

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Sejarah Pengaturan Tindak Pidana Gratifikasi di Indonesia

Berbicara mengenai korupsi, sama saja kita membicarakan semut di tengah lautan. Menyinggung masalah korupsi berarti menyinggung pula masalah pelanggaran dan kejahatan jabatan, latar belakangnya, faktor-faktor penyebabnya sampai pada penanggulangannya. Hal-hal yang dikategorikan sebagai perbuatan korupsi pada umumnya meliputi penggelapan uang, menerima atau meminta upeti, menerima hadiah atau janji, ikut serta urusan pemborongan, dan sebagainya.

Tindak pidana korupsi suap berasal dari tindak pidana suap (*omkoping*) yang ada didalam KUHP. KUHP sendiri membedakan antara 2 (dua) kelompok tindak pidana suap, yakni tindak pidana menerima suap dan tindak pidana memberi suap. Kelompok pertama disebut suap aktif (*actieve omkoping*), subyek hukumnya adalah pemberi suap. Dimuat dan menjadi bagian dari kejahatan terhadap penguasa umum (Bab VIII Buku II), yakni Pasal 209 dan Pasal 210.¹¹

Pasal 209 KUHP

1. Dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara selamalamanya duapuluh tahun dan/atau denda setinggi-tingginya tiga puluh juta rupiah.
 - 1e. Barang siapa memberi hadiah atau perjanjian kepada seorang pegawai negeri, dengan maksud hendak membujuk dia, supaya dalam

¹¹ Adami Chazawi, *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, PT. Alumni, Bandung, 2008, hlm. 169.

pekerjaannya ia berbuat atau mengalpakan sesuatu apa, yang bertentangan dengan kewajibannya.

- 2e. Barang siapa memberi hadiah kepada seorang pegawai negeri oleh sebab atau berhubungan dengan pegawai negeri itu sudah membuat atau mengalpakan sesuatu apa dalam menjalankan pekerjaannya yang bertentangan dengan kewajibannya.¹²

Pasal 210 KUHP

1. Dipidana dengan pidana seumur hidup atau pidana penjara selama-lamanya dua puluh tahun dan/atau denda setinggi-tingginya tiga puluh juta rupiah.
 - 1e. Barangsiapa memberi hadiah atau perjanjian kepada hakim, dengan maksud untuk mempengaruhi keputusan hakim itu tentang perkara yang diserahkan kepada pertimbangannya.
 - 2e. Barangsiapa memberi hadiah atau perjanjian kepada seseorang, yang menurut peraturan perundang-undangan ditentukan menjadi penasihat untuk menghadiri pengaduan, dengan maksud untuk mempengaruhi nasehat atau pendapat yang akan dimajukannya tentang perkara yang diserahkan kepada pertimbangan pengadilan itu.
2. Jika hadiah atau perjanjian itu diberikan dengan maksud supaya hakim menjatuhkan pidana dalam sesuatu perkara pidana, yang bersalah dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya dua belas tahun dan/atau denda setinggi-tingginya satu juta rupiah.¹³

Kelompok kedua yang disebut dengan suap pasif (*passieve omkoping*), subyek hukumnya adalah pegawai negeri yang menerima suap. Dimuat dan menjadi bagian dari kejahatan jabatan (Bab XVIII Buku II), yakni Pasal 418, Pasal 419, dan Pasal 420. Jadi tindak pidana suap di dalam KUHP semuanya ada 5 (lima pasal).¹⁴ Kejahatan jabatan yang dilakukan oleh pegawai negeri yang berupa menerima hadiah atau janji (suap). Perumusannya terdapat dalam Pasal 418 KUHP.

¹² R. Wiyono, *Tindak Pidana Korupsi Di Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung, 1986, hlm. 19

¹³ *Ibid*, hlm. 20

¹⁴ *Ibid*

Pasal 418 KUHP

Pegawai negeri yang menerima hadiah atau perjanjian, sedang ia tahu atau patut dapat menyangka, bahwa apa yang dihadiahkan atau dijanjikan itu berhubungan dengan jabatan itu, dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya enam bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp.4.500,-¹⁵ Unsur-unsurnya sebagai berikut:

- a. Yang menerima hadiah atau janji adalah pegawai negeri atau pejabat.
- b. Yang diketahui atau patut diduga itu diberikan karena kekuasaannya atau kewenangannya yang berhubungan dengan jabatannya.
- c. Menurut orang yang memberi ada hubungannya dengan jabatannya.¹⁶

Orang yang memberi hadiah atau janji itu hanya mempunyai maksud untuk memperoleh sesuatu yang bertentangan dengan kewajiban pegawai negeri, hingga para pemberi hadiah atau janji cukup terdapat dugaan bahwa yang dikehendaki adalah bertentangan dengan kewajibannya, tetapi pegawai negeri itu harus mengetahui, bahwa perbuatan itu dilakukan agar ia tidak akan melakukan sesuatu atau ia akan melakukan sesuatu yang bertentangan dengan kewajibannya. Penyuap memberikan hadiah atau janji itu karena mengetahui atau menurut pikirannya bahwa pegawai negeri itu mempunyai kekuasaan ataupun mempunyai hak sehubungan dengan jabatan yang sedang diduduki pegawai negeri tersebut.¹⁷

¹⁵ *Ibid*, hlm. 22.

¹⁶ Victor M Situmorang, *Tindak Pidana Pegawai Negeri Sipil*, Rineka Cipta, Jakarta, 1990, hlm. 5-6.

¹⁷ M. Hamdan, *Tindak Pidana Suap & Money Politics*, Pustaka Bangsa Press, Medan, 2005, hlm. 55-56.

Kejahatan jabatan yang dilakukan oleh pegawai negeri berupa menerima atau janji. Hal ini dirumuskan dalam Pasal 419 KUHP.

Pasal 419 KUHP

Dengan hukuman penjara selama-lamanya lima tahun dihukum pegawai negeri:

- 1e. yang menerima pemberian atau perjanjian, sedang diketahuinya bahwa pemberian atau perjanjian itu diberikan kepadanya untuk membujuknya supaya dalam jabatannya melakukan atau mengalpakan sesuatu apa yang berlawanan dengan kewajibannya;
- 2e. yang menerima pemberian, sedang diketahuinya, bahwa pemberian itu diberikan kepadanya oleh karena atau berhubungan dengan apa yang telah dilakukan atau dialpakan dalam jabatannya yang berlawanan dengan kewajibannya.¹⁸ Unsur-unsurnya adalah:
 1. a. Yang menerima hadiah/janji adalah pegawai negeri atau pejabat
 - b. Itu diberikan untuk menggerakkan dia untuk melakukan atau tidak melakukan dalam jabatannya.
 2. a. Yang menerima hadiah/janji adalah pegawai negeri
 - b. Bahwa itu diberikan sebagai akibat atau karena ia telah melakukan/tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya.

Penyuapan yang diatur dalam Pasal 418 tersebut ada hubungannya dengan kekuasaan atau wewenang yang dimiliki oleh pegawai negeri. Penyuapan yang diatur dalam Pasal 419 yaitu penyuapan mengenai hal untuk menggerakkan pegawai negeri tersebut supaya melakukan atau tidak melakukan sesuatu, atau sebagai akibat oleh karena pegawai negeri tersebut telah melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam perbuatannya yang bertentangan dengan kewajibannya, sedangkan bagi orang yang menyuap juga dikenakan pidana.¹⁹ Kejahatan jabatan yang dilakukan oleh Hakim, Penasehat Hukum, yang berupa menerima hadiah atau janji. Hal ini dirumuskan dalam Pasal 420.

¹⁸ *Ibid*, hlm. 23.

¹⁹ *Ibid*, hlm. 24.

Pasal 420 KUHP

1. Dengan hukuman penjara selama-lamanya Sembilan tahun dihukum:
 - 1e. hakim yang menerima pemberian atau perjanjian, sedang diketahuinya, bahwa pemberian atau perjanjian itu diberikan kepadanya untuk mempengaruhi keputusan suatu perkara yang diserahkan kepada pertimbangannya;
 - 2e. barangsiapa yang menurut peraturan undang-undang ditunjuk sebagai pembicara atau penasehat untuk menghadiri sidang pengadilan yang menerima atau perjanjian, sedang ia tahu bahwa hadiah atau perjanjian itu diberikan kepadanya untuk mempengaruhi pertimbangan atau pendapatnya tentang perkara yang harus diputuskan oleh pengadilan itu.
2. Jika pemberian atau perjanjian itu diterima dengan keinsyafan, bahwa pemberian atau perjanjian itu diberikan kepadanya supaya mendapatkan suatu penghukuman dalam perkara pidana maka sifersalah dihukum penjara selama-lamanya dua belas tahun.

Adapun unsurnya terdiri dari: 1. a. Hakim b. Menerima hadiah atau janji. Yang dimaksud dengan hadiah atau janji adalah telah dirumuskan dalam yurisprudensi, bahwa hadiah itu segala sesuatu yang mempunyai nilai. Noyon berpendapat “hadiah adalah segala sesuatu yang dapat dipindah tangankan dan juga mempunyai nilai, yang absolut tidak bernilai tidak dapat dikatakan pemberian atau janji”. c. Padahal diketahui bahwa itu diberikan, dan d. Untuk mempengaruhi putusan perkara 2. a. Penasehat hukum b. Menerima hadiah atau janji c. Padahal diketahui bahwa itu diberikan, dan d. Untuk mempengaruhi nasihat terhadap perkara yang harus diputus oleh pengadilan itu.²⁰

Tindak pidana korupsi baru dapat terjadi apabila dua belah pihak, yaitu pihak orang luar yang menyuap atau menjanjikan sesuatu dengan mempengaruhinya demi untuk mendapatkan keuntungan disatu segi dan disegi lain adalah pegawai pegawai negeri atau pejabat yang mempunyai jabatan atau kedudukan yang juga ingin atau terangsang untuk hidup mewah, dan tindakan dari perbuatan kedua belah pihak tersebut menimbulkan:

1. Ada pihak-pihak yang memperkaya diri sendiri, atau orang lain atau badan.

²⁰ Victor M Situmorang, *Op.Cit*, hlm. 60-61.

2. Menimbulkan kerugian keuangan atau perekonomian negara atau keuangan suatu badan yang menerima bantuan dari negara atau badan hukum lain yang menggunakan modal/kelonggaran dari negara atau masyarakat.²¹

Usaha pemerintah dalam memberantas tindak pidana korupsi adalah dengan memperbaharui peraturan perundang-undangan yang mendasarinya. Tidaklah cukup lengkap kiranya Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 yang memberantas tindak pidana korupsi, hal itu secara konkrit ditunjukkan dengan dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999. Salah satu hal pokok yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 adalah bahwa diantara Pasal 12 dan Pasal 13 disisipkan Pasal baru yakni Pasal 12 A, Pasal 12 B dan Pasal 12 C. Dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 untuk pertama kali diperkenalkan satu tindak pidana korupsi yang baru yang sebelumnya sudah ada terselip dalam pasal-pasal tindak pidana korupsi suap yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tapi tidak ada disebutkan dengan rinci dan jelas. Tindak pidana korupsi menerima gratifikasi sebagaimana dimuat dalam Pasal 12B Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 dirumuskan sebagai berikut:

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:
 - a. Yang nilainya Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) atau lebih pembuktiaannya 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 tersebut suap dibuktikan oleh penuntut umum:

²¹ *Ibid*, hlm. 7.

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).

Gratifikasi kepada pegawai negeri telah dijelaskan dalam penjelasan Pasal 12B Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 yang menyatakan “yang dimaksud dengan gratifikasi dalam ayat ini adalah pemberian dalam arti luas yakni meliputi pemberian uang, barang, rabat (*discount*), komisi, pinjaman tanpa bunga, tiket perjalanan, fasilitas penginapan, perjalanan wisata, pengobatan cuma-cuma, dan fasilitas lainnya. Gratifikasi tersebut baik yang diterima di dalam maupun di luar negeri dan yang dilakukan dengan menggunakan sarana elektronik atau tanpa sarana elektronik.”²²

Landasan pengaturan mengenai gratifikasi ini dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 adalah:

1. Landasan Filosofis

Penjelasan umum dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 disebutkan bahwa maksud diadakannya penyisipan Pasal 12 B dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 adalah untuk menghilangkan rasa kekurangadilan bagi pelaku tindak pidana korupsi dalam hal nilai yang dikorup relatif kecil.²³ Dalam Pasal 12 B Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi berbunyi: “Setiap gratifikasi kepada pegawai negeri atau penyelenggara

²² Darwan Prinst, *pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm. 57.

