

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Kemajuan teknologi¹ telah membawa dampak signifikan dalam kehidupan manusia. Teknologi telah mengantar manusia pada dunia baru yang disebut dunia maya. **Sutan Remy Sjahdeini** mengatakan bahwa dunia maya tersebut disebut “dunia virtual” sebagai terjemahan dari *virtual world*. Disebut *virtual world* oleh karena dunia tersebut tidak seperti dunia dimana kita hidup dan melakukan kegiatan. Dunia dimana kita hidup bersifat *physical*(fisik), sedangkan *virtual world* atau dunia virtual bersifat *non physical*(non fisik). Oleh karena semua yang berkaitan dengan komputer diberi keterangan dengan sebutan “*cyber*” maka *virtual world* sering disebut pula “*cyberspace*”(ruang siber). Sebutan lain dari *virtual world* atau *cyberspace* adalah *cyber world*.²

Perkembangan dunia virtual tersebut terjadi bersamaan dengan berkembangnya tatanan dunia politik, pertahanan, keamanan, sosial budaya, hukum

¹ Secara etimologis, kata “teknologi” berasal dari kata dalam Bahasa Yunani, yaitu *techniqos*(yang berarti keterampilan atau kesenian) dan *logos* (yang berarti ilmu atau asas-asas utama), **Lihat** M. Arsyad Sanusi, *Hukum dan Teknologi Informasi*,(Bandung: Tim Kemas Buku, 2005), hal.4

² Sutan Remy Sjahdeini, *Kejahatan&Tindak Pidana Komputer*, (Jakarta: PT. Pustaka Utama Grafiti, 2009), hal. 2-3

bahkan ilmu pengetahuan dan teknologi.³ Kemajuan yang begitu pesat di bidang teknologi informasi telah memberikan sumbangan yang besar bagi berkembangnya dunia informasi dan transaksi elektronik. Akan tetapi tidak dapat dipungkiri, kemajuan yang begitu dahsyat tersebut di satu sisi membawa berkat bagi kemanusiaan tetapi di sisi yang lain juga membawa mudarat bagi kemanusiaan. Apabila tumbuh marak berbagai bentuk kejahatan tetapi tidak ada hukum yang mengatur dan bersifat memaksa, maka kejahatan-kejahatan tersebut akan membunuh masyarakat dimana kejahatan itu berada. Akan tetapi, membuat ketentuan hukum terhadap bidang yang berubah dengan cepat sungguh bukan perkara yang mudah, sehingga diperlukan perubahan paradigma model hukum responsif seiring dengan dinamika perkembangan dan kemajuan dunia siber(*cyberspace*). Karakteristik aktivitas di dunia siber yang bersifat lintas batas yang tidak lagi tunduk pada batasan-batasan teritorial dan hukum tradisional memerlukan hukum responsif, sebab pasal-pasal tertentu dalam KUHP dianggap tidak cukup memadai untuk menjawab persoalan-persoalan hukum yang muncul akibat aktivitas di dunia maya.⁴

Dalam pandangan **Haris Hardinanto**⁵, "UU ITE dibuat sebagai respon perkembangan teknologi informasi dalam bidang hukum. Respon tersebut

³ Dalam Pertimbangan Majelis Hakim dalam Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Uji Materiil Pasal 27 Ayat (3) UU ITE No.50/PUU-VI/2008 yang diajukan oleh Nurliswandi Piliang(Iwan Piliang), hal. 97 dikatakan, "Globalisasi yang bergulir pada tahun 1980-an, bukan saja terkait dengan kehidupan ekonomi, tetapi telah melanda kehidupan politik, pertahanan, keamanan, sosial budaya, hukum bahkan ilmu pengetahuan dan teknologi in casu pertumbuhan dunia siber (*cyberspace*).

⁴ *Ibid.*, hal. 101-102

⁵ Haris Hardinanto, *Akses Ilegal Dalam Perspektif Hukum Pidana*, (Malang: Setara Press, 2019), hal.63

didasarkan atas perkembangan suatu rezim hukum baru yang dikenal dengan hukum siber atau hukum telematika. Hukum siber atau *cyber law*, secara internasional digunakan untuk istilah hukum yang terkait dengan pemanfaatan teknologi informasi dan komunikasi. Demikian pula, hukum telematika yang merupakan perwujudan dari konvergensi hukum telekomunikasi, hukum media, dan hukum informatika”.

UU ITE dibuat dengan tujuan untuk menertibkan seluruh aktivitas manusia yang dilakukan melalui dunia virtual karena perkembangan aktivitas di dunia virtual pada awalnya tidak dibarengi dengan penyediaan peraturan perundang-undangan sehingga kehadiran UU ITE dapat dikatakan sebagai wujud respon dari pemerintah untuk menanggulangi penyalahgunaan praktik bisnis elektronik (*e-commerce*) dan tindak pidana yang dilakukan melalui dunia virtual.

Perkembangan aktivitas di dunia virtual(*cyber*) sangat besar dan luas bahkan menembus batas-batas teritorial sebuah negara. Sehingga akibat dari perkembangan tersebut menjadi pintu masuk (*entry point*) dari sebuah revolusi digital. Majalah **Tempo** mencatat, ”Revolusi digital bahkan dianggap sebagai gelombang keempat revolusi industri yang mengguncang dunia. Revolusi industri pertama dipicu penemuan mesin uap, disusul revolusi yang bertumpu pada produksi massal dengan tenaga listrik. Revolusi ketiga terjadi karena teknologi informasi dan elektronik. Kini datanglah revolusi berbasis internet yang disambut gegap gempita oleh pelaku bisnis”.⁶ Fusi dari teknologi-teknologi tersebut, serta interaksinya

⁶ Gegap Gempita Revolusi Digital,”Opini”, *Tempo*, Edisi: 27 November-3 Desember 2017, hal.25

diantara domain fisik, digital, dan biologis, inilah yang membuat revolusi industri keempat berbeda secara mendasar dengan revolusi-revolusi sebelumnya.⁷

Revolusi berbasis internet memiliki andil besar dalam melahirkan media sosial (facebook, twitter, Instagram dan lain-lain) yang saat ini dimanfaatkan sebagai sarana kontrol kebijakan publik dan hukum. Walaupun disisi lain manfaat baik ini ter-disrupsi juga oleh tindakan destruktif seperti ujaran kebencian, fitnah dan pencemaran nama baik, kabar bohong dan tindak pidana yang bermuatan suku, agama, ras dan antargolongan (SARA) yang dilakukan oleh pengguna media sosial.

Terjadinya tindak pidana di dunia maya tersebut membawa dampak signifikan dalam sistem peradilan pidana di Indonesia terutama sekali terjadinya perubahan dalam proses penanganan perkara mulai dari pembuatan laporan kepada pihak kepolisian, pengumpulan barang bukti yang seringkali terkendala oleh sistem elektronik, penentuan siapa pelaku, penentuan *locus* dan *tempus* tindak pidana ITE, tindakan ketika bukti-bukti elektronik dihapus oleh pelaku tindak pidana, masalah orisinalitas barang bukti, terjadinya multi tafsir terhadap rumusan tindak pidana yang diatur dalam UU ITE yang dikaitkan dengan dugaan tindak pidana yang terjadi dan ketidaktaatan azas dalam menyikapi delik biasa dan delik aduan dalam UU ITE. Penentu utama rangkaian proses hukum terhadap pelaku tindak pidana Informasi dan Transaksi Elektronik terletak ditangan penyidik yang melakukan menerima laporan dan mengumpulkan alat bukti. Rangkaian tindakan penegak hukum seperti

⁷ Klaus Schwab, *Revolusi Industri Keempat*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2020), hal.4

menangkap, menyidik⁸, menuntut⁹, membela¹⁰, memeriksa dan memutus perkara¹¹ merupakan rangkaian proses hukum acara untuk membuktikan terpenuhi atau tidaknya suatu unsur tindak pidana yang dipersangkakan atau didakwakan kepada seseorang yang diduga kuat telah melakukan suatu tindak pidana ITE. Proses hukum ini dimulai sejak penyidik menyiapkan berita acara pemeriksaan sampai pada pemeriksaan perkara di muka sidang pengadilan dalam rangka pencarian kebenaran materiil.¹² Apabila unsur tindak pidana yang didakwakan kepada

⁸ Beberapa wewenang Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam Pasal 16 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia adalah:

- melakukan penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan;
- melarang setiap orang meninggalkan atau memasuki tempat kejadian perkara untuk kepentingan penyidikan;
- membawa dan menghadapkan orang kepada penyidik dalam rangka penyidikan;
- memanggil orang untuk didengar dan diperiksa sebagai tersangka atau saksi;
- menyerahkan berkas perkara kepada penuntut umum;

⁹ Tugas dan wewenang Kejaksaan berdasarkan Pasal 30 Ayat(1) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 Tentang Kejaksaan Republik Indonesia, antara lain:

- a. melakukan penuntutan;
- b. melengkapi berkas perkara tertentu dan untuk itu dapat melakukan pemeriksaan tambahan sebelum dilimpahkan ke pengadilan yang dalam pelaksanaannya dikoordinasikan dengan penyidik.

¹⁰ Pasal 1 Angka 2 Undang-Undang Nomor: 18 Tahun 2003 Tentang Advokat, menyebutkan: Jasa Hukum adalah jasa yang diberikan Advokat berupa memberikan konsultasi hukum, bantuan hukum, menjalankan kuasa, mewakili, mendampingi, membela, dan melakukan tindakan hukum lain untuk kepentingan hukum klien

¹¹ Mahkamah Agung mempunyai kewenangan berdasarkan ketentuan Pasal 11 Ayat(2) UU Nomor: 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, yaitu:

- a. mengadili pada tingkat kasasi terhadap putusan yang diberikan pada tingkat terakhir oleh pengadilan di semua lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung;
- b. kewenangan lainnya yang diberikan undang-undang.

¹² Pemeriksaan perkara pidana lebih mementingkan pada penemuan kebenaran materiil (*material wardheid*), aspek materiil yakni suatu kebenaran yang sungguh-sungguh sesuai dengan kenyataannya. Berbeda dengan pemeriksaan perkara perdata yang lebih menekankan pada penemuan kebenaran formil (*formale warheid*) atau pada aspek formal. **Lihat** Syaiful Bakhri, *Hukum Pembuktian Dalam Praktik Peradilan Pidana*, (Jakarta: P3IH&Total Media, 2009), hal.235

seseorang,¹³ telah terbukti¹⁴ dipersidangan, maka seseorang yang didakwa melakukan tindak pidana dapat dijatuhi hukuman.

