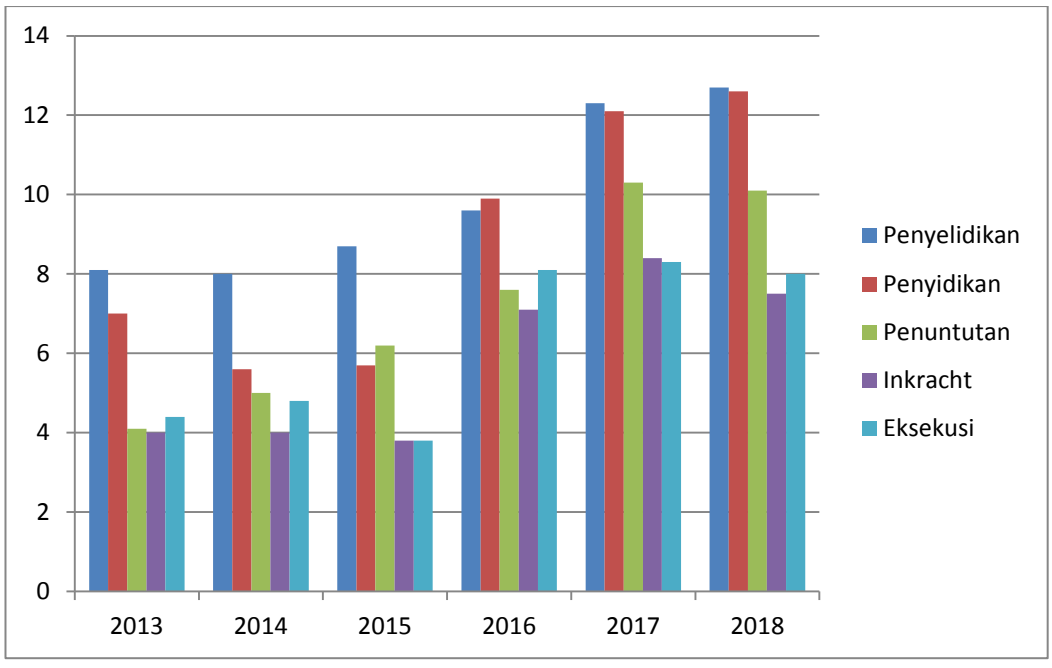
BAB III

PENERAPAN PRINSIP-PRINSIP *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* DALAM UNDANG-UNDANG PEMBERANTASAN TINDAK PIDANA KORUPSI DAN PENERAPAN HUKUMNYA

A. Mengkaji *Ius Constitutum* Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Penerapan Hukumnya dalam Perspektif *Economic Analysis of Law*

Tindak pidana korupsi bukan merupakan kejahatan baru di Indonesia. Bahkan sejak zaman kerajaan-kerajaan terdahulu korupsi telah terjadi, meski pada saat itu tidak secara khusus menggukan istilah korupsi. Setelah memasuki era kemerdekaan, di mana Indonesia mulai membangun dan mengisi kemerdekaan, namun korupsi terus terjadi dan semakin mengganas sehingga mengganggu jalannya pembangunan nasional. Dapat dilihat dari statistik tindak pidana korupsi dari Tahun 2013-2018 berikut ini:[154]

Tabel 5. Statistik Tindak Pidana Korupsi dari Tahun 2013-2018



[154]Anti Corruption Clearing House (ACCH), *Update* 30 September 2018, Dalam https://acch.kpk.go.id/id/statistik/tindak-pidana-korupsi, Akses 25 November 2018.

Rekapitulasi tindak pidana korupsi di Indonesia dari tahun 2013-2018 yang ditangani KPK per 30 September 2018 sebagaimana table berikut ini.[155]

Tabel 6. Update Rekapitulasi Tindak Pidana Korupsi Tahun 2012-2018

Penindakan	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**Jumlah**
Penyelidikan	81	80	87	96	123	127	594
Penyidikan	70	56	57	99	121	126	529
Penuntutan	41	50	62	76	103	101	433
Inkracht	40	40	38	71	84	75	348
Eksekusi	44	48	38	81	83	80	374

Seiring dengan semakin maraknya korupsi seperti yang termuat dalam rekapitulasi tindak pidana korupsi yang ditangani KPK saja menunjukkan peningkatan, sehingga berbagai upaya pemberantasan korupsi telah dilakukan oleh pemerintah, baik dengan menggunakan peraturan perundang-undangan yang ada maupun dengan membentuk peraturan perundang-undangan baru secara khusus mengatur mengenai pemberantasan tindak pidana korupsi.

Keberadaan undang-undang pemberantasan korupsi merupakan satu dari sekian banyak upaya pemberantasan korupsi, karena dengan melahirkan suatu peraturan perundang-undangan saja tidaklah cukup untuk memberantas korupsi, diperlukan kesungguhan dan keseriusan dalam menerapkan dan menegakkan apa yang telah diatur di dalam undang-undang dengan cara mendorong aparat penegak hukum yang berwenang untuk memberantas korupsi dengan tegas, berani dan tidak pandang bulu.

Melihat sejarah pemberantasan korupsi di Indonesia hingga saat ini cukup panjang dan membutuhkan penanganan yang ekstra. Hal itu tercermin dari

[155]*Ibid*.

berbagai bentuk peraturan perundang-undangan yang telah digunakan untuk mengatasi masalah korupsi, diantaranya adalah:

1. Dilik korupsi dalam KUHP.
2. Peraturan Pemberantasan Korupsi Penguasa Perang Pusat No. Prt/Peperpu/013/1950.
3. Undang-Undang No. 24 (PRP) Tahun 1960 tentang Tindak Pidana Korupsi.
4. Undang-Undang No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
5. TAP MPR No. XI/MPR/1998 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusidan Nepotisme.
6. Undang-Undang No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusidan Nepotisme.
7. Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
8. Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
9. Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
10. Undang-Undang No. 7 Tahun 2006 tentang Pengesahan *United Nation Convention Against Corruption* (UNCAC) 2003.

11. Peraturan Pemerintah No. 71 Tahun 2000 tentang Peranserta Masyarakat dan Pemberian Penghargaan dalam Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
12. Instruksi Presiden No. 5 Tahun 2004 tentang Percepatan Pemberantasan Korupsi.

Banyaknya peraturan perundang-undangan korupsi yang pernah dibuat dan berlaku di Indonesia merupakan bentuk perhatian khusus untuk mencegah akibat dari dampak bahaya kejahatan korupsi, di sisi lain kejahatan korupsi yang terus berkembang baik dari kualitas maupun kuantitasnya berakibat pada formulasi kebijakan hukum tindak pidana korupsi mengalami berbagai perkembangan dari tahun ke tahun dan di sesuikan dengan kebutuhan masayarakat.

Adanya perkembangan dan pembaruan aturan-aturan tentang tindak pidana korupsi tidak lain karena aturan yang ada tidak efektif lagi dan sudah tidak sesuai dengan kebutuhan hukum dalam masyarakat lagi. Hal tersebut tertuang dalam konsiderans perundang-undangan tindak pidana korupsi, diantaranya:

1. Konsiderans Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999

    a) Bahwa tindak pidana korupsi sangat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara dan menghambat pembangunan nasional, sehingga harus diberantas dalam rangka mewujudkan masyarakat adil makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945;
    b) Bahwa akibat tindak pidana korupsi yang terjadi selama ini selain merugian keuangan Negara atau perekonomian Negara, juga menghambat pertumbuhan dan kelangsungan pembangunan nasional yang menuntut efisiensi tinggi;
    c) Bahwa Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan kebutuhan hukum dalam masyarakat, karena itu perlu diganti dengan Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang baru sehingga diharapkan lebih efektif dalam mencegah dan memberantas tindak pidana korupsi.

2. Konsiderans Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001

    a) Bahwa tindak pidana korupsi yang selama ini terjadi secara meluas, tidak hanya merugikan keuangan Negara, tetapi juga telah merupakan pelanggaran terhadap hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat secara luas, sehingga tindak pidana korupsi perlu digolongkan sebagai kejahatan yang pemberantasannya harus dilakukan secara luar biasa;
    b) Bahwa untuk lebih menjamin kepastian hukum, menghindari keragaman penafsiran hukum dan memberikan perlindungan terhadap hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat, serta perlakuan secara adil dalam memberantas tindak pidana korupsi, perlu diadakan perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi;
    c) Bahwa berdasarkan pertimbangan sebagaimana yang dimaksud dalam nomor 1) dan nomor 2), perlu membentuk undang-undang tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Pertimbangan untuk melakukan perubahan atau pembaruan undang-undang tindak pidana korupsi seperti yang tertuang dalam konsiderans di atas merupakan langkah yang tepat untuk menguatkan penegakan hukum dalam mengatasi masalah korupsi yang terus berkembang. Tujuan dilakukannya perubahan undang-undang lama (Tahun 1971) ke Undang-Undang 31/1999 sebagaimana telah diubah menjadi Undang-Undang 20/2001 adalah:[156]

1. Upaya penyesuaian dengan kondisi politik era Reformasi untuk menggambarkan perubahan dari rezim hukum represif kedapa rezim hukum yang responsif sekaligus bertujuan menciptakan sistem penyelenggaraan pemerintahan yang baik dan benar (*good governance*).
2. Menggolongkan korupsi sebagai kejahatan yang penegakan hukumnya harus dilakukan secara luar biasa, antara lain seperti khusus bagi KPK

[156]Romli Atmasasmita & Kodrat Wibowo, *Analisis Ekonomi Mikro tentang Hukum Pidana Indonesia, Edisi Pertama*, (Jakarta: Prenadamedia Grup, 2016), hlm 201.

tidak memerlukan izin atau perintah pengadilan untuk melakukan penggeledahan atau penyitaan dan penyadapan untuk memudahkan pembuktian.

3. Diharapkan pemberantasan korupsi yang bersifat "*tolerance to corruption*" menuju pemberantasan korupsi yang bersifat "*zero tolerance againts corruption*", dalam arti penegakan hukum korupsi yang pandang bulu, tidak mengedepankan asas persamaan ketika berhadapan dengan koruptor dari pejabat tinggi pemerintahan atau elit politik kepada penegakan hukum yang tegas, bermartabat dan tidak pandang bulu.
4. Mengembalikan kerugian keuangan negara akibat tindak pidana korupsi, dengan dimasukkannya sistem beban pembuktian terbalik mengenai harta kekayaan terdakwa.
5. Menumbuhkan disiplin dan integritas penyelenggara negara di dalam penggunaan dana APBN, serta membangun sistem integritas dan akuntabilitas publik dalam penyelenggaraan negara.
6. Memperberat hukuman dengan harapan menimbulkan efek jera terhadap pelaku korupsi dan pihak lain yang berpotensi menjadi pelaku korupsi.

Di balik tujuan yang hendak dicapai dengan perubahan dan pembaruan undang-undang lama yakni UU 3/1971 kepada undang-undang baru UU 31/1999 sebagaimana diubah dengan UU 20/2001 masih terdapat beberapa kelemahan baik itu kelemahan pada rumusan ataupun kelemahan pada penerapan hukumnya. Kelemahan-kelemahan tersebut berakibat pada tidak efektif dan tidak maksimalnya penegakan hukum tindak pidana korupsi. Adapun kelemahan-

kelemahan tersebut terdapat dalam beberapa rumusan pasal-pasal tindak pidana korupsi yang akan penulis analilis dengan pendekatan *economic analysis of law*.

1. Korupsi Merugikan Keuangan Negara (Pasal 2 dan Pasal 3)

Pasal 2

(1) Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).

(2) Dalam hal tindak pidana korupsi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dalam keadaan tertentu pidana mati dapat dijatuhkan.

Rumusan tindak pidana korupsi dalam Pasal 2 ayat (1) tersebut berasal dari rumusan lama dalam Pasal 1 ayat (1) sub a UU No. 3/1971, namun diadakan penyederhanaan dengan membuang unsur/kalimat "yang secara langsung atau tidak langsung" (dalam konteks merugikan keuangan negara atau perekonomian negara). Selain itu cakupan rumusan yang sekarang lebih luas karena tidak lagi terdapat unsur subyektif-kesalahan namun semua unsur bersifat objektif.

Awalnya rumusan Pasal 2 menempatkan tindak pidana korupsi yang merugikan keuangan negara atau perekonomian negara bukan sebagai delik materiil melainkan sebagai delik formil. Terjadinya tindak pidana korupsi secara sempurna tidak perlu menunggu timbulnya kerugian keuangan negara, asalkan dapat ditafsirkan atau dipirkan menurut akal sehat bahwa suatu perbuatan dapat menimbulkan atau ada potensi kerugian bagi negara, maka perbuatan tersebut dapat dikategorikan sebagai tindak pidana korupsi.

Bahwa kata "dapat" sebelum frase "merugikan keuangan atau perekonomian negara" yang ada dalam rumusan Pasal 2 dan Pasal 3 sebelum dinyatakan inkonstitusional dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat[157] Pasal 2 dan Pasal 3 tersebut merupakan delik formil, artinya adanya tindak pidana korupsi cukup dengan dipenuhinya unsur-unsur perbuatan yang telah dirumuskan[158] maka dapat dituntut dipersidangan tanpa harus menunggu akibat yang timbul dari perbuatan korupsi tersebut.

Rincian rumusan Pasal 2 ayat (1) setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi menjadi delik materiil yang terdiri dari unsur-unsur *setiap orang, melawan hukum, memperkaya diri sendiri, orang lain, atau suatu korporasi, merugikan keuangan negara atau perekonomian negara*.

Unsur setiap orang yakni orang perseorangan atau korporasi sebagai subjek hukum.[159] Melakukan perbuatan memperkaya diri secara melawan hukum adalah adanya perolehan kekayaan yang melampaui dari sumber kekayaan yang sah atau adanya perolehan kekayaan yang tidak seimbang yang diperoleh dengan cara melawan hukum. Dengan adanya tindakan melawan hukum memperkaya diri dan penambahan kekayaan itu nyata ada bukan saja terhadap dirinya sendiri, tapi juga orang lain atau suatu korporasi menjadi kaya, di sisi yang lain akibat perbuatannya tersebut menimbulkan kerugian keuangan negara secara nyata ada dan pasti jumlahnya setelah dihitung oleh lembaga yang berwenang (BPK), tidak

[157]Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dalam Uji Materiel kata "Dapat" Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Sebagaimana Telah Diubah Dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Nomor Perkara *25/PUU-XIV/2016*.

[158]Mahrus Ali, *Hukum Pidana Korupsi*, (Yogyakarta: UII Press, 2016), hlm 93.

[159]Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Sebagaimana Telah Diubah Dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

cukup dengan *potential loss*[160] sebagaimana delik formil sebelumnya, maka tindak pidana korupsi dikatakan selesai secara sempurna.

Bila ditelisik lebih jauh terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi yang menghapus kata "dapat" sebenarnya tidak ada persoalan norma pada kedua pasal tersebut. Kata "dapat" sebagai elemen delik yang dapat mempermudah, mempercepat dan mengefisienkan penegakan hukum tindak pidana korupsi. Apabila suatu tindakan memenuhi unsur memperkaya ataupun menguntungkan diri sendiri, orang lain atau suatu korporasi sudah terpenuhi, maka tindak pidana korupsi telah terjadi, dan sebaliknya apabila sudah ada kerugian keuangan negara tetapi unsur memperkaya ataupun unsur menguntungkan diri sendiri, orang lain atau suatu korporasi tidak terpenuhi, maka tindak pidana korupsi belum terjadi.[161]

Dengan dihapusnya kata "dapat" akan lebih menyulitkan pemberantasan korupsi dan memperlambat penanganan kasus korupsi yang berkaitan dengan Pasal 2 dan Pasal 3. Selain itu hampir dipastikan mustahil ada Oprasi Tangkap Tangan (OTT) karena sebelum menangkap pelaku korupsi harus dipastikan terlebih dahulu *actual loss* (kerugian yang nyata), sehingga efisiensi penegakan hukum tindak pidana korupsi akan sangat bergantung pada Badan Pemeriksa Keuangan (BPK). Apabila BPK tidak segera mengeluarkan perhitungan kerugian keuangan negara yang nyata atas permintaan penegak hukum, maka dipastikan pelaku korupsi akan melenggang bebas. Padahal sebelumnya dalam Putusan MK

[160]Nur Basuki Minarno, *Penyalahgunaan Wewenang dan Tindak Pidana Korupsi dalam Pengelolaan Keuangan Daerah*, Cetakan Kedua, (Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2009), hlm 50.

