

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

“Pengaturan tindak pidana sebagai norma, kaidah, atau hukum, yang termasuk sebagai obyek kajian dalam kebijakan formulasi dalam hukum pidana senantiasa terkait dengan salah satu hal mendasar”.¹ “Perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana oleh karena itu, perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana melalui kriminalisasi serta dekriminalisasi”.²

Kriminalisasi sebagai suatu proses penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana serta diancam dengan pidana yang diakhiri dengan pembentukan peraturan perundang undangan; sedangkan dekriminalisasi sebagai suatu proses penetapan suatu perbuatan yang dihilangkan sama sekali sifat dapat dipidananya perbuatan itu. Kemudian, kriminalisasi terkait dengan *politik criminal*, bahwa kriminalisasi sebagai suatu perbuatan yang harus sesuai dan sejalan dengan politik kriminal Bangsa Indonesia, sebagaimana bentuk perbuatan yang bertentangan dengan nilai nilai fundamental dalam kehidupan masyarakat serta dianggap patut untuk dihukum dalam upaya menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.

Oleh karena itu, suatu bentuk perbuatan yang bertentangan dengan nilai nilai fundamental dalam kehidupan masyarakat serta dianggap patut untuk dihukum sesuai dan sejalan dengan keberadaan sifat melawan hukum dari suatu perbuatan, antara lain bentuk sifat melawan hukum materiil, selain diarahkan pada rumusan dalam ketentuan perundang undangan juga bertentangan dengan nilai nilai yang hidup dalam masyarakat.³

¹Muladi dan Barda Nawawi Arif, *Teori teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 37.

²Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hlm. 58.

³Moeljatno, *Asas Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2009, hlm. 23.

Secara Internasional, hukum yang terkait kejahatan teknologi informasi digunakan istilah hukum siber atau *cyber law*. Istilah lain yang juga digunakan adalah hukum teknologi informasi (*law of information technology*), hukum dunia maya (*virtual world law*), dan hukum mayantara. Sejalan dengan istilah tersebut Barda Nawawi Arief menyatakan: "tindak pidana mayantara"⁴, identik dengan "tindak pidana di ruang siber (*cyber space*) atau yang biasa juga dikenal dengan istilah "cybercrime".

Bentuk *cyber crime* yang sangat meresahkan dan mendapat perhatian berbagai kalangan, karena perkembangannya yang pesat dan dampak negatifnya yang luas dan berbahaya adalah masalah *cyber crime* di bidang kesusilaan, yaitu *Cyber Pornografi*. *Cyber pornografi* adalah kejahatan pornografi di bidang komputer, secara umum dapat diartikan sebagai penggunaan komputer secara illegal.

Menurut Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, dalam pasal 1 angka 1 disebutkan bahwa:

Pornografi adalah gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan, suara, bunyi, gambar bergerak, animasi, kartun, percakapan, gerak tubuh atau bentuk pesan lainnya melalui berbagai bentuk media komunikasi dan/atau pertunjukan di muka umum, yang memuat kecabulan atau eksploitasi seksual yang melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat.

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi adalah salah satu dari politik hukum pidana yang diambil oleh para pembentuk undang-undang. Pilihan kebijakan politik hukum dengan menggunakan hukum pidana untuk

⁴Barda Nawawi Arief, *Tindak pidana mayantara: perkembangan kajian cybercrime di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 4.

menanggulangi tindak pidana pornografi tentunya harus memenuhi prinsip-prinsip pengambilan kebijakan politik hukum. Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang pornografi ditinjau dari teori politik hukum maka dapat dijelaskan bahwa pengaturan pornografi dalam bentuk undang-undang dengan menggunakan sanksi pidana, maka kebijakan tentang mengundangkan pornografi sebagai bagian dari kebijakan hukum pidana.

Pengaturan pornografi adalah dalam rangka memenuhi unsur kepastian hukum dan rasa keadilan. Selama ini tindak pornografi tidak diatur secara eksplisit, KUHP menyebut tindak pornografi sebagai tindak kesusilaan, sebagaimana tertulis dalam Pasal 282 dan pasal 283 KUHP untuk Kejahatan.

Bab XIV buku II mengatur juga tentang pornografi “kesusilaan” pada pasal 532 KUHP. “Kesusilaan memiliki arti sangat luas, secara garis besar, Andi Hamzah menerjemahkan kesusilaan dengan “menimbulkan rasa malu seksual” arti ini sangat sederhana tapi cakupannya menjadi luas karena rasa malu seksual sangat tergantung dari agama, budaya, daerah, negara di mana pasal ini akan diterapkan”.⁵

Selain Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi untuk pencegahan dan pemberantasan penyebaran pornografi lewat komputer dan internet, Indonesia telah memiliki peraturan perundang-undangan yang memuat larangan penyebaran pornografi dalam bentuk informasi elektronik yakni Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik (UU ITE) Pasal 27 ayat (1).

⁵Andi Hamzah, *Delik-delik tertentu (special delicten) di Dalam KUHP*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 156.

Pasal 27 ayat (1) UU ITE, maka seseorang yang mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan, dengan unsur sengaja dan tanpa hak adalah dikategorikan telah melakukan perbuatan pidana dan kepadanya dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana menurut hukum pidana. Ketentuan Pasal 27 ayat (1) sangat terkait dengan perlindungan data pribadi yang merupakan salah satu bagian dari hak pribadi seseorang (*privacy rights*).

Sebagaimana diatur dalam Penjelasan Pasal 26 ayat (1) yang menyebutkan bahwa:

Dalam pemanfaatan Teknologi Informasi, perlindungan data pribadi merupakan salah satu bagian dari hak pribadi (*privacy rights*). Hak pribadi mengandung pengertian sebagai berikut: 1. Hak pribadi merupakan hak untuk menikmati kehidupan pribadi dan bebas dari segala macam gangguan. 2. Hak pribadi merupakan hak untuk dapat berkomunikasi dengan Orang lain tanpa tindakan memata-matai. 3. Hak pribadi merupakan hak untuk mengawasi akses informasi tentang kehidupan pribadi dan data seseorang.⁶

Berdasarkan rumusan pasal 27 ayat (1) maka terdapat beberapa unsur penting yang dapat di lihat secara lebih teliti yaitu: 1. Setiap Orang; 2. Dengan Sengaja dan Tanpa Hak; 3. Mendistribusikan atau mentransmisikan atau membuat dapat diaksesnya; dan 4. Muatan yang melanggar kesusilaan. Pasal 27 ayat (1) UU ITE tidak dijelaskan mengenai acuan “muatan yang melanggar kesusilaan” berbeda dengan pasal 27 ayat (3) dan ayat (4) yang dijelaskan mengacu pada ketentuan-ketentuan dalam KUHP, namun sebelum munculnya pasal 27 ayat (1)

⁶Penjelasan Pasal 26 ayat (1) UU ITE.

UU ITE delik kesusilaan diatur dalam bab XIV buku II KUHP dengan judul “kejahatan terhadap kesusilaan” yang dimulai dengan Pasal 281 KUHP sampai dengan Pasal 297 KUHP.

Contoh kasus dari pasal 27 ayat (1) UU ITE yaitu artis Vanessa Angel divonis hukuman lima bulan penjara setelah dinyatakan bersalah mendistribusikan dan atau mentransmisikan dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.

Majelis hakim Pengadilan Negeri Surabaya, menyatakan Vanessa melanggar pasal 27 ayat (1) juncto Pasal 45 ayat (1) UU Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) juncto Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP."Terbukti secara sah dan menyakinkan tanpa hak mendistribusikan dan atau mentransmisikan dan atau membuat dapat diaksesnya informasi elektronik dan atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan. Menjatuhkan pidana kepada Vanessa dengan pidana selama lima bulan," Vanessa dituntut enam bulan penjara karena dianggap terbukti melanggar pasal 27 ayat 1 UU ITE Nomor 19 Tahun 2016. Jaksa menganggap Vanessa sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan. Dalam amar tuntutananya, Vanessa disebutkan kerap mengirimkan foto dan video tak senonoh melalui pesan elektronik di ponselnya kepada mucikari. Foto dan video tersebut kemudian ditawarkan kepada pelanggan prostitusi online. Adapun tiga orang yang disebut sebagai mucikari Vanessa Angel, yakni Intan Permatasari Winindya alias Nindy, Endang Suhartini alias Siska, dan Tenti Novanta, Mereka inilah yang disebutkan menyebarkan foto dan video tak senonoh Vanessa ke pelanggan.⁷

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Timur Nomor: 342/Pid.Sus/2020/PN.Jkt. Tim. Tanggal 23 April 2020, sebagai berikut:

Berawal pada hari Minggu tanggal 08 Desember 2019 sekira pukul 08.55 WIB saat terdakwa yang bekerja sebagaipenjaga Gedung Serba Guna HKBP yang terletak di Jl. Manunggal III RT.011/06 Kel. Cipinang Melayu

⁷Kumparan. 2019 Vanessa Angel Tersangka UU ITE <https://kumparan.com/kumparannews/vanessa-angletersangka-uu-ite-diduga-sebar>. Daikses tanggal 5 November 2020.

Kec. Makasar Jakarta Timurmelihat saksi RAULINA NOVIYANTI berjalan menuju ke toilet di lantai 2 dan terdakwa seketika itu juga menuju ke toilet perempuan lalu setelah saksi RAULINA NOVIYANTI masuk ke dalam toilet yang berada di tengah terdakwa kemudian masuk ke dalam toilet yang berada di sebelah kanan toilet yang dimasuki saksi RAULINA NOVIYANTI, lalu terdakwa berdiri di atas closet dan dengan menggunakan tangan kanannya terdakwa mengarahkan handphone merk OPPO F1 warna putih miliknya merekam adegan saksi RAULINA NOVIYANTI yang sedang buang air kecil hingga sekitar 15 (lima belas) menit kemudian saksi RAULINA NOVIYANTI selesai buang air kecil dan keluar dari dalam toilet. Perbuatan terdakwa tersebut di atas sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 45 ayat (1) UU No.19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas UU No.11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik Jo. Pasal 27 ayat (1) UU No.11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Menimbang bahwa berdasarkan fakta yang terungkap di depan persidangan, yaitu berdasarkan keterangan para saksi dan keterangan Terdakwa maka Majelis Hakim akan memilih dan mempertimbangkan dakwaan Kesatu melanggar Pasal 29 jo Pasal 4 ayat (1) Undang-undang No.44 Tahun 2008, yang Unsur-unsurnya adalah sebagai berikut : 1. Setiap Orang 2. Yang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat: a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang, b. kekerasan seksual, c. masturbasi atau onani, d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan, e. alat kelamin, atau f. pornografi anak. Mengadili: Menyatakan terdakwa JEREMY MARANATA Alias NATAN terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana “Pornografi yaitu “Membuat pornografi yang secara eksplisit memuat ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan”; 2. Menjatuhkan Pidana terhadap terdakwa JEREMY MARANATA Alias NATAN berupa pidana penjara selama 1 (satu) tahun dan 2 (dua) bulan.

Dengan memperhatikan ketentuan Pasal 282 dan Pasal 533 KUHP, Pasal 1 angka 1 dan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, dan Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, selain ditemukan istilah dan pengertian pornografi dengan ruang lingkupnya yang melanggar nilai-nilai Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara Indonesia, terutama nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat

Indonesia; juga ditemukan adanya perbedaan di antara istilah dan pengertian melanggar kesusilaan, membangkitkan nafsu birahi pemuda, atau pornografi.

Konspesi-konsepsi yang demikian ini ditemukan melalui pemikiran para ahli hukum. Dalam Undang-Undang Pornografi tidak jelas pasal-pasal yang menunjukkan yang mana sebagai pemilik, penyebar, pelaku, penyedia layanan, dan pengguna internet, akibatnya tuntutan jaksa tidak fokus sesuai dengan kasus yang terjadi. Karena seringkali menggunakan ketentuan yang digunakan untuk menjerat orang yang dianggap pelaku didalam konten video porno, padahal dakwaan Jaksa Penuntut Umum mengarah kepada penyebar video porno di ranah internet. Sebagai contoh Kasus Artis Gisella Anastasia (30) sebagai tersangka kasus video syur atau berkonten dewasa yang viral di media sosial. "Gisel dan Nobu ditetapkan tersangka dengan pasal berlapis tentang Undang-undang (UU) Pornografi. Keduanya disangkakan tiga pasal sekaligus yaitu Pasal 4 ayat (1) jo Pasal 29 atau Pasal 8 Undang-Undang Nomor 44 tentang Pornografi".⁸

Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi disebutkan:

Setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat:

- a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang;
- b. kekerasan seksual;
- c. masturbasi atau onani;
- d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
- e. alat kelamin; atau
- f. pornografi anak.

⁸Theresia Ruth Simanjuntak, [Kompas.com](https://www.kompas.com) dengan judul "Fakta-fakta Penetapan Tersangka Gisel dan Michael Yukinobu de Fretes dalam Video Syur". Diakses tanggal 5 Maret 2021.

Penjelasan Pasal 4 ayat (1) bahwa Yang dimaksud dengan "membuat" adalah tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri. Penjelasan Pasal 6 bahwa Larangan "memiliki atau menyimpan" tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri.

Pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku tindak pidana yang mengandung muatan pornografi, sehingga terhadapnya dapat dipidana, maka pelakunya haruslah memenuhi unsur-unsur dari pertanggungjawaban pidana, yaitu: (1) melakukan perbuatan pidana/tindak pidana; (2) mampu bertanggung jawab; (3) adanya kesalahan; (4) tidak adanya alasan pemaaf.

Dalam kasus Gisella Anastasia dan Nobu Video mereka hanya untuk kepentingan pribadi dan bukan mereka yang menyebarkan melalui internet, dengan demikian karena perbuatan memproduksi video porno tersebut untuk kepentingan pribadi, maka menurut penulis penetapan Gisella Anastasia dan Nobu menjadi tersangka merupakan perbuatan yang tidak sesuai dengan asas legalitas.

Teuku Nasrullah, menyampaikan harapannya:

Terkait kasus yang membelit Gisella Anastasia atau Gisel dan MYD. Keduanya diketahui telah ditetapkan sebagai tersangka kasus tersebarnya video syur milik mereka. "Saya hanya berharap kepada para penegak hukum, selama keduanya tidak merupakan bagian atau sengaja menyebarkan (video syur), maka penegakan hukum itu jangan berlebihan."⁹

Pertanggungjawaban pidana pada hakikatnya mengandung makna pencelaan pembuat (subjek hukum) atas tindak pidana yang telah dilakukannya. Oleh karena itu, pertanggungjawaban pidana mengandung di dalamnya pencelaan objektif dan pencelaan subjektif. Artinya, secara objektif si pembuat telah melakukan tindak pidana (perbuatan

⁹Endra Kurniawan, Kasus Gisel dan MYD, Penegakan Hukum Jangan Berlebihan, Jangan Hancurkan Masa Depan, <https://www.tribunnews.com/seleb/2021/01/05/>. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

terlarang/melawan hukum dan diancam pidana menurut hukum yang berlaku) dan secara subjektif si pembuat patut dicela atau dipersalahkan/dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukannya itu sehingga ia patut di pidana. Hukuman atau sanksi yang dianut hukum pidana merupakan ciri khas yang membedakan hukum pidana dengan bidang hukum lain. Hukuman dalam hukum pidana ditujukan untuk memelihara keamanan dan pergaulan hidup yang teratur.¹⁰

Ancaman pidana bagi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 4 ayat (1) tersebut tidaklah bisa disebut ringan, sesuai dengan Pasal 29 UU Pornografi, dan akan dihukum dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000,00 (enam miliar rupiah).

Sedangkan dalam UU ITE yang merupakan *lex specilis* dalam tindak pidana cybersex, terhadap pemilik website yang mengandung muatan pornografi dapat dikenakan Pasal 27 ayat (1) yang menyatakan: “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 yang melanggar kesusilaan”.

Mengenai ancaman pidana terhadap pelanggaran ketentuan Pasal 27 ayat (1) UU ITE tersebut terdapat dalam Pasal 45 UU ITE yang ancaman pidananya lebih ringan jika dibandingkan dengan ancaman pidana yang terdapat dalam UU Pornografi. Pelanggaran terhadap Pasal 27 ayat (1) UU ITE akan dikenakan sanksi

¹⁰Dewi Bunga, *Prostitusi Cyber Diskursus Penegakan Hukum Dalam Anatomi Kejahatan Transnasional*, Udayana University Press, Denpasar, 2012, hlm. 77.

pidana berupa pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Adanya perbedaan ancaman yang cukup tinggi tersebut yaitu: “Pasal 29 UU Pornografi, dan akan dihukum dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000,00 (enam miliar rupiah)”. Dan “Pasal 45 UU ITE yang ancaman pidananya lebih ringan jika dibandingkan dengan ancaman pidana yang terdapat dalam UU Pornografi. Pelanggaran terhadap Pasal 27 ayat (1) UU ITE yang mana sanksi pidana berupa pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)”, maka hal tersebut dapat menjadi ketidakadilan dalam penegakan hukum *Cyber Pornografi*.

“Apabila dilihat dari sudut teknis/formulasi rumusannya, tindak pidana yang terdapat dalam Pasal 27 ayat (1) UU ITE tersebut merupakan tindak pidana di bidang ITE. Karena objek perbuatan yang sekaligus objek tindakan pidananya berupa Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik”.¹¹ Ini berarti bahwa UU ITE merupakan *lex specialis* dari UU Pornografi, karena tindak pidana tersebut menggunakan dan/atau memanfaatkan media internet.

Dalam UU Pornografi dan UU ITE ketentuan pidana dalam kedua undang-undang tersebut menganut sistem perumusan kumulatif-alternatif. Hal ini terlihat

¹¹Adami Chazawi dan Ardi Ferdian, *Tindak Pidana Informasi & Transaksi Elektronik Penyerangan Terhadap Kepentingan Hukum Pemanfaatan Teknologi Informasi dan Transaksi Elektronik*, Banyumedia Publishing, Malang, 2011, hlm. 8.

dengan digunakannya rumusan "...dan/atau...", yaitu "penjara.. dan/atau.. denda...".

Pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku yang membuat atau menyebar luaskan muatan mengandung pornografi menurut UU Pornografi dan UU ITE baru dapat dipertanggungjawabkan secara pidana apabila telah memenuhi unsur-unsur dari pertanggungjawaban pidana yaitu: kemampuan bertanggungjawab, kesalahan, dan tidak adanya alasan pemaaf. Pertanggungjawaban pidana timbul apabila pelaku telah melakukan perbuatan pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 4 ayat (1) UU Pornografi dan Pasal 27 ayat (1) UU ITE, dan secara subjektif ia memiliki unsur kesalahan dalam melakukannya. Ancaman pidana yang dapat dikenakan adalah pidana penjara dan/atau pidana denda yang berlaku secara kumulatif-alternatif.

Syarat-syarat umum dari sebuah perbuatan yang dapat dikategorikan pidana adalah: (1) sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*), (2) kesalahan (*schuld*), (3) kemampuan bertanggungjawab (*toerekeningsvatbaarheid*). Namun, meskipun telah ada syarat-syarat tersebut, terdapat beberapa perbuatan yang sulit dirumuskan sebagai sebuah delik.

Terdapat suatu jenis kriminalitas tertentu yang pada akhirnya dirumuskan dengan sangat kabur. Hal ini tidak terhindarkan karena adanya berbagai jenis perilaku yang dapat dimasukkan di dalam substansi delik dan tidak dapat diperinci secara kongkrit. Salah satu contoh delik di atas adalah pelanggaran kesusilaan. Delik pelanggaran kesusilaan diatur dalam pasal 281 KUHP. Pasal 282 KUHP menyebutkan bahwa:

- (1)Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang telah diketahui isinya melanggar kesusilaan, atau barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membikin tulisan, gambaran atau benda tersebut, memasukkannya ke dalam negeri, meneruskannya, mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barang siapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkannya atau menunjukkannya sebagai bisa diperoleh, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling tinggi empat ribu lima ratus rupiah.
- (2)Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan, ataupun barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membikin, memasukkan ke dalam negeri, meneruskan mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barang siapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkan, atau menunjuk sebagai bisa diperoleh, diancam, jika ada alasan kuat baginya untuk menduga bahwa tulisan, gambazan atau benda itu melanggar kesusilaan, dengan pidana paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.
- (3)Kalau yang bersalah melakukan kejahatan tersebut dalam ayat pertama sebagai pencarian atau kebiasaan, dapat dijatuhkan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak tujuh puluh lima ribu rupiah.

Hakekat pengaturan tindak pidana pornografi senantiasa terkait dengan pemberantasan tindak pidana pornografi/pornoaksi siber; pencegahan tindak pidana pornografi/pornoaksi siber, baik sebagai tindak pidana ataupun sebagai pemicu tindak pidana lainnya; dan perlindungan korban serta masyarakat dari tindak pidana pornografi/ pornoaksi siber serta pelaku tindak pidana pornografi/ pornoaksi siber.

Kebijakan formulasi melalui perumusan perundang undangan terkait dengan pornografi/ pornoaksi siber senantiasa tetap memperhatikan hakekat pengaturan tindak pidana pornografi di Indonesia (nilai nilai Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara Indonesia; ketahanan manusia secara mandiri dan/atau

manusia sebagai anggota masyarakat (ketahanan moral dan agama, mental dan ideologi, ekonomi, sosial dan budaya, dan intervensi global); ketahanan terhadap realita kejahatan (pemberantasan tindak pidana pornografi/ pornoaksi siber); dan ketahanan terhadap potensi kejahatan yang mungkin muncul (tindak pidana pornografi/ pornoaksi siber sebagai pemicu berbagai tindak pidana lain).

Kebijakan formulasi melalui perumusan perundang undangan terkait dengan pornografi/ pornoaksi siber, selain tetap memperhatikan dinamika ilmu pengetahuan dan teknologi, terutama pemanfaatan teknologi informasi dan komunikasi; juga tetap memperhatikan asas-asas hukum dan kebijakan hukum dalam peraturan perundang undangan, terutama konsistensi dari berbagai istilah dan pengertian kesusilaan, membangkitkan nafsu birahi pemuda dan pornography.

Dari uraian di atas, mendorong keingintahuan penulis untuk meneliti dan membahas lebih jauh tentang: "*Pertanggungjawaban Pidana Pelaku Cyber Pornography Dalam Perspektif Peraturan Perundang-Undangan*".

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka ada beberapa masalah pokok yang akan diteliti yaitu:

1. Bagaimana pengaturan *Cyber Pornography* sebagai dasar pertanggungjawaban pidana dalam peraturan perundang-undangan?
2. Bagaimana menentukan kesalahan dan sanksi pidana *Cyber Pornography* sebagai dasar pertanggungjawaban pidana?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui dan menganalisis pengaturan *cyber pornography* sebagai dasar pertanggungjawaban pidana dalam peraturan perundang-undangan.
2. Untuk mengetahui dan menganalisis kesalahan dan sanksi pidana *Cyber Pornography* sebagai dasar pertanggungjawaban pidana.

D. Manfaat Penelitian

1. Secara akademis, diharapkan dapat berguna untuk pengembangan Ilmu hukum pada umumnya dalam hal memahami “Pertanggungjawaban Pidana Pelaku *Cyber Pornography* Dalam Perspektif Peraturan Perundang-Undangan”.
2. Secara praktis, manfaat penelitian ini memberikan masukan kepada pembuat kebijakan hukum pidana (*penal policy*), penegak hukum dan masyarakat tentang “Pertanggungjawaban Pidana Pelaku *Cyber Pornography* Dalam Perspektif Peraturan Perundang-Undangan”.

E. Kerangka Konseptual

Untuk memberikan gambaran yang jelas dan menghindari penafsiran yang berbeda-beda dalam mengartikan istilah yang digunakan dalam penelitian ini, maka penulis memberikan batasan dan konsep terkait terhadap judul ini dengan memberikan definisi-definisi dari beberapa istilah yang ada, yaitu sebagai berikut:

1. Pengertian Pertanggungjawaban Pidana

Pertanggungjawaban pidana dalam Bahasa Inggris disebut *responsibility*, atau *criminal liability*. Menurut Roeslan Saleh “pertanggungjawaban pidana diartikan sebagai diteruskannya celaan yang objektif yang ada pada perbuatan

pidana dan secara subjektif memenuhi syarat untuk dapat dipidana karena perbuatannya itu”.¹²

Hukum pidana meminta pertanggungjawaban seseorang berarti mengenakan sifat tercela yang ada pada tindak pidana terhadap orang itu, sehingga patut dipidana. Pertanggungjawaban pidana adalah diteruskannya celaan yang secara objektif ada pada tindak pidana, secara subjektif terhadap pembuatnya.¹³

E.Y. Kanter, mengatakan bahwa “Kemampuan bertanggung jawab didasarkan pada keadaan dan kemampuan “jiwa” (*geestelijke vermogens*), dan bukan pada keadaan dan kemampuan “berfikir” (*verstandelijke vermogens*), dari seseorang, walaupun dalam istilah yang resmi digunakan dalam pasal 44 KUHP adalah *verstandelijke vermogens*”.¹⁴

Andi Hamzah yang mengutip pendapat Pompe dan Jonkers bahwa “memasukan juga “melawan hukum” sebagai kesalahan dalam arti luas di samping “sengaja” atau “kesalahan” (*schuld*) dan dapat dipertanggungjawabkan (*toereke ningsvatbaar heid*) atau istilah Pompe *toerekenbaar*”.¹⁵

Moeljatno yang menyatakan bahwa “Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, jika tidak ditentukan terlebih dahulu dengan perundang-undangan, dalam bahasa latin (*Nullum Delictum Nulla Poena Sine Praevia Lege*) Tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu”.¹⁶

¹²Roeslan Saleh, *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggung Jawaban Pidana*, Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983, hlm. 33.

¹³Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1983, hlm. 89.

¹⁴E.Y.Kanter dan S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Storia Grafika, Jakarta, 2002, hlm. 249-250.

¹⁵Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cet. I, Bina Aksara, Jakarta, 2010, hlm. 112.

¹⁶Moeljatno, *Asas-Asas ...*, *Op.Cit.*, hlm. 23.

Pernyataan-pernyataan tersebut memberikan penjelasan bahwa suatu aturan yang ada dengan jelas, aturan tersebut dapat merugikan orang lain, tidak dilarang, sepanjang aturan tersebut tidak ditentukan terlebih dahulu dalam peraturan undang-undang. Dapat dinyatakan bahwa undang-undang merupakan kekuatan sebuah aturan yang telah ada, sebagai ketentuan dalam perbuatan yang dikatakan sebagai tindak pidana.

Terkait dengan pertanggungjawaban secara yuridis yang diatur dalam KUHP, terdapat aturan dalam pertanggungjawaban pidana, bahwa tidak semua orang dikatakan mampu bertanggungjawab. Dikatakan seseorang tidak mampu bertanggungjawab, yang terdiri dari dua aspek yang dapat dilihat, yaitu:

1. Keadaan jiwanya

- a) Terganggu oleh penyakit, yang terus-menerus (temporair)
- b) Mengalami cacat dalam pertumbuhan (gagu, idiot, imbecile dan sebagainya)
- c) Terganggu karna terkejut, hypnotisme, amarah, yang meluap, pengaruh bawah sadar, melindur, mengigau dan sebagainya.

2. Kemampuan jiwanya

- a) Tidak dapat menginsyafi hakekat tindakan yang dilakukannya
- b) Tidak dapat menentukan kehendaknya atas tindakan yang akan dilakukan, dan
- c) Tidak dapat mengetahui bahwa tindakan tersebut.

Aspek di atas merupakan dasar ketetapan didalam menentukan seseorang yang melakukan suatu tindak pidana yang tidak dapat dimintai

pertanggungjawabkan. Dalam pengertiannya bahwa seseorang untuk dapat dimintai pertanggungjawaban atas perbuatan yang dilakukannya, apabila pelaku tindak pidana tidak mengalami permasalahan, baik keadaan jiwanya dan kemampuan jiwanya.

2. Pelaku *Cyber Pornography*

Pasal 1 angka 3 disebutkan bahwa “Setiap orang adalah orang perseorangan atau korporasi, baik yang berbadan hukum maupun yang tidak berbadan hukum”. Dengan demikian pelaku *Cyber Pornografi* adalah perorangan dan korporasi.

Pelaku tindak pidana (*dader*), menurut doktrin ilmu hukum adalah barang siapa yang melaksanakan semua unsur-unsur tindak pidana yang dilarang dalam norma hukum pidana. Kategori pelaku tindak pidana disebutkan dalam Pasal 55 dan Pasal 56 KUHP. Pelaku tindak pidana (*deelneming*) atau turut serta atau penyertaan yang ada menurut ketentuan-ketentuan pidana dalam pasal-pasal 55 dan 56 KUHP itu adalah sebagai berikut:

- a. *Doen plegen* atau menyuruh melakukan atau yang didalam doktrin juga sering disebut sebagai *middellijk daderschap*;
- b. *Medeplegen* atau turut melakukan ataupun yang didalam doktrin juga sering disebut sebagai *mededaderschap*;
- c. *Uitlokking* atau menggerakkan orang lain dan
- d. *Medeplichtigheid* atau pembantu.

