

BAB IV

A. Pandangan Berbahasa Dalam Hukum Positif Dan Siyasa Syar'iyah Terhadap Hak Kebebasan Berpendapat

Dalam masyarakat sendiri yang terjadi masih banyak yang belum paham dengan apa yang dimaksud kebebasan berpendapat. Negara tidak pernah melarang hak kebebasan berpendapat pada setiap individu setelah reformasi. Setiap orang berhak mendapat perlindungan atas hak yang dimiliki setiap individu, maka kebebasan juga melekat pada setiap individu dan pilihan ada disetiap individu ingin bertindak dan berekspresi seperti apapun terserah. Namun harus tetap tegak lurus dengan norma dan konstitusi. Pada masyarakat sekarang mereka hanya menuntut keras hak kebebasan untuk dirinya tanpa memikirkan akibat.¹ Seharusnya jika tindakan atau ekspresi yang dilakukan mengatas namakan hak kebebasan berpendapat, maka tidak boleh menyangkal konsekuensi dari apa yang diperbuat.

Maknanya mengemukakan sebuah pendapat yang bebas untuk setiap individu adalah termasuk sebuah hak. Tetapi juga harus ada penyesuaian terhadap ketentuan yang diterapkan atau kebijakan yang sedang berlaku pada tempat tersebut. Sehingga dalam bertindak paham sebuah batasan untuk menghargai satu sama lain di dalam bermasyarakat. Sebab peraturan untuk membatasi itu lahir dari moralitas yang ada di masyarakat, moralitas yang melekat dan hidup dalam masyarakat bukan hanya untuk membatasi setiap individu akan tetapi juga bertujuan untuk menciptakan keseimbangan

¹ Latipah Nasution, *Hak Kebebasan Berpendapat dan Berepresi dalam Ruang Publik di Era Digital*, Buletin Hukum dan Keadilan, Volume 4 No,3 2020, hlm.38.

masyarakat sebagai bagian menjaga ketertiban sosial dan politik. Jadi prinsip-prinsip yang ditanamkan seharusnya dibuat dan dijalankan dengan hati-hati supaya perbuatan atau tindakan yang dilakukan dengan kebebasan dapat bertanggung jawab.²

Hak kebebasan berpendapat diharapkan dalam penerapan tidak keluar dari koridor yang sudah ditentukan kebijakan. Dalam penerapannya ada pembatasan yang diberlakukan pada HAM tentang kebebasan berpendapat dan berekspresi dan itu termaktub dalam Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP. Berhubungan dengan perihal tersebut maka ketika sebuah regulasi sudah diundangkan, transparansi dan kemudahan akses patut diterima semua orang. Sehingga juga dalam penerapannya tiap-tiap individu untuk dapat membuat perkiraan yang cukup pasti tentang sah atau tidaknya suatu tindakan tertentu.

Negara Indonesia masih didominasi oleh kaum konservatif yang di mana berpaham bahwa selalu akan mendukung nilai-nilai tradisional atau berfokus pada representasi nilai dan identitas yang disepakati. Kaum konservatif mengemukakan politik kiri tertentu demi sebuah tujuan agar tidak ada ucapan-ucapan yang mengandung makna *offensive* dan dari berbagai praktik diskriminasi sosial. Dari situ juga *political correctness* muncul di mana, secara factual pada *political correctness* ini memberikan sinyal atau tanda bahwa adanya standar politik yang (atau seharusnya) dibebaskan dari kontroversi dan permainan kekuasaan tanpa diformalkan di tingkat hukum. Pada masyarakat pun sudah melekat begitu dasar tentang standar moral informal, perihal ini yang disepakati dan dipertahankan sebagai batasan, tidak hanya ruang pembuatan hukum

² *Ibid.*

politik saja yang dibatasi. Namun juga terkait pada ruang-ruang wacana politik yang sederhana dengan topik dan narasi yang diperbolehkan atau dilarang untuk disampaikan.³

Masyarakat sekarang sudah *politicaly correct* sehingga membuat ruang lingkup masyarakat yang tadinya bebas tanpa terikat menjadi ruang lingkup yang individunya mau mengevaluasi dan mengkoreksi diri. Akhirnya penataan sikap atas hak kebebasan berpendapat terhadap apa yang sudah dilakukan dan baru disadari dapat menyalahi norma dan aturan (berisiko konflik) serta akan dilakukan akan dikoreksi demi kepentingan bersama. Patut disadari bersama dan tidak bisa dipungkiri bahwa ketika berbicara tentang kebebasan yang ada diruang lingkup masyarakat akan saling bersinggungan satu dengan yang lain, dengan mengatas namakan juga apa yang mereka lakukan itu sebagai hak.⁴

Namun ada beberapa pihak yang mengatakan bahwa *political correctness* dianggap dapat membuat ruang lingkup masyarakat dalam berkomunikasi menjadi lembek dan takut kritik. Menanggapi perihal itu mudah saja menjawabnya karena pada kenyataannya *political correctness* malah membuat masyarakat lebih berusaha bertutur dengan baik dalam penyampaian atau berkomunikasi dengan santun serta berhati-hati. Ini semata-mata untuk menolak adanya kejahatan berbahasa. Sedangkan anggapan bahwa konsep *political correctness* ini dapat juga membuat takut dan anti kritik, pada kenyataannya juga ini tidak benar bahkan sebaliknya PC membuat dan membentuk *arguments culture* yang siap beradu dengan fakta dan data secara intelektual.

³ Mochtar Mas'oed, *Negara, Kapital dan Demokrasi*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1999). hlm 6.

⁴ El Muhtaj Majda, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2007). hlm.29.

Jadi dengan adanya PC ini diharapkan setiap individu dimasyarakat dapat memahami bahwa hak itu tidak mutlak dan kita juga sebagai masyarakat yang baik dapat menghormati hak dari orang lain juga dan dengan tujuan itu juga semoga dapat menghindarkan dari konflik berpendapat dan tidak ada yang menginginkan hal tersebut seperti halnya kasus ujaran kebencian atau diskriminasi dalam kehidupan (berkomunikasi).⁵ Namun ada saja di masyarakat yang pemahamannya belum tepat tentang bagaimana bagaimana hak kebebasan berpendapat itu berjalan bahwa penyampaian apapun akan dikritik habis-habisan oleh kalangan yang merespon terhadap apa yang disampaikan, ini akan membuat sebuah kebingungan dalam berkomunikasi atau berpendapat karena tidak menerapkan konsep *political correctness* yang dapat menanamkan kesan elok saat saling melontarkan pendapat antar pihak entah itu penyampai atau perespon sehingga dalam menggunakan hak kebebasan berpendapatnya bisa bijaksana dalam berkomunikasi. Puncak pengharapan dari hal tersebut membuat mayoritas masyarakat memahami bahwa kebebasan berpendapat itu boleh atau legal serta dipersilahkan untuk mengkritik, tetapi harus dapat mengolah diksi kata dengan baik dan kompatibel. Indonesia menjamin perlindungan hak atas kebebasan berpendapat dan berekspresi dan negara lain juga menjamin perlindungan hak, dengan representasi dan pengamalan versi masing-masing.⁶

⁵ Sahrul Mauludi, *Awas Hoax!*, (Jakarta: Elex Media Komputindo, 2018).hlm. 245.