[161]Fachri Fachrudin, *Putusan MK Dinilai Hambat Pemberantasan Korupsi*. Dalam https://nasional.kompas.com/read/2017/01/26/10542001/putusan.mk.dinilai.hambat.pemberantasan.korupsi, Akses 22 November 2018.

Nomor: 003/PUU-IV/2006 menyatakan bahwa pemaknaan kerugian keuangan negara tidak merupakan akibat yang harus nyata terjadi. Hal demikian berarti adanya *potential loss* akibat dari tindakan yang memenuhi unsur Pasal 2 dan Pasal 3 tindak pidana korupsi dianggap selesai secara sempurna sebagaimana rumusan pasal sebelumnya.

Kerugian yang timbul akibat tindakan korupsi tidak sebatas pada kerugian yang bersifat materiil saja dan dapat dihitung jumlahnya sebagai *actual loss*, namun ada kerugian yang bersifat immateriil tidak dapat dihitung karena menyangkut hak-hak sosial masyarakat luas yang ikut merasakan dampak negatif dari tindakan korupsi sebagai *potential loss*.

Mengenai maksud dari unsur merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, tidak dijelaskan dalam Penjelasan Umum maupun Penjelasan Pasal 2. Maka BPK menggunakan 4 (empat) kriteria adanya kerugian negara adalah:[162]

1) Berkurangnya kekayaan negara dan atau bertambahnya kewajiban negara yang menyimpang dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sedangkan kekayaan negara merupakan konsekuensi dari adanya penerimaan pendapatan yang menguntungkan dan pengeluaran yang menjadi beban keuangan negara.
2) Tidak diterimanya sebagian atau seluruh pendapatan yang menguntungkan keangan negara, yang menyimpang dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
3) Sebagian atau seluruh pengeluaran yang menjadi beban keuangan negara lebih besar atau seharusnya tidak menjadi beban keuangan negara, yang menyimpang dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
4) Setiap pertambahan kewajiban negara yang diakibatkan oleh adanya komitmen yang menyimpang yang menyimpang dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

[162]Adami Chazawi, *Hukum Pidana Korupsi di Indonesia*, Edisi Revisi, Cetakan Pertama, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2016), hlm 35.

Semua bentuk kerugian negara tersebut haruslah disebabkan oleh perbuatan yang mengandung sifat melawan hukum pidana (*wederrechtelijk*) yakni memperkaya diri sendiri, atau diri orang lain, atau diri suatu korporasi dengan cara melawan hukum dan bukan disebabkan oleh perbuatan yang mengandung sifat melawan hukum perdata dan hukum tata usaha negara.

Tindak pidana korupsi memperkaya diri pada Pasal 2 ayat (2) yang unsurnya adalah semua unsur-unsur yang ada dalam ayat (1) ditambah unsur *yang dilakukan dalam keadaan tertentu*, yang menjadi syarat tambahan untuk memperberat pidana, sehingga apabila terdapat unsur tersebut maka hakim diperbolehkan untuk menjatuhkan hukuman pidana mati.

Dalam penjelasan Pasal 2 ayat (2) deterangkan secara limitatif yang dimaksud dengan dilakukan dalam keadaan tertentu adalah apabila tindak pidana korupsi tersebut dilakukan:

1) Pada waktu negara dalam keadaan bahaya sesuai dengan undang-undang yang berlaku;
2) Pada waktu terjadinya bencana alam nasional;
3) Sebagai pengulangan tindak pidana korupsi; atau
4) Pada waktu negara dalam keadaan krisis ekonomi dan moneter.

Keadaan-keadaan tertentu di atas dijadikan alasan memperberat pidana yang disebutkan secara limitatif, maka tidak diperkenankan hakim dipengadilan menjatuhkan hukuman pidana yang diperberat selain dengan alasan tersebut. Keempat syarat tersebut sangat sulit terpenuhi, terbukti dalam praktik peradilan tindak pidana korupsi belum ada satupun pelaku tindak pidana korupsi dijatuhi

pidana mati.[163] Sehingga pidana penjara dan denda sebagai pidana yang paling sering dijatuhkan oleh pengadilan.

Perkara korupsi yang melanggar Pasal 2 adalah perkara dengan terdakwa Budi Mulya selaku Deputi Gubernur Bank Indonesia Bidang Pengelolaan Moneter dan Devisa[164] melakukan perbuatan melawan hukum secara bersama-sama dengan pejabat sebagaimana disebutkan dalam Surat Dakwaan Jaksa yaitu Robert Tantular dan Raden Pardede telah merugikan keuangan negara dalam pemberian Fasilitas Pendanaan Jangka Pendek (FPJK) sebesar Rp 689.394.000.000,00 (enam ratus delapan puluh sembilan milyar tiga ratus sembilan puluh empat juta rupiah) dan dalam proses penetapan PT. Bank Century, Tbk sebagai bank gagal berdampak sistemik sebesar Rp 6.762.361.000.000,00 (enam trilyun tujuh ratus enam puluh dua milyar tiga ratus enam puluh satu juta rupiah)[165] serta dana PMS (Penyertaan Modal Sementara) yang dikucurkan sebesar Rp 1.250.000.000.000,00 (satu trilyun dua ratus lima puluh milyar rupiah) sehingga total berjumlah Rp 8.012.221.000.000,00 (delapan trilyun dua belas milyar dua ratus dua puluh satu juta rupiah).

Dalam tuntutannya JPU terdakwa Budi Mulya dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana korupsi secara bersama-sama dan sebagai perbuatan yang berlanjut sebagaimana diatur dan diancam pidana dalam Pasal 2 ayat (1) Jo. Pasal 18 UU No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak

[163]Mahrus Ali, Hukum...*op. cit*., hlm 95.

[164]Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat Kasasi dalam *PT. Bank Century, Tbk v. Budi Mulya*, Nomor 861 K/Pid.Sus/2015.

[165]Laporan hasil audit BPK No: 64/LHP/XV/12/2013 tanggal 20 Desember 2013.

Pidana Korupsi Jo. Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP Jo. Pasal 64 ayat (1) KUHP sebagaimana dalam dakwaan primair. Menjatuhkan pidana penjara selama 17 tahun dan pidana denda sebesar Rp 800.000.000,00 (delapan ratus juta rupiah), subsidair 8 bulan kurungan, serta membayar uang pengganti sebesar Rp 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah) dan apabila terdakwa tidak membayar uang pengganti dalam waktu 1 bulan setelah putusan mempunyai kekuatan hukum tetap, maka harta bendanya dapat disita oleh jaksa dan dilelang untuk menutupi uang pengganti tersebut dan jika harta bendanya tidak mencukupi untuk membayar uang pengganti, maka dipidana penjara selama 3 tahun.

Dalam putusan hakim menyatakan terdakwa Budi Mulya telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana korupsi menjatuhkan pidana penjara selama 15 tahun dan pidana denda sebesar Rp 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah) dengan subsidair 8 bulan kurungan.

Pasal 3

> Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).

Rumusan tindak pidana korupsi Pasal 3 berasal dari rumusan Pasal 1 ayat (1) sub b UU No. 3/1971, yang telah direvisi dengan memperbaiki rumusannya dan membuang beberapa unsur lama yaitu unsur “yang secara langsung atau tidak langsung” seperti halnya dalam Pasal 2, Pasal 3 juga merupakan delik formil sebulum Mahkamah Konstitusi menghilangkan kata “dapat” dalam putusannya.

Rumusan Pasal 3 terdiri dari unsur-unsur objektif: *menyalahgunakan kewenangan, atau menyalahgunakan kesempatan atau menyalahgunakan sarana, yang ada padanya, karena jabatan atau karena kedudukan, yang dapat merugikan keuangan negara atau merugikan perekonomian negara,* dan unsur subjektif: *setiap orang, dengan tujuan menguntungkan diri sendiri, atau orang lain, atau suatu korporasi.*

Unsur setiap orang yang ditegaskan dalam Pasal 1 angka 3 terdiri dari orang perseorangan dan korporasi. Ketentuan Pasal 3 merupakan tindak pidana korupsi penyalahgunaan wewenang, dalam ini adalah subyek hukum hanya orang dan tidak termasuk subjek hukum suatu korporasi karena korporasi tidak mungkin memiliki jabatan atau kedudukan seperti subjek hukum orang, maka korporasi tidak mungkin dapat menyalahgunakan kewenangan kesempatan, atau sarana yang ada padanya karena tidak dimilikinya.

Perbuatan menyalahgunakan wewenang, kesempatan, atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan, menurut BPK adalah perbuatan yang dilakukan dengan cara bertentangan dengan tata laksana yang semestinya sebagaimana yang diatur dalam peraturan, petunjuk tata kerja, instruksi dinas dan lain-lain dan berlawanan atau menyimpang dari maksud tujuan sebenarnya dari pemberian kewenangan, kesempatan, atau sarana tersebut.[166]

Orang yang memiliki jabatan atau kedudukan dalam rumusan Pasal 3 adalah bukan saja orang yang berkedudukan atau berstatus sebagai pegawai negeri, karena tidak ada dijelaskan dalam UU sehingga harus diartikan termasuk

[166]Adami Chawazi, Hukum...*op. cit*., hlm 62.

orang yang memiliki jabatan atau kedudukan dalam hukum privat seperti seorang direktur suatu PT (Perseroan Terbatas).

Pengertian pegawai negeri yang diatur dalam Pasal 1 ayat (2) meliputi: [167]

1) Pegawai negeri sebagaimana dimaksud dalam UU Kepegawaian (UU No. 43 Tahun 1999).
2) Pegawai negeri sebagaimana dimaksud dalam KUHP (Pasal 92 KUHP).
3) Orang yang menerima gaji atau upah dari keuangan negara atau daerah.
4) Orang yang menerima gaji atau upah dari suatu korporasi yang menerima bantuan dari keuangan negara atau daerah.
5) Orang yang menerima gaji atau upah dari korporasi lain yang mempergunakan modal atau fasilitas dari negara dan masyarakat.

Sedangkan pejabat negara atau penyelenggara negara adalah pejabat negara pada lembaga tertinggi negara, pejabat negara pada lembaga tinggi negara, menteri, gubernur, hakim, pejabat negara lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan pejabat lain yang memiliki fungsi strategis dalam kaitannya dengan peyelenggara negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.[168]

Harus ada hubungan kausal antara keberadaan kewenangan, kesempatan, atau sarana dengan jabatan atau kedudukan. Karena tidak mungkin ada penyalahgunaan wewenang, kesempatan dan sarana bila ia tidak memiliki jabatan atau kedudukan. Sebagai tujuan dari menyalahgunakan wewenang, kesempatan, atau sarana adalah untuk menguntungkan diri sendiri, atau diri orang lain, atau diri suatu korporasi merupakan unsur kesalahan pada pasal ini.

Unsur menguntungkan diri sendiri, atau orang lain atau suatu korporasi merupakan tujuan dari penyalahgunaan wewenang tersebut, seseorang tidak harus mendapatkan banyak uang, namun cukup apabila dengan mendapatkan sejumlah

[167]Mahrus Ali, *Hukum Pidana Korupsi*, (Yogyakarta: UII Press, 2016), hlm 97.
[168]*Ibid*., hlm 98.

uang di mana dari uang tersebut seseorang memperoleh keuntungan walaupun sedikit. Memperoleh suatu keuntungan atau menguntungkan artinya memperoleh atau menambah kekayaan,[169] sehingga kekayaan yang sudah ada bertambah menjadi lebih banyak.

Unsur menguntungkan dalam Pasal 3 dirumuskan secara materiel, sehingga bertambahnya keuntungan atau kekayaan harus benar-benar terjadi dengan sebab adanya perbuatan penyalahgunaan wewenang tersebut, di mana akibat dari perbuatan itu dapat merugikan keuangan negara.

Perkara korupsi yang melanggar Pasal 3 adalah terdakwa Andi Alfian Malaranggeng yang berstatus sebagai Menteri Pemuda dan Olahraga priode 2009-2012 menyalahgunakan kewenangannya dalam proyek pembangunan Hambalang yang secara bersama-sama telah merugikan dengan total keseluruhan Rp 2.500.000.000.000,00 (dua trilyun lima ratus milyar rupiah), atas rangkaian perbuatan terdakwa secara bersama-sama telah menguntungkan terdakwa, dan orang lain serta korporasi, terdakwa mendapat keuntungan sebesar Rp 4.000.000.000,00 (empat milyar rupiah) dan USD 550.000,00 (lima ratus lima puluh ribu dollar Amerika Serikat).[170]

Terdakwa dalam dakwaan pertama didakwa melanggar Pasal 2 ayat (1) Jo. Pasal 18 UU No. 31/1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20/2001 Jo. Pasal 55 ayat (1) ke-1 Jo. Pasal 65 ayat (1) KUHP sebagai dakwaan primair, dan dakwaan kedua melanggar Pasal 3 Jo. Pasal 18 UU No. 31/1999 sebagaimana

[169]P.A.F Lamintang, *Delik-delik Khusus Kejahatan Jabatan dan Kejahatan-kejahatan Tertentu Sebagai Tindak Pidana Korupsi*, (Bandung: Pionir Jaya, 1991), hlm 276.

[170]Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat Banding dalam *Proyek Hambalang, v. Andi Alfian Malaranggeng*, Nomor 57/Pid/TPK/2014/PT.DKI.

telah diubah dengan UU No. 20/2001 Jo. Pasal 55 ayat (1) ke-1 Jo. Pasal 65 ayat (1) KUHP sebagai dakwaan subsidair. JPU dalam tuntutannya menuntut terdakwa dengan pidana penjara 10 tahun dan denda Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah) subsidair 6 bulan kurungan serta uang pengganti sebesar Rp 2.500.000.000,00 (dua milyar lima ratus juta rupiah) subsidair 2 tahun penjara.

Dalam putusan kasasi[171] majelis hakim menghukum terdakwa dengan pidana penjara 4 tahun dan denda sebesar Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) subsidair 6 bulan kurungan.

Dari perspektif *economic analysis of law* atau analisis ekonomi terhadap hukum bahwa Pasal 2 dan Pasal 3 belum sepenuhnya menerapkan prinsip maksimalisasi, keseimbangan dan efisiensi sebagaimana berikut ini:

a. Pelaku korupsi dipandang sebagai "*a rational actor-a moral person*" dari sudut teori moral Imanuel Kant diterjemahkan sebagai kesengajaan (*dolus*), dalam hukum pidana adalah menutup kemungkinan perbuatan yang disebabkan karena kelalaian atau tidak diakui unsur kelalaian (*culpa*).[172] Maka perbuatan korupsi sekecil apa pun asalkan telah merugikan keuangan negara, dan meskipun pelaku tidak memperoleh atau tidak menikmati keuntungan dari perbuatannya, dianggap telah memenuhi unsur melawan hukum. Seseorang yang menyalahgunakan kewenangan-nya karena kedudukan atau jabatan sebagai penyelenggara negara maka maka ia harus dianggap memenuhi unsur "dengan tujuan" atau "dengaja dengan maksud" untuk menguntungkan diri sendiri, orang lain atau suatu

[171]Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat Kasasi dalam *Proyek Hambalang, v. Andi Alfian Malaranggeng*, Nomor 2427 K/Pid.Sus/2015.

