secara konsisten menyatakan bahwa “tidak diperlukan adanya *animasi injuriandi* (niat kesengajaan untuk menghina). Hal yang menarik dari unsur niat kesengajaan untuk menghina ini dapat ditafsirkan tindakan mengirimkan surat kepada instansi resmi yang menyerang nama baik dan kehormatan orang lain sudah diterima sebagai bukti adanya unsur kesengajaan untuk menghina;
55. Delik reputasi dalam KUHP jelas tidak memisahkan secara tegas antara opini dan fakta, tidak adanya pemisahan yang tegas terkait hal ini dapat mengakibatkan pembuat opini dapat dipidana berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dalam hal ini dapat dilihat Kasus Bersihar Lubis (2007) yang dipidana bersalah berdasarkan Pasal 207 KUHP;

56. Delik reputasi, terutamanya Pasal 310 KUHP, menurut Juswito Satrio (2005), tidak memerlukan kebenaran suatu pernyataan yang dianggap menghina, dalam bahasa yang sederhana seorang pelacur berhak merasa terhina apabila diteriaki sebagai pelacur. Sementara apabila pelaku delik reputasi diberikan kesempatan oleh hakim untuk membuktikan kebenaran tuduhannya namun ia tidak membuktikannya, maka terhadap pelaku tersebut dijatuhi dengan pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 311 KUHP. Oleh karena itu terdapat keterkaitan erat antara Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP¹;

57. Oleh karena itu terdapat persoalan pokok dalam memandang delik penghinaan yaitu adanya hubungan yang sistemik antara rumusan norma yang kabur dengan penerapan dari norma tersebut, yang pada akhirnya membuat para hakim secara konsisten telah melakukan penerapan yang merugikan hak-hak konstitusional dari warga negara. Persoalan pada norma tersebut terletak pada rumusan unsur yang bersifat “karet”, sehingga tidak memenuhi prinsip *lex certa* dalam suatu perumusan delik pidana²;

IV. Analisis Unsur-Unsur dalam Dakwaan

58. Berdasarkan Dakwaan Kejaksaan Negeri Banda Aceh No. Reg. Perkara: PDM-122/BNA/11/2019, diketahui Saiful Mahdi didakwa dengan Pasal 27 ayat (3) Jo. 45 ayat (3) Undang-Undang No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE);

59. Ketentuan Pasal 27 ayat (3) tersebut berbunyi, *“Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”*. Dalam rumusan tersebut, maka ada tiga unsur yang harus dicermati, yaitu:

¹ Keterangan Ahli Pemerintah yang disampaikan pada persidangan di Mahkamah Konstitusi pada 23 Juli 2008 terkait pengujian Pasal 310, 311, 316 dan 207 KUHP;

² Susi Dwi Harjanti, SH., LL.M, Anotasi Hukum terhadap Putusan MK dengan No. Perkara 14/PUU-VI/2008, hal. 6

- a. Unsur kesengajaan dan tanpa hak;
- b. Unsur mendistribusikan, mentransmisikan, membuat dapat diaksesnya Informasi dan/atau Dokumen Elektronik;
- c. Unsur muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik

a. Unsur kesengajaan dan tanpa hak

60. Pada dasarnya **kesengajaan** merupakan unsur kesalahan, sebagaimana dalam doktrin bahwa kesalahan terdiri dari dua bentuk yakni kesengajaan dan kelalaian. Undang-undang sendiri tidak memberikan keterangan mengenai arti kesengajaan. Dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) ada keterangan tentang *opzettelijk*, yaitu sebagai *willens en wetens* yang dalam arti harfiah dapat disebut sebagai menghendaki dan mengetahui maksudnya orang yang melakukan perbuatan dengan sengaja berarti ia menghendaki mewujudkan perbuatan dan mengetahui serta mengerti bahwa nilai perbuatan serta sadar akan akibat yang timbul dari perbuatan itu;
61. Apabila dihubungkan dengan kesengajaan yang terdapat dalam rumusan tindak pidana dalam Pasal 27 ayat (3), maka kesengajaan dikatakan apabila ada suatu kehendak atau adanya suatu pengetahuan atas suatu perbuatan atau hal-hal atas unsur-unsur tertentu serta menghendaki dan atau mengetahui atau menyadari akan akibat yang timbul dari perbuatan;
62. Menurut keterangan MvT menyatakan bahwa setiap unsur kesengajaan dalam rumusan suatu tindak pidana selalu ditujukan pada semua unsur yang ada di belakang perkataan unsur sengaja. Maka, dalam konteks Pasal 27 ayat (3) harus dibuktikan pada unsur-unsur berikut : a) Tanpa hak; b) Mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya; informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik;