²³ R. Wiyono, *Pembahasan Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 107.

negara dianggap pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya.” Ditilik secara hukum, sebenarnya tidak ada masalah dengan gratifikasi. Tindakan ini hanyalah sekedar suatu perbuatan seseorang memberikan hadiah atau hibah kepada orang lain. Tentu saja hal tersebut diperbolehkan. Namun, seiring perkembangan waktu, budaya, dan pola hidup, pemberian yang acap disebut gratifikasi mulai mengalami dualisme makna.

2. Landasan Sosiologis

Praktik korupsi pada masa sekarang mengalami perkembangan dengan munculnya praktik-praktik baru yang berusaha memanfaatkan celah atau kelemahan berbagai peraturan perundang-undangan yang ada. Pemberian hadiah seringkali kita anggap hanyalah sebagai suatu ucapan terima kasih atau ucapan selamat kepada seorang pejabat.

Pemberian hadiah sebagai suatu perbuatan atau tindakan seseorang yang memberikan sesuatu (uang atau benda) kepada orang lain tentu saja hal tersebut diperbolehkan. Namun jika pemberian tersebut dengan harapan untuk dapat mempengaruhi keputusan atau kebijakan dari pejabat yang diberi hadiah, maka pemberian itu tidak hanya sekedar ucapan selamat atau tanda terima kasih, akan tetapi sebagai suatu usaha untuk memperoleh keuntungan dari pejabat atau pemeriksa yang akan mempengaruhi integritas, independensi dan objektivitasnya, adalah sebagai suatu tindakan yang tidak dibenarkan dan hal ini termasuk dalam pengertian gratifikasi. *Black's Law Dictionary* memberikan pengertian Gratifikasi atau *Gratification* adalah sebagai “*a voluntarily given reward or recompense for a*

service or benefit” yang dapat diartikan gratifikasi adalah “sebuah pemberian yang diberikan atas diperolehnya suatu bantuan atau keuntungan”.²⁴

Gratifikasi dapat diartikan positif atau negatif. Gratifikasi positif adalah pemberian hadiah dilakukan dengan niat yang tulus dari seseorang kepada orang lain tanpa pamrih artinya pemberian dalam bentuk "tanda kasih" tanpa mengharapkan balasan apapun. Gratifikasi negatif adalah pemberian hadiah dilakukan dengan tujuan pamrih, pemberian jenis ini yang telah membudaya dikalangan birokrat maupun pengusaha karena adanya interaksi kepentingan. Dengan demikian secara perspektif gratifikasi tidak selalu mempunyai arti jelek, namun harus dilihat dari kepentingan gratifikasi. Akan tetapi dalam praktik seseorang memberikan sesuatu tidak mungkin dapat dihindari tanpa adanya pamrih.

Gratifikasi kepada kalangan birokrat di negara-negara maju, dilarang keras dan kepada pelaku diberikan sanksi cukup berat, karena akan mempengaruhi pejabat birokrat dalam menjalankan tugas dan pengambilan keputusan yang dapat menimbulkan ketidakseimbangan dalam pelayanan publik, bahkan di kalangan privat pun larangan juga diberikan, contoh pimpinan stasiun televisi swasta melarang dengan tegas reporter atau wartawannya menerima uang atau barang dalam bentuk apa pun dari siapapun dalam menjalankan tugas pemberitaan. Oleh karena itu gratifikasi harus dilarang bagi birokrat dengan disertai sanksi yang berat (denda uang atau pidana kurungan atau penjara) bagi yang melanggar dan harus dikenakan kepada kedua pihak (pemberi dan penerima).

²⁴ *Ibid*

Contoh pemberian yang dapat digolongkan sebagai gratifikasi, antara lain:

- a. Pemberian hadiah atau uang sebagai ucapan terima kasih karena telah dibantu;
- b. Hadiah atau sumbangan dari rekanan yang diterima pejabat pada saat perkawinan anaknya;
- c. Pemberian tiket perjalanan kepada pejabat/pegawai negeri atau keluarganya untuk keperluan pribadi secara cuma-cuma;
- d. Pemberian potongan harga khusus bagi pejabat/pegawai negeri untuk pembelian barang atau jasa dari rekanan;
- e. Pemberian biaya atau ongkos naik haji dari rekanan kepada pejabat/pegawai negeri;
- f. Pemberian hadiah ulang tahun atau pada acara-acara pribadi lainnya dari rekanan;
- g. Pemberian hadiah atau souvenir kepada pejabat/pegawai negeri pada saat kunjungan kerja;
- h. Pemberian hadiah atau parcel kepada pejabat/pegawai negeri pada saat hari raya keagamaan, oleh rekanan atau bawahannya.

Berdasarkan contoh di atas, maka pemberian yang dapat dikategorikan sebagai gratifikasi adalah pemberian atau janji yang mempunyai kaitan dengan hubungan kerja atau kedinasan dan/atau semata-mata karena keterkaitan dengan jabatan atau kedudukan pejabat/pegawai negeri dengan sipemberi. Melihat kondisi tersebut yang nyata dalam masyarakat, dan telah menjadi masalah sosial, maka dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 ini, belum diatur mengenai gratifikasi

tersebut. Dimana dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 pengaturan mengenai gratifikasi belum ada.

3. Landasan Yuridis

Negara Republik Indonesia pada saat dinyatakan dalam keadaan perang atas dasar Undang-Undang Nomor 74 Tahun 1957 jo Undang-Undang Nomor 79 Tahun 1957, dalam rangka pemberantasan tindak pidana korupsi telah dikeluarkan Peraturan Penguasa perang Pusat/Kepala Staf Angkatan Darat tanggal 16 April 1958 No prt/peperpu/013/1958 serta peraturan-peraturan pelaksanaannya dan Peraturan Penguasa Perang pusat /Kepala Staf Angkatan laut tanggal 17 April 1958 Nomor prt/Z/I/7.²⁵ Oleh karena peraturan penguasa perang pusat tersebut hanya berlaku untuk sementara, maka pemerintah Republik Indonesia menganggap bahwa peraturan penguasa perang pusat yang dimaksud perlu diganti dengan peraturan perundang-undangan yang berbentuk undang-undang. Dengan adanya keadaan yang mendesak dan perlunya diatur dengan segera tindak pidana korupsi, maka atas dasar Pasal 96 Ayat (1) UUDS 1950, penggantian peraturan penguasa perang pusat tersebut ditetapkan dengan peraturan perundang-undangan yang berbentuk peraturan pemerintah pengganti undang-undang, yaitu dengan Perpu No. 24 Tahun 1960 tentang Pengusutan, Penuntutan, dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi, yang kemudian atas dasar Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1960 tentang Pengusutan, Penuntutan, dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi.²⁶

²⁵ Lilik Mulyadi, *Tindak Pidana Korupsi di Indonesia, Normatif, Teoritis,Praktik dan Masalahnya*, PT. Alumni, Bandung, 2007, hlm.11.

²⁶ R. Wiyono, *Op.Cit*, 2005, hlm. 3

Undang-Undang Nomor 24 Prp Tahun 1960 dalam penerapannya ternyata masih belum mencapai hasil seperti yang diharapkan sehingga terpaksa diganti lagi dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 tentang pemberantasan tindak pidana korupsi. Setelah lebih dari dua dasawarsa berlaku, ternyata Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1971 tersebut sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan kebutuhan hukum dalam masyarakat, apalagi dengan terjadinya praktek-praktek korupsi, kolusi dan nepotisme yang melibatkan para penyelenggara Negara dengan para pengusaha.

Berdasarkan hal tersebut, sudah sewajarnya jika kemudian MPR sebagai Lembaga Tertinggi Negara itu menetapkan Tap MPR No. XI/MPR/1998 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas KKN yang antara lain menetapkan agar diatur lebih lanjut dengan undang-undang tentang upaya pemberantasan tindak pidana korupsi yang dilakukan dengan tegas, dengan melaksanakan secara konsisten Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi. Atas dasar TAP MPR No XI /MPR/1998 ini, kemudian ditetapkan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang pemberantasan tindak pidana korupsi yang mulai berlaku sejak tanggal 16 Agustus 1999, dan dimuat dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 No. 140.²⁷ Adapun Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dinyatakan tidak berlaku lagi. Namun, kemudian diadakan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tersebut dengan ditetapkannya Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan

²⁷ *Ibid*

Tindak Pidana Korupsi dan dimuat dalam Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2001 Nomor 134 yang mulai berlaku tanggal 21 November 2001.

Alasan diadakannya perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 dapat diketahui dari konsideran butir b Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001, yaitu:

1. Untuk lebih menjamin kepastian hukum;
2. Menghindari keragaman penafsiran hukum;
3. Memberikan perlindungan terhadap hak-hak social dan ekonomi masyarakat;
4. Perlakuan secara adil dalam memberantas tindak pidana korupsi

Perubahan pasal-pasal mengenai tindak pidana korupsi penyuapan, yaitu

Pasal 1 angka (2) Undang-Undang Nomor 20 tahun 2001 menentukan bahwa Pasal 5, Pasal 6, Pasal 7, Pasal 8, Pasal 9, Pasal 10, Pasal 11, dan Pasal 12 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 rumusannya diubah dengan tidak mengacu pada pasal-pasal dalam KUHP, tetapi langsung menyebutkan unsur-unsur yang terdapat dalam masing-masing pasal KUHP yang diacu.²⁸ Ketentuan yang masing-masing terdapat dalam Pasal 5, Pasal 6, Pasal 7, Pasal 8, Pasal 9, pasal 10, Pasal 11, dan Pasal 12, semula-sebelum Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 adalah ketentuan-ketentuan yang mengaitkan dengan mencantumkan Pasal 209, Pasal 210, Pasal 387, Pasal 388, Pasal 415, Pasal 416, Pasal 417, Pasal 418, Pasal 419, Pasal 420, Pasal 423, Pasal 425, Pasal 435 KUHP . Dikatakan tidak mengacu lagi pada pasal-pasal KUHP, karena dalam Pasal 43 B Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 sendiri telah ditentukan bahwa Pasal 209, Pasal 210, Pasal 387, Pasal 388, Pasal 415, Pasal 416, Pasal 417, Pasal 418, Pasal 419,

²⁸ *Ibid*, hlm. 4.

Pasal 420, Pasal 423, Pasal 425, Pasal 435 KUHP dinyatakan sudah tidak berlaku lagi.

Pasal 1 angka (3) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 menentukan bahwa di antara Pasal 12 dan Pasal 13 Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 disisipkan pasal baru yaitu Pasal 12A, Pasal 12B, dan Pasal 12C.²⁹ Pasal 12 B dan Pasal 12 C adalah mengatur tentang Gratifikasi. Sesuai dengan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001, sebagai bagian dari upaya pemberantasan korupsi, gratifikasi menjadi perhatian khusus, karena merupakan ketentuan yang baru dalam perundang-undangan.

Gratifikasi baru dikenal dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 terdiri atas: Pertama, pada rumusan penjelasan Pasal 2 dan Pasal 5 sampai Pasal 12 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001, rumusan pasal-pasal tersebut tidak mengacu pada pasal-pasal dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tetapi langsung menyebut unsur-unsur yang terdapat dalam masing-masing pasal KUHP. Kedua, Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 mencantumkan ketentuan mengenai Gratifikasi dalam Sistem Pembuktian Terbalik (Pembalikan Beban Pembuktian) yang terdapat dalam Pasal 12 B dan Pasal 12 C. Ketiga, Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 juga memberikan kewenangan untuk melakukan perampasan harta benda terdakwa yang diduga berasal dari salah satu tindak pidana yang

²⁹ *Ibid*, hlm. 5.

dinyatakan dalam Pasal 38 ayat (1). Perampasan harta benda terdakwa ini dapat dilakukan meskipun terdakwa telah meninggal dunia. Sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 20 tahun 2001 tersebut sesuatu pemberian yang illegal langsung masuk ke dalam kategori suap.