[172]Romli Atmasasmita & Kodrat Wibowo, Analisis...*op. cit*., hlm 207.

korporasi yang merugikan keuangan negara. Hal ini sejalan dengan prinsip-prinsip *economic analysis of law*.

b. Rumusan Pasal 2 dan Pasal 3 lebih menerapkan prinsip analisis ekonomi dibandingkan ketentuan dalam KUHP. Namun masih terdapat kelemahan pada rumusannya yaitu bersifat abstrak karena tidak menentukan jumlah nilai kerugian keuangan negara secara pasti dan terukur,[173] sehingga jumlah nilai kerugian keuangan negara sekecil apa pun dapat dituntut sebagai tindak pidana korupsi. Pola rumusan ini tidak memenuhi prinsip keseimbangan dan inefisiensi karena berpotensi menambah kerugian keuangan negara, di mana apabila terjadi korupsi yang merugikan keuangan negara dalam jumlah yang lebih kecil/sedikit daripada ongkos yang harus dikeluarkan negara untuk proses peradilan tentu akan semakin memperparah kerugian keuangan negara. Selain itu besaran nilai kerugian keuangan negara merupakan bukti keseriusan tindak pidana korupsi dan dapat dijadikan sebagai parameter, baik dalam melihat sebagai sebuah usaha pelaku meningkatkan kesejahtraan (*wealth maximization*)[174] juga sebagai parameter untuk menetapkan hukuman yang seimbang terhadap pelaku, sehingga tercapai tujuan hukum seperti dalam konsep Posner yakni meningkatkan kepentingan umum seluas-luasnya (*maximizing overall social utility*).

c. Perubahan rumusan Pasal 2 dan Pasal 3 dari delik formil kepada delik materiil dengan menghapus kata “dapat” sebelum frase “merugikan

[173]*Ibid*.

[174]Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, (Cambridge, Massachussets, USA: Harvard University Press, 1981), hlm 42.

keuangan negara atau perekonomian negara" tidak sejalan dengan prinsip *economic analysis of law* karena akan semakin mempersulit KPK dan penegak hukum lainnya dalam mengatasi masalah korupsi yang sudah begitu endemik dan sistemik,[175] sehingga penegakan hukum tindak pidana korupsi menjadi inefisiensi dan tidak maksimal. Dengan dijadikannya sebagai delik materiel maka konsekuensinya adalah bila terjadi korupsi dan unsur kedua pasal tersebut terpenuhi maka harus dibuktikan akibat dari perbuatannya tersebut, sehingga cepat lambatnya penanganan kasus korupsi akan sangat bergantung pada kecepatan BPK dalam menentukan *actual loss* yang dialami negara, jika BPK tidak ditemukan kerugian keuangan negara meski unsur kedua pasal terpenuhi maka pelaku akan melenggang bebas.

d. Rumusan Pasal 2 dan Pasal 3 memiliki persamaan dalam tujuan yaitu pengembalian kerugian keuangan negara dan memberikan efek jera, selain itu unsur memperkaya dalam Pasal 2 dan unsur menguntungkan dalam Pasal 3 mempunyai pengertian yang sama (identik)[176] yaitu tujuan penambahan kekayaan diri sendiri, orang lain atau suatu korporasi. Perbedaanya terdapat pada subjek hukum dan unsur perbuatan secara melawan hukum dalam Pasal 2 dan menyalahgunakan wewenang dalam Pasal 3. Namun dalam praktiknya seringkali tertukar, di mana hakim membenarkan tuntutan JPU terhadap orang yang bukan penyelenggara negara dituntut melanggar Pasal 3, dan sebaliknya seorang penyelenggara

[175]Frans H. Winarta, *Suara Rakyat Hukum Tertinggi*, (Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara, 2009), hlm 233.

[176]Nur Basuki Minarno, Penyalahgunaan...*op. cit*., hlm 32.

dituntut melanggar Pasal 2, seperti halnya dalam kasus korupsi Andi Malaranggeng yang merupakan penyelenggara negara didakwa dengan Pasal 2 (Primair) dan Pasal 3 (Subsidair), yang seharusnya Pasal 3 sebagai dakwaan primairnya. Perbedaan subjek hukum dan tujuan kedua pasal tersebut tidak diperhatikan atau dipertimbangkan oleh majlis hakim.[177] Dengan demikian Pasal 2 dan Pasal 3 akan lebih efisien jika dirumuskan dalam satu pasal saja, selain itu dapat menghindarkan penegak hukum dari kesalahan memahami esensi kedua pasal tersebut.

e. Melihat penerapan hukumnya belum ada satupun pelaku tindak pidana korupsi yang dijatuhi pidana mati, hal ini dikarenakan sanksi pidana mati hanya dimuat dalam Pasal 2 saja dan syarat untuk menjatuhkannya sangat sulit terpenuhi, ketentuan seperti ini tidak sejalan dengan prinsip *economic analysis of law*. Dengan tidak pernah dijatuhkannya pidana mati dalam kasus korupsi juga mempengaruhi tidak tercapainya efek jera yang diinginkan dan berakibat pada meningkatnya korupsi baik dari segi kualitas maupun kuantitas. Dari persepektif analisis ekonomi bahwa pidana mati merupakan bentuk pidana yang efisien,[178] selain memiliki efek pencegahan juga tidak memerlukan biaya/ongkos yang tinggi.

f. Penjatuhan pidana penajra minimal 4 tahun dalam Pasal 2 dan 1 tahun dalam Pasal 3, maksimal 20 tahun dan dapat dipidana penjara seumur hidup bagi yang melanggar kedua pasal tersebut. Terdapat hal yang mengganjal mengenai hukuman minimal Pasal 3 yang seharusnya

[177]Romli Atmasasmita & Kodrat Wibowo, Analisis...*op. cit*., hlm 207.
[178]Mahrus Ali, Hukum...*op. cit*., hlm 221.

hukumannya lebih berat dari Pasal 2, karena ia berstatus sebagai penyelenggara negara namun menyalahgunakan kekuasaan yang telah dipercayakan kepadanya. Dengan ancaman hukuman yang ringan tentu akan semakin besar godaan untuk melakukan korupsi karena keuntungan yang akan didapat lebih besar, sebagaimana dalam kerangka analisis ekonomi terhadap hukum yang dikembangkan Posner.[179] Hal yang demikian juga merupakan salah satu bukti masih terdapat yang dalam analisis ekonomi terhadap hukum disebut sebagai prinsip *equilibrium composition*[180] yakni dalam hal menentukan regulasi masih adanya kesenjangan rasionalitas terhadap definisi[181] yang berawal dari tarik ulur kepentingan suara elit politik, sehingga pemberlakuan regulasi tersebut menjadi tidak efektif dan efisien yang ditandai dengan semakin suburnya tindak pidana korupsi dari kalangan penyelenggara negara.

g. Pidana penjara merupakan pidana pokok yang termuat disetiap rumusan pasal tindak pidana korupsi, jika melihat dari efektivitas pencegahannya dalam mengatasi masalah korupsi dapat dikatakan belum berhasil jika mengacu pada aspek perlindungan masyarakat dan perbaikan pelaku sebagaimana menurut Barda Nawawi Arif,[182] di mana dari data tindak pidana korupsi menunjukkan peningkatan dari tahun ke tahun dan bahkan beberapa bulan yang lalu telah tertangkap pelaku korupsi berjamaah dari

[179]Fajar Sugianto, *Economic Analysis of Law*, Seri Kesatu, Edisi Revisi, (Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 2013), hlm 46.

[180]*Ibid*., hlm 66.

[181]Menurut Fajar definisi yang memiliki arti untuk kepentingan negara dan untuk kepentingan rakyat. *Ibid*.

[182]Barda Nawawi Arif, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, 1996), hlm 224.

45 anggota DPRD Kota Malang sebanyak 41 orang menjadi tersangka.[183] Selaian pidana penjara tidak efektif, pidana penjara juga tidak efisien karena memerlukan ongkos sosial yang sangat tinggi (*high social cost of imprisonment*), dan semua ongkos/biaya tersebut ditanggung oleh negara. Ongkos ini meliputi ongkos langsung dari membangun suatu gedung penjara, pemeliharaannya, menggaji pegawai-pegawai yang bertugas di penjara, dan ongkos kesempatan yang hilang dari produktivitas bagi mereka yang dipenjara. Selain itu negara juga harus menanggung ongkos/biaya hidup bagi setiap orang yang dipenjara atas kejahatan yang dilakukannya.[184] Semakin lama pidana penjara yang dijatuhkan maka semakin besar ongkos yang ditanggung negara, dengan demikian penerapan pidana penjara tidak efektif dan efisien sehingga tidak sejalan dengan prinsip *economic analysis of law*.

h. Penjatuhan pidana denda minimal Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dalam Pasal 2 dan Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dalam Pasal 3, denda maksimal Rp 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah). Rumusan denda dalam UU korupsi dapat dikatakan telah menggunakan pendekatan analisis ekonomi jika dibandingkan dengan di KUHP, namun dalam praktiknya pidana denda seringkali tidak dibayar oleh terdakwa baik karena alasan tidak mampu maupun karena alasan tidak mau membayar. Dengan adanya ketentuan apabila denda tidak dibayarkan maka sebagai subsidairnya adalah pidana kurungan pengganti. Berapapun besar jumlah

[183]Dalam https://www.google.co.id/amp/s/nasional.tempo.co/amp/1123920/anggota-dprd-kota-malang-yang-lolos-korupsi-berjamaah, Akses 23 November 2018.

[184]Mahrus Ali, Hukum...*op. cit.*, hlm 220.

denda yang dijatuhkan hakim terhadap terpidana dan bila tidak dibayarnya maka subsidair kurungan pengganti paling lama 6 bulan, jika terdapat pemberatan maka diperberat menjadi paling lama 8 bulan. Dilihat dari kacamata analisis ekonomi terhadap hukum mengenai ketentuan lamanya kurungan pengganti dengan jumlah denda yang begitu banyak adalah tidak memenuhi prinsip keseimbangan sehingga berakibat pada penjatuhan pidana denda menjadi tidak efektif. Contohnya dalam putusan hakim yang telah penulis uraikan sebelumnya di mana Budi Mulya dijatuhi pidana denda sebesar 1 Milyar dengan subsidair 8 bulan kurungan, maka timbul pertanyaan adakah orang yang mau rela membayar 1 Milyar untuk menghindari kurungan selama 8 bulan? Ini merupakan pertanyaan yang logis yang perlu kita jawab bersama untuk dapat memperbaiki apa yang masih menjadi kelemahan UU selama ini.

Maka berdasarkan analisis penulis terhadap Pasal 2 dan Pasal 3 dengan pendekatan *economic analysis of law* bahwa masih terdapat beberapa kelemahan baik pada rumusan kedua pasal ataupun dalam penerapannya yang membuat penegakan hukum tindak pidana korupsi belum optimal dan maksimal. Sehingga ketentuan aturan yang menjadi titik lemah dalam pemberantasan tindak pidana korupsi perlu ditinjau kembali dan menyempurnakannya di masa depan.

2. Pengembalian Kerugian Keuangan Negara (Pasal 4 dan Pasal 18)

Pasal 4

> Pengembalian kerugian keuangan negara atau perekonomian negara tidak menghapuskan dipidananya pelaku tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 dan Pasal 3.

Ketentuan Pasal 4 merupakan ketentuan yang juga ikut menentukan seberapa signifikan pengembalian kerugian keuangan negara dalam tindak pidana Pasal 2 dan Pasal 3. Melihat dari ketentuannya bahwa akan tetap menuntut dan menghukum terdakwa walaupun kerugian keuangan negara dikembalikan, artinya baik terdakwa mengembalikan kerugian keuangan negara atau tidak mengembalikan tidak menghapuskan pidananya sehingga tetap akan dituntut dan dijatuhi hukuman. Pertanyaan logisnya adalah apakah mungkin pelaku mengembalikan uang hasil korupsi namun disisi lain ia tetap dijatuhi hukuman?

Ketentuan yang demikian dalam sudut analisis ekonomi tidak memenuhi prinsip maksimalisasi, efisiensi dan keseimbangan, sehingga perlu ditinjau kembali agar kerugian keuangan negara dapat terselamatkan dan dikembalikan secara komperhensif, juga demi kepentingan hukum pelaku.[185]

Pasal 18

(1) b. pembayaran uang pengganti yang jumlahnya sebanyak-banyaknya sama dengan harta benda yang diperoleh dari tindak pidana korupsi.
(2) Jika terpidana tidak membayar uang pengganti sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf b paling lama dalam waktu 1 (satu) bulan sesudah putusan pengadilan yang memperoleh kekuatan hukum tetap, maka harta bendanya dapat disita oleh jaksa dan dilelang untuk menutupi uang pengganti tersebut.
(3) Dalam hal terpidana tidak mempunyai harta benda yang mencukupi untuk membayar uang pengganti sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf b, maka dipidanan dengan pidanan penjara yang lamanya tidak melebihi ancaman maksimum dari pidana pokoknya sesuai dengan ketentuan dalam Undang-undang ini dan lamanya pidana tersebut ditentukan dalam putusan pengadilan.

Pasal 18 ayat (1) huruf b merupakan ketentuan aturan pengembalian kerugian keuangan negara melalui sanksi pidana tambahan. Karena pembayaran

[185]Romli Atmasasmita & Kodrat Wibowo, Analisis...*op. cit*., hlm 209.

uang pengganti sebagai pidana tambahan maka konsekuensinya adalah dijatuhkan atau tidak dijatuhkan pidana pembayaran uang pengganti merupakan kewenangan hakim, bukan merupakan suatu keharusan atau tidak bersifat imperatif.

Dalam praktinya ketentuan aturan pasal ini nyatanya belum mampu mengembalikan kerugian keuangan negara secara signifikan. Dari sudut analisis ekonomi ketentuan Pasal 18 ini belum memenuhi prinsip maksimalisasi, keseimbangan dan memberikan nilai tambah (*added-values*)[186] bagi kepentingan negara dan masyarakat, karena ketentuan ini hanya membolehkan pembayaran uang pengganti yang jumlahnya sebanyak-banyaknya sama dengan harta benda yang diperoleh dari tindak pidana korupsi. Artinya pengadilan tidak boleh menjatuhkan pembayaran uang pengganti lebih besar dari hasil uang yang dikorupsinya. Selain itu pidana pembayaran uang pengganti kadang tidak dijatuhkan oleh hakim kepada terdakwa karena merupakan pidana tambahan sehingga tidak ada keharusan untuk menjatuhkannya.[187]

Ketentuan yang demikian dari sudut analisis ekonomi masih menguntungkan pelaku korupsi, karena pelaku korupsi tidak saja menikmati sejumlah uang yang dikorupsi namun juga dapat menikmati hasil dari uang yang dikorupsi tersebut seperti apabila digunakan sebagai modal usaha atau investasi bertahun-tahun tentu akan memperoleh keuntungan yang besar. Dalam analisis ekonomi mengenai pencegahan adalah setidak-tidaknya hukuman yang dijatuhkan harus seimbang atau sama dengan keuntungan pelaku (*sanctions equal to*

[186]*Ibid*., hlm 199.

[187]Dapat dilihat dalam salah satu Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat Banding dalam *Proyek Hambalang, v. Andi Alfian Malaranggeng*, Nomor 57/Pid/TPK/2014/PT.DKI.

wrongdoer's gains)[188] atau bahkan lebih berat daripada keuntungan yang didapat dari kejahatannya seperti dalam teori harga dan permintaan yang menjadi pijakan konsep *economic analysis of law* yang dikembangkan Posner. Maka ketentuan aturan yang masih menguntungkan bagi pelaku baiknya perlu ditinjau kembali.

3. Korupsi Suap (Pasal 5 dan Pasal 12 hruf a dan huruf b)

Pasal 5

(1) Dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 5 (lima) tahun dan atau pidana denda paling sedikit Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp 250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) setiap orang yang:
   a. Memberi atau menjanjikan sesuatu kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara dengan maksud supaya pegawai negiri atau penyelenggara negara tersebut berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya; atau
   b. Memberi sesuatu kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara karena atau berhubungan dengan sesuatu yang bertentangan dengan kewajiaban, dilakukan atau tidak dilakukan dalam jabatannya.

(2) Bagi pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima pemberian atau janji sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf a atau huruf b, dipidana dengan pidana yang sama sebagaimana dimaksud dalam ayat (1).

Menyuap pegawai negeri adalah korupsi, dalam rumusan Pasal 5 ayat (1) huruf a dan huruf b UU No. 20 Tahun 2001 berasal dari Pasal 209 ayat (1) angka 1 dan angaka 2 KUHP, yang dirujuk dalam Pasal 1 ayat (1) huruf c UU No. 3 Tahun 1971dan Pasal 5 UU No. 31 Tahun 1999 sebagai tindak pidana korupsi, yang kemudian dirumuskan ulang dalam UU No. 20 Tahun 2001. Tindak pidana suap dalam pasal ini adalah merupakan suap aktif (*active bribery*),[189] yaitu tindak

[188]Staven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, (London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004) hlm 477.