⁶ Tina Asmarawati, *Pidana Dan Pemidanaan Dalam Sistem Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Deepublish, 2015).hlm. 109.

Sebagaimana politik sebagai instrumen utama dalam pembentukan baik dan benar serta berkaitan juga dengan penyelenggaraan pemerintahan dan negara serta politik adalah segala sesuatu tentang proses perumusan dan pelaksanaan kebijakan publik.⁷ Setiap individu mempunyai tanggung jawab terhadap demokrasi yang sedang kita jalankan. Apakah berarti kebebasan memprotect orang-orang yang melakukan sebuah kebohongan sampai dengan kebencian? dibenarkan ada perlindungan, namun ada batasan dari perihal tersebut yaitu karena akibat ketidaksengajaan dari pihak yang berbuat terkait kekeliruan berpendapat. Tetapi jika itu dilakukan dengan kesengajaan melakukan kejahatan bahasa dan menyebarkan kebencian maka itu tidak dilindungi.

Kebebasan di sini dimaknai boleh melakukan apapun. Tetapi bukan berarti dibolehkan melakukan penghinaan, hasut, pembohongan dan sebagainya. Sebab dalam hukum pidana itu ada namanya asas *lex certa* dalam asas ini mengatakan bahwa dalam mendefinisikan sebuah istilah itu tidak boleh memunculkan ambiguitas dan ada juga asas *lex stricta* (pengertian yang pasti) ini diperuntukkan agar tidak ada salah tafsir dan supaya juga ada kepastian hukum. Jika tindakan atau perbuatan mengatasnamakan hak kebebasan berpendapat, maka tidak boleh menyangkal konsekuensi yaitu akibat dari tindakan. Pilihan ada disetiap individu mau berpendapat dan berekspresi seperti apapun terserah namun tidak boleh menyimpang dan harus kompatibel dengan norma yang terkait di negara Indonesia.⁸

⁷ *Ibid.*

⁸ Masyhur Effendi, *Dimensi/Dinamika Hak Asasi Manusia dalam Hukum Nasional dan Internasional*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994).hlm.27.

Mengenai perspektif yang berkenaan dengan etika dan konsepsi mengenai hal-hal baik. Senada dengan apa yang disampaikan oleh Amartya Sen, bagaimana dia mengatakan bahwa yang membuat sebuah tindakan dapat disebut etis dalam pandangan sains diukur dari seberapa jauh perbuatan itu melindungi kebebasan dari setiap hak kebebasan yang melekat pada semua individu di masyarakat dan memperluas kapabilitas. Dalam hal ini juga yang menjadi indikator penilaian dari kriteria tindakan yang dipilih itu dianggap baik secara etis atau tidak dalam perlindungan kebebasan dan perluasan kapabilitas. Sebagaimana yang dipahami bahwa perlindungan hak kebebasan terhadap setiap individu itu adalah sebagai penolakan terhadap segala bentuk atau perihal yang terkait dengan pemaksaan yang dilakukan pihak kepada pihak lain.⁹ Sedangkan terkait perihal perluasan dari kapabilitas ini dipahami sebagai perihal yang menguatkan kemampuan dari satu pihak atau kelompok masyarakat untuk mencapai sesuatu (the ability to achieve) yang memiliki nilai.

Hal inilah yang menjadi rumusan terkait tolak ukur dari kriteria tindakan etis yang membentuk realitas ini menjadi sebuah perspektif yang harus disatukan ke dalam interaksi sosial masyarakat dan juga terkait pada perumusan kebijakan publik tindakan etis terletak pada seberapa jauh tindakan itu memprotect tentang kebebasan dan memperluas kapabilitas (kebebasan dalam aspek kesempatan), jadi etika dalam perumusan konsep ini disebut dengan istilah etika berbasis kebebasan. Dalam memahami konsep etika ini yaitu etika berbasis kebebasan harus menanamkan paradigma bahwa

⁹ Ali-Fauzi Ihsan, *Buku Melawan Hasuatan Kebencian*, (Jakarta: Yayasan Paramadina Mafindo, 2019).hlm.16.

kebebasan ini dijadikan sebagai landasan tolak ukur baik pada perihal tindakan apapun. Maknanya sebuah tindakan dapat dikatakan baik pada konsep ini apabila dalam perbuatannya terdapat perlindungan kebebasan pada satu pihak kepada pihak lain dan kapabilitas.

Dalam penerapannya konsep etika ini secara prosedural dan substansial, prosedur hari ini ini merupakan pemberian toleransi terhadap segala tindakan yang mengekang kebebasan orang lain atau perihal yang didalamnya ada unsur pemaksaan terhadap sesuatu yang tidak diinginkan. Yang di mana perihal terkait pada penekanan pemaksaan itu sangat bertentangan dengan prinsip moral dari hak kebebasan. Sedangkan untuk secara substansi dari etika yang dimaksud ini memberikan perhatian pada perluasan kemampuan daya guna untuk mencapai sesuatu yang baik. Harus adanya pemberlakuan paradigma etika ini menjadi sebuah dasar,¹⁰ sehingga dapat memodifikasi teori *social choice* dan juga perumusan konsep demokrasi serta pembangunan, menurut Amartya Sen.¹¹ Sebagaimana sudah diuraikan pada penjelasan sebelumnya, terkait pada semua penuturan dari gagasan tersebut. Amartya Sen menancapkan konsep itu dalam kebebasan yang di mana dalam artian bahwa perihal yang berkenaan dengan kebebasan harus menjadi landasan paradigma itu. Dalam etika berbasis kebebasan tersebut yang disampaikan Amartya Sen bahwa dalam memahami konsep ini perlu adanya uraian terhadap dua hal yang menjadi subjek yaitu kewajiban etis dan yang kedua motif tindakan.

¹⁰ Sunaryo, *Etika Berbasis Kebebasan Amartya Sen*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2017).hlm.235.

¹¹ *Ibid.*

Pertama, sebenarnya penetapan kewajiban etis/moral itu berlaku atau menunjuk pada semua pihak termasuk subjek dan pihak yang memiliki kemampuan untuk mengatasi perampasan/kerugian yang di alami pihak lain. Analogi untuk memahami konsep tersebut yaitu seperti ada orang yang sedang bersantai kemudian orang tersebut melihat ada pihak lain kesulitan dan meminta tolong.¹² Sejauh orang itu dapat membantu karena memiliki kemampuan untuk membantu pihak tersebut dan pertolongan itu juga diperuntukkan pada orang tersebut saja. Pasti secara moral orang tersebut dituntut atau berkewajiban untuk menolong pihak tersebut. Istilah kemampuan ini dinamakan oleh Amartya Sen sebagai daya efektif (Effectivite Power). Secara otomatis dengan adanya kemampuan ini dapat membuat siklus kebebasan lebih tepat sehingga setiap pihak memiliki kewajiban moral untuk melaksanakan tanggung jawab itu. Daya Efektif ini tidak terbatas pada instruksi negara atau lembaga lain saja, tetapi juga ada pada individu. Kewajiban untuk melakukan sesuatu tindakan membantu itu bukan karena ikatan kontraktual, tetapi karena daya efektif itu. Dengan penerapan paradigma ini, subjek dari kewajiban moral ditujukan kepada semua pihak yang memiliki kemampuan untuk mengatasi dan mengurangi kondisi ketidakberdayaan yang terjadi pada sekitarnya paradigma ini memiliki hubungan dengan konsep komitmen perlakuan yang dipahami sebagai tindakan yang tidak memiliki motif maksimalisasi kepentingan diri di dalamnya. Artinya bahwa perihal yang terkait pada kewajiban moral untuk saling bantu membantu pada setiap pihak itu tidak cuma yang berhubungan pada diri sendiri saja. Meskipun pendapat dari Amartya Sen menghubungkan ide pokok dan moral dengan

