

Menurut *economic analysis of law*, pelaku kejahatan adalah makhluk yang rasional ekonomis yang menimbang antara biaya yang harus dikeluarkan dari melakukan kejahatan dengan keuntungan yang akan diperoleh. Apabila keuntungan tersebut lebih besar dari biaya yang harus dikeluarkan, maka pelaku akan melakukan kejahatan. Biaya kejahatan meliputi kerugian faktual yang dialami negara secara langsung akibat perbuatan pelaku, biaya yang harus dikeluarkan oleh korban potensial untuk melakukan pencegahan agar tidak menjadi korban, biaya yang secara perhitungan ekonomi diprediksi akan dialami oleh masyarakat dan harus ditanggung oleh negara, dan biaya penegakan hukum. Prinsip dalam *economic analysis of law* hanya cocok untuk tindak pidana ekonomi yang didasarkan pada motif untuk mendapatkan keuntungan ekonomis seperti *white collar crime*, *corporate crime* dan *transnational crime*.

UII Press

Kampus Terpadu Universitas Islam Indonesia
Gedung BookStore UII Jl. Kaliurang Km. 14,5
Yogyakarta, Telp. 0274-547865, 085102417162
email : uiipress@yahoo.co.id, uiipress@uii.ac.id

Hukum

(17+)

ISBN 978-623-6572-37-5



9 786236 572375

Harga P. Jawa Rp xx.000,-

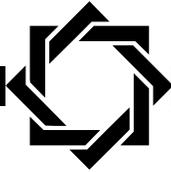
Mahrus Ali & Muhammad Arif Setiawan

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW DALAM HUKUM PIDANA

Mahrus Ali
Muhammad Arif Setiawan

ECONOMIC ANALYSIS of LAW DALAM HUKUM PIDANA



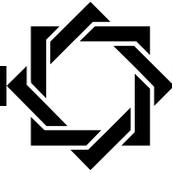


***ECONOMIC
ANALYSIS OF LAW
DALAM HUKUM
PIDANA***

**Sanksi pelanggaran Pasal 72:
Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002
Tentang Hak Cipta**

1. Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau pasal 49 ayat (1) dan ayat (2) dipidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).
2. Barang siapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran hak cipta atau hak terkait, sebagaimana dimaksud ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)

Mahrus Ali & Muhammad Arif Setiawan



***ECONOMIC
ANALYSIS OF LAW
DALAM HUKUM
PIDANA***



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW DALAM HUKUM PIDANA**Penulis : Mahrus Ali & Muhammad Arif Setiawan****Editor : Dr. Mahrus Ali, S.H., M.H**

Hak cipta © 2021 pada UII Press dilindungi undang-undang (*all rights reserved*). Dilarang memperbanyak, memperbanyak sebagian atau seluruh isi dari buku ini dalam bentuk apapun, tanpa izin tertulis dari penerbit.

Cetakan Pertama : Januari 2022

UII Press Yogyakarta (Anggota IKAPI)
Bookstore UII - Jl. Kaliurang KM 14.5 Lodadi, Umbulmartani,
Ngemplak, Kabupaten Sleman, Yogyakarta 55584
Telp. 0274 547865, Fax. 0274 547864
email : uiipress@uii.ac.id; uiipress@yahoo.co.id; fb: UII Press

ISBN 978-623-6572-37-5

PENGANTAR PENULIS

Economic analysis of law dibangun atas prinsip bahwa manusia adalah makhluk rasional yang menimbang antara untung dan rugi saat melakukan suatu perbuatan termasuk ketika melakukan kejahatan. Saat keuntungan lebih besar dari kerugian, pelaku kejahatan akan melakukan perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana. Sebaliknya, jika kerugian lebih besar dari keuntungan, kejahatan tersebut tidak akan dilakukan. Konsep ini hanya berlaku dan terbatas kepada tindak pidana-tindak pidana ekonomi, yaitu suatu tindak pidana di mana motif utama pelakunya adalah untuk memperoleh keuntungan ekonomis seperti korupsi, (pedagang) narkotika, perdagangan orang, dan pencucian uang.

Untuk mencegah agar pelaku tidak melakukan kejahatan, ancaman pidana harus lebih berat dari seriusitas kejahatan berbasis teori pencegahan. Pidana penjara merupakan pidana yang tidak efisien sehingga harus dihindari penggunaan dan penjatuhannya dalam tindak pidana-tindak pidana ekonomi. Pidana penjara hanya digunakan ketika pelaku kejahatan sudah tidak memiliki harta kekayaan untuk menutupi kerugian yang disebabkan oleh perilakunya. Pidana denda dengan sistem kalilipat yang dibarengi dengan perampasan aset jika denda tidak dibayar dipandang efisien dan ekonomis yang perlu dijatuhkan terhadap pelaku.

Akhirnya, dengan segala kelebihan dan kelemahan dalam buku ini, penulis berharap buku dapat memberikan manfaat dan tambahan ilmu bagi pembaca budiman. Kepada UII Press, penulis mengucapkan terima kasih karena telah berkenan untuk menerbitkan buku ini. Kepada kolega dosen di Departemen Hukum Pidana FH UII, penulis mengucapkan terima kasih atas kebersamaan dan kerjasama yang terbangun selama ini.

Yogyakarta, Desember 2021

Mahrus Ali dan Muhammad Arif Setiawan

DAFTAR ISI

PENGANTAR PENULIS.....	v
DAFTAR ISI	vi
1. PENDAHULUAN.....	1
A. Fokus Studi.....	1
B. Isu Hukum	3
C. Metode Riset.....	3
D. Sistematika Buku.....	4
2. PRINSIP-PRINSIP <i>ECONOMIC ANALYSIS OF LAW</i>	7
A. Pengertian <i>Economic Analysis of Law</i>	7
B. Sejarah dan Perkembangan <i>Economic Analysis of Law</i>	8
C. Pendekatan Deskriptif dan Normatif dalam <i>Economic Analysis of Law</i>	9
D. Prinsip-prinsip <i>Economic Analysis of Law</i>	10
1. Efisiensi.....	10
2. Rasionalitas.....	11
3. Maksimalisasi.....	12
4. Keseimbangan.....	12
3. TINDAK PIDANA DALAM PERSPEKTIF <i>ECONOMIC ANALYSIS OF LAW</i>	15
A. Konsep Tindak Pidana	15
B. Delik Komisi dan Delik Omisi.....	19
C. Sifat Melawan Hukum dalam Tindak Pidana	22
D. Konsep Pelaku dan Tindak Pidana: Perspektif <i>Economic Analysis of Law</i>	26
1. Pelaku Kejahatan merupakan Aktor Rasional...26	
2. Jenis dan Motif Tindak Pidana.....	33

4.	PIDANA DAN PEMIDANAAN PERSPEKTIF	
	<i>ECONOMIC ANALYSIS OF LAW</i>	41
	A. Konsep dan Karakteristik Pidana	41
	B. Teori-Teori Pidana	44
	C. Bentuk-bentuk Pidana	53
	D. Perumusan Pidana	58
5.	PENUTUP	63
	A. Kesimpulan	63
	B. Rekomendasi	64
	DAFTAR PUSTAKA	65
	INDEKS	71

1. PENDAHULUAN

A. Fokus Studi

Tindak pidana (*criminal act*) adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut.¹ Frase ‘perbuatan yang dilarang’ dapat berupa perbuatan aktif ataupun perbuatan pasif. Seseorang disebut melakukan tindak pidana dalam konteks perbuatan aktif jika dia melakukan suatu perbuatan yang dilarang oleh hukum. Hampir semua rumusan delik berupa perbuatan aktif. Sedangkan perbuatan pasif diartikan sebagai pelanggaran terhadap perintah, yaitu tidak berbuat sesuatu yang diperintahkan. Seseorang pada dasarnya diwajibkan untuk melakukan suatu tindakan tertentu, tapi orang itu mengabaikannya. Seseorang, dengan demikian, hanya memiliki kewajiban untuk berbuat ketika ia dibebani kewajiban hukum untuk itu.²

Seseorang hanya dikatakan melakukan tindak pidana berbentuk perbuatan pasif jika undang-undang menyebutkan hal itu sebagai tindak pidana. meskipun demikian, secara teoritis terdapat empat situasi terjadinya tindak pidana pasif, yaitu:³

1. Ketika terdapat hubungan yang bersifat khusus antara dua pihak; satu pihak memiliki kewajiban atas pihak lain. Seorang ibu memiliki kewajiban untuk menyusui atau memberi makan bayinya. Ketika ibut tersebut tidak menyusui atau tidak memberi makan si bayi

¹Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cetk. Kedelapan, Edisi Revisi, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm 59

²C.M.V. Clarkson, *Understanding Criminal Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell Ltd. London, 1998, hlm 46

³*Ibid.*, hlm 46-47

sehingga mengakibatkan meninggal, maka ibu tersebut dikatakan melakukan delik pasif;

2. Saat seseorang secara sukarela berasumsi memiliki tanggung jawab terhadap orang lain, dan orang lain tersebut berharap bantuan yang diberikan oleh orang itu bila diperlukan. Dalam konteks ini, kewajiban hukum atas orang tersebut ada;
3. Kewajiban untuk memberikan bantuan kepada orang lain timbul bila terdapat hubungan kontrak antara satu pihak dengan pihak yang lain. Seorang penjaga kolam renang di suatu tempat rekreasi akan dikatakan melakukan delik pasif bila orang tersebut tidak melakukan tindakan apapun saat ada anak kecil yang tenggelam karena berenang di kolam renang dewasa. Padahal, berdasarkan kontrak kerja yang ditandatangani dengan pihak lain, orang tersebut berkewajiban untuk memastikan keamanan dan keselamatan anak-anak kecil yang berenang di kolam;
4. Ketika seseorang menciptakan terjadinya situasi yang membahayakan orang lain, maka orang itu berkewajiban untuk meminimalisirnya. Orang tersebut disebut melakukan delik pasif bila tidak melakukan tindakan tertentu supaya bahaya dapat diminimalisir.

Baik tindak pidana aktif maupun tindak pidana pasif dilakukan oleh pelaku. Pelaku di sini bisa orang perorangan ataupun korporasi yang berbentuk badan hukum seperti Perseorangan Terbatas, yayasan, dan koperasi atau badan usaha yang tidak berbadan hukum seperti persekutuan komanditer, CV, dan persekutuan perdata. Saat pelaku tindak pidana terbukti melakukan tindak pidana dan memiliki kesalahan, maka ia akan dijatuhi pidana. Pidana yang dijatuhkan bergantung kepada pasal yang dilanggar, tapi secara umum berbentuk pidana mati, penjara, kurungan, dan denda. Selain itu, pidana tersebut juga berkaitan dengan tujuan pemidanaan. Apa tujuan hakim menjatuhkan pidana tertentu kepada terdakwa? Jawaban atas pertanyaan ini bergantung kepada teori tujuan pemidanaan yang digunakan hakim. Hakim dapat saja menjatuhkan pidana kepada terdakwa semata-mata untuk membalas perbuatan terdakwa, atau supaya terdakwa tidak mengulangi lagi tindak pidana di kemudian hari.

Di dalam mengkaji masalah tindak pidana, pelaku tindak pidana (kejahatan), pidana dan pemidanaan, para ahli mengkajinya dari sudut pandang/pendekatan yang berbeda-beda. Ada yang mengkajinya dari perspektif kriminologi, ada juga yang menggunakan optik hukum pidan murni, ada yang mengkaitkan dengan bidang sosial dan budaya, dan bahkan menggunakan pendekatan ekonomi mikro. Pendekatan yang terakhir ini berusaha mengkaji hukum termasuk hukum pidana dari aspek ekonomi. Prinsip-prinsip yang berkembang di dalam ilmu ekonomi mikro digunakan sebagai pisau analisis untuk melihat persoalan hukum. Prinsip ini disebut dengan *economic analysis of law*. Dalam konteks inilah, penting untuk diteliti implikasi dari penggunaan prinsip-prinsip dalam *economic analysis of law* terhadap konsep tindak pidana, pelaku tindak pidana, serta pidana dan pemidanaan.

B. Isu Hukum

Buku ini secara khusus difokuskan kepada analisis mengenai empat hal. *Pertama*, konsep pelaku kejahatan menurut *economic analysis of law*. *Kedua*, perspektif *economic analysis of law* melihat keberadaan suatu tindak pidana. *Ketiga*, pidana dan pemidanaan menurut *economic analysis of law*. Pidana dalam studi ini dibatasi kepada sanksi pidana, sedangkan pemidanaan mengarah kepada diskursus teoritis teori-teori pemidanaan yang berkembang dalam khazanah hukum pidana.

C. Metode Riset

Penelitian ini termasuk ke dalam penelitian hukum normatif karena yang dikaji adalah prinsip-prinsip dalam *economic analysis of law* dalam hukum pidana. Sedangkan fokus penelitian berupa konsep pelaku kejahatan, tindak pidana, serta pidana dan pemidanaan menurut *economic analysis of law*.

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini berupa bahan hukum sekunder yakni buku-buku, jurnal dan hasil penelitian terkait prinsip-prinsip *economic analysis of law* dalam hukum pidana. Pendekatan penelitian berupa pendekatan konsep (*conceptual approach*).⁴

⁴Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Cetk. Kedua, Bayumedia Publishing, Malang, 2006; Peter Mahmud Marzuki *Penelitian Hukum*, Cetk. Kedua, Prenada Media, Jakarta, 2006

Pendekatan ini digunakan untuk menjelaskan tentang pelaku kejahatan, tindak pidana, serta pidana dan pemidanaan menurut *economic analysis of law*. Bahan hukum dikumpulkan melalui studi pustaka. Studi pustaka berupa penelusuran dan penelaahan literatur-literatur terkait *economic analysis of law* dalam hukum pidana.

Analisis penelitian menggunakan analisis deskriptif kualitatif, dalam arti bahan hukum diuraikan dalam bentuk narasi yang tersusun secara sistematis, logis, dan merupakan hasil dari proses interpretasi peneliti terhadap bahan hukum yang dihasilkan. Secara umum dalam analisis kualitatif terdiri dari tiga alur kegiatan yang terjadi secara bersamaan yaitu reduksi bahan hukum, penyajian bahan hukum, dan penarikan kesimpulan.

Reduksi bahan hukum diartikan sebagai proses pemilihan, pemusatan perhatian pada penyederhanaan, pengabstrakan, dan transformasi data “kasar” yang muncul dari catatan tertulis di lapangan.⁵ Dalam penelitian ini reduksi bahan hukum berupa kajian atas sejumlah prinsip dalam *economic analysis of law*. Setelah diidentifikasi dan ditemukan prinsip-prinsip tersebut, langkah selanjutnya adalah menyajikan bahan hukum yang telah ditemukan dan sekaligus mengkaitkannya dengan pelaku kejahatan, tindak pidana, serta pidana dan pemidanaan.

Penyajian bahan hukum ini bermakna sekumpulan informasi tersusun yang memberikan kemungkinan adanya penarikan kesimpulan dan pengambilan tindakan. Bentuk penyajian bahan hukum yang sering dilakukan adalah *teks naratif*. Setelah bahan hukum disajikan, langkah berikutnya adalah menarik kesimpulan berdasarkan reduksi bahan hukum dan penyajian bahan hukum yang dilakukan.⁶

D. Sistematika Buku

Buku ini mengetengahkan *economic analysis of law* dalam hukum pidana yang disusun ke dalam lima bab. Bab pertama menjelaskan tentang pengantar memahami buku ini secara keseluruhan. Bab kedua mengurai prinsip-prinsip *economic analysis of law*. Bab ketiga

⁵Miles Matthew dan A. Michael Huberman, *Analisis Data Kualitatif*, tanpa penerbit, hlm 16

⁶*Ibid.*, hlm 20

menganalisis pelaku kejahatan dan tindak pidana menurut *economic analysis of law*. Bab keempat menjelaskan pidana dan ppidanaan dalam perspektif *economic analysis of law*. Hal yang penting di bab ini adalah bahwa ancaman pidana harus lebih berat dari seriusitas kejahatan sebagai konsekuensi dari konsep bahwa pelaku kejahatan merupakan aktor rasional. Bab kelima adalah penutup yang berisi kesimpulan dan rekomendasi.

2. PRINSIP-PRINSIP *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

A. Pengertian *Economic Analysis of Law*

Pengertian klasik mengenai hukum adalah kewajiban yang diikuti oleh sanksi yang ditentukan oleh Negara. Bagi ekonomi pengertian ini penting eksistensinya mengingat ekonomi menyediakan suatu teori ilmiah untuk memprediksi efek yang timbul dari sanksi hukum terhadap tingkah laku seseorang. Sedangkan bagi ekonom, sanksi hukum tidak ada bedanya dengan harga; orang-orang merespon keberadaan sanksi hukum sama halnya dengan ketika mereka merespon keberadaan harga. Mereka akan merespon harga yang tinggi melalui pengurangan mengkonsumsi makanan-makanan mahal. Orang-orang akan merespon sanksi hukum yang berat dengan cara melakukan tindakan-tindakan yang ancaman sanksi hukum atas tindakan itu sangat ringan.¹

Analisis ekonomi atas hukum (*economic analysis of law*) merupakan ilmu interdisipliner yang mencoba melihat keberadaan hukum terutama sanksinya dari prinsip-prinsip ekonomi. Ekonomi sendiri merupakan ilmu tentang pilihan-pilihan rasional di mana sumber-sumber daya yang ada dibatasi dalam hubungannya dengan kebutuhan-kebutuhan manusia. Tugas ekonomi dalam hukum adalah menjelaskan implikasi dari suatu asumsi bahwa manusia merupakan pemaksimal rasional atas keinginan-keinginannya berupa kepuasan dirinya.²

Dalam hubungannya dengan suatu kebijakan hukum tertentu, analisis ekonomi paling tidak memberikan tiga kontribusi penting.

¹Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economic*, Third Edition, Addison-Wesley, United States, 2000, hlm 3

²Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Fifth Edition, Aspen Law & Business, New York, United States, 1998, hlm 3-4

Pertama, ekonomi memberikan suatu model yang sederhana tentang bagaimana individu berperilaku di hadapan hukum, yang secara lebih khusus menganalisis bagaimana individu merespon kehadiran sanksi. Kebanyakan orang melakukan yang terbaik terhadap apa dimiliki. Dengan kata lain, orang-orang memaksimalkan keuntungan di dalam melakukan suatu aktivitas tertentu. *Kedua*, ekonomi relatif kaku dalam analisis empirisnya. Prioritas utama dalam analisis ekonomi empiris adalah untuk membedakan antara hubungan dan sebab. Hal ini dikarenakan para ekonom berasumsi bahwa manusia di dalam berperilaku adalah rasional dan memiliki tujuan-tujuan tertentu. *Ketiga*, ekonomi menyediakan sebuah matrik yang jelas dalam mengevaluasi sukses tidaknya suatu kebijakan hukum pidana. Kriteria normatif yang digunakan adalah efisensi, dan efisensi sendiri memiliki implikasi pada penegakan hukum yang optimal. Dalam praktik, pandangan ini diimplementasikan dalam bentuk perbandingan antara ongkos dan keuntungan dari suatu kebijakan.³

B. Sejarah dan Perkembangan *Economic Analysis of Law*

Kemunculan *economic analysis of law* tidak dapat dilepaskan dari pengaruh pemikiran hukum pidana klasik. Pada tahun 1764 Cesare Beccaria menerbitkan sebuah buku berjudul '*On Crimes and Punishments*'. Menurutnya, penjatuhan sanksi pidana seyogianya ditujukan sampai pada level tertentu untuk mengeliminasi keuntungan yang didapat oleh pelaku.⁴ Pemikiran Beccaria tersebut memberikan pengaruh tidak saja kepada pemikir terkenal aliran utilitarianise, Jeremi Bentham, tapi juga para ahli hukum terkenal pada masa itu. Konsep pidanaan yang ditawarkan Beccaria ini merubah cara pandang hukum pidana di Negara-negara Eropa yang lebih menekankan pada individualisasi pidana.⁵

Dalam perkembangan berikutnya, pemikiran Beccaria tersebut berjalan di tempat dan baru muncul kembali pada awal tahun 60-an setelah Calebresi dan Ronald Coase mempublikasikan tulisannya

³Thomas J. Miles, "Empirical Economic and Study of Punishment and Crime", *University of Chicago Legal Forum*, 237, 2005, hlm 236-237

⁴Keith N. Hilton, "Punitive Damages and The Economic Theory of Penalties", *Georgetown Law Journal*, No. 87, 1998, hlm 42

⁵*Ibid.*

berjudul perbuatan melanggar hukum (*torts*) dan biaya sosial (*social costs*). Kedua tulisan tersebut merupakan usaha pertama bagaimana mengaplikasikan analisis ekonomi secara sistematis ke dalam wilayah hukum.⁶ Analisis ekonomi terhadap hukum semakin berkembang setelah Garry Becker menghubungkannya ke dalam masalah kejahatan dan diskriminasi rasial.⁷ Sejak awal kemunculannya tahun 1764 hingga tahun 1960-an, dengan demikian, diskursus tentang *economic analysis of law* mengalami kemunduran, dan baru benar-benar menjadi *icon* dalam hukum ketika dua ahli di bidang hukum dan ekonomi mempopulerkan prinsip-prinsip tersebut dalam hukum.