[189]Mahrus Ali, Hukum...*op. cit.*, hlm 111.

pidana positif telah terjadi apabila telah melakukan perbuatan positif/aktif berupa memberi atau menjanjikan sesuatu.

Untuk menyimpulkan apakah suatu perbuatan termasuk korupsi menurut Pasal 5 ayat (1) huruf a harus memenuhi unsur objektif: *memberi sesuatu atau menjanjikan sesuatu, kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara,* dan unsur subjektif: *dengan maksud supaya pegawai negiri atau penyelenggara negara tersebut berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya*.

Unsur memberi sesuatu atau menjanjikan sesuatu, kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara, yang dimaksud dengan "sesuatu" dalam pasal ini adalah segala sesuatu benda (benda yang berwujud atau benda tidak berwujud) maupun bukan benda, yang mempunyai nilai, harga, kegunaan yang menyenangkan pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima suap.[190]

Pasal ini memiliki kaitan dengan Pasal 419 angka 1 KUHP yang menyebutkan bahwa diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun bagi seorang pegawai negeri yang menerima hadiah seupaya melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya. Kemudian dibandingkan dengan Pasal 12 huruf a UU No. 20/2001 dengan jelas menyebutkan kata hadiah. Pengertian hadiah menurut Hoge Raad[191] dalam putusannya adalah segala sesuatu yang memiliki arti, yakni bukan saja benda yang berwujud tapi juga benda yang tidak berwujud yang diberikan kepada pegawai negeri atau yang diberikan kepada

[190] *Ibid*., hlm 113

[191] *Putusan Hoge Raad tanggal 25 April 1916* dapat dilihat dalam Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat Kasasi dalam Pemungutan Uang, v. Jarliantje Wande, Nomor 708 K/Pid.Sus/2013, hlm 10.

penyelenggara negara, hal ini senada dengan pemaknaan kata sesuatu yang disampaikan oleh Mahrus Ali.

Adapun yang dimaksud dengan "pegawai negeri" dalam UU No. 8/1974 tentang Pokok-pokok Kepegawaian (diubah dengan UU No. 43/1999) dengan rumusan sebagai berikut:

> "Pegawai negeri adalah setiap warga negara Republik Indonesia yang telah memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan, diangkat oleh pejabat yang berwenang, diserahi tugas dalam suatu jabatan negeri atau diserahi tugas negara lainnyadan digaji berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku".

Namun UU di atas telah dicabut dan diganti dengan UU No. 5/2014 tentang Aparatur Sipil Negara (ASN). Menurut UU ASN Pegawai Negeri Sipil (PNS) adalah warga negara Indonesia yang memenuhi syarat tertentu, diangkat sebagai pegawai ASN secara tetap oleh Pejabat Pembina Kepegawaian untuk menduduki jabatan pemerintahan.[192] Dalam UU ASN ada 2 macam kualitas pegawai yaitu PNS dan Pegawai Pemerintah dengan Perjanjian Kerja (PPPK). PPPK adalah warga negara Indonesia yang memenuhi syarat tertentu, yang diangkat berdasarkan perjanjian kerja untuk jangka waktu tertentu dalam rangka melaksanakan tugas pemerintahan.[193]

Meskipun ASN tidak mengenal istilah pegawai negeri sebagaimana istilah tersebut digunakan dalam UU Tindak Pidana Korupsi (TPK) jo eks UU Pokok-pokok Kepegawaian, namun tidak menjadi masalah dalam penegakan hukum tindak pidana korupsi karena pengertian pegawai negeri menurut Pasal 1 angka 2 UU TPK atau pengertian penyelenggara negara menurut Pasal 1 angka 1 jo Pasal

[192]Pasal 1 angka 3 UU No. 5 Tahun 2014 tentang ASN (Aparatur Sipil Negara).
[193]Pasal 1 angka 4 UU No. 5 Tahun 2014 tentang ASN (Aparatur Sipil Negara).

2 UU No. 28/1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas KKN, cakupan pengertiannya luas sehingga pengertian PNS dan PPPK dalam UU ASN tersebut juga telah tercakup di dalamnya.

Unsur selanjutnya yakni dengan maksud supaya pegawai negeri atau penyelenggara negara berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya sehingga bertentangan dengan kewajibannya. Ini merupakan unsur kesalahan dalam bentuk kesengajaan sebagai maksud (*opzet als oogmerk*),[194] maksud merupakan apa yang menjadi tujuan terdekat si pembuat. Adapun tujuan terdekat si pembuat dalam hal ini adalah agar pegawai negeri atau penyelenggara negara yang diberi atau dijanjikan sesuatu tersebut berbuat sesuatu (perbuatan aktif) dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya dan agar pegawai negeri atau penyelenggara negara yang diberi atau dijanjikan sesuatu tersebut tidak berbuat sesuatu (perbuatan pasif) dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya.

Tindak pidana korupsi suap dirumuskan secara formil sehingga perbuatan memberikan sesuatu dapat selesai secara sempurna apabila perbuatan itu telah selesai dilakukan. Artinya benda atau sesuatu yang di berikan oleh si pemberi kepada si penerima telah lepas kekuasaannya dari tangan si pemberi dan berpindah kekuasaan kepada si penerima yaitu pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima suap secara mutlak dan nyata. Apabila kekuasaan atas benda belum beralih sepenuhnya maka seharusnya tindak pidana korupsi suap belum selesai secara sempurna, yang terjadi adalah percobaannya.

[194]Mahrus Ali, Hukum...*op. cit.*, hlm 114.

Namun tidaklah demikan, pengertian memberi (*gift*) dalam Pasal 5 UU No. 20/2001 dalam praktik hukum telah ditafsirkan sedemikian rupa dan mencakup pengertian yang lebih luas, yakni walaupun pegawai negeri yang disuap tidak atau belum menerima sesuatu pemberian, berarti kejahatan ini telah terjadi secara sempurna. Dalam praktik hukum bahwa percobaan memberi suap itu disamakan dengan kejahatan memberi suap yang telah selesai, maka dengan itu dalam praktik tidak pernah bisa terjadi percobaan memberi suap.[195]

Pasal 5 ayat (1) huruf b mengandung unsur-unsur *setiap orang, memberi sesuatu, kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara, karena atau berhubungan dengan sesuatu yang bertentangan dengan kewajiban, dilakukan atau tidak dilakukan dalam jabatannya*. Pasal 5 ayat (1) huruf a dan huruf b tampak memiliki unsur-unsur yang hampir sama, letak perbedaannya adalah huruf b tidak mencantumkan unsur kesalahan dengan maksud, maka pembuktiannya tidak diperlukan unsur subjektif yakni keadaan batin pelaku suap.[196]

Perbedaan lainnya adalah tindak pidana korupsi pada huruf a sudah bisa terwujud tanpa diperlukannya pegawai negeri itu telah berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya. Sedangkan tindak pidana korupsi pada huruf b dapat terwujud apabila pegawai negeri itu telah berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya yang bertentangan dengan keawajibannya. Yang menjadi catatan penting di sini adalah ada hubungan kausal anatara sesuatu yang diberikan kepada pegawai negeri oleh si pemberi. Adapun tujuan unsur yang terakhir adalah agar pegawai negeri atau

[195]Adami Chawazi, Hukum...*op. cit*., hlm 78.
[196]*Ibid*., hlm 89.

penyelenggara negara bertindak sesuai dengan wewenangnya masing-masing berdasarkan peraturan yang berlaku.

Perkara korupsi pasal 5 ayat (1) huruf b adalah terdakwa Mindo Rosalina Manulang dalam kasus suap Wisma Atlet SEA Games Palembang.[197] Terdakwa secara meyakinkan terbukti bersama-sama dengan El Idris menyuap Wafid Muharram berupa tiga cek senilai Rp 3.289.850.000,00 (tiga miliyar dua ratus delapan puluh sembilan juta delapan ratu lima puluh ribu rupiah) dan memberikan empat cek senilai Rp. 4.340.000.000,00 (empat miliyar tiga ratus empat puluh juta rupiah) kepada M. Nazaruddin, di mana Wafid Muharram dan M. Nazaruddin berstatus sebagai pegawai negeri dan penyelenggara negara.

Dalam dakwaan JPU terdakwa melanggar pasal 5 ayat (1) huruf b UU No. 31/1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20/2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Jo. Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP Jo. Pasal 65 ayat (1) KUHP. Dalam tuntutannya JPU menuntut agar terdakwa dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah dan dijatuhi pidana penjara selama 4 tahun dan denda sebesar Rp. 200.000.000, 00 (dua ratus juta rupiah) subsidair 6 bulan kurungan karena terbukti menyuap Wafid Muharram sebagai sekmenpora.

Dalam putusannya majelis hakim menyatakan terdakwa Mindo Rosalina Manulang terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah dan menjatuhkan pidana terhadap terdakwa dengan pidana penjara selama 2 tahun 6 bulan dan denda sebesar Rp. 200.000.000, 00 (dua ratus juta rupiah).

[197]Putusan Mahkamah Agung RI pada Tingkat Pertama dalam *Wisma Atlet SEA Games Palembang v. Mindo Rosalina Manulang*, Nomor 33/Pid.B/TPK/2011/PN.Jkt.Pst.

Pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima suap adalah korupsi, dalam rumusan Pasal 5 ayat (2) UU No. 20 Tahun 2001 tidak diadopsi dari KUHP tapi merupakan rumusan tindak pidana korupsi baru yang dimuat dalam UU No. 20 Tahun 2001. Unsur-unsur yang harus dipenuhi untuk menyimpulkan perbuatan tersebut merupakan korupsi adalah *unsur pegawai negeri atau penyelenggara negara, menerima pemberian atau janji*, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (1) huruf a dan huruf b.

Tindak pidana korupsi suap dalam Pasal 5 ayat (2) merupakan suap pasif (*Passive bribery*),[198] di mana suap pasif ini dapat terjadi bergantung pada terjadinya suap aktif pada ayat (1) huruf a, karena itu tidak mungkin berdiri sendiri. Tindak pidana suap pada huruf a dapat berdiri sendiri tanpa tindak pidana pada ayat (2), karena jika pemberian kepada pegawai negeri itu tidak diterima atau ditolaknya, maka tindak pidana suap aktif pada huruf a telah terjadi secara sempurna, tapi tindak pidana suap pasifnya tidak terjadi.

Unsur menerima pemberian atau menerima janji sebagai objek dari tindak pidana korupsi suap. Rumusan perbuatan menerima pemberian adalah apabila suatu pemberian misalnya 1 koper uang telah berpindah kekuasaannya secara mutlak dan nyata ke tangan atau ke dalam kekuasaan pegawai negeri yang menerima pemberian tersebut. Rumusan menerima janji dapat dianggap selesai dengan sempurna apabila telah ada keadaan-keadaan sebagai pertanda bahwa mengenai apa isi yang dijanjikan telah diterima oleh pegawai negeri tersebut

[198]Mahrus Ali, Hukum...*op. cit.*, hlm 111.

(misalnya mengucapkan kata iya, ok, baik, terimasih dan lain-lain), tapi tidak dapat terjadi apabila tidak memberikan isyarat apa pun atau diam.[199]

Pasal 12 huruf a dan huruf b

> Dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan pidana denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah):
> a. Pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima hadiah atau janji padahal diketahui atau patut diduga bahwa hadiah atau janji tersebut diberikan untuk menggerakkan agar melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya;
> b. Pegawai negeri atau penyelenggara negara yang menerima hadiah, padahal diketahui atau patut diduga bahwa hadiah tersebut diberikan sebagai akiabat atau disebabkan karena telah melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya;

Rumusan Pasal 12 ayat (1) huruf a dan huruf b UU No. 20 Tahun 2001 berasal dari Pasal 419 angka 1 dan angaka 2 KUHP, yang dirujuk dalam Pasal 1 ayat (1) huruf c UU No. 3 Tahun 1971 dan Pasal 12 UU No. 31 Tahun 1999 sebagai tindak pidana korupsi, yang kemudian dirumuskan ulang pada UU No. 20 Tahun 2001.

Untuk menyimpulkan apakah suatu perbuatan termasuk korupsi menurut Pasal 12 huruf a harus memenuhi unsur objektif: *pegawai negeri atau penyelenggara negara, menerima hadiah atau janji* dan unsur subjektif: *diketahuinya atau patut diduga bahwa hadiah atau janji tersebut diberikan untuk menggerakkan agar melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya*. Korupsi menerima suap menurut Pasal 12 huruf b harus memenuhi unsur objektif: *pegawai negeri atau penyelenggara*

[199]Adami Chawazi, Hukum...*op. cit*., hlm 94.

negara, *menerima hadiah*, dan unsur subjektif: *diketahuinya atau patut diduga bahwa hadiah tersebut diberikan sebagai akibat atau karena telah melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya*.

Tindak pidana korupsi pada Pasal 12 huruf a dan b merupakan tindak pidana menerima suap oleh pegawai negeri atau penyelenggara negara. Rumusan Pasal 12 huruf a dan b ini memiliki kesamaan dengan Pasal 5 ayat (2), maka penjelasan tentang unsur-unusur yang terkandung pada Pasal 12 huruf a dan b sama dengan penjelasan sebelumnya pada Pasal 5 (2). Unsur kesalahan dalam haruf a adalah diketahuinya atau patut diduga bahwa hadiah atau janji tersebut diberikan untuk menggerakkan agar melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya.

Maksud dari menggerakkan di sini adalah mempengaruhi kehendak orang lain agar kehendak orang lain itu terbentuk sesuai dengan apa yang diinginkan atau yang dimaksudkan oleh orang yang menggerakkan. Orang yang menggerakkan di sini adalah orang yang memberi suap bukan orang yang menerima hadiah atau janji, yang ditujukan agar pegawai negeri yang menerima hadiah atau janji terbentuk kehendaknya untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang bertentangan dengan kewajiban jabatannya.

Dalam unsur kesalahan si penerima terkandung "pengetahuan" dan "patut menduga" tentang maksud si pemberi suap untuk menggerakkannya agar melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya. Selain pengetahuan dan patut menduga

penerima suap juga memiliki kesadaran bahwa dia memang memiliki kemampuan atau wewenang untuk melakukan atau tidak melakukan dalam jabatannya sebagaimana maksud dari pemberi suap tersebut.

Selanjutnya Pasal 12 huruf b ini perbuatan pidana yang dilakukan adalah hanya menerima hadiah tidak menerima janji, seperti dalam huruf a. Tujuan dari pemberian hadiah tersebut adalah sebagai akibat atau disebabkan karena telah melakukan atau tidak melakukan suatu dalam jabatan yang bertentangan dengan kewajibannya, yang juga merupakan unsur kesalahan si pembuat.

Untuk mengetahui lebih jelas perbedaan unusr kesalahan dalam huruf a dan huruf b yakni bila dilihat dari bentuk perbuatannya dalam huruf a, perbuatan berbuat atau tidak berbuat yang bertentangan dengan kewajiban jabatannya tidak perlu diwujudkan, sedangkan huruf b, perbuatan berbuat atau tidak berbuat tersubut harus sudah terwujud/terjadi sebelum pegawai negeri menerma suap. Arah tujuan atau maksud dari unsur kesalahan dalam huruf a adalah untuk menggerakkan si penerima hadiah untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang bertentangan dengan kewajiban jabatannya, sedangkan dalam huruf b adalah sebagai akibat pegawai negeri tersebut telah berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang bertentangan dengan kewajiban jabatannya.

Rumusan Pasal 5 ayat (1) merupakan ketentuan untuk pemberi suap dan Pasal 12 huruf a dan huruf b merupakan ketentuan penerima suap dari pemberi suap Pasal 5 ayat (1), pemberi dan penerima suap merupakan dua pihak yang sama-sama berdosa, sama-sama disebut koruptor dan sama-sama dipidana. Namun keteraturan ini menjadi rusak dan rancu dengan dibentuknya Pasal 5 ayat

(2) yang juga merupakan ketentuan aturan mengenai penerima suap dari Pasal 5 ayat (1) yang sebenarnya sudah ada aturannya dalam Pasal 12 huruf a dan huruf b.

