

BAB IV

ANALISIS RESTITUSI DALAM PASAL 48 AYAT 2 UU RI NO. 21

TENTANG PEMBERANTASAN TINDAK PIDANA PERDAGANGAN

ORANG

A. Analisis Restitusi dalam Pasal 48 Ayat 2 No. 21 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang

Dengan adanya berbagai permasalahan mengenai jenis korban dalam kehidupan masyarakat. Walaupun disadari, bahwa korban-korban kejahatan itu, disatu pihak dapat terjadi karena perbuatan/tindakan seseorang (orang lain), seperti korban pencurian, pembunuhan dan sebagainya (yang lazimnya disebut sebagai korban kejahatan).

Diantara warga masyarakat timbul suatu kebutuhan atau hasrat untuk mengambil tindakan terhadap mereka yang telah menimbulkan kerugian pada kepentingan perseorangan itu, yaitu dengan suatu kesadaran, bahwa perbuatan-perbuatan yang merugikan kepentingan perseorangan itu sesungguhnya juga merupakan pelanggaran terhadap kepentingan masyarakat. Sehingga untuk mengakhiri terjadinya balas dendam, maka diputuskanlah oleh warga masyarakat bahwa seseorang yang telah menimbulkan kerugian pada kepentingan orang lain itu, harus membayar ganti kerugian kepada orang yang dirugikan. Apabila dilihat dari sejarah, menurut L.H.C. Hulsman, hal ini telah

berlangsung dari abad pertengahan sampai abad ketiga belas, dimana sebagian besar konflik-konflik antar manusia diselesaikan dalam rangka ganti rugi.¹

Bertolak dari uraian di atas dapat dinyatakan, bahwa pada mulanya, reaksi terhadap suatu pelanggaran yang menimbulkan kerugian dan penderitaan pada pihak lain, sepenuhnya merupakan hak dari pihak yang dirugikan (korban) untuk menuntut balasan dalam bentuk ganti rugi. Efek samping dari tuntutan balasan ini, memang tidak setimpal apabila dibandingkan dengan tindakan yang telah dilakukan oleh pelaku. Dalam permasalahan ini, biasanya pihak korban menuntut ganti kerugian kepada pelaku dalam bentuk harta.

Disamping tuntutan ganti rugi juga diperlukan suatu konsep untuk membangun perlindungan terhadap korban yang komprehensif, maka perlu adanya suatu perlindungan terhadap korban kejahatan, selain itu juga adanya pemidanaan terhadap pelaku diharapkan agar pelaku kejahatan tidak mengulangi kembali suatu perbuatan yang dapat merugikan orang lain. Sehingga melahirkan konsep *Daad-dader Strafrecht*. Namun, perlindungan individu tersebut harus pula diperluas ruang lingkupnya, tidak hanya pada *offenders oriented* tetapi juga pada *victims oriented*.² Dikaitkan dengan konsep pemidanaan sebagaimana yang pernah dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief bahwa konsep pemidanaan harus bertolak dari keseimbangan antara dua sasaran pokok.

¹ Hal yang sama lebih dipertegas lagi, seperti dapat disimak dalam uraian tulisan Romli Atmasasmita, "Masalah Santunan Terhadap Korban Tindak Pidana,"Majalah Hukum Nasional: Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, 1992, hlm. 24.

² Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Semarang, tt, 1996b, halaman 86.

Mengenai permasalahan ganti kerugian di negara kita memang sudah diatur yakni pada Pasal 48 Undang-undang No. 21 Tahun 2007 telah mencantumkan perlindungan hukum terhadap korban. Sedangkan mengenai tanggung jawab pelaku terhadap korban tindak pidana perdagangan orang diatur dalam Pasal 48 ayat 2 UU tersebut.

Reparasi korban sebagaimana diatur dalam pasal 48 ayat 2 bagi para pelaku kejahatan diwajibkan. Bentuk-bentuk reparasi yang diatur dalam pasal tersebut adalah memberi kepada korban atas kesakitannya dan penderitannya: melakukan restitusi yaitu sebisa mungkin mengembalikan korban pada kondisinya sebelum terjadi pelanggaran misalnya, mengembalikan hak korban yang telah diambil atau dirusakkan, mengembalikan/ memulihkan hak-hak korban sebagai akibat tindak pidana. Jika bagi pelaku tindak pidana perdagangan orang tidak mampu membayar restitusi, maka pelaku dikenai sanksi pidana kurungan pengganti paling lama 1 (satu) tahun³.

Dilihat dari kepentingan korban dalam konsep ganti rugi terkandung dua manfaat yaitu untuk memenuhi kerugian materil dan segala biaya yang telah dikeluarkan dan merupakan pemuasan emosional korban. Sedangkan dilihat dari sisi kepentingan pelaku, kewajiban mengganti kerugian dipandang sebagai suatu bentuk pidana yang dijatuhkan dan dirasakan sebagai suatu yang konkrit dan langsung berkaitan dengan kesalahan yang diperbuat pelaku.