Kemunculan dua artikel yang secara spesifik membahas aplikasi prinsip-prinsip ekonomi dalam hukum mampu merubah pemikiran hukum terutama pemahaman suatu aturan hukum, bahkan praktik hukum sekalipun. Sebagai buktinya, menjelang tahun 1990-an paling tidak terdapat satu orang ekonom yang menjadi staff pengajar di Fakultas-fakultas hukum terbaik yang ada di Amerika Utara, dan beberapa di antaranya berada di Eropa Barat. Mereka juga menempuh pendidikan tingkat doktor (Ph.D) di bidang ekonomi dan doktor (DJ) di bidang hukum. Tidak sedikit jurnal-jurnal hukum yang ada mempublikasikan banyak tulisan yang menggunakan pendekatan ekonomi, dan bahkan ada beberapa jurnal hukum yang secara khusus membahas masalah ini. Pengaruh ini berlanjut dan mendapat momentumnya ketika pada tahun 1991 dan 1992, dua ekonom terkemuka, Ronald Coase dan Gery Becker, mendapat hadiah nobel di bidang ekonomi. Karena prestasi inilah, Bruce Acker mengatakan bahwa pendekatan ekonomi terhadap hukum merupakan perkembangan terpenting dalam pemikiran hukum pada abad ke dua puluh.⁸

C. Pendekatan Deskriptif dan Normatif dalam *Economic Analysis of Law*

Terdapat dua pendekatan dalam *economic analysis of law*, yaitu pendekatan deskriptif dan normatif. Yang pertama berkenaan dengan pengaruh-pengaruh aturan-aturan hukum, sedangkan yang kedua

⁶Richard A. Posner, *Economic...op.cit.*, hlm 25

⁷*Ibid.*, hlm 26

⁸Robert Cooter dan Thomas Ulen, *Law and Economic*, Edisi Ketiga, Addison Wesley Longman, Inc, Amerika Serikat, 2000, hlm 2

berkaitan dengan pertanyaan apakah pengaruh dari aturan-aturan hukum tersebut sesuai dengan keinginan masyarakat. Kedua pendekatan tersebut merupakan pendekatan yang biasa digunakan dalam analisis ekonomi secara umum, yakni penjelasan tingkah laku, baik manusia (perorangan/perusahaan) yang berwawasan ke depan dan rasional, serta mengadopsi kerangka kesejahteraan ekonomi untuk menguji keinginan masyarakat.⁹

Menurut pendekatan deskriptif seseorang disebut rasional bila orang itu bertindak untuk memaksimalkan tujuan atau keuntungan yang diharapkan. Sebagai contoh, mengapa seseorang sangat berhati-hati dalam mengendarai kendaraannya meskipun memiliki asuransi adalah karena ia tidak mau mengalami luka akibat kecelakaan, ia harus bertanggungjawab atau menghindari risiko diajukan ke pengadilan. Sedangkan menurut pendekatan normatif, suatu aturan hukum tertentu lebih baik dari aturan hukum yang lain bila memberikan level tertinggi bagi ukuran kesejahteraan sosial. Sebagai contoh, bila masyarakat menghendaki untuk meminimalisasi jumlah kecelakaan lalu lintas, maka aturan hukum yang terbaik adalah yang memberikan hukum atau sanksi bagi penyebab-penyebab kecelakaan tersebut.¹⁰

D. Prinsip-prinsip *Economic Analysis of Law*

1. Efisiensi

Efisiensi diartikan sebagai penghematan, pengiritan, ketepatan, atau pelaksanaan sesuai dengan tujuan. Efisiensi berkaitan dengan tujuan dan sarana yang digunakan untuk mencapai tujuan. Bila sarana yang ingin dicapai membutuhkan lebih banyak biaya dibandingkan dengan tujuan yang ingin dicapai, maka hal itu dikatakan tidak efisien. Sebaliknya, jika penggunaan sarana membutuhkan lebih sedikit biaya yang harus dikeluarkan dibandingkan dengan tujuan yang ingin dicapai, maka hal itu dikatakan efisien.

⁹Steven Shavell, *Foundation of Economic Analysis of Law*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2004, hlm 1-2 dalam Anas Lutfi, *Hukum, Pola Penanganan Tebu, dan Kesejahteraan Masyarakat*, Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2009, hlm 20-21

¹⁰*Ibid.*, hlm 21

2. Rasionalitas

Rasionalitas merujuk pada pengertian memilih sarana-sarana yang paling baik untuk tujuan pemilih.¹¹ Seseorang yang ingin tetap hangat ketika musim dingin tiba akan membandingkan semua sarana yang dapat digunakan untuk mewujudkan kehangatan dalam hubungannya dengan biaya yang harus dikeluarkan. Sarana yang paling sedikit biaya yang dikeluarkan akan dipilih secara sarana untuk mewujudkan kehangatan.¹² Menurut *economic analysis of law* rasionalitas mengandung suatu pengertian bahwa manusia di dalam melakukan suatu aktivitas tertentuperpikir secara rasional dengan tujuan utama adalah untuk memaksimalkan keuntungan yang diharapkan (*maximizing the expected utility*).¹³

Konsep rasionalitas pada dasarnya berasal dari teori ekonomi mikro (*microeconomic theory*) yakni teori pilihan rasional (*rational choice theory*). Asumsi dasar teori ini adalah bagaimana orang-orang merespon insentif. Penggunaan teori ini sangat penting dalam kaitannya dengan interaksi antara aturan hukum dan masyarakat. Hal ini dikarenakan hukum itu tidak hadir di ruang yang hampa. Kehadiran aturan hukum akan berdampak pada perilaku seseorang.¹⁴

Rasionalitas (pilihan rasional) itu sendiri bukanlah pengertian yang tunggal, dalam arti tidak ada pengertian rasionalitas yang diterima secara luas. Russel dan Thomas Ulen mengemukakan paling tidak ada empat pengertian tentang rasionalitas ini. *Pertama*, manusia adalah pemaksimal yang rasional di dalam mencapai keuntungan (*a man is a rational maximizer of his ends*). Rasionalitas di sini tanpa diikuti oleh sarana apa yang digunakan untuk memaksimalkan tujuannya (keuntungan) itu. Pengertian rasionalitas sebagaimana dicetuskan oleh Richard Posner merupakan pengertian yang paling lemah dan paling umum. *Kedua*, rasionalitas dikonsepsikan dengan keuntungan yang diharapkan (*the expected utility*). Konsep ini lebih kuat dibandingkan

¹¹Richard A. Posner, "Rational Choice, Behavioral Economic and The Law", *Stanford Law Review*, No. 50, 1998, hlm 1551

¹²*Ibid*

¹³Herbert Hovenamp, "Rationality in Law and Economic", *George Washington Law Review*, No. 60, Tahun 1992, hlm 293.

¹⁴Russel B. Korobkin dan Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing The Rationality Assumption From Law and Economic", *California Law Review*, No. 88 Tahun 2000, hlm 1055

dengan pengertian yang pertama, karena di dalamnya telah menspesifikasi sarana yang dengannya pelaku akan memuaskan tujuan dan pilihannya. Ada lima syarat untuk adanya keuntungan yang diharapkan ini; yaitu; *commensurability, transitivity, invariance, cancellation, dan dominance*.¹⁵

Ketiga, kepentingan diri (*self interest*). Pelaku akan berusaha mewujudkan keuntungan dan dengan sarana apa ia mewujudkan tujuan/keuntungan itu bergantung pada kepentingan tiap-tiap pelaku. Konsep ini lebih konkret dibandingkan dengan keuntungan yang diharapkan. *Keempat*, maksimalisasi kekayaan (*the wealth maximization*); yang mengandung arti bahwa pelaku akan berusaha untuk memaksimalkan kekayaan yang ada. Konsep yang terakhir ini merupakan konsep yang paling spesifik dan paling kuat.¹⁶

3. Maksimalisasi

Menurut prinsip ini setiap manusia di dalam suatu aktivitas tertentu adalah untuk memaksimalkan keuntungan yang diharapkan.¹⁷ Sebagai contoh, seseorang yang akan membeli mobil akan membandingkan beberapa mobil yang diinginkan dengan biaya yang akan dikeluarkan, semakin besar biaya yang dikeluarkan maka mobil yang didapatkan akan semakin bagus untuk didapatkan, begitu pula sebaliknya.

4. Keseimbangan

Di dalam ilmu ekonomi, mengenal adanya prinsip keseimbangan umum yakni suatu model analisis keseimbangan harga dan output pasar dengan pendekatan keterkaitan antar barang dan antar pasar dengan asumsi *perfectly competitive price system*. Dalam model keseimbangan umum, yang dimaksud dengan *perfectly competitive price system* adalah pasar dengan kondisi: terdapat pembeli dalam jumlah besar yang menjadikan tingkat harga sebagai faktor eksogen dan dalam melakukan konsumsi, para pembeli ini memaksimalkan tingkat kepuasan; pada saat yang sama para pembeli ini adalah pemilik faktor produksi dalam perekonomian (tenaga kerja, modal); terdapat penjual dalam jumlah besar yang menjadikan tingkat harga sebagai faktor eksogen dan dalam melakukan produksi para penjual ini memaksimalkan profit; Baik

¹⁵*Ibid.*, hlm 1061-1064

¹⁶*Ibid.*, hlm 1064-1066

¹⁷Herbert Hovenkamp, *Rationality in Law and Economic*, dikutip dari Mahrus Ali, *Op.Cit.*, hlm. 226

konsumen dan produsen memiliki informasi simetri dan tidak ada ketidakpastian; berlaku hukum *law of one price*.¹⁸

Prinsip keseimbangan dapat disandingkan dengan kepastian hukum, namun harus dibuktikan bahwa keuntungan yang diharapkan dari tindak pidana oleh pelaku telah dinikmati dan karenanya dapat dijatuhi hukuman yang setimpal dengan kerugian yang telah diderita oleh korban karena tindak pidana tersebut. Prinsip keseimbangan juga cocok disandingkan dengan keadilan, karena secara rasional pelanggar hukum harus menerima hukuman terbaik yang diakibatkan tindakannya, sementara pencari keadilan secara rasional dapat pula menerima hukuman tersebut setimpal dengan perbuatan terhukum, apabila hukuman terlalu berat maka sebenarnya terhukum juga dirugikan dengan kepuasan pencari keadilan yang lebih tinggi.¹⁹

¹⁸<https://staff.blog.ui.ac.id/r.nasrudin/files/2012/11/Kuliah-XII-2.pdf> diakses pada 10 Juli 2021

¹⁹Romli Atmasasmita, *op.cit*, hlm. 88-89

3. TINDAK PIDANA DALAM PERSPEKTIF *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

A. Konsep Tindak Pidana

Konsep tindak pidana¹ telah dirumuskan oleh banyak ahli hukum pidana. Antara konsep yang satu dengan yang lain yang mereka kemukakan memiliki kesamaan substansi, tapi ada juga yang berbeda makna dan implikasi hukumnya. Di bawah ini dikemukakan konsep tindak pidana oleh Moeljatno, Roeslan Saleh, Wirjono Prodjodikoro, Simons, Komariah Emong Supardjadja, Sutan Remy Sjahdeini, dan Indrianto Seno Adji, sekadar untuk mengetahui keragaman konsep tersebut.

Moeljatno mengartikan tindak pidana sebagai:

*Perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut.*²

Pada kesempatan yang lain, beliau juga mengemukakan dengan substansi yang sama bahwa tindak pidana adalah “perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, barangsiapa melanggar larangan tersebut”.³ Roeslan Saleh mengemukakan pendapatnya mengenai pengertian tindak pidana, yaitu “sebagai perbuatan yang oleh aturan hukum pidana dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang”.⁴

¹Dalam buku ini istilah tindak pidana, delik, dan perbuatan pidana tidak dibedakan untuk alasan praktis, walaupun kedua istilah itu memiliki perbedaan signifikan. Istilah tindak pidana menunjuk pada suatu sikap manusia yang bersifat aktif. Sedangkan istilah perbuatan pidana lebih menunjuk kepada sikap yang diperlihatkan seseorang baik aktif maupun pasif. Delik memiliki arti yang sama dengan perbuatan pidana.

²Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cetk. Kedelapan, Edisi Revisi, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm 59

³Moeljatno, *Tindak pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1983, hlm 11

⁴Roeslan Saleh, *Tindak pidana dan Pertanggungjawaban Pidana: Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1981, hlm 13

Wirjono Prodjodikoro mengartikan tindak pidana sebagai suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenai hukuman pidana.⁵ Sedangkan Simons merumuskan “*strafbaar feit*” sebagai berikut:⁶

Suatu tindakan melanggar hukum yang telah dilakukan dengan sengaja atau pun tidak dengan sengaja oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya dan yang oleh undang-undang telah dinyatakan sebagai suatu tindakan yang dapat dihukum.

Menurut Simons terdapat tiga alasan mengapa pengertian *strafbaar feit* dirumuskan seperti di atas, yaitu:

1. Untuk adanya suatu *strafbaar feit* itu disyaratkan bahwa di situ harus terdapat suatu tindakan yang dilarang ataupun yang diwajibkan oleh undang-undang, di mana pelanggaran terhadap larangan atau kewajiban semacam itu telah dinyatakan sebagai suatu tindakan yang dapat dihukum;
2. Agar sesuatu tindakan itu dapat dihukum, maka tindakan tersebut harus memenuhi semua unsur dari delik seperti yang dirumuskan di dalam undang-undang; dan
3. Setiap *strafbaar feit* sebagai pelanggaran terhadap larangan atau kewajiban menurut undang-undang itu, pada hakikatnya merupakan suatu tindakan melawan hukum atau merupakan “*onrechtmatige handeling*”.

Konsep tindak pidana juga dikemukakan oleh Komariah Emong Supardjadja, yakni “suatu perbuatan manusia yang memenuhi rumusan delik, melawan hukum dan pembuat bersalah melakukan perbuatan itu”.⁷ Sedangkan Sutan Remy Sjahdeini mendefinisikan tindak pidana sebagai:

Perilaku (*conduct*) yang oleh undang-undang pidana yang berlaku (hukum pidana positif) telah dikriminalisasi dan oleh karena itu dapat dijatuhi sanksi pidana bagi pelakunya.⁸

⁵Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Edisi Ketiga, Cetk. Pertama, Refika Aditama, Bandung, 2003, hlm 59

⁶P.A.F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Cetk. Ketiga, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hlm 185

⁷Komariah Emong Supardjadja, *Ajaran Melawan Hukum dalam Hukum Pidana Indonesia; Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi*, Alumni, Bandung, 2002, hlm 22

⁸Sutan Remy Sjahdeini, *Kejahatan dan Tindak Pidana Komputer*, PT. Grafiti Press, Jakarta, 2009, hlm 34

Terakhir, tindak pidana dirumuskan oleh Indrianto Seno Adji sebagai “perbuatan seseorang yang diancam pidana, perbuatannya bersifat melawan hukum, terdapat suatu kesalahan dan bagi pelakunya dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya”.⁹

Konsep tindak pidana yang dikemukakan oleh ahli hukum pidana di atas mengerah kepada dua hal, yaitu yang memisahkan antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, dan yang mencampur antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Konsep tindak pidana oleh Moeljatno, Roeslan Saleh, Wirjon Prodjudikoro, dan Sutan Remy Sjahdeini secara tegas memisahkan antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana adalah satu hal, sedangkan pertanggungjawaban pidana merupakan hal lain. Seseorang yang terbukti melakukan tindak pidana tidak secara otomatis harus dijatuhi sanksi pidana atau sanksi tindakan, karena hal itu bergantung kepada apakah orang tersebut memiliki kesalahan atau pertanggungjawaban pidana. Namun demikian, antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana merupakan dua konsep yang sangat sentral dan saling terkait dalam hukum pidana, tindak pidana tidak akan memiliki banyak arti tanpa kehadiran pertanggungjawaban pidana, demikian juga sebaliknya.

Pada sisi yang lain, konsep tindak pidana yang dirumuskan oleh Simons, Komariah Emong Supardjadja, dan Indrianto Seno Adji tidak memisahkan atau bahkan mencampuraduk antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Hal ini terlihat dari digunakannya kata “sengaja”, “bersalah”, dan “kesalahan” dalam membangun rumusan konsep tindak pidana. Padahal, secara teoritis kesalahan tidak terkait dengan tindak pidana, tapi berhubungan dengan pertanggungjawaban pidana. Implikasinya, seseorang bisa dijatuhi pidana cukup dengan terbuktinya tindak pidana yang dilakukan orang itu, tanpa perlu membuktikan apakah pada diri orang itu terdapat kesalahan atau tidak.

Dalam buku ini, konsep tindak pidana mengacu kepada konsep yang dirumuskan oleh Moeljatno, Roeslan Saleh, Wirjono Prodjudikoro, dan Sutan Remy Sjahdeini, karena memang antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana merupakan dua konsep yang terpisah, walaupun keduanya memiliki keterkaitan yang sangat erat, bagaikan dua

⁹Indrianto Seno Adji, *Korupsi dan Hukum Pidana*, Kantor Pengacara & Consultan Hukum Prof. Oemar Seno Adji & Rekan, Jakarta, 2002, hlm 155

sisi mata uang. Secara teoritis, ketika seseorang terbukti melakukan suatu perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana, tidak secara otomatis orang itu dijatuhi pidana. Untuk menjatuhkan pidana kepada orang itu, harus terdapat kesalahan pada orang itu dan telah dibuktikan dalam proses peradilan, dan itu di luar perbincangan tentang tindak pidana. Dalam praktik peradilan, yang pertama kali dilakukan hakim ketika memeriksa perkara pidana yang diajukan kepadanya adalah apakah orang yang dihadapkan kepadanya memang terbukti melakukan perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana. Setelah hal itu terbukti, hakim kemudian membuktikan ada tidaknya kesalahan pada diri orang itu.

Manakala tindak pidana dikonsepsikan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana barangsiapa yang melakukannya, maka unsur-unsur tindak pidana meliputi tiga hal. *Pertama*, perbuatan itu berujud suatu kelakuan baik aktif maupun pasif yang berakibat pada timbulnya suatu hal atau keadaan yang dilarang oleh hukum. *Kedua*, kelakuan dan akibat yang timbul tersebut harus bersifat melawan hukum baik dalam pengertiannya yang formil maupun yang materiil.