Meski merupakan ketentuan aturan yang sama namun anehnya ancaman hukuman menerima suap Pasal 5 ayat (2) berbeda dengan menerima suap Pasal 12 huruf a dan b, di mana ancaman Pasal 5 ayat (2) lebih ringan, sehingga di khawatirkan dapat terjadinya negosiasi pasal yang akan didakwakan terhadap pelaku. Hal yang demikian dari perspektif *economic analysis of law* tidak sejalan dengan prinsip keseimbangan dan efisiensi. Keadaan peraturan dengan rumusan pasal yang sama namun ancaman hukumannya berbeda tuntu akan mengakibatkan kerancauan dan ketidakpastian dalam penegakkan hukum, pelaku penerima suap yang dihukum dengan Pasal 5 ayat (2) akan mendapat hukuman yang lebih ringan dibanding pelaku yang dihukum dengan Pasal 12 huruf a dan huruf b. Dengan dijatuhkannya hukuman yang berbeda pada kasus kejahatan yang sama sesungguhnya telah terjadi ketidakadilan dan kedzaliman dalam penegakan hukum tindak pidana korupsi.

Aturan mengenai penerima suap supaya efisien dan seimbang harusnya cukup diatur dalam 1 pasal saja yaitu Pasal 12 huruf a dan huruf b karena melihat dari sejarah pembentukannya diadopsi dari Pasal 419 KUHP yang semula berpasangan dengan Pasal 209 KUHP yang juga diadopsi ke dalam Pasal 5 ayat (1),[200] sehingga tidak diperlukan lagi ketentuan Pasal 5 ayat (2). Maka dengan demikian ketentuan aturan mengenai penerima suap perlu untuk ditinjau kembali.

[200] *Ibid*., hlm 176.

Perkara korupsi penerima suap yang rancu antara menjatuhkan pidana dengan Pasal 5 ayat (2) atau Pasal 12 huruf a dan huruf b adalah kasus dengan terdakwa Wafid Muharram selaku Sekertaris Menteri Pemuda dan Olahraga, terbukti menerima suap dalam bentuk tiga cek senilai Rp 3.289.850.000,00 (tiga miliyar dua ratus delapan puluh sembilan juta delapan ratu lima puluh ribu rupiah) dari Mindo Rosalina Manulang selaku Direktur PT. Anak Negeri dan El Idris selaku Menejer Marketing PT. Duta Graha Indah terkait Pembangunan Wisma Atlet SEA Games Palembang.

Dalam dakwaannya JPU mendakwa tersangka dengan Pasal 12 huruf b UU No. 31/1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20/2001 sebagai dakwaan primair, dan Pasal 5 ayat (2) Jo. Pasal 5 ayat (1) UU No. 31/1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20/2001 sebagai dakwaan subsidair. Dalam tuntutannya JPU menuntut terdakwa dengan pidana penjara selama 6 tahun dan pidana denda Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) karena terbukti melanggar Pasal 12 huruf b.

Namun dalam putusan tingkat pertama[201] majelis hakim menyatakan bahwa terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan terbukti melanggar Pasal 5 ayat (2) dan menjatuhkan pidana penjara selama 3 tahun dan denda sebesar Rp 150.000.000,00 (seratus lima puluh juta rupiah) subsidair 3 bulan kurungan.

Putusan pada tingkat banding adalah menguatkan putusan pada tingkat pertama,[202] dan pada putusan kasasi majelis hakim membatalkan putusan banding

[201]Putusan Mahkamah Agung RI pada Tingkat Pertama dalam *Suap Wisma Atlet SEA Games Palembang v. Wafid Muharram*, Nomor 48/Pid.B/TPK/2011/PN.Jkt.Pst.

[202]Putusan Mahkamah Agung RI pada Tingkat Banding dalam *Suap Wisma Atlet SEA Games Palembang v. Wafid Muharram*, Nomor 07/Pid.B/TPK/2012/PT.DKI.

pengadilan tinggi yang telah menguatkan putusan pengadilan negeri dan mengadili sendiri dalam putusannya menyatakan bahwa terdakwa secara sah dan meyakinkan terbukti bersalah melanggar Pasal 12 huruf b dan menjatuhkan pidana penjara selama 5 tahun dan pidana denda sebesar Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) subsidair 6 bulan kurunggan.[203]

Dari kasus wafid Muharram di atas dapat disimpulkan bahwa adanya rumusan pasal yang ganda pada kejahatan yang sama dapat menimbulkan penafsiran yang berbeda sesuai subjektivitas hakim, ini merupakan kerancauan dan ketidakpastian hukum bagi terdakwa, di mana pada putusan pengadilan negeri dan tinggi dituntut dengan Pasal 5 ayat (2) dan mendapat hukuman 3 tahun penjara, namun ketika dalam putusan kasasi ternyata hakim memiliki penafsiran yang berbeda bahwa terdakwa melanggar Pasal 12 huruf b dan hukumannya pun diperberat menjadi 5 tahun penjara.

Dalam penerapan hukum bagi pemberi suap Pasal 5 ayat (1) dan penerima suap Pasal 5 (2) dan Pasal 12 huruf a dan huruf b, dari perspektif analisis ekonomi terhadap hukum seperti halnya Pasal 2 dan Pasal 3, bahwa Pasal 5 dan Pasal 12 huruf a dan b juga belum memenuhi prinsip-prinsip *economic analisis of law*, dapat dilihat dalam putusan kasus Mindo Rosalina Manulang sebagai pemberi suap dan Wafid Muharram sebagai penerima suap terkait hukuman pidana pengganti denda yang tidak seimbang dan dapat menguntungkan kedua terdakwa sehingga hukuman tersebut tidak memiliki efek jera. Maka untuk tercapainya cita-cita tujuan hukum aturan yang demikian perlu ditinjau kembali.

[203]Putusan Mahkamah Agung RI pada Tingkat Kasasi dalam *Suap Wisma Atlet SEA Games Palembang v. Wafid Muharram*, Nomor 1393K/Pid.Sus/2012.

4. Gratifikasi dan Sistem Pembuktian Terbalik (Pasal 12B dan Pasal 37)

Pasal 12B

(1) Setiap gratifikasi kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara dianggap pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya, dengan ketentuan sebagai berikut:
   a. Yang nilainya Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) atau lebih, pembuktian bahwa gratifikasi tersebut bukan merupakan suap dilakukan oleh penerima gratifikasi;
   b. Yang nilainya kurang dari Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah), pembuktian bahwa gratifikasi tersubut suap dilakukan oleh penuntut umum.

(2) Pidana bagi pegawai negeri atau penyelenggara negara sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan pidana denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Pasal 12B berhubungan erat dengan Pasal 12C, dan kedua norma pasal tersebut berada dalam satu sistem hukum. Rumusan Pasal 12C menyatakan:

(1) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12B ayat (1) tidak berlaku, jika penerima melaporkan gratifikasi yang diterima kepada Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
(2) Penyampaian laporan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) wajib dilakukan oleh penerima gratifikasi paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja terhitung sejak tanggal gratifikasi tersebut diterima.
(3) Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dalam waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak tanggal menerima laporan wajib menetapkan gratifikasi dapat menjadi milik penerima atau milik negara.
(4) Ketentuan mengenai tata cara penyampaian laporan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) dan penentuan status gratifikasi sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) diatur dalam Undang-Undang tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Tindak pidana menerima gratifikasi merupakan tindak pidana baru yang dalam UU No. 3/1971 belum ada. Gratifikasi merupakan pemberian dalam arti luas dan bukan janji. Pemebrian dalam arti luas yakni meliputi pemberian uang,

barang, rabat (diskon), komisi, pinjaman tanpa bunga, tiket perjalanan, fasilitas penginapan, perjalanan wisata, pengobatan cuma-cuma dan pasilitas lainnya. Gratifikasi tersebut baik yang diterima di dalam negeri maupun di luar negeri yang dilakukan dengan menggunakan sarana elektronik atau tanpa sarana elektronik.[204]

Melihat dari penjelasan Pasal 12B ayat (1) di atas bahwa gratifikasi merupakan suap pasif, maka tidak termasuk dalam pengertian suap aktif, artinya tidak bisa mempersalahkan dan mempertanggungjawabkan dengan menjatuhkan pidana Pasal 12B pada pemberi gratifikasi. Adapun unsur-unsur tindak pidana korupsi menerima gratifikasi Pasal 12B jo Pasal 12C terdiri dari unsur *pegawai negeri atau penyelenggara negara, menerima gratifikasi, berhubungan dengan jabatannya dan berlawanan dengan kewajiban dan tugasnya, tidak melaporkan penerimaan pemberian pada KPK dalam waktu 30 hari kerja sejak menerima pemberian*.

Pegawai negeri atau penyelenggara negara merupakan subjek hukum dalam tindak pidana menerima gratifikasi ini. Perbuatan menerima merupakan unsur mutlak yang harus ada, meski secara eksplisit/tegas tidak menyebutkan tentang unsur perbuatan menerimanya, namun secara implisit/tersirat ada, sehingga dalam pembuktian menerima gratifikasi harus dianggap tersurat dan wujudnya harus dibuktikan. Oleh karena itu terhadap perbuatan menerima gratifikasi yang nilainya Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) atau lebih berlaku beban pembuktian terbalik, maka terdakwalah yang membuktikan

[204]Penjelasan Pasal 12B Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

ketiadaan perbuatan menerima gratifikasi tersebut. Sebaliknya penuntut umum menggunakan haknya membuktikan keberadaan unsur perbuatan menerima beserta nilai Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) atau lebih.[205]

Kesengajaan dalam menerima gratifikasi merupakan satu prinsip bahwa setiap kejahatan *dolus* selalu terdapat unsur kesengajaan.[206] Meskipun tidak dicantumkan dalam rumusan, unsur kesengajaan selalu ada dalam setiap tindak pidana *dolus*, dan terdapat secara terselubung yang pada umumnya melekat pada perbuatan. Kesengajaan dalam menerima gratifikasi dapat dipikirkan terdiri dari tiga bagaian diantaranya adalah ada kehendak untuk menerima gratifikasi, ada kehendak untuk memiliki pemberian tersebut, dan ada pengetahuan dan kesadaran bahwa memiliki pemberian tersebut merupakan perbuatan melawan hukum, karena tidak berhak memiliki pemberian.[207]

Dalam sistem pembebanan pembuktian terbalik merupakan sebuah upaya bagi terdakwa untuk membebaskan dirinya dari dakwaan penuntut umum terhadapnya, apabila terdakwa tidak dapat membuktikan ketiadaan unsur tersurat (menerima dan jumlah yang diterima) dan unsur tersirat (tiga aspek kesengajaan menerima gratifikasi) maka terdakwa akan dipidana begitu juga sebaliknya.

Harta benda yang diduga tidak sesuai dengan bersumber pendapatannya yang sah atau yang berasal dari penerimaan gratifikasi senilai Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) atau lebih maka terdakwa harus membuktikan dari mana sumber atau asal usul harta benda tersebut, bila terdakwa tidak bisa membuktikan

[205]Adami Chazawi, Hukum...*op. cit*., hlm 241.
[206]Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, (Jakarta: Bina Aksara, 1983), hlm 182.
[207]Adami Chazawi, Hukum...*op. cit*., hlm 242.

maka dianggap harta benda tersebut berasal dari penerimaan gratifikasi, dan dapat dirampas untuk negara.

Beda halnya apabila pegawai negeri yang menerima pemberian gratifikasi yang berhubungan dengan jabatannya namun melaporkan pemberian gratifikasi tersebut sebelum 30 hari masa kerja, maka perbuatan menerima gratifikasi tidak dapat dianggap sebagai perbutan tindak pidana korupsi, karena syarat penerimaan gratifikasi menjadi tindak pidana korupsi adalah apabila pegawai negeri yang menerima gratifikasi tidak melaporkan penerimaan gratifikasi yang berhubungan dengan jabatannya, maka setelah 31 hari kerja setelah menerima gratifikasi pegawai negeri tersebut dapat didakwa melakukan tindak pidana korupsi.

Maka dapat dikatakan gratifikasi sebagai suatu tindak pidana yang tertunda karena perbuatan tersebut merupakan tindak pidana tergantung dari apakah penerima melaporkan atau tidak melaporkan ke KPK.[208] Gratifikasi memiliki pengertian yang luas dan merupakan suap pasif, bila dilihat dari unsur-unsurnya terdapat kesamaan dengan ketentuan suap pasif lainnya seperti dalam Pasal 5 ayat (2), Pasal 11, Pasal 12 huruf a dan huruf b, jika dihubungkan terdapat tumpang-tindih[209] yang kerap membuat aparat penegak hukum kebingungan dalam menentukan tindak pidana penerimaan pemberian oleh penyelenggara negara yang berhubungan dengan kedudukan atau jabatannya apakah merupakan tindak pidana korupsi menerima suap Pasal 5 ayat (2), Pasal 11, Pasal 12 huruf a dan huruf b sebagai delik selesai atau penerimaan pemberian tersebut merupakan

[208]Romli Atmasasmita & Kodrat Wibowo, Analisis...*op. cit*., hlm 210.
[209]*Ibid*., hlm 211.

gratifikasi sebagai delik yang belum selesai karena masih harus ditentukan oleh batas waktu selama 30 hari.

Dengan keadaan yang belum terang benderang tersebut dapat menimbulkan subjektivitas penafsiran penegak hukum yang berimbas kepada ketidakadilan bagi tersangka atau terdakwa, sehingga hal yang demikian belum sejalan dengan prinsip analisis ekonomi terhadap hukum. Meski masih terdapat tumpang-tindih dengan pasal lainnya, namun dalam ketentuan pasal gratifikasi terdapat sistem pembuktian yang sesuai dengan prinsip *economic analysis of law* karena dapat mendukung pengembalian kerugian keuangan negara secara optimal, yakni diberlakukannya sistem beban pembuktian terbalik yang bertujuan untuk merampas harta benda terdakwa yang berasal dari sumber yang tidak sah yakni berasal dari tindak pidana korupsi sebagaimana dalam ketentuan Pasal 37.

Pasal 37

(1) Terdakwa mempunyai hak untuk membuktikan bahwa ia tidak melakukan tindak pidana korupsi.
(2) Dalam hal terdakwa dapat membuktikan bahwa ia tidak melakukan tindak pidana korupsi, maka pembuktian tersebut digunakan oleh pengadilan sebagai dasar untuk menyatakan bahwa dakwaan tidak terbukti.

Pasal 37A

(1) Terdakwa wajib membuktikan keterangan tentang seluruh harta bendanya dan harta benda istri atau suami, anak, dan harta benda setiap orang atau korporasi yang diduga mempunyai hubungan dengan perkara yang didawakan.
(2) Dalam hal terdakwa tidak dapat membuktikan tentang kekayaan yang tidak seimbang dengan penghasilannya atau sumber penambahan kekayaannya, maka keterangan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) digunakan untuk memperkuat alat bukti yang sudah ada bahwa terdakwa telah melakukan tindak pidana korupsi.

Kedua ketentuan di atas bertujuan untuk merampas harta kekayaan terdakwa yang berasal dari tindak pidana korupsi sehingga terdakwa tidak berhak menguasai dan memiliki harta kekayaan yang terkait tindak pidana tersebut, kecuali harta yang diperoleh secara sah oleh terdakwa. Dari sudut analisis ekonomi, ketentuan Pasal 37A ayat (2) masih terdapat celah hukum yakni ketentuan mengenai ketidakberhasilan terdakwa membuktikan harta kekayaan yang sah hanya dijadikan sebagai hal yang memperkuat alat bukti lain bahwa terdakwa telah melakukan korupsi, sehingga ketentuan yang demikian tidak sesuai dengan prinsip maksimalisasi.

Keberadaan ketentuan tersebut akan lebih maksimal jika ketidakberhasilan terdakwa tersebut dijadikan sebagai alat bukti yang kuat bagi pengadilan untuk memerintahkan perampasan terhadap harta kekayaan yang tidak bisa dibuktikan terdakwa sebagai hasil dari penghasilan yang sah.