Pemberian yang ilegal tersebut sangat menarik dan memiliki banyak nama. Suatu hari biasa disebut tanda terima kasih, yang oleh sebagian orang menamakan “uang lelah”, “uang kopi” atau biasa dengan istilah yang paling populer bernama “uang rokok” sekarang dengan kemajuan teknologi komunikasi populer dengan nama “uang pulsa”. Saat diberikan ketika mengurus kartu tanda penduduk atau pembuatan suatu dokumen atau surat menyurat di kantor pemerintah, lazim dikenal sebagai “biaya administrasi”. Bila dimasukkan ke dalam sebuah bungkus, ia berganti nama menjadi “amplop”. Karena diserahkan sembunyi-sembunyi dan untuk maksud tertentu maka ia disebut sebagai “sogokan”.

Hukum mengidentifikasikannya sebagai suap bisa juga korupsi. Belakangan muncul istilah Gratifikasi. Meskipun mempunyai daya pikat yang sangat luar biasa, menurut hukum, ini tidak boleh dilakukan atau sangat dilarang. Pada hakekatnya gratifikasi merupakan bagian dari apa yang dinamakan suap. Secara sederhana istilah itu biasa dipahami sebagai pemberian dalam arti luas. Definisi sederhana, gratifikasi adalah pemberian hadiah. Dalam hukum pidana korupsi, gratifikasi termasuk tindak pidana korupsi. Menurut Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 ada 30 jenis tindakan korupsi yang dapat dikategorikan dalam 7 kelompok:³⁰

³⁰ *Ibid*, hlm. 6.

1. Kerugian keuntungan negara;
2. Suap-menyuap (istilah lain: sogokan atau pelicin);
3. Penggelapan dalam jabatan;
4. Pemerasan;
5. Perbuatan curang;
6. Benturan kepentingan dalam pengadaan;
7. Gratifikasi.

B. Asas dan Kriteria Kriminalisasi

1. Asas-asas Kriminalisasi

Asas adalah prinsip-prinsip atau dasar-dasar atau landasan pembuatan suatu peraturan, kebijakan dan keputusan mengenai aktivitas hidup manusia. Asas hukum merupakan norma etis, konsepsi falsafah negara, dan doktrin politik.³¹ Di samping itu, asas hukum juga merupakan pikiran-pikiran yang menuntun, pilihan terhadap kebijakan, prinsip hukum, pandangan manusia dan masyarakat, kerangka harapan masyarakat.³²

Menurut Scholten, asas-asas hukum adalah pikiran-pikiran yang tidak ditegaskan secara eksplisit dalam undang-undang. Ukuran kepatutan menurut hukum dapat dicari dalam pikiran-pikiran yang ada di belakang naskah undang-undang. Sedangkan menurut Van Hoecke, asas-asas hukum adalah opsi-opsi dasar bagi kebijakan kemasyarakatan yang aktual, dan prinsip-prinsip etik hukum.³³

³¹ Roeslan Saleh, "*Kebijakan Kriminalisasi Dan Dekriminalisasi: Apa Yang Dibicarakan Sosiologi Hukum Dalam Pembaruan Hukum Pidana Indonesia*", disampaikan dalam Seminar Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Pebaruan Hukum Pidana Indonesia, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 15 Juli 1993, hlm. 38-39.

³² *Ibid*, hlm. 29.

³³ *Ibid*, hlm. 27-28.

Asas dalam konteks kriminalisasi, diartikan sebagai konsepsi-konsepsi dasar, norma-norma etis, dan prinsip-prinsip hukum yang menuntun pembentukan norma-norma hukum pidana melalui pembuatan peraturan perundang-undangan pidana. Dengan kata lain, asas hukum adalah konsepsi dasar, norma etis, dan prinsip-prinsip dasar penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan.

Ada tiga asas kriminalisasi yang perlu diperhatikan pembentuk undang-undang dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana beserta ancaman sanksi pidananya, yakni: (1) asas legalitas; (2) asas subsidiaritas, dan (3) asas persamaan/kesamaan. Pertama, asas legalitas yaitu, asas yang esensinya terdapat dalam ungkapan *nullum delictu, nulla poena sine praevia lege poenali* yang dikemukakan oleh von Feurbach.

Ungkapan itu mengandung pengertian bahwa “tidak ada suatu perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas perundang-undangan pidana yang sudah ada sebelum perbuatan itu dilakukan”. Asas legalitas adalah asas yang paling penting dalam hukum pidana, khususnya asas pokok dalam penetapan kriminalisasi. Menurut Schafmeister dan J.E. Sahetapy³⁴ asas legalitas mengandung tujuh makna, yaitu: (i) tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang; (ii) tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi; (iii) tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan; (iv) tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex certa*); (v) tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana; (vi) tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-

³⁴ J.E. Sahetapy (Ed.), *Hukum Pidana*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 1996, hlm. 6-7.

undang; dan (vii) penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.

Doktrin hukum pidana menyatakan bahwa ada enam macam fungsi asas legalitas.

Pertama, pada hakikatnya, asas legalitas dirancang untuk memberi maklumat kepada publik seluas mungkin tentang apa yang dilarang oleh hukum pidana sehingga mereka dapat menyesuaikan tingkah lakunya.³⁵

Kedua, menurut aliran klasik, asas legalitas mempunyai fungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana. Sedangkan dalam aliran modern asas legalitas merupakan instrumen untuk mencapai tujuan perlindungan masyarakat.³⁶

Ketiga, fungsi asas legalitas adalah untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara (penguasa). Hal ini adalah tafsiran tradisional yang telah mengenyampingkan arti asas legalitas sepenuhnya seperti dimaksudkan oleh ahli-ahli hukum pidana pada abad ke XVIII (delapanbelas).³⁷

Keempat, asas legalitas dikaitkan dengan peradilan pidana, mengharapkan lebih banyak lagi daripada hanya akan melindungi warga masyarakat dari kesewenang-wenangan pemerintah. Asas legalitas itu diharapkan memainkan peranan yang lebih positif, yaitu harus menentukan tingkatan-tingkatan dari persoalan yang ditangani oleh suatu sistem hukum pidana yang sudah tidak dapat dipakai lagi.³⁸

³⁵ Abdullah Ahmed An-Naim, *Dekonstruksi Syari'ah*, LkiS dan Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1990, hlm. 197.

³⁶ Antonie A.G. Peters, "Main Current in Criminal Law Theorie", in *Criminal Law in Action*, Gouda Quint by, Arnhem, 1986, hlm. 33, dikutip dari Kamariah, "Ajaran Sifat Melawan Hukum Material Dalam Hukum Pidana Indonesia", Pidato Pengukuhan Guru Besar, UNPAD, Bandung, Maret 1994, hlm 43.

³⁷ Roeslan Saleh mengutip Antonie A.G. Peter, dalam *Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Aksara Baru, Jakarta, 1981, hlm. 28.

³⁸ *Ibid*, hlm. 35.

Kelima, tujuan utama asas legalitas adalah untuk membatasi kesewenang-wenangan yang mungkin timbul dalam hukum pidana dan mengawasi serta membatasi pelaksanaan dari kekuasaan itu atau menormakan fungsi pengawasan dari hukum pidana itu. Fungsi pengawasan ini juga merupakan fungsi asas kesamaan, asas subsidiaritas, asas proporsionalitas, dan asas publisitas.³⁹

Keenam, asas legalitas memberikan kepastian hukum kepada masyarakat mengenai perbuatan-perbuatan yang dilarang (tindak pidana) yang disertai dengan ancaman pidana tertentu. Dengan adanya penetapan perbuatan terlarang itu berarti ada kepastian (pedoman) dalam bertingkah laku bagi masyarakat.

Enam fungsi asas legalitas tersebut, fungsi asas legalitas yang paling relevan dalam konteks kriminalisasi adalah fungsi kedua yang berkenaan dengan fungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana, dan fungsi ketiga yang berkaitan dengan fungsi mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara. Fungsi asas legalitas untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara dan fungsi untuk melindungi anggota masyarakat dari tindakan sewenang-wenang pihak pemerintah merupakan dimensi politik hukum dari asas legalitas.⁴⁰

Keberadaan hukum pidana harus dibatasi karena hukum pidana merupakan bidang hukum yang paling keras dengan sanksi yang sangat berat, termasuk sanksi pidana mati. Hukum pidana digunakan hanya untuk melindungi kepentingan masyarakat yang sangat vital bagi kehidupan bersama. Perbuatan-perbuatan yang perlu dikriminalisasi adalah perbuatan-perbuatan yang secara langsung mengganggu ketertiban kehidupan masyarakat.

³⁹ *Ibid*, hlm. 14.

⁴⁰ *Ibid*, hlm. 28.

Fungsi mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara juga harus menjadi fokus perhatian hukum pidana. Hukum pidana harus dapat menjamin hak-hak dasar setiap warganegara, dan pembatasan terhadap hak-hak dasar warga negara melalui instrumen hukum pidana semata-mata dimaksudkan untuk menjamin hak-hak dasar bagi semua warga negara. Fungsi asas legalitas untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara dan fungsi untuk melindungi anggota masyarakat dari tindakan sewenang-wenang pihak pemerintah merupakan dimensi politik hukum dari asas legalitas.⁴¹

Praktek perundang-undangan asas legalitas ternyata tidak dapat memainkan peranan untuk melindungi posisi hukum rakyat terhadap penguasa dan untuk membatasi kesewenang-wenangan pemerintah di dalam membuat hukum dan proses penegakan hukum. Asas legalitas hanya berfungsi sebagai dasar hukum bagi pemerintah untuk bertindak mengatur kehidupan masyarakat melalui penetapan tindak pidana yang tidak jarang merugikan kepentingan masyarakat, terutama pada masa Orde Baru. Dengan bertambahnya tindak pidana, bukan hanya merusak dimensi kegunaan dari asas legalitas menjadi rusak, tetapi juga asas perlindungan hukum.⁴²

Kedua, di samping berlandaskan kepada asas legalitas, kebijakan kriminalisasi juga harus berdasarkan kepada asas subsidiaritas. Artinya, hukum pidana harus ditempatkan sebagai *ultimum remedium* (senjata pamungkas) dalam penanggulangan kejahatan yang menggunakan instrumen penal, bukan sebagai *primum remedium* (senjata utama) untuk mengatasi masalah kriminalitas.

⁴¹ *Ibid*, hlm. 28.

⁴² *Ibid*, hlm. 61-62.

Penerapan asas subsidiaritas dalam kebijakan kriminalisasi dan dekriminialisasi mengharuskan adanya penyelidikan tentang efektivitas penggunaan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan atau perbuatan-perbuatan yang merugikan masyarakat. Pokok permasalahan yang perlu diteliti adalah apakah tujuan-tujuan yang ingin dicapai dengan menggunakan hukum pidana itu tidak dapat dicapai juga dengan menggunakan cara-cara lain yang lebih kecil ongkos sosial dan individualnya? Hal ini menghendaki agar kita mengetahui tentang akibat-akibat dari penggunaan hukum pidana itu, dan dapat menjamin bahwa campur tangan hukum pidana itu memang sangat berguna.⁴³ Apabila dalam penyelidikan itu ditemukan bahwa penggunaan sarana-sarana lain (saranan non penal) lebih efektif dan lebih bermanfaat untuk menanggulangi kejahatan, maka janganlah menggunakan hukum pidana. Dalam praktek perundang-undangan, upaya untuk mengadakan penyelidikan tersebut bukan hanya tidak dilakukan, tapi juga tidak terpikirkan. Penggunaan asas subsidiaritas dalam praktek perundang-undangan ternyata tidak berjalan seperti diharapkan. Hukum pidana tidak merupakan ultimum remedium melainkan sebagai primum remedium.

Penentuan pidana telah menimbulkan beban terlalu berat dan sangat berlebihan terhadap para justitiable dan lembaga-lembaga hukum pidana.⁴⁴ Kenyataan yang terjadi dalam praktek perundang-undangan adalah adanya keyakinan kuat di kalangan pembentuk undang-undang bahwa penetapan suatu perbuatan sebagai perbuatan terlarang yang disertai dengan ancaman pidana berat mempunyai pengaruh otomatis terhadap perilaku anggota masyarakat.

⁴³ Roeslan Saleh, *Op.Cit*, hlm. 61.

⁴⁴ *Ibid*, hlm. 58.

