

**BAB IV**  
**CARA MENENTUKAN KESALAHAN DAN SANKSI PIDANA**  
**PERBUATAN UJARAN KEBENCIAN YANG BERKONTEN**  
**SARA UNTUK DAPAT DIPERTANGGUNGJAWABKAN**  
**SECARA PIDANA**

**A. Menentukan Kesalahan Pelaku Tindak Pidana Ujaran Kebencian**

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 (*Mens rea*).

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 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), penggelapan Pasal 372 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), membunuh Pasal Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan sebagainya. Sedangkan contoh dari perbuatan yang negatif yaitu: tidak melaporkan kepada yang berwajib, sedangkan ia mengetahui ada komplotan untuk merobohkan negara Pasal 165 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), membiarkan orang dalam dalam

sengsara, sedangkan ia berkewajiban memberikan pemeliharaan kepadanya  
Pasal 304 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (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 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (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 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (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 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) disebutkan: "memiliki barang itu dengan melawan hukum (melawan hak)". Sifat dapat dipidana artinya bahwa perbuatan itu harus diancam

dengan pidana, oleh suatu norma pidana yang tertentu. Sifat dapat dipidana ini bisa hilang, jika perbuatan itu tidak ada unsur kesalahan, walaupun telah diancam pidana dengan undang-undang tetapi telah dilakukan dalam keadaan-keadaan yang membebaskan terdakwa hal ini diatur dalam pasal 44, 48, 49, 50 dan 51 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) .

#### 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 28 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 tahun 2008 tentang ITE (Informasi dan Transaksi Elektronik) tersebut, maka dapat dipahami bahwa Pasal 28 ayat (2) terdiri dari unsur subjektif, yaitu: dengan sengaja dan tanpa hak, unsur objektifnya Perbuatan atau kelakuan manusia berupa menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antargolongan (SARA), sedangkan 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.

Penjelasan terhadap apa yang dimaksud dengan "direncanakan terlebih dahulu" dapat dilihat dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) yang menyatakan bahwa istilah *met voorbedachte rade* atau direncanakan lebih dahulu menunjuk pada suatu saat untuk menimbang dengan tenang,<sup>110</sup> Unsur dengan rencana terlebih dahulu mengandung tiga unsur, yaitu:

- 1) Memutuskan kehendak dalam suasana tenang.
- 2) Ada tersedia waktu yang cukup sejak timbulnya kehendak sampai dengan pelaksanaan kehendak.
- 3) Pelaksanaan kehendak (perbuatan) dalam suasana tenang.

Terhadap pelaku tindak pidana selain memang ada niat untuk menyebarkan ujaran kebencian tersebut, perbuatan tersebut diawali dengan rencana yang dipikirkan terlebih dahulu dengan tenang Misalnya, dengan cara bagaimana sebaiknya perbuatan akan dilakukan. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak ada penjelasan tentang apa yang dimaksud dengan "direncanakan terlebih dahulu" Penjelasan terhadap apa yang dimaksud dengan direncanakan terlebih dahulu dapat dilihat dalam *Memorie van Toelichting* (MvT) yang menyatakan bahwa istilah *met voorbedachte rade* atau direncanakan lebih dahulu menunjuk pada suatu saat untuk menimbang dengan tenang.

Menurut Memori Penjelasan, bahwa berencana disyaratkan "saat untuk menimbang dengan tenang dan berpikir secara mantap". Rencana terlebih dahulu itu

---

<sup>110</sup>Tongat, *Hukum Pidana Materiil Tinjauan Atas Tindak Pidana Terhadap Subyek Hukum Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Djambatan, Jakarta, 2003, hlm. 23.

mendahului pelaksanaan perbuatan, jadi mendahului perbuatan dengan sengaja. Ciri menimbang dengan tenang dan berpikir secara mantap tidak sesuai dengan kenyataan. Ketenangan dan kemantapan itu sering tidak besar. Kecuali itu, yang menjadi persoalan tidak begitu mengenai keadaan batin, tetapi mengenai persiapann

Istilah "*mens rea*" atau niat jahat merupakan istilah yang dipakai oleh negara-negara *common law* untuk menandakan "kesalahan" pada perbuatan seseorang Michael J. Allen menyatakan bahwa "*Where a person has performed act or brought about consequences which constitute the actus reus of an offence. he will generally be found of the offence only if he had the necessary mens rea at the time he acted.*"<sup>111</sup>

Menurut Chairul Huda, baik di negara-negara *civil law*, maupun *common law*, kesalahan atau *mens rea*, justru dipandang sebagai nilai etis dari pembedanaan. Apakah berdasarkan asas "*geen straf zonder schuld*" atau dalam istilah latin "*actus non est reus nisi mens sit rea*", unsur kesalahan atau *mens rea* menjadi sangat penting dalam penjatuhan pidana kepada pelaku kejahatan.<sup>112</sup>

Membahas tentang "Niat Jahat (*Mens Rea*)" dalam suatu pembedanaan, maka secara esensinya tidak terlepas dari adanya "kehendak bebas" pada diri manusia. Dalam kajian hukum pidana, "kehendak bebas" melahirkan dua aliran dalam tujuan pembedanaan (pertanggungjawaban pidana), yaitu aliran klasik (*classical school*) dan aliran positif. Aliran (*classical school*) memandang bahwa manusia mempunyai

---

<sup>111</sup>Michael J.Allen, *Textbook on Criminal Law*, Blackstone Press Limited, London, 1991, hlm. 48.

<sup>112</sup>Chairul Huda, *Op.Cit.*, hlm. 74.

kehendak bebas untuk berbuat sesuatu. Ketika perbuatan manusia itu bertentangan dengan hukum (melakukan kejahatan), maka seseorang harus siap bertanggung jawab atas perbuatannya tersebut.

*Mens rea* (niat jahat) belumlah cukup untuk menjatuhkan hukuman kepada pelaku tindak pidana, akan tetapi harus disertai dengan serangkaian perbuatan (*actus reus*). Niat Jahat (*Mens Rea*) dalam hukum pidana merupakan masuk dalam kajian "pertanggungjawaban pidana". Ketika terjadi dugaan tindak pidana, maka pertama sekali yang perlu dibuktikan adalah ada atau tidaknya perbuatan melawan hukum

Setelah terbukti perbuatan melawan hukumnya baru dilihat apakah terdakwa bisa diminta pertanggungjawaban pidananya. Jadi "niat jahat (*mens rea*)" ini baru bisa dibuktikan setelah terbukti perbuatan pidananya. Ini adalah konsekuensi logis dari asas dualistis yang kita ikuti, yang memisahkan perbuatan pidana dengan pertanggungjawaban pidana. Pertanggungjawaban pidana dimaksudkan untuk menentukan apakah seseorang tersangka/terdakwa dapat dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana (*crime*) yang terjadi atau tidak. Dengan perkataan lain apakah terdakwa akan dipidana atau dibebaskan.

Bentuk pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku tindak pidana ujaran kebencian di media sosial berdasarkan *asas lex specialis derogat legi generali* mengacu kepada ketentuan Pasal 45 ayat (3) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, dirumuskan:

Setiap Orang yang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (3) dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau denda paling banyak Rp750.000.000,00 (tujuh ratus lima puluh juta rupiah).