¹² *Ibid.* hlm.237.

tindakan komitmen, tidak mensyaratkan konsep moralitasnya involusi atau eliminasi tindakan maksimalisasi kepentingan diri (self interest maximization).¹³

Kedua, motif tindakan ini juga sebenarnya sebagai tindakan yang memaksimalkan kepentingan diri yang juga bisa disebut etis selama dalam tindakan tersebut melaksanakan juga prinsip perlindungan terhadap hak kebebasan orang lain yang dapat memperluas kapabilitas, maknanya tindakan etis bukan tindakan yang tidak memaksimalkan diri saja. Analogi sebagai contoh dari tindakan ini adalah seperti pihak yang ingin merasa aman di lingkungannya dan menghimbau seluruh pihak untuk ikut berjaga dilingkungan sekitar tempat tinggalnya. Jika ditelaah pada analogi tersebut terkandung motif maksimalisasi kepentingan diri dalam tindakan tersebut. Pihak yang menghimbau dan yang dihimbau menjadi aman dan dari pencurian atau perampokan. Dengan ini bukan hanya terkandung motif maksimalisasi kepentingan diri juga jelas terkandung motif etis, yakni perluasan kapabilitas.¹⁴

Dari pemaparan dan uraian di atas sama halnya juga dengan tindakan seorang pejuang hak asasi yang membela hak kelompok minoritas, ia melakukan pembelaan terhadap kelompok minoritas dan tindakan pengekangan dan pembatasan hak dasar dalam motif maksimalisasi diri di dalamnya. Sikap semacam ini bisa dilihat sebagai tindakan etis karena memberikan perhatian pada perlindungan kebebasan entah itu dengan motif

¹³ Adami Chazawi, *Hukum Pidana Positif Penghinaan*, (Malang : MNC Publishing, 2016). hlm. 13.

¹⁴ *Ibid*

atau tanpa motif maksimalisasi kepentingan diri,¹⁵ maknanya Soalan ini bukan terkait pada eksklusi motif pada maksimalisasi kepentingan diri saja. Namun juga terkait pada sebuah tindakan yang memiliki kebebasan dalam perluasan kapabilitas. Jika sebuah tindakan tersebut melindungi kebebasan memperluas kapabilitas. Maka bisa disebut tindakan etis.

1. Aturan Hak Kebebasan Berpendapat Dalam Hukum Siyasah Syar'iyah Terhadap Ujaran Kebencian

Kebebasan berpendapat dengan petunjuk Islam dan untuk terbangunnya kerjasama demi kemaslahatan bersama. Berpendapat dalam Islam ada aturan, meskipun apa yang disampaikan hal dan mau mencegah lingkaran lantas hendak hati melakukannya dan hak berpendapat diniatkan untuk kebaikan bersama dan mengharapkan Allah Subhanahu Wa Ta'ala . Kebebasan berpendapat dimuka umum harusnya disikapi dengan bijak meningkatkan konstruktifitas masyarakat, bukannya menjadikan masyarakat destruktif. Bagaimana penyampaian yang bijak adalah penyampaian pendapat yang menghargai hak asasi orang layak dan dipikirkan secara matang terhadap dampaknya.

Aktualisasi Imani dilakukan sebagai bentuk dakwah dalam kehidupan yang diwujudkan dalam suatu struktur sistem sosial masyarakat yang beriman yang diterapkan secara teratur dengan tujuan untuk penyamarataan cara berpikir, bersikap dan bertindak dengan hakikat dakwah Islam. Sehingga didalam masyarakat itu sendiri tiap-tiap manusianya dapat mengusahakan terlaksananya Islam kaffah, Islam yang dapat mengatur

¹⁵ Rhona KM. Smith dkk, *Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta:Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, 2008), hlm.15.

seluruh hal atau aspek yang terkait pada dunia ini juga. Fungsi dari sistem tersebut bertujuan untuk membentuk sebuah lingkungan masyarakat Islam yang lebih terperinci dan juga memiliki fungsi meletakkan dasar eksistensi dari masyarakat Islam sendiri, penerapan dari nilai-nilai keadilan, persamaan, persatuan, sebagai inti penggerak perkembangan masyarakat, mendengarkan setiap individu yang ada di masyarakat atau rakyat dari sistem yang zalim (Tirani-Otoriter) untuk mencapai sistem masyarakat yang adil, sebagai juga penyampai kritik terhadap sosial menyimpang ada di masyarakat atas penerapan amar ma'ruf nahi munkar.¹⁶

Sebagaimana pengertiannya dakwah merupakan sebuah bentuk aktivitas atau ajakan untuk melakukan kebaikan demi keteraturan bersama pada jalan Allah Subhanahu Wa Ta'ala dan artinya dalam semua aktivitas kehidupan ini ada aturan yang tercantum dalam al-quran maupun as-sunnah yang dimenjadi tolak ukur dalam berkehidupan dan dalam pelaksanaannya sebagai bentuk seruan pada semua orang kepada kebaikan.¹⁷ Kebebasan yang melekat pada setiap individu itu juga bersinggungan pada kewajiban syiar kebaikan pada setiap orang dengan cara yang baik. Syiar yang baik adalah syiar yang dilakukan dengan cara *bil hikmah* dan tanpa menyakiti atau merugikan orang serta kebaikan yang disampaikan bisa diterima dengan arif.

Tidak bisa dipungkiri juga bahwa perihal ini bukan suatu yang gampang untuk dilakukan sehingga pada realitanya banyak yang terjebak dan keliru dalam

¹⁶ Didin Hafidhuiddin, *Dakwah Aktual*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1998).hlm. 67-68.

¹⁷ Nur Asiah, *Hak Asasi Manusia Perspektif Hukum Islam*, Jurnal Syari'ah dan Hukum Diktum, Volume 15, Nomor 1, Juni 2017.hlm. 56.

menjalankannya karena mereka pikir apa yang disampaikan itu baik sehingga tidak memikirkan dengan matang bagaimana cara menyampaikannya juga. Padahal hal demikian tidak baik untuk syiar kebaikan dalam Islam harusnya apa yang disampaikan dan bagaimana menyampaikannya itu harus baik juga.¹⁸ Sehingga hak kebebasan yang kita miliki dan kebebasan orang lain juga tidak bertabrakan satu sama lain, kerangka kebaikan sosial knilah yang harus disusun menjadi utuh untuk menciptakan lingkungan yang teratur dan utuh secara Islam.