³ Pasal 50 ayat 4 UU No. 21 tahun 2007

Gelaway merumuskan lima tujuan dari kewajiban mengganti kerugian yaitu:

1. Meringankan penderitaan korban;
2. Sebagai unsur yang meringankan hukuman yang akan dijatuhkan;
3. Sebagai salah satu cara merehabilitasi terpidana;
4. Mempermudah proses peradilan;
5. Dapat mengurangi ancaman atau reaksi masyarakat dalam bentuk tindakan balas dendam.⁴

Ketentuan mengenai restitusi yang tercantum dalam pasal 48 Undang-Undang No. 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang belum begitu sempurna karena hal ini belum sesuai dengan prinsipnya Undang-undang No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban.⁵ Dalam Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang perlindungan saksi dan korban membedakan dua jenis hak korban yakni hak bagi kejahatan konvensional dan hak bagi korban pelanggaran HAM. Mengenai Korban kejahatan "konvensional" ternyata tidak berhak atas bantuan medis dan bantuan rehabilitasi psiko-sosial dan Hak ini hanya diberikan kepada korban dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat.⁶ Di samping itu, korban dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat,

⁴ Ariman, M. Rasyid, Pettanasse. Syarifuddin, dkk, kebijakan kriminal, UNSRI, Palembang 2000 http://pembaharuan-hukum.blogspot.com/2008_12_01_archive.html: diakses tanggal 28 Oktober 2009

⁵ Ketentuan mengenai pasal 43 bahwa saksi dan korban dalam perkara tindak pidana perdagangan orang dilaksanakan berdasarkan UU No. 13 tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban.

⁶ Lihat Pasal 6 Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 Tentang Perlindungan Saksi dan Korban

melalui LPSK, berhak mengajukan kompensasi dan restitusi. Sedangkan korban kejahatan “konvensional” hanya berhak mengajukan restitusi saja.

Selanjutnya implementasi undang-undang tentang HAM di tuangkan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 3 Tahun 2000 tentang kompensasi, restitusi terhadap korban pelanggaran HAM yang berat. Sebagaimana dimuat dalam Pasal 1 butir 3 yang berbunyi sebagai berikut :

”Korban adalah orang perorangan atau kelompok orang yang mengalami penderitaan, baik fisik, mental maupun emosional, kerugian ekonomi, atau mengalami pengabaian, pengurangan atau perampasan hak-hak dasarnya sebagai akibat pelanggaran hak asasi manusia yang berat, termasuk korban adalah ahli warisnya”⁷

Selanjutnya dalam undang-undang pasal 48 ayat 2 No. 21 tahun 2007 tentang pemberantasan tindak pidana, mengenai korban yang mengalami penderitaan atau kepedihan, yang diakibatkan oleh perbuatan si pelaku, oleh undang-undang tersebut diringankan dengan diberi penggantian kerugian. Namun dalam UU tersebut tidak diberi alternatif terlebih yang menyangkut tanggung jawab pelaku kepada korban, apabila restitusi terhalang, maka perlu adanya kompensasi yang dapat diberikan sebagai alternatif dengan restitusi kepada korban. Kompensasi menunjukkan sangat bermanfaat bagi korban, dalam bentuk pemberian sejumlah uang yang dapat dirasakan sebagai keadilan.

Kemudian mengenai sanksi bagi pelaku tindak pidana perdagangan orang yang diatur dalam UU No. 21 tahun 2007 dikenakan ancaman pidana dengan menggunakan sistem kumulatif yaitu dipidana penjara paling singkat

⁷ Lihat penjelasan pasal 1 butir 3 PP No.3 tahun 2000 tentang Pemberian Kompensasi dan Restitusi

5 (lima) tahun dan paling lama seumur hidup dan denda paling sedikit Rp. 120.000.000,00 (seratus dua puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah).⁸ Dengan sistem kumulatif, hakim diharuskan menjatuhkan kedua jenis pidana itu bersama-sama (pidana penjara dan pidana denda). Jadi hakim tidak diberi peluang untuk memilih alternatif jenis sanksi pidana yang dianggapnya paling tepat untuk terpidana. Hal ini menjadi masalah apabila denda yang tidak dibayar oleh pelaku tersebut. Karena tidak ada ketentuan khusus mengenai pidana pengganti untuk denda yang tidak dibayar oleh pelaku, maka seyogianya dibuatkan aturan khusus pengganti. Menurut penulis lebih tepat digunakan sistem alternatif-kumulatif agar dapat memberikan fleksibilitas bagi hakim untuk memilih pidana yang tepat bagi pelaku.

