

A. Penyalahgunaan Wewenang dan *Fraud*

Salah satu persoalan paling kompleks dalam *business criminal law* adalah menentukan batas antara keputusan bisnis yang sah dengan penyalahgunaan wewenang (*abuse of authority*) atau kecurangan (*fraud*). Persoalan ini menjadi penting karena dalam praktik, hampir seluruh perkara korupsi korporasi diawali oleh suatu keputusan bisnis yang secara formal tampak sebagai tindakan manajerial, namun kemudian dipersoalkan karena diduga mengandung penyalahgunaan kewenangan atau rekayasa tertentu. Dalam konteks korporasi modern, direksi pada hakikatnya diberikan kewenangan yang luas (*managerial discretion*) untuk mengelola perusahaan. Kewenangan tersebut diperlukan agar direksi mampu merespons dinamika pasar secara cepat, mengambil keputusan investasi, melakukan ekspansi usaha, maupun mengelola risiko bisnis. Namun demikian, kebebasan tersebut bukan merupakan kekuasaan tanpa batas. Hukum perusahaan membatasi penggunaan kewenangan melalui prinsip *fiduciary duty*, *duty of care*, *duty of loyalty*, *good corporate governance* (GCG), dan *Business Judgment Rule* (BJR). Apabila batas-batas tersebut dilanggar, maka keputusan yang semula merupakan kebijakan bisnis dapat berubah menjadi penyalahgunaan wewenang yang membuka ruang pertanggungjawaban pidana. Oleh karena itu, pembahasan mengenai penyalahgunaan wewenang tidak dapat dilepaskan dari konsep *fraud*. Dalam banyak perkara bisnis, penyalahgunaan kewenangan merupakan pintu masuk terjadinya *fraud*, sedangkan *fraud* sering menjadi indikator bahwa suatu keputusan bisnis tidak lagi berada dalam perlindungan *Business Judgment Rule*.

Secara etimologis, penyalahgunaan wewenang (*abuse of authority*) merupakan penggunaan kewenangan yang tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut. Dalam hukum administrasi, penyalahgunaan wewenang dipahami sebagai penggunaan kewenangan untuk tujuan yang berbeda dari maksud pembentuk undang-undang (*detournement de pouvoir*) atau penggunaan kewenangan secara sewenang-wenang (*willekeur*). Dalam hukum pidana, konsep tersebut memperoleh makna yang lebih spesifik. Penyalahgunaan wewenang tidak sekadar menunjukkan adanya kesalahan prosedural, tetapi harus berkaitan dengan penggunaan jabatan atau kewenangan secara melawan hukum untuk memperoleh keuntungan tertentu atau menimbulkan kerugian bagi pihak lain. Dalam konteks korporasi, penyalahgunaan wewenang terjadi ketika organ perusahaan menggunakan kekuasaan yang dimilikinya bukan untuk kepentingan perseroan, melainkan demi kepentingan pribadi, kelompok tertentu, atau pihak yang memiliki hubungan kepentingan (*conflict of interest*). Penyalahgunaan wewenang tidak diukur dari besarnya kerugian yang timbul, tetapi dari penyimpangan tujuan penggunaan kewenangan.

Anggota direksi memegang amanat fidusia (*fiduciary duty*) dalam menjalankan perseroan. M. Yahya Harahap menjelaskan bahwa prinsip ini mewajibkan setiap direksi untuk mengurus perseroan, dan pengurusan itu wajib dilandasi oleh itikad baik (*te goeder trouw*). Dalam tataran praktik dan doktrin hukum, makna itikad baik tersebut memiliki cakupan yang sangat luas, salah satunya adalah kewajiban untuk senantiasa dipercaya. Artinya, setiap anggota direksi dituntut untuk selalu bersikap bonafide serta menjunjung tinggi kejujuran dalam memikul tanggung jawab pengurusannya.¹ Sementara itu, menurut Cornelius Simanjuntak dan Natalie Mulia, *fiduciary duty* merupakan tugas dan tanggung jawab untuk mengelola operasional harian perseroan, yang pelaksanaannya semata-mata harus berpihak pada kepentingan korporasi serta sejalan dengan maksud dan tujuan pendirian perseroan tersebut.²

Hubungan *fiduciary* menempatkan direksi sebagai pihak yang menerima kepercayaan untuk mengelola kepentingan perusahaan sehingga seluruh kewenangan yang dimilikinya

¹ M. Yahya Harahap, *Hukum Perseroan Terbatas* (Sinar Grafika, 2011).

