

Pertanggungjawaban Pidana Perbuatan Ujaran Kebencian yang Berkonten SARA Dalam Perspektif Peraturan Perundang-Undangan

Jun Triono Pakpahan¹ Elly Sudarti² Erwin³

Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Jambi, Kota Jambi, Provinsi Jambi, Indonesia^{1,2,3}

Email: pjuntriyono99@gmail.com¹ elly_sudarti@unja.ac.id² erwin@unja.ac.id³

Abstrak

Penelitian ini dimaksudkan untuk menjelaskan dan menganalisis perbuatan ujaran kebencian yang berkonten SARA sebagai dasar pertanggungjawaban pidana serta untuk memahami dan menganalisis cara menentukan kesalahan dan sanksi pidana perbuatan ujaran kebencian yang berkonten SARA untuk dapat dipertanggungjawabkan secara pidana. Riset ini menggunakan metode penelitian yuridis normatif dengan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konsep (*conceptual approach*), pendekatan historis (*historical approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Hasil penelitian menunjukkan bahwa perbuatan Pidana Perbuatan Ujaran Kebencian Yang berkonten SARA Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana telah diatur dalam Pasal 156, 157, 310, dan 311 KUHP, Pasal 28 ayat (2) Jo Pasal 45A ayat (2) Undang Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang- Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik, dan Pasal 16 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis. Cara Menentukan Kesalahan dan Sanksi Pidana Pidana Perbuatan Ujaran Kebencian Yang berkonten SARA Untuk Dapat Dipertanggungjawabkan Secara Pidana yaitu pembuktian pada sidang pengadilan dengan meneliti dan mencocokkan perbuatan pelaku tindak pidana dengan unsur-unsur pasal yang didakwakan (Unsur yang bersifat obyektif (*Actus Reus*) dan unsur yang bersifat subyektif (*mens rea*), serta mempertimbangkan Alasan pembenar seperti rumusan norma Pasal 48, Pasal 49, Pasal 50 dan Pasal 51 KUHP, dan alasan pemaaf yaitusebagaimana disebutkan dalam Pasal 44 KUHP Merekomendasikan kepada pembuat peraturan Perundang-undangan: 1) Untuk membuat Undang-Undang tentang Tindak Pidana Ujaran Kebencian secara khusus, sehingga mudah dipahami oleh masyarakat. 2) Kepada penegak hukum hendaknya penuh kehati- hatian dalam menegakan hukum tindak pidana ujaran kebencian dan terus menerus melakukan sosialisasi sebagai tindakan preventif kepada masyarakat terkait Pasal 28 ayat (2) Jo Pasal 45A ayat (2)) Undang- Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang- Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik.

Kata Kunci: Pertanggungjawaban Pidana, Pelaku, Ujaran Kebencian

Abstract

Purpose of the study were to explain and analyze the actions of perpetrators of criminal acts of hate speech as a basis for criminal responsibility and to understand and analyze ways to determine the criminal errors and sanctions of criminal acts of hate speech to be criminally accountable. The research method used is normative juridical research with a statutory approach, conceptual approach, historical approach and case approach. Legal materials collected are: primary legal materials, secondary legal materials and tertiary legal materials. Analysis of legal material collected was done by means of inventory techniques, systematization techniques and interpretation techniques. The results of the study show that acts of Criminal Acts of Hate Speech as a Basis of Criminal Liability have been regulated in Articles 156, 157, 310, and 311 of the Criminal Code, Article 28 paragraph (2) Jo Article 45A paragraph (2) Law of the Republic of Indonesia Number 19 Year 2016 concerning Amendments to Act Number 11 Year 2008 concerning Information and Electronic Transactions, and Article 16 of Act Number 40 of 2008 concerning the Elimination of Racial and Ethnic Discrimination. How to Determine Errors and Penal Sanctions Perpetrators of Hate Speech Crime To Be Accounted for Criminally that is proof at the court session by examining and matching the actions of criminal offenders with elements of the charged article (Objective elements and elements which subjective, and consider justification reasons such as the

formulation of norms Article 48, Article 49, Article 50 and Article 51 of the Criminal Code, and forgiving reasons, namely as stated in Article 44 of the Criminal Code recommend to legislators: 1) To make Laws concerning Special hate speech crimes, so that they are easily understood by the public. 2) To law enforcers should be very careful in upholding the law of criminal acts of hate speech and continually disseminating as a preventive measure to the public regarding Article 28 paragraph (2) Jo Article 45A paragraph (2)) Law of the Republic of Indonesia Number 19 Year 2016 Regarding Amendments to Act Number 11 Year 2008 concerning Information and Electronic Transactions.

Keywords: Criminal Accountability, Actors, Hate Speech



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

PENDAHULUAN

Perkembangan teknologi informasi dan komunikasi sudah sedemikian cepat sehingga mempengaruhi setiap aspek kehidupan manusia. Tidak dapat dipungkiri teknologi informasi dan komunikasi menjadi ujung tombak era globalisasi yang kini melanda hampir di seluruh dunia. Kondisi ini “menjadikan lahirnya suatu dunia baru yang sering disebut dengan *dusun global (global village)*, yang di dalamnya dihuni oleh warga negara yang disebut warga jaringan (*netizen*)”.¹ Seiring perkembangan zaman, kegiatan manusia semakin bervariasi. Hal tersebut adalah akibat dari perkembangan teknologi informasi. Dahulu, kegiatan manusia didominasi pada kegiatan yang menggunakan sarana fisik. Namun, pada era teknologi hal tersebut tentu memberikan dampak pada penegakan hukum pidana, contohnya kejahatan dalam dunia maya seperti pencemaran nama baik di media sosial kerap terjadi.² Kemajuan teknologi telah merubah struktur masyarakat dari yang bersifat lokal menuju ke arah masyarakat yang berstruktur global. Perubahan ini disebabkan oleh kehadiran teknologi informasi. Pada perkembangan teknologi informasi tersebut berpadu dengan media dan komputer, lahirlah piranti baru yang dinamakan internet. Kehidupan internet ini telah merubah paradigma baru dalam kehidupan manusia. Kehidupan berubah dari yang hanya bersifat real (nyata) bertambah dengan realitas baru yang bersifat maya (virtual). Realitas yang kedua ini bisa dikatakan dengan internet dan *cyber space*.³

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik ini selain membuat aturan terhadap perbuatan-perbuatan kejahatan yang merugikan orang lain yang terjadi di dunia maya melalui transaksi elektronik yang dapat diketahui bahwa perkembangan teknologi informasi semakin pesat”.⁴ Di negara yang menganut sistem pemerintahan demokrasi, kemerdekaan berpendapat secara lisan maupun tulisan dijamin oleh konstitusi dan Negara. Kebebasan berpendapat telah diatur dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyatakan Pendapat di depan umum. Menurut Undang-Undang ini setiap warga negara berhak untuk menyampaikan pikiran dengan lisan, tulisan dan sebagainya secara bebas dan bertanggungjawab sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Undang-undang ini merupakan pelaksana dari Pasal 28 Undang-Undang Dasar 1945 yang dirumuskan: “Kemerdekaan berserikat dan berkumpul,

¹ Dikdik M. Arief Mansur dan Elisatris Gultom, *Cyber Law; Aspek Hukum Teknologi Informasi*, Refika Aditama, Jakarta, 2009, hlm, 121.

² <https://ejournal.warmadewa.ac.id/index.php/analoghukum>, diakses pada tanggal 8 Januari 2024.

³ A.Rahmah dan Amiruddin Pabbu, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, Mitra Wacana Media, Jakarta, 2015, hlm, 3.

⁴ Adi Saputra Gulo dkk, “*Cyber Crime dalam Bentuk Phising Berdasarkan Undang- Undang Informasi dan Transaksi Elektronik*”, Pampas: Journal of Criminal, Volume 1, Fakultas Hukum Universitas Jambi, Jambi, 2020, hlm. 71. <https://online-journal.unja.ac.id/Pampas/article/view/9574>, diakses pada tanggal 9 Januari 2024.

mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang.” Selama ini kegiatan berekspresi oleh masyarakat Indonesia yang masih sesuai dengan ranah hukum yang berlaku tidak menjadi masalah, sedangkan ekspresi dari masyarakat Indonesia yang tidak sesuai hukum yang berlaku itu yang menjadi masalah dan akan menimbulkan masalah atau konflik. Pada saat ini banyak masyarakat menyalahgunakan kebebasan berekspresi, yaitu “mereka tidak memandang hukum yang berlaku dan sewenang-wenang mengekspresikan dirinya dan menggunakan kebebasan berekspresi untuk mengungkapkan rasa kebenciannya kepada seseorang atau individu lain yang pada saat ini disebut sebagai ujaran kebencian atau *hate speech*.⁵ Kemudahan dalam menyampaikan pikiran secara lisan dan tulisan dewasa ini berjalan seiring dengan semakin berkembangnya teknologi informasi. Perkembangan teknologi informasi sudah sangat canggih, cepat dan mudah, sehingga menjadi gaya hidup (*life style*) bagi masyarakat di seluruh dunia tidak terkecuali Indonesia yang juga terkena pengaruh perkembangan teknologi informasi di era globalisasi ini. Salah satu pemanfaatan teknologi informatika dengan munculnya berbagai macam situs jejaring sosial ini menyebar luas ke berbagai macam kalangan anak-anak, mahasiswa, ibu rumah tangga, ekonomi atas sampai ekonomi bawah dan masih banyak yang lainnya dapat menggunakan situs jejaring sosial untuk kebutuhan masing-masing pengguna.⁶