Korban tindak pidana termasuk tindak pidana perdagangan orang hendaknya diberikan bantuan hukum. Ketika korban memutuskan untuk menyelesaikan kasusnya melalui jalur hukum, maka negara wajib memfasilitasinya. Negara dalam hal ini mewakili korban untuk melakukan penuntutan terhadap pelaku tindak pidana. Lembaga Swadaya Masyarakat juga mempunyai peran dalam pendampingan hukum terhadap korban tindak pidana termasuk korban tindak pidana perdagangan orang. Hal ini disebabkan banyak dari korban yang tidak mengetahui hak-haknya dan langkah-langkah hukum apa saja yang bisa mereka tempuh untuk menyelesaikan kasus yang mereka hadapi. Prosedur pelaporan ke pihak POLRI kemudian bagaimana

⁸ Lihat ketentuan pasal 7 (2) UU RI No. 21 tahun 2007 Tentang Tindak pidana Perdagangan Orang

mendapatkan visum agar dapat dijadikan sebagai barang bukti serta langkah-langkah hukum lain yang tidak diketahui oleh korban karena tidak mempunyai pengetahuan khusus untuk itu.

Dengan demikian pemberian bantuan hukum terhadap korban diberikan baik diminta ataupun tidak diminta oleh korban karena masih banyak korban yang rendah tingkat kesadaran hukum. Membiarkan korban tindak pidana tidak memperoleh bantuan hukum yang layak dapat berakibat semakin terpuruknya kondisi korban tindak pidana termasuk tindak pidana perdagangan orang.

Pemerintah bekerjasama dengan semua pihak : LSM lokal, nasional dan internasional serta dengan badan-badan dunia mengupayakan program pemberdayaan para mantan korban perdagangan orang pasca reintegrasi untuk mencegah mereka terjebak kembali dalam perdagangan orang demikian pula untuk kelompok masyarakat yang rentan. Program pemberdayaan ini terintegrasi dengan upaya pengentasan kemiskinan dan peningkatan pendidikan yang ditengarai merupakan akar masalah dari perdagangan orang. Sebagai tertuang dalam No. 39/1999 tentang HAM:⁹

“Pemerintah wajib dan bertanggung jawab menghormati, melindungi, menegakkan, dan memajukan hak asasi manusia yang diatur dalam undang-undang ini, peraturan perundangan lain, dan hukum internasional tentang hak asasi manusia yang diterima oleh negara Republik Indonesia. Kewajiban dan tanggung jawab Pemerintah tersebut meliputi langkah implementasi yang efektif dalam bidang hukum, politik, ekonomi, sosial, budaya, pertahanan keamanan negara, dan bidang lain”

⁹ Pasal 71 dan 72, Undang-Undang tentang HAM

Dengan demikian menurut restitusi kepada korban seharusnya menjadi tanggung jawab pribadi pelaku, tanggung jawab itu pada dasarnya juga merupakan bagian dari proses pemasyarakatan. Berdasarkan sudut pandang ini, restitusi tidak semata ditujukan kepada orang yang telah dirugikan itu (korban), akan tetapi pada saat yang sama juga membantu memasyarakatkan kembali dan rehabilitasi si pelaku, dan itu bagian dari pemidanaan.

Dari uraian diatas dapat diketahui bahwa restitusi dalam pasal 48 ayat 2 UU No. 21 tahun 2007 tentang Tindak Pidana Perdagangan Orang belum sesuai dengan UU No. 13 tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban yang mana seharusnya menjadi acuan dasar. Sehingga ketika pelaku kejahatan restitusi terhadap korban tidak bisa membayar maka pelaku hanya dikenakan sanksi pidana pengganti, dalam hal ini pembayaran restitusi terhadap korban ditanggung oleh negara akan tetapi dalam bentuk kompensasi.

A. Analisis Hukum Islam terhadap Restitusi dalam Pasal 48 Ayat 2 UU No. 21 tentang Pemberantasan Tindak Perdagangan Orang

Manusia adalah makhluk sosial yang saling membutuhkan antara satu dengan yang lainnya untuk bertahan hidup dan hidup sebagai manusia. Karena keberadaan manusia sebagai makhluk sosial, maka masing-masing individu memiliki kepentingan-kepentingan yang terwujud dalam suatu bentuk kerjasama dan bahkan sebaliknya juga dapat menimbulkan pertentangan-pertentangan diantara manusia itu sendiri. Hal yang demikian sangat

membahayakan ketertiban, keamanan, dan keselamatan masyarakat itu sendiri.¹⁰

Meskipun setiap individu dalam sebuah masyarakat tertentu memiliki kepentingan yang berbeda-beda, akan tetapi manusia tetap tidak menginginkan terjadinya bentrokan (*chaos*) antara sesama anggota masyarakat, mereka tentu menginginkan sebuah kedamaian yang memungkinkan keinginan-keinginan manusia dapat terwujud. Dalam hal hidup bermasyarakat, berpuncak pada suatu organisasi negara yang merdeka, maka tertib bermasyarakat dipedomani oleh dasar negara tersebut. Apabila hal ini ditinjau dari segi hukum, maka tertib bermasyarakat yang berupa tertib hukum, haruslah didasarkan pada Undang-Undang Dasar negara tersebut.¹¹