Upaya menanggulangi kasus perjudian misalnya, pemerintah mengira, bahwa dengan perubahan sanksi pidana yang ringan menjadi sangat berat bagi bandar dan penjudi, lalu perjudian menjadi lebih tertib.⁴⁵ Tapi kenyataannya, perjudian tetap merajalela sampai sekarang, begitu pula halnya dengan tindak pidana lalu lintas. Dari pengalaman-pengalaman itu kemudian muncul suatu keyakinan bahwa penghukuman yang keras tidak mengendalikan kejahatan. Oleh karenanya mereka kembali menggunakan asas subsidiaritas.⁴⁶

Latar belakang semakin perlunya menggunakan asas subsidiaritas dalam penentuan perbuatan terlarang didorong oleh dua faktor. Pertama, penggunaan asas subsidiaritas akan mendorong lahirnya hukum pidana yang adil. Kedua, praktek perundang-undangan menimbulkan dampak negatif terhadap sistem hukum pidana akibat adanya “*overcriminalisasi*” dan “*overpenalisasi*” sehingga hukum pidana menjadi kehilangan pengaruhnya dalam masyarakat. Di samping itu, *overcriminalisasi* dan *overpenalisasi* semakin memperberat beban kerja aparat hukum dalam proses peradilan pidana. Akibat selanjutnya, hukum pidana tidak dapat berfungsi dengan baik dan karenanya pula kehilangan wibawa.⁴⁷

Ketiga, selain asas legalitas dan asas subsidiaritas, ada asas lain yang juga mempunyai kedudukan penting dalam proses kriminalisasi, yaitu asas persamaan/kesamaan. Kesamaan adalah kesederhanaan dan kejelasan. Kesederhanaan serta kejelasan itu akan menimbulkan ketertiban.

⁴⁵ Aruan Sakidjo dan Bambang Poernomo, *Hukum Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1990, hlm. 45.

⁴⁶ *Ibid*, hlm. 50.

⁴⁷ Roeslan Saleh, *Op.Cit*, hlm. 48.

Menurut Servan dan Letrossne asas kesamaan bukanlah pernyataan dari aspirasi tentang hukum pidana yang lebih adil. Asas kesamaan lebih merupakan suatu keinginan diadakannya sistem hukum pidana yang lebih jelas dan sederhana. Sedangkan Lacretelle berpendapat bahwa asas kesamaan tidaklah hanya suatu dorongan bagi hukum pidana yang bersifat adil, tetapi juga untuk hukuman pidana yang tepat.⁴⁸

Asas-asas kriminalisasi tersebut ini adalah asas-asas yang bersifat kritis normatif. Dikatakan kritis, oleh karena dia dikemukakan sebagai ukuran untuk menilai tentang sifat adilnya hukum pidana, dan normatif oleh karena dia mempunyai fungsi mengatur terhadap kebijaksanaan pemerintah dalam bidang hukum pidana.⁴⁹

2. Kriteria Kriminalisasi

Membahas masalah kriminalisasi timbul dua pertanyaan, yaitu:

(i) apakah kriteria yang digunakan oleh pembentuk undang-undang dalam mengkriminalisasi suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana tertentu?, (ii) Apakah kriteria yang digunakan pembentuk undang-undang untuk menetapkan ancaman pidana terhadap tindak pidana yang satu lebih tinggi daripada ancaman pidana terhadap tindak pidana yang lain.⁵⁰

Menentukan perilaku apa yang akan dikriminalisasi seharusnya diawali dengan pertanyaan: apakah suatu perilaku selayaknya dapat diserahkan kepada *private*

⁴⁸ *Ibid*, hlm. 36-37.

⁴⁹ *Ibid*, hlm. 38-39.

⁵⁰ *Ibid*, hlm. 14.

ethics ataukah ia telah menjadi bagian dari ranah (*domain*) publik?⁵¹ Perilaku-perilaku yang masuk wilayah privat tidak perlu dikriminalisasi, sedangkan perilaku yang masuk wilayah dapat dikriminalisasi jika sangat merugikan kepentingan masyarakat.⁵²

Menurut Bassiouni, keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam-macam faktor termasuk:⁵³

- a. Keseimbangan sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai;
- b. Analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang ingin dicari;
- c. Penilaian atau penaksiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia, dan
- d. Pengaruh sosial kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan atau dipandang dari pengaruh-pengaruhnya yang sekunder.

Pandangan lain dikemukakan oleh Soedarto yang mengungkapkan bahwa dalam menghadapi masalah kriminalisasi, harus diperhatikan hal-hal sebagai berikut:⁵⁴

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata materiil dan spiritual berdasarkan Pancasila. Sehubungan dengan ini, (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan penguguran terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.
- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil atau spiritual) atas warga masyarakat.

⁵¹ Rusli Effendi dkk, mengutip Selo Soemardjan dalam “*Masalah Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Rangka Pembaruan Hukum Nasional*” dalam BPHN, Simposium Pembaruan Hukum Pidana Nasional Indonesia, Binacipta, Jakarta, 1986, hlm. 34-35.

⁵² Harkristuti Harkrisnowo mengutip Bentham dalam “*Konsep Pidana: Suatu Gugatan Terhadap Proses Legislasi di Indonesia*”, Pidato Pengukuhan Guru Besar, UI, Jakarta, hlm. 20.

⁵³ M. Cherif Bassiouni, “*Substantive Criminal Law*”, 1978, hlm. 82. Dikutip dari Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996.

⁵⁴ Sudarto, *Op.Cit*, hlm. 44-48.

- c. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost benefit principle*).
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*).

Kriteria kriminalisasi yang dikemukakan Sudarto di atas mempunyai persamaan dengan kriteria kriminalisasi hasil rumusan (kesimpulan) Simposium Pembaruan Hukum Pidana (1976) yang menyebutkan beberapa kriteria umum sebagai berikut.⁵⁵

- a. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan, atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban?
- b. Apakah biaya mengkriminalisasi seimbang dengan hasilnya yang akan dicapai, artinya cost pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban, dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai?
- c. Apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya?
- d. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa Indonesia sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat?

Hullsman mengajukan beberapa kriteria absolut yang perlu diperhatikan dalam proses kriminalisasi, yaitu sebagai berikut.⁵⁶

- a. Kriminalisasi seharusnya tidak ditetapkan semata-mata atas keinginan untuk melaksanakan suatu sikap moral tertentu terhadap suatu bentuk perilaku tertentu.
- b. Alasan utama untuk menetapkan satu perbuatan sebagai tindak pidana seharusnya tidak pernah didirikan suatu kerangka untuk perlindungan atau perlakuan terhadap seorang pelaku kejahatan potensial dalam kepentingannya sendiri.
- c. Kriminalisasi tidak boleh berakibat melebihi kemampuan perlengkapan peradilan pidana.
- d. Kriminalisasi seharusnya tidak boleh dipergunakan sebagai suatu tabir sekedar pemecahan yang nyata terhadap suatu masalah.

⁵⁵ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*, hlm. 38-40.

⁵⁶ Hullsman sebagaimana dikutip Roeslan Saleh dalam, *Dari Lembaran Kepustakaan Hukum Pidana*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 1988, hlm.. 87

C. Kebijakan Penanggulangan Tindak Pidana

Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata “Kebijakan” dari akar kata “bijak” sebagai “rangkaian konsep dan asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana dalam pelaksanaan suatu pekerjaan, kepemimpinan dan cara bertindak (tata pemerintahan, organisasi dan sebagainya)”. Kebijakan juga berarti; “pernyataan cita-cita, tujuan, prinsip, atau maksud sebagai garis pedoman untuk manajemen dalam usaha mencapai sasaran”.⁵⁷

Rangkaian suatu konsep dan asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana pelaksanaan tindakan maka kebijakan merupakan suatu sistem. Sebagai sistem, kebijakan penanggulangan kejahatan merupakan sub sistem dari sistem kebijakan sosial (*social policy*). Kebijakan sosial dengan demikian dapat diartikan sebagai rangkaian konsep dan asas dalam pelaksanaan suatu rencana bertindak pemerintah untuk mencapai suatu tujuan. Kebijakan sosial dalam berfungsinya mempunyai tujuan besar yakni “kesejahteraan masyarakat” (*social welfare*) dan “perlindungan masyarakat” (*social defence*). Kebijakan penanggulangan tindak pidana dapat diberi arti lain dengan “Kebijakan penanggulangan kejahatan (*criminal policy*). Dalam kerangka *sistem policy*, sub sistem *criminal policy* secara operasional berupaya mewujudkan tujuan utama; *social welfare* dan *social defence*. Sebagai sarana penanggulangan kejahatan, *criminal policy* dapat ditempuh melalui sarana penal (*penal policy*) dan sarana non penal (*non penal policy*).⁵⁸

⁵⁷ WJS Poerwadarminta. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*. Balai Pustaka, Jakarta, 1982, hlm. 115

⁵⁸ Barda Nawawi Arief., *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 78

Tujuan *social welfare* (SW) dan *social defence* (SD) oleh Barda Nawawi Arief merupakan aspek immateriil terutama nilai kepercayaan, kebenaran atau kejujuran atau keadilan. Dalam pelaksanaan tugas penegak hukum dalam masyarakat yang berupaya menanggulangi tindak pidana di atas dapat dipakai sebagai acuan tugas, bahwa upaya penanggulangan tindak pidana dalam pelaksanaannya perlu ditempuh melalui kebijakan integral (*integrated approach*) dengan memadukan antara *social policy* dengan *criminal policy* dan memadukan antara *penal policy* dan *non penal policy*. Dalam menguraikan berbagai segi negatif dari perkembangan masyarakat, Sudarto menegaskan bahwa upaya “minta bantuan” kepada hukum pidana sebagai sarana penanggulangan tindak pidana hendaknya atau harus dipertimbangkan paling akhir. Hukum pidana mempunyai fungsi subsider artinya baru digunakan apabila upaya-upaya lain diperkirakan kurang memberi hasil yang memuaskan atau kurang sesuai. Akan tetapi apabila hukum pidana akan dilibatkan, maka hendaknya dilihat dalam hubungan keseluruhan politik kriminal terutama pada tujuan “perlindungan masyarakat” (sebagai *planning for social defence*). Rencana perlindungan masyarakat ini harus merupakan bagian integral dari *planning for national development* (rencana pembangunan nasional).⁵⁹

Sehubungan dengan integrasi antara rencana perlindungan masyarakat dengan rencana pembangunan nasional, berikut ini disampaikan berbagai ketetapan internasional yang menunjang integrasi tersebut; Kongres PBB ke-4 tentang “*Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*” tahun 1970 membicarakan masalah pokok “*Crime and Development*” juga pernah menegaskan: “any

⁵⁹ Sudarto. *Hukum Pidana dan perkembangan masyarakat*. Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm. 34

*dictionary between a country's policies for social defence and its planning for national development was unreal by definitions".*⁶⁰

Penegasan Kongres di atas memberikan makna pentingnya integrasi antara kebijakan perlindungan masyarakat dengan rencana pembangunan nasional, bahkan Kongres menegaskan hal tersebut jangan didekotomikan. Kongres PBB ke-5 tahun 1975 juga menegaskan: *"The many aspects of criminal policy should be coordinated and the whole should be integrated into the general social policy of each country"*.