Mengingat basis tindak pidana ITE dilakukan melalui media elektronik maka setiap orang yang melakukan perbuatan melalui media elektronik benar-benar memahami, mengerti dan menginginkan dilakukannya perbuatan tersebut tanpa memedulikan apakah perbuatannya menimbulkan akibat hukum atau tidak. Oleh karena segala tindakan yang dilakukan melalui media elektronik itu merupakan tindakan yang disengaja dan ditujukan untuk maksud tertentu maka tindakan tersebut telah dilakukan dengan sengaja. Jenis kesengajaan yang sering dilakukan dalam tindak pidana ITE diidentifikasi sebagai kesengajaan dengan tujuan, dengan perkataan lain sebagaimana disebut **Satochid Kartanegara**, *opzet* adalah sebagai

¹³ Kuffal mengatakan, "Berhubung tindakan penyidikan itu mempunyai tujuan utama untuk mengumpulkan bukti yang pada akhirnya akan bermuara pada penyajian pembuktian dimuka sidang pengadilan, maka penafsiran terhadap pengertian "bukti" dalam Pasal 1 butir 2 serta pengertian "bukti permulaan" dalam Pasal 1 butir 14 dan Pasal 17 KUHAP harus didasarkan dan tidak boleh dilepaskan dari pengertian alat-alat bukti yang sah sebagaimana diatur dalam Pasal 183 jo 184 Ayat(1) KUHAP. Dan dari pasal-pasal tersebut dapat diketahui secara jelas bahwa alat pembuktian yang berlaku dan bernilai untuk memutuskan bahwa terdakwa benar-benar bersalah melakukan tindak pidana adalah alat bukti yang sah sekurang-kurangnya sebanyak dua alat bukti yang sah. Atas dasar ketentuan-ketentuan sebagaimana diuraikan diatas, maka menurut hemat Peneliti yang dimaksud dengan "bukti permulaan": adalah sama dengan "alat bukti yang sah" atau dapat juga alat bukti yang sah tersebut semula berasal dari barang bukti/benda sitaan yang dalam proses lebih lanjut telah berubah menjadi alat bukti yang sah". *Lihat*, Kuffal, *Penerapan KUHAP Dalam Praktik Hukum Edisi Revisi*, (Malang: UMM Press, 2011), hal.28

¹⁴ Dalam Rapat Kerja Gabungan MAKEHJAPOL-I diinventarisir 4(Empat) buah pendapat tentang bukti permulaan yang cukup, yaitu:

- a. laporan polisi saja;
- b. laporan polisi ditambah BAP saksi/BAP di TKP/Laporan Hasil Penyidikan /barang bukti;
- c. laporan polisi ditambah BAP saksi dan BAP di TKP/Laporan hasil penyidikan/barang bukti; dan
- d. laporan polisi ditambah seluruh bukti lainnya

Terhadap keempat pendapat tersebut, Rakergab Mahkejapol memutuskan bahwa: bukti permulaan yang cukup seyogyanya Laporan Polisi ditambah salah satu alat bukti lainnya. *Lihat*, Chandra M. Hamzah, *Penjelasan Hukum Tentang Bukti Permulaan Yang Cukup*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum dan Kebijakan, 2014), hal.8-9

tujuan(*doel*).¹⁵ Kesengajaan adalah arah yang disadari dari kehendak yang tertuju kepada kejahatan tertentu.¹⁶ Sedangkan *opzet* menurut **van Hattum**, secara ilmu bahasa hanya berarti *oogmerk*(maksud) dalam arti tujuan dan kehendak.¹⁷ Kepastian ini mengakibatkan tidak adanya jalan lain bagi pelaku kejahatan tindak pidana UU ITE untuk lolos dari jerat hukum selain menerima fakta bahwa perbuatannya tersebut telah memenuhi unsur pasal tindak pidana ITE dan dapat dijatuhkan pidana.

Keadaan dimana para pelaku tindak pidana ITE tidak memiliki cara lain selain menghadapi proses hukum mengakibatkan meningkatnya jumlah perkara yang ditangani oleh pihak kepolisian, kejaksaan dan pengadilan. Hal ini juga membawa dampak pada meningkatnya jumlah narapidana. Hal ini berarti, kehadiran UU ITE tidak menjadi bagian dari solusi menekan angka atau laju tindak pidana tetapi menjadi kontributor besar dari meningkatnya tindak pidana.

Meningkatnya kasus kejahatan menimbulkan permasalahan mengenai anggaran yang harus disediakan pemerintah untuk membiayai hidup terpidana selama menjalani masa hukuman dipenjara baik penyediaan makanan maupun tempat mereka menjalani hukum. Hal ini bukan persoalan sederhana. Kebijakan hukum pidana harus mampu mengidentifikasi persoalan mulai dari hulu. Apabila

¹⁵ Leden Marpaung, *Unsur-Unsur Perbuatan Yang Dapat Dihukum(Delik)*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1991), hal.14

¹⁶ Schaffmeister, Keizer dan E.P.H Sutorius, *Hukum Pidana*, (Yogyakarta: Liberty, 1995), hal. 88

¹⁷ Andi Hamzah, *Hukum Pidana Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2019), hal. 107

persoalan tindak pidana dapat dicegah sejak dari hulu maka jumlah terpidana akan dapat ditekan sehingga tidak menjadi beban bagi pemerintah.

Dilihat dari perspektif *Economic Analysis of Law (EAL)*, besarnya jumlah terpidana menandakan bahwa peraturan hukum pidana kita tidak efektif menekan laju kejahatan. Indikator meningkatnya kejahatan adalah karena elemen-elemen hukum tidak berfungsi sebagaimana mestinya. Persoalan telah dimulai ditangan struktur hukum yaitu aparat penegak hukum yang tidak mampu menerapkan ketentuan hukum pidana maupun hukum acara pidana dengan baik sehingga jumlah kejahatan yang ditangani oleh struktur hukum ini tidak dapat ditekan secara efektif. Paralel dengan persoalan pada komponen struktur hukum, substansi hukum juga ternyata tidak mampu menjawab setiap bentuk maupun ragam dari kejahatan yang berkembang sangat cepat. Yang terakhir, budaya hukum masyarakat yang positif juga masih sangat sulit dibentuk sehingga penerapan substansi hukum oleh struktur hukum tidak berjalan sesuai dengan harapan. Seharusnya persoalan ini dapat diidentifikasi sejak awal dan diharmonisasi apabila pembentuk peraturan perundang-undangan (baik peraturan pidana dalam KUHP maupun diluar KUHP) menerapkan metode *economic analysis of law* ketika membentuk suatu peraturan perundang-undangan pidana untuk mengukur seberapa efektif suatu peraturan pidana yang dibuat dapat dipakai dalam menekan laju tindak pidana.¹⁸

¹⁸ **Lihat** Lawrence M. Friedman dalam Edi Setiadi&Kristian, *Sistem Peradilan Pidana Terpadu dan Sistem Penegakan Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2017), hal.14. dikatakan Lawrence M. Friedman terdapat tiga komponen hukum yaitu:

1. komponen struktural;
2. komponen substansi;
3. komponen budaya hukum.

Pembentukan peraturan perundang-undangan harus dipandang sebagai sebuah pertanggungjawaban moral karena produk undang-undang adalah produk berdimensi publik dan menimbulkan akibat hukum bagi publik. Undang-undang tidak dapat di produksi dengan mengabaikan maksud dibuatnya undang-undang tersebut. Menurut **Maria G.S Soetopo Conboy dan Indriyanto Seno Adji**, “pertanggungjawaban hukum biasanya didasarkan pada penyelesaian masalah dan pengambilan keputusan dengan menggunakan metodologi tertentu. Dalam konteks kebijakan pemerintah, EAL diterapkan dalam perumusan peraturan perundang-undangan”.¹⁹

Untuk mewujudkan efisiensi dari pembentukan dan penerapan aturan hukum pidana dan menekan laju tindak pidana melalui alat berupa *economic analysis of law*, *Plea bargaining system* patut dipertimbangkan sebagai salah satu sistem hukum acara dalam proses peradilan pidana. Semakin rendah jumlah tindak pidana maka semakin efektif dan efisien penerapan dan penggunaan aturan hukum.

Didalam *Plea bargaining system* sebagai sebuah sistem, melekat 2(dua) karakteristik sistem²⁰ peradilan yaitu sistem peradilan pidana(*criminal justice system*) dan proses peradilan pidana(*criminal justice process*). Menurut Hagan

¹⁹ Maria G.S Soetopo Conboy dan Indriyanto Seno Adji, *Economic Analysis of Law Krisis Keuangan dan Kebijakan Pemerintah*, (Jakarta: Diadit Media, 2015), hal.28-29

²⁰ Istilah sistem berasal dari Bahasa Yunani “*systema*” yang mempunyai pengertian demikian:

1. suatu keseluruhan yang tersusun dari sekian banyak bagian (“*whole compounded of several parts-Shrode dan Voich, 1974:115*);
2. hubungan yang berlangsung diantara satuan-satuan atau komponen secara teratur (“*an organized, functioning relationship among units or components-Award, 1979:4*) jadi, dengan kata lain “*systema*” itu mengandung arti sehimpunan bagian atau komponen yang saling berhubungan secara teratur dan merupakan satu keseluruhan(*a whole*). **Lihat** Tatang M. Amirin, *Pokok-Pokok Teori Sistem*,(Jakarta: PT. Rajagrafindo Persada, 2011), hal.1

sebagaimana dikutip oleh **Romli Atmasasmita**, "*criminal justice process* adalah setiap tahap dari suatu putusan yang menghadapkan seorang tersangka kedalam proses yang membawanya kepada penentuan pidana baginya. Sedangkan *criminal justice system* adalah interkoneksi antara keputusan dari setiap instansi yang terlibat dalam proses peradilan pidana".²¹

Plea bargaining system menjadi bagian dari proses peradilan pidana (*criminal justice process*) dan juga sistem peradilan pidana (*criminal justice system*). Didalam *plea bargaining system* melekat sifat dari sistem *inquisitor* karena *plea bargaining* menitikberatkan penyelesaian kasus melalui pengakuan terdakwa. Pengakuan terdakwa menjadi dasar pijakan bagi jaksa penuntut umum untuk menyelesaikan tindak pidana yang didakwakan kepada terdakwa. Demikian pula, *plea bargaining* melekat sifat akusator karena rangkaian penyelesaian tindak pidana yang dilakukan terhadap terdakwa tetap dilakukan melalui mekanisme hukum acara berdasarkan KUHAP.