² Cornelius Simanjuntak and Natalie Mulia, *Organ Perseroan Terbatas* (Sinar Grafika, 2009).

harus digunakan semata-mata untuk kepentingan perseroan. Konsekuensinya, direksi memiliki beberapa kewajiban pokok, yaitu:

- a) Bertindak dengan itikad baik (*good faith*);
- b) Bertindak penuh kehati-hatian (*duty of care*);
- c) Mengutamakan kepentingan perusahaan (*duty of loyalty*);
- d) Menghindari benturan kepentingan (*conflict of interest*);
- e) Tidak memperoleh keuntungan pribadi dari jabatan (*no secret profit rule*); dan
- f) Menjalankan tata kelola perusahaan yang baik (*good corporate governance*).

Prinsip-prinsip tersebut tercermin dalam Pasal 97 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang mewajibkan direksi mengurus perseroan dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab. Ketentuan tersebut juga menjadi dasar penerapan *Business Judgment Rule*, yaitu perlindungan hukum bagi direksi sepanjang keputusan bisnis diambil secara profesional, rasional, dan tanpa benturan kepentingan. Ketentuan mengenai *fiduciary duty* bagi anggota direksi secara tegas termuat dalam Pasal 97 ayat (2) UU Perseroan Terbatas. Aturan ini mewajibkan setiap direksi dalam menjalankan tugasnya untuk bertindak berdasarkan itikad baik serta memikul tanggung jawab penuh, yang kesemuanya ditujukan demi kepentingan dan kemajuan usaha perseroan. Adapun beberapa bentuk perbuatan yang dinilai melanggar kewajiban fidusia tersebut, antara lain:

- a) Apabila direksi secara sembunyi-sembunyi memiliki benturan kepentingan pribadi dengan kepentingan perseroan;
- b) Apabila direksi dengan sengaja merintangi hak pemegang saham minoritas untuk mengajukan gugatan derivatif (*derivative suit*); serta
- c) Apabila direksi dengan sengaja dan tanpa alasan sah mangkir dari rapat direksi, yang mengakibatkan rapat tidak dapat diselenggarakan karena kuorum yang disyaratkan tidak tercapai.

Sama seperti direksi, dewan komisaris juga memiliki kewajiban *fiduciary duty*. Ketentuan ini bersumber dari Pasal 114 ayat (2) UU PT, yang mewajibkan setiap anggota komisaris dalam menjalankan fungsi pengawasan dan pemberian nasihat kepada direksi untuk bertindak berdasarkan itikad baik, menerapkan prinsip kehati-hatian, serta memikul tanggung jawab penuh yang semuanya harus diorientasikan demi kepentingan perseroan dan selaras dengan maksud serta tujuan pendirian perseroan. Dalam hal dewan komisaris dengan sengaja atau karena kelalaiannya mengabaikan *fiduciary duty* sebagaimana diamanatkan Pasal 114 ayat (2) UU PT, maka setiap anggota komisaris dapat dikenai tanggung jawab secara pribadi. Meskipun demikian, tanggung jawab pribadi tersebut dikecualikan apabila memenuhi ketiga kondisi berikut:

- a) Pengawasan telah dijalankan dengan itikad baik dan penuh kehati-hatian demi kepentingan perseroan serta sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan;
- b) Tidak terdapat kepentingan pribadi, baik langsung maupun tidak langsung, atas tindakan pengurusan yang dilakukan direksi dan mengakibatkan kerugian; serta
- c) Telah diberikan nasihat kepada direksi guna mencegah timbulnya atau berlanjutnya kerugian tersebut.

Ilustrasi Kasus:

Salah satu contoh nyata pelanggaran prinsip *fiduciary duty* dapat dilihat dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 1005 K/Pdt/2016. Dalam perkara ini, Tergugat I, II, dan III yang merupakan mantan anggota direksi menerbitkan jaminan perusahaan tanpa terlebih dahulu mendapatkan persetujuan dari dewan komisaris. Dalam amar putusannya, Mahkamah menyatakan bahwa ketiga tergugat tersebut secara bersama-sama telah melanggar anggaran dasar sekaligus mengingkari tugas kepercayaan (*fiduciary duty*) mereka selaku direksi. Akibatnya, mereka dibebani tanggung jawab penuh secara pribadi dan tanggung renteng atas

segala akibat hukum yang timbul dari penerbitan jaminan perusahaan tersebut, yang diterbitkan untuk kepentingan turut tergugat I dan tergugat II.