Terwujudnya stabilitas dalam setiap hubungan dalam masyarakat dapat dicapai dengan adanya sebuah peraturan hukum yang bersifat mengatur (*relegen/anvullen recht*) dan peraturan hukum yang bersifat memaksa (*dwingen recht*) kepada setiap anggota masyarakat agar taat dan mematuhi hukum. Setiap hubungan kemasyarakatan tidak boleh bertentangan dengan ketentuan-ketentuan dalam peraturan hukum yang ada dan berlaku dalam masyarakat, sehingga peraturan-peraturan hukum yang ada haruslah sesuai dengan asas-asas keadilan dalam masyarakat, untuk menjaga agar peraturan-

¹⁰ Nico Ngani dan A. Qiram Syamsudin Meliala, *Psikologi dan Kriminal dalam Teori dan Praktek Hukum Pidana*, cet. Ke-1, Yogyakarta: Kedaulatan Rakyat, 1985, hlm. 25

¹¹ Padmo Wahjono, *Sistem Hukum Nasional dalam Negara Hukum Pancasila: Pidato Ilmiah pada Peringatan Dies Natalis Universitas Indonesia ke-33*, Jakarta: Rajawali, 1983, hlm. 1.

peraturan hukum dapat berlangsung terus dan diterima oleh seluruh anggota masyarakat.¹²

Upaya untuk meminimalkan tingkat kejahatan pun terus dilakukan, baik yang bersifat preventif maupun represif. Hal yang bersifat preventif misalnya dengan dikeluarkannya peraturan dan Undang-undang. Sedangkan yang bersifat represif yaitu adanya hukuman-hukuman terhadap pihak-pihak yang telah melakukan kejahatan ataupun pelanggaran.

Adanya suatu hukuman yang diancamkan kepada seorang pelaku *jarimah* bertujuan agar orang lain tidak meniru untuk berbuat suatu jarimah serupa, sebab larangan atau perintah semata-mata tidak akan cukup. Meskipun hukuman itu sendiri bukan suatu kebaikan, bahkan suatu perusakan bagi si pembuat sendiri, namun hukuman tersebut diperlukan, sebab bisa membawa keuntungan yang nyata bagi masyarakat.¹³ Ketika terdapat seseorang yang berbuat jahat kemudian ia dihukum, maka ini merupakan pelajaran bagi orang lain agar tidak melakukan kejahatan. Dalam hukum Islam, hukuman itu sendiri pada intinya bukan supaya pelaku *jarimah* mendapat derita karena pembalasan, akan tetapi bersifat *preventif* terhadap pelaku *jarimah* dan pengajaran serta pendidikan.¹⁴

Islam mengatur pidana menjadi beberapa macam, yaitu *jarimah hudud*, *jarimah qisas-diyat* dan *jarimah ta'zir*, dalam penentuan pidana dibagi sesuai dengan kadar atau ukuran sejauh mana perbuatannya memenuhi unsur-unsur

¹² Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Rineka Cipta, 1995, hlm. 48.

¹³ A. Hanafi, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1967, hlm. 3.

¹⁴ Abdul al-Qadir Auwdah, *Al Tasyri' al-Jinaiy al-Islamy*, Jilid I, Kairo: Dar al-Urubah, 1963. hlm. 442.

jarimah. *Jarimah* dalam bahasa Indonesia diterjemahkan dengan kejahatan, berbuat jahat atau delik.¹⁵ Menurut hukum Islam, *jarimah* adalah larangan-larangan hukum yang diberikan oleh Allah, yang pelanggarannya membawa hukuman yang telah ditentukan-Nya.¹⁶

Hukuman bagi tindakan *jarimah* bisa berbentuk *had*, *qisas-diyat*, atau *ta'zir* tergantung jenis *jarimah* atau kejahatannya. Sedangkan larangan-larangan tersebut adakalanya berupa mengerjakan perbuatan yang dilarang, atau meninggalkan perbuatan yang diperintahkan.¹⁷

Pengertian *jarimah* sebenarnya tidak berbeda dengan pengertian tindak pidana (peristiwa pidana, delik) pada hukum-hukum positif.¹⁸ Perbedaannya hanyalah terletak pada sumber acuan, sejarah terbentuknya, hubungannya dengan moral, dan tujuan hukum yang ingin dicapai.

Perbuatan-perbuatan yang dinyatakan sebagai kejahatan adalah perbuatan aktif atau pasif yang dapat merusak (mengganggu) terwujudnya ketertiban sosial, keyakinan, kehidupan individu, hak milik, kehormatan, dan ide-ide yang diterima. Hukuman ditentukan bagi suatu kejahatan sehingga orang akan menahan diri dari melakukan hal itu, karena dengan semata-mata melarang atau memerintahkan tidak menjamin akan ditaati. Tanpa sanksi, suatu perintah atau larangan tidak punya konsekuensi apa-apa. Dengan hukuman, perintah atau larangan itu akan diperhitungkan dan memiliki arti.

¹⁵ Ahmad Warson Munawir, *Kamus al-Munawir; Arab-Indonesia*, Surabaya: Pustaka Progresif, 1997, hlm. 187.