63. Unsur “dengan sengaja” dan “tanpa hak” telah didefinisikan secara berbeda oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 50/PUU-VI/2008 dan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 2/PUU-VII/2009;
64. Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 50/PUU-VI/2008 terhadap pengujian Pasal 27 ayat (3) Jo. Pasal 45 ayat (1) UU ITE, Mahkamah Konstitusi (MK) menyatakan (garis tebal): “Bahwa unsur dengan sengaja dan tanpa hak merupakan satu kesatuan yang dalam tataran penerapan hukum harus dapat dibuktikan oleh penegak hukum. Unsur “dengan sengaja” dan “tanpa hak” berarti pelaku “menghendaki” dan “mengetahui” secara sadar bahwa tindakannya dilakukan tanpa hak. Dengan kata lain, **pelaku secara sadar menghendaki dan mengetahui bahwa perbuatan** “mendistribusikan” dan/atau “mentransmisikan” dan/atau “membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik” adalah **memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik**. Adapun unsur tanpa hak merupakan unsur melawan hukum. Pencantuman **unsur tanpa hak dimaksudkan untuk mencegah orang melakukan perbuatan** mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”;
65. Sementara dalam Putusan Perkara Nomor 2/PUU-VII/2009, Permohonan Pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE, MK malah menyatakan (garis tebal): “Bahwa unsur sengaja berarti pelaku menghendaki dan mengetahui perbuatan mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan mengetahui bahwa informasi dan/ atau dokumentasi elektronik tersebut memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik, sedangkan unsur tanpa hak merupakan unsur melawan hukum. **Unsur tanpa hak dimaksudkan untuk menghindarkan orang yang melakukan perbuatan** mendistribusikan dan/ atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan mengetahui bahwa informasi dan/ atau dokumen elektronik tersebut

memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik **berdasarkan hukum dapat dipidana.**”;

66. Kendati adanya perbedaan Putusan Mahkamah Konstitusi atas definisi “dengan sengaja” dan “tanpa hak” tersebut, Majelis Hakim Pengadilan Negeri Banda Aceh yang mengadili perkara *a quo* perlu mempertimbangkan bahwa tulisan/postingan berupa ekspresi kritik yang dilontarkan Saiful Mahdi dalam grup whatsapp “**UnsyiahKITA**” tidak dimaksudkan untuk menghina ataupun mencemarkan nama baik pimpinan Fakultas Teknik Universitas Syiah Kuala, apalagi terhadap pihak pelapor, Taufik Saidi, yang namanya saja tidak disebutkan oleh Saiful Mahdi dalam redaksi kalimat di grup whatsapp;
67. Dengan demikian, berdasarkan fakta persidangan yang ada, Saiful Mahdi tidak dapat dikategorikan memenuhi unsur “dengan sengaja” dan “tanpa hak” sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (3). Pasalnya Saiful Mahdi mengunggah tulisan/postingan berupa pertanyaan pada grup *whatsapp* dilakukan Saiful Mahdi dengan penuh kesadaran dan kesengajaan hanya sebagai ekspresi kritik terhadap dugaan permasalahan yang terdapat dalam proses rekrutmen CPNS yang diselenggarakan Universitas Syiah Kuala, bukan bermaksud untuk melakukan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik;
68. Bahwa tulisan/postingan yang disampaikan Saiful Mahdi guna mempertanyakan permasalahan yang muncul dalam proses rekrutmen CPNS Dosen Universitas Syiah Kuala, terkait adanya dosen yang bernama Trisna yang merupakan dosen non PNS dan sudah mengajar selama lebih kurang 2 (dua) tahun di Fakultas Teknik Industri mengikuti kegiatan seleksi CPNS tersebut. Dalam tes yang dilakukan tersebut dalam tahapan objektif yakni tes TKD, Trisna memperoleh nilai tertinggi di Fakultas Teknik Industri dan nomor 2 tertinggi di tingkat Universitas Syiah Kuala. Namun tiba-tiba dalam tes subjektif dan dilanjutkan dalam hal pengumuman akhir tiba-tiba Trisna tersebut tidak lulus;