Berbeda dengan penyalahgunaan wewenang yang berorientasi pada penyimpangan penggunaan kewenangan, *fraud* berorientasi pada adanya rekayasa, tipu daya, manipulasi, atau penyembunyian fakta material yang dilakukan secara sengaja untuk memperoleh keuntungan yang tidak sah. *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE) mendefinisikan occupational fraud sebagai: “*The use of one's occupation for personal enrichment through the deliberate misuse or misapplication of the employing organization's resources or assets.*” Dengan demikian, *fraud* memiliki tiga karakter utama.

- a) Dilakukan secara sengaja.
- b) Dilakukan melalui penyalahgunaan posisi atau kewenangan.
- c) Bertujuan memperoleh keuntungan yang tidak sah.
- d) *Fraud* berbeda dengan kesalahan bisnis biasa.
- e) Kegagalan investasi karena perubahan pasar bukanlah *fraud*.
- f) Kesalahan analisis ekonomi bukanlah *fraud*.
- g) Prediksi bisnis yang tidak tepat bukanlah *fraud*.

Fraud baru terjadi apabila terdapat unsur manipulasi informasi, pemalsuan dokumen, penyembunyian fakta, konflik kepentingan yang disembunyikan, kolusi, atau bentuk penyalahgunaan lainnya. Donald Cressey menjelaskan bahwa fraud umumnya muncul melalui tiga unsur yang dikenal sebagai *Fraud Triangle*, yaitu *pressure* (tekanan), *opportunity* (kesempatan), dan *rationalization* (rasionalisasi). Ketiga unsur tersebut menjelaskan mengapa seseorang yang memiliki kewenangan dapat menyalahgunakannya. Dalam konteks korporasi, kesempatan (*opportunity*) sering muncul karena lemahnya pengawasan internal. Tekanan dapat berupa target keuntungan, tekanan politik, maupun tekanan finansial. Sementara rasionalisasi muncul ketika pelaku meyakini bahwa tindakannya merupakan “praktik bisnis biasa” atau “sekadar meminjam.” *Business Criminal Law* menggunakan pendekatan tersebut untuk membedakan antara *business failure* dan *business fraud*. *Business failure* lahir karena risiko, sedangkan *business fraud* lahir karena penyalahgunaan.

Perkembangan praktik peradilan Indonesia menunjukkan bahwa pengadilan mulai membedakan antara penyalahgunaan kewenangan dengan keputusan bisnis yang masih berada dalam koridor *Business Judgment Rule*. Dalam perkara Karen Agustiawan, Mahkamah Agung tidak menemukan adanya benturan kepentingan, keuntungan pribadi, maupun manipulasi proses investasi. Yang terjadi hanyalah keputusan bisnis yang gagal akibat tingginya risiko industri migas. Karena itu, Mahkamah Agung menilai tindakan direksi masih berada dalam koridor *Business Judgment Rule*. Sebaliknya, dalam berbagai perkara korupsi pengadaan barang dan jasa maupun pengelolaan BUMN, pengadilan menemukan adanya indikasi kolusi, *mark-up*, pengaturan tender, konflik kepentingan, atau aliran dana kepada pengambil keputusan. Dalam kondisi demikian, keputusan yang secara formal tampak sebagai kebijakan bisnis kehilangan perlindungan *Business Judgment Rule* karena telah berubah menjadi penyalahgunaan wewenang yang mengandung unsur *fraud*.

Menurut penulis, penyalahgunaan wewenang merupakan titik transformasi yang membedakan keputusan bisnis yang sah dengan tindak pidana bisnis. Selama direksi bertindak dalam koridor *fiduciary duty*, mematuhi prinsip *good corporate governance*, menghindari benturan kepentingan, dan mengambil keputusan berdasarkan informasi yang memadai, maka kegagalan bisnis tidak seharusnya dipidana hanya karena menimbulkan kerugian.