Dinamisme perkembangan dunia pada saat ini membuat semuanya juga mengalami perubahan dengan sangat pesat, terutama pada hak kebebasan berpendapat. Setiap orang dijamin atas hak yang mereka miliki terkait pada pandangan Islam aktivitas ini harus sesuai ada kaidah-kaidah kebaikan Islam.¹⁹ Hak kebebasan ini sebagai bentuk aktivitas menyeru untuk kebaikan kepada seseorang khususnya pemimpin negara. Islam tidak pernah membenarkan dalam berbicara itu terdapat caci maki dan sumpah serapah ini juga tindakan yang tidak bijak sebagai penyampai atau penyeru sebuah kebaikan. Sebagaimana yang terkandung dalam Quran Tentang dakwah Nabi Musa kepada Firaun dalam Q.S. Thaaha: 43-44 :

¹⁸ Masdar F. Mas`udi, *Hak Asasi Manusia dalam Islam, dalam E. Sobirin Nadj dan Naning Mardiyah, Diseminasi HAM dalam Perspektif dan Aksi*, (Jakarta:Cesda LPES), hlm. 66.

¹⁹ Amrullah Achmad (Ed), *Dakwah Islam dan Perubahan Sosial*, (Yogyakarta: Priam Duta, 1983).hlm.6.

اذْهَبَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَىٰ ⁽⁴³⁾ فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّيِّنًا لَّعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَىٰ

“Pergilah kamu berdua kepada Fir'aun, sesungguhnya dia telah melampaui batas; maka berbicaralah kamu berdua kepadanya dengan kata-kata yang lemah lembut, mudah-mudahan ia ingat atau takut.” (QS. Thahaa, 43-44).

Allah Subhanahu Wa Ta'ala telah memberikan tanda-tanda pada ayat-ayat-Nya pada setiap persoalan yang ada di muka bumi ini. Termasuk tentang hak kebebasan berpendapat terkait pada surah yang ada di bagian atas. Allah Subhanahu Wa Ta'ala memberikan petunjuk dan arahan yang penting untuk bagaimana cara menyampaikan sebuah syiar dengan menggunakan lisan. Pada bagian surah At-Thaha ayat 44 ini memberikan keterangan bahwa dalam berpendapat atau hak berbicara itu itu aturannya, maka mulailah dalam berkata itu menggunakan kalimat yang lemah lembut dan perkataan yang penuh dengan suasana damai atau kasih.²⁰ Sebab apabila syiar disampaikan dengan keras apalagi saat konfrontasi (berhadap muka dengan muka) maka sudah dipastikan tidaklah tercapai apa yang dimaksud walau itu sebuah kebaikan.

Konsep demikian saja dianggap Islam kurang tepat walaupun yang disampaikan benar apalagi melakukan ujaran kebencian mengatasnamakan hak kebebasan berpendapat, ini menjadi perihal yang menyimpang dari konsep Islam itu sendiri bahwa menyampaikan sebuah kebaikan harus dengan cara yang baik juga. Demikian pula

²⁰ Baharudin Lopa, *Al- Quran dan Hak-Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: Dana Bakti Prima Yasa 1996).hlm.1.

dengan hak kebebasan berpendapat. Allah Subhanahu Wa Ta'ala bukan tidak tahu apa dari akhir cerita Firaun, namun Allah ta'ala ingin memberikan pelajaran pada setiap hambanya untuk berkata atau berpendapat itu dengan lemah lembut dan beraturan.²¹ Kebebasan berpendapat terkait juga pada kebebasan berpendapat orang lain. Yang harus disadari bahwa ada tembok tebal yang membatasi setiap individu untuk menabrak hak dari orang lain juga untuk menggunakan haknya. Aturan Islam yang menjadi tembok tebal untuk memberikan garis bawah apa saja yang boleh dan yang tidak boleh dilakukan dengan mengatas namakan hak kebebasan berpendapat. Islam tidak membatasi hak dari setiap orang, namun Islam ingin menghindarkan setiap orang dari kedzoliman, entah itu dilakukan oleh dirinya sendiri karena berbuat atau bertindak tanpa berpikir matang sehingga menimbulkan dampak terhadap dirinya sendiri atau perbuatan yang mereka lakukan kan itu berdampak pada orang. Maksudnya Islam tidak membolehkan dzolim kepada orang lain dan juga pada diri sendiri. Seperti orang yang melakukan perbuatan salah, tetapi dibungkus dengan kalimat mengatasnamakan hak dari individu, artinya terserah dari individu tersebut mau melakukan hal apapun sesuai kemauannya, perilaku semacam ini tidak dibenarkan oleh Islam.²²

Quran surat At Thaha ayat 44 ini menyisipkan pesan dari Allah kepada Nabi-Nya agar selalu dapat menerapkan perilaku dan tutur kata yang lemah lembut dan jangan sampai muncul ujaran-ujaran kebencian dari lisan setiap muslim meskipun yang dihadapi

²¹ *Ibid.*

²² Nurcholish Madjid, *Islam Kemoderenan dan Keindonesiaan*, (Bandung:: Mizan, 1994).hlm.156.

merupakan pihak yang keras dan memiliki sifat pembangkang terhadap aturan Allah. Mengingatkan dan menasehati orang lain tentang jalan yang lurus untuk sampai kepada kalbu maka harus dengan kata-kata yang tidak melukai perasaan.

Dalam ajaran Islam dibolehkan juga adanya perbedaan pendapat selama masih dalam koridor hukum Islam. Islam juga menawarkan solusi terhadap kaum muslimin, apabila terjadi perselisihan antara dua belah pihak. Menurut Islam maka hendaknya jika terjadi perselisihan tersebut diselesaikan dengan cara bermusyawarah yang di dalam musyawarah tersebut tentunya harus ada seorang yang menjadi penengah untuk dapat menaungi penyelesaian persoalan antar pihak tersebut. Bahwasanya dalam mengeluarkan pendapat harus dilakukan secara musyawarah, namun Islam memberikan kebebasan seluas-luasnya untuk setiap individu dalam berpendapat dan berpikir dengan menggunakan al-quran.²³ Sehingga ini dapat membentuk interaksi antar individu menjadi saling menguntungkan dan juga terkait hal tersebut juga memberikan keluasan untuk mendengar pemikiran orang lain dan memilih yang benar dari pikiran-pikiran tersebut. Islam membuka lebar ruang untuk saling bertukar pikiran atau berpendapat, tetapi dengan ketentuan yang berlaku harus sesuai dengan syarat harus berdasarkan hikmah dan kata-kata lemah lembut tidak boleh ada caki maki serta ujaran kebencian lainnya, pendapat yang disampaikan tidak menyimpang dari akidah atau keyakinan serta menjadikan al-quran sebagai pedoman dan penentu hukum utama dalam berpendapat.

²³ M. Quraish Shihab, *Membumikan" Al-Qur"an: Fungsi dan Peran Wahyu Dalam Kehidupan Masyarakat*, (Bandung: Penerbit Mizan, 1994), hlm. 114-115.

