

BAB II

Analisis Hukum dan HAM Kerangka Peraturan Tindak Pidana Ujaran Kebencian di Indonesia

Tindak pidana ujaran kebencian di Indonesia diatur di dalam Pasal 156 KUHP dan Pasal 16 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2008 Tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis, dan untuk kasus yang dilakukan di media elektronik maka diatur di dalam Pasal 28 ayat (2) UU ITE. Terkait penyebutan delik ‘ujaran kebencian’ tidak disebutkan di dalam bunyi pasalnya, namun hal ini dapat diidentifikasi di dalam unsur-unsur pasalnya. Selain itu, penyebutan pasal-pasal tersebut sebagai delik ‘ujaran kebencian’ dilakukan oleh aparat penegak hukum pada praktiknya. Ujaran kebencian Pasal 156 KUHP sebenarnya merupakan pasal peninggalan penjajahan zaman Belanda. Di Indonesia tidak banyak penjelasan terkait kedua pasal tersebut yang menyebabkan penerapan ujaran kebencian menimbulkan banyak masalah. Berikut merupakan kerangka aturan tentang delik ujaran kebencian menurut instrumen hukum di Indonesia. Selain pasal yang telah disebutkan di atas, terdapat dua pasal di KUHP Baru yang mengatur ujaran kebencian. Dikatakan sebagai pasal ujaran kebencian karena hakim di dalam putusan menyebutkannya sebagai ujaran kebencian. Selain itu juga karena pasal-pasalnya memiliki unsur-unsur yang mirip berupa unsur “permusuhan atau kebencian” yang berdasarkan “suku, agama, ras”.

Tabel 1. Perbandingan Bunyi Pasal-Pasal Ujaran Kebencian Di Indonesia

Pasal 156 KUHP	Pasal 16 UU 40/2008	Pasal 28 ayat (2) UU ITE	Pasal 242 KUHP Baru	Pasal 300 KUHP Baru
Barang siapa di muka umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian atau penghinaan terhadap suatu	Setiap orang yang dengan sengaja menunjukkan kebencian atau rasa benci kepada orang lain	Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian	Setiap Orang yang Di Muka Umum menyatakan perasaan permusuhan, kebencian, atau penghinaan	Setiap Orang Di Muka Umum yang: a. melakukan perbuatan yang bersifat permusuhan; b. menyatakan

<p>atau beberapa golongan rakyat Indonesia, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.</p> <p>Perkataan golongan dalam pasal ini dan pasal berikutnya berarti tiap-tiap bagian dari rakyat Indonesia yang berbeda dengan suatu atau beberapa bagian lainnya karena ras, negeri asal, agama, tempat asal, keturunan, kebangsaan atau kedudukan menurut hukum tata negara.</p>	<p>berdasarkan diskriminasi ras dan etnis sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 huruf b angka 1, angka 2, atau angka 3, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).</p>	<p>atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, ras, dan antar golongan (SARA).</p>	<p>terhadap satu atau beberapa golongan atau kelompok penduduk Indonesia berdasarkan ras, kebangsaan, etnis, warna kulit, jenis kelamin, disabilitas mental, atau disabilitas fisik, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV.</p>	<p>kebencian atau permusuhan; atau c. menghasut untuk melakukan permusuhan, Kekerasan, atau diskriminasi, terhadap agama, kepercayaan orang lain, golongan, atau kelompok atas dasar agama atau kepercayaan di Indonesia, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau pidana denda paling banyak kategori IV.</p>
---	--	---	---	--