Setelah penulis melakukan kajian terhadap *ius constitutum* UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan penerapan hukumnya dengan menggunakan pendekatan *economic analysis of law* masih terdapat kelemahan-kelemahan dalam beberapa pasal-pasal penting dan dipandang strategis yang perlu untuk diperbarui agar lebih efektif dan efisien sehingga dapat memberikan nilai tambah baik bagi negara maupun bagi kesejahteraan masyarakat luas. Terkait pemabruan yang dapat dilakukan sebagai *ius constituendum* dalam mengatasi masalah korupsi akan penulis paparkan dalam sub bab berikutnya.

B. Kebijakan Formulasi Tindak Pidana Korupsi Sebagai *Ius Constituendum* dalam Perspektif *Economic Analysis of Law*

Kebijakan formulasi hukum pidana khususnya masalah korupsi menjadi salah satu permasalahan yang menarik untuk dianalisis dengan pendekatan ekonomi. Penting kiranya untuk para ahli hukum lebih memahami pendekatan analisis ekonomi terhadap hukum di era globalisasi ini, karena hukum merupakan proses yang bergerak dinamis atau seperti kata Satjipto Rahardjo "*law in the making*", artinya hukum tidak bersifat *status quo,* tidak sekedar mempertahankan kondisi yang telah ada, melainkan juga terus berada dalam proses mencari (*in searching*) dan menemukan (*inventing*) jawaban mengenai efisiensi dan efektivitas bekerjanya suatu hukum khususnya dalam mengatasi masalah korupsi, untuk mencapai tujuan klasik hukum yaitu kepastian, keadilan, dan kemanfaatan.

Pertimbangan lainnya, mengapa penting untuk memahami dan menerapkan pendekatan analisis ekonomi terhadap hukum dalam kebijakan formulasi guna mengatasi masalah korupsi di Indonesia adalah karena gerakan pemberantasan korupsi selama ini, baik oleh Kejaksaan maupun KPK dengan UU No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001 telah banyak koruptor yang ditangkap dan dipenjarakan, namun tujuan penting lain dari UU ini terbukti belum berhasil mengembalikan kerugian keuangan negara secara signifikan. Berdasarkan Laporan Rekapitulasi Kejaksaan Agung RI mengenai pemberantasan tindak pidana korupsi yang telah diolah oleh Romli Atmasasmita dan Kodrat Wibowo menunjukkan jumlah kasus korupsi dan

kerugian negara yang diselamatkan Kejaksaan, priode 2009-2014 sebagai berikut:[210]

Tabel 7. Jumlah Kasus Korupsi dan Kerugian Keuangan Negara yang Diselamatkan, Priode 2009 s.d Juli 2014

Jumlah Penyidikan	Jumlah Penuntutan	Penyelamatan Kerugian Negara
9.598	9.355	Rp 6.646.065.225.970.000
		USD 9.174.643.11 *setara Rp 114.701.388.161,22 dengan asusmsi kurs USD = Rp 12.502 (per 31 Desember 2014)
		BATH 3.835.192.76 *setara Rp 1.458.255.343,13 dengan asumsi THB =Rp 380.23 (per 31 Desember 2014)

Adapun angka kerugian keuangan negara yang berhasil diselamatkan KPK yang telah diolah dari Laporan Tahunan KPK dengan priode yang sama yakni 2009-2014, sebagai berikut:[211]

Tabel 8. Nilai Kerugian yang Diselamatkan KPK Tahun 2009-2014

Tahun	PNBP yang disetor ke Kas Negara/Daerah (dalam Rupiah)
2009	75.081.048.628,00
2010	192.430.877.162,00
2011	102.008.175.766,00
2012	121.655.680.319,00
2013	122.047.032.251,00
2014	115.222.335.116,00[212]
Total	728.445.149.242,00

Sekalipun laporan Kejaksaan Agung dan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) telah menunjukkan estimasi angka kerugian keuangan negara yang dapat diselamatkan, tetapi laporan angka total kerugian keuangan negara selama priode tersebut belum terdata secara lengkap. Perlu dicatat bahwa selama priode 6 tahun,

[210]Romli Atmasasmita dan Kodrat Wibowo, Analisis...*op. cit.*, hlm 11.
[211]*Ibid.*, hlm 12.
[212]Termasuk yang Disetorkan kembali ke Kas Daerah.

di mana total nilai kerugian keuangan negara yang diselamatkan KPK secara nominal adalah sebesar Rp 728,45 Milyar (tujuh ratus dua puluh delapan koma empat puluh lima milyar rupiah), sedangkan jika dibandingkan dengan besaran alokasi APBN yang terealisasi oleh KPK adalah jauh lebih besar, yaitu Rp 3,02 triliun (tiga komo nol dua triliun rupiah). Dapat dilihat pada tabel Pagu Anggaran dan Realisasi Belanja KPK, Priode 2009-2014 sebagai berikut:[213]

Tabel 9. Pagu Anggaran dan Realisasi Belanja KPK Tahun 2009-2014

Tahun	Pagu Anggaran (Rp)	Realisasi	%
2009	461.735.338.000	229.260.890.513	50%
2010	508.507.348.000	268.002.903.040	53%
2011	576.589.258.000	297.122.350.109	52%
2012	606.668.934.000	335.574.887.523	55%
2013	703.876.286.000	465.831.958.792	66%
2014	624.180.262.000	558,765.628.563	90%
Total		3.019.822.079.000	

Total perkiraan nilai kerugian keuangan negara dan penyelamatannya akan semakin tinggi jika melihat data jumlah narapidana dan tahanan di lembaga pemasyarakatan sebagai berikut:[214]

Tabel 10. Jumlah Narapidana dan Tahanan di LAPAS

Tahun	Jumlah Orang
2009	137.648
2010	129.877
2011	141.208
2012	150.769
2013-2014	n.a.
2015	176.707

Pada tahun 2016, negara menghabiskan sekitar Rp 2,8 triliun tiap tahunnya untuk segala kebutuhan Rutan dan Lembaga Pemasyarakatan (LP) yang dikelola

[213]Sumber dari BPK-RI, LHP atas laporan keuangan KPK, 2009-2014, yang telah diolah dalam Romli Atmasasmita dan Kodrat Wibowo, Analisis...*op.cit*., hlm 12.

[214]*Ibid*., hlm 13.

Direktorat Jendral Pemasyarakatan. Biaya tersebut termasuk belanja pegawai (honor), BAMA (bahan makanan), non BAMA, dan modal. Berikut rincian dari penggunaan anggaran tersebut:[215]

Tabel 11. Jenis Belanja dan Jumlah Biaya Rutan dan LAPAS

No	Jenis Belanja	Jumlah (Rp)
1	Belanja Pegawai	1.438.343.870.092
2	Belanja BAMA	564.695.002.477
3	Belanja non BAMA	661.435.325.158
4	Belanja Modal	141.880.022.100
Total		2.806.354.219.827

Menganalisis biaya makan narapidana dan tahanan yang jumlah secara rata-rata sebut saja 100.000 orang per tahun, dengan harga satuan BAMA (lauk pauk dan beras) untuk satu narapidana rata-rata per hari adalah Rp 15.000,- (lima belas ribu rupiah),[216] sehingga total biaya per hari BAMA dari APBN adalah (100.000 x Rp 15.000 = Rp 1.500.000.000,00) hasilnya (satu milyar lima ratus juta rupiah) atau sama dengan per tahun (365 hari) Rp 547.500.000.000,00 (lima ratus empat puluh tujuh milyar lima ratus juta rupiah). Jika rata-rata narapidana dijatuhi hukuman 4-7 tahun (tanpa remisi dan bebas bersyarat), maka total biaya yang dikeluarkan negara untuk BAMA saja Rp 2.190.000.000.000,- (dua triliun seratus sembilan puluh milyar rupiah) untuk hukuman penjara 4 tahun, dan meningkat sebesar Rp 3.832.500.000.000,- (tiga triliun delapan ratus tiga puluh dua milyar lima ratus juta rupiah) untuk hukuman 7 tahun.

---

[215]Choky Ramadhan, Pengantar...*op. cit.*, hlm 18. Dapat diakses dalam http://smslap.ditjenpas.go.id/public/ung/current/monthly/kanwil/560fe370-9d09-1d09-ca02-323133383432/year/2016/month/thn

[216]Harga satuan BAMA berdasarkan DIPA Dirjen Pemasyarakatan 2016 berkisar dari Rp 14.000 di wilayah Pulau Jawa, Rp 15.000 di wulayah Pulau Sumatra dan Kalimantan, Rp 17.000 di wilayah Pulau Sulawesi, Maluku, sampai dengan Rp 22.000 di daerah-daerah Barat, serta Putussibau di Propinsi termuda Kalimantan Utara. Dalam Romli Atmasasmita dan Kodrat Wibowo, Analisis...*op. cit*., hlm 14.

Jumlah anggaran negara yang telah dikeluarkan tersebut belum termasuk belanja pegawai, belanja non BAMA, belanja modal, dan ongkos biaya perkara. Biaya perkara untuk kasus korupsi saja negara menganggarkan APBN rata-rata antara Rp 250.000.000 sampai dengan Rp 500.000.000 per perkara. Untuk mengetahui berapa kira-kira anggaran yang dihabiskan untuk menangani perkara korupsi dalam waktu satu tahun, misalnya pada tahun 2014 tindak pidana korupsi yang ditangani KPK dan Kejaksaan Agung (tidak termasuk perkara korupsi pada Kejaksaan Tinggi, Kejaksaan Negeri, dan Cabang Kejaksaan Negeri) tercatat sebanyak 618 perkara, sehingga total APBN yang digunakan tahun 2014 terestimasi sebanyak Rp 154.500.000.000,- (seratus lima puluh empat milyar lima ratus juta rupiah) sampai dengan Rp 309.000.000.000,- (tiga ratus sembilan milyar rupiah).[217]

Sebagai catatan, dana APBN yang dialokasikan tahun 2014 untuk seluruh kementerian dan lembaga terkait upaya pemberantasan korupsi melalui aspek pencegahan dan penindakan mencapai total Rp 53,46 triliun dengan perincian masing-masing: BPK (Rp 2,59 triliun), BPKP (Rp 1,26 triliun), KPK (Rp 0,56 triliun), POLRI (Rp 43,3 triliun), Kejaksaan (Rp 3,57 triliun), dan MA (2,18 triliun). Total biaya tersebut belum termasuk hitungan anggaran yang dialokasikan untuk kinerja perangkat K/L yang secara tugas dan fungsinya mendukung upaya pemberantasan korupsi, seperti Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, OMBUDSMAN RI, Pusat Pelaporan Analisis dan Transaksi

[217] *Ibid*., hlm 14.

Keuangan (PPATK), Komisi Yudisial (KY), Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK), dan yang lainnya.[218]

Merujuk pada data-data yang telah penulis paparkan sebelumnya, terestimasi bahwa biaya penegakan hukum dalam mengatasi masalah korupsi telah menimbulkan potensi kerugian keuangan negara yang cukup besar, sehingga terjadi kontra-produktif terhadap tujuan dibentuknya UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang jika melihat pada hasil yang telah diperoleh tidak sesuai dengan segala pengorbanan yang telah dikeluarkan. Maka kenyataan seperti ini, dari pendekatan analisis ekonomi terhadap hukum, terbukti bahwa proses peradilan kasus tindak pidana korupsi berdasarkan hukum yang refresif adalah tidak efisien, baik dari aspek sosial, ekonomi, politik dan hukum serta keuangan negara. Selain itu juga membuktikan bahwa hukum yang refresif telah gagal memenuhi cita kepastian, keadilan dan kemanfaatan hukum bagi seluruh rakyat Indonesia.[219]

Dengan gagal terpenuhinya tujuan hukum, kini diperlukan perubahan orientasi dan landasan berpijak dalam penegakan hukum tindak pidana korupsi. Dari orientasi hukum refresif yang mengutamakan penjeraan menuju hukum yang responsif dan hukum yang restoratif. Hukum responsif bertujuan agar penegakan hukum bersungguh-sungguh mempertimbangkan apa yang diperlukan secara nyata oleh rakyat indonesia, dan hukum restoratif adalah hukum yang dapat

[218] *Ibid*., hlm 15.
[219] *Ibid*., hlm 15-16.

mengakomodasi pemulihan hubungan sosial antara pelaku dan korban (perorangan atau negara).[220]

Hukum responsif menggunakan pendekatan "*cost and benefit ratio*", dengan menerapkan prinsip-prinsip pendekatan analisis ekonomi terhadap hukum yakni maksimalisasi, keseimbangan dan efisiensi. Sedangkan hukum restoratif menggunakan pendekatan "mediasi" dengan prinsip keseimbangan kepentingan korban dan pelaku.

Dengan menerapkan prinsip-prinsip analisis ekonomi terhadap hukum dalam kebijakan formulasi sebagai *ius constituendum* merupakan sebuah upaya penegakan hukum tindak pidana korupsi yang tidak hanya berfokus pada penjeraan terhadap pelaku semata, namun juga memperhatikan *cost and benefit* yakni mengeluarkan ongkos seminim mungkin untuk memperoleh hasil yang semaksimal mungkin sehingga dapat menutupi kerugian keuangan negara. Dengan demikian, dapat diprediksi ketentuan-ketentuan hukum baik dari segi perumusan dan jenis sanki pidana seperti apa dan yang bagaimanakah yang patut diberlakukan sehingga tercapai hukum yang responsif dan hukum restoratif.

1. Kebijakan Formulasi Dalam Rumusan Pasal

Adapun beberapa ketentuan yang dipandang sebagai pasal-pasal yang strategis di dalam UU No. 31/1999 sebagaimana diubah dengan UU No. 20/2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, namun dari pendekatan analisis ekonomi terhadap hukum ketentuan aturan tersebut masih terdapat beberapa kelemahan dan belum sejalan dengan prinsip-prinsip ekonomi (maksimalisasi,

[220] *Ibid*.

keseimbangan dan efisiensi) sebagaimana yang telah penulis analisis dan paparkan pada sub A, di antaranya adalah Pasal 2 dan Pasal 3, Pasal 4 dan Pasal 18, Pasal 5 dan Pasal 12 huruf a dan huruf b, Pasal 12B dan Pasal 37. Maka untuk menyempurnakan rumusan pasal-pasal tindak pidana korupsi yang masih terdapat kelemahan dan celah hukum, penulis mengharapkan adanya pembaruan rumusan pasal-pasal sebagai berikut:

a. Menentukan Jumlah kerugian Keuangan Negara

Ketentuan rumusan Pasal 2 dan Pasal 3 sebagaimana telah penulis jelaskan pada sub A bab ini, meski berbeda dari subjek hukumnya namun memiliki persamaan dalam tujuan yakni pengembalian kerugian keuangan negara. Dari sudut analisis ekonomi rumusan kedua pasal tersebut bersifat abstrak karena tidak menentukan jumlah nilai kerugian keuangan negara secara pasti dan terukur, sehingga jumlah nilai kerugian keuangan negara sekecil apa pun dapat dituntut sebagai tindak pidana korupsi. Pola rumusan ini tidak efisien bahkan berpotensi meugikan negara.

Perbaikan yang dapat ditawarkan untuk lebih menyempurnakan rumusan Pasal 2 dan Pasal 3 dengan pendekatan analisis ekonomi terhadap hukum adalah menentukan jumlah nilai kerugian keuangan negara, karena jumlah nilai kerugian keuangan negara merupakan bukti keseriusan suatu tindak pidana korupsi dan seharusnya dapat digunakan sebagai parameter untuk menetapkan hukuman. Sehingga di masa depan hukuman yang dijatuhkan terhadap pelaku tindak pidana korupsi yang satu dengan yang lainnya dengan kualitas/keseriusan kejahatan yang

sama mendapatkan hukuman yang sama atau tidak jauh berbeda. Pola aturan seperti ini sesuai dengan prinsip keseimbangan analisis ekonomi.