Pasal 28 ayat (2) jo Pasal 45A ayat (2) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik Unsur-unsur tindak pidana Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) dalam Pasal 28 ayat (2) yaitu:

1. Kesalahan dengan sengaja;
2. Melawan hukum tanpa hak;
3. Perbuatan menyebarkan;
4. Objek: Informasi;
5. Tujuan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/stas kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antar golongan (SARA).

Pertanggungjawaban pidana terhadap orang yang terbukti memenuhi unsur-unsur tindak pidana dalam Pasal 28 ayat (2) Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) berdasarkan Pasal 45A ayat (2) ITE adalah pidana penjara maksimal 6 tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Berdasarkan unsur-unsur di atas terlihat bahwa tindak pidana ujaran kebencian juga memuat 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 dan 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 mogelijkheidsbewustzijn 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 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.<sup>113</sup>

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

---

<sup>113</sup>Tongat, *Tindak Pidana Tertentu Dalam KUHP*, UMM Press, Malang, 1999, hlm.7.

mencapai akibat yang menjadi dasar dari tindak pidana tersebut, tetapi ia tahu bahwa akibat itu pasti akan mengikuti perbuatan tersebut.

Rumusan norma hukum dalam tindak pidana ujaran kebencian tersebut untuk Unsur *Mens rea*, dirumuskan "dengan sengaja". Dalam hal perbuatan mempunyai akibat yaitu akibat yang memang dituju dan diinginkan pelaku dan merupakan suatu keharusan di dalam mencapai tujuan, akibat ini pasti akan timbul. Sedangkan kesengajaan dengan sadar akan kemungkinan adalah keadaan tertentu yang semula mungkin akan terjadi, kemudian benar-benar terjadi,

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

Kesalahan adalah pencelaan yang ditujukan oleh masyarakat (yang menetapkan standar etis yang berlaku waktu tertentu) terhadap manusia yang melakukan perilaku menyimpang yang sebenarnya dapat dihindarinya. Kemungkinan dapat dihindari (terjadinya) perilaku menyimpang merupakan lapis pertama untuk menetapkan kesalahan, suatu perbuatan harus memiliki sifat layak dipidana (*strafwaardigheid*). Sebagaimana diuraikan sebelumnya, terdapat dua konsep unsur psikologis yang dapat

dinyatakan sudah tercakup dalam rumusan delik, yaitu kesengajaan (*dolus*) dan, sebagai kekecualian, kelalaian (*culpa*).

Dalam ilmu hukum pidana, orang menggunakan sering digunakan istilah kesalahan mencakup baik kesengajaan maupun kealpaan, sebagai bagian-bagian delik yang subyektif yang terpenting.

Berkaitan dalam asas hukum pidana yaitu *Geen straf zonder schuld, actus non facit reum nisi mens sit rea*, bahwa tidak dipidana jika tidak ada kesalahan, maka pengertian tindak pidana itu terpisah dengan yang dimaksud pertanggungjawaban tindak pidana. Tindak pidana hanyalah menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan itu dengan suatu pidana, kemudian apakah orang yang melakukan perbuatan itu juga dijatuhi pidana sebagaimana telah diancamkan akan sangat tergantung pada soal apakah dalam melakukan perbuatannya itu si pelaku juga mempunyai kesalahan.

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

Dalam putusan pengadilan, Majelis Hakim menguraikan unsur-unsur pasal yang didakwakan, untuk unsur dengan sengaja, dengan maksud atau karena lalainya.

Di sini Majelis Hakim sedang mengusut mens rea atau niat dari pada pelaku. Seperti halnya putusan Pengadilan Tinggi Jambi, Majelis Hakim menguraikan sebagai berikut.

Bahwa pertanggungjawaban pidana menyangkut tentang adanya kesalahan dalam suatu tindak pidana. Sesuai dengan asas yang berlaku di Indonesia bahwa "perbuatan pidana tidak dapat dipidana jika tidak ada kesalahan". sedangkan kesalahan mencakup baik kesengajaan maupun kealpaan, dan adanya kesalahan tersebut didasarkan pada penilaian keadaan batin dari pelaku berdasarkan fakta-fakta yang ada. Menurut Moeljatno menjelaskan bahwa kesengajaan dapat dibuktikan dari kecerdasan pikiran yang disimpulkan antara lain dari pengalaman pendidikannya atau lapisan masyarakat dimana terdakwa hidup dan dari ucapan-ucapan terdakwa di sekitar perbuatan, tidak mengadakan usaha untuk mencegah akibat yang diinginkan, dan sebagainya.<sup>114</sup>

Unsur kesalahan dalam hukum pidana dapat diartikan bahwa seseorang yang melakukan suatu perbuatan dengan sengaja haruslah memenuhi rumusan willens atau haruslah menghendaki apa yang ia perbuat dan memenuhi unsur wettens atau haruslah mengetahui akibat dari apa yang ia perbuat. Guilty mind atau mens rea dimaksud adalah kesalahan yang merupakan sifat subyektif dari tindak pidana karena berada didalam diri pelaku oleh karena itu kesalahan memiliki dua segi, yaitu segi psikologi dan segi normatif. Segi psikologi kesalahan harus dicari didalam batin pelaku yaitu adanya hubungan batin dengan perbuatan yang dilakukan sehingga ia dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya. Segi normatif yaitu menurut ukuran yang biasa dipakai masyarakat sebagai ukuran untuk menetapkan ada tidaknya hubungan batin antara pelaks dengan perbuatannya.

Penjatuhan pidana (*punishment*) ditentukan oleh adanya perbuatan padana (*criminal act*) dan pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*). Asas yang

---

<sup>114</sup>Putusan Pengadilan Tinggi Jambi Nomor : 01/PID.SUS/2014/PT.JBI, tanggal 10 Februari 2014.

terpenting dalam hukum pidana yaitu asas *culpabilitas* atau dikenal asas tiada pidana tanpa kesalahan (*Geen Straf Zonder Sculd*) dimana 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*.<sup>115</sup> *Culpa* sendiri berarti kealpaan, dimana pada diri pelaku terdapat kekurangan pemikiran, kekurangan pengetahuan, dan unsur yang ketiga yaitu pertanggungjawaban subjek hukum, sesuatu dapat dikatakan sebagai tindak pidana apabila ada subjek hukum (pelaku) dari tindak pidana itu sendiri. "Agar dapat dipidana, dalam diri subjek hukum atau pelaku pidana tidak terdapat dasar penghapus pidana, baik dasar pembenar maupun dasar pemaaf.<sup>116</sup>

Dengan demikian dapat diartikan bahwa tindak pidana dapat dipertanggungjawabkan kepada seseorang harus memenuhi unsur-unsur kesalahan sebagaimana yang telah diatur dalam hukum positif dan terhadap pelaku tidak ada alasan pembenar maupun dasar pemaaf. Alasan pembenar seperti rumusan norma Pasal 48, Pasal 49, Pasal 50 dan Pasal 51 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), sedangkan alasan pemaaf yaitu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 44 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

---

<sup>115</sup>Jan Remmelink, *Op.Cit.*, hlm. 173.

<sup>116</sup>S.R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni Ahaem-Patahaem, Jakarta, 1989, hlm. 192.