Makna yang dapat diambil dari penegasan Kongres di atas adalah banyak aspek dari kebijakan kriminal yang harus dikoordinasikan dan diintegrasikan ke dalam kebijakan sosial setiap negara. Penegasan Kongres di atas membuktikan perlunya integrasi antara kebijakan sosial (*social policy*) dengan kebijakan kriminal (*criminal policy*). Barda Nawawi Arief mengatakan, bahwa bertolak dari konsepsi, kebijakan integral sebagaimana penegasan Kongres PBB di atas, maka kebijakan penanggulangan kejahatan tidak banyak artinya apabila kebijakan sosial kebijakan pembangunan itu sendiri justru menimbulkan faktor-faktor kriminogen dan victimogen.⁶¹

Sudarto menegaskan bahwa dilibatkan hanya hukum pidana dalam *social defence planning*, harus diingat atau harus diakui bahwa penggunaan hukum pidana ini merupakan penanggulangan sesuatu gejala (*"Kurieren Am Symptom"*) dan bukan

⁶⁰ Barda Nawawi Arief. *Op.cit*, 1996, hlm. 50

⁶¹ *Ibid*, hml. 7

suatu penyelesaian dengan menghilangkan sebab-sebabnya.⁶² Dilibatkannya hukum pidana sebagai sarana penanggulangan tindak pidana sebagaimana diuraikan di atas, terutama masalah kemampuan hukum pidana sendiri, bahwa dia menduduki posisi subsidier, kemampuannya hanya pada penanggulangan atas gejala, bukan menanggulangi penyebab, membuktikan sifat terbatasnya kemampuan hukum pidana tersebut terlebih lagi jika dihubungkan dengan masalah biaya yang harus dikeluarkan negara jika hukum pidana dilibatkan tentu teramat besar. Sudarto mengingatkan, bahwa upaya melakukan kriminalisasi mencakup syarat; tujuan hukum pidana, penetapan perbuatan yang tidak dikehendaki, perbandingan antara sarana dan hasil dan kemampuan aparat penegak hukum.⁶³

Upaya kebijakan, penanggulangan tindak pidana (*criminal policy*), G. Peter Hoefnagels menggambarkan ruang lingkungannya, bahwa kebijakan *criminal policy* mencakup; pertama, mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan pidana lewat media massa; kedua, penerapan hukum pidana (kriminologi praktis) dan ketiga, pencegahan tanpa pidana yang meliputi: politik sosial, rencana kesehatan mental masyarakat, dan lainnya.

Gambaran Hoefnagels mengenai “pencegahan tanpa pidana, menunjukkan sifat non penalnya dari fungsionalisasi *criminal policy* yang berarti lebih menitik beratkan pada sifat preventif, sementara penggunaan sarana penal lebih bersifat represif”. Sudarto memberikan pemahaman, bahwa tindakan represif, pada hakikatnya juga dapat dilihat sebagai tindakan preventif dalam arti luas.

⁶² Sudarto. *Op. cit.* 1983, hlm 35

⁶³ *Ibid*, hlm. 37

Bekerjanya politik kriminal dalam menanggulangi suatu kejahatan dapat dilakukan dengan beberapa strategi atau beberapa pendekatan. Secara garis besar upaya penanggulangan dapat dilakukan dengan dua cara yakni pendekatan penal dan pendekatan non penal. Pembagian menurut Hoefnagels mengenai pencegahan tanpa pidana dan media massa menurut Barda Nawawi Arief dapat dimasukkan dalam kelompok non penal.⁶⁴

a. Pendekatan Penal

Pendekatan penal merupakan cara yang dipergunakan dengan memanfaatkan sarana pidana atau sanksi pidana, pendekatan ini merupakan pendekatan yang paling tua dalam pidana. Dikatakan paling tua karena pendekatan ini menurut Gene Kassebaum umurnya setua peradaban manusia itu sendiri, sehingga ia mengatakan bahwa sarana penal merupakan "*older philosophy of crime control*".⁶⁵

Penggunaan sarana pidana berarti menggunakan upaya paksa yang dimiliki hukum pidana melalui sistem peradilan pidana. Menurut Mardjono Reksodiputro, sistem peradilan pidana adalah system pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan pemasyarakatan.⁶⁶ Barda Nawawi Arief berpandangan bahwa sistem peradilan pidana pada hakikatnya identik dengan sistem penegakan hukum pidana ataupun system kekuasaan kehakiman di bidang hukum pidana, terpadu diimplementasikan dalam 4 (empat) sub-sistem

⁶⁴ Barda Nawawi Arief. *Op.cit*, 1996, hlm. 48

⁶⁵ Dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 149.

⁶⁶ Mardjono Reksodiputro, *Sistem Peradilan Indonesia (Melihat Kepada Kejahatan Dan Penegakan Hukum Dalam Batas-Batas Toleransi)*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1993, hlm 1.

kekuasaan, yaitu kekuasaan penyidikan, kekuasaan penuntutan, kekuasaan mengadili/menjatuhkan pidana, dan kekuasaan eksekusi/pelaksanaan pidana.⁶⁷

Langkah- langkah operasionalisasi politik kriminal dengan menggunakan sarana penal yang baik, dilakukan melalui:

- 1) Penetapan kebijakan perundang-undangan (dapat juga disebut kebijakan legislasi) yang didalamnya berisikan penetapan kebijakan mengenai:
 - a) Perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana (kebijakan kriminalisasi);
 - b) Sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar (kebijakan penalisasi/kebijakan pemidanaan).
- 2) Penerapan pidana oleh badan pengadilan (disebut juga kebijakan yudikasi).
- 3) Pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana pidana (disebut juga kebijakan eksekusi).

Muladi⁶⁸ berpandangan bahwa terdapat dua masalah sentral yakni masalah penentuan:

- 1) Perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana, dan
- 2) Sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar.

Permasalahan yang pertama adalah masalah yang berkaitan dengan kriminalisasi, menurut Sudarto⁶⁹ kiranya diperhatikan hal-hal yang pada intinya sebagai berikut:

- 1) Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materiil dan spirituil berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan ini maka

⁶⁷ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2007, hlm. 9.

⁶⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*, hlm. 160.

⁶⁹ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1977, hlm. 44-48.

- (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;
- 2) Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan “perbuatan yang tidak dikehendaki” yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materil dan atau spirituil) atas warga masyarakat;
 - 3) Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip “biaya dan hasil”. (*cost – benefit principle*);
 - 4) Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overblsating*).

Bassiouni⁷⁰ berpendapat bahwa keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam faktor, termasuk:

- 1) Keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil yang dicari atau yang ingin dicapai;
- 2) Analisa biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari;
- 3) Penilaian atau penaksiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia;
- 4) Pengaruh sosial dari kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan (dipandang dari segi) pengaruh-pengaruhnya yang sekunder.

Permasalahan yang kedua merupakan permasalahan yang berkenaan dengan pembedaan atau yang dalam bahasa Belanda disebut “*wordt gestraft*”. Istilah pembedaan merupakan istilah yang berasal dari pidana, istilah pidana sendiri dalam bahasa Belanda disebut “*straf*”.⁷¹ Beberapa sarjana mengemukakan pengertian pidana seperti Sudarto yang menyatakan bahwa pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Sedangkan Roeslan Saleh menyatakan

⁷⁰ M. Cherif Bassioni, *Substantive Criminal Law*, Charles C. Thomas Publiser, USA, 1973, hlm. 82.

⁷¹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*, hlm. 1.

bahwa apa yang dimaksud dengan pidana adalah reaksi atas delik, dan ini berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan pada negara pada pembuat delik itu.⁷²

Muladi berpandangan bahwa unsur-unsur pidana adalah:⁷³

- 1) Pidana itu pada hakikatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan;
- 2) Pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan (oleh yang berwenang);
- 3) Pidana itu dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang.
- 4) Masih terkait dengan sanksi apa yang sebaiknya dikenakan, perlu sangat diperhatikan bahwa tidak terkendalinya perkembangan kriminalitas yang semakin meningkat, justru dapat disebabkan oleh tidak tepatnya jenis sanksi yang dipilih dan ditetapkan. Setidak-tidaknya perumusan pidana di dalam undang-undang yang kurang tepat dapat menjadi faktor timbul dan berkembangnya kriminalitas.

b. Pendekatan Non Penal

Upaya untuk menanggulangi kejahatan dalam politik kriminal tidak hanya diperlukan dengan sarana penal namun juga dapat dilakukan dengan sarana non penal. Sarana non penal ini berkaitan dengan pencegahan sebelum terjadinya kejahatan, berbeda dengan sarana penal yang dilakukan setelah terjadinya kejahatan.

Barda Nawawi Arief menyampaikan bahwa pendekatan ini memiliki tujuan utama untuk memperbaiki kondisi-kondisi sosial tertentu, namun secara tidak langsung mempunyai pengaruh preventif terhadap kejahatan. Dengan demikian menurut Barda Nawawi Arief, pendekatan non penal dalam politik kriminal memiliki posisi yang sangat strategis dan memegang posisi kunci yang harus diintensifkan

⁷² *Ibid*, hlm 2.

⁷³ *Ibid*, hal 98.

dan diefektifkan, apabila pendekatan ini mengalami kegagalan dalam penggarapannya justru akan berakibat fatal bagi usaha menanggulangi kejahatan.⁷⁴

Upaya preventif kejahatan menurut kongres PBB mengenai “*the prevention of crime and the treatment of offenders*” dilakukan dengan dasar penghapusan sebab-sebab kondisi-kondisi yang menyebabkan timbulnya kejahatan, upaya penghapusan sebab-sebab dan kondisi-kondisi yang demikian harus merupakan strategi pokok/mendasar dalam upaya pencegahan kejahatan (*the basic crime prevention strategy*). Sarana penal memiliki keterbatasan yang telah banyak diungkapkan oleh para sarjana antara lain:

- 1) Rubin, menyatakan bahwa pemidanaan (apapun hakikatnya apakah dimaksudkan untuk menghukum atau memperbaiki) sedikit atau tidak mempunyai pengaruh terhadap masalah kejahatan.
- 2) Karl O. Christiansen, menyatakan bahwa kita mengetahui pengaruh pidana penjara terhadap si pelanggar, tetapi pengaruh-pengaruhnya terhadap masyarakat secara keseluruhan (*general prevention*) merupakan “*terra incognita*”, suatu wilayah yang tidak diketahui (*unknown territory*).
- 3) S. R. Brody, menyatakan bahwa dari Sembilan penelitian mengenai pemidanaan, lima diantaranya menyatakan bahwa lamanya waktu yang dijalani d dalam penjara tampaknya tidak berpengaruh pada adanya penghukuman kembali (*reconviction*).
- 4) Bassiouni pernah menegaskan bahwa kita tidak tahu atau tidak pernah tahu secara pasti metode-metode tindakan (*treatment*) apa yang paling efektif

⁷⁴ *Ibid*, hlm. 159.

untuk mencegah dan memperbaiki atau kita pun tidak mengetahui seberapa jauh efektivitas setiap tindakan itu untuk dapat menjawab masalah-masalah secara pasti, kita harus mengetahui sebab-sebab kejahatan dan untuk mengetahui hal ini kita memerlukan pengetahuan yang lengkap mengenai etiologi tingkah laku manusia.

Berbagai ungkapan tersebut meninjau keterbatasan kemampuan hukum pidana dari sudut hakikat berfungsinya atau bekerjanya hukum (sanksi) pidana itu sendiri. Dilihat dari kejahatan sebagai masalah sosial, banyak faktor yang menyebabkan terjadinya kejahatan. Faktor penyebab terjadinya kejahatan tersebut sangat kompleks dan berada di luar jangkauan hukum pidana. Wajarlah hukum pidana mempunyai keterbatasan kemampuan untuk menanggulangi karena penggunaan hukum pidana merupakan penanggulangan sesuatu gejala dan bukan suatu penyelesaian dengan menghilangkan sebab-sebabnya.

Pencegahan kejahatan pada dasarnya merupakan tujuan utama politik kriminal. Sekalipun demikian, harus diakui bahwa konsep dan definisinya masih terlalu lemah sehingga orang cenderung untuk membicarakan pencegahan kejahatan dalam kerangka pendekatan dan model. Secara tradisional, tujuan system peradilan pidana bersifat represif dan berkaitan erat dengan pencegahan kejahatan setelah suatu kejahatan terjadi. Konsep pencegahan kejahatan sendiri memfokuskan diri pada campur tangan sosial, ekonomi, dan pelbagai area kebijakan publik, dengan maksud mencegah kejahatan sebelum kejahatan dilakukan.