Sebaliknya, ketika kewenangan digunakan sebagai sarana untuk menyembunyikan konflik kepentingan, merekayasa proses pengambilan keputusan, memalsukan informasi, mengarahkan keuntungan kepada pihak tertentu, atau memperoleh manfaat pribadi, maka keputusan tersebut telah keluar dari ruang perlindungan *Business Judgment Rule* dan

memasuki wilayah *Business Criminal Law*. Dengan demikian, fokus penegakan hukum tidak semestinya bertumpu pada besar kecilnya kerugian yang timbul, melainkan pada pembuktian adanya penyalahgunaan kewenangan yang disertai unsur *fraud*. Pendekatan ini akan menciptakan keseimbangan antara perlindungan terhadap keberanian mengambil risiko bisnis yang sah dan efektivitas pemberantasan kejahatan korporasi.

B. *Mens Rea* dalam Keputusan Bisnis

Kerugian bukanlah satu-satunya ukuran untuk menentukan apakah suatu keputusan bisnis merupakan tindak pidana. Kerugian dapat menjadi akibat dari keputusan bisnis, tetapi keberadaan kerugian belum dengan sendirinya membuktikan adanya kesalahan pidana. Di sinilah konsep *mens rea* menjadi penting. *Mens rea* pada dasarnya menunjuk pada keadaan batin atau sikap mental pelaku ketika melakukan perbuatan yang secara objektif memenuhi unsur tindak pidana. Dalam konteks keputusan bisnis, persoalannya menjadi lebih kompleks karena setiap keputusan korporasi hampir selalu mengandung risiko, ketidakpastian, kemungkinan gagal, dan kemungkinan timbulnya kerugian.

Kerugian finansial memiliki setidaknya dua kemungkinan karakter. Pertama, kerugian dapat merupakan risiko bisnis yang inheren dalam aktivitas perusahaan, termasuk risiko yang muncul dari keputusan strategis, perubahan pasar, kegagalan investasi, fluktuasi harga, perubahan teknologi, atau kondisi ekonomi. Kedua, kerugian dapat berkaitan dengan niat jahat (*mens rea*), misalnya apabila keputusan bisnis digunakan sebagai sarana untuk melakukan fraud, korupsi, penggelapan, manipulasi, atau memperoleh keuntungan secara melawan hukum. Garis pembatas antara risiko bisnis dan kejahatan tidak semata-mata ditentukan oleh hasil akhir berupa kerugian, tetapi harus dilihat dari proses pengambilan keputusan, keadaan batin pengambil keputusan, tujuan tindakan, kepatuhan terhadap prosedur, serta hubungan antara tindakan dan kerugian.

Paradigma hukum pidana modern mengenal prinsip fundamental bahwa seseorang tidak seharusnya dipidana hanya karena perbuatannya menimbulkan akibat yang merugikan. Harus terdapat dasar yang membenarkan bahwa orang tersebut dapat dicela atas perbuatannya. Prinsip ini berhubungan erat dengan asas *geen straf zonder schuld*, yaitu tidak ada pidana tanpa kesalahan. KUHP Baru mempertegas posisi kesalahan dalam pertanggungjawaban pidana. Pasal 36 ayat (1) KUHP Baru menentukan bahwa setiap orang hanya dapat dimintai pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja atau karena kealpaan. Selanjutnya, Pasal 36 ayat (2) menegaskan bahwa tindak pidana pada dasarnya dilakukan dengan sengaja, sedangkan tindak pidana karena kealpaan hanya dapat dipidana apabila secara tegas ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.

Ketentuan tersebut memiliki arti penting dalam perkara bisnis. Ketika sebuah keputusan direksi ternyata menghasilkan kerugian, pertanyaan hukum tidak seharusnya berhenti pada “berapa besar kerugiannya?”, tetapi harus dilanjutkan dengan pertanyaan: Apakah sejak awal pengambil keputusan memiliki sikap batin yang tercela dan relevan secara pidana terhadap perbuatan atau akibat yang dilarang oleh hukum? Pertanyaan tersebut membedakan antara *business failure* dan *criminal conduct*. Kegagalan bisnis pada dasarnya merupakan kemungkinan yang selalu melekat pada kegiatan usaha. Sebaliknya, tindak pidana membutuhkan dasar pertanggungjawaban yang menunjukkan adanya kesengajaan atau, dalam hal tertentu, kealpaan yang secara tegas dipidana oleh undang-undang. Kerugian perusahaan tidak dapat diposisikan sebagai *proxy* otomatis bagi kesalahan pidana. Kerugian hanyalah salah satu fakta yang harus ditempatkan dalam keseluruhan konstruksi perkara.