Indonesia sebagai penganut sistem *civil law*, mengakui asas kesalahan sebagai satu-satunya asas dalam hal pertanggungjawaban pidana. Namun, dalam praktiknya juga mengakui adanya pengecualian terhadap asas tersebut. Hal itu terjadi karena perkembangan masyarakat yang sangat cepat menuntut diberlakukannya berbagai model atau sistem pertanggungjawaban pidana. Melihat kecenderungan yang demikian itu, pembentuk Konsep Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Baru menganggap penting untuk mencantumkan bentuk atau model sistem pertanggungjawaban yang merupakan pengecualian dari asas kesalahan ke dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Nasional.

Dicantumkannya penyimpangan terhadap asas kesalahan itu mendapat tanggapan pro dan kontra dan kalangan para ahli hukum. Schaffmeister menganggap bahwa penyimpangan itu merupakan hal yang bertentangan dengan asas *mens rea*. Namun Barda Nawawi Arief melihat dari sisi lain. Menurut Barda Nawawi Arief perkecualian atau penyimpangan dari suatu 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.<sup>117</sup>

Unsur pertanggungjawaban pidana tidak dapat terlepas dari unsur kesalahan, karena unsur kesalahan dalam hukum pidana sangatlah penting, suatu perbuatan tidak membuat orang bersalah kecuali jika terdapat batin yang salah. Jadi batin yang salah atau *guilty mind* atau *mens rea* ini adalah kesalahan yang merupakan sifat subyektif dari tindak pidana karena berada didalam diri pelaku oleh karena itu kesalahan memiliki dua segi, yaitu segi psikologi dan segi normatif. Segi psikologi kesalahan

---

<sup>117</sup>Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, hlm.112-113.

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 jera 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 sampai dengan 51 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Sedangkan alasan penghapus pidana yang khusus, yaitu yang hanya berlaku untuk delik-delik tertentu saja, missal Pasal 221 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP): "menyimpan orang yang melakukan kejahatan dan sebagainya." Di sini ia tidak dituntut jika ia hendak menghindarkan penuntutan dari istri, suami dan sebagainya (orang-orang yang masih ada hubungan darah).

Telah dikemukakan diatas 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 Disamping itu harus dipenuhi pula persyaratan subyektif, yaitu adanya sikap batin dalam diri si pelaku/*asas culpabilitas*.

Berdasarkan hal tersebut maka 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)Diatas umur tertentu mampu bertanggung jawab; (3)Mempunyai suatu bentuk kesalahan yang berupa kesengajaan (*dolus*) dan kealpaan/kelalaian (*culpa*), dan (4) Tidak adanya alasan pemaaf.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup>Moeljatno, *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. 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 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) masalah kemampuan bertanggung jawab ini terdapat dalam Pasal 44 ayat (1) yang menyatakan "Barang siapa 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 menerapkan Pasal 44 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), maka sebelumnya harus memperhatikan apakah telah dipenuhi dua syarat sebagai berikut:

1. Syarat *Psychiartris* yaitu pada terdakwa harus ada kurang sempurna akalnya atau sakit berubah akal, yaitu keadaan kegilaan (*idiotie*), 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 juga 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. Hal ini dapat dimaklumi karena biasanya, pelaku melakukan tindak pidana dengan sengaja.

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.<sup>119</sup>

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 359 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) "Barang siapa karena kealpaannya menyebabkan matinya orang lain diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau kurungan paling lama satu tahun". Kealpaan mengandung dua syarat, yaitu:

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

Dari ketentuan diatas, 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.

---

<sup>119</sup>Pipin Syarifin, *Hukum Pidana di Indonesia*, Pustaka Setia, Bandung, 2000, hlm. 93.

Dengan demikian tidak mengadakan penduga-duga yang perlu menurut hukum terdiri atas dua kemungkinan yaitu:

- 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 pembenar atau alasan yang menghapuskan pertanggung jawaban pidana bagi si pembuat. Dalam masalah dasar penghapusan pidana, ada pembagian antara "dasar pembenar" (*permisibility*) dan "dasar pemaaf (*illegal excuse*). Dengan adanya salah satu dasar penghapusan pidana berupa dasar pembenar 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.

Yang termasuk dasar Pembenar pembelaan terpaksa Pasal 49 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), keadaan darurat, pelaksanaan peraturan perundang-undangan Pasal 50, pemerintah jabatan-jabatan Pasal 51 ayat (1) terhadap dasar pemaaf atau *fait d'excuse* ini semua unsur tindak pidana, termasuk sifat melawan hukum dari suatu tindak pidana tetap ada, tetapi hal-hal khusus yang menjadikan si pelaku tidak dapat dipertanggung jawabkan, atau dengan kata lain menghapuskan kesalahannya. Yang termasuk dasar pemaaf adalah: kekurangan atau penyakit dalam

daya berpikir, daya paksa (*overmacht*), pembelaan terpaksa, melampaui batas (*noodweerexes*), perintah jabatan yang tidak sah.

Dengan memperhatikan uraian diatas, maka tindak pidana ujaran kebencian terhadap pelaku tindak pidana dapat ditegakkan atas dasar.

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 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), 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 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), tidak dipidananya pelaku tersebut akan membawa kepada bentuk putusan hakim yang berbeda. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) adanya alasan penghapus pidana ini, akan menimbulkan, mengakibatkan

dua bentuk putusan. Pertama yang mengakibatkan putusan bebas (*vrijsppraak*), dan kedua mengakibatkan putusan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag*).

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 pelaka), yang tidak terbukti. Tidak terbuiktinya 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 sahnya memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwalah 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 silat melawan hukumnya perbuatan pelaku akan mengakibatkan ia dilepas dan 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 perdsastan 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 KUHAP. 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 yo. Pasal 197 KUHAP.<sup>120</sup>

Pengadilan bukanlah lembaga algojo alias lembaga penghukuman. Pengadilan apa pun adalah lembaga untuk memberi keadilan. La Bruyere, pakar hukum Perancis abad ke-17 menegaskan bahwa "dihukumnya seseorang yang tidak bersalah, merupakan urusan semua orang yang berpikir".<sup>121</sup> Demikian juga pemeo hukum yang berbunyi "*under the law, it better that ten guilty persons escape, than that one innocent man suffer*" (di dalam hukum, adalah lebih baik membebaskan sepuluh orang yang bersalah, ketimbang menghukum satu orang yang tidak bersalah)".<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup>M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Jilid I, Pustaka Kartini, Jakarta, 1998, hlm. 352.

<sup>121</sup>Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) & Teori Peradilan (Judicialprudence): Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Prenada Media Group, Jakarta, 2012, hlm. 492.

<sup>122</sup>*Ibid.*, hlm. 495.

Pengadilan Negeri Jakarta Timur dengan Putusan Nomor 421/Pid.Sus/2018/PN

Jkt. Tim, telah mengadili BAMBANG KISWOTOMO alias

IBHAS KISWOTOMO pada tanggal 4 Juli 2018. Berkaitan dengan ujaran kebencian yang dibuatnya pada:

1. link URL: <https://twitter.com/ibhaskiss/status/832575503533953025> "Mau ngelak lu niink? Dulu CINA anti Pemilu Mrk lbh baik ttp dagang/liburan. Sejak ada JKW-Ahog, "Cina cacatpun" datang ke TPS. Bhkn berani curang
2. link URL: <https://twitter.com/ibhaskiss/status/832574612319842306> Mayoritas, Cina itu memang babi bahkan Cina cacat mau mati di kursi roda dan pakai pempers pun ikut Nyoblos juga, semua demi menguasai NKRI.