Apabila dilihat dari proses dan tahapan penanganan kasus, penggunaan model inkuisitor dan akusator merupakan bagian dari proses peradilan pidana (*criminal justice process*) karena model inkuisitor maupun akusator merupakan cara dalam melakukan proses atau pelaksanaan hukum acara pidana. Sedangkan keterlibatan dari instansi penegak hukum dalam rangkaian proses tersebut disebut sebagai sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) karena menekankan pada berfungsinya semua simpul-simpul aparat penegak hukum yang

²¹ Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana Perspektif Eksistensialisme dan Abolitionisme*, (Bandung: Binacipta, 1996), hal. 14

melaksanakan hukum acara. Walaupun dalam bingkai besarnya, proses peradilan pidana tidak dapat dilepaskan dari sistem peradilan pidana. Dalam sejarahnya, Indonesia telah mengalami dua sistem proses peradilan yaitu sistem *inquisitoir* dan sistem *accusatoir*. Sebelum berlakunya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) No.8 Tahun 1981²², hukum acara pidana menerapkan sistem inkuisitoir dimana seorang tersangka dapat mengalami penyiksaan yang dilakukan oleh penyidik dalam rangka mendapatkan pengakuan atau bukti-bukti lain supaya penyidik dapat menjeratnya ke muka sidang pengadilan.²³ Akan tetapi, setelah berlakunya KUHP dan KUHAP

²² Sebelum KUHAP diberlakukan maka hukum acara kita mengacu pada HIR/*Het Herziene Indlansch Reglement* (HIR) atau dikenal juga dengan Reglement Indonesia yang Diperbaharui (RIB) yang diundangkan dalam Staatsblaad No.44 Tahun 1941. Pada saat itu, dengan Pasal 6 Undang-Undang No.1/Drt/1951, diperintahkan kepada pengadilan dan kejaksaan negeri dalam wilayah Republik Indonesia agar seberapa mungkin HIR/RIB harus digunakan sebagai pedoman tentang tata cara berperkara pidana sipil kecuali atas beberapa perubahan dan tambahannya. Hal ini dimaksudkan untuk mengatasi adanya bermacam-macam hukum acara pidana, seperti yang berlaku bagi *Landraad* dan yang berlaku untuk *Raad van Justitie*. **Lihat**, Koesparmono Irsan&Armansyah, *Panduan Memahami Hukum Pembuktian Dalam Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, (Bekasi: Gramata Publishing, 2016), hal.140-141

²³ Menurut M. Syukri Akub dan Baharuddin Baharu sebagaimana dikutip oleh H. Edi Setiadi&Kristian, "Proses penyelesaian perkara pidana berdasarkan sistem *inquisitoir* dimulai dengan adanya inisiatif dari penyidik atas kehendaknya sendiri untuk menyelidiki kejahatan atau tindak pidana yang terjadi dalam masyarakat. Pada tahap ini, cara penyelidikan dan pemeriksaan dilakukan oleh penyidik secara sukarela. Pada tahap ini, kepada tersangka diberitahukan secara jelas isi tuduhan dan jenis kejahatan apa yang telah dilakukan serta bukti-bukti lain yang memberatkan tersangka. Satu-satunya tujuan pemeriksaan pada masa ini adalah untuk memperoleh pengakuan (*confession*) dari tersangka karena didalam praktiknya, seringkali tersangka tidak mau secara sukarela mengakui perbuatannya atau kesalahannya. Bukti-bukti yang dikumpulkan penyidik telah menimbulkan dugaan kuat bahwa tersangka adalah orang yang melakukan kejahatan, apabila tersangka tidak mau secara sukarela mengakui perbuatannya atau kesalahannya. Dengan bukti tersebut juga, petugas pemeriksa akan memperpanjang penderitaan tersangka melalui cara penyiksaan (*torture*) sampai diperoleh pengakuan". **Lihat**, H. Edi Setiadi&Kristian, *Op.Cit.*, hal.39-40

Menurut catatan, Inkuisisi telah dipraktikkan sejak tahun 1231 terhadap kaum kataris (sebuah sekte pertapa yang percaya bahwa Tuhan dan iblis berbagi dunia). Para inkuisitor menggunakan penyiksaan-penyiksaan yang mengerikan seperti penyiksaan dengan meregangkan tubuh korban hingga kesakitan dan penyiksaan dengan menghancurkan ibu jari korban demi memperoleh pengakuan-pengakuan. Penyiksaan seringkali berakhir dengan kematian dibakar pada tiang sula. **Lihat**, Brenda Ralph Lewis, *Sejarah Gelap Para Paus Kejahatan, Pembunuhan, dan Korupsi di Vatikan*, diterjemahkan: A. Reni Eta Sitepoe, (Jakarta: Penerbit PT. Elex Media Komputindo, 2010), hal. Pengantar

sistem inquisitor ditinggalkan. Proses peradilan lebih mengedepankan perlindungan hak azasi manusia, sehingga sistem pengumpulan alat bukti yang inquisitoir menjadi akusatoir.²⁴

KUHAP secara tegas menganut asas "ekusator". Hal ini dapat dilihat dari dikedepankannya perlindungan hukum terhadap tersangka/terdakwa, khususnya dalam mendapat bantuan hukum. Dengan adanya pemberian bantuan hukum pada si tersangka/terdakwa pada semua tingkat pemeriksaan pendahuluan dan pemeriksaan di depan sidang pengadilan maka asas ekusator memberikan kedudukan sama pada tersangka/terdakwa terhadap penyidik/penuntut umum ataupun hakim, oleh karena dalam pemeriksaan tersangka/terdakwa merupakan subjek, bukan lagi sebagai objek pemeriksaan. Lain halnya dengan asas "inkisitor" yang menjadikan si tersangka sebagai objek dalam pemeriksaan untuk memaksa tersangka mengakui²⁵ tindak pidana yang disangkakan tanpa mengindahkan hak azasi tersangka. Model inkisitor ini ditolak oleh Herbert L. Packer. Menurutnya, sebagaimana dikutip oleh **Indriyanto Seno Adji,** " *Illegally secured evidence* (Perolehan bukti secara tidak sah) adalah tidak patut dijadikan sebagai bukti di pengadilan".²⁶

²⁴ Pada sistem *accusatoir* tertuduh berhak mengetahui dan mengikuti setiap tahap proses peradilan, dan juga berhak mengajukan sanggahan atau berargumentasi (mengajukan pembelaan bagi dirinya sendiri). *Lihat* H. Edi Setiadi&Kristian, *Op.Cit.*,hal.42

²⁵ Mokhammad Najih&Soimin, *Pengantar Hukum Indonesia Sejarah, Konsep Tata Hukum&Politik Hukum Indonesia*, (Malang: Setara Press, 2012), hal.174-175

²⁶ Indriyanto Seno Adji, *Arah Sistem Peradilan Pidana*, (Jakarta: Kantor Pengacara dan Konsultan Hukum Prof. Oemar Seno Adji, SH&Rekan, 2001), hal.27

Model akusatoir dapat memaksimalkan terkumpulnya alat bukti karena memungkinkan ditemukannya lebih banyak fakta-fakta atas suatu tindak pidana yang disidik. Menurut **Alfitra**:

”...prosedur akuisitoir mengakibatkan ditemukannya lebih banyak fakta yang dengan demikian memberikan perlindungan yang lebih dalam menghindari bahaya adanya keputusan yang keliru. Disamping itu, diharap dapat menghindarkan kemungkinan timbulnya prasangka para hakim secara lebih baik dibandingkan dengan prosedur tipe lain. Partisipan ataupun para pengamat telah merasakan bahwa metode secara akuisitoir lebih adil jika dibandingkan dengan secara inkuisitoir”.²⁷

Sedangkan penggunaan model inkuisitoir membuka potensi terjadinya pelanggaran terhadap hak-hak konstitusi tersangka. Model inkuisitor tidak layak diterapkan karena membuka potensi pelanggaran hukum. **Luhut M.P Pangaribuan, dkk** memberikan batasan-batasan agar pengumpulan alat bukti dilakukan sesuai dengan prinsip *due process of law* yaitu dengan ”Konsep SPP *inquisitorial-non adversarial* ialah suatu konsep peradilan pidana yang didalamnya dapat ditemukan elemen-elemen sebagai berikut:

- i. Dalam suatu pemeriksaan *resorted to the confession* yang dalam pelaksanaannya “*could be induced by torture*”;
- ii. Pengakuan itu diterima sebagai “*legally sufficient indication*” setelah adanya suatu “*probable cause and reasonable suspicion*”;
- iii. Dan dengan adanya “*probable cause and reasonable suspicion*” itu akan digunakan sebagai “*the standard for arresting a suspect , searching or seizing his/her property, or filing a criminal charge*”;
- iv. Pemeriksaan dijalankan dengan “*official state monopoly on prosecution*”;
- v. Dalam pemeriksaan pendahuluan pada dasarnya “*not open to the public*” tapi dalam perkembangannya sudah *mixed element of the*

²⁷ Alfitra, *Hukum Pembuktian Dalam Beracara Pidana, Perdata, dan Korupsi di Indonesia Edisi Revisi*, (Jakarta: Raih Asa Sukses, 2018), hal.7

*inquisitorial and adversarial system dengan a limited opportunity for the parties to put their case;*²⁸

Mengacu pada Pasal 42 UU ITE, maka Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana(KUHAP) yang memiliki karakteristik model akusator menjadi hukum acara dalam melakukan penanganan perbuatan yang dilarang sebagaimana diatur dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 37 UU ITE. Namun, pengaturan perbuatan yang dilarang dalam UU ITE menyisakan masalah sampai saat ini. Jamaknya pendapat terhadap eksistensi perbuatan yang dilarang dalam UU ITE telah muncul sejak awal diundangkannya UU ITE. Banyak pihak yang menolak adanya bab tentang perbuatan yang dilarang dalam UU ITE tersebut dengan berbagai alasan antara lain, "Sekalipun perangkat hukum seperti Kitab Undang-Undang Hukum Pidana(KUHAP) sudah dimiliki Indonesia, namun peraturan itu masih belum cukup mampu menjerat pelaku tindak pidana di internet. Apalagi dalam Pasal 1 KUHP disebutkan "*tidak ada perbuatan pidana jika sebelumnya tidak dinyatakan dalam suatu ketentuan undang-undang*". Artinya, pasal itu menegaskan kalau pelaku kejahatan internet belum tentu dapat dikenakan sanksi pidana".²⁹ Pihak yang kontra lain lagi. Mereka mengatakan bahwa,"UU ITE sejatinya diperuntukkan untuk mengatur perdagangan elektronik di Internet, tetapi entah mengapa UU ini juga ikut mengatur hal-hal yang sebenarnya telah diatur dalam KUHP. Hal ini merupakan duplikasi tindak pidana yang justru rentan