Dunia usaha dibangun di atas keputusan yang mengandung risiko. Seorang direksi dapat melakukan ekspansi, investasi, akuisisi, pengembangan produk, pembukaan pasar baru, atau kerja sama strategis berdasarkan informasi yang tersedia pada saat keputusan dibuat. Akan tetapi, informasi yang tersedia pada saat keputusan diambil tidak selalu mampu memprediksi

keadaan yang akan terjadi kemudian. Karena itu, terdapat perbedaan mendasar antara risiko bisnis dan risiko kriminal. Risiko bisnis lahir dari ketidakpastian yang wajar dalam kegiatan ekonomi, sedangkan risiko kriminal muncul ketika ketidakpastian tersebut sengaja dimanfaatkan untuk melakukan penyimpangan atau ketika keputusan bisnis sejak awal diarahkan pada tujuan yang melawan hukum. Dalam konteks tersebut, prinsip “*no risk, no business*” tidak boleh dipahami sebagai legitimasi untuk melakukan tindakan yang melanggar hukum. Prinsip tersebut hanya menjelaskan realitas bahwa kegiatan usaha tidak mungkin dipisahkan dari risiko. Oleh sebab itu, hukum harus mampu membedakan antara keputusan yang berani tetapi sah dan keputusan yang sejak awal dibangun atas niat jahat.

Sebagai contoh sederhana, direksi memutuskan melakukan investasi pada sektor baru setelah melakukan kajian pasar, analisis kelayakan, *due diligence*, meminta persetujuan organ perusahaan yang diperlukan, dan memastikan tidak terdapat benturan kepentingan. Beberapa tahun kemudian investasi tersebut gagal karena perubahan harga komoditas dan kondisi pasar global. Kerugian dalam keadaan demikian tidak otomatis menunjukkan adanya tindak pidana. Sebaliknya, apabila investasi tersebut sejak awal dilakukan melalui manipulasi data, dokumen fiktif, *kickback*, konflik kepentingan yang disembunyikan, atau pengalihan dana kepada pihak yang memiliki hubungan dengan pengambil keputusan, karakter perbuatannya berubah. Dalam kondisi demikian, kerugian bukan lagi sekadar konsekuensi dari risiko usaha, tetapi dapat menjadi indikator dari penyimpangan yang memiliki relevansi pidana. Dengan demikian, yang harus dicari bukan sekadar “apakah perusahaan rugi?”, tetapi “mengapa perusahaan rugi, bagaimana keputusan dibuat, apa yang diketahui pengambil keputusan pada saat itu, apa tujuannya, dan apakah terdapat tindakan manipulatif atau penyimpangan?”

Konsep *mens rea* dalam keputusan bisnis memiliki hubungan erat dengan *Business Judgment Rule* (BJR). BJR pada dasarnya memberikan ruang perlindungan terhadap direksi ketika mengambil keputusan bisnis dengan itikad baik, berdasarkan informasi yang memadai, kehati-hatian, tanpa benturan kepentingan, dan untuk kepentingan perseroan. Dalam hukum perseroan Indonesia, konstruksi tersebut tercermin dalam Pasal 97 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Direksi wajib melaksanakan pengurusan dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab. Direksi dapat dimintai pertanggungjawaban atas kerugian apabila bersalah atau lalai. Namun, Pasal 97 ayat (5) memberikan perlindungan apabila direksi dapat membuktikan bahwa kerugian bukan karena kesalahan atau kelalaiannya, pengurusan dilakukan dengan itikad baik dan kehati-hatian, tidak terdapat benturan kepentingan, serta telah mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian. Hal tersebut menunjukkan bahwa BJR bukanlah kekebalan hukum bagi direksi. BJR justru menyediakan kerangka untuk menilai apakah suatu keputusan merupakan keputusan bisnis yang *legitimate* atau telah berubah menjadi tindakan yang dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

Dalam konteks pidana, BJR harus dibaca secara hati-hati. BJR tidak berarti setiap keputusan direksi yang menghasilkan kerugian otomatis bebas dari pemeriksaan pidana. Sebaliknya, keberadaan BJR dapat menjadi salah satu indikator penting dalam menilai ada atau tidaknya kesalahan, itikad buruk, benturan kepentingan, manipulasi, atau penyimpangan dalam proses pengambilan keputusan. Oleh karena itu, penilaian seharusnya diarahkan pada proses sebelum dan pada saat keputusan dibuat, bukan hanya pada hasil yang muncul setelah keputusan tersebut dilaksanakan.