Ketiga, adanya hal-hal atau keadaan tertentu yang menyertai terjadinya kelakuan dan akibat yang dilarang oleh hukum. Dalam unsur yang ketiga ini terkait dengan beberapa hal yang wujudnya berbeda-beda sesuai dengan ketentuan pasal hukum pidana yang ada dalam undang-undang. Misalnya berkaitan dengan diri pelaku tindak pidana, tempat terjadinya tindak pidana, keadaan sebagai syarat tambahan bagi pemidanaan, dan keadaan yang memberatkan pemidanaan. Yang pertama menunjuk pada eksistensi Pasal 418, pasal 419, dan pasal 420. Ketiga pasal tersebut secara khusus diperuntukkan bagi subjek delik tertentu yaitu seorang pejabat. Pasal tersebut dapat digunakan ketika pelakunya adalah seorang pejabat. Yang kedua mengarah pada tempat terjadinya tindak pidana yang harus dilakukan di muka umum sebagaimana dalam Pasal 160 KUHP. Sedangkan yang ketiga berkaitan dengan syarat tambahan bahwa untuk dapat disebut telah terjadi tindak pidana yang pelakunya dapat dikenai sanksi pidana, pelaku tersebut harus berbuat secara sengaja. Contoh yang relevan dengan hal itu adalah ketentuan Pasal 304 KUHP yang berbunyi:

Barangsiapa dengan sengaja menempatkan atau membiarkan seorang dalam keadaan sengsara, padahal menurut hukum yang berlaku baginya atau karena persetujuan, dia wajib memberi kehidupan, perawatan atau pemeliharaan kepada orang itu, diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau denda paling banyak tiga ratus rupiah.

Pasal ini berkaitan dengan syarat tambahan bagi pemidanaan, yaitu seseorang secara sengaja membiarkan orang lain yang seharusnya ditolong hingga orang tersebut meninggal dunia. Yang keempat adalah berkaitan dengan pemberatan pidana sebagaimana tercantum dalam Pasal 340 KUHP, sebagai berikut:

Barang siapa sengaja dan dengan rencana lebih dahulu merampas nyawa orang lain diancam, karena pembunuhan dengan rencana, dengan pidana mati atau pidana seumur hidup atau selama waktu tertentu, paling lama dua puluh tahun.

Agar pasal tersebut terbukti dilakukan oleh seseorang, orang tersebut harus melakukan menghilangkan nyawa orang lain/membunuh dengan secara sengaja dan direncanakan sebelumnya. Apabila syarat ini terbukti, maka orang itu dapat dikenai ancaman pidana mati.

B. Delik Komisi dan Delik Omisi

Terdapat beberapa jenis tindak pidana, salah satunya adalah tindak pidana aktif/delik komisi (*commission act*) dan tindak pidana pasif/delik omisi (*ommission act*). Delik komisi adalah perbuatan berupa pelanggaran terhadap larangan atau berbuat sesuatu yang dilarang, misalnya melakukan pencurian, penipuan, dan pembunuhan. Pasal 362 KUHP melarang bagi seseorang yang mengambil barang kepunyaan orang lain, seluruh atau sebagian, dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum. Ketika dalam fakta kasus terungkap bahwa A mengambil sepeda motor kepunyaan B dengan membuat duplikat kunci motor tersebut untuk dimiliki secara melawan hukum, dalam kasus ini A telah melakukan perbuatan yang sebenarnya dia dilarang untuk melakukan itu, yakni mencuri. Singkatnya, A melakukan delik komisi.

Delik omisi adalah berupa pelanggaran terhadap perintah, yaitu tidak berbuat sesuatu yang diperintahkan. Seseorang pada dasarnya diwajibkan untuk melakukan suatu tindakan atau perbuatan, tapi orang itu malah diam atau mengabaikan kewajibannya itu. Singkatnya, seseorang hanya memiliki kewajiban untuk bertindak manakala ia dibebani kewajiban hukum untuk itu (*One is only under a duty to act when one is under a legal obligation*).¹⁰

Clarkson mengatakan bahwa terdapat empat situasi di mana delik omisi terjadi dan setiap orang, berdasarkan situasi tersebut, memiliki kewajiban bertindak, sehingga diamnya orang tersebut dapat dikatakan melakukan tindak pidana.¹¹ *Pertama*, ketika terdapat hubungan yang bersifat khusus antara dua pihak, satu pihak memiliki kewajiban atas pihak lain. Seorang ibu memiliki kewajiban untuk menyusui atau memberi makan bayinya. Ketika si ibu tersebut (dengan sengaja) tidak menyusui atau tidak memberi makan bayinya sehingga mengakibatkan si bayi meninggal, maka si ibu dikatakan melakukan delik omisi. *Kedua*, ketika seseorang secara sukarela berasumsi memiliki tanggung jawab terhadap orang lain, dan orang lain tersebut berharap bantuan yang diberikan oleh orang itu bila diperlukan, dalam konteks ini, kewajiban hukum atas orang tersebut timbul.

Ketika, kewajiban untuk memberikan bantuan kepada orang lain timbul bila terdapat hubungan kontrak antara satu pihak dengan pihak lain. Seseorang yang bekerja sebagai penjaga kolam renang di suatu tempat rekreasi akan dikatakan melakukan delik omisi, bila orang tersebut tidak melakukan tindakan apapun untuk menolong seorang anak kecil yang tenggelam karena berenang di kolam tersebut. Padahal, berdasarkan kontrak kerja yang ia tanda tangani dengan pihak lain (perusahaan), orang tersebut memiliki kewajiban untuk menjaga keamanan anak-anak kecil yang berenang di kolam. *Keempat*, ketika seseorang menciptakan terjadinya situasi yang membahayakan orang lain, maka orang itu berkewajiban untuk meminimalisirnya. Orang tersebut dikatakan melakukan delik omisi bila tidak melakukan tindakan tertentu agar bahaya dapat diminimalisir.

¹⁰C.M.V. Clarkson, *Understanding Criminal Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell Ltd. London, 1998, hlm 46

¹¹*Ibid.*, hlm 46-47

Mike Molan, Duncan Bloy dan Denis Lanser menyebutkan empat situasi yang menimbulkan adanya delik omisi, yaitu; (1) adanya hubungan yang didasarkan pada suatu kepercayaan, di mana pihak yang satu menggantungkan nasibnya kepada pihak yang lain. Misalnya, seorang ibu memiliki kewajiban hukum untuk bertindak dalam bentuk menyusui bayinya. Ketika si bayi meninggal karena diamnya si ibu yang tidak menyusui, dalam situasi ini terjadi delik omisi; (2) satu pihak menciptakan situasi yang membahayakan pihak lain; (3) kewajiban hukum untuk bertindak/melakukan suatu tindakan aktif muncul dari suatu kontrak atau perjanjian; dan (4) delik omisi terjadi dalam praktik kedokteran. Sebagai contoh, seorang dokter memiliki kewajiban hukum untuk mengambil tindakan-tindakan medis atas seorang pasien. Ketika si pasien meninggal yang disebabkan oleh diamnya si dokter, maka delik omisi terjadi dalam situasi tersebut.¹²

Masih terkait delik omisi, Wayne dan Austin menyebutkan bahwa terdapat 7 (tujuh) situasi yang menimbulkan terjadinya delik omisi, yaitu:

1. Kewajiban yang didasarkan atas hubungan (kepercayaan). Orang tua berkewajiban merawat dan menolong anak-anak kecil mereka, atau para suami berkewajiban menolong istri mereka;
2. Kewajiban yang didasarkan atas undang-undang. Seorang pengemudi yang mengalami kecelakaan bermotor harus menghentikan dengan cara apapun yang diperlukan;
3. Kewajiban yang didasarkan atas kontrak. Seorang penjaga pantai memiliki kewajiban untuk melindungi dan mengambil tindakan yang layak terhadap semua perenang yang akan tenggelam;
4. Kewajiban yang didasarkan atas asumsi sukarela menjaga. Walaupun seseorang mungkin tidak memiliki kewajiban untuk menyelamatkan orang asing yang dalam bahaya, namun sekali orang itu berusaha untuk menolongnya, dia memiliki kewajiban menyelamatkan orang tersebut;
5. Kewajiban karena menciptakan bahaya. Bila seseorang memosisikan dirinya dalam bahaya, apakah secara sengaja atau lalai, atau tanpa adanya kesalahan sama sekali, bukankah orang tersebut memiliki kewajiban untuk menyelamatkan orang lain dari bahaya tersebut?;

¹²Mike Molan, Duncan Bloy dan Denis Lanser, *Modern Criminal Law*, Cavendish Publishing, Australia, 2003, hlm 44-47

6. Kewajiban untuk mengawasi tindakan orang lain. Orang tua tidak hanya memiliki kewajiban untuk bertindak menyelamatkan anak-anaknya, tapi dia juga punya kewajiban untuk menyelamatkan pihak ketiga dari anak-anaknya;
7. Kewajiban pemilik tanah. Seorang pemilik *night club* bertanggungjawab secara pidana atas kematian para pengunjung yang terbunuh karena kegagalan orang tersebut menyediakan pintu darurat keluar atau terbebas dari api pada saat terjadi kebakaran.¹³

C. Sifat Melawan Hukum dalam Tindak Pidana

Lamintang menyatakan bahwa dalam banyak rumusan delik dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana, seringkali dijumpai perkataan "*wederrechelijk*" untuk menunjukkan sifat tidak sah suatu tindakan atau suatu maksud. Penggunaan kata "*wederrechtelijk*" oleh pembentuk undang-undang untuk menunjukkan sifat tidak sah suatu tindakan itu dijumpai dalam rumusan-rumusan delik dalam pasal KUHP seperti pasal 167 ayat (1), Pasal 168, 179, 180, 189, 190, 198, 253-257, 333 ayat (1), 334 ayat (1) angka 1, 372, 429 ayat (1), 431, 433 angka 1, 448, 453-455, 472 dan Pasal 522 KUHP. Sedangkan penggunaan kata "*wederrechtelijk*" untuk menunjukkan sifat tidak sah suatu maksud atau *oogmerk* dapat dijumpai antara lain dalam rumusan-rumusan delik dalam pasal KUHP seperti pasal 328, 339, 362, 368 ayat (1), 369 ayat (1), 378, 382, 390, 466 dan Pasal 467 KUHP.¹⁴

Menurut Bemmelen, istilah *wederrechtelijk* mengandung dua arti; (1) sebagai bertentangan dengan ketelitian yang pantas dalam pergaulan masyarakat mengenai orang lain atau barang; dan (2) bertentangan dengan kewajiban yang ditetapkan oleh undang-undang.¹⁵ Sedangkan Van Hamel berpendapat bahwa kata "*wederrechtelijk*" haruslah dibatasi hanya pada hukum yang tertulis atau bertentangan dengan hukum yang tertulis. Hal yang sama dikemukakan oleh Simons yang mengartikan melawan hukum sebagai unsur delik sepanjang disebutkan dengan tegas

¹³Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr. *Criminal Law*. Second Edition, St. Paul, West Publishing Company, Minnesota, 1986

¹⁴Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Cetk. Ketiga, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hlm 347

¹⁵Van Bemmelen, *Hukum Pidana Material Bagian Umum*, Binacipta, Jakarta, 1984, hlm 149-150

dalam peraturan perundang-undangan.¹⁶ Vos memformulir perbuatan yang bersifat melawan hukum sebagai perbuatan yang oleh masyarakat tidak diperbolehkan.¹⁷ Pendapat ini dikuatkan oleh Enschede yang menyatakan bahwa melawan hukum termasuk juga di dalamnya adalah norma masyarakat.¹⁸

Berdasarkan beberapa pengertian melawan hukum di atas, dapat disimpulkan bahwa melawan hukum memiliki dua arti, yaitu perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang/aturan hukum tertulis atau perbuatan yang bertentangan dengan aturan hukum tidak tertulis.

Dalam hukum pidana kata "sifat melawan hukum" adalah satu frasa yang memiliki empat makna. Keempat makna tersebut adalah sifat melawan hukum umum, sifat melawan hukum khusus, sifat melawan hukum formil, dan sifat melawan hukum materiil. Sifat melawan hukum umum diartikan sebagai syarat umum dapat dipidana suatu perbuatan. Setiap tindak pidana di dalamnya pasti mengandung unsur melawan hukum. Sedangkan sifat melawan hukum khusus biasanya kata "melawan hukum" dicantumkan dalam rumusan delik. Sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidananya suatu perbuatan. Sifat melawan hukum formil diartikan sebagai bertentangan dengan undang-undang. Sedangkan sifat melawan hukum materiil dimaknai sebagai bertentangan dengan norma dan nilai-nilai masyarakat.

Sifat melawan hukum memiliki kedudukan yang sangat khas dalam hukum pidana. Umumnya telah terjadi kesepahaman di kalangan para ahli hukum pidana dalam melihat sifat melawan hukum apabila dihubungkan dengan tindak pidana. Bersifat melawan hukum mutlak untuk setiap tindak pidana. Andi Zainal Abidin mengatakan, bahwa salah satu unsur esensial delik adalah sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) yang dinyatakan dengan tegas atau tidak di dalam suatu pasal undang-undang pidana, karena alangkah janggalnya kalau seseorang dipidana ketika melakukan perbuatan yang tidak melawan hukum.¹⁹ Sementara Roeslan Saleh mengatakan, memidana sesuatu yang

¹⁶Lamintang, *op.cit.*, hlm 348

¹⁷Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cetk Kedelapan, Edisi Revisi, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm 141

¹⁸Mahrus Ali, *Dasar-dasar Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm 142

¹⁹Andi Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana I*, Cetk. Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm 47

tidak melawan hukum tidak ada artinya.²⁰ Berdasarkan dua pendapat ahli hukum pidana tersebut dapat disimpulkan bahwa untuk dapat dikatakan seseorang melakukan tindak pidana, perbuatannya tersebut harus bersifat melawan hukum.

Dalam KUHP yang berlaku sekarang adakalanya perkataan "melawan hukum" dirumuskan secara tegas dan eksplisit di dalam rumusan delik dan adakalanya tidak dirumuskan secara tegas dan eksplisit. Jika perkataan "melawan hukum" dirumuskan dan dicantumkan secara tegas dalam rumusan delik, hal demikian memiliki arti penting untuk memberikan perlindungan atau jaminan tidak dipidananya orang yang berhak atau berwenang melakukan perbuatan-perbuatan sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang.²¹ Menurut Schaffmeister, ditambahkannya perkataan "melawan hukum" sebagai salah satu unsur dalam rumusan delik dimaksudkan untuk membatasi ruang lingkup rumusan delik yang dibuat terlalu luas. Hanya jika suatu perilaku yang secara formal dapat dirumuskan dalam ruang lingkup rumusan delik, namun secara umum sebenarnya bukan merupakan tindak pidana, maka syarat "melawan hukum" dijadikan satu bagian dari rumusan delik.²² Konsekuensinya adalah pencantuman "melawan hukum" dalam rumusan delik menyebabkan jaksa penuntut umum harus membuktikan unsur tersebut.

Jika perkataan "melawan hukum" tidak disebutkan atau dicantumkan secara tegas dan eksplisit dalam rumusan delik, maka unsur melawan hukum tersebut tidak perlu dibuktikan. Unsur melawan hukumnya perbuatan itu secara otomatis telah terbukti dengan telah terbuktinya perbuatan yang dilarang.²³ Dengan perkataan lain, walaupun kata "melawan hukum" tidak disebutkan dalam rumusan delik, maka secara diam-diam sifat melawan hukum tersebut telah ada dalam suatu delik. Berdasarkan pendapat ini, ada sebagian kalangan yang mengatakan bahwa sebaiknya unsur melawan hukum tidak dicantumkan dalam rumusan delik, karena kalau dicantumkan, hal itu akan menjadikan tugas

²⁰Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum dari Tindak pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1987, hlm 1

²¹Tongat, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perspektif Pembaharuan*, UMM Press, Malang, 2008, hlm 211

²²Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Kencana, Jakarta, 2006, hlm 50

²³Tongat, *op.cit.*, hlm 214

jaksa semakin berat, karena dia harus membuktikan dalam dakwaannya bahwa perbuatan terdakwa melawan hukum.

Apa yang dijelaskan di atas hanya terkait dengan perbincangan sifat melawan hukum dalam tindak pidana aktif atau delik komisi. Padahal, sebagaimana disebutkan sebelumnya, bahwa tindak pidana dibedakan ke dalam tindak pidana aktif dan tindak pidana pasif. Oleh karena itu, perlu dijelaskan sifat melawan hukum pada perbuatan yang berupa tidak melakukan suatu kewajiban hukum untuk bertindak.

Lamintang menyatakan bahwa:

Apabila suatu kewajiban untuk melakukan sesuatu timbul dari undang-undang, maka tidak melakukan apa yang diwajibkan oleh undang-undang itu dengan sendirinya merupakan suatu tindakan yang bersifat wederrechtelijk. Apabila tidak melakukan apa yang diwajibkan oleh undang-undang itu bertujuan untuk memperbesar kemungkinan bagi timbulnya sesuatu akibat yang terlarang oleh undang-undang, maka adanya suatu hubungan sebab-akibat yang adaequaat atau yang memadai akan membuat si pelaku dapat dianggap di mana telah menimbulkan akibat tertentu, sebagian orang kemudian tinggal mempermasalahkan apakah tindakan dari pelaku tersebut adalah sesuai dengan tindakan seperti yang dimaksudkan di dalam sesuatu rumusan delik tertentu atau tidak.²⁴

Akan tetapi, kewajiban untuk melakukan sesuatu di mana hal tidak melakukan apa yang diwajibkan itu dapat membuat sesuatu tindakan dianggap sebagai bersifat *wederrechtelijk*, tidak selalu harus timbul dari undang-undang melainkan ia juga dapat timbul dari suatu jabatan, suatu pekerjaan, misalnya kewajiban untuk memelihara pasien bagi seorang perawat atau kewajiban untuk mengatur wesel bagi seorang penjaga wesel jalan kereta api, atau ia juga dapat timbul dari kewajiban yang telah diterima oleh seseorang secara sukarela, misalnya kewajiban untuk tetap memelihara seseorang anak angkat bagi orang tua angkatnya.²⁵

²⁴Lamintang, *op.cit.*, hlm 382

²⁵*Ibid.*, hlm 383

D. Konsep Pelaku dan Tindak Pidana: Perspektif *Economic Analysis of Law*

1. Pelaku Kejahatan merupakan Aktor Rasional

Economic analysis of law berpandangan bahwa para individu berperilaku secara rasional untuk memaksimalkan keuntungan yang akan diperoleh (*individuals behave rationally to maximize their utility*).²⁶ Individu selalu rasional dan selalu berpikir sebelum bertindak dalam rangka mengambil manfaat maksimal yang rasional. Prospek untung dan rugi ditimbang dengan keputusan-keputusan dan pilihan-pilihan secara kalkulatif.²⁷ Dalam konteks hukum pidana, pelaku kejahatan adalah makhluk yang rasional ekonomis yang menimbang antara biaya yang harus dikeluarkan dari melakukan kejahatan dengan keuntungan yang akan diperoleh. Apabila keuntungan tersebut lebih besar dari biaya yang harus dikeluarkan, maka pelaku akan melakukan kejahatan.²⁸

Keuntungan yang diperoleh pelaku meliputi keuntungan fisik seperti harta kekayaan dan keuntungan psikis seperti kesenangan, kebanggaan, dan prestise. Sedangkan biaya meliputi biaya yang dikeluarkan pelaku dan biaya kejahatan. Biaya pelaku meliputi waktu dihabiskan baik sebelum atau pada saat melakukan tindak pidana, biaya membeli alat untuk melakukan tindak pidana, kemungkinan ditangkap, ditahan, dipidana, dan mata pencaharian yang hilang jika pelaku ditangkap. Sedangkan biaya kejahatan adalah biaya-biaya yang ditimbulkan dari dilakukannya suatu kejahatan.