²⁸ Luhut M.P Pangaribuan, dkk, *Menuju Sistem Peradilan Pidana Yang Akusatorial dan Adversarial Butir-Butir Pikiran Peradi Untuk Draft RUU-KUHAP*, (Jakarta: Penerbit Papas Sinar Sinanti-Peradi, 2010,hal.15-16)

²⁹ Dikdik M. Arief Mansur&Elisatris Gultom, *Cyber Law Aspek Hukum Teknologi Informasi*, (Bandung: Refika Aditama, 2009), hal.6-7

terhadap terjadinya ketidakpastian hukum. Duplikasi juga akhirnya dapat merugikan masyarakat sendiri karena tidak tahu perbuatan mana yang diperbolehkan dan perbuatan mana yang tidak diperbolehkan dilakukan menurut hukum”.³⁰

Tidak lama Pasca diberlakukan, UU ITE ini mulai memakan korban. Kasus fenomenal dari diberlakukannya UU ITE adalah kasus Prita Mulyasari. Selain Prita Mulyasari, terdapat beberapa korban lain yang harus berurusan dengan UU ITE diantaranya dapat ditelusuri melalui beberapa putusan pengadilan berikut ini:

1. Putusan Nomor 574 K/Pid.Sus/2018 yang menyatakan Baiq Nuril terbukti telah melakukan tindak pidana Pasal 27 Ayat(1) jo Pasal 45 Ayat(1) UU ITE.
2. Putusan Nomor 822 K/Pid.Sus/2010 yang menyatakan Prita Mulyasari terbukti melakukan tindak pidana Pasal 27 Ayat(3) UU ITE.
3. Putusan Nomor 58/Pid.Sus/2019/PT.DKI yang menyatakan Dhani Ahmad Prasetyo alias Ahmad Dhani terbukti melakukan tindak pidana Pasal 28 Ayat(2) UU ITE.
4. Putusan Nomor 26/Pid.Sus/2015/PT.Ykk yang menyatakan Florence Saulina Sihombing terbukti melakukan tindak pidana Pasal 27 Ayat(3) jo Pasal 45 Ayat(1) UU ITE.

Berdasarkan amar putusan dalam perkara Baiq Nuril, Prita Mulyasari, Dhani Ahmad Prasetyo maupun Florence Saulina Sihombing, diketahui bahwa keempatnya dinyatakan terbukti memenuhi unsur “*dengan sengaja*” dan “*tanpa hak*” melakukan tindak pidana antara lain Pasal 27 Ayat(1), Pasal 27 Ayat(3), Pasal 28 Ayat(2) dan Pasal 27 Ayat(3) UU ITE. Pembuktian unsur dengan sengaja dan tanpa hak tidak dapat dikesampingkan begitu saja karena pembuktian atas dua unsur ini menjadi penentu bagi penuntut umum untuk memidana para pelaku.

³⁰ Anggara, Supriyadi W.E&Ririn Sjafriani, *Kontroversi Undang-Undang ITE Menggugat Pencemaran Nama Baik di Ranah Maya*, (Jakarta: Degraf Publishing, 2010), hal.vii

Untuk membuktikan unsur dengan sengaja dan unsur tanpa hak, dilakukan dengan cara menggunakan alat bukti sebagaimana yang diatur didalam KUHAP yaitu Pasal 183³¹ dan Pasal 184 Ayat (1)³². Kemudian, karena perkembangan teknologi yang sangat pesat maka bukti elektronik juga diterima sebagai bukti yang sah di persidangan. Setelah terbit Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XIV/2016 maka bukti elektronik diakui sebagai salah satu alat bukti untuk melengkapi alat bukti yang sebelumnya diatur dalam Pasal 184 Ayat(1) KUHAP. Terbitnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XIV/2016 tidak serta merta menegaskan kekuatan alat bukti elektronik sebagai bukti yang langsung diterima begitu saja dalam proses pembuktian. Pendapat para sarjana terpecah menjadi pro dan kontra.³³

³¹ Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seseorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah dia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya.

³² Alat bukti yang sah ialah:

- a. Keterangan saksi;
- b. Keterangan ahli;
- c. Surat;
- d. Petunjuk;
- e. Keterangan terdakwa.

³³ Keadaan ini terdeskripsi dari pendapat **Bambang Pratama**, yang mengatakan, “Melihat lebih lanjut pada putusan MK No. 20/PUU-XIV/2016 terlihat bahwa salah satu tafsir bukti elektronik adalah ketika dibenturkan dengan undang-undang tindak pidana korupsi. Dalam permohonan uji materi yang diajukan, terlihat bahwa bukti elektronik telah lebih dahulu dikenal didalam pasal 26A Undang-undang No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dengan rumusan normanya sebagai berikut: Alat bukti yang sah dalam bentuk petunjuk sebagaimana dimaksud dalam Pasal 188 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana, khusus untuk tindak pidana korupsi juga dapat diperoleh dari:

1. *Alat bukti lain yang berupa informasi yang diucapkan, dikirim, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu; dan*
2. *Dokumen, yakni setiap rekaman data atau informasi yang dapat dilihat, dibaca, dan atau didengar yang dapat dikeluarkan dengan atau tanpa bantuan sarana, baik yang tertuang di atas kertas, benda fisik apapun selain kertas, maupun yang terekam secara*

Unsur dengan sengaja merupakan unsur subjektif dan unsur tanpa hak merupakan unsur objektif daripada pasal-pasal perbuatan yang dilarang dalam UU ITE. Unsur "dengan sengaja" merupakan bagian dari unsur subjektif untuk membuktikan adanya kesalahan yang dilakukan oleh seorang yang diduga melakukan tindak pidana perbuatan yang dilarang. Sementara unsur "tanpa hak" merupakan unsur objektif untuk membuktikan adanya sifat melawan hukum yang dilakukan oleh pelaku tindak pidana ITE.

Adami Chazawi dan Ardi Ferdian secara terperinci menguraikan unsur subjektif dan unsur objektif dari pasal-pasal perbuatan yang dilarang dalam UU ITE, sebagai berikut:

elektronik, yang berupa tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, huruf, tanda, angka, atau perforasi yang memiliki makna.

Tafsir tentang bukti elektronik apabila mengacu pada putusan MK No. 20/PUU-XIV/2016 oleh hakim konstitusi diputuskan bahwa setiap bukti elektronik dapat diakui sebagai bukti elektronik di mata hukum selama didapat dengan cara yang tidak melanggar hukum. Jika bukti elektronik di dapat dengan cara melanggar hukum maka tidak dapat dijadikan sebagai bukti elektronik di hadapan hukum. Pandangan ini sebenarnya terlihat dari adanya *dissenting opinion* terkait bukti elektronik dari hakim Konstitusi, Suhartoyo yaitu sebagai berikut: *Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) yang justru mengakomodir dan memberi perlindungan setiap warga negara yang dilanggar hak privasinya, karena ada dua esensi mendasar yang secara materiil terkandung dalam pasal a quo, yaitu ketentuan yang mengatur mengenai alat bukti informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan/atau hasil cetakannya, di satu sisi merupakan perluasan alat bukti sebagai bukti petunjuk dan di sisi lain merupakan bukti yang berdiri sendiri di luar alat bukti yang diatur dalam hukum acara perdata dan hukum acara pidana. Sehingga ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) UU ITE justru memberi kepastian hukum bahwa informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik dan/atau hasil cetakannya adalah alat bukti yang sah.*

Berdasarkan putusan hakim konstitusi di atas terlihat bahwa bukti elektronik dapat dilihat menjadi dua bentuk, yaitu: (1) bukti elektronik yang bisa dijadikan sebagai bukti hukum yang sah, dan (2) bukti elektronik yang tidak bisa dijadikan sebagai bukti hukum yang sah. Mengacu pada sumber hukum, di atas maka bukti elektronik seharusnya dilihat sebagai bukti hukum pelengkap dari alat bukti yang selama ini dikenal di dalam hukum acara. Sedangkan dalam hal pengambilan bukti elektronik yang perlu diperhatikan bahwa alat bukti elektronik haruslah diambil oleh pihak yang berwenang, yaitu penegak hukum agar dapat dijadikan sebagai alat bukti yang sah. **Lihat** Bambang Pratama, <https://business-law.binus.ac.id/2020/05/29/alat-bukti-elektronik-dalam-uu-ite/>, diakses 29 November 2020

NO	PERBUATAN YANG DILARANG	UU ITE	UNSUR-UNSUR PIDANA
1	Muatan yang melanggar kesusilaan	Pasal 27 Ayat (1) jo Pasal 45 Ayat(1)	<p>Unsur Subjektif: 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>Unsur-unsur objektif: 1. Melawan hukum: <i>tanpa hak</i> 2. Perbuatan: - <i>Mendistribusikan;</i> dan/atau - <i>Mentransmisikan;</i> dan/atau - <i>Membuat dapat diaksesnya</i></p> <p>3. Objek: - <i>Informasi Elektronik;</i> dan/atau - <i>Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang melanggar kesusilaan.</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut³⁴</p>
2	Muatan perjudian	Pasal 27 Ayat 2 jo Pasal 45 Ayat(1)	<p>Unsur Subjektif: 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>Unsur-unsur objektif: 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak</i> 3. Perbuatan: - <i>Mendistribusikan;</i> dan/atau - <i>Mentransmisikan;</i> dan/atau - <i>Membuat dapat diaksesnya</i></p> <p>4. Objek: - <i>Informasi Elektronik;</i> dan/atau - <i>Dokumen Elektronik yang memiliki muatan perjudian.</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut³⁵</p>

³⁴ Adami Chazawi dan Ardi Ferdian, *Tindak Pidana Informasi&Transaksi Elektronik*, (Malang: Media Nusa Creatif, 2015), hal.11