Oleh sebab itu, berkenaan pada fungsi dari konsep kebebasan berpendapat dalam Islam yang menjadi bagian penting konsep tersebut untuk diterapkan.²⁴ Dan ini perlu dipahami dan ditelaah dengan cara tepat dan benar, jalan dengan ketentuan yang ada pada kitabullah dan Sunnah serta Sirah Nabawiyah yang didalamnya berisikan petunjuk petunjuk bagaimana cara berpendapat itu dilakukan, harapannya dari situlah terbentuk insan-insan yang dapat istiqomah dan bertanggungjawab dalam kehidupan bermasyarakat yang Islami. Dalam hidup ini Islam memberikan penjelasan ada dua hal yang harus kita jaga dan terapkan dalam menjalankan kehidupan.

Pertama, dalam Islam menganjurkan kita dalam berperilaku dan bertindak itu harus menjaga batasan, maksud dari hal tersebut adalah menjaga setiap apa yang kita perbuat. Sehingga Jika setiap individu yang ada di masyarakat menerapkan anjuran tersebut maka akan terbentuk budaya yang teratur dalam interaksi sosial lingkungannya.

Kedua, narasi dan kalimat yang keluar dari setiap perkataan seseorang itu memiliki tanggung jawab, sehingga harus menjaga lisannya. Pada lingkungan masyarakat kita tidak bisa dipungkiri bahwa ada ketersinggungan yang harus dalam ikhtiarnya dihindari agar tidak melukai hati seseorang dengan lisan kita dan tidak saling melontarkan kata-kata yang seharusnya tidak keluar dari mulut seorang yang beriman.

Dari apa yang dijelaskan pada kedua hal tersebut, maka hal yang menjadi bagian yang sangat penting yaitu bagian lisan bukan berarti perbuatan tidak penting untuk dijaga, sebagai sebuah permisalan perbuatan menyakiti orang lain secara fisik ini dapat terlihat

²⁴ *Ibid.*

dan kita bisa obati.²⁵ Namun terkait pada perihal menyakiti dengan lisan, ini sangat sulit untuk diobati tidak terlihat dan tidak tertebak, sebab yang dilukai adalah hati atau perasaan maka dari itu menjaga lisan di dalam Islam itu sangatlah penting. Sebagaimana ada sebuah *maqolah* atau perkataan yang menggambarkan betapa pentingnya menjaga lisan. Bunyi *maqolah* itu sebagai berikut :

سلامة الإنسان في حفظ اللسان

“Keselamatan manusia itu terdapat pada pemeliharaan lisannya”.

Maqolah atau perkataan ini memberikan gambar bahwa ketika seorang muslim dapat menata lisan dengan kata-kata yang baik maka dia akan selamat baik itu di dunia maupun di akhirat. Namun ketika seorang muslim atau manusia secara umum tidak mampu memelihara lisannya. Maka ada tanggungjawab yang diemban sehingga akan membuat hidupnya tidak akan selamat. Menjaga lisan adalah representasi dari seorang muslim yang sesungguhnya, apabila ada seorang muslim yang masih berkata yang tidak baik dari lisannya maka patut dipertanyakan keimanan dari seseorang tersebut.²⁶ Penjelasan ini juga senada dengan sebuah hadis yang di mana hadits itu berbunyi, Nabi Muhammad Shallallahu Alaihi Wasallam bersabda :

²⁵ Harniawati Hr., *Menyikapi Rambu-rambu Bahaya dalam Islam*. (Surabaya: Penerbit Putra Jaya, 2007).hlm.95.

²⁶ Umar Abdul Kafi, *Mulutmu Harimaumu*, (Jakarta: Maghfirah Pustaka, 2008).hlm.69.

من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت

“Barang siapa yang beriman kepada Allah dan Hari Akhir, maka hendaknya katakanlah perkataan yang baik, atau lebih baik diam”.

Untuk penjelasan pada hadis ini pengajaran pada setiap insan bahwa indikasi seorang muslim yang memiliki iman kepada Allah dan hari akhir, harus selalu bisa menata lisan dengan berkata-kata baik dan ketika tidak bisa lagi atau tidak mampu dalam menyampaikan perkataan yang baik maka Rasulullah Shalallahu Alaihi Wassalam menganjurkan kepada setiap insan untuk diam dari pada berkata yang tidak sesuai atau tidak baik. Jadi bisa dipahami dari sini bahwa kebebasan berpendapat itu diberikan pada setiap insan namun diikat dengan aturan untuk kepentingan bersama dalam bersosial.²⁷ Berinteraksi dalam sosial seharusnya tidak ada yang saling menjelekkkan satu sama lain serta tidak menyakiti perasaan orang lain. Sebab sebuah kemuliaan itu hanya nampak di hadapan Allah, maka sebagai manusia tidak boleh saling menghinakan. Allah tidak pernah memandang hamba-Nya dari fisik atau bukan orang yang paling sempurna berpenampilan. Tetapi Allah memberi tolak ukur kemuliaan seorang hamba di hadapan-Nya dari ketakwaan hamba kepada Allah Azza wa Jalla.

Tak perlu diragukan lagi bahwa perintah dan anjuran yang diberikan oleh Allah dan Rasul-Nya pastinya memberikan sebuah hikmah-hikmah pada hidup kita sebagai seorang muslim. Hak dapat diberikan apabila sudah menjalankan aturan atau

²⁷ Nasaruddin Lathif, *Teori dan Praktek Dakwah Islamiyah*, (Jakarta: CV. Multi Yasa & Co, 1971).hlm. 132.

kewajiban, yang segala aturan itu ditunjukkan untuk sebuah keteraturan dan tertatanya hidup setiap insan. Lisan sebagai representasi apa yang ada di dalam hati seseorang maka dari itu penggunaan lisan perlu dijaga agar tidak timbul dampak buruk terhadap diri sendiri dan orang lain.²⁸

2. Aturan Hak Kebebasan Berpendapat Dalam Hukum Positif Indonesia Terhadap Ujaran Kebencian

Terkait pada sebuah kebebasan berpendapat di Indonesia ini berkaitan juga dengan permasalahan penghinaan. Di Negara Barat pandangan terhadap penghinaan itu dalam disiplin ilmu kejahatan atau studi kejahatannya menganggap bahwa penghinaan dianggap sebagai *mala prohibita*, sedangkan negara-negara timur termasuk Indonesia adalah negara yang menganggap penghinaan sebagai *mala in se*.³⁰ Ini harus dipahami bahwa ada perbedaan persepsi atau pola pandangan terhadap kasus penghinaan. Artinya bahwa negara Indonesia menganggap yang namanya sebuah penghinaan itu termasuk *recht delict* (delik hukum) yang di mana itu termasuk perbuatan yang bertentangan dengan peraturan, entah itu terkait pada perbuatan yang yang diancam oleh hukum pidana dalam suatu peraturan atau undang-undang atau juga tidak. Kasus penghinaan memang adalah perbuatan yang asalnya adalah suatu kejahatan. Sedangkan untuk negara-negara barat berpaham bahwa penghinaan itu termasuk dari *wet delict*, maknanya sebab perbuatan penghinaan akan menjadi hukum atau dikenai pidana jika perbuatan itu telah diatur. Jadi apabila perbuatan bisa dinyatakan salah apabila sudah ada ada undang-undang