Konsep biaya dan keuntungan sangat penting dalam suatu kebijakan publik terutama usaha untuk menanggulangi kejahatan. Hal ini karena penanggulangan kejahatan berkaitan erat dengan anggaran yang tersedia dan dialokasikan untuk mengurangi risiko yang akan timbul dari suatu kebijakan yang diambil. Selain itu, konsep biaya dan keuntungan juga terkait dengan seberapa banyak sumber daya yang harus dialokasikan untuk menanggulangi kejahatan itu.²⁹

²⁶Dan M. Kahn, "Social Influence, Social Meaning, and Deterrence", *Virginia Law Review*, No. 83, hlm 349

²⁷Salman Luthan, *Kebijakan Penal Mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan*, Disertasi, Program Doktor, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2007, hlm 166

²⁸Thomas J. Miles, "Empirical Economic and Study of Punishment and Crime", *University of Chicago Legal Forum*, 237, 2005, hlm 238

²⁹Lewis A. Kornhauser, "On Justifying Cost and Benefit Analysis", *Journal of Legal Studies*, No. 29 Tahun 2000, hlm 1

Menurut *economic analysis of law* pembuat kebijakan memiliki dua cara/strategi untuk mengurangi tingkat kejahatan, yaitu memperbesar kemungkinan ditangkap dan beratnya sanksi pidana (*the probability of apprehension and the magnitude of sanction*). Usaha untuk mengurangi kejahatan merupakan biaya bagi masyarakat karena kemungkinan ditangkap (*the probability of apprehension*) mensyaratkan penggunaan polisi dan jaksa. Sementara, menurut model yang resmi (ditetapkan oleh undang-undang) sanksi disamakan dengan denda dari pada pemenjaraan, dan denda itu sendiri tidak membutuhkan pengeluaran sumber daya.³⁰

Konsep tentang rasionalitas pelaku kejahatan menghendaki adanya penegakan hukum pidana yang optimal. Menurut *economic analysis of law*, penegakan yang demikian dapat dicapai melalui maksimalisasi kesejahteraan sosial (*to maximize social welfare*).³¹ Di dalam merancang suatu kebijakan termasuk kebijakan menanggulangi kejahatan melalui suatu undang-undang, pemerintah harus memperhatikan maksimalitas keuntungan yang akan diperoleh. Kesejahteraan sosial dapat ditempuh dengan memperhatikan jumlah keuntungan yang diperoleh pelaku dari melakukan perbuatan yang dilarang, dikurangi kerugian yang disebabkan oleh perbuatan itu, dan pengeluaran yang dikeluarkan dalam rangka penegakan hukum.³²

Kerugian akibat tindak pidana ini meliputi kerugian sosial yang ditimbulkan, biaya yang harus dikeluarkan oleh korban potensial untuk melakukan pencegahan agar tidak menjadi korban, dan kerugian yang secara langsung dialami oleh korban.³³ Sementara, biaya penegakan hukum pidana meliputi biaya pencegahan, pengungkapan, penangkapan, dan penjatuhan sanksi pidana.³⁴ Semua itu harus diukur dan dibandingkan dengan jumlah keuntungan yang diperoleh pelaku dari melakukan tindak pidana.

Kerugian akibat tindak pidana (setelah diuangkan) dan biaya yang harus dikeluarkan oleh pemerintah untuk menanggulangi tindak pidana

³⁰Thomas J. Miles, *Empirical...op.cit.*, hlm 239

³¹Nuno Garoupa dan Daniel Klerman, "Optimal Law Enforcement With A Rent-Seeking Government", *American Law and Economic Review*, No. 4, 2002, hlm 116

³²*Ibid.*, hlm 117

³³Mark A. Cohen, "The Economic of Crime and Punishment: Implications for Sentencing of Economic Crime and New Technology Offences", *George Mason Law Review*, No. 9, 2000, hlm 506-507

³⁴*Ibid.*, hlm 504

itu melalui aparat penegak hukum, ternyata lebih besar dibandingkan dengan jumlah keuntungan yang diperoleh pelaku dari melakukan tindak pidana, maka optimalisasi penegakan hukum tidak akan terwujud. Oleh karena itu, yang perlu dilakukan adalah dengan menggunakan instrumen yang lain di dalam mencegah tindak pidana itu terjadi. Dengan kata lain, perbuatan-perbuatan yang ingin dilarang dan ternyata biaya penegakan hukumnya ketika terjadi pelanggaran lebih besar dari keuntungan yang akan diperoleh, seyogyanya tidak perlu dilarang dan ditanggulangi dengan instrument hukum pidana. Pemerintah harus mampu mempertinggi kemungkinan pelaku tindak pidana untuk ditangkap, dipidana, dan dijatuhi pidana yang berat. Apabila kemungkinan ditangkap tinggi, maka penegakan hukum terhadap hal itu akan optimal karena tidak akan banyak orang yang melakukan tindak pidana karena tidak banyak biaya yang harus dikeluarkan untuk menanggulangi tindak pidana dan membiayai operasionalisasi penegakan hukumnya.

Apabila konsep kesejahteraan sosial di atas digunakan sebagai basis teoretis penentuan biaya-biaya kejahatan, maka biaya-biaya yang harus ditanggung pelaku kejahatan sebagai berikut.³⁵ *Pertama*, biaya/kerugian faktual yang dialami negara atau masyarakat. Biaya yang dialami korban ini sangat besar karena biasanya untuk kejahatan-kejahatan ekonomi apalagi bersifat lintas negara dan dilakukan secara terorganisir (*transnational organized crimes*) korban kadang justru tidak merasa menjadi korban.

Dalam konteks tindak pidana korupsi, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) mencatat bahwa sepanjang 2004-2011 kerugian negara akibat korupsi mencapai Rp. 39, 3 Triliun. Jumlah kerugian tersebut dapat dipergunakan untuk membangun 393.000 unit rumah baru, pendidikan gratis untuk 68.000.000 anak Sekolah Dasar selama setahun penuh, dan membelikan 7.900.000 unit komputer di sekolah-sekolah sebagai sarana belajar.³⁶ Data lain KPK juga menyebutkan bahwa penyelamatan potensi kerugian negara akibat pengalihan Hak Barang Milik Negara (BMN) yang dapat dicegah dari tahun 2009 hingga 2011

³⁵*Ibid.*, hlm 504; Louis Michael Seidman, "Soldiers, Martyrs, and Criminals: Utilitarian Theory and The Problem of Crime Control", *Yale Law Journal*, 1984, hlm 320

³⁶<http://nasional.news.viva.co.id/news/read/372282-busyiro--kerugian-negara-akibat-korupsi-rp39-3-triliun>, diakses tanggal 1 Oktober 2020

sebesar Rp. 2.861.206.403.256. Sedangkan penyelamatan keuangan negara dari sektor Hulu Migas dari Januari-September 2012 sebesar Rp. 152,9 triliun dan 308,5 juta dollar. Jika dirinci jumlah tersebut bisa dialokasikan untuk:

- a. Memberikan 1, 57 unit rumah sederhana gratis kepada yang membutuhkan;
- b. Memberikan 14, 3 miliar liter susu gratis kepada anak rawan gizi;
- c. Memberikan sekolah gratis kepada 271 juta anak sd selama setahun;
- d. Memberikan sekolah gratis kepada 221 juta anak smp selama setahun;
- e. Memberikan 18, 5 miliar liter beras gratis bagi penduduk yang rawan pangan;
- f. Membangun 1, 24 juta unit ruang kelas sd;
- g. Membangun 1,19 juta unit ruang kelas smp; atau
- h. Memberikan 31,4 juta unit komputer untuk sekolah-sekolah.³⁷

Kedua, biaya yang harus dikeluarkan oleh negara untuk mencegah timbulnya korban potensial. Negara tentu mengalokasikan sejumlah dana untuk mencegah agar seseorang tidak menjadi korban suatu kejahatan baik melalui iklan, kampanye, pelatihan, pendidikan bagi masyarakat, hingga penelitian.

Ketiga, biaya yang menurut perhitungan ekonomi diprediksi akan dialami masyarakat dan harus ditanggung oleh negara. Contoh yang mudah dipahami adalah kasus korupsi terkait pengadaan bawang merah. Ketika ada perusahaan yang dengan sengaja menimbunkan bawang merah dalam jumlah yang sangat banyak, persediaan bawah merah akan berkurang. Berkurangnya persediaan ini mengakibatkan tinggi harga bawang merah. Dalam konteks ini, negara mengalami kerugian karena harus mengimpor bawang merah lagi dengan biaya yang cukup besar. Biaya yang dikeluarkan masyarakat untuk membeli bawang merah juga akan bertambah. Semakin langka persediaan bawang merah di pasar, semakin tinggi harganya.

Keempat, biaya penegakan hukum yang meliputi biaya penyelidikan, biaya penyidikan, biaya penuntutan, dan biaya persidangan hingga penjatuhan dan pelaksanaan pidana. Dalam konteks tindak pidana

³⁷Abraham Samad, *Grand Design Pemberantasan Korupsi di Indonesia*, makalah pada Simposium dan Musyawarah Nasional Masyarakat Hukum Pidana dan Kriminologi (MAHUPIKI), Universitas Hasanuddin Makassar, 18-19 Maret 2013, hlm 7-9

korupsi, besaran biaya penegakan hukum ini terungkap dalam penelitian tentang Model Penjatuhan Pidana Finansial dalam Penanganan Perkara Tindak Pidana Korupsi oleh Fakultas Hukum UII bekerjasama dengan KPK sebagai berikut.³⁸

Di Polda DIY, pagu anggaran penanganan perkara korupsi untuk tahun 2012 berbeda sistemnya dengan tahun 2013. Sistem panganggaran yang digunakan pada tahun 2012 tidak didasarkan pada kasus per kasus tapi per tahun yang totalnya sebesar Rp. 497.984.000,00. Jumlah pagu anggaran tersebut digunakan untuk membiayai semua perkara korupsi yang ditangani oleh Polda DIY. Kebijakan yang ditempuh Polda DIY terkait penggunaan anggaran didasarkan pada kasus per kasus, sehingga penanganan satu perkara korupsi dengan perkara korupsi yang lain berbeda sesuai dengan tingkat kerumitannya. Total realisasi anggaran penanganan perkara korupsi pada tahun 2012 sebesar Rp. 48.621.000,00. Rincian anggaran dan realisasi per bulan dapat dilihat pada Tabel 1.

Tabel 1. Pagu Anggaran Penanganan Perkara Korupsi dan Realisasi Penggunaannya di Polda DIY tahun 2012

ANGGARAN TAHUN 2012			
NO	BULAN	ANGGARAN/ PAGU	REALISASI
1	JANUARI	Rp. 51.000.000	-
2	FEBRUARI	Rp. 51.000.000	Rp. 3.900.000
3	MARET	Rp. 51.000.000	Rp. 6.500.000
4	APRIL	Rp. 28.046.000	Rp. 4.800.000
5	MEI	Rp. 28.046.000	-
6	JUNI	Rp. 28.046.000	Rp. 3.900.000
7	JULI	Rp. 28.046.000	Rp. 7.800.000
8	AGUSTUS	Rp. 52.000.000	Rp. 6.721.000
9	SEPTEMBER	Rp. 52.000.000	-
10	OKTOBER	Rp. 52.000.000	-
11	NOVEMBER	Rp. 38.400.000	Rp. 15.000.000
12	DESEMBER	Rp. 38.400.000	-

³⁸Tim Peneliti FH UII, *Model Penjatuhan Pidana Finansial dalam Penanganan Perkara Tindak Pidana Korupsi*, Hasil Penelitian, Fakultas Hukum UII-KPK, Yogyakarta, 2013, hlm 7-11

Berdasarkan tabel di atas, setiap perkara korupsi yang ditangani oleh Polda DIY tidak sama, bergantung kepada kerumitan untuk mencari dan mengumpulkan alat buktinya. Tabel tersebut juga menunjukkan bahwa pagu anggaran dalam penanganan perkara korupsi lebih besar dari realisasi penggunaannya karena tidak banyak perkara korupsi yang ditangani, bahkan tidak setiap bulan ada.

Untuk tahun 2013, kebijakan yang ditempuh pemerintah bersama DPR terkait pagu anggaran penanganan perkara korupsi tidak total per tahun, akan tetapi setiap perkara korupsi dianggarkan Rp. 208.000.000,00. Oleh karena itu, kebijakan yang tempuh oleh Polda DIY Tahun 2013 terkait pagu anggaran tersebut adalah dengan menetapkan anggaran penanganan perkara korupsi sebesar Rp. 208.000.000,00 untuk setiap kasus. Kebijakan ini diikuti oleh keharusan untuk menyelesaikan perkara korupsi minimal 5 (lima) perkara korupsi dalam setahun. Sedangkan untuk perkara korupsi yang ditangani Polres, Polda DIY menetapkan anggaran penanganan perkara korupsi sebesar Rp. 208.000.000,00 yang digunakan untuk menangani semua perkara korupsi dalam setahun, misalnya jika dalam setahun Polres Sleman menangani 7 (tujuh) perkara korupsi, maka anggarannya diambil dari 208.000.000,00 tersebut. Namun demikian, Polda DIY mengeluarkan kebijakan bahwa setiap Polres harus menyelesaikan penanganan perkara korupsi dalam setahun minimal 1 perkara.

Tahun 2013, Polda DIY (Reskrimsus Tipikor Polda DIY) telah menangani 13 (tiga belas) perkara korupsi yang masih dalam tahap penyelidikan dan 7 (tujuh) perkara korupsi yang sudah masuk tahap penyidikan. Dari 7 (tujuh) perkara yang sudah masuk tahap penyidikan tersebut, 6 (enam) perkara masih dalam tahap penyidikan dan 1 (satu) perkara sudah dilimpahkan ke Kajati (P21). Dalam praktiknya, realisasi penggunaan pagu anggaran penanganan 7 (tujuh) perkara korupsi di Polda DIY tersebut jauh lebih kecil jumlahnya dibandingkan dengan pagu anggaran yang telah ditetapkan. Total realisasi anggaran penanganan perkara korupsi di Polda DIY sebesar Rp. 601.235.121,00 dengan rincian sebagaimana tersaji pada Tabel 2.

Tabel 2. Pagu Anggaran Penanganan Perkara Korupsi dan Realisasi Penggunaannya di Polda DIY tahun 2013

ANGGARAN TAHUN 2013			
NO	BULAN	ANGGARAN/PAGU	REALISASI
1	JANUARI	Rp. 208.000.000	-
2	FEBRUARI	Rp. 208.000.000	-
3	MARET	Rp. 208.000.000	Rp. 17.591.500
4	APRIL	Rp. 208.000.000	Rp. 34.968.871
5	MEI	Rp. 208.000.000	Rp. 26.156.750
6	JUNI	Rp. 208.000.000	-
7	JULI	Rp. 208.000.000	Rp. 50.333.000
8	AGUSTUS	Rp. 208.000.000	Rp. 188.225.000
9	SEPTEMBER	Rp. 208.000.000	Rp. 132.000.000
10	OKTOBER	Rp. 208.000.000	Rp. 151.960.000
11	NOVEMBER	Rp. 208.000.000	Belum berjalan
12	DESEMBER	Rp. 208.000.000	Belum berjalan

Pagu anggaran Tahun 2013 yang disediakan Kejaksaan Tinggi (Kejati) Yogyakarta untuk menangani setiap perkara tindak pidana korupsi sebesar Rp. 192.210.000,00 dengan rincian Rp. 50.000.000,00 untuk penyelidikan, Rp. 100.000.000,00 untuk penyidikan, Rp. 8.000.000,00 untuk pra penuntutan, dan Rp. 34.210.000,00 untuk penuntutan. Pagu anggaran tersebut belum termasuk biaya eksekusi sebesar Rp. 50.000.000 dari masing masing perkara. Pagu anggaran dikeluarkan berdasarkan kebutuhan pada setiap tahunnya, karena sistem yang diterapkan adalah *at cost*. Namun demikian, Kejati DIY hanya diberikan pagu anggaran oleh Kejagung untuk menangani 5 (lima) perkara korupsi saja dalam setahun. Dengan kata lain, dalam setahun Kejati DIY hanya diberikan anggaran untuk menangani perkara korupsi sebesar Rp. 961.050.000,00. Dalam praktiknya, anggaran tersebut digunakan untuk menangani perkara korupsi yang jumlahnya lebih dari 5 (lima) perkara.

Pagu anggaran tahun 2013 dari bulan Januari-Oktober 2013, beserta realisasinya adalah sebagai berikut:

- a. Anggaran penanganan/penyelesaian penyelidikan dan penyidikan perkara tipikor untuk 5 (lima) kasus sebesar Rp. 750.000.000,00. Sedangkan realisasinya sebesar Rp. 297.910.000,00. Dengan demikian masih sisa Rp. 452.090.000,00.
- b. Anggaran penanganan/penyelesaian Pra-penuntutan dan penuntutan perkara tipikor untuk 6 (enam) kasus sebesar Rp. 297.910.000,00. Sedangkan realisasinya sebesar Rp. 63.180.000,00. Dengan demikian masih sisa Rp. 193.320.000,00.
- c. Anggaran pelaksanaan upaya hukum, eksekusi dan eksaminasi perkara tipikor untuk 6 (enam) kasus sebesar Rp. 300.000.000,00. Sedangkan realisasinya sebesar Rp. 30.900.000,00. Dengan demikian masih sisa Rp. 269.100.000,00.

Di Pengadilan Tindak Pidana Korupsi Yogyakarta, untuk tahun 2012, pagu anggaran penanganan perkara korupsi sebesar Rp. 106.500.000,00 dengan rincian Rp. 9.000.000,00 untuk biaya penyelesaian perkara dan Rp. 97.500.000,00 untuk operasional persidangan. Biaya penyelesaian perkara digunakan untuk penyediaan ATK/Dokumen, sedangkan biaya operasional persidangan digunakan untuk operasional hakim dan panitera. Secara lebih rinci, dukungan operasional persidangan untuk hakim sebesar Rp. 150.000,00 untuk satu perkara dengan ketentuan 3 (tiga) kali sidang. Jadi jika satu perkara terdiri lebih dari 3 (tiga) kali sidang, maka anggarannya lebih dari Rp.150.000,00. Sedangkan dukungan operasional persidangan untuk panitera sebesar Rp. 75.000,00 untuk satu perkara dalam 3 (tiga) kali sidang. Biaya atau anggaran untuk setiap kasus korupsi kurang lebih minimal Rp. 300.000,00 dan maksimal adalah Rp. 1.000.000,00. Realisasi penggunaan anggaran tahun 2012 sebesar Rp. 89.700.000,00 dengan jumlah perkara sebanyak 26 kasus.

2. Jenis dan Motif Tindak Pidana

Konsep bahwa pelaku kejahatan adalah makhluk rasional yang menimbang antara biaya yang dikeluarkan dan keuntungan yang diperoleh saat melakukan suatu kejahatan berimplikasi pada keterbatasan ruang lingkup *economic analysis of law*. Prinsip-prinsip dalam *economic analysis of law* hanya dapat digunakan untuk kejahatan-kejahatan ekonomi dimana motif pelakunya adalah untuk mendatangkan keuntungan

ekonomi. Prinsip tersebut tidak cocok digunakan untuk kejahatan-kejahatan jalanan (*street crimes*) seperti pembunuhan, penganiayaan, perkosaan, dan pencemaran nama baik.

Kejahatan-kejahatan ekonomi bisa terkait dengan *white collar crimes*, *corporate crime* dan *transnational organized crimes*. Bentuk-bentuk kejahatan ekonomi antara lain tindak pidana korupsi, narkoba, perdagangan orang, perpajakan, pencucian uang, pembalakan liar, pasar modal, perbankan, perkebunan, dan pertambangan.