³⁵ *Ibid.*,hal.53

3	Muatan penghinaan dan pencemaran nama baik	Pasal 27 Ayat (3) jo Pasal 45 Ayat(1)	<p>Unsur Subjektif:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> <p>Unsur-unsur objektif:</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak</i> 3. Perbuatan: <ul style="list-style-type: none"> - <i>Mendistribusikan;</i> dan/atau - <i>Mentransmisikan;</i> dan/atau - <i>Membuat dapat diaksesnya</i> 4. Objek: <ul style="list-style-type: none"> - <i>Informasi Elektronik;</i> dan/atau - <i>Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.</i> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut³⁶</p>
4	Muatan pemerasan dan/atau pengancaman	Pasal 27 Ayat (4) jo Pasal 45 Ayat(1)	<p>Unsur Subjektif:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> <p>Unsur-unsur objektif:</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak</i> 3. Perbuatan: <ul style="list-style-type: none"> - <i>Mendistribusikan;</i> dan/atau - <i>Mentransmisikan;</i> dan/atau - <i>Membuat dapat diaksesnya</i> 4. Objek: <ul style="list-style-type: none"> - <i>Informasi Elektronik;</i> dan/atau - <i>Dokumen Elektronik yang memiliki muatan pemerasan dan/atau pengancaman.</i> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut³⁷</p>

³⁶ *Ibid.*,hal.70

³⁷ *Ibid.*,hal.118

5	Kerugian konsumen dalam Transaksi Eletronik	Pasal 28 Ayat (1) jo Pasal 45 Ayat(2)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak</i> 3. Perbuatan: <i>menyebarkan</i> 4. Objek: <i>berita bohong dan menyesatkan</i> 5. Akibat konstitutif: <i>mengakibatkan kerugian konsumen dalam transaksi elektronik</i> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut³⁸</p>
6	Kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas Suku, Agama, Ras dan Antar Golongan (SARA)	Pasal 28 Ayat (2) jo Pasal 45 Ayat(2)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak</i> 3. Perbuatan: <i>menyebarkan</i> 4. Objek: <i>informasi</i> 5. Tujuan: untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras dan antar golongan(SARA). <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut³⁹</p>
7	Ancaman kekerasan atau menakut-nakuti yang ditujukan secara pribadi	Pasal 29 jo Pasal 45 Ayat (3)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak</i> 3. Perbuatan: <i>mengirimkan</i> 4. Objek: <i>Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang berisi ancaman kekerasan atau menakut-nakuti yang ditujukan secara pribadi.</i> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴⁰</p>
8	Mengakses komputer dan/atau Sistem Elektronik milik orang lain dengan cara apapun	Pasal 30 Ayat(1) jo Pasal 46	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i>

³⁸ *Ibid.*,hal.128

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*,hal.134

			<p>3. Perbuatan: <i>mengakses dengan cara apapun</i></p> <p>4. Objek: <i>Komputer dan/atau Sistem Elektronik milik orang lain</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴¹</p>
9	Mengakses komputer dan/atau Sistem Elektronik untuk memperoleh Informasi Elektronik Dan/Atau Dokumen Elektronik	Pasal 30 Ayat (2) jo Pasal 46	<p>1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i></p> <p>3. Perbuatan: <i>mengakses dengan cara apapun</i></p> <p>4. Objek: <i>Komputer dan/atau Sistem Elektronik milik orang lain</i></p> <p>5. <i>Dengan tujuan untuk memperoleh Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴²</p>
10	Mengakses komputer dan/atau Sistem Elektronik dengan melanggar, menerobos, melampaui, atau menjebol sistem pengamanan	Pasal 30 Ayat (3) jo Pasal 46	<p>1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i></p> <p>3. Perbuatan: <i>mengakses</i></p> <p>4. Objek: <i>Komputer dan/atau Sistem Elektronik</i></p> <p>5. Caranya: <i>dengan cara apapun dengan melanggar, menerobos, melampaui, atau menjebol system pengamanan.</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴³</p>
11	Intersepsi atau penyadapan	Pasal 31 Ayat (1) jo Pasal 47	<p>1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i></p> <p>3. Perbuatan: <i>Intersepsi atau penyadapan</i></p>

⁴¹ *Ibid.*,hal.139

⁴² *Ibid.*,hal.142

⁴³ *Ibid.*,hal.144-145

			<p>4. Objek: Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dalam computer dan/atau system elektronik tertentu milik orang lain.</p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴⁴</p>
12	Intersepsi yang menyebabkan perubahan, penghilangan dan/atau penghentian Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang sedang ditransmisikan	Pasal 31 Ayat 2 jo Pasal 47	<p>1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i></p> <p>3. Perbuatan: <i>Intersepsi</i></p> <p>4. Objek: <i>atas transmisi elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang tidak bersifat public dari, ke, dan di dalam suatu computer dan/atau system elektronik tertentu milik orang lain</i></p> <p>5. <i>Baik yang tidak menyebabkan perubahan apapun maupun yang menyebabkan adanya perubahan, penghilangan, dan/atau penghentian informasi elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang sedang ditransmisikan</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴⁵</p>
13	Mengubah, menambah, mengurangi, melakukan transmisi, merusak, menghilangkan, memindahkan, menyembunyikan suatu Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik milik orang lain atau milik publik	Pasal 32 Ayat (1) jo Pasal 48	<p>1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i></p> <p>3. Perbuatan: <i>mengubah, menambah, mengurangi, melakukan transmisi, merusak, menghilangkan, memindahkan,</i></p>

⁴⁴ *Ibid.*, hal.147

⁴⁵ *Ibid.*, hal.151-152

			<p><i>menyembunyikan dengan cara apapun</i></p> <p>4. Objek: <i>suatu Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik milik orang lain atau milik publik</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴⁶</p>
14	Memindahkan, mentransfer Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik kepada Sistem Elektronik orang lain yang tidak berhak	Pasal 32 Ayat 2 jo Pasal 48	<p>1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i></p> <p>3. Perbuatan: <i>memindahkan atau mentransfer</i></p> <p>4. Objek: <i>Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik</i></p> <p>5. <i>Kepada system elektronik orang lain yang tidak berhak.</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴⁷</p>
15	Melakukan tindakan apapun yang berakibat terganggunya Sistem Elektronik dan/atau mengakibatkan Sistem Elektronik menjadi tidak bekerja sebagaimana mestinya	Pasal 33 jo Pasal 49	<p>1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i></p> <p>3. Perbuatan: <i>melakukan tindakan apapun</i></p> <p>4. Objek: <i>Sistem elektronik</i></p> <p>5. Akibat konstitutif: <i>berakibat terganggunya atau tidak bekerja sebagaimana mestinya system elektronik.</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴⁸</p>
16	Memproduksi, menjual, mengadakan untuk digunakan, mengimpor, mendistribusikan, menyediakan, atau memiliki a. Perangkat keras atau perangkat lunak	Pasal 34 Ayat (1) jo Pasal 50	<p>Unsur-Unsur dalam huruf a:</p> <p>1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i></p> <p>2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i></p> <p>3. Perbuatan: <i>memproduksi, menjual, mengadakan</i></p>

⁴⁶ *Ibid.*,hal.157-158

⁴⁷ *Ibid.*,hal.167

⁴⁸ *Ibid.*,hal.172

	<p>Komputer yang dirancang atau secara khusus dikembangkan untuk memfasilitasi perbuatan dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 33;</p> <p>b. Sandi lewat Komputer, Kode Akses, atau hal yang sejenis dengan itu yang ditujukan agar Sistem Elektronik menjadi dapat diakses dengan tujuan memfasilitasi perbuatan dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 33</p>		<p><i>untuk digunakan, mengimpor, mendistribusikan, menyediakan, atau memiliki</i></p> <p>4. Objek: <i>perangkat keras atau perangkat lunak computer yang dirancang atau secara khusus dikembangkan untuk memfasilitasi perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 33</i></p> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁴⁹</p> <p>Unsur-unsur dalam huruf b:</p> <p>Unsur-Unsur dalam huruf a:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak atau melawan hukum</i> 3. Perbuatan: <i>memproduksi, menjual, mengadakan untuk digunakan, mengimpor, mendistribusikan, menyediakan, atau memiliki</i> 4. Objek: <i>sandi lewat komputer, kode akses atau hal yang sejenis dengan itu yang ditujukan agar sistem elektronik menjadi dapat diakses dengan tujuan memfasilitasi perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 33.</i>
--	--	--	---

⁴⁹ *Ibid.*, hal.176

			Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut ⁵⁰
17	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	Pasal 35 jo Pasal 51 Ayat(1)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak</i> 3. Perbuatan: <i>manipulasi, penciptaan, perubahan, penghilangan, pengrusakan</i> 4. Objek: <i>Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik</i> 5. <i>Dengan tujuan agar informasi dan/atau Dokumen Elektronik tersebut dianggap seolah-olah data yang otentik.</i> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut⁵¹</p>
18	Melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 34 yang mengakibatkan kerugian bagi orang lain	Pasal 36	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> 2. Melawan hukum: <i>tanpa hak</i> 3. Perbuatan: <i>melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 34 yang mengakibatkan kerugian bagi orang lain</i> <p>Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut</p>
19	Melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 30 diluar wilayah Indonesia terhadap sistem elektronik yang berada diwilayah yurisdiksi Indonesia	Pasal 37	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kesalahan: <i>dengan sengaja</i> 2. Perbuatan: <i>melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 36 diluar wilayah Indonesia terhadap sistim elektronik yang berada diwilayah yurisdiksi Indonesia.</i>

⁵⁰ *Ibid.*,hal.189-190

⁵¹ *Ibid.*,hal.195-196

			Frasa yang dicetak miring merupakan unsur formil yang membentuk tindak pidana tersebut ⁵²
--	--	--	--

Seluruh pasal-pasal perbuatan yang dilarang dalam UU ITE mengawali rumusannya dengan frasa “*Setiap Orang dengan sengaja*” dan “*tanpa hak*”. Beberapa sarjana hukum mengategorikan unsur dengan sengaja sebagai kesalahan. Pembuktian unsur “dengan sengaja” merupakan upaya membuktikan apakah telah terpenuhi unsur kesalahan dari seorang pelaku perbuatan yang dilarang dalam UU ITE atau tidak. Demikian pula keterpenuhan unsur tanpa hak dimaksudkan untuk membuktikan terpenuhinya unsur “melawan hukum”.