¹⁶ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam; Penegakan Syari'at dalam Wacana dan Agenda*, Jakarta: Gema Insani Press, 2003, hlm. 20.

¹⁷ Abdurrahman al-Maliki, *Nidham al-Uqubat*, Beirut Libanon: Daar al-Ummah, 1990, hlm. 87.

¹⁸ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1967, hlm.1.

Hukuman-hukuman diberikan sebagai status legal untuk kepentingan publik. Syari'at dalam menentukan hukuman, lebih banyak sebagai sarana untuk mencapai kebaikan kolektif dan menjaganya.¹⁹

Perbuatan-perbuatan yang termasuk *jarimah* dapat berbeda penggolongannya, menurut perbedaan cara peninjauannya. Dilihat dari segi berat-ringannya hukuman, *jarimah* dibagi menjadi tiga, yaitu *jarimah hudud*, *jarimah qisas-diyat* dan *jarimah ta'zir*.

Perbuatan yang dapat di katakan sebagai sebuah tindak pidana, apabila tindakan tersebut terpenuhi unsur-unsurnya. Unsur ini terbagi dalam bagian yaitu unsur yang sifatnya umum dan unsur yang sifatnya khusus, unsur umum berlaku untuk perbuatan *jarimah* atau pidana, sedangkan unsur khusus hanya berlaku pada masing-masing *jarimah*, dan berbeda antara satu *jarimah* dengan *jarimah* lainnya.²⁰

Hukum Pidana Islam (*jinayah*) didasarkan pada perlindungan HAM (*Human Right*) yang bersifat primer (*Daruriyyah*) yang meliputi perlindungan atas agama, jiwa, keturunan, akal, dan harta. Perlindungan terhadap lima hak tersebut oleh Asy-Syatibi dinamakan *maqasid asy-syari'ah*. Hakikat dari pemberlakuan Syari'at (hukum) oleh Tuhan adalah untuk mewujudkan

¹⁹ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah*, Jakarta: Rajawali Press, 1996, hlm. 4.

²⁰ Abdul Qodir al audah mengemukakan bahwa unsur-unsur umum untuk *jarimah* ada 3 (tiga) macam:

- a. Adanya unsur formal yaitu adanya nash (ketentuan) yang melarang perbuatan tersebut dan mengancam dengan hukumannya.
- b. Unsur material yaitu adanya tingkah laku yang membentuk *jarimah* baik n berupa perbuatan nyata (positif) maupun sikap yang berbuat (negatif).
- c. Unsur moral yaitu bahwa pelaku adalah orang yang *mukallaf*, *mukallaf* adalah orang yang bisa dimintai pertanggungjawabannya atas tindakan yang di perbuat. Lihat Abdul Qadir Al-Audah, *At-Tasyri" Al-Jinai*, Juz I, Dar Al-Kitab Al-A'roby, Beirut tanpa tahun, hlm. 67. Sebagaimana dikutip oleh Muhammad Wardhi Muslih, *Pengantar Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika: Jakarta, 2004, hlm. 28.

kemaslahatan manusia. Kemaslahatan itu dapat diwujudkan apabila lima unsur pokok tersebut dapat diwujudkan dan dipelihara,²¹ sehingga semua yang mencakup jaminan perlindungan kelima hal pokok tersebut dikategorikan *maslahah* (kemaslahatan) dan semua yang mengancam kemaslahatan atau merugikan kelima pokok itu dikategorikan *mafsadah* dan suatu upaya menghindari *mafsadah* adalah masalah termasuk menghindari praktek perdagangan terhadap manusia.

Maqasid asy-syariah bila dilihat aspek tujuannya terbagi menjadi tiga macam yaitu:

1. Tujuan primer (*Ad-Dharuri*)

Tujuan hukum Islam yang pasti ada demi adanya kehidupan manusia, apabila tujuan ini tidak tercapai maka akan menimbulkan *mafsadat* hidup manusia di dunia dan akhirat, bahkan merusak kehidupan itu sendiri. Kebutuhan ini hanya tercapai bila dipelihara lima hal yang menjadi *maqasid al- tasyri*, yaitu memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan atau kehormatan, memelihara harta.

2. Tujuan sekunder (*Al-Hajiyyat*)

Tujuan sekunder hukum Islam adalah terpeliharanya tujuan kehidupan manusia yang terdiri atas berbagai kebutuhan sekunder hidup manusia. Kebutuhan ini diperlukan manusia dengan maksud untuk memuat ringan dan lapang. Jika kebutuhan ini tidak dilaksanakan akan

²¹ Asafri Jaya Bakri, *Konsep Maqashid Syari'ah Menurut Asy-Syatibi*, cet. ke-1 Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1996. hlm. 71-72.

menimbulkan kesempitan walaupun kehidupannya tersebut tidak menimbulkan kerusakan bagi kehidupan masyarakat secara umum.