Meskipun terdapat unsur-unsur pasal yang mirip, tapi terdapat beberapa perbedaan di antara kelima pasal tersebut. Namun untuk membahas pasal-pasal tersebut maka perlu memahami terlebih dahulu tentang pembatasan hak atas kebebasan berekspresi yang seharusnya perumusan pasal dan penerapan delik ujaran kebencian di Indonesia merujuk ketentuan instrumen hukum HAM. Hal ini juga sesuai dengan KIHSP sebagaimana telah

diratifikasi oleh Indonesia di dalam UU No.12/2005. Terlebih lagi hal ini diperlukan karena minimnya penjelasan delik ujaran kebencian di Indonesia yang menyebabkan berbagai permasalahan dalam penerapannya. Berbagai permasalahan yang menyebabkan terbatasnya hak masyarakat untuk bebas berekspresi jelas bertentangan dengan Pasal 28F UUD RI 1945 yang berbunyi setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia. Hal ini juga bertentangan dengan Pasal 13 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia yang juga mengatur tentang kebebasan berekspresi atau berkomunikasi.

2.1 Ketentuan Pembatasan Hak Atas Kebebasan Bereksresi Dalam Kerangka HAM

Menurut Pasal 19 ayat (3) KIHSP, pembatasan ekspresi hanya dapat dilakukan sesuai dengan hukum tertulis (legalitas), secara proporsional, dan sepanjang diperlukan (necesitas) untuk: menghormati hak atau nama baik orang lain, melindungi keamanan nasional, melindungi ketertiban umum, melindungi kesehatan atau moral umum. Syarat itu disebut *three-part test*, setiap pembatasan ekspresi harus memenuhi ketiga syarat itu.¹⁹ Tujuannya agar pembatasan ekspresi tidak menimbulkan ketakutan masyarakat untuk berekspresi (*chilling effect*).²⁰ Menangani ujaran kebencian tidak boleh dengan cara yang membatasi hak atas kebebasan berekspresi itu sendiri.²¹ Meskipun pasal ujaran kebencian ditujukan untuk melindungi masyarakat dari efek buruk ujaran kebencian, namun praktiknya peraturan yang

¹⁹ *Id.*,

²⁰ Lihat Tobias Basuki dkk., *Unintended Consequences: Dampak Sosial dan Politik UU Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) 2008* (Jakarta: Centre for Strategic and International Studies, 2018), hal. 29- 31. Lihat juga NN, “Gara-Gara Kasus Prita, Konsumen Indonesia Jadi Takut Komplain”, *detikfinance* (16 April 2013), <https://finance.detik.com/berita-ekonomi-bisnis/d-2221640/gara-gara-kasus-prita-konsumen-indonesia-jadi-takutkomplain?f9911023>, diakses pada hari 6 Agustus 2023. Lihat juga Leslie Kendrick, “Speech, Intent, and the Chilling Effect”, *William & Mary Law Review*, Vol. 54(5) (2013), hlm.1673-1674.

²¹ Komite HAM PBB, “*General Comment No. 34 Article 19: Freedom of Opinion and Expression*” Lampiran dalam Laporan Komisioner Tinggi PBB untuk HAM, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011, para.47.

tidak jelas justru menjadikan efek buruk peraturan tersebut lebih besar daripada bahaya ujaran kebencian.²² Siracusa Principles²³ juga menyebutkan bahwa semua klausul pembatasan harus ditafsirkan secara ketat dan ditujukan untuk mendukung hak asasi manusia. Keperluan pembatasan itu hanya didasarkan pada alasan yang dibenarkan oleh kerangka hukum HAM. Jadi pembatasan ekspresi tidak bisa dirumuskan dan diimplementasikan secara sewenang-wenang.