Sebagai perbandingan, tindak pidana korupsi dalam kitab undang-undang hukum pidana China yaitu *Criminal Law of the People's Republic of China,* mengklasifikasikannya menjadi dua jenis tindak pidana korupsi yang diatur pada BAB VIII tentang *Crimes Of Embezzlement And Bribery* (Kejahatan Penggelapan dan Penyuapan), menentukan besar nilai uang yang dikorupsi sebagai parameter dalam merumuskan berat ringan sanksi pidana yang akan dijatuhkan. Seperti dalam rumusan pasal-pasal berikut.

Article 382[221]

Any State functionary who, by taking advantage of his office, appropriates, steals, swindles public money or property or by other means illegally take it into his own possession shall be guilty of embezzlement.
Any person authorized by State organs, State-owned companies, enterprises, institutions or people's organizations to administer and manage State-owned property who, by taking advantage of his office, appropriates, steals, swindles the said property or by other means illegally take it into his own possession shall be regarded as being guilty of embezzlement.
Whoever conspires with the person mentioned in the preceding two paragraphs to engage in embezzlement shall be regarded as joint offenders in the crime and punished as such.

Article 383

Persons who commit the crime of embezzlement shall be punished respectively in the light of the seriousness of the circumstances and in accordance with the following provisions:

(1) An individual who embezzles not less than 100,000 yuan shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 10 years or life imprisonment and may also be sentenced to confiscation of property; if the circumstances are especially serious, he shall be sentenced to death and also to confiscation of property.

[221]Pasal 383 *Criminal Law of the People's Republic of China.*

(2) An individual who embezzles not less than 50,000 yuan but less than 100,000 yuan shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years and may also be sentenced to confiscation of property; if the circumstances are especially serious, he shall be sentenced to life imprisonment and confiscation of property.

(3) An individual who embezzles not less than 5,000 yuan but less than 50,000 yuan shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than one year but not more than seven years; if the circumstances are serious, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than seven years but not more than 10 years. If an individual who embezzles not less than 5,000 yuan and less than 10,000 yuan, shows true repentance after committing the crime, and gives up the embezzled money of his own accord, he may be given a mitigated punishment, or he may be exempted from criminal punishment but shall be subjected to administrative sanctions by his work unit or by the competent authorities at a higher level.

(4) An individual who embezzles less than 5,000 yuan, if the circumstances are relatively serious, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than two years or criminal detention; if the circumstances are relatively minor, he shall be given administrative sanctions at the discretion of his work unit or of the competent authorities at a higher level.

Article 385

Any State functionary who, by taking advantage of his position, extorts money or property from another person, or illegally accepts another person's money or property in return for securing benefits for the person shall be guilty of acceptance of bribes.
Any State functionary who, in economic activities, violates State regulations by accepting rebates or service charges of various descriptions and taking them into his own possession shall be regarded as guilty of acceptance of bribes and punished for it.

Article 386

Whoever has committed the crime of acceptance of bribes shall, on the basis of the amount of money or property accepted and the seriousness of the circumstances, be punished in accordance with the provisions of Article 383 of this Law. Whoever extorts bribes from another person shall be given a heavier punishment.

Rumusan Pasal 382 KHUP China merupakan ketentuan aturan mengenai penggelapan, menyatakan: *Pertama*, setiap orang yang dengan mengambil keuntungan dari jabatannya, memiliki, mencuri, menipu uang atau properti publik

atau dengan cara lain secara ilegal memasukkannya ke dalam miliknya sendiri dianggap bersalah karena penggelapan. *Kedua*, setiap orang yang diberi wewenang oleh lembaga negara, perusahaan milik negara, perusahaan, lembaga untuk mengelola administrasi masyarakat dan mengelola properti milik negara, dengan secara ilegal membawanya ke dalam kepemilikannya sendiri dianggap bersalah atas penggelapan. Siapa pun yang berkomplot/bersekutu dengan orang yang disebutkan dalam kedua ketentuan di atas terlibat dalam penggelapan akan dianggap sebagai pelaku bersama dalam kejahatan dan dihukum.

Rumusan Pasal 383 merupakan ketentuan aturan sanksi bagi orang yang melakukan penggelapan pada Pasal 382, dan akan dihukum sesuai dengan tingkat keseriusan kejahatannya, dengan ketentuan sebagai berikut:

(1) Seseorang yang menggelapkan tidak kurang dari 100.000 Yuan[222] akan dijatuhi hukuman penjara minimal 10 tahun atau penjara seumur hidup dan dapat juga dijatuhi hukuman penyitaan atas properti, jika situasinya sangat serius, maka akan dijatuhkan hukuman mati dan juga menyita harta bendanya.

(2) Seseorang yang menggelapkan minimal 50.000 Yuan (Rp 109.500.000) dan kurang dari 100.000 Yuan akan dijatuhi hukuman penjara minimal 5 tahun dan dapat juga dijatuhi hukuman penyitaan atas properti, jika situasinya sangat serius, maka akan dijatuhi hukuman penjara seumur hidup dan juga menyita harta bendanya.

[222]Per November 2018 nilai tukar Yuan dengan Rupiah adalah 1 Yuan = Rp 2.1900 berarti 100.000 Yuan = Rp 219.000.000 (dua ratus sembilan belas juta rupiah).

(3) Seseorang yang menggelapkan minimal 5.000 Yuan (Rp 10.950.000) dan kurang dari 50.000 Yuan akan dijatuhi minimal 1 tahun dan maksimal 7 tahun, jika situasinya serius, maka akan dijatuhi minimal 7 tahun dan maksimal 10 tahun. Jika Seseorang yang menggelapkan minimal 5.000 Yuan dan kurang dari 50.000 Yuan bertaubat dan menyerahkan kembali uang yang digelapkannya atas keinginannya sendiri, maka hukumannya akan dikurangi atau mungkin dibebaskan dari hukuman pidana tetapi harus dikenakan sanksi administratif oleh lembaga yang memiliki otoritas kompetensi ditingkat yang lebih tinggi.

(4) Seseorang yang menggelapkan kurang dari 5.000 Yuan, jika situasinya serius dijatuhi hukuman penjara maksimal 2 tahun, jika situasinya normal akan dijatuhi sanksi administratif atas kebijaksanaan lembaga yang memiliki otoritas kompetensi ditingkat yang lebih tinggi. Siapa pun yang berulang kali melakukan penggelapan dan tidak mendapatkan hukuman maka akan dihukum atas dasar jumlah kumulatif uang yang telah digelapkan.

Rumusan Pasal 385 merupakan ketentuan aturan mengenai suap, yang menyatakan: *Pertama*, setiap pejabat negara yang dengan mengambil keuntungan dari posisinya, memeras uang atau properti orang lain, atau secara ilegal menerima uang orang lain atau properti sebagai imbalan untuk mendapatkan keuntungan bagi orang tersebut akan dianggap bersalah atas menerima suap. *Kedua*, setiap pejabat negara yang dalam kegiatan ekonomi melanggar peraturan negara dengan menerima potongan harga atau biaya layanan dari berbagai uraian

yang pertama dan memasukkannya ke dalam miliknya sendiri harus dianggap bersalah menerima suap dan dihukum karenanya.

Rumusan Pasal 386 merupakan ketentuan aturan sanksi bagi orang yang menerima suap pada Pasal 385, di mana bagi pejabat negara yang menerima suap akan dihukum berdasarkan jumlah uang dan properti yang diterima dan melihat pada keseriusan situasi sesuai ketentuan Pasal 383.

Melihat sekilas rumusan pasal-pasal tindak pidana korupsi di China baik korupsi penggelapan atau korupsi suap menjadikan jumlah uang atau properti yang digelapkan dan jumlah uang atau properti suap yang diterima sebagai parameter dalam menentukan sanksi pidana terhadap pelaku korupsi. Dengan demikian terlihat jelas bagaimana sanksi yang tepat dijatuhkan, tidak hanya sekedar berdasar pada penafsiran subjektivitas hakim yang tercermin dalam putusannya selama ini memberi gambaran pada masyarakat bahwa mencuri uang negara ratusan juta hingga milyaran rupiah dengan mencuri sepeda motor dipinggir jalan yang nilainya jauh lebih kecil namun hukuman yang dijatuhkan tidak jauh berbeda. Maka dari itu perlu kebijakan formulasi yang lebih adil sehingga masyarakat tetap percaya bahwa proses peradilan merupakan tempat terbaik mencari keadilan.

b. Pasal 2 dan Pasal 3 Lebih Tepat Menjadi Delik Formil

Adanya kerugian kerugian keuangan negara secara nyata pada Pasal 2 dan Pasal 3 merupakan syarat dapat dituntutnya pelaku korupsi sebagai konsekuensi dihapusnya kata “dapat”. Akibat yang timbul dengan dijadikannya delik materiel adalah akan memperlambat dan menyulitkan KPK dan penegak hukum lainnya

dalam menangani kasus korupsi. Seharusnya pola rumusan yang paling tepat untuk Pasal 2 dan Pasal 3 adalah tetap dijadikan sebagai delik formil sehingga mempermudah penegak hukum dalam menangkap pelaku dan mengembalikan kerugian keuangan negara.

Menurut penulis, kenapa Pasal 2 dan Pasal 3 harus tetap dan lebih tepat menjadi delik formil, karena korupsi tidak saja merugikan keuangan negara secara nyata dan dapat dihitung (materiil) tetapi korupsi juga menimbulkan kerugian yang tidak dapat dihitung (immateriil) karena menyangkut hak-hak sosial masyarakat luas yang ikut merasakan dampak negatif dari perbuatan korupsi tersebut, maka dengan demikian korupsi tidak saja tentang *actual loss* tapi juga *potential loss* yang juga harus diperhitungkan seperti pada rumusan pasal sebelum dihilangkannya kata "dapat". Bila alasan menghapus kata "dapat" karena dikhawatirkan penegak hukum sewenang-wenang dalam menjadikan seseorang tersangka, maka menurut penulis itu merupakan hal lain yaitu pelanggaran terhadap SOP yang harus ditindak tegas bila terbukti melanggar dan diatur ditempat yang berbeda, namun bukan mencegahnya dengan cara menghilangkan kata "dapat" yang justru akan mempersulit penegak hukum dalam memberantas korupsi dan mengembalikan kerugian keuangan negara.

c. Merubah Ketentuan Rumusan Pasal 4

Salah satu yang menjadi penghambat tidak tercapainya tujuan undang-undang tindak pidana korupsi dalam mengembalikan kerugian keuangan negara secara signifikan adalah rumusan Pasal 4 yang tidak menghapuskan penuntutan bagi pelaku yang telah mengembalikan sejumlah uang negara yang dikorupsinya.

Artinya baik pelaku mengembalikan uang hasil korupsi atau tidak mengembalikan uang hasil korupsi tersebut, pada akhirnya pelaku korupsi tetap akan dituntut karena telah melakukan korupsi. Pertanyaan logisnya adalah apakah mungkin pelaku mengembalikan uang hasil korupsi namun disisi lain ia tetap dijatuhi hukuman. Ketentuan seperti ini dalam sudut analisis ekonomi tidak efisien dan tidak seimbang, sehingga perlu peninjauan kembali.

Solusi yang realistis adalah dengan memberikan pengampunan dalam arti tidak memenjara pelaku namun diganti dengan penjatuhan pidana bersyarat selama 2 tahun bagi pelaku yang mengembalikan uang hasil korupsi tersebut dan dengan menerapkan ketentuan mengharuskan pelaku membayar denda 2 atau bahkan sampai 3 kali lipat dari jumlah kerugian keuangan negara. Dengan ketentuan seperti ini, menurut penulis lebih efektif dan efisien karena negara tidak harus mengeluarkan ongkos atas sanksi yang dijatuhkan dan pelaku memperoleh hukuman yang lebih adil. Di dalam penjatuhan pidana denda yang berlipat terdapat unsur yang menjerakan, serta kepastian hukum tetap dipertahankan, keadilan dirasakan dan kemanfaatan didapatkan.

d. Menjadikan Kerugian Keuangan Negara Sebagai Hutang

Kerugian kerugian keuangan negara pada Pasal 2 dan Pasal 3 selama ini ditafisrkan sebagai “kerugian yang nyata” dan harus dikembalikan secara nyata (tunai) dalam jangka waktu tertentu, perlu diubah menjadi suatu utang seseorang atau suatu korporasi kepada negara. Perubahan makna atau arti kerugian keuangan negara menjadi utang kepada negara dapat dikembalikan dalam bentuk saham oleh korporasi yang bersangkutan sehingga dapat menerapkan hukuman berupa

peralihan kepemilikan saham korporasi kepada negara baik sebagian atau keseluruhannya sesuai jumlah kerugian keuangan negara, sebagai akibat dari tindak pidana korupsi yang dilakukannya.[223] Bagi pelaku perorangan juga tetap menjadi hutangnya dan harus dilunasi kepada negara, sehingga apabila pelaku tidak membayar hutang tersebut dapat ditagih melalui gugatan perdata.

e. Memperluas Jangkauan Pasal 18 huruf b

Ketentuan aturan pengembalian kerugian keuangan negara berupa sanksi pidana tambahan pada Pasal 18 ayat (1) huruf b menyatakan, pembayaran uang pengganti yang jumlahnya sebanyak-banyaknya sama dengan harta benda yang diperoleh dari tindak pidana korupsi.

Dilihat dari sudut ekonomi ketentuan Pasal 18 ini tidak memenuhi prinsip maksimalisasi, karena ketentuan ini hanya membolehkan pembayaran uang pengganti yang jumlahnya sebanyak-banyaknya sama dengan harta benda yang diperoleh dari tindak pidana korupsi. Artinya pengadilan tidak boleh menjatuhkan pembayaran uang pengganti lebih besar dari hasil uang yang dikorupsinya. Bila melihat dari banyak kasus yang ada bahwa kasus korupsi dapat diungkap baik oleh Kejaksaan ataupun KPK setelah sekian tahun kemudian. Dapat dilustrasikan andai pelaku korupsi sebesar 1 milyar, dan uang 1 milyar tersebut dijadikan modal investasi bertahun-tahun maka sudah pasti pelaku korupsi tersebut sudah mendapatkan keuntungan yang banyak. Andai setelah 3 tahun kemudian pelaku ditangkap maka pelaku harus mengembalikan kerugian negara sebanyak 1 milyar, sedangkan keuntungan dari modal 1 milyar tersebut tetap menjadi milik pelaku.

[223]Romli Atmasasmita dan Kodrat Wibowo, Analisis...*op.cit*., hlm 208.

Dari ilustrasi kasus di atas, ketentuan Pasal 18 ayat (1) huruf b menguntungkan pelaku korupsi sehingga perlu ditinjau kembali. Adapun solusi yang dapat ditawarkan dengan pendekatan analisis ekonomi adalah dengan memperluas jangkauan pasal tersebut, pembayaran uang pengganti tidak hanya sampai sebatas jumlah dari hasil korupsinya tapi sampai pada sejumlah keuntungan yang didapatkan dari hasil korupsinya. Prinsipnya uang yang digunakan sebagai modal usaha bukan merupakan haknya sehingga haram baginya untuk menggunakannya dan menikmati hasil dari uang tersebut, maka sudah selayaknya dikembalikan pada yang berhak.

f. Menjadikan Ketidakberhasilan Terdakwa Dalam Sistem Pembuktian Terbalik Sebagai Alat Bukti Yang Kuat

Sebagai salah satu unsur pendukung dalam upaya mengembalikan kerugian keuangan negara secara maksimal adalah terkait sistem beban pembuktian terbalik terhadap harta kekayaan yang diperoleh dari hasil tindak pidana korupsi. Namun selama ini pembuktian terbalik hanya berstatus sebagai penguat alat-alat bukti yang lain sebagaimana ketentuan Pasal 37 dan Pasal 37A.

Kedua ketentuan tersebut bertujuan untuk merampas harta kekayaan terdakwa yang berasal dari tindak pidana korupsi sehingga terdakwa tidak berhak menguasai dan memiliki harta kekayaan yang terkait tindak pidana tersebut, kecuali harta yang diperoleh secara sah oleh terdakwa. Ketentuan Pasal 37A ayat (2) masih terdapat celah hukum, dari sudut maksimalisasi ketentuan mengenai ketidakberhasilan terdakwa membuktikan harta kekayaan yang sah hanya dijadikan sebagai hal yang memperkuat alat bukti lain bahwa terdakwa telah

melakukan korupsi. Seharusnya ketidakberhasilan terdakwa tersebut dijadikan sebagai alat bukti yang kuat bagi pengadilan untuk memerintahkan perampasan terhadap harta kekayaan yang tidak bisa dibuktikan terdakwa sebagai hasil dari penghasilan yang sah.