White collar crime (kejahatan kerah putih) pertama kali dikemukakan oleh Edwin Sutherland, seorang ahli yang berpengaruh dalam ilmu kejahatan atau kriminologi Amerika Serikat. Pada waktu itu istilah *white collar crime* telah digunakan dalam ilmu sosial pada berbagai kesempatan. Sutherland dan beberapa ahli sosiologi lainnya berpendapat bahwa kejahatan kerah putih bukanlah sebuah tindak kejahatan sebagaimana istilah-istilah yang digunakan dalam hukum.³⁹

Menurut Ellen S Podgor sebelum *white collar crime* digunakan sebagai istilah untuk menyebut kejahatan kerah putih, sebenarnya digunakan istilah *elite deviance* atau penyimpangan yang dilakukan oleh kaum-kaum elit. Sutherland dalam bukunya yang berjudul *white collar crime* menyatakan pandangannya bahwa kejahatan kerah putih ini termasuk kegiatan kriminal, yaitu sebagai kejahatan yang dilakukan seseorang yang memiliki kehormatan dan status sosial yang tinggi dalam menjalankan jabatannya. Sutherland juga mengkonsentrasikan pada pelaku dan kelas atau status sosial dari pelaku kejahatan, sebagai pertentang atau lawan dari pengaruh pelaku kriminal.⁴⁰

Definisi Sutherland itu berhubungan dengan kejahatan yang dilakukan karena jabatan atau kekuasaan. Namun tidak semua kejahatan yang berhubungan dengan jabatan disebut sebagai kejahatan kerah putih. M.I. Dixon memberi contoh jika seorang pengepak mencuri dalam jumlah kecil barang dari majikannya, maka ia tidak termasuk dalam kejahatan kerah putih yang disebutkan oleh Sutherland. perbuatan

³⁹Sutherland, "Is "White Collar Crime" Crime?" *American Sociological Review*, Vol. 10, 1945, hlm 132

⁴⁰Ellen S Podgor, "Corporate and White Collar Crime: Simplifying The Ambiguous", *American Criminal Law Review*, Vol. 31, 1994, hlm 393; Ellen S. Podgor, "The Challenge of White Collar Sentencing", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 97, 2007, hlm 735

pencuri itu tidak dapat dikategorikan sebagai elemen dari status sosial yang tinggi.⁴¹

Menurut H. Croall, kejahatan kerah putih memiliki ciri-ciri sebagai berikut:⁴²

- a. Tidak mudah terlihat;
- b. Kompleks;
- c. Penyebaran tanggung jawab;
- d. Penyebaran adanya penipuan;
- e. Kesulitan untuk mendeteksi dan menuntut pelaku;
- f. Lemahnya sanksi hukum;
- g. Hukum yang ambigu; dan
- h. Status pelaku kejahatan yang ambigu.

J. Kelly Strader mengatakan bahwa karakteristik kejahatan kerah putih ada tiga.⁴³ *Pertama*, status sosial/profesionalitas. Sutherland menulis, bahwa kejahatan kerah putih ini didefinisikan sebagai kejahatan yang dilakukan oleh seseorang yang memiliki tanggung jawab yang besar dan status sosial yang tinggi dalam menjalankan jabatannya. Di samping itu, kejahatan kerah putih juga dilakukan oleh orang-orang yang tidak memiliki jabatan atau status sosial yang tinggi dalam perusahaan. Pengadilan-pengadilan sebelumnya menemukan bahwa terdakwa kejahatan kerah putih dilakukan oleh seorang karyawan yang meninggalkan (*mark up*) hasil perusahaannya, terutama yang terkait dengan kegiatan ekonomi seperti pajak, keuntungan perusahaan, keuntungan pemerintah, pengeluaran dan keuangan bank.

Kedua, sifat dari tingkah laku kejahatan kerah putih. Beberapa pakar kriminologi mendefinisikan kejahatan kerah putih tidak sebagai istilah yang ditujukan kepada pelaku yang memiliki status sosial-ekonomi yang tinggi, tetapi istilah ini digunakan sebagai sifat dari perubahan pelakunya. Tahun 1981, *US Department of Justice* mendefinisikan, bahwa sebagai kejahatan untuk mendapatkan keuntungan keuangan dengan cara menipu orang yang memiliki status jabatan sebagai

⁴¹M.I. Dixon, "The Re-Defining of White Collar Crime", *Dickinson Journal of International Law*, Vol.13, 1995, hlm. 564

⁴²*Ibid.*, hlm 565

⁴³J. Kelly Strader, "The Judicial Politics of White Colar Crime", *Hasting College of The Law*, Vol. 50, 1999, hlm 1205-1210

pengusaha, professional atau non-profesional dan memanfaatkan keahlian jabatannya itu, dan juga kejahatan yang dilakukan dengan tujuan untuk memperoleh keuntungan dengan cara menipu dan menjanjikan seseorang yang memiliki keahlian khusus dan pengetahuan yang professional untuk menjalankan bisnis dan pemerintahan, terlepas dari jabatan orang tersebut.

Ketiga, kepentingan yang praktis. Mungkin penggunaan istilah kejahatan kerah putih dapat diambil dari kenyataan yang digambarkan oleh penuntut umum dalam praktik peradilan. Pelaku kejahatan kerah putih biasanya tidak bertujuan untuk mengancam atau memaksa korban secara fisik, tetapi lebih ditujukan pada kekayaan korban. Kejahatan ini juga termasuk dalam kejahatan yang dikategorikan sebagai kejahatan yang terorganisir (*organized crime*). Akhirnya kejahatan kerah putih berkaitan dengan pelanggaran terhadap larangan aturan hukum tertentu dalam kebijakan yang terkait dengan imigrasi, hak asasi manusia dan keamanan nasional, serta kejahatan pencurian pada umumnya.

Kejahatan korporasi (*corporate crime*) merupakan kejahatan yang dilakukan oleh pengurus korporasi untuk kepentingan korporasi atau tindak pidana yang dilakukan oleh korporasi itu sendiri (*offences committed by corporate officials for their corporation or the offences of the corporation itself*).⁴⁴ Kekhasan dari kejahatan korporasi adalah bahwa ia dilakukan oleh korporasi atau agen-agensya (manager, karyawan, ataupun pemilik) terhadap anggota masyarakat, lingkungan, kreditur, investor ataupun terhadap para saingan-saingannya. Kerugian yang ditimbulkan kejahatan korporasi lebih besar dibandingkan dengan kerugian dalam kejahatan individual.⁴⁵

Berdasarkan studi empiris fokus utama kejahatan korporasi adalah pada sektor produksi, di mana tujuan utama pelaku adalah untuk memaksimalkan keuntungan korporasi dan atau mengurangi biaya-biaya produksi. Contoh yang lazim terjadi dalam dunia bisnis adalah penipuan oleh suatu korporasi. Secara tradisional, penipuan ini seringkali dilakukan oleh pihak manajemen korporasi sebagai bagian

⁴⁴David O. Freidrichs, *Trusted Criminals White Collar Crime in Contemporary Society*, Wadsworth, USA, 2010, hlm 7

⁴⁵Mahrus Ali dan Aji Pramono, *Perdagangan Orang Dimensi, Instrumen Internasional dan Pengaturannya di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011

dari kebijakan korporasi, ia tidak dilakukan oleh individu-individu yang terpisah dari korporasi di mana individu tersebut bekerja.⁴⁶

Dalam *common law system* pada awalnya korporasi tidak dapat dimintai pertanggungjawaban atas kejahatan yang dilakukan, karena korporasi tidak memiliki pikiran dan tidak memiliki hati yang bisa menentukan perasaan bersalah sebagaimana manusia yang harus dimintai pertanggungjawaban dalam suatu kejahatan.⁴⁷ Namun demikian, ini tidak dapat menghalangi adanya suatu predikat kejahatan, tetapi kejahatan itu harus dilakukan oleh orang atau anggota dari korporasi tersebut yang terlibat secara langsung maupun secara tidak langsung. Pertanggungjawaban korporasi ini muncul dalam beberapa tahap. Awalnya, kejahatan akibat kelalaian yang dibawa pelaku sebagai pertanggungjawaban pidana juga terjadi pada korporasi. Ini merupakan pertanggungjawaban pidana yang sempurna. Tindakan yang disebabkan kelalaian ini, bagaimanapun juga, memerlukan kewajiban untuk mempertanggungjawabannya. Perluasan pertanggungjawaban korporasi menjadi pertanggungjawaban pidana yang sempurna ini meliputi tindakan karena kelalaian dan menjadi premis dasar yang tidak dapat dihukum sebagai tindak pidana dengan maksud bahwa korporasi tidak cakap dalam melakukan kejahatan. Dengan demikian, perlu adanya suatu aturan yang menghukum korporasi dipertimbangkan legitimasinya.⁴⁸

Kejahatan korporasi (*corporate crime*) berbeda dengan *crime against corporation* dan *criminal corporation*. Konsep *crime against corporation*, biasa disebut dengan kejahatan jabatan atau kejahatan terhadap korporasi, merupakan kejahatan di mana pelaku kejahatan tersebut melakukan kejahatan yang ditujukan kepada korporasi, seperti penyalahgunaan kekuasaan yang dimiliki seorang karyawan suatu korporasi.⁴⁹ Kejahatan terhadap korporasi (*crimes against corporation*), juga sering dinamakan dengan *employee crimes*, merupakan kejahatan yang dilakukan oleh para karyawan atau pekerja terhadap korporasi. Misalnya penggelapan dana perusahaan oleh pejabat atau karyawan

⁴⁶*Ibid.*, hlm 300

⁴⁷Ellen S Podgor, *Corporate...op.cit.*, hlm 394; John Hasnas, "Ethics and the Problem of White Collar Crime", *American University Law Review*, Vol. 54, 2005, hlm 595

⁴⁸*Ibid*

⁴⁹H.G. Van de Bunt "Corporate Crime" *Journal of Financial Crime*, 1994, hlm 12

perusahaan tersebut. Pelaku kejahatan ini tak hanya terbatas pada karyawan dari badan hukum atau korporasi yang bersangkutan, tapi juga masyarakat secara luas bisa menjadi pelaku kejahatan terhadap korporasi jenis ini.⁵⁰ Sedangkan *criminal corporation* merupakan padanan lain dari kejahatan sindikat. Ia diartikan sebagai korporasi yang sengaja dibentuk dan dikendalikan untuk melakukan kejahatan. Kedudukan korporasi dalam *criminal corporation* hanyalah sebagai sarana melakukan kejahatan; sebagai “topeng” untuk menyembunyikan wajah asli dari suatu kejahatan.

Ciri-ciri kejahatan korporasi sebagai berikut:⁵¹

- a. Kejahatan tersebut sulit dilihat (*low visibility*), karena biasanya tertutup oleh kegiatan pekerjaan yang normal dan rutin, melibatkan keahlian profesional dan sistem organisasi yang kompleks;
- b. Kejahatan tersebut sangat kompleks (*complexity*) karena selalu berkaitan dengan kebohongan, penipuan dan pencurian serta seringkali berkaitan dengan sebuah yang ilmiah, teknologis, finansial, legal, terorganisasikan, dan melibatkan banyak orang serta berjalan bertahun-tahun;
- c. Terjadinya penyebaran tanggung jawab (*diffusion of responsibility*) yang semakin luas akibat kompleksitas organisasi;
- d. Penyebaran korban yang sangat luas (*diffusion of victimization*) seperti polusi dan penipuan;
- e. Hambatan dalam pendeteksian dan penuntutan (*detection and prosecution*) sebagai akibat profesionalisme yang tidak seimbang antara aparat penegak hukum dengan pelaku kejahatan;
- f. Peraturan yang tidak jelas (*ambiguitas law*) yang sering menimbulkan kerugian dalam penegakan hukum; dan
- g. Sikap mendua status pelaku tindak pidana. Harus diakui bahwa pelaku kejahatan korporasi pada umumnya tidak melanggar peraturan perundang-undang, tetapi apa yang dilakukan memang merupakan perbuatan yang illegal.

⁵⁰*Ibid*, hlm 21

⁵¹Hanafi, *Perkembangan Konsep Pertanggungjawaban Pidana dan Relevansinya Bagi Usaha Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, Thesis, Program Pascasarjana, Universitas Indonesia, Jakarta, 1997, hlm 143-144

Mengenai kejahatan transnasional, Mardjono Reksodiputro menyatakan bahwa kejahatan transnasional (*transnational crimes*) dan hukum pidana internasional (*international criminal law*) adalah dua istilah dan konsep yang sudah sering kita dengar.⁵² Pengertian transnasional ini pertama kali dikemukakan oleh Phillip Jessup, seorang ahli hukum internasional terkemuka di Amerika Serikat. Romli Atmasasmita mengemukakan bahwa istilah kejahatan transnasional disebut sebagai “*transnational law*”, atau hukum transnasional. Lebih lanjut dikemukakan bahwa dalam *United Nations Convention Against Transnational Crime* (2000), istilah “transnasional” dikaitkan dengan masalah yurisdiksi suatu Negara, yang dibedakan dalam yurisdiksi yang bersifat “*mandatory*” dan “*non-mandatory*”. Yurisdiksi yang bersifat “*mandatory*” hanya diberlakukan terhadap kejahatan yang terjadi di dalam wilayah suatu Negara (*locus delicti*). Yurisdiksi “*non-mandatory*” diberlakukan untuk kejahatan yang dilakukan terhadap korban warga Negara dari Negara yang bersangkutan, kejahatan dilakukan oleh warga Negara dari Negara yang bersangkutan atau *stateless* yang bertempat tinggal di Negara yang bersangkutan, kejahatan dilakukan di luar batas wilayah Negara yang bersangkutan tetapi dipandang sebagai dilakukan di luar batas wilayah Negara yang bersangkutan tetapi dipandang sebagai dilakukan di wilayah Negara yang bersangkutan. Yurisdiksi yang diakui secara universal adalah berlandaskan asas teritorial dan asas personal.⁵³

Kejahatan transnasional menggambarkan kejahatan yang tidak hanya terjadi di internasional dan kejahatan lintas negara yang mencakup dua negara saja, tetapi juga kejahatan yang memiliki sifat harus melintasi perbatasan negara sebagai sebuah bagian dari tindak kejahatan. Berdasarkan Pasal 3 ayat (2) *United Nation Convention Against Transnational Organized Crime*, tindak pidana bersifat transnasional jika:

⁵²Mardjono Reksodiputro, “Multikulturalisme dan Negara-Nasion serta Kejahatan Transnasional dan Hukum Pidana Internasional (Pemikiran Awal dan catatan untuk Direnungkan)”, disampaikan dalam *Seminar Nasional “Pengaruh Globalisasi terhadap Hukum Pidana dan Kriminologi menghadapi Kejahatan Transnasional”*, Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (ASPEHUPIKI), Bandung, 17 Maret 2008, hlm 1

⁵³Romli Atmasasmita, “Kejahatan Transnasional dan Internasional serta Implikasi terhadap Pendidikan Hukum Pidana serta Kebijakan Hukum Pidana di Indonesia”, Makalah yang disampaikan pada *Kongres dan Seminar nasional Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi* (ASPEHUPIKI), Bandung, tanggal 16-19 Maret 2008, hlm 1

- a. Dilakukan di lebih dari satu negara;
- b. Dilakukan di satu negara namun bagian penting dari kegiatan persiapan, perencanaan, pengarahan dan kontrol terjadi di negara lain;
- c. Dilakukan di satu negara tetapi melibatkan suatu kelompok penjahat terorganisasi yang terlibat dalam kegiatan kriminal di lebih dari satu negara; atau
- d. Dilakukan di satu negara namun memiliki akibat utama di negara lain.

Berdasarkan uraian di atas, prinsip-prinsip dalam *economic analysis of law* hanya cocok digunakan dan diterapkan pada tindak pidana ekonomi di mana motif pelakunya adalah untuk mendapatkan keuntungan ekonomis. Semua jenis tindak pidana yang terkait *white collar crimes*, *corporate crimes* dan *transnational organized crimes* merupakan tindak pidana-tindak pidana ekonomi. Tujuan utama pelakunya adalah memperoleh keuntungan ekonomis.

4. PIDANA DAN PEMIDANAAN PERSPEKTIF *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

A. Konsep dan Karakteristik Pidana

Pidana hanya dapat dijatuhkan setelah pelaku, berdasarkan proses pembuktian di sidang pengadilan, terbukti melakukan perbuatan yang dilarang dan ia sendiri merupakan orang yang bersalah. Dengan konsepsi teoritis ini, maka negara hanya memiliki legitimasi untuk menjatuhkan pidana bila dua hal tersebut terbukti ada pada diri pelaku. Masalahnya, memberikan definisi pidana sendiri tidak semudah memberikan definisi prosedur penjatuhan pidana. David Garland menyebutkan bahwa banyak aspek yang perlu dipertimbangkan di dalam pengertian pidana, sehingga tidak mengherankan bila dijumpai banyak pengertian pidana yang diberikan oleh para ahli hukum.¹

Sudarto memberikan pengertian pidana sebagai penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu.² Fitzgerald mengartikan pidana sebagai penderitaan dari yang berwenang terhadap suatu pelanggaran.³ Sedangkan Roeslan Saleh mendefinisikan pidana sebagai reaksi atas delik, dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pelaku delik itu.⁴ Dalam kamus "*Black's Law Dictionary*" disebutkan bahwa *punishment* sebagai berikut:⁵

¹David Garland, *Punishment and Modern Society a Study in Social Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1990, hlm 3

²Sudarto, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm 109-110

³Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, hlm 2

⁴Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta,

⁵Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, St. Paul Minim, West Publishing CO , 1979, hlm

Any fine, or penalty or confinement inflicted upon a person by authority of the law and the judgement and sentence of a court, for some crime or offence committed by him, or for his omission of a duty enjoined by law.

Jadi, pidana adalah setiap denda atau hukuman yang dijatuhkan kepada seseorang melalui sebuah kekuasaan suatu hukum dan vonis serta putusan sebuah pengadilan bagi kejahatan atau pelanggaran yang dilakukan olehnya, atau karena kelalaiannya terhadap suatu kewajiban yang dibebankan oleh aturan hukum.

Pengertian pidana juga dikemukakan oleh Immanuel Kant, yaitu hal-hal yang tidak menyenangkan yang dijatuhkan karena dilakukannya perbuatan tercela. Tingkatan pertanggungjawaban pidana bergantung kepada tingkatan kebebasan. Semakin besar kebebasan yang dimiliki seseorang pada saat melakukan tindak pidana, semakin besar tanggung jawab pidana kepada orang itu.⁶ Menurut Kant, perbuatan yang melahirkan sanksi pidana bagi pelakunya hanyalah perbuatan yang dengannya pelaku memiliki kebebasan ketika melakukannya. Negara memiliki justifikasi untuk menjatuhkan pidana kepada pelaku bila ia memiliki kebebasan bertindak.⁷ Dengan demikian, Kant mengartikan pidana sebagai sesuatu yang tidak menyenangkan yang dijatuhkan kepada individu yang melakukan perbuatan terlarang.⁸

Nicola Lacey berpendapat bahwa pidana adalah sanksi yang dijatuhkan oleh negara tentang apa yang secara umum dipandang sebagai akibat-akibat yang tidak menyenangkan kepada individu atau kelompok yang melanggar hukum, sebagai respon atas pelanggaran tersebut, sebagai bagian dari penegakan hukum, dan respon tersebut tidak hanya dijadikan sebagai sarana untuk menyediakan kompensasi atas kerugian yang ditimbulkan pelaku.⁹ Sedangkan Muladi dan Barda Nawawi Arief dengan mengutip pendapat Burton M. Leiser menyatakan bahwa pidana adalah kerugian yang diderita oleh seseorang dalam sebuah kedudukan dari pihak yang berwenang terhadap siapa yang sudah melanggar sebuah

⁶Jeffrie G. Murphy, "Does Kant Have a Theory of Punishment", *Columbia Law Review*, April, 1987, hlm 513

⁷*Ibid.*

⁸*Ibid.*, hlm 520

⁹Donald Nicolson & Lois Bibbing, *Feminist Perspective on Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 2000, hlm 51

aturan hukum.¹⁰ Pengertian ini mensyaratkan adanya pihak yang secara khusus diberikan wewenang hukum untuk menjatuhkan kerugian (sanksi) kepada seseorang yang melakukan pelanggaran hukum.

Menurut Ted Honderich, terdapat tiga unsur penting suatu pidana.¹¹ *Pertama*, pidana harus mengandung semacam kehilangan (*deprivation*) atau kesengsaraan yang biasanya secara wajar dirumuskan sebagai sasaran dari tindakan pemidanaan. Unsur pertama ini pada dasarnya merupakan kerugian atau kejahatan yang diderita oleh subjek yang menjadi korban sebagai akibat dari tindakan sadar subjek lain. Secara aktual, tindakan subjek lain itu dianggap salah bukan saja karena mengakibatkan penderitaan bagi orang lain, tapi juga karena melawan hukum yang berlaku secara sah.