69. Bahwa tulisan/postingan Saiful Mahdi tersebut merupakan bentuk kebebasan berekspresi dan berpendapat dengan berdasar pada sejumlah ketentuan hukum HAM internasional dan Resolusi Dewan HAM PBB yang menegaskan bahwa setiap orang harus dapat menikmati hak dan kebebasannya yang sama dalam segala bentuk komunikasinya, baik di *online* maupun *offline*;

70. Selain itu, majelis hakim yang mengadili perkara a quo juga perlu menyandarkan perkara ini pada *UN Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Frank La Rue, 16 Mei 2011, khususnya Paragraf 21 yang menyebutkan bahwa setiap orang memiliki hak untuk mengekspresikan dirinya sendiri melalui media apapun;

b. Unsur mendistribusikan, mentransmisikan dan membuat dapat diaksesnya

71. Jika melihat Kamus Besar Bahasa Indonesia (“KBBI”), arti konsep kata “mendistribusikan, mentransmisikan dan membuat dapat diaksesnya” tersebut adalah:

- “Mendistribusikan” adalah penyaluran (pembagian atau pengiriman) kepada beberapa orang atau beberapa tempat.
- “Mentransmisikan” adalah pengiriman (penerusan) pesan dan sebagainya dari seseorang kepada orang (benda) lain.
- “Akses” adalah jalan masuk, sedangkan “mengakses” diartikan sebagai membuat akses atau meneruskan

72. Sedangkan dalam Penjelasan UU Informasi dan Transaksi Elektronik, istilah-istilah tersebut diartikan:

- “Mendistribusikan” adalah mengirimkan dan/atau menyebarkan Informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik kepada banyak orang atau berbagai pihak melalui Sistem Elektronik

- “Mentransmisikan” adalah mengirimkan informasi Elektronik dan/atau yang ditujukan kepada salah satu pihak lain melalui Sistem Elektronik
- “Membuat Dapat Diakses” adalah semua perbuatan lain selain mendistribusikan dan mentransmisikan melalui Sistem Elektronik yang menyebabkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dapat diketahui pihak lain atau publik.

73. Dengan begitu maka unsur “mendistribusikan” dimaknai “hanya” dalam konteks “mengirimkan” dan “menyebarkan”. Hal ini menunjukkan bahwa perbuatan mendistribusikan dilakukan secara aktif oleh pengirim dengan cara dikirim, sehingga tidak mencakup perbuatan “ditarik” dalam pengertian ilmu IT;

74. Dari dua penjelasan di atas, maka perbedaan “mendistribusikan” dan “mentransmisikan” terletak pada subjek yang dituju. Dalam mendistribusikan subjek yang dituju harus banyak orang atau berbagai pihak, sedangkan dalam mentransmisikan hanya ditujukan kepada satu pihak lain. Persamaannya, kedua perbuatan tersebut harus dilakukan melalui Sistem Elektronik;

