

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pembuktian merupakan titik sentral dalam pemeriksaan sebuah perkara di pengadilan dan pembuktian merupakan tahapan untuk menunjukkan salah atau benarnya seorang terdakwa di dalam perkara pidana di pengadilan. Definisi pembuktian sangat beragam, setiap ahli hukum memiliki definisi masing-masing mengenai pembuktian. Banyak ahli hukum yang mendefinisikan pembuktian ini melalui makna kata “membuktikan”, seperti yang dikemukakan para sarjana, salah satu definisi pembuktian adalah ketentuan-ketentuan yang berisi penggarisan dan pedoman tentang cara-cara yang dibenarkan undang-undang membuktikan kesalahan yang didakwakan kepada terdakwa¹. Sarjana lain yang memberikan definisi pembuktian berdasarkan makna kata membuktikan adalah Subekti², yang merumuskan definisi pembuktian yaitu membuktikan dengan meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil atau dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan. Dari dua definisi di atas, maka proses pembuktian atau membuktikan mengandung maksud dan usaha untuk menyatakan kebenaran atas sesuatu peristiwa, sehingga dapat diterima akal terhadap kebenaran peristiwa tersebut.³

¹ M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP: Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi, dan Peninjauan Kembali*, Edisi kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm. 273.

² Subekti, *Hukum Pembuktian*, Jakarta, Pradnya Paramitha, 2001, hlm. 1.

³ Martiman Prodjohamidjojo, *Komentar atas KUHAP: Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana*, Pradnya Paramitha, Jakarta, 1984, hlm. 11.

Pembuktian mengandung arti bahwa benar suatu peristiwa pidana telah terjadi dan terdakwa yang bersalah melakukannya, sehingga harus mempertanggungjawabkannya.⁴ Pembuktian adalah ketentuan-ketentuan yang berisi penggarisan dan pedoman tentang cara-cara yang dibenarkan undang-undang membuktikan kesalahan yang didakwakan kepada terdakwa. Pembuktian juga merupakan ketentuan yang mengatur alat-alat bukti yang dibenarkan undang-undang dan boleh dipergunakan hakim membuktikan kesalahan yang didakwakan.⁵

Hukum pembuktian tidak terlepas dari sistem peradilan pidana,⁶ Pada perkara pidana hakim memerlukan pembuktian untuk membuktikan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana. Pembuktian merupakan suatu rangkaian sistem yang ada pada sistem peradilan pidana yang memiliki fungsi untuk membuktikan kesalahan terdakwa dengan batasan Undang-undang yaitu Hukum Acara Pidana. Dalam Hukum Acara Pidana terdapat pengaturan mengenai alat bukti yang sah menurut hukum, sistem dalam pembuktian, syarat-syarat dan tata cara mengajukan bukti serta kewenangan hakim untuk menerima, menolak dan menilai suatu pembuktian⁷ yang tertuang di dalam Pasal 183-189 KUHAP. Pada Pasal 183 KUHAP yang menyatakan bahwa: “Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana

⁴ Darwan Prinst, *Hukum Acara Pidana Dalam Praktik*, Djambatan Ilmu, Jakarta, 1998, hlm. 133.

⁵ M. Yahya Harahap, *Pembahasan... 2003, Op. Cit.* hlm. 273.

⁶ Sistem peradilan pidana adalah sebuah lembaga yang dengan sengaja di bentuk dengan sebuah tujuan untuk menjalankan penegakan hukum, khususnya hukum pidana yang dalam proses pelaksanaannya dibatasi oleh sebuah mekanisme kerja yang telah ditetapkan dalam suatu aturan tentang prosedur hukum atau yang dikenal dengan hukum acara pidana. Sistem peradilan pidana berjalan dengan tujuan menegakkan hukum pidana, menghukum pelaku tindak pidana dan memberikan jaminan atas pelaksanaan hukum negara. Lihat Eva Achjani Zufa dan Indriyanto Seno Adji, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan*, Lubuk Agung, Bandung, 2011, hlm.19.

⁷ Hari Sasangka dan Lily Rosita. *Hukum Pembuktian Dalam Perkara Pidana*, Bandung, Mandar Maju, 2003. hlm. 10.

kepada seseorang, kecuali bila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya”. Dari isi Pasal tersebut, alat bukti merupakan faktor utama untuk menentukan seorang terdakwa dinyatakan bersalah oleh hakim di dalam sebuah perkara pidana.

Ketentuan mengenai alat bukti diatur pada Pasal 184 KUHAP bahwa alat bukti yang sah adalah: keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk dan keterangan terdakwa.⁸ Dalam sistem pembuktian hukum acara pidana yang menganut stelsel *negatief wettelijk*,⁹ hanya alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang yang dapat dipergunakan untuk pembuktian.¹⁰ Hal ini berarti bahwa di luar dari ketentuan tersebut tidak dapat dipergunakan sebagai alat bukti yang sah.

⁸Leden Marpaung, *Proses Penanganan Perkara Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 1992, hlm. 23-24.

⁹ Teori Pembuktian berdasarkan undang-undang secara negatif (*negative wettelijk*) menurut teori ini hakim hanya boleh menjatuhkan pidana apabila sedikit-dikitnya alat-alat bukti yang telah ditentukan undang-undang itu ada, ditambah dengan keyakinan hakim yang didapat dari adanya alat-alat bukti itu. Lihat D. Simons dalam Darwin Prinst, 1998, *Op.Cit.* hlm. 65. *negative wettelijk* di Indonesia mengacu pada Pasal 183 KUHAP, yang mana dalam sistem pembuktian yang negatif alat-alat bukti limitatief ditentukan dalam undang-undang dan bagaimana cara mempergunakannya hakim juga terikat pada ketentuan undang-undang. Dalam sistem menurut undang-undang secara terbatas atau disebut juga dengan system undang-undang secara negative sebagai intinya yang dirumuskan dalam Pasal 183, dapat disimpulkan sebagai berikut :

1. Tujuan akhir pembuktian untuk memutus perkara pidana, yang jika memenuhi syarat pembuktian dapat menjatuhkan pidana;
2. Standar tentang hasil pembuktian untuk menjatuhkan pidana.

Lihat M. Yahya Harahap, *Pembahasan.., Op. Cit.*, hlm. 319.

Kelebihan sistem pembuktian negatif (*negative wettelijk*) adalah dalam hal membuktikan kesalahan terdakwa melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya, hakim tidak sepenuhnya mengandalkan alat-alat bukti serta dengan cara-cara yang ditentukan oleh undang-undang, tetapi harus disertai pula keyakinan bahwa terdakwa bersalah melakukan tindak pidana. Keyakinan yang dibentuk ini harus berdasarkan atas fakta-fakta yang diperoleh dari alat bukti yang ditentukan dalam undang-undang. Sehingga dalam pembuktian benar-benar mencari kebenaran yang hakiki jadi sangat sedikit kemungkinan terjadinya salah putusan atau penerapan hukum yang digunakan. Lihat Supriyadi Widodo Eddyono, *Catatan Kritis Terhadap Undang-Undang No 13 tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban*, Elsam, Jakarta, 2006, hlm. 3.

¹⁰Martiman Prodjohamidjojo, *Sistem Pembuktian dan Alat-alat Bukti*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983, hlm. 19.

Pengaturan alat bukti di dalam KUHAP bersifat sistematis atau mengenal hierarki, yang berarti kekuatan pembuktiannya didasarkan pada urutannya. Ini berarti alat bukti yang pertama kali disebut merupakan alat bukti yang utama atau sempurna.¹¹ Adapun alat bukti yang pertama adalah alat bukti keterangan saksi. Kebenaran materiil yang hendak dicari dalam perkara pidana, telah menempatkan saksi sebagai alat bukti yang utama, yaitu keterangan saksi yang mendengar, melihat, dan mengalami peristiwa secara langsung sebagaimana yang dimaksudkan di dalam Pasal 1 ayat 27 KUHAP. Keutamaan tersebut diperkuat oleh pernyataan M. Yahya Harahap¹² yang mengemukakan bahwa “hampir semua pembuktian perkara pidana selalu bersandar kepada pemeriksaan keterangan saksi sekurang-kurangnya disamping pembuktian dengan alat bukti yang lain masih selalu diperlukan pembuktian dengan alat bukti keterangan saksi.

Merujuk pada ketentuan Pasal 185 ayat (4) KUHAP, maka keterangan beberapa orang saksi baru dapat dinilai sebagai alat bukti serta mempunyai kekuasaan pembuktian, apabila keterangan para saksi tersebut terdapat persesuaian serta saling menguatkan tentang kebenaran suatu keadaan atau kejadian tertentu. Keterangan beberapa orang saksi yang berdiri sendiri antara saksi yang satu dengan saksi yang lain tidak mempunyai nilai sebagai alat bukti, atau saksi yang banyak jumlahnya tapi berdiri sendiri, masing-masing mereka akan dikategorikan saksi tunggal yang tidak memiliki nilai kekuatan pembuktian, karena keterangan saksi tunggal harus dinyatakan tidak cukup memadai membuktikan kesalahan terdakwa.

¹¹Elishabeth N Butarbutar, *Hukum Pembuktian (Analisis Terhadap Kemandirian Hakim Sebagai Penegak Hukum dalam Proses Pembuktian, Nunasa Aulia*, Bandung, 2016, hlm. 13.

¹²M. Yahya Harahap, 2003, *Pembahasan... 2003, Op. Cit*, hlm. 286.

Kekuatan pembuktian keterangan saksi bersifat bebas¹³, dalam melakukan penilaian setidaknya terdapat tiga aspek. *Pertama*, keterangan saksi yang diberikan dipersidangan dengan dibawah sumpah atas apa yang didengar, dilihat dan dialami langsung sendiri akan sebuah peristiwa. *Kedua* sebagai ukuran kekuatan pembuktian saksi adalah materi/substansi yang kuat relevansinya dengan alat bukti lainnya serta tingkat ‘kelogisan atau kemasukakalan’ juga menjadi syarat kuatnya substansi keterangan saksi. *Ketiga*, adalah mekanisme penyampaian keterangan, hanya akan dinilai jika disampaikan di depan persidangan pengadilan.

Alat bukti yang menempati urutan kedua di dalam KUHAP adalah keterangan ahli. Ini menunjukkan bahwa alat bukti tersebut berpengaruh penting dalam pembuktian dimana penyidik, penuntut, maupun hakim belum jelas atau terang memandang suatu tindakan pidana. Keterangan ahli adalah keterangan yang diberikan oleh seorang yang memiliki keahlian khusus tentang hal yang diperlukan untuk membuat terang suatu perkara pidana guna kepentingan pemeriksaan.¹⁴ Keterangan ahli tidak hanya dapat digunakan dalam persidangan atau pembuktian guna mengungkap fakta-fakta baru dalam persidangan. Keterangan ahli pun dapat digunakan/diberikan oleh seorang saksi ahli baik dalam penyidikan, penuntutan. Atau saksi ahli dapat dihadirkan kembali ke dalam

¹³ Pada alat bukti kesaksian “tidak melekat sifat pembuktian yang sempurna” (*volledig bewijskracht*), dan juga tidak melekat didalamnya sifat kekuatan pembuktian yang mengikat dan menentukan (*beslissende bewijskracht*). Tegasnya, alat bukti kesaksian sebagai alat bukti yang sah mempunyai nilai kekuatan pembuktian “bebas”. Oleh karena itu, alat bukti kesaksian sebagai alat bukti yang sah, tidak mempunyai kekuatan pembuktian yang sempurna dan juga tidak memiliki kekuatan pembuktian yang menentukan. Lihat M. Yahya Harahap., *Ibid.*, hlm. 288.

¹⁴Lihat Pasal 1 angka 28 Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Lembaran Negara Tahun 1981/76; TLN No. 3209

persidangan jika ketua majelis hakim menganggap penting untuk menghadirkan saksi ahli tersebut. Atau, tidak dihadirkan dalam penyidikan maupun penuntutan oleh hakim kemudian meminta untuk dihadirkan dalam persidangan, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 186 KUHAP.

Alat bukti yang menempati urutan ketiga didalam KUHAP adalah alat bukti surat. Pengertian dari surat menurut hukum acara pidana tidak secara defenitif diatur dalam satu pasal khusus, namun dari beberapa pasal dalam KUHAP tentang alat bukti surat, dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud dengan surat adalah alat bukti tertulis yang harus dibuat atas sumpah jabatan atau dikuatkan dengan sumpah. Terdapat beberapa jenis surat dalam hukum acara pidana yang tercantum dalam Pasal 187 KUHAP.¹⁵ Di dalam pasal tersebut dikenal 3 (tiga) macam surat yaitu akta autentik, akta dibawah tangan dan surat biasa. Nilai pembuktian dari alat bukti surat resmi/surat autentik yang diajukan dan dibacakan di sidang pengadilan merupakan alat bukti surat, sedangkan surat biasa mempunyai nilai pembuktian alat bukti petunjuk jika isi surat tersebut bersesuaian dengan alat bukti sah lain.

¹⁵Pasal 187 KUHAP berbunyi:

1. Berita acara dan surat lain dalam bentuk resmi yang dibuat oleh pejabat umum yang berwenang atau dibuat dihadapannya yang memuat keterangan tentang kejadian atau keadaan yang didengar, dilihat / dialami sendiri disertai dengan alasan yang jelas dan tegas tentang keterangan itu;
2. Surat yang dibuat menurut ketentuan perundang-undangan atau surat yang dibuat pejabat mengenai hal yang termasuk dalam tata laksana yang menjadi tanggung jawabnya dan yang diperuntukkan bagi pembuktian sesuatu hal atau sesuatu keadaan,
3. Surat keterangan dari seorang ahli yang memuat pendapat berdasarkan keahlian mengenai sesuatu hal atau sesuatu keadaan yang diminta secara resmi darinya,;
4. Surat lain yang hanya dapat berlaku jika ada hubungannya dengan isi dari alat pembuktian yang lain;

Alat bukti surat resmi/autentik dalam perkara pidana berbeda dengan perdata. Memang isi surat resmi bila diperhatikan dari segi materilnya berkekuatan sempurna, namun pada prakteknya terdakwa dapat mengajukan bukti sangkalan terhadap akta autentik tersebut. Kekuatan pembuktian dari alat bukti surat adalah kekuatan pembuktian bebas seperti halnya kekuatan pembuktian alat bukti lainnya, disini hakim bebas menentukan apakah alat bukti surat tersebut berpengaruh dalam membentuk keyakinan ataupun tidak. Walaupun begitu bukan berarti hakim bisa menyangkal tanpa alasan suatu alat bukti surat yang sudah terbukti kebenarannya dan bersesuaian dengan alat-alat bukti lainnya.

Berikutnya adalah alat bukti petunjuk dan keterangan terdakwa. Alat bukti petunjuk mengacu pada Pasal 188 ayat (1) KUHAP yang berbunyi Petunjuk adalah perbuatan, kejadian atau keadaan yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan yang lain, maupun dengan tindak pidana itu sendiri, menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya. Dari definisi tersebut alat bukti petunjuk lebih dekat dengan istilah sebagai penilaian atau pengamatan hakim. Oleh karena itu hakim bebas melakukan penilaian dan mempergunakannya sebagai upaya pembuktian. Demikian juga alat bukti petunjuk tidak dapat berdiri sendiri untuk membuktikan kesalahan terdakwa melainkan tetap terikat pada prinsip batas minimal pembuktian. Petunjuk nanti dapat dikatakan mempunyai nilai kekuatan pembuktian cukup harus didukung dengan sekurang-kurangnya dengan satu alat bukti yang lain.

Keterangan atau pengakuan terdakwa diatur di dalam Pasal 189 ayat (1) KUHAP yang menyatakan keterangan terdakwa ialah apa yang terdakwa nyatakan

di sidang tentang perbuatan yang ia lakukan atau yang ia ketahui sendiri atau alami sendiri. Keterangan terdakwa hanya dapat digunakan terhadap dirinya sendiri.¹⁶Keterangan terdakwa saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa ia bersalah melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya, melainkan harus disertai dengan alat bukti yang lain.¹⁷ Menurut M. Yahya Harahap¹⁸ tidak semua keterangan terdakwa dinilai sebagai alat bukti yang sah. Untuk menentukan sejauhmana keterangan terdakwa dapat dinilai sebagai alat bukti yang sah menurut undang-undang, diperlukan beberapa asas sebagai landasan berpijak.

Dari keempat alat bukti yang diatur di dalam KUHAP tersebut dikenal dengan istilah alat bukti konvensional atau alat bukti yang umum dipakai di dalam proses pembuktian suatu perkara pidana. Selain alat bukti konvensional tersebut, saat ini muncul alat bukti lain sebagai hasil perkembangan teknologi informasi dan telekomunikasi yang dikenal dengan alat bukti elektronik atau dikenal juga dengan alat bukti non konvensional.¹⁹ Bukti elektronik ini diatur di dalam

¹⁶Pasal 189 ayat (3) KUHAP.

¹⁷Pasal 189 ayat (4) KUHAP.

¹⁸Landasan berpijak dalam menentukan keterangan terdakwa sebagai alat bukti yang sah adalah:

1. Keterangan itu dinyatakan di sidang pengadilan
Supaya keterangan terdakwa dapat dinilai sebagai alat bukti yang sah, keterangan itu harus dinyatakan di sidang pengadilan, baik pernyataan berupa penjelasan “yang diutarakan sendiri” oleh terdakwa, maupun pernyataan yang berupa “penjelasan” atau “jawaban” terdakwa atas pertanyaan yang diajukan kepadanya oleh ketua sidang, hakim anggota, penuntut umum, atau penasihat hukum.
2. Tentang perbuatan yang ia lakukan atau yang ia ketahui sendiri atau alami sendiri. Supaya keterangan terdakwa dapat dinilai sebagai alat bukti, keterangan itu merupakan pernyataan atau penjelasan:
 - a. Tentang perbuatan yang dilakukan terdakwa;
 - b. Tentang apa yang diketahui sendiri oleh terdakwa;
 - c. Apa yang dialami sendiri oleh terdakwa;
 - d. Keterangan terdakwa hanya merupakan alat bukti terhadap dirinya sendiri. Lihat M. Yahya Harahap, *Pembahasan... 2003, Op. Cit.*, hlm 323

¹⁹ Sangat banyak alat bukti non konvensional yang tidak terinspirasi dari HIR ataupun KUHAP dibentuk, misalnya tentang alat bukti elektronik, saintifik, dan lainnya. Oleh karena itu dapat atau tidaknya diterima alat bukti tersebut dipengadilan masih mengundang banyak

Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) yang kemudian diubah dengan Undang-undang No. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No 11 Tahun 2008 tentang ITE. Alat bukti tersebut terdiri dari beberapa jenis, yaitu informasi elektronik,²⁰ data atau dokumen elektronik,²¹ pemeriksaan saksi dengan menggunakan *teleconference*, *microfilm*²², hasil rekaman CCTV (*Closed Circuit Television*),²³ bahkan SMS (*Short Message Service*) atau MMS (*Multimedia Messaging Service*).²⁴ Selain itu *email*, file rekaman atas *chatting*, dan berbagai dokumen elektronik lainnya dapat digunakan sebagai alat bukti yang sah.²⁵

perdebatan. Lihat Munir Fuady, *Teori Hukum Pembuktian (Pidana dan Perdata)*, Citra Adya Bakti, Bandung, 2012, hlm 6.

²⁰ Informasi Elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, electronic data interchange (EDI), surat elektronik (electronic mail), telegram, telex, telecopy atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya. (lihat Pasal 1 butir 1 UU ITE).

²¹ Dokumen Elektronik adalah setiap Informasi Elektronik yang dibuat, diteruskan, dikirimkan, diterima, atau disimpan dalam bentuk analog, digital, elektromagnetik, optikal, atau sejenisnya, yang dapat dilihat, ditampilkan, dan/atau didengar melalui Komputer atau Sistem Elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol atau perforasi yang memiliki makna atau arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya. (lihat Pasal 1 butir 4 UU ITE).

²² Microfilm merupakan salah satu alat media yang digunakan untuk mengalihkan penyimpanan atau untuk menyimpan dokumen, misalnya untuk dokumen perusahaan sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 12 ayat (1) beserta penjelasan Undang-Undang RI Nomor 8 Tahun 1997 tentang Dokumen Perusahaan (UU No. 8 Tahun 1997). Microfilm dapat dikategorikan sebagai dokumen elektronik bukan informasi elektronik. lihat dalam Josua Sitompul, *Syarat dan Kekuatan Alat Bukti Elektronik*, <http://m.hukumonline.com/klinik/detail/ci5461/syarat-dan-kekuatan-hukum-alat-bukti-elektronik>, diakses tanggal 29 Januari 2018.

²³ CCTV (Closed Circuit Television) dalam bahasa Indonesia diterjemahkan menjadi “Televisi Sirkuit Tertutup”, yang berarti menggunakan sinyal yang bersifat tertutup dan berfungsi sebagai alat pengambil gambar. Lihat <http://id.wikipedia.org/wiki/Television-Sirkuit-Tertutup>, diakses tanggal 13 Oktober 2017.

²⁴ Lihat Efa Laela Fakhriah, Kedudukan Bukti Elektronik sebagai Alat Bukti Di Pengadilan Setelah Berlakunya Undang-Undang No 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Makalah disampaikan pada Seminar Terbatas kerja sama Badan Litbang Diklat Kumdil Mahkamah Agung RI dengan Perguruan Tinggi dengan Tema: “Validitas Alat Bukti Transaksi Elektronik Perbankan Sebagai Alat Bukti Di Pengadilan Setelah Berlakunya UU No. 11 Tahun 2008”, tanggal 25 November 2009, Grand Pasundan Hotel, Bandung. hlm. 7.

²⁵ Edmon M.P, *Pengantar Hukum Telematika*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005, hlm. 447.

Secara umum, alat bukti elektronik dapat mencakup data yang dihasilkan atau disimpan dalam bentuk digital setiap kali komputer yang digunakan. Ini termasuk informasi manual yang dimasukkan kedalam perangkat elektronik oleh seorang individu, informasi yang dihasilkan dalam transaksi komputasi atau tanggapan atas keinginan oleh seorang individu, dimana perangkat elektronik menghasilkan informasi bertindak sebagai robot secara otomatis, atau informasi yang dihasilkan dan disimpan dimana perangkat memproses informasi dalam bentuk matriks. Bukti dokumen elektronik, karena itu, informasi ditangkap, dihasilkan atau dipertahankan dalam *database*, sistem operasional, program aplikasi, model yang dihasilkan komputer yang diekspor kedalam berbagai bentuk seperti *file/doc*, pesan elektronik dan pesan suara dan bahkan dapat disimpan didalam memori komputer.²⁶

Berkaitan dengan itu alat bukti elektronik sebenarnya sudah mendapatkan pengakuan dari dunia internasional yang tertuang di dalam sebuah konvensi internasional yaitu United Nation Commission on International Trade Law(UNCITRAL), pengakuan tersebut tercantum pada bagian *e-commerce model law* yang berisi ketentuan mengenai transaksi elektronik.²⁷ UNCITRAL Model Law ini telah resmi dipublikasikan sejak tahun 1996, dengan bahasa aslinya dalam bahasa Arab, Cina, Inggris, Prancis, Rusia dan Spanyol. Model Law ini diharapkan dapat diterapkan pada setiap informasi dalam bentuk “data elektronik”

²⁶ US Manual For Complex Litigation, Third Edition, 1995, hlm. 21.

²⁷ Transaksi Elektronik adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan menggunakan Komputer, jaringan Komputer, dan/atau media elektronik lainnya. Lihat Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang No 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik

yang digunakan dalam hubungannya aktifitas komersil.²⁸ Sehingga informasi elektronik yang tertera di dalam media penyimpan data yang merekam proses terjadinya transaksi diakui sederajat dengan tulisan di atas kertas sehingga tidak dapat ditolak sebagai bukti di pengadilan.

Jika dirunut menurut aturan nasional, sebenarnya terdapat beberapa peraturan yang mengatur tentang bukti elektronik sebelum Undang-Undang ITE dilahirkan, namun bukti elektronik dikategorikan sebagai perluasan dari alat bukti yang diatur di dalam KUHAP selain itu penerimaan alat bukti elektronik dibatasi hanya pada ruang lingkup tertentu. Antara lain, *pertama* terdapat pada Surat Mahkamah Agung Indonesia yang ditujukan kepada Menteri Kehakiman tanggal 14 Januari 1988 No. 39/TU/102/Pid yang membahas mengenai *microfilm* atau *microfiche* dapat dipergunakan sebagai alat bukti yang sah dalam perkara pidana di pengadilan menggantikan alat bukti surat,²⁹ dengan syarat *microfilm* maupun *microfiche* tersebut telah dijamin otentifikasinya.

Kedua, terdapat didalam Undang-Undang No 8 Tahun 1997 Tentang Dokumen Perusahaan. Pada undang-undang ini memang tidak diatur mengenai masalah pembuktian, tetapi pada Pasal 12³⁰ Undang-Undang ini pemerintah

²⁸Munir Fuady, 2012, *Op. Cit*, hlm. 155.

²⁹Alfitria, *Hukum Pembuktian dalam Beracara Pidana, Perdata, dan Korupsi di Indonesia Edisi Revisi*, Swadaya Gorup, Jakarta, 2011, hlm. 88.

³⁰ Pasal 13 Undang-Undang No 8 Tahun 1997 Tentang Dokumen Perusahaan menyatakan bahwa:

- 1) Dokumen perusahaan dapat dialihkan ke dalam *microfilm* atau media lainnya.
- 2) Pengalihan dokumen perusahaan ke dalam *microfilm* atau media lainnya sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat dilakukan sejak dokumen tersebut dibuat atau diterima oleh perusahaan yang bersangkutan.
- 3) Dalam mengalihkan dokumen perusahaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), pimpinan perusahaan wajib mempertimbangkan kegunaan naskah asli dokumen yang perlu tetap disimpan karena mengandung nilai tertentu demi kepentingan perusahaan atau kepentingan nasional.

berusaha memberikan pengakuan atas penggunaan *microfilm* dan media lainnya (alat penyimpanan informasi yang bukan kertas dan mempunyai tingkat pengamanan yang dapat menjamin keaslian dokumen yang dialihkan atau ditransformasikan), misalnya *Compact disc-read only memory* (CD-ROM) dan *Write-one-read-many* (WORM) dinyatakan sebagai alat bukti sah.³¹ Dari pasal tersebut pemahaman *microfilm* diperjelas, menurut penulis, istilah *microfilm* yang terdapat di dalam Pasal 12 dan Pasal 13 Undang-undang tersebut karakteristiknya mengacu pada dokumen elektronik dan informasi elektronik yang dikenal di dalam Undang-Undang ITE. Hal ini dikarenakan *microfilm* dapat dialihkan dan ditransformasikan kedalam media penyimpanan lainnya. Pada undang-undang ini mengategorikan bahwa bukti elektronik merupakan perluasan dari alat bukti surat sebagaimana dalam pasal 184 KUHP. Karena mengingat dokumen elektronik merupakan bagian dari dokumen perusahaan dan dokumen perusahaan dimaksud merupakan bagian dari alat bukti surat.³²

Ketiga, terdapat pada Undang-Undang No. 31 tahun 1999, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 20 tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Korupsi. Pada Pasal 26 A dijelaskan bahwa alat bukti lain yang berupa informasi yang diucapkan, dikirim, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan optik atau yang serupa dengan itu. Kemudian di dalam Pasal yang sama

-
- 4) Dalam hal dokumen perusahaan yang dialihkan ke dalam *microfilm* atau media lainnya adalah naskah asli yang mempunyai kekuatan pembuktian otentik dan masih mengandung kepentingan hukum tertentu, pimpinan perusahaan wajib tetap menyimpan naskah asli tersebut.

³¹ Lihat RUU cyber law versi 2.3, tahun 2003. <http://www.budi.insyah.co.id> diakses 12 Oktober 2017

³²Nur Laili Isma, *Kekuatan Pembuktian Alat Bukti Informasi Elektronik pada Dokumen Elektronik Serta Hasil Cetaknya Dalam Pembuktian Tindak Pidana*, Program Studi Pasca Sarjana, Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 2014, hlm. 116.

juga diakui mengenai dokumen elektronik yang berasal dari rekaman data atau informasi yang dapat dijabat, dibaca, dan atau didengar yang dapat dikeluarkan dengan atau tanpa bantuan suatu sarana, baik yang tertuang di atas kertas, benda fisik apapun selain kertas, maupun yang terekam secara elektronik, yang berupa tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, huruf, tanda, angka, atau perforasi yang memiliki makna. Sama halnya dengan apa yang ditafsirkan oleh undang-undang dokumen perusahaan, pada undang-undang pemberantasan korupsi ini juga menyatakan secara tegas bukti elektronik merupakan perluasan dari alat bukti yang sah yang berupa petunjuk.

Keempat, terdapat pada Undang Undang No. 15 tahun 2002 Tindak Pidana Pencucian Uang. Pada pasal 1 angka (7) pada undang-undang ini membahas mengenai dokumen elektronik yang tertuang di dalam media baik itu media fisik seperti kertas maupun di dalam media elektronik seperti tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto. Kemudian Pasal 15 undang-undang ini juga mengatakan bahwa alat bukti yang dapat digunakan dalam pemeriksaan tindak pidana pencucian uang dapat berupa alat bukti lain berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu. Dari kedua pasal tersebut terlihat istilah dokumen dan informasi yang dimaksud adalah dokumen elektronik dan informasi elektronik yang ditransformasikan kedalam media elektronik.

Kemudian Undang-Undang ini disempurnakan melalui dengan Undang-Undang No 8 Tahun 2010 tentang pencegahan dan pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang Pada Pasal 1 ayat (16) yang berisikan hal yang sama dengan apa

yang tertera di dalam Pasal 1 angka (7) Undang-Undang Tindak Pidana Pencucian Uang (Undang Undang No. 15 tahun 2002). Selain itu Pasal 44³³ ayat (1) huruf a Undang-Undang No 8 Tahun 2010 menyatakan bahwa direkomendasikan pada instansi penegak hukum bahwa intersepsi/penyadapan adalah penting sepanjang sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Pada Pasal 73 juga ditegaskan bahwa alat bukti yang digunakan di dalam tindak pidana pencucian uang adalah alat bukti yang dimaksud di dalam KUHAP dan alat bukti lain berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau alat yang serupa optik dan Dokumen. Pada Undang-undang ini dapat ditafsirkan bahwa bukti elektronik merupakan alat bukti yang berdiri sendiri dan terlepas dari ketentuan alat bukti yang ada di dalam KUHAP.

Kelima, dapat dilihat dalam Undang Undang Nomor. 21 Tahun 2007, tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang. Pada pasal 29 Undang-undang ini juga membahas mengenai dokumen elektronik dan informasi elektronik. Informasi tersebut dapat berupa rekaman, tulisan dan lainnya seperti yang diatur di dalam undang-undang yang telah dibahas sebelumnya. Namun hampir sama dengan undang-undang pencegahan dan pemberantasan Tindak Pidana Pencucian, pada undang-undang tindak pidana perdagangan orang ini juga dapat ditafsirkan bahwa bukti elektronik yang tercantum di dalam Pasal 29 tersebut merupakan alat bukti yang berdiri sendiri di luar KUHAP.

³³Pasal 44 ayat (1) huruf a Undang-Undang No 8 Tahun 2010 tentang pencegahan dan pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5164. Berbunyi: “merekomendasikan kepada instansi penegak hukum mengenai pentingnya melakukan intersepsi atau penyadapan atas informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;”

Kelima undang-undang tersebut, memang bukan mengatur secara khusus mengenai bukti elektronik. Maka dari itu, pemerintah mengeluarkan Undang-undang No 11 tahun 2008 tentang ITE. Undang-undang ini mencoba memberikan perlindungan dan kepastian hukum dalam bertransaksi elektronik. Undang-undang ITE ini juga secara khusus membahas mengenai bukti elektronik yang diatur di dalam Pasal 5.³⁴ Di dalam pasal ini dijelaskan bahwa dokumen elektronik dan informasi elektronik merupakan alat bukti yang sah. Pada pasal ini juga ditegaskan bahwa dokumen elektronik dan informasi elektronik merupakan perluasan alat bukti berdasarkan hukum acara yang berlaku di Indonesia. Selain itu Pasal 44 Undang-Undang ini juga ditegaskan bahwa alat bukti penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di sidang pengadilan menurut ketentuan undang-undang ini adalah alat bukti sebagaimana dimaksud dalam ketentuan perundang-undangan dan alat bukti lain berupa Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Angka 1 dan Angka 4 serta Pasal 5 Ayat (1), Ayat (2), dan Ayat (3).

Jika kita bedah Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang ITE dapat dikelompokkan menjadi dua bagian pertama Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik,

³⁴Pasal 5 Undang-Undang No 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE), Tambahan Lembaran Negara Nomor 4843

Berbunyi:

- 1) Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dan/atau hasil cetaknya merupakan alat bukti hukum yang sah.
- 2) Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dan/atau hasil cetaknya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) merupakan perluasan dari alat bukti yang sah sesuai dengan Hukum Acara yang berlaku di Indonesia.
- 3) Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dinyatakan sah apabila menggunakan Sistem Elektronik sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Undang- Undang ini.
- 4) Ketentuan mengenai Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku untuk:
 - a. surat yang menurut Undang-Undang harus dibuat dalam bentuk tertulis; dan
 - b. surat beserta dokumennya yang menurut Undang- Undang harus dibuat dalam bentuk akta notaris atau akta yang dibuat oleh pejabat pembuat akta.

kedua hasil cetak dari Informasi Elektronik dan/atau hasil cetak dari Dokumen Elektronik. Dari pengelompokan tersebut maka informasi elektronik dan dokumen elektronik tersebut yang akan menjadi Bukti elektronik. Sedangkan hasil cetak dari Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik akan menjadi alat bukti surat dalam persidangan.³⁵ Berkaitan dengan itu bagaimana ketentuan agar dokumen elektronik dan informasi elektronik tersebut dijadikan alat bukti di dalam persidangan? Apakah harus memenuhi kriteria tertentu?

Di dalam Undang-undang ITE diatur kriteria mengenai bukti elektronik agar bisa diajukan sebagai alat bukti yang sah dipersidangan. Bukti elektronik yang bisa diajukan sebagai alat bukti di persidangan harus memenuhi syarat formil dan syarat materiil. Syarat formil diatur dalam Pasal 5 ayat (4) UU ITE, yaitu bahwa Informasi atau dokumen elektronik bukanlah dokumen atau surat yang menurut perundang-undangan harus dalam bentuk tertulis. Sedangkan syarat materiil diatur dalam Pasal 6, Pasal 15, dan Pasal 16 UU ITE, yang pada intinya Informasi dan Dokumen Elektronik harus dapat dijamin keotentikannya, keutuhannya, dan ketersediaannya. Untuk menjamin terpenuhinya persyaratan materiil yang dimaksud, dalam banyak hal dibutuhkan digital forensik.³⁶ Adapun

³⁵ Sitompul, Josua. *Cyberspace, Cybercrimes, Cyberlaw : Tinjauan Aspek Hukum Pidana*, Tatanusa, Jakarta. 2012. hlm. 26.

³⁶ digital forensik adalah aktivitas yang berhubungan dengan pemeliharaan, identifikasi, pengambilan/penyaringan, dan dokumentasi bukti digital dalam kejahatan komputer. Istilah ini relatif baru dalam bidang komputer dan teknologi, tapi telah muncul diluar term teknologi (berhubungan dengan investigasi bukti-bukti intelijen dalam penegakan hukum dan militer) sejak pertengahan tahun 1980-an. Lihat Marcella, A. J. & Greenfiled, R. S, *Cyber Forensics a field manual for collecting, examining, and preserving evidence of computer crimes*, CRC Press LLC , Florida, 2002, hlm. 2.

Selain itu menurut Budhisantoso, digital forensik adalah kombinasi disiplin ilmu hukum dan pengetahuan komputer dalam mengumpulkan dan menganalisa data dari sistem komputer, jaringan, komunikasi nirkabel, dan perangkat penyimpanan sehingga dapat dibawa sebagai barang

tujuannya ialah untuk mengamankan dan menganalisis bukti digital, serta memperoleh berbagai fakta yang objektif dari sebuah kejadian atau pelanggaran keamanan dari sistem informasi. Berbagai fakta tersebut akan menjadi bukti yang akan digunakan dalam proses hukum.³⁷

Setelah dikeluarkannya Undang-undang ITE, terdapat beberapa undang-undang lainnya yang juga menyatakan bukti elektronik adalah alat bukti yang sah, seperti Undang-Undang No 9 tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Pendanaan Terorisme, Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan dan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta. Namun penafsiran terhadap bukti elektronik pada ketiga undang-undang adalah merupakan alat bukti yang berdiri sendiri dan terlepas dari ketentuan alat bukti yang ada di dalam KUHAP, hal ini bertolak belakang dengan apa yang diatur di dalam Undang-Undang ITE yang menyatakan bahwa dokumen elektronik dan informasi elektronik yang merupakan bagian dari bukti elektronik merupakan perluasan alat bukti.

Dari hal itu, pertanyaan yang muncul adalah apakah kedudukan alat bukti elektronik merupakan alat bukti yang berdiri sendiri atau sebagai perluasan alat bukti di dalam KUHAP. Seperti yang dituliskan oleh Sigid Suseno bahwa pada di dalam beberapa undang-undang, alat bukti elektronik dirumuskan secara tegas dan mempunyai kekuatan sebagai alat bukti yang sah. Namun demikian, dalam di dalam Undang-undang lainnya bukti elektronik hanya diakui sebagai perluasan

bukti di dalam penegakan hukum. Lihat Budhisantoso, Nugroho, Personal Site, (<http://www.forensik-komputer.info>, diakses 24 Desember 2017).

³⁷Pusdiklat Kementerian Keuangan, *Peran Digital Forensik Dalam Pembuktian*, <http://www.bppk.kemenkeu.go.id/berita-ku/22468-peran-digital-forensik-dalam-pembuktian>, diakses 1 Februari 2018

alatbukti petunjuk.³⁸ Ketidakjelasan kedudukan alat bukti elektronik tersebut menghasilkan ambiguitas dan paradoksaldi dalam penerapannya dipersidangan perkara pidana.

Berkaitan dengan itu, muncul permasalahan lain terkait mengenai kebasahan alat bukti elektronik dalam persidangan. Dimana pada beberapa kasus perkara pidana alat bukti elektronik ditolak oleh hakim. Salah satunya kasus pencemaran nama baik terhadap Rumah Sakit Omni Internasional yang dilakukan oleh Prita Mulya Sari.³⁹ Dalam Amar putusan Mahkamah Agung Nomor 822K/Pid.Sus/2010 disebutkan bahwaPrita dijerat dengan Pasal 45 ayat (1) jo. Pasal 27ayat (3) Undang- Undang Nomor11 Tahun 2008 tentang ITE⁴⁰ dan yang menjadi barangbukti adalah *print out website/email* dari PritaMulyasari yang berisi muatan pencemaran terhadapRumah Sakit Omni Internasional.

³⁸Sigid Suseno, *Yurisdiksi Tindak Pidana Siber*, Refika Aditama, Bandung, 2012, hlm. 222.

³⁹ Kasus ini bermula ketika Prita mengirimkan email yang berisi keluhan atas pelayanan diberikan pihak rumah sakit ke customer_care@banksinarmas.com dan ke kerabatnya yang lain dengan judul "Penipuan RS Omni Internasional Alam Sutra". Emailnya menyebar ke beberapa milis dan forum online. Kemudian RS Omni mengajukan gugatan perdata dan pidana ke Direktorat Reserse Kriminal Khusus. Pengadilan Negeri Tangerang memenangkan Gugatan Perdata RS Omni. Prita terbukti melakukan perbuatan hukum yang merugikan RS Omni. Prita divonis membayar kerugian materil sebesar 161 juta sebagai pengganti uang klarifikasi di koran nasional dan 100 juta untuk kerugian imateril. Sidang pertama kasus pidana yang menimpa Prita mulai disidangkan di Pengadilan Negeri (PN) Tangerang dan diputus bebas. Mahkamah Agung (MA) membatalkan putusan Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi Banten yang sebelumnya mengabulkan gugatan perdata Omni dan memerintahkan Prita membayar ganti rugi Rp 204 juta atas perbuatan pencemaran baik. Sidang kasasi dipimpin oleh Ketua MA Harifin Tumpa. MA mengabulkan kasasi yang diajukan Jaksa Penuntut Umum (JPU). Majelis hakim yang dipimpin oleh Imam Harjadi, Zaharuddin Utama dan Salman Luthan ini memvonis Prita 6 bulan penjara dengan masa percobaan 1 tahun. Lihat Kronologi Kasus Prita Mulyasari https://www.kompasiana.com/iskandarjet/kronologi-kasuspritamulyasari_54fd5ee9a33311021750fb34, diakses 16 Januari 2018.

⁴⁰ Pasal 27 ayat (3) Undang- Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang ITE berbunyi "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.

Dari hal tersebut, Pada hakikatnya berkirim email kepada siapapun dan menulis apapun adalah hal yang bersifat privasi sama halnya dengan berkirim surat.⁴¹ Namun yang menjadi masalah pada kasus ini adalah *email* yang ditulis Prita tersebut menyebar. Seharusnya yang diperkarakan adalah orang yang menyebarkan email tersebut, bukan Prita yang menulis keluhan tersebut untuk mencurahkan isi hati atau menyampaikan buah pikiran. Sehingga bukti elektronik berupa *email* dan hasil *print out*-nya tersebut seharusnya tidak membuktikan Prita bersalah, karena tidak ada maksud dan tujuan *email* itu mencemarkan nama baik Rumah Sakit Omni Internasional karena dapat dikategorikan sebagai surat pribadi.

Kemudian pada kasus kematian Wayan Mirna Salihin dengan terdakwa Jessica Kumala Wongso.⁴² Penolakan alat bukti elektronik berupa rekaman CCTV oleh hakim mengacu pada Pasal 5 Ayat (2) Putusan MK Nomor: 20/PUU-XIV/2016 pada tanggal 7 September 2016.⁴³ Hakim menafsirkan bahwa alat bukti CCTV yang dihadirkan oleh kuasa hukum terdakwa tidak sah, karena tidak sesuai prosedur yang tertera pada Pasal 5 ayat (2) Putusan MK tersebut. Selain itu hakim

⁴¹ Sudikno Mertokusumo dalam Hiariej, memberi pengertian terkait surat yakni sebagai segala sesuatu yang membuat tanda-tanda bacaan yang dimaksudkan untuk mencurahkan isi hati atau menyampaikan buah pikiran seseorang dan dipergunakan sebagai pembuktian. Lihat Hiariej, Eddy O.S, *Teori dan Hukum Pembuktian*, Erlangga, Jakarta, 2012, hlm. 23.

⁴² Pada tanggal 6 Januari 2016, Wayan Mirna Salihin, 27 tahun, meninggal dunia setelah meminum Kopi es vietnam di Olivier Café, Grand Indonesia. Saat kejadian, Mirna diketahui sedang berkumpul bersama kedua temannya, Hani dan Jessica Kumala Wongso. Menurut hasil otopsi pihak kepolisian, ditemukan pendarahan pada lambung Mirna dikarenakan adanya zat yang bersifat korosif masuk dan merusak mukosa lambung. Belakangan diketahui, zat korosif tersebut berasal dari asam sianida. Sianida juga ditemukan oleh Puslabfor Polri di sampel kopi yang diminum oleh Mirna. Berdasarkan hasil olah TKP dan pemeriksaan saksi, polisi menetapkan Jessica Kumala Wongso sebagai tersangka. Lihat *Pembunuhan Wayan Mirna Salihin*, https://id.wikipedia.org/wiki/Pembunuhan_Wayan_Mirna_Salihin, diakses 2 Februari 2018.

⁴³ Pasal 5 Ayat (2) Putusan MK Nomor : 20/PUU-XIV/2016 berbunyi “informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik berupa hasil intersepsi atau penyadapan atau perekaman yang merupakan bagian dari penyadapan harus dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/ atau institusi lainnya yang kewenangannya ditetapkan berdasarkan undang-undang.”

menganggap rekaman bukti CCTV diperoleh saksi ahli dengan cara ilegal. Alasannya, tidak ada berita acara pemeriksaan penyerahan dari penyidik ke saksi ahli sehingga nilai keaslian dari CCTV tersebut sangat diragukan dan tidak dapat dipastikan jika CCTV tersebut telah mengalami perubahan atau rekayasa di dalamnya.⁴⁴

Pada kasus ini, pada saat CCTV dihadirkan dipersidangan sebagai barang bukti tidak memperlihatkan bahwa Jessica memasukkan sianida ke kopi yang diminum oleh korban Mirna.⁴⁵ Seharusnya bukti elektronik berupa rekaman CCTV ini dapat menjadi bukti yang meringankan Jessica di persidangan. Namun alat bukti CCTV tersebut ditolak oleh hakim sesuai dengan Putusan MK yang telah dibahas pada paragraf sebelumnya.

Selain itu kasus lain yang berkaitan dengan alat bukti elektronik adalah kasus “papa minta saham” yang melibatkan mantan Ketua DPR RI periode 2016-2019 Setya Novanto⁴⁶ terkait perkara rekaman suaranya yang dijadikan sebagai bukti (yang bisa sebagai alat bukti ataupun barang bukti) persidangan etika yang

⁴⁴ Rina Atriana, *Pengacara Jessica Minta Bukti CCTV Ditolak karena Diperoleh Secara Ilegal*, <https://news.detik.com/berita/d-3319372/pengacara-jessica-minta-bukti-cctv-ditolak-karena-diperoleh-secara-ilegal>, diakses 2 Februari 2018.

⁴⁵ Berdasarkan fakta pada rekaman CCTV yang jumlahnya lebih dari satu yang letaknya dari berbagai sudut di Olivier Cafe. CCTV yang jumlahnya lebih dari satu tersebut pun tidak ada satu CCTV pun yang menunjukan Jessica memasukan apapun ke dalam gelas berisi kopi yang diseruput korban Mirna. Ditambah lagi dengan keterangan saksi dari Olivier Cafe yang tidak melihat Jessica memasukan apapun ke dalam gelas tersebut, karena memang Jessica tidak pernah menyentuh apalagi memasukan sianida. Lihat Ricky Vinando, *Kasus Mirna: 10 Bukti Hukum Jessica Tidak Bersalah*, https://www.kompasiana.com/rickyvinandooo/kasus-mirna-10-bukti-hukum-jessica-tidak-bersalah_57ff7bb82e977378172da02f, diakses 1 Februari 2018.

⁴⁶ Gugatan ini terkait dengan kasus penyadapan percakapan antara Setya Novanto, pengusaha minyak Riza Chalid, dan Direktur Freeport Indonesia Maroef Sjamsoeddin. Pembahasan soal perpanjangan kontrak itu direkam Maroef dan diserahkan ke Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Sudirman Said, yang kemudian melaporkannya ke DPR. Lihat <https://nasional.tempo.co/read/802445/mk-penyadapan-atas-setya-pada-kasus-papa-minta-saham-ilegal>, diakses pada 2 Februari 2018.

kemudian disiarkan secara luas. Kemudian Setya Novanto⁴⁷ mengajukan uji materi atas Undang-Undang ITE⁴⁸ dan dikabulkan sebagian. Kemudian MK mengeluarkan Putusan MK Nomor : 20/PUU-XIV/2016 dan menyatakan bahwa sesuai dengan Pasal 5 Putusan MK tersebut menyatakan bahwa pemberlakuan penyadapan harus sesuai dengan peraturan yang berlaku, yaitu atas permintaan penegak hukum. Maka dari itu bukti elektronik berupa penyadapan tersebut tidaklah sah dan tidak memiliki kekuatan pembuktian.

Penolakan hakim terhadap alat bukti elektronik tersebut perlu dipertimbangkan, jika alat bukti elektronik merupakan satu-satunya bukti kuat yang menunjukkan adanya tindak pidana atau telah terjadi sebuah perbuatan pidana, karena tidak semua sistem elektronik yang diselenggarakan harus berdasarkan permintaan aparat penegak hukum, dan juga perlu dipertimbangkan apabila penolakan tersebut membawa dampak terhadap gugurnya perkara pidana padahal aspek materilnya terpenuhi. Selain itu gugurnya alat bukti elektronik

⁴⁷Setya Novanto menggugat UU ITE yang mengatur bahwa informasi atau dokumen elektronik merupakan salah satu alat bukti penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan yang sah, terutama dengan dokumen elektronik hasil dari penyadapan. Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya berpendapat bahwa penyadapan adalah kegiatan yang dilarang karena melanggar hak konstitusional warga negara, khususnya hak privasi untuk berkomunikasi, sebagaimana dijamin Pasal 28F UUD 1945. Lihat, <http://nasional.kompas.com/read/2016/09/07/15440041/mk.terima.sebagian.gugatan.uu.ite.yang.di.ajukan.setya.novanto>, Diakses 2 Februari 2018.

⁴⁸Setya Novanto merasa dirugikan dengan ketentuan Pasal 5 ayat (1) dan (2) serta Pasal 44 huruf b UU ITE yang mengatur bahwa informasi atau dokumen elektronik merupakan salah satu alat bukti penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan yang sah. Novanto juga merasa dirugikan dengan berlakunya ketentuan Pasal 26A Undang-Undang tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang menyatakan alat bukti yang sah berupa informasi yang diucapkan, dikirim, diterima, dan disimpan secara elektronik dengan alat serta dokumen yang setiap rekaman data atau informasi yang dapat dilihat, dibaca, dan atau didengar yang dapat dikeluarkan dengan atau tanpa bantuan suatu sarana, baik yang tertuang di atas kertas, benda fisik apapun selain kertas, maupun yang terekam secara elektronik. Lihat Arief Heryogi, *Fungsi Bukti Elektronik Dalam Hukum Acara Pidana Pasca Putusan Mahkamah konstitusi Nomor 20/PUU-XIV/2016*, Jurnal JIPPK, Volume 2, Nomor 1 ISSN: 2528-0767 (p) dan 2527-8495 (e), Universitas Brawijaya, Malang, 2017, hlm 8.

yang notabene justru merupakan bukti kuat yang menunjukkan bahwa telah terjadi sebuah perbuatan pidana bertentangan dengan filosofi dasar dari hukum yaitu prinsip keadilan⁴⁹ dan prinsip kepastian hukum

Prinsip keadilan merupakan nilai filosofi yang harus terkandung di dalam setiap peraturan perundang-undangan. Keadilan sebagai prinsip dasar dalam hukum tentu tidak dapat diabaikan. Permasalahannya adalah, jika bukti elektronik tersebut tidak dimintakan oleh aparat penegak hukum/tidak sah menurut undang-undang namun pada bukti tersebut justru terdapat informasi yang menunjukkan telah terjadi perbuatan pidana dan pelaku dari tindak pidana tersebut. Ketentuan undang-undang menjadi tidak adil dan tidak memberikan kepastian hukum.

Berkaitan dengan beberapa kasus perkara pidana tadi, Putusan MK Nomor: 20/PUU-XIV/2016 yang kemudian menjadi UU No 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang ITE menimbulkan permasalahan lain, khususnya pernyataan mengenai bahwa bukti elektronik bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai khususnya frasa “Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik” sebagai alat bukti dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan/atau institusi penegak hukum lainnya. Dengan demikian, ada penambahan pengaturan legalitas formil terhadap bukti informasi elektronik untuk dapat diakui sebagai alat bukti

⁴⁹ Hart mengemukakan, bahwa prinsip umum keadilan dalam hukum adalah kesetaraan dan kesetaraan. Artinya bahwa untuk hal yang serupa diperlakukan dengan cara yang serupa, sedangkan untuk hal yang berbeda diperlakukan dengan cara yang berbeda. Pandangan ini memberikan persepsi bahwa kesetaraan terhadap individu harus diperlakukan sama dengan individu yang lainnya, menjadi relatif jika kesetaraan berbeda dari apa yang dilakukan terhadap cara yang diperlakukannya, begitu juga dengan perlakuan terhadap hal yang serupa dengan cara yang serupa pula. Lihat Yus_nus Suhardi Ruman, 2-12, *Keadilan Hukum dan Penerapannya dalam Pengadilan*, Jurnal *Humaniora*, Volume 3, Nomor 2, Oktober 2012, hlm. 348.

yang sah, yaitu harus adanya permintaan dari aparat penegak hukum, yang tentu saja permintaan tersebut harus dapat dibuktikan dengan bukti tertulis. Tujuan pembuktian dalam hukum acara pidana adalah untuk menemukan dan mendapatkan kebenaran materiil yang sebenarnya dan selengkapnyanya dari suatu perkara pidana,⁵⁰ sehingga apabila ada informasi elektronik memuat informasi mengenai adanya suatu tindak pidana maka Hakim seharusnya tidak boleh menampik suatu kehadiran informasi elektronik hanya karena bentuknya yang elektronik dan keberadaannya tanpa melalui permintaan aparat penegak hukum.

Dalam putusan itu MK memberi pertimbangan bahwa penyadapan/perekaman merupakan bentuk pelanggaran privasi dan melanggar HAM sehingga harus dilakukan dengan/berdasarkan prosedur yang sah agar tidak terjadi kesewenang-wenangan.⁵¹ Menurut penulis, MK memukul rata pengertian dan pemahaman mengenai penyadapan dan merekam/rekaman menggunakan media elektronik lainnya. Jika memang seperti itu, maka maksud MK jika ditafsirkan adalah penyadapan dan rekaman tersebut dinyatakan sebagai kegiatan ilegal, maka CCTV ditempat umum yang bukan ranah privasi juga tidak dapat digunakan sebagai alat bukti, karena direkam secara ilegal menurut putusan MK. Tentu pertanyaan yang akan muncul bagaimana dengan permintaan perekaman/pemasangan kamera CCTV maka seluruh pemasangan kamera CCTV di mall-mall, supermarket, minimarket, jalan raya, kompleks perumahan, instansi pemerintahan, mesin ATM, dan lainnya, apakah harus atas permintaan kepolisian

⁵⁰ Hibnu Nugroho, *Integralisasi Penyidikan Tindak Pidana Korupsi Di Indonesia*, Media Prima Aksara, Jakarta, 2012, hlm. 31.

⁵¹ Rachmad Yuliadi Nasir *Penyadapan Melanggar Hak Privasi Setiap Orang Dalam berkomunikasi*, <https://www.kompasiana.com/rachmadbacakoran/penyadapan-melanggar-hak-privasi-setiap-orang-dalam-berkomunikasi> 5500d9b8813311791bfa7f76, diakses 17 Januari 2017.

dan/atau penegak hukum lainnya jika nantinya akan dijadikan sebagai alat bukti hukum yang sah di sidang pengadilan? Perlu diketahui CCTV bukanlah alat penyadapan (intersepsi), melainkan alat pengawas, dan penggunaan CCTV bukanlah bagian dari pelanggaran privasi bila berada di tempat umum. Bila dipahami, CCTV adalah perpanjangan dari petugas/sekuriti.

Berdasarkan hal tersebut mengakibatkan posisi alat bukti elektronik pasca dikeluarkannya tahun 2016 tentang Perubahan atas UU ITE tersebut akan berada pada posisi dilematis dan menimbulkan ketidakpastian hukum terhadap keabsahan alat bukti elektronik. Bukti elektronik yang tidak disertai dengan permintaan penegak hukum secara sah sudah tentu tidak memiliki kekuatan hukum. Contohnya jika pemasangan CCTV adalah merupakan inisiatif dari si pemilik tempat dan tanpa adanya permintaan atau izin dari penegak hukum, sehingga CCTV tersebut menjadi petunjuk baik bagi pihak pemilik tempat maupun penegak hukum dalam mengungkap suatu tindak pidana, jika CCTV tersebut disamakan dengan intersepsi maka menurut Undang-Undang No 19 tahun 2016 tersebut tidak dapat dijadikan alat bukti, karena melanggar HAM. Selain itu adanya video amatir memakai kamera *Handphone* atau kamera lainnya yang memiliki kemampuan untuk merekam suatu kejadian terkait dengan misalnya terjadinya pengeboman, pembunuhan, pencurian dan lain sebagainya yang sengaja direkam karena tidak memungkinkan masyarakat sipil berdaya untuk menangkap si Pelaku dan perlu bantuan aparat kepolisian, maka rekaman video tersebutlah yang dijadikan bukti

bahwa telah terjadi kejahatan dan terlihat siapa yang menjadi pelaku dari kejahatan melalui video hasil rekaman tersebut.⁵²

Berdasarkan itu penulis menilai penafsiran MK itu bertolak belakang dengan semangat UU ITE, yaitu memberikan perlindungan/kepastian hukum atas transaksi elektronik. Pada penjelasan Pasal 5 Ayat (1) Undang-Undang No 11 tahun 2008 ITE jelas menegaskan bahwa keberadaan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik mengikat dan diakui sebagai alat bukti yang sah untuk memberikan kepastian hukum, bahkan Pasal 5 Ayat (1) menambah (memperluas) jenis alat bukti hukum yang selama ini dikenal dalam hukum acara perdata maupun pidana. Tidak dipersoalkan bagaimana alat bukti tersebut dihasilkan sepanjang alat bukti dimaksud dapat dipertanggungjawabkan keutuhannya (integritasnya) dan dihasilkan dari sistem elektronik yang telah ditetapkan undang-undang.

Selain itu, permasalahan lainnya yang sering menjadi pertanyaan adalah bagaimana jaminan dengan keaslian data/informasi elektronik yang tersimpan di dalam alat bukti elektronik (dokumen elektronik) yang dihadirkan dipersidangan. Hal ini menjadi pertanyaan karena informasi elektronik asli dan salinan tidak dapat dibedakan, kecuali bila mendapatkan proses editing. Apalagi saat ini informasi elektronik dapat dipindah alihkan ke media lain seperti *flashdisk*, *hard disk*, *SSD (Solid State Disk)*, *CD*, *DVD*, *Blueray*, dan bahkan dapat disimpan pada media awan (*cloud*)⁵³. Tentu diperlukan metode khusus untuk menentukan

⁵²Arief Heryogi, *Op. Cit.*, hlm. 9.

⁵³ Definisi dari *cloud computing* masih bervariasi dan banyak orang masih tidak sepaham tentang apa itu *cloud computing*. Untuk aplikasi dan pengguna IT, *cloud computing* merupakan *IaaS (IT asa services)*. Menyediakan layanan komputasi, penyimpanan data, dan aplikasi dapat

keaslian informasi elektronik yang tersimpan pada media tersebut. Jika mengacu pada penjelasan pasal 6 UU ITE, karena Sistem Elektronik pada dasarnya beroperasi dengan cara penggandaan yang mengakibatkan informasi yang asli tidak dapat dibedakan lagi dari salinannya, maka dokumen yang asli dan salinannya tidak relevan lagi untuk dibedakan, sepanjang informasi yang tercantum di dalamnya dapat diakses, ditampilkan, dijamin keutuhannya, dan dapat dipertanggungjawabkan sehingga menerangkan suatu keadaan. Maka hal ini akan menjadi rumit jika bukti elektronik yang melalui proses penggandaan tersebut merupakan satu-satunya bukti kuat yang menunjukkan telah terjadinya tindak pidana.

Dari sekelumit permasalahan yang dijelaskan pada paragraf-paragraf diatas, terdapat suatu persoalan yang sangat penting dan menjadi inti permasalahan yang akan dibahas pada disertasi ini, yaitu apakah bukti elektronik ini merupakan alat bukti elektronik yang berdiri sendiri di luar alat bukti yang diatur di dalam KUHAP atau merupakan perluasan alat bukti petunjuk. Tumpang tindih kedudukan dari bukti elektronik dimana dalam beberapa undang dapat ditafsirkan bahwa bukti elektronik merupakan alat bukti yang berdiri sendiri, namun beberapa undang-undang lainnya khususnya Undang-Undang No 19 Tahun 2016 menyatakan bahwa bukti elektronik merupakan perluasan dari alat bukti surat dan petunjuk. Hal ini tentunya akan menimbulkan multi tafsir di dalam penggunaan bukti elektronik dalam pembuktian perkara pidana.

diakses melalui media Internet dari pusat data yang tersentralisasi. Lihat Praveena, K. and Betsy, *Application of Cloud Computing in Academia*, IUP Journal of Systems Management Volume 7, 2009, hlm 50-54.

Persoalan diatas adalah paradoksal mengenai kedudukan bukti elektronik yang diakibatkan oleh berbagai undang-undang. Apakah alat bukti elektronik adalah suatu alat bukti yang berdiri sendiri atau justru hanya perluasan alat bukti. Jika kita memposisikan alat bukti elektronik sebagai alat bukti yang berdiri sendiri dan menambah deretan alat-alat bukti yang diatur pada Pasal 184 KUHAP, maka akan menimbulkan persoalan lain. Perlu dipahami bahwa KUHAP Indonesia menganut stelsel *negatief wettelijk*. Stelsel ini memaksa aparat penegak hukum dalam memeriksa dan menyidangkan suatu perkara pidana untuk hanya menggunakan alat-alat bukti yang ada pada Pasal 184 KUHAP. Sifat limitatif ini tentunya tidak memberi ruang kepada alat bukti elektronik sebagai alat bukti keenam melengkapi alat-alat bukti yang ada pada KUHAP. Oleh karena itu, tentu kita tidak bisa sekonyong-konyong menetapkan bahwa kedudukan bukti elektronik adalah suatu alat bukti yang beridiri sendiri.

Sebaliknya jika bukti elektronik diposisikan sebagai perluasan alat bukti surat dan alat bukti petunjuk sebagaimana yang di mandatkan oleh beberapa Undang-Undang termasuk UU ITE juga akan menimbulkan persoalan. Sebagiaan ahli menilai bahwa bukti elektronik seharusnya memiliki kekuatan pembuktian yang kuat, bahkan dapat disamakan dengan kekuatan pembuktian keterangan saksi. Namun tentunya bukti elektronik yang dikategorikan demikian harus melewati serangkaian pemeriksaan verifikasi dan autentifikasi mengenai keaslian informasi elektronik yang ada di dalamnya. Namun jika bukti elektronik diposisikan sebagai perluasan alat bukti petunjuk, maka kekuatan pembuktiannya akan disesuaikan dengan kekuatan pembuktian dari alat bukti petunjuk itu, yang

mana alat bukti petunjuk memiliki kekuatan pembuktian bebas. Artinya hakim dapat menilai atau bahkan tidak menilai kekuatan pembuktian dari alat bukti petunjuk tersebut. Hal ini tentunya melemahkan bukti elektronik jika ternyata didalam bukti elektronik tersebut terdapat informasi yang menerangkan bahwa telah terjadi atau tidak terjadinya suatu tindak pidana dan terdakwa yang melakukan atau tidak melakukannya.

Dari beberapa permasalahan yang dibahas di atas, disimpulkan bahwa kedudukan alat bukti elektronik masih sumir dan pengaturan mengenai alat bukti elektronik di Indonesia masih memerlukan pengaturan yang lebih maju dari *state of the art* yang ada, selain itu dirasa perlu untuk mengadopsi beberapa hal yang mencakup konsep baru mengenai alat bukti elektronik yang dianggap sesuai dan dibutuhkan dalam perkembangan hukum telekomunikasi dan informasi di Indonesia, mengingat semakin tertinggalnya Indonesia dalam hal alat bukti elektronik yang semakin berkembang seiring dengan perkembangan telekomunikasi dan informasi. Untuk itu penulis akan menganalisis hal tersebut terkait dengan sampai sejauhmana penegakan hukum alat bukti elektronik dalam peradilan, penulis juga akan menganalisis konstruksi hukum mengenai alat bukti elektronik tersebut sehingga ketentuan-ketentuan mengenai hal tersebut menjadi lebih jelas.

B. Rumusan Masalah

Dalam rangka penelitian ini, pembahasan masalah akan dititik beratkan pada aspek-aspek yang berkaitan dengan hukum pembuktian, yang terfokus pada

alat bukti elektronik. Dari latar belakang masalah di atas terlihat bahwa pengaturan hukum pembuktian terhadap alat bukti elektronik masih lemah, sumir, multi interpretasi, menumbulkan paradoksal sehingga berpotensi kearah ketidakpastian hukum, hal ini dikarenakan peraturan perundang-undangan yang ada saat ini belum mampu memberikan kepastian hukum yang jelas mengenai kedudukan alat bukti elektronik dalam pembuktian perkara pidana, sehingga masih memerlukan penelitian yang mendalam. Untuk itu dari latar belakang tersebut dapat dirumuskan masalah-masalah penelitian yaitu:

1. Bagaimana perwujudan prinsip keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan hukum pada alat bukti elektronik sebagai alat bukti yang sah dalam pembuktian perkara pidana?
2. Bagaimana kedudukan alat bukti elektronik dalam perkara pidana di tengah konvergensi prinsip keadilan dan kepastian hukum dalam pembuktian perkara pidana?

C. Tujuan Penelitian

Sejalan dengan permasalahan yang akan menjadi fokus studi, maka yang menjadi tujuan penelitian⁵⁴ ini adalah:

1. Tujuan Umum

Penelitian ini berusaha mengungkap kedudukan alat bukti elektronik pasca dikeluarkanya Undang-Undang NO. 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang ITE, sehingga novelty yang diharapkan dalam

⁵⁴ Tujuan Penelitian harus dinyatakan dengan jelas dan singkat, tujuan penelitian yang dinyatakan dengan terang dan jelas akan dapat memberikan arah pada penelitiannya. Lihat Amirudin, Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Raja grafindo persada, Jakarta, 2004, hlm 39.

disertasi ini adalah terumuskannya definisi, fungsi, jenis dan treatment/investigasi, pemeriksaan alat bukti elektronik yang berdasarkan sesuai dengan perkembangan informasi dan telekomunikasi yang berlandaskan hukum dalam pembaruan hukum acara pidana di Indonesia.

2. Tujuan Khusus

- a. Untuk perwujudan prinsip keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan hukum pada alat bukti elektronik sebagai alat bukti yang sah dalam pembuktian perkara pidana.
- b. Untuk kedudukan alat bukti elektronik dalam perkara pidana di tengah konvergensi prinsip keadilan dan kepastian hukum dalam pembuktian perkara pidana.

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat teoretis

Hasil penelitian ini diharapkan menemukan sebuah konsep yang lebih kongkret mengenai alat bukti elektronik sebagai alat bukti yang berdiri sendiri di luar KUHAP, sehingga bisa dijadikan acuan dalam merumuskan kedudukan, fungsi, treatment, pemeliharaan dan pemeriksaan alat bukti elektronik.

2. Manfaat Praktis

Dari segi penerapannya diharapkan memberikan sumbangan pemikiran pada pemerintah untuk menjadikan penelitian ini sebagai salah satu rujukan dalam merumuskan Peraturan perundang-undangan yang memuat

perihal mengenai alat bukti elektronik terutama pada Rancangan KUHAP, sehingga alat bukti elektronik dapat dipergunakan dalam hukum pembuktian di Indonesia.

E. Keaslian Penelitian

Untuk menjamin keaslian penelitian disertasi ini, maka penulis akan memaparkan beberapa penelitian sejenis dan perbedaannya dengan disertasi yang tengah ditulis ini. Ketika penulis menelusuri literatur-literatur berupa disertasi yang berkaitan topik yang dibahas dalam disertasi yang penulis tulis, tidak ada satupun disertasi yang mengkaji persoalan pembuktian seperti yang menjadi objek penelitian dalam disertasi ini. Meskipun demikian terdapat beberapa disertasi yang secara khusus membahas hukum pembuktian dalam perkara pidana, yaitu:

1. Penelitian disertasi oleh Lilik Mulyadi, dengan judul “Asas Pembalikan Beban Pembuktian Terhadap Tindak Pidana Korupsi Dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia Dihubungkan Dengan Konvensi Perserikatan Bangsa-bangsa Anti Korupsi 2003” pada Program Studi Doktor Ilmu Hukum (S3) Universitas Padjajaran tahun 2007, menjelaskan bahwa perkara pidana korupsi di Indonesia belum pernah dilaksanakan. Praktik pembalikan beban pembuktian di Hong Kong (Putusan Pengadilan Tinggi Hong Kong antara *Attorney General Of Hong Kong v Hui Kin Hong* dan Putusan Pengadilan Tinggi Hong Kong antara *Attorney General Of Hong Kong v Lee KwangKut*) dan India (Putusan Mahkamah Agung India antara *State of Madras v A.= Vaidnyanatha Iyer* dan Putusan Mahkamah Agung

India antara *State of WestBengal v The Attorney General for India* (AIR 1963 SC 255) dilakukan terhadap asal-usul kepemilikan harta pelaku dengan mempergunakan teori pembalikan beban pembuktian keseimbangan kemungkinan (*balanced probability principles*) sehingga implementasinya tetap menjunjung tinggi HAM dan ketentuan hukum acara pidana. Teori *balanced probability principles* menempatkan hak asasi pelaku tindak pidana korupsi dalam kedudukan (*level*) paling tinggi mempergunakan teori probabilitas berimbang yang sangat tinggi (*highest balanced probability principles*) dengan sistem pembuktian menurut UU secara negatif atau *beyond reasonable doubt*. Kemudian secara bersamaan di satu sisi khusus terhadap kepemilikan harta kekayaan pelaku tindak pidana korupsi diterapkan asas pembalikan beban pembuktian melalui teori probabilitas berimbang yang diturunkan (*lowest balanced probability principles*) sehingga kedudukannya lebih rendah dibandingkan dengan asas praduga tidak bersalah (*presumption of innocence*) karena harta kekayaan orang ditempatkan pada level paling rendah ketika pelaku tersebut dalam kedudukan belum kaya. Kebijakan legislasi dalam peraturan tindak pidana korupsi Indonesia khususnya ketentuan Pasal 12B, Pasal 37, Pasal 37A dan Pasal 38B UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001 terdapat ketidakjelasan dan ketidakharmonisan perumusan norma pembalikan beban pembuktian. Ketentuan Pasal 12B dari perspektif perumusan unsur delik dicantumkan secara lengkap dan jelas (*materiele feit*) dalam satu pasal sehingga

membawa implikasi yuridis Jaksa Penuntut Umum imperatif membuktikan perumusan delik tersebut dan konsekuensinya pasal tersebut salah susun, karena seluruh bagian inti delik disebut sehingga yang tersisa untuk dibuktikan sebaliknya malah tidak ada. Kemudian ketentuan Pasal 37 senyatanya bukanlah pembalikan beban pembuktian karena dicantumkan atau tidak norma pasal tersebut tidak akan berpengaruh bagi terdakwa untuk melakukan pembelaan terhadap dakwaan menurut sistem *accusatoir* yang dianut Sistem Peradilan Pidana Indonesia. Ketentuan Pasal 38B hanya ditujukan terhadap pembalikan beban pembuktian untuk harta benda yang belum didakwakan dan hanya dapat dijatuhkan terhadap tindak pidana pokok (Pasal 37A ayat (3)) dan tidak dapat dijatuhkan terhadap gratifikasi sesuai ketentuan Pasal 12B ayat (1) huruf a UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001. Oleh karena itu, khusus terhadap gratifikasi Jaksa Penuntut Umum tidak dapat melakukan perampasan harta pelaku yang diduga melakukan tindak pidana korupsi, begitupun sebaliknya terdakwa tidak dapat dibebankan melakukan pembalikan beban pembuktian terhadap asal usul hartanya. Pascaberlakunya Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi 2003 (KAK 2003) diperlukan suatu modifikasi perumusan norma pembalikan beban pembuktian yang bersifat preventif, represif dan restorative.

2. Kemudian, Penelitian disertasi (S3) oleh Suhartoyo dengan judul “Argumen Pembalikan Beban Pembuktian Sebagai Metode Prioritas

dalam Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Tindak Pidana Pencucian Uang” Pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Jayabaya Tahun 2014. Pada disertasi itu Suhartoyo menjabarkan bahwa asas *premium remedium* merupakan langkah massif yang bertujuan mengembalikan keuangan negara dari perbuatan korupsi dan pencucian uang. Dalam kondisi tertentu, penggunaan hukum pidana tidaklah semata ditempatkan sebagai upaya akhir (*ultimum remedium*). Dengan kata lain dapat saja digunakan prinsip *premium remedium*. Apalagi korupsi tak hanya dianggap sebagai *extraordinary crime*, tetapi juga *crime against humanity*. Untuk mengungkap kasus korupsi itulah beban pembuktian penting diperhatikan. Tantangannya, metode pembalikan beban pembuktian menghadapi persoalan teknis.

Siapa yang mendalilkan, dialah yang membuktikan. Begitulah prinsip yang selama ini dikenal dalam sistem pembuktian. Siapa yang mengklaim orang lain punya utang padanya, maka ia harus membuktikan klaim itu. Dalam kasus korupsi dan pencucian uang, sistem pembuktian itu dibalik; tak lagi ada di tangan jaksa, melainkan di tangan orang yang didakwa. Inilah yang dapat dianggap sebagai terobosan bagi aparat penegak hukum. Dilema yang dihadapi aparat penegak hukum di Indonesia berkaitan dengan politik legislasi.

Peraturan pemberantasan korupsi lama, UU No. 3 Tahun 1971 sebenarnya sudah menyinggung bahwa hakim dapat memperkenankan terdakwa memberikan keterangan tentang pembuktian bahwa ia tidak

bersalah. Dalam UU No. 31 Tahun 1999 juncto UU No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi mempertegas lagi bahwa terdakwa wajib membuktikan harta kekayaannya bukan merupakan hasil tindak pidana korupsi. UU Pemberantasan Korupsi Indonesia memperkenalkan tiga sistem pembuktian.

Pertama, pembalikan beban pembuktian dibebankan kepada terdakwa untuk membuktikan dirinya tidak melakukan tindak pidana sebagaimana yang dituduhkan. Kedua, metode pembalikan beban pembuktian yang bersifat semi terbalik atau terbatas dan berimbang. Dalam konteks ini, beban pembuktian diletakkan baik di pundak terdakwa maupun penuntut umum secara berimbang. Ketiga, sistem konvensional, dimana pembuktian tindak pidana korupsi dan kesalahan terdakwa dibebankan sepenuhnya kepada penuntut umum.

Suhartoyo berpendapat bahwa penerapan metode pembalikan beban pembuktian baik dalam tindak pidana korupsi maupun dalam pencucian uang belum dapat berjalan secara optimal. Penyebabnya beragam, mulai dari disharmoni perundang-undangan hingga tumpang tindih kewenangan dalam pemberantasan korupsi. Menurutnya, pemberantasan korupsi termasuk pembuktiannya harus dilakukan secara integral, sistematis, mencakup pula pembenahan terhadap substansi, struktur, dan budaya hukum.

3. Selanjutnya, penelitian disertasi (S3) oleh Martua Silitonga dengan Judul “Penggunaan Asas Pembuktian Terbalik Dalam Tindak Pidana Pencucian

Uang” pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Gajah Mada tahun 2018. Pada penelitian tersebut dijelaskan bahwa telah terjadi pergeseran dalam kewajiban pembuktian dari Jaksa Penuntut Umum berdasarkan asas "*actoryincumbit onus probandi*" kepada Terdakwa. Penggunaan asas pembuktian terbalik secara sosiologis dilatarbelakangi pendapat Roscoe Pound "*Law is a tool of social engineering*" sebagai faktor penyeimbang dalam menjaga keseimbangan kepentingan antara terdakwa, kepolisian, kejaksaan dan hakim, sehingga diberlakukan "asas kesetimbangan yuridis", berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dan Undang-Undang No. 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang. Kebijakan Hukum Pidana Terhadap Penggunaan Asas Pembuktian Terbalik harus menitikberatkan kepada tujuan hukum dan prinsip ekonomi dalam upaya mencapai keseimbangan, efisiensi, dan maksimalisasi sehingga diperlukan peran serta dari lembaga-lembaga atau badan-badan terkait sebagai independent regulatory agencies dalam kewenangan penindakan (penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan penyitaan), dan penelitian ini juga menyarankan diperlukan adanya pengaturan mengenai asal pembuktian terbalik dalam rancangan KUHAP yang baru dan di bentuknya suatu Komisi Pencegahan dan Pemberantasan TPPU atau Badan Nasional tentang Pencegahan dan Pemberantasan TPPU.

4. Berkutnya penelitian oleh Soehartono Soemarto dengan Judul “Rekonstuksi Pembuktian Terbalik Pada Tindak Pidana Korupsi

Gratifikasi” pada Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang tahun 2019. Pada penelitian tersebut dijelaskan bahwa kebijakan pengaturan perundang-undangan tentang pemberantasan tindak pidana korupsi yang saat ini berlaku dalam pembuktian terbalik (*omkering van bewijslast / the several of the burden of proof*), ketentuan mengenai pembuktian terbalik pada delik Gratifikasi terdapat pada Pasal 12 B Ayat (1) huruf a dan b, Ayat (2) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yang dalam perumusannya, Pasal 12 B mencerminkan rasa tidak adil. Meskipun ada pemisahan secara jelas terhadap ketentuan jumlah nominal pada Ayat (1) huruf a dan b, namun ketentuan sanksi yang diatur pada Ayat (2) nya sama atau dengan kata lain esensi dari pemisahan jumlah nilai tersebut tidak ada urgensinya, dan bertentangan dengan Pasal 37 Undang-undang Tindak Pidana Korupsi jo Pasal 27 ayat (1) Undang-undang Dasar 1945. Dari hal tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 merupakan perubahan atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang berlaku saat ini khususnya delik Gratifikasi masih belum menjamin asas persamaan hak atau kesetaraan hukum, sehingga belum bisa mewujudkan tujuan dibentuknya hukum untuk masyarakat Oleh karena hal tersebut Undang-undang Tindak Pidana Korupsi terhadap delik Gratifikasi dimasa mendatang harus memuat rumusan pasal yang lebih baik, dengan menghilangkan ketentuan

pemisah jumlah nominal Gratifikasi dan menghapuskan ketentuan minimal dari sanksi pelaku tindak pidana korupsi di Indonesia.

Ketiga disertasi di atas memiliki tema yang sama dengan disertasi yang penulis tulis ini, yang “pembuktian perkara pidana” hanya saja persoalan yang diangkat berbeda dengan yang penulis tulis, penelitian Lilik Mulyadi dititikberatkan pada Pembalikan Beban Pembuktian Terhadap Tindak Pidana Korupsi Dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia, kemudian disertasi Martua Silitonga memfokuskan persoalan mengenai Asas Pembuktian Terbalik Dalam Tindak Pidana Pencucian Uang Serta penelitian Soehartono Soemarto memfokuskan persoalan penelitiannya tentang Rekonstruksi Pembuktian Terbalik Pada Tindak Pidana Korupsi Gratifikasi. Sedangkan penelitian disertasi yang penulis tulis memfokuskan persoalan pada persoalan perwujudan prinsip keadilan pada bukti elektronik dalam pembuktian perkara pidana.

F. Kerangka Teoretis

Untuk menjawab pertanyaan penelitian di atas diperlukan penetapan teori dan konsep, sebagaimana yang diungkapkan oleh Soekanto dalam menganalisis masalah hukum, adanya kerangka konseptual dan teoretis menjadikan syarat yang sangat penting.⁵⁵ Kerangka teori itu dijabarkan dan disusun dari tinjauan pustaka dan akan merupakan suatu bingkai yang mendasari pemecahan masalah serta merumuskan hipotesis.⁵⁶ Dari pemahaman tersebut teori memiliki peran

⁵⁵ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 7.

⁵⁶Elishabeth N. Butarbutar, *Op. Cit.*, hlm. 9.

sebagai pisau analisis di dalam menganalisis sebuah masalah hukum. Untuk itu teori yang digunakan untuk membahas permasalahan pada penelitian disertasi ini adalah:

1. Teori Keadilan

Keadilan pada hukum pidana adalah suatu keputusan dan tindakan yang didasarkan atas norma-norma yang objektif, namun tidak subjektif atau sewenang-wenang dan juga merupakan suatu perilaku adil, yaitu menempatkan segala sesuatu pada tempatnya atau sesuai dengan porsinya. Keadilan dalam hukum pidana adalah kebajikan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran.

Keadilan dalam konteks hukum terkait erat dengan makna legalitas. Dikatakan adil jika peraturan yang dibuat berlaku secara sama, setara dan tanpa diskriminasi hukum yang diterapkan kepada semua kasus yang menurut peraturannya harus diterapkan.⁵⁷ Legalitas secara hukum terhadap peraturan yang diberlakukan mempunyai implikasi yang sama terhadap semua perbuatan yang dilakukan dengan prinsip mengacu kepada isi dari perbuatan itu sendiri, dan dikatakan tidak adil jika penerapan dari peraturan itu tidak diterapkan pada perbuatan yang sama di tempat yang berbeda.

Makna yang disampaikan oleh Kelsen merujuk kepada keadilan yang menitikberatkan terhadap tindakan yang dilakukan dengan sanksi yang diberikan. Ketika ada kasus yang sama di tempat yang berbeda, maka penerapan ketentuan

⁵⁷ Hans Kelsen, *Teori Umum Hukum dan Negara: Dasar-dasar Ilmu Hukum Norma sebagai Ilmu Hukum Deskriptif- Empirik*, terjemahan Somardi, Jakarta: Bea Media Indonesia, hlm. 2007, 15-16.

peraturannya harus sama. Artinya, tidak memandang siapa yang melakukan perbuatan itu dan di mana perbuatan itu dilakukan. Sehingga, penekanan peraturan dan perbuatan itu menjadi inti dari prinsip keadilan, dengan prinsip kesamaan dalam penegakan terhadap perbuatan yang sama tidak memunculkan sebuah paradigma yang salah terhadap masyarakat.

Lebih lanjut Hans Kelsen mengemukakan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang bersifat subjektif. Walaupun suatu tatanan yang adil yang beranggapan bahwa suatu tatanan bukan kebahagiaan setiap perorangan, melainkan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yakni terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa atau pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan sandang, pangan dan papan. Tetapi kebutuhan-kebutuhan manusia yang manakah yang patut diutamakan. Hal ini dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional, yang merupakan sebuah pertimbangan nilai, ditentukan oleh faktor-faktor emosional dan oleh sebab itu bersifat subjektif.⁵⁸

Namun bagaimana jika justru peraturan perundang-undangan yang membuat ketidakadilan? Ketidakadilan tersebut memungkinkan memungkinkan seorang terdakwa lolos dari hukuman yang akan dijatuhkan padanya yang diakibatkan oleh bukti kuat yang dibatalkan oleh undang-undang.

Sarjana lain yang membahas tentang Teori Keadilan adalah Gustaf Radbruch, Teori Keadilan versi Gustav Radbruch ini berorientasi pada Tujuan

⁵⁸ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Bandung, Nusa Media, 2011, hlm. 7.

Hukum. Dalam teorinya Ia menyatakan perlu digunakan asas prioritas dari tiga nilai dasar yang menjadi tujuan hukum. Hal ini disebabkan karena dalam realitasnya, keadilan hukum sering berbenturan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum dan begitupun sebaliknya. Diantara tiga nilai dasar tujuan hukum tersebut, pada saat terjadi benturan, maka mesti ada yang dikorbankan. Untuk itu, asas prioritas yang digunakan oleh Gustav Radbruch harus dilaksanakan dengan urutan sebagai berikut:⁵⁹

- a. Keadilan Hukum;
- b. Kemanfaatan Hukum;
- c. Kepastian Hukum.

Dengan urutan prioritas sebagaimana dikemukakan tersebut di atas, makasistem hukum dapat terhindar dari konflik internal. Secara historis, pada awalnya menurut Gustav Radbruch tujuan kepastian menempati peringkat yang paling atas diantara tujuan yang lain. Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinyatersebut Jerman di bawah kekuasaan Nazi melegalisasi praktek-praktek yang tidakberperikemanusiaan selama masa Perang Dunia II dengan jalan membuat hukuyang mensahkan praktek-praktek kekejaman perang pada masa itu, Radbruch punakhirnya meralat teorinya tersebut di atas dengan menempatkan tujuan keadilan diatas tujuan hukum yang lain.⁶⁰

Bagi Radbruch ketiga aspek ini sifatnya relatif, bisa berubah-ubah. Satuwaktu bisa menonjolkan keadilan dan mendesak kegunaan dan kepastian hukum kewilayah tepi. Di waktu lain bisa ditonjolkan kepastian atau kemanfaatan.

⁵⁹ Muhammad Erwin, *Filsafat Hukum*, Raja Grafindo, Jakarta, 2012, hlm.123.

⁶⁰ Ahmad Zaenal Fanani, *Berpikir Falsafati Dalam Putusan Hakim*, Artikel ini pernah dimuat di Varia Peradilan No. 304 Maret 2011, hlm. 3.

Hubungan yang sifatnya relatif dan berubah-ubah ini tidak memuaskan. Meuwissen memilih kebebasan sebagai landasan dan cita hukum. Kebebasan yang dimaksud bukan kesewenangan, karena kebebasan tidak berkaitan dengan apa yang kita inginkan. Tetapi berkenaan dengan hal menginginkan apa yang kita ingini. Dengan kebebasan kita dapat menghubungkan kepastian, keadilan, persamaan dan sebagainya ketimbang mengikuti tersebut.⁶¹ Berdasarkan penjelasan kedua sarjana mengenai teori keadilan, penulis merasa teori Gustav Radbruch lebih cocok akan digunakan untuk menganalisis pada tataran filsafat untuk menjawab pertanyaan penelitian pertama pada disertasi ini.

2. Teori Pembaharuan Hukum Pidana

Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan peninjauan dan penilaian kembali sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofi dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.⁶² Upaya pembaharuan hukum pidana Indonesia mempunyai suatu makna yaitu menciptakan suatu kodifikasi hukum pidana nasional untuk menggantikan kodifikasi hukum pidana yang merupakan warisan kolonial yakni *Wetboek van Strafrecht Voor Nederlands Indie 1915*, yang merupakan turunan dari *Wetboek van Strafrecht Negeri Belanda* tahun 1886.⁶³

⁶¹ Sidharta Arief, *Meuwissen Tentang Pengembanan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 20.

⁶² Barda Nawawi Arief, 2010, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, cetakan kedua, PT. Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 30.

⁶³ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, cetakan ketiga, Alumni, Bandung, 2005, hlm. 4.

Kebutuhan pembaharuan hukum pidana bersifat menyeluruh (komprehensif) sudah dipikirkan oleh pakar hukum pidana sejak tahun 1960-an yang meliputi hukum pidana materiil, hukum pidana formil, dan hukum pelaksanaan pidana. Makna dari pembaharuan hukum pidana bagi kepentingan masyarakat Indonesia mengacu pada dua fungsi dalam hukum pidana, yang pertama fungsi primer atau utama dari hukum pidana yaitu untuk menanggulangi kejahatan. Sedangkan fungsi sekunder yaitu menjaga agar penguasa (pemerintah) dalam menanggulangi kejahatan betul-betul melaksanakan tugasnya sesuai dengan apa yang telah digariskan oleh hukum pidana. Di dalam fungsinya untuk menanggulangi kejahatan, hukum pidana merupakan bagian dari politik kriminal, disamping usaha nonpenal pada upaya penanggulangan itu. Mengingat fungsi tersebut, pembentukan hukum pidana tidak akan terlepas dari peninjauan efektivitas penegakan hukum.

Urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultural atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal & kebijakan penegakan hukum). Artinya, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek & kebijakan yang melatar belaknginya. Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya melakukan reorientasi & reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofi, dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.

Makna dan hakikat dari pembaharuan hukum pidana dapat ditempuh dengan dua cara sebagai berikut :⁶⁴

- a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial dalam rangka mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat).
- b. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).
- c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.

Pada dasarnya pembaharuan hukum pidana didasarkan pada beberapa alasan, yaitu: 1) KUHP dipandang tidak lagi sesuai dengan dinamika perkembangan hukumpidana nasional Indonesia; 2) Perkembangan Hukum Pidana diluar KUHP, baik berupa hukum pidanakhusus maupun hukum pidana administrasi telah menggeserkeberadaansystem hukum pidana dalam KUHP. Keadaan ini telah mengakibatkanterbentuknya lebih dari satu system hukum pidana yang berlaku dalamsystem hukum pidana nasional; 3) Dalam beberapa hal telah juga terjadi duplikasinorma hukum pidana antarnorma hukum pidana dalam KUHP dengan norma hukum pidana dalamundang-undang di luar KUHP.

Memang penjelasan di atas lebih memfokuskan pada hukum pidana materiil, namun menurut penulis pembaharuan hukum pidana di Indonesia tidak hanya sebatas pada hukum materiil saja, melainkan harus diperluas pada aspek hukum formilnya. Hal ini dikarenakan terdapat beberapa yang berkaitan dengan perkembangan teknologi dan hadirnya alat bukti elektronik yang tidak dibahas

⁶⁴ Barda Nawawi Arief, 2010, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 29-30

pada KUHAP, sedangkan kebutuhan akan alat bukti elektronik semakin didesak oleh perkembangan masyarakat yang selaras dengan perkembangan teknologi. Selain itu Hukum Acara Pidana (hukum pidana formil) mengatur tentang bagaimana negara melalui perangkatnya melaksanakan haknya untuk menerapkan hukum pidana materiil. Hukum acara pidana tertuju kepada dua sasaran pokok,⁶⁵ yaitu usaha melancarkan jalannya proses penerapan hukum pidana oleh alat perlengkapan negara yang berwenang dan jaminan hukum bagi setiap orang untuk menghindari tuntutan atau hukuman yang bertentangan dengan hak azasi manusia. Dengan demikian, keberadaan (eksistensi) dari hukum acara pidana sangat dibutuhkan dalam rangka memberikan keter-tiban, ketentraman, kepastian dan keadilan.

Pada beberapa literatur yang membahas mengenai pembaharuan hukum pidana membahas hal-hal esensial yang berhubungan dengan tiga pilar dalam pembaharuan hukum pidana yaitu tindak pidana (*criminal act*), Pertanggungjawaban Pidana (*Criminal Responsibility*), Pidana dan Pidanaan (*Punishment and Treatment System*). Ketiga hal esensial tersebut tidak akan penulis bahas pada disertasi ini, karena pembaharuan hukum pidana yang penulis maksud dalam tulisan ini adalah dalam aspek hukum pidana formil.

Pembaharuan sistem politik dan produk hukum yang berupa perundang-undangan tidak bisa dipungkiri. Undang- undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang- undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) memang patut

⁶⁵ Bambang Poernomo, *Pandangan Azas- azas Umum Hukum Acara Pidana*, Liberty, Jogjakarta, 1999, hlm. 5.

dibanggakan karya agung bangsa Indonesia,⁶⁶ yang perlu diberikan apresiasi. Kitab Undang- undang ini sudah merupakan pembaharuan total dari Kitab Undang- undang Hukum Acara Pidana kolonial yang berbentuk *Herziene Insland Reglement* (HIR).

KUHAP yang telah dikodifikasi di Indonesia merupakan unifikasi hukum yang lengkap, dalam arti seluruh proses pidana dari awal (mencari kebenaran) sampai pada kasasi di Mahkamah Agung, bahkan sampai meliputi peninjauan kembali/*herziening*.⁶⁷ Sebagai hukum acara pidana yang berisikan ketentuan tata tertib proses penyelesaian penanganan kasus tindak pidana, sekaligus telah memberi legalisasi hak azasi kepada tersangka atau terdakwa untuk membela kepentingannya di depan pemeriksaan aparat penegak hukum. Pengakuan hukum yang tegas akan hak azasi yang melekat pada diri mereka dari tindakan sewenang-wenang. KUHAP telah mencoba mengga-riskan tata tertib hukum yang antara lain melepaskan tersangka atau terdakwa maupun keluarganya dari kesengsaraan putus asa dibelantara penegakan hukum yang tak bertepi, karena sesuai dengan jiwa dan semangat yang diamantkannya, tersangka atau terdakwa harus diberlakukan berdasarkan nilai- nilai yang manusiawi.⁶⁸

Pada KUHAP Indonesia berisi proses penyelesaian dan penanganan suatu tindak pidana dalam sistem peradilan pidana terpadu (*criminal justice system*) yang telah dipergunakan lebih dari tiga dekade, namun pada faktanya masih terdapat beberapa kekurangan dan kelemahan pada KUHAP yang ditemukan pada

⁶⁶R. Soesilo, *KUHAP Dengan Segala Penjelasannya*, Politeia, Bogor, 2004, hlm. 1.

⁶⁷ Andi Hamzah, *Pengantar Hukum Acara Pidana Indonesia*, Aksara, Jakarta, 1987, hlm.

5.

⁶⁸M. Yahya Harahap, *Op. Cit.*, hlm 6

praktiknya. KUHAP tidak mampu mengimbangi perkembangan teknologi yang semakin pesat, sehingga perlu dilakukan pembaruan dengan hukum acara pidana yang lebih responsif. Dalam penjelasan umum Rancangan KUHAP dikemukakan sejumlah indikator yang menunjukkan KUHAP sudah ketinggalan zaman. *Pertama* KUHAP masih belum mampu memenuhi kebutuhan hukum dalam masyarakat, terutama dalam praktik penanganan perkara tindak pidana yang menjadi tugas para penegak hukum untuk menyelesaikan perkaranya secara baik dan adil. *Kedua* perkembangan hukum dan perubahan peta politik yang dibarengi dengan perkembangan ekonomi, transportasi dan teknologi yang global berpengaruh pula terhadap makna dan keberadaan substansi KUHAP.⁶⁹ Pentingnya dilakukan pembaharuan hukum acara pidana (KUHAP), agar tercipta supremasi hukum dengan menuju sistem peradilan pidana terpadu dengan menempatkan penegak hukum pada tugas, fungsi dan wewenangnya dan beradaptasi dengan kemajuan teknologi dan perkembangan hukum masyarakat. Selain itu, Pembaharuan dalam KUHAP ini seharusnya dapat menjawab paradoks yang ada pada alat bukti elektronik.

Hukum menyimpan kaidah nilai, kaidah peran dan organisasi. Melalui hukum, nilai-nilai dapat dijabarkan menjadi kaidah dan karena itu mempunyai kekuatan yang dipaksakan. Negara hukum modern Indonesia, lebih mengunggulkan *Supremacy of moral*. Sehingga memberikan tekanan yang istimewa terhadap aspek moral daripada aspek perundang-undangan semata-

⁶⁹ ChairulHuda, Reformasi Hukum Acara Pidana Indonesia Dalam RKUHAP, diakses dari laman website blogspot.com, pada tanggal 10 Juli 2021 pukul 10.00 WIB.

mata.⁷⁰ Hukum pidana materiil dan formil, merupakan rumpun hukum publik. Karenanya hukum pidana materiil (KUHP) dan hukum pidana Formil (KUHP), terjalin hubungan yang erat, mesra dan tidak terpisahkan dan saling menunjang. Hukum acara pidana merupakan peraturan hukum yang mengatur, menyelenggarakan dan mempertahankan eksistensi ketentuan hukum pidana materiil. Mengatur bagaimana cara dan proses pengambilan keputusan Hakim. Tentang peraturan hukum yang mengatur tahap pelaksanaan putusan Hakim, dengan berbagai asas yang dianutnya, yakni Asas *Equality before the law*, Asas *Legalitas*, Asas *Presumption of innocence*, Asas peradilan cepat, Asas bantuan hukum. Asas peradilan yang terbuka, *fairnes*.⁷¹ Pada RUU KUHP memperluas alat bukti, yakni bukti elektronik sebagai suatu alat bukti yang berdiri sendiri, hal bertujuan untuk mempermudah dengan cara meninggalkan segala fleksibilitas bagi jaksa dan penasehat hukum, dengan menampilkan alat bukti baru yang potensial di pengadilan.

Teori pembaharuan hukum pidana ini akan dipergunakan untuk menentukan kedudukan bukti elektronik pada Rancangan KUHP, sebagaimana yang telah dibahas pada latar belakang disertasi ini bahwa terdapat paradoksal, multi interpretasi dan dualisme pada kedudukan alat bukti elektronik. Untuk itu teori pembaharuan hukum pidana ini akan dipergunakan untuk menjawab penelitian kedua pada disertasi ini.

⁷⁰ Suteki. *Op cit*, hlm. 269.

⁷¹ Lilik Mulyadi. *Putusan Hakim Dalam Hukum Acara Pidana. Teori, praktek, Op cit*. hlm. 1-15.

3. Teori Positivisme Hukum

Indonesia adalah negara hukum sudah sewajarnya Indonesia berkewajiban untuk melaksanakan pembangunan di bidang hukum guna menuju tatanan masyarakat yang tertib, damai, adil dan sejahtera. Konteks pembangunan hukum² tentunya harus dimaknai sebagai sebuah perwujudan dari suatu pemikiran yang mendalam tentang bagaimana hukum nasional itu dibentuk, dilaksanakan/dipergunakan untuk mengatur kehidupan masyarakat, dan kemudian untuk ditegakannya. Dilihat dari aspek struktur pembentukan hukum, maka sangat jelas bahwa makna hukum akan dipersepsikan sebagai bentuk hukum yang tertulis yakni peraturan perundang-undangan.

Positivisme hukum dikenal juga sebagai teori hukum yang menganggap bahwa pemisahan antara hukum dan moral, merupakan hal yang teramat penting. Positivisme membedakan apa yang membuat suatu norma menjadi eksis sebagai standar hukum yang valid dan apa yang membuat suatu norma menjadi eksis sebagai standar moral yang valid. Bagi kaum positivis,⁷² norma-norma hukum yang "bengis" pun, dapat diterima sebagai hukum asalkan memenuhi kriteria formal yang ada tentang hukum.

Teori positivisme menurut Hans Kelsen memandang bahwa hukum adalah suatu perintah memaksa terhadap perilaku manusia (*law is a coercive order of human behavior*). Hukum adalah kaidah primer yang menetapkan sanksi-sanksi (*it is the primary norm which stipulates the sanction*). Dalam konsep hukum murni (*reine rechlehre, the pure theory of law*) kelsen memandang bahwa hukum harus

⁷²Achmad Ali., Menguak Teori Hukum (*Legal Theory*) dan Teori Peradilan (*Judicialprudence*), Kencana Prenada Group, Jakarta, 2009. Hlm. 55.

dibersihkan dari anasir-anasir yang sifatnya non hukum, seperti kultur, politik, sosiologis, dan sebagainya. Selain itu Positivisme menurut Prof. Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), membedakan lima arti dari “*positivisme*” seperti yang disebut dalam ilmu hukum kontemporer,⁷³ yaitu:

- a. anggapan bahwa undang-undang adalah perintah-perintah dari manusia (*command of human being*);
- b. anggapan bahwa tidak perlu ada hubungan antara hukum dengan moral atau hukum yang ada dan hukum yang seharusnya ada;
- c. anggapan bahwa analisa (studi tentang arti) dari konsepsi-konsepsi hukum :
 - 1) layak dilanjutkan, dan
 - 2) harus dibedakan dari penelitian-penelitian histories mengenai sebab-sebab atau asal-usul undang-undang dari penelitian sosiologis mengenai hubungan hukum dengan gejala sosial lainnya, dan kritik atau penghargaan hukum apakah dalam arti moral, tuntutan sosial, fungsi-fungsinya, atau sebaliknya;
- d. anggapan bahwa sistem hukum adalah suatu “sistem logis tertutup” dimana putusan-putusan hukum yang tepat dapat dihasilkan dengan cara yang logis dari peraturan-peraturan hukum yang telah ditentukan terlebih dahulu tanpa mengingat tuntutan sosial, kebijaksanaan, norma-norma moral,
- e. anggapan bahwa penilaian-penilaian moral tidak dapat diberikan atau dipertahankan. Misalnya, Pernyataan tentang fakta, dengan alasan yang rasional, petunjuk, atau bukti. (*non-cognitivism* dalam etika).
- f.

Berdasarkan pemikiran-pemikiran para eksponen positivisme tersebut, pada hakikatnya dilihat dari bentuknya, teori positivisme hukum memandang bahwa hukum adalah Undang-undang, dilihat dari isinya, hukum adalah perintah dari penguasa; maka terdapat otoritas penguasa yang membentuk undang-undang. Dalam teori ini, keadilan bukanlah unsur dalam hukum. Keadilan dipandang sebagai unsur *regulative*, bukan unsur *konstitutif*. Hukum yang tidak

⁷³W. Friedman., Teori dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis atas Teori-teori Hukum (susunan I), diterjemahkan dari buku aslinya “*Legal Theory*” oleh Mohamad Arifin., Rajawali, Jakarta., 1990., hlm. 147.

memenuhi rasa keadilan tetap disebut hukum, walaupun merupakan hukum yang buruk.

Penganut paham positivisme hukum, sehingga melahirkan persoalan yang paling fundamental yang berkaitan dengan moral di dalam hukum. Persoalan itu adalah apakah validitas hukum positif harus didukung oleh kaidah-kaidah moral?

Dari masalah tersebut menurut paham positivisme terdapat dua kubu, yaitu:

a. Positivisme hukum yang eksklusif

Paham ini berpendapat bahwa validitas hukum positif di suatu Negara sama sekali terlepas dari masalah-masalah moral, sehingga faktor moral tidak dapat dan tidak perlu digunakan untuk memberi validitas terhadap hukum positif.⁷⁴ Hukum hanya ada di dalam undang-undang (dan peraturan pelaksanaannya), di luar undang-undang tidak ada hukum.

b. Positivisme hukum yang inklusif.

Pandangan paham ini adalah bahwa faktor moral dapat (meskipun tidak selamanya) menjadi faktor yang menentukan valid atau tidaknya suatu hukum positif.⁷⁵ Artinya jika seandainya ada kaidah hukum positif yang tidak sejalan atau bahkan bertentangan dengan moral, maka kaidah hukum positif tersebut tidak valid.

Jika kedua paham mengenai kaidah moral yang terdapat pada kubu positivisme hukum itu dikaitkan dengan permasalahan di dalam disertasi ini maka, sistem pembuktian pidana yang bersifat negatif tersebut dapat dimaknai menganut paham positivisme yang eksklusif. Pembatasan pembuktian pada perkara

⁷⁴ Munir Fuadi, *Op. Cit.*, hlm. 73.

⁷⁵ *Ibid.*,

pidana dibatasi oleh undang-undang yaitu Pasal 184 KUHP tersebut bukan berarti terlepas dari masalah-masalah moral, namun aturan ini bersifat kaku. Artinya meskipun bersifat kaku dalam artian bahwa alat bukti yang sah tersebut hanyalah alat bukti yang ditetapkan di dalam undang-undang, unsur moralitasnya justru ditujukan pada hakim dalam menafsirkan dan menilai alat bukti tersebut, apakah alat bukti itu cukup bagi hakim untuk menyatakan seseorang bersalah atau tidak bersalah.

Teori positivisme hukum ini berdampak pada aspek penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara, sebagai wujud negara hukum, bahwa seluruh aparatur penyelenggara negara dari tingkat pusat sampai daerah, dari pejabat tertinggi hingga pejabat terendah dan seluruh warga negaranya semua berpegang dan mendasarkan pada hukum (undang-undang). Mulai dari peraturan perundang-undang tertinggi sampai pada peraturan pelaksanaan yang terendah dan konkrit, hingga seperti juklak dan juknis, merupakan landasan yuridis-normatif.

Hukum bersifat normatif, mengatur dan mewajibkan. Disebut normatif,⁷⁶ apabila pemerintah yang sah mengeluarkan suatu peraturan menurut perundang-undangan yang berlaku, peraturan tersebut ditanggapi sebagai norma yang berlaku secara yuridis, yakni peraturan itu terasa mewajibkan, sedemikian rupa sehingga seorang yang tidak menurut peraturan itu dapat dikritik kelakuannya, bahkan dapat dituntut hukuman terhadapnya.

⁷⁶Theo Huijbers., Filsafat Hukum. Penerbit Kanisius, 1991, hlm. 45

Timbulnya permasalahan hukum dalam kehidupan bermasyarakat, adalah akibat adanya suatu pelanggaran atas ketentuan peraturan perundang-undangan.

Bagi kaum legalist-positivis, prioritas utama dalam penyelesaian masalah hukum adalah adanya jaminan kepastian hukum. Kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan adalah sebuah doktrin. Doktrin kepastian hukum mengajarkan kepada setiap pelaksana dan penegak hukum untuk mendayagunakan hukum yang sama untuk kasus yang sama. Inilah doktrin kaum positivis, yang dikenali pula sebagai doktrin *the supreme state of (national) law* yang mengajarkan dan meyakini adanya status hukum yang mengatasi kekuasaan dan otoritas lain, semisal otoritas politik. Inilah doktrin yang berkonsekuensi pada ajaran lebih lanjut agar setiap ahli hukum, khususnya yang tengah bertugas sebagai hakim, tidak menggunakan rujukan-rujukan normatif lain selain yang terbilang norma hukum guna menghukumi sesuatu perkara.⁷⁷

Ketika penegak hukum; Hakim, Jaksa, Polisi, dan Advokat atau paraprofesional yang bekerja di bidang hukum, akan menyelesaikan permasalahan hukum maka mereka akan mencari hukumnya dalam suatu Kitab Undang-undang atau peraturan perundang-undangan. Baik untuk merumuskan peristiwa hukumnya maupun untuk menemukan solusi hukumnya. Pandangan ini tentu tidak salah, sebab setiap permasalahan hukum melalui pendekatan

⁷⁷Soetandyo Wignjosoebroto., *Sebuah risalah ringkas "Kriteria dan Pengertian Hakim Dalam Perspektif Filosofis, Sosiologis dan Yuridis"* bahan diskusi yang diselenggarakan dalam rangka Seminar Nasional bertema "Problem Pengawasan Penegakan Hukum di Indonesia" diselenggarakan oleh Komisi Yudisial dan PBNU-LPBHNU di Jakarta 8 September 2006. hlm 1.

kualifikasi.⁷⁸ dan metode interpretasi tertentu terlebih dahulu akan ditentukan sebagai termasuk dalam peristiwa hukum apa, sehingga kemudian dapat ditentukan hukumnya. Kegiatan mengkualifikasi dan menginterpretasi merupakan bagian dari tugas hakim dalam rangka proses peradilan.

Dalam konsep kuno, yang ternyata masih berlaku bagi hakim di abad 21 ini, hakim hanya sekedar "terompet undang-undang" yang bersumber dari kalimat yang pernah dikumandangkan oleh Baron de Charles de Secondat Montesquieu (1689-1755) empat abad yang lalu: *the judge as la bouche de la loi, as the mouthpiece of the law*". Hakim hanyalah menerapkan apa kata undang-undang, ia tidak berkewajiban untuk mencari dan menggali nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Bahkan ada kalimat yang lebih ekstrem legalistik dari Montesquieu:⁷⁹ "Tidak dituntut hakim yang berfikir". Pengadilan dan aparat hukum adalah menteri-menteri sang raja. Mereka dianggap (dan mereka menganggap) sebagai instrumen penguasa yang mudah diatur. Institusi-institusi hukum melayani negara; mereka merupakan bagian yang tak terpisahkan dari negara.⁸⁰ Paradigma *legalist positivis*, lebih-lebih hakim sebagai terompet undang-undang harus segera dihapus dari praktik ber hukum di Indonesia.

Hukum bukan persoalan adil atau tidak adil, dan juga bukan soal relevan atau tidak dengan pergumulan riil, satu-satunya yang relevan jika

⁷⁸Mengkwalifikasi berarti menilai peristiwa yang telah dianggap benar-benar terjadi itu termasuk hubungan hukum apa atau yang mana, dengan kata lain menemukan hukumnya. Lihat Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 92.

⁷⁹Achmad Ali., *Op. Cit.*, hlm 477.

⁸⁰Philippe Nonet dan Philip Selznick ., *Op. Cit.*, hlm 39.

berbicarahukum, adalah ia ada dan sah secara yuridis.⁸¹ Apakah sesuatu itu hukum atau bukan hukum, sama sekali tidak ditentukan oleh apakah sesuatu itu adil atau tidakadil, Positivisme mungkin menerima adanya hukum tidak adil. Dalam rangka kepentingan memberikan jaminan kepastian hukum, Positivisme Hukum mengistirahatkan filsafat dari kerja spekulasinya dan mengidentifikasi hukum dengan peraturan perundang-undangan, kepastian hukum akan diperoleh karena orang tahu dengan pasti apa yang boleh dan tidak boleh dilakukannya.⁸² Epistemologi Positivisme Hukum yang semula kritis terhadap hukum kodrat, menyudahi kekritisannya ketika menganggap Positivisme Hukum merupakan aliran paling akhir dan mutlak dari ilmu hukum. Kaum Positivisme Hukum menganggap "kebenaran" ilmu praktek hukum telah final pada titik garis positivisme Hukum, sehingga merasa tidak akan ada perkembangan baru di waktu mendatang. Sebuah monumen yang menjadi tandanya dialektika dalam ilmu dan praktek hukum adalah kodifikasi.⁸³ Paradigma Positivisme Hukum tumbuh pada abad ke-18 sebelum kapitalisme dominan.⁸⁴ Meskipun kapitalisme dan positivisme hukum merupakan 2 (dua) fenomena yang proses historisnya berbeda dan masing-masing berdiri sendiri-sendiri, dalam perkembangan kemudian, paradigma positivisme mempunyai pertalian erat dengan kapitalisme.

Paradigma positivisme mulai mempengaruhi hukum memodifikasi dirinya menjadi hukum modern sejak abad ke-19, suatu masa di mana

⁸¹Bernard L. Tanya, dkk., Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi., Genta Publishing, 2013, hlm. 108.

⁸²Widodo Dwi Putro., Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum, Genta Publishing, 2011, hlm. 25.

⁸³*Ibid.*, hlm 25.

⁸⁴Pandangan De Santos, sebagaimana dikutip oleh Widodo Dwi Putra, *Ibid.*, hlm. 25.

kapitalisme mendominasi relasi *mode of production* dan membutuhkan suatu hukum modern yang dapat memberikan jaminan kepastian hukum bagi perkembangan (*akumulasi, eksploitasi, dan ekspansi*) modal. Positivisme hukum dalam perkembangannya mempengaruhi negara-negara untuk menganut sistem kodifikasi, yang memandang UU merupakan satu-satunya sumber hukum yang pasti.⁸⁵ Dalam sistem hukum Indonesia, hal ini ditegaskan pula dalam Pasal 3 *Algemene Bepalingen Van Wegeving*, yang menyatakan bahwa hukum dan undang-undang adalah identik, yang dipentingkan adalah kepastian hukum. Dalam teori hukum positivisme, terdapat dua sub teori yang sangat terkenal, yaitu:

- a. Teori Hukum Positif yang analitis (*analytical jurisprudence*) dari John Austin;
- b. Teori Hukum Murni (*the pure of law theory*) dari Hans Kelsen.

Teori hukum positif yang analitis mengartikan hukum itu sebagai perintah dari pembentuk undang-undang atau penguasa (*a command of the lawgiver*), yaitu suatu perintah dari mereka yang memegang kekuasaan tertinggi atau yang memegang kedaulatan. Teori hukum positivisme (*analytical positivisme*) atau (*rechtsdogmatiek*) merupakan paham/aliran yang dominan di abad ke sembilan belas, hal ini disebabkan oleh dunia profesi yang membutuhkan dukungan dari pikiran positivisme analitis yang membantu untuk mengolah bahan hukum guna mengambil putusan. Di sisi lain, kehadiran bahan hukum yang begitu masif telah mengundang keinginan intelektual untuk mempelajari, seperti

⁸⁵Mendasarkan pada paham *Legisme* dan Peraturan-Peraturan Umum (*Algemene Bepalingen Van Wetgeving*). Sudikno Mertokusumo & Pitlo, Bab-Bab Penemuan Hukum, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 42-43.

menggolongkan, mensistematisir, mencari perbedaan dan persamaan, menemukan asas dibelakangnya dan sebagainya. Dalam konteks tersebut suatu teorisasi mengenai adanya tatanan hukum yang kukuh dan rasional merupakan obsesi dari positivisme.⁸⁶

Pada lain pihak, terdapat dua bentuk positivisme hukum, yaitu: *positivisme yuridis* dan *positivisme sosiologis*. Dalam *positivisme yuridis* hukum dipandang sebagai suatu gejala tersendiri, yang perlu diolah secara ilmiah. Tujuan *positivisme yuridis* ini adalah pembentukan struktur-struktur rasional sistem-sistem yuridis yang berlaku. Sebab hukum dipandang sebagai hasil pengolahan ilmiah belaka, akibatnya pembentukan hukum menjadi profesional. Hukum modern adalah ciptaan para ahli dibidang hukum. Dalam *positivisme sosiologis* hukum dipandang sebagai bagian kehidupan masyarakat. Prinsip-prinsip positivisme hukum dapat diringkas sebagai berikut:⁸⁷

- a. Hukum adalah sama dengan undang. Dasarnya adalah bahwa hukum muncul sebagai berkaitan dengan negara; hukum yang benar adalah hukum yang berkaitan dalam suatu negara.
- b. Tidak terdapat suatu hubungan mutlak antara hukum dan moral. Hukum itu tidak lain dari hasil karya para ahli di bidang hukum.
- c. Dalam *positivisme yuridis* ditambah bahwa hukum adalah *closed logical system*. Peraturan-peraturan dapat diduksikan dari undang-undang yang berlaku tanpa meminta bimbingan dari norma-norma sosial, politik, dan moral. Dalam *Positivisme sosiologis* hukum ditanggapi sebagai terbuka bagi kehidupan masyarakat, yang harus diselidiki melalui metode-metode ilmiah.

Kritik terhadap teori positivisme terkait dengan persoalan yang dibahas pada disertasi ini adalah antara lain, bahwa: *Pertama*, Menempatkan hakim sebagai corong undang-undang; yang tidak dapat berekspresi untuk membuat

⁸⁶Khudzaifah Dimiyati., Teorisasi Hukum, Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia 1945-1990. Muhamadiyah University Press, Surakarta, 2005, hlm. 61-62.

⁸⁷Theo Huijbers, *Op. Cit.*, hlm. 33.

putusan yang memenuhi rasa keadilan sosial (*social justice*) maupun keadilan substantif (*substantive justice*); Pada era Reformasi ini, belum dapat dikatakan bahwa putusan-putusan hakim berkontribusi besar bagi perubahan masyarakat Indonesia.⁸⁸ Disinilah hukum modern berada di persimpangan,⁸⁹ sebab antara keadilan sudah diputuskan dan hukum sudah diterapkan terdapat perbedaan yang sangat besar. Wilayah keadilan tidak persis sama dengan wilayah hukum positif. Putusan hukum yang dikehendaki masyarakat adalah putusan-putusan hakim yang lebih responsif sebagaimana yang dianut dalam teori hukum responsif yang dikembangkan oleh Nonet & Selnick, yang dipopulerkan oleh Satjipto Rahardjo.⁹⁰ Teori-teori Roscoe Pound mengenai kepentingan-kepentingan sosial,⁹¹ merupakan sebuah usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan status model hukum responsif. Dalam perspektif ini,⁹² hukum yang baik seharusnya menawarkan sesuatu yang lebih baik dari pada keadilan formal prosedural.

Kedua, Hukum merupakan ilmu interdisipliner, sehingga tidak dapat hukum hanya dilihat dari satu segi saja yakni Undang-undang. Hukum berada ditengah-tengah masyarakat, maka tidak akan lepas dari kehidupan manusia dalam masyarakat. Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat, sebagaimana teori yang berkembang

⁸⁸Widodo Dwi Putro., *Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum*, Genta Publishing, 2011, hal 1.

⁸⁹Satjipto Rahardjo., dalam Otje Salman, dkk. *Op Cit.*, hlm. 147.

⁹⁰Achmad Ali., *Op Cit.*, hlm. 478-479.

⁹¹Teori Kepentingan sosial meliputi enam jenis kepentingan; 1) dalam soal keamanan umum, 2) menyangkut keamanan institusi sosial, 3) menyangkut moral umum, 4) menyangkut pengamanan sumber daya sosial, 5) menyangkut kemajuan sosial, dan 6) menyangkut kehidupan individu. Baca Bernad L. Tanya., dkk. *Op. Cit.*, hlm. 141-142.

⁹²Philippe Nonet & Philip Selznick., *Op. Cit.*, hlm. 83-84.

di Amerika, yang dipelopori oleh Roscou Pond, Eugin Ehrlich, Benjamin Cadozo, dll, yang disebut dengan *sociological jurisprudence*. *Sociological Jurisprudence*⁹³ merupakan suatu teori hukum yang mempelajari pengaruh timbal balik antara hukum dan masyarakat dan sebaliknya. Pendekatannya bermula dari hukum ke masyarakat, dan mengetengahkan pentingnya Living Law-hukum yang hidup di dalam masyarakat. *Sociological Jurisprudence* berpegang kepada pendapat pentingnya akal dan pengalaman. *Ketiga*, Dalam Tradisi hukum civil law, peran pemerintah dan parlemen dominan dalam pembentukan hukum berupa peraturan perundangan tertulis; dan positivisme hukum memberi pemahaman pada hakim bahwa hukum semata-mata hanya berurusan dengan norma-norma.⁹⁴

Hukum sebagai kaidah sosial tidak terlepas dari nilai (values) yang berlaku di suatu masyarakat, bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Sehingga dapat dikatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*The living law*) dalam masyarakat yang tentunya merupakan pencerminan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu sendiri. *Kelima*, bahwa hukum sebagai alat pembaharuan masyarakat artinya hukum merupakan suatu alat untuk memelihara ketertiban dalam masyarakat. Fungsi hukum tidak hanya memelihara dan mempertahankan dari apa yang telah tercapai, namun fungsi hukum tentunya harus dapat membantu proses perubahan masyarakat itu sendiri. Penggunaan hukum sebagai alat untuk melakukan perubahan-perubahan kemasyarakatan harus sangat berhati-hati agar tidak timbul kerugian dalam

⁹³Lily Rasyidi., *Op. Cit.*, hlm. 70.

⁹⁴*Ibid.*, hlm. 7.

masyarakat sehingga harus mempertimbangkan segi sosiologi, antropologi kebudayaan masyarakat.

Teori Roscoe Pound mengenai *Law as a tool of social engineering* yang di negara Barat yang dikenal sebagai aliran *Pragmatig legal realism* yang kemudian diubah menjadi hukum sebagai sarana pembangunan. Hukum sebagai sarana pembangunan adalah bahwa hukum dalam arti kaidah atau peraturan hukum berfungsi sebagai alat (pengatur) atau sarana pembangunan dalam arti penyalur arah kegiatan manusia ke arah yang dikehendaki oleh pembangunan disamping fungsi hukum untuk menjamin adanya kepastian dan ketertiban (order).

Dalam proses pembaruan hukum di Indonesia lebih menonjolkan pada perundang-undangan walaupun yurisprudensi juga memegang peranan, berbeda dengan keadaan di Amerika dimana teori Roscoe Pound ditujukan pada pembaruan dari keputusan-keputusan pengadilan khususnya *Supreme Court* sebagai mahkamah tertinggi. Bahwa dalam pengembangan di Indonesia, masyarakat menolak pandangan aplikasi *mechanistis* yang terdapat pada konsepsi *Law as a tool of social engineering* yang digambarkan dengan kata *tool* yang akan mengakibatkan hasil yang tidak banyak berbeda dengan penerapan legisime dalam sejarah hukum yang dahulu pernah diterapkan oleh Hindia Belanda, namun masyarakat Indonesia lebih memaknai hukum sebagai sarana pembangunan serta dipengaruhi pula oleh pendekatan-pendekatan filsafat budaya dari Northrop dan pendekatan *Policy oriented*. Bangsa Indonesia sebenarnya telah menjalankan asas hukum sebagai alat pembaruan, sehingga pada hakikatnya konsepsi tersebut lahir dari masyarakat Indonesia sendiri berdasarkan kebutuhan yang mendesak dan

dipengaruhi faktor-faktor yang berakar dalam sejarah masyarakat bangsa Indonesia.

Hukum itu tidak dibuat melainkan tumbuh dan berkembang bersama masyarakat (*living law*) dimana pemikiran ini dipelopori oleh Carl Von Savigny. *Keempat*, aliran *Sociological jurisprudence* yang dipelopori oleh Eugen Ehrlich di Jerman dan dikembangkan di Amerika Serikat oleh Roscoe Pound. *Kelima*, aliran Pragmatik legal realisme yang merupakan pengembangan pemikiran Roscoe Pound dimana hukum dilihat sebagai alat pembaharuan masyarakat. *Keenam*, aliran *Marxist Jurisprudence* dipelopori oleh Karl Marx dengan gagasan hukum harus memberikan perlindungan bagi masyarakat golongan rendah. *Ketujuh*, aliran *Antropological Jurisprudence* dipelopori oleh Northop dan Mac Dougall di mana aliran ini hukum. Teori positivisme hukum ini akan penulis gunakan untuk menjawab pertanyaan pertama pada disertasi ini

4. Teori Pembuktian

Teori pembuktian ini erat kaitannya dengan sistem pembuktian⁹⁵ dalam hukum pidana. Sistem pembuktian merupakan sistem yang berisi terutama tentang alat-alat bukti apa yang boleh digunakan untuk membuktikan, cara bagaimana alat bukti itu boleh dipergunakan, dan nilai kekuatan dari alat-alat bukti tersebut serta standar/kriteria yang menjadi ukuran dalam mengambil kesimpulan tentang terbuktinya sesuatu (objek) yang dibuktikan. Sistem pembuktian merupakan suatu

⁹⁵ Sistem pembuktian adalah pengaturan tentang macam-macam alat bukti yang boleh dipergunakan, penguraian alat bukti, dan dengan cara-cara bagaimana alat-alat bukti itu dipergunakan serta dengan cara bagaimana hakim harus membentuk keyakinannya di depan sidang pengadilan, Lihat Alfitra, *Op. Cit.*, hlm 28

kebulatan atau keseluruhan dari berbagai ketentuan perihal kegiatan pembuktian yang saling berkaitan dan berhubungan satu dengan yang lain yang tidak terpisahkan dan menjadi satu kesatuan yang utuh.⁹⁶

Dalam hukum pidana, terdapat beberapa teori pembuktian yang menjadi pegangan bagi hakim dalam melakukan pemeriksaan terhadap terdakwa di sidang pengadilan. *Pertama*, teori *conviction intime*⁹⁷ atau teori pembuktian berdasarkan keyakinan hakim semata-mata. Teori ini hanya mengandalkan keyakinan hakim dalam membuat keputusan. Kekurangan pada teori ini adalah tidak adanya kejelasan patokan dan ukuran dari suatu keyakinan hakim.⁹⁸ Selain itu, hakim juga manusia biasa dan bisa saja salah, berhubung tidak ada kriteria, alat-alat bukti tertentu yang harus dipergunakan dan syarat serta cara-cara hakim dalam membentuk keyakinannya itu. Disamping itu pada sistem ini terbuka peluang yang besar untuk terjadi praktik penegakan hukum yang sewenang-wenang, dengan bertumpu pada alasan keyakinan hakim.⁹⁹ Praktik dari teori ini tidak lagi dipergunakan oleh hakim di Indonesia, karena dibatasi oleh ketentuan Pasal 183-189 KUHP.

⁹⁶Adhami Chazawi, *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, Alumni, Bandung, 2008, hlm. 24.

⁹⁷*Conviction intime* diartikan sebagai pembuktian berdasarkan keyakinan hakim belaka. Teori pembuktian ini lebih memberikan kebebasan kepada hakim untuk menjatuhkan suatu putusan berdasarkan keyakinan hakim, artinya bahwa jika dalam pertimbangan putusan hakim telah menganggap terbukti suatu perbuatan sesuai dengan keyakinan yang timbul dari hati nurani, terdakwa yang diajukan kepadanya dapat dijatuhkan putusan. Keyakinan hakim pada teori ini adalah menentukan dan mengabaikan hal-hal lainnya jika sekiranya tidak sesuai atau bertentangan dengan keyakinan hakim tersebut. Lihat Rusli Muhammad, *Hukum Acara Pidana Kontemporer*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 186-187.

⁹⁸ Hendar Soetarna, *Hukum Pembuktian dalam Acara Pidana*, Alumni, Bandung, 2011, hlm 39-40

⁹⁹ Adhami Chazawi, *Op. Cit.*, hlm. 25.

*Kedua, teori conviction rasionnee*¹⁰⁰ atau Teori pembuktian berdasarkan keyakinan hakim dalam batas-batas tertentu atas alasan yang logis. Pada teori ini tetap menggunakan keyakinan hakim, namun dibatasi dengan alasan-alasan yang rasional. Pada dasarnya keyakinan hakim tersebut didasarkan pada dasar-dasar pembuktian dengan menciptakan suatu kesimpulan yang berlandaskan pada ketentuan pembuktian tertentu.¹⁰¹

Ketiga, Positif Wettelijk Bewijstheorie atau Teori Pembuktian yang hanya berdasarkan kepada alat-alat pembuktian yang disebut oleh undang-undang secara positif. Teori ini merupakan pembuktian berdasarkan alat bukti menurut undang-undang secara positif atau pembuktian dengan menggunakan alat-alat bukti yang sebelumnya telah ditentukan dalam undang-undang. jika alat-alat bukti tersebut telah terpenuhi, hakim sudah cukup beralasan untuk menjatuhkan putusannya tanpa harus timbul keyakinan terlebih dahulu atas kebenaran alat-alat bukti yang ada. Dengan kata lain, keyakinan hakim tidak diberi kesempatan dalam menentukan ada tidaknya kesalahan seseorang, keyakinan hakim harus dihindari dan tidak dapat dijadikan sebagai pertimbangan dalam menentukan kesalahan seseorang.¹⁰²

Teori ini hanya bertumpu pada alat bukti sebagaimana yang telah ditetapkan di dalam undang-undang tanpa melibatkan keyakinan hakim. Menurut

¹⁰⁰ Sistem pembuktian *conviction rasionnee* adalah sistem pembuktian yang tetap menggunakan keyakinan hakim, tetapi keyakinan hakim didasarkan pada alasan-alasan (reasoning) yang rasional. Dalam sistem ini hakim tidak dapat lagi memiliki kebebasan untuk menentukan keyakinannya, tetapi keyakinannya harus diikuti dengan alasan-alasan yang reasonable yakni alasan yang dapat diterima oleh akal pikiran yang menjadi dasar keyakinannya itu. Lihat Rusli *Op. Cit.*, hlm. 187

¹⁰¹ Hendar Soetarna, *Hukum Pembuktian dalam Acara Pidana, Op. Cit.*, hlm. 40.

¹⁰² Rusli Muhammad, *Hukum Acara Pidana... 2007, Op. Cit.*, hlm. 190.

Adhami Chazawi¹⁰³, teori ini sama sekali mengabaikan perasaan hati nurani hakim, di mana hakim bekerja menyidangkan terdakwa seperti robot yang tingkah lakunya sudah diprogram melalui undang-undang. Alat bukti memiliki peran penting di dalam membuktikan kesalahan terdakwa di dalam teori ini, namun bagaimana jika alat bukti yang dinilai oleh hakim tersebut adalah alat bukti/barang bukti palsu. Hal ini seharusnya dapat menjadi sebuah pertimbangan bagi hakim dalam menilai alat bukti untuk mendapatkan keyakinan di dalam persidangan. Akan tetapi berdasarkan teori ini, keyakinan seperti itu tidak bisa dipergunakan.

Keempat, teori *negatief wettelijk bewijstheorie* atau teori pembuktian berdasarkan keyakinan hakim yang timbul dari alat-alat bukti dalam undang-undang secara negatif. Maksud dari teori ini adalah, hakim dalam membuktikan sebuah perkara, selain menggunakan alat bukti yang dicantumkan di dalam undang-undang juga dapat mempergunakan keyakinan. Keyakinan tersebut hanya terbatas pada penilaian terhadap alat bukti yang ditetapkan sesuai dengan undang-undang tadi. Sistem pembuktian ini menggabungkan antara sistem pembuktian menurut undang-undang secara positif dan sistem pembuktian menurut keyakinan hakim sehingga sistem pembuktian ini disebut pembuktian berganda (*doubelen grondslag*).¹⁰⁴ Atau artinya bahwa salah tidaknya seorang terdakwa ditentukan oleh keyakinan hakim yang didasarkan kepada cara dan dengan alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang.¹⁰⁵

¹⁰³ Adhami Chazawi, *Op. Cit.*, hlm. 27-28.

¹⁰⁴ Rusli Muhammad, *Hukum Acara Pidana...*, *Op. Cit.*, hlm. 187.

¹⁰⁵ M. Yahya Harahap, *Pembahasan... Loc. Cit.*, hlm. 277.

Teori ini memadukan dua unsur mengenai pembuktian, yaitu pembuktian berdasarkan undang-undang dan unsur keyakinan hakim menjadi satu unsur yang tidak dapat dipisahkan. Keyakinan hakim dipandang tidak ada apabila keyakinan tersebut tidak diperoleh dari sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah, dan dua alat bukti yang sah dipandang nihil bila tidak dapat menciptakan keyakinan hakim.¹⁰⁶

Sistem pembuktian *negatief wettelijk bewijstheorie* mempunyai persamaan dan perbedaan dengan sistem *conviction rasionnee*. Persamaannya adalah kedua teori tersebut sama-sama menggunakan keyakinan hakim dan kedua-duanya sama-sama membatasi keyakinan hakim. Sedangkan perbedaannya bahwa sistem *conviction rasionnee* berpangkal tolak pada keyakinan hakim yang didasarkan pada suatu kesimpulan atau alasan-alasan yang logis yang diterima oleh akal pikiran yang tidak didasarkan pada undang-undang, sedangkan pembuktian *negatief wettelijk bewijstheorie* berpangkal tolak pada alat-alat bukti yang ditetapkan secara limitatif oleh undang-undang dan harus mendapat keyakinan hakim.¹⁰⁷

Jika kita kaitkan dengan sistem pembuktian negatif (*wettelijk¹⁰⁸ negatief¹⁰⁹*) yang terdapat di dalam KUHP, maka dapat dilihat pada Pasal 183

¹⁰⁶ Hendar Soetarna, *Op. Cit.*, hlm. 41.

¹⁰⁷ Rusli Muhammad, *Hukum Acara Pidana... 2007, Op. Cit.*, hlm. 190-191.

¹⁰⁸ *Wettelijk* atau menurut undang-undang karena untuk pembuktian undang-undanglah yang menentukan tentang jenis dan banyaknya alat bukti yang harus ada. Lihat Rusli Muhammad, *Ibid.*, hlm. 192.

¹⁰⁹ *Negatief*, karena adanya jenis-jenis dan banyaknya alat-alat bukti yang ditentukan oleh undang-undang itu belum dapat membuat hakim harus menjatuhkan putusan pidana bagi seorang terdakwa apabila jenis-jenis dan banyaknya alat-alat bukti itu belum dapat menimbulkan keyakinan pada dirinya bahwa suatu tindak pidana itu benar-benar telah terjadi dan bahwa terdakwa telah bersalah melakukan tindak pidana tersebut. Lihat *Ibid.*,

KUHAP¹¹⁰memadukan unsur-unsur objektif dan subjektif dalam menentukan salah tidaknya terdakwa, artinya dari kedua unsur tersebut tidak ada hal yang saling mendominasi namun saling berkaitan. Jika suatu perkara terbukti secara sah (sah dalam arti alat-alat bukti menurut undang-undang), akan tetapi tidak meyakinkan hakim akan adanya kesalahan tersebut, maka hakim tidak dapat menjatuhkan putusan pidana pembedaan terhadap terdakwa.¹¹¹

G. Kerangka konseptual.

1. Kedudukan

Mengacu definisi kedudukan pada Kamus Besar Bahasa Indonesia kedudukan berarti status, baik untuk seseorang, tempat, maupun benda. Kedudukan juga dapat diartikan sebagai posisi jabatan seseorang dalam memiliki sebuah kekuasaan. Pada disertasi ini kedudukan yang dimaksud adalah kedudukan atas alat bukti elektronik yang diatur oleh undang-undang. Kedudukan tersebut menciptakan multi interpretasi, dualisme dan paradoksal dalam memahami posisi dari alat bukti elektronik.

2. Alat Bukti

¹¹⁰Pada Pasal 83 KUHAP, mempunyai pokok-pokok sebagai berikut :

1. Tujuan akhir pembuktian untuk memutus perkara pidana, yang jika memenuhi syarat pembuktian dapat menjatuhkan pidana. Dengan kata lain bahwa pembuktian ditujukan untuk memutus perkara pidana, dan bukan semata-mata untuk menjatuhkan pidana.
2. Standar/syarat tentang hasil pembuktian untuk menjatuhkan pidana dengan dua syarat yang saling berhubungan dan tidak terpisahkan, yaitu :
 - a. Harus menggunakan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah.
 - b. Dengan menggunakan sekurang-kurangnya dua alat bukti hakim memperoleh keyakinan.

¹¹¹ Tolib Efendi, *Dasar-Dasar Hukum Acara Pidana; Perkembangan Dan Pembaharuannya di Indonesia*, Setara Press, Malang, 2014, hlm. 172.

Definisi alat bukti adalah segala sesuatu yang ada hubungannya dengan suatu perbuatan, dimana dengan alat-alat bukti tersebut, dapat dipergunakan sebagai bahan pembuktian guna menimbulkan keyakinan hakim atas kebenaran adanya suatu tindak pidana yang telah dilakukan terdakwa¹¹². Merujuk pada pasal 183 KUHAP telah memberi isyarat agar terdakwa dapat dijatuhi hukuman pidana harus berdasarkan kepada minimal dua alat bukti yang sah dan keyakinan hakim yang bersumber dari alat-alat bukti yang sah. Alat bukti yang sah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 183 KUHAP tersebut ditentukan secara limitatif dalam Pasal 184 KUHAP, yaitu:

- a. Keterangan saksi¹¹³
- b. Keterangan ahli¹¹⁴
- c. Surat¹¹⁵

¹¹² Hari Sasangka dan Lily Rosita. *Op. Cit.*, hlm. 11.

¹¹³ Saksi adalah orang yang dapat memberikan keterangan guna kepentingan penyidikan, penuntutan dan peradilan tentang suatu perkara yang ia dengar, ia lihat dan ia alami sendiri (Pasal 1 butir 26 KUHAP). Pengertian keterangan saksi terdapat pada pasal 1 angka 27 KUHAP disebutkan bahwa keterangan saksi adalah salah satu alat bukti yang berupa keterangan dari saksi mengenai suatu peristiwa pidana yang ia dengar sendiri, lihat sendiri dan alami sendiri dengan menyebut alasan dari pengetahuannya itu. Keterangan saksi sebagai alat bukti ialah apa yang saksi nyatakan di sidang pengadilan (Pasal 185 ayat (1) KUHAP). Jika dihubungkan dengan ketentuan Pasal 1 butir 27 KUHAP maka yang harus diterangkan dalam sidang adalah :

- a. apa yang saksi lihat sendiri;
- b. apa yang saksi dengar sendiri;
- c. apa yang saksi alami sendiri;

Keterangan saksi di depan penyidik, bukan keterangan saksi, jadi bukan merupakan alat bukti. Keterangan saksi di depan penyidik hanya sebagai pedoman hakim untuk memeriksa perkara dalam sidang. Apabila berbeda antara keterangan yang diberikan di depan penyidik dengan yang diberikan di muka sidang, hakim wajib menanyakan dengan sungguh-sungguh dan dicatat (Pasal 163 KUHAP). Lihat M. Yahya Harahap, *Pembahasan... 2003, Op. Cit.*, hlm. 287-295.

¹¹⁴ Keterangan Ahli, Lihat Pasal 1 angka 28 disebutkan keterangan ahli adalah keterangan yang diberikan oleh seseorang yang memiliki keahlian khusus tentang hal yang diperlukan untuk membuat terang suatu perkara pidana guna kepentingan pemeriksaan. Lihat *Ibid.*, hlm. 295 - 306

¹¹⁵ Alat bukti surat dapat dinilai sebagai alat bukti yang sah harus sesuai dengan ketentuan undang-undang, yaitu surat yang dibuat atas sumpah jabatan dan surat yang dikuatkan dengan sumpah. Pasal 187 mengatakan surat sebagaimana tersebut dalam pasal 184 (1) huruf c, dibuat atas sumpah jabatan atau dikuatkan dengan sumpah, adalah:

- a. berita acara dan surat lain dalam bentuk resmi yang dibuat oleh pejabat umum yang berwenang dan yang memuat keterangan tentang kejadian atau keadaan yang didengar, dilihat atau yang dialaminya sendiri
- b. surat yang dibuat menurut ketentuan peraturan perundangundangan atau yang dibuat oleh pejabat mengenai hal yang termasuk dalam tata laksana yang menjadi tanggung jawabnya

- d. Petunjuk,¹¹⁶ dan
- e. Keterangan terdakwa¹¹⁷.

Sesuai dengan ketentuan Pasal 184 ayat (1), undang-undang menentukan lima jenis yang bersifat limitatif alat bukti yang sah di dalam undang-undang. Menurut Yahya Harahap dalam bukunya menyatakan bahwa di luar alat bukti itu (184 KUHAP), tidak dibenarkan dipergunakan untuk membuktikan kesalahan terdakwa. Ketua sidang, penuntut umum, terdakwa atau penasihat hukum terikat dan terbatas hanya diperbolehkan menggunakan alat-alat bukti itu saja¹¹⁸. Artinya menurut Harahap mereka tidak bisa menggunakan alat bukti yang dikehendakinya di luar alat bukti yang ditentukan Pasal 184 ayat (1) tersebut. Harahap mempertegas pembuktian dengan alat bukti di luar jenis alat bukti yang disebut pada Pasal 184 ayat (1), tidak mempunyai nilai serta tidak mempunyai kekuatan pembuktian yang mengikat.¹¹⁹

3. Perkara Pidana

-
- c. surat keterangan dari seorang ahli yang membuat pendapat berdasarkan keahliannya
 - d. surat lain yang hanya dapat berlaku jika ada hubungannya dengan isi dari alat pembuktian yang lain.

¹¹⁶ Pasal 188 (1) KUHAP mengatakan bahwa petunjuk adalah perbuatan, kejadian atau keadaan yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan yang lain maupun dengan tindak pidana itu sendiri menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya. Dalam ayat selanjutnya disebutkan bahwa petunjuk sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat diperoleh dari keterangan saksi, surat atau keterangan terdakwa. Penilaian atas kekuatan pembuktian dari suatu petunjuk dalam setiap keadaan tertentu dilakukan oleh hakim dengan arif dan bijaksana setelah ia melakukan pemeriksaan dengan cermat dan teliti. Pada akhirnya persoalan diserahkan pada hakim, dengan demikian menjadi sama dengan pengamatan hakim sebagai alat bukti. Lihat *Ibid.*, hlm. 312 – 317.

¹¹⁷ Dalam Pasal 1 butir 15 terdakwa adalah seorang tersangka yang dituntut, diperiksa dan diadili di sidang pengadilan. Sedangkan keterangan terdakwa adalah apa yang terdakwa nyatakan di depan sidang pengadilan tentang perbuatan yang telah ia lakukan atau yang ia ketahui sendiri atau ia alami sendiri. Kekuatan alat bukti keterangan terdakwa diatur dalam pasal 183 ayat (3) dan (4). Lihat *Ibid.*, hlm. 318 – 333.

¹¹⁸*Ibid.*, hlm. 285.

¹¹⁹*Ibid.*,

Pada sebagian literatur, perkara pidana erat dikaitkan dengan istilah tindak pidana. orang yang melakukan tindak pidana tidak akan dapat dipidana jika tidak diproses oleh penegak hukum menurut ketentuan hukum acara pidana yang berlaku, jika tindak pidana telah diproses menurut ketentuan hukum acara pidana yang berlaku maka istilah tindak pidana akan berubah namanya menjadi "perkara pidana".

4. Pembuktian

Pada latar belakang disertasi ini, penulis sudah sedikit menyinggung tentang pembuktian, namun lebih bersifat umum. Pembuktian secara etimologi berasal dari bukti yang berarti sesuatu yang menyatakan kebenaran suatu peristiwa. Kata bukti jika mendapat awalan pe- dan akhiran -an maka berarti proses, perbuatan, dari membuktikan, secara terminologi pembuktian berarti usaha untuk menunjukkan benar atau salahnya si terdakwa dalam sidang pengadilan.¹²⁰ Sudikno Mertokusumo¹²¹ yang menyatakan dalam arti yuridis yaitu memberi dasar-dasar yang cukup kepada hakim yang memeriksa perkara yang bersangkutan guna memberi kepastian tentang kebenaran peristiwa yang diajukan. Selain itu seperti yang telah dijabarkan pada latar belakang disertasi ini Harahap juga menjabarkan definisi dari pembuktian, yaitu ketentuan-ketentuan yang berisi penggarisan dan pedoman tentang cara-cara yang dibenarkan undang-undang membuktikan kesalahan yang didakwakan kepada terdakwa. Pembuktian juga merupakan ketentuan yang mengatur alat-alat

¹²⁰ Anshoruddin. *Hukum Pembuktian Menurut Hukum Acara Islam Dan Hukum Positif*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2004, hlm. 25.

¹²¹ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1988, Hlm 135

bukti yang dibenarkan oleh undang-undang dan boleh dipergunakan hakim membuktikan kesalahan yang didakwakan.¹²² Sedangkan menurut Butarbutar pembuktian adalah proses bagaimana alat-alat bukti dipergunakan, diajukan, atau dipertahankan sesuai dengan hukum acara yang berlaku.¹²³

Selain itu menurut Hari Sasangka dan Lily Rosita memberikan definisi hukum pembuktian adalah merupakan sebagian dari hukum acara pidana yang mengatur macam-macam alat bukti yang sah menurut hukum, system yang dianut dalam pembuktian, syarat-syarat dan tata cara mengajukan alat bukti tersebut serta kewenangan hakim untuk menerima, menolak dan menilai suatu pembuktian.¹²⁴

5. Konvergensi Hukum Pidana

Konvergensi berasal dari bahasa Inggris yaitu *convergence*. Kata konvergensi merujuk pada dua hal/benda atau lebih bertemu dan bersatu dalam suatu titik. Dalam disertasi ini konversi yang dimaksud adalah konvergensi hukum pidana, dimana titik yang dimaksud adalah keadilan dan kepastian hukum. Artinya konvergensi hukum pidana dapat dimaknai sebagai sebuah ketentuan yang berkaitan dengan hukum pidana (dalam disertasi ini adalah alat bukti elektronik) yang seharusnya memuat keadilan dan kepastian hukum pada suatu titik.

¹²² M. Yahya Harahap. *Pembahasan...* 2003, *Op. Cit* hlm. 273.

¹²³ Elisabeth N. Butarbutar, *Op. Cit.*, hlm. 139.

¹²⁴ Hari Sasangka dan Lily Rosita. *Op.Cit.*, hlm. 10.

H. Metode Penelitian

1. Tipe dan Pendekatan Penelitian

Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah berbentuk Kualitatif, dengan pendekatan masalah yang di gunakan adalah pendekatan secara yuridis normatif. Pada penggunaan Metode Penelitian Hukum Normatif ini, penulis menggunakan beberapa pendekatan, yaitu:

a. Pendekatan sinkronisasi hukum.

Pendekatan ini bertujuan untuk mengungkapkan kenyataan sampai sejauhmanakah suatu perundang-undangan tertentu serasi secara vertikal, horizontal, bahkan secara diagonal. Apabila perundang-undangan tersebut adalah sederajat dan termasuk bidang yang sama, maka penulis akan menggunakan sinkronisasi secara horizontal, apabila undang-undang tersebut secara hierarki perundang-undangan lebih tinggi maka penulis akan menggunakan sinkronisasi vertikal, atau apabila undang-undang tersebut sederajat namun pada masing-masing undang-undang memiliki aturan pelaksana seperti Peraturan Pemerintah dan lainnya, maka penulis akan menggunakan sinkronisasi secara diagonal. Setelah melakukan inventarisasi hukum, maka penulis akan menganalisis ketentuan mengenai bukti elektronik secara sinkronisasi hukum horizontal

b. Pendekatan Konsep (*Conceptual Approach*)

Pendekatan konsep (*conceptual approach*) digunakan untuk memahami konsep-konsep, pada penelitian ini adalah bukti elektronik

yang terdapat pada bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Dengan didapatkan konsep yang jelas maka diharapkan penormaam dalam aturan hukum kedepan tidak lagi terjadi pemahaman yang kabur dan ambigu.¹²⁵

c. Pendekatan analisis hukum (*analythical approach*)

Dalam pendekatan ini, seorang peneliti akan menelaah mengkaji secara mendalam atas bunyi teks sebuah peraturan perundang-undangan dan juga putusan-putusan pengadilan

2. Sifat Penelitian

Dalam penelitian ini penulis menggunakan penelitian yang bersifat deskriptif yaitu data yang berbentuk uraian-uraian kalimat secara sistematika yang menggambarkan hasil penelitian.

3. Jenis Data dan Sumber Data

Pada penelitian hukum normatif, sumber data utama yang digunakan adalah bersumber dari data sekunder. Data sekunder adalah data yang diperoleh dari penelitian kepustakaan. Adapun data sekunder yang dipergunakan dalam penelitian disertasi ini terdiri dari:

1) Bahan Hukum Primer

Yaitu bahan hukum yang mempunyai kekuatan hukum mengikat seperti:

a) Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana

¹²⁵ Johnny Ibrahim, *Teori, Metode dan Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia Publishing, Malang, Jawa Timur, 2007, hlm. 34.

- b) Undang-undang No.19 tahun 2016 tentang perubahan atas Undang-Undang No 11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik
 - c) Undang-undang No.11 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik
 - d) Undang-undang nomor 36 tahun 1999 tentang Telekomunikasi
 - e) Beberapa Undang-Undang Terkait
- 2) Bahan Hukum Sekunder
- Yaitu bahan hukum yang bersifat menunjang bahan hukum primer yang terdiri dari buku-buku yang erat kaitannya dengan penulisan, yang terdiri dari:
- a) Eddy O. S Hiariej, Prinsip-Prinsip Hukum Pidana Edisi Revisi, Cahaya Atma Pustaka.
 - b) Hari Sasangka dan Lily Rosita. Hukum Pembuktian Dalam Perkara Pidana, Bandung, Mandar Maju
 - c) M. Yahya Harahap, Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHP: Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi, dan Peninjauan Kembali, Edisi kedua, Sinar Grafika
 - d) Jurnal-Jurnal yang berkaitan erat dengan topik permasalahan

4. Teknik Pengumpulan Data

Untuk penelitian hukum normatif ini, teknik pengumpulan data yang dipergunakan adalah dalam bentuk Studi Dokumen atau Perpustakaan. Penulis melakukan studi dokumen terhadap buku-buku dan literatur-literatur yang berhubungan dengan penelitian ini untuk memperoleh landasan teoritis. Selain itu penulis juga melakukan inventarisasi undang-undang, inventarisasi undang-undang ini diperlukan untuk memudahkan penulis dalam melakukan analisis yang diperlukan untuk membedah persoalan dengan pendekatan sinkronisasi hukum dan perbandingan hukum sebagaimana yang telah penulis jabarkan pada bagian pendekatan penelitian pada bab ini.

5. Teknik Pengolahan Data dan Metode Analisis

Dari pengolahan data yang penulis lakukan, maka diperlukan analisis data, untuk itu digunakan analisis kualitatif, artinya data yang diperoleh tidak dianalisis dengan uji statistik. Oleh sebab itu analisis ini berbentuk kalimat-kalimat/uraian-uraian yang menyeluruh, dengan gejala dan fakta yang terdapat di lapangan sehubungan dengan permasalahan yang diangkat. Semua hasil penelitian dihubungkan dengan Peraturan perundang-undangan terkait. Setelah itu dirumuskan dalam bentuk uraian dan akhirnya ditarik kesimpulan sebagai jawaban terhadap permasalahan-permasalahan dalam penelitian.

a. Analisis Data

Untuk menganalisis bahan hukum yang telah diolah penulis menggunakan metode penafsiran hukum,¹²⁶ penafsiran yang digunakan adalah interpretasi ekstensif¹²⁷ yaitu penafsiran dengan memperluas makna teks undang-undang. Teks dalam undang-undang tidak hanya ditafsirkan secara gramatikal, melainkan diperluas maknanya sesuai dengan konteks undang-undang tersebut, juga konteks kasus yang sedang diadili.

b. Display Data

Display data merupakan proses menampilkan data secara sederhana dalam bentuk kata-kata, kalimat, naratif, tabel, matrik dan grafik dengan maksud agar data yang telah dikumpulkan dikuasai oleh penulis sebagai dasar untuk mengambil kesimpulan yang tepat. Miles dan Huberman mengemukakan bahwa yang dimaksud penyajian data (display data) adalah menyajikan sekumpulan informasi yang tersusun yang memberi kemungkinan adanya penarikan kesimpulan dan pengambilan tindakan.¹²⁸

Pada bagian ini penulis akan menampilkan dalam bentuk matrik mengenai persoalan disinkronisasi Undang-Undang yang mengatur bukti elektronik yang dibahas pada disertasi ini sebagai berikut:

¹²⁶ Menurut Sudikno Mertokusumo, Interpretasi atau penafsiran merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberikan penjelasan gamblang tentang teks undang-undang, agar ruang lingkup kaidah dalam undang-undang tersebut dapat diterapkan pada peristiwa hukum tertentu. Lihat Sudikno Mertokusumo & Pitlo, A, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti Bandung, 1993, hlm. 154.

¹²⁷ *Ibid.*,

¹²⁸ Mettew B Milles and Michael Huberman, *Analisis Data Kualitatif*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1992, hlm. 17.

Tabel
Matrik disinkronisasi Bukti elektronik pada Undang-Undang di
Indonesia

No	Bukti elektronik sebagai Bukti yang Berdiri Sendiri	Bukti elektronik Sebagai Perluasan Alat-alat Bukti pada Pasal 184 KUHAP
1	Undang-Undang No 8 Tahun 2010 tentang pencegahan dan pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang, Pada Pasal 73	Undang Undang No 8 Tahun 1997 Tentang Dokumen Perusahaan. pada Pasal 12
2	Undang Undang Nomor. 21 Tahun 2007, tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang. Pada Pasal 29	Undang-Undang No. 20 tahun 2001 tentang Pemberantasan Korupsi. Pada Pasal 26 A
3	Undang-Undang No 9 tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Pendanaan Terorisme, Pasal 38	Undang-undang No 11 tahun 2008 tentang ITE Pasal 5
4	Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan, Pasal 37	Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, Pasal 111
5		Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas UU ITE

Pada tabel terlihat terdapat dualisme kedudukan bukti elektronik di Indonesia, sebagian undang-undang menyebutkan bahwa bukti elektronik adalah alat bukti yang berdiri sendiri di luar dari alat-alat bukti yang diatur dalam Pasal 184 KUHAP dan sebagian lagi menjelaskan bahwa bukti elektronik merupakan perluasan alat bukti surat dan petunjuk.