Majelis Hakim mempertimbangkan ketentuan Pasal 28 ayat (2) jo Pasal 45A ayat (2) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, Pasal 197 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981, Tentang Hukum Acara Pidana, serta pasal-pasal dan peraturan-peraturan lain yang bersangkutan.

Menyatakan Terdakwa Bambang Kiswotomo Alias Ibhas Taruno Kiswotomo Alias Ibhas Taruno Alias T. Kiswotomo (Ibhas) terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana "dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antar golongan (SARA)"; dan Menjatuhkan pidana penjara terhadap Terdakwa Bambang Kiswotomo Alias Ibhas Taruno Kiswotomo Alias Ibhas Taruno Alias T. Kiswotomo (Ibhas), oleh karena itu, selama 1 (satu tahun dan 6 (enam) bulan, dan pidana denda sebesar Rp50.000.000.000,00 (lima puluh juta rupiah), dengan ketentuan jika terdakwa tidak membayar denda tersebut maka diganti dengan pidana kurungan selama 3 (tiga) bulan.

Menurut Radbruch, terdapat 3 (tiga) elemen nilai-nilai hukum, yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Hukum sebagai konsep kultural, konsep yang berhubungan dengan nilai-nilai (hukum), sesuai dengan maksudnya, hukum merupakan sesuatu yang dimaksudkan untuk mewujudkan cita-cita hukum. Cita-cita hukum itu dapat ditemukan dalam keadilan. Namun karena dalam kenyataan sulit untuk mencari pedoman yang digunakan untuk menentukan isi keadilan tersebut, maka di dalam keadilan itu ditambahkan elemen kedua, yaitu kemanfaatan atau kesesuaian dengan tujuan. Akan tetapi, permasalahan tujuan dan kemanfaatan tidak dapat dijawab secara tegas, tetapi

hanya bersifat relatif. Hukum sebagai tatanan kehidupan bersama tidak dapat didasarkan pada perbedaan-perbedaan pandangan individu (yang relatif), tetapi harus merupakan tatanan yang harus disepakati bersama. Oleh karena itu perlu adanya elemen ketiga, yaitu kepastian hukum. Kepastian hukum mensyaratkan hukum harus bersifat positif dan positivitas hukum itu menjadi prasyarat suatu kebenaran. Positivitas hukum dapat ditemukan dalam konsep hukum yang benar sebagaimana kebenaran isinya menjadi tugas hukum positif.<sup>123</sup>

Putusan terhadap terdakwa Bambang Kiswotomo Alias Ibbas Taruno Kiswotomo Alias Ibbas Taruno Alias T. Kiswotomo (Ibbas) terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana "dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antar golongan (SARA), dan tidak ada alasan pemaaf.

#### **B. Sanksi Pidana Terhadap Pelaku Tindak Pidana Ujaran Kebencian**

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) juga memuat larangan dan ancaman pidana bagi pelaku yang membuat ujaran kebencian ataupun berita bohong. Pasal 28 ayat (1) jo Pasal 45 Undang-Undang ini memuat ancaman pidana bagi setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan berita bohong dan menyesatkan yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam transaksi elektronik. Tindak pidana ini dirumuskan secara materiil. Artinya tindak pidana tersebut selesai sempurna bila akibat perbuatan telah timbul yaitu adanya kerugian konsumen dalam transaksi elektronik

---

<sup>123</sup>M.Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim*, Kencana, Jakarta, 2012. hlm. 46-47.

Pasal 28 ayat 2 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang sekarang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016, dirumuskan sebagai berikut:

Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA).

Pasal 45 ayat (2):

Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 ayat (1) atau ayat (2) dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)."

Unsur sengaja artinya pelaku menghendaki untuk menyebarkan berita bohong dan menyesatkan, dan menghendaki atau setidaknya menyadari akan timbul akibat kerugian bagi konsumen. Pelaku juga mengerti bahwa apa yang dilakukannya itu tidak dibenarkan (sifat melawan hukum subjektif), dan mengerti akan mengakibatkan kerugian bagi konsumen transaksi elektronik.

Ancaman pidana juga ditujukan bagi setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas SARA (Pasal 28 ayat (2) jo Pasal 45 Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE). Tindak pidana ini juga dirumuskan secara materiil. Artinya, tindak pidana selesai sempurna akibat adanya rasa kebencian atau permusuhan antar kelompok masyarakat telah timbul.

Selain Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE), Pasal 207 dan Pasal 310-Pasal 321 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) juga

memuat larangan melakukan penghinaan, dengan segala bentuknya, yang menyerang kehormatan dan nama baik. Substansi dalam pasal-pasal ini telah dimuat kembali dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Baru. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Baru, yang dimaksud dengan "penghinaan" adalah menyerang kehormatan atau nama baik orang lain. Sifat dari perbuatan pencemaran adalah jika perbuatan penghinaan yang dilakukan dengan cara menuduh, baik secara lisan, tulisan, maupun dengan gambar yang menyerang kehormatan dan nama baik seseorang. sehingga merugikan orang tersebut.

Undang-undang lain yang berkaitan dengan ujaran kebencian, permusuhan dan SARA tersebut tertuang pada Pasal 16 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras Dan Etnis yang dirumuskan:

Setiap orang yang dengan sengaja menunjukkan kebencian atau rasa benci kepada orang lain berdasarkan diskriminasi ras dan etnis sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 huruf b angka 1, angka 2, atau angka 3, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Penjatuhan pidana (*punishment*) ditentukan oleh adanya perbuatan pidana (*criminal act*) dan pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*). Asas yang terpenting dalam hukum pidana yaitu asas *culpabilitas* atau dikenal asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder sculd*) di mana diartikan bahwa seorang pelaku dijatuhi pidana apabila tindak pidana yang dilakukan dapat dipersalahkan kepadanya. "Kesalahan mengandung dua pengertian. Dalam arti sempit yang berarti kesengajaan (*dolus/opzet*) yang berarti berbuat dengan hendak dan maksud (*willen en wetens*), sedangkan dalam arti luas berarti *dolus* dan *culpa*".<sup>124</sup>

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*

---

<sup>124</sup>Jan Remmelink, *Op.Cit.*, hlm. 173.

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.<sup>125</sup>

Ditinjau dari sistem perumusan sanksi pidana (*strafsoort*) mempergunakan sistem perumusan kumulatif-alternatif (campuran/gabungan) dengan rumusan pidana penjara Pasal 28 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang sekarang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016, dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). Begitu juga rumusan sanksi pidana Pasal 16 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2008 tentang Penghapusan Diskriminasi Ras Dan Etnis yang dirumuskan dengan sanksi pidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp500,000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Sistem perumusan kumulatif-alternatif secara substansial juga meliputi sistem perumusan tunggal, kumulatif dan alternatif, sehingga secara eksplisit dan implisit telah menutupi kelemahan masing-masing sistem perumusan tersebut. Sistem perumusan kumulatif-alternatif merupakan pola sistem perumusan yang secara langsung adalah gabungan bercirikan nuansa kepastian hukum (*rechts zekerheids*) dan nuansa keadilan. Dengan titik tolak adanya gabungan antara nuansa keadilan dan

---

<sup>125</sup>Lilik Mulyadi, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Kriminologi dan Victimologi*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 21.

kepastian hukum (*rechts-zekerheids*) maka ciri utama sistem perumusan ini didalam kebijakan aplikatifnya bersifat fleksibel dan akomodatif

Pada kebijakan formatif legislatif masa mendatang atau sebagai *ius constituendum* dikemudian hari hendaknya pembentuk undang-undang lebih baik membuat sistem perumusan yang bersifat kumulatif-alternatif atau campuran.