Kedua, setiap (penjatuhan) pidana harus datang dari institusi yang berwenang secara hukum pula. Jadi, pemidanaan tidak merupakan konsekuensi alamiah suatu tindakan, melainkan sebagai hasil keputusan pelaku-pelaku personil suatu lembaga yang berkuasa. Karenanya, pemidanaan bukan merupakan tindakan balas dendam dari korban terhadap pelanggar hukum yang mengakibatkan penderitaan.

Ketiga, penguasa yang berwenang berhak untuk menjatuhkan pidana hanya kepada subjek yang telah terbukti secara sengaja melanggar hukum atau peraturan yang berlaku dalam masyarakatnya. Unsur ketiga ini memang mengundang pertanyaan tentang “hukuman kolektif”, misalnya embargo ekonomi yang juga dirasakan oleh orang-orang yang tidak bersalah. Meskipun demikian, secara umum pidana dapat dirumuskan terbuka sebagai hukuman yang diberikan oleh instansi yang berwenang kepada pelanggar hukum atau peraturan.

Agar suatu sanksi dapat dikategorikan sebagai pidana, menurut Herbert L. Packer ia harus memenuhi enam karakteristik sebagai berikut:¹²

¹⁰Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori.....op.cit.*, hlm 2

¹¹Ted Honderich, “Punishment: The Supposed Justification”, dikutip oleh M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya*, Rajawali Press, 2003, hlm 70-71

¹²Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968, hlm 21 dan 31

1. *It must be involve pain or other consequences normally considered unpleasant* (pidana itu diberikan harus merupakan suatu nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan);
2. *It must be for an offense against legal rules* (pidana itu diberikan harus kepada seseorang yang telah melakukan pelanggaran terhadap peraturan);
3. *It must be imposed on an actual or supposed offender for his offense* (pidana itu dijatuhkan atas suatu perbuatan atau ditujukan kepada pelaku pelanggaran atas perbuatannya);
4. *It must be intentionally administered by human beings other than the offender* (pidana itu harus secara sengaja dijatuhkan oleh masyarakat kepada pelaku);
5. *It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offense is committed* (pidana itu dijatuhkan dan dilaksanakn oleh kekuasaan yang berwenang oleh hukum);
6. *It must be imposed for the dominant purpose of preventing offenses against legal rules or of exacting retribution from offenders, or both* (tujuan utama dijatuhkan pidana adalah untuk mencegah pelanggaran terhadap aturan-aturan hukum atau membalas tindakan pelaku, atau keduanya).

B. Teori-Teori Pidanaan

Menurut *economic analysis of law*, agar secara efektif mampu mencegah pelaku melakukan tindak pidana, sanksi pidana harus disusun sebagai berikut: biaya yang dikeluarkan pelaku dari melakukan suatu tindak pidana harus lebih besar dari keuntungan yang diperoleh.¹³ Ini artinya, ancaman sanksi pidana harus lebih berat dari seriusitas kejahatan.¹⁴ Jika ancaman sanksi pidana cukup berat, setiap pelaku kejahatan akan menghindari dari kemungkinan ditangkap, dan hal ini akan mengurangi tingkat kejahatan. Dengan kata lain, kejahatan dapat dikurangi melalui peningkatan

¹³Michael D. Cicchini, "An Economic Perspective on the Exclusionary Rule and Deterrence", *Missouri Law Review*, 2010, hlm 466

¹⁴William J. Barnes Jr, "Revenge on Utilitarianism: Renouncing a Comprehensive Economic Theory of Crime and Punishment", *Indiana Law Journal*, 1999, hlm 630-631

kemungkinan ditangkap dan beratnya ancaman sanksi pidana.¹⁵

Konsep bahwa sanksi pidana harus lebih berat dari seriusitas tindak pidana berimplikasi pada keharusan untuk mencari basis teoritis dalam konteks teori tujuan pidana. Pertanyaannya, di antara teori-teori tujuan pidana yang berkembang dalam khazanah teori hukum pidana, teori tujuan pidana yang mana yang sesuai dengan prinsip *economic analysis of law* bahwa sanksi pidana harus lebih berat dari seriusitas tindak pidana? Jawaban atas pertanyaan ini mengharuskan untuk mengeksplorasi esensi tiap-tiap teori pidana dan mengkaitkannya dengan prinsip tersebut. Teori-teori tujuan pidana yang berkembang meliputi teori retribusi, teori inkapasitasi, teori rehabilitas dan teori penangkalan.

Ide retribusi yang paling awal menggunakan konsep pembalasan pribadi (*private revenge*), di mana korban atau keluarganya melakukan pembalasan yang sama kepada pelaku atau keluarganya atas kerugian yang diderita oleh korban atau keluarganya. Permulaan subyektif teori ini menggunakan pembalasan mata untuk mata dan gigi untuk gigi.¹⁶ Pada perkembangan berikutnya, pembalasan pribadi berubah menjadi pembalasan masyarakat (*social revenge*), dan berubah lagi menjadi pembalasan yang dilakukan oleh negara (*state revenge*). Artinya, hanya negara yang memiliki hak untuk membalas perbuatan pelaku dengan cara menjatuhkan pidana kepadanya. Meskipun yang menjadi korban adalah individu, hanya negara yang memiliki tanggung jawab untuk memidana pelaku.

Menurut L. Waller & C.R Williams, suatu kejahatan yang dari sifat dasarnya jahat membenarkan penjatuhan pidana tertentu kepada pelakunya. Tidak sedikit dari ahli filsafat etika yang mendukung teori retribusi, kadang-kadang mendasarkan pada basis mistis. Hegel menyatakan bahwa kejahatan merupakan suatu negasi, dan pidana adalah negasi terhadap negasi tersebut.¹⁷

¹⁵Steven Shavell, "A Simple Model of Optimal Deterrence and Incapacitation", *International Review of Law & Economic*, 2015, hlm 14

¹⁶Salman Luthan, *Kebijakan...op.cit.*, hlm 153

¹⁷L. Waller & C.R Williams, *Criminal Law Texts and Cases*, Butter Worlds, Australia, 2005, hlm 16

Teori retribusi memandang bahwa tujuan utama penjatuhan pidana adalah semata-mata membalas tindak pidana yang dilakukan pelaku.¹⁸ Pembalasan dalam konteks teori ini berbeda dengan balas dendam. Briat D. Skaret menyatakan bahwa teori retribusi bukan merupakan suatu pembalasan. Teori ini tidak dimaksudkan untuk menyakiti atau menimbulkan kerugian, tapi membatasi kehendak pelaku kejahatan atas nama masyarakat karena tindakan pelaku bertentangan dengan kebaikan umum. Pidana tidak dijatuhkan kepada pelaku sebagai akibat dari kerugian yang dialami keluarga korban. Keluarga korban yang menghadiri penjatuhan pidana akan jarang terpuaskan perasaan balas dendam mereka. Penyebabnya adalah karena pidana dijatuhkan itu tidak dimaksudkan untuk menyakiti dan tidak pula sebagai respon atas kerugian yang dialami korban.¹⁹

Nozick dan Dan Markel mengemukakan 9 (sembilan) karakteristik pembeda antara teori retribusi dengan balas dendam, yaitu:

1. Retribusi memutus lingkaran kekerasan, sedangkan balas dendam melanjutkannya;
2. Retribusi membatasi pidana sehingga ia disesuaikan (proporsional) dengan perbuatan pelanggar hukum, sedangkan balas dendam tidak membatasinya;
3. Pidana dalam teori retribusi secara indenpenden dilaksanakan oleh negara, sedangkan sanksi dalam balas dendam seringkali bersifat personal;
4. Penganut teori retribusi mencari penerapan hukum yang sama, sedangkan dalam balas dendam tidak ada generalisasi yang ditujukan kepada kepentingan penuntut balas;
5. Penjatuhan pidana menurut teori retribusi bersifat tenang dan tidak emosional, sedangkan dalam balas dendam, pidana memiliki suasana emosi khusus berupa kesenangan ketika menderitakan orang lain.²⁰
6. Dalam retribusi, pidana dijatuhkan secara langsung kepada pelaku, bukan kepada anaknya atau orang tuanya, sedangkan dalam balas

¹⁸*Ibid*

¹⁹Brian D. Skaret, a Victim's Right to View: a Distortion of the Retributivist Theory of Punishment" *Journal of Legislation*, 2002, hlm 357

²⁰Dan Markel, "Executing Retributivism: Panetti and the the Future of the Eighth Amendment" *Northwestern University Law Review*, 2009, hlm 1191

- dendam sasaran pidana tidak hanya kepada pelaku, tapi mungkin kepada keluarga atau kerabatnya;
7. Fokus teori retribusi tidak pada upaya menjadikan pelaku mengalami penderitaan umum, tapi lebih pada penggunaan kekuasaan negara untuk memaksa pelaku sehingga ide-ide tertentu bisa diterapkan melalui paksaan tersebut;
 8. Penganut teori retribusi menekankan kepada otonomi moral dan kehormatan pelaku, sedangkan balas dendam tidak menaruh perhatian pada hal-hal tersebut;
 9. Teori retribusi mensyaratkan bahwa pidana yang dijatuhkan kepada pelaku memberikan kesempatan kepadanya untuk menginternalisasikan “perasaan adil” yang akan membuatnya hormat kepada norma-norma pertanggungjawaban moral, persamaan kebebasan di hadapan hukum, dan pembelaan diri yang demokratis, sedangkan balas dendam tidak mensyaratkan hal-hal tersebut.²¹

Karl O. Christiansen mengidentifikasi lima ciri pokok teori retribusi, yakni:²²

1. Tujuan pidana hanyalah sebagai pembalasan;
2. Pembalasan adalah tujuan utama dan di dalamnya tidak mengandung sarana untuk tujuan lain seperti kesejahteraan masyarakat;
3. Kesalahan moral sebagai satu-satunya syarat pemidanaan;
4. Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan si pelaku;
5. Pidana melihat ke belakang, ia sebagai pencelaan yang murni dan bertujuan tidak untuk memperbaiki, mendidik dan meresosialisasi si pelaku.

Dewasa ini retribusi termanifestasikan ke dalam prinsip proporsionalitas pemidanaan, yaitu proporsionalitas antara tindak pidana dan kesalahan pelaku dan beratnya ancaman sanksi pidana.²³ Dalam konteks ancaman sanksi pidana, teori proporsionalitas menghendaki agar sanksi pidana sepadan dengan seriusitas tindak pidana. Pemikiran

²¹Dan Markel, “Retributive Damages: A Theory Of Punitive Damages As Intermediate Sanction”, *Cornell Law Review*, 2009, hlm 270-271

²²M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana Ide Dasar Double System dan Impelementasinya*, Rajawali Press, Jakarta, 2003, hlm 35

²³John D. Castiglione, “Qualitative and Quantitative Proportionality A Specific Critique of A Retributivist”, *Ohio State Law Journal*, 2010, hlm 88

yang demikian jelas tidak sesuai dengan prinsip *economic analysis of law* yang menghendaki agar sanksi pidana lebih berat dari seriusitas tindak pidana.

Inkapasitasi diartikan sebagai tindakan menjadikan seseorang tidak mampu untuk melakukan kejahatan. Jika seorang pelaku kejahatan dimasukkan dalam penjara karena melakukan suatu tindak pidana, berarti masyarakat dilindungi dari tindak pidana berikutnya yang mungkin dilakukan oleh sang pelaku untuk jangka waktu selama dia berada di penjara.²⁴ Awalnya, teori ini mengambil bentuk kepada aspek pengibirian. Tangan pencuri dipotong untuk mencegah pencurian lebih lanjut dan pelaku kejahatan seksual dikebiri supaya tidak melakukan kejahatan seksual lagi.²⁵ Pengebirian sebagai alternatif penjara tidak dipraktekkan lagi. Dewasa ini inkapasitasi mengambil bentuk penahanan atau pemenjaraan atau bui karena secara teoritik pelaku tidak mungkin menggerogoti masyarakat.²⁶

Teori inkapasitasi menggunakan pidana penjara untuk memindahkan pelaku kejahatan agar masyarakat terlindungi dari bahaya yang ditimbulkan. Teori ini disebut juga dengan istilah 'isolasi', 'pemisahan', 'pembatasan', dan 'kurungan'. Teori inkapasitasi/pelumpuhan juga serupa dengan teori pencegahan, walaupun pencegahan dalam teori inkapasitasi lebih sempit maknanya dibandingkan dengan teori pencegahan, karena hanya mengarah pada pencegahan khusus (*specific deterrence*).²⁷

Namun demikian, walaupun teori inkapasitasi serupa dengan teori pencegahan dalam konteks pencegahan khusus, teori inkapasitasi memiliki perbedaan, antara lain pada bentuk sanksi pidana yang lebih fokus pada penggunaan pidana penjara khususnya pidana penjara seumur hidup. Pidana penjara seumur hidup atau selama waktu tertentu dimaksudkan agar masyarakat terlindungi ketika pelaku berada di lembaga pasyarakatan. Hal ini karena teori inkapasitasi bertujuan melindungi masyarakat secara luas dari kejahatan yang dilakukan pelaku

²⁴Salman Luthan, *Kebijakan...op.cit.*, hlm 174

²⁵Arthur W. Campbell, *Law of Sentencing*, online book at westlaw journal, 2010, hlm 1

²⁶Salman Luthan, *op.cit.*, hlm 174-175

²⁷Michele Cotton, "Back With a Vengeance: The Resilience of Retribution as an articulated Purpose of Criminal Punishment", *American Criminal Law Review*, 2000, hlm 1316

kejahatan.²⁸ Pidana penjara seumur hidup adalah salah satu bentuk pidana yang secara khusus digunakan dalam banyak kasus dengan tujuan inkapabilitas/pelumpuhan.²⁹

Dalam kaitannya dengan prinsip *economic analysis of law*, pidana penjara seumur hidup atau selama waktu tertentu membutuhkan biaya yang sangat besar. Biaya ini terkait pembangunan gedung penjara (lembaga pemasyarakatan), pemeliharannya, gaji karyawan, dan biaya-biaya untuk kebutuhan sehari-hari narapidana. Sanksi pidana yang diancamkan kepada pelakunya juga tidak memiliki pola yang tetap; ada kalangan lebih berat dari seriusitas tindak pidana dan kadang justru lebih ringan. Hal yang dipentingkan oleh teori inkapabilitas adalah perlindungan masyarakat dari berbahayanya pelaku melalui penempatan di lembaga pemasyarakatan seumur hidup atau selama waktu tertentu.

Teori rehabilitasi seringkali disebut dengan istilah reparasi (*reparation*). Asumsi mendasar teori ini adalah bahwa para penjahat merupakan orang sakit yang memerlukan pengobatan. Seperti dokter yang menuliskan resep obat, penghukum (hakim) harus memberikan hukuman yang diprediksikan paling efektif untuk membuat para penjahat menjadi orang baik kembali. Hukuman dijatuhkan harus cocok dengan kondisi penjahat, bukan dengan sifat kejahatan. Hal ini berarti bahwa pembedaan mengacu kepada individualisasi pidana.³⁰

Menurut Barbara A. Hudson, tujuan teori rehabilitasi adalah untuk reintegrasi pelaku kejahatan kepada masyarakat setelah menjalani pidana, dan untuk menformulasikan substansi pidana agar mencapai tujuan tersebut.³¹ Teori rehabilitasi memusatkan perhatian kepada rehabilitasi pelaku kejahatan. Melalui perlakuan yang tepat dan program-program pembinaan yang baik, seorang penjahat diharapkan dapat berubah menjadi warga masyarakat yang baik sehingga upaya untuk mengurangi kejahatan tercapai dan penjahat dapat berintegrasi kembali dengan masyarakat. Teori ini muncul sebagai reaksi terhadap praktik-

²⁸Bernadette McSherry dan Bronwyn Naylor, *Australian Criminal Law Critical Perspective*, Oxford University Press, UK, 2004, hlm 18

²⁹Michael Cavadino & James Dignan, *The Penal System an Introduction*, Third Edition, SAGE Publications, London, 2002, hlm 39

³⁰Salman Luthan, *op.cit.*, hlm 178

³¹Barbara A. Hudson, *Understanding Justice an Introduction to Ideas Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, Open University Press, Philadelphia, 1996, hlm 26

praktik pemidanaan yang kejam terhadap para terpidana di berbagai negara. Dengan demikian, teori rehabilitasi merupakan antitesis dari teori retribusi yang menganggap penjahat patut menerima ganjaran hukuman karena melanggar ketentuan pidana³².

Dewasa ini, teori rehabilitasi mengalami perubahan yang radikal. Terbukti dari penelitian, kajian dan pengalaman praktik yang dilakukan ahli yang menunjukkan bahwa manajemen dan program yang baik dapat mengurangi kemungkinan pelaku mengulangi lagi kejahatannya. Program yang secara luas diterima antara lain berupa pelatihan bagi pelaku yang kecanduan obat terlarang, program keterampilan kognitif, pelatihan bagi pelaku kejahatan seksual dan berbagai program keterampilan lainnya, dan program-program ternyata terbukti mampu mengurangi pelaku mengulangi lagi kejahatannya. Namun demikian, temuan-temuan positif tersebut tidak kemudian dimaknai bahwa program yang mampu mengurangi pelaku melakukan lagi kejahatannya dapat dengan mudah dicapai. Artinya, hasil tersebut tidak secara otomatis dijadikan sebagai program baru yang secara resmi digunakan negara untuk mengurangi tingkat kejahatan.³³

Agar program rehabilitasi mampu mengurangi tingkat kejahatan, kebijakan pemidanaan tidak boleh rigid karena akan menjadi penghalang upaya pencegahan pelaku kejahatan melalui rehabilitasi. Khusus bagi pelaku yang kecanduan obat terlarang dan program-program perawatan yang lain, program tersebut harus diarahkan pada karakteristik dan kebutuhan pelaku kejahatan dan program ini jelas membutuhkan individualisasi pidana.³⁴ Bila pelaku kejahatan hendak dijatuhkan sanksi pidana, hendaknya sanksi pidana tersebut disesuaikan dengan kondisi pelaku dan karakteristik kejahatan yang dilakukannya.

Dalam kaitannya dengan ancaman sanksi pidana, teori rehabilitasi menghendaki agar sanksi pidana yang diancamkan lebih ringan dari seriusitas tindak pidana. Ringannya ancaman sanksi pidana disebabkan pandangan bahwa penjahat adalah orang yang sakit sehingga perlu diobati agar dapat kembali lagi menjadi orang yang baik ke masyarakat. Dengan demikian, teori rehabilitas tidak sesuai dengan prinsip *economic*

³²Salman Luthan, *op.cit.*, hlm 179

³³Michael Tonry, "Purposes and Functions of Sentencing", *Crime and Justice*, 2006, hlm 33

³⁴*Ibid.*, hlm 34

analysis of law bahwa ancaman sanksi pidana harus lebih berat dari seriusitas tindak pidana.

Terakhir adalah teori pencegahan/penangkalan. Menurut teori ini, memidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat.³⁵ Teori ini juga bermakna bahwa pidana dijatuhkan bertujuan untuk mencegah pelaku mengulangi lagi kejahatannya di kemudian hari dan mencegah orang lain (pelaku potensial) melakukan kejahatan yang sama. Michele Cotton menyatakan bahwa teori pencegahan menjadikan ancaman sanksi pidana sebagai alat kontrol dan perlindungan sosial, dan penerapan ancaman tersebut sebagai penderitaan agar pelaku-pelaku potensial tidak melakukan kejahatan yang sama, atau agar pelaku tertentu tidak mengulangi lagi kejahatannya.³⁶

Teori pencegahan disebut juga dengan teori tujuan (*utilitarian theory*) karena pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan kepada orang yang telah melakukan tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Ciri-ciri teori pencegahan (teori tujuan) sebagai berikut.³⁷

1. Tujuan pidana adalah pencegahan;
2. Pencegahan bukan tujuan akhir, tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat;
3. Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dipersalahkan kepada si pelaku saja (misal karena sengaja atau lalai) yang memenuhi syarat untuk adanya pidana;
4. Pidana harus ditetapkan berdasarkan tujuannya sebagai alat untuk pencegahan kejahatan;
5. Pidana melihat ke depan (*forward looking*);
6. Pidana mengandung unsur pencelaan, tetapi baik unsur pencelaan maupun pembalasan tidak dapat diterima apabila tidak membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat.

³⁵Muladi & Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1998, hlm 16

³⁶Michele Cotton, "Back With A Vengeance: The Resilience of Retribution as an Articulated Purpose of Criminal Punishment", *American Criminal Law Review*, 2000, hlm 1316

³⁷Muladi & Barda Nawawi Arief, *Teori-teori...op.cit.*, 17

Teori pencegahan (modern) menekankan kepada dua hal, yaitu pemberatan sanksi pidana terhadap kejahatan tertentu dan ancaman pidana minimum khusus. Terkait dengan yang pertama, Michael Tonry mengatakan bahwa terdapat lima alasan mengapa ancaman pidana diperberat kepada pelaku kejahatan tertentu. *Pertama*, kejahatan seksual yang serius umumnya dilakukan dalam keadaan emosi yang tinggi, kadang-kadang atas pengaruh alkohol atau narkoba. *Kedua*, kebanyakan pelanggaran ringan dan kejahatan-kejahatan serius seringkali pelakunya tidak ditangkap dan tidak dituntut; dan pelakunya tidak berharap untuk ditangkap. *Ketiga*, pelaku yang ditangkap dan dituntut hampir selalu ditawarkan upaya damai sehingga memutuskan hubungan antara kejahatan dan ancaman sanksi pidana. *Keempat*, ketika sanksi pidana berat, jaksa dan hakim seringkali tidak menjatuhkannya. *Kelima*, khusus kejahatan seperti perdagangan obat-obatan, prostitusi, dan kejahatan yang melibatkan (organisasi) genk, pidana yang dijatuhkan kepada individu tidak mengubah struktur organisasi tersebut.³⁸

Dalam kaitannya dengan rasionalitas pidana, Daniel N. Robinson mengemukakan prinsip-prinsip sebagai berikut:³⁹

1. Beratnya sanksi pidana harus melebihi keuntungan yang diperoleh pelaku dari melakukan kejahatan;
2. Semakin besar kerugian yang ditimbulkan dari kejahatan, semakin berat sanksi pidana yang diancamkan kepada pelaku kejahatan;
3. Jumlah sanksi pidana yang sama dijatuhkan kepada pelanggaran yang sama, tanpa harus memperhatikan identitas pelaku, kecuali pelakunya memiliki kejiwaan, watak, atau kondisi yang berbeda.
4. Sanksi pidana dikatakan mencegah kejahatan tidak hanya dibangun atas dasar tingkat beratnya sanksi, tapi juga dengan kemampuan untuk memprediksinya;
5. Sanksi pidana harus dijatuhkan lebih berat kepada pelaku yang melakukan kejahatan berulang-ulang.

Berdasarkan uraian di atas, teori pencegahan/penangkalan menghendaki agar ancaman sanksi pidana lebih berat dari seriusitas tindak pidana. Pemikiran yang demikian sesuai dengan prinsip

³⁸Michael Tonry, "Purposes and Functions of Sentencing", *Crime and Justice*, 2006, hlm 28

³⁹Daniel N. Robinson, "Punishment, Forgiveness, and the Proxy Problem", *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2004, hlm 374-375

economic analysis of law bahwa biaya yang dikeluarkan pelaku dari melakukan suatu tindak pidana harus lebih besar dari keuntungan yang diperoleh. Dengan demikian, teori penangkalan merupakan teori tujuan pembedaan yang sesuai dengan prinsip *economic analysis of law*.

C. Bentuk-bentuk Pidana

Dalam hukum pidana, bentuk-bentuk pidana meliputi pidana mati, pidana penjara baik seumur hidup maupun selama waktu tertentu, pidana kurungan, pidana denda, dan pidana tutupan. Dalam kaitannya dengan prinsip-prinsip dalam *economic analysis of law*, bentuk-bentuk pidana yang mana yang sesuai? Jawaban atas pertanyaan ini mengharuskan uraian mengenai karakter dari tiap-tiap bentuk-bentuk tersebut dan mengkaitkannya dengan prinsip dalam *economic analysis of law*.

Menurut ketentuan Pasal 10 jo Pasal 69 KUHP, pidana mati merupakan pidana paling berat dibandingkan dengan bentuk-bentuk pidana yang lain. Dalam KUHP, pidana mati diancamkan terhadap 9 (sembilan) delik, yaitu:

1. Pasal 104 KUHP (makar terhadap presiden dan wakil presiden);
2. Pasal 111 ayat (2) KUHP (membujuk negara asing untuk bermusuhan atau berperang, jika permusuhan itu dilakukan atau berperang);
3. Pasal 124 ayat (1) KUHP (membantu musuh waktu perang);
4. Pasal 124 bis KUHP (menyebabkan atau memudahkan atau menganjurkan huru-hara);
5. Pasal 140 ayat (3) KUHP (makar terhadap raja atau presiden atau kepala negara sahabat yang direncanakan atau berakibat maut);
6. Pasal 340 KUHP (pembunuhan berencana);
7. Pasal 365 ayat (4) KUHP (pencurian dengan kekerasan yang mengakibatkan luka berat atau mati);
8. Pasal 444 KUHP (pembajakan di laut, di pesisir dan di sungai yang mengakibatkan kematian); dan
9. Pasal 479 k ayat (2) dan Pasal 479 o ayat (2) KUHP (kejahatan penerbangan dan kejahatan terhadap sarana/prasarana penerbangan).⁴⁰

⁴⁰Pasal ini sudah dinyatakan tidak memiliki kekuatan mengikat karena sudah diambalalih menjadi Pasal 8 undang-undang No. 15 tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme

Dalam perundang-undangan pidana di luar KUHP, pidana mati diancamkan terhadap beberapa tindak pidana, antara lain; 1) tindak pidana kepemilikan senjata api, amunisi atau suatu bahan peledak; 2) tindak pidana korupsi; 3) tindak pidana genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan; 4) tindak pidana terorisme; 5); dan tindak pidana narkotika.

Pidana mati (*death penalty*) juga merupakan bentuk pidana yang efisien karena tidak memerlukan ongkos apapun. Pidana mati baru bisa dikatakan efisien jika jarak antara penjatuhan pidana terhadap pelaku dengan pelaksanaan pidana mati itu tidak terlalu lama (singkat). Tetapi, jika jaraknya lama, dalam arti pelaku kejahatan masih ditempatkan di penjara dalam waktu yang relatif lama, pidana mati masih menimbulkan persoalan, lebih-lebih di Indonesia proses eksekusi pidana mati memakan waktu yang relatif lama.

Efisiensi pidana mati dalam analisis ekonomi terhadap hukum pidana masih memunculkan persoalan, apakah dalam kenyataannya pidana mati ini akan mencegah kejahatan? Terhadap persoalan ini, para ahli belum memiliki kesamaan pandangan. T. Sellin, seorang sosiolog, berdasarkan penelitian yang dilakukan di Amerika menyimpulkan bahwa pidana mati tidak memiliki efek pencegahan terhadap kejahatan. Tentu saja pandangan T. Sellin itu mendapat kritik tajam dari berbagai kalangan, salah satunya oleh Isaac Ehrlich, seorang Profesor di bidang ekonomi. Dalam penelitian mengenai studi empiris berkaitan dengan efek pencegahan untuk pidana mati, Isaac menganalisis tingkah laku penjahat dan akhirnya mendapat data bahwa pidana mati memiliki efek pencegahan. Variabel yang digunakan dalam penelitiannya antara lain, kemungkinan ditangkap dan kemungkinan dieksekusi jika dijatuhi pidana. Penelitian Isaac dilakukan pada tahun 1975 di Amerika dengan penggunaan waktu antara tahun 1933 sampai tahun 1969. Kesimpulan yang diperoleh adalah ketika terjadi peningkatan 1 persen dari jumlah eksekusi dari perkara pembunuhan, terjadi penurunan angka kejahatan sebesar 0.06 persen.⁴¹

Penelitian lain dilakukan oleh Kenneth Avio di Kanada, Kenneth Wolpin di Inggris, dan Withers di Australia. Ketiga penelitian

⁴¹Euston Quah dan William Neilson, *Law and Economic Development: Cases and Materials from Southaest Asia*, First Edition, Longman Singapore Publishers, Singapore, 1993, hlm 245-246

itu memperoleh kesimpulan yang sama bahwa tidak ditemukan efek pencegahan yang signifikan dengan penjatuhannya pidana mati.⁴² Apakah ini berarti bahwa pidana mati di Indonesia tidak memiliki efek pencegahan yang cukup bagi pelaku-pelaku kejahatan potensial? Terlalu sederhana jika jawabannya adalah tidak, mengingat belum ada penelitian yang secara khusus mengkaji efek pencegahan dengan dijatuhkannya pidana mati, lebih-lebih yang berkaitan dengan tindak pidana dengan motif yang bersifat ekonomis.

Pidana penjara adalah pembatasan kebebasan bergerak dari seorang terpidana yang dilakukan dengan menempatkan orang tersebut di dalam sebuah Lembaga Pemasyarakatan (LP) yang menyebabkan orang tersebut harus mentaati semua peraturan tata tertib bagi mereka yang telah melanggar.⁴³ Pidana penjara adalah jenis pidana yang dikenal juga dengan istilah pidana pencabutan kemerdekaan atau pidana kehilangan kemerdekaan, pidana penjara juga dikenal dengan sebutan pidana pemasyarakatan. Dewasa ini, pidana penjara merupakan jenis utama dan umum dari pidana kehilangan kemerdekaan. Dahulu kala, pidana penjara tidak dikenal dalam sistem hukum di Indonesia (hukum adat), yang dikenal adalah pidana pembuangan, pidana badan berupa pemotongan anggota badan, atau dicambuk, pidana mati dan pidana denda atau berupa pembayaran ganti kerugian.⁴⁴

Pidana penjara merupakan pidana yang tidak efisien dan memerlukan biaya sosial yang sangat tinggi (*high social cost of imprisonment*).⁴⁵ Biaya ini meliputi biaya membangun gedung Lembaga Pemasyarakatan dan pemeliharannya, menggaji petugas Lapas, dan biaya lauk-pauk narapidana. Uraian di bawah merupakan bukti bahwa pidana penjara tidak efisien.⁴⁶

Pada tahun 2016, Pemerintah meminta penambahan anggaran sebesar Rp. 1,6 triliun untuk pembangunan Lembaga Pemasyarakatan baru. Anggaran

⁴²*Ibid.*, hlm 247-249

⁴³Lamintang, *Hukum Panitensir Indonesia*, Aremico, Bandung, 1986, hlm 58

⁴⁴Muhammad Taufik Makarua, *Pembaharuan Hukum Pidana; Studi Tentang bentuk-bentuk Pidana Khususnya Pidana Cambuk Sebagai Suatu Bentuk Pemidanaan*, Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2005, hlm 119-152; Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Cetk. Ketiga, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2000

⁴⁵Robert Cooter dan Thomas Ulen, *Law...op.cit.*, hlm 468

⁴⁶Data dihimpun dari berbagai sumber elektronik

ini hanya untuk pembangunan Lapas baru, dan belum termasuk anggaran yang telah dikeluarkan oleh pemerintah untuk membangun dan merawat Lapas yang jumlahnya lebih dari 500 Lapas.⁴⁷ Jika biaya, sebagai contoh, untuk membangun satu Lapas dan pemeliharaannya sebesar Rp. 30 miliar, maka biaya keseluruhan untuk 500 Lapas sebesar Rp. 15 triliun. Adapun jumlah petugas Lapas pada tahun 2016 sebanyak 14.600. Setiap bulan negara wajib memberikan gaji kepada mereka. Berapa jumlah biaya yang dikeluarkan negara untuk menggaji mereka? Sebagai gambaran, seorang sipir di sebuah Lapas baru menjadi PNS selama 1 tahun dengan status *single* belum menikah, gaji dan tunjangan yang diterima dalam sebulan adalah:

1. Gaji Pokok : Rp 1.956.300;
2. Tunjangan Beras : Rp 72.420;
3. Tunjangan Umum : Rp 180.000;
4. Uang Makan : Rp 731.500;
5. Tunjangan Kinerja : Rp 2.531.250;
6. Jumlah Bruto : Rp 5.471.470;
7. Jumlah Netto (dikurangi iuran 10% dari gaji pokok) : Rp 5.275.840.

Secara lebih rinci, rincian gaji sipir Lapas terlibat pada tabel di bawah ini:

Tabel 3. Rincian Gaji Sipir Lapas

Status	Single	M/1	M/2	Penjelasan
MKG	1 Tahun	1 Tahun	1 Tahun	
Gaji Pokok	1.956.300	1.956.300	1.956.300	1
Tunjangan Istri/Suami		195.630	195.630	2
Tunjangan Anak		39.126	78.252	3
Tunjangan Beras	72.420	217.260	289.680	4
Tunjangan Umum	180.000	180.000	180.000	5
Uang Makan	731.500	731.500	731.500	6
Tunjangan Kinerja	2.531.250	2.531.250	2.531.250	7
Jumlah Bruto	5.471.470	5.851.066	5.962.612	
Potongan:				
Iuran 10%	195.630	195.630	195.630	8
Jumlah Netto	5.275.840	5.655.436	5.766.982	

⁴⁷www.smslap.ditjenpas.go.id

Data di atas adalah gambaran gaji sipir Lapas yang baru bekerja 1-3 tahun. Sedangkan gaji bagi mereka yang sudah bekerja lebih lama tentu lebih banyak dan ini akan semakin banyak menghabiskan anggaran negara. Jika disederhanakan, negara harus mengeluarkan uang sebesar Rp. 84.197.937.200 miliar setiap bulan (angka ini merupakan hasil pengkalian 14.600 pegawai dikali gaji 5.766.982). Dalam setahun gaji petugas Lapas sebesar 1.010.375.246.400.

Negara juga wajib mengeluarkan biaya untuk makan narapidana setiap hari. Pada tahun 2017, anggaran makan narapidana per hari sebesar Rp. 15.000. Jumlah narapidana pada 2016 sebanyak 183.000, sedangkan pada Maret 2017 jumlahnya menjadi 214.675. Apabila 15.000 dikalikan 214.675, maka jumlah makan narapidana setiap hari sebesar Rp. 3.220.125.000. Dalam setahun, biaya makan narapidana berjumlah Rp. 1.127.043.750.000.

Berdasarkan uraian data di atas, pidana penjara terbukti menghabiskan biaya yang sangat besar yang meliputi biaya pembangunan dan pemeliharaan Lapas, gaji sipir Lapas, dan biaya makan narapidana setiap hari. Biaya ini belum termasuk biaya sosial seperti kehilangan pendapatan selama narapidana berada di Lapas dan biaya yang harus dikeluarkan keluarga narapidana selama ditinggalkan narapidana.

Berikutnya adalah pidana denda. Ia merupakan jenis pidana yang dikenal secara luas di dunia, dan bahkan di Indonesia. Pidana ini diketahui sejak zaman Majapahit dikenal sebagai pidana ganti kerugian. Menurut Andi Hamzah, pidana denda merupakan bentuk pidana tertua, lebih tua daripada pidana penjara, mungkin setara pidana mati.⁴⁸ Pidana denda dijatuhkan terhadap delik-delik ringan, berupa pelanggaran atau kejahatan ringan. Dengan pemahaman ini, pidana denda adalah satu-satunya pidana yang dapat dipikul oleh orang lain selain terpidana. Pidana denda merupakan sanksi keuangan (*monetary sanction*), dan ia disebut efisien karena dalam pelaksanaannya tidak memerlukan biaya. Pidana denda berkaitan dengan kewajiban terpidana untuk membayar sejumlah uang kepada negara. Pidana ini ada kaitan langsung dengan tindak pidana-tindak pidana ekonomi yang motif pelakunya adalah untuk memperoleh keuntungan ekonomis.

⁴⁸Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cetk. Kedua, Rineka Cipta, Jakarta, 1994, hlm 189

Namun demikian, Efisiensi pidana denda juga bergantung kepada empat faktor.⁴⁹ *Pertama*, aset yang dimiliki pelaku. Semakin kecil aset yang ada, semakin kecil pula eksistensi pidana denda di dalam mencegah pelaku melakukan kejahatan. Dikatakan tidak mungkin pelaku dijatuhi pidana denda sementara dia tidak memiliki banyak aset untuk membayar denda itu. *Kedua*, kemungkinan pelaku akan tidak dijatuhi sanksi pidana. Semakin besar kemungkinan ini, semakin tinggi sanksi pidana dijatuhkan untuk mencegah kejahatan. Jika kemungkinan untuk tidak dijatuhi sanksi pidana ini setengah persen (1/2 %), beratnya pidana denda harus dinaikkan dua kali lipat. Jika kemungkinannya sepertiga persen (1/3 %), beratnya pidana denda dinaikkan tiga kali lipat, dan seterusnya.

Ketiga, tingkat keuntungan yang didapat dari melakukan kejahatan. Semakin besar keuntungan itu, semakin tinggi sanksi pidana dibutuhkan untuk mencegah kejahatan, dan juga semakin besar kesempatan dari jumlah denda yang dijatuhkan dari aset yang dimiliki pelaku. *Keempat*, kemungkinan bahwa tindak pidana akan mengakibatkan kerugian. *Kelima*, besarnya kerugian yang ditimbulkan.⁵⁰ Selain denda, pidana mati (*death penalty*) juga merupakan bentuk pidana yang efisien karena tidak memerlukan ongkos apapun. Pidana mati baru bisa dikatakan efisien jika jarak antara penjatuhan pidana terhadap pelaku dengan pelaksanaan pidana mati itu tidak terlalu lama (singkat). Tetapi, jika jaraknya lama, dalam arti pelaku kejahatan masih ditempatkan di penjara dalam waktu yang relatif lama, pidana mati masih menimbulkan persoalan, lebih-lebih di Indonesia proses eksekusi pidana mati memakan waktu yang relatif lama.

D. Perumusan Pidana

Dalam perundang-undangan pidana di luar KUHP, pidana denda adalah salah satu bentuk pidana yang paling banyak diancamkan bersamaan dengan pidana penjara. Perumusan ancaman pidana denda kebanyakan tidak dengan sistem kalilipat, tapi dengan menyebutkan jumlah denda maksimal yang dapat dijatuhkan kepada pelaku. Sistem ini dikenal dengan sistem ancaman pidana denda yang bersifat maksimum khusus. Dengan sistem yang demikian, hakim dapat saja menjatuhkan

⁴⁹Steven Shavell, "Criminal Law and the Optimal Use of Non-monetary Sanction as Deterrence", *Columbia Law Review*, No. 85, 1985, hlm 1236

⁵⁰Euston Quah dan William Neilson, *Law and Economic Development: Cases and Materials from Southaest Asia*, First Edition, Longman Singapore Publishers, Singapore, 1993, hlm 1237-1238

jumlah denda di bawah jumlah maksimal denda dalam ancaman pasal yang dilanggar. Selain itu, perumusan ancaman pidana denda juga berupa sistem ancaman pidana denda minimum khusus. Di dalam sistem ini, pembentuk undang-undang menentukan jumlah minimal denda yang harus dibayar oleh korporasi, dan hakim, idealnya, tidak diperbolehkan menjatuhkan denda kurang dari jumlah minimal yang terdapat dalam rumusan pasal yang dilanggar. Walaupun harus diakui, dalam praktik peradilan, hakim tidak selamanya mengikuti pembentuk undang-undang, dalam artian hakim kadangkala menjatuhkan denda di bawah ketentuan jumlah minimal denda dalam rumusan pasal. Alasannya, hakim bukan corong undang-undang sehingga memiliki kebebasan untuk menentukan jumlah denda yang harus dibayar pelaku disesuaikan dengan keadaan-keadaan (*circumstances*) baik yang memberatkan maupun yang meringankan.