2. Kebijakan Formulasi Bentuk Sanksi Pidana

Salah satu aspek penting dari upaya penegakan hukum adalah pentingnya pencegahan. Upaya pencegahan melalui sanksi pidana penjara yang sering diterapkan selama ini dalam mengatasi masalah korupsi nyatanya belum berhasil. Dengan menggunakan pendekatan *economic analysis of law* dalam konteks pencegahan tindak pidana korupsi yang merupakan kejahatan ekonomi, menawarkan solusi berupa bentuk-bentuk sanksi pidana yang berkarakter ekonomi sehingga penegakan hukum tindak pidana korupsi menjadi lebih maksimal, seimbang dan efisien tanpa mengenyampingkan tujuan klasik dari hukum itu sendiri yaitu kepastian, keadilan dan kemanfaatan.

Sebelum menentukan bentuk sanksi pidana yang akan digunakan supaya nanti dalam penerapannya tepat sasaran dan berdaya guna sehingga mampu menanggulangi masalah korupsi yaitu dengan mempertimbangkan motif pelaku. Seseorang atau suatu korporasi yang melakukan tindak pidana biasanya didasarkan pada dua motif yaitu *corruption by need*, orang melakukan korupsi karena terpaksa karena alasan harus memenuhi kebutuhannya, keluarganya dan sanak kerabatnya. Himpitan ekonomi menjadi salah satu alasan mengapa seseorang korupsi. Motif yang kedua yaitu *corruption by greed*, orang melakukan korupsi karena ia rakus. Secara materi pelaku adalah orang terpandang baik dari

sisi kedudukan maupun segi finansial, namun karena sifat rakusnya menyebabkannya melakukan korupsi.[224]

Dalam konteks analisis ekonomi terhadap hukum, dua motiif tersebut perlu dibedakan supaya penggunaan prinsip analisis ekonomi terhadap hukum tepat sasaran. Prinsip-prinsip ekonomi terhadap hukum hanya akan cocok diterapkan terhadap pelaku *corruption by greed*, karena sesungguhnya banyak perkara korupsi yang muncul ke publik yang merugikan keuangan negara begitu besar dari angka milyaran hingga triliuan rupiah yang disebabkan oleh sifat kerakusan. Sedangkan penerapan prinsip analisis ekonomi terhadap hukum pada pelaku *corruption by need* tidak relevan karena sejak awal pelaku motif ini memang tidak mampu secara ekonomi untuk memenuhi kebutuhan hidupnya, keluarganya dan koleganya sehingga memaksanya untuk melakukan korupsi.

Tindak pidana korupsi merupakan tindak pidana yang berkarakter ekonomi dan pelaku yang melakukan tindak pidana korupsi didorong oleh motif ekonomi, maka sudah sepantasnya pelaku juga dijatuhi hukuman yang berkarakter ekonomi sehingga tercapainya tujuan kepastian, keadilan dan kemanfaatan dalam hukum. Melalui prinsip-prinsip analisis ekonomi terhadap hukum, penulis mencoba menawarkan bentuk sanksi pidana yang lebih memprioritaskan aspek-aspek optimalisasi, keseimbangan dan efisiensi, sebagai berikut:

a. Mengefektifkan dan Mengintensifkan Pidana Mati

Sejak diundang-undangkannya ketentuan aturan mengenai tindak pidana korupsi di Indonesia, belum pernah ada pelaku tindak pidana korupsi dijatuhi

[224]Mahrus ali, Hukum...*op. cit*., hlm 224.

pidana mati berdasarkan putusan pengadilan. Berapapun besaran nilai kerugian negara akibat korupsi, yang bahkan hingga mencapai angka triliunan sekalipun belum pernah ada pelaku yang dijatuhi pidana mati. Mengapa demikian, karena ketentuan pidana mati hanya untuk pelaku korupsi yang melanggar Pasal 2 dengan syarat pelaku melakukan korupsi pada keadaan-keadaan tertentu yang memang sulit terpenuhi unsur-unsur keadaan tertentu tersebut. Sehingga tidak bisa menjatuhkan pidana mati terhadap pelaku korupsi yang tidak melakukan korupsi dalam keadaan tertentu yang telah penulis terangkan sebelumnya.

Bila dibandingkan dengan ketentuan *Criminal Law of the People's Republic of China* (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Republik Rakyat China) yang mengintensifkan penjatuhan pidana mati terhadap pelaku tindak pidana korupsi, di mana penjatuhan pidana mati tidak berdasarkan pada jenis-jenis korupsinya seperti di Indonesia, tetapi penjatuhan pidana mati berdasarkan besaran jumlah nilai uang yang dikorupsinya. Seperti dalam ketentuan Pasal 383 ayat (1) bagi orang yang menggelapkan uang negara minimal 100.000 Yuan yang jika dalam rupiah senilai dengan Rp 219.000.000 (dua ratus sembilan belas juta rupiah) ancaman hukumannya minimal 10 tahun penjara dan maksimal seumur hidup, dan dapat juga dijatuhi pidana tambahan seperti penyitaan properti (harta benda), dan bila situasinya sangat serius maka pelaku akan dijatuhi hukuman mati.

Dengan menggelapkan uang sejumlah Rp 219.000.000 (dua ratus sembilan belas juta rupiah) di China pelaku dapat dijatuhi hukuman mati. Angka kerugian negara masih dalam jumlah ratusan namun ancamannya adalah pidana mati, berbeda jauh dari ketentuan hukum di Indonesia, di mana banyak kasus korupsi

yang merugikan keuangan negara hingga angka triliunan namun tidak satupun pelaku yang dijatuhi pidana mati. Dengan mengefektifkan dan mengintensifkan penjatuhan pidana mati bagi para koruptor di China menjadikan China sebagai salah satu negara yang paling sering menjatuhkan pidana mati, namun demikian hal tersebut ternyata memberikan dampak yang positif baik dari segi penegakan hukum maupun segi pertumbuhan ekonominya karena telah berhasil mengatasi masalah korupsi yang telah lama mengakar sejak zaman kekaisaran.

Keberhasilan China dalam mengatasi masalah korupsi perlu kita contoh demi kebaikan bangsa ini ke depan, maka hendaknya penjatuhan pidana mati bagi pelaku tindak pidana korupsi diefektifkan dan diintensifkan karena eksistensinya sesuai dengan prinsip rasionalitas dan efisiensi dalam analisis ekonomi terhadap hukum. Ketentuan pidana mati yang hanya terdapat pada Pasal 2 harus juga dimuat dalam pasal-pasal pidana korupsi lainnya dan yang menjadi parameter penerapannya adalah besar jumlah uang yang dikorupsi, bukan lagi bergantung pada kondisi keadaan tertentu yang sangat sulit terpenuhi.

b. Formulasi Pidana Denda

Asumsi mendasar terhadap teori pencegahan dalam *economic analysis of law* adalah bahwa manusia selalu rasional. Terdapat dua konsep manusia sebagai makhluk rasional yang kemukakan oleh Kenneth G, yaitu *Shaping the individual's apportunites* dan *Shaping the individual's prefences*. Konsep pertama bahwa seseorang secara rasional memilih kesempatan-kesempatan yang ada untuk mewujudkan kepuasan yang paling besar berdasarkan pilihan yang ada. Sedangkan konsep kedua bahwa seseorang akan bertindak secara rasional selama

pilihan-pilihan yang dimiliki lengkap, dan dia akan memilih kesempatan yang di dalamnya terdapat keuntungan yang paling besar berdasarkan pilihan-pilihan yang dimiliki.[225]

Mengacu pada prinsip rasionalitas dalam analisis ekonomi terhadap hukum yang mendeskripsikan bahwa pelaku-pelaku rasional selalu mengkalkulasi *cost and benefit* yang akan diperoleh ketika melakukan tindak pidana korupsi. Bila *benefit* atau keuntungan lebih besar dari *cost* atau kerugian, mereka akan melakukan tindak pidana korupsi dan begitu juga sebaliknya. Karena manusia merupakan makhluk rasional, maka sebagai upaya pencegahan adalah ketika seseorang melakukan tindak pidana korupsi, maka sanksi pidana yang dijatuhakan harus melebihi seriusitas tindak pidanan korupsi tersebut, dengan kata lain kerugian/ongkos yang akan ditanggung calon pelaku harus lebih besar daripada keuntungan yang didapatkan dengan melakukan tindaka pidana.

Untuk menyesuaikan ketentuan pidana denda dalam UU No 31/1999 sebagaimana diubah dengan UU No 20/2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dengan prinsip-prinsip analsis ekonomi terhadap hukum maka harus merubah formulasi dan bentuk ancaman pidana denda dalam semua ketentuan pasal dalam UU korupsi. Dalam analisis ekonomi terhadap hukum bahwa pidana penajra bukan merupakan pilihan utama karena *high social cost of imprisonment* (memerlukan ongkos sosial yang sangat tinggi) sehingga tidak efisien. Maka yang menjadi pihan utama adalah pidana denda (*fines*).

[225]Kenneth G. Dau-Schmidr, *An Economic Analysis of the Criminal Law as A Preference-Shaping Policy*, (Duke Law Jurnal, 1990), hlm 3-4. Dikutip dari Mahrus Ali, Hukum...*op.cit*., hlm 240.

Dengan menerapkan prinsip-prinsip analisis ekonomi terhadap hukum dalam UU No 31/1999 sebagaimana diubah dengan UU No 20/2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi di mana ketentuan pidana penjara yang menjadi pilihan utama selama ini harus diubah dengan pidana denda. Menurut Mahrus Ali perumusan ancaman sanksi pidana yang bersifat kumulatif antara pidana penjara dan pidana denda, atau kumulatif alternatif antara pidana penjara dan atau pidana denda seyogyanya harus dirubah. Perubahan tersebut dapat berupa perumusan ancaman sanksi pidana secara tunggal yakni menempatkan pidana denda sebagai satu-satunya sanksi pidana yang diancamkan kepada pelaku, atau juga perumusan ancaman sanksi pidana kumulatif antara pidana denda dengan pidana mati.[226]

Mengingat pelaku korupsi di Indonesia tidak semuanya kaya dan memiliki aset harta benda yang berlimpah, dan berdasar pada motif pelaku korupsi *by need* dan *by greed*, maka untuk tetap menjaga kepastian, keadilan dan kemanfaatan sebagai cita-cita dari hukum, menurut penulis sanksi pidana denda menjadi sanksi pidana utama dalam arti lebih mengedepankan pidana denda daripada pidana penjara, pidana denda sebagai pidana alternatif untuk menggantikan pidana penajra baik bagi pelaku korupsi dengan motif *by need* dan juga *by greed*, dengan catatan bila pelaku memiliki aset atau harta benda yang dapat digunakan untuk membayar pidana denda yang dijatuhkan dalam putusan pengadilan maka pelaku tidak perlu dipenjara, cukup dengan penjatuhan pidana denda saja terhadapnya, namun jika pelaku tidak sanggup membayar pidana denda yang bukan karena

[226]Mahrus Ali, Hukum...*op.cit*., hlm 226.

alasan tidak mau membayar melainkan karena memang tidak mampu karena sudah tidak ada lagi aset atau harta benda yang dimiliki oleh pelaku korupsi maka sebagai pidana subsidair adalah pidana penjara.

Mengenai ketentuan sanksi pidana pengganti yang belaku saat ini adalah pidana penjara maksimal selama 6 bulan dan apabila terdapat pemberatan maka bertambah menjadi maksimal 8 bulan, ketentuan ini juga harus ikut dirubah apabila sanksi pidana denda menjadi pidana utama dan sanksi pidana penjara sebagai subsidairnya. Perubahannya harus dipertimbangkan lebih bijak sehingga tercapai prinsip proporsionalitas dalam penegakan hukum.

Dengan ketentuan sanksi pidana denda sebagai sanksi pidana utama dalam mengatasi masalah korupsi, maka langkah selanjutnya adalah mendesain formulasi ancaman sanksi pidana dari sudut analisis ekonomi terhadap hukum tidak lagi dirumuskan secara eksplisit jumlah nominal denda tiap-tiap pasalnya, tetapi cukup dirumuskan dengan melipatgandakan minimal 2 kalilipat dan maksimal 3 kalilipat dari jumlah nominal denda yang harus dibayar oleh pelaku disesuaikan dengan jumlah yang dikorupsinya kemudian ditambah keuntungan yang diperoleh dari uang korupsi jika terdapat keuntungan dan ditambah dengan biaya penegakan hukum yang dikeluarkan oleh negara.

Jumlah nominal Korupsi x 2 atau 3 = ... + keuntungan + biaya penegakan hukum
= .....sanksi denda yang dapat dijatuhkan

Untuk lebih mudah dipahami penulis deskripsikan melalui contoh berikut: jika seseorang (person/korporasi) melakukan tindak pidana korupsi sebesar Rp 1.000.000.000 ditambah bila terdapat keuntungan dari uang korupsi sebesar Rp 300.000.000, dan ditambah biaya penegakan hukum sebesar Rp 250.000.000.

Sanksi pidana denda yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku korupsi adalah minimal Rp 2.550.000.000 (dua milyar lima ratus lima puluh juta rupiah) dan maksimal Rp 3.550.000.000 (empat milyar lima ratus lima puluh juta rupiah).

Perlu dibedakan antara ancaman sanksi pidana terhadap perorangan dan terhadap korporasi agar sanksi pidana yang dijatuhkan tepat sasaran dan sesuai karakteristik pelakunya. Ketentuan pidana pokok yang terdapat pada Pasal 20 UU No 31/1999 adalah yang dapat dijatuhkan terhadap korporasi hanya pidana denda, dengan ketentuan maksimal pidana ditambah 1/3 (satu per tiga).

Tidak ada ketentuan khusus mengenai pelaksanaan pidana denda yang tidak dibayar oleh korporasi. Bagi korporasi yang tidak membayar denda tentu tidak dapat dikenakan hukuman subsidair pidana penjara, maka untuk mengatasi kekosongan hukum ini berdasarkan prinsip analisis ekonomi terhadap hukum, pidana yang dapat dijatuhkan terhadap korporasi yang melakukan tindak pidana korupsi adalah selain harus mengembalikan kerugian keuangan negara yang dianggap hutang korporasi terhadap negara, juga dijatuhi pidana denda maksimal sebagai pidana pokoknya atau pidana penundaan transaksi atau pidana pencabutan izin usah dalam jangka waktu tertentu, atau jika tidak membayar uang pengganti kerugian negara dan/atau tidak mampu membayar denda maka dijatuhkan pidana peralihan kepemilikan saham korporasi kepada negara baik sebagian atau seluruhnya sesuai dengan nilai kerugian keuangan negara akibat perbuatan korupsi oleh korporasi tersebut.

Penjatuhan sanksi pidana yang optimal dalam analisis ekonomi terhadap hukum harus dalam batas-batas yang wajar dan masih bisa ditoleransi, sehingga

tidak menimbulkan apa yang disebut dengan hukum yang berlebihan (*overenforcement*). Penjatuhan sanksi pidana yang berlebihan mana kala jumlah keseluruhan sanksi pidana yang dijatuhkan kepada pelaku tindak pidana melebihi jumlah optimal dari upaya pencegahan. Misalnya ketika orang melakukan korupsi Rp 500.000.000,00 dan dijatuhi pidana denda sebesar Rp 2.000.000.000,00 maka hukuman denda yang dijatuhkan tersebut termasuk dalam kategori berlebihan. Berbeda ketika hukuman yang dijatuhkan sebesar Rp 1.000.000.000,00 atau maksimal Rp 1.500.000.000,00, hukuman seperti ini menjatuhkan 2-3 kalilipat dari hasil korupsi merupakan sebuah konsekuensi hukum yang harus ditanggung apabila seseorang melakukan tindak pidana korupsi.