Pasal 20 KIHSP²⁴ yang membatasi hasutan untuk genosida dan ujaran kebencian merupakan *lex specialis* Pasal 19 KIHSP.²⁵ Perbuatan yang memenuhi Pasal 20 KIHSP sudah pasti dan seharusnya memenuhi *three part test* Pasal 19 ayat (3) KIHSP.²⁶ Pada dasarnya perbuatan *hate speech* dibagi menjadi tiga tingkatan. *Tingkat pertama*, sebagai perbuatan terberat adalah “hasutan langsung dan publik untuk melakukan genosida” dan “setiap advokasi kebencian berdasarkan kebangsaan, ras atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan” sebagaimana diatur di dalam Pasal 20 KIHSP.²⁷ Pola terpenting dari perbuatan *hate speech* yaitu adanya hubungan segitiga antara pelaku *hate speech*, audiens publik, dan target ujaran kebencian. Pelaku *hate speech* memiliki pengetahuan tentang peluang audiens dapat dihasut untuk melakukan tindakan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan. Kemudian pelaku melakukan advokasi atau hasutan kebencian berdasarkan karakteristik identitas yang dilindungi (suku, agama, ras, kebangsaan, dll). Perbuatan itu menyebabkan audiens melakukan permusuhan, diskriminasi, atau kekerasan yang mungkin dan segera terjadi. *Tingkat kedua*, kebencian yang mungkin dibatasi untuk melindungi hak atau reputasi orang lain, atau untuk melindungi keamanan nasional atau

²² Alexander Brown, *Hate Speech Law, A Philosophical Examination*, (New York: Routledge, 2015), hlm.317

²³ International Commission of Jurist, *Siracusa Principles: On The Limitation and Derogation Provisions in The International Covenant on Civil and Political Rights*, Geneva (1983).

²⁴ Pasal 20 KIHSP: “1. Segala propaganda untuk perang harus dilarang oleh hukum; 2. Segala tindakan yang menganjurkan kebencian atas dasar Kebangsaan, ras atau agama yang merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan harus dilarang oleh hukum.”

²⁵ Komite HAM PBB, *supra note 19.*, para.51

²⁶ *Id.*, para.50

²⁷ Antonio Guterres, *The United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presence*, September 2020, hlm.12-16

ketertiban umum, atau kesehatan atau moral masyarakat sebagaimana diatur Pasal 19 KIHSP. Pembatasan ekspresi dapat diberlakukan untuk melindungi individu dari ujaran kebencian berdasarkan karakteristik identitas yang dimiliki untuk memastikan hak mereka atas kesetaraan dan non-diskriminasi, tetapi selama persyaratan *three part test* terpenuhi. *Tingkat ketiga*, yaitu ekspresi yang tidak bisa dibatasi meskipun itu menyinggung suku, ras, agama, atau karakteristik lain yang dilindungi. Termasuk ekspresi tingkat ketiga ini misalnya ekspresi yang menyinggung, tidak bermoral, atau mengganggu harus dilindungi. Selain itu pembenaran atau penolakan peristiwa sejarah, termasuk kejahatan genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan juga harus dilindungi. Bahkan ekspresi tuturan yang menghujat, termasuk menghina perasaan beragama, tidak menghormati suatu agama atau sistem kepercayaan lain, dan penodaan agama harus dilindungi. Termasuk dilindungi juga ekspresi disinformasi, misinformasi, dan malinformasi yang bentuknya bukan merupakan hasutan untuk permusuhan, diskriminasi atau kekerasan berdasarkan Pasal 20 KIHSP.²⁸

2.2 Membandingkan Unsur Pasal Ujaran Kebencian di Indonesia

Ujaran kebencian yang dapat dihukum pidana bukanlah hanya sekedar pernyataan saja. Namun ujaran kebencian yang dapat dihukum pidana harus merupakan advokasi kebencian berdasarkan kebangsaan, ras atau agama (dan karakteristik identitas lainnya yang dilindungi).²⁹ Advokasi kebencian tersebut merupakan hasutan untuk melakukan diskriminasi, permusuhan atau kekerasan.³⁰ ‘Advokasi’ harus dipahami sebagai membutuhkan niat untuk mempromosikan kebencian secara terbuka terhadap kelompok sasaran berdasarkan suku, agama, ras, dan karakteristik lain yang dilindungi.³¹ Harus terdapat