Kemudian dikaji dari sistem perumusan lamanya sanksi pidana (*strafmaat*) maka tindak pidana ujaran kebencian sanksinya menganut sistem *fixed/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 pembedaan;
- c. Melindungi kepentingan si pelanggar itu sendiri dengan menetapkan batas batas kebebasan dari kekuasaan pembedaan.<sup>126</sup>

---

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

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.<sup>127</sup>

Pada Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi dan Tindak Pidana Pencucian Uang dirumuskan dalam bentuk strafmaatnya juga menganut sistem determinate sentence berupa ditentukannya batas minimum dan maksimum lamanya ancaman pidana. Pada dasarnya sistem determinate sentence ditinjau dari segi teoretis dan praktik juga memiliki kelemahan. Undang-Undang Tindak Pidana sebagai kebijakan formulatif memandang apa yang diformulasikan dalam undang-undang secara umum sedangkan praktik peradilan menerapkan undang-undang secara kasuistis. Dari aspek

---

<sup>127</sup>*ibid.*

demikian adanya pembatasan limit pidana minimal khusus secara teoretis membatasi kebebasan hakim menjatuhkan pidana guna memberikan keadilan secara kasuistik

Untuk itu, dari aspek kebijakan aplikatif sistem determinate sentence ini praktik peradilan menyikapi dengan 2 (dua) pendapat yang berbeda, pertama Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana di bawah batas minimum ancaman pidana yang ditentukan oleh undang-undang dengan argumentasi berdasarkan asas legalitas, tidak memberikan kepastian hukum dan tidak dibenarkan menyimpang ketentuan yang terdapat dalam undang-undang. Kemudian pendapat kedua Hakim dapat saja menjatuhkan pidana kurang dari batasan minimum ancaman pidana yang ditentukan undang-undang berdasarkan asas keadilan dan keseimbangan antara tingkat kesalahan dan hukuman yang dijatuhkan. Menurut Barda Nawawi Arief bahwa:

- Pencantuman pidana minimal khusus dalam perumusan delik merupakan penyimpangan dari sistem pidanaan induk dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Penyimpangan ini dapat dibenarkan, namun seharusnya disertai dengan aturan penerapannya secara khusus, karena:
- 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 pidanaan.
  - b. Untuk dapat diterapkan harus ada aturan (*strafitoematingsregel*) terlebih dahulu. pidanaan
  - c. Aturan penerapan pidana yang ada selama ini diatur dalam aturan umum Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) sebagai sistem induk.
  - d. Aturan (pidanaan) umum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) semuanya berorientasi pada sistem maksimal, tidak pada sistem minimal.
  - e. Oleh karena itu apabila undang-undang diluar Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) akan menyimpang dari sistem umum Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), maka undang-undang diluar KUHP harus

membuat aturan pidana khusus sesuai dengan ketentuan Pasal 103 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).<sup>128</sup>

Usaha penanggulangan tindak pidana ujaran kebencian secara represif, juga merupakan usaha penganggulangan kejahatan dengan hukum pidana yang pada hakekatnya merupakan bagian dari usaha pencegahan hukum (khususnya pencegahan hukum pidana ujaran kebencian) oleh karena itu sering pula dikatakan, bahwa politik dan kebijakan hukum pidana juga yang serupakan bagian dari penegakan hukum (*Law Enforcement Policy*). Marc Ancel sebagaimana dikutip Barda Nawawi Arief, mengatakan bahwa:

Kebijakan hukum pidana (*Penal Policy*) adalah suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat Undang-undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.<sup>129</sup>

Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik *criminal*. Menurut Sudarto "politik hukum" adalah:

1. Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan dan situasi pada suatu saat.
2. Kebijakan dari Negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.<sup>130</sup>

Sanksi pidana pada umumnya dirumuskan dalam perumusan norma dan delik dalam satu kesatuan, akan tetapi pada tindak pidana ujaran kebencian dirumuskan

---

<sup>128</sup>Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, 2009, hlm. 51.

<sup>129</sup>Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hlm. 21.

<sup>130</sup>Soedarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm.

terpisah dalam pasal (ketentuan khusus) lainnya, sebagai bagian dan perumusan delik, maka perumusan sanksi pidana juga merupakan sul sistem yang tidak berdiri sendiri. Artinya, untuk dapat diterapkan (dioperasionalkan/difungsikan), perumusan sanksi pidana itu masih barux ditunjang oleh sub-sub sistem lainnya, yaitu sub-sistem aturan jssdoman dan asan asas pemedanaan yang ada di dalam aturan umum Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) atau muatuan khusus dalam undang-undang khusus.

Oleh karena itu, agar perumusan sanksi pidana dapat operasional, harus memperhatikan aturan umum yang ada di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), antara lain sebagai berikut:

- a. Dilihat dari sudut *strafsoort* (jenis-jenis sanksi pidana), semua aturan pemedanaan di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) berorientasi pada "*strafsoort*" yang ada/disebut dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), baik berupa pidana pokok maupun pidana tambahan. Oleh karena itu, apabila undang-undang khusus menyebut jenis-jenis pidana/tindakan lain yang tidak ada di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP);
- b. Menurut Pola Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), jenis pidana yang dirumuskan/diancankan dalam perumusan delik hanya pidana pokok dan/atau pidana tambahannya. Pidana "kurungan pengganti" tidak dirumuskan dalam perumusan delik (aturan khusus), tetapi dimasukkan dalam aturan umum mengenai pelaksanaan pidana (*strafmodus*). Oleh karena itu, Undang-Undang khusus tidak perlu memasukkan pidana

- kurungan pengganti sebagai jenis pidana yang diancamkan dalam perumusan delik, terlebih apabila jumlah lamanya kurungan pengganti itu tidak menyimpang dari aturan umum Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Kalau pun menyimpang, perumusannya tidak dimasukkan sebagai "*strafsoort*" dalam perumusan delik, tetapi diatur tersendiri dalam aturan tentang pelaksanaan pidana (*strafmode/strufmodus*);
- c. Dilihat dari sudut "*strafmaat*" (ukuran jumlah/lamanya pidana), aturan pemidanaan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) berorientasi pada sistem minimal umum dan maksimal khusus, tidak berorientasi pada sistem minimal khusus. Artinya, di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak ada aturan pemidanaan untuk ancaman pidana minimal khusus. Oleh karena itu, apabila undang-undang khusus membuat ancaman pidana minimal khusus, maka harus disertai juga dengan aturan/pedoman penerapannya,
- d. Aturan pemidanaan umum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) berorientasi pada "orang (*natural person*), tidak ditujukan pada "korporasi". Oleh karena itu, apabila undang-undang khusus menyebutkan adanya sanksi pidana untuk korporasi, maka harus disertai juga dengan aturan khusus pemidanaan untuk korporasi. Misal mengenai aturan pertanggungjawaban korporasi, dan aturan pelaksanaan pidana denda untuk korporasi.