75. Sistem elektronik berdasarkan Pasal 1 angka 5 UU No. 19 Tahun 2016 didefinisikan sebagai serangkaian perangkat dan prosedur elektronik yang berfungsi mempersiapkan, mengumpulkan, mengolah, menganalisis, menyimpan, menampilkan, mengumumkan, mengirimkan, dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik;

76. Sedangkan yang dimaksud dengan “membuat dapat diakses” adalah semua perbuatan lain selain mendistribusikan dan mentransmisikan melalui Sistem Elektronik yang menyebabkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dapat diketahui pihak lain atau publik;

77. Syarat demokratis menjadi dasar legalitas untuk menentukan ada atau tidaknya perbuatan pencemaran nama baik ataupun penghinaan. Syarat Demokratis yang menyatakan bahwa tidak memungkinkan pernyataan-pernyataan yang tidak

diucapkan atau ditulis di muka umum, sehingga karenanya “*private correspondence*” maupun “*private conversation*” tidak boleh atau tidak dibenarkan dijadikan subjek maupun objek pemidanaan. Selain itu, terdapat pula syarat publisitas, yakni pemidanaan harus memiliki unsur publisitas atau dapat diakses secara publik. Hal ini mendasari unsur “Dengan maksud diketahui oleh Umum”, adapun syarat publikasi dalam kaitan dengan unsur “dengan maksud untuk diketahui oleh umum.”

78. Dalam hal ini karakteristik Sistem Informasi Elektronik memungkinkan informasi dapat diakses secara publik seperti situs maupun aplikasi diskusi dapat memenuhi unsur syarat demokratis dan publisitas. Meskipun skalanya dapat diteliti lebih lanjut, misalnya pada layanan penyedia aplikasi pesan *end-to-end* yang menyediakan layanan pesan kepada pengguna layanan lainnya secara individual maupun fitur pembuatan grup dengan sejumlah anggota (lebih dari 1);

79. Frasa “mendistribusikan, mentransmisikan dan membuat dapat diaksesnya” diatas, Keseluruhan unsur mendistribusikan atau mentransmisikan dalam dunia IT memiliki perbedaan mendasar dengan konsep dalam Bahasa Indonesia Baku. Dalam dunia IT frasa mendistribusikan diartikan sebagai membagikan salinan yang dapat dilakukan melalui *web*, *milis*, *peer to peer*, *broadcast*, dan melalui server lain. Sementara mentransmisikan adalah bagian dari kegiatan mendistribusikan. Distribusi informasi selalu melalui transmisi, yang hampir selalu berupa gabungan dari beberapa penggalan/potongan transmisi karena keharusan keberadaan mesin perantara. Sementara frasa membuat dapat diaksesnya akan melibatkan pihak terkait (seperti pembuat, penerbit, perantara: hosting, isp/telkom, warnet/kantor, pembaca, dan komputer). Dan boleh jadi yang disajikan bukan muatan sebenarnya, tapi hanya alamat tautan (*hyperlink*)³;

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

80. Prof. Soetandyo Wignyosoebroto dalam keteranganya sebagai ahli dalam permohonan pengujian Pasal 27 ayat (3) UU ITE dengan No. Perkara 2/PUU-VII/2009, menjelaskan pendapatnya terkait dengan Pasal 27 ayat (3), bahwa:

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

Maka amatlah tidak adil apabila di tengah kemajuan pendayagunaan informasi elektronik dewasa ini para pengguna sarana elektronik untuk tujuan penyebaran informasi ini harus menghadapi risiko yang jauh lebih besar untuk dibilangkan sebagai pelaku kejahatan dari sejawatnya yang melaksanakan tugas yang sama bersaranakan sarana yang lebih konvensional, bahkan juga menghadapi risiko yang jauh lebih besar dari si pembuat informasi yang bermuatan materi penghinaan/pencemaran nama baik itu sendiri.

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

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

81. Dari penjelasan diatas nampak luasnya jangkauan dari unsur 27 ayat 3 UU ITE. Secara umum pencantuman, penggunaan, dan penerapan Pasal ini memiliki permasalahan baik dari sisi kebahasaan dan sudut ambiguitas. Ketentuan Pasal 27 UU ITE berpotensi memiliki ketidakpastian hukum, sehingga dapat menyebabkan orang-orang yang tidak bersalah menjadi korban, karena penerapan Pasal ini;
82. Dalam perkara *a quo*, Jaksa Penuntut Umum menghadirkan Fadlisyah sebagai ahli ITE dalam persidangan pada 4 Februari 2020. Sayangnya, dalam persidangan tersebut, Ahli malah menjelaskan perkara *a quo* dalam sudut pandang ilmu tasawuf. Bahkan Jaksa sempat mengingatkan Ahli bahwa dirinya dihadirkan sebagai Ahli ITE;
83. Tim Kuasa Hukum menyatakan menolak Ahli yang dihadirkan oleh JPU di persidangan tersebut dengan alasan bahwa Ahli yang dihadirkan tidak layak disebut ahli ITE karena yang bersangkutan tidak berkompeten di bidang tersebut;
84. Selain itu diketahui juga di persidangan, bahwa Ahli yang dihadirkan tidak pernah memiliki pengalaman dalam membuat tulisan atau penelitian terkait dengan sarana atau media elektronik, tidak pernah mengikuti pelatihan terkait dengan

sarana atau media elektronik baik secara umum maupun secara khusus yang memiliki kaitan dengan UU ITE. Padahal Ahli Fadlisyah yang diminta penyidik kepolisian untuk memberikan keterangan terkait kasus Saiful Mahdi tahap penyidikan;

85. Selain itu, terkait syarat demokratis dalam perkara *a quo*. Diketahui bahwa peserta atau anggota grup whatsapp “UnsyiahKITA” terdiri dari 100 dosen Unsyiah, artinya hanya anggota grup saja yang dapat melihat apapun isi di dalam grup, baik itu status maupun komentar-komentarnya. Orang yang tidak tergabung dalam grup tersebut tidak memiliki akses untuk mengetahui segala informasi di dalam grup, termasuk juga berlaku untuk Saksi Pelapor Taufik Saidi yang tidak tergabung menjadi anggota grup tersebut, sehingga menjadi suatu hal yang pasti, bahwa saksi Taufik Saidi tidak akan bisa melihat seluruh konten dalam grup tersebut;

86. Berdasarkan Dakwaan JPU, disebutkan bahwa ketika Saiful Mahdi memposting tulisan/postingan Saiful Mahdi di grup whatsapp “UnsyiahKITA”, salah satu anggota Grup Whatsapp bernama Dr. Muzailin Affan, S.Si., M.Sc langsung menghubungi Taufik Saidi (Saksi Pelapor) melalui media handphone, lalu Dr. Muzailin Affan, S.Si., M.Sc mengkonfirmasi tulisan tersebut kepada Taufik Saidi selaku Dekan Fakultas Teknik Universitas Syiah Kuala yang senyatanya tidak tergabung di dalam grup whatsapp tersebut;

87. Dengan demikian, amici berpendapat bahwa unsur “mendistribusikan, mentransmisikan dan membuat dapat diaksesnya” dalam perkara *a quo* tidak terpenuhi, selain karena pencantuman, penggunaan, dan penerapan pasal ini memiliki permasalahan baik dari sisi kebahasaan dan sudut ambiguitas, JPU dalam persidangan tidak dapat membuktikan terpenuhinya unsur ini;

88. Selain itu, amici berpendapat bahwa posisi saksi pelapor yang tidak tergabung menjadi anggota grup tersebut, sehingga menjadi suatu hal yang pasti, bahwa saksi Taufik Saidi tidak akan bisa melihat seluruh konten dalam grup tersebut;

c. Unsur muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik

89. Terkait unsur “muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” dalam ketentuan Pasal 27 ayat (3) UU ITE ini, pada dasarnya tidak dapat dilepaskan terhadap ketentuan Pasal 310 ayat (2), Pasal 311 dan Pasal 315 KUHP yang kerap kali disebut sebagai “*genus crime*” pidana penghinaan dan pencemaran nama baik. Pengujian pengertiannya pada pasal dengan frase sumir “Muatan Penghinaan atau pencemaran nama baik” harus dengan pasal 310 (2) dan 311 yang mencakup pula ketentuan khusus pasal seperti unsur kejahatan, alasan pembenar, maupun doktrin-doktrin umum dalam penggunaannya;
90. Bahwa terhadap perkara *a quo*, sebagai anggota group *whatsapp*, Saiful Mahdi tentu saja memiliki hak untuk mengunggah suatu komentar ataupun respon dalam grup tersebut, bahkan sekalipun komentar dan respon tersebut berupa tulisan/postingan dengan ekspresi kritik dalam mempertanyakan suatu permasalahan dalam proses rekrutmen CPNS Dosen di almamaternya sendiri, Saiful Mahdi tentu memiliki hak untuk itu;
91. Bahwa berdasarkan fakta persidangan, amici berpendapat bahwa yang telah diunggah oleh Saiful Mahdi dalam *whatsapp* grup “**UnsyiahKITA**” berbentuk tulisan/postingan dengan ekspresi kritik yang diungkapkan melalui kalimat pertanyaan;
92. Bahwa tulisan/postingan dengan ekspresi kritik yang diunggah Saiful Mahdi dalam grup *whatsapp* tersebut yakni: *“Innalillahi wainna ilaihi rajiun. Dapat kabar duka matinya akal sehat dalam jajaran pimpinan FT Unsyiah saat tes PNS kemarin. Bukti determinisme teknik itu sangat mudah dikorup? Gong Xi Fat Cai!!! Kenapa ada faultas yang pernah berjaya kemudian memble? Kenapa ada fakultas baru begitu membanggakan? Karena meritokrasi berlaku sejak rekrutmen hanya pada medioker atau terjerat “hutang” yang takut meritokrasi.”* Kemudian yang menjadi

pertanyaan adalah siapakah orang yang dimaksud “jajaran pimpinan FT Unsyiah” dalam pilihan kalimat tersebut?

93. Bahwa untuk memberikan tafsir dan penjelasan terhadap tulisan/postingan dengan ekspresi kritik tersebut dalam persidangan tertanggal 28 Januari 2020, JPU menghadirkan ahli bahasa dari Balai Bahasa Aceh. Namun dalam keterangannya, Rahmat (Ahli Bahasa) sempat menjelaskan bahwa dirinya mengaku kesulitan menganalisa pesan/tulisan Saiful Mahdi berupa pertanyaan di grup whatsapp tersebut secara kontekstual. Ahli mengaku hanya menerima sepotong kalimat dari penyidik. Karena itu ahli hanya dapat menerangkan maknanya berdasarkan semantik (per kata), pragmatik, dan sosiologis. Selain itu, ketika ditanya tentang frasa “jajaran pimpinan FT Unsyiah” yang dimaksud, ahli juga menjawab lebih ditujukan ke kolektif;
94. Bahwa unsur “muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” yang diatur dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE mengacu pada KUHP, khususnya BAB XVI tentang penghinaan. Pasal 310 dan Pasal 311 sebagaimana telah dijelaskan pada bagian sebelumnya memberikan dasar pemahaman atau esensi mengenai penghinaan atau pencemaran nama baik, yaitu tindakan menyerang kehormatan atau nama baik orang lain dengan maksud untuk diketahui oleh umum. Oleh karena itu, perbuatan mendistribusikan, mentransmisikan, membuat dapat diaksesnya dalam pasal ini haruslah dimaksudkan untuk menyerang kehormatan atau nama baik orang lain dengan maksud untuk diketahui oleh umum. Orang tersebut haruslah pribadi kodrati (*naturlijk persoon*) dan bukan pribadi hukum (*rechts persoon*);
95. Senada dengan hal tersebut, Soesilo (1994) memberikan tafsir dari pasal tersebut dengan mengatakan bahwa menghina dapat diidentikan dengan menyerang kehormatan dan nama baik seseorang. Yang diserang tersebut biasanya merasa malu. Kehormatan yang diserang disini hanya mengenai kehormatan yang dapat dicemarkan karena tersinggung dan malu. Objek penghinaan ini menurutnya

haruslah manusia perseorangan dan bukan badan hukum atau badan usaha atau badan pemerintahan;

96. Bahwa berdasarkan keterangan Ahli Bahasa yang dihadirkan JPU sendiri, bahwa yang dimaksud subjek jajaran pimpinan FT Unsyiah ditunjukkan kepada kolektif, artinya yang disebut jajaran pimpinan tersebut tidak tunggal, dapat terdiri dari Dekan, Jajaran Pembantu Dekan ataupun Ketua Prodi;
97. Selain itu yang perlu dicermati, ketika tulisan/postingan berupa ekspresi kritik melalui kalimat pertanyaan tersebut dilontarkan Saiful Mahdi, posisi Unsyiah sedang menyelenggarakan rekrutmen CPNS Dosen. Terkait frasa “jajaran pimpinan FT Unsyiah”, tentu saja masih melewati beberapa jenjang orang maupun jabatan, apalagi telah ditunjuk pihak kepanitiaan yang bertugas dalam penyelenggaraan CPNS Dosen Unsyiah tersebut. Belum lagi menurut keterangan Saiful Mahdi sendiri pada saat pemeriksaan, bahwa Saiful Mahdi tidak bermaksud untuk menyerang kehormatan ataupun nama baik orang tertentu;
98. Terlepas dari hal tersebut, dalam pemeriksaan Saksi Pelapor Taufik Saidi di Persidangan, saksi pelapor mengatakan bahwa secara individual tidak terhina, tetapi demi menyelamatkan nama baik institusi. Untuk ini, dalam hal ini amici berpendapat bahwa Saksi Pelapor Taufik Saidi bukan merupakan subjek penderita, karena dalam perkara *a quo* Saiful Mahdi tidak disebutkan dengan jelas dan tegas nama-nama atau siapa orang yang dituju dan dimaksudkan oleh Saiful Mahdi. Dengan demikian, amici berpendapat unsur “muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” dalam rumusan Pasal 27 ayat (3) tidak terpenuhi;
99. Terkait perkara *a quo*, tidak berlebihan jika Majelis Hakim yang menangani perkara *a quo* mempertimbangkan putusan-putusan sebelumnya yang serupa dengan perkara *a quo*. Salah satunya. Putusan Pengadilan Negeri Kraksaan Nomor 314/Pid.B/2015/PN. KRS. Dalam pertimbangannya Majelis Hakim berpendapat bahwa Penuntut Umum tidak berhasil membuktikan dakwaanya mengenai elemen unsur penghinaan maupun pencemaran nama baik terhadap seseorang

khususnya kepada yang dituduhkan subjek penderita yaitu saksi Budi Kusmarwoto, sehingga elemen unsur yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik tidak terpenuhi. Selain itu dalam pertimbangannya majelis hakim tidak sependapat dengan Jaksa Penuntut Umum, karena Terdakwa Joko Hariono tidak menyebutkan dengan jelas dan tegas nama-nama atau siapa nama orang yang dituju dan dimaksudkan. Hal tersebut menyebabkan dalam kasus tersebut, Joko Hariono selaku terdakwa tidak terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana sebagaimana surat dakwaan penuntut umum dengan Pasal 27 ayat (3) Jo. Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang ITE;