²⁸ *Id.*,

²⁹ *Id.*,

³⁰ *Id.*,

³¹ Komite Tinggi HAM PBB, *supra note 12.*, hlm.5

sifat menghasut³² di dalam perkataan atau perbuatannya.³³ Unsur ini penting karena tujuan dari pembatasan ujaran kebencian itu untuk menghindari dampak dari hasutan yang ditimbulkan.³⁴

Sebagian besar pengaturan ujaran kebencian di Indonesia masih merumuskan perbuatan yang dilarang “menyatakan perasaan permusuhan atau kebencian”.³⁵ Dengan ‘pernyataan perasaan’ saja sebenarnya belum cukup dapat dikatakan sebagai advokasi atau hasutan yang dimaksud di dalam ujaran kebencian. ‘Pernyataan’ dan ‘hasutan’ itu sendiri merupakan tindakan yang berbeda. Pernyataan bersifat menerangkan, menjelaskan, mengemukakan pikiran, atau isi hati.³⁶ Sementara itu hasutan bersifat membangkitkan hati orang supaya marah, melawan, memberontak.³⁷ Perbuatan yang dimaksud di dalam tindakan ujaran kebencian adalah hasutan untuk permusuhan, diskriminasi, atau kekerasan. Sesuai dengan penjelasan ujaran kebencian di atas, bahwa harus ada hubungan segitiga antara pelaku sebagai yang menghasut, audiens atau masyarakat sebagai yang terhasut dan ikut melakukan permusuhan, diskriminasi, atau kekerasan, dan target ujaran kebencian yang menjadi korban tersebut. Permusuhan bukan hanya sebagai hal yang dinyatakan oleh pelaku sebagaimana pasal di atas, seharusnya permusuhan ditekankan sebagai hal yang diinginkan agar timbul di masyarakat (audiens). Harus ada hubungan langsung antara perkataan pelaku dan akibat yang timbul di masyarakat berupa permusuhan, diskriminasi, atau kekerasan.³⁸ ‘Pernyataan’ saja tidak cukup untuk dapat dikatakan sebagai advokasi kebencian atau hasutan yang dimaksud di dalam ujaran kebencian. Pernyataan yang bukan hasutan adalah ekspresi yang dilindungi,

³² Arti kata ‘menghasut’ di dalam KBBI: membangkitkan hati orang supaya marah (melawan, memberontak, dan sebagainya).

³³ Komite HAM PBB di dalam *Rabat Plan of Action* menyebutkan istilah 'hasutan' mengacu pada pernyataan tentang kelompok-kelompok bangsa, ras atau agama yang menimbulkan risiko diskriminasi, permusuhan atau kekerasan terhadap orang-orang yang termasuk dalam kelompok tersebut.

³⁴ Brown, *supra note 20*.

³⁵ Pasal 156 KUHP, Pasal 242 KUHP Baru, dan Pasal 300 huruf b KUHP Baru.

³⁶ Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI).

³⁷ Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI).

³⁸ Guterres, *supra note 25*.

bahkan meskipun ekspresi itu sangat buruk dan tidak bermoral.³⁹ Jadi rumusan Pasal 156 KUHP, Pasal 242 KUHP Baru, dan Pasal 300 huruf b KUHP Baru tersebut belum sesuai dengan standar kerangka hukum HAM dan berakibat pada pemidanaan ekspresi-ekspresi masyarakat yang seharusnya dilindungi oleh hukum.