²⁸ *Ibid.*

³⁰ Mahrus Ali, *Dasar-Dasar Hukum Pidana*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011).hlm. 101.

yang mengaturnya. Maka tidak heran kasus penghinaan di Amerika dimasukkan di dalam konteks kasus perdata bukan pidana.³¹

Jadi pembentukan standar norma dan kebijakan itu menjadi sebuah bagian penting terkait pada norma hukum, pedoman dalam sebuah keputusan peradilan khususnya di Mahkamah Konstitusi, praktek hukum dan HAM terutama dalam standar norma dan pengaturan atas hak berekspresi dan berpendapat.³² Jika tidak diberikan perhatian dikhawatirkan usulan kebijakan dalam draft yang diusung terkait hak kebebasan berpendapat ada yang tidak sesuai sebab tafsiran yang di aktifkan jadi berlaku bagi semua pihak dalam menjawab persoalan HAM yang terjadi di ruang publik. Sebagaimana selama ini yang terjadi di dalam realitas masyarakat yang ada di Indonesia ada sebuah bentuk ketidakpastian antara penegak hukum dan hak kebebasan itu sendiri. Anggapan yang seperti ini maka patut memahami bahwasanya standar norma dan aturan ini juga memiliki fungsi sebagaimana menjadi tolak ukur untuk memberikan sebuah nilai atau perbandingan sebuah tindakan atau perbuatan yang sejalan dengan hak asasi itu sendiri.

Pergerakan yang dinamis pada kehidupan ini juga mendorong bentuk atau metode dari menyampaikan atau berekspresi memakan hak juga diterkait. Entah itu berekspresi dan berpendapat di media sosial atau publik langsung, supaya terus terjadi keteraturan di dalam sistem sosial atau berinteraksi pada ada setiap individu di masyarakat maka harus ada penguatan norma-norma di dalam HAM terhadap keterbukaan informasi yang sangat

³¹ Susan J. Brison, *The Autonomy Defense of Free Speech*, (Chicago Journals: The University of Chicago. Volume 108 Nomor 2, 1998).hlm. 313.

³² Willian B. Fisch, *Hate Speech in the Constitutional Law of the United States*, (The American Journal of Comparative Law volume. 50. American Society of Comparative Law. 2002).hlm. 463.

pesat pada saat ini.³³ Supaya interaksi yang ada di masyarakat memiliki kualitas dan mutu di dalam bersosial. Sehingga pedoman hukum yang diterbitkan itu benar-benar disusun atas keselarasan pada norma yang ada di masyarakat terkait hak kebebasan berpendapat dan berekspresi.³⁴ Negara Indonesia ini adalah negara yang berkiblat pada budaya timur yang di mana perbuatan atau tingkah laku dan dan berkomunikasi itu itu diatur sedemikian rupa dan ini kompatibel pada undang-undang itu di dalam pasal 315 KUHP, yang berbunyi :

“Tiap-tiap penghinaan dengan sengaja yang tidak bersifat pencemaran atau pencemaran tertulis yang dilakukan terhadap seseorang, baik di muka umum dengan lisan atau tulisan, maupun di muka orang itu sendiri dengan lisan atau perbuatan, atau dengan surat yang dikirimkan atau diterimakan kepadanya, diancam karena penghinaan ringan dengan pidana penjara paling lama empat bulan dua minggu atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.”

Dalam kasus penghinaan juga ada dalam bentuk ITE, perbuatan menghina ini diidentifikasi sebagai sebuah tindakan pidana yaitu pencemaran nama baik (criminal defamation) dengan melalui media teknologi informasi komunikasi.³⁵ dalam undang-undang yaitu Undang-Undang ITE dan amandemennya pasal 27 ayat 3 menegaskan

³³ Fayakhun Andriadi, *Demokrasi Di Tangan Netizen*, (Jakarta: PT. Semesta Rakyat Merdeka, 2016).hlm.54.

³⁴ *Ibid.*hlm.60.

³⁵ Agus Raharjo, *Cyberbrime Pemahaman dan Upaya Pencegahan Kejahatan Berteknologi*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002).hlm.419.

bahwa ini adalah sebuah tindakan pidana dan untuk ancaman pidananya terkait perbuatan menghina itu penjara paling lama 6 tahun menjadi 4 tahun atau denda semula satu miliar menjadi 750 juta dalam pasal 45 ayat 3 tersebut. Bunyi dari pasal 27 ayat 3 :

“Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.”

Dalam perumusan permasalahan ini maka harus dilakukan pemahaman yang mendalam terkait perbuatan yang dilarang dalam pasal 27 ayat 3 KUHP dengan cara holistik dan juga perlu dibahas secara komprehensif terkait unsur-unsur perbuatan. Berhubungan juga pada setiap individu agar memiliki tanggung jawab terhadap demokrasi yang sedang dijalankan.³⁶ Sampai muncul sebuah pertanyaan apakah berarti hak kebebasan berpendapat di Indonesia itu diproteksi oleh hukum, jawabannya iya betul. Namun ada batasan dari perihal tersebut yaitu karena akibat ketidaksengajaan dari pihak yang berbuat atau kekeliruan berpendapat. Tetapi jika perbuatan tersebut didasari atas kesengajaan melakukan kejahatan bahasa atau menyebarkan kebencian maka itu tidak dilindungi oleh hukum positif Indonesia.³⁷ Kebebasan di sini dimaknai boleh melakukan hal apapun dan berpendapat apapun namun tidak untuk melakukan perbuatan penghinaan, hasutan, kebohongan dan sebagainya. Sebab dalam hukum pidana itu ada

³⁶ Supriyadi Edi W, dkk., *Analisis Terhadap Situasi Hukum Penghinaan Di Indonesia*, (Jakarta: ICJR, 2012), hlm. 24.

³⁷ *Ibid.*

namanya asas *lex certa* mengatakan bahwa dalam mendefinisikan sebuah istilah itu tidak boleh memiliki ambiguitas atau anasir anasir yang kontradiktif. Sehingga harus adanya asas *lex stricta* (pengertian yang pasti) ini tujuannya diperuntukkan supaya tidak terjadi salah tafsir dan juga adanya sebuah kepastian hukum.³⁸

Dalam pengujian kejahatan berbahasa juga dapat dilihat dari sengaja atau tidak sengaja. Ini juga menjadi hal yang sangat penting sebab dapat mengidentifikasi atau mendeteksi pada sebuah perbuatan apakah termasuk kejahatan berbahasa tersebut atau tidak, jika secara tertulis kejahatan berbahasa cukup minim terjadi dalam perihal ketidaksengajaan. Namun kejahatan berbahasa dalam bentuk lisan potensi terjadi ketidaksengajaan dalam berbahasa sangat tinggi. Artinya memang di dalam kebebasan berpendapat itu dalam penerapannya juga bisa terjadi kesalahan berbahasa yaitu ada yang secara teknis, logis, serta etis berbahasa.