Perumusan ancaman pidana denda dalam perundang-undangan pidana di luar KUHP dengan menyebutkan secara eksplisit jumlah nominal denda yang harus dibayar oleh pelaku, paling tidak mengandung dua kelemahan mendasar. *Pertama*, perumusan ancaman pidana denda yang demikian menggeneralisir semua tindak pidana. padahal, tiap tindak pidana memiliki karakter tertentu dan motif pelakunya bisa berbeda antara satu pelaku dengan pelaku yang lain. *Kedua*, perumusan ancaman pidana denda dengan eksplisitas jumlah nominal denda yang harus dibayar pelaku memberi peluang bagi pelaku tindak pidana ekonomi untuk melakukan perbuatan-perbuatan yang dilarang. Sebab, mereka sendiri sudah dapat memprediksi berapa jumlah denda yang harus dibayar bila melakukan tindak pidana tertentu dan berapa jumlah keuntungan yang akan diperolehnya. Sebagai entitas yang bersifat rasional, pelaku tindak pidana ekonomi tentu akan menghitung jumlah keuntungan yang akan diraih bila melakukan kejahatan dan jumlah kerugian yang akan ditanggung bila kejahatan itu dilakukan. Dalam konteks ini, pelaku akan menghitung jumlah denda yang harus dibayar bila melakukan kejahatan dibandingkan dengan keuntungan yang akan diperoleh. Jika ternyata denda yang harus dibayar dengan jumlah nominal yang tetap (maksimum khusus) lebih sedikit dari jumlah keuntungan yang diperoleh, pelaku akan melakukan kejahatan.

Berdasarkan konfigurasi pemikiran di atas, agar sistem pengancaman pidana denda kepada pelaku tindak pidana ekonomi sesuai dengan prinsip dalam *economic analysis of law*, maka perlu diterapkan pengancaman pidana denda dengan sistem kalilipat dan tidak merumuskan jumlah nominal denda dalam rumusan tiap-tiap pasal sebagaimana dalam sistem minimum khusus dan maksimum khusus. Sistem denda kalilipat digunakan sebagai dasar penjatuhan pidana denda kepada pelaku tindak pidana ekonomi merupakan konkritisasi dari digunakannya teori pencegahan sebagai basis teoritis penjatuhan pidana kepada pelaku tindak pidana ekonomi. Dengan sistem denda kalilipat, bagi pelaku tindak pidana ekonomi yang terbukti melakukan kejahatan dan mendapatkan keuntungan sebesar Rp. 50 miliar, maka pidana denda yang harus dijatuhkan kepadanya minimal 100 miliar dan maksimal 200 miliar.

Mengapa demikian? Sebab kesejahteraan sosial (penjatuhan pidana denda) dapat ditempuh dengan memperhatikan jumlah keuntungan yang diperoleh korporasi dari melakukan perbuatan yang dilarang, dikurangi kerugian yang disebabkan oleh perbuatan itu, dan pengeluaran yang dikeluarkan dalam rangka penegakan hukum.⁵¹ Kerugian akibat tindak pidana ini meliputi kerugian sosial yang ditimbulkan, biaya yang harus dikeluarkan oleh korban potensial untuk melakukan pencegahan agar tidak menjadi korban, dan kerugian yang secara langsung dialami oleh korban.⁵² Sementara biaya penegakan hukum pidana meliputi biaya pencegahan, pengungkapan, penangkapan, penjatuhan pidana dan pelaksanaannya.⁵³ Semua itu harus ditaksir dan dibandingkan dengan jumlah keuntungan yang diperoleh pelaku dari melakukan tindak pidana.

Bila kerugian akibat tindak pidana (setelah diuangkan) dan biaya yang harus dikeluarkan oleh pemerintah untuk menanggulangi tindak pidana itu melalui aparat penegak hukum, ternyata lebih besar dibandingkan dengan jumlah keuntungan yang diperoleh pelaku dari melakukan tindak pidana, maka optimalisasi penegakan hukum tidak

⁵¹Nuno Garoupa dan Daniel Klerman, *Optimal...op.cit.*, hlm 117

⁵²Mark A. Cohen, "The Economic of Crime and Punishment: Implications for Sentencing of Economic Crime and New Technology Offences", *George Mason Law Review*, No. 9, 2000, hlm 506-507

⁵³*Ibid.*, hlm 504

akan terwujud. Oleh karena itu, yang perlu dilakukan adalah dengan menggunakan instrumen yang lain di dalam mencegah tindak pidana itu terjadi. Selain itu, mempertinggi kemungkinan pelaku tindak pidana ekonomi untuk ditangkap, dipidana, dan dijatuhi pidana yang berat perlu dilakukan, karena dengan itu kesejahteraan sosial dapat terwujud. Ketika kemungkinan ditangkap tinggi, maka penegakan hukum terhadap hal itu akan optimal, karena tidak akan banyak orang yang melakukan tindak pidana, dan dengan begitu, tidak banyak biaya yang harus dikeluarkan untuk menanggulangi tindak pidana dan membiayai operasionalisasi penegakan hukumnya. Begitu juga dengan kemungkinan dipidana dengan pidana yang tinggi yang melebihi keuntungan yang diperoleh pelaku.⁵⁴ Karena dengan itu, pelaku akan menanggung semua biaya dari tindakannya itu. Pemikiran ini umumnya disebut dengan pemedanaan yang efisien.

Dengan sistem denda kalilipat, maka penyebutkan jumlah nominal denda yang harus dibayar pelaku tindak pidana ekonomi dalam rumusn delik dengan sendirinya tidak akan berlaku. Karena dengan sistem tersebut, karakteristik suatu tindak pidana korporasi tertentu mulai dari jenis tindak pidana yang dilakukan, seriusitas tindak pidana, besarnya keuntungan yang diperoleh, jumlah korban baik manusia maupun lingkungan hidup yang ditimbulkan hingga biaya penegakan hukum, dijadikan sebagai patokan di dalam menjatuhkan jumlah denda kepada pelaku.

⁵⁴David D. Friedman, "Should the Characteristics of Victims and Criminals Count? Payne v Tennessee and Two Views of Efficient Punishment", *Boston College Law Review*, No. 34, 732-733. Robert Cooter, "Prices and Sanction", *Columbia Law Review*, No. 84, 1984, hlm 1524-1531

5. PENUTUP

A. Kesimpulan

Menurut *economic analysis of law*, pelaku kejahatan adalah makhluk yang rasional ekonomis yang menimbang antara biaya yang harus dikeluarkan dari melakukan kejahatan dengan keuntungan yang akan diperoleh. Apabila keuntungan tersebut lebih besar dari biaya yang harus dikeluarkan, maka pelaku akan melakukan kejahatan. Biaya kejahatan meliputi kerugian faktual yang dialami negara secara langsung akibat perbuatan pelaku, biaya yang harus dikeluarkan oleh korban potensial untuk melakukan pencegahan agar tidak menjadi korban, biaya yang secara perhitungan ekonomi diprediksi akan dialami oleh masyarakat dan harus ditanggung oleh negara, dan biaya penegakan hukum. Prinsip dalam *economic analysis of law* hanya cocok untuk tindak pidana ekonomi yang didasarkan pada motif untuk mendapatkan keuntungan ekonomis seperti *white collar crime*, *corporate crime* dan *transnational crime*.

Menurut *economic analysis of law*, agar secara efektif mampu mencegah pelaku melakukan tindak pidana, sanksi pidana harus disusun sebagai berikut: biaya yang dikeluarkan pelaku dari melakukan suatu tindak pidana harus lebih besar dari keuntungan yang diperoleh. Ancaman sanksi pidana harus lebih berat dari seriusitas kejahatan. Dalam kaitannya dengan teori tujuan pemidanaan, pemikiran yang demikian mendapatkan pembedaan dari teori pencegahan (*deterrence*). Bentuk-bentuk pidana yang dapat diancamkan kepada pelaku kejahatan adalah pidana denda dan pidana mati. Sedangkan pidana penjara terbukti tidak ekonomis. Khusus pidana denda, ancaman pidana dirumuskan dalam bentuk denda kalilipat.

B. Rekomendasi

Buku ini merekomendasikan sebagai berikut: 1) perlu diteliti biaya-biaya penegakan hukum dalam suatu perkara pidana tertentu sehingga dapat digunakan untuk pengambilan kebijakan hukum; dan 2) perlu diteliti implikasi penggunaan prinsip dalam *economic analysis of law* dalam penegakan hukum pidana.

DAFTAR PUSTAKA

- Abraham Samad, *Grand Design Pemberantasan Korupsi di Indonesia*, makalah pada Simposium dan Musyawarah Nasional Masyarakat Hukum Pidana dan Kriminologi (MAHUPIKI), Universitas Hasanuddin Makasar, 18-19 Maret 2013
- Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cetk. Kedua, Rineka Cipta, Jakarta, 1994
- Andi Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana I*, Cetk. Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2007
- Arthur W. Campbell, *Law of Sentencing*, online book at westlaw journal, 2010
- Barbara A. Hudson, *Understanding Justice an Introduction to Ideas Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, Open University Press, Philadephia, 1996
- Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Cetk. Ketiga, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2000
- Bernadette McSherry dan Bronwyn Naylor, *Australian Criminal Law Critical Perspective*, Oxford University Press, UK, 2004
- Brian D. Skaret, a Victim's Right to View: a Distortion of the Retributivist Theory of Punishment" *Journal of Legislation*, 2002
- C.M.V. Clarkson, *Understanding Criminal Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell Ltd. London, 1998
- Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Kencana, Jakarta, 2006
- Dan M. Kahan, "Social Influence, Social Meaning, and Deterrence", *Virginia Law Review*, No. 83

- _____, "Executing Retributivism: Panetti and the the Future of the Eighth Amendment" *Northwestern University Law Review*, 2009
- Dan Markel, "Retributive Damages: A Theory Of Punitive Damages As Intermediate Sanction", *Cornell Law Review*, 2009
- Daniel N. Robinson, "Punishment, Forgiveness, and the Proxy Problem", *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2004
- David D. Friedman, "Should the Characteristics of Victims and Criminals Count? Payne v Tennessee and Two Views of Efficient Punishment", *Boston College Law Review*, No. 34, 732-733.
- David Garland, *Punishment and Modern Society a Study in Social Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1990
- David O. Freidrichs, *Trusted Criminals White Collar Crime in Contemporary Society*, Wadsworth, USA, 2010
- Donald Nicolson & Lois Bibbing, *Feminist Perspective on Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 2000
- Ellen S Podgor, "Corporate and White Collar Crime: Simplifying The Ambiguous", *American Criminal Law Review*, Vol. 31, 1994
- _____, "The Challenge of White Collar Sentencing", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 97, 2007
- Euston Quah dan William Neilson, *Law and Economic Development: Cases and Materials from Southaest Asia*, First Edition, Longman Singapore Publishers, Singapore, 1993
- H.G. Van de Bunt "Corporate Crime" *Journal of Financial Crime*, 1994
- Hanafi, *Perkembangan Konsep Pertanggungjawaban Pidana dan Relevansinya Bagi Usaha Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, Thesis, Program Pascasarjana, Universitas Indonesia, Jakarta, 1997
- Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, St. Paul Minim, West Publishing CO, 1979
- Herbert Hovenamp, "Rationality in Law and Economic", *George Washington Law Review*, No. 60, Tahun 1992
- Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968
- Indrianto Seno Adji, *Korupsi dan Hukum Pidana*, Kantor Pengacara & Consultan Hukum Prof. Oemar Seno Adji & Rekan, Jakarta, 2002
- J. Kelly Strader, "The Judicial Politics of White Colar Crime", *Hasting College of The Law*, Vol. 50, 1999

- Jeffrie G. Murphy, "Does Kant Have a Theory of Punishment", *Columbia Law Review*, April, 1987
- John D. Castiglione, "Qualitative and Quantitative Proportionality A Specific Critique of A Retributivist", *Ohio State Law Journal*, 2010
- John Hasnas, "Ethics and the Problem of White Collar Crime", *American University Law Review*, Vol. 54, 2005
- Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Cetk. Kedua, Bayumedia Publishing, Malang, 2006
- Keith N. Hilton, "Punitive Damages and The Economic Theory of Penalties", *Georgetown Law Journal*, No. 87, 1998
- Komariah Emong Supardjadja, *Ajaran Melawan Hukum dalam Hukum Pidana Indonesia; Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi*, Alumni, Bandung, 2002
- L. Waller & C.R Williams, *Criminal Law Texts and Cases*, Butter Worlds, Australia, 2005
- Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Cetk. Ketiga, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997
- _____, *Hukum Panitensir Indonesia*, Aremico, Bandung, 1986
- Lewis A. Kornhauser, "On Justifying Cost and Benefit Analysis", *Journal of Legal Studies*, No. 29 Tahun 2000
- Louis Michael Seidman, "Soldiers, Martyrs, and Criminals: Utilitarian Theory and The Problem of Crime Control", *Yale Law Journal*, 1984
- M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana Ide Dasar Double System dan Impelementasinya*, Rajawali Press, Jakarta, 2003
- M.I. Dixon, "The Re-Defining of White Collar Crime", *Dickinson Journal of International Law*, Vol.13, 1995
- Mahrus Ali dan Aji Pramono, *Perdagangan Orang Dimensi, Instrumen Internasional dan Pengaturannya di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011
- _____, *Dasar-dasar Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011
- Mardjono Reksodiputro, "Multikulturalisme dan Negara-Nasion serta Kejahatan Transnasional dan Hukum Pidana Internasional (Pemikiran Awal dan catatan untuk Direnungkan)", disampaikan dalam *Seminar Nasional "Pengaruh Globalisasi terhadap Hukum Pidana dan Kriminologi menghadapi Kejahatan Transnasional"*,

- Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (ASPEHUPIKI), Bandung, 17 Maret 2008
- Mark A. Cohen, "The Economic of Crime and Punishment: Implications for Sentencing of Economic Crime and New Technology Offences", *George Mason Law Review*, No. 9, 2000
- Michael Cavadino & James Dignan, *The Penal System an Introduction*, Third Edition, SAGE Publications, London, 2002
- Michael D. Cicchini, "An Economic Perspective on the Exclusionary Rule and Deterrence", *Missouri Law Review*, 2010
- Michael Tonry, "Purposes and Functions of Sentencing", *Crime and Justice*, 2006
- Michele Cotton, "Back With A Vengeance: The Resilience of Retribution as an Articulated Purpose of Criminal Punishment", *American Criminal Law Review*, 2000
- Mike Molan, Duncan Bloy dan Denis Lanser, *Modern Criminal Law*, Cavendish Publishing, Australia, 2003
- Miles Matthew dan A. Michael Huberman, *Analisis Data Kualitatif*, tanpa penerbit
- Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cetk Kedelapan, Edisi Revisi, Rineka Cipta, Jakarta, 2008
- _____, *Tindak pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1983
- Muhammad Taufik Makarora, *Pembaharuan Hukum Pidana; Studi Tentang bentuk-bentuk Pidana Khususnya Pidana Cambuk Sebagai Suatu Bentuk Pemidanaan*, Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2005
- Muladi & Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1998
- Nuno Garoupa dan Daniel Klerman, "Optimal Law Enforcement With A Rent-Seeking Government", *American Law and Economic Review*, No. 4, 2002
- Peter Mahmud Marzuki *Penelitian Hukum*, Cetk. Kedua, Prenada Media, Jakarta, 2006
- Richard A. Posner, "Rational Choice, Behavioral Economic and The Law", *Stanford Law Review*, No. 50, 1998
- _____, *Economic Analysis of Law*, Fifth Edition, Aspen Law & Business, New York, United Stated, 1998

- Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economic*, Third Edition, Addison-Wesley, United States, 2000
- _____, "Prices and Sanction", *Columbia Law Review*, No. 84, 1984
- Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum dari Tindak pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1987
- _____, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta,
- _____, *Tindak pidana dan Pertanggungjawaban Pidana: Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1981
- Romli Atmasasmita, "Kejahatan Transnasional dan Internasional serta Implikasi terhadap Pendidikan Hukum Pidana serta Kebijakan Hukum Pidana di Indonesia", Makalah yang disampaikan pada *Kongres dan Seminar nasional Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi (ASPEHUPIKI)*, Bandung, tanggal 16-19 Maret 2008
- Russel B. Korobkin dan Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing The Rationality Assumption From Law and Economic", *California Law Review*, No. 88 Tahun 2000
- Salman Luthan, *Kebijakan Penal Mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan*, Disertasi, Program Doktor, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2007
- Steven Shavell, "A Simple Model of Optimal Deterrence and Incapacitation", *International Review of Law & Economic*, 2015
- _____, "Criminal Law and the Optimal Use of Non-monetary Sanction as Deterrence", *Columbia Law Review*, No. 85, 1985
- _____, *Foundation of Economic Analysis of Law*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2004, hlm 1-2 dalam Anas Lutfi, *Hukum, Pola Penanganan Tebu, dan Kesejahteraan Masyarakat*, Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2009
- Sudarto, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986
- Sutan Remy Sjahdeini, *Kejahatan dan Tindak Pidana Komputer*, PT. Grafiti Press, Jakarta, 2009
- Sutherland, "Is "White Collar Crime" Crime?" *American Sociological Review*, Vol. 10, 1945
- Ted Honderich, "Punishment: The Supposed Justification", dikutip oleh M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya*, Rajawali Press, 2003

- Thomas J. Miles, "Empirical Economic and Study of Punishment and Crime", *University of Chicago Legal Forum*, 237, 2005
- Tim Peneliti FH UII, *Model Penjatuhan Pidana Finansial dalam Penanganan Perkara Tindak Pidana Korupsi*, Hasil Penelitian, Fakultas Hukum UII-KPK, Yogyakarta, 2013
- Tongat, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perspektif Pembaharuan*, UMM Press, Malang, 2008
- Van Bemmelen, *Hukum Pidana Hukum Pidana Material Bagian Umum*, Binacipta, Jakarta, 1984
- Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr. *Criminal Law*. Second Edition, St. Paul, West Publishing Company, Minnesota, 1986
- William J. Barnes Jr, "Revenge on Utilitarianism: Renouncing a Comprehensive Economic Theory of Crime and Punishment", *Indiana Law Journal*, 1999
- Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Edisi Ketiga, Cetk. Pertama, Refika Aditama, Bandung, 2003

INDEKS

A

Andi Zainal Abidin 19, 57

Austin 17, 61

B

Barbara A. Hudson 42, 57

Barda Nawawi Arief 35, 36, 44, 48, 57, 60

Biaya 21, 23, 24, 28, 42, 48, 50, 55

Bruce Acker 7

C

Calebresi 6

Cesare Beccaria 6

Clarkson 1, 15, 16, 57

D

David Garland 35, 58

Denis Lanser 16, 17, 60

Duncan Bloy 16, 17, 60

E

Economic analysis of law v, 21

Efisiensi 8, 50

Ellen S Podgor 29, 31, 58

G

Garry Becker 6

H

Herbert L. Packer 37, 58

I

Immanuel Kant 36

Indrianto Seno Adji 11, 12, 13, 58

Inkapasitasi 41

K

Keseimbangan 10

Kesejahteraan sosial 22

Keuntungan 21

Komariah Emong Supardjadja 11, 12, 13, 59

Korporasi viii

M

Maksimalisasi 10

Mardjono Reksodiputro 33, 59

Mike Molan 16, 17, 60

Moeljatno 1, 11, 13, 18, 60

Muladi 35, 36, 44, 60

N

Nicola Lacey 36

P

Pemidanaan 38, 48, 60

Pidana v, viii, 1, 2, 3, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 28, 33, 34, 35,
37, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 47, 48, 50, 51, 57, 58, 59, 60, 61, 62

Pidana mati 47, 51

Pidana penjara v, 42, 48

R

Rasionalitas 8, 9

Roeslan Saleh 11, 13, 19, 35, 60

Ronald Coase 6

S

Sanksi pidana 42, 45

Schaffmeister 19

Simons 11, 12, 13, 18

Sutan Remy Sjahdeini 11, 12, 13, 61

Sutherland 29, 30, 61

T

Teori Pidana 38

Tindak pidana 1, 11, 13, 19, 60

W

Wayne 17, 61

Wirjono Prodjodikoro 11, 12, 13, 62