Pengaturan Pasal 28 ayat (2) UU ITE lebih mengenal hubungan pelaku dan audiens (masyarakat). Dengan unsur ‘menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan’, maka dapat dikatakan adanya niat untuk mempromosikan atau mengadvokasi kebencian sebagaimana definisi ‘advokasi’ di dalam ujaran kebencian. Pasal 28 ayat (2) UU ITE juga telah menjadikan unsur ‘permusuhan’ sebagai dampak yang ingin ditimbulkan di masyarakat, namun seharusnya juga terdapat unsur diskriminasi, atau kekerasan sebagai tujuan yang juga ingin ditimbulkan di masyarakat. Selain itu perbuatan ‘menyebarkan informasi’ saja tidak cukup karena artinya perbuatan yang diatur tidak dibatasi hanya berupa hasutan saja. Apabila tidak dibatasi maka perbuatan menyebarkan informasi termasuk juga ‘pernyataan’ yang artinya sama seperti pasal sebelumnya, yaitu tidak sesuai dengan perbuatan yang dimaksud ujaran kebencian sesuai kerangka hukum HAM. Kemudian rasa kebencian saja tidak cukup untuk membatasi ekspresi ujaran kebencian. Istilah ‘kebencian’ atau ‘permusuhan’ harus diartikan berupa kebencian yang intens dan irasional.⁴⁰

Kebencian yang intens dan irasional ini berkaitan dengan dampak yang ditimbulkan pada audiens sehingga membahayakan target ujaran kebencian. Istilah kebencian yang tidak diatur secara ketat menyebabkan pada praktiknya selama ini pasal ujaran kebencian sering diterapkan pada pernyataan ‘tidak suka’ atau ‘tidak setuju’ pada sesuatu, meskipun tidak ada intensi untuk menyebabkan permusuhan, diskriminasi, atau kekerasan. Peraturan yang tidak ketat itu akan mencekik kebebasan berekspresi. Hanya Pasal 300 huruf b KUHP Baru yang

³⁹ *Id.*,

⁴⁰ Komite Tinggi HAM PBB, *supra note 12.*, hlm.5

memuat ‘menghasut untuk melakukan permusuhan, kekerasan, atau diskriminasi’ pada unsur pasalnya, meskipun pasal itu tetap membatasi pernyataan tanpa hasutan pada huruf a dan b.

Selain itu 'hasutan' harus mengacu pada pernyataan tentang kelompok-kelompok bangsa, ras atau agama (dan klasifikasi lain yang dilindungi). Meskipun suatu ekspresi bersifat sangat menghasut dan berhasil menggerakkan massa yang melakukan kekerasan atau tindakan lain yang membahayakan publik, namun hasutan tersebut bukan berdasar bangsa, ras, agama, suku, jenis kelamin (atau klasifikasi lain yang dilindungi), maka hasutan tersebut bukan merupakan ujaran kebencian. Contoh ekspresi itu seperti menyebarkan informasi tentang tindakan pemerintah dan mengajak orang-orang untuk menolak atau membenci sikap pemerintah tersebut. Selain itu semisal ajakan untuk menggerakkan orang-orang membenci kubu politik lawan yang berdasarkan pandangan politiknya. Bahkan terdapat hasutan yang tidak menargetkan kelompok tertentu, misalnya menggerakkan orang-orang untuk demonstrasi. Semua itu bukan termasuk ‘hasutan’ dalam konsep ujaran kebencian.

2.3 Hasutan Berdasarkan Suku, Agama, Ras, dan Klasifikasi Lain yang Dilindungi

Pembatasan ujaran kebencian dimaksudkan untuk melindungi individu atau kelompok (terutama kelompok minoritas dan rentan) dari perbuatan diskriminasi yang seringkali berujung kekerasan. Individu atau kelompok menjadi target hasutan diskriminasi karena identitas yang melekat pada dirinya yang tak bisa mereka ubah atau sulit diubah, misalnya seperti kebangsaan, suku, ras, agama, keadaan disabilitas, warna kulit, status pencari suaka, bahasa, jenis kelamin, asal sosial, asal daerah, identitas gender, dan kondisi interseks.⁴¹ Apabila targetnya bukan termasuk kelompok yang dilindungi maka apapun bentuk ekspresinya berarti tetap tidak dapat memenuhi pasal ujaran kebencian. Misalnya apabila ekspresinya ditujukan terhadap pemerintah atau lembaga negara lainnya, maupun yang

⁴¹ Hate Speech Explained – A Toolkit (2015 Edition), *supra note 15.*, hlm.20

ditujukan terhadap individu berdasarkan apa yang dilakukan oleh individu tersebut atau berdasarkan jabatan individu tersebut.