- Kesalahan Teknis : Salah ketik atau salah ucap (keceplosan)
- Kesalahan Logis : Membuat kesalah pahaman
- Kesalahan Etis : Menyampaikan perspektif yang dengan makian

3. Pengujian Kejahatan Berbahasa Dalam Kebebasan Berpendapat

Dalam pengujian kejahatan berbahasa harus dapat memisahkan dua perihal yang menjadi penentu tindakan yang dilakukan apakah dapat menjadi sebuah pelanggaran berbahasa yang dilarang Hukum Pidana Indonesia atau tidak, yang pertama yaitu ada *dolus* (sengaja) dan yang kedua *culpa*. Muatan materi dalam hukum

³⁸ Topo Santoso, *Hukum Pidana Suatu Pengantar*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2020). hlm. 326.

pidana yang terkait asas kesalahan atau culpabilitas di dalamnya juga membahas tentang dolus dan culpa, ini menjadi sebuah pembahasan yang berkenaan dengan tindakan hukum pidana dan ini menjadi indikator dari sebuah perumusan delik dengan prinsip asas culpabilitas yang mengatakan bahwa seseorang tidak dapat dipidana tanpa adanya sebuah kesalahan yang mereka perbuat atau *nulla poena sine culpa* (tidak ada pidana tanpa kesalahan).³⁹

Kesalahan adalah bagian dalam hukum pidana yang adalah apabila sikap batinnya dapat dicela atas perbuatan melawan hukum yang dilakukannya (sikap batin yang jahat/tercela) dan ini juga sebagai salah satu syarat dalam pemidanaan sebagai kesalahan yang cuman terkait pada konstitusi saja,⁴⁰ selain dari pada kesalahan yang tidak terkait pada konstitusi semisal pada kesalahan moral atau sosial, maka tidak dapat dipidana. Menurut pendapat dari Sunarto mengatakan bahwa sebuah kesalahan terdiri dari beberapa unsur yang mana sebagai berikut :

- a. Orang yang berbuat tindakan adalah orang normal dan mampu bertanggung jawab atas perbuatannya.
- b. Adanya niat dari si pembuat, ada hubungan batin di situ, entah itu dalam bentuk kesengajaan atau ketidaksengajaan (kelalaian).

³⁹ Douglas N. Husak, *Mistake of Law and Culpability*, (Criminal Law and Philosophy, 2010).hlm. 135-159.

⁴⁰ *Ibid.*

- c. Tidak adanya penghapusan kesalahan dengan alasan yang dapat membenarkan sehingga membuat pelaku tidak bisa dipidana atau maksudnya tidak ada alasan pemaaf.

Pengertian dalam hukum pidana itu terkait perbuatan seseorang bisa dikenakan pidana bukan cuma sebab dari perbuatan yang bersifat melawan hukum saja. Namun dalam perbuatan tersebut juga ada unsur kesalahan dalam diri yang bersangkutan, bentuk dari kesalahan itu termasuk juga *dolus* dan *culpa* menunjukkan adanya hubungan batin antara pelaku dan perbuatan yang diperbuat.

a . Kesengajaan (*dolus*)

Definisi dari kesengajaan ini ialah sebuah perbuatan yang menghendaki dan menginsyafi terjadinya suatu tindakan serta pada akibatnya. Jika ditelaah dengan lebih dalam terkait kata “menghendaki dan menginsyafi” dalam koridor kesengajaan ini, maka artinya jika seseorang melakukan sebuah kesengajaan berarti itu sudah pasti adanya kehendak atau keinginan untuk melakukan tindakan itu yang distimulasi dengan hawa nafsu dari si pelaku.⁴¹ Sama artinya juga dengan bahwa sebuah kesengajaan itu ditujukan terhadap suatu tindakan, terkait dari sebuah kesengajaan ini maka dibagi menjadi tiga bentuk yaitu sebagai berikut :

Pertama, kesengajaan sebagai maksud (*opzet als oogmerk*). Yang artinya kesengajaan ini memang dikehendaki untuk mewujudkan suatu perbuatan, perbuatannya memang ditujukan sebagai bentuk melalaikan kewajiban hukum dan mainkan akibat dari

⁴¹ R. Abdoel Djamali, *Pengantar Hukum Indonesia. Edisi Revisi*. (Jakarta: Rajawali Pers, 2010).hlm.219.

apa yang diperbuat. Sebagai contoh; seseorang memfitnah orang lain dengan tujuan balas dendam. Di sini perbuatan itu dilakukan dengan kehendak dan akibat tercemarnya nama baik itu yang diterima orang lain itu juga dikehendaki.⁴²

Kedua, kesengajaan sebagai kepastian (opzet als zekerheidsbewustzijn). Ini sebagai sebuah kesengajaan yang maksudnya dalam perbuatannya itu menyadari konsekuensi atau akibat dari perbuatan tersebut, yang pada dasarnya apabila melakukan perbuatan tersebut maka pasti berdampak pada akibat yang sudah diketahui dari perbuatan tersebut.⁴³ Sebagai contoh; perbuatan menghina seseorang di media sosial dengan menggunakan akun yang dipinjam pada orang lain sehingga terjadi kesalah pahaman bahwa sebenarnya bukan pemilik akun tersebut yang melakukan tindakan tersebut, tapi yang melakukan tindakan itu orang yang meminjam akun tersebut. Jika ditelaah ada dua akibat dari perbuatan tersebut yaitu terjadi kesalah pahaman yang dapat dipidanakan dan perbuatan menghina itu yang dilakukan artinya dalam akibat ini bukan hanya terjadi tindak pidana pemukulan. Tetapi juga ada tindak pidana penyalahgunaan wewenang atau melanggar larangan bertindak sewenang-wenang. Dalam perihal akibat ini muncul dua bentuk akibat yang terjadi hasil dari perbuatan yaitu sebagai berikut:

- a. Akibat yang memang dikehendaki dari seseorang yang melakukan perbuatan.
- b. Akibat yang tidak dikehendaki oleh seseorang. Namun harus tetap dilakukan untuk mencapai akibat yang dikehendaki sehingga bisa terjadi.

⁴² Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*, (Bandung : Sinar Grafika, 2003). hlm.55.

⁴³ *Ibid.*

Ketiga, kesengajaan sebagai kemungkinan (*dolus eventualis*). Maksud dari kesengajaan ini adalah adanya kesadaran pelaku atau seseorang yang melakukan perbuatan bahwa ada kemungkinan lain (kedua) dari perbuatan tersebut yang tidak diinginkan dari pelaku. Namun ada pengabaian di situ terhadap kemungkinan yang disadari tersebut (kemungkinan kedua).⁴⁴ Sebagai contoh; Si A membuat sebuah tulisan. Namun tulisan itu diberikan kepada si B untuk bertujuan dipublikasikan pada media yang tujuan awalnya tulisan itu supaya membuat reputasi dari media yang dimiliki si B tersebut menjadi buruk dengan dengan tulisan itu atas tujuan balas dendam yang belum hilang dari si A kepada si B. Namun tidak disangka si B ini memberikan tulisan itu yang belum sempat dipublikasikan kepada teman yang juga pernah ikut membantu membuat adiknya si A dituduh macam-macam akibat publikasi yang dilakukan si B dan temannya. Tidak disangka si B memberikan tulisan itu kepada temannya untuk diorasikan pada publik yang semula untuk si B dan tanpa tau dalam tulisan itu memuat ide yang membahayakan penyampai dan bahkan bisa ditangkap pihak yang berwajib.