3. Tujuan Tersier (*Tahshaniyyah*)

Yaitu suatu yang dituntut oleh norma dan tatanan hidup, serta berperilaku menurut jalan yang lurus. Apabila itu tidak ada tidak berarti merusak keharmonisan kehidupan manusia. Ketentuan ini berkaitan erat dengan pembinaan akhlaq yang baik, kebiiasaan terpuji, dan menjalankan ketentuan *ad-dharuri* (tujuan primer) dengan cara yang paling sempurna.²²

Selanjutnya dalam UU No. 21 Tahun 2007 tentang pemberantasan tindak pidana perdagangan orang telah dijelaskan bahwa setiap korban tindak pidana perdagangan orang atau ahli warisnya berhak memperoleh restitusi. Perlunya diterapkan restitusi selain pidana penjara dan denda. Pemberian restitusi dapat memenuhi rasa keadilan bagi korban daripada hanya sekedar penjatuhan pidana bagi pelaku.

Dalam hukum positif tujuan hukuman telah mengalami perkembangan dan dibagi menjadi beberapa fase²³ :

- 1) Fase balasan perseorangan, pada fase ini hukuman yang diberikan atau diserahkan oleh korban atau walinya tak memiliki batasan sehingga dikhawatirkan terjadinya pembalasan yang berlebihan yang menimbulkan perang antar suku atau golongan.

²² Abdul Wahab Khallaf, *Op.cit.*, hlm.332-333. Lihat juga: Dede Rosyada, *Hukum Islam dan Pranata Sosial (Durasah Islamiah)*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1999, hlm.29

²³ Ahmad Hanafi, *Op.Cit*, hlm. 257

- 2) Fase balasan Tuhan, balasan dari Tuhan dimaksudkan agar pembuat menyadari bahwa akan adanya balasan sesudah mati sehingga pelaku kejahatan menyadari dan jera dengan perbuatannya itu.
- 3) Fase kemanusiaan, Dalam fase kemanusiaan terdapat prinsip-prinsip keadilan dan kasih sayang guna mendidik dan memperbaiki pelaku kejahatan. Sebab tujuan dijatuhkannya hukuman menurut Becharia adalah bukan penyiksaan dan penebusan dosa akan tetapi menahan pelaku kejahatan mengulangi perbuatannya dan menahan orang lain untuk tidak meniru perbuatannya.
- 4) Fase keilmuan, didasarkan pada tiga pemikiran yaitu:

Pertama, pencegahan khusus dan pencegahan umum. Yang tujuannya untuk mencegah masyarakat dari perbuatan-perbuatan *jarimah* dan pengulangan-pengulangan tindak kejahatan.

Kedua, yaitu dengan mngedepankan pengamatan ilmiah dan pengalaman-pengalaman praktis serta kenyataan yang terjadi.

Ketiga, selain untuk memerangi *jarimah* yang ditujukan pada para pembuatnya juga harus ditunjukkan untuk mencegah dan mengatasi sebab-sebab yang menimbulkan *jarimah* tersebut.

Selanjutnya dalam upaya perlindungan hak korban yang berkaitan dengan restitusi dalam kaidah fiqh

الضرر يزال

Artinya: “Kemudharatan itu harus dihilangkan”

Arti qaidah ini adalah suatu kerusakan atau *kemafsadatan* itu dihilangkan. Dengan kata lain kaidah ini menunjukkan bahwa berbuat

kerusakan itu tidak dibolehkan dalam agama Islam. Adapun yang berkaitan dengan ketentuan Allah, sehingga kerusakan itu menimpa seseorang kedudukannya menjadi lain, bahkan bisa dianggap sebagai bagian dari keimanan terhadap qadha dan qadarnya Allah SWT. Karena segala sesuatu menjadi boleh bagi Allah SWT dan dari-Nya lah kemanfaatan.²⁴

Kaidah diatas disimpulkan dari beberapa ayat dan hadits yang di antaranya sebagai berikut:

1. Al-Quran

وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا

Artinya : *“Dan tidak ada dosa atasmu terhadap apa yang kamu khilaf padanya, tetapi (yang ada dosanya) apa yang disengaja oleh hatimu. Dan adalah Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang”* (QS. Al-Ahzab:5)²⁵

2. Hadis

لا ضرر ولا ضرر من ضرر ضرة الله ومن شق شق الله عليه

Artinya: *“Tidak boleh memudharatkan dan dimudharatkan, barangsiapa memudharatkannya maka Allah SWT, akan memudharatkannya, dan siapa saja yang menyusahkan, maka Allah akan menyusahkannya.”* (HR. Imam Malik)²⁶

من ضرا ضرة الله به ومن شق شق الله عليه

Artinya: *“Barangsiapa yang memudharatkan (orang lain), maka Allah akan memudharatkannya, dan barangsiapa yang menyusahkan*

²⁴ Imam Masbukun, *Qowaid al-Fiqhiyyah*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001, hlm. 68. Lihat juga: Jaih Mubarak, *Kaidah Fiqh: Sejarah dan Kaidah-kaidah Asasi*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002, hlm. 129

²⁵ Depag RI, *Op.cit*, hlm. 334

²⁶ Muhammadiyah Djafar, *Pengantar Ilmu Fiqh*, Jakarta: Kalam Mulia, 1993, hlm. 135-136

(orang lain), maka Allah menyusahkannya.” (HR. Bukhari dan Muslim)²⁷

Dengan memperhatikan kaidah, ayat, dan hadis diatas bahwa apabila perbuatan seseorang yang menyebabkan kerugian bagi orang lain, maka orang tersebut harus bertanggung jawab atas apa yang telah diperbuat.

Selanjutnya restitusi merupakan bentuk pertanggung jawaban pelaku kepada korban. Berbicara masalah pertanggungjawaban pidana dalam hukum pidana Islam akan dipaparkan secara umum sebagai perbandingan dengan hukum pidana Indonesia yakni:

1. Adanya perbuatan yang dilarang Perbuatan yang dilarang (*criminal conduct*) mencakup semua unsur-unsur fisik dari kejahatan, tanpa unsur-unsur ini tidak terjadi kejahatan dan pertanggungjawaban pidana tidak ada karena pertanggungjawaban pidana mensyaratkan dilakukannya suatu perbuatan yang dilarang Undang-Undang dan perbuatan tersebut bisa dihasilkan dari suatu perbuatan aktif dan perbuatan (delik komisi) dan perbuatan pasif (delik omisi). Dalam hukum pidana Islam perbuatan yang dilarang dimana yang termasuk dalam *jarimah hudud*, *jarimah qisas* dan *jarimah ta'zir* (bisa ditetapkan perbuatan mana yang dilarang dan tidak oleh syara' dan oleh penguasa atau negara).
2. Dikerjakan dengan kemauan sendiri. Hal ini berkaitan dengan pertanggungjawaban secara personal yang menyatakan bahwa setiap orang akan mempertanggungjawabkan atas perbuatan yang dilakukannya dan tidak dibebankan atau digantikan kepada orang lain.

²⁷ *Ibid*

3. Pembuatnya mengetahui terhadap akibat perbuatan tersebut. Hal ini berkaitan dengan kemampuan bertanggung jawab dari subyek tindak pidana yaitu mampu secara fisik dan non fisik atau telah baliqh dan tidak gila serta dapat membedakan yang baik dan buruk dari perbuatan yang dilakukan.²⁸

Pertanggungjawaban berkaitan erat dengan kesalahan dimana kesalahan merupakan dasar dari pertanggungjawaban, sesuai dengan prinsip Al-Quran dalam Surat Al-Fathir: 18

وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ

Artinya: “Dan orang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain. Dan jika seseorang yang berat dosanya memanggil (orang lain) untuk memikul dosanya itu tiadalah akan dipikulkan untuknya sedikitpun meskipun (yang dipanggilnya itu) kaum kerabatnya.” (QS. Al-Fathir:18)²⁹

Dari uraian di atas bahwa besar hukuman yang diberikan kepada pelaku kejahatan selain ditentukan oleh akibat yang telah ditimbulkan juga ditentukan hal-hal lain yang terdapat dalam diri pembuat pidana.

Berkaitan dengan hal di atas maka dapat diketahui bahwa restitusi (ganti kerugian) dalam tindak pidana / *jarimah* diberikan kepada korban kejahatan sebagai bentuk pertanggung jawaban pelaku kepada korban. Hal ini sangat penting mengingat terwujudnya keadilan yang merefleksikan kemampuan seseorang menempatkan segala sesuatu menurut yang sewajarnya

²⁸ Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Cet. II, Jakarta: Bulan Bintang, 1976. hlm. 156 lihat juga: Rahamat, hlm:175

²⁹ Depag RI, *Op.cit*, hlm. 343

secara tepat dan proposional. Mengenai restitusi dalam tindak perdagangan orang, pemerintah Indonesia telah membuat UU yang mengaturnya yaitu UU RI No. 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Perdagangan Orang.

Dalam al-Qur'an dan Sunnah tidak ada nash yang mengatur permasalahan ini, maka *Ulil Amri* yang mempertimbangkannya, karena merekalah orang-orang yang bisa dipercaya, jika mereka berselisih dalam suatu masalah maka mereka wajib mencari kebenarannya dalam Al-Qur'an dan hadis dengan kaidah yang ada di dalamnya, apabila sesuai dengan keduanya, maka itulah yang terbaik bagi kita, apabila bertentangan dengan keduanya maka kita wajib meninggalkannya.

Untuk memudahkan *wali al amri* dalam memutuskan perkara yang belum ada *nashnya*, maka wali al amri menetapkan suatu sistem *al-maslahah*. Karena pada dasarnya tujuan dari syari'at Islam adalah mewujudkan kemaslahatan umum, dan mencegah kerusakan (*mafsadah*) untuk menarik manfaat dan menolak *madllarat* bagi seluruh umat.

Sedangkan dalam rangka menjamin agar ketetapan hukum benar-benar menjamin kepentingan umum masyarakat, yang berwenang untuk memformulasikan tersebut adalah *ahlu al syura* atau *Ulil Amri*.³⁰ Disini *Ulil Amri* sebagai pembuat kebijakan dalam pembentukan undang-undang Negara di samping menjalankan kontrol atas kebijakan politik pekerjaan badan-badan pemerintah, tugas dan kewajiban *Ulil Amri* bidang Legislatif di zaman

³⁰ *Ulil Amri* adalah termasuk *ahl al Halli Wal Aqdi* dari kalangan para muslim (dalam Negara Islam) meliputi; para amir, hakim, ulama', pimpinan militer, instansi dan lembaga-lembaga kenegaraan. Lihat Muhammad Sairazi Baidlowi, *Tafsir Baidlowi*, Beirut Libanon: Darl Kitab al-ilmiyah, lihat juga, YUSDANI, *Peran Kepentingan Umum Dalam Reaktualisasi Hukum, Kajian Konsep Hukum Islam*, Najamudin at-thufi, Yogyakarta: UII press, 2000, hlm.118.

sekarang ini semakin berat di masa dahulu, semakin banyak liku-liku yang harus dilalui dan undang-undang yang harus dibuat untuk memenuhi kepentingan masyarakat.

Apabila mereka telah bersepakat dengan suatu persoalan atau undang-undang, maka wajib bagi masyarakat untuk mengikuti dengan syarat bahwa hasil kesepakatan tersebut tidak bertentangan dengan syari'at Islam dan *sunnah* Rosul yang di ketahui dengan jalan *mutawatir* dan dengan syarat keputusan tersebut di putuskan betul-betul untuk kepentingan rakyat umum secara adil. Sesuai dengan salah satu tujuan syari'at Islam adalah *Tahqiqul* (mewujudkan keadilan) dan *jalbul musholih* (menarik kemaslahatan).

Dalam syariat Islam tujuan pokok hukuman adalah pencegahan, arti pencegahan adalah menahan orang lain tidak ikut dalam *jarimah* dan mencegah orang lain tidak ikut berbuat *jarimah*. Supaya tidak mengulangi perbuatannya maka berat ringannya harus sesuai dengan kebutuhan dan dampak bagi masyarakat dan negara, sehingga sasaran hukuman itu tercapai.

Restitusi yang cukup berat barangkali sudah memenuhi kebutuhan tujuan pokok hukuman yaitu tujuan mencegah (*preventive*) dan mendidik. Para pelaku *jarimah* setelah diwajibkan membayar restitusi harus jera dan berfikir dua kali untuk berbuat.

Restitusi bagi pelaku tindak pidana perdagangan orang apabila dilihat dari segi adilnya bisa dikaji dari butir restitusi dalam pasal tersebut yaitu kehilangan kekayaan atau penghasilan. Penderitaan, biaya untuk tindakan medis, kerugian lain yang diderita korban sebagai akibat perdagangan orang.

Hal ini bisa memberikan rasa aman bagi masyarakat untuk membidik dan membuat jera bagi pelakunya, dan bagi kehidupan korban dapat memberikan rasa aman karena hak-haknya telah dikembalikan.

Dalam hukuman yang ditetapkan penguasa harus dipatuhi. Dalam hal ini pemerintah mempunyai wewenang untuk menjadikan peraturan perundang-undangan dan kewajiban kita untuk tunduk terhadap pemerintah selama tidak diperintahkan dalam hal kemaksiatan. Dalam Al-Quran disebutkan QS. An-Nisa: 59

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (nya), dan ulil amri di antara kamu. Kemudian jika kamu berlainan pendapat tentang sesuatu, Maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya”(QS. An-Nisa’:59)³¹

Keadilan adalah sebuah sikap komprehensif yang mempresentasikan sebuah sikap tingkah laku dan perbuatan yang tepat dan terukur. Keadilan adalah sebuah sikap merefleksikan kemampuan seorang menempatkan segala sesuatu menurut tempatnya yang sewajarnya dan sepantasnya secara tepat dan proposional. Jika prinsip keadilan (*justice princip*) itu diterapkan di masyarakat maka akan terwujud ketentraman dan kedamaian.³²

³¹ Tim Disbintalad Depag, *Al-Qur’an Terjemah Indonesia*, Bandung: CV. Diponegoro, 2006, hlm.

³² Mawardi Lobay El Sultani, *Tegakan Keadilan*, Jakarta:Al-Mawardi Prima, 2002, hlm.11 dan 37

Dengan demikian menurut tinjauan hukum pidana Islam ketentuan restitusi perdagangan orang pasal 48 ayat 2 No. 21 Tahun 2007 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang dapat dikatakan sesuai dan selaras dengan *maqasid al tasri'*, yaitu perlindungan korban dan untuk mencegah kerugian yang lebih besar bagi si korban. Maka bagi pelaku tindak pidana perdagangan orang sebagaimana dalam pasal tersebut bila betul-betul bersalah dapat dikenakan restitusi, sesuai dengan ketentuan sanksi hukum serta berdasarkan keadilan yang berlaku demi kemaslahatan umum, masyarakat dan khususnya bagi kelangsungan hidup korban.