D. Kajian Umum tentang Tindak Pidana

Tindak pidana berasal dari suatu istilah dalam hukum belanda yaitu *strafbaarfeit*. Ada pula yang mengistilahkan menjadi *delict* yang berasal dari bahasa latin *delictum*. Hukum pidana negara anglo saxon memakai istilah *offense* atau *criminal act*. Oleh karena itu Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP) Indonesia bersumber pada Wvs Belanda, maka memakai istilah aslinya pun sama yaitu *Strafbaarfeit*. *Strafbaarfeit* telah diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sebagai:⁷⁵

1. Perbuatan yang dapat atau oleh dihukum.
2. Peristiwa pidana.
3. Perbuatan pidana.
4. Tindak pidana dan
5. Delik.

Keterangan Simons yang dikutip oleh Moeljatno bahwa *strafbaarfeit* adalah kelakuan (*handeling*) yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum, yang berhubungan dengan kesalahan dan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab.⁷⁶ Van hamel juga merumuskan bahwa *strafbaarfeit* adalah kelakuan orang (*menselijk gedraging*) yang dirumuskan dalam wet yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan.⁷⁷

Vos memberikan definisi yang dikutip oleh Zainal Abidin bahwa *strafbaarfeit* ialah kelakuan atau tingkah laku manusia, yang oleh peraturan perundang-undangan diberikan pidana. Sedangkan Pompe memberikan dua macam definisi, yaitu yang bersifat teoritis dan yang bersifat perundang-undangan.⁷⁸

⁷⁵ Andi hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994, hlm 84

⁷⁶ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hlm 56

⁷⁷ *Ibid*

⁷⁸ Zaini Abidin Farid, *Hukum Pidana I*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995, hlm 225

Definisi teoritis adalah pelanggaran norma (kaidah: tata hukum), yang diadakan karena kesalahan pelanggar, dan yang harus diberikan pidana untuk dapat mempertahankan tata hukum dan menyelamatkan kesejahteraan umum. Menurut hukum positif, peristiwa pidana itu suatu peristiwa yang oleh undang-undang ditentukan mengandung *handeling* (perbuatan) dan *nalaten* (pengabaian); tidak berbuat; berbuat pasif biasanya dilakukan di dalam beberapa keadaan, merupakan bagian suatu peristiwa. Setiap tindak pidana dianggap selalu bertentangan dengan hukum. Konsep berpendirian bahwa sifat melawan hukum merupakan unsure mutlak dari tindak pidana. Artinya, walaupun dalam perumusan delik tidak dirumuskan secara tegas adanya unsure melawan hukum, namun delik itu harus selalu dianggap bersifat melawan hukum. Jadi perumusan formal dalam undang-undang hanya merupakan ukuran formal atau ukuran objektif untuk menyatakan suatu perbuatan bersifat melawan hukum. Ukuran formal/objektif itu masih harus diuji secara materil, apakah ada lasan pembenar atau tidak, dan apakah perbuatan itu betul-betul bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat atau hukum yang hidup dalam masyarakat. Apabila perbuatannya secara materil tidak bersifat melawan hukum, maka tidak dapat dikatakan ada tindak pidana dan oleh karena itu, tidak dapat dipidana. Dengan ketentuan demikian, terlihat disini adanya asas keseimbangan antara patokan materil (melawan hukum materil/nilai keadilan).⁷⁹

Menurut Moeljatno⁸⁰ bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman yang berupa pidana tertentu, bagi barangsiapa melanggar larangan tersebut. Dapat juga dikatakan

⁷⁹ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.* 2008, hlm. 79.

⁸⁰ Moeljatno, *Op.Cit.*, hlm 54

perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh aturan hukum dilarang dan diancam pidana, asal saja dalam pada itu diingat bahwa larangan ditujukan kepada perbuatan, (yaitu suatu kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu. istilah lain yang dipakai dalam hukum pidana, yaitu “tindak pidana”. Istilah ini, karena tumbuhnya dari pihak Kementarian Kehakiman, sering dipakai dalam perundang-undangan. Meskipun kita “tindak” lebih pendek dari “perbuatan” tapi “tindak” tidak menunjuk kepada hal yang abstrak seperti perbuatan, tapi hanya menyatakan keadaan konkrit, sebagaimana halnya dengan peristiwa dengan perbedaan bahwa tindak adalah kelakuan, tingkah laku, gerak-gerik atau sikap jasmani seseorang, hal mana lebih dikenal dalam tindak-tanduk, tindakan dan bertindak dan belakangan juga sering dipakai “ditindak” .

Perbuatan pidana ini juga dapat disamakan dengan istilah Inggris “*criminal act*”. Pertama, karena *criminal act* ini juga berarti kelakuan dan akibat, atau dengan kata lain: akibat dari suatu kelakuan, yang dilarang oleh hukum. Kedua, karena *criminal act* juga dipisahkan dari pertanggungjawaban pidana yang dinamakan *criminal liability* atau *responsibility*, untuk adanya *criminal liability* (dapat dipidananya seseorang) selain daripada melakukan *criminal act* (perbuatan pidana) orang itu juga harus memiliki kesalahan.

E. Fungsionalisasi Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan

Penanggulangan kejahatan dengan menggunakan sanksi pidana merupakan cara yang paling tua, setua peradaban manusia itu sendiri. Ada pula yang menyebutnya

sebagai *older philosophy of crime control*.⁸¹ Dilihat sebagai suatu masalah kebijakan, maka ada yang mempermasalahkan apakah perlu kejahatan itu ditanggulangi, dicegah atau dikendalikan dengan menggunakan sanksi pidana.

Roeslan Saleh mengemukakan tiga alasan urgensi pidana dan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan. Inti alasannya adalah sebagai berikut:⁸²

1. Perlu tidaknya hukum pidana tidak terletak pada persoalan tujuan-tujuan yang hendak dicapai, tetapi terletak pada persoalan seberapa jauh untuk mencapai tujuan itu boleh menggunakan paksaan. Persoalan bukan terletak pada hasil yang akan dicapai, tetapi dalam pertimbangan antara nilai dari hasil itu dan nilai dari batas-batas kebebasan pribadi masing-masing.
2. Ada usaha-usaha perbaikan atau perawatan yang tidak mempunyai arti sama sekali bagi si terhukum; dan disamping itu harus tetap ada suatu reaksi atas pelanggaran-pelanggaran norma yang telah dilakukannya itu dan tidaklah dapat dibiarkan begitu saja.
3. Pengaruh pidana atau hukum pidana bukan semata-mata ditujukan pada si penjahat, tetapi juga untuk mempengaruhi orang yang tidak jahat yaitu warga masyarakat yang mentaati norma-norma masyarakat.

Pembuatan hukum pidana pada prinsipnya merupakan wujud usaha dalam rangka menanggulangi kejahatan, dengan kata lain setiap perbuatan negatif yang terjadi dimasyarakat tentunya mendapat reaksi dari masyarakat yang bertujuan untuk menekan kejahatan tersebut. Masyarakat tentunya tidak membiarkan adanya perbuatan negatif yang terjadi, sehingga dilakukan berbagai upaya untuk menanggulangi kejahatan itu. Usaha masyarakat untuk menanggulangi kejahatan ini adalah disebut sebagai Politik Kriminal atau *Criminal policy*.⁸³

⁸¹ Gene Kassebaum, *Delinquency And Social Policy*, (London: Prentice Hall, Inc., 1974), hlm. 93. Dalam Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Bandung, 2010, hlm. 20.

⁸² *Ibid*, hlm. 22-23.

⁸³ *Ibid*, hlm. 25

Pengertian politik kriminal menurut Sudarto dapat diberi dalam arti sempit, lebih luas dan paling luas, yaitu:⁸⁴

1. Dalam arti sempit adalah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana;
2. Dalam arti yang lebih luas adalah keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi;
3. Dalam arti paling luas adalah keseluruhan kebijakan dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.

Sudarto menegaskan bahwa dalam melaksanakan politik kriminal berarti mengadakan penilaian dari sekian banyak alternatif mana yang paling efektif dalam usaha penanggulangan tersebut.⁸⁵ Sejalan dengan hal tersebut, Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa:⁸⁶

“Ini berarti suatu politik kriminal dengan menggunakan kebijakan-kebijakan hukum pidana harus merupakan suatu usaha atau langkah-langkah yang dibuat dengan sengaja dan sadar. Ini berarti memilih dan menetapkan hukum pidana sebagai sarana untuk menanggulangi kejahatan harus benar-benar telah memperhitungkan semua faktor yang dapat mendukung berfungsinya atau bekerjanya hukum pidana itu dalam kenyataannya. Jadi, diperlukan pula pendekatan yang fungsional dan ini pun merupakan pendekatan yang melekat pada setiap kebijakan yang rasional”.

Barda nawawi arief mengemukakan bahwa kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan pada hakekatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*).⁸⁷ Tujuan akhir atau tujuan utama dari politik kriminal ialah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.

⁸⁴ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hlm. 113-114.

⁸⁵ *Ibid*, hlm. 114.

⁸⁶ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislative Dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1996, hlm. 37.

⁸⁷ *Ibid*, hlm. 2

Kebijakan penanggulangan tindak pidana atau politik kriminal apabila menggunakan upaya/sarana hukum pidana (penal), maka kebijakan hukum pidana harus diarahkan pada tujuan dari kebijakan sosial (*social policy*) yang terdiri dari kebijakan/upaya-upaya untuk kesejahteraan sosial (*social welfare policy*) dan kebijakan/upaya-upaya untuk perlindungan masyarakat (*social defence policy*).

Marc Ancel sebagaimana dikutip oleh Barda Nawawi Arief dan Muladi menyatakan bahwa:⁸⁸

“Tiap masyarakat mensyaratkan adanya tertib sosial, yaitu seperangkat peraturan-peraturan yang tidak hanya sesuai dengan kebutuhan untuk kehidupan bersama tetapi juga sesuai dengan aspirasi-aspirasi warga masyarakat pada umumnya. Oleh karena itu peranan yang besar dari hukum pidana merupakan kebutuhan yang tak dapat dielakkan bagi suatu sistem hukum. Perlindungan individu maupun masyarakat tergantung pada perumusan yang tepat mengenai hukum pidana yang mendasari kehidupan masyarakat itu sendiri. Oleh karena itu sistem hukum pidana, tindak pidana, penilaian hakim terhadap si pelanggar dalam hubungannya dengan hukum secara murni maupun pidana merupakan lembaga-lembaga (institusi) yang harus tetap dipertahankan. Hanya saja dalam menggunakan hukum pidana Marc Ancel menolak penggunaan fiksi –fiksi yuridis dan teknik-teknik yuridis yang terlepas dari pernyataan sosial.”

Politik kriminal pada hakikatnya juga merupakan bagian integral dari politik sosial (yaitu kebijakan atau upaya untuk mencapai kesejahteraan sosial).

Upaya penanggulangan kejahatan dengan menggunakan hukum pidana merupakan sarana yang hampir selalu digunakan dalam menghadapi kejahatan yang terjadi di dalam masyarakat. Hampir setiap peraturan perundang-undangan mencantumkan ketentuan pidana di dalam formulasinya. Hukum pidana tidak selalu dapat menjadi jalan keluar dalam menanggulangi kejahatan. Hal ini disebabkan hukum pidana itu sendiri memiliki keterbatasan.

⁸⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 154.

Mengidentifikasi sebab-sebab keterbatasan kemampuan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan sebagai berikut:⁸⁹

1. Kejahatan yang demikian kompleks berada di luar jangkauan hukum pidana;
2. Hukum pidana hanya merupakan bagian kecil (sub-sistem) dari sarana kontrol sosial yang tidak mungkin mengatasi masalah kejahatan sebagai masalah kemanusiaan dan kemasyarakatan yang sangat kompleks (sebagai masalah sosio-psikologis, sosio-politik, sosio-ekonomi, sosio-kultural, dan sebagainya);
3. Penggunaan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan hanya merupakan "*kurieren am symptom*". Oleh karena itu, hukum pidana hanya merupakan "pengobatan simtomatik" dan bukan merupakan "pengobatan kausatif";
4. Sanksi pidana merupakan "*remidium*" yang mengandung sifat kontradiktif/paradoksal dan mengandung unsur-unsur serta efek sampingan yang negatif;
5. Sistem pemidanaan bersifat fragmentair dan individual/personal, tidak bersifat struktural/fungsional;
6. Keterbatasan jenis sanksi pidana dan sistem perumusan sanksi pidana yang bersifat kaku dan imperatif;
7. Bekerjanya/berfungsinya hukum pidana memerlukan sarana pendukung yang lebih bervariasi dan lebih menuntut "biaya tinggi".

Mengingat keterbatasan tersebut, maka penggunaan sarana penal dalam menanggulangi kejahatan hendaknya dilakukan dengan melalui pertimbangan yang matang.⁹⁰ Terkait dengan penggunaan sarana penal, Nigel Walker pernah mengingatkan adanya "prinsip-prinsip pembatas" (*the limiting principles*) yang sepatutnya mendapat perhatian, antara lain:⁹¹

1. jangan hukum pidana digunakan semata-mata untuk tujuan pembalasan;
2. jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak merugikan/membahayakan;
3. jangan menggunakan hukum pidana untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai secara lebih efektif dengan sarana-sarana yang lebih ringan;

⁸⁹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 74.