b. Lalai (Culpa)

Pengertian dari *culpa* yaitu bisa diartikan sebagai sebuah situasi di mana orang atau seseorang yang seharusnya dapat melakukan kehati-hatian. Tetapi tidak melakukannya (tidak adanya kehati-hatian) atau seharusnya melakukan penduga-dugaan namun tidak melakukannya (kurangnya perhatian terhadap akibat yang dapat timbul). Dalam tindak pidana kelalaian/ ketidaksengajaan ini dibagi menjadi dua bagian yaitu ketidaksengajaan atau kelalaian yang disadari (*bewuste schuld*) dan ada juga kelalaian

⁴⁴ Leden Marpaung, *Asas- Teori-Praktik Hukum Pidana*, (Jakarta : Sinar Grafika,2009). hlm. 26.

atau ketidaksengajaan yang tidak disadari (onbewuste schuld).⁴⁵ Penjelasan lebih dalam sebagai berikut :

a. ketidaksengajaan atau kelalaian yang disadari (bewuste schuld)

Dalam ketidaksengajaan atau kelalaian ini ada satu kejadian yang dapat menggambarkan perihal tersebut yaitu misal ada seseorang melanggar aturan dalam penggunaan internet atau media sosial yang sudah jelas tidak boleh dilakukannya sebagai contoh menyebar foto bermuatan sara dan penistaan dan seseorang ini percaya dan berharap tidak dapat ketahuan jadi tidak dapat terdeteksi perbuatan itu sebagai sebuah kesalahan. Pada kenyataannya akibat itu juga tetap terjadi dan orang tersebut tetap ditangkap *cyber crime*.⁴⁶

b. Kelalaian/kealpaan yang tidak disadari (onbewuste schuld)

Maksud dari ketidaksengaja ini berupa tindakan lalai/kealpaan seseorang yang tidak bisa memperkirakan konsekuensi lain dari tindakannya. Misal ada seseorang yang dianggap valid dan sangat dipercaya membuat sebuah penyampaian yang tidak diduga bahwa penyampaian itu membuat orang yang mendengarnya dapat melakukan tindakan yang fatal (bunuh diri).⁴⁷

Dalam hukum positif Indonesia dalam pemidanaan terkait pada ketidaksengajaan, kelalaian atau kealpaan dapat dipidana apabila terjadi ketidaksengajaan yang kadar atau

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Hazewinkel Suringa, *Inleiding Tot De Studie vsn het Nederlands Strafrecht* dikutip dari Zainal Abidin Farid, (Hukum Pidana 1, Sinar Grafika, 2018).hlm. 297.

⁴⁷ *Ibid.*

derajat kekurang hati-hatian nya sangat besar (culpa lata). Sedangkan untuk ketidaksengajaan, kelalaian atau kealpaan yang derajat kurang kehati-hatian itu kecil atau sepele maka tidak dapat berlaku hukum pidana atas kelalaian tersebut. Lalu muncul pertanyaan apa bedanya antara kesengajaan sebagai kemungkinan (dolus eventualis) dengan kealpaan yang disadari (bewuste schuld). Perbedaan dari kedua hal tersebut yaitu untuk kesengajaan sebagai kemungkinan adalah situasi di mana pelaku pada akhirnya dapat dianggap setuju pada akibat dari peristiwa yang terjadi. Sementara untuk kealpaan yang disadari adalah bahwa konsekuensi yang terjadi itu tidak pernah diinginkan atau tidak disetujui. Namun yang bersangkutan tetap melakukan perbuatan yang mungkin menimbulkan akibat tersebut karena yakin apa yang dilakukan.

Pertegasan dalam tindak pidana itu dapat diidentifikasi sebagai pelanggaran jika dalam perbuatannya itu memang dilakukan dengan tanpa hak atau melawan hukum sehingga dalam tolak ukur atau indikator yang digunakan kompatibel dengan bunyi konstitusi dan juga supaya tidak terjadi pembedaan cuman karena tersinggung atau baperan, sebab kalau hanya indikatornya menganggap penghinaan itu dari ketersinggungan saja ini berarti sifat dari hukum tersebut sangat subjektif.⁴⁸

Jika hukum tidak objektif maka akan hilang netralitas dan kepastian hukum, berdirinya hukum dengan sendirinya yang tidak memihak pada siapapun dan berdiri di atas semua golongan. Inilah yang kemudian menjadikan hukum sebagai sebuah peraturan yang mengatur segala aspek kehidupan yang telah menjadi harga mati. Bagian dari ini

⁴⁸ Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2011). hlm.113.

juga yang menjadi unsur bahwa apakah perbuatan itu adalah perbuatan yang dilarang atau tidak di dalam pasal peraturan.

Menurut pendapat utrecht, istilah tanpa hak ini digunakan untuk menyinggung perihal yang berhubungan pada hal yang melawan hukum, yang dalam bahasa hukumnya disebut *wederrechtelijk*. Konsep dari *wederrechtelijk* ini juga ditinjau dari penempatannya dalam suatu rumusan delik yang dalam kategorinya sebagai hal yang sifat melawan hukum yang ditafsirkan sebagai tanpa adanya hak dalam diri seseorang (*zonder eigen recht*). muatan istilah “melawan hukum” ini patut digunakan, sebab dalam penegakan hukumnya akan membuat orang bisa dipidana jika melakukan suatu perbuatan yang dasarnya memang dilarang oleh konstitusi walaupun itu menggunakan haknya.⁴⁹ Ini akan terjadi sebuah tabrakan hukum antara kepentingan umum dengan larangan pasal undang-undang yang terkait. Bagaimana seharusnya apabila seseorang itu menggunakan haknya maka seseorang itu tidak bisa dipidana sebab ini tidak melawan hukum, artinya bahwa ancaman pidana itu hanya berlaku kepada seseorang atau pihak yang benar-benar melawan hukum saja.

Maka dengan dimasukkan frase *melawan hukum* sebagai klausul yang memberikan ketentuan tersendiri dari suatu peraturan yang dapat mempertegas bahwa perbuatan yang dilakukan termasuk sebuah unsur perbuatan terlarang menurut undang-undang.⁵⁰ Sebagaimana juga bunyi dari pasal 310 ayat 3 KUHP yang mengatur terkait

⁴⁹ Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum Pendekatan Kontemporer*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005). hal.3.

⁵⁰ Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Pasca Sarjana Universitas Indonesia, 2003).hlm.17.

pencemaran nama baik yang tidak dipidana demi kepentingan umum atau keterpaksaan untuk membela diri. Jadi untuk dapat memidana seseorang terkait ujaran kebencian harus ada kumulatif antara sengaja dan tanpa hak. Tidak terpenuhinya salah satu dari perihal tersebut maka orang tidak bisa dikenai pasal yang terkait dan bahwa juga dalam perbuatan itu jika terdapat kelalaian dan tanpa hak secara bersamaan juga tidak cukup untuk dipidanakan atau pun sengaja dan beralaskan hukum memang tidak termasuk kategori melawan hukum.