Dalam perkara bisnis, *mens rea* sering kali tidak dapat ditemukan secara langsung dalam bentuk pengakuan pelaku. Keadaan batin harus direkonstruksi dari berbagai fakta objektif. Karena itu, proses pengambilan keputusan menjadi sangat penting. Setidaknya terdapat beberapa indikator yang dapat digunakan untuk melakukan pengujian, yaitu:

- a) Sumber informasi yang digunakan dalam mengambil keputusan. Apakah direksi menggunakan informasi yang tersedia secara wajar? Apakah terdapat kajian, *due diligence*, analisis risiko, pendapat profesional, atau data yang dapat dipertanggungjawabkan?
- b) Tingkat kehati-hatian. Keputusan bisnis yang berisiko tidak identik dengan keputusan yang sembrono. Risiko yang diambil setelah dilakukan analisis dan mitigasi berbeda secara fundamental dengan risiko yang sengaja diambil tanpa mempertimbangkan konsekuensi yang dapat diperkirakan.
- c) Kepatuhan terhadap prosedur korporasi. Perlu dilihat apakah keputusan memperoleh persetujuan organ perusahaan yang dipersyaratkan, apakah kewenangan telah digunakan sesuai anggaran dasar, serta apakah proses pengambilan keputusan dapat dipertanggungjawabkan.
- d) Ada atau tidaknya benturan kepentingan. Keputusan yang secara formal terlihat sebagai keputusan korporasi dapat memiliki karakter berbeda apabila pengambil keputusan mempunyai kepentingan pribadi yang disembunyikan.
- e) Aliran dana. Jejak pembayaran dapat menjadi indikator penting untuk membedakan risiko bisnis dari fraud. Kerugian akibat kegagalan proyek tidak dengan sendirinya menunjukkan tindak pidana. Sebaliknya, adanya *kickback*, suap, pembayaran kepada *nominee*, atau aliran dana kepada pihak yang mempunyai hubungan tersembunyi dengan pengambil keputusan dapat menjadi indikator kuat adanya kesengajaan.
- f) Tujuan keputusan. Apakah keputusan ditujukan untuk kepentingan perusahaan atau sejak awal diarahkan untuk memperoleh keuntungan pribadi, pihak tertentu, atau korporasi secara melawan hukum?
- g) Tindakan setelah diketahui adanya risiko atau kesalahan. Direksi yang mengetahui adanya masalah kemudian berusaha memperbaiki, mengurangi, atau menghentikan kerugian memiliki situasi yang berbeda dengan pengambil keputusan yang justru menyembunyikan informasi, memalsukan dokumen, atau meneruskan skema yang diketahui bermasalah.

Salah satu persoalan yang sering muncul adalah kecenderungan menyamakan kesalahan bisnis dengan kesalahan pidana. Padahal, keduanya memiliki karakter yang berbeda. Kesalahan bisnis dapat berupa kesalahan dalam melakukan prediksi, salah membaca pasar, kegagalan strategi, kekeliruan menentukan waktu investasi, atau ketidakberhasilan mencapai target. Selama keputusan tersebut dibuat secara *legitimate*, dengan itikad baik, berdasarkan informasi yang tersedia, tanpa konflik kepentingan, dan tanpa manipulasi, kegagalan tersebut pada dasarnya berada dalam wilayah risiko usaha.

Kealpaan memiliki karakter berbeda. Kealpaan mengandung persoalan mengenai apakah pelaku tidak memenuhi standar kehati-hatian yang seharusnya dipenuhi, padahal risiko tersebut seharusnya dapat diperkirakan atau dicegah. Akan tetapi, sesuai Pasal 36 ayat (2) KUHP Baru, kealpaan hanya dapat dipidana apabila ketentuan perundang-undangan secara tegas menentukan demikian. Adapun kesengajaan memiliki tingkat kesalahan yang lebih serius karena terdapat kehendak atau kesadaran yang relevan terhadap perbuatan dan/atau akibat yang dilarang. Dalam konteks bisnis, kesengajaan dapat tercermin, misalnya, dalam tindakan menyusun dokumen palsu, memanipulasi laporan, menyembunyikan benturan kepentingan, mengatur transaksi untuk memperoleh *kickback*, atau menggunakan kewenangan korporasi sebagai sarana untuk menguntungkan diri sendiri atau pihak tertentu secara melawan hukum. Perbedaan tersebut dapat dirumuskan secara sederhana pada tabel berikut ini.

Karakter	Risiko Bisnis	Kealpaan	Kesengajaan/ <i>Fraud</i>
Tujuan	Kepentingan usaha	Tidak berhati-hati	Keuntungan melawan hukum/tujuan terlarang
Informasi	Menggunakan informasi yang	Informasi/risiko kurang diperhatikan	Informasi dapat dimanipulasi/disembunyikan

	tersedia secara wajar		
Proses	<i>Good faith</i> dan <i>prudent</i>	Lalai terhadap kewajiban kehati-hatian	Sengaja menyimpang
Benturan kepentingan	Tidak ada	Dapat terjadi karena kelalaian	Sering menjadi indikator penting
Aliran dana	Untuk kepentingan usaha	Tidak selalu relevan	Dapat ditemukan <i>kickback</i> /suap/aliran tersembunyi
Akibat	Kerugian bisnis	Kerugian akibat kelalaian	Kerugian yang berkaitan dengan perbuatan melawan hukum
Konsekuensi	Pada prinsipnya risiko korporasi	Dipidana jika undang-undang menentukan	Dapat menimbulkan pertanggungjawaban pidana

Persoalan *mens rea* menjadi semakin penting dalam perkara yang melibatkan BUMN. Dalam praktik, kerugian perusahaan sering kali dikaitkan dengan kerugian keuangan negara dan kemudian ditempatkan dalam konstruksi tindak pidana korupsi. Padahal, kerugian perusahaan, kerugian negara, dan tindak pidana korupsi merupakan tiga konsep yang tidak identik. Dalam konteks ini, pendekatan yang telah dibahas sebelumnya mengenai uji korporatif, uji fiskal, dan uji pidana dapat dikembangkan lebih lanjut dengan menempatkan *mens rea* sebagai elemen penting dalam uji pidana. Pada tahap uji korporatif, pertanyaan utamanya adalah apakah keputusan tersebut merupakan keputusan korporasi yang sah, dilakukan oleh organ yang berwenang, sesuai prosedur, berdasarkan kepentingan perusahaan, dan tidak mengandung benturan kepentingan. Pada tahap uji fiskal, harus diperiksa apakah kerugian yang timbul benar-benar merupakan kerugian keuangan negara atau hanya merupakan kerugian korporasi atau penurunan nilai ekonomis yang merupakan konsekuensi risiko usaha. Pada tahap uji pidana, barulah ditentukan apakah terdapat perbuatan yang memenuhi unsur tindak pidana dan apakah pelaku memiliki kesalahan yang relevan secara pidana. Pada tahap ini, *mens rea* menjadi garis pembeda antara kegagalan bisnis dan kejahatan bisnis.

Perkembangan perkara yang melibatkan direksi BUMN memberikan pelajaran bahwa kerugian harus dibaca bersama dengan proses pengambilan keputusan. Dalam perkara Karen Agustiawan, misalnya, persoalan tidak hanya dilihat dari adanya kerugian investasi, tetapi juga dari karakter investasi, proses pengambilan keputusan, persetujuan organ perusahaan, karakter industri migas yang memiliki risiko tinggi, serta ada atau tidaknya *fraud* dan benturan kepentingan. Perspektif tersebut memperlihatkan pentingnya melihat konteks keputusan ketika dibuat, bukan semata-mata hasil akhirnya. Pelajaran pentingnya adalah bahwa keputusan bisnis yang ternyata gagal tidak otomatis dapat ditarik mundur menjadi tindak pidana hanya karena setelah beberapa tahun diketahui bahwa keputusan tersebut menghasilkan kerugian. Penilaian hukum harus menghindari *hindsight* bias, yaitu kecenderungan menilai keputusan masa lalu berdasarkan informasi dan akibat yang baru diketahui kemudian. Hal yang sama relevan dalam perkara-perkara BUMN lainnya. Ketika sebuah keputusan akuisisi, investasi, pengadaan, atau kerja sama ternyata menimbulkan kerugian, pemeriksaan harus menjawab terlebih dahulu apakah kerugian tersebut lahir dari *business risk* atau dari *criminal scheme*.