Berkaitan dengan melawan hukum dan kesalahan, **Vos** sebagaimana dikutip oleh **Eddy O.S Hiariej**, berpendapat:

“Schuld sluit dus in wederrechtelijkheid; echter niet wederrechtelijkheid ook schuld. Beide hebben gemeen een min of meer abnormale gedraging, maar voor de wederrechtelijkheid wordt die abnormale gedraging objectief beschouwd: zij ontbreekt eerst, als gedraging zelf niet al seen abnormale is te beschouwen, dus onverschillig wie de dader is. Schuld daarentegen is subjectief: zij ontbreekt reeds als voor de speciale dader (met zijn special inzicht, met zijn bijzonderepersoonlijkeheid) het abnormale in het handelen ontbreekt”.

(Kesalahan meliputi melawan hukum; tetapi melawan hukum tidak meliputi kesalahan. Keduanya mempunyai persamaan kurang lebih kelakuan yang tidak normal, tetapi sifat melawan hukum dipandang sebagai kelakuan abnormal objektif. Sifat melawan hukum itu tidak ada jika kelakuan itu sendiri tidak dipandang abnormal dengan demikian siapa pun pelakunya. Sebaliknya kesalahan adalah subjektif: kesalahan tidak ada jika pelaku tertentu melakukan perbuatan tertentu (pandangan tertentu dengan kepribadian yang khusus) sehingga kelakuan yang tidak abnormal tidak ada).⁵³

⁵² *Ibid.*, hal.201-202

⁵³ Eddy O.S Hiariej, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2014), hal.126

Sedangkan menurut **Eddy O.S Hiariej**, terdapat dua catatan terkait hubungan antara kesalahan dan melawan hukum, yaitu:

1. *Pertama*, kesalahan bersifat subjektif karena dilihat dari dalam diri sipelaku, sedangkan melawan hukum bersifat objektif karena sesuatu yang tampak keluar;
2. *Kedua*, seseorang yang mempunyai kesalahan sudah pasti telah melakukan suatu perbuatan yang melawan hukum, namun tidak sebaliknya bahwa seseorang yang melakukan perbuatan melawan hukum, belum tentu mempunyai kesalahan.⁵⁴

Unsur subjektif dari perbuatan yang dilarang dalam UU ITE adalah unsur yang berasal dari dalam diri sipelaku. Asas hukum pidana menyatakan "tidak ada hukuman kalau tidak ada kesalahan" (*An act does not make a person guilty unless the mind is guilty or actus non facit reum nisi mens sit rea*). Kesalahan yang dimaksud disini adalah kesalahan yang diakibatkan oleh kesengajaan (*intention/opzet/dolus*) dan kealpaan (*negligence or schuld*).

Pada umumnya para sarjana hukum telah menyetujui bahwa "kesengajaan" terdiri atas 3(tiga) bentuk, yaitu:

1. Kesengajaan sebagai maksud (*oogmerk*);
2. Kesengajaan dengan keinsafan pasti (*opzet als zekerheidsbeuwstzijn*);
3. Kesengajaan dengan keinsafan akan kemungkinan (*dolus eventualis*)⁵⁵

Kegiatan yang menggunakan sarana elektronik merupakan kegiatan yang membutuhkan keahlian dan kemampuan khusus. Pengguna alat elektronik dapat dipastikan adalah setiap orang yang memiliki pemahaman yang cukup untuk mengoperasikan alat elektronik tersebut maka pemahaman ini berkonsekuensi logis

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Leden Marpaung, *Asas Teori Praktik Hukum Pidana*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hal.9

pada tindakan yang dilakukan pelaku tindak pidana adalah merupakan tindakan yang dilakukan secara sadar sekalipun akibat terhadap tindakan tersebut dapat saja tidak diinginkan oleh pelaku. Tetapi dengan kemampuannya memahami penggunaan alat elektronik dan terhubung pada dunia maya menjadi catatan bahwa pelaku adalah orang yang sehat jasmani dan rohani dan memiliki kemampuan untuk mengira-ngira akibat dari tindakannya tersebut.

Kemampuan memahami penggunaan alat elektronik atau media elektronik yang terhubung dengan dunia maya menjadi dasar pemikiran bahwa setiap kegiatan yang dilakukan di dunia maya adalah tindakan yang disengaja dan memiliki tujuan. Entah itu, tujuan untuk menunjukkan eksistensi diri, menunjukkan kemampuan diri bahwa ia tidak ketinggalan zaman dan aktualisasi diri di jagad maya termasuk tindakan yang bertentangan dengan hukum. Preposisi ini menjadi asumsi awal bahwa tindakan pelaku setidaknya memenuhi corak dari kesengajaan yang dikenal dalam hukum pidana yaitu kesengajaan sebagai maksud (*oogmerk/tujuan*) yang menjadi dasar kerangka berpikir Peneliti untuk membuktikan apakah benar corak kesengajaan sebagai maksud dalam setiap tindak pidana yang diproses berdasarkan Undang-Undang ITE selalu terwakili dalam setiap pembuktian tindak pidana ITE tersebut atau tidak.

Melihat putusan dari 4(empat) perkara tindak pidana UU ITE yang telah berkekuatan hukum yang telah disebutkan sebelumnya dapat diketahui bahwa alasan dapat dihukumnya para pelaku adalah karena unsur dengan sengaja dan tanpa hak terbukti. Lalu menjadi perdebatan, bentuk kesengajaan yang mana yang selalu dilekatkan pada setiap proses pembuktian terhadap tindak pidana ITE yang

dilakukan pelaku. Apakah kesengajaan dengan maksud sebagaimana telah diuraikan diatas atau kesengajaan dengan keinsafan atau(-kah) kesengajaan dengan keinsafan akan kemungkinan?

Terhadap diskursus ini perlu melihat pada lahirnya ajaran *versari*. Ajaran *versari* atau *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* menurunkan ajaran *dolus indirectus*⁵⁶ yang dalam hukum pidana telah memberikan batasan-batasan bahwa, "Jika seseorang dengan sengaja melakukan sesuatu yang karenanya ditimbulkan suatu akibat, dipandanglah kesengajaannya itu ditujukan pula kepada akibatnya, walaupun dia sama sekali tidak menduga tentang akibat tersebut".⁵⁷

Beberapa putusan pengadilan terkait tindak pidana UU ITE yang telah berkekuatan hukum tetap mencatat bahwa, para pelaku menggunakan media elektronik ketika melakukan tindak pidana tersebut. Para pelaku memiliki kemampuan untuk mengoperasikan dan menggunakan media elektronik ketika melakukan aksinya. Secara garis besar, para pelaku adalah orang-orang yang memiliki kemampuan dalam mengoperasikan media elektronik dimana kemampuan ini tidak dimiliki oleh orang-orang yang awam terhadap teknologi. Pada saat perbuatan dilakukan, baik terpikirkan atau tidak, tindakan para pelaku membawa dampak atau akibat bagi pihak lain yang merasa dirugikan atas tindakan

⁵⁶ Ajaran *dolus indirectus* ini bermula dari Ajaran *Versari In Re Illicita* dalam hukum Canonik, yang oleh gereja Katolik diterapkan kepada para biarawan abad ke-XII dan XIII. Menurut ajaran ini mereka yang telah melakukan suatu perbuatan terlarang bertanggungjawab atas semua akibat yang ditimbulkan oleh perbuatan itu, termasuk segala sesuatu yang tidak terdugakan sebelumnya. *Lihat*, Roeslan Saleh, *Masih Saja Tentang Kesalahan*, (Jakarta: Karya Dunia Fikir, 1994), hal.15

⁵⁷ *Ibid.*, hal.17

para pelaku. Sehingga terdapat kesengajaan ketika melakukan aksinya. Rangkaian tindakan para pelaku tindak pidana ITE ini identik dengan uraian dalam ajaran *dolus indirectus*.

Salah seorang tokoh penganut ajaran versari yaitu **Vos** menegaskan sifat tercelanya suatu akibat dari tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang yaitu, “bukankah kita mencela juga dalam kehidupan sehari-hari akibat-akibat yang tidak terdugakan dan yang tidak dapat didugakan dari suatu perbuatan-perbuatan yang tidak boleh dilakukan, yang kita pasti tidak akan mencelakan kepada orang itu jika akibat-akibat seperti itu pula adalah karena suatu perbuatan yang sepenuhnya dibenarkan”.⁵⁸ Mengacu pada ajaran ini, maka asumsi dasar tentang kesengajaan yang terdapat dalam rumusan perbuatan yang dilarang dalam UU ITE adalah kesengajaan sebagai maksud atau *opzet als oogmerk*. Alasan ini dimungkinkan karena kualifikasi dari para pelaku tindak pidana ITE itu merupakan subjek hukum yang memiliki kemampuan untuk mengoperasikan alat elektronik sehingga dapat diasumsikan bahwa pelaku tindak pidana ITE adalah yang memiliki kemampuan memahami aturan penggunaan dan pemanfaatan alat elektronik dan setiap akibat dari penggunaan alat elektronik tersebut mampu diinsyafi oleh penggunanya. Menurut **Anggara, Supriyadi W.E dan Ririn Sjafrani**,”Pasal penghinaan di KUHP dan UU ITE adalah delik formal, artinya akibat tidak dipertimbangkan, kejahatan sudah terjadi ketika perbuatan sudah dilakukan. Contohnya, akibat dari

⁵⁸ *Ibid.*,hal.16

sebuah penghinaan tidak diperhitungkan, selama penghinaan itu sudah terjadi maka sudah dapat dihukum”.⁵⁹

Standar etis masyarakat mengakui bahwa kesalahan merupakan sifat tercela dan merupakan perilaku menyimpang. **J. Rimmelink** mengatakan bahwa, ”Karena itu, kesalahan adalah pencelaan yang ditujukan oleh masyarakat yang menerapkan standar etis yang berlaku pada waktu tertentu terhadap manusia yang melakukan perilaku menyimpang yang sebenarnya dapat dihindarinya”.⁶⁰ Walaupun dalam ruang online, standar etis tersebut seringkali diabaikan oleh pengguna media sosial sekalipun penyedia platform telah menetapkan kode etik dalam menggunakan perangkat elektronik ketika terhubung ke media online atau media sosial. Hal ini sejalan dengan pendapat **Damian Tambini, Danilo Leonardi dan Chris Marsden**, berikut ini:

“...pure internet content providers, such as those involved in provision of news, are experimenting with development of ethics codes purely for the online space”.