KUHP lama menjelaskan bahwa yang dimaksud golongan di dalam pasal ujaran kebencian adalah tiap-tiap bagian dari rakyat Indonesia yang berbeda dengan suatu atau beberapa bagian lainnya karena ras, negeri asal, agama, tempat asal, keturunan, kebangsaan atau kedudukan menurut hukum tata negara. KUHP Baru telah mengenal kelompok-kelompok lainnya yang sebelumnya hanya dikenal suku, agama, ras, dan etnis. Adapun kelompok baru itu adalah warna kulit, jenis kelamin, disabilitas mental, disabilitas fisik. Kelompok-kelompok tersebut juga yang termasuk ke dalam klasifikasi yang dilindungi di dalam tindak pidana ujaran kebencian seperti yang telah dijelaskan di atas. Hal ini menunjukkan perkembangan kerangka tindak pidana ujaran kebencian di Indonesia terkait adanya perluasan target yang dilindungi.

Selain kelompok-kelompok itu, Pasal 28 ayat (2) UU ITE menyebutkan salah satu klasifikasi lain yaitu berupa antargolongan. Merujuk SKB UU ITE⁴², penafsiran antargolongan merujuk pada Putusan MK Nomor 76/PUU-XV/2017. Di dalam putusan tersebut, mahkamah berpendapat bahwa antargolongan memang tidak memiliki penjelasan yang terang dan tegas. Pada masa Hindia-Belanda, antargolongan bersifat segregatif, ia menggolongkan penduduk ke dalam beberapa golongan yang masing-masing tunduk pada hukum yang berbeda. Mahkamah berpendapat bahwa antargolongan di dalam Pasal 28 ayat (2) tidak diartikan demikian, melainkan diartikan sebagai golongan lain di luar suku, agama, dan ras. Adapun golongan lain yang dimaksud mahkamah yang belum diakomodasi oleh hukum misalnya domisili, profesi/mata pencaharian, golongan yang tergabung dalam organisasi tertentu, dan lainnya.

⁴² Surat Keputusan Bersama Menteri Komunikasi dan Informatika Republik Indonesia Nomor 229 Tahun 2021, Jaksa Agung Republik Indonesia, Nomor 154 Tahun 2021, dan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor KB/2/VI/2021 tentang Pedoman Implementasi atas Pasal Tertentu dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 (SKB UU ITE).

Mahkamah konstitusi telah memperluas definisi klasifikasi target ujaran kebencian, terutama ketika mahkamah menyebutkan ‘dan lain sebagainya’ dalam mendefinisikan antargolongan. Di dalam pertimbangan hukumnya, mahkamah menafsirkan sifat dari suku dan ras adalah kondisi terberi yang tidak dapat diubah oleh manusia dan menjadi identitas seumur hidup sehingga perlu dilindungi. Agama ditafsirkan sebagai hal yang sakral sehingga sulit diubah oleh orang yang memilih agama tersebut. Namun secara bertolak belakang, mahkamah menafsirkan antargolongan sebagai termasuk juga organisasi masyarakat dan profesi. Kedua klasifikasi tersebut bukanlah kondisi atau identitas yang tidak dapat diubah seumur hidup atau sangat sulit diubah oleh manusia. Seseorang dapat mengubah profesi atau organisasinya dengan mudah. Hal ini bukanlah kondisi yang melekat pada diri seseorang sejak lahir dan tidak dapat diubah. Baik organisasi maupun profesi juga bukanlah kelompok yang dimaksudkan untuk dilindungi di dalam tindak pidana ujaran kebencian sehingga pertimbangan mahkamah yang demikian menambah masalah dalam penerapan Pasal 28 ayat (2) UU ITE.