Dalam rangka menentukan lamanya pidana atau banyaknya denda, perlu dipertimbangkan mengenai dampak yang ditimbulkan oleh tindak pidana dalam masyarakat serta unsur kesalahan pelaku. Ketentuan pidana ditempatkan dalam bab tersendiri, yaitu bab ketentuan pidana yang letaknya sesudah materi pokok yang diatur atau sebelum bab ketentuan peralihan. Jika bab ketentuan peralihan tidak ada, letaknya adalah sebelum bab ketentuan penutup.

Jika di dalam peraturan perundang-undangan tidak ada pengelompokan bab 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.

Di dalam Undang-Undang Dasar 1945 kekuasaan kehakiman diatur pada Pasal 24 Pasal 24A, 24B dan 240 pada Bab IX tentang Kekuasaan Kehakiman. Perwujudan amanat ini dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang baru menggantikan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Pelaksanaan operasional kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung Kekuasaan yang dimaksud merupakan suatu kaidah yang berisi suatu hak, yaitu hak untuk menentukan hukum, sehingga dapat diartikan

kekuasaan sebagai kaidah yang mengandung makna perkenan atau kebolehan untuk bertindak.

Terdakwa Bambang Kiswotomo Alias Ibhaz Taruno Kiswotomo Alias Ibhaz Taruno Alias T. Kiswotomo (Ibhaz) terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana "dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antar golongan (SARA)". dan Menjatuhkan pidana penjara terhadap Terdakwa Bambang Kiswotomo Alias Ibhaz Taruno Kiswotomo Alias Ibhaz Taruno Alias T. Kiswotomo (Ibhaz), oleh karena itu, selama **1 (satu tahun dan 6 (enam) bulan, dan pidana denda sebesar Rp50.000.000.000,00 (lima puluh juta rupiah), dengan ketentuan jika terdakwa tidak membayar denda tersebut maka diganti dengan pidana kurungan selama 3 (tiga) bulan.**<sup>131</sup>

Berkaitan dengan kebebasan yang dimiliki oleh hakim, termasuk di dalam penjatuhan putusan terhadap pelaku tindak pidana ujaran kebencian yang dikaitkan dengan penjatuhan pidana yang logis, terlihat bahwa hakim tidak lagi memposisikan dirinya sebagai corong dari pembentuk undang-undang, sebab putusan yang dijatuhkan tidak harus maksimum, karena pemidanaan terhadap pelaku tindak pidana bukan lagi berorientasi pada pembalasan, akan tetapi bersifat korektif (memperbaiki).

---

<sup>131</sup>Putusan Nomor 42/Pid.Sus/2018/PN.Jkt.Tim.

### **C. Pembuktian Kesalahan Pelaku Tindak Pidana Kebencian Sebagai Dasar Pertanggungjawaban Pidana**

Menurut Riduan Syahrani yang dimaksud dengan "pembuktian adalah penyajian alat-alat bukti yang sah menurut hukum kepada Hakim yang memeriksa suatu perkara guna memberikan kepastian tentang kebenaran peristiwa yang dikemukakan".<sup>132</sup>

Keberadaan alat bukti sangat penting terutama untuk menunjukkan adanya peristiwa hukum yang telah terjadi. Menurut PAF Lamintang bahwa:

orang dapat mengetahui adanya dua alat bukti yang sah belum cukup bagi hakim untuk menjatuhkan pidana terhadap seseorang. Tetapi dari alat-alat bukti yang sah itu hakim juga perlu memperoleh keyakinan, bahwa suatu tindak pidana benar-benar telah terjadi. Adanya alat bukti yang sah sangat penting bagi hakim pidana dalam meyakinkan dirinya membuat putusan atas suatu perkara.<sup>133</sup>

Dalam ketentuan Pasal 42 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) mengatur tentang penyidikan. Disebutkan bahwa penyidikan terhadap tindak pidana Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) dilakukan berdasarkan ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dan Dalam ketentuan Pasal 42 Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) diatur bahwa penyidikan terhadap tindak pidana Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE)

---

<sup>132</sup>Riduan Syahrani, *Buku Materi Dasar Hukum Acara Perdata*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 75.

<sup>133</sup>*Ibid.*

dilakukan berdasarkan ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dan ketentuan dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) itu sendiri. Alat bukti yang sah berdasarkan Pasal 184 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yaitu:

1. Keterangan saksi;
2. Keterangan ahli;
3. Surat;
4. Petunjuk; dan
5. Keterangan terdakwa.

Berkaitan dengan kasus-kasus kejahatan di media sosial atau elektronik, Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) mengatur tentang alat bukti selain yang diatur dalam Pasal 184 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) menegaskan bahwa yang termasuk alat bukti adalah:

1. Informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik;
2. Hasil cetak informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik.

Dalam Pasal 5 ayat (2) Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) diatur bahwa Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik dan/atau hasil cetaknya sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) merupakan perluasan dari alat bukti yang sah sesuai dengan hukum acara yang berlaku di Indonesia. Dari ketentuan Pasal 5 ayat (2) ini diketahui bahwa alat bukti Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik bukanlah alat bukti yang lain dan terpisah dengan alat-alat bukti dalam Pasal 184 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) akan tetapi Undang-

Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) tidak menjelaskan perluasan dari alat bukti yang mana diantara 5 (lima) alat bukti dalam Pasal 184 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) tersebut.

Meskipun demikian, Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik seperti yang didefinisikan oleh Pasal 1 angka 1 dan angka (4) Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE), mempunyai sifat yang sama dengan alat bukti surat.

Sifat yang sama tersebut terletak pada tulisan dan/atau gambar yang dapat dilihat dan dibaca serta mengandung makna tertentu, maka frasa "merupakan perluasan" dalam kalimat Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dan/atau hasil cetaknya sebagaimana dimaksud pada Pasal 5 ayat (1) merupakan perluasan dari alat bukti yang sah sesuai dengan Hukum Acara yang berlaku di Indonesia, harus diartikan sebagai perluasan alat bukti surat.<sup>134</sup>

Oleh karena itu dalam hubungannya dengan alat bukti petunjuk, maka alat bukti Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik sebagai perluasan alat bukti surat, atau sama kedudukan dan fungsinya sebagai alat bukti surat, maka juga berkedudukan dan berfungsi sama dengan alat bukti surat dalam hal digunakan sebagai bahan untuk membentuk alat bukti petunjuk. Meskipun kedudukan dan fungsi alat bukti Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik sama dengan alat bukti surat namun ada batas-batas keberlakuannya.

Dalam Pasal 5 ayat (4) Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) ditentukan bahwa mengenai Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku untuk:

- a. Surat yang menurut Undang-Undang harus dibuat dalam bentuk tertulis; dan
- b. Surat beserta dokumennya yang menurut Undang-Undang harus dibuat dalam bentuk akta notarial atau akta yang dibuat oleh pejabat pembuat akta.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup>Adami Chazawi dan Ardi Ferdian, *Op. Cit.*, hlm. 226.

<sup>135</sup>*ibid.*

Berdasarkan hal tersebut dalam pembuktian perkara pidana ujaran kebencian yang merupakan alat bukti yaitu keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk, keterangan terdakwa, informasi elektronik dan dokumen elektronik dan/atau hasil cetaknya. Namun yang harus tetap diperhatikan dalam pengajuan informasi elektronik dan dokumen elektronik sebagai alat bukti dalam persidangan adalah:

1. Keaslian atau keotentikan alat bukti;
2. Isi atau substansi alat bukti;
3. Kesesuaian antara alat bukti yang satu dengan yang lain.