Konsep Ajaran Penyertaan dalam Tindak Pidana erat kaitannya dengan perbuatan dan pertanggungjawaban pidana, konsep dasar pertanggungjawaban

pidana merupakan konsep sebuah perbuatan pidana. Jadi Ajaran Penyertaan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana dalam hukum selalu berpangkal tolak dari Ajaran Penyertaan Pidana dan Perbuatan Pidana dengan dimensi peran dalam penyertaan perbuatan pidana dalam suatu tindak pidana.

Implementasi hukum pidana berkaitan dengan pertanggungjawaban pelaku berarti mengenakan sifat tercela dari perbuatan pidana pada orang itu sesuai dengan peran dan kapasitas pelaku atau kontribusinya dalam mewujudkan peristiwa pidana, sehingga patut dijatuhkan nestapa kepadanya. Jadi, tolok ukur atau penentuan mengenai cakupan pertanggungjawaban pidana sangat tergantung terhadap rumusan dan ruang lingkup perbuatan pidana yang ditentukan sebelumnya serta konsep Ajaran Penyertaan di dalam hukum pidana positif.

Konsekuensinya akan mengacu kepada cara atau metode yang digunakan dalam menentukan rumusan objektif suatu perbuatan pidana dan Ajaran Penyertaan Pidana, sehingga cakupan dan perubahanperubahannya akan berpengaruh kepada lingkup pertanggungjawaban pidana bagi pembuatnya.

3. Tindak Pidana Dunia Maya

Secara umum, “Pengertian *Cyber Crime* adalah segala jenis kejahatan yang dilakukan dengan menggunakan teknologi komputer, jaringan internet dan juga perangkat-perangkat digital lainnya”.¹⁷

Kejahatan dunia maya (Ingris: *cybercrime*) adalah istilah yang mengacu kepada aktivitas kejahatan dengan komputer atau jaringan komputer menjadi alat, sasaran atau tempat terjadinya kejahatan.

¹⁷Putra, <https://salamadian.com/pengertian-cyber-crime/>. Diakses tanggal 7 November 2020.

Termasuk ke dalam kejahatan dunia maya antara lain adalah penipuan lelang secara *daring*, pemalsuan cek, penipuan kartu kredit/ carding kartu, *confidence fraud*, penipuan identitas, pornografi anak, violence, dan lain-lain.¹⁸

Menurut Widodo, bahwa *cyber crime* adalah:

Setiap aktivitas seseorang, sekelompok orang, badan hukum yang menggunakan komputer sebagai sarana melakukan kejahatan, atau menjadikan komputer sebagai sasaran kejahatan. Semua kejahatan tersebut adalah bentuk-bentuk perbuatan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, baik dalam arti melawan hukum secara material maupun melawan hukum secara formal.¹⁹

Dalam hukum positif Indonesia, bahwa tindak pidana dunia maya telah ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Dalam pasal 27 s/d pasal 37 Undang-Undang ITE adalah merupakan tindak pidana yang berkaitan dengan Informasi Dan Transaksi Elektronik yang dilarang oleh Undang-Undang tersebut.

Selanjutnya tindak pidana pornografi dalam Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi adalah, Pasal 4 disebutkan tentang perbuatan yang dilarang sebagai berikut:

- (1) Setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarluaskan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat:
 - a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang;
 - b. kekerasan seksual;
 - c. masturbasi atau onani;
 - d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
 - e. alat kelamin; atau

¹⁸Moore. R, *Cyber crime: Investigating High-Technology Computer Crime*, Anderson Publishing, Mississippi, 2005, hlm. 3.

¹⁹Widodo, Prabowo P, Dkk, *Pemodelan Sistem Berorientasi Obyek Dengan UML*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2011, hlm. 7.

- f. pornografi anak.
- (2) Setiap orang dilarang menyediakan jasa pornografi yang:
 - a. menyajikan secara eksplisit ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
 - b. menyajikan secara eksplisit alat kelamin;
 - c. mengeksploitasi atau memamerkan aktivitas seksual; atau
 - d. menawarkan atau mengiklankan, baik langsung maupun tidak langsung layanan seksual.

Dikaitkan dengan Cyber Pornografi maka dikaitkan juga dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Pasal yang menunjukkan dilarangnya tindak pidana pornografi melalui internet (Cyber Pornografi) dalam Undang-Undang ITE adalah Pasal 27 ayat (1). Ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik disebutkan:

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 yang melanggar kesusilaan.

F. Landasan Teoretis

Landasan teoretis dalam penulisan ilmiah berfungsi sebagai pemandu untuk mengorganisasi, menjelaskan dan memprediksi fenomena-fenomena dan atau objek masalah yang diteliti dengan cara mengkonstruksi keterkaitan antara konsep secara deduktif ataupun induktif. Oleh karena objek masalah yang diteliti dalam tesis ini mengenai “Pertanggungjawaban Pidana Pelaku Cyber Pornography Dalam Perspektif Peraturan Perundang-Undangan”, maka teori yang dijadikan kerangka pemikiran teoritis dalam penelitian tesis ini adalah sebagai berikut:

1. Teori Pertanggungjawaban Pidana

Dalam bahasa Inggris pertanggungjawaban pidana disebut sebagai *responsibility*, atau *criminal liability*.

Ada dua istilah yang menunjuk pada pertanggungjawaban dalam kamus hukum, yaitu *liability* dan *responsibility*. *Liability* merupakan istilah hukum yang luas yang menunjuk hampir semua karakter risiko atau tanggung jawab, yang pasti, yang bergantung atau yang mungkin meliputi semua karakter hak dan kewajiban secara aktual atau potensial seperti kerugian, ancaman, kejahatan, biaya atau kondisi yang menciptakan tugas untuk melaksanakan undang-undang. *Responsibility* berarti hal yang dapat dipertanggungjawabkan atas suatu kewajiban, dan termasuk putusan, ketrampilan, kemampuan dan kecakapan meliputi juga kewajiban bertanggung jawab atas undang-undang yang dilaksanakan. Dalam pengertian dan penggunaan praktis, istilah *liability* menunjuk pada pertanggungjawaban hukum, yaitu tanggung gugat akibat kesalahan yang dilakukan oleh subyek hukum, sedangkan istilah *responsibility* menunjuk pada pertanggungjawaban politik.²⁰

Dalam hukum pidana terhadap seseorang yang melakukan pelanggaran atau suatu perbuatan tindak pidana maka dalam pertanggungjawaban diperlukan asas-asas hukum pidana. Salah satu asas hukum pidana adalah asas hukum *nullum delictum nulla poena sine pravia lege* atau yang sering disebut dengan asas legalitas, asas ini menjadi dasar pokok yang tidak tertulis dalam menjatuhkan pidana pada orang yang telah melakukan perbuatan pidana “tidak dipidana jika tidak ada kesalahan”.

Pertanggungjawaban pidana lahir dengan diteruskannya celaan (*verwijtbaarheid*) yang objektif terhadap perbuatan yang dinyatakan sebagai tindak pidana berdasarkan hukum pidana yang berlaku, yang secara subjektif kepada pembuat yang memenuhi persyaratan untuk dapat dikenai pidana karena

²⁰Ridwan H.R., *Hukum Administrasi Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 335.

perbuatan tersebut. Dasar dari adanya tindak pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar dapat dipidananya pembuat adalah asas kesalahan. Ini berarti bahwa pembuat tindak pidana hanya akan dipidanya jika ia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Kapan seseorang dikatakan mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut, merupakan hal menyangkut masalah pertanggungjawaban pidana. Seseorang mempunyai kesalahan bilamana melakukan tindak pidana, dilihat dari segi kemasyarakatan ia dapat dicela oleh karena perbuatan tersebut.²¹

Kesalahan dalam pengertian seluas-luasnya, yang dapat disamakan dengan pengertian pertanggungjawaban dalam hukum pidana, di dalamnya terkandung makna dapat dicelanya si pembuat atas perbuatannya. Jadi apabila dikatakan orang bersalah melakukan sesuatu tindak pidana, maka itu berarti bahwa ia dapat dicela atas perbuatannya. Kesalahan dalam arti bentuk kesalahan (*schuldvorm*) dapat juga dikatakan kesalahan dalam arti yuridis, yang berupa: 1) kesengajaan dan 2) kealpaan.

Unsur-unsur kesalahan (dalam arti yang seluas-luasnya), ialah:

- a. adanya kemampuan bertanggungjawab si pembuat; keadaan jiwa si pembuat harus normal,
- b. hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya, yang berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*); ini disebut bentuk-bentuk kesalahan, tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak adanya alasan pemaaf.²²

Penganut pandangan *monistis* tentang *strafbaar feit* berpendapat, bahwa “unsur-unsur pertanggungjawaban pidana yang menyangkut pembuat delik

²¹Penjelasan Pasal 31 RUU KUHP 1999-2000, hlm. 22.

²²Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 89.

yang meliputi: a) kemampuan bertanggungjawab, b) kesalahan dalam arti luas, sengaja dan atau kealpaan dan c) tidak ada alasan pemaaf".²³

Pandangan *dualistis* yang pertama menganutnya adalah Herman Kantorowicz mengemukakan bahwa "untuk adanya *Strafvoraussetzungen* (syarat-syarat dari penjatuhan pidana terhadap pembuat) diperlukan lebih dahulu adanya pembuktian adanya *Strafbare Handlung* (perbuatan pidana), lalu sesudahnya itu dibuktikan *schuld* atau kesalahan subjektif pembuat".²⁴

2. Teori Kesalahan dalam Hukum Pidana

Kesalahan dalam pengertian seluas-luasnya, yang dapat disamakan dengan pengertian pertanggungjawaban dalam hukum pidana, di dalamnya terkandung makna dapat dicelanya si pembuat atas perbuatannya. Jadi apabila dikatakan orang bersalah melakukan sesuatu tindak pidana, maka itu berarti bahwa ia dapat dicela atas perbuatannya.

Kesalahan dalam arti bentuk kesalahan (*schuld norm*) dapat juga dikatakan kesalahan dalam arti yuridis, yang berupa kesengajaan dan kealpaan.

Unsur-unsur kesalahan (dalam arti yang seluas-luasnya), ialah:

- a. adanya kemampuan bertanggungjawab si pembuat; keadaan jiwa si pembuat harus normal;
- b. hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya, yang berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*); ini disebut bentuk-bentuk kesalahan;
- c. tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak adanya alasan pemaaf.²⁵

²³A.Z Abidin, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1983, hlm. 44.

²⁴Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1983. hlm. 22.

²⁵Muladi, *Loc. Cit.*

Sutan Remy Sjahdeiny mengemukakan bahwa:

dipertanggungjawabkannya seseorang atas perbuatan yang telah dilakukannya, atau mengenai pertanggungjawaban pidananya, mengacu pada adagium atau *maxim*, yang sejak lama dianut secara universal dalam undang-undang pidana, yang berbunyi *actus non facit reum, nisi mens sit rea*. Adagium tersebut menyatakan bahwa seseorang hanya dapat dibebani tanggung jawab pidana bukan hanya karena dia telah melakukan suatu perilaku lahiriah (*actus reus*), tetapi juga pada waktu perbuatan itu dilakukan olehnya, orang itu harus memiliki sikap kalbu (*mens rea*) tertentu yang terkait secara langsung dengan perbuatan itu. Dalam bahasa Indonesia adagium tersebut di atas dikenal sebagai *Tiada pidana tanpa kesalahan*.²⁶

Terhadap pendapat Sutan Remy Sjahdeiny tersebut, kiranya dapat ditarik pengertian bahwa kesalahan merupakan suatu hal yang sangat penting untuk memidana seseorang. Tanpa itu, pertanggungjawaban pidana tak akan pernah ada. Oleh karena itu, menjadi dapat difahami apabila dalam hukum pidana dikenal asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (*green straf zonder schuld*). Asas kesalahan ini merupakan asas paling penting sehingga meresap dan menggema dalam hampir semua ajaran penting dalam hukum pidana.

Asas pokok hukum pidana ialah “tak ada hukuman kalau tak ada kesalahan” (*an act does not make guilty unless the mind is guilty, actus not facit reum nisi mens sit rea*). Kesalahan dimaksud di sini adalah sengaja (*intention/dolus/opzet*) dan kealpaan (*negligent/schuld*).

1. Kesengajaan

Ada tiga bentuk kesengajaan, yaitu :

- a. Kesengajaan sebagai maksud.
 - b. Kesengajaan dengan sadar kepastian
 - c. Kesengajaan dengan sadar kemungkinan (*dolus eventualis*).
2. Kealpaan, adalah bentuk kesalahan yang lebih ringan dari pada kesengajaan. Ada dua bentuk kealpaan, yaitu:
- a. Tidak berhati-hati; dan
 - b. Tidak menduga-duga akibat perbuatan itu.²⁷

²⁶Sutan Remy Sjahdeini, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Grafiti Pers, Jakarta, 2006, hlm. 25.

²⁷Leden Marpaung, *Unsur-unsur Perbuatan yang Dapat Dihukum (Deik)*, Cetakan Pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 1991, hlm. 6-7.

Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (*Crimineel Wetboek*) Tahun 1809 dicantumkan: “Sengaja ialah kemauan untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dilarang atau diperintahkan oleh undang-undang”. dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) Menteri Kehakiman sewaktu pengajuan *Criminial Wetboek* tahun 1881 (yang menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia tahun 1915), dijelaskan : “sengaja” diartikan: “dengan sadar dari kehendak melakukan suatu kejahatan tertentu”.

Beberapa sarjana merumuskan *de will* sebagai keinginan, kemauan, kehendak, dan perbuatan merupakan pelaksanaan dari kehendak. *de will* (kehendak) dapat ditujukan terhadap perbuatan yang dilarang dan akibat yang dilarang. Ada dua teori yang berkaitan dengan pengertian “sengaja”, yaitu teori kehendak dan teori pengetahuan atau membayangkan.²⁸

3. Teori Kebijakan Hukum Pidana

Kebijakan atau politik hukum pidana (*penal policy*) dimaksudkan untuk mencapai tujuan perlindungan masyarakat dari berbagai macam tindak pidana, antara lain dikemukakan oleh Mardjono Reksodiputro yang menjelaskan bahwa:

Upaya penanggulangan kejahatan dapat dilakukan melalui pelaksanaan peraturan perundang-undangan pidana oleh suatu sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) yang dibentuk oleh negara. Selain itu negara (masyarakat) dapat pula berusaha melalui upaya-upaya sosial, seperti dalam bidang pendidikan, perbaikan taraf hidup masyarakat, mengurangi pengangguran dan lain sebagainya. Namun demikian,

²⁸Moeljatno, *Perbuatan Pidana ...*, *Op. Cit.*, hlm. 171-176.

hukum pidana dalam banyak hal masih dianggap sebagai landasan utama agar angka kriminalitas berada dalam batas-batas toleransi masyarakat.²⁹

Dalam hubungan dengan penanggulangan kejahatan menggunakan hukum pidana, Muladi dan Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa:

Untuk mencapai tujuan politik kriminal sebagai bagian integral dari pencapaian tujuan politik pembangunan, diperlukan kebijakan hukum pidana (*penal policy*). Kebijakan hukum pidana pada intinya merupakan upaya penanggulangan kejahatan melalui upaya pidana yang baik. Dengan perkataan lain, dilihat dari sudut politik kriminal, politik hukum pidana identik dengan pengertian “Kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana.”³⁰

G. Metode Penelitian

1. Tipe Penelitian

Tipe penelitian ini adalah yuridis normatif. “Penelitian yuridis normatif, yaitu sebuah jenis penelitian yang digunakan untuk mengkaji penerapan kaidah norma atau norma hukum yang diberlakukan dalam hukum positif atau hukum yang masih diberlakukan serta memiliki kekuatan untuk mengikat subjek hukum”.³¹

“Metode penelitian hukum merupakan suatu cara yang sistematis dalam melakukan sebuah penelitian”.³² “Sifat penelitian hukum ini sejalan dengan sifat ilmu hukum itu sendiri. Ilmu hukum mempunyai sifat sebagai ilmu yang

²⁹Mardjono Reksodiputro, *Hak Asasi Manusia Dalam Sistem Peradilan Pidana, Kumpulan Karangan*, Buku Ketiga, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia, Jakarta, 2007, hlm. 92.

³⁰Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Cet. Ketiga, Alumni, Bandung, 2005, hlm. 11.

³¹Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia Publishing, Malang, 2006, hlm. 295.

³²Abdulkadir Muhammad, *Hukum Dan Penelitian Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm. 57.

preskriptif, artinya sebagai ilmu yang bersifat preskriptif ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum”.³³ “Metode penelitian hukum merupakan suatu cara yang sistematis dalam melakukan sebuah penelitian”.³⁴ Agar tidak terjebak pada kesalahan yang umum terjadi dalam sebuah penelitian hukum, maka penting sekali mengetahui dan menentukan tipe penelitian salah satu komponen dalam metode penelitian. Sebab ketetapan dalam metode penelitian akan sangat berpengaruh terhadap proses dan hasil suatu penelitian hukum.

2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan (*approach*) yang digunakan dalam penelitian ini sesuai dengan rumusan masalah sebagai objek penelitian yang akan dibahas dan dijawab, maka pendekatan yang digunakan adalah pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*).

Pendekatan konseptual dilakukan dengan meneliti asas-asas hukum, teori-teori hukum, dan teori-teori kebijakan hukum pidana yang terkait dengan “Pertanggungjawaban Pidana Pelaku *Cyber Pornography* Dalam Perspektif Peraturan Perundang-Undangan”. Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan konsep-konsep perundang-undangan yang berhubungan dengan Tindak Pidana *Cyber Pornography*, baik berbentuk hukum positif maupun masih berbentuk rancangan. Selanjutnya, pendekatan kasus dilakukan dengan meneliti

³³Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Pranada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 22.

³⁴Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Dan Penelitian Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm. 57.

kasus yang telah diputuskan dan telah mempunyai kekuatan hukum tetap yang berhubungan dengan Kasus Pelaku Tindak Pidana Cyber Pornography yang telah diputuskan Pengadilan.

3. Pengumpulan Bahan Hukum

Pengumpulan bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier dengan menggunakan sistem kartu (*card system*) dan didukung *system computation* melalui internet. Hal ini dilakukan untuk mempermudah proses penganalisan. Bahan-bahan hukum tersebut diperoleh melalui berbagai sumber hukum. Sedangkan bahan hukum yang diteliti meliputi:

- a. Bahan hukum primer, yaitu peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan “Tindak Pidana Pelaku *Cyber Pornography*”, antara lain Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, KUHP, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, dan Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornography.
- b. 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 yang berkaitan dengan “Tindak Pidana *Cyber Pornography*”.
- c. Bahan hukum tersier yang diteliti adalah berkaitan dengan ensiklopedia, dan berbagai kamus hukum yang relevan dengan penelitian ini.

4. Analisis bahan hukum

Dalam melakukan analisis bahan hukum diterapkan teknik-teknik sebagai berikut:

- a. Teknik inventarisir berupa pengumpulan bahan-bahan hukum, norma hukum dengan cara melihat isi dari berbagai macam peraturan perundang-undangan terkait dengan “Pertanggungjawaban Pidana Pelaku *Cyber Pornography* Dalam Perspektif Peraturan Perundang-Undangan”.
- b. Teknik sistematisasi yang merupakan upaya mencari hubungan suatu norma hukum aturan peraturan perundang-undangan yang sederajat maupun yang tidak sederajat.
- c. Teknik interpretasi diterapkan terhadap norma-norma hukum yang masih kabur, selanjutnya ditafsirkan sehingga dapat dimengerti secara jelas.

H. Sistematika Penulisan

Tesis ini disusun dengan sistematika yang terbagi dalam 5 (lima) bab, masing-masing bab terdiri dari atas beberapa subbab guna lebih memperjelas ruang lingkup dan cakupan permasalahan yang diteliti. Adapun sistematikanya adalah sebagai berikut:

Bab I Pendahuluan, yang meliputi: Latar Belakang Masalah; Rumusan Masalah; Tujuan Penelitian; Manfaat Penelitian; Kerangka Konseptual (Pengertian Pertanggungjawaban Pidana; Pelaku *Cyber Pornography*; dan Tindak Pidana Dunia Maya); Landasan Teori (Teori Pertanggungjawaban Pidana, Teori Kesalahan Dalam Hukum Pidana,

dan Teori Kebijakan Hukum Pidana); Metode Penelitian dan Sistematika Penulisan.

Bab II Konsep Cyber Pornography, Pertanggungjawaban Pidana dan Kebijakan Hukum Pidana, dengan uraian sebagai berikut: Pengertian *Cyber Pornography*; Ruang Lingkup *Cyber Pornography*; Tindak Pidana Dunia Maya; Pertanggungjawaban Pidana; Asas Kesalahan Dalam Hukum Pidana; dan Kebijakan Hukum Pidana.

Bab III Pada Bab ini diuraikan hasil penelitian dan pembahasan tentang Pengaturan *Cyber Pornography* Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana Dalam Peraturan Perundang-Undangan, dengan sub pokok bahasan: Perumusan *Cyber Pornography* Dalam Peraturan Perundang-Undangan; dan Unsur *Cyber Pornography* Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana.

Bab IV Pada Bab ini menguraikan lebih lanjut tentang Kesalahan Dan Sanksi Pidana *Cyber Pornography* Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana, dengan sub pokok bahasan: Mens Rea dan Actus Reus Sebagai Dasar Kesalahan Pelaku *Cyber Pornography*; Asas Kesalahan Dalam Pertanggungjawaban Pidana Pelaku *Cyber Pornography*; dan Formulasi Sanksi Pidana *Cyber Pornography*.

Bab V Merupakan Bab Penutup yang berisikan bagian akhir dari penulisan ini yang terdiri dari kesimpulan dan saran. Kesimpulan yang dibuat merupakan jawaban singkat terhadap permasalahan yang telah dirumuskan pada Bab.I, sedangkan saran merupakan sumbangan

pemikiran terhadap permasalahan yang telah dibahas pada Bab. III dan IV. Saran ini diharapkan dapat menjadi masukan dalam pengembangan ilmu pengetahuan hukum.

BAB II KONSEP *CYBER PORNOGRAPHY*, PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA DAN KEBIJAKAN HUKUM PIDANA

A. Pengertian *Cyber Pornography*

Istilah *cyber crime* saat ini merujuk pada suatu tindakan kejahatan yang berhubungan dengan dunia maya (*cyberspace*) dan tindakan kejahatan yang menggunakan komputer. Ada ahli yang menyamakan antara tindak kejahatan *cyber crime* dengan tindak kejahatan komputer, dan ada ahli yang membedakan di antara keduanya.

Pada awalnya para ahli hukum terfokus pada alat/perangkat keras yaitu komputer. Namun dengan adanya perkembangan teknologi informasi berupa jaringan internet, maka fokus dari identifikasi terhadap definisi *cyber crime* lebih diperluas lagi yaitu seluas aktivitas yang dapat dilakukan di dunia maya (*cyber space*) melalui sistem informasi yang digunakan. Jadi tidak sekedar pada komponen *hardware*-nya saja kejahatan tersebut dimaknai sebagai *cyber crime*, tetapi sudah dapat diperluas dalam lingkup dunia yang dijelajah oleh sistem teknologi informasi yang bersangkutan. Sehingga akan lebih tepat jika pemaknaan dari *cyber crime* adalah kejahatan teknologi informasi.³⁵

“*Cyber Pornography* berasal dari dua kata, yaitu *cyber* dan *pornography*.

Cyber merupakan singkatan dari *cyber space*. Kata *cyber* berasal dari kata *cybernetics* yang merupakan suatu bidang ilmu yang memadukan antara robotik, matematik, elektro dan psikologi”.³⁶ “*Cybers pace* yaitu sebuah ruang imajiner atau “maya”. *Cyber space* sesungguhnya merupakan sebuah dunia komunikasi berbasis komputer yang menawarkan realitas baru dalam kehidupan manusia yang

³⁵Budi Suhariyanto, *Tindak Pidana Teknologi Informasi (Cybercrime): Urgensi Pengaturandan Celah Hukumnya*, Rajawali Pers, Jakarta, 2012, hlm.11.

³⁶Adek We, “Cyber Crime”, artikel diakses pada 30 November 2015 dari http://www.academia.edu/6752746/CYBER_CRIME. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

disebut dengan realitas virtual(maya)".³⁷ "Singkatnya, kata *cyber* disini dapat diartikan sebagai dunia maya.

Sedangkan pornography berasal dari bahasa Yunani, yaitu *porne* dan *graphein* yang secara harfiah berarti "tulisan tentang pelacur".³⁸ Pornografi menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia yaitu "penggambaran tingkah laku secara erotis dengan lukisan atau tulisan untuk membangkitkan nafsu birahi".³⁹ Sovia Hasanah mengatakan bahwa "*Cyber pornography* barangkali dapat diartikan sebagai penyebaran muatan pornografi melalui internet".⁴⁰

Sebenarnya belum ada definisi khusus yang disepakati oleh para ahli mengenai *cyber pornography*. Dari beberapa literatur yang penulis telusuri pengertian dari *cyber pornography* hanya berkisar pada terjemahan dari kata tersebut, yaitu pornografi dunia maya. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa *cyber pornography* dapat diartikan sebagai penyebarluasan muatan atau materi pornografi dalam dunia maya melalui teknologi informasi berupa internet. Selain itu, pencemaran nama baik dan penyebar luasan fitnah dalam bentuk tulisan, gambar, maupun video yang mengandung unsur pornografi ke dalam internet juga termasuk dalam ruang lingkup *cyber pornography*.

³⁷Abdul Wahid dan Mohammad Labib, *Kejahatan Mayantara (Cyber Crime)*, Refika Aditama, Bandung, 2010, hlm. 32.

³⁸Relly Komaruzaman, "Pornografi", artikel diakses pada 26 Nopember 2014 dari <http://id.m.wikipedia.org/wiki/pornografi>. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

³⁹Depdikbud, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1990, hlm. 696.

⁴⁰Sovia Hasanah, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4b86b6c16c7e4/aturan-tentang-icyber-pornography-i-di-indonesia/>. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

Dikdik M. Arief Mansur dan Elisatris Gultom mengatakan bahwa “*Cyber-pornography* adalah penyebarluasan muatan atau materi yang bersifat cabul, termasuk pornografi, muatan tidak senonoh, dan pornografi terhadap anak.”⁴¹

Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi disebutkan bahwa:

Pornografi adalah gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan, suara, bunyi, gambar bergerak, animasi, kartun, percakapan, gerak tubuh, atau bentuk pesan lainnya melalui berbagai bentuk media komunikasi dan/atau pertunjukan di muka umum, yang memuat kecabulan atau eksploitasi seksual yang melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat.

B. Ruang Lingkup Cyber Pornography

Cyber law merupakan aspek hukum yang ruang lingkungannya meliputi setiap aspek yang berhubungan dengan orang perorangan atau subyek hukum yang menggunakan dan memanfaatkan teknologi internet yang dimulai pada saat mulai online dan memasuki dunia cyber atau maya.

Menurut Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, dalam pasal 1 angka 1 disebutkan bahwa:

Pornografi adalah gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan, suara, bunyi, gambar bergerak, animasi, kartun, percakapan, gerak tubuh atau bentuk pesan lainnya melalui berbagai bentuk media komunikasi dan/atau pertunjukan di muka umum, yang memuat kecabulan atau eksploitasi seksual yang melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat.

Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008, yaitu: Setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat:

- a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang;

⁴¹Dikdik M. Arief Mansur & Elisatris Gultom, *Cyber Law-Aspek Hukum Teknologi Informasi*, Refika Aditama, Bandung, 2005, hlm. 26.

- b. kekerasan seksual;
- c. masturbasi atau onani;
- d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
- e. alat kelamin; atau
- f. pornografi anak.

Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang

Informasi dan Transaksi Elektronik disebutkan:

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 yang melanggar kesusilaan.

Dengan demikian ruang lingkup Cyber Pornography adalah tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang; kekerasan seksual; masturbasi atau onani; ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; alat kelamin; atau pornografi anak.