⁹⁰ *Ibid*, hlm.75.

⁹¹ *Ibid*

4. jangan menggunakan hukum pidana apabila kerugian/bahaya yang timbul dari pidana lebih besar daripada kerugian/bahaya dari perbuatan/tindak pidana itu sendiri;
5. larangan-larangan hukum pidana jangan mengandung sifat lebih berbahaya daripada perbuatan yang akan dicegah;
6. Hukum pidana jangan memuat larangan-larangan yang tidak mendapat dukungan kuat dari publik.

Jeremy Bentham pernah menyatakan bahwa janganlah pidana dikenakan/digunakan apabila “*groundless, needless, unprofitable, or inefficacious*”.⁹² Herbert L. Pecker juga pernah mengingatkan bahwa penggunaan sanksi pidana secara sembarangan/tidak pandang bulu/menyamaratakan (*indiscriminately*) dan digunakan secara paksa (*coercively*) akan menyebabkan pidana itu menjadi suatu “pengancam yang utama” (*prime threatener*).⁹³

Penggunaan sarana penal dalam menanggulangi kejahatan hendaknya dilakukan dengan penuh pertimbangan. Selain itu juga, perlu dipertimbangkan bahwa kebijakan hukum pidana merupakan bagian dari kebijakan sosial, kebijakan pembangunan nasional, bagian dari kebijakan kriminal yang juga merupakan bagian dari kebijakan penegakan hukum, karena menanggulangi kejahatan dengan sarana penal merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan.

Muladi dan Barda Nawawi pada prinsipnya mengurai makna penggunaan hukum pidana sebagai senjata pamungkas, yaitu sebagai berikut:⁹⁴

1. Jangan menggunakan hukum pidana dengan secara emosional untuk melakukan pembalasan semata.
2. Hukum pidana hendaknya jangan digunakan untuk memidana perbuatan yang tidak jelas korban dan kerugiannya.

⁹² *Ibid*, hlm. 165.

⁹³ *Ibid*

⁹⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 102.

3. Hukum pidana jangan pula dipakai hanya untuk suatu tujuan yang pada dasarnya dapat dicapai dengan cara lain yang sama efektifnya dengan penggunaan hukum pidana tersebut.
4. Jangan menggunakan hukum pidana apabila hasil sampingan (*by product*) yang ditimbulkan lebih merugikan dibanding dengan perbuatan yang akan dikriminalisasi.
5. Jangan pula menggunakan hukum pidana apabila tidak didukung oleh masyarakat secara kuat, dan kemudian janganlah menggunakan hukum pidana apabila penggunaannya diperkirakan tidak akan efektif (*unforceable*).
6. Penggunaan hukum pidana juga hendaknya harus menjaga keserasian antara moralis komunal, moralis kelembagaan dan moralis sipil, serta memperhatikan pula korban kejahatan.
7. Dalam hal tertentu, hukum pidana harus mempertimbangkan secara khusus skala prioritas kepentingan pengaturan.
8. Penggunaan hukum pidana sebagai sarana represif harus didayagunakan secara serentak dengan sarana pencegahan yang bersifat non penal (*prevention without punishment*).

Berdasarkan penjelasan tersebut, sesungguhnya penggunaan hukum pidana bukan merupakan satu-satunya cara untuk menanggulangi kejahatan yang terjadi dalam masyarakat, lebih-lebih penggunaan hukum pidana sebagai senjata pamungkas (*ultimum remedium*) di dalam menanggulangi kejahatan, namun apabila hukum pidana dipilih sebagai sarana penanggulangan kejahatan, maka harus dibuat secara terencana dan sistematis. Hal ini berarti bahwa memilih dan menetapkan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan harus mempertimbangkan faktor yang dapat mendukung berfungsi dan bekerjanya hukum pidana dalam kenyataannya.

F. Tinjauan Umum tentang Korupsi

Korupsi merupakan gejala masyarakat yang dapat dijumpai dimana-mana dan sejarah membuktikan bahwa hampir tiap Negara dihadapkan pada masalah korupsi. Kata korupsi dalam bahasa Indonesia adalah perbuatan buruk, seperti

penggelapan uang, penerimaan uang atau korupsi juga diartikan sebagai penyelewengan atau penggelapan (uang Negara atau uang perusahaan) untuk kepentingan pribadi atau orang lain.

Korupsi adalah suatu perbuatan yang memenuhi unsur-unsur sebagai berikut: (1) perbuatan melawan hukum (PMH)/menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan; (2) memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi; (3) dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara. Unsur melawan hukum terpenuhi apabila perbuatan pelaku bertentangan atau melanggar peraturan perundang-undangan (*onwetmatigedaad*). Unsur melawan hukum tidak terpenuhi apabila 1. Negara tidak dirugikan; 2. Terdakwa tidak dapat untung; 3. Kepentingan umum dilayani.⁹⁵

Menurut Fockema Andreae⁹⁶ kata korupsi berasal dari bahasa latin *corruptio* atau *corruptus*, *corrupt*; Prancis yaitu *corruption* dan Belanda yaitu *corouptie* (*koruptie*). Kita bisa memberanikan diri bahwa dari bahasa Belanda inilah kata itu turun kebahasa Indonesia yaitu korupsi. Arti harfiah dari kata itu adalah kebusukan, kejahatan, keburukan, ketidakjujuran, dapat disuap, tidak bermoral, penyimpangan dari kesucian, kata-kata atau ucapan yang menghina atau memfitnah seperti dapat dibaca dalam *The Lexicon Webster Dictionary*:

“ *Corruption* {L. *Corruptio* (n-) } *The act of corrupting or the state of being, corrupt; putrefactive decomposition, putrid matter, moral perversion, depravity perversion of integrity; corrupt or dishonest*

⁹⁵ <http://staff.unila.ac.id/eddyrifai/2011/11/12.>, diakses pada tanggal 23 November 2013.

⁹⁶ Fockema Andrea, *Kamus Hukum*, terjemahan, Bina cipta, Bandung, 1983, huruf C

procedungs, bribery; perversion from a state of purity; debasement, as of a language; a debased form of a word"⁹⁷

Rumusan korupsi dari sisi pandangan sosiologis menurut makna korupsi secara sosiologis dikaji oleh Martiman Prodjohamodjojo⁹⁸ dengan mengemukakan pendapat Syeid Hussein Alatas yang mengatakan bahwa:

“Terjadi korupsi adalah apabila seorang pegawai negeri menerima pemberian yang disodorkan oleh seseorang dengan maksud mempengaruhinya agar memberikan perhatian istimewa pada kepentingan-kepentingan sipemberi. Kadang-kadang juga berupa perbuatan menawarkan pemberian uang atau hadiah lain yang dapat menggoda pejabat. Termasuk juga dalam pengertian ini yakni pemerasan berupa permintaan pemberian atau hadiah dalam pelaksanaan tugas-tugas publik yang mereka urus bagi kepentingan mereka sendiri”.

Baharuddin Lopa⁹⁹ mengutip pendapat dari David M. Chalmers, menguraikan arti istilah korupsi dalam berbagai bidang, yakni yang menyangkut masalah penyuapan yang berhubungan dengan manipulasi di bidang ekonomi dan yang menyangkut bidang kepentingan umum. Kesimpulan ini diambil dari definisi yang dikemukakan antara lain berbunyi, *financial manipulations and deliction injurious to the economy are often labeled corrupt* (manipulasi dan keputusan mengenai keuangan yang membahayakan perekonomian sering dikategorikan perbuatan korupsi). Selanjutnya ia menjelaskan *the term is often applied also to misjudgements by officials in the public economies* (istilah ini juga sering digunakan terhadap kesalahan ketetapan oleh pejabat yang menyangkut bidang perekonomian umum). Dikatakan pula *disguised payment of the form of gifts,*

⁹⁷ *The New Lexicon Webster International Dictionary of English Language*, The English Language Institute of America Inc, New York, 1978

⁹⁸ Martiman Prodjohamidjojo, *Memahami Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 2000, hlm. 11

⁹⁹ Baharuddin Lopa, *Kejahatan Korupsi dan Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 33

legal fees, employment, favors to relatives, social influence, or any relationship that sacrifices the public and welfare, with or without the implied payment of money, is usually considered corrupt (pembayaran terselubung dalam bentuk pemberian hadiah, ongkos administrasi, pelayanan, pemberian hadiah kepada sanak keluarga, pengaruh kedudukan sosial, atau hubungan apa saja yang merugikan kepentingan dan kesejahteraan umum, dengan atau tanpa pembayaran uang, biasanya dianggap sebagai perbuatan korupsi). Ia menguraikan pula bentuk korupsi yang lain, yang diistilahkan *political corruption* (politik korupsi) adalah *electoral corruption includes purchase of vote with money, promises of office or special favors, coercion, intimidation, and interference with administrative or judicial decision, or governmental appointment* (korupsi pada pemilihan umum termasuk memperoleh suara dengan uang, janji dengan jabatan atau hadiah khusus, paksaan, intimidasi dan campur tangan terhadap kebebasan memilih).

Korupsi dalam jabatan melibatkan penjualan suara dalam legislatif, keputusan administrasi, atau keputusan yang menyangkut pemerintahan). Secara yuridis pengertian korupsi dapat dilihat dalam Pasal 2 Undang-undang No. 20 Tahun 2001 yakni “Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara”. Kemudian Pasal 3 yakni “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 dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”.

I.G.M Nurdjana mengemukakan rumusan korupsi dari sisi pandang teori pasar dengan mengutip pendapat Jacob Van Klaveren mengatakan bahwa seorang abdi negara (pegawai negeri) yang berjiwa korup menganggap kantor/instansinya sebagai perusahaan dagang, sehingga dalam pekerjaannya mengusahakan pendapatannya semaksimal mungkin.¹⁰⁰

Menurut Chaerudin, ciri-ciri korupsi adalah sebagai berikut:¹⁰¹

1. Korupsi senantiasa melibatkan lebih dari satu orang. Hal ini tidak sama dengan kasus pencurian atau penipuan. Seorang operator yang korup sesungguhnya tidak ada dan kasus itu biasanya termasuk dalam pengertian penggelapan (*fraud*).
2. Korupsi pada umumnya dilakukan secara rahasia, kecuali korupsi itu telah merajalela dan begitu dalam sehingga individu yang berkuasa dan mereka yang berada di dalam lingkungannya tidak tergoda untuk menyembunyikan perbuatannya. Namun, walaupun demikian motif korupsi tetap dijaga kerahasiaannya.
3. Korupsi melibatkan elemen kewajiban dan keuntungan timbal balik. Kewajiban dan keuntungan itu tidak selalu berupa uang.
4. Mereka yang mempraktekkan cara-cara korupsi biasanya berusaha untuk menyelubungi perbuatannya dengan berlindung di balik pembenaran hukum.
5. Mereka yang terlibat korupsi menginginkan keputusan yang tegas dan mampu untuk mempengaruhi keputusan-keputusan itu.
6. Setiap perbuatan korupsi mengandung penipuan, biasanya dilakukan oleh badan publik atau umum (masyarakat).
7. Setiap bentuk korupsi adalah suatu pengkhianatan kepercayaan.

Pasal 55 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana mengatur bahwa:

(1) Dipidana sebagai pelaku tindak pidana:

1. mereka yang melakukan, yang menyuruh melakukan, dan yang turut serta melakukan perbuatan;
2. mereka yang dengan memberi atau menjanjikan sesuatu dengan menyalahgunakan kekuasaan atau martabat, dengan kekerasan, ancaman atau penyesatan, atau dengan memberi kesempatan, sarana atau keterangan, sengaja menganjurkan orang lain supaya melakukan perbuatan.

¹⁰⁰ IGM. Nurdjana, *Korupsi dan Illegal Logging Dalam Sistem Desentralisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm. 21

¹⁰¹ Chaerudin, Syaiful Ahmad Dinar, Syarif Fadillah, *Strategi pencegahan & penegakan hukum tindak pidana korupsi*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 2.

