

ABSTRAK

Hukum pembuktian yang berlaku saat ini, secara formal belum mengakomodasi dokumen elektronik sebagai alat bukti, sedangkan dalam praktiknya di masyarakat melalui transaksi perdagangan secara elektronik, alat bukti elektronik sudah banyak digunakan, terutama dalam transaksi bisnis modern. Sementara itu dalam hukum pembuktian perdata, hakim terikat pada alat-alat bukti yang sah, yang berarti bahwa hakim hanya boleh mengambil keputusan berdasarkan pembuktian dengan menggunakan alat-alat bukti yang telah ditentukan oleh undang-undang saja. Sampai saat ini alat bukti yang diatur dalam undang-undang (hukum acara perdata) adalah surat, saksi, persangkaan-persangkaan, pengakuan, sumpah, pemeriksaan setempat, keterangan saksi ahli.

Namun demikian hal ini tidak dapat menghambat hakim untuk menangani dan memeriksa perkara yang diajukan kepadanya sekalipun alat bukti yang digunakan oleh para pihak dalam pembuktian adalah bukti yang bersifat elektronik. Karena tugas utama hakim adalah melakukan penemuan hukum dalam memutus suatu perkara yang diajukan kepadanya di muka pengadilan, dengan cara menerapkan hukum terhadap peristiwa konkrit yang sudah terbukti kebenarannya melalui proses pembuktian, atau berusaha menemukan hukumnya bila hukumnya tidak jelas atau tidak ada.

Dalam hal memeriksa perkara yang pembuktiannya menggunakan bukti-bukti bersifat elektronik, karena hukum acara perdata (HIR) sebagai hukum formil tidak mengaturnya, maka hakim dapat mendasarkan pembuktian pada hukum materiil yang juga mengatur tentang hukum acara, dalam hal ini Undang-undang Informasi dan Transaksi Elektronik atau Undang-undang Dokumen Perusahaan. Akan tetapi seandainya pun tidak ada peraturan materiil yang mengatur tentang bukti elektronik sebagai alat bukti yang sah dipersidangan, atau hakim tidak mau mendasarkan pembuktian pada hukum formal yang termuat dalam hukum materiil, hakim dapat melakukan penemuan hukum dengan cara analogi atau penafsiran hukum terhadap bukti yang bersifat elektronik agar dapat digunakan sebagai alat bukti di persidangan sebagaimana halnya alat bukti yang diatur dalam hukum acara perdata.

Kata kunci: penemuan hukum, pembuktian, bukti elektronik.

PENEMUAN HUKUM OLEH HAKIM MELALUI PEMBUKTIAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA PERDATA DENGAN MENGGUNAKAN BUKTI ELEKTRONIK

I. Pendahuluan

Pembangunan Nasional merupakan usaha peningkatan kualitas manusia, dalam hal ini masyarakat Indonesia, pada berbagai aspek kehidupan yang dilakukan secara berkelanjutan berlandaskan pada kemampuan nasional, dengan memanfaatkan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi serta memperhatikan perkembangan global. Sektor pembangunan yang mendapat perhatian dan merupakan prioritas berikutnya setelah pembangunan bidang ekonomi adalah pembangunan di bidang hukum melalui program pembangunan hukum nasional.

Salah satu aspek dalam pembangunan hukum nasional yaitu aspek legislasi yang antara lain meliputi pembentukan hukum. Pembentukan hukum merupakan salah satu bentuk penemuan hukum, karena dalam arti luas penemuan hukum meliputi kegiatan-kegiatan pembentukan hukum, penerapan hukum dan penegakan hukum.

Penemuan hukum bukan semata-mata hanya penerapan peraturan hukum terhadap peristiwa konkrit, tetapi sekaligus juga penegakan hukum dan pembentukan hukum. Penemuan hukum merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit, dengan bersumber pada peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional, dan doktrin, yang merupakan sumber utama hukum penemuan hukum.

Pembentukan hukum tidak hanya dilakukan oleh eksekutif dan legislatif saja, tetapi juga dilakukan oleh hakim (yudikatif) melalui putusan pengadilan yang dijatuhkannya secara adil dan benar. Karena jika undang-undang tidak lengkap/tidak jelas, maka hakim harus mencari atau menemukan hukumnya. Hal ini didasarkan pada asas bahwa hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus perkara yang diajukan padanya sekalipun dengan dalih hukumnya tidak jelas atau tidak ada, serta hakim wajib menggali nilai-nilai dan asa keadilan yang tumbuh dalam masyarakat

Penemuan hukum terutama dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara, di samping itu ilmuwan hukum juga melakukan penemuan hukum, hasilnya berupa ilmu hukum atau doktrin yang dapat dijadikan sumber hukum. Doktrin kalau diikuti dan diambil alih oleh hakim dalam putusannya maka menjadi hukum.

Penemuan hukum oleh hakim dianggap yang mempunyai wibawa, karena hasil penemuan hukum oleh hakim adalah hukum. Hakim dalam memutus suatu perkara melakukan penegakan hukum dengan cara menerapkan hukum yang sebelumnya melakukan penemuan hukum untuk diterapkan pada peristiwa konkrit yang sudah terbukti di persidangan

Untuk membuktikan adanya peristiwa konkrit yang benar-benar terjadi dan merupakan dasar gugatan dalam suatu sengketa di pengadilan, dilakukan melalui tahap pembuktian. Dalam penyelesaian perkara di pengadilan, acara pembuktian merupakan tahap terpenting untuk membuktikan kebenaran terjadinya suatu peristiwa atau hubungan hukum tertentu, atau adanya suatu hak, yang dijadikan dasar oleh penggugat untuk mengajukan gugatan ke pengadilan. Melalui tahap pembuktian, hakim akan memperoleh dasar-dasar baik fakta maupun hukumnya untuk menjatuhkan putusan dalam menyelesaikan suatu perkara.

Menurut sistem hukum acara perdata yang berlaku, hakim terikat pada alat-alat bukti yang sah, yang berarti bahwa hakim hanya boleh mengambil keputusan (menjatuhkan putusan) berdasarkan alat-alat bukti yang ditentukan oleh undang-undang saja. Alat bukti dalam acara perdata yang disebutkan oleh undang-undang, diatur dalam Pasal 164 HIR terdiri dari alat bukti tertulis (surat), kesaksian, persangkaan-persangkaan, pengakuan, dan sumpah. Di samping itu juga alat bukti pemeriksaan setempat sebagaimana diatur dalam Pasal 153 HIR, dan keterangan saksi ahli yang diatur dalam Pasal 154 HIR.

Seiring dengan berkembangnya ilmu pengetahuan di bidang teknologi dan informasi yang mempengaruhi kehidupan masyarakat global, antara lain ditandai dengan era teknologi informatika yang memperkenalkan dunia maya dengan hadirnya internet (*interconnected network*). Internet telah membentuk masyarakat dengan kebudayaan baru, saat ini hubungan antara masyarakat dalam dimensi global tidak lagi dibatasi oleh batas-batas teritorial negara (*borderless*). Hadirnya internet dengan segala fasilitas dan

program yang menyertainya, seperti: *e-mail*, *chatting video*, *video teleconference*, dan situs *website* (*www*), telah memungkinkan dilakukannya komunikasi global tanpa mengenal batas negara.

Hal ini menimbulkan perubahan dalam berbagai aspek kehidupan bermasyarakat. Perubahan juga terjadi dalam hal macam-macam alat bukti yang dapat digunakan dalam penyelesaian sengketa perdata melalui pengadilan, dengan dikenal dan digunakannya bukti elektronik dimasyarakat. Hukum pembuktian di Indonesia belum mengakomodasi keberadaan dokumen/data elektronik sebagai alat bukti, sementara dalam perkembangannya sekarang dikenal adanya bukti elektronik.

Berbagai jenis yang dapat dikategorikan sebagai alat bukti elektronik semakin banyak muncul dalam praktiknya di masyarakat, seperti misalnya *e-mail*, pemeriksaan saksi menggunakan *video teleconference*, sistem layanan pesan singkat (SMS: *short message system*), hasil rekaman kamera tersembunyi (dikenal dengan nama *cctv: closed circuit tele vision*), informasi elektronik, tiket elektronik, data/dokumen elektronik, dan sarana elektronik lainnya sebagai media penyimpan data.

Secara materil mengenai bukti elektronik ini sudah termuat dalam berbagai peraturan perundang-undangan, seperti antara lain dalam UU No 8 Tahun 1997 tentang Dokumen Perusahaan serta UU No 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, namun secara formal dalam hukum acara belum diatur tentang bukti elektronik.

Hukum pembuktian yang berlaku saat ini, secara formal belum mengakomodasi dokumen elektronik sebagai alat bukti, sedangkan dalam praktiknya di masyarakat melalui transaksi perdagangan secara elektronik, alat bukti elektronik sudah banyak digunakan, terutama dalam transaksi bisnis modern. Sementara itu dalam hukum pembuktian perdata, hakim terikat pada alat-alat bukti yang sah, yang berarti bahwa hakim hanya boleh mengambil keputusan berdasarkan pembuktian dengan menggunakan alat-alat bukti yang telah ditentukan oleh undang-undang saja.

Pertanyaannya adalah bagaimana hakim melakukan penemuan hukum dalam memutus suatu perkara yang ditanganinya terkait dengan pembuktian yang menggunakan bukti elektronik sebagai alat buktinya, mengingat menurut sistem hukum acara perdata yang berlaku menyatakan bahwa pembuktian adalah sah bila dilakukan

dengan menggunakan alat bukti yang sudah ditentukan/diatur dalam peraturan tentang acara perdata.

II. Kajian Teori atas Penemuan Hukum oleh Hakim dan Pembuktian dalam Penyelesaian Sengketa Perdata Melalui Pengadilan

Penemuan hukum merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit. Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum konkrit yang terjadi dalam kehidupan bermasyarakat.

Penemuan hukum dalam acara perdata boleh dilakukan, tetapi jangan sampai melanggar atau mengesampingkan teori-teori penemuan hukum yang benar. Penemuan hukum tidak dapat asal saja dilakukan, melainkan ada metode atau aturan permainannya yang tetap harus diikuti. Metode penemuan hukum terdiri dari penafsiran hukum dan konstruksi hukum. Penafsiran hukum terdiri dari penafsiran historis, penafsiran sistematis, penafsiran gramatikal dan penafsiran teleologis, sedangkan konstruksi hukum meliputi *analogi*, *argumentum a-contrario* dan penghalusan hukum.¹

Metode penemuan hukum hanya dipergunakan dalam praktik hukum, terutama oleh hakim dalam rangka mengadili suatu perkara. Metode penemuan hukum diarahkan pada suatu peristiwa yang bersifat khusus, konkret dan individual. Penemuan hukum dibatasi oleh peraturan-peraturan hukum, dalam melakukan penemuan hukum seorang hakim dibatasi oleh Pasal 21 AB (*Algemene Bepalingen van Wetgeving*) yang menyatakan bahwa pada pokoknya seorang hakim tidak boleh memberi keputusan yang akan berlaku sebagai peraturan umum.²

Dalam melakukan penemuan hukum, hakim dapat melakukan penafsiran hukum untuk mengisi kekosongan undang-undang. Sebenarnya dalam dunia hukum sudah sejak

¹ C.S.T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, PN. Balai Pustaka, Jakarta, 1986, hlm.65

² Teguh Prasetyo – Abdul Halim Barkatullah, *op.cit.*, hlm. 25.

lama dilakukan perluasan penafsiran asas dan norma hukum ketika menghadapi persoalan yang tidak berwujud. Misalnya dalam putusan tentang kasus pencurian aliran listrik (tidak berwujud), yang pada awalnya sulit dikategorikan sebagai delik pencurian tetapi pada akhirnya dengan penafsiran hukum, aturan hukum tentang pencurian dapat diperluas sehingga menjangkau pula benda yang tidak berwujud (aliran listrik) dan perbuatan pencurian aliran listrik tersebut dapat diterima sebagai perbuatan pidana.³

Dalam proses penyelesaian sengketa perdata di pengadilan, acara pembuktian menempati posisi penting karena fungsi pembuktian adalah berusaha memberikan kepastian tentang kebenaran fakta hukum yang menjadi pokok sengketa bagi hakim⁴, karenanya hakim akan selalu berpedoman pada hasil pembuktian dalam menjatuhkan putusan atas perkara yang ditanganinya.

Tujuan pembuktian adalah untuk memperoleh kepastian bahwa suatu peristiwa atau fakta yang diajukan itu benar-benar terjadi guna mendapatkan putusan hakim yang benar dan adil. Hakim tidak dapat menjatuhkan suatu putusan sebelum nyata baginya bahwa fakta atau peristiwa yang diajukan itu benar terjadi, yakni dibuktikan kebenarannya sehingga tampak adanya hubungan hukum antara para pihak.⁵

Pembuktian merupakan suatu proses bagaimana alat-alat bukti dipergunakan, diajukan ataupun dipertahankan sesuatu hukum acara yang berlaku. Alat bukti adalah suatu hal (barang dan non barang) yang ditentukan oleh undang-undang, yang dapat dipergunakan untuk memperkuat dakwaan, tuntutan atau gugatan, maupun guna menolak dakwaan, tuntutan atau gugatan.⁶

Menurut Paton, alat bukti dapat bersifat *oral* yaitu merupakan kata-kata yang diucapkan oleh seseorang di persidangan seperti kesaksian, alat bukti yang bersifat *documentary* seperti surat, dan alat bukti yang bersifat *material* yaitu barang fisik lainnya selain dokumen seperti potret atau gambar juga denah atau peta yang merupakan

³ Yurisprudensi, *Electriciteits Arrest*, 23 Mei 1921.

⁴ Bachtiar Efendi dkk, *Surat Gugatan dan Hukum Pembuktian Dalam Perkara Perdata*, Citra Aditiya Bakti, Bandung, 1991, hlm.50.

⁵ A. Mukti Arto, *Praktek-praktek Perdata pada Pengadilan Agama*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003, hlm.140.

⁶ Bambang Waluyo, *Sistem Pembuktian dalam Peradilan Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 1992, hlm.3.

barang atau benda untuk meyakinkan saja (*demonstrative evidence*).⁷ Menurut undang-undang mengenai alat bukti dalam perkara perdata ini diatur secara limitatif dan berurutan dalam HIR/RBg.

Dalam Pasal 164 HIR/284 RBg, secara limitatif disebutkan bahwa ada 5 macam alat bukti yang dapat digunakan, yaitu bukti tertulis (surat), keterangan saksi, persangkaan-persangkaan, pengakuan, dan sumpah. Di luar Pasal 164 HIR/284 RBg, dikenal juga alat bukti pemeriksaan setempat (Pasal 153 HIR/180 RBg) yang berdasarkan yurisprudensi merupakan alat bukti, dan keterangan saksi ahli (Pasal 154 HIR/181 RBg) yang meskipun belum secara formal dinyatakan sebagai alat bukti namun banyak digunakan dalam praktek di masyarakat.

Alat bukti dalam perkara perdata mengalami perkembangan dengan dikenalnya beberapa alat bukti yang tidak diatur dalam undang-undang, seperti: foto copy, foto (potret), hasil rekaman suara maupun gambar, fax, serta bukti-bukti elektronik yang dijadikan sebagai alat bukti, seperti misalnya antara lain: surat elektronik (*e-mail*), pemeriksaan saksi menggunakan *video teleconference*, sistem layanan pesan singkat (sms: *short message system*), dan data/dokumen elektronik lainnya.

Proses pembuktian dilakukan oleh para pihak, dalam hal ini penggugat dan tergugat di muka persidangan, untuk membuktikan adanya kejadian-kejadian atau peristiwa-peristiwa, juga untuk membuktikan adanya suatu hak. Proses pembuktian ini merupakan suatu susunan kesatuan terdiri dari bagian-bagian yang satu sama lain saling menunjang, untuk mencapai suatu tujuan yaitu membuktikan kebenaran dari dalil-dalil yang di kemukakan oleh para pihak dalam memori-memorinya, baik itu peristiwa, kejadian maupun hak.

Pengadilan dapat berperan dalam pembinaan hukum nasional dengan mewujudkan berbagai fungsi melalui putusan-putusannya. Fungsi tersebut antara lain adalah:⁸

1. Putusan hakim sebagai perwujudan upaya untuk mencegah dan menyelesaikan konflik. Disini putusan hakim ditekankan pada fungsi mekanisme

⁷ Dikutip dari: Sudikno Mertokusumo, *op.cit. Hukum Acara Perdata Indonesia*, hlm.141.

⁸ Sunaryati Hartono, *Peranan Hakim Dalam Proses Pembentukan Hukum*, Majalah Hukum Nasional, BPHN, No.1 tahun 2003, hlm.8.

pengintegrasian masyarakat dengan mencegah konflik dan menyelesaikan atau mengatasinya dengan cara damai dan tertib apabila konflik telah terjadi.

2. Putusan hakim sebagai perwujudan upaya penemuan hukum. Dalam hal demikian putusan hakim ditekankan pada hubungan fungsi dan tugas hakim dengan undang-undang yang ada. Arti penting pandangan ini terletak pada hubungan pelaksanaan tugas hakim dengan undang-undang yang tidak selalu lengkap selengkap-lengkapannya dan tidak selalu jelas sejelas-jelasnya, karena tertinggal oleh perkembangan masyarakat yang lebih cepat.
3. Putusan hakim sebagai perwujudan *law as`a tool of social engineering*. Di sini putusan hakim ditekankan pada fungsi pengstrukturkan kembali suatu masyarakat yang di dasarkan pada tatanan dan nilai-nilai tertentu untuk di tujukan kepada masyarakat baru.

III. Pembahasan

Tujuan pokok dari hukum adalah tercapainya ketertiban dan keadilan dalam kehidupan bermasyarakat. Di dalam kehidupan bermasyarakat, setiap individu anggota masyarakat mempunyai kepentingan yang berbeda satu sama lainnya. Adakalanya kepentingan itu saling bertentangan satu sama lain dan dapat menimbulkan sengketa. Untuk menghindarinya, mereka mencari jalan mencapai ketertiban, yaitu dengan membuat ketentuan atau kaidah-kaidah hukum yang mengatur kehidupan bermasyarakat dan harus ditaati oleh setiap anggota masyarakat.

Timbul sengketa karena adanya konflik yang disebabkan oleh perbedaan kepentingan seorang dengan yang lainnya. Penyelesaian sengketa (perdata) dapat diselesaikan baik secara damai (*non-litigasi*) maupun melalui pengadilan (*litigasi*). Penyelesaian antara sengketa perdata melalui pengadilan tunduk pada ketentuan hukum acara perdata. Hukum Acara Perdata adalah sekumpulan peraturan yang mengatur cara bagaimana seseorang harus bertindak terhadap orang lain, atau bagaimana seseorang dapat bertindak terhadap negara atau badan hukum (juga sebaliknya) seandainya hak dan kepentingan mereka terganggu, melalui suatu badan yang disebut badan peradilan, sehingga tercapai tertib hukum.

Proses penyelesaian sengketa perdata melalui pengadilan terdiri dari beberapa tahapan, dimulai dari pengajuan gugatan oleh Penggugat, penyampaian jawaban oleh Tergugat atas gugatan Penggugat, kemudian replik dari Penggugat dan duplik dari Tergugat. Tahap berikutnya adalah pembuktian yang dilanjutkan dengan penarikan kesimpulan berdasarkan hasil pembuktian oleh para pihak atas dalil-dalil yang diajukannya, untuk disampaikan kepada hakim sebagai bahan bagi hakim untuk memberikan pertimbangan berdasarkan hukum maupun faktanya dalam menjatuhkan putusan atas suatu perkara.

Pembuktian adalah tahap yang penting dalam proses penyelesaian perkara (perdata) di pengadilan, dimana masing-masing pihak wajib membuktikan dalil-dalil yang dikemukakannya dalam memori yang disampaikan ke persidangan, yaitu memberi keyakinan kepada hakim tentang kebenaran dalil atau dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan.⁹ Melalui pembuktian maka kebenaran peristiwa atau adanya suatu hak dapat dibuktikan oleh para pihak di muka hakim dalam persidangan, dengan demikian hakim akan memperoleh dasar-dasar untuk menjatuhkan putusan dalam menyelesaikan suatu perkara.

Menurut sistem HIR, dalam acara perdata hakim terikat pada alat-alat bukti yang sah, yang berarti bahwa hakim hanya boleh mengambil keputusan (menjatuhkan putusan) berdasarkan alat-alat bukti yang ditentukan oleh undang-undang saja. Alat bukti dalam acara perdata yang disebutkan oleh undang-undang, diatur dalam Pasal 164 HIR, 284 RBg dan 1866 BW.

Pasal 164 HIR/284 RBg mengatur secara limitatif mengenai alat bukti dalam perkara perdata, yaitu: alat bukti tertulis, pembuktian dengan saksi, persangkaan-persangkaan, pengakuan dan sumpah. Di luar itu, terdapat alat-alat bukti yang dapat dipergunakan untuk memperoleh kepastian mengenai kebenaran suatu peristiwa yang menjadi sengketa, yaitu pemeriksaan setempat (*descente*) yang diatur dalam Pasal 153 HIR/180 RBg. dan keterangan ahli/saksi ahli (*expertise*) yang diatur dalam Pasal 154 HIR/181 RBg.

⁹ Subekti, *Hukum Pembuktian*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1991, hlm.7. Lihat juga: Soepomo, *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1994, hlm.62.

Dalam praktik muncul berbagai jenis yang dapat dikategorikan sebagai alat bukti elektronik seperti misalnya *e-mail*, pemeriksaan saksi menggunakan *video conference* (*teleconference*), sistem layanan pesan singkat/SMS, hasil rekaman kamera tersembunyi/cctv, informasi elektronik, tiket elektronik, data/dokumen elektronik, dan sarana elektronik lainnya sebagai media penyimpan data.

Mengenai media elektronik yang menyimpan dokumen perusahaan (menurut undang-undang Dokumen Perusahaan) seperti *microfilm* dan media penyimpan lainnya yaitu alat penyimpan informasi yang bukan kertas dan mempunyai tingkat pengamanan yang dapat menjamin keaslian dokumen yang dialihkan ke dalamnya, juga mengenai dokumen elektronik, telah diatur sebagai alat bukti yang diakui di persidangan dalam bentuk hukum materiil melalui Undang-undang Dokumen Perusahaan dan Undang-undang Informasi dan Transaksi Elektronik. Namun secara formal belum diatur dalam bentuk hukum acara perdata.

Dengan belum diakomodasinya alat bukti elektronik secara formal dalam ketentuan acara perdata, akan menyulitkan bagi hakim dalam menyelesaikan dan memutus sengketa apabila para pihak mengajukan dokumen elektronik sebagai bukti atau mengajukan pemeriksaan saksi dengan menggunakan *teleconference*, karena belum ada aturannya. Akan tetapi hal ini tidak dapat dijadikan alasan oleh hakim untuk tidak menerima serta memeriksa dan memutus perkara yang diajukan kepadanya sekalipun dengan dalih undang-undangnya tidak jelas atau belum ada pengaturannya.

Hal ini sesuai dengan asas yang terkandung dalam Pasal 10 Undang Undang No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus perkara yang diajukan kepadanya sekalipun dengan dalih hukumnya tidak jelas atau tidak ada. Karenanya hakim harus tetap menerima untuk memeriksa dan memutus suatu perkara yang diajukan kepadanya sekalipun tidak ada undang-undangnya, untuk itu hakim harus melakukan penemuan hukum.

Selanjutnya Pasal 5 ayat (1) Undang Undang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Sekalipun undang-undangnya tidak jelas atau tidak ada, namun hakim harus berupaya menemukan hukumnya, karena hakim memutus

perkara berdasarkan hukum yang terdiri dari hukum tertulis (undang-undang) dan hukum tidak tertulis (nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat).

Tugas utama dari hakim adalah menemukan hukum melalui penyelesaian pemeriksaan suatu perkara yang diajukan ke pengadilan. Dalam mengadili suatu perkara, hakim harus melakukan tiga tahapan tindakan, yaitu: ¹⁰

1. Mengkonstatir, berarti melihat, mengakui dan membenarkan telah terjadinya peristiwa yang diajukan. Untuk sampai pada konstatering demikian itu, hakim harus mempunyai kepastian akan kebenaran peristiwa yang dikonstatirnya, Hakim harus melakukan pembuktian dengan alat-alat bukti untuk mendapatkan kepastian tentang kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya. Jadi mengkonstatir peristiwa berarti sekaligus juga membuktikan atau menganggap telah terbuktinya peristiwa yang bersangkutan.
2. Selanjutnya hakim harus mengkualifikasikan peristiwanya, yaitu menilai peristiwa yang telah dianggap benar-benar terjadi termasuk menemukan hukumnya bagi peristiwa yang telah dikonstatir. Untuk menemukan hukumnya, hakim sering melakukan penerapan hukum terhadap peristiwanya. Jadi mengkualifikasikan pada umumnya berarti menemukan hukumnya dengan jalan menerapkan peraturan hukum terhadap peristiwanya. Tetapi adakalanya peraturan hukumnya tidak tegas atau tidak jelas, maka dalam hal demikian hakim bukan hanya harus menemukan hukum tetapi juga harus menciptakan hukumnya sendiri. Hakim harus berani menciptakan hukum yang tidak bertentangan dengan keseluruhan sistem perundang-undangan dan yang memenuhi kebutuhan masyarakat.
3. Pada ahirnya hakim harus mengkonstitusikan atau memberikan konstitusinya, berarti bahwa hakim menetapkan hukumnya kepada peristiwa yang bersangkutan.

Dalam melakukan penemuan hukum oleh hakim, asas-asas hukum itu penting bagi hakim oleh karena membantunya dalam melakukan penafsiran dogmatis dan penerapan suatu undang-undang secara analogi terhadap peristiwa nyata. Asas-asas

¹⁰ Sudikno Mertokusumo, *op.cit.*, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, hlm. 110. Mohon dibaca juga: Jimly Asshiddiqie, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, UII Press Yogyakarta, Yogyakarta, 2005, hlm. 127-130.

hukum, karena sifatnya yang umum maka tidak dapat diterapkan secara langsung pada peristiwa konkrit. Oleh karena itu, asas-asas hukum pada hakikatnya merupakan pedoman bagi hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara.

Asas-asas hukum itu merupakan aturan-aturan umum yang bersifat abstrak, apabila tidak dirumuskan dalam undang-undang maka hanya merupakan pedoman saja yang tidak mengikat bagi hakim. Apabila asas-asas hukum itu secara tegas dituangkan dalam undang-undang, maka mempunyai kekuatan sebagai undang-undang dan barulah dapat diterapkan oleh hakim pada peristiwa konkritnya.¹¹

Mengenai masalah dokumen elektronik sebagai alat bukti di pengadilan yang sampai saat ini belum diatur secara formal, tidak dapat dijadikan alasan oleh hakim untuk tidak menyelesaikan sengketa yang alat buktinya berupa bukti elektronik, karena pada dasarnya hakim dilarang menolak untuk mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih belum ada pengaturan hukumnya. Selain itu hakim juga dituntut untuk melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dengan mengkaji norma-norma yang tumbuh dalam masyarakat untuk menyelesaikan sengketa.

Terkait dengan kewajiban hakim untuk melakukan penemuan hukum, maka terhadap hasil *print-out* dari mesin faximili (di kenal dengan fax) yang banyak digunakan dalam hubungan surat menyurat jarak jauh dalam waktu yang singkat, demikian pula dengan *microfilm* atau *microfische* yang digunakan untuk menyimpan data, apakah dapat dianggap sebagai/dipersamakan dengan alat bukti tertulis (surat/dokumen).

Kalau dianalogikan dengan pertimbangan putusan Mahkamah Agung 14 April tahun 1976 (yurisprudensi) di atas, maka *fax*, dan *microfilm* atau *microfische* dapat dianggap sebagai alat bukti tertulis. Sebagaimana diketahui bahwa kekuatan pembuktian surat sebagai alat bukti tertulis terletak pada surat aslinya, oleh karena itu baik *fax* maupun *microfilm* atau *microfische* harus sesuai dengan aslinya. Kalau aslinya hilang maka harus disertai dengan keterangan atau dengan jalan apapun secara sah menyatakan bahwa *fax* atau *microfilm* tersebut sesuai dengan aslinya.

¹¹ Bellefroid, *loc.cit.* hlm.14

Dalam hukum acara perdata dikenal beberapa teori penemuan hukum yang dapat digunakan oleh hakim dalam menemukan hukum. Penemuan hukum tidak dapat dilakukan tanpa aturan yang benar, melainkan harus tetap berdasarkan metode atau aturan permainan yang telah ditentukan. Dalam proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan, yang melakukan penemuan hukum adalah hakim yang menerapkan hukum acara.

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya bahwa hakim dalam melakukan penemuan hukum, harus melakukan tahapan-tahapan sebagai berikut: pertama mengkonstatir peristiwa konkrit, yaitu menyatakan bahwa benar telah terjadi suatu peristiwa melalui proses pembuktian. Setelah peristiwanya dibuktikan maka harus dicarikan hukumnya (penemuan hukum) untuk kemudian diterapkan pada peristiwa konkritnya. Jadi penemuan hukum bukanlah merupakan suatu kegiatan yang berdiri sendiri, tetapi merupakan kegiatan yang runtut dan berkesinambungan dengan proses pembuktian.

Kegiatan *cyber* adalah kegiatan *virtual* yang berdampak sangat nyata meskipun alat buktinya bersifat elektronik, dengan demikian subjek pelakunya juga harus dikualifikasikan sebagai orang yang telah melakukan perbuatan hukum secara nyata. Dalam kegiatan *e-commerce* antara lain dikenal adanya dokumen elektronik yang kedudukannya dapat saja oleh hakim disetarakan dengan dokmen kertas biasa. Untuk hal ini hakim dapat menggunakan dokumen elektronik sebagai alat bukti dengan bantuan persangkaan-persangkaan (persangkaan hakim) atau mendengarkan keterangan ahli (saksi ahli) dalam menerima dokumen elektronik di persidangan.

Kalau dilihat dari alat-alat bukti yang tercantum dalam HIR/RBg, sesungguhnya hakim dapat memeriksa/menggunakan dokumen elektronik sebagai alat bukti, yaitu antara lain dengan bantuan keterangan seorang ahli (saksi ahli) yang mengetahui dan mengerti tentang dokumen elektronik tersebut, sekalipun hakim tidak harus menerima atau terikat dengan keterangan ahli tersebut, dengan kata lain kekuatan pembuktiannya bebas (diserahkan sepenuhnya kepada hakim). Selain itu, hakim juga dapat menggunakan alat bukti persangkaan-persangkaan yang ditarik oleh hakim dari persidangan, dalam memeriksa dokumen elektronik sebagai alat bukti.

Keterangan saksi ahli dapat memberikan atau menambah pengetahuan bagi hakim tentang sesuatu hal yang harus dibuktikan, sehingga apabila misalnya dalam sengketa perbankan ada pihak yang berperkara mengajukan dokumen elektronik sebagai buktinya, maka hakim dapat meminta keterangan ahli perbankan untuk menjelaskan mengenai dokumen elektronik tersebut berkaitan dengan perannya sebagai alat bukti. Dengan demikian keterangan saksi ahli dapat menambah pengetahuan bagi hakim yang dapat dijadikan dasar untuk melakukan penilaian terhadap bukti elektronik tersebut. Mengenai kekuatan buktinya sepenuhnya diserahkan kepada hakim.

Demikian pula halnya dengan persangkaan, karena melalui persangkaan hakim yang ditarik dari hal-hal yang terbukti di persidangan berdasarkan pada keterangan saksi-saksi (termasuk saksi ahli), dapat dijadikan dasar bagi hakim untuk menerima dokumen elektronik sebagai bukti di persidangan, dengan kekuatan pembuktian yang bebas dalam arti diserahkan sepenuhnya pada hakim.

Dewasa ini dalam praktik peradilan seiring dengan perkembangan teknologi informasi dan komunikasi, hakim harus bersinggungan dengan alat bukti elektronik seperti misalnya dokumen elektronik, namun apakah hakim mau menerima atau tidak dokumen elektronik sebagai alat bukti. Di pengadilan terdapat dua kelompok hakim mengenai hal ini, yaitu ada hakim yang secara tegas menolak bukti elektronik sebagai alat bukti yang dapat diajukan ke pengadilan karena belum ada undang-undang yang mengaturnya. Akan tetapi ada pula kelompok hakim (umumnya hakim pada Pengadilan Niaga) yang membuka diri untuk menerima keberadaan dokumen elektronik sebagai alat bukti yang dapat diajukan ke persidangan.¹²

Hakim-hakim di Pengadilan Niaga pada umumnya mulai menerima dokumen elektronik sebagai alat bukti, seperti misalnya dokumen perusahaan yang sudah berbentuk *microfilm* berdasarkan pada undang-undang Dokumen Perusahaan, tetapi dikelompokkan pada bukti tertentu. Artinya bahwa jika dapat dipertanggungjawabkan bahwa sesuai bukti surat lainnya (memenuhi syarat sebagai alat bukti surat pada umumnya), maka dokumen elektronik dapat diterima sebagai alat bukti.

¹² Hasil wawancara dengan Heru Pramono, Hakim Niaga, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, 5-12-2007.

Hal ini sejalan dengan apa yang disampaikan Mahkamah Agung RI dalam suratnya kepada Menteri Kehakiman tanggal 14 Januari 1988 No.39/TU/88/102/Pid, yang mengemukakan pendapatnya bahwa *microfilm* atau *microfiche* dapat dipergunakan sebagai alat bukti yang sah dalam perkara pidana di pengadilan menggantikan alat bukti surat, dengan catatan *microfilm* itu sebelumnya dijamin otentikasinya yang dapat ditelusuri kembali dari registrasi maupun berita acara. Terhadap penyelesaian perkara perdata berlaku pula pendapat yang sama

Permasalahannya adalah, apakah suatu bukti berbentuk dokumen elektronik dapat dipersamakan dengan dokumen tertulis (surat) dan digunakan oleh para pihak dalam pembuktian, serta diterima oleh hakim sebagai alat bukti dalam penyelesaian sengketa melalui pengadilan.

Kalau dikaji dari definisi surat yang diberikan oleh Sudikno Mertokusumo sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, yaitu segala sesuatu yang memuat tanda-tanda bacaan dan dimaksudkan untuk mencurahkan isi hati atau untuk menyampaikan buah pikiran seseorang, dan dipergunakan sebagai pembuktian, maka tidak ada penjelasan bahwa tulisan atau surat itu harus ditulis di atas media kertas. Jadi tidak memandang apakah ditulisnya di atas lembaran kertas atau pada bahan apapun tetap merupakan surat.

Potret atau gambar tidak memuat tanda baca atau buah pikiran, demikian pula denah atau peta, meskipun ada tanda-tanda bacanya tetapi tidak mengandung buah pikiran atau isi hati seseorang. Itu semua hanya sekedar merupakan barang atau benda untuk meyakinkan saja (*demonstrative evidence*). Sebaliknya sepucuk surat yang berisikan curahan hati yang diajukan di muka sidang pengadilan ada kemungkinan tidak berfungsi sebagai alat bukti tertulis atau surat, tetapi sebagai benda untuk meyakinkan saja karena bukan kebenaran isi atau bunyi surat itu yang seharusnya dibuktikan atau digunakan sebagai bukti, melainkan eksistensi surat itu sendiri menjadi bukti, sebagai barang yang dicuri misalnya.¹³

Kaitannya dengan penggunaan media elektronik sebagai penyimpan pesan, maka menurut penulis dapatlah dianalogikan bahwa penulisan surat di atas media (material)

¹³ Sudikno Mertokusumo, *op.cit.*, hlm. 142.

elektronik (dokumen elektronik) juga dapat dikategorikan sebagai alat bukti surat (yang bukan akta) dengan dilakukan upaya-upaya tertentu. Hal ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Herlien Budiono bahwa, “Tidak menjadi masalah mengenai di atas material apa tulisan tersebut harus dituliskan.”¹⁴

Pada umumnya pengajuan alat bukti surat/akta atau dokumen tertulis disertai dengan bukti keterangan saksi untuk menambah keyakinan hakim dalam menilai kebenaran peristiwa di persidangan. Saksi harus memberikan atau menyampaikan keterangannya kepada hakim di muka persidangan secara lisan (tidak boleh secara tertulis) dan pribadi (langsung disampaikan sendiri oleh saksi dan tidak boleh mewakilkan), mengenai kejadian atau peristiwa yang dialaminya sendiri atau dilihatnya secara langsung.

Dalam perkembangannya dewasa ini, dapat dilakukan pemeriksaan saksi oleh majelis hakim terhadap saksi yang berada di luar gedung pengadilan tempat persidangan tersebut digelar, bahkan saksi berada di luar negeri yang karena satu dan lain hal tidak dapat dihadirkan di muka persidangan. Kemajuan teknologi informasi dan komunikasi telah berhasil memfasilitasi pemeriksaan saksi jarak jauh ini dengan menggunakan perangkat elektronik yang dinamakan *video conference* untuk menggunakan *teleconference*.

Kalau dikaji secara objektif, pemeriksaan saksi melalui *teleconference* pada dasarnya sama dengan pemeriksaan saksi biasa yang dilakukan di ruang persidangan, dalam hal saksi memberikan keterangannya secara lisan dan pribadi langsung di muka persidangan. Perbedaannya terletak pada keberadaan saksi yang tidak secara fisik ada di ruang sidang pengadilan tempat perkara digelar, melainkan saksi berada di dunia maya yang secara visual hadir di ruang sidang pemeriksaan perkara.

Penulis berpendapat bahwa pemeriksaan saksi melalui *teleconference* tidaklah bertentangan dengan hukum acara yang berlaku (HIR/RBg) yang menentukan bahwa saksi harus memberikan keterangannya secara lisan dan pribadi langsung di muka persidangan (sebagaimana tersirat dalam Pasal 140 HIR/166 RBg ayat: 1), hanya terdapat perbedaan dalam hal tempat keberadaan saksi antara dunia maya dan nyata.

¹⁴ Herlien Budiono, *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata Di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 217.

Dengan demikian meskipun tentang bukti elektronik ini belum diatur dalam bentuk hukum formal (hukum acara), namun hakim tetap harus memeriksa dan memutus perkara yang diajukan kepadanya dengan pembuktian menggunakan bukti elektronik dengan cara melakukan penemuan hukum. Menurut sistem hukum acara perdata yang berlaku, pembuktian itu baru sah bila menggunakan alat bukti yang sudah ditentukan dalam peraturan yang berlaku, sedangkan hakim memutus didasarkan pada hasil pembuktian. Meskipun tentang bukti elektronik ini tidak diatur dlm HIR namun secara materiil sudah diatur dalam UU Informasi dan Transaksi Elektronik serta UU Dokumen Perusahaan. Akan tetapi sesungguhnya sekalipun tidak ada pengaturannya secara tegas, tetap hakim dapat melakukan penemuan hukum dengan metode analogi atau penafsiran terhadap bukti yang bersifat elektronik agar dapat digunakan sebagai alat bukti di persidangan.

IV. Penutup

Sebagaimana telah diuraikan di atas bahwa sampai saat ini hukum pembuktian (hukum acara perdata) belum mengatur dokumen elektronik sebagai alat bukti, sedangkan dalam praktiknya di masyarakat alat bukti elektronik sudah banyak digunakan, terutama dalam transaksi bisnis modern. Sementara itu menurut sistem hukum pembuktian perdata, hakim terikat pada alat-alat bukti yang sah, yang berarti bahwa hakim hanya boleh mengambil keputusan berdasarkan pembuktian dengan menggunakan alat-alat bukti yang telah ditentukan oleh undang-undang saja. Sampai saat ini alat bukti yang diatur dalam undang-undang adalah surat, saksi, persangkaan-persangkaan, pengakuan, sumpah, pemeriksaan setempat, keterangan saksi ahli; sedangkan mengenai bukti elektronik secara materiil sudah diatur dalam UU Dokumen Perusahaan dan UU Informasi dan Transaksi Elektronik, bukan dalam bentuk hukum acara sehingga tidak mengikat hakim dalam penyelesaian sengketa melalui pengadilan.

Meskipun demikian keadaan ini tidak dapat menghambat hakim untuk menangani dan memeriksa perkara yang diajukan kepadanya sekalipun alat bukti yang digunakan oleh para pihak dalam pembuktian adalah bukti yang bersifat elektronik. Karena tugas

utama hakim adalah melakukan penemuan hukum dalam memutus suatu perkara yang diajukan kepadanya di muka pengadilan, dengan cara menerapkan hukum terhadap peristiwa konkrit yang sudah terbukti kebenarannya melalui proses pembuktian, atau berusaha menemukan hukumnya bila hukumnya tidak jelas atau tidak ada.

Dalam hal memeriksa perkara yang pembuktiannya menggunakan bukti-bukti bersifat elektronik, karena hukum acara perdata (HIR) sebagai hukum formil tidak mengaturnya, maka hakim dapat mendasarkan pembuktian pada hukum materiil yang juga mengatur tentang hukum acara, dalam hal ini Undang-undang Informasi dan Transaksi Elektronik atau Undang-undang Dokumen Perusahaan. Akan tetapi seandainya pun tidak ada peraturan materiil yang mengatur tentang bukti elektronik sebagai alat bukti yang sah dipersidangan, atau hakim tidak mau mendasarkan pembuktian pada hukum materiil, hakim dapat melakukan penemuan hukum dengan cara analogi atau penafsiran hukum terhadap bukti yang bersifat elektronik agar dapat digunakan sebagai alat bukti di persidangan sebagaimana halnya alat bukti yang diatur dalam hukum acara perdata.

Daftar Pustaka

- A Mukti Arto, *Praktek-praktek Perdata pada Pengadilan Agama*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003.
- Bachtiar Efendi dkk, *Surat Gugatan dan Hukum Pembuktian Dalam Perkara Perdata*, Citra Aditiya Bakti, Bandung, 1991.
- Bambang Waluyo, *Sistem Pembuktian dalam Peradilan Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 1992.
- Belleproid. J.H.P., *Inleiding Tot De Rechtswetenschap In Nederland*, Zevende druk, Dekker & Van De Vegt N,V., Nijmegen – Utrecht, 1952
- C.S.T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, PN. Balai Pustaka, Jakarta, 1986.
- Herlien Budiono, *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata Di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007.

Jimly Asshiddiqie, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, UII Press Yogyakarta, Yogyakarta, 2005.

Soepomo, *Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1994.

Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Edisi VI, Liberty, Yogyakarta, 2004.

Subekti, *Hukum Pembuktian*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1991.

Teguh Prasetyo – Abdul Halim Barkatullah, *Ilmu Hukum & Filsafat Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2007