Terjemahan bebasnya:”...penyedia konten internet seperti yang terlibat dalam penyediaan berita, telah ber-eksperimen dengan pengembangan kode etik dalam ruang online”.⁶¹

Dengan perkataan lain, para penyedia konten di internet sebenarnya telah menerapkan aturan atau kaidah-kaidah yang menjadi aturan bersama yang bersifat

⁵⁹ Anggara, Supriyadi W.E dan Ririn Sjafrani, *Kontroversi, Op.Cit.*, hal.43

⁶⁰ J. Rimmelink, *Pengantar Hukum Pidana Material 1 Inleiding Tot de Studia van Het Nederlansche Strafrecht*, (Yogyakarta: Penerbit Maharsa,2014), hal.166

⁶¹ Damian Tambini, Danilo Leonardi&Chris Marsden, *Codifying Cyberspace Communications Self Regulation in The Age of Internet Convergence*, (New York: Routledge, 2008), hal.113

nir-jurisdiksi dalam rangka menjaga perilaku para pengguna internet ketika menggunakan internet agar tidak terjadi kesalahan.

Kesalahan merupakan dasar dari timbulnya pencelaan atas suatu perbuatan yang oleh **Metzger** disebut sebagai dasar untuk adanya pencelaan pribadi terhadap pelaku hukum pidana⁶². Sifat tercelanya suatu kesalahan juga disepakati oleh **Pompe** yang mengatakan bahwa:

“Pada pelanggaran norma yang dilakukan karena kesalahan, biasanya sifat melawan hukum itu merupakan segi luarnya. Yang bersifat melawan hukum adalah perbuatannya. Segi dalamnya, yang berhubungan dengan kehendak pelaku adalah kesalahan. Kesalahan dapat dilihat dari dua sudut, yaitu:

1. Dari akibatnya; kesalahan adalah hal yang dapat dicela;
2. Dari hakikatnya; kesalahan adalah hal tidak dihindarinya perbuatan melawan hukum.⁶³

Empat Putusan dan beberapa putusan yang identik dengan pembahasan dalam Penelitian ini mendeskripsikan betapa pembuktian adanya kesalahan terhadap pelaku tindak pidana UU ITE didominasi oleh penerapan asas kepastian hukum dimana hal ini tercermin dalam pertimbangan-pertimbangan hakim maupun dalam amar putusannya dimana kepastian hukum tidak saja terkait dengan konsistensi penerapan pasal-pasal dalam suatu peraturan perundang-undangan dalam memutus dan memecahkan suatu kasus pidana tetapi juga menandakan bahwa ajaran legisme begitu melekat pada tafsir dan kebiasaan hakim dalam memutus suatu perkara.

⁶² Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana Edisi Revisi*, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2011), hal.78

⁶³ *Ibid.*,hal.79

Menggantungkan semua praksis hukum kepada wibawa pasal-pasal dalam suatu peraturan perundang-undangan untuk memutus perkara telah memberikan kepercayaan yang berlebihan kepada undang-undang bahwa hanya dengan undang-undang-lah sebuah perkara dapat diselesaikan secara adil. “Hukum dan undang-undang adalah identik, yang dipentingkan disini adalah kepastian hukum, demikian menurut **Achmad Ali** dalam bukunya *Menguak Tabir Hukum*.⁶⁴

Pittlo mengatakan bahwa:

”Dalam berpikir secara legistis, orang memandang ketentuan-ketentuan terlepas satu sama lain...dalam legisme, orang tidak berani membuat pengecualian terhadap teks undang-undang...dalam berpikir gaya legistis, dimana ketentuan-ketentuan dilihat lepas satu sama lain, terbatas kesediaan kita untuk penerima suatu peraturan sebagai para *pro toto*”.⁶⁵

Sebelum ajaran legisme muncul, terlebih dahulu berkembang ajaran dari mazhab hukum alam yang membawa pemahaman bahwa terdapat hukum yang universal yang tidak terikat oleh ruang dan waktu. Menurut **Immanuel Kant**,”Pengetahuan manusia tidak tergantung pada empiri, sebab pengetahuan empiri itu bersifat konkret dengan dibatasi ruang dan waktu. Pengetahuan yang mutlak dan umum tidak boleh dimasuki unsur-unsur pengalaman. Rasio murni manusialah yang membentuk pengetahuan itu”.⁶⁶ Aliran hukum alam yang rasional

⁶⁴ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2015), hal.152

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Darji Darmodiharjo&Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2004), hal. 97

berpendapat bahwa sumber dari hukum yang universal dan abadi itu adalah rasio manusia.⁶⁷

Karena ajaran hukum alam ternyata tidak mampu menjawab permasalahan yang muncul di masyarakat maka lahirlah ajaran bahwa hukum harus dibangun berdasarkan sistim norma berikut prosedur dan tatacara pelaksanaannya dari mazhab positivisme. Menurut **Mukti Fajar ND dan Yulianto Achmad**, "Mazhab positivisme, diawali dari rasa kekecewaan pada aliran hukum alam yang ajarannya tidak bisa mudah diterapkan. Para pemikir aliran ini berupaya agar hukum yang secara teoritis mengandung nilai-nilai ideal harus mampu diterapkan secara praktis tidak saja menggunakan bantuan ilmu-ilmu lain seperti politik maupun teologi. Hukum harus dapat diterapkan dalam kerangka ilmu hukum. Oleh karena itu, hukum harus dibangun berdasarkan sistem norma berikut prosedur dan tata cara melaksanakannya".⁶⁸

John Austin(1790-1859) seorang tokoh dari mazhab positivisme yang hidup se-zaman dengan **Friedrich Carl von Savigny** merumuskan pandangannya yang sangat kental dengan positivisme, yaitu:

1. Hukum adalah perintah pihak yang berdaulat atau dalam Bahasa aslinya: *Law..was the command of sovereign. No law, no sovereign; and no sovereign, no law;*
2. Ilmu hukum selalu berkaitan dengan hukum positif atau ketentuan-ketentuan lain yang secara tegas dapat disebut demikian, yaitu yang diterima tanpa memperhatikan kebaikan atau keburukannya.⁶⁹

⁶⁷ *Ibid.*,hal.104

⁶⁸ Mukti Fajar ND dan Yulianto Fajar, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris*, (Yogyakarta: Penerbit Pustaka Pelajar, 2015), hal.12

⁶⁹ Teguh Prasetyo&Abdul Halim Barkatullah, *Ilmu Hukum&Filsafat Hukum Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011), hal.98-99

Rumble Wilfred mendeskripsikan 3(tiga) tesis imperatif dari **John Austin**

Melalui bukunya *The Province of Jurisprudence Determined*(1832) soal hukum yaitu, “hukum adalah perintah yang dikeluarkan oleh pemerintah(*the law is command issued by the sovereign*); perintah adalah komponen utama negara didukung dengan sarana paksaan(*commands are backed by threat*); penguasa adalah seseorang yang harus ditaati(*a sovereign is one who is habitually obeyed*)”.⁷⁰

Didalam penegakannya, hukum dituntut untuk memenuhi tiga ranah keberlakuan yang oleh **Gustav Radbruch** disebut *triadism* yang meliputi tiga keberlakuan hukum yaitu keberlakuan hukum secara filosofis, dogmatis, dan sosiologis. Tiap-tiap keberlakuan hukum tersebut didasarkan pada tiga nilai dasar yang berbeda. Ketiga nilai dasar tersebut adalah nilai keadilan(*justice*), nilai kepastian(*certainty*), dan nilai kemanfaatan(*utility*). Inti dari filosofi hukum Radbruch terdiri dari ajarannya tentang konsep hukum dan gagasan hukum. Radbruch mengatakan bahwa, “*The idea of law is defined through a triad of justice, utility and certainty*”.⁷¹

Pemberlakuan prinsip kepastian hukum oleh hakim dalam memutus suatu perkara tidaklah semudah yang dibayangkan. Menurut **Achmad Ali**:

” ...adikalanya dalam satu kasus, keadilan yang lebih diprioritaskan ketimbang kemanfaatan dan kepastian, tetapi adikalanya tidak mesti demikian. Mungkin untuk kasus-kasus lain, justru kemanfaatanlah yang diprioritaskan ketimbang keadilan dan kepastian. Mungkin juga, dalam kasus lain lagi justru kepastian yang harus diprioritaskan ketimbang

⁷⁰ Suteki&Galang Taufani, *Metodologi Penelitian Hukum Filsafat, Teori dan Praktik*, (Depok: Rajawali Pers, 2018), hal.16

⁷¹ *Ibid.*,hal.35

keadilan dan kemanfaatan. Akhirnya, muncullah ajaran yang paling maju yang dapat kita namakan "Prioritas yang kasuistis".⁷²

Dalam kondisi inilah terjadi tegangan-tegangan dalam menerapkan *triadism* dari Gustav Radbruch itu. "Ketiga nilai dasar hukum memiliki hubungan ketegangan (*spanungsverhältnis*) satu sama lainnya. Hubungan ketegangan tersebut dapat dimengerti oleh karena ketiga-tiganya berisi tuntutan yang berbeda dan antara yang satu dengan yang lainnya memiliki potensi yang bertentangan".⁷³

Sebagai peraturan yang didasarkan pada norma Pancasila, penerapan UU ITE sepatutnya me-representasikan nilai-nilai keadilan yang terkandung dalam Pancasila yaitu keadilan spiritual (kemanusiaan yang adil dan beradab) dan keadilan materiil (keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia). Hal ini mengakibatkan perlu(-nya) meng-*engineering* penerapan keadilan dalam setiap penanganan perbuatan yang dilarang dalam UU ITE berdasarkan pada penghormatan terhadap martabat pelaku tindak pidana sebagai manusia. Teori keadilan bermartabat yang memiliki muatan keadilan spiritual dan keadilan materiil menjadi pisau analisa untuk menyelesaikan tindak pidana ITE melalui penerapan sistem *plea bargaining* dalam penanganan tindak pidana ITE yang mengutamakan penyelesaian yang berorientasi pada kemanusiaan dengan perkataan lain antara pelaku tindak pidana atau penasihat hukumnya dimungkinkan untuk melakukan kesepakatan mengenai bentuk, jenis dan lamanya sanksi hukum yang akan diterapkan kepada pelaku tindak pidana ITE. Tidak hanya pengakuan bersalah, terdakwa atau pengacaranya

⁷² Achmad Ali, *Menguak Tabir, Op.Cit.*, hal.100

⁷³ Suteki & Galang Taufani, *Metodologi Penelitian, Op.Cit.*, hal.35

dapat membuat kesepakatan dengan jaksa penuntut umum mengenai bentuk dan lamanya hukuman yang umumnya lebih ringan.⁷⁴ Menurut **Albert W. Alschuler** sebagaimana dikutip oleh **Febby Mutiara Nelson**,⁷⁵ *plea bargaining* merupakan pertukaran hak yang ditawarkan penegak hukum ditukar dengan pengakuan bersalah terdakwa. Pertukaran ini bisa dalam bentuk hukuman yang dijatuhkan oleh pengadilan atau besar tuntutan pidana yang diajukan oleh penuntut umum; tindak pidana yang didakwakan; atau berbagai kondisi lainnya⁷⁵.