C. Tindak Pidana Dunia Maya

Istilah tindak pidana merupakan istilah teknis yuridis dari kata bahasa Belanda *strafbaar feit* atau *delict* dengan pengertian perbuatan yang dilarang oleh peraturan hukum pidana dan dikenakan sanksi pidana bagi siapa saja yang melanggarnya. Istilah *strafbaar feit* atau *delict* diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia sebagai berikut:

- a. perbuatan yang dapat/boleh dihukum,
- b. peristiwa pidana,
- c. perbuatan pidana, dan

d. tindak pidana.⁴²

Lebih lanjut, pembentuk undang-undang kita telah menggunakan istilah *strafbaar feit* untuk menyebut tindak pidana. Beberapa pendapat ahli Hukum Pidana. Pendapat pertama diberikan oleh Simons yang merumuskan bahwa *strafbaar feit* adalah "suatu *handeling* (tindakan/perbuatan) yang diancam dengan pidana oleh undang-undang, bertentangan dengan (*onrechtmatig*) dilakukan dengan kesalahan (*schuld*) oleh seorang yang mampu bertanggung jawab".⁴³ Vos mengemukakan bahwa "Delik merupakan suatu kelakuan manusia yang diancam pidana peraturan perundang-undangan, jadi suatu kelakuan yang pada umumnya dilarang dengan ancaman pidana".⁴⁴

Selanjutnya Pompe memberikan batasan pengertian *strafbaarfeit* adalah:

1. Definisi menurut teori memberikan pengertian *strafbaarfeit* adalah suatu pelanggaran terhadap norma, yang dilakukan karena kesalahan si pelanggar dan diancam dengan pidana untuk mempertahankan tata hukum dan menyelamatkan kesejahteraan umum, dan
2. Definisi menurut hukum positif, merumuskan pengertian *strafbaarfeit* adalah suatu kejadian (*feit*) yang oleh peraturan perundang-undangan dirumuskan sebagai perbuatan yang dapat dihukum.⁴⁵

Kemudian E. Utrech menterjemahkan *strafbaarfeit* dengan "istilah peristiwa pidana yang sering juga disebut delik, karena peristiwa itu suatu perbuatan (*handelen atau doen-positif*) atau suatu melalaikan (*nalaten- negatiff*),

⁴²P.A.F Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Baru, Bandung, 1990, hlm. 172.

⁴³E. Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 205.

⁴⁴*Ibid.*, hlm. 205.

⁴⁵Bambang Poernomo, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2001, hlm. 92.

maupun akibatnya (keadaan yang ditimbulkan karena perbuatan atau melalaikan itu).”⁴⁶

Selanjutnya Van Hattum berpendapat, "*strafbaar feit* adalah tindakan yang karena telah melakukan tindakan semacam itu membuat seseorang menjadi dapat dihukum".⁴⁷

Menurut Moeljatno, tindak pidana atau perbuatan pidana adalah:

Perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut. Larangan ditujukan kepada perbuatan (yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), sedangkan ancaman pidana ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu.⁴⁸

Secara umum, "Pengertian *Cyber Crime* adalah segala jenis kejahatan yang dilakukan dengan menggunakan teknologi komputer, jaringan internet dan juga perangkat-perangkat digital lainnya".⁴⁹

Kejahatan dunia maya (Inggris: *cybercrime*) adalah istilah yang mengacu kepada aktivitas kejahatan dengan komputer atau jaringan komputer menjadi alat, sasaran atau tempat terjadinya kejahatan. Termasuk ke dalam kejahatan dunia maya antara lain adalah penipuan lelang secara *daring*, pemalsuan cek, penipuan kartu kredit/cading, *confidence fraud*, penipuan identitas, pornografi anak, *violence*, dan lain-lain.⁵⁰

Menurut Widodo, bahwa:

Cyber crime adalah setiap aktivitas seseorang, sekelompok orang, badan hukum yang menggunakan komputer sebagai sarana melakukan kejahatan, atau menjadikan komputer sebagai sasaran kejahatan. Semua kejahatan tersebut adalah bentuk-bentuk perbuatan yang bertentangan

⁴⁶Evi Hartanti, *Tindak Pidana Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, hlm. 6.

⁴⁷E. Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 206.

⁴⁸Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta, 1955, hlm. 7.

⁴⁹Putra, <https://salamadian.com/> *Loc. Cit.*

⁵⁰Moore. R, *Op. Cit.*, hlm. 3.

dengan peraturan perundang-undangan, baik dalam arti melawan hukum secara material maupun melawan hukum secara formal.⁵¹

Dalam hukum positif Indonesia, bahwa kejahatan dunia maya telah ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Dalam pasal 27 s/d pasal 37 Undang-Undang ITE adalah merupakan tindak pidana yang berkaitan dengan Informasi Dan Transaksi Elektronik yang dilarang oleh Undang-Undang tersebut.

Selanjutnya tindak pidana pornografi dalam Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi adalah, Pasal 4 disebutkan tentang perbuatan yang dilarang sebagai berikut:

- (1) Setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengeksport, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat:
 - a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang;
 - b. kekerasan seksual;
 - c. masturbasi atau onani;
 - d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
 - e. alat kelamin; atau
 - f. pornografi anak.
- (2) Setiap orang dilarang menyediakan jasa pornografi yang:
 - a. menyajikan secara eksplisit ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
 - b. menyajikan secara eksplisit alat kelamin;
 - c. mengeksploitasi atau memamerkan aktivitas seksual; atau
 - d. menawarkan atau mengiklankan, baik langsung maupun tidak langsung layanan seksual.

Ketentuan Pidana Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi diatur dalam Bab VII, sebagai berikut:

⁵¹Widodo Prabowo P, Dkk, *Op. Cit.*, hlm. 7.

Pasal 29

Setiap orang yang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000,00 (enam miliar rupiah).

Pasal 30

Setiap orang yang menyediakan jasa pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (2) dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 6 (enam) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp3.000.000.000,00 (tiga miliar rupiah).

Pasal 31

Setiap orang yang meminjamkan atau mengunduh pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp2.000.000.000,00 (dua miliar rupiah).

Pasal 32

Setiap orang yang memperdengarkan, mempertontonkan, memanfaatkan, memiliki, atau menyimpan produk pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp2.000.000.000,00 (dua miliar rupiah).

Pasal 33

Setiap orang yang mendanai atau memfasilitasi perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 dipidana dengan pidana penjara paling singkat 2 (dua) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan paling banyak Rp7.500.000.000,00 (tujuh miliar lima ratus juta rupiah).

Pasal 34

Setiap orang yang dengan sengaja atau atas persetujuan dirinya menjadi objek atau model yang mengandung muatan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).

Pasal 35

Setiap orang yang menjadikan orang lain sebagai objek atau model yang mengandung muatan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000,00 (enam miliar rupiah).

Pasal 36

Setiap orang yang mempertontonkan diri atau orang lain dalam pertunjukan atau di muka umum yang menggambarkan ketelanjangan, eksploitasi seksual, persenggamaan, atau yang bermuatan pornografi lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).

Pasal 37

Setiap orang yang melibatkan anak dalam kegiatan dan/atau sebagai objek sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 dipidana dengan pidana yang sama dengan pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, Pasal 32, Pasal 34, Pasal 35, dan Pasal 36, ditambah $\frac{1}{3}$ (sepertiga) dari maksimum ancaman pidananya.

Pasal 38

Setiap orang yang mengajak, membujuk, memanfaatkan, membiarkan, menyalahgunakan kekuasaan, atau memaksa anak dalam menggunakan produk atau jasa pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 6 (enam) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp3.000.000.000,00 (tiga miliar rupiah).

Pasal 39

Tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, Pasal 32, Pasal 33, Pasal 34, Pasal 35, Pasal 36, Pasal 37, dan Pasal 38 adalah kejahatan.

Pasal 40

- (1) Dalam hal tindak pidana pornografi dilakukan oleh atau atas nama suatu korporasi, tuntutan dan penjatuhan pidana dapat dilakukan terhadap korporasi dan/atau pengurusnya.
- (2) Tindak pidana pornografi dilakukan oleh korporasi apabila tindak pidana tersebut dilakukan oleh orang-orang, baik berdasarkan hubungan kerja maupun berdasarkan hubungan lain, bertindak dalam lingkungan korporasi tersebut, baik sendiri maupun bersama-sama.
- (3) Dalam hal tuntutan pidana dilakukan terhadap suatu korporasi, korporasi tersebut diwakili oleh pengurus.

- (4) Pengurus yang mewakili korporasi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dapat diwakili oleh orang lain.
- (5) Hakim dapat memerintahkan pengurus korporasi supaya pengurus korporasi menghadap sendiri di pengadilan dan dapat pula memerintahkan pengurus korporasi supaya pengurus tersebut dibawa ke sidang pengadilan.
- (6) Dalam hal tuntutan pidana dilakukan terhadap korporasi, panggilan untuk menghadap dan penyerahan surat panggilan tersebut disampaikan kepada pengurus di tempat tinggal pengurus atau di tempat pengurus berkantor.
- (7) Dalam hal tindak pidana pornografi yang dilakukan korporasi, selain pidana penjara dan denda terhadap pengurusnya, dijatuhkan pula pidana denda terhadap korporasi dengan ketentuan maksimum pidana dikalikan 3 (tiga) dari pidana denda yang ditentukan dalam setiap pasal dalam Bab ini.

Pasal 41

Selain pidana pokok sebagaimana dimaksud dalam Pasal 40 ayat (7), korporasi dapat dikenai pidana tambahan berupa: a. pembekuan izin usaha; b. pencabutan izin usaha; c. perampasan kekayaan hasil tindak pidana; dan d. pencabutan status badan hukum.

Terkait dengan *Cyber Pornografi* maka dikaitkan juga dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Pasal yang menunjukkan dilarangnya tindak pidana pornografi melalui internet (*Cyber Pornografi*) dalam Undang-Undang ITE adalah Pasal 27 ayat (1). Ketentuan pidana yang diatur dalam Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik disebutkan:

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 yang melanggar kesusilaan.

Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik:

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 yang melanggar kesusilaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

D. Pertanggungjawaban Pidana

Pertanggungjawaban pidana dalam Bahasa Inggris disebut *responsibility*, atau *criminal liability*. Menurut Roeslan Saleh “pertanggungjawaban pidana diartikan sebagai diteruskannya celaan yang objektif yang ada pada perbuatan pidana dan secara subjektif memenuhi syarat untuk dapat dipidana karena perbuatannya itu”.⁵²

Konsep pertanggungjawaban pidana sesungguhnya tidak hanya menyangkut soal hukum semata-mata melainkan juga menyangkut soal nilai-nilai moral atau kesusilaan umum yang dianut oleh suatu masyarakat atau kelompok-kelompok dalam masyarakat, hal ini dilakukan agar pertanggungjawaban pidana itu dicapai dengan memenuhi keadilan.⁵³

Kitab Hukum Undang-Undang Pidana tidak menyebutkan secara jelas mengenai system pertanggungjawaban pidana yang dianut. Beberapa Pasal dalam KUHP sering menyebutkan kesalahan baik berupa kesengajaan ataupun kealpaan, namun sayangnya mengenai pengertian kesalahan kesengajaan maupun kealpaan tidak dijelaskan pengertiannya oleh Undang-undang. tidak adanya penjelasan lebih lanjut mengenai kesalahan kesengajaan maupun kealpaan, namun berdasarkan doktrin dan pendapat para ahli hukum mengenai pasal-pasal yang ada dalam KUHP dapat disimpulkan bahwa dalam pasal-pasal tersebut mengandung unsur-unsur kesalahan kesengajaan maupun kealpaan yang harus dibuktikan oleh pengadilan, sehingga untuk memidanakan pelaku yang melakukan perbuatan tindak pidana, selain telah terbukti melakukan tindak pidana

⁵²Roeslan Saleh, *Pikiran-Pikiran ..., Op. Cit.*, hlm. 33.

⁵³Mahrus Hanafi, *Sisitem Pertanggung Jawaban Pidana*, Cetakan pertama, Rajawali Pers, Jakarta, 2015, hlm. 16.

maka mengenai unsur kesalahan yang disengaja ataupun atau kealpaan juga harus dibuktikan.⁵⁴

E.Y. Kanter, mengatakan bahwa “Kemampuan bertanggung jawab didasarkan pada keadaan dan kemampuan “jiwa” (*geestelijke vermogens*), dan bukan pada keadaan dan kemampuan “berfikir” (*verstandelijke vermogens*), dari seseorang, walaupun dalam istilah yang resmi digunakan dalam pasal 44 KUHP adalah *verstandelijke vermogens*”.⁵⁵

Andi Hamzah yang mengutip pendapat Pompe dan Jonkers bahwa “memasukan juga “melawan hukum” sebagai kesalahan dalam arti luas di samping “sengaja” atau “kesalahan” (*schuld*) dan dapat dipertanggungjawabkan (*toerekeningsvatbaar heid*) atau istilah Pompe *toerekenbaar*”.⁵⁶

Moeljatno yang menyatakan bahwa “Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, jika tidak ditentukan terlebih dahulu dengan perundang-undangan, dalam bahasa latin (*Nullum Delictum Nulla Poena Sine Praevia Lege*) Tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu”.⁵⁷

Pernyataan-pernyataan tersebut memberikan penjelasan bahwa suatu aturan yang ada dengan jelas, aturan tersebut dapat merugikan orang lain, tidak dilarang, sepanjang aturan tersebut tidak ditentukan terlebih dahulu dalam peraturan undang-undang. Dapat dinyatakan bahwa undang-undang merupakan

⁵⁴Hanafi Amrani dan Mahrus Ali, *Sistem Pertanggungjawaban Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta, 2015, hlm. 52.

⁵⁵E.Y.Kanter dan S.R. Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 249-250.

⁵⁶Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum ...*, *Op. Cit.*, hlm. 112.

⁵⁷Moeljatno, *Asas-Asas Hukum ...*, *Op. Cit.*, hlm. 23.

kekuatan sebuah aturan yang telah ada, sebagai ketentuan dalam perbuatan yang dikatakan sebagai tindak pidana.

Terkait dengan pertanggungjawaban secara yuridis yang diatur dalam KUHP, terdapat aturan dalam pertanggungjawaban pidana, bahwa tidak semua orang dikatakan mampu bertanggungjawab. Dikatakan seseorang tidak mampu bertanggungjawab, yang terdiri dari dua aspek yang dapat dilihat, yaitu:

1. Keadaan jiwanya

- a) Terganggu oleh penyakit, yang terus-menerus (temporair);
- b) Mengalami cacat dalam pertumbuhan (gagu, idiot, imbecile dan sebagainya);
- c) Terganggu karna terkejut, hypnotisme, amarah, yang meluap, pengaruh bawah sadar, melindur, mengigau dan sebagainya.

2. Kemampuan jiwanya

- a) Tidak dapat menginsyafi hakekat tindakan yang dilakukannya;
- b) Tidak dapat menentukan kehendaknya atas tindakan yang akan dilakukan; dan
- c) Tidak dapat mengetahui bahwa tindakan tersebut.

Aspek di atas merupakan dasar ketetapan didalam menentukan seseorang yang melakukan suatu tindak pidana yang tidak dapat dimintai pertanggungjawaban. Dalam pengertiannya bahwa seseorang untuk dapat dimintai pertanggungjawaban atas perbuatan yang dilakukannya, dengan kedua aspek tersebut tidak mengalami permasalahan, baik keadaan jiwanya dan kemampuan jiwanya.

Asas pokok hukum pidana ialah “tak ada hukuman kalau tak ada kesalahan” (*an act does not make guilty unless the mind is guilty, actus not facit reum nisi mens sit rea*). Kesalahan dimaksud di sini adalah sengaja (*intention/dolus/opzet*) dan kealpaan (*negligent/schuld*).

1. Kesengajaan

Ada tiga bentuk kesengajaan, yaitu :

- a. Kesengajaan sebagai maksud.
 - b. Kesengajaan dengan sadar kepastian
 - c. Kesengajaan dengan sadar kemungkinan (*dolus eventualis*).
2. Kealpaan, adalah bentuk kesalahan yang lebih ringan dari pada kesengajaan. Ada dua bentuk kealpaan, yaitu:
- a. Tidak berhati-hati; dan
 - b. Tidak menduga-duga akibat perbuatan itu.⁵⁸

Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (*Crimineel Wetboek*) Tahun 1809 dicantumkan: “Sengaja ialah kemauan untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dilarang atau diperintahkan oleh undang-undang”. dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) Menteri Kehakiman sewaktu pengajuan *Criminial Wetboek* tahun 1881 (yang menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia tahun 1915), dijelaskan : “sengaja” diartikan: “dengan sadar dari kehendak melakukan suatu kejahatan tertentu”.

Beberapa sarjana merumuskan *de will* sebagai keinginan, kemauan, kehendak, dan perbuatan merupakan pelaksanaan dari kehendak. “*De will* (kehendak) dapat ditujukan terhadap perbuatan yang dilarang dan akibat yang dilarang. Ada dua teori yang berkaitan dengan pengertian “sengaja”, yaitu teori kehendak dan teori pengetahuan atau membayangkan.”⁵⁹

Berdasarkan unsur-unsur tindak pidana dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi jo Pasal 27 ayat (1) Undang-

⁵⁸Leden Marpaung, *Op. Cit.*, hlm. 6-7.

⁵⁹Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan, Op. Cit.*, hlm. 171-176.

Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang ITE, maka pertanggungjawaban pidana yang dikenakan kepada subjek hukum selaku penyebar pornografi melalui internet di Indonesia adalah sebagai berikut:

- a. Kemampuan bertanggungjawab: Penyebar dalam melakukan perbuatannya menggunakan media internet. Kemampuannya menjalankan komputer dengan menggunakan internet, membuktikan bahwa akalnya sehat dan tidak mengalami gangguan.
- b. Kesalahan (dalam hal ini kesengajaan) Unsur kesalahan seperti yang disyaratkan oleh Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi jo Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasidan Transaksi Elektronik, maka kesengajaan dalam hal ini adalah “sengaja” dengan maksud melakukan perbuatan menyiarkan, menyebarkan, membuat dapat diaksesnya informasi elektronik (dalam hal ini berbentuk video porno) yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.
- c. Tidak ada alasan pemaaf: Penyebar mampu mempertanggungjawabkan perbuatannya dengan keadaan sehat jasmani dan rohani, ia melakukan perbuatan itu tidak dalam keadaan terpaksa atau tertekan, ia melakukan perbuatan itu bukan untuk melakukan pembelaan darurat yang melampaui batas. Perbuatan tersebut dilakukan dalam keadaan sengaja dan dalam keadaan normal baik lingkungan maupun alam. Perbuatan penyebar juga bukan karena ia melakukan perintah jabatan, karena dengan menyebarkan pornografi tersebut ia melakukannya karena kehendaknya sendiri, maka penyebar dalam hal ini tidak memiliki alasan pemaaf atas perbuatannya.

E. Asas Kesalahan Dalam Hukum Pidana

Dalam hukum pidana sistem pertanggungjawaban (*liability*) dikenal dengan ajaran kesalahan. Bahwa ajaran kesalahan ini dalam bahasa latin dikenal dengan sebutan *mens rea*, yaitu suatu doktrin yang dilandaskan pada maxim *Actus non facit reum nisi mens sit rea* yang berarti “suatu perbuatan tidak mengakibatkan seseorang bersalah kecuali jika pikiran orang itu jahat”.

Roeslan Saleh mengatakan bahwa:

Doktrin *mens rea* secara klasik diartikan setiap perkara pelanggaran hukum yang dilakukan disebabkan pada diri orang itu sudah melekat sikap batin yang jahat (*evil will*). Oleh karenanya perbuatan tersebut dianggap merupakan dosa. Lord Denning, seorang hakim terkemuka di Inggris memberikan komentar atas doktrin *mens rea*, dengan mengatakan “*In order that act should be punishable it must be morally blame-worthy. It must be a sin*”.⁶⁰

Pendapat Lord Denning masih menitikberatkan asas kesalahan pada pelaku kejahatan. Doktrin *mens rea* klasik dan pendapat Lord Denning harus diartikan bahwa suatu perbuatan merupakan suatu perbuatan pidana, terutama harus dilihat apakah perbuatan tersebut secara moral salah, terlepas dari apakah perbuatan tersebut dilarang oleh undang-undang atau tidak.

Dalam kenyataan tampaknya doktrin *mens rea* klasik dan pendapat Lord Denning masih sangat berpengaruh, selanjutnya dikemukakan bahwa penafsiran terhadap hukum sepenuhnya terletak pada luas sempitnya penafsiran tentang :

a)apakah perbuatan tersebut benar telah dilakukan tersangka?; b)apakah tersangka dapat dipertanggungjawabkan secara moral?.

⁶⁰Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan ...*, *Op. Cit.*, hlm. 23.

Kesalahan dalam arti bentuk kesalahan (*schuld norm*) dapat juga dikatakan kesalahan dalam arti yuridis, yang berupa kesengajaan dan kealpaan.

Unsur-unsur kesalahan (dalam arti yang seluas-luasnya), ialah:

- a. adanya kemampuan bertanggungjawab si pembuat; keadaan jiwa si pembuat harus normal;
- b. hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya, yang berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*); ini disebut bentuk-bentuk kesalahan;
- c. tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak adanya alasan pemaaaf.⁶¹

Unsur *Mens Rea* oleh hukum di haruskan ada dalam pikiran seseorang untuk dapat mengatakan bahwa ia telah melakukan perbuatan pidana sehingga akan terjamin bahwa tidak seorangpun akan dipidana tanpa ada syarat utama yang disebut *moral culpability*. Penyebabnya adalah memang yang dimaksudkan hanya memidana mereka yang telah dengan sengaja melakukan perbuatan-perbuatan yang menurut moral salah dan menurut undang-undang juga terlarang.

Berdasar uraian tersebut dapat diterangkan bahwa asas kesalahan merupakan asas yang sangat fundamental dalam hukum pidana.

Roeslan Saleh mengatakan bahwa:

Tidak adil apabila menjatuhkan pidana kepada seseorang yang melanggar ketentuan pidana, sebenarnya orang itu tidak mempunyai kesalahan. Jadi doktrin *mens rea* itu disebut sebagai dasar dari hukum pidana. Dalam praktek bahkan ditambahkan orang bahwa pertanggungjawaban pidana menjadi lenyap jika ada salah satu dari keadaan-keadaan atau kondisi-kondisi yang dianggap memaafkan.⁶²

Lebih lanjut Roeslan Saleh mengatakan bahwa:

Dipidana atau tidaknya orang yang melakukan perbuatan pidana bergantung pada soal, apakah dia dalam melakukan perbuatan itu

⁶¹Muladi, *Op. Cit.*, hlm. 89.

⁶²*Ibid.*, hlm. 25.

mempunyai kesalahan atau tidak. Apabila orang yang melakukan perbuatan pidana itu mempunyai kesalahan maka tentu ia akan dipidana. Akan tetapi apabila ia tidak mempunyai kesalahan, walaupun ia telah melakukan perbuatan yang terlarang, tercela dan melanggar hukum, tentu ia tidak dapat dipidana. Asas kesalahan merupakan dasar dapat dipidananya si pembuat.⁶³

Dengan demikian antara perbuatan pidana (*actus reus*) dengan sikap batin terdakwa (*mens rea*) harus ada hubungan. Dengan kata lain tindakan pelaku didasarkan atas sikap batinnya. Sikap batin terdakwa itu dapat berupa kesengajaan ataupun kealpaan.

Menurut pendapat penulis itulah sebenarnya yang menjadi alasan mendasar bagi negara-negara di dunia khususnya negara-negara Eropa Kontinental yang menganut sistem hukum *Civiel Law System* untuk mensyaratkan adanya kesalahan di dalam menjatuhkan pidana kepada pelaku yang melanggar ketentuan hukum pidana.

Hukum pidana Indonesia pada dasarnya juga menganut asas kesalahan, hal ini selain seperti dijelaskan di atas bahwa asas kesalahan adalah asas yang fundamental bagi negara-negara yang menganut sistem hukum *Civiel Law System* yang tentunya termasuk KUHP Indonesia.

F. Kebijakan Hukum Pidana

Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Politik atau kebijakan hukum pidana sering dikatakan sebagai bagian dari penegakan hukum (*law enforcement policy*). Selain itu, usaha

⁶³*Ibid.*, hlm. 73.

penanggulangan kejahatan lewat pembuatan undang-undang (hukum) pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian integral dari usaha perlindungan masyarakat (*social welfare*). Oleh karena itu, wajar pula apabila kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian integral dari kebijakan atau politik sosial (*social policy*).

Penggunaan hukum pidana untuk mencapai tujuan perlindungan masyarakat dari berbagai macam tindak pidana, antara lain dikemukakan oleh Mardjono Reksodiputro. Ahli hukum pidana tersebut menjelaskan bahwa:

Upaya penanggulangan kejahatan dapat dilakukan melalui pelaksanaan peraturan perundang-undangan pidana oleh suatu sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) yang dibentuk oleh negara. Selain itu negara (masyarakat) dapat pula berusaha melalui upaya-upaya sosial, seperti dalam bidang pendidikan, perbaikan taraf hidup masyarakat, mengurangi pengangguran dan lain sebagainya. Namun demikian, hukum pidana dalam banyak hal masih dianggap sebagai landasan utama agar angka kriminalitas berada dalam batas-batas toleransi masyarakat.⁶⁴

Sejalan dengan beberapa pendapat di atas, Siswantoro Sunarso mengemukakan bahwa:

Kebijakan hukum pidana (jalur penal) menitikberatkan pada sifat *represssive*. Sementara jalur *nonpenal*, lebih mendekati pada sifat *preventive* atau pencegahan sebelum kejahatan terjadi. Penanggulangan kejahatan lewat jalur non penal, yaitu sasaran pokoknya adalah menangani faktor-faktor kondusif penyebab terjadinya kejahatan, yang berpusat pada kondisi-kondisi sosial yang secara langsung atau tidak langsung dapat menimbulkan atau menumbuhsurburkan kejahatan.⁶⁵

Dalam hubungan dengan penanggulangan kejahatan menggunakan hukum pidana, Muladi dan Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa:

⁶⁴Mardjono Reksodiputro, *Op. Cit.*, hlm. 92.

⁶⁵Siswantoro Sunarso, *Penegakan Hukum Psikotropika Dalam Kajian Sosiologi Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2005, hlm. 15.

Untuk mencapai tujuan politik kriminal sebagai bagian integral dari pencapaian tujuan politik pembangunan, diperlukan kebijakan hukum pidana (*penal policy*). Kebijakan hukum pidana pada intinya merupakan upaya penanggulangan kejahatan melalui upaya pidana yang baik. Dengan perkataan lain, dilihat dari sudut politik kriminal, politik hukum pidana identik dengan pengertian “Kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana.”⁶⁶

Adapun mengenai istilah “kebijakan” dalam kebijakan hukum pidana, menurut Barda Nawawi Arief berasal dari istilah “*policy*” (Inggris) atau “*politiek*” (Belanda). Selengkapnya ia mengemukakan bahwa:

Bertolak dari kedua istilah asing ini, maka istilah kebijakan hukum pidana dapat pula disebut politik hukum pidana. Dalam kepustakaan asing, istilah politik hukum pidana, sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain “*penal policy*”, “*criminal law policy*” atau “*strafrechtspolitik*.”⁶⁷

Sementara itu menurut Soedarto, pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum. Selanjutnya, ia menjelaskan bahwa:

Menurut politik hukum, kebijakan hukum pidana adalah usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat dan kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengeksperesikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.⁶⁸

Bertolak dari pengertian yang demikian, Sudarto mengatakan bahwa: Melaksanakan politik hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Atau dengan kata lain, bahwa melaksanakan politik hukum pidana berarti usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan masa-masa yang akan datang.⁶⁹

Dari sudut pandang lainnya, Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa: Masalah kebijakan hukum pidana pada hakikatnya bukanlah semata-mata pekerjaan teknik perundang-undangan yang dapat dilakukan secara yuridis normatif dan sistematis-dogmatik. Di samping pendekatan yuridis

⁶⁶Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hlm. 11.

⁶⁷*Ibid.*, hlm. 25.

⁶⁸Soedarto, *Op. Cit.*, hlm. 28.

⁶⁹*Ibid.*

normatif, kebijakan hukum pidana juga memerlukan pendekatan yuridis faktual yang dapat berupa pendekatan sosiologis, historis dan komparatif; bahkan memerlukan pula pendekatan komprehensif dari berbagai disiplin ilmu-ilmu sosial lainnya dan pendekatan integral dengan kebijakan sosial dan pembangunan nasional pada umumnya.⁷⁰

Dengan demikian, dilihat sebagai bagian dari politik hukum, maka kebijakan hukum pidana mengandung arti, bagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan pidana yang baik. Pengertian demikian terlihat pula dalam definisi "*penal policy*" dari Marc Ancel yang secara singkat dapat dinyatakan sebagai "suatu ilmu sekaligus seni yang bertujuan untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik."⁷¹

Berdasarkan paparan di atas di atas, kiranya dapat ditarik kesimpulan bahwa untuk mencapai kebijakan perlindungan masyarakat terhadap kejahatan sebagai bagian integral dari kebijakan sosial atau kebijakan pembangunan, diperlukan sebuah kebijakan hukum pidana. Kebijakan hukum pidana yang dimaksud adalah usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang baik yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan masa-masa yang akan datang serta yang dikehendaki dan diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat.

⁷⁰Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Undip, Semarang, 1996, hlm. 25.

⁷¹*Ibid.*, hal 29.

BAB III
PENGATURAN *CYBER PORNOGRAPHY* SEBAGAI DASAR
PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA DALAM PERATURAN
PERUNDANG-UNDANGAN

A. Perumusan Cyber Pornography Dalam Peraturan Perundang-Undangan

Didalam KUHP perumusan delik itu biasanya dimulai dengan “barang siapa” dan selanjutnya dimuat lukisan perbuatan yang dilarang atau yang tidak dikehendaki atau yang diperintahkan oleh undang-undang. Lukisan ini merupakan suatu abstraksi dan tidak dihubungkan dengan tempat dan waktu, seperti telah dikemukakan di atas.⁷²

Memperhatikan pasal-pasal dalam KUHP bahwa perumusan norma dalam peraturan pidana ada tiga cara, sebagai berikut:

- a. Menguraikan atau menyebutkan satu persatu unsur-unsur perbuatan, misalnya dalam tindak pidana yang disebut dalam Pasal 154-157 KUHP: *Haatzaai delicten* (menabur kebencian); Pasal 281 KUHP: Pelanggaran kesusilaan; Pasal 305 KUHP: Meninggalkan anak dibawah umur 7 tahun; Pasal 413 KUHP: Seorang panglima tentara yang lalai terhadap permintaan pejabat sipil; dan Pasal 435 KUHP : Seorang pegawai yang melakukan pemborongan pekerjaan jawatannya sendiri. Cara perumusan demikian ini yang paling banyak digunakan.
- b. Hanya disebut kualifikasi dari delik, tanpa menguraikan unsur-unsurnya, misalnya dalam Pasal 184 KUHP: *Duel* (perkelahian tanding); Pasal 297 KUHP: Perdagangan wanita; dan Pasal 351 KUHP: Penganiayaan.

Oleh karena untuk delik-delik tidak ada penyebutan secara tegas apa unsur-unsurnya, maka untuk mengetahui apa yang dimaksud perlu ada penafsiran yang didasarkan atas sejarah terbentuknya pasal itu.

⁷²S.R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni AHAEM-PHTAEM, Jakarta, 1986, hlm. 211.

Misalnya: penganiayaan itu adalah tiap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja dan ditujukan kepada orang lain dan yang mengakibatkan sakit atau luka (*elke opzettelijke veroorzaking van pijn of letsel*).⁷³

Cara penyebutan delik semacam ini kurang dapat dibenarkan, sebab ia memberi kemungkinan untuk penafsiran yang berbeda-beda, sehingga menimbulkan ketidak pastian hukum.⁷⁴

- c. Penggabungan cara pertama dan kedua yaitu di samping menyebutkan unsur-unsurnya, ialah menyebutkan perbuatan, akibat dan keadaan yang bersangkutan, juga disebutkan pula kualifikasi dari delik, misalnya dalam Pasal 124 KUHP: Membantu musuh; Pasal 263 KUHP: Memalsukan surat; Pasal 338 KUHP: Pembunuhan; Pasal 362 KUHP: Pencurian; Pasal 372 KUHP: Penggelapan; Pasal 378 KUHP: Penipuan; Pasal 425 KUHP: Kerakusan pejabat (*knevelarij*); dan Pasal 438 KUHP: Perompakan (*zoeroef*)

Dalam hubungan ini dapat ditambahkan, bahwa para Hakim dalam diktum keputusannya kerap kali hanya menyebutkan kualifikasinya saja dari tindak pidana yang telah terbukti dilakukan oleh terdakwa. Selanjutnya mengenai cara penempatan norma dan sanksi pidana dalam undang-undang terdapat pula tiga cara:

- a. Penempatan norma dan sanksi sekaligus dalam satu pasal. Cara ini dilakukan misalnya dalam buku ke-2 dan ke-3 dari KUHP.
- b. Penempatan terpisah. Sanksi pidana ditempatkan dalam pasal lain, atau kalau dalam pasal yang sama, penempatannya dalam ayat yang lain. Cara ini banyak

⁷³*Ibid.*

⁷⁴*Ibid.*

dipakai dalam peraturan pidana diluar KUHP, misalnya: Peraturan Pengendalian Harga, Deviden, Bea dan Cukai, Kehutanan, dll.

c. Sanksi sudah dicantumkan terlebih dahulu, sedang normanya belum ditentukan.

Ini disebut ketentuan hukum pidana blanko (*blanket strafgesetze*), misalnya Pasal 122 sub 2 KUHP.

Normanya baru ada jika ada perang dan dibuat dengan menghubungkannya kepada pasal tersebut. Pembicaraan tentang norma dan sanksi tidak akan lengkap apabila tidak membicarakan tentang Binding dengan teori normanya (*normentheorie*). Kalau pada umumnya orang berpendirian, bahwa norma dalam hukum pidana itu terdapat di dalam rumusan delik dalam undang-undang, tidaklah demikian pendirian Binding. Binding membedakan secara tajam antara norma yang menjadi pedoman tingkah laku manusia (*norma agendi*) dan peraturan pidana (*strafgesets*) yang memuat sanksi pidana.⁷⁵

Norma tersebut tidak terdapat didalam peraturan pidana, melainkan didalam aturan-aturan diluar hukum pidana, baik tertulis misalnya dalam hukum perdata, hukum dagang dan sebagainya atau dalam hukum tak tertulis (moral, kesusilaan). Aturan pidana (*strafgesetz* atau *strafwet*) itu hanya mengatur hubungan antara Negara dengan pejabat, aturan ini tidak memuat norma melainkan ancaman “pidana belaka”.⁷⁶

Pembuatan peraturan pidana yang memuat sanksi itu berarti, bahwa Negara memakai haknya untuk mempidana orang yang tidak mentaati normanya. Jadi apabila jalan pikiran Binding itu diikuti, maka orang yang melakukan pencurian itu tidak boleh dikatakan melanggar Pasal 362 KUHP dan orang yang sengaja membunuh orang lain itu tidak boleh dikatakan melanggar Pasal 338 KUHP, sebab mereka itu justru memenuhi syarat-syarat atau unsur-unsur yang tercantum dalam pasal-pasal tersebut, dan oleh karena itu dapat dipidana dengan pasal-pasal tersebut.

⁷⁵*Ibid.*

⁷⁶*Ibid.*

Menurut Binding normanya selalu ada lebih dulu daripada aturan hukum pidana, walaupun tidak lebih dulu menurut waktu (*zeitlich*), setidaknya lebih dulu dalam pengertiannya (*begrifflich*). Norma yang terdapat dalam pasal 362 dirumuskan orang dilarang mencuri, dan didalam Pasal 338 orang dilarang membunuh.⁷⁷

Delik pelanggaran kesusilaan diatur dalam pasal 281 KUHP dan Pasal 282

KUHP. Pasal 281 KUHP dirumuskan bahwa:

1. barang siapa dengan sengaja dan terbuka melanggar kesusilaan;
2. barang siapa dengan sengaja dan di depan orang lain yang ada di situ bertentangan dengan kehendaknya, melanggar kesusilaan.

Pasal 282 KUHP menyebutkan bahwa:

- (1)Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang telah diketahui isinya melanggar kesusilaan, atau barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membikin tulisan, gambaran atau benda tersebut, memasukkannya ke dalam negeri, meneruskannya, mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barang siapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkannya atau menunjukkannya sebagai bisa diperoleh, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling tinggi empat ribu lima ratus rupiah.
- (2)Barang siapa menyiarkan, mempertunjukkan atau menempelkan di muka umum tulisan, gambaran atau benda yang melanggar kesusilaan, ataupun barang siapa dengan maksud untuk disiarkan, dipertunjukkan atau ditempelkan di muka umum, membikin, memasukkan ke dalam negeri, meneruskan mengeluarkannya dari negeri, atau memiliki persediaan, ataupun barang siapa secara terang-terangan atau dengan mengedarkan surat tanpa diminta, menawarkan, atau menunjuk sebagai bisa diperoleh, diancam, jika ada alasan kuat baginya untuk menduga bahwa tulisan, gambazan atau benda itu me!anggar kesusilaan, dengan pidana paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.
- (3)Kalau yang bersalah melakukan kejahatan tersebut dalam ayat pertama sebagai pencarian atau kebiasaan, dapat dijatuhkan pidana penjara

⁷⁷*Ibid.*

paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak tujuh puluh lima ribu rupiah.

Dalam Pasal 283 ayat(1) dan ayat (2), disebutkan: bahwa pornografi yaitu menyerahkan atau memperlihatkan tulisan, gambar atau benda yang melanggar kesusilaan. Dengan tidak memberikan batasan atau pengertian yang jelas mengenai kesusilaan, sehingga dapat dikatakan sama dengan Pasal 282 artinya, bahwa pornografi merupakan hal yang bertentangan dengan pandangan masyarakat umumnya tentang kepatutan dan kesopanan.

Penyebarluasan gambar, tulisan atau benda yang melanggar kesusilaan tadi dilakukan dengan cara menawarkan atau memberikan untuk terus maupun untuk sementara waktu. Secara umum penyebarluasan gambar tadi dapat dilakukan dengan melalui beberapa cara, baik menggunakan media komunikasi, media cetak, media elektronik lainnya.

Pasal 289 tidak menyebutkan secara jelas tentang cara melakukan penyebarluasan perbuatan yang melanggar kesusilaan dalam hal ini *cyber pornography*. Cara apa yang digunakan untuk melakukan penyebarluasan perbuatan yang melanggar kesusilaan merupakan hal penting, karena ini berkaitan dengan media komunikasi yang digunakan. Dari beberapa kasus kejahatan internet, apabila pelaku dapat ditangkap oleh Polisi, akan digunakan hukum Negara di mana pelaku ditangkap.

Pasal 289 ini menekankan pada mereka yang dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seseorang untuk melakukan perbuatan cabul, diancam karena melakukan perbuatan yang menyerang kehormatan kesusilaan. Dalam kaitannya dengan *cyber pornography*, pasal ini dapat dikenakan pada

mareka yang memaksa seseorang untuk melakukan perbuatan cabul. Yang di maksud dengan seseorang disini tidaklah jelas, dapat orang dewasa maupun anak-anak.

Pasal 290 Pasal ini lebih tepat digunakan untuk menangkap pelaku Paedophiliayang bermunculan di internet. Para pelaku paedophilia adalah para mereka yang memiliki kelainan atau penyimpangan seksual yaitu melakukan hubungan seksual dengan anak-anak.

Menurut Barda Nawawi Arief:

Delik kesusilaan adalah delik yang berhubungan dengan (masalah) kesusilaan. Apabila dikaji lebih mendalam, ternyata tidaklah mudah untuk memberikan pengertian dan batasan kesusilaan cukup luas dan berbeda-beda menurut pandangan dan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Terlebih pada dasarnya setiap delik atau tindak pidana mengandung di dalamnya pelanggaran terhadap nilai-nilai kesusilaan.⁷⁸

Hakekat pengaturan tindak pidana pornografi senantiasa terkait dengan pemberantasan tindak pidana pornografi/pornoaksi siber; pencegahan tindak pidana pornografi/ pornoaksi siber, baik sebagai tindak pidana ataupun sebagai pemicu tindak pidana lainnya; dan perlindungan korban serta masyarakat dari tindak pidana pornografi/ pornoaksi siber serta pelaku tindak pidana pornografi/pornoaksi siber.

Kebijakan formulasi melalui perumusan perundang undangan terkait dengan pornografi/ pornoaksi siber senantiasa tetap memperhatikan hakekat pengaturan tindak pidana pornografi di Indonesia (nilai-nilai Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara Indonesia, ketahanan manusia secara mandiri dan/atau

⁷⁸Nyoman Serikat Putra Jaya, *Beberapa Pemikiran Kearah Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2008, hlm. 25.

manusia sebagai anggota masyarakat (ketahanan moral dan agama, mental dan ideologi, ekonomi, sosial dan budaya, dan intervensi global); ketahanan terhadap realita kejahatan (pemberantasan tindak pidana pornografi/ pornoaksi siber); dan ketahanan terhadap potensi kejahatan yang mungkin muncul (tindak pidana pornografi/ pornoaksi siber sebagai pemicu berbagai tindak pidana lain).

Selain itu tindakan kesusilaan juga termasuk pelecehan seksual. Pelecehan seksual memiliki ruang lingkup yang sangat luas, berbagai bentuk dari lisan maupun tulisan, fisik dan non fisik, mulai dari adanya ungkapan verbal (komentar yang tidak senonoh, gurauan berbau seksual dan sebagainya) dalam bentuk fisik (mencolek, meraba, mengeus, memeluk dan sebagainya), mempertunjukan gambar porno/jorok, serangan dan paksaan yang tidak senonoh seperti, memaksa untuk mencium atau memeluk, mengancam akan menyulitkan si perempuan bisa menolak memberikan pelayanan seksual, hingga perkosaan.⁷⁹

Perkembangan kejahatan pornografi (*cyber porn*) yang sangat cepat dengan dampak negatif yang sangat luas, menuntut Negara Republik Indonesia untuk mengambil langkah tegas. Upaya penanggulangan kejahatan pornografi (*cyber porn*) yang dilakukan oleh Negara Republik Indonesia melalui lembaga legislatif adalah dengan membentuk peraturan yang mengatur tentang *cyber porn*. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi Elektronik dan Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.

Bahwa *cyber crime* merupakan kategori tindak pidana yang benar-benar baru dan memiliki karakteristik yang khas dibandingkan dengan tindak pidana konvensional yang lain. Adapun karakteristik khas tersebut diantaranya:

- a. Perbuatan yang dilakukan secara illegal, tanpa hak atau tidak etis yang terjadi dalam ruang/wilayah siber (*cyber space*), sehingga tidak dapat

⁷⁹Yuni Kartika, Andi Najemi, *Kebijakan Hukum Perbuatan Pelecehan Seksual (Catcalling) Dalam Perspektif Hukum Pidana*, PAMPAS: *Journal Of Criminal* Volume 1 Nomor 2, 2020, hlm. 2. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

- dipastikan yurisdiksi negara mana yang berlaku terhadap tindak pidana tersebut;
- b. Perbuatan tersebut dilakukan dengan menggunakan peralatan apapun yang terhubung dengan internet.⁸⁰

Dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi Elektronik, dimaksud dengan Informasi Elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, electronic data interchange (EDI), surat elektronik (electronic mail), telegram, teleks, telecopy atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.

Salah satu pertimbangan dalam penyusunan Undang-undang Informasi dan Transaksi Elektronik adalah bahwa globalisasi informasi telah menempatkan Indonesia sebagai bagian dari masyarakat informasi dunia sehingga mengharuskan dibentuknya pengaturan mengenai pengelolaan Informasi dan Transaksi Elektronik di tingkat Nasional sehingga pembangunan Teknologi Informasi dapat dilakukan secara optimal, merata, dan menyebar ke seluruh lapisan masyarakat guna mencerdaskan kehidupan bangsa.

Pasal 27 sampai dengan Pasal 37 Undang-Undang ITE adalah merupakan tindak pidana yang berkaitan dengan Informasi Dan Transaksi Elektronik yang dilarang oleh Undang-Undang tersebut. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016

⁸⁰Sahuri Lasmadi, *Tindak Pidana Dunia Maya Dalam Perspektif Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik*, Online-Journal. Unja.ac.id, vol.2 No.4. Dikases tanggal 5 Maret 2021.

tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Ketentuan pidana dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik tercantum dalam Pasal 45 sampai dengan Pasal 52. Berdasarkan ketentuan pidana tersebut di atas, unsur tindak pidana yang dapat diidentifikasi adalah Mengenai unsur sifat melawan hukum. Dalam undang-undang ITE tersebut disebutkan secara tegas unsur sifat melawan hukum tersebut dapat dilihat pada perumusan “setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum sebagaimana dalam pasal ...” seperti dirumuskan dalam Pasal 30 sampai dengan Pasal 37 tersebut di atas, sehingga dapat disimpulkan bahwa dengan disebutkannya secara tegas unsur sifat melawan hukum ada kesamaan ide dasar antara Undang - undang ITE dengan KUHP yang masih menyebutkan unsur sifat melawan hukumnya suatu perbuatan. Berbeda dengan Konsep KUHP yang menentukan bahwa meskipun unsur sifat melawan hukum tidak dicantumkan secara tegas, tetapi suatu delik harus tetap dianggap bertentangan dengan hukum.

Tindak pidana dunia maya ini merupakan perkembangan lebih lanjut dari tindak pidana yang dilakukan dengan memanfaatkan teknologi komputer. Dalam Undang-undang No. 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, secara limitatif mengatur tentang perbuatan bagaimanakah yang dikategorikan sebagai tindak pidana dunia maya sebagai suatu perumusan tindak pidana yang terdapat pada Pasal 27 sampai dengan Pasal 36, sedangkan untuk ketentuan pidana sebagai suatu kriminalisasi diatur dalam Pasal 45 sampai dengan Pasal 52 yang secara jelas tidak mengatur adanya ancaman staf minima khusus berarti berlaku ketentuan dalam KUHP, hanya mengatur ancaman straf maksima. Juga jenis ancaman pidana yang diatur hanya terbatas pada pidana pokok berupa pidana penjara dan denda. Hanya saja adanya penyimpangan dari KUHP mengenai stelsel ancaman pidana yang bersifat kumulasi relatif, karena dijumpai adanya kata dan/atau, ini menunjukkan bahwa hakim mempunyai pilihan untuk menjatuhkan pidana pokok apakah dua-duanya atau salah satunya. Hal ini merupakan penyimpangan penjatuhan pidana yang diatur pada

Pasal 10 KUHP, terhadap pidana pokok penjatuhan pidananya bersifat alternatif.⁸¹

Peraturan perundang-undangan yang memuat larangan penyebaran pornografi dalam bentuk informasi elektronik yakni Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE). Pada Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 disebutkan bahwa: “Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.”

Pasal 27 ayat 1 Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 ini menggunakan kata 'dapat diaksesnya', yang berarti setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak membuat dapat diaksesnya informasi elektronik bermuatan pornografi atau pelanggaran kesusilaan akan terkena sanksi pidana.

Contoh, Seseorang memiliki *website*, bila di dalam website itu terdapat link (hubungan) ke website lain yang memuat gambar porno maka orang itu dapat dituduh ikut menyebarkan pornografi atau mengarahkan orang lain mengakses situs porno. Contoh yang lain, perbuatan seseorang mengirimkan pesan lewat e-mail kepada orang lain dan memberitahu keberadaan situs porno yang dapat diakses. Perbuatan tersebut juga termasuk perbuatan menyebarkan pornografi yang dilarang dalam Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008.

Dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008, juga mengatur larangan mengubah atau memanipulasi informasi elektronik sehingga seolah-olah tampak

⁸¹*Ibid.*

asli. Kita sering mendengar dan melihat berita tentang tindak kriminal dari pelaku rekayasa foto seperti foto artis, pejabat, atau orang lain yang diubah dari tidak bugil menjadi bugil (seolah-olah foto asli).

Kegiatan merekayasa foto tersebut termasuk perbuatan yang dilarang dalam Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 terkait dengan Pasal 35 yaitu:

Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum melakukan manipulasi, penciptaan, perubahan, penghilangan, pengrusakan informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dengan tujuan agar Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik tersebut dianggap seolah-olah data yang otentik.

Selain itu dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 juga mengatur tentang larangan bagi setiap orang yang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum mengadakan atau menyediakan perangkat keras atau perangkat lunak komputer yang digunakan untuk memfasilitasi perbuatan penyebarluasan pornografi, karena hal ini merupakan perbuatan yang dilarang dalam Pasal 34 ayat (1) Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008.

Sekilas dari rumusan Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, tidak akan menimbulkan permasalahan, karena tiap unsur yang perlu dalam sebuah rumusan tindak pidana sudah terpenuhi. Namun jika dicermati dengan seksama, maka akan timbul pertanyaan terhadap objek perbuatan yang dilarang tersebut, yaitu “informasi elektronik atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.” Dalam penjelasan Pasal 27 ayat (1) UU ITE, disebutkan “cukup jelas”, selain itu dalam aturan umumnya pun tidak ada penjelasan apa yang dimaksud dengan muatan yang melanggar kesusilaan. Tidak ada penjelasan apapun yang

dapat digunakan untuk menemukan maksud norma yang diatur dalam Pasal 27 ayat (1) tersebut.

Rumusan Pasal 27 ayat (1) jelas dapat menimbulkan tafsir yang banyak, atau setidaknya tidaknya dapat disebutkan bahwa terbuka berbagai macam tafsir dari ketidakjelasan maksud “informasi elektronik atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.” Mengutip pendapatnya Barda Nawawi bahwa Undang-Undang Khusus seyogyanya tidak hanya merumuskan tindak pidananya saja, tetapi juga membuat aturan umum yang dapat menjadi aturan payung. Namun terkait dengan pemidanaan terhadap tindak pidana kesusilaan di dunia maya terlihat bahwa pemerintah hanya memikirkan bagaimana aturannya dirumuskan, tetapi tidak memberikan penjelasan tentang apa yang diatur.

Terkait dengan keberadaan tindak pidana kesusilaan di dunia maya ini, seharusnya pilihan yang dilakukan oleh pemerintah adalah melakukan proses harmonisasi atau sinkronisasi internal dengan cara menambahkan ketentuan umum di dalam Buku I KUHP dengan memasukkan ruang lingkup dunia maya (internet), sehingga dengan sendirinya ketentuan tentang kesusilaan yang ada di dalam KUHP tetap bisa digunakan untuk menjerat perbuatan yang melanggar nilai kesusilaan yang dilakukan di dunia maya.

Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, dirumuskan bahwa:

Pornografi adalah gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan, suara, bunyi, gambar bergerak, animasi, kartun, percakapan, gerak tubuh atau bentuk pesan lainnya melalui berbagai bentuk media komunikasi dan/atau

pertunjukan di muka umum, yang memuat kecabulan atau eksploitasi seksual yang melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat.

Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008, yaitu: Setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat:

- a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang;
- b. kekerasan seksual;
- c. masturbasi atau onani;
- d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
- e. alat kelamin; atau
- f. pornografi anak.

Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik disebutkan: “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 yang melanggar kesusilaan.”

Dengan demikian tindak pidana *Cyber Pornography* adalah dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang; kekerasan seksual; masturbasi atau onani; ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; alat kelamin; atau pornografi anak.

Di dalam KUHP sendiri tidak memberikan definisi atau pengertian tentang apa yang dimaksud dengan sengaja itu, Petunjuk untuk dapat mengetahui arti kesengajaan dapat diambil dari *Memorie Van Toelichting (MvT)* yang mengartikan kesengajaan (*opzet*) sebagai menghendaki dan mengetahui. Dengan

demikian dapatlah dikatakan bahwa sengaja berarti menghendaki dan mengetahui perbuatan yang dilakukan. Orang yang melakukan perbuatan dengan sengaja menghendaki perbuatan itu dan di samping itu mengetahui atau menyadari apa yang dia lakukan.

“Dengan sengaja”, pembentuk undang-undang sendiri dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak ada penjelasan tentang apa yang dimaksudkan “Dengan Sengaja” atau “*Opzet*” di mana aspek ini berbeda misalnya dengan undang-undang pidana yang pernah berlaku di Negara Belanda, yaitu *Crimineel Wetboek* Tahun 1809, di mana menurut Van Hattum Pasal 11 *Crimineel Wetboek* secara tegas menyebut “*Opzet*” merupakan : “*Opzet is de wil om te doen of te laten die daden welke bij de wet geboden of verboden zijn*” atau “*Opzet*” adalah kehendak untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan-tindakan seperti yang dilarang atau diharuskan dalam undang-undang”.

Menurut *Memorie van Toelichting* (MvT) yang dimaksudkan “Dengan Sengaja” atau “*Opzet*” itu adalah “*Willen en Wetens*” dalam artian pembuat harus menghendaki (*Willen*) melakukan perbuatan tersebut dan juga harus mengerti (*Weten*) akan akibat dari pada perbuatan itu. Kemudian menurut *Memorie van Antwood* (MvA) Menteri Kehakiman Belanda Modderman dengan komisi pelapor mengatakan *Opzet* itu adalah “*de (bewuste) richting van de wil op een bepaald misdrijf*” atau *opzet* itu adalah tujuan (yang disadari) dari kehendak untuk melakukan suatu kejahatan tertentu.

Selanjutnya menurut van Bemmelen berasumsi bahwa pendapat dari Menteri Kehakiman di atas pada akhirnya juga berkisar pada pengertian “*Willens*

en Wettens” atau pada pengertian “menghendaki dan mengetahui”, yang dalam penggunaannya sehari-hari sering dikacaukan dengan pengertian “*Opzettelijk*”. Lamintang menyatakan bahwa, “Perkataan “*willens en wetens*” tersebut sebenarnya telah dipergunakan orang terlebih dahulu dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) di mana para penyusun *Memorie Van Toelichting* itu mengartikan “*opzettelijk plegen van een misdrijf*” atau “kesengajaan melakukan suatu kejahatan” sebagai “*het teweegbrengen van verboden handeling willens en wetens*” atau sebagai “melakukan tindakan yang terlarang secara dikehendaki dan diketahui”. Menurut doktrin pengertian “*Opzet*” ini telah dikembangkan dalam beberapa teori, yaitu:

- a. Teori Kehendak (*Wills-Theory*) dari Von Hippel seorang guru besar di Göttingen, Jerman mengatakan bahwa *opzet* itu sebagai “*De Will*” atau kehendak, dengan alasan karena tingkah laku (*Handeling*) itu merupakan suatu pernyataan kehendak yang mana kehendak itu dapat ditujukan kepada suatu perbuatan tertentu (*Formalee Opzet*) yang kesemuanya dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang.
- b. Teori Bayangan/Pengetahuan (*Voorstellings Theory*) dari Frank seorang guru besar di Tübingen, Jerman atau “*Waarschijnlijkheids Theory*” atau “Teori Praduga/Teori Prakiraan” dari Van Bemmelen dan Pompe yang mengatakan bahwa perbuatan itu memang dikehendaki pembuat, akan tetapi akibat dari pada perbuatan tersebut paling jauh hanyalah dapat diharapkan akan terjadi oleh pembuat, setidaknya masalah tersebut akan dapat dibayangkan akan terjadi oleh pembuat.⁸²

Dalam Undang-Undang Pasal 27 ayat (1) Jo Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik, bahwa subjek hukum (pelaku tindak pidana) dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan

⁸²P.A.F. Lamintang, *Dasar Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, 1985, hlm. 281.

dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.

Dengan sengaja maksudnya adalah tahu dan menghendaki dilakukannya perbuatan yang dilarang, atau tahu dan menghendaki timbulnya akibat yang dilarang. “Tanpa Hak” maksudnya adalah tidak memiliki hak berdasarkan undang-undang, perjanjian, atau alas hukum lain yang sah. Termasuk dalam kategori ”tanpa hak” adalah melampaui hak atau kewenangan yang diberikan berdasarkan alas hak tersebut. Hak yang dimaksud didalam unsur ini adalah hak menyebarkan pornografi pada dunia maya yang dapat diakses oleh setiap orang.

Dengan demikian dari kata “dengan sengaja” adalah tindakan atau perbuatan dilakukan dengan penuh kesadaran dan memiliki maksud atau tujuan tertentu, sebagaimana tercantum pada Pasal 27 Ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Apabila informasi yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan diteruskan ke Dunia Maya, dan diakses oleh pengguna Internet apalagi oleh remaja dan anak-anak, maka mereka akan meniru perbuatan yang sangat bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila, akibatnya dapat merusak generasi penerus bangsa dan dapat berdampak pada kehidupan lingkungan bermasyarakat sebab didalam setiap masyarakat, pasti memiliki kebudayaan yang mengatur tentang tata nilai, norma, kepatutan dan lain sebagainya yang memang bersifat statis (walaupun mengalami perubahan, tetapi perubahannya bersifat lambat). Norma dan nilai tersebut sebagai

acuan dalam masyarakat untuk bertindak karena mengatur kehidupan masyarakatnya (yang bersifat struktur sosial).

Perumusan suatu tindak pidana di dalam peraturan perundang-undangan hukum pidana harus memenuhi unsur-unsur dari suatu tindak pidana. Hal ini sangat penting dalam pembuktian untuk mengetahui apakah memang telah terjadi suatu tindak pidana.

Unsur-unsur yang terkandung dalam tindak pidana, yaitu:

1. Subjek.
2. Kesalahan.
3. Bersifat melawan hukum (dari tindakan).
4. Suatu tindakan yang dilarang atau diharuskan atau diharuskan oleh undang-undang/perundangan dan terhadap pelanggarnya diancam dengan pidana.
5. Waktu, tempat dan keadaan (unsur objektif lainnya).⁸³

Dalam perumusan tindak pidana terdapat tiga kemungkinan. Kemungkinan pertama tindak pidana dirumuskan baik nama maupun unsur-unsurnya. Sebagai contohnya adalah Pasal 338 KUHP yang sekaligus memberikan nama serta unsur-unsurnya. Kemungkinan kedua adalah tindak pidana yang hanya dirumuskan unsur-unsurnya saja. Umpamanya Pasal 160 KUHP. Kemungkinan ketiga tindak pidana yang hanya menyebutkan namanya saja tanpa menyebutkan unsur-unsurnya, seperti Pasal 351 KUHP. Kegunaan menyebutkan nama tindak pidana diperlukan dalam proses penegakan hukum.

Perumusan tindak pidana Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi diatur dalam Bab VII, sebagai berikut:

⁸³S.R. Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 211.

- a. Pasal 29 “Setiap orang yang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1)”.
- b. Pasal 30 “Setiap orang yang menyediakan jasa pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (2)”.
- c. Pasal 31”Setiap orang yang meminjamkan atau mengunduh pornografi.
- d. Pasal 32 “Setiap orang yang memperdengarkan, mempertontonkan, memanfaatkan, memiliki, atau menyimpan produk pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6”.
- e. Pasal 33 “Setiap orang yang mendanai atau memfasilitasi perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7”.
- f. Pasal 34 “Setiap orang yang dengan sengaja atau atas persetujuan dirinya menjadi objek atau model yang mengandung muatan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8”.
- g. Pasal 35 “Setiap orang yang menjadikan orang lain sebagai objek atau model yang mengandung muatan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9”.
- h. Pasal 36 “Setiap orang yang mempertontonkan diri atau orang lain dalam pertunjukan atau di muka umum yang menggambarkan ketelanjangan, eksploitasi seksual, persenggamaan, atau yang bermuatan pornografi lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10”.
- i. Pasal 37 “Setiap orang yang melibatkan anak dalam kegiatan dan/atau sebagai objek sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11”.

- j. Pasal 38 “Setiap orang yang mengajak, membujuk, memanfaatkan, membiarkan, menyalahgunakan kekuasaan, atau memaksa anak dalam menggunakan produk atau jasa pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12”.
- k. Pasal 39 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi menyebutkan bahwa tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, Pasal 32, Pasal 33, Pasal 34, Pasal 35, Pasal 36, Pasal 37, dan Pasal 38 adalah kejahatan.

Syarat-syarat umum dari sebuah perbuatan yang dapat dikategorikan pidana adalah: (1) sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*), (2) kesalahan (*schuld*), (3) kemampuan bertanggungjawab (*toerekeningsvatbaarheid*).⁸⁴

Namun, meskipun telah ada syarat-syarat tersebut, terdapat beberapa perbuatan yang sulit dirumuskan sebagai sebuah delik. Terdapat suatu jenis kriminalitas tertentu yang pada akhirnya dirumuskan dengan sangat kabur. Hal ini tidak terhindarkan karena adanya berbagai jenis perilaku yang dapat dimasukkan di dalam substansi delik dan tidak dapat diperinci secara kongkrit.⁸⁵

Perbedaan pengertian hukum dan pengertian undang-undang berakibat harus memperbedakan pengertian dari "bersifat melawan hukum" terhadap bersifat "melawan undang-undang". Bersifat melawan undang-undang berarti bertentangan dengan undang-undang atau tidak sesuai dengan larangan/ keharusan yang ditentukan dalam undang-undang atau menyerang suatu kepentingan yang dilindungi oleh undang-undang. Bersifat melawan hukum, berarti bertentangan

⁸⁴Mohammad Daud, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*, Cet. 11, Raja Grafindo, Jakarta, 2004, hlm. 25.

⁸⁵*Ibid.*

dengan hukum, atau tidak sesuai dengan larangan atau keharusan hukum, atau menyerang suatu kepentingan yang dilindungi oleh hukum. Dalam hal ini yang dimaksud dengan hukum adalah hukum positif (yang berlaku).

Inti dari Arrest HR tanggal 31 Desember 1919 tentang pasal 1365 BW, mengenai pengertian dari "tindakan yang tidak sesuai dengan hukum" (*onrechtmatige daad*) yaitu: merusak hak subjektif seseorang menurut undang-undang; melakukan sesuatu yang bertentangan dengan kewajiban (hukum) pelaku menurut undang-undang; melakukan sesuatu yang bertentangan dengan kesusilaan; dan melakukan sesuatu yang bertentangan dengan kepatutan dalam masyarakat, diikuti oleh banyak sarjana. Dalam hal ini Pompe mempersamakan "tindakan yang tidak sesuai dengan hukum" dengan "bersifat melawan hukum".⁸⁶ Sedangkan Simons mengatakan, "sebagai pengertian bersifat melawan hukum pada umumnya".⁸⁷

Dilanjutkan oleh Simons "Tetapi dalam hubungan bersifat melawan hukum sebagai salah satu unsur dari delik, beliau mengatakan selalu berpegangan kepada norma delik sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang hukum pidana. Jika ada perselisihan mengenai ada tidaknya sifat melawan hukum dari suatu tindakan, hakim tetap terikat pada perumusan undang-undang. Artinya yang harus dibuktikan hanyalah yang dengan tegas dirumuskan dalam undang-undang dalam rangka usaha pembuktian."⁸⁸

Hukum positif Indonesia mengenai penanggulangan *cyber pornography* belum memadai dengan perkembangan pornografi di internet (*cyber porn*) atau ketidaksesuaian jika dikaitkan dengan perkembangan pornografi di internet (*cyber porn*) yang semakin digandrungi, hal ini disebabkan antara lain adalah:

- a. Pemberian batasan pornografi yang tidak jelas.
- b. Pihak mana yang berwenang untuk melakukan tindakan tertentu dalam mengatasi masalah pornografi.
- c. Ancaman hukuman yang terlalu ringan.

⁸⁶E.Y.Kanter dan S.R. Sianturi, *Op. Cit.*, hlm. 143.

⁸⁷*Ibid.*, hlm. 143.

⁸⁸*Ibid.*

- d. Ketidakjelasan pihak yang dianggap tepat untuk mempertanggungjawabkan kejahatanyang dikategorikan pornografi.
- e. Penegakan hukum yang tidak konsisten.

Rumusan ketentuan pidana dalam suatu undang-undang dapat berpotensi menjadi penghambat dalam penegakannya. Dalam ranah hukum, rumusan-rumusan hukum seharusnya pasti dan jelas agar orang juga memperoleh kepastian hukum, tidak boleh ada keraguan akibat rumusan pasal-pasalnyayang multitafsir.

Berdasarkan asas *lex certa* dalam kaitannya dengan hukum yang tertulis, pembuat undang-undang (legislatif) harus merumuskan secara jelas dan rinci mengenai perbuatan yang disebut dengan tindak pidana (kejahatan, *crimes*). Hal inilah yang disebut dengan asas *lex certa* atau *bestimmtheitsgebot*. Pembuat Undang-Undang harus mendefinisikan dengan jelas tanpa samar-samar (*nullum crimen sine lege stricta*), sehingga tidak ada perumusan yang ambigu mengenai perbuatan yang dilarang dan diberikan sanksi. Perumusan yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum.⁸⁹

Hukum pidana Indonesia berorientasi pada *daad-dader strafrecht*. Orientasi ini membawa akibat bahwa dalam persoalan *cyber porn*, yang terutama untuk melindungi adalah nilai-nilai kemasyarakatan dan keagamaan.

B. Unsur Cyber Pornography Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana

Suatu perbuatan dapat disebut sebagai tindak pidana apabila memenuhi unsur-unsur tindak pidana. Menurut ilmu pengetahuan hukum pidana, sesuatu tindakan itu dapat merupakan "*een doen*" atau "*een niet doen*" atau dapat merupakan "hal melakukan sesuatu" ataupun "hal tidak melakukan sesuatu", yang terakhir ini di dalam doktrin juga sering disebut sebagai "*een nalaten*" yang

⁸⁹Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 74/PUU-IX/2011 tanggal 25 Juli 2012.

juga berarti "hal mengalpakan sesuatu yang diwajibkan (oleh undang-undang)".

Moeljatno mengatakan bahwa unsur-unsur tindak pidana sebagai berikut:

- a. Perbuatan itu harus merupakan perbuatan manusia;
- b. Perbuatan itu harus dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang;
- c. Perbuatan itu bertentangan dengan hukum (melawan hukum)
- d. Harus dilakukan oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan; dan
- e. Perbuatan itu harus dapat dipersalahkan kepada si pembuat.⁹⁰

Pasal 1 KUHP menyatakan bahwa "Tiada suatu perbuatan boleh dihukum, melainkan atas kekuatan pidana dalam undang-undang, yang ada terdahulu dari perbuatan itu".⁹¹ Menurut Moeljatno bahwa asas legalitas itu mengandung tiga pengertian:

- a. Tidak ada perbuatan yang boleh dihukum atau dilarang dan diancam dengan pidana apabila perbuatan tersebut tidak atau belum dinyatakan dalam suatu undang-undang sebagai perbuatan melawan hukum;
- b. Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kiyas); dan
- c. Aturan-aturan hukum pidana tidak boleh berlaku surut.⁹²

Andi Hamzah mengatakan bahwa , unsur-unsur tindak pidana adalah:

- a. Subyek;
- b. Kesalahan;
- c. Bersifat melawan hukum;
- d. Suatu tindakan yang dilarang atau diharuskan oleh undang-undang/perundangan dan terhadap pelanggarannya diancam dengan pidana.
- e. Waktu, tempat, dan keadaan.⁹³

Dari isi pasal 1 KUHP serta merujuk pada pendapat Moeljatno dan Andi Hamzah yang berpendapat bahwa unsur-unsur Tindak Pidana harus dilarang oleh

⁹⁰Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1987, hlm. 67.

⁹¹R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)*, Karya Nusantara, Bandung, 1981, hlm. 23.

⁹²Andi Hamzah, *Asas-Asas ...*, *Op. Cit.*, hlm. 28.

⁹³*Ibid.*

undang-undang, maka dapat diketahui bahwa suatu perbuatan dapat dikatakan suatu perbuatan tindak pidana apabila perbuatan tersebut dilarang oleh undang-undang.

Mengacu pada asas legalitas dalam Pasal 1 KUHP dan pendapat para ahli pidana di atas lalu di tarik pada analisis mengenai cyber pornography bahwa perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan merupakan suatu Tindak Pidana, hal ini dikarenakan terdapatnya undang-undang yang melarang tentang perbuatan *cyber pornography* dimaksud, jika perbuatan tersebut dilakukan oleh seseorang ataupun korporasi maka dapat dikatakan perbuatan tersebut sebagai perbuatan Pidana dan pembuat sudah melawan hukum (*tegen het objectieve rech*) dan harus dimintai pertanggung jawaban pidana dari perbuatan pidana yang dilakukannya dari unsur subyektif dan obyektif Tindak Pidana yang dilakukannya.

Dibedakan pula pengertian melawan hukum formil dan materiel. Menurut Pompe melawan hukum dibedakan menjadi 2 (dua) yakni :

- a. Melawan hukum secara formil diartikan bertentangan dengan undang undang apabila suatu perbuatan telah mencocoki rumusan delik, maka biasanya dikatakan telah melawan hukum secara formel.
- b. Melawan hukum materiel harus berarti hanya dalam arti negatif, artinya kalau tidak ada melawan hukum (materiel) maka merupakan dasar pembenar dalam penjatuhan pidana harus di pakai hanya melawan hukum formel, artinya yang bertentangan dengan hukum positif yang tertulis, karena alasan asas *nullum delictum noela poena sina praevia* lega ponaly yang tercantum di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP.⁹⁴

⁹⁴*Ibid.*, hlm. 141.

Masyarakat secara luas menilai penyebaran video porno sebagai bentuk penyimpangan/kejahatan, karena berlawanan dengan hukum dan norma-norma yang terdapat dimasyarakat. Perkataan, tulisan, gambar dan perilaku serta produk atau media-media yang bermuatan asusila dianggap bertentangan dengan nilai moral dan rasa kesusilaan masyarakat. sifat pornografi yang hanya menampilkan sensualitas, seks dan eksploitasi tubuh manusia ini dinilai masih sangat tabu oleh masyarakat yang masih menjunjung tinggi nilai moral dan agama.

Permasalahan seks merupakan ruang yang sangat privasi dan bukan untuk dipertontonkan atau disebarluaskan dan diperdagangkan pada semua orang dengan alasan apapun. Setiap anggota masyarakat berhak mendapat perlindungan atas diri dan eksistensinya dari segala sesuatu yang dianggap immoral, baik yang sifatnya sekedar bertolak belakang dengan standar moralitas yang ada (seperti pornografi, prostitusi), maupun yang dikuatirkan dapat membawa konsekuensi fundamental terhadap tata nilai dan tata hubungan sosial yang masih diakui.

Dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik terdapat pasal-pasal dalam ketentuan pidananya yang secara implisit mengatur terkait dengan perbuatan muatan yang melanggar kesusilaan. Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (selanjutnya disebut UU ITE) dirumuskan bahwa “Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan”.

Dari rumusan norma Pasal 27 ayat 1 UU ITE terdapat 2 unsur, yaitu unsur obyektif dan unsur subyektif. Unsur-Unsur obyektif di dalam pasal tersebut adalah:

1. Unsur perbuatan, yaitu: mendistribusikan, mentransmisikan, dan membuat dapat diaksesnya.
2. Unsur melawan hukum, yaitu: yang dimaksud dengan “tanpa hak”
3. Unsur obyeknya adalah informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.

Sedangkan unsur subyektifnya berupa kesalahan, yaitu yang dimaksud dengan “dengan sengaja”.

Menurut kamus besar bahasa Indonesia bahwa “kesusilaan berasal dari kata susila yang berarti tidak baik budi bahasanya, sedangkan pornografi yaitu membangkitkan nafsu birahi atau bisa diartikan juga bahan bacaan yang dengan sengaja dan semata-mata dirancang untuk membangkitkan nafsu birahi dalam seks”.⁹⁵

Menurut Andi Hamzah:

Kesusilaan menimbulkan interpretasi macam-macam dan senada dengan apa yang telah disampaikan sebelumnya merupakan delik kabur. Namun, menurut *Hoge Raad* di negeri Belanda kesusilaan harus dilihat dari pendapat yang hidup dalam masyarakat Belanda dan harus dicek pada moral publik. Untuk Indonesia, penyelesaiannya adalah memakai interpretasi sosiologis. Tentu pengertian melanggar kesusilaan disesuaikan dengan adat kebiasaan setempat yang berbeda antara masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lainnya.⁹⁶

⁹⁵*Ibid.*

⁹⁶Andi Hamzah, *KUHP Dan KUHP*, Edisi Digabungkan Dalam Satu Buku, Cet. 2, Roneka Cipta, Jakarta, 1992, hlm. 37.

Sifat merusak kesusilaan perbuatan-perbuatan tersebut kadang-kadang amat bergantung pada pendapat umum pada waktu dan tempat itu. Bahwa orang bersetubuh ditengah jalan itu merusak kesopanan (kesusilaan) umum itu bukan soal lagi, akan tetapi berciuman ditempat umum di kota besar pada waktu sekarang dilakukan oleh bangsa Indonesia masih harus dipersoalkan. Sampai pada waktu ini masyarakat masih belum merasa tersinggung dengan adanya wanita dan pria mandi dikali yang kelihatan dari jalan umum telanjang atau setengah telanjang, entah dikemudian hari.⁹⁷

Lebih lanjut mengenai unsur subyektifnya berupa kesalahan, yaitu yang dimaksud “dengan sengaja”. Unsur “kesengajaan”, yang ditempatkan di muka unsur-unsur lain. Ini berarti, unsur-unsur lain di belakang unsur “kesengajaan” harus dianggap dijiwai atau diliputi unsur “kesengajaan”.

Unsur kesengajaan merupakan kesengajaan dalam arti luas, yang meliputi:

- a. Kesengajaan sebagai tujuan (*opzet als oogmerk*).
Opzet ini akan terjadi apabila seseorang melakukan suatu perbuatan dengan sengaja, di mana perbuatan itu merupakan ‘tujuan’ dari pelaku. Contoh: apabila seseorang merencanakan membunuh orang lain dengan menembak orang itu. Dalam hal ini perbuatan “menembak” merupakan perbuatan yang dapat dikatakan sebagai perbuatan yang memuat unsur kesengajaan sebagai tujuan.
- b. Kesengajaan dengan tujuan yang pasti atau yang merupakan keharusan (*opzet bij zekerheids bewustzijn*)
Opzet ini akan terjadi apabila seseorang melakukan perbuatan mempunyai tujuan untuk menimbulkan suatu akibat tertentu, tetapi di samping akibat yang dituju itu pelaku insyaf atau sadar, bahwa dengan melakukan perbuatan untuk menimbulkan akibat yang tertentu, perbuatan tersebut ‘pasti’ akan menimbulkan akibat lain (yang tidak dikehendaki). Terjadi misalnya dalam kasus seseorang yang merencanakan membunuh seseorang yang sedang ada di kapal dengan cara meledakkannya. Dalam kapal tersebut tidak hanya memuat seseorang yang ingin dibunuhnya, tetapi juga berisi orang lain.
- c. Kesengajaan dengan kesadaran akan kemungkinan (*opzet bij mogelijkheidbewustzijn of woorwaardelijk opzet* atau *dolus eventualis* atau *voorwardelijke opzet*).
Opzet ini akan terjadi apabila seseorang melakukan sesuatu perbuatan dengan maksud untuk menimbulkan akibat tertentu tetapi orang tersebut sadar, bahwa apabila ia melakukan perbuatan untuk mencapai akibat

⁹⁷R.Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)*, Politeia, Bagor, 1996, hlm. 295.

tertentu itu, perbuatan tersebut ‘mungkin’ akan menimbulkan akibat lain yang juga dilarang dan juga diancam pidana oleh undang-undang. Terhadap akibat lain tersebut bukan merupakan tujuan yang dikehendaki, tetapi hanya disadari kemungkinan terjadinya. Pembunuhan berencana ini dapat terjadi misalnya dalam kasus pembunuhan dengan cara pengiriman kue yang diisi racun.⁹⁸

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 Pasal 27 ayat (1) UU ITE tersebut untuk Unsur *Mens rea*, dirumuskan “dengan sengaja”. Dalam hal perbuatan mempunyai akibat yaitu akibat yang memang dituju pelaku dan akibat yang tidak diinginkan pelaku tetapi 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.

Kesengajaan adalah unsur kesalahan, sebagaimana dalam doktrin kesalahan terdiri dari dua bentuk yakni kesengajaan dan kelalaian. Undang-undang sendiri tidak memberikan keterangan mengenai arti dari kesengajaan. Dalam *MvT* ada sedikit keterangan tentang *opzettelijk*, yaitu sebagai *weillens en wetens* yang dalam arti harafiah dapat disebut sebagai menghendaki dan mengetahui, maksudnya orang yang melakukan perbuatan dengan sengaja berarti ia

⁹⁸Tongat, *Tindak Pidana Tertentu Dalam KUHP*, UMM Press, Malang, 1999, hlm. 7.

menghendaki mewujudkan perbuatan dan ia mengetahui, mengerti nilai perbuatan serta sadar akan akibat yang timbul dari perbuatan itu, apabila dihubungkan dengan kesengajaan yang terdapat dalam rumusan tindak pidana dalam Pasal 27 ayat (1), maka kesengajaan dikatakan ada apabila adanya suatu kehendak atau adanya suatu pengetahuan atas suatu perbuatan atau halhal atau unsur-unsur tertentu serta menghendaki dan atau mengetahui atau menyadari akan akibat yang timbul dari perbuatan.

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2018 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik ITE mendefenisikan Pengertian Informasi Elektronik dan dokumen elektronik. Pengertian Informasi Elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, electronic data interchange (EDI), surat elektronik (electronic mail), telegram, teleks, telecopy atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya. sedangkan pengertian dokumen elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, electronic data interchange (EDI), surat elektronik (electronic mail), telegram, teleks, telecopy atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.

Namun, yang menjadi catatan penting dari unsur “membuat dapat diaksesnya” telah menjawab pertanyaan di atas terkait apakah seluruh kegiatan ini

mencakup perbuatan online serta offline dan dalam suatu sistem elektronik atau tidak. Dalam penjelasannya seluruh perbuatan dalam Pasal 27 ayat (1) harus dilakukan dalam sistem elektronik, sehingga, harus dibuktikan suatu perbuatan dilakukan dalam suatu sistem elektronik untuk memenuhi unsur “membuat dapat diksesnya” dalam Pasal 27 ayat (1) UU ITE unsur kesusilaan yang dimaksud harus setidaknya merujuk pada ketentuan yang sudah ada atau dalam praktik di pengadilan. Pasal 27 ayat (1) UU ITE, memiliki kerancuan pemaknaan “kesusilaan”. “Apabila dilihat kaitannya dengan penjelasan pada pasal 27 UU ITE lainnya yang merujuk KUHP, maka semua unsur dalam UU ITE harus dilekatkan pada unsur-unsur yang diatur dalam KUHP”.⁹⁹

Pasal tersebut di atas merupakan pasal keranjang sampah atau sapu jagat, artinya pasal tersebut bisa digunakan dalam keadaan apapun, atau sering disebut dengan pasal karet. Hal tersebut dapat terjadi karena ketika seseorang menggunakan media online, kemudian dalam media online tersebut terdapat muatan yang melanggar kesusilaan, maka orang tersebut dapat diduga melakukan tindak pidana.

Dengan berlakunya *asas lex specialist derogate legi generalis*, maka ketentuan pidana yang digunakan adalah UU ITE mengesampingkan KUHP. KUHP dianggap tidak mengatur mengenai tindak pidana prostitusi melalui media online, oleh karena UU ITE mengaturnya walaupun secara implisit, maka yang diberlakukan adalah UU ITE.

⁹⁹Jan Remmelink, *Hukum Pidana Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, hlm. 113.

Seseorang dapat dijatuhkan pidana apabila memenuhi unsur-unsur tindak pidana (*delict*) dan mempunyai kesalahan dalam arti luas. Untuk itu harus melihat perbuatan subjek hukum apakah memenuhi unsur tindak pidana sebagaimana diatur dan diancam dalam Pasal 27 ayat (1) UU ITE, ketika subjek hukum telah terbukti melakukan tindak pidana sebagaimana yang diancam dalam pasal tersebut, baru kita dapat melihat apakah subjek hukum dapat bertanggung jawab secara pidana.

Dari urain tersebut di atas ada ketidakjelasan unsur perbuatan, keadaan dan akibat serta terbukanya tafsir, bisa dilihat dari unsur Pasal 27 ayat (1) sebagai berikut:

1. Tidak ada ketentuan umum dan penjelasan pasal demi pasal apa yang dimaksud dengan mendistribusikan, mentransmisikan, dan/atau membuat dapat diaksesnya. istilah mendistribusikan dan transmisi adalah istilah teknis yang dalam praktiknya tidak sama di dunia teknologi informasi (TI) dan dunia nyata.
2. Tidak ada ketentuan umum dan penjelasan pasal demi pasal apa yang dimaksud dengan Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.
3. Tidak jelas mana yang menjadi bagian inti (*bestanddeel*), apakah “mendistribusikan, mentransmisikan, dan/atau membuat dapat diaksesnya” atau “Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.”
4. Frasa “Kesusilaan” dalam UU ITE, menggeneralisir bentuk-bentuk Delik Kesusilaan yang dikenal dalam Bab XIV KUHP yakni kejahatan terhadap kesusilaan.

Pada tahap penuntutan terhadap perkara pidana yang melanggar kesusilaan (pornografi) melalui internet menurut UU ITE merupakan wewenang khusus dari Jaksa penuntut umum. Ketentuan hukum pasal 43 angka 7 UU ITE menegaskan bahwa apapun hasil penyidikan selanjutnya harus diserahkan kepada Penuntut Umum. Terkait dengan perbuatan pidana pornografi melalui internet, pada umumnya Jaksa penuntut umum menggunakan ketentuan hukum pasal 27 ayat (1) UU ITE. Penggunaan ketentuan hukum tersebut didasarkan pada pertimbangan adanya sarana internet yang digunakan untuk menampilkan atau menyebarluaskan informasi elektronik yang berkonten pornografi.

Setiap orang bukanlah merupakan unsur tindak pidana, melainkan merupakan unsur pasal yang merujuk kepada siapa saja orang perorangan sebagai pendukung hak dan kewajiban yang melakukan suatu Tindak Pidana dan setiap orang tersebut akan selalu melekat pada setiap perumusan tindak pidana, sehingga ia akan terbukti apabila semua unsur tindak pidana tersebut telah terpenuhi dan pelakunya dapat dimintai pertanggung jawaban pidana mencakup dalam keadaan sehat jasmani dan rohaninya dan telah membenarkan identitas-identitasnya.

Unsur perbuatan yang dilakukan oleh subjek hukum adalah mendistribusikan, mentransmisikan, dan membuat dapat diaksesnya muatan yang melanggar kesusilaan (*pornography*).

Dalam penjelasan Pasal 27 Ayat (1) UU ITE bahwa yang dimaksud dengan “mendistribusikan” adalah mengirimkan dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik kepada banyak orang atau berbagai pihak melalui Sistem Elektronik. Sedangkan yang dimaksud dengan “mentransmisikan”

adalah mengirimkan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang ditujukan kepada satu pihak lain melalui Sistem Elektronik. Selanjutnya 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.

“Tanpa hak” pada umumnya merupakan bagian dari pada “melawan hukum” yaitu setiap perbuatan yang melanggar hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) dan atau asas-asas hukum umum dari hukum tidak tertulis. Lebih khusus yang dimaksud dengan “tanpa hak” dalam kaitannya dengan Pasal 27 Ayat (1) UU ITE, karena telah dilarang dalam undang-undang tersebut.

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.¹⁰⁰

Menurut ajaran sifat melawan hukum formal 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-

¹⁰⁰Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia: Studi Kasus tentang Penerapan Perkembangan dalam Yurisprudensi*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 22-23.

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 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.¹⁰¹

Unsur obyeknya adalah informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan. Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi disebutkan bahwa:

Setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat:

- a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang;
- b. kekerasan seksual;
- c. masturbasi atau onani;
- d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
- e. alat kelamin; atau
- f. pornografi anak.

Penjelasan Pasal 4 ayat (1) bahwa Yang dimaksud dengan "membuat" adalah tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri. Penjelasan Pasal 6 bahwa Larangan "memiliki atau menyimpan" tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri.

Budi Suharyanto mengatakan bahwa: keadaban atau kesopanan sebagaimana arti dari istilah kesusilaan pada umumnya ataukah makna yang

¹⁰¹Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm. 34.

dimaksud dalam kesusilaan tersebut adalah pornografi yang diidentikkan dengan pencabulan atau erotisme”.¹⁰²

Dalam pemahaman hukum pada umumnya, mempunyai kecenderungan memasukkan pornografi sebagai bagian dari lingkungan norma kesopanan dan kesusilaan. Pelanggaran terhadapnya, termasuk pelanggaran terhadap kesopanan. Sebagaimana dalam KUHP sendiri tidak merumuskan pengertian pornografi, namun berdasarkan tafsiran atas Pasal 281, 282, 283, 532, 534, dan 535, maka pengertian pornografi dari pasal-pasal tersebut, demikian pula dalam pasal 411 sampai 416, Pasal 420, dan Pasal 422 RUU-KUHP istilah pornografi tidak disebutkan dan dirumuskan secara eksplisit, karena itu pengertian pornografi dan pornoaksi menurut RUU-KUHP juga dapat disimpulkan dari pasal-pasal yang mengatur tentang tindak pidana kesusilaan.¹⁰³

Pasal 282 ayat (1) dan ayat (2) KUHP sudah diatur kembali dalam Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 6 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi (yang dijelaskan dalam Bab berikutnya). Tetapi, Pasal 282 ayat (2) KUHP, khususnya tentang larangan memiliki produk pornografi, dapat dianggap bertentangan dengan Pasal 6 Undang-Undang Nomor, karena dalam penjelasan Pasal 4 ayat (1) dan Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi yang menjelaskan bahwa “Yang dimaksud dengan “membuat” (pornografi) adalah tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri”.

Demikian pula dengan penjelasan Pasal 6 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi yang menjelaskan “Larangan “memiliki atau menyimpan” (produk pornografi) tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri” adalah sejalan dengan Penjelasan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008.

¹⁰²Budi Suharyanto, *Tindak Pidana Teknologi Informasi (Cybercrime): Urgensi Pengaturandan Celah Hukumnya*, Rajawali Pers, Jakarta, 2012, hlm. 163.

¹⁰³Neng Djubaedah, *Pornografi dan Pornoaksi*, Fajar Interpratama offset, Jakarta, 2013, hlm. 29.

Oleh karena itu memiliki atau menyimpan produk pornografi untuk dirinya sendiri atau untuk koleksi pribadi, menurut Pasal 6 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi adalah, tidak dilarang. Meskipun demikian, Pasal 284 ayat (1) dan ayat (2) KUHP tetap dapat dianggap berlaku, karena tidak bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi. Pasal 4 ayat (2) yang ditunjuk oleh Pasal 30 merumuskan sebagai berikut:

Setiap orang dilarang menyediakan jasa pornografi yang :a.menyajikan secara eksplisit ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; b.menyajikan secara eksplisit alat kelamin; c.mengeksploitasi atau memamerkan aktivitas seksual; atau d.menawarkan atau mengiklankan, baik langsung maupun tidak langsung layanan seksual.

Suatu perbuatan dapat dikatakan sebagai perbuatan pornografi apabila termasuk dalam ketentuan yang tercantum pada Pasal 10 dan Pasal 36 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi di mana Pasal 10 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi berisi: “Setiap orang dilarang mempertontonkan diri atau orang lain dalam pertunjukan atau di muka umum yang menggambarkan ketelanjangan, eksploitasi seksual, persenggamaan, atau yang bermuatan pornografi lainnya”.

Sedangkan yang dimaksud dengan pornoaksi: 1.Pornoaksi adalah perbuatan mengeksploitasi seksual, kecabulan dan atau erotica dimuka umum. 2.Jasa pornoaksi adalah segala jenis layanan pornoaksi yang dapat diperoleh secara langsung atau melalui perantara, baik perseorangan maupun perusahaan. 3.Setiap orang adalah orang perseorangan atau korporasi, baik yang berbadan hukum maupun yang tidak berbadan hukum.

Dengan menghubungkan rumusan Pasal 4 ayat (2), tindak pidana menyediakan pornografi terdapat unsur-unsur berikut ini:

1. Perbuatannya: menyediakan;
2. Objeknya: jasa pornografi yang:
 - a. menyajikan secara eksplisit ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
 - b. menyajikan secara eksplisit alat kelamin;
 - c. mengeksploitasi atau memamerkan aktivitas seksual;
 - d. menawarkan atau mengiklankan, baik langsung maupun tidak langsung layanan seksual.

Dengan demikian, unsur-unsur formal yang membentuk tindak pidana terdapat pada Pasal 4 ayat 2 dan objek perbuatan yang sekaligus objek tindak pidana Pasal 30 jo Pasal 4 ayat 2 ialah jasa pornografi. Sementara unsur keadaan menyertai yang melekat pada jasa pornografi ada empat macam sebagaimana yang dicantumkan dalam huruf a, b, c dan huruf d.

Tindak pidana Pasal 31 jo Pasal 5, rumusan selengkapannya sebagai berikut: “Setiap orang yang meminjamkan atau mengunduh pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5”. Pasal 5 yang ditunjuk oleh Pasal 31, merumuskan sebagai berikut: “Setiap orang dilarang meminjamkan atau mengunduh pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1)”.

Unsur-unsur formal yang membentuk rumusan tindak pidana Pasal 31 jo Pasal 5 jo Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Pornografi adalah sebagai berikut: 1. Perbuatan meminjamkan dan mengunduh. Meminjamkan berasal dari

kata pinjam. Meminjamkan adalah perbuatan menyerahkan benda kepada orang lain untuk sementara waktu dengan maksud dimanfaatkan kegunaannya tanpa imbalan atau kontraprestasi. Jika dengan imbalan, misalnya sejumlah uang, perbuatan seperti itu adalah menyewakan.

Sementara mengunduh merupakan terjemahan dari *download*, suatu frasa yang digunakan di bidang media komunikasi internet dan computer. UUP telah memberi batasan. Mengunduh (download) adalah mengambil fail dari jaringan internet atau jaringan komunikasi lainnya.⁴ Orang yang dipidana berdasarkan Pasal 31 adalah orang yang mengkopi, bukan orang yang menyimpan gambar bergerak persenggaman dalam personal computer miliknya. Orang yang terakhir ini dipidana berdasarkan pasal yang lain ialah Pasal 32 jo Pasal 6 jo Pasal 4 ayat (1) UUP.

Objek: pornografi yang secara eksplisit memuat: a.persenggaman, termasuk persenggaman yang menyimpang; b.kekerasan seksual; c.masturbasi atau onani; d.ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; e.alat kelamin; f.pornografi anak.

Selain itu, mengenai hal-hal yang tidak diatur dalam Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, antara lain mengenai yang dimasukkan ke Indonesia, meneruskannya ke negara lain, atau mengeluarkannya dari Indonesia ke negara lain dalam pengertian negara Republik Indonesia sebagai tempat transit produk pornografi (tansito). Tetapi jika pengertian dimasukkan ke Indonesia dalam pengertian impor, atau mengeluarkannya dari Indonesia ke negara lain dalam pengertian ekspor, memang telah dilarang sebagaimana dimuat dalam Pasal 4 ayat

(1) dan penjelasan Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi yang menjelaskan tentang “penyebarluasan”.

Bahwa “Yang dimaksud dengan “penyebarluasan” termasuk menyebarluaskan, menyiarkan, mengunduh, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, meminjamkan, atau menyediakan.” rumusan penjelasan Pasal 4 ayat (1) dan penjelasan Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi justru harus ditinjau kembali, karena memiliki atau menyimpan produk pornografi untuk kepentingan dirinya adalah termasuk memiliki atau menyimpan benda-benda terlarang karena itu melanggar norma agama.

BAB IV
KESALAHAN DAN SANKSI PIDANA *CYBER PORNOGRAPHY*
SEBAGAI DASAR PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA

A. Mens Rea dan Actus Reus Sebagai Dasar Kesalahan Pelaku Cyber Pornography

Hukum pidana Indonesia yang bersumber pada KUHP sebenarnya telah mengatur persoalan pornografi dalam Pasal 282 dan 283, namun belum dapat menjangkau perbuatan pidana pornografi pada dunia maya (*Cyber Pornography*), karena itu Pemerintah Republik Indonesia membentuk Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (Selanjutnya ditulis UU ITE) pada April 2008 lalu, disitu dijelaskan tentang tindakan pidana yang berkaitan dengan pornografi. Pasal 27 ayat (1) UU ITE menyebutkan bahwa perbuatan yang dilarang adalah dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.

Pemerintah kemudian juga mengatur masalah Cyber Pornography lebih khusus didalam Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi. Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008, menyebutkan bahwa: Setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat:

- a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang;
- b. kekerasan seksual;
- c. masturbasi atau onani;
- d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;
- e. alat kelamin; atau
- f. pornografi anak.

Selanjutnya Pasal 4 ayat (2) menyebutkan bahwa “setiap orang dilarang menyediakan jasa pornografi. Jasa pornografi adalah segala jenis layanan pornografi yang disediakan oleh orang perorangan atau koperasi melalui pertunjukan langsung, televisi kabel, televisi teresterial, radio, telepon, internet, dan komunikasi elektronik lainnya serta surat kabar, majalah, dan barang cetakan lainnya”.

Pornografi di Indonesia memang telah tumbuh pesat terutama setelah dimulainya masa reformasi. Pornografi di Indonesia merupakan masalah serius bagi pemerintah, di mana Ketua Associated Press pernah menyatakan bahwa “Indonesia akan menjadi surga pornografi berikutnya, The Next Heaven of Pornography setelah Rusia dan Swedia.”¹⁰⁴

Modus kejahatan pornografi pada sekarang ini sangat beragam di antaranya yaitu dengan memperjualbelikan video compact disc di tengah-tengah masyarakat penjualan kaset-kaset porno di pinggir jalan, peredaran video porno melalui handphone maupun internet serta pertunjukan nyanyian yang nyanyiannya bergoyang pinggul dengan gerakan seolah-olah bersenggama. Semua itu merupakan sebuah kenyataan yang dapat kita lihat bersama di lingkungan masyarakat dan sangat bertentangan dengan norma kesusilaan.¹⁰⁵

Pasal 29 Undang Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi disebutkan bahwa:

Setiap orang yang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarluaskan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan

¹⁰⁴Associated Press, *Pornografi dalam Media Massa*, Dewan Pers.or.id. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

¹⁰⁵Ira Rahayu, *Penegakan Hukum Terhadap Tindak Pidana Memperjualbelikan Video Disc Porno Berdasarkan Pasal 29*, Jom.unri.ac.id. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000,00 (enam miliar rupiah).

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, objek pornografi mengandung tiga sifat, yaitu (1) isinya mengandung kecabulan, (2) eksploitasi seksual dan (3) melanggar norma kesusilaan.

Asas yang terpenting dalam hukum pidana yaitu *asas culpabilitas* atau dikenal dengan asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder sculd*) yang artinya bahwa seorang pelaku dijatuhi pidana apabila tindak pidana yang dilakukan dapat dipersalahkan kepadanya. Pertanggungjawaban pidana pada hakikatnya mengandung makna pencelaan pembuat (subjek hukum) atas tindak pidana yang telah dilakukannya.

Oleh karena itu, pertanggungjawaban pidana mengandung di dalamnya pencelaan objektif dan pencelaan subjektif. Artinya, secara objektif si pembuat telah melakukan tindak pidana (perbuatan terlarang/melawan hukum dan diancam pidana menurut hukum yang berlaku) dan secara subjektif si pembuat patut dicela atau dipersalahkan/dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukannya itu sehingga ia patut dipidana.

Mengenai pertanggungjawaban pidana terhadap perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan (Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik), sehingga

terhadapnya dapat dipidana, maka pelakunya haruslah memenuhi unsur-unsur dari pertanggungjawaban pidana, yaitu: 1) Melakukan perbuatan pidana/tindak pidana; 2) mampu bertanggung jawab; 3) adanya kesalahan; 4) tidak adanya alasan pemaaf.

Pandangan aliran dualistis yang menyatakan bahwa tindak pidana dari dua unsur, yaitu unsur perbuatan pidana (*actus reus*) dan unsure pertanggungjawaban pidana (*mens rea*). Dalam pengkajian ini, kedua unsur tersebut hanya dibedakan, bukan dipisahkan karena tindak pidana harus ditelaah secara integral.

Tindak pidana juga disebut delik, atau perbuatan 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:

1. Unsur yang bersifat obyektif; dan

2. unsur yang bersifat subyektif.

ad. 1. Unsur obyektif, meliputi:

- a) perbuatan manusia, yaitu suatu perbuatan positif atau suatu perbuatan negatif, yang menyebabkan pelanggaran pidana. Perbuatan positif misalnya: mencuri (pasal 362 KUHP), penggelapan (pasal 372 KUHP), membunuh (pasal 338 KUHP) dsb. Sedangkan contoh dari perbuatan yang negatif yaitu: tidak melaporkan kepada yang berwajib, sedangkan ia mengetahui ada komplotan untuk merobohkan negara (pasal 165 KUHP), membiarkan orang dalam dalam sengsara, sedangkan ia berkewajiban memberikan pemeliharaan kepadanya (pasal 304 KUHP).

b) Akibat perbuatan manusia.

Yaitu akibat yang terdiri atas merusak atau membahayakan kepentingan-kepentingan hukum, yang menurut norma hukum pidana harus ada supaya dapat dipidana. Akibat ini ada yang timbul seketika bersamaan dengan perbuatannya. Misalnya dalam pencurian. Akan tetapi ada juga bahwa akibat itu timbulnya selang beberapa lama. Misalnya dalam hal pembunuhan.

c) Keadaan-keadaannya sekitar perbuatan itu, keadaan-keadaan ini bisa jadi terdapat pada waktu melakukan perbuatan, misalnya dalam pasal 362 KUHP keadaan: “bahwa barang yang dicuri itu kepunyaan orang lain” adalah suatu keadaan yang terdapat pada waktu perbuatan “mengambil” itu dilakukan, dan bisa juga keadaan itu timbul sesudah perbuatan itu dilakukan, misalnya dalam pasal 345 KUHP, keadaan: “jika orang itu jadi membunuh diri “ adalah akibat yang terjadi sesudah penghasutan bunuh diri itu dilakukan.

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 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, walaupun

telah diancam pidana dengan undang-undang tetapi telah dilakukan dalam keadaan-keadaan yang membebaskan misalnya dalam pasal 44, 48, 49, 50 dan 51 KUHP.

Ad.2. Unsur Subyektif

Unsur subyektif dari norma pidana adalah: kesalahan (*schuld*) dari orang yang melanggar norma pidana, artinya pelanggaran itu harus dapat dipertanggungjawabkan kepada pelanggar. Hanya orang yang dapat dipertanggungjawabkan dapat dipersalahkan, jikalau orang itu melanggar norma pidana.

Penjatuhan pidana tidak dapat dijatuhkan terhadap semua pelaku tindak pidana. Hanya pelaku yang terbukti melakukan tindak pidana dan dapat dipertanggungjawabkan saja yang dapat dijatuhi pidana atau tindakan. Dengan demikian, seseorang dapat dijatuhi hukuman pidana harus memenuhi unsur perbuatan pidana dan pertanggungjawaban dalam hukum pidana.¹⁰⁶

Pada negara-negara yang menganut sistem hukum *common law* terdapat sebuah *maxim* yang memberikan syarat pemberian nestapa atau penjatuhan pidana terhadap seseorang yakni “*Actus Non Facit Reum Nisi Mens Sit Rea*” yang memiliki arti bahwa suatu perbuatan tidak membuat seseorang bersalah, kecuali dengan sikap batin yang salah. Dalam hal ini untuk dapat dipidananya seseorang harus dipenuhi dua hal yaitu *actus reus* (*physical element*) dan *mens rea* (*mental element*).¹⁰⁷

Suatu perbuatan yang dianggap telah melanggar hukum dan dapat dikenakan sanksi pidana haruslah memenuhi dua unsur, yaitu unsur *actus reus* (*physical element*) dan unsur *mens rea* (*mental element*). *Actus reus* merupakan unsur suatu delik, sedangkan *mens rea* merupakan pertanggungjawaban pembuat.

¹⁰⁶Andi Hamzah, *Bunga Rumpai Hukum Pidana dan Acara Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, hlm. 75.

¹⁰⁷Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana 1*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hlm. 35.

Unsur *actus reus* adalah esensi dari kejahatan itu sendiri atau perbuatan yang dilakukan, sedangkan unsur *mens rea* adalah sikap batin pelaku pada saat melakukan perbuatan.

Putusan Pengadilan Negeri Mentok Nomor 20/Pid.Sus/2020/PN Mtk, Terdakwa Anita Camelia alias Anita binti Surahmat, tempat/ tanggal lahir: Bandung/26 Juni 1989, sebagai berikut:

1. Terdakwa merekam persetujuan antara Terdakwa dan Saksi HENDRA SAPUTRA als HENDRA Bin AJIS dengan cara pertamanya Terdakwa membuka aplikasi kamera pada 1 (satu) unit Handphone Merk OPPO F7 warna hitam milik Terdakwa selanjutnya Terdakwa memilih aplikasi video dan memulai memutar video lalu handphone Terdakwa letakkan di atas meja yang berada didalam kamar Penginapan lalu Terdakwa menghadapkan kamera belakang handphone.
2. Terdakwa mengupload video hubungan badan antara Terdakwa dan Saksi HENDRA SAPUTRA als HENDRA Bin AJIS saat berada di penginapan Taman Duku Desa Puput Kecamatan Parittiga Kabupaten Bangka Barat dengan nama file “8bf6d6b947 cd3addc615 a3acca2f3f87.mp4” yang ada pada handphone Merk Oppo tipe F7 warna hitam dengan Nomor Sim Card 1 : 0857-6692-9903, SimCard 2: 0819-9520-0060 ditemukan di “sdcard/UCDownloads/video/.apolloCache/”, karena terdakwa kesal tidak mengubris ancamannya agar saksi korban tidak berhenti main reog dan kembali kepada Terdakwa.
3. Perbuatan Terdakwa sebagaimana diatur dan diancam pidana berdasarkan ketentuan Pasal 27 Ayat (1) Jo Pasal 45 Ayat (1) UU RI No. 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas UU RI No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik Jo. Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.
4. Terdakwa telah didakwa Penuntut Umum dengan dakwaan alternatif, maka Hakim akan mempertimbangkan dakwaan yang paling sesuai dengan perbuatan Terdakwa yaitu Dakwaan Kesatu sebagaimana diatur dalam Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, yang unsur-unsurnya adalah sebagai berikut:
Ad. 1. Unsur setiap orang;
Ad. 2. Unsur dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengeksport, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi. bahwa sesuai dengan fakta dipersidangan pada hari Jumat tanggal 11 Oktober 2019 sekira Pukul 12.34 WIB,

bertempat di kontrakan Terdakwa yang berada di Gang Belido I Kelurahan Gabek Kota Pangkalpinang, Terdakwa telah mengupload video hubungan suami istri tanpa mengenakan baju yang diperankan Terdakwa dan Saksi Hendra melalui akun facebook atas nama Hendra Uye yang dibuat oleh Terdakwa.

5. Memperhatikan, Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana dan peraturan perundang-undangan lain yang bersangkutan.
6. Menyatakan Terdakwa Anita Camelia alias Anita binti Surahmat tersebut di atas, telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana membuat dan menyebarkan pornografi sebagaimana dalam Dakwaan Kesatu.
7. Menjatuhkan pidana karena itu kepada Terdakwa dengan pidana penjara selama 1(satu) tahun, serta denda sejumlah Rp250.000.000,- (dua ratus lima puluh juta rupiah) dengan ketentuan apabila denda tersebut tidak dibayar diganti dengan pidana kurungan selama 2(dua) bulan.

Mencermati Putusan Pengadilan Negeri Mentok Nomor 20/Pid.Sus/2020/PN Mtk, Terdakwa Anita Camelia alias Anita binti Surahmat, bahwa 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. Unsur *Mens rea*, dirumuskan “dengan sengaja”. Dalam hal perbuatan mempunyai akibat yaitu akibat yang memang dituju pelaku dan akibat yang tidak diinginkan pelaku tetapi merupakan suatu keharusan di dalam mencapi tujuan, akibat ini pasti akan timbul. Sedangkan kesengajaan dengan sadar akan kemungkinan adalah keadaan tertentu yang semula mungkin akan terjadi, kemudian benar-benar terjadi. Perbuatan terdakwa “ dengan sengaja mengupload video hubungan badan antara Terdakwa dan Saksi HENDRA SAPUTRA als HENDRA Bin AJIS”, dengan nama file “8bf6d6b947 cd3addc615a3acca2f3f87. mp4” yang ada pada

handphone Merk Oppo tipe F7 warna hitam dengan Nomor Sim Card 1 : 0857-6692-9903.

Unsur dari Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, unsur-unsurnya terdiri dari:

- 1) Unsur obyektif (*actus reus*): Perbuatan, yaitu: memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarluaskan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi.
- 2) Unsur subyektif (*Mensrea*): dengan sengaja, yaitu terdakwa secara sadar mengupload video hubungan badan antara Terdakwa dan Saksi HENDRA SAPUTRA als HENDRA Bin AJIS, karena saksi tidak mengubris ancamannya.

Membahas tentang “Niat Jahat (*Mens Rea*)” dalam suatu pembedaan, maka secara esensinya tidak terlepas dari adanya “kehendak bebas” pada diri manusia. Dalam kajian hukum pidana, “kehendak bebas” melahirkan dua aliran dalam tujuan pembedaan (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.

Dengan memperhatikan uraian di atas, maka pembedaan terhadap pelaku tindak pidana dapat ditegakkan atas dasar:

1. Adanya perbuatan yang dilarang.
2. Dikerjakan dengan kemauan sendiri
3. 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.

Dalam KUHPidana, alasan penghapus pidana ini akan mengakibatkan bahwa pelaku tindak pidana tersebut tidak dipidana. Tidak dipidananya pelaku ini, menurut doktrin disebabkan oleh dua hal. Pertama karena tidak ada atau hilang/hapus kesalahan pelaku (disebut sebagai alasan pemaaf). Kedua, karena hilang/hapus sifat melawan hukumnya perbuatan pelaku (disebut sebagai alasan pembenar). Sementara dalam KUHP, tidak dipidananya pelaku tersebut akan membawa kepada bentuk putusan hakim yang berbeda. Dalam KUHP adanya alasan penghapus pidana ini, akan menimbulkan, mengakibatkan dua bentuk putusan. Pertama yang mengakibatkan putusan bebas (*vrijspraak*), dan kedua mengakibatkan putusan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag*).

Rumusan norma hukum dalam tindak pidana untuk *Unsur Mens rea*, dirumuskan “dengan sengaja” walaupun tidak disebutkan dianggap ada. Dalam hal perbuatan mempunyai akibat yaitu akibat yang memang dituju pelaku dan akibat yang tidak diinginkan pelaku tetapi 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.

Gisella Anastasia dan Nobu Video ditetapkan Polisi sebagai tersangka, dipersangkakan Pasal 4 ayat (1) Jo. Pasal 29 atau Pasal 8 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi.

Pasal 8 “Setiap orang dilarang dengan sengaja atau atas persetujuan dirinya menjadi objek atau model yang mengandung muatan pornografi”.

Pasal 29

Setiap orang yang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000,00 (enam miliar rupiah).

Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi disebutkan bahwa:

Setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarkan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi yang secara eksplisit memuat:

- a. persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang;
- b. kekerasan seksual;
- c. masturbasi atau onani;
- d. ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan;

Penjelasan Pasal 4 ayat (1) bahwa yang dimaksud dengan "membuat" adalah tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri. Penjelasan Pasal 6 bahwa Larangan "memiliki atau menyimpan" tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri.

Dalam kasus Gisella Anastasia dan Nobu Video mereka hanya untuk kepentingan pribadi dan bukan mereka yang menyebarluaskan melalui internet, dengan demikian karena perbuatan memproduksi video porno tersebut untuk kepentingan pribadi. Tidak ada niat (*Mens Rea*) menyebarkan video pornografi tersebut, tersebarnya video tersebut karena Hand Phonenya hilang, akibatnya disebarkan oleh orang lain, artinya pelaku tindak pidana dalam kasus tersebut adalah orang yang menyebarkan. Dengan demikian penetapan Gisella Anastasia dan Nobu menjadi tersangka merupakan perbuatan yang tidak sesuai dengan asas legalitas. Mengingat penjelasan Pasal 4 ayat (1) bahwa Yang dimaksud dengan "membuat" adalah tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri. Penjelasan Pasal 6 bahwa Larangan "memiliki atau menyimpan" tidak termasuk untuk dirinya sendiri dan kepentingan sendiri.

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 pertanggung jawaban pidana. Pertanggungjawaban pidana

dimaksudkan untuk menentukan apakah seseorang tersangka/terdakwa dapat dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana yang terjadi atau tidak. Dengan perkataan lain apakah terdakwa akan dipidana atau dibebaskan.

Penjatuhan pidana terhadap seseorang tidak cukup hanya karena orang tersebut telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum walaupun perbuatannya telah memenuhi rumusan delik dalam undang-undang. Hal tersebut dikarenakan belum terpenuhinya syarat untuk penjatuhan pidana. Oleh karena itu harus dilihat sikap batin (niat atau maksud tujuan) pelaku pada saat melakukan perbuatan yang bertentangan atau bersifat melawan hukum tersebut.

Kesalahan dilihat dari hubungan batin si pembuat (subjektif) dan perbuatannya yang berupa kesengajaan (*dolus*) dan kelalaian/kealpaan (*culpa*). Dalam hukum pidana dirumuskan unsur-unsur perbuatan pidananya *actus reus* (unsur objektif) dan unsur pertanggungjawaban pidananya atau *mens rea* (unsur subjektif). Keduanya harus digabungkan hakim dalam penjatuhan pidana (aliran monisme), atau keduanya harus dipisahkan dalam penjatuhan pidana (aliran dualisme). Hukum pidana di Indonesia menganut aliran dualisme sesuai yang dianut dalam Pasal 191 KUHAP, yaitu memisahkan unsur subjektif dan unsur objektif.

Menurut A.Z Abidin perbuatan pidana merupakan:

Salah satu bagian dari asas hukum *actus non faict reum nisi mens rea*. Perbuatan tersebut melawan hukum (*unlawful act*). *Actus reus* mencakup unsur-unsur yang menyangkut perbuatan, yaitu persesuaiannya dengan rumusan undang-undang (*tatbestandmassigkeit*), dan perlawanan hukum (*rechtswidrigkeit*), alasan pembenar (*fehlen von pernonalichen*

strafausshieszinggrunden) dan untuk beberapa delik mencakup juga unsur melawan hukum yang subjektif.¹⁰⁸

Selanjutnya Herman Kantorowicz mengatakan bahwa “unsur *actus reus* berarti bahwa terdakwa dapat diharapkan berbuat lain dari pada perbuatan yang telah dilakukan yang merupakan delik”.¹⁰⁹

Sikap Batin Si Pembuat (*Mens Rea/Mental Element*) mencakup unsur-unsur pembuat/pelaku delik yaitu meliputi sikap batin atau keadaan psikis si pembuat. Sikap batin si pembuat berkaitan erat dengan kemampuan bertanggungjawab (kemampuan seseorang dalam menginsafi sifat melawan hukum dari suatu perbuatan dan sesuai dengan itu menentukan kehendaknya).

B. Asas Kesalahan Dalam Pertanggungjawaban Pidana Pelaku Cyber Pornography

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*), terdapat dua konsep unsur psikologis yang dapat dinyatakan sudah tercakup dalam rumusan delik, yaitu kesengajaan (*dolus*) dan, sebagai kekecualian, kelalaian (*culpa*).

¹⁰⁸Andi Zainal Abidin, *Asas-Asas Hukum Pidana: Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 61.

¹⁰⁹Moeljatno, *Perbuatan Pidana ..., Op. Cit.*, hlm. 30.

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:

1. Unsur yang bersifat obyektif (*Actus Reus*) dan
2. unsur yang bersifat subyektif (*Mensrea*)

ad. 1. Unsur obyektif, meliputi:

a) perbuatan manusia, yaitu suatu perbuatan positif atau suatu perbuatan negatif, yang menyebabkan pelanggaran pidana. Perbuatan positif misalnya: mencuri (pasal 362 KUHP), penggelapan (pasal 372 KUHP), membunuh (pasal 338 KUHP) dsb. Sedangkan contoh dari perbuatan yang negatif yaitu: tidak melaporkan kepada yang berwajib, sedangkan ia mengetahui ada komplotan untuk merobohkan negara (pasal 165 KUHP), membiarkan orang dalam dalam sengsara, sedangkan ia berkewajiban memberikan pemeliharaan kepadanya (pasal 304 KUHP).

b) Akibat perbuatan manusia

Yaitu akibat yang terdiri atas merusak atau membahayakan kepentingan-kepentingan hukum, yang menurut norma hukum pidana harus ada supaya dapat dipidana. Akibat ini ada yang timbul seketika bersamaan dengan perbuatannya. Misalnya dalam pencurian. Akan tetapi ada juga bahwa akibat itu timbulnya selang beberapa lama. Misalnya dalam hal pembunuhan.

- c) Keadaan-keadaannya sekitar perbuatan itu, keadaan-keadaan ini bisa jadi terdapat pada waktu melakukan perbuatan, misalnya dalam pasal 362 KUHP keadaan: “bahwa barang yang dicuri itu kepunyaan orang lain” adalah suatu keadaan yang terdapat pada waktu perbuatan “mengambil” itu dilakukan, dan bisa juga keadaan itu timbul sesudah perbuatan itu dilakukan, misalnya dalam pasal 345 KUHP, keadaan: “jika orang itu jadi membunuh diri “ adalah akibat yang terjadi sesudah penghasutan bunuh diri itu dilakukan.

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 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 KUHP.

Ad.2. Unsur Subyektif

Unsur subyektif dari norma pidana adalah kesalahan (*schuld*) dari orang yang melanggar norma pidana, artinya pelanggaran itu harus dapat dipertanggungjawabkan kepada pelanggar. Hanya orang yang dapat

dipertanggungjawabkan dapat dipersalahkan, jikalau orang itu melanggar norma pidana dan memenuhi unsur kesalahan.

Rumusan Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (selanjutnya disebut UU ITE) dirumuskan bahwa “Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan”.

Dari rumusan norma Pasal 27 ayat 1 UU ITE terdapat 2 unsur, yaitu unsur obyektif dan unsur subyektif. Unsur-Unsur obyektif di dalam pasal tersebut adalah:

1. Unsur perbuatan, yaitu: mendistribusikan, mentransmisikan, dan membuat dapat diaksesnya.
2. Unsur melawan hukum, yaitu: yang dimaksud dengan “tanpa hak”
3. Unsur obyeknya adalah informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.

Sedangkan unsur subyektifnya berupa kesalahan, yaitu yang dimaksud dengan “dengan sengaja”. Unsur sengaja atau kealpaan/kelalaian maka dapat dikatakan bahwa pertanggungjawaban pidana dalam Tindak pidana menganut prinsip *liability based on fault* (pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan). Sehingga pada prinsipnya menganut asas kesalahan atau *culpabilitas*.

Perbuatan yang dilarang dalam Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi diatur dalam Bab VII, sebagai berikut:

- a. memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarluaskan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1)”.
- b. menyediakan jasa pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (2)”.
- c. meminjamkan atau mengunduh pornografi.
- d. memperdengarkan, mempertontonkan, memanfaatkan, memiliki, atau menyimpan produk pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6”.
- e. mendanai atau memfasilitasi perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7”.
- f. dengan sengaja atau atas persetujuan dirinya menjadi objek atau model yang mengandung muatan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8”.
- g. menjadikan orang lain sebagai objek atau model yang mengandung muatan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9”.
- h. mempertontonkan diri atau orang lain dalam pertunjukan atau di muka umum yang menggambarkan ketelanjangan, eksploitasi seksual, persenggamaan, atau yang bermuatan pornografi lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10”.
- i. melibatkan anak dalam kegiatan dan/atau sebagai objek sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11”.
- j. mengajak, membujuk, memanfaatkan, membiarkan, menyalahgunakan kekuasaan, atau memaksa anak dalam menggunakan produk atau jasa pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12”.

Syarat-syarat umum dari sebuah perbuatan yang dapat dikategorikan pidana adalah: (1) sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*), (2) kesalahan (*schuld*), (3) kemampuan bertanggungjawab (*toerekeningsvatbaarheid*).¹¹⁰

Namun, meskipun telah ada syarat-syarat tersebut, terdapat beberapa perbuatan yang sulit dirumuskan sebagai sebuah delik. Terdapat suatu jenis kriminalitas tertentu yang pada akhirnya dirumuskan dengan sangat kabur. Hal ini tidak terhindarkan karena adanya berbagai jenis perilaku yang dapat dimasukkan di dalam substansi delik dan tidak dapat diperinci secara kongkrit.¹¹¹

“Dalam penegakan hukum ada tiga unsur yang harus selalu diperhatikan, yakni kepastian hukum (*rechtszekerheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigheit*)”.¹¹²

Dalam kebanyakan rumusan tindak pidana, unsur kesengajaan atau yang disebut dengan *opzet* merupakan salah satu unsur yang terpenting. Dalam kaitannya dengan unsur kesengajaan ini, maka apabila didalam suatu rumusan tindak pidana terdapat perbuatan dengan sengaja atau biasa disebut dengan *opzettelijk*, maka unsur dengan sengaja ini menguasai atau meliputi semua unsur lain yang ditempatkan dibelakangnya dan harus dibuktikan.

Sengaja berarti juga adanya kehendak yang disadari yang ditujukan untuk melakukan kejahatan tertentu. Maka berkaitan dengan pembuktian bahwa perbuatan yang dilakukannya itu dilakukan dengan sengaja, terkandung pengertian menghendaki dan mengetahui atau biasa disebut dengan *willens en wetens*. Yang dimaksudkan disini adalah seseorang yang melakukan suatu perbuatan dengan

¹¹⁰Mohammad Daud, *Op. Cit.*, hlm. 25.

¹¹¹*Ibid.*

¹¹²Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Sebuah Pengantar*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 1999, hlm. 145.

sengaja itu haruslah memenuhi rumusan *willens* atau haruslah menghendaki apa yang ia perbuat dan memenuhi unsur *wettens* atau haruslah mengetahui akibat dari apa yang ia perbuat.

Sedangkan untuk motif pelaku ada yang berpendapat bahwa motif menjadi instrumen untuk membuktikan perbuatan yang disengaja, namun pendapat lain menyatakan bahwa motif justru dijauhkan dari rumusan delik. Rumusan suatu tindak pidana dengan kata “dengan sengaja” artinya pelaku menyadari tentang perbuatannya dan telah direncanakan sebelum menyebarkan informasi ujaran kebencian tersebut.

Dasar hukum adanya tindak pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar hukum dapat dipidananya terhadap 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 akibat perbuatannya.

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 asas jangan 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*.¹¹³

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.

Berkaitan dengan kesalahan yang bersifat psikologis dan normatif, serta unsur-unsur tindak pidana maka kesalahan memiliki beberapa unsur:

- a. adanya kemampuan bertanggung jawab pada si pelaku dalam arti sipelaku dalam keadaan sehat dan normal;
- b. adanya hubungan antara si pelaku dengan perbuatannya baik yang disengaja (*dolus*) maupun karena kealpaan (*culpa*);
- c. tidak adanya alasan pelaku yang dapat menghapus kesalahan

Alasan penghapus pidana yang umum, yaitu yang berlaku umum untuk tiap-tiap delik, hal ini diatur dalam Pasal 44, 48 s/d 51 KUHP. Sedangkan alasan penghapus pidana yang khusus, yaitu yang hanya berlaku untuk delik-delik tertentu saja, missal Pasal 221 ayat (2) KUHP: “menyimpan orang yang

¹¹³Barda Nawawi Arief, *Bunga Ranpai ..., Op. Cit.*, hlm. 112-113.

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).

Telah dikemukakan di atas bahwa untuk adanya pertanggungjawaban pidana pertama-tama harus dipenuhi persyaratan obyektif, yaitu perbuatannya harus telah merupakan tindak pidana menurut hukum yang berlaku. Untuk adanya pertanggungjawaban pidana pertama-tama harus dipenuhi asas legalitas, yaitu harus ada dasar/sumber hukum (sumber legitimasi) yang jelas, baik dibidang hukum pidana material/substantif maupun hukum pidana formal. Di samping itu harus dipenuhi pula persyaratan subyektif, yaitu adanya sikap batin dalam diri si pelaku/*asas culpabilitas*.

Berdasarkan hal tersebut maka pertanggungjawaban pidana atau kesalahan menurut hukum pidana, terdiri atas tiga syarat yaitu:

1. Kemampuan bertanggung jawab atau dapat dipertanggung jawabkan dari si pembuat.
2. Adanya perbuatan melawan hukum yaitu suatu sikap psikis si pelaku yang berhubungan dengan kelakuannya yaitu :
 - a. Disengaja
 - b. Sikap kurang hati-hati atau lalai
3. Tidak ada alasan pembeda atau alasan pemaaf yang menghapuskan pertanggung jawaban pidana bagi si pembuat.

Kemampuan untuk membeda-bedakan antara perbuatan yang baik dan yang buruk, adalah merupakan faktor akal (*intelektual factor*) yaitu dapat

membedakan perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak. Dan kemampuan untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik buruknya perbuatan tersebut adalah merupakan faktor perasaan (*volitional factor*) yaitu dapat menyesuaikan tingkah lakunya dengan keinsyafan atas mana yang diperbolehkan dan mana yang tidak. Sebagai konsekuensi dari dua hal tadi maka tentunya orang yang tidak mampu menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik buruknya perbuatan, dia tidak mempunyai kesalahan kalau melakukan tindak pidana, orang demikian itu tidak dapat dipertanggung jawabkan.

Oleh karena kemampuan bertanggung jawab merupakan unsur kesalahan, maka untuk membuktikan adanya kesalahan unsur tadi harus dibuktikan lagi. Mengingat hal ini sukar untuk dibuktikan dan memerlukan waktu yang cukup lama, maka unsur kemampuan bertanggung jawab dianggap diam-diam selalu ada karena pada umumnya setiap orang normal bathinnya dan mampu bertanggung jawab, kecuali kalau ada tanda-tanda yang menunjukkan bahwa terdakwa mungkin jiwanya tidak normal. Dalam hal ini, hakim memerintahkan pemeriksaan yang khusus terhadap keadaan jiwa terdakwa sekalipun tidak diminta oleh pihak terdakwa. Jika hasilnya masih meragukan hakim, itu berarti bahwa kemampuan bertanggung jawab tidak berhenti, sehingga kesalahan tidak ada dan pidana tidak dapat dijatuhkan berdasarkan asas tidak dipidana jika tidak ada kesalahan.

Dalam KUHP masalah kemampuan bertanggung jawab ini terdapat dalam Pasal 44 ayat (1) yang menyatakan “Barangsiapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya karena jiwanya cacat dalam pertumbuhan atau terganggu karena cacat, tidak dipidana.” Kalau tidak

dipertanggung jawabkan itu disebabkan hal lain, misalnya jiwanya tidak normal dikarenakan dia masih muda, maka pasal tersebut tidak dapat dikenakan, apabila hakim akan menjalankan Pasal 44 KUHP, maka sebelumnya harus memperhatikan apakah telah dipenuhi dua syarat sebagai berikut:

1. Syarat *Psychiartris* yaitu pada terdakwa harus ada kurang sempurna akal nya atau sakit berubah akal, yaitu keadaan kegilaan (*idiote*), yang mungkin ada sejak kelahiran atau karena suatu penyakit jiwa dan keadaan ini harus terus menerus.
2. Syarat *Psychologis* ialah gangguan jiwa itu harus pada waktu si pelaku melakukan perbuatan pidana, oleh sebab itu suatu gangguan jiwa yang timbul sesudah peristiwa tersebut, dengan sendirinya tidak dapat menjadi sebab terdakwa tidak dapat dikenai hukuman.

Sedangkan untuk menentukan adanya pertanggung jawaban, seseorang pembuat dalam melakukan suatu tindak pidana harus ada “sifat melawan hukum” dari tindak pidana itu, yang merupakan sifat terpenting dari tindak pidana. Tentang sifat melawan hukum apabila dihubungkan dengan keadaan psikis (jiwa) pembuat terhadap tindak pidana yang dilakukannya dapat berupa “kesengajaan” (*opzet*) atau karena “kelalaian” (*culpa*). Akan tetapi kebanyakan tindak pidana mempunyai unsur kesengajaan bukan unsur kelalaian.

Dalam teori hukum pidana Indonesia kesengajaan itu ada tiga macam, yaitu:

1. Kesengajaan yang bersifat tujuan bahwa dengan kesengajaan yang bersifat tujuan, si pelaku dapat dipertanggung jawabkan dan mudah dapat dimengerti oleh khalayak ramai. Apabila kesengajaan seperti ini ada pada suatu tindak pidana, si pelaku pantas dikenakan hukuman pidana. Karena dengan adanya kesengajaan yang bersifat tujuan ini, berarti si pelaku benar-benar menghendaki mencapai suatu akibat yang menjadi pokok alasan diadakannya ancaman hukuman ini.

2. Kesengajaan secara keinsyafan kepastian. Kesengajaan ini ada apabila si pelaku, dengan perbuatannya tidak bertujuan untuk mencapai akibat yang menjadi dasar dari delik, tetapi ia tahu benar bahwa akibat itu pasti akan mengikuti perbuatan itu.
3. Kesengajaan secara keinsyafan kemungkinan.¹¹⁴

Kesengajaan ini yang terang-terang tidak disertai bayangan suatu kepastian akan terjadi akibat yang bersangkutan, melainkan hanya dibayangkan suatu kemungkinan belaka akan akibat itu. Selanjutnya mengenai kealpaan karena merupakan bentuk dari kesalahan yang menghasilkan dapat dimintai pertanggung jawaban atas perbuatan seseorang yang dilakukannya, seperti yang tercantum dalam Pasal 188 KUHP “Barang siapa karena kesalahan (kealpaan) menyebabkan kebakaran, ledakan atau banjir, diancam dengan pidana penjara”. Kealpaan mengandung dua syarat, yaitu:

- a. Tidak mengadakan penduga-duga sebagaimana diharuskan hukum
- b. Tidak mengadakan penghati-hati sebagaimana diharuskan hukum

Dari ketentuan di atas, dapat diikuti dua jalan, yaitu pertama memperhatikan syarat tidak mengadakan penduga-duga menurut semestinya. Yang kedua memperhatikan syarat tidak mengadakan penghati-hati guna menentukan adanya kealpaan. Siapa saja yang melakukan perbuatan tidak mengadakan penghati-hati yang semestinya, ia juga tidak mengadakan menduga-duga akan terjadi akibat dari kelakuannya. Selanjutnya ada kealpaan yang disadari dan kealpaan yang tidak disadari. Dengan demikian tidak mengadakan penduga-duga yang perlu menurut hukum terdiri atas dua kemungkinan yaitu:

¹¹⁴Pipin Syarifin, *Hukum Pidana di Indonesia*, Pustaka Setia, Bandung, 2000, hlm. 93.

- a. Terdakwa tidak mempunyai pikiran bahwa akibat yang dilarang mungkin timbul karena perbuatannya.
- b. Terdakwa berpikir bahwa akibat tidak akan terjadi ternyata tidak benar.

Kemudian syarat yang ketiga dari pertanggung jawaban pidana yaitu tidak ada alasan pembeda atau alasan yang menghapuskan pertanggung jawaban pidana bagi si pembuat. Dalam masalah dasar penghapusan pidana, ada pembagian antara “dasar pembeda” (*permissibility*) dan “dasar pemaaf” (*excuse*). Dengan adanya salah satu dasar penghapusan pidana berupa dasar pembeda maka suatu perbuatan kehilangan sifat melawan hukumnya, sehingga menjadi legal/boleh, pembuatnya tidak dapat disebut sebagai pelaku tindak pidana. Namun jika yang ada adalah dasar penghapus berupa dasar pemaaf maka suatu tindakan tetap melawan hukum, namun si pembuat dimaafkan, jadi tidak dijatuhi pidana.

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.

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 dari pengalaman pendidikannya atau lapisan masyarakat di mana terdakwa hidup dan dari ucapan-ucapan terdakwa di sekitar perbuatan, tidak mengadakan usaha untuk mencegah akibat yang diinginkan, dan sebagainya.¹¹⁵

¹¹⁵*Ibid.*

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 pelaku 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*) 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 kehendak dan maksud (*willen en wetens*), sedangkan dalam arti luas berarti *dolus* dan *culpa*”.¹¹⁶

Dicantumkannya penyimpangan terhadap asas kesalahan itu mendapat tanggapan pro dan kontra dan kalangan para ahli hukum. Schaffmeister

¹¹⁶Jan Remmelink, *Op. Cit.*, hlm. 173.

menganggap bahwa penyimpangan itu merupakan hal yang bertentangan dengan *asas mens-rea*. Perkecualian atau penyimpangan dari suatu asas jangan 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 dinamakan Asas Monodualistik.¹¹⁷

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.

Dasar penghapus pidana atau juga bisa disebut alasan-alasan menghilangkan sifat tindak pidana ini termuat di dalam Buku I KUHP, selain itu ada pula dasar penghapus diluar KUHP yaitu:

1. Hak mendidik orang tua wali terhadap anaknya/guru terhadap muridnya.
2. Hak jabatan atau pekerjaan.

Yang termasuk dasar Pembenaan pembelaan terpaksa Pasal 49 ayat (1) 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.

¹¹⁷Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai ..., Op. Cit.*, hlm. 112-113.

M. Yahya Harahap menjelaskan mengenai alasan penghapusan pidana:

1. Alasan penghapus pidana yang mengakibatkan putusan bebas Alasan penghapus pidana yang menghilangkan/menghapuskan kesalahan pelaku akan mengakibatkan ia diputus bebas. Oleh karena sebagaimana diketahui bahwa, pengadilan menjatuhkan putusan bebas, apabila kesalahan (sebagai unsur subjektif). terdakwa yaitu pelaku yang diajukan ke pengadilan tidak terbukti secara syah dan meyakinkan. Dengan demikian putusan bebas ini menyangkut tentang unsur kesalahan (yang terdapat dalam diri pribadi pelaku), yang tidak terbukti. Tidak terbuktinya kesalahan terdakwa inilah yang diyakini hakim, bukan sebaliknya. Dengan demikian putusan bebas ini didasarkan pada penilaian dan pendapat hakim: 1. kesalahan yang didakwakan kepada terdakwa sama sekali tidak terbukti. Semua alat bukti yang diajukan di persidangan baik berupa keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan petunjuk maupun keterangan terdakwa, tidak dapat membuktikan kesalahan yang didakwakan oleh Jaksa Penuntut Umum. 2. secara nyata hakim menilai, pembuktian kesalahan yang didakwakan tidak memenuhi ketentuan batas minimum pembuktian. Misalnya alat bukti yang diajukan di persidangan hanya terdiri dari seorang saksi saja (unus testis nullus testis).3. putusan bebas tersebut bisa juga didasarkan atas penilaian, kesalahan yang terbukti itu tidak didukung oleh keyakinan hakim. Penilaian yang demikian ini sesuai dengan sistem pembuktian yang dianut dalam Pasal 183 KUHAP. Pasal 183 KUHAP berbunyi:”Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdawalah yang bersalah melakukannya” (cetak tebal dari penulis). Jadi jika dihubungkan dengan alasan penghapus pidana, maka hal ini berkaitan dengan alasan yang dapat menghilangkan kesalahan dari pelaku. Perbuatan itu tidak pantas dicelakan pada diri pelaku. Dengan demikian hal ini termasuk dalam alasan penghapus pidana sebagai alasan pemaaf.
2. Alasan penghapus pidana yang mengakibatkan putusan lepas. Alasan penghapus pidana yang menghilangkan/menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan pelaku akan mengakibatkan ia dilepas dari segala tuntutan hukum atas perbuatannya itu. Oleh karena sebagaimana diketahui bahwa, putusan pengadilan yang menjatuhkan putusan lepas dari segala tuntutan, apabila perbuatan terdakwa/pelaku (sebagai unsur objektif) bukan merupakan perbuatan pidana/tindak pidana (meskipun perbuatan itu telah terbukti dilakukan terdakwa). Dengan demikian putusan lepas ini menyangkut tentang perbuatan sebagai unsur objektif dari suatu tindak pidana. Jadi jika ditinjau dari sudut pembuktian, maka putusan lepas dari segala tuntutan hukum ini terjadi, dalam hal apa yang didakwakan kepada terdakwa memang cukup terbukti secara sah baik dinilai dari segi pembuktian menurut undang-undang maupun dari segi

batas minimum pembuktian yang dianut dalam Pasal 183 KUHP. Akan tetapi perbuatan yang terbukti itu tidak merupakan tindak pidana. Tegasnya perbuatan yang didakwakan dan yang telah terbukti itu, tidak diatur dan tidak termasuk ruang lingkup hukum pidana, mungkin barangkali hanya berupa quasi tindak pidana. Jadi mungkin termasuk dalam ruang lingkup hukum perdata, hukum administrasi atau yang lainnya. Jika dihubungkan dengan alasan penghapusan pidana, maka putusan lepas dari segala tuntutan hukum ini berkaitan dengan alasan yang dapat menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan. Jadi hal ini termasuk dalam alasan penghapusan pidana sebagai alasan pembenar. Penilaian dan pendapat hakim tersebut dalam memberikan putusan bebas ataupun putusan lepas dari segala tuntutan hukum sebagaimana tersebut di atas, harus dicantumkan dengan jelas dalam pertimbangan hukum putusannya. Apabila hal itu tidak dilakukan, maka membawa akibat kepada putusan hakim batal demi hukum. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 199 jo. Pasal 197 KUHP.¹¹⁸

Dengan memperhatikan uraian di atas, maka pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku tindak pidana Cyber Pornography dapat ditegaskan atas dasar:

1. Adanya perbuatan yang dilarang.
2. Dikerjakan dengan kemauan sendiri
3. 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. Oleh karena itu tidak ada pertanggungjawaban bagi anak kecil, orang gila, orang dungu orang hilang kemauannya, dan orang-orang yang dipaksa atau terpaksa.

¹¹⁸M. Yahya Harahap, *Pembahasan, Permasalahan dan Penerapan KUHP (Penyidikan dan Penuntutan)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2000, hlm.352.

E. Y. Kantermengtakan bahwa:

Untuk menghubungkan pelaku dengan tindakannya dalam rangka pertanggungjawaban pidana pelaku atas tindakannya, agar dapat ditentukan pemidanaan kepada pelaku harus diteliti dan dibuktikan bahwa:

- a. subjek harus sesuai dengan perumusan undang-undang;
- b. terdapat kesalahan pada petindak;
- c. tindakan itu bersifat melawan hukum;
- d. tindakan itu dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang (dalam arti luas);
- e. dan dilakukan tindakan itu sesuai dengan tempat, waktu dan keadaan-keadaan lainnya yang ditentukan dalam undang-undang.¹¹⁹

Dengan demikian kesalahan menurut hukum pidana, terdiri atas tiga syarat

yaitu:

1. Kemampuan bertanggung jawab atau dapat dipertanggung jawabkan dari si pembuat.
2. Adanya perbuatan melawan hukum yaitu suatu sikap psikis si pelaku yang berhubungan dengan kelakuannya yaitu :
 - a. Disengaja
 - b. Sikap kurang hati-hati atau lalai
3. Tidak ada alasan pembeda atau alasan yang menghapuskan pertanggung jawaban pidana bagi si pembuat.

Kesalahan dianggap ada, apabila dengan sengaja atau karena kelalaian telah melakukan perbuatan yang menimbulkan keadaan atau akibat yang dilarang oleh hukum pidana dan dilakukan dengan mampu bertanggung jawab. Dalam hukum pidana, menurut Moeljatno kesalahan dan kelalaian seseorang dapat diukur dengan apakah pelaku tindak pidana itu mampu bertanggung jawab, yaitu bila tindakannya itu memuat 4 (empat) unsur yaitu: (1) Melakukan perbuatan pidana (sifat melawan hukum); (2) Di atas umur tertentu mampu bertanggung jawab; (3) Mempunyai suatu bentuk kesalahan yang berupa kesengajaan (dolus) dan kealpaan/kelalaian (culpa); dan (4) Tidak adanya alasan pemaaf.¹²⁰

¹¹⁹E. Y. Kanter, dan SR. Sianturi, *Op. Cit*, hlm. 251.

¹²⁰Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana ...*, *Op. Cit.*, hlm. 164.

Kesalahan selalu ditujukan pada perbuatan yang tidak patut, yaitu melakukan sesuatu yang seharusnya tidak dilakukan atau tidak melakukan sesuatu yang seharusnya dilakukan. Menurut ketentuan yang diatur dalam hukum pidana bentuk-bentuk kesalahan terdiri dari:¹²¹

Oleh karena kemampuan bertanggung jawab merupakan unsur kesalahan, maka untuk membuktikan adanya kesalahan unsur tadi harus dibuktikan lagi. Mengingat hal ini sukar untuk dibuktikan dan memerlukan waktu yang cukup lama, maka unsur kemampuan bertanggung jawab dianggap diam-diam selalu ada karena pada umumnya setiap orang normal bathinnya dan mampu bertanggung jawab, kecuali kalau ada tanda-tanda yang menunjukkan bahwa terdakwa mungkin jiwanya tidak normal. Dalam hal ini, hakim memerintahkan pemeriksaan yang khusus terhadap keadaan jiwa terdakwa sekalipun tidak diminta oleh pihak terdakwa. Jika hasilnya masih meragukan hakim, itu berarti bahwa kemampuan bertanggung jawab tidak berhenti, sehingga kesalahan tidak ada dan pidana tidak dapat dijatuhkan berdasarkan asas tidak dipidana jika tidak ada kesalahan.

C. Formulasi Sanksi Pidana *Cyber Pornography*

Di dalam Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 telah diatur bagaimana merumuskan ketentuan pidana yang menyatakan penjatuhan pidana atas pelanggaran terhadap ketentuan yang berisi norma larangan atau perintah. Dalam merumuskan ketentuan pidana perlu diperhatikan asas-asas umum ketentuan pidana yang terdapat dalam Buku I KUHP, karena ketentuan dalam Buku Kesatu berlaku juga bagi perbuatan

¹²¹Bahder Johan Nasution, *Hukum Kesehatan Pertanggungjawaban Dokter*, Rineka Cipta, Jakarta, 2002, hlm. 54.

yang dapat dipidana menurut peraturan perundang-undangan lain, kecuali jika oleh Undang-Undang ditentukan lain (Pasal 103 KUHP).

Rumusan ketentuan pidana harus menyatakan dengan tegas akan kualifikasi pidana apakah bersifat kumulatif, alternatif, atau kumulatif alternatif. Perumusan dalam ketentuan pidana harus menunjukkan dengan jelas unsur-unsur perbuatan pidana bersifat kumulatif atau alternatif.

Pada dasarnya, pidana itu ditujukan sebagai suatu penderitaan atau nestapa bagi pelaku tindak pidana atas kesalahannya. Adanya penderitaan tersebut dalam bentuk pidana telah mengakibatkan hukum pidana mendapatkan tempat tersendiri di antara hukum yang lain, yang mana menurut pendapat para sarjana, hukum pidana itu dipandang sebagai *ultimum remedium* atau sebagai upaya terakhir yang harus dipergunakan untuk memperbaiki tingkah laku manusia.¹²²

Pola pembedaan yang digunakan selama ini pada umumnya mengacu pada KUHP atau pendapat para ahli hukum pidana yang telah melakukan pengelompokan atau penggolongan tindak pidana. Misalnya, mengelompokkan tindak pidana yang ditentukan dalam KUHP secara kualitatif dengan cara melihat pelanggaran berbagai kepentingan yang dilindungi.

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.

¹²²Lamintang, P.A.F, *Op. Cit.*, hlm. 6-17.

Remmelink mengingatkan, sebelum menentukan kategorisasi tindak pidana dan ancamannya, haruslah memahami makna tindak pidana itu sendiri. Tindak pidana adalah perilaku yang pada waktu tertentu dalam konteks suatu budaya, dianggap tidak dapat ditolerir dan harus diperbaiki dengan mendayagunakan sarana yang disediakan oleh hukum pidana. Lebih lanjut Remmelink juga menyatakan bahwa perbuatan tersebut dapat berupa gangguan atau menimbulkan bahaya terhadap kepentingan sehingga kepentingan tersebut harus dilindungi. Dalam rangka melindungi kepentingan hukum, pembuat undang-undang perlu memfokuskan pada tindakan-tindakan yang bersifat menyakiti, merugikan, dan tindakan yang membayakan (nyawa, badan atau barang) lainnya.¹²³

Jika di dalam peraturan perundang-undangan tidak ada pengelompokan bab per bab, 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. Selain itu, perlu dihindari akan adanya pengacuan kepada KUHP, jika elemen atau unsur-unsur dari norma yang diacu tersebut tidak sama. Hindari pula penyusunan rumusan sendiri yang berbeda atau tidak terdapat di dalam norma-norma yang diatur dalam undang-undang mengenai tindak pidana khusus.

Jika ketentuan pidana berlaku bagi siapapun, subjek dari ketentuan pidana dirumuskan dengan frasa setiap orang atau tanpa hak, apabila ketentuan pidana

¹²³Jan Remmelink, *Op. Cit.*, hlm. 61.

hanya berlaku bagi subjek tertentu, subjek itu dirumuskan secara tegas, misalnya, orang asing, pegawai negeri, saksi.

Jika suatu peraturan perundang-undangan yang memuat ketentuan pidana akan diberlakusurutkan, ketentuan pidananya harus dikecualikan, mengingat asas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menyatakan bahwa ketentuan pidana tidak boleh berlaku surut.

Subjek hukum atau pelaku tindak pidana *cyber pornography* terdiri dari manusia (*naturlijke person*) dan korporasi (*rechtsperson*). Terhadap pelaku orang/manusia (*naturlijke person*) yang sering diterapkan sanksi pidana, sedangkan terhadap korporasi belum efektif.

Secara umum, formulasi sanksi pidana dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik dan Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi telah mengalami kemajuan di mana tujuan pemidanaan dan pedoman pemidanaan sudah dirumuskan secara jelas dan rinci sebagai bagian untuk menentukan batas pemidanaan (*the limit of sentencing*) dan penentuan bobot pemidanaan (*the level of sentencing*). Ketentuan dalam pemidanaan ini kemudian dipertegas dengan penentuan jenis-jenis sanksi yang memberikan alternatif bagi pengadilan untuk menentukan sanksi yang patut bagi pelaku berdasarkan tingkat kejahatan, kondisi pelaku dan keadaan-keadaan lainnya sehingga tidak ada penyamarataan (*indiscriminately*) atas penjatuhan pidana.

M. Cherif Bossouni dalam “*Substantive Criminal Law*” mengemukakan adanya 3 (tiga) kebijakan, yaitu:

Kebijakan formulatif/legislasi, kebijakan aplikatif/yudikatif dan kebijakan administratif/eksekusi. Kebijakan formulatif merupakan kebijakan yang bersifat strategis dan menentukan, oleh karena kesalahan dalam kebijakan legislasi akan berpengaruh terhadap kebijakan aplikatif/yudikatif.¹²⁴

Formulasi perumusan sanksi pidana (*strafsoort*) dan beberapa sistem perumusan lamanya saksi pidana (*strafmaat*). Pada dasarnya, menurut ilmu pengetahuan hukum pidana dikenal beberapa sistem jenis perumusan sanksi pidana (*strafsoort*) yaitu sistem perumusan tunggal/imperatif, sistem perumusan alternatif, sistem perumusan kumulatif, sistem perumusan kumulatif-alternatif (campuran/gabungan) dan sistem perumusan buta/*blank*.