Hal ini mengakibatkan setiap orang dapat berekspresi dan bebas mengeluarkan pendapat, kritik ataupun saran melalui jejaring sosial yang dimiliki. Penggunaan media sosial secara meluas ini memiliki dampak yang diibaratkan seperti dua sisi mata uang. Di satu sisi dapat memberikan dampak positif pada bidang sosial, pendidikan, politik, ekonomi dan sebagainya. Namun di sisi lain dapat menyebabkan munculnya jenis kejahatan baru. “Secara khusus, perkembangan teknologi komputer dan internet memberikan implikasi-implikasi yang signifikan terhadap pengaturan atau pembentukan regulasi dalam ruang siber dan hukum siber serta terhadap perkembangan kejahatan dalam dunia maya (*cyberspace*), (*cybercrime*)”.⁷ Salah satu dampak negatif yang sering terjadi dengan semakin mudahnya komunikasi dan bertukar informasi melalui media sosial antara sesama pengguna adalah mudahnya suatu pendapat yang memiliki muatan penghinaan, pencemaran nama baik atau ujaran kebencian (*Hate Speech*) tersebar dan diakses oleh semua orang. Kejahatan dunia maya adalah jenis kejahatan yang berkaitan dengan pemanfaatan sebuah teknologi informasi tanpa batas serta memiliki karakteristik yang kuat dengan sebuah rekayasa teknologi yang mengandalkan kepada tingkat keamanan yang tinggi dan kredibilitas dari sebuah informasi yang disampaikan dan diakses oleh pengguna internet.⁸ Tindak pidana ujaran kebencian (*hate speech*) saat ini semakin menjadi perhatian masyarakat nasional maupun internasional seiring dengan meningkatnya kepedulian terhadap perlindungan hak asasi manusia. Wadah terbesar yang memudahkan munculnya tindak pidana ujaran kebencian adalah melalui media sosial seperti *facebook*, *twitter*, *instagram* dan jejaring sosial lainnya. Penyebaran ujaran kebencian (*hate speech*) di media sosial bertujuan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan antara individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antargolongan (SARA) yang mampu mengakibatkan perubahan besar dan sering digunakan untuk kepentingan politik di beberapa kalangan.

Pada dasarnya, hukum bertujuan untuk menciptakan ketertiban dan keamanan guna terwujudnya suatu masyarakat yang harmonis, damai dan tentram. Kedamaian dan ketentraman tersebut akan terwujud apabila seluruh komponen yang ada di alam semesta ini

⁵ I Made Kardiyasa, dkk, “Sanksi Pidana Terhadap Ujaran Kebencian (*Hate Speech*)”, Jurnal Analogi Hukum, Volume 2, Nomor 1, 2020, hlm, 78.

⁶ Budi Suhariyanto, *Tindak Pidana Teknologi Informasi (CYBERCRIME)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm. 2.

⁷ Josua Sitompul, *Cyberspace, Cybercrimes, Cyberlaw Tinjauan Aspek Hukum Pidana*, Tatanusa, Jakarta, 2012, hlm. 26.

⁸ Maskun, *Kejahatan Siber*, Kencana, Cetakan ke-1, Jakarta, 2013, hlm. 48.

patuh dan taat terhadap hukum yang berlaku. Oleh karena itu, seluruh alamsemesta ini terikat dengan hukum agar keharmonisan, kedamaian dan ketentraman itu dipelihara dengan baik. Hukum juga merupakan wujud dari perintah dan kehendak negara yang dijalankan oleh pemerintah untuk mengemban kepercayaan dan perlindungan penduduk yang berada dalam wilayahnya. Perlindungan yang diberikan oleh suatu negara terhadap penduduknya itu dapat bermacam-macam sesuai dengan perilaku setiap masyarakat karena hukum itu juga timbul dari suatu kebiasaan masyarakat. Karena itu kebutuhan akan hukum berbeda-beda dari setiap masyarakat yang ada. Di dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) yang dimaksud dengan penyebar ujaran kebencian memiliki makna yang sangat luas sehingga belum adanya pengertian khusus ujaran kebencian sehingga dapat menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda untuk itu perlunya suatu penegasan dalam ujaran kebencian tersebut, bahkan antara ahli bahasa pun dapat berbeda memaknaisuatu pernyataan yang dianggap suatu ujaran kebencian.

Ahmad Dhani Prasetyo telah divonis bersalah melawan hukum Pasal 28 ayat (2) Juncto Pasal 45 ayat (2) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) oleh Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dengan vonis pidana penjara 18 (delapan belas) bulan, hal ini disebabkan Ahmad Dhani menulis di akun twitter tanggal 6 Maret 2017 “Siapayang dukung penista Agama Bajingan yang perlu diludahi”, Namun Ahmad Dhani mengajukan Banding.⁹ “Ahmad Dhani Prasetyo menjadi tersangka Pasal 27 ayat (3) UU ITE tentang pencemaran nama baik terkait video viral dirinya yang menyebut massa peserta aksi yang kontra dengan #2019Ganti Presiden sebagai idiot, kasus tersebut masih berproses di Pengadilan Negeri Surabaya”.¹⁰ Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang menyebutkan: 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.¹¹ Di dalam istilah tindak pidana penghinaan yang tercantum di dalam pasal 310 KUHP ayat (1) berbunyi: Barang siapa sengaja merusak kehormatan atau nama baik seseorang dengan jalan menuduh dia melakukan sesuatu perbuatan dengan maksud yang nyata akan tersiarnya tuduhan itu, dihukum karena menista, dengan hukuman penjara selama-lamanya sembilan bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp.4.500,-.¹² Dikatakan sebagai suatu istilah umum dalam menggambarkan tindak pidana terhadap kehormatan. “Tindak pidana kehormatan ini, menurut hukum pidana terdiri dari empat bentuk, yakni: 1)Menista secara lisan; 2)Menista secara tertulis; 3)Fitnah; dan Penghinaan Ringan”.¹³ Atas dasar demikian, tulisan ini dimaksudkan untuk menganalisis bagaimana perbuatan ujaran kebencian yang berkonten SARA sebagai dasar pertanggungjawaban pidana dan bagaimana cara menentukan kesalahan dan sanksi pidana perbuatan ujaran kebencian yang berkonten SARA untuk dapat dipertanggungjawabkan secara pidana.

METODE PENELITIAN

Penelitian ini merupakan yuridis normatif dengan metode penelitian *library research*

⁹ <http://www.Google.Com.TribunNews>, diakses pada tanggal 23 Januari 2024.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia, *Undang-Undang R.I. Tentang Pornografi dan Informasi dan Data Transaksi Elektronik*, Pustaka Mahardika, Yogyakarta, 2011, hlm. 44.

¹² R.Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Politeia, Bogor, 1995, hlm. 225.

¹³ Leden Marpaung, *Tindak Pidana Kehormatan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm. 19.

penelitian ini juga disebut "*legal research atau legal research instruction*".¹⁴ Pendekatan penelitian adalah Perundang-Undangan (*Statute Approach*), Pendekatan Konsep (*Conceptual Approach*) dan Pendekatan Kasus (*Case Approach*). Data dikumpulkan melalui bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier dengan menggunakan sistem kartu (*card system*) dan sistem arsip pada komputer (*computerise filing system*). Sedangkan bahan hukum yang diteliti meliputi: Bahan hukum primer, yaitu perangkat peraturan perundang-undangan dalam hal ini Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 251); Bahan hukum sekunder yaitu hasil karya ilmiah para sarjana dan hasil-hasil penelitian, literatur karya para ahli hukum yang menyangkut hukum pidana secara umum, serta literatur seperti buku-buku, thesis, jurnal dan dokumen yang berkaitan dengan Tindak Pidana Ujaran Kebencian (*Hate Speech*) dan Bahan hukum tersier yang diteliti adalah merupakan bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus hukum, ensiklopedia, dan lain-lain.

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Perbuatan Ujaran Kebencian Berkonten Sara Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana

Latar belakang lahirnya Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi Elektronik, untuk menjawab permasalahan hukum yang sering kali dihadapi diantaranya dalam menyampaikan informasi, transaksi secara elektronik, khususnya dalam hal pembuktiaan dan hal yang terkait dengan perbuatan hukum yang dilaksanakan melalui sistem elektronik. Hal tersebut adalah sebuah langkah maju yang ditempuh oleh pemerintah dalam penyelenggaraan layanan informasi secara online yang mencakup beberapa aspek kriteria dalam penyampaian informasi. Lahirnya Undang-undang sesuai dengan perkembangan teknologi informasi telah memudahkan kita mencari dan mengakses informasi dalam sistem komputer serta membantu kita untuk menyebarluaskan atau melakukan tukar- menukar informasi dengan cepat. Jumlah informasi yang tersedia di internet semakin bertambah terus tidakpengaruhi oleh perbedaan jarak dan waktu. Perkembangan seperti inilah memungkinkan orang untuk melakukan kejahatan ataupun kecurangan di dunia maya. Untuk itu tentu dibutuhkan suatu aturan yang dapat memberikan kepastian hukum dunia maya di Indonesia, maka terbitlah Undang- Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang- Undang Republik Indonesia Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik dan yang menjadi substansi dari isi Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi elektronik tentang perbuatan yang dilarang ialah: Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentranmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik yang memiliki muatan: Melanggar kesusilaan. Perjudian, Penghinaan dan/atau pencemaran nama baik. Pemasaran dan/atau pengancaman. Setiap orang dengan sengaja tanpa hak menyebarkan: Berita bohong dan menyesatkan yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam transaksi elektronik. Informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian dan atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas dasar suku, agama, ras dan antar golongan (SARA). Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak mengirimkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang berisi ancaman

¹⁴ Soerjono Sukanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Tinjauan Singkat*, Raja WaliPers, Jakarta, 2006, hlm.23.

kekerasan atau menakut-nakuti yang ditujukan secara pribadi. Setiap orang dengan sengaja tanpa hak atau melawan hukum: Mengakses Komputer dan/atau System Elektronik milik orang lain dengan cara apapun Mengakses Komputer dan/atau Sistem Elektronik dengan cara apapun dengantujuan untuk memperoleh Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik. Mengakses Komputer dan/atau Sistem Elektronik dengan cara apapun dengan melanggar, menerobos, melampaui, atau menjebol sistem pengamanan. Melakukan intersepsi atau penyadapan atas Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dalam suatu Komputer dan/atau Sistem Elektronik dalamsuatu Komputer dan/atau Sistem Elektronik tertentu milik orang lain. (Kecuali Intersepsi yang dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan Kepolisian, Kejaksaan, dan/atau instansi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan Undang-undang. Melakukan Intersepsi atas tranmisi Informasi elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang tidak bersifat publik dari, ke, dan didalam suatu Komputer dan/atau Sistem Elektronik tertentu milik orang lain, baik yang tidak menyebabkan perubahan apapun maupun menyebabkan perubahan, penghilangan, dan/atau Dokumen elektronik yang sedang ditransmisikan. (Kecuali intersepsi yang dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan Kepolisian, Kejaksaan, dan/atau institusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan Undang-undang Elektronik kepada Sistem Elektronik orang lain yang tidak berhak melakukan tindakan apapun yang berakibat terganggunya sistem Elektronik dan/atau mengakibatkan Sistem Elektronik menjadi tidak bekerja sebagaimana mestinya. Memproduksi, menjual, mengadakan untuk digunakan, mengimpor, mendistribusikan, menyediakan, atau memiliki perangkat lunak komputer yang dirancang atau secara khusus dikembangkan untuk memfasilitasi perbuatan yang dilarang. Memproduksi, menjual, mengadakan untuk digunakan, mengimpor, mendistribusikan, menyediakan, atau memiliki sandi lewat Komputer, kode akses, atau hal yang sejenis dengan itu yang ditujukan agar sistem Elektronik menjadi dapat diakses dengan tujuan memfasilitasi perbuatan yang dilarang. Melakukan menipulasi, penciptaan, perubahan, penghilangan, pengrusakan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik tersebut seolah-olah data yang otentik.

Untuk menentukan pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku tindak pidana ujaran kebencian di media sosial harus mengacu kepada undang-undang yang bersifat khusus. Akan tetapi sampai saat ini, Indonesia belum memiliki Undang-Undang penanganan terhadap tindak pidana ujaran kebencian (*Hate Speech*) secara khusus, meskipun tindak pidana ini sudah terakomodir dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik, namun mengingat perkembangan zaman dan teknologi yang semakin maju sehingga jenis kejahatan semakin berkembang pemerintah diharapkan dapat menciptakan aturan yang lebih khusus agar tidak terjadi multitafsir dalam penegakan hukumnya. Pengertian *hate speech* menurut Kent Geenawalt adalah penghinaan dan julukan (*ephitets*) personal yang sangat kasar yang ditujukan terhadap ras, agama, etnis, gender atau preferensi seksual yang dapat menimbulkan masalah serius bagi teori dan praktik demokrasi. *Hate speech*, penghinaan dan julukan terhadap individu atau pok memiliki kaitan erat. *Hate speech* biasanya dilakukan dengan menggunakan julukan dan hinaan, *Hate speech* diarahkan untuk menindas yang dilakukan oleh penindas.¹⁵

Salah satu ciri penghinaan dan julukan kecenderungan untuk mengejutkan individu yang dituju menggunakan bahasa yang kasar dan merendahkan atau dengan satu kata yang mengejutkan. Penggunaan julukan dapat diartikan luas, julukan biasanya dianggap sebagai

¹⁵<http://www.DivkumPolri>, Sosialisai Surat Edaran Kapolri No.6 Thn 2015 tentang Ujaran Kebencian Hate Speech, diakses pada tanggal 2 Maret 2024.

hal negatif, beberapa julukan mencemarkan nama baik ras, agama, etnis gender, atau preferensi seksual. Kuatnya penghinaan dan julukan sangat bervariasi, bergantung pada nada suara, konteks, dan hubungan yang dibangun. Ujaran kebencian (*Hate Speech*) adalah tindakan berupa lisan maupun tulisan yang dilakukan oleh individu atau kelompok dalam bentuk provokasi atau hasutan kepada individu atau kelompok yang lain dalam berbagai aspek seperti ras, agama, warna kulit, gender, cacat, orientasi seksual, kewarganegaraan dan lain sebagainya. Dalam arti hukum, *Hate Speech* adalah perkataan, perilaku, tulisan ataupun pertunjukan yang dilarang karena dapat memicu terjadinya tindakan kekerasan dan kegaduhan dalam kehidupan bermasyarakat.

Unsur-Unsur Melawan Hukum Pelaku Tindak Pidana Ujaran Kebencian

Pasal 28 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang sekarang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016, dirumuskan sebagai berikut. Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA). Pasal ini pada sesungguhnya tidak memuat unsur "perbuatan kebohongan." Hanya saja, dengan kembali pada peristiwa hukumnya, kerap kali perbuatan kesengajaan menyebarkan informasi yang bertujuan untuk menimbulkan kebencian, konten informasi yang disebarkan biasanya tidak mengandung kebenaran atau sifatnya sebagai berita kebohongan belaka, karena itu pasal ini disebut dengan pasal ujaran kebencian melalui media sosial. Sifat melawan hukum (*wederrechtelijkeheid*) dalam Ilmu Hukum dikenal dua macam yaitu sifat melawan hukum materil (*materiel wederrechtelijkeheid*) dan sifat melawan hukum formil (*formale wederrechtelijkeheid*). Sifat melawan hukum materil (*materiel wederrechtelijkeheid*) merupakan sifat melawan hukum yang luas yaitu melawan hukum itu sebagai suatu unsur yang tidak hanya melawan hukum yang tertulis saja, tetapi juga hukum yang tidak tertulis (dasar-dasar hukum pada umumnya). Sehingga walaupun undang-undang tidak menyebutkannya maka melawan hukum adalah tetap merupakan unsur dari tiap tindak pidana. Sedangkan sifat melawan hukum formal (*formale wederrechtelijkeheid*) adalah merupakan unsur dari hukum positif yang tertulis saja sehingga ia baru merupakan unsur dari tindak pidana apabila dengan tegas disebutkan dalam rumusan tindak pidana.¹⁶

Sifat melawan hukum materil terdiri dari sifat melawan hukum materil dalam fungsi positif dan sifat melawan hukum dalam fungsi negatif. Pengertian sifat melawan hukum secara materil dalam arti positif akan merupakan pelanggaran asas legalitas, pada Pasal | ayat (1) KUHP, artinya ajaran sifat melawan hukum dalam fungsi positif yaitu meskipun suatu perbuatan secara materil merupakan perbuatan melawan hukum apabila tidak ada aturan tertulis dalam perundang-undangan pidana, perbuatan tersebut tidak dapat dipidana. Ajaran sifat melawan hukum materil hanya diterima dalam fungsinya yang negatif, dalam arti bahwa suatu perbuatan dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum, apabila secara materil perbuatan itu tidak bertentangan dengan hukum. Sifat melawan hukum dalam pengertian materil negatif juga sudah bertentangan dengan asas legalitas, khususnya aspek kepastian hukum, lebih-lebih dalam pengertian materil yang positif. Pengertian "Melawan Hukum" adalah dalam pengertian formil maupun materil di mana ajaran sifat melawan hukum yang formal mengatakan bahwa apabila suatu perbuatan telah mencocoki semua unsur yang termuat dalam rumusan tindak pidana, perbuatan tersebut adalah tindak pidana dan ajaran

¹⁶Guse Prayudi, Sifat Melawan Hukum Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Majalah Varia Peradilan, Tahun XXI, No. 254 Januari 2007, IKAHI, Jakarta, 2007, hlm.25.
[//http Guse Prayudi/sifat melawan hukum, diakses pada tanggal 6 Maret 2024.](http://http Guse Prayudi/sifat melawan hukum, diakses pada tanggal 6 Maret 2024.)

yang materil mengatakan bahwa di samping memenuhi syarat- syarat formal, yaitu mencocoki semua unsur yang tercantum dalam rumusan delik, perbuatan itu harus benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut atau tercela.¹⁰⁵

Sifat melawan hukum formal berarti semua bagian (tertulis dalam undang- undang) dari rumusan delik telah terpenuhi dan sifat melawan hukum materiel berarti bahwa karena perbuatan itu, kepentingan hukum yang dilindungi oleh rumusan delik tertentu telah dilanggar.¹⁰⁶ Sifat melawan hukum formal memenuhi rumusan delik undang undang Sifat melawan hukum formal merupakan syarat untuk dapat dipidananya perbuatan. Secara singkat ajaran sifat melawan hukum formal mengatakan apabila suatu perbuatan telah memenuhi semua unsure yang termuat dalam rumusan tindak pidana perbuatan tersebut adalah tindak pidana. Jika ada alasan-alasan pembenar maka alasan-alasan tersebut harus juga disebutkan secara tegas dalam undang-undang. Menurut ajaran ini dengan berpegang pada asas legalitas apabila perbuatan diancam dengan pidana dan dirumuskan sebagai suatu delik dalam undang-undang yang tertulis maka perbuatan tersebut bersifat melawan hukum. Kalaupun ada hal-hal yang menghapuskan sifat melawan hukumnya sehingga pelakunya tidak dapat dijatuhi pidana hal-hal tersebut harus pula berdasar pada ketentuan undang-undang tertulis. Ajaran ini diikuti oleh Simons, yang mengatakan bahwa "suatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum tidak mutlak bersifat melawan hukum tetapi bila terdapat pengecualian alasan pengecualian itu harus diambil dari hukum positif dan tidak boleh dari luar hukum positif. Mengenai sifat melawan hukum dan sifat dapat dipidana. Perbuatan itu melawan hukum, jika bertentangan dengan undang-undang. Pada beberapa norma hukum pidana maka unsur "melawan hukum" (melawan hak) ini dituliskan tersendiri dengan tegas didalam satu pasal, misalnya dalam pasal 362 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) disebutkan "memiliki barang itu dengan melawan hukum (melawan hak)". Sifat dapat dipidana artinya bahwa perbuatan itu harus diancam dengan pidana, oleh suatu norma pidana yang tertentu. Sifat dapat dipidana ini bisa hilang, jika perbuatan itu tidak ada unsur kesalahan, walaupun telah diancam pidana dengan undang-undang tetapi telah dilakukan dalam keadaan-keadaan yang membebaskan terdakwa hal ini diatur dalam pasal 44, 48, 49, 50 dan 51 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Penyebar ujaran kebencian, permusuhan dan SARA sangat erat kaitannya dalam suatu kata kebencian, dimana kebencian itu sendiri memiliki pengertian perbuatan menyerang seseorang. Merupakan suatu kewajiban seseorang untuk tidak menyebarkan suatu kebencian, permusuhan dan SARA di media sosial. Pengertian ujaran kebencian hingga pada saat ini masih belum jelas sehingga dalam penyebar ujaran kebencian, permusuhan dan SARA harus memperjelas apa itu ujaran kebencian dan SARA agar tidak multitafsir. Dalam penyebaran ujaran kebencian, permusuhan dan SARA harus terlebih dahulu membedakan apakah suatu kasus ujaran kebencian tersebut merupakan suatu penghinaan yang menjuru pada kebencian seseorang atau mengkritik. Mengkritik adalah Hak Asasi Manusia sedangkan menghina adalah tindak pidana. Sehingga penjelasan tersebut harus tegas dan konkret sehingga tidak bisa multitaksir. Undang- Undang Dasar 1945 Pasal 28 E ayat (3) yang menyatakan "Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat". Kebebasan mengemukakan pendapat tersebut harus dilaksanakan secara bertanggungjawab dengan demikian, pendapat yang dikemukakan tersebut bukan saja bermanfaat pada dirinya, melainkan juga bermanfaat bagi orang lain, masyarakat atau bahkan bangsa dan Negara.

Dari sudut hukum arti daripada ujaran kenbecian (*Hate Speech*) sendiri adalah tindakan komunikasi yang dilakukan oleh suatu individu dalam bentuk provokasi, hasutan, atau hinaan kepada individu atau kelompok yang lain dalam berbagai aspek seperti ras, warna kulit, gender, cacat, orientasi seksual, kewarganegaraan, agama dan lain-lain. Adanya suatu aturan

hukum tanpa adanya menjaga ketertiban dan kedamaian serta kenyamanan hidup bersama maka aturan hukum tersebut tidak dapat secara efektif di gunakan sehingga aparat penegak hukum sebagai alat Negara, yang fungsinya melindungi masyarakat dan bukan alat politik. Indonesia merupakan memiliki motto Bhineka Tunggal ika yang menggambarkan persatuan dan kesatuan bangsa sehingga jika tidak adanya satu kesatuan bangsa Indonesia akan kacau balau sehingga perlunya suatu alat Negara untuk lebih serius dalam mengatasi kasus ujaran kebencian, permusuhan dan SARA. Melalui Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, tidak terlepas dari landasan dan sekaligus tujuan nasional yang ini dicapai seperti yang dirumuskan di dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, khususnya alinea-4 (empat), yaitu: (1) untuk melindungi segenap bangsa Indonesia (2) untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila. Di dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2016 Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Transaksi Elektronik yang dimaksud dengan penyebar ujaran kebencian memiliki makna yang sangat luas sehingga belum adanya pengertian khusus ujaran kebencian sehingga dapat menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda, untuk itu perlunya, suatu penegasan dalam ujaran kebencian tersebut.

Cara Menentukan Kesalahan Dan Sanksi Pidana Perbuatan Ujaran Kebencian Yang Berkonten Sara Untuk Dapat Dipertanggungjawabkan Secara Pidana

Tindak pidana juga disebut delik, atau perbuatan pidana yang boleh dihukum, atau peristiwa pidana. Adalah suatu perbuatan yang melanggar atau bertentangan dengan undang-undang yang dilakukan dengan kesalahan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan. Tindak pidana itu terdiri dari unsur-unsur yang dapat dibedakan atas: Unsur yang bersifat obyektif (*Actus Reus*); dan Unsur yang bersifat subyektif (*Mens rea*). Terhadap pelaku tindak pidana selain memang ada niat untuk menyebarkan ujaran kebencian tersebut, perbuatan tersebut diawali dengan rencana yang dipikirkan terlebih dahulu dengan tenang, misalnya, dengan cara bagaimana sebaiknya perbuatan akan dilakukan. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak ada penjelasan tentang apa yang dimaksud dengan "direncanakan terlebih dahulu" Penjelasan terhadap apa yang dimaksud dengan direncanakan terlebih dahulu dapat dilihat dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) yang menyatakan bahwa istilah *met voorbedachte rade* atau direncanakan lebih dahulu menunjuk pada suatu saat untuk menimbang dengan tenang. Menurut Memori Penjelasan, bahwa berencana disyaratkan "saat untuk menimbang dengan tenang dan berpikir secara mantap". Rencana terlebih dahulu itu mendahului pelaksanaan perbuatan, jadi mendahului perbuatan dengan sengaja. Ciri menimbang dengan tenang dan berpikir secara mantap tidak sesuai dengan kenyataan. Ketenangan dan kemantapan itu sering tidak besar. Kecuali itu, yang menjadi persoalan tidak begitu mengenai keadaan batin, tetapi mengenai persiapan. Istilah "*mens rea*" atau niat jahat merupakan istilah yang dipakai oleh negara- negara *common law* untuk menandakan "kesalahan" pada perbuatan seseorang Michael J. Allen menyatakan bahwa "*Where a person has performed act or brought about consequences which constitute the actus reus of an offence. he will generally be found of the offence only if he had the necessary mens rea at the time he acted.*"¹⁷

Menurut Chairul Huda, baik di negara-negara *civil law*, maupun *common law*, kesalahan atau *mens rea*, justru dipandang sebagai nilai etis dari pidanaan. Apakah berdasarkan asas "*geen straf zonder schuld*" atau dalam istilah latin "*actus non est reus nisi mens sit rea*", unsur

¹⁷ Michael J. Allen, *Textbook on Criminal Law*, Blackstone Press Limited, London, 1991, hlm. 48.

kesalahan atau *mens rea* menjadi sangat penting dalam penjatuhan pidana kepada pelaku kejahatan. Membahas tentang "Niat Jahat (*Mens Rea*)" dalam suatu pemidanaan, maka secara esensinya tidak terlepas dari adanya "kehendak bebas" pada diri manusia. Dalam kajian hukum pidana, "kehendak bebas" melahirkan dua aliran dalam tujuan pemidanaan (pertanggungjawaban pidana), yaitu aliran klasik (*classical school*) dan aliran positif. Aliran (*classical school*) memandang bahwa manusia mempunyai kehendak bebas untuk berbuat sesuatu. Ketika perbuatan manusia itu bertentangan dengan hukum (melakukan kejahatan), maka seseorang harus siap bertanggung jawab atas perbuatannya tersebut. *Mens rea* (niat jahat) belumlah cukup untuk menjatuhkan hukuman kepada pelaku tindak pidana, akan tetapi harus disertai dengan serangkaian perbuatan (*actus reus*). Niat Jahat (*Mens Rea*) dalam hukum pidana merupakan masuk dalam kajian "pertanggungjawaban pidana". Ketika terjadi dugaan tindak pidana, maka pertama sekali yang perlu dibuktikan adalah ada atau tidaknya perbuatan melawan hukum. Setelah terbukti perbuatan melawan hukumnya baru dilihat apakah terdakwa bisa diminta pertanggungjawaban pidananya. Jadi "niat jahat (*mens rea*)" ini baru bisa dibuktikan setelah terbukti perbuatan pidananya. Ini adalah konsekuensi logis dari asas dualistis yang kita ikuti, yang memisahkan perbuatan pidana dengan pertanggungjawaban pidana. Pertanggungjawaban pidana dimaksudkan untuk menentukan apakah seseorang tersangka/terdakwa dapat dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana (*crime*) yang terjadi atau tidak. Dengan perkataan lain apakah terdakwa akan dipidana atau dibebaskan.

Bentuk pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku tindak pidana ujaran kebencian di media sosial berdasarkan *asas lex specialis derogat legi generali* mengacu kepada ketentuan Pasal 45 ayat (3) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, dirumuskan: Setiap Orang yang 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 sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (3) dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau denda paling banyak Rp750.000.000,00 (tujuh ratus lima puluh juta rupiah). Dalam konteks kesengajaan sebagai maksud, maka si pelaku memang benar-benar menghendaki perbuatan dan akibatnya. Kesengajaan dengan sadar kepastian ini baru dianggap ada apabila si pelaku dengan perbuatannya tidak bertujuan untuk mencapai akibat yang menjadi dasar dari tindak pidana tersebut, tetapi ia tahu bahwa akibat itu pasti akan mengikuti perbuatan tersebut. Rumusan norma hukum dalam tindak pidana ujaran kebencian tersebut untuk Unsur *Mens rea*, dirumuskan "dengan sengaja". Dalam hal perbuatan mempunyai akibat yaitu akibat yang memang dituju dan diinginkan pelaku dan merupakan suatu keharusan di dalam mencapai tujuan, akibat ini pasti akan timbul. Sedangkan kesengajaan dengan sadar akan kemungkinan adalah keadaan tertentu yang semula mungkin akan terjadi, kemudian benar-benar terjadi,

Dasar pertimbangan hakim untuk memutuskan seseorang dihukum atau dibebaskan bahwa harus dipahami bahwa pidana tidak akan dibebaskan pada orang lain, sekedar karena orang itu melakukan tindak pidana, kecuali ada keyakinan bahwa ia memang dapat dipersalahkan karena tindakannya tersebut. Karena itu dapat juga diandaikan bahwa manusia dalam kondisi yang tidak terlalu abnormal, sepanjang ia memang menginginkannya, muncul sebagai makhluk yang memiliki akal budi serta sanggup dan mampu menaati norma-norma masuk akal yang ditetapkan oleh masyarakat sebagai jaminan kehidupannya. Kesalahan adalah pencelaan yang ditujukan oleh masyarakat (yang menetapkan standar etis yang berlaku waktu tertentu) terhadap manusia yang melakukan perilaku menyimpang yang sebenarnya

dapat dihindarinya Kemungkinan dapat dihindari (terjadinya) perilaku menyimpang merupakan lapis pertama untuk menetapkan kesalahan, suatu perbuatan harus memiliki sifat layak dipidana (*strafwaardigheid*). Sebagaimana diuraikan sebelumnya, terdapat dua konsep unsur psikologis yang dapat dinyatakan sudah tercakup dalam rumusan delik, yaitu kesengajaan (*dolus*) dan, sebagai kekecualian, kelalaian (*culpa*). Dalam ilmu hukum pidana, orang menggunakan sering digunakan istilah kesalahan mencakup baik kesengajaan maupun kealpaan, sebagai bagian-bagian delik yang subyektif yang terpenting.

Berkaitan dalam asas hukum pidana yaitu *Geen straf zonder schuld, actus non facit reum nisi mens sit rea*, bahwa tidak dipidana jika tidak ada kesalahan, maka pengertian tindak pidana itu terpisah dengan yang dimaksud pertanggungjawaban tindak pidana. Tindak pidana hanyalah menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan itu dengan suatu pidana, kemudian apakah orang yang melakukan perbuatannya juga dijatuhi pidana sebagaimana telah diancamkan akan sangat tergantung pada soal apakah dalam melakukan perbuatannya itu si pelaku juga mempunyai kesalahan. Dasar hukum adanya tindak pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar hukum dapat dipidananya pembuat tindak pidana adalah asas kesalahan. Ini berarti bahwa pembuat tindak pidana hanya akan dipidana jika ia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Kapan seseorang dikatakan mempunyai kesalahan merupakan hal yang menyangkut masalah pertanggungjawaban pidana. Seseorang mempunyai kesalahan bilamana pada waktu melakukan tindak pidana, dilihat dari segi kemasyarakatan ia dapat dicela oleh karena perbuatannya. Dalam putusan pengadilan, Majelis Hakim menguraikan unsur-unsur pasal yang didakwakan, untuk unsur dengan sengaja, dengan maksud atau karena lalainya. Di sini Majelis Hakim sedang mengusut *mens rea* atau niat dari pada pelaku. Seperti halnya putusan Pengadilan Tinggi Jambi, Majelis Hakim menguraikan sebagai berikut. Bahwa pertanggungjawaban pidana menyangkut tentang adanya kesalahan dalam suatu tindak pidana. Sesuai dengan asas yang berlaku di Indonesia bahwa "perbuatan pidana tidak dapat dipidana jika tidak ada kesalahan". sedangkan kesalahan mencakup baik kesengajaan maupun kealpaan, dan adanya kesalahan tersebut didasarkan pada penilaian keadaan batin dari pelaku berdasarkan fakta-fakta yang ada. Menurut Moeljatno menjelaskan bahwa kesengajaan dapat dibuktikan dari kecerdasan pikiran yang disimpulkan antara lain daripengalaman pendidikannya atau lapisan masyarakat dimana terdakwa hidup dan dari ucapan-ucapan terdakwa di sekitar perbuatan, tidak mengadakan usaha untuk mencegah akibat yang diinginkan, dan sebagainya.¹⁸ Unsur kesalahan dalam hukum pidana dapat diartikan bahwa seseorang yang melakukan suatu perbuatan dengan sengaja haruslah memenuhi rumusan *willens* atau haruslah menghendaki apa yang ia perbuat dan memenuhi unsur *wettens* atau haruslah mengetahui akibat dari apa yang ia perbuat. *Guilty mind* atau *mens rea* dimaksud adalah kesalahan yang merupakan sifat subyektif dari tindak pidana karena berada didalam diri pelaku oleh karena itu kesalahan memiliki dua segi, yaitu segi psikologi dan segi normatif. Segi psikologi kesalahan harus dicari didalam batin pelaku yaitu adanya hubungan batin dengan perbuatan yang dilakukan sehingga ia dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya. Segi normatif yaitu menurut ukuran yang biasa dipakai masyarakat sebagai ukuran untuk menetapkan ada tidaknya hubungan batin antara pelaks dengan perbuatannya.

Penjatuhan pidana (*punishment*) ditentukan oleh adanya perbuatan pidana (*criminal act*) dan pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*). Asas yang terpenting dalam hukum pidana yaitu asas *culpabilitas* atau dikenal asas tiada pidana tanpa kesalahan (*Geen Straf Zonder Schuld*) dimana diartikan bahwa seorang pelaku dijatuhi pidana apabila tindak pidana yang dilakukan dapat dipersalahkan kepadanya. "Kesalahan mengandung dua

¹⁸ Putusan Pengadilan Tinggi Jambi Nomor : 01/PID.SUS/2014/PT.JBI, tanggal 10 Februari 2014.

pengertian. Dalam arti sempit yang berarti kesengajaan (*dolus/opzet*) yang berarti berbuat dengan kehendak dan maksud (*willen en wetens*), sedangkan dalam arti luas berarti *dolus* dan *culpa*.¹¹⁵ *Culpa* sendiri berarti kealpaan, dimana pada diri pelaku terdapat kekurangan pemikiran, kekurangan pengetahuan, dan unsur yang ketiga yaitu pertanggungjawaban subjek hukum, sesuatu dapat dikatakan sebagai tindak pidana apabila ada subjek hukum (pelaku) dari tindak pidana itu sendiri. "Agar dapat dipidana, dalam diri subjek hukum atau pelaku pidana tidak terdapat dasar penghapusan pidana, baik dasar pembenar maupun dasar pemaaf."¹⁹

Dengan demikian dapat diartikan bahwa tindak pidana dapat dipertanggungjawabkan kepada seseorang harus memenuhi unsur-unsur kesalahan sebagaimana yang telah diatur dalam hukum positif dan terhadap pelaku tidak ada alasan pembenar maupun dasar pemaaf. Alasan pembenar seperti rumusan norma Pasal 48, Pasal 49, Pasal 50 dan Pasal 51 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), sedangkan alasan pemaaf yaitu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 44 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Indonesia sebagai penganut sistem *civil law*, mengakui asas kesalahan sebagai satu-satunya asas dalam hal pertanggungjawaban pidana. Namun, dalam praktiknya juga mengakui adanya pengecualian terhadap asas tersebut. Hal itu terjadi karena perkembangan masyarakat yang sangat cepat menuntut diberlakukannya berbagai model atau sistem pertanggungjawaban pidana. Melihat kecenderungan yang demikian itu, pembentuk Konsep Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Baru menganggap penting untuk mencantumkan bentuk atau model sistem pertanggungjawaban yang merupakan pengecualian dari asas kesalahan ke dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Nasional.

Dicantumkannya penyimpangan terhadap asas kesalahan itu mendapat tanggapan pro dan kontra dan kalangan para ahli hukum. Schaffmeister menganggap bahwa penyimpangan itu merupakan hal yang bertentangan dengan asas *mens rea*. Namun Barda Nawawi Arief melihat dari sisi lain. Menurut Barda Nawawi Arief perkecualian atau penyimpangan dari suatu asasan dilihat semata-mata sebagai suatu pertentangan (kontradiksi), tetapi harus juga dilihat sebagai pelengkap (*complement*) dalam mewujudkan asas keseimbangan, yaitu keseimbangan antara kepentingan pribadi dengan kepentingan masyarakat. Keseimbangan antara kedua kepentingan itulah yang oleh Barda Nawawi Arief dinamakan Asas Monodualistik. Unsur pertanggungjawaban pidana tidak dapat terlepas dari unsur kesalahan, karena unsur kesalahan dalam hukum pidana sangatlah penting, suatu perbuatan tidak membuat orang bersalah kecuali jika terdapat batin yang salah. Jadi batin yang salah atau *guilty mind* atau *mens rea* ini adalah kesalahan yang merupakan sifat subyektif dari tindak pidana karena berada didalam diri pelaku oleh karena itu kesalahan memiliki dua segi, yaitu segi psikologi dan segi normatif. Segi psikologi kesalahan harus dicari didalam batin pelaku yaitu adanya hubungan batin dengan perbuatan yang dilakukan sehingga ia dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya. Segi normatif yaitu menurut ukuran yang biasa dipakai masyarakat sebagai ukuran untuk menetapkan ada tidaknya hubungan batin antara pelaku dengan perbuatannya. Alasan penghapusan pidana yang umum, yaitu yang berlaku umum untuk tiap-tiap delik, hal ini diatur dalam Pasal 44, 48 sampai dengan 51 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Sedangkan alasan penghapusan pidana yang khusus, yaitu yang hanya berlaku untuk delik-delik tertentu saja, misal Pasal 221 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP): "menyimpan orang yang melakukan kejahatan dan sebagainya." Di sini ia tidak dituntut jika ia hendak menghindarkan penuntutan dari istri, suami dan sebagainya (orang-orang yang masih ada hubungan darah).

Yang termasuk dasar Pembenar pembelaan terpaksa Pasal 49 ayat (1) Kitab Undang-

¹⁹S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni Ahaem-Patahaem, Jakarta, 1989, hlm. 192.

Undang Hukum Pidana (KUHP), keadaan darurat, pelaksanaan peraturan perundang-undangan Pasal 50, pemerintah jabatan-jabatan Pasal 51 ayat (1) terhadap dasar pemaaf atau *fait d'excuse* ini semua unsur tindak pidana, termasuk sifat melawan hukum dari suatu tindak pidana tetap ada, tetapi hal-hal khusus yang menjadikan si pelaku tidak dapat dipertanggung jawabkan, atau dengan kata lain menghapuskan kesalahannya. Yang termasuk dasar pemaaf adalah: kekurangan atau penyakit dalam daya berpikir, daya paksa (*overmacht*), pembelaan terpaksa, melampaui batas (*noodweerexes*), perintah jabatan yang tidak sah. Dengan memperhatikan uraian diatas, maka tindak pidana ujaran kebencian terhadap pelaku tindak pidana dapat ditegakkan atas dasar. Adanya perbuatan yang dilarang; Dikerjakan dengan kemauan sendiri; Pembuatnya mengetahui terhadap akibat perbuatan tersebut. Dari tiga unsur tersebut, maka yang dapat dibebani pertanggung jawaban pidana adalah manusia yang berakal pikiran, dewasa dan berkemauan sendiri. Kalau tidak demikian maka tidak ada pertanggung jawaban pidana atasnya, karena orang yang tidak berakal pikiran bukanlah orang yang mengetahui dan bukan pula orang yang mempunyai pilihan.

Sanksi Pidana Terhadap Pelaku Tindak Pidana Ujaran Kebencian

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) juga memuat larangan dan ancaman pidana bagi pelaku yang membuat ujaran kebencian ataupun berita bohong. Pasal 28 ayat (1) jo Pasal 45 Undang-Undang ini memuat ancaman pidana bagi setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan berita bohong dan menyesatkan yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam transaksi elektronik. Tindak pidana ini dirumuskan secara materiil. Artinya tindak pidana tersebut selesai sempurna bila akibat perbuatan telah timbul yaitu adanya kerugian konsumen dalam transaksi elektronik. Pasal 28 ayat 2 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang sekarang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016, dirumuskan sebagai berikut: Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA). Pasal 45 ayat (2): Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 ayat (1) atau ayat (2) dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)." Unsur sengaja artinya pelaku menghendaki untuk menyebarkan berita bohong dan menyesatkan, dan menghendaki atau setidaknya menyadari akan timbul akibat kerugian bagi konsumen. Pelaku juga mengerti bahwa apa yang dilakukannya itu tidak dibenarkan (sifat melawan hukum subjektif), dan mengerti akan mengakibatkan kerugian bagi konsumen transaksi elektronik. Ancaman pidana juga ditujukan bagi setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas SARA (Pasal 28 ayat (2) jo Pasal 45 Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE). Tindak pidana ini juga dirumuskan secara materiil. Artinya, tindak pidana selesai sempurna akibat adanya rasa kebencian atau permusuhan antar kelompok masyarakat telah timbul. Selain Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE), Pasal 207 dan Pasal 310-Pasal 321 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) juga memuat larangan melakukan penghinaan, dengan segala bentuknya, yang menyerang kehormatan dan nama baik. Substansi dalam pasal-pasal ini telah dimuat kembali dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Baru. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Baru, yang dimaksud dengan "penghinaan" adalah menyerang kehormatan atau nama baik orang lain. Sifat dari perbuatan pencemaran adalah

jika perbuatan penghinaan yang dilakukan dengan cara menuduh, baik secara lisan, tulisan, maupun dengan gambar yang menyerang kehormatan dan nama baik seseorang. sehingga merugikan orang tersebut. Undang-undang lain yang berkaitan dengan ujaran kebencian, permusuhan dan SARA tersebut tertuang pada Pasal 16 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras Dan Etnis yang dirumuskan: Setiap orang yang dengan sengaja menunjukkan kebencian atau rasa benci kepada orang lain berdasarkan diskriminasi ras dan etnis sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 huruf b angka 1, angka 2, atau angka 3, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Penjatuhan pidana (*punishment*) ditentukan oleh adanya perbuatan pidana (*criminal act*) dan pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*). Asas yang terpenting dalam hukum pidana yaitu asas *culpabilitas* atau dikenal asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder sculd*) di mana diartikan bahwa seorang pelaku dijatuhi pidana apabila tindak pidana yang dilakukan dapat dipersalahkan kepadanya. "Kesalahan mengandung dua pengertian. Dalam arti sempit yang berarti kesengajaan (*dolus/opzet*) yang berarti berbuat dengan hendak dan maksud (*willen en wetens*), sedangkan dalam arti luas berarti *dolus* dan *culpa*".¹²⁴ Terhadap sistem perumusan lamanya sanksi pidana (*strafmaat*) dikenal adanya *definite sentence system* berupa ancaman lamanya pidana yang sudah pasti, *fixed/indefinite sentence system* atau sistem maksimum yaitu berupa ancaman lamanya pidana secara maksimum, kemudian *determinate sentence system* berupa ditentukan batas minimum dan maksimum ancaman pidana dan *indeterminate sentence system* berupa tidak ditentukan batas maksimum pidana, badan pembuat undang-undang menyerahkan sepenuhnya kepada kebijakan (deskresi) pidana kepada aparat-aparat pelaksana pidana yang berada pada tingkatan yang lebih rendah, misalnya dalam menetapkan ukuran, sifat atau lamanya pidana untuk pelaku kejahatan tertentu.²⁰

Ditinjau dari sistem perumusan sanksi pidana (*strafsoort*) mempergunakan sistem perumusan kumulatif-alternatif (campuran/gabungan) dengan rumusan pidana penjara Pasal 28 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang sekarang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016, dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). Begitu juga rumusan sanksi pidana Pasal 16 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras Dan Etnis yang dirumuskan dengan sanksi pidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp500,000.000,00 (lima ratus juta rupiah). Sistem perumusan kumulatif-alternatif secara substansial juga meliputi sistem perumusan tunggal, kumulatif dan alternatif, sehingga secara eksplisit dan implisit telah menutupi kelemahan masing-masing sistem perumusan tersebut. Sistem perumusan kumulatif-alternatif merupakan pola sistem perumusan yang secara langsung adalah gabungan bercirikan nuansa kepastian hukum (*rechts zekerheids*) dan nuansa keadilan. Dengan titik tolak adanya gabungan antara nuansa keadilan dan kepastian hukum (*rechts-zekerheids*) maka ciri utama sistem perumusan ini didalam kebijakan aplikatifnya bersifat fleksibel dan akomodatif.

Pada kebijakan formulatif legislatif masa mendatang atau sebagai *ius constituendum* dikemudian hari hendaknya pembentuk undang-undang lebih baik membuat sistem perumusan yang bersifat kumulatif-alternatif atau campuran. Kemudian dikaji dari sistem perumusan lamanya sanksi pidana (*strafmaat*) maka tindak pidana ujaran kebencian sanksinya menganut sistem *fixed/indefinitesentence system* atau sistem maksimum. Lazimnya,

²⁰ Lilik Mulyadi, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi dan Victimologi*, Citra AdityaBakti, Bandung, 2007, hlm. 21.

sistem ini disebut sebagai "sistem atau pendekatan absolut/ tradisional" di mana diartikan untuk setiap tindak pidana ditetapkan "bobot/kualitasnya" sendiri sendiri yaitu dengan menetapkan ancaman pidana maksimum (dapat juga ancaman minimumnya) untuk setiap tindak pidana. Sistem maksimum ini terlihat dari maksimum lamanya pidana penjara dan pidana denda, dengan adanya perumusan kata-kata "paling lama paling banyak". Dianutnya sistem *fixed indefinite sentence system* atau sistem maksimum mempunyai segi positif dan sisi negatif. Sistem maksimum akan membawa konsekuensi yang cukup sulit dalam menetapkan maksimum khusus untuk tiap tindak pidana. Dalam setiap proses kriminalisasi pembuat undang-undang selalu dihadapkan pada masalah "pemberian bobot" dengan menetapkan kualifikasi ancaman pidana maksimumnya. Menetapkan maksimum pidana untuk menunjukkan tingkat keseriusan atas suatu tindak pidana, bukanlah pekerjaan yang mudah dan sederhana. Untuk itu diperlukan pengetahuan yang cukup mengenai urutan-urutan tingkat atau gradasi nilai dari norma-norma sentral masyarakat dan kepentingan-kepentingan hukum yang akan dilindungi itu, menentukan gradasi nilai dan kepentingan hukum yang akan dilindungi itu jelas bukan pekerjaan yang mudah.¹²⁷

Pada Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi dan Tindak Pidana Pencucian Uang dirumuskan dalam bentuk strafmaatnya juga menganut sistem *determinate sentence* berupa ditentukannya batas minimum dan maksimum lamanya ancaman pidana. Pada dasarnya sistem *determinate sentence* ditinjau dari segi teoretis dan praktik juga memiliki kelemahan. Undang-Undang Tindak Pidana sebagai kebijakan formulatif memandang apa yang diformulasikan dalam undang-undang secara umum sedangkan praktik peradilan menerapkan undang-undang secara kasuistik. Dari aspek demikian adanya pembatasan limit pidana minimal khusus secara teoretis membatasi kebebasan hakim menjatuhkan pidana guna memberikan keadilan secara kasuistik. Untuk itu, dari aspek kebijakan aplikatif sistem *determinate sentence* ini praktik peradilan menyikapi dengan 2 (dua) pendapat yang berbeda, pertama Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana di bawah batas minimum ancaman pidana yang ditentukan oleh undang-undang dengan argumentasi berdasarkan asas legalitas, tidak memberikan kepastian hukum dan tidak dibenarkan menyimpang ketentuan yang terdapat dalam undang-undang. Kemudian pendapat kedua Hakim dapat saja menjatuhkan pidana kurang dari batasan minimum ancaman pidana yang ditentukan undang-undang berdasarkan asas keadilan dan keseimbangan antara tingkat kesalahan dan hukuman yang dijatuhkan. Menurut Barda Nawawi Arief bahwa: Pencantuman pidana minimal khusus dalam perumusan delik merupakan penyimpangan dari sistem pidanaan induk dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Penyimpangan ini dapat dibenarkan, namun seharusnya disertai dengan aturan penerapannya secara khusus, karena: Suatu ancaman pidana tidak dapat begitu saja diterapkan/ dioperasionalkan hanya dicantumkan dalam perumusan delik, pencantuman ancaman pidana hanya merupakan sub-sistem dari keseluruhan sistem pidanaan. Untuk dapat diterapkan harus ada aturan (*strafitoematingsregel*) terlebih dahulu. Pidanaan Aturan penerapan pidana yang ada selama ini diatur dalam aturan umum Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) sebagai sistem induk. Aturan (pidanaan) umum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) semuanya berorientasi pada sistem maksimal, tidak pada sistem minimal. Oleh karena itu apabila undang-undang diluar Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) akan menyimpang dari sistem umum Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), maka undang-undang diluar KUHP harus membuat aturan pidanaan khusus sesuai dengan ketentuan Pasal 103 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Usaha penanggulangan tindak pidana ujaran kebencian secara represif, juga merupakan usaha pengangulangan kejahatan dengan hukum pidana yang pada hakekatnya merupakan bagian dari usaha pencegahan hukum (khususnya pencegahan hukum pidana

ujaran kebencian) oleh karena itu sering pula dikatakan, bahwa politik dan kebijakan hukum pidana juga yang serupakan bagian dari penegakan hukum (*Law Enforcement Policy*). Marc Ancel sebagaimana dikutip Barda Nawawi Arief, mengatakan bahwa: Kebijakan hukum pidana (*Penal Policy*) adalah suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat Undang-undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.¹²⁹

Dalam rangka menentukan lamanya pidana atau banyaknya denda, perlu dipertimbangkan mengenai dampak yang ditimbulkan oleh tindak pidana dalam masyarakat serta unsur kesalahan pelaku. Ketentuan pidana ditempatkan dalam bab tersendiri, yaitu bab ketentuan pidana yang letaknya sesudah materi pokok yang diatur atau sebelum bab ketentuan peralihan. Jika bab ketentuan peralihan tidak ada, letaknya adalah sebelum bab ketentuan penutup. Jika di dalam peraturan perundang-undangan tidak ada pengelompokan bab perbab, ketentuan pidana akan ditempatkan dalam pasal yang terletak langsung sebelum pasal atau dalam beberapa pasal yang berisi ketentuan peralihan. Jika tidak ada pasal yang berisi ketentuan peralihan, ketentuan pidana diletakkan sebelum pasal atau beberapa pasal yang berisi ketentuan penutup. Rumusan ketentuan pidana harus menyebutkan secara tegas norma larangan atau norma perintah yang dilanggar dan menyebutkan pasal atau beberapa pasal yang memuat norma tersebut. Dengan demikian, perlu dihindari pengacuan kepada ketentuan pidana peraturan perundang-undangan lain. Di dalam Undang-Undang Dasar 1945 kekuasaan kehakiman diatur pada Pasal 24, Pasal 24A, 24B dan 240 pada Bab IX tentang Kekuasaan Kehakiman. Perwujudan amanat ini dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang baru menggantikan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Pelaksanaan operasional kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung Kekuasaan yang dimaksud merupakan suatu kaidah yang berisi suatu hak, yaitu hak untuk menentukan hukum, sehingga dapat diartikan kekuasaan sebagai kaidah yang mengandung makna perkenan atau kebolehan untuk bertindak.

Terdakwa Bambang Kiswotomo Alias Ibbas Taruno Kiswotomo Alias Ibbas Taruno Alias T. Kiswotomo (Ibbas) terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana "dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antar golongan (SARA)". dan Menjatuhkan pidana penjara terhadap Terdakwa Bambang Kiswotomo Alias Ibbas Taruno Kiswotomo Alias Ibbas Taruno Alias T. Kiswotomo (Ibbas), oleh karena itu, selama 1 (satu tahun dan 6 (enam) bulan, dan pidana denda sebesar Rp50.000.000.000,00 (lima puluh juta rupiah), dengan ketentuan jika terdakwa tidak membayar denda tersebut maka diganti dengan pidana kurungan selama 3 (tiga) bulan.²¹ Berkaitan dengan kebebasan yang dimiliki oleh hakim, termasuk di dalam penjatuhan putusan terhadap pelaku tindak pidana ujaran kebencian yang dikaitkan dengan penjatuhan pidana yang logis, terlihat bahwa hakim tidak lagi memosisikan dirinya sebagai corong dari pembentuk undang-undang, sebab putusan yang dijatuhkan tidak harus maksimum, karena pemidanaan terhadap pelaku tindak pidana bukan lagi berorientasi pada pembalasan, akan tetapi bersifat korektif (memperbaiki).

Pembuktian Kesalahan Pelaku Tindak Pidana Kebencian Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana

Menurut Riduan Syahrani yang dimaksud dengan "pembuktian adalah penyajian alat-

²¹ Putusan Nomor 42/Pid.Sus/2018/PN.Jkt.Tim.

alat bukti yang sah menurut hukum kepada Hakim yang memeriksa suatu perkara guna memberikan kepastian tentang kebenaran peristiwa yang dikemukakan".²² Keberadaan alat bukti sangat penting terutama untuk menunjukkan adanya peristiwa hukum yang telah terjadi. Menurut PAF Lamintang bahwa: orang dapat mengetahui adanya dua alat bukti yang sah belum cukup bagi hakim untuk menjatuhkan pidana terhadap seseorang. Tetapi dari alat-alat bukti yang sah itu hakim juga perlu memperoleh keyakinan, bahwa suatu tindak pidana benar-benar telah terjadi. Adanya alat bukti yang sah sangat penting bagi hakim pidana dalam meyakinkan dirinya membuat putusan atas suatu perkara. Dalam ketentuan Pasal 42 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) mengatur tentang penyidikan. Disebutkan bahwa penyidikan terhadap tindak pidana Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) dilakukan berdasarkan ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dan Dalam ketentuan Pasal 42 Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) diatur bahwa penyidikan terhadap tindak pidana Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) dilakukan berdasarkan ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dan ketentuan dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) itu sendiri. Meskipun demikian, Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik seperti yang didefinisikan oleh Pasal 1 angka 1 dan angka (4) Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE), mempunyai sifat yang sama dengan alat bukti surat.

Sifat yang sama tersebut terletak pada tulisan dan/atau gambar yang dapat dilihat dan dibaca serta mengandung makna tertentu, maka frasa "merupakan perluasan" dalam kalimat Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dan/atau hasil cetaknya sebagaimana dimaksud pada Pasal 5 ayat (1) merupakan perluasan dari alat bukti yang sah sesuai dengan Hukum Acara yang berlaku di Indonesia, harus diartikan sebagai perluasan alat bukti surat. Oleh karena itu dalam hubungannya dengan alat bukti petunjuk, maka alat bukti Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik sebagai perluasan alat bukti surat, atausama kedudukan dan fungsinya sebagai alat bukti surat, maka juga berkedudukan dan berfungsi sama dengan alat bukti surat dalam hal digunakan sebagai bahan untuk membentuk alat bukti petunjuk. Meskipun kedudukan dan fungsi alat bukti Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik sama dengan alat bukti surat namun ada batas-batas keberlakuannya. Dalam Pasal 5 ayat (4) Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) ditentukan bahwa mengenai Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku untuk: Surat yang menurut Undang-Undang harus dibuat dalam bentuk tertulis; dan Surat beserta dokumennya yang menurut Undang-Undang harus dibuat dalam bentuk akta notarial atau akta yang dibuat oleh pejabat pembuat akta.

Berdasarkan hal tersebut dalam pembuktian perkara pidana ujaran kebencian yang merupakan alat bukti yaitu keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk, keterangan terdakwa, informasi elektronik dan dokumen elektronik dan/atau hasil cetaknya. Namun yang harus tetap diperhatikan dalam pengajuan informasi elektronik dan dokumen elektronik sebagai alat bukti dalam persidangan adalah: Keaslian atau keotentikan alat bukti; Isi atau substansi alat bukti; Kesesuaian antara alat bukti yang satu dengan yang lain. Sistem pembuktian yang dianut oleh Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) adalah sistem pembuktian berdasarkan undang-undang yang negatif (*negatif wettelijk*). Hal ini dapat disimpulkan dari Pasal 183 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Pasal 183 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) menyatakan, Hakim tidak boleh

²²Riduan Syahrani, *Buku Materi Dasar Hukum Acara Perdata*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 75.

menjatuhkan pidana kepada seseorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya Berdasarkan pernyataan tersebut, nyata bahwa pembuktian harus didasarkan pada alat bukti yang disebutkan dalam undang-undang disertai keyakinan hakim atas alat-alat bukti yang diajukan dalam persidangan, yang terdiri dari keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk, dan keterangan terdakwa.

Disamping itu Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHP) juga menganut minimum pembuktian (*minimum bewijs*), sebagaimana disebutkan dalam Pasal 183 tersebut. Minimum pembuktian berarti dalam memutuskan suatu perkara pidana hakim harus memutuskan berdasarkan sejumlah alat bukti. Kitab Undang-Undang Hukum Acara pidana memberikan batasan minimal penggunaan alat bukti, yaitu minimal dua alat bukti disertai oleh keyakinan hakim. Setelah pemeriksaan telah dilaksanakan, tuntutan pidana dan pembelaan telah diajukan dalam persidangan, maka tiba saatnya majelis hakim memberikan putusan. Putusan majelis hakim diambil dalam suatu musyawarah majelis hakim yang merupakan permufakatan bulat yang berhasil dicapai. Apabila kebulatan tidak dapat diperoleh maka didasarkan dengan suara terbanyak, apabila mekanisme tersebut masih belum dapat mencapai suara bulat, maka putusan yang dipilih adalah pendapat hakim yang menguntungkan terdakwa. Untuk membuktikan tindak pidana ujaran kebencian Majelis Hakim akan membahas alat-alat bukti yang diajukan Penuntut Umum, dengan meneliti unsur-unsur pasal yang didakwakan. Unsur-unsur Pasal 28 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang sekarang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016, dirumuskan sebagai berikut: Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA).

Selain unsur-unsur pada pasal yang didakwakan Majelis Hakim juga asas hukum pidana yaitu *Geen straf zonder schuld, actus non facit reum nisi mens sit rea*, bahwa tidak dipidana jika tidak ada kesalahan, maka pengertian tindak pidana itu terpisah dengan yang dimaksud pertanggungjawaban tindak pidana. Tindak pidana hanyalah menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan itu dengan suatu pidana, kemudian apakah orang yang melakukan perbuatan itu juga dijatuh pidana sebagaimana telah diancamkan akan sangat tergantung pada soal apakah dalam melakukan perbuatannya itu si pelaku juga mempunyai kesalahan. Dasar hukum adanya tindak pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar hukum dapat dipidanya pembuat tindak pidana adalah asas kesalahan. Ini berarti bahwa pembuat tindak pidana hanya akan dipidana jika ia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Kapan seseorang dikatakan mempunyai kesalahan merupakan hal yang menyangkut masalah pertanggungjawaban pidana. Seseorang mempunyai kesalahan bilamana pada waktu melakukan tindak pidana, dilihat dari segi kemasyarakatan ia dapat dicela oleh karena perbuatannya. Suatu tindak pidana dapat dipertanggungjawabkan kepada seseorang harus memenuhi unsur-unsur kesalahan sebagaimana yang telah diatur dalam hukum positif dan terhadap pelaku tidak ada alasan pemaaf maupun dasar pemaaf. Alasan pemaaf seperti rumusan norma Pasal 48, Pasal 49, Pasal 50 dan Pasal 51 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP), sedangkan alasan pemaaf yaitu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 44 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).

KESIMPULAN

Perbuatan pelaku tindak pidana ujaran kebencian sebagai dasar pertanggungjawaban pidana harus dilakukan dengan sengaja dan melawan hukum menyebarkan informasi yang

ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian. Pertanggungjawaban pidana dalam hal ini masih sebatas kepada pelaku langsung, sedangkan terhadap pelaku *doen plegen, madelpegen uitfokking, medeplichtigheid* tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana. Karena pelaku di luar dari pelaku langsung tidak diatur secara tegas dan jelas tentang pertanggungjawaban pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 ayat (2) Undang-undang Nomor 11 tahun 2008 sebagaimana dirubah undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 Tetang Transaksi dan Informasi elektronik. Cara menentukan kesalahan pelaku tindak pidana ujaran kebencian untuk dapat dipertanggungjawabkan secara pidana adalah dengan melakukan pembuktian terhadap unsur kesalahan yang melekat dalam diri pelaku. Unsur kesalahan ini merupakan unsur utama untuk menentukan bisa tidaknya pelaku dipertanggungjawabkan secara pidana. Selain itu alasan pemaaf maupun alasan pembenar tidak ditemukan dari diri pelaku. Sementara itu, untuk menentukan sanksi pidana terhadap pelaku tindak pidana ujaran kebencian harus memenuhi keseluruhan unsur yang terdapat Pasal 28 ayat (2) Undang-undang Nomor 11 tahun 2008 sebagaimana dirubah undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 Tetang Transaksi dan Informasi elektronik Dengan demikian, penerapan sanksi pidana yang diatur dalam pasal 45 Ayat (2) Undang-undang Nomor 11 tahun 2008 sebagaimana diubah undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 Tetang Transaksi dan Informasi elektronik dapat dijatuhkan kepada pelaku.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Kadir Muhammad. 2004. *Hukum dan Penelitian Hukum*. PT Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Abdul Rachmat Budiono, *Manajemen Penegakin Hukum*, Jurnal Humaniora & Pendidikan. Vol 2 No. 1 Pebruari, 2010, <http://library.unej.ac.id>. Diakses padatanggal 5 Maret 2024.
- Achmad Ali. 2012. *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) & Tearl Peradilan (Judicialprudence): Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legispruence)*. Prenada Media Group, Jakarta.
- Adami Chazawi dan Ardi Ferdian. 2011. *Tindak Pidana Informasi & Trans Elektronik Penyerangan Terhadap Kepentingan Hukum Pemanfaatan Teknologi Informasi dan Transaksi Elektronik*. Banyumodis Publishing, Malang.
- Adi Saputra Gulo dkk, "Cyber Crime dalam Bentuk Phising Berdasarkan Undang- Undang Informasi dan Transaksi Elektronik", Pampas: Journal of Criminal, Volume 1, Fakultas Hukum Universitas Jambi,
- Amir Ilyas. 2012. *Asas-Asas hukum Pidana*. Mahakarya Ranghang Offset, Yogyakarta.
- Andi Hamrah. 2001. *Hukum Acara Pidana Indonesia*. Cet. 1 Sinar Grafika, Jakarta.
- Andi Hamrah. 2005. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Yarsifwatampone, Jakarta.
- Andi Usfa dan Tongat. 2004. *Pengantar Hukum Pidana*. UMM Press, Malang. AZ Abidin. 1983. *Bunga Rampai Hukum Pidana*. Pradnya Paramita, Jakarta
- Bahder Johan Nasution. 2002. *Hukum Kesehatan Pertanggungjawaban Dokter*. Rineka Cipta, Jakarta.
- Bambang Poernomo. 2001. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Ghalia Indonesia, Jakata. Barda Nawawi Arief. 1996. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. PT Citra Aditya Bakti, Bandung. 1
- Barda Nawawi Arief. 2009. *Tujuan Pedoman Pemidanaan*. Badan Penerbit Universitas Dipenogoro, Semarang.
- Bernard L. Tanya dkk. 2010. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Genta Publishing, Yogyakarta.
- Budi Suhariyanto. 2014. *Tindak Pidana Teknologi Informasi (CYBERCRIMES)* Raja Grafinda Persada, Jakarta.
- Chairul Huda. 2011. *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*. Kencana, Jakarta.

- Dikdik M. Arief Mansur dan Elisatris Gultom. 2009. *Cyber Law; Aspek Hukum Teknologi Informasi*. Refika Aditama, Jakarta.
- E.Y.Kanter dan S.R. Sianturi. 2002. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*. Stora Grafika, Jakarta.
- Evi Hartanti. 2006. *Tindak Pidana Korupsi*. Sinar Grafika, Jakarta.
- Guse Prayudi, Sifat Melawan Hukum Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, *Majalah Varia Peradilan*, Tahun XXII, No. 254 Januari 2007, IKAHI, Jakarta, 2007, hal. 25. <http://guseprayudi.com/sifat-melawan-hukum>. Diakses pada tanggal 6 Maret 2024.
- I Made Pasek Diantha 2016. *Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum*. Prenada Media Group, Jakarta.
- Indriyanto Seno Adji. 2002. *Korupsi dan Hukum Pidana*. Sinar Grafika, Jakarta.
- J.E. Sahetapy. 2003. *Hukum Pidana*. Liberty, Yogyakarta.
- Jan Remmelink. 2003. *Hukum Pidana: Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*. PT Gramedia Pustaka Umum, Jakarta.
- Jhoni Ibrahim. 2006. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Bayumedia Publishing, Malang.
- Josua Sitompul. 2012. *Cyberspace, Cybercrimes, Cyberlaw Tinjauan Aspek Hukum Pidana*. Tatanusa, Jakarta.
- Komariah Emong Sapardjaja. 2012. *Ajaran sifat Melawan Hukum Materiil dalam Hukum Pidana Indonesia*. PT. Alumni, Bandung.
- Komisi Nasional Hak Asasi Manusia. 2015. *Buku Saku Penanganan Ujaran Kebencian (Hate Speech)*. KOMNAS HAM, Jakarta.
- Leden Marpaung, 1997. *Tindak Pidana Kehormatan*. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Leden Marpaung, 2014. *Asas-Teori-Praktik Hukum Pidana*. cetakan kedelapan, edisi revisi, sinar grafika, Jakarta.
- Leden Marpaung. 1991. *Unsur-unsur Perbuatan yang Dapat Dihukum (Deik)*. Cetakan Pertama. Sinar Grafika, Jakarta.
- Lilik Mulyadi. 2007. *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi Dan Victimologi*. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Lilik Mulyadi. 2010. *Bunga Rampai Hukum Pidana (Perspektif, Teoretis, Praktik Dan Permasalahannya)*. PT Alumni, Bandung.
- M. Syamsudin. 2012, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim*. Kencana, Jakarta.
- M. Yahya Harahap. 1998. *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP*. Jilid I, Pustaka Kartini, Jakarta.
- Maskun. 2013. *Kejahatan Siber*. Kencana, Cetakan ke-1, Jakarta.
- Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia. 2011. *Undang-Undang R.I. Tentang Pornografi dan Informasi dan Data Transaksi Elektronik*, Pustaka Mahardika, Yogyakarta
- Michael J. Allen. 1991. *Textbook on Criminal Law*, Blackstone Press Limited, London. Moeljatno. 1955. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*. Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta.
- Moeljatno. 2002. *Asas-asas Hukum Pidana*. Rineka Cipta, Jakarta.
- Moeljatno. 2003. *Kitab Undang Undang Hukum Pidana*. Bumi Aksara, Jakarta.
- Muladi dan Dwidja Priyatno. 1991. *Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana*. Sekolah Tinggi Bandung, Bandung.
- Muladi. 1985. *Lembaga Pidana Bersyarat*. Alumni, Bandung.
- P.A.F. Lamintang 1985. *Dasar Dasar Hukum Pidana Indonesia*. PT. Citra Aditya Bakti, Jakarta.
- P.A.F. Lamintang. 1990. *Dasar Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Sinar Baru, Bandung. Pipin

- Syarifin. 2000. *Hukum Pidana di Indonesia*. Pustaka Setia, Bandung
- Peter Mahmud Marzuki, 2005. *Penelitian Hukum*. Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Peter Salim dan Yeni Salim. 1991. *Kamus Bahasa Indonesia Kontemporer*. Moderen English Press, Jakarta.
- R. Soesilo. 1991. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Serta Komentar Lengkap Pasal Demi Pasal*. Politea, Bogor.
- Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).
- Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 251).
- Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 170).
- Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76)
- Riduan Syahrani, 2000, *Buku Materi Dasar Hukum Acara Perdata*. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Roeslan Saleh, 1983. *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*. Cetakan Pertama, Ghalia Indo, Jakarta.
- Roeslan Saleh. 1983. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana; Dua Pengertian Dan dalam Hukum Pidana*. Aksara Baru, Jakarta.
- Romli Atmasasmita 2000. *Perbandingan Hukum Pidana*. Penerbit Mandar Maju, Bandung.
- S.R Sianturi. 1989. *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Alumni Ahaem-Petahaem, Jakarta.
- Sathocid Kartenegro. 1987. *Hukum Pidana I Kumpulan Kuliah*. Balai Lektor Mahasiswa, Jakarta.
- Soedarto. 1983. *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*. Sinar Baru, Bandung.
- Soedarto. 1990. *Hukum Pidana I*. Cetakan ke II, Yayasan Sudarto, Semarang.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji. 2006. *Penelitian Hukum Normatif Tinjauan Singkat*. Raja Wali Pers. Jakarta.
- Sofjan Sastrawidjaja. 1995. *Hukum Pidana (Asas Hukum Pidana Sampai Dengan Alasan Peniadaan Pidana)*. Armico, Bandung.
- Suharsimi Arikunto. 2002. *Prosedur Penelitian: Suatu Pendekatan Praktek*. Rieneke Cipta, Jakarta.
- Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah. 2005. *Politik Hukum Pidana*. Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Tongat. 1999. *Tindak Pidana Tertentu Dalam KUHP*. UMM Press, Malang. Utrech. 1958. *Hukum Pidana I*. Universitas Indonesia, Djakarta
- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Wantjik Saleh. 1983. *Tindak Pidana Korupsi dan Suap*. Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Wisnubroto. 2002. *Praktek Peradilan Pidana, Proses Persidangan Perkara Pidana*. PT Galaxi Puspa Mega, Bekasi.