Permasalahan-permasalahan yang dideskripsikan diatas menjadi dasar bagi Peneliti untuk membahas masalah tersebut kedalam Disertasi dengan judul:

“PLEA BARGAINING SYSTEM SEBAGAI MODEL PEMIDANAAN DALAM UNDANG-UNDANG INFORMASI DAN TRANSAKSI ELEKTRONIK BERBASIS NILAI KEADILAN”

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian dari latar belakang diatas, Peneliti mengemukakan 3 (Tiga) rumusan masalah untuk menjadi pijakan dalam pembahasan permasalahan, yaitu:

1. Bagaimana pengaturan unsur dengan sengaja dan tanpa hak dalam Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Undang Informasi dan Transaksi Elektronik?

⁷⁴ Choki Risda Ramadhan, http://mappifhui.org/wp-content/uploads/2015/10/891632jalur-khusus_plea-bargaining_crr_edited_mappi.pdf, diakses 27 Nopember 2020

⁷⁵ Febby Mutiara Nelson, *Plea Bargaining & Deferred Prosecution Agreement Dalam Tindak Pidana Korupsi*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2020), hal.29-30

2. Bagaimana penerapan unsur dengan sengaja dan unsur tanpa hak dalam putusan hakim?
3. Bagaimana model penyelesaian tindak pidana Informasi Transaksi Elektronik berbasis nilai keadilan?

1.3 Tujuan Penelitian

Penelitian ini ditujukan untuk mengupas 3 (tiga) hal penting, yaitu: *Pertama*, untuk menemukan dan menganalisis pengaturan unsur dengan sengaja dan tanpa hak dalam Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Undang Informasi dan Transaksi Elektronik. *Kedua*, untuk menemukan dan menganalisis penerapan unsur dengan sengaja dan unsur tanpa hak dalam putusan hakim. *Ketiga*, untuk menemukan dan menganalisis model penyelesaian tindak pidana Informasi Transaksi Elektronik berbasis nilai keadilan.

1.4 Manfaat Penelitian

1.4.1 Manfaat Teoritik

Manfaat dari aspek teoritik atas isu hukum yang diangkat dalam penelitian disertasi ini adalah untuk memperkaya kajian keilmuan (filosofis dan teori) hukum pidana terkait dengan penggunaan unsur dengan sengaja dan tanpa hak yang terkandung dalam pasal-pasal perbuatan yang dilarang dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik Nomor 11 Tahun 2008 dalam pencarian model penyelesaian tindak pidana ITE berbasis nilai keadilan dan kesesuaian penerapannya dalam proses penyidikan, pembuktian dimuka persidangan dan perumusannya dalam pertimbangan hakim sebelum sampai pada amar putusannya.

Apabila diperinci, manfaat dari aspek teoritis dibagi kedalam 3(tiga) manfaat yaitu, manfaat ontologis, manfaat epistemologis dan manfaat aksiologis, yang diuraikan sebagai berikut:

1. Manfaat *ontologis*, penelitian ini mencoba menawarkan paradigma baru mengenai bagaimana penerapan unsur dengan sengaja dan tanpa hak yang terkandung dalam pasal-pasal perbuatan yang dilarang dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik Nomor 11 Tahun 2008 dalam pencarian model penyelesaian tindak pidana ITE berbasis nilai keadilan dan kesesuaian penerapannya dan kesesuaian penerapannya kedalam praktik hukum yang dimulai dari penyidikan, pembuktian dimuka persidangan dan perumusan pertimbangan hakim sebelum sampai pada amar putusannya atau dengan meminjam istilah Gadamer, apakah penerapan unsur dengan sengaja dan tanpa hak dalam UU ITE telah me-representasikan “sebuah pergumulan filosofis dalam kerohaniannya(*noesis*), bersentuhan dengan pengenalan terhadap sesuatu yang sangat mendasar, merenungkan jati diri(*wissendsein*)”.⁷⁶ Manfaat *Ontologis*, hakikatnya adalah ”mengada” atau yang ada (*being*).⁷⁷ Sebagai “Pengada” dalam penelitian ini Peneliti tetapkan yaitu unsur “dengan sengaja” dan “tanpa hak” sebagaimana terkandung dalam semua pasal-pasal perbuatan yang dilarang dalam UU ITE;

⁷⁶ Martinho G. Da Silva Gusmao, *Hans- Georg Gadamer: Penggagas Filsafat Hermeneutika Modern Yang Mengagungkan Tradisi*, (Yogyakarta: PT. Kanisius, 2017), hal. 59

⁷⁷ Anthon F. Susanto, *Filsafat&Teori Hukum Dinamika Tafsir Pemikiran Hukum di Indonesia*, (Jakarta: kencana, 2019), hal. 264

2. Manfaat *hermeneutika*, penelitian ini berusaha untuk menguji seberapa jauh jiwa(*noes*) dari unsur “dengan sengaja” dan “tanpa hak” dari pasal-pasal perbuatan yang dilarang itu dikonstruir kedalam pertimbangan-pertimbangan hakim untuk sampai pada putusannya;
3. Manfaat *aksiologis*, penelitian ini mendeksripsikan secara terbuka apakah penerapan unsur “dengan sengaja” dan “tanpa hak” yang tertuang dalam beberapa putusan pengadilan telah memberikan manfaat atau nilai positif yang selaras dengan hakikat maupun roh(*nous*) dari eksistensi unsur dengan sengaja dan tanpa hak dalam hukum pidana atau tidak.

1.4.2 Manfaat Praktis

Hasil dari Penelitian ini diharapkan dapat memberikan parameter-parameter baru dalam menerapkan unsur dengan sengaja dan tanpa hak dari pasal-pasal perbuatan yang dilarang dalam UU ITE kepada aparat penegak hukum (polisi, jaksa, advokat dan hakim) dalam praktik dilapangan.

1.5. Sistematika Penelitian

Penelitian disertasi ini dibagi kedalam 5 (Lima) bab yang masing-masing terdiri dari beberapa sub bab.

- 1.5.1 Bab I sebagai pendahuluan terdiri dari Latar Belakang, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Manfaat Teoritik, Manfaat Praktis dan Sistematika Penelitian;

- 1.5.2 Bab II Landasan Teori terdiri dari Konsep-Konsep Kesalahan, Hubungan Unsur Kesengajaan Dengan Kesalahan, Hubungan Unsur Tanpa Hak Dengan Sifat Melawan Hukum-nya Perbuatan, Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana Berdasarkan Optik Asas Dualistis Dan Monistis, Kriminalisasi dan Dekriminalisasi, Pengertian Economic Analysis of Law, Plea Bargaining System, Hermeneutika Dalam Pertimbangan Hakim, Kerangka Konseptual, Due Process, Cyber Space dan Cyber Crime, Pengertian Informasi Transaksi Elektronik menurut UU ITE, Alat Bukti dan Alat Bukti Elektronik, Teori-Teori Sistem Pembuktian
- 1.5.3 Bab III Metode Penelitian, mengulas tentang Tipe Penelitian, Pendekatan Penelitian, Sumber Bahan Hukum, Bahan Hukum Primer, Bahan Hukum sekunder, Metode Pengumpulan Bahan Hukum dan Analisa Bahan Hukum
- 1.5.4 Bab IV Pembahasan terdiri dari Pengaturan Unsur Dengan Sengaja Dan Tanpa Hak Dalam Undang-Undang Informasi Dan Transaksi Elektronik Nomor 11 Tahun 2008, Pengaturan unsur “Dengan Sengaja” Pada Pasal 27 ayat(1) sampai dengan Pasal 37 Dalam UU ITE, Pengaturan Unsur “Tanpa Hak” Pada Pasal 27 Ayat(1) Sampai Dengan Pasal 35 Dalam UU ITE, Catatan Kritis Pengaturan Unsur Dengan Sengaja dan Tanpa Hak Pada Pasal-Pasal Perbuatan Yang Dilarang, Pengaturan Sanksi Ganda Pada Pasal 27 Sampai Dengan Pasal 34 UU ITE, Pengulangan Penjatuhan Sanksi Pidana, Tafsir Jamak Atas Frasa “Tanpa Hak” dan “Melawan Hukum”, Penerapan Unsur Dengan Sengaja Dan Unsur Tanpa Hak Dalam Praktik Peradilan, Studi Kasus, Unsur Dengan Sengaja dan Tanpa Hak Dalam

Teori, Macam Corak Kesengajaan Dalam Teori, Sikap Hakim Dalam Memaknai Unsur Dengan Sengaja dan Tanpa Hak, Proses Penemuan Hukum, Perilaku Hakim Dalam Memutus Perkara, Model Penyelesaian Tindak Pidana Informasi Transaksi Elektronik Berbasis Nilai Keadilan, Identifikasi Nilai Keadilan Pancasila Terhadap Perbuatan Yang Dilarang Dalam UU ITE, Identifikasi Efektivitas Perbuatan Yang Dilarang Dalam UU ITE Berdasarkan Optic Economic Analysis of Law(EAL), Economic Analysis of Law Atas Perbuatan Yang Dilarang Dalam UU ITE, Permasalahan Duplikasi Norma, Ketentuan Dalam, Konvensi Budapest Tidak Terserap Dalam UU ITE, Jaring Pengaman UU ITE Melalui Pendekatan Per se Illegal dan Rule of Reason, Uji Efektivitas dan Efisiensi Pasal 26 UU ITE, Economic Analysis of Law Atas Pasal 32 UU ITE, Unsur Dengan Sengaja dan Tanpa Hak Sebagai Ratio Legis Pemilihan Model Plea Bargaining System Sebagai Model Pidanaan UU ITE, Plea Bargaining System Sebagai Model Penyelesaian Tindak Pidana ITE Berbasis Keadilan, Bentuk Penerapan Plea Bargaining System di Indonesia, Formulasi Plea Bargaining System Dalam Sistem Peradilan Pidana Sebagai Ius Constituendum

1.5.5 Bab V Kesimpulan dan Saran: Merupakan penutup yang berisikan kesimpulan dan saran atas materi yang diteliti.

1.5.6 Daftar Pustaka