Berdasarkan uraian tersebut, dapat ditegaskan bahwa *mens rea* merupakan salah satu garis batas terpenting antara risiko bisnis dan tindak pidana. Kerugian finansial memang dapat menjadi titik awal pemeriksaan, tetapi bukan titik akhir dari analisis pidana. Dalam konteks keputusan direksi, *mens rea* dapat dilihat sebagai jembatan yang menghubungkan perbuatan objektif dengan pertanggungjawaban subjektif. Kerugian merupakan akibat yang terlihat,

tetapi hukum pidana harus menelusuri apa yang terjadi di balik akibat tersebut: apakah keputusan dibuat dengan itikad baik atau dengan niat menyimpang; apakah informasi digunakan secara jujur atau dimanipulasi; apakah risiko dikelola secara prudent atau sengaja diabaikan; apakah terdapat benturan kepentingan; dan apakah terdapat keuntungan pribadi atau pihak tertentu yang hendak dicapai.

KUHP Baru juga secara tegas menempatkan korporasi sebagai subjek tindak pidana. Pasal 45 menyebut perseroan terbatas, BUMN, BUMD, dan berbagai bentuk badan usaha sebagai korporasi yang dapat menjadi subjek tindak pidana. Pasal 46 dan Pasal 47 mengatur perbuatan pidana oleh pengurus, pihak yang bertindak untuk dan atas nama korporasi, maupun pemberi perintah, pemegang kendali, atau pemilik manfaat yang berada di luar struktur formal tetapi memiliki kemampuan mengendalikan korporasi. Konsekuensinya, dalam *business criminal law*, pertanyaan tentang *mens rea* tidak hanya diarahkan kepada direksi sebagai individu, tetapi juga harus memperhatikan bagaimana keputusan tersebut lahir dalam struktur korporasi: siapa yang memerintahkan, siapa yang mengetahui, siapa yang mengendalikan, untuk kepentingan siapa keputusan dibuat, dan apakah tindakan tersebut diterima sebagai kebijakan korporasi. Dengan demikian, perkembangan hukum pidana korporasi tidak boleh justru menghapus prinsip individualisasi kesalahan. Sebaliknya, semakin kompleks struktur korporasi, semakin penting untuk melakukan individualisasi *mens rea* sehingga seseorang tidak dipidana hanya karena jabatannya sebagai direktur, komisaris, pejabat, atau pengambil keputusan.

Perlu ditegaskan kembali bahwa kerugian adalah fakta ekonomi, sedangkan *mens rea* adalah persoalan kesalahan pidana. Keduanya tidak boleh dipersamakan. Direksi dapat membuat keputusan yang ternyata salah tetapi tetap berada dalam wilayah hukum bisnis. Direksi juga dapat melakukan kesalahan administratif yang harus diselesaikan melalui mekanisme administratif. Dalam keadaan tertentu, kesalahan tersebut dapat masuk ke wilayah perdata apabila menimbulkan wanprestasi atau perbuatan melawan hukum. Baru ketika terdapat unsur-unsur tindak pidana yang lengkap, termasuk kesalahan yang dipersyaratkan, persoalan tersebut dapat bergerak ke ranah hukum pidana. Oleh karena itu, BJR, *mens rea*, prinsip kehati-hatian, *good faith*, dan larangan penyalahgunaan kewenangan harus dibaca secara terpadu. BJR tidak boleh dijadikan tameng untuk melindungi korupsi dan *fraud*. Sebaliknya, hukum pidana juga tidak boleh digunakan untuk mengubah setiap kegagalan bisnis menjadi kejahatan. Dalam konteks inilah tesis utama buku ini memperoleh relevansinya: garis batas antara keputusan bisnis dan tindak pidana bukan terletak semata-mata pada ada atau tidaknya kerugian, melainkan pada karakter keputusan, proses pembentukannya, tujuan yang hendak dicapai, kepatuhan terhadap tata kelola, keberadaan benturan kepentingan, serta ada atau tidaknya kesalahan pidana (*mens rea*). Dengan kata lain, bisnis boleh gagal, tetapi kegagalan tidak boleh otomatis dipidana. Sebaliknya, keputusan bisnis tidak boleh menjadi kedok untuk menyembunyikan kejahatan. Fungsi *business criminal law* adalah menemukan garis batas di antara keduanya.