- (2) Terhadap penganjur, hanya perbuatan yang sengaja dianjurkan sajalah yang diperhitungkan, beserta akibat-akibatnya.

Berdasarkan dari beberapa rumusan korupsi di atas maka dapat disimpulkan bahwa korupsi merupakan suatu perbuatan melawan hukum yang baik secara langsung maupun tidak langsung dapat merugikan perekonomian atau keuangan negara yang dari segi materil perbuatan itu dipandang sebagai perbuatan yang bertentangan dengan nilai-nilai keadilan masyarakat. Pengertian korupsi ini seringkali tidak dapat dibedakan dengan pengertian kolusi dan nepotisme. Secara gramatikal menjadi Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (KKN). Hal ini disebabkan oleh karena ketiga perbuatan itu mempunyai batasan yang sangat tipis dan dalam prakteknya seringkali menjadi satu kesatuan tindakan atau merupakan unsur-unsur dari perbuatan korupsi.

G. Pembuktian Terbalik

Delik korupsi adalah sebagaimana juga delik pidana pada umumnya dilakukan dengan berbagai modus operandi penyimpangan keuangan negara atau perekonomian negara, yang semakin canggih dan rumit. Sehingga banyak perkara-perkara/delik korupsi lolos dari “jaringan” pembuktian sistem KUHAP.

Upaya pembentuk undang-undang ini tidak tanggung-tanggung, karena baik dalam delik korupsi diterapkan dua sistem sekaligus, yakni sistem Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 dan sekaligus dengan sistem KUHAP. Kedua teori itu ialah penerapan hukum pembuktian dilakukan dengan cara menerapkan pembuktian terbalik yang bersifat

terbatas atau berimbang, dan yang menggunakan sistem pembuktian negatif menurut undang-undang, sehingga, tidak menerapkan teori pembuktian terbalik murni, , tetapi teori pembuktian terbalik terbatas dan berimbang.

Penjelasan atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 dikatakan pengertian “pembuktian terbalik yang terbatas dan berimbang”, yakni terdakwa mempunyai hak untuk membuktikan bahwa ia tidak melakukan tindak pidana korupsi dan wajib memberikan keterangan tentang seluruh harta bendanya dan harta benda istrinya atau suami, anak, dan harta benda setiap orang atau korporasi yang diduga mempunyai hubungan dengan perkara yang bersangkutan dan penuntut umum tetap berkewajiban untuk membuktikan dakwaannya.

Kata-kata “bersifat terbatas” di dalam memori atas Pasal 37 dikatakan, bahwa apabila terdakwa dapat membuktikan dalilnya bahwa “terdakwa tidak melakukan tindak pidana korupsi” hal itu tidak berarti bahwa terdakwa tidak terbukti melakukan korupsi. Sebab Penuntut Umum, masih tetap berkewajiban untuk membuktikan dakwaannya.

Kata-kata “berimbang” mungkin lebih tepat “sebanding”. Digambarkan sebagai penghasilan terdakwa ataupun sumber penambahan harta benda terdakwa, sebagai *income* terdakwa dan perolehan harta benda, sebagai *output*. Antara *income* dan *input* yang tidak seimbang dengan *output*, atau dengan kata lain *input* lebih kecil dari *output*. Dengan demikian diasumsikan bahwa perolehan barang-barang sebagai *output* tersebut (misalnya berwujud rumah-rumah, mobil-mobil, saham-

saham, simpanan dollar dalam rekening bank, dan lain-lainnya) adalah hasil perolehan dari tindak pidana korupsi yang didakwakan.

Penerapan pembuktian terbalik menurut Undang-Undang No. 31 tahun 1999 jo Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi diatur dalam Pasal 12 B, 12 C, 37A, 38 A dan 38 B.

Pasal 12 B UU No. 20 Tahun 2001 menyatakan bahwa:

- (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 tersebut 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).

Gratifikasi dalam ayat ini adalah pemberian dalam arti luas, yakni meliputi pemberian uang, barang, rabat (*discount*), komisi, pinjaman tanpa bunga, tiket perjalanan, fasilitas penginapan, perjalanan wisata, pengobatan cuma-cuma, dan fasilitas lainnya. Gratifikasi tersebut baik yang diterima di dalam negeri maupun di luar negeri dan yang dilakukan dengan menggunakan sarana elektronik atau tanpa sarana elektronik.

Pasal 12 C UU No. 20 Tahun 2001 menyatakan bahwa:

- (1) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 B ayat (1) tidak berlaku, jika penerima melaporkan gratifikasi yang diterimanya 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.

Pasal 37A UU No. 20 Tahun 2001 menyatakan bahwa:

- (1) Terdakwa wajib memberikan 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 didakwakan.
- (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.
- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) merupakan tindak pidana atau perkara pokok sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2, Pasal 3, Pasal 4, Pasal 13, Pasal 14, Pasal 15, dan Pasal 16 Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Pasal 5 sampai dengan Pasal 12 Undang-undang ini, sehingga penuntut umum tetap berkewajiban untuk membuktikan dakwaannya.

Pasal 38A UU No. 21 Tahun 2001 menyatakan bahwa:

Pembuktian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 B ayat (1) dilakukan pada saat pemeriksaan di sidang pengadilan.

Pasal 38B UU No. 20 Tahun 2001 menyatakan bahwa:

- (1) Setiap orang yang didakwa melakukan salah satu tindak pidana korupsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2, Pasal 3, Pasal 4, Pasal 13, Pasal 14, Pasal 15, dan Pasal 16 Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Pasal 5 sampai dengan Pasal 12 Undang-undang ini, wajib membuktikan sebaliknya terhadap harta benda miliknya yang belum didakwakan, tetapi juga diduga berasal dari tindak pidana korupsi.
- (2) Dalam hal terdakwa tidak dapat membuktikan bahwa harta benda sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diperoleh bukan karena tindak pidana korupsi, harta benda tersebut dianggap diperoleh juga dari tindak pidana

korupsi dan hakim berwenang memutuskan seluruh atau sebagian harta benda tersebut dirampas untuk negara.

- (3) Tuntutan perampasan harta benda sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) diajukan oleh penuntut umum pada saat membacakan tuntutan pada perkara pokok.
- (4) Pembuktian bahwa harta benda sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) bukan berasal dari tindak pidana korupsi diajukan oleh terdakwa pada saat membacakan pembelaannya dalam perkara pokok dan dapat diulangi pada memori banding dan memori kasasi.
- (5) Hakim wajib membuka persidangan yang khusus untuk memeriksa pembuktian yang diajukan terdakwa sebagaimana dimaksud dalam ayat (4).
- (6) Apabila terdakwa dibebaskan atau dinyatakan lepas dari segala tuntutan hukum dari perkara pokok, maka tuntutan perampasan harta benda sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) harus ditolak oleh hakim.

Ketentuan dalam pasal ini merupakan pembuktian terbalik yang dikhususkan pada perampasan harta benda yang diduga keras juga berasal dari tindak pidana korupsi berdasarkan salah satu dakwaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2, Pasal 3, Pasal 4, Pasal 13, Pasal 14, Pasal 15, dan Pasal 16 Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Pasal 5 sampai dengan Pasal 12 undang-undang ini sebagai tindak pidana pokok.

Pertimbangan apakah seluruh atau sebagian harta benda tersebut dirampas untuk negara diserahkan kepada hakim dengan pertimbangan prikemusiaan dan jaminan hidup bagi terdakwa. Dasar pemikiran ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Ayat (6) ialah alasan logika hukum karena dibebaskannya atau dilepaskannya terdakwa dari segala tuntutan hukum dari perkara pokok, berarti terdakwa bukan pelaku tindak pidana korupsi dalam kasus tersebut. Beberapa pasal pada UU No. 20 Tahun 2001 telah diatur mengenai ketentuan pembuktian terbalik namun dalam kenyataannya dipersidangan maupun dalam putusan sangat jarang ditemukan adanya penerapan pembuktian terbalik. Pembuktian terbalik

belum diterapkan secara efektif dalam prakteknya sehingga perlu diadakan perubahan terhadap undang-undang yang mengatur tentang hal ini. Sehingga nantinya pembalikan beban pembuktian ini bisa membantu dalam mengungkap kasus tindak pidana korupsi. Serta tidak hanya sekedar menjadi sebuah aturan yang tidak diterapkan secara efektif dan sangat jarang dipergunakan.

Berbicara mengenai hukum tidak hanya sebatas undang-undang saja karena undang-undang hanya merupakan salah satu unsur dari keseluruhan sistem hukum, oleh karena itu, di luar paham positivisme hukum, terdapat paham hukum lain berperan penting sebagai sumber hukum formal dalam praktik pembangunan hukum, saling melengkapi satu dengan lainnya. Hukum tidak semata-mata merupakan suatu peraturan tentang tindakan-tindakan hukum, tetapi juga berisi nilai-nilai. Hukum adalah indikasi mengenai perbuatan apa saja yang dianggap baik dan yang dianggap buruk.

Penerapan pembuktian terbalik dalam sistem perundang-undangan Indonesia tidak dapat serta merta di justifikasi sebagai bentuk intervensi hukum terhadap hak dasar individu atau bentuk pelanggaran terhadap *International Covenant on Civil and Political Rights*, apalagi dikaitkan dengan prinsip *presumption of innocence*. Tujuan penerapan pembuktian terbalik bukan untuk mengurangi isi dan ketentuan UU yang menguasainya, tetapi ia ada dan berdiri di atas kepentingan negara dan hukum yang bertindak atas kepentingan dan harapan bangsa, menuntut pertanggungjawaban dari aparatur atas kewenangan yang ada padanya, membuktikan bahwa ia telah melaksanakan tugas dan tanggung jawab sesuai ketentuan hukum. Jadi yang dibuktikan secara terbalik bukan apa yang

didakwakan, tetapi kewenangan yang melekat padanya, bersumber dari negara serta dilaksanakan sesuai ketentuan UU.

Hak dasar seseorang yang dijamin pelaksanaannya dalam asas *non self incrimination* tak dapat ditafsirkan secara sepihak, tetapi juga harus dilihat dari sudut lebih luas. Dalam konteks tertentu atau secara kasuistis dilihat kewenangan yang melekat pada individu bersangkutan, hak dan kewajibannya. Sebagai pelaksana kepentingan bangsa dan negara, ia berkewajiban menjamin kewenangan yang ada padanya dilaksanakan sesuai ketentuan hukum yang berlaku. Dengan demikian, penerapan asas *non self incrimination* dalam pengertian terbatas juga mengandung hak dan kewajiban hukum di dalamnya, sesuai fungsi hukum yang memberikan pembatasan.¹⁰²

Tugas penyidik dan penuntut umum adalah untuk membuktikan harta dari hasil kejahatan tindak pidana korupsi. Namun, dalam perkembangannya penyidik dan penuntut umum mengalami kesulitan untuk membuktikan hal tersebut, sehingga merupakan hal yang penting untuk menerapkan pembuktian terbalik, supaya kesulitan penyidik dan penuntut umum dapat teratasi. Penuntut umum selain itu tidak perlu lagi mencari bukti tentang harta kekayaan karena dibebankan kepada terdakwa. Dalam hukum perdata pengakuan kepemilikan yang sah harus dibuktikan oleh pemilik.

Arah pembuktian lebih bersifat keperdata tentang pengakuan kepemilikan hak yang sah daripada tindak korupsinya. Selain itu, harus ada hubungan sebab atau

¹⁰² <http://www.antikorupsi.org/id/content/urgensi-pembuktian-terbalik>, diakses pada tanggal 22 Maret 2014.

asal usul kejahatan karena tidak menutup kemungkinan tidak ada hubungan dengan tindak pidana korupsi yang dilakukan.

Dimensi beban pembuktian harus dilakukan secara hati-hati dan selektif karena sangat rawan terhadap pelanggaran HAM dan dilakukan dalam rangka *proceeding* (dalam kedudukan sebagai terdakwa), hanya karena tidak dapat membuktikan asal usul kekayaannya. Dengan demikian sekalipun dalam hal ini berlaku asas praduga bersalah (*presumption guilt*) dalam hal *presumption of corruption*, tetapi beban pembuktian terbalik tersebut harus dalam kerangka *proceeding* kasus atau tindak pidana tertentu yang sedang diadili berdasarkan undang-undang.