100. Selain mempertimbangkan putusan-putusan serupa lainnya, Majelis Hakim yang mengadili perkara *a quo* perlu mempertimbangan Ahli Hak Asasi Manusia, Herlambang P. Wiratraman yang dihadirkan pihak Terdakwa pada 11 Februari 2020. Menurut Ahli, Majelis Hakim perlu mempertimbangkan Prinsip 7 yang disebutkan *General Comment* (Komentar Umum), No.34: Article 19: Freedoms of opinion and expression (**Human Rights Committee, 102nd session, Geneva, 11-29 July 2011**), dinyatakan: “.... Dalam kasus yang melibatkan pernyataan yang menyangkut kepentingan publik, pihak penuntut menanggung beban untuk membuktikan bahwa pernyataan tersebut mengandung kesalahan atau tidak sepenuhnya memuat kebenaran sehingga dapat digolongkan sebagai *pencemaran nama baik*.” Ahli menegaskan, jika mendasarkan pada doktrin tersebut, maka dalam kasus Saiful Mahdi, *a quo*, Jaksa Penuntut Umum harus terlebih dulu membuktikan adanya kebohongan, sebelum mendakwa terkait dengan pencemaran nama baik. Apakah, unsur kebohongan telah dibuktikan di muka pengadilan? Apakah kritik Dr. Saiful Mahdi, dalam Whatsapp Group, yang diungkapkan dengan mempertanyakan, “*Innalillahi wainna ilaihi rajiun. Dapat kabar duka matinya akal sehat dalam jajaran pimpinan FT Unsyiah saat tes PNS kemarin. Bukti determinisme teknik itu sangat mudah dikorup?*” telah diuji di muka pengadilan. Bila jaksa tidak atau belum bisa membuktikan adanya kebohongan

tersebut, maka jelas menurut doktrin pidana, kasus *a quo* ini tidak dapat dilanjutkan.

E. Kesimpulan

101. Bahwa tulisan/postingan dengan ekspresi kritik yang disampaikan via grup *whatsapp* “UnsyiahKITA” oleh Saiful Mahdi terhadap penyelenggaraan rekrutmen CPNS Dosen Universitas Syiah Kuala dengan mempertanyakan, *“Innalillahi wainna ilaihi rajiun. Dapat kabar duka matinya akal sehat dalam jajaran pimpinan FT Unsyiah saat tes PNS kemarin. Bukti determinisme teknik itu sangat mudah dikorup? Gong Xi Fat Cai!!! Kenapa ada fakultas yang pernah berjaya kemudian mumble? Kenapa ada fakultas baru begitu membanggakan? karena meritokrasi berlaku sejak rekrutmen hanya pada medioker atau yang terjerat “hutang” yang takut meritokrasi”* merupakan ekspresi kritik yang menjadi bagian dari kemerdekaan berkespresi dan kemerdekaan berpendapat yang harus dijamin oleh Negara berdasarkan Konstitusi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
102. Bahwa berdasarkan uraian analisis unsur-unsur meliputi unsur kesengajaan dan tanpa hak, unsur mendistribusikan, mentransmisikan, membuat dapat diaksesnya Informasi dan/atau Dokumen Elektronik dan unsur muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik sebagaimana yang di maksud dalam Pasal 27 ayat (3) Jo. 45 ayat (3) Undang-Undang No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE). Amici berkesimpulan bahwa dakwaan JPU terhadap Saiful Mahdi tidak terpenuhi;

F. Rekomendasi

103. ELSAM sebagai amici berharap bahwa amicus curiae ini dapat menjadi bahan pertimbangan kepada Majelis Hakim yang menyidangkan Perkara atas nama Saiful Mahdi, bahwa amici perlu menggaris bawahi, terkait tulisan/postingan

berupa ekspresi kritik melalui kalimat pertanyaan di grup whatsapp “UnsyiahKITA” semata-mata merupakan bagian dari kemerdekaan berkespresi dan kemerdekaan berpendapat;

104. Memohon kepada Majelis Hakim yang Mulia, untuk membebaskan Saiful Mahdi dari segala tuntutan hukum;
105. Pada akhirnya, amici berkeyakinan bahwa palu Majelis Hakim Yang Mulia ikut menentukan masa depan kebebasan berekspresi dan kebebasan berpendapat di Indonesia;