2.4 Surat Keputusan Bersama Tentang Pedoman Implementasi Pasal-Pasal UU ITE

Instrumen lainnya yang mengatur tentang ujaran kebencian yaitu SKB UU ITE. Instrumen ini menjelaskan bahwa delik utama Pasal 28 ayat (2) UU ITE adalah perbuatan menyebarkan informasi yang menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan terhadap individu atau kelompok masyarakat berdasar SARA. Sesuai penjelasan SKB UU ITE tersebut maka permusuhan atau kebenciannya harus telah timbul atau telah terjadi. Meskipun pada praktiknya Pasal 28 ayat (2) UU ITE digunakan pada perbuatan yang tidak harus telah timbul permusuhan di masyarakat melainkan dapat dipertimbangkan sebagai potensi. Jika merujuk kerangka HAM terkait bagaimana delik ujaran kebencian seharusnya diterapkan, maka akibat permusuhan, diskriminasi, atau kekerasan tidak harus telah terjadi. Namun potensi atau kemungkinan yang akan timbul itu harus merupakan kemungkinan yang masuk akal bahwa

ujaran kebencian itu segera berhasil menghasut sehingga timbul tindakan nyata dari masyarakat terhadap target ujaran kebencian.⁴³ Namun berbeda dengan rumusan pasal yang hanya menyebutkan bahwa perbuatan ujaran kebencian ‘ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian’, hal ini berarti bahwa SKB UU ITE bersifat memperkecil definisi perbuatan ujaran kebencian agar tidak digunakan secara eksesif.

SKB UU ITE juga mendefinisikan perbuatan ujaran kebencian dengan memberi penafsiran “menyebarkan” yang dipersamakan dengan “diketahui umum”. Artinya informasi disebar dengan cara diunggah melalui akun media sosial dengan pengaturan yang bisa diakses publik, atau di aplikasi grup yang bersifat terbuka yang siapapun bisa bergabung dalam grup dan tidak ada yang mengendalikan lalu lintas isi dari grup. Ketentuan ini seharusnya membatasi ekspresi yang disebar hanya melalui pesan pribadi dan pesan grup WhatsApp yang sifatnya bukan untuk umum. Pada praktiknya banyak sekali unggahan demikian yang tidak memiliki efek hasutan kepada masyarakat namun didakwa dengan tindakan ujaran kebencian. Padahal tindak pidana ujaran kebencian memiliki luasan cakupan yang meliputi jangkauan hasutan yang luas, bersifat publik, serta efek dan jangkauan pendengarnya juga banyak⁴⁴.

SKB UU ITE menjelaskan bahwa aparat penegak hukum harus membuktikan motif membangkitkan yang ditandai dengan adanya konten mengajak, mempengaruhi, menggerakkan masyarakat, menghasut, atau mengadu domba. Pembatasan yang terpenting dari SKB UU ITE yaitu secara eksplisit menjelaskan bahwa penyampaian pendapat, pernyataan tidak setuju atau tidak suka pada individu atau kelompok masyarakat tidak termasuk perbuatan yang dilarang dalam pasal ini. Pembatasan ini sangat penting karena banyaknya pernyataan demikian yang sering dijerat oleh pasal ini padahal bertentangan dengan perlindungan HAM. SKB UU ITE tersebut dibuat dengan harapan sebagai pedoman

⁴³ Komite Tinggi HAM PBB, *supra note 12.*, hlm.7

⁴⁴ *Id.*,

implementasi penggunaan pasal-pasal UU ITE terkait yang membatasi hak atas kebebasan berekspresi dengan latar belakang implementasinya selama ini digunakan secara eksekutif dan melanggar kebebasan berekspresi. SKB UU ITE telah menjelaskan bahwa tidak termasuk dalam tindak pidana ujaran kebencian apabila ekspresinya berupa ketidaksukaan atau ketidaksetujuan, tapi penafsiran unsur itu seharusnya termasuk ke dalam penjelasan pasal.