Sistem pembuktian yang dianut oleh Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) adalah sistem pembuktian berdasarkan undang-undang yang negatif (*negatif wettelijk*). Hal ini dapat disimpulkan dari Pasal 183 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Pasal 183 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) menyatakan, Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seseorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya Berdasarkan pernyataan tersebut, nyatalah bahwa pembuktian harus didasarkan pada alat bukti yang disebutkan dalam undang-undang disertai keyakinan hakim atas alat-alat bukti yang diajukan dalam persidangan, yang terdiri dari keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk, dan keterangan terdakwa.

Disamping itu Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) juga menganut minimum pembuktian (*minimum bewijs*), sebagaimana disebutkan dalam Pasal 183 tersebut. Minimum pembuktian berarti dalam memutuskan suatu perkara pidana hakim harus memutuskan berdasarkan sejumlah alat bukti. Kitab Undang-Undang Hukum Acara pidana memberikan batasan minimal penggunaan alat bukti, yaitu minimal dua alat bukti disertai oleh keyakinan hakim.

Setelah pemeriksaan telah dilaksanakan, tuntutan pidana dan pembelaan telah diajukan dalam persidangan, maka tiba saatnya majelis hakim memberikan putusan. Putusan majelis hakim diambil dalam suatu musyawarah majelis hakim yang merupakan permufakatan bulat yang berhasil dicapai. Apabila kebulatan tidak dapat diperoleh maka didasarkan dengan suara terbanyak, apabila mekanisme tersebut masih belum dapat mencapai suara bulat, maka putusan yang dipilih adalah pendapat hakim yang menguntungkan terdakwa

Untuk membuktikan tindak pidana ujaran kebencian Majelis Hakim akan membahas alat-alat bukti yang diajukan Penuntut Umum, dengan meneliti unsur- unsur pasal yang didakwakan. Unsur-unsur Pasal Pasal 28 ayat (2) Undang- Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang sekarang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016, dirumuskan sebagai berikut:

Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antargolongan (SARA).

Selain unsur-unsur pada pasal yang didakwakan Majelis Hakim juga asas hukum pidana yaitu *Geen straf zonder schuld, actus non facit reum nisi mens sit rea*,

bahwa tidak dipidana jika tidak ada kesalahan, maka pengertian tindak pidana itu terpisah dengan yang dimaksud pertanggungjawaban tindak pidana. Tindak pidana hanyalah menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan itu dengan suatu pidana, kemudian apakah orang yang melakukan perbuatan itu juga dijatuls pidana sebagaimana telah diancamkan akan sangat tergantung pada soal apakah dalam melakukan perbuatannya itu si pelaku juga mempunyai kesalahan

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

Suatu tindak pidana dapat dipertanggungjawabkan kepada seseorang harus memenuhi unsur-unsur kesalahan sebagaimana yang telah diatur dalam hukum positif dan terhadap pelaku tidak ada alasan pembeda maupun dasar pemaaf Alasan pembeda seperti rumusan norma Pasal 48, Pasal 49, Pasal 50 dan Pasal 51 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP), sedangkan alasan pemaaf yaitu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 44 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).

Sistem pembuktian dalam perkara pidana terdiri dari Pembuktian ofch Jaksa Penuntut Umum, Pembuktian oleh terdakwa/Penasehat hukum dan Pemeriksaan pada Terdakwa.

## 1. Pembuktian oleh Jaksa Penuntut Umum

"Pengajuan saksi yang memberatkan atau yang sering disebut saksi (*a charge*) adalah pengajuan saksi oleh penuntut umum dalam pembuktian di sidang pengadilan".<sup>136</sup> Adapun tata cara di dalam sidang pengadilan tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Hakim ketua bertanya penuntut umum menghadirkan saksi-saksi pada sidang hari ini. apakah telah siap.
- b. Apabila penuntut umum telah siap, maka hakim segera memerintahkan pada jaksa penuntut umum untuk menghadirkan saksi seorang demi seorang ke dalam ruang sidang.
- c. Saksi yang pertama kali diperiksa adalah "saksi korban", setelah itu baru saksi yang lain dipandang relevan dengan tujuan pembuktian mengenai tindak pidana yang didakwakan pada terdakwa baik saksi yang tercantum dalam surat pelimpahan perkara maupun saksi tambahan yang diminta oleh penuntut umum selama berlangsungnya sidang.
- d. Tata cara pemeriksaan saksi:

Penuntut umum menyebutkan nama saksi yang akan diperiksa, Petugas membawa saksi masuk keruang sidang dan mempersilakan saksi duduk di kursi pemeriksaan, Hakim ketua bertanya pada saksi tentang: Identitas saksi seperti, nama, umur, alamat, pekerjaan, agama, dan lain-lain; Apakah saksi kenal dengan

---

<sup>136</sup>Wisnubroto, *Praktek Peradilan Pidana, Proses Persidangan Perkara Pidana*, PT. Galaxi Puspa Mega, Bekasi, 2002, hlm. 20.

terdakwa; apabila perlu hakim dapat meminta saksi untuk mengamati wajah terdakwa dengan seksama guna memastikan jawabannya, Apakah saksi memiliki hubungan darah, sampai derajat berapa dengan terdakwa, apakah saksi memiliki hubungan suami/istri dengan terdakwa, atau apakah saksi terikat hubungan kerja dengan terdakwa; Apabila perlu hakim dapat pula bertanya apakah saksi sekarang dalam keadaan sehat walafiat dan siap diperiksa sebagai saksi. Selanjutnya Hakim ketua meminta saksi untuk bersedia mengucapkan sumpah atau janji sesuai dengan agama/keyakinannya, saksi mengucapkan sumpah menurut agama/keyakinannya.

Setelah hakim ketua selesai mengajukan pertanyaan pada saksi, hakim anggota, penuntut umum, terdakwa dan penasihat hukum diberi kesempatan untuk mengajukan pertanyaan kepada saksi. Adapun urutan kesempatan tersebut adalah: pertama hakim ketua memberi kesempatan pada hakim anggota I untuk bertanya pada saksi. Setelah itu, kesempatan diberikan pada hakim anggota II. Selanjutnya, pada penuntut umum, dan yang terakhir kesempatan diberikan pada terdakwa atau penasihat hukum.

Pertanyaan yang diajukan pada saksi diarahkan untuk mengungkap fakta yang sebenarnya, sehingga harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut: Materi pertanyaan diarahkan pada pembuktian unsur- unsur perbuatan yang didakwakan; Pertanyaan harus relevan dan tidak berbelit-belit bahasa dan penyampainnya harus dipahami oleh saksi, Pertanyaan tidak boleh bersifat menjerat atau menjebak saksi, Pertanyaan tidak boleh bersifat pengkualifikasian delik, Hindari pertanyaan bersifat pengulangan dan

pertanyaan yang sudah pernah ditanyakan dalam rangka memben penekanan terhadap suatu fakta tertentu atau penegasan terhadap keterangan yang bersifat ragu-ragu.