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.¹²⁵

Kebijakan legislasi sistem perumusan jenis sanksi pidana (*strafsoort*) mempergunakan sistem perumusan kumulatif dan sistem perumusan kumulatif-alternatif (campuran/gabungan) dan untuk sistem perumusan lamanya saksi pidana

¹²⁴Lilik Mulyadi, *Kompilasi Hukum Pidana Dalam Perspektif Teoretis Dan Praktik Peradilan (Perlindungan Korban Kejahatan, Sistem Peradilan dan Kebijakan Pidana, Filsafat Pemidanaan serta Upaya Hukum Peninjauan Kembali Oleh Korban Kejahatan)*, CV Mandar Maju, Bandung, 2010, hlm. 145.

¹²⁵Lilik Mulyadi, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi Dan Victimologi*, PT Djambatan, Jakarta, 2004, hlm. 21.

(*strafmaat*) mempergunakan *sistem indefinite sentence* dan *sistem determinate sentence*. Untuk lebih jelasnya sebagai berikut:

- a. 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;
- b. Sistem perumusan kumulatif-alternatif merupakan pola sistem perumusan yang secara langsung adalah gabungan bercirikan nuansa kepastian hukum (*rechts-zekerheids*) dan nuansa keadilan;
- c. 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; dan
- d. 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.

Sistem perumusan lamanya sanksi pidana (*strafmaat*) menganut 2 (dua) jenis *strafmaat* yaitu: Pertama, menganut sistem *fixed/indefinite sentence system* atau sistem maksimum. Lazimnya, 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. Menurut Collin Howard, segi positifnya adalah sebagai berikut:

- a. Dapat menunjukkan tingkat keseriusan masing-masing tindak pidana;
- b. Memberikan fleksibilitas dan diskresi kepada kekuasaan pemidanaan;
- c. Melindungi kepentingan si pelanggar itu sendiri dengan menetapkan batas-batas kebebasan dari kekuasaan pemidanaan.¹²⁶

Ketiga aspek positif dari sistem maksimum mengandung aspek perlindungan masyarakat dan individu. Aspek perlindungan masyarakat terlihat dengan ditetapkannya ukuran obyektif berupa maksimum pidana sebagai simbol kualitas norma-norma sentral masyarakat yang terkandung dalam perumusan delik bersangkutan. Aspek perlindungan individu terlihat dengan diberikannya kebebasan kepada hakim untuk memilih lamanya pidana dalam batas-batas minimum dan maksimum yang telah ditetapkan. Sedangkan sisi negatif sistem maksimum ini adalah:

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

Kebijakan aplikatif *sistem determinate sentence* ini praktik peradilan menyikapi dengan 2 (dua) pendapat yang berbeda, *pertama* Hakim tidak boleh

¹²⁶Lilik Mulyadi, *Bunga Rampai Hukum Pidana (Perspektif, Teoretis, Praktik Dan Permasalahannya)*, Alumni, Bandung, 2010, hlm. 248.

¹²⁷*Ibid.*

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 pemidanaan induk dalam KUHP. Penyimpangan ini dapat dibenarkan, namun seharusnya disertai dengan aturan penerapannya secara khusus, karena:

- a. Suatu ancaman pidana tidak dapat begitu saja diterapkan/dioperasionalkan hanya dicantumkan dalam perumusan delik, pencantuman ancaman pidana hanya merupakan sub-sistem dari keseluruhan sistem pemidanaan
- b. Untuk dapat diterapkan harus ada aturan pemidanaan (*strafstoemingsregel*) terlebih dahulu.
- c. Aturan penerapan pidana yang ada selama ini diatur dalam aturan umum (KUHP) sebagai sistem induk.
- d. Aturan (pemisidanaan) umum dalam KUHP semuanya berorientasi pada sistem maksimal, tidak pada sistem minimal.
- e. Oleh karena itu apabila undang-undang di luar KUHP akan menyimpang dari sistem umum KUHP, maka undang-undang di luar KUHP harus membuat aturan pemidanaan khusus sesuai dengan ketentuan Pasal 103 KUHP.¹²⁸

Konsiderans Undang-Undang Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi “bahwa pembuatan, penyebarluasan, dan penggunaan

¹²⁸Barda Nawawi Arief, *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan, “Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana dan Perbandingan Beberapa Negara”*, Badan Penerbit Undip, Semarang, 2009, hlm. 51.

pornografi semakin berkembang luas di tengah masyarakat yang mengancam kehidupan dan tatanan sosial masyarakat Indonesia”.

Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik disebutkan:

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 yang melanggar kesucilaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Sistem perumusan sanksi pidana dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik adalah alternatif kumulatif, mengingat bentuk perumusannya adalah “...dan/atau...”

- 1) Sistem Perumusan Sanksi Pidana Dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik. Sanksi (*strafsoort*) pidana dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik yaitu pidana penjara dan denda.
- 2) Sistem Perumusan Lamanya Pidana Dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik. Perumusan lamanya pidana dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik adalah:
 - a) Maksimum khusus pidana penjara dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik paling lama 12 tahun dan paling sedikit tidak disebutkan. Pasal 45 ayat (1) paling lama 6 (enam) tahun.
 - b) Maksimum khusus pidana denda berkisar antara Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah), dan paling banyak Rp 12.000.000.000,00 (dua belas milyar

rupiah). Pasal 45 ayat (1) paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

3) Pedoman Pidana Dalam Undang-Undang Informasi Dan Transaksi Elektronik Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik tidak mencantumkan pedoman pidana, Idealnya perlu menginggat sebagai berikut:

- a) Dalam undang -undang ini merumuskan korporasi sebagai subyek tindak pidana, tetapi pedoman pidana terhadap pertanggungjawaban korporasi dirumuskan dalam penjelasan pasal, seharusnya terhadap pertanggungjawaban korporasi harus dirumuskan dalam pasal.
- b) Dalam undang-undang ini tidak dibuat pedoman ketika korporasi tidak membayar denda dan tidak pula membuat pedoman pidana pengganti denda terhadap korporasi.

Pasal 29 Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi disebutkan bahwa:

Setiap orang yang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarluaskan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan pornografi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000,00 (enam miliar rupiah).

Sistem perumusan sanksi pidana dalam Undang-undang Pornografi adalah alternatif kumulatif, menginggat bentuk ...dan/ atau...

1) Sistem Perumusan Sanksi Pidana Dalam Undang -Undang Pornografi

Saksi (*strafsoort*) pidana dalam Undang-Undang Pornografi yaitu pidana penjara dan denda, serta pidana tambahan terhadap korporasi sebagaimana disebutkan dalam Pasal 41 berupa Pembekuan izin usaha, Pencabutan izin usaha, Perampasan kekayaan hasil tindak pidana dan Pencabutan status badan hukum.

Sanksi pidana menurut Barda Nawawi Arief memiliki sejumlah kelemahan:

Diantaranya adalah dalam operasionalisasinya memerlukan sarana pendukung yang lebih bervariasi seperti berbagai undang-undang, lembaga/aparat pelaksana dan lebih menuntut biaya yang tinggi. Penggunaan sanksi pidana hanya bersifat simptomatik bukan kausatif karena sebab-sebab kejahatannya sendiri berada jauh di luar jangkauan hukum pidana. Penggunaan sanksi pidana hanya merupakan bagian kecil dari keseluruhan kontrol sosial, efektivitas sanksi pidana masih tergantung pada banyak faktor sehingga masih sering dipermasalahkan dan sebagainya.¹²⁹

Dalam hal tindak pidana pornografi yang dilakukan korporasi, selain pidana penjara dan denda terhadap pengurusnya, dijatuhkan pula pidana denda terhadap korporasi dengan ketentuan maksimum pidana dikalikan 3 (tiga) dari pidana denda yang ditentukan dalam setiap pasal. Hal demikian, sesuai dengan ketentuan Pasal 40 ayat (7).

2) Sistem Perumusan Lamanya Pidana Dalam Undang-Undang Pornografi

Perumusan lamanya pidana dalam Undang-undang Pornografi adalah:

- a) Maksimum khusus pidana penjara paling singkat singkat 6 (enam) dan paling lama 15 tahun;
- b) Maksimum khusus pidana denda berkisar antara Rp. 250.000.000,00 paling banyak Rp.7.500.000.000,00. Pidana denda yang dikenakan kepada

¹²⁹Barda Nawawi Arief, *Perumusan Ketentuan Pidana Dalam Perumusan/Pembuatan Peraturan Perundang-undangan*, BPHN, Jakarta, 2010, hlm. 72.

korporasi apabila dinilai secara nominal, dengan maksimum khusus denda berkisar antara Rp.250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) sampai Rp.7.500.000.000,00 (tujuh miliar lima ratus juta rupiah), jumlahnya sangat sedikit dibandingkan dengan keuntungan yang diperoleh dari hasil kejahatannya.

3) Pedoman Pemidanaan Dalam Undang-undang Pornografi

Dalam Undang-Undang pornografi tidak ada pengaturan secara tegas dan jelas yang bersifat sebagai pedoman pemidanaan atau cara bagaimana pidana dilaksanakan (*strafmodus*), dalam hal:

- a) Pidana denda tidak dibayar oleh korporasi;
- b) Tidak ada pedoman pemidanaan bagi hakim dalam penjatuhan pidana, terutama jika muncul percobaan dan penyertaan dalam melanggar ketentuan di atas.

Didalam KUHP tidak ada rumusan Pasal yang menyebutkan secara jelas dan tegas tentang Pornografi. Masalah Pornografi dapat dikategorikan sebagai kejahatan terhadap kesusilaan, pengaturannya ada dalam Bab XIV mulai Pasal 281 sampai dengan Pasal 303 bis.

Perumusan tindak pidana kesusilaan dalam KUHP yang dapat digunakan terhadap tindak pidana *cyber pornography*, terdapat pada pasal-pasal sebagai berikut:

- 1) Pasal 282 Unsur-unsur tindak pidana dari Pasal 282 ayat (1), ayat (2) dan (3), adalah sebagai berikut: a)Menyiarkan; b)Mempertunjukkan, atau menempelkan di muka umum tulisan, gambar atau benda, yang telah diketahui isinya

melanggar kesusilaan; c) Memasukkannya ke dalam negeri, meneruskannya, mengeluarkannya dari dalam negeri atau d) Mempunyai dalam persediaan; e) Menjadikan hal tersebut di atas sebagai pencaharian atau kebiasaan.

Batasan gambaran atau benda yang isinya melanggar kesusilaan adalah sangat luas, karena tidak dijelaskan pengertian kesusilaan yang bagaimana menurut undang-undang. Undang-undang harus menyebutkan secara jelas batasan kesusilaan, karena hal ini untuk menghindari penafsiran yang berbeda-beda dari setiap orang.

Menurut Barda Nawawi Arief, delik kesusilaan adalah:

Delik yang berhubungan dengan (masalah) kesusilaan. Apabila dikaji lebih mendalam, ternyata tidaklah mudah untuk memberikan pengertian dan batasan kesusilaan cukup luas dan berbeda-beda menurut pandangan dan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Terlebih pada dasarnya setiap delik atau tindak pidana mengandung di dalamnya pelanggaran terhadap nilai-nilai kesusilaan.¹³⁰

2) Pasal 283 Dalam Pasal 283 ayat (1) dan ayat (2) disebutkan menyerahkan atau memperlihatkan tulisan, gambar atau benda yang melanggar kesusilaan. Dengan tanpa memberikan batasan atau pengertian yang jelas mengenai kesusilaan, sehingga dapat dikatakan sama dengan Pasal 282 artinya, bahwa pornografi merupakan hal yang bertentangan dengan pandangan masyarakat umumnya tentang kepatutan dan kesopanan. Penyebarluasan gambar, tulisan atau benda yang melanggar kesusilaan tadi dilakukan dengan cara menawarkan atau memberikan untuk terus maupun untuk sementara waktu. Secara umum

¹³⁰Nyoman Serikat Putra Jaya, *Op. Cit.*, hlm. 25.

penyebarluasan gambar tadi dapat dilakukan dengan melalui beberapa cara, baik menggunakan media komunikasi, media cetak, media elektronik lainnya.

3) Pasal 289 KUHP:

a) Dalam rumusan Pasal 289 tidak menyebutkan secara jelas tentang cara melakukan penyebarluasan perbuatan yang melanggar kesusilaan. Cara apa yang digunakan untuk melakukan penyebarluasan perbuatan yang melanggar kesusilaan merupakan hal penting, karena ini berkaitan dengan media komunikasi yang digunakan. Dari beberapa kasus kejahatan internet, apabila pelaku dapat ditangkap oleh Polisi, akan digunakan hukum Negara di mana pelaku ditangkap.

b) Pasal 289 ini menekankan pada mereka yang dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seseorang untuk melakukan perbuatan cabul, diancam karena melakukan perbuatan yang menyerang kehormatan kesusilaan.

c) Pasal ini dapat dikenakan pada mereka yang memaksa seseorang untuk melakukan perbuatan cabul. Yang dimaksud dengan seseorang disini tidaklah jelas, dapat orang dewasa maupun anak-anak. Jadi, digunakan untuk menangkapi orang dewasa yang menyuruh orang lain untuk melakukan perbuatan cabul tersebut.

4) Pasal 290 Pasal ini lebih tepat digunakan untuk menangkap pelaku Paedophiliayang bermunculan di internet. Para pelaku Paedophilian adalah para mereka yang memiliki kelainan atau penyimpangan seksual yaitu melakukan hubungan seksual dengan anak-anak.

Masalah Paedophilia di internet juga merupakan suatu masalah penting sebagaimana halnya dengan *cyber child pornography*. Pasal 290 dapat diterapkan untuk pelaku tindak pidana *cyber child pornography* untuk unsur “seseorang melakukan perbuatan cabul tadi dengan seseorang yang umumnya belum mencapai lima belas tahun atau belum waktunya untuk dikawin”.

Sistem Perumusan Pertanggungjawaban Pidana Dalam Tindak Pidana Kesusilaan di KUHP Sistem perumusan pertanggungjawaban pidana dalam tindak pidana kesusilaan berhubungan dengan subyek tindak pidana kesusilaan, yaitu individu. Dalam KUHP, sistem pertanggungjawaban pidana berdasarkan pada asas kesalahan.

Sistem Perumusan Sanksi, Jenis Sanksi, Lamanya Pidana Serta Pedoman Pemidanaan Terhadap Kejahatan Kesusilaan Dalam KUHP Sistem perumusan sanksi pidana mengenai kejahatan kesusilaan dalam KUHP adalah sistem alternatif dan perumusan pidana pokok secara tunggal. Penggunaan sistem alternatif terdapat pada sebagian besar sistem perumusan sanksi pidana dalam KUHP.

Sistem Perumusan Jenis Sanksi Pidana Dalam Tindak Pidana Kesusilaan Dalam KUHP Perumusan jenis sanksi pidana (*strafsoort*) dalam tindak pidana kesusilaan dalam KUHP terdiri atas pidana penjara dan pidana denda. Lamanya pidana (*strafmaat*) penjara dalam kejahatan kesusilaan diancamkan bervariasi, mulai dari yang terendah 9 (Sembilan) bulan sampai dengan 9 (Sembilan) tahun. Untuk pidana denda paling rendah Rp.300 (Tiga Ratus Rupiah) dan paling tinggi Rp.3.000,00 (Tiga Ribu Rupiah). Minimum umum menurut Pasal 12 ayat (2) KUHP untuk pidana penjara selama waktu tertentu paling pendek adalah satu hari

dan paling lama lima belas tahun berturut-turut; ayat (4) menegaskan bahwa pidana penjara selama waktu tertentu sekali-kali tidak boleh lebih dua puluh tahun.

Pedoman Pemidanaan Dalam KUHP. Pasal 30 ayat (2) dan (3) KUHP mengenai pidana denda, disebutkan jika denda tidak dibayar, lalu diganti dengan kurungan; lamanya kurungan pengganti paling sedikit adalah satu hari dan paling lama enam bulan; kurungan pengganti sekali -kali tidak boleh lebih dari delapan bulan (Pasal 30 ayat (6)). KUHP mengatur dalam hal denda tidak dibayar dan diganti kurungan yang tidak boleh lebih dari delapan bulan.

BAB V PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan uraian pada bab pembahasan, maka dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut:

1. Pengaturan Cyber Pornography Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana Dalam Peraturan Perundang-Undangan diatur dalam Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik dan Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, akan tetapi undang-undang pornografi tidak mengatur dunia maya, karena itu apabila terjadi pelanggaran tindak pidana kesusilaan pada dunia maya, maka penegak hukum menggunakan Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik dan Undang-Undang Nomor Pornografi.
2. Kesalahan dan Sanksi Pidana Cyber Pornography Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana, Kesalahan dirumuskan dengan sengaja melakukan perbuatan tindak pidana Cyber Pornography, sedangkan sanksi pidana dirumuskan alternatif-kumulatif (pidana penjara dan/ atau pidana denda) dengan ancaman pidana yang berbeda yaitu: Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik disebutkan ancaman hukuman dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). Pasal 29

Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi disebutkan ancaman hukuman dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau pidana denda paling sedikit Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000,00 (enam miliar rupiah).

B. Saran

Berdasarkan kesimpulan tersebut di atas, maka Penulis merekomendasikan kepada:

1. Pembuat kebijakan untuk merevisi penjelasan Pasal 4 ayat (1) dan penjelasan Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 Tentang Pornografi, karena memiliki atau menyimpan produk pornografi untuk kepentingan dirinya adalah termasuk memiliki atau menyimpan benda-benda terlarang karena itu melanggar norma agama. Karena Undang-Undang hanya merumuskan dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang; kekerasan seksual; masturbasi atau onani; ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan; alat kelamin; atau pornografi anak.
2. Penyidik Polri untuk tidak berlebihan dalam penegakan hukum sebagaimana yang terjadi pada kasus Anastasia atau Gisel dan MYD tidak merupakan bagian atau sengaja menyebarkan (video syur), maka penegakan hukum itu jangan berlebihan". Di sini Tidak ada niat (*Mens Rea*) menyebarkan video pornografi tersebut, tersebarnya video tersebut karena Hand Phonenya hilang, akibatnya

disebarkan oleh orang lain, artinya pelaku tindak pidana dalam kasus tersebut adalah orang yang menyebarkan.

DAFTAR PUSTAKA

I. Buku-Buku:

- Abdulkadir Muhammad. 2004. *Hukum Dan Penelitian Hukum*. Citra Aditya Bakti. Bandung.
- Abdul Wahid dan Mohammad Labib. 2010. *Kejahatan Mayantara (Cyber Crime)*. Refika Aditama. Bandung.
- Adami Chazawi dan Ardi Ferdian. 2011. *Tindak Pidana Informasi & Transaksi Elektronik Penyerangan Terhadap Kepentingan Hukum Pemanfaatan Teknologi Informasi dan Transaksi Elektronik*. Banyumedia Publishing. Malang.
- Andi Hamzah. 1986. *Bunga Rumpai Hukum Pidana dan Acara Pidana*. Ghalia Indonesia. Jakarta.
- _____.1992. *KUHP Dan KUHP*. Edisi Digabungkan Dalam Satu Buku. Cet. 2. Roneka Cipta. Jakarta.
- _____.2010. *Asas-asas Hukum Pidana*. Cet. I. Bina Aksara. Jakarta.
- _____.2011. *Delik-delik tertentu (special delicten) di Dalam KUHP*. Sinar Grafika. Jakarta.
- Andi Zainal Abidin. 1983. *Bunga Rampai Hukum Pidana*. Pradnya Paramita. Jakarta.
- _____.1985. *Asas-Asas Hukum Pidana: Bagian Pertama*. Alumni. Bandung.
- Bahder Johan Nasution. 2002. *Hukum Kesehatan Pertanggungjawaban Dokter*. Rineka Cipta. Jakarta.
- Bambang Poernomo. 2001. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Ghalia Indonesia. Jakarta.
- Barda Nawawi Arief. 1996. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. PT.Citra Aditya Bakti. Bandung.
- _____.2006. *Tindak pidana mayantara: perkembangan kajian cybercrime di Indonesia*. Raja Grafindo Persada. Jakarta.
- _____.2009. *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan, "Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana dan Perbandingan Beberapa Negara"*. Badan Penerbit Undip. Semarang.

- _____.2010. *Perumusan Ketentuan Pidana Dalam Perumusan/Pembuatan Peraturan Perundang – undangan*. BPHN. Jakarta.
- Budi Suhariyanto. 2012. *Tindak Pidana Teknologi Informasi (Cybercrime): Urgensi Pengaturandan Celah Hukumnya*. Rajawali Pers. Jakarta.
- Depdikbud. 1990. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Balai Pustaka. Jakarta.
- Dewi Bunga. 2012. *Prostitusi Cyber Diskursus Penegakan Hukum Dalam Anatomi Kejahatan Transnasional*. Udayana University Press. Denpasar.
- Dikdik M. Arief Mansur& Elisatris Gultom. 2005. *Cyber Law-Aspek Hukum Teknologi Informasi*. Refika Aditama. Bandung.
- Evi Hartanti. 2006. *Tindak Pidana Korupsi*. Sinar Grafika. Jakarta.
- E. Y. Kanter dan S.R. Sianturi. 2002. *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*. Storia Grafika. Jakarta.
- Hanafi Amrani dan Mahrus Ali. 2015. *Sistem Pertanggungjawaban Pidana*. Rajawali Pers. Jakarta.
- Jan Remmelink. 2003. *Hukum Pidana Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*. Gramedia Pustaka Utama. Jakarta.
- Johnny Ibrahim. 2006. *Teori Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Bayumedia Publishing. Surabaya.
- Komariah Emong Sapardjaja. 2002. *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia: Studi Kasus tentang Penerapan Perkembangan dalam Yurisprudensi*. Alumni. Bandung.
- Leden Marpaung. 1991. *Unsur-unsur Perbuatan yang Dapat Dihukum (Deik)*. Cetakan Pertama. Sinar Grafika. Jakarta.
- Lilik Mulyadi. 2004. *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi Dan Victimologi*. Djambatan. Jakarta.
- _____.2010. *Kompilasi Hukum Pidana Dalam Perspektif Teoretis Dan Praktik Peradilan (Perlindungan Korban Kejahatan, Sistem Peradilan dan Kebijakan Pidana, Filsafat Pemidanaan serta Upaya Hukum Peninjauan Kembali Oleh Korban Kejahatan)*. Mandar Maju. Bandung.

- _____.2010. *Bunga Rampai Hukum Pidana (Perspektif, Teoretis, Praktik Dan Permasalahannya)*. PT Alumni. Bandung.
- Mahrus Hanafi. 2015. *Sisitem Pertanggung Jawaban Pidana*. Cetakan pertama. Rajawali Pers. Jakarta.
- Mardjono Reksodiputro. 2007. *Hak Asasi Manusia Dalam Sistem Peradilan Pidana*. Kumpulan Karangan Buku Ketiga, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia. Jakarta.
- Moeljatno. 1955. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*. Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada. Jogyakarta.
- _____.1983. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Cet. I. Bina Aksara. Jakarta.
- _____.1983. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*. Bina Aksara. Jakarta.
- _____.1987. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*. Bina Aksara. Jakarta.
- _____.2009. *Asas Asas Hukum Pidana*. Rineka Cipta. Jakarta.
- Mohammad Daud. 2004. *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*. Cet. 11. RajaGrafindo. Jakarta.
- Moore. R. 2005. *Cyber crime: Investigating High-Technology Computer Crime*. Anderson Publishing. Mississippi.
- Muladi. 1985. *Lembaga Pidana Bersyarat*. Alumni. Bandung.
- Muladi dan Barda Nawawi Arif. 1984. *Teori teori dan Kebijakan Pidana*. Alumni. Bandung.
- _____.2005. *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*. Cet. Ketiga. Alumni. Bandung.
- M. Yahya Harahap. 2000. *Pembahasan, Permasalahan dan Penerapan KUHAP (Penyidikan dan Penuntutan)*. Sinar Grafika. Jakarta.
- Neng Djubaedah. 2013. *Pornografi dan Pornoaksi*. Fajar Interpratama offset. Jakarta.
- Nyoman Serikat Putra Jaya. 2008. *Beberapa Pemikiran Kearah Pengembangan Hukum Pidana*. PT. Citra Aditya Bakti. Bandung.

- P.A.F. Lamintang. 1985. *Dasar Dasar Hukum Pidana Indonesia*. PT. Citra Aditya Bakti. Jakarta.
- _____.1990. *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*. Bandung. Sinar Baru.
- Peter Mahmud Marzuki. 2009. *Penelitian Hukum*. Kencana Pranada Media Group. Jakarta.
- Pipin Syarifin. 2000. *Hukum Pidana di Indonesia*. Pustaka Setia. Bandung.
- Ridwan H.R. 2006. *Hukum Administrasi Negara*. Raja Grafindo Persada. Jakarta.
- Roeslan Saleh. 1983. *Pikiran-pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*. Cetakan Pertama. Ghalia Indo. Jakarta.
- _____.1983. *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*. Aksara Baru. Jakarta.
- R. Soesilo. 1981. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)*. Karya Nusantara. Bandung.
- _____.1996. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)*. Politeia. Bagor.
- Siswanto Sunarso. 2005. *Penegakan Hukum Psicotropika Dalam Kajian Sosiologi Hukum*. Rajawali Pers. Jakarta.
- Soedarto. 1981. *Hukum dan Hukum Pidana*. Alumni. Bandung.
- S.R. Sianturi. 1986. *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Alumni AHAEM-PTHAEM. Jakarta.
- Sudikno Mertokusumo.1999. *Mengenal Hukum Sebuah Pengantar*. Penerbit Liberty. Yogyakarta.
- Sutan Remy Sjahdeini. 2006. *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*. Grafiti Pers. Jakarta.
- Tongat. 1999. *Tindak Pidana Tertentu Dalam KUHP*. UMM Press. Malang.
- Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah. 2005. *Politik Hukum Pidana*. Pustaka Pelajar. Yogyakarta.
- Widodo Prabowo P, Dkk. 2011. *Pemodelan Sistem Berorientasi Obyek Dengan UML*. Graha Ilmu. Yogyakarta.
- Zainal Abidin Farid. 2014. *Hukum Pidana 1*. Sinar Grafika. Jakarta.

II. Peraturan Perundang-Undangan:

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76).

Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 181).

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).

III. Jurnal:

Relly Komaruzaman, "Pornografi", artikel diakses pada 26 Nopember 2014 dari <http://id.m.wikipedia.org/wiki/pornografi>. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

Sahuri Lasmadi, *Tindak Pidana Dunia Maya Dalam Perspektif Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Infomarsi Dan Transaksi Elektronik*, Online-Journal. Unja.ac.id, vol.2 No.4. Dikases tanggal 5 Maret 2021.

Yuni Kartika, Andi Najemi, *Kebijakan Hukum Perbuatan Pelecehan Seksual (Catcalling) dalam Perspektif Hukum Pidana*, PAMPAS: Journal Of Criminal Volume 1 Nomor 2, 2020, hal. 2. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

IV. Internet:

Adek We, "Cyber Crime", artikel diakses pada 30 November 2015 dari http://www.academia.edu/6752746/CYBER_CRIME. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

Associated Press, *Pornografi dalam Media Massa*, Dewan Pers.or.id. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

Endra Kurniawan, Kasus Gisel dan MYD, Penegakan Hukum Jangan Berlebihan, Jangan Hancurkan Masa Depan,

<https://www.tribunnews.com/seleb/2021/01/05/>. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

Ira Rahayu, *Penegakan Hukum Terhadap Tindak Pidana Memperjualbelikan Video Disc Porno Berdasarkan Pasal 29*, Jom.unri.ac.id. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

Kumparan. 2019 Vanessa Angel Tersangka UU ITE <https://kumparan.com/kumparanews/vanessa-angletersangka-uu-ite-diduga-sebar>. Diakses tanggal 5 November 2020.

Putra, <https://salamadian.com/pengertian-cyber-crime/>. Diakses tanggal 7 November 2020.

Sovia Hasanah, <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4b86b6c16c7e4/aturan-tentang-icyber-pornography-i-di-indonesia/>. Diakses tanggal 5 Maret 2021.

Theresia Ruth Simanjuntak, [Kompas.com](https://www.kompas.com) dengan judul "Fakta-fakta Penetapan Tersangka Gisel dan Michael Yukinobu de Fretes dalam Video Syur". Diakses tanggal 5 Maret 2021.