Hal-hal tersebut diatas pada dasarnya bersifat sangat merugikan terdakwa atau pemeriksaan itu sendiri, sehingga apabila dalam pemeriksaan saksi, hal tersebut terjadi maka pihak yang mengetahui dan merasa dirugikan atau merasa keberatan dapat mengajukan "keberatan interupsi pada hakim ketua dengan menyebutkan alasannya. Sebagai contoh pertanyaan penuntut umum bersifat menjerat terdakwa maka penasihat hukum dapat protes, kata-katanya kira-kira sebagai berikut: "interupsi ketua majelis pertanyaan penuntut umum menjerat saksi". Satu contoh lagi, Jika pertanyaan penasihat hukum berbelit-belit maka penuntut umum dapat mengajukan protes, misalnya dengan kata-kata: "keberatan ketua majelis pertanyaan penasihat hukum membingungkan saksi" Atas keberatan atau interupsi tersebut hakim ketua langsung menanggapi dengan menetapkan bahwa interupsi/keberatan ditolak atau diterima. Apabila interupsi/keberatan ditolak maka pihak yang sedang mengajukan pertanyaan dipersilahkan untuk melanjutkan pertanyaannya, sebaliknya apabila interupsi/keberatan diterima, maka pihak yang mengajukan pertanyaan diminta untuk mengajukan pertanyaan yang lain.

Selama memeriksa saksi hakim dapat menunjukkan barang bukti pada saksi guna memastikan kebenaran yang berkaitan dengan barang bukti tersebut. Setiap saksi selesai memberikan keterangan, hakim ketua menanyakan kepada terdakwa, bagaimana pendapatnya tentang keterangan tersebut. Setelah pemeriksaan saksi hakim

dapat menunjukkan barang bukti pada saksi guna memastikan kebenaran yang berkaitan dengan barang bukti tersebut.

Selanjutnya hakim ketua bertanya pada penuntut umum, apakah masih ada saksi yang akan diajukan pada sidang hari ini. Dengan demikian dan seterusnya hingga penuntut umum mengatakan tidak ada lagi saksi yang akan diajukan. Apabila ada saksi karena halangan yang sah tidak dapat dihadirkan di persidangan maka keterangan yang telah diberikan pada saat penyelidikan sebagaimana tercatat dalam berita acara penyidikan dibacakan. Dalam hal ini yang bertugas membacakan berita acara tersebut adalah hakim ketua, namun seringkali hakim ketua meminta agar penuntut umum yang membacakan.

Pengajuan alat bukti lainnya guna mendukung argumentasi penuntut umum adalah sebagai berikut: Hakim ketua menanyakan apakah penuntut umum masih akan mengajukan bukti-bukti lainnya seperti: keterangan ahli dan surat serta tambahan barang bukti yang ditemukan selama proses persidangan. Apabila penuntut umum mengatakan masih, maka tata cara pengajuan bukti-bukti.

Demikian juga mengenai barang-barang bukti yang karena sifat dan jumlahnya tidak dapat seluruhnya diajukan, maka cukup diajukan sampelnya saja. Apabila penuntut umum mengatakan bahwa semua bukti- bukti telah diajukan, maka hakim ketua memberi kesempatan pada terdakwa atau penasihat hukum untuk mengajukan bukti-bukti.

## 2. Pembuktian oleh Terdakwa/Penasehat Hukum

Pengajuan saksi yang meringankan terdakwa atau sering disebut saksi "A decharge" adalah pengajuan saksi oleh terdakwa atau penasihat hukum pada sidang pengadilan dengan langkah-langkah sebagai berikut:

- a. Hakim ketua bertanya pada terdakwa/penasihat hukum apakah ia akan mengajukan saksi yang menguntungkan/meringankan (*a decharge*);
- b. Jika terdakwa/penasihat hukum tidak akan mengajukan saksi ataupun bukti lainnya, maka ketua majelis hakim menetapkan bahwa sidang akan dilanjutkan pada acara pengajuan tuntutan pidana oleh penuntut umum;
- c. Jika terdakwa/penasihat hukum akan dan telah siap mengajukan saksi yang meringankan maka hakim ketua segera memerintahkan agar saksi dibawa masuk sidang untuk diperiksa;
- d. Selanjutnya tata cara pemeriksaan saksi *a charge*, dengan titik berat pada pertanyaan-pertanyaan yang mengarah pada pengungkapan fakta- fakta yang bersifat membalik/melemahkan dakwaan penuntut umum atau setidaknya bersifat meringankan terdakwa.

Pengajuan alat bukti lainnya guna mendukung argumentasi terdakwa/penasihat hukum antara lain Hakim ketua menanyakan apakah terdakwa/penasihat hukum masih akan mengajukan bukti-bukti lainnya seperti, keterangan ahli dan surat serta tambahan barang bukti yang ditemukan selama proses persidangan.

Setelah terdakwa (para terdakwa) telah selesai diperiksa maka hakim ketua menyatakan bahwa seluruh rangkaian sidang pembuktian telah selesai dan selanjutnya

hakim ketua memberi kesempatan pada penuntut umum untuk mempersiapkan surat tuntutan pidana untuk diajukan pada sidang berikutnya.

Demikian begitu banyak *energy* dalam satu kasus tindak pidana untuk sampai kepada putusan hakim pengadilan yang berkekuatan tetap, *unfortunately* vonis hakim sangat ringan dan bahkan membebaskan terdakwa. Hal inilah yang menyayat relung hati korban dan keluarga korban. Sedangkan kalau tidak mau memenuhi panggilan sebagai saksi, maka dianggap melawan hukum Pasal 224 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) menyatakan bahwa barang siapa dipanggil sebagai saksi, saksi ahli atau juru bahasa menurut undang-undang dengan sengaja tidak memenuhi kewajiban berdasarkan undang-undang yang harus dipenuhinya, dalam perkara pidana, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan".

## **BAB V PENUTUP**

### **A. Kesimpulan**

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

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

pidana terhadap pelaku tindak pidana ujaran kebencian harus memenuhi keseluruhan unsur yang terdapat Pasal 28 ayat (2) Undang-undang Nomor 11 tahun 2008 sebagaimana dirubah undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Transaksi dan Informasi elektronik Dengan demikian, penerapan sanksi pidana yang diatur dalam pasal 45 Ayat (2) Undang-undang Nomor 11 tahun 2008 sebagaimana diubah undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Transaksi dan Informasi elektronik dapat dijatuhkan kepada pelaku.

## **B. Saran**

Berdasarkan kesimpulan tersebut di atas, maka Penulis menyarankan sebagai berikut:

1. Disarankan kepada pembentuk undang-undang untuk merumuskan secara rinci tentang makna pelaku sebagaimana diatur dalam pasal 55 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) didalam pasal 28 Pasal 28 ayat (2) Undang-undang Nomor 11 tahun 2008 sebagaimana dirubah undang-undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Transaksi dan Informasi elektronik sehingga pertanggungjawaban pidana kepada pelaku tidak hanya sebatas kepada pelaku langsung
2. Kepada penegak hukum hendaknya penuh kehati-hatian dalam menegakan hukum tindak pidana ujaran kebencian terutama Unsur kesalahan dan terus menerus melakukan sosialisasi sebagai tindakan preventif kepada masyarakat terkait Pasal 28 ayat (2) Jo Pasal 45A